

ชื่อเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพ
โดยมิได้รับรู้และยินยอม¹

Title **Legal Measures for Protecting the Right of a Person Who has
been Taken Photograph without Knowledge and Consent**

ชื่อผู้วิจัย อาจารย์คณาธิป ทองรวีวงศ์²
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น
E-mail : kanathip@yahoo.com

บทคัดย่อ

พัฒนาการของอุปกรณ์ในการถ่ายภาพซึ่งสามารถเชื่อมโยงภาพถ่ายเข้ากับเครือข่ายคอมพิวเตอร์นำไปสู่การเพิ่มขึ้นของการถ่ายภาพทั้งในเชิงปริมาณและความถี่ ส่งผลให้บุคคลอาจถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอม งานวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาถึงสิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ซึ่งสามารถจัดอยู่ในความหมายของ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) และเป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันแล้วพบว่า ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่รับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ หลักกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพนั้นกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายหลายฉบับ แต่กฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่เหล่านี้เมื่อนำมาวิเคราะห์การปรับใช้กับการดำเนินการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมแล้วพบว่า ยังไม่สามารถคุ้มครองสิทธิดังกล่าวได้อย่างครอบคลุมและเหมาะสมเนื่องจากมีปัญหาในแง่ของเนื้อหาสาระ องค์ประกอบ ขอบเขตของกฎหมายอยู่อีกหลายประการ งานวิจัยนี้ได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และได้นำเสนอข้อเสนอแนะในการปรับปรุงเพิ่มเติมกฎหมายไทย ให้เหมาะสมกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมต่อไป

คำสำคัญ: สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิส่วนบุคคล สิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพ กฎหมายกับการถ่ายภาพ

Abstract

The development of photograph taking devices which can transfer pictures to computer network leads to an increase in quantity and frequency of taking pictures. Hence, a person has a risk to be taken photograph without his or her knowledge and consent. This research examines the “right not to be taken photograph without knowledge and consent” which can be classified as part of “right to privacy” and human right. However, the research found that there is no specific law for protecting this right. Although there are currently various laws which can be applied to protect such right, this research indicates that the problems of content, element, and scope of such laws make them inappropriate to be applied to the case of taking photograph. Consequently, this research

¹ บทความวิจัยนี้เป็นงานนำเสนอข้อมูลจากรายงานการวิจัยเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม” ซึ่งเป็นงานวิจัยที่ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, ปีการศึกษา 2552

² ผู้ช่วยคณบดีฝ่ายวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น

makes a comparative analysis of related foreign and Thai laws in order to propose suggestions to amend the existing laws and enact new law to protect the right of person who has been photograph without knowledge and consent.

Keywords: Right to Privacy, Right not to be taken photograph, law and photograph

บทนำ

พัฒนาการของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงลักษณะและพฤติกรรมในการถ่ายภาพและการติดต่อสื่อสารของมนุษย์ พัฒนาการของอุปกรณ์เกี่ยวกับการถ่ายภาพก่อให้เกิดความสะดวก ง่ายดาย และรวดเร็วในการถ่ายภาพ อุปกรณ์ถ่ายภาพมีขนาดเล็กลงและสามารถรวมเข้าไปกับอุปกรณ์สื่อสารชนิดอื่น ๆ เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ ทำให้ความนิยมถ่ายภาพยิ่งขยายตัวออกไปทั้งปริมาณและความถี่ ควบคู่กันกับการขยายตัวของเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร ยิ่งกว่านั้น การเชื่อมโยงภาพถ่ายซึ่งเป็นข้อมูลดิจิทัลจากอุปกรณ์ถ่ายภาพเข้าไปยังระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถทำได้โดยสะดวกและรวดเร็ว ประกอบกับความนิยมในการติดต่อสื่อสารผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นไปอย่างกว้างขวาง ส่งผลให้การถ่ายภาพกลายเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตประจำวันของมนุษย์จำนวนมากอย่างไม่เคยเกิดขึ้นในอดีต ในอีกด้านหนึ่งของพัฒนาการนี้ ส่งผลให้ปัจเจกบุคคลแต่ละคนในสังคมถูกล้วงล้ำเข้าไปในอาณาเขตของความเป็นส่วนตัวมากขึ้น ในเมื่อการถ่ายภาพสามารถเกิดขึ้นได้ทุกที่และทุกเวลา บุคคลอาจถูกถ่ายภาพโดยไม่มีแม้แต่โอกาสที่จะรับรู้ หรือสอบถามความยินยอมก่อน เมื่อมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้ถูกถ่ายภาพมักอ้างถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งในทางกฎหมายยังมีความไม่ชัดเจนอยู่มาก

ดังนั้น งานวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์ ดังนี้

(1) ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีของ “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” (Right to privacy) โดยเปรียบเทียบแนวคิดทฤษฎีของกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย ตลอดจนศึกษาพัฒนาการของสิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมในฐานะเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐานประการหนึ่ง

(2) ศึกษาวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายฉบับต่างๆ ในระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันกับกรณีการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม เพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาในแง่องค์ประกอบ ขอบเขต และเนื้อหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(3) เสนอแนะแนวทางแก้ไขปรับปรุง พัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมให้มีความทันสมัย และเหมาะสมกับสภาพการณ์ในสังคมปัจจุบันต่อไป

เนื่องจากการวิจัยนี้เป็นการศึกษาที่มุ่งเน้นการศึกษากฎหมาย การตีความและปรับใช้กฎหมาย จึงเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยทำการศึกษาข้อมูลเอกสาร (Documentary Research) (จากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาศาล คดีที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ หนังสือและบทความทางวิชาการทั้งของไทยและต่างประเทศ ทั้งนี้ ผู้วิจัยตั้งสมมุติฐาน (Hypothesis) ในการวิจัยว่า “ในระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น ไม่มีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมโดยเฉพาะ แม้ว่ามีกฎหมายหลายฉบับที่อาจนำมาปรับใช้ได้ ก็ยังมีปัญหาในการปรับใช้ อยู่หลายประการ” งานวิจัยนี้จึงศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว โดยจะเริ่มจากการพิจารณาว่า สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้น จัดเป็นสิทธิชนิดใด ทั้งนี้จะศึกษาแนวคิดของสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะกรณีสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ซึ่งหมายความรวมถึงสิทธิในการไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนี้ด้วย หลังจากนั้นจะศึกษาวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายไทยที่มี

อยู่ในปัจจุบันในการนำมาปรับใช้สำหรับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพ โดยจะมีการนำกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative Analysis) กับกฎหมายไทย ซึ่งผลการวิจัยจะแสดงให้เห็นถึงปัญหาในการปรับใช้ ในแง่องค์ประกอบ ขอบเขต และช่องว่างของกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน อันจะนำไปสู่ ข้อเสนอแนะในการแก้ไข ปรับปรุง พัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ให้มีความทันสมัย ครอบคลุม และเหมาะสมกับสภาพการณ์ในสังคมปัจจุบันต่อไป

สภาพปัญหา

สภาพปัญหาของการถ่ายภาพผู้อื่นโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้น โดยทั่วไปมักจะพิจารณากรณีปาปาราซซี่ ที่ทำการถ่ายภาพนักแสดงหรือผู้มีชื่อเสียง อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า การพิจารณาดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสภาพปัญหาทั้งหมดเท่านั้น จึงได้แบ่งแยงสภาพปัญหาโดยใช้เกณฑ์สามประการ กล่าวคือ

เกณฑ์แรก จำแนกสภาพปัญหาตามลักษณะผู้กระทำ ซึ่งสามารถจำแนกได้สองประการคือ

(1) กรณีผู้กระทำที่เป็นปาปาราซซี่ (Paparazzi) ซึ่งเป้าหมายการถ่ายภาพของปาปาราซซี่มักจะเป็นนักแสดง หรือผู้มีชื่อเสียง (celebrity) การถ่ายภาพของปาปาราซซี่จะมีวัตถุประสงค์ในเชิงการค้า กล่าวคือ เพื่อนำภาพที่ถ่ายได้ไปขายให้กับแหล่งต่างๆ

(2) กรณีผู้กระทำที่เป็นบุคคลธรรมดา ทั้งนี้เนื่องจากพัฒนาการของเทคโนโลยีทั้งในแง่ของการถ่ายภาพและการเชื่อมโยงภาพถ่ายเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต อีกทั้งการรวมคุณสมบัติของโทรศัพท์เคลื่อนที่และกล้องถ่ายรูปเข้าด้วยกัน ทำให้ความนิยมการถ่ายภาพแพร่หลายไปอย่างกว้างขวาง บุคคลธรรมดาที่มีแนวโน้มที่จะทำการถ่ายภาพมากขึ้นกว่าในอดีต

เกณฑ์ที่สอง จำแนกสภาพปัญหาตามลักษณะของผู้ถูกกระทำ ซึ่งสามารถจำแนกได้สองประการคือ

(1) กรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลสาธารณะ (public figures) เช่น นักแสดง ผู้มีชื่อเสียง

(2) กรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลธรรมดา เนื่องจากเทคโนโลยีในสมัยปัจจุบันทำให้บุคคลทั่วไปอาจถูกถ่ายภาพในสถานที่ต่างๆ ได้โดยง่ายและไม่รู้ตัวว่าถูกถ่ายภาพ เช่น ขณะเดินทางโดยการขนส่งสาธารณะรูปแบบต่างๆ ขณะเดินซื้อสินค้าหรือรับประทานอาหาร หรือตามแหล่งท่องเที่ยวต่างๆ เป็นต้น เกณฑ์ที่สาม จำแนกสภาพปัญหาตามลักษณะของภาพที่ถ่าย ซึ่งสามารถจำแนกได้สองประการคือ

1) การถ่ายภาพบุคคลที่เกี่ยวข้องกับลักษณะลามกอนาจาร เช่น การถ่ายภาพในสวนพื้นที่ได้กระโปรงของสุภาพสตรี การกระทำดังกล่าวอาจเกิดจากผู้ที่มีลักษณะนิสัยชอบดูอวัยวะเพศของผู้อื่นหรือพวกถ้ำมอง (Voyeur หรือ peeping tom) มาตรการทางกฎหมายของหลายประเทศมักจะมุ่งเน้นไปที่การควบคุมพฤติกรรมถ่ายภาพลักษณะนี้

2) การถ่ายภาพบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ากระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวในวงกว้างและเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายกับบุคคลทั่วไปในการดำเนินชีวิตประจำวัน เช่น ถ่ายภาพบุคคลขณะซื้อสินค้า เดินทางท่องเที่ยว หรือรับประทานอาหาร เป็นต้น กรณีตัวอย่างสำคัญที่มักกล่าวถึงในทางวิชาการเช่น กรณี “Dog Poop Girl”³ กรณีสุภาพสตรีชาวเกาหลีถูกถ่ายภาพขณะอยู่บนรถไฟใต้ดินและถูกถ่ายภาพโดยผู้โดยสารคนอื่น ภาพนั้นได้ถูกนำมาเผยแพร่ในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์และได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ไปทั่วโลก

ลักษณะพฤติกรรมละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายหน้านั้น หากพิจารณาจากมุมมองทางนิติศาสตร์แล้ว จะพบว่าปัญหาทางกฎหมายมีอยู่สองขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นตอนของการถ่ายภาพ และ ขั้นตอนของการเผยแพร่ภาพ นักวิชาการหลายท่านให้ความสำคัญกับกรณีการเผยแพร่ภาพ แม้กระทั่งกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาก็นำการเผยแพร่ภาพมาเป็นองค์ประกอบ

³ Daniel J. Solove, . “The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet” Yale University Press: New Haven and London, 2007, pp.12-14.

ของฐานความผิดตั้งจะได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะงานวิจัยฉบับนี้จะศึกษามาตรการทางกฎหมายทั้ง ขั้นตอนของการถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพ แต่ก็ได้มุ่งเน้นการศึกษาที่ขั้นตอนของการถ่ายภาพ ด้วยเหตุผลสองประการที่สำคัญ กล่าวคือ ประการแรก บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ที่จะดำรงชีวิตอยู่โดยปราศจากการแทรกแซง การถ่ายภาพเป็นพฤติกรรมอันหนึ่งซึ่งแม้ว่าจะไม่ก่อความกระทบกระเทือนทางกายภาพ ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกถ่ายภาพโดยตรง แต่ก็เป็นการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวแล้ว ประการที่สอง เนื่องจากเทคโนโลยีเกี่ยวกับการถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพโดยเฉพาะในช่องทางการสื่อสารสารสนเทศ เป็นไปได้อย่างรวดเร็ว มาตรการที่คุ้มครองในขั้นตอนของการเผยแพร่ภาพนั้นไม่เพียงพอในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายภาพ ตัวอย่างเช่น กรณีการเผยแพร่ภาพของบุตรสาว ประธานาธิบดีสเปนในเว็บไซต์⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นปัญหาของการคุ้มครองสิทธิในขั้นตอนการเผยแพร่ภาพ ดังนั้น งานวิจัยนี้จึงมุ่งเน้นศึกษามาตรการทางกฎหมายในขั้นตอน ณ จุดที่เกิดการถ่ายภาพ ในฐานะที่เป็นมาตรการเชิงป้องกัน (Preventive approach) ที่สำคัญ

สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม กับ สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to privacy)

ในส่วนนี้จะศึกษาถึงพัฒนาการแนวคิดของ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) ซึ่งเป็นแขนงหนึ่งของสิทธิมนุษยชน อันนำไปสู่การขยายตัวต่อมาของ สิทธิในการที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม โดยอาจพิจารณาได้จากหลายบริบท กล่าวคือ

ในบริบททางปรัชญานั้น ให้เหตุผลว่า ที่มาแห่งสิทธิของมนุษย์ทั้งหลายนั้นมาจาก แนวคิดตามธรรมชาติ (Idea of Nature) เนื่องจากธรรมชาติเป็นผู้กำหนดระเบียบอันถูกต้องแห่งจักรวาล (Nature Described the Property of the Universe)⁵ ดังนั้น สิทธิของมนุษย์ทุกคนจึงได้รับการอ้างอิงว่าสิทธิธรรมชาติ (Natural rights) เพื่อยืนยันความสำคัญและที่มาของสิทธินี้ ต่อมาคำว่าสิทธิธรรมชาติ ได้วิวัฒนาการเป็นสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ทั้งนี้ คำว่า มนุษย์ นั้นย่อมเป็นการอ้างถึงความชอบธรรมแห่งสิทธิ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญแห่งชีวิตมนุษย์ที่ถูกต้องเหมาะสม (An essential part of a properly human life) กล่าวคือ ย่อมไม่เป็นการถูกต้องเหมาะสม หากมนุษย์ปราศจากเสียซึ่งสิทธิเช่นนี้ ในสมัยโรมันนั้น มีแนวคิดที่ยอมรับว่าบุคคลแต่ละคนมีเขตแดนของตนเอง ซึ่งในเขตแดนดังกล่าวนั้นถือเป็นเขตเฉพาะตัวของปัจเจกบุคคลแต่ละคนซึ่งปราศจากการสอดเข้ามาเกี่ยวข้องของบุคคลอื่นในสังคมนั้น⁶ ตามกฎหมายโรมันนั้น การเข้าไปในบ้านของบุคคลอื่นโดยมิได้รับอนุญาตนั้นเป็นการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัว (to enter a man's house against his will.. was regarded as an invasion of his privacy) ซึ่งตรงกับแนวคิดพื้นฐานของกฎหมาย คอมมอนลอว์ ที่ว่า บ้านของบุคคลเปรียบเสมือนเป็นปราสาทของเขา (every man's house is his castle)⁷ สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to privacy) กับ สิทธิส่วนบุคคล (personal right) ต่างก็มุ่งเน้นถึงความสำคัญของความเป็นส่วนตัวในฐานะเป็นสาระสำคัญของความเป็นตัวตนของมนุษย์⁸

⁴ ในเดือน กันยายน 2552 กรณีปัญหาเกิดขึ้นเมื่อ ประธานาธิบดีสหรัฐ พบปะกับ ประธานาธิบดีของสเปน และมีการถ่ายภาพร่วมกัน ทั้งนี้การถ่ายภาพดังกล่าวได้ปรากฏภาพครอบครัวของประธานาธิบดีสเปน อันมีบุตรสาวสองคน ภาพนั้นได้ถูกนำมาเผยแพร่ในเว็บไซต์ www.flickr.com รัฐบาลสเปนได้มีการร้องขอให้ทางสหรัฐ นำภาพดังกล่าวออกไปจากเว็บไซต์ดังกล่าว ด้วยเหตุผลเพื่อคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุตรสาวของประธานาธิบดีสเปน อย่างไรก็ตาม ช่วงระยะเวลาอันสั้นที่ภาพนั้นปรากฏในเว็บไซต์ดังกล่าวนี้ ก็มีผู้เข้าชมนำภาพดังกล่าวไปเผยแพร่ในเว็บไซต์อื่นแล้ว ([online] available from, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/25/spain-zapatero-daughters-obama>)

⁵ Kenneth Minogue, "The History of the Idea of Human Right", The Human Rights Reader, London, 1978, p35

⁶ Wacks, Raymond. . Personal Information: Privacy and the Law . UK: Oxford Clarendon Press, 1989, p75

⁷ Hunter's Roman Law ,3d ed. (2009) [Online]. available : http://historyofprivacy.net/pavesich_v.htm

⁸ Alderman, Ellen and Kennedy, Caroline. The Right to Privacy . New York: Alfred A. Knoph, 1995 p12

ในบริบททางศาสนานั้น สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล เริ่มพัฒนามาจากการมุ่งเน้นไปที่สิทธิที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย เช่น การนำไปไม่มาประดิษฐ์เป็นที่ปิดบังส่วนของร่างกายที่ไม่ต้องการให้คนอื่นได้เห็น⁹ อย่างไรก็ตาม สิทธิในความเป็นส่วนตัว ถูกขยายความออกไปรวมถึงครอบครัว ทรัพย์สิน ด้วย

ในบริบททางการเมืองนั้น แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในระยะแรก สืบเนื่องมาจากแนวคิดเกี่ยวกับ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ใช้อ้างอิงยันต่อรัฐ นักคิดผู้มีชื่อเสียงด้านการเมืองการปกครองหลายคน ได้เสนอแนวคิดที่ว่า รัฐบาลโดยชอบนั้น จะต้องได้รับอำนาจการปกครองมาจากผู้ใต้ปกครอง¹⁰

เมื่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นสิทธิที่ติดตัวคนมาตั้งแต่กำเนิด จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชน ที่เป็นสิทธิที่มีอยู่ในทุกคนอันเนื่องมาจากการที่เขาเป็นมนุษย์ ไม่ต้องทำอะไรทั้งสิ้นเพื่อให้ได้มา ขอเพียงได้เกิดเป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิมนุษยชน¹¹ ดังจะเห็นได้จากการรับรองถึงสิทธิดังกล่าวในระดับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (UN's Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 12 ที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบลู่ในเกียรติยศ ชื่อเสียงบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย ต่อการแทรกแซงในสิทธิเช่นนั้น” ซึ่งต่อมาได้มีการจัดทำ กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองของสหประชาชาติ (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ซึ่งกล่าวไว้ในบทนำว่า “..สิทธิมนุษยชนได้มาจากศักดิ์ศรีอันสืบสายติดตัวมาของบุคคล...” (...Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person...) และในข้อ 17 ของกติกาดังกล่าวได้กำหนดว่า “บุคคลจะถูกแทรกแซงในความเป็นอยู่ส่วนตัว (privacy) ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่... บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกแซงเช่นว่านั้น ”

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) มีลักษณะพลวัต (Dynamic) กล่าวคือสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสังคม วัฒนธรรม ด้วยเหตุนี้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อาจแตกย่อยออกมาเป็นสิทธิต่างๆได้อีกหลายประการตามบริบทต่างๆ เช่น สิทธิในการดำเนินชีวิตและกำหนดความเป็นตัวตนของตนเอง (Self-determination) สิทธิในการติดต่อสื่อสารกับผู้อื่น สิทธิที่จะสมรสหรือสร้างครอบครัว สิทธิที่จะทำแท้ง สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะเลือกศาสนาและการเมือง เป็นต้น¹² ในเมื่อปัจเจกบุคคลแต่ละคนเมื่อเกิดมาแล้วมีสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงดังกล่าว สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมจึงเป็นสิทธิที่แตกย่อยออกมาของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั่นเอง เนื่องจากสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นมีลักษณะที่อาจปรับเปลี่ยนไปตามสังคมและยุคสมัยได้ ดังนั้นเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปย่อมเกิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวชนิดใหม่ๆขึ้นมาได้ ดังเช่นใน สังคมที่มีการพัฒนาความก้าวหน้าทางการสื่อสารโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศอันอาจนำมาซึ่งการละเมิดความเป็นส่วนตัวลักษณะใหม่ๆ เช่น การถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยไม่ได้ขอความยินยอมผู้ถูกถ่ายภาพก่อนหรือแม้แต่ผู้ถูกถ่ายภาพมิได้รับรู้ถึงการถ่ายภาพแต่อย่างใดเลย ดังนั้น สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้น อาจจัดเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งของมนุษย์ในปัจจุบัน ซึ่งบุคคลแต่ละคนควรจะสามารถมีสิทธิในการกำหนดและตัดสินใจในการที่รูปลักษณ์ของตนจะไปปรากฏเป็นภาพถ่าย ในส่วนต่อไปงานวิจัยนี้จะศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายของต่างประเทศและของไทย

⁹ DeCew , Judith Wagner. (1997). In Pursuit of Privacy: Law Ethics and The Rise of Technology. US: Cornell University Press, pp.93-116

¹⁰ Orwin, Chifford and Pange, Thomas. (1984). The Philosophical Foundation of Human Rights. Human Rights in our time. London :Westview Press, p37.

¹¹ Donnelly, Jack. (1982). “Human Rights and Human Dignity”, The American Law Review, 76 , No.2 (1982).

¹² Hayden, Trydy, Hendricks, Evan and Novice, Jack D. (1990). Your right to Privacy : A Basic Guide to Legal Rights in an information Society. US: Southern Illinois University Press, pp45-50.

การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไป

1. มาตรการทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

แนวความคิดการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของสหรัฐอเมริกาเริ่มเห็นได้ชัดเจนจากบทความวิชาการของ Samuel D. Warren และ Louis D. Brandies ในปี 1890 ซึ่งบทความนี้ได้เผยแพร่แม้ว่ายังไม่มีกฎหมายหลายของเทคโนโลยีสารสนเทศและการถ่ายภาพด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังเช่นในปัจจุบัน แต่ผู้เขียนทั้งสองเห็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในกรณีของการถ่ายภาพไว้แล้ว โดยกล่าวไว้ในบทความว่า "... เครื่องมือที่ทันสมัยสามารถก่อให้เกิดโอกาสในการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของคุณคนอื่นโดยที่บุคคลนั้นมิได้รับรู้ตัว เช่น เทคโนโลยีของการถ่ายภาพอาจทำให้บุคคลหนึ่งถูกถ่ายภาพได้โดยที่บุคคลนั้นมิได้รับรู้ตัวหรือตั้งใจในการถ่ายภาพนั้นแต่อย่างใด..."¹³ หลังจากบทความดังกล่าวเผยแพร่สู่วงการวิชาการด้านกฎหมายในวารสารกฎหมายของ Harvard ในปี 1890 แล้ว การพิจารณาคดีต่อๆมาของศาลสหรัฐหลายคดีได้สะท้อนถึงอิทธิพลแนวความคิดดังกล่าว หลังจากนั้น Prosser¹⁴ ได้ขยายความการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวออกไป โดยแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ต่อมา หลักการทั้ง 4 นี้ได้รับการรวบรวมจากสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Law Institute) ซึ่งทำการรวบรวมคอมมอนลอว์ที่กระจัดกระจายเข้าไว้ด้วยกัน และได้รับการอ้างอิงบ่อยครั้งโดยศาลสหรัฐ คอมมอนลอว์เกี่ยวกับละเมิดที่ได้รับการรวบรวมนี้เรียกว่า "The Restatement (Second) of Torts (1977)" ซึ่งกำหนดหลักการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (right of privacy) ไว้ในมาตรา 652 A - 652 E โดยกรณีที่เกี่ยวข้องกับการถ่ายภาพผู้อื่นโดยมิได้รับรู้และยินยอมก็คือ การแทรกแซงความสันโดษของผู้อื่นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ตามมาตรา 652 B (a) (unreasonable intrusion upon the seclusion of another)

นอกจากกฎหมายคอมมอนลอว์โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิดที่อาจนำมาปรับใช้กับกรณีการถ่ายภาพผู้อื่นโดยมิได้รับรู้และยินยอมแล้ว สหรัฐอเมริกายังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมโดยเฉพาะ ซึ่งแบ่งออกเป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ (Federal law) และระดับมลรัฐ (State law) สำหรับกฎหมายสหรัฐ (Federal Law) มีกฎหมาย "Video Voyeurism Prevention Act" ซึ่งมีจุดประสงค์คุ้มครองบุคคลที่ถูกถ่ายภาพในลักษณะที่ไม่เหมาะสม เช่น ในขณะที่เปลือยกายหรืออยู่ในชุดชั้นใน โดยในมาตรา 1801 วางหลักไว้ว่า ผู้ใดก็ตาม... มีเจตนาถ่ายภาพที่ไม่เหมาะสมของผู้อื่นและผู้อื่นนั้นอยู่ในสภาพเปลือยหรือสวมใส่เพียงชุดชั้นใน...ภายใต้สภาพแวดล้อมซึ่งผู้อื่นนั้นมีเหตุอันควรคาดหมายได้ว่าเป็นที่ส่วนตัว..."¹⁵ รัฐบัญญัติฉบับนี้ยังเป็นกฎหมายต้นแบบซึ่งมลรัฐต่างๆนำไปใช้ในการร่างกฎหมายในระดับมลรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอม

กฎหมายมลรัฐ (State law) ต่างๆ ของสหรัฐอเมริกานั้น บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการถ่ายภาพผู้อื่นโดยปราศจากการรับรู้และยินยอมไว้ในกฎหมายความผิดลักษณะต่างๆกัน เช่น มลรัฐ Missouri กำหนดอยู่ในหมวดความผิดเกี่ยวกับบุคคล (Offenses against person), มลรัฐ Wisconsin, Alabama, Pennsylvania บัญญัติเป็นความผิดเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัว (Invasion of Privacy/ offences against privacy), มลรัฐ Washington, Kentucky, Utah, Ohio บัญญัติเป็นฐานความผิดเกี่ยวกับการ "ถ้ามอง" (Voyeurism) โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual offenses)

¹³ Warren, D, Samuel and Brandeis, D, Louis. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review, Vol IV December 15, 1890, [Online]. available from: <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw>

¹⁴ Prosser, William L. (1971). Handbook of the law of torts, 4ed. (London : St.Paul, Minn. West Publishing Co, pp24-47.

¹⁵ [Online]; available from: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00001801----000-.html

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแต่ละรัฐจะกำหนดให้การบันทึกภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอม เป็นฐานความผิดในหมวดต่างๆ กัน ผู้วิจัยได้สรุปองค์ประกอบร่วมกันของกฎหมายมลรัฐต่างๆ ได้ 5 ประการที่สำคัญคือ

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

(2) องค์ประกอบในแง่สถานที่ กฎหมายกำหนดคุ้มครองบุคคลที่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากความยินยอมก็แต่เฉพาะเมื่อการถ่ายภาพนั้นเกิดในสถานที่ซึ่งบุคคลนั้นคาดหวังได้ว่าจะมีความเป็นส่วนตัว (where the person has a reasonable expectation of privacy) เช่น มลรัฐ Arizona, Missouri, Pennsylvania, Washington, New York เป็นต้น ข้อควรพิจารณาก็คือ ในการกำหนดถึงสถานที่ที่คาดหวังความเป็นส่วนตัว กฎหมายของบางมลรัฐยังคำนึงถึงความเชื่อมโยงกับการถ่ายภาพเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ เช่น กฎหมายมลรัฐ Washington นิยามสถานที่ที่บุคคลคาดหวังความเป็นส่วนตัวว่า สถานที่ซึ่งบุคคลควรเชื่อว่าเขาสามารถถอดเสื้อผ้าออกได้อย่างเป็นส่วนตัวโดยไม่ต้องกังวลว่าจะถูกถ่ายภาพโดยบุคคลอื่น

(3) องค์ประกอบเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้ถ่ายภาพ กฎหมายกำหนดองค์ประกอบความผิดของการถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมว่า จะต้องเป็นการถ่ายภาพ ในขณะที่บุคคลนั้น กระทำพฤติกรรมบางอย่าง เช่น กฎหมายมลรัฐ Arizona กำหนดว่าภาพนั้นต้องถ่ายขณะที่ผู้อื่นกำลัง ขับถ่าย แต่งตัว กระทำการเกี่ยวกับทางเพศ กฎหมายมลรัฐ Missouri, Pennsylvania กำหนดว่าการถ่ายภาพอันจะเป็นความผิดต้องเป็นการถ่ายขณะที่ผู้อื่นนั้นเปลือยทั้งหมดหรือบางส่วน

(4) องค์ประกอบในแง่วัตถุประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจของการถ่ายภาพ บางมลรัฐนำเอา วัตถุประสงค์ของการถ่ายภาพมาเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย เช่นมลรัฐ Pennsylvania, Washington, Texas วางเงื่อนไขว่าการถ่ายภาพที่จะเป็นความผิดต้องเป็นการ ถ่ายภาพเพื่อการกระตุ้นความต้องการทางเพศ (Making any photograph... for the purpose of arousing or gratifying he sexual desire of any person)

(5) องค์ประกอบของการเผยแพร่ภาพ การถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้น เป็นมาตรการเชิงป้องกัน (preventive approach) ก่อนที่การถ่ายภาพจะนำไปสู่ความผิดอื่นๆ ที่ยากจะแก้ไขเยียวยาต่อไป โดยเฉพาะในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ เช่น การเผยแพร่ภาพนั้นไปในระบบอินเทอร์เน็ต บางมลรัฐ มิได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม อย่างไรก็ตามบางมลรัฐเช่น Missouri ได้กำหนดการเผยแพร่ภาพไว้เป็นองค์ประกอบความผิดด้วย

แม้ว่าในสหรัฐมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับกรณีการถ่ายภาพโดยเฉพาะ แต่ก็ยังมีปัญหาในแง่ขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่มีการยินยอมเกี่ยวกับการลามาจนจาร ก ถ่ายภาพ ข ขณะนั่งรับประทานอาหารอยู่ในภัตตาคารแห่งหนึ่ง กรณีนี้ไม่เข้าองค์ประกอบของกฎหมายกลุ่มที่เกี่ยวกับ Voyeurism เพราะขาดองค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับตัวผู้ถูกกระทำซึ่งไม่ได้อยู่ในสภาพเปลือยกาย

นอกจากนั้น ในเดือนตุลาคม 2006 มลรัฐ California บัญญัติกฎหมายใหม่ โดยกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1708.8 (California Civil Code Section 1708.8) วางหลักเกี่ยวกับการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัว (invasion of privacy) ในกรณีถ่ายภาพไว้โดยเฉพาะ มาตรา มาตรา 1708.08 (b) กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดความเป็นส่วนตัว เมื่อมีการกระทำเกี่ยวกับการ

ถ่ายภาพ หรือบันทึกเสียง ของบุคคลอื่นซึ่งกำลังกระทำกิจกรรมส่วนบุคคลหรือกิจกรรมในครอบครัว ภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลผู้ถูกถ่ายภาพมีเหตุผลสมควรที่จะคาดหมายความเป็นส่วนตัว โดยมีการใช้อุปกรณ์เพิ่มขีดความสามารถในการมองเห็นภาพหรือรับฟังเสียง ทั้งนี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการบุกรุกทางกายภาพด้วย”¹⁶ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายแพ่งของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในอันที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมไว้โดยในกฎหมายได้ระบุถึง สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy) ไว้อย่างชัดเจน กฎหมายนี้ นับว่าเป็นการขยายการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวออกไปให้กว้างกว่ากรณีถ่ายภาพในลักษณะลามกอนาจาร เนื่องจากไม่มีองค์ประกอบดังกล่าวเหมือนดังเช่นกฎหมายเกี่ยวกับการถ่มอง (Voyeurism) นอกจากนี้ ใน (b) ยังถือได้ว่าเป็นพัฒนาการที่สำคัญของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เนื่องจากวางหลักให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ไม่มีการบุกรุกเข้าไปทางกายภาพ เช่น การใช้เลนส์ซูมถ่ายภาพจากระยะไกลโดยตัวผู้ถ่ายภาพมิได้มีการเข้าไปในทางกายภาพด้วย

2. มาตรการทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

มาตรการทางกฎหมายของฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมปรากฏอยู่ในทั้งในกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 226 –1 กำหนดบทลงโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 45,000 ยูโรสำหรับการกระทำโดยจงใจให้เกิดการล่วงละเมิดซึ่งความเป็นอยู่ส่วนตัวของชีวิตส่วนตัวของผู้อื่น โดยวิธีการ ถ่ายภาพ บันทึกภาพ หรือ ถ่ายทอดรูปภาพของบุคคลผู้ซึ่งอยู่ในสถานที่ส่วนบุคคลโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลผู้นั้น¹⁷ สำหรับมาตรการในประมวลกฎหมายแพ่งได้แก่ มาตรา 9 ซึ่งอยู่ในบรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัว” (Everyone has the right to respect for his private life) คดีที่ศาลฝรั่งเศสตัดสินตามมาตรา 9 เช่น คดี Brigitte Bardot / Beaverbrook Ltd. (1965)¹⁸ ซึ่งหนังสือพิมพ์ The Daily Express ได้ตีพิมพ์ภาพงานพบปะภายในครอบครัวของ Brigitte Bardot และบุตรชายของเธอ งานพบปะดังกล่าวจัดขึ้นในสถานที่ส่วนบุคคลของ Bardot ศาลตัดสินว่าภาพเช่นนั้นเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของโจทก์โดยอ้างมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เช่นเดียวกับคดี Chambre Civile 1, 13 avril Farah Diba (1988)¹⁹ ซึ่งนิตยสาร “Jours de France” พิมพ์เผยแพร่ภาพของ Mrs Farah Diba ในชุดอาบน้ำ ภาพแรกเป็นภาพถ่ายขณะอยู่ในสวน ภาพที่สองเป็นอิริยาบถนั่งตกลอยอยู่บนก้อนหิน Farah Diba ฟ้องนิตยสารโดยอ้างว่าละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบค่าใช้จ่ายไหมทดแทน การกระทำของจำเลยขัดต่อกฎหมายแพ่งมาตรา 9 จำเลยฎีกา ศาลฎีกาเห็นว่า ผู้มีชื่อเสียงหรือบุคคลสาธารณะย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป หรือในคดี Astier / Julien (2000)²⁰ เป็นกรณีที่เด็กได้เข้าร่วมงานประเพณีงานหนึ่ง นิตยสารได้ถ่ายภาพเด็กผู้นั้น แต่นำภาพไปลงพิมพ์ ผู้ปกครองเด็กมิได้ให้ความยินยอมในการเผยแพร่ภาพเด็กดังกล่าว ศาล Cour de Cassation ตัดสินว่า การเผยแพร่ภาพซึ่งแสดงให้เห็นว่าเด็กเข้าร่วมงานดังกล่าวนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ปกครอง เมื่อไม่มีการอนุญาตแล้วถือว่า การเผยแพร่ภาพขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 9

¹⁶ [Online] available from, <http://law.onecle.com/california/civil/1708.8.html>

¹⁷ [Online]; available from: <http://www.legifrance.gouv.fr>

¹⁸ [Online]; available from: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Bardot>

¹⁹ [Online]; available from: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Diba>

²⁰ [Online]; available from: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Astier>

3. มาตรการทางกฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบีย

ข้อห้ามตามกฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบีย เกิดขึ้นเมื่อผู้นำศาสนาได้ออกประกาศ (edict) กำหนดให้โทรศัพท์ดังกล่าวเป็นสินค้าต้องห้ามด้วยเหตุผลที่ว่า จะเป็นการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจารสู่สังคมมุสลิม (spreading obscenity in Muslim society) นอกจากนั้นแล้วรัฐบาลยังให้เหตุผลของการห้ามดังกล่าวคือ โทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งถ่ายภาพได้นั้นส่งผลเท่ากับการถ่ายทอดทางโทรทัศน์และการเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต²¹ ต่อมา รัฐบาลได้ผ่อนคลายนโยบายโดยการอนุญาตให้นำเข้าและจำหน่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งถ่ายภาพได้ แต่ยังคงควบคุมการใช้โดยมีกฎหมายควบคุมการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในการเผยแพร่ภาพซึ่งมีลักษณะลามกอนาจารหรือภาพของสุภาพสตรี โดยกำหนดว่า “ผู้ใดใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งถ่ายภาพได้ในการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร มีโทษถูกเชี่ยน 1000 ครั้ง จำคุก 12 ปี และปรับ 26670 เหรียญ”²² อย่างไรก็ตามหากพิจารณากฎหมายของซาอุดีอาระเบียแล้วจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการควบคุมอุปกรณ์ถ่ายภาพดังกล่าว มุ่งเน้นไปที่การป้องกันถ่ายภาพสุภาพสตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถ่ายภาพสุภาพสตรีในขณะที่มีผ้าคลุมหน้าซึ่งเป็นการขัดต่อข้อห้ามทางศาสนา กฎข้อห้ามดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลทางศาสนาเป็นหลัก มิได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมในความหมายอย่างกว้าง

การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ตามกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันนั้น แม้ว่าไม่มีการบัญญัติรับรองถึง “สิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม” เอาไว้โดยเฉพาะหรืออย่างชัดแจ้ง แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าสิทธิดังกล่าวไม่ได้มีอยู่แต่ประการใด หากพิจารณาว่า สิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” (Right to Privacy) แล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองสิทธิดังกล่าวมาอย่างต่อเนื่อง นับแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 47 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือ ความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง” จนถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือ ความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง” อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ปัจจุบันนี้จะพบว่า กฎหมายลำดับรองที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิดังกล่าว นั้นยังไม่มีเป็นกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้นมีอยู่อย่างกระจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งงานวิจัยนี้จะทำการศึกษาปัญหาในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธินี้ต่อไป

1. วิเคราะห์การปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา ในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม

การถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยที่ผู้ถูกบันทึกภาพไม่ได้ให้ความยินยอมนั้น หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่า ไม่มีฐานความผิดที่บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้โดยตรง แต่มีฐานความผิดที่พอจะนำมาปรับได้หลายมาตรา เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 ฐานทำร้ายร่างกายแล้วงานวิจัยนี้พบว่าลำพังเพียงแต่การถ่ายภาพโดยไม่ได้ขอความยินยอมนั้น เป็นการยากที่จะถือได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาทำให้เกิดผลกระทบต่อร่างกายของผู้ถูกถ่ายภาพ และเมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น 626/2493, 3269/2531, 273/2509 แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการยากที่ผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอม จะอ้างว่าตนเองถูกทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายแก่จิตใจ ทั้งนี้เนื่องจากอารมณ์ความรู้สึกวิตกกังวล แค้นใจ เหล่านี้ศาลยังไม่ถือว่าเป็นอันตรายแก่จิตใจตามความหมายของมาตรา 295

²¹ [Online]; available from :<http://arabnews.com>

²² [Online] available form; <http://www.cellular-news.com/story/12587.php>

เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาภาคสาม ความผิดลหุโทษ ก็พบว่ามีความหมายที่พอจะนำมาปรับใช้ได้เช่น มาตรา 392 มาตรา 397 กล่าวคือ มาตรา 392 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความหวาดกลัวหรือความตกใจโดยการขู่เข็ญ ต้องระวางโทษ...” จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามมาตรา 392 เช่น 1972/2531, 924/2542 จะเห็นได้ว่า ล้วนแต่เป็นการขู่เข็ญในลักษณะที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือชีวิต จึงมีปัญหาว่า การใช้กล้องถ่ายรูปทำการถ่ายภาพบุคคลอื่น ซึ่งทำให้ผู้อื่นตกใจ และหวาดกลัวว่าผู้ถ่ายภาพจะนำภาพของตนไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใด หรือเผยแพร่ในช่องทางใดนั้น ตามแนวของศาลฎีกาแล้วอาจไม่ถือว่าเป็นการขู่เข็ญในลักษณะที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่กาย ซึ่งทำให้ไม่สามารถปรับมาตรา 392 มาลงโทษผู้กระทำการบันทึกภาพได้

ในกรณี มาตรา 397 นั้น บัญญัติว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” การปรับใช้มาตรา 397 ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาจะพบว่า มักเป็นกรณีพฤติกรรมการทำให้เดือดร้อนรำคาญโดยการใช้วาจาจากกล่าวข้อความ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1398/2506, 388/2505, 1631/2538, 2874/2528) อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายจะเห็นได้ว่า การทำให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญไม่จำกัดอยู่เฉพาะการกระทำโดยใช้คำพูดเท่านั้น ดังนั้นการถ่ายภาพบุคคลอื่นที่ไม่ได้ยินยอมด้วย ถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญได้ เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายแล้วพบว่า มาตรา 397 มีขอบเขตที่กว้างกว่าของกฎหมายหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกาที่ นำลักษณะของบุคคลผู้ถูกถ่ายภาพว่า จะต้องอยู่ในลักษณะเปลือย ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน มาเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย แต่มาตรา 397 ของไทยนั้น มิได้นำลักษณะของผู้ถูกถ่ายภาพว่าจะต้องอยู่ในลักษณะใด เพียงแต่การกระทำนั้น อาจทำให้ผู้ถูกถ่ายภาพเดือดร้อนรำคาญ ก็สามารถปรับเข้าองค์ประกอบมาตรา 397 ได้ ดังนั้น มาตรา 397 นั้นนับว่าสามารถนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ค่อนข้างกว้าง เช่นกรณี ก ถ่ายภาพ ข ขณะนั่งรับประทานอาหารอยู่ริมทางเท้าสาธารณะ แต่ก็มีข้อจำกัดคือจะนำมาปรับใช้ได้กรณีการถ่ายภาพที่เกิดในสาธารณสถานเท่านั้น ปัญหาที่สำคัญของการปรับใช้มาตรา 397 จะเกิดขึ้นในกรณีการถ่ายภาพในที่ไร้ฐาน เช่น ก ถ่ายภาพ ข ขณะขี่ ข อยู่ในบ้านของตนเอง นอกจากนี้ยังมีปัญหาว่า แม้มาตรา 397 อาจนำมาปรับใช้ในกรณีเช่น ก ถ่ายภาพ ข ขณะนั่งพักผ่อนอยู่ในสวนสาธารณะ แต่ด้วยเหตุที่ความผิดฐานนี้เป็นลหุโทษ จึงอาจไม่เพียงพอในการยับยั้งให้ผู้กระทำการหวาดกลัวต่อการกระทำ ความผิดได้

ประเด็นสำคัญในการปรับใช้ความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 ก็คือ การถ่ายภาพเป็นการ “เข้าไป” ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นหรือไม่ ปัญหาสำคัญก็คือกรณีที่ไม่มี การเข้าไปทางกายภาพ เช่นการใช้กล้องที่มีเลนส์สำหรับถ่ายภาพระยะไกล ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า การที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องพิพาทที่โจทก์ครอบครองในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และปิดห้องไว้ ทำให้โจทก์เข้าห้องไม่ได้ เป็นการล่องล้าเข้าไปกระทำการรบกวนการครอบครองของโจทก์ ตามมาตรา 362 แล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2512 ซึ่งเป็นกรณีที่สันักวิชาการหลายท่านไม่เห็นพ้องด้วย²³) อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวแม้ว่าไม่มี การเข้าไปทางกายภาพ แต่ก็เป็น การทำให้ผู้ครอบครองไม่อาจใช้อสังหาริมทรัพย์นั้นได้ แต่ในกรณีที่เพียงใช้กล้องซูม

²³ จิตติ ดิงศภัทย์. (2539) กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครธรรมศาสตร์. หน้า 3021 ; คณิต ณ นคร. (2537). กฎหมายอาญาภาคความผิด. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 117-118

เข้าไปนั้นก็มีลักษณะแตกต่างจากการปิดกั้นหรือใส่กุญแจห้อง กล่าวคือ แม้ว่าเกิดการถ่ายภาพแต่เจ้าของหรือผู้ครอบครองยังคงเข้าไปใช้สิทธิทรัพย์สินได้อยู่ เพียงแต่การใช้นั้นอาจไม่ได้เกิดโดยปกติสุขนักเพราะต้องหวาดระแวงถึงการถูกบันทึกภาพจากระยะไกล จึงยังมีปัญหาว่าจะเข้าองค์ประกอบของการบุกรุกหรือไม่กรณีนี้ หากวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะ กฎหมายมลรัฐ California มาตรา 1708.8 (b) นั้นครอบคลุมกรณีการถ่ายภาพ ที่ผู้ถ่ายไม่จำเป็นต้องมีการบุกรุกทางกายภาพเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น โดยเรียกลักษณะการกระทำนี้ว่า “constructive invasion of privacy” ซึ่งเป็นกรณีปัญหาที่จะต้องมีการตีความคำว่า เข้าไป ว่ามีขอบเขตแค่ไหน เพียงไร

สำหรับความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 และมาตรา 328 นั้นผู้วิจัยพบว่า ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยภาพถ่าย จะนำมาปรับใช้ได้ ต่อเมื่อมีการเผยแพร่ไปยัง “บุคคลที่สาม” ในลักษณะของการใส่ความแล้วเท่านั้น หากผู้กระทำการถ่ายภาพยังคงเก็บภาพที่ถ่ายนั้นไว้โดยมิได้ทำการส่งไปยังบุคคลที่สาม ก็ไม่สามารถนำมาตรา 326 หรือ 328 มาปรับใช้ได้เลย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น อาจนำมาปรับใช้ได้แต่เฉพาะขั้นตอนของการเผยแพร่ภาพแล้วเท่านั้น ไม่อาจนำมาคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพ ขณะเกิดการถ่ายภาพ

ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่า จากองค์ประกอบ และขอบเขตของกฎหมายอาญาที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น ยังมีช่องว่างที่ไม่อาจปรับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม เช่น ก อยู่ในบ้านของตนและใช้กล้องซูมถ่ายภาพ ข ซึ่งอยู่ในบ้านตรงข้าม ขณะที่ ข นอนอยู่ในห้องนอนที่เปิดม่านหน้าต่างไว้ เป็นต้น

2. วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม

งานวิจัยนี้พบว่าปัญหาของการปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดมาตรา 420 อยู่ที่ว่าสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอม นั้นจัดเป็นสิทธิอย่างไรในความหมายของมาตรา 420 กล่าวคือ จะตีความว่าเป็น “สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง” ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 หรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดของสหรัฐ (Restatement of Tort) ในมาตรา 625B จะเห็นได้ว่า การแทรกแซงในความสันโดษหรือความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น (Intrusion upon seclusion) นั้นได้รับการคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามแม้ว่า สิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม จะจัดเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 แต่ปัญหาประการต่อไปก็คือ ภาวะพิสูจน์ถึงความเสียหายของผู้ถูกถ่ายภาพ ซึ่งมักจะมีลักษณะเป็นนามธรรมอันเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ว่าตนเสียหายอย่างไรในการที่มีบุคคลอื่นถ่ายภาพของตนโดยมิได้รับความยินยอม

3. วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายอื่น ในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม

นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและอาญาแล้ว กฎหมายเฉพาะอื่นๆที่เกี่ยวข้องอาจพิจารณาได้จาก พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งมีบทบัญญัติหลายมาตราน่าจะนำมาปรับใช้เพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม เช่น มาตรา 14 มาตรา 16 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดในการนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองบุคคลที่ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมอยู่หลายประการซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้²⁴ กรณี

²⁴ คณาริพ ทองรวีวงศ์ (2551). ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในกรณีหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต. วารสารวิชาการสมาคมสถาบันอุดมศึกษาแห่งประเทศไทย (APHEIT Journal), ปีที่ 14 ฉบับที่ 1 พฤษภาคม 2551, หน้า 22-41

มาตรา 14(4) ของพระราชบัญญัตินี้เป็นกรณีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามก และ ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ปัญหาที่ว่าภาพอย่างไรจึงมีลักษณะลามกนั้น กฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัตินิยามคำว่าลามกไว้ และยังไม่มีการพิพากษาศาลฎีกาตัดสินตามพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่หากเทียบเคียงแนววินิจฉัยของศาลฎีกาที่ตัดสินตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น 630/2533, 3510/2531 จะเห็นได้ว่า ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงของภาพนั้นเป็นรายกรณีไป ด้วยเหตุนี้ ภาพที่มีการเปิดเผยอวัยวะบางส่วนของผู้ถูกถ่ายอาจไม่ถึงขั้นเป็นลามกอนาจารก็ได้ นอกจากนี้ ภาพที่ไม่เกี่ยวกับลักษณะลามกอนาจารแต่เป็นภาพที่ถ่ายมาโดยบุคคลที่ถูกถ่ายภาพมิได้รับรู้และยินยอม อันเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น มิได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 16 ทำให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพจำกัดลงไปเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับภาพลามกอนาจารเท่านั้น สำหรับกรณีมาตรา 16 จะมีปัญหาในการปรับใช้สำหรับการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพเช่นกัน กล่าวคือ ภาพของบุคคลอื่นที่ถ่ายมาโดยไม่ได้รับความยินยอมแต่มิได้ผ่านกระบวนการตัดต่อตัดแปลง ใดๆ ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 16 ทำให้การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวถูกจำกัดให้แคบลงเพียงเฉพาะกรณีที่ตัดแปลงภาพเท่านั้น ผู้วิจัยยังพบว่า ปัญหาสำคัญ ของพระราชบัญญัติดังกล่าวในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้รับความยินยอมอีกประการหนึ่งก็คือพระราชบัญญัตินี้ อาจนำมาปรับใช้กับกรณีที่ล่วงเลยขั้นของการถ่ายภาพมาแล้ว กล่าวคือ จะนำมาปรับใช้ได้ต่อเมื่อภาพถูกเผยแพร่แล้ว และ ยังต้องเป็นการเผยแพร่ทางระบบคอมพิวเตอร์ด้วย ดังนั้น ในขั้นตอนขณะที่ถ่ายภาพโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น กล่าวได้ว่ายังไม่มีการเผยแพร่เฉพาะมารองรับ

วิเคราะห์ข้อจำกัดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ ในการดำรงอยู่ของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายภาพนั้น จะต้องมีความสัมพันธ์กับสิทธิอื่นๆ และอาจถูกจำกัดขอบเขตลงด้วยเหตุผลบางประการอันอาจเรียกได้ว่าเป็นข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. **ความยินยอม (consent)** กล่าวคือ หากผู้ถูกถ่ายภาพให้ความยินยอมยอมเท่ากับเป็นการสละ (waive) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อย่างไรก็ตามปัญหาอาจเกิดได้ในกรณีการยินยอมโดยปริยาย ศาลฝรั่งเศสในคดี Brigitte Bardo V Beaverbrook Ltd ตัดสินว่า ต้องมีการขอความยินยอมเป็นครั้งๆ ไปอย่างชัดเจนก่อนถ่ายภาพ²⁵ นอกจากนี้ในบางคดีศาลฝรั่งเศสได้วางหลักว่า ความยินยอมจะต้องเป็นกรณีที่ทำให้ความยินยอมได้รับข้อมูลอย่างถูกต้องครบถ้วน (informed consent) ด้วย²⁶ เช่น จะต้องบอกว่าถ่ายภาพนั้นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด บางประเทศกำหนดให้ความยินยอมจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น มาตรา 50 ของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองของมลรัฐ New York (New York Civil Rights Law) กำหนดว่าการใช้ชื่อ ภาพบุคคลอื่นโดยมิได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร มีความผิดทางอาญา²⁷ สำหรับกรณีการยินยอมโดยปริยายเมื่อบุคคลแสดงตนในที่สาธารณะนั้น จะกล่าวถึงในหัวข้อ 5.3 ต่อไป ในกรณีกฎหมายไทยนั้น หากพิจารณาตามกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดแล้วจะเห็นได้ว่า ความยินยอมของผู้ถูกถ่ายภาพอาจอ้างเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดของผู้ถ่ายภาพได้ตามหลัก ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) สำหรับกรณีกฎหมายอาญานั้น มีนักวิชาการได้วางหลักการพิจารณาว่า ในการกำหนดขอบเขตความยินยอมนั้น ควรพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายประกอบด้วย กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม หรือบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบ ซึ่งปัจเจกบุคคลจะสละการคุ้มครองด้วยความยินยอมไม่ได้ แต่

²⁵[Online]; available from: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Bardot>

²⁶[Online]; available from: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#B>

²⁷[Online]; available from: <http://public.leginfo.state.ny.us/menuegff.cgi?COMMONQUERY=LAWS>

หากเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอาจมีการละความคุ้มครองด้วยความยินยอมได้²⁸ โดยแนวทางนี้ หากพิจารณาการถ่ายภาพด้วยฐานความผิดบางฐาน เช่น หมิ่นประมาท ที่มุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัว อาจมีการละสิทธิโดยการยินยอมได้

2. ข้อจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่เกิดจากตัวบุคคล (กรณีบุคคลสาธารณะกับบุคคลทั่วไป) ในระบบกฎหมายของหลายประเทศนั้น หากผู้ถูกถ่ายภาพเป็นบุคคลสาธารณะ (Public figure) เช่นนักแสดง นักการเมือง สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลดังกล่าวจะมีขอบเขตที่จำกัดลงเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลธรรมดา (private individual) ทั้งนี้ด้วยเหตุผลของความสัมพันธ์กับสิทธิอื่น เช่น สิทธิที่จะรู้ (Right to know) และผลประโยชน์สาธารณะ (public interest) ในการพิจารณาคดีหมิ่นประมาทที่จำเลยกล่าวอ้างว่าโจทก์เป็นบุคคลสาธารณะนั้น ศาลสหรัฐได้วางหลักเกณฑ์ที่สำคัญขึ้นมาสองประการ กล่าวคือ ประการแรก วางเกณฑ์การแบ่งประเภทของบุคคลสาธารณะ²⁹ ประการที่สอง ศาลได้วางหลักการพิสูจน์กรณีโจทก์ในคดีหมิ่นประมาทเป็นบุคคลสาธารณะ โดยให้โจทก์มีภาระพิสูจน์ที่สูงกว่ากรณีโจทก์เป็นบุคคลธรรมดา (private individual) จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการที่ศาลสหรัฐวางไว้ดังกล่าวเป็นการให้นำหนักไปในทางคุ้มครองสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของสื่อ ซึ่งตอบสนองสิทธิที่จะรู้ของประชาชนมากกว่าการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลที่จัดว่าเป็นบุคคลสาธารณะ แต่ไม่ได้หมายความว่า บุคคลสาธารณะจะไม่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเลย เพราะศาลยังตระหนักถึงแง่มุมความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ ดังเช่น ในคดี *Gertz V Robert Welch, Inc. (1974)*³⁰ ศาลกล่าวว่า ปัจเจกบุคคลไม่อาจถูกถือว่าเป็นบุคคลสาธารณะในทุกแง่มุมของชีวิต (an individual should not be deemed a public personality for all aspects of his life) ดังนั้น บุคคลแต่ละบุคคลย่อมมีแง่มุมหลายแง่มุมในชีวิต แม้เป็นบุคคลสาธารณะก็มีแง่มุมของความเป็นส่วนตัวที่จะได้รับความคุ้มครองอยู่เช่นกัน ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีข้อสังเกตว่ามีเชื่อว่าบุคคลสาธารณะจะไม่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเลย เจื่อนไขของการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ อยู่ที่ขอบเขตระหว่าง เรื่องราวส่วนตัวอันไม่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะกับเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ หรืออาจกล่าวได้ว่า บุคคลสาธารณะ มีชีวิตสองด้าน³¹ กล่าวคือ ชีวิตด้านที่เป็นสาธารณะ (Public life) ซึ่งสาธารณะชนมีสิทธิที่จะรู้ได้ กับชีวิตด้านที่เป็นส่วนตัว (private life) ซึ่งสาธารณะชนไม่มีสิทธิเข้าไปเกี่ยวข้อง

เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยแล้ว มีนักวิชาการได้ศึกษาขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะกับบุคคลทั่วไป พบว่า ยังไม่สามารถกำหนดขอบเขตที่แน่ชัดได้³² ผู้วิจัยพบว่า หากพิจารณาตามตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยนั้น มิได้มีการกำหนดข้อยกเว้นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะเอาไว้ ยิ่งไปกว่านั้น อาจกล่าว

²⁸ ผศ. ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, ขอบเขตความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะตามประมวลกฎหมายอาญา, ใน รวมบทความงานวิชาการประจำปี 2549 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 48

²⁹ ศาลได้จำแนกบุคคลสาธารณะออกเป็น 3 ประเภท กล่าวคือ (1) บุคคลสาธารณะโดยไม่สมัครใจ (Involuntary public figures) (2) บุคคลสาธารณะในทุกสถานการณ์ (all-purpose public figures) (3) บุคคลสาธารณะเฉพาะบางสถานการณ์ (limited purpose public figures) [Online]; available from:

http://en.wikipedia.org/wiki/New_York_Times_Co._v._Sullivan

³⁰ [Online]; available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Gertz_v._Robert_Welch,_Inc.

³¹ ดังเช่นที่ศาลฝรั่งเศสวางหลักไว้ในคดี *Farah Diba* [Online; available from,

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Diba>

³² ผศ. ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, ขอบเขตความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะตามประมวลกฎหมายอาญา, ใน รวมบทความงานวิชาการประจำปี 2549 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 54

ได้ว่าไม่มีกฎหมายที่บัญญัติถึง “บุคคลสาธารณะ” ไว้โดยตรงแต่อย่างใด คงมีเพียงข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท มาตรา 330 ที่อาจนำมาพิจารณาได้ ซึ่งหากพิจารณาจากหลักกฎหมายเรื่องหมิ่นประมาทแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า สถานะของบุคคลมิได้มีความสัมพันธ์โดยตรงกับข้อยกเว้นของการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หากแต่ความสำคัญของการพิจารณาควรจะต้องอยู่ที่เนื้อหา (content) ของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น กล่าวคือ หากเป็นกรณี “เรื่องส่วนตัว” แล้วทั้งบุคคลสาธารณะ และบุคคลธรรมดา ต่างก็ได้รับการคุ้มครองเช่นกัน ในทางกลับกันหากเรื่องราวนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะเรื่องราวนั้นจะเกี่ยวข้องกับบุคคลสาธารณะหรือบุคคลธรรมดาก็เป็นเรื่องที่จำเลยจะพิสูจน์ความจริงของเรื่องนั้นเพื่อให้เข้าข้อยกเว้นไม่เป็นหมิ่นประมาทได้เช่นกัน โดยนัยนี้ กรณีการถ่ายภาพบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับ “เรื่องส่วนตัว” เช่น ประกอบกิจกรรมส่วนตัว ก็ย่อมอยู่ในขอบเขตความเป็นอยู่ส่วนตัว

3. ข้อจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่เกิดจากสถานที่ หากพิจารณาในแง่สถานที่นั้น จะเห็นได้ว่า การถ่ายภาพที่เกิดในสถานที่สาธารณะ กับ การถ่ายภาพที่เกิดในสถานที่ส่วนบุคคล มีความแตกต่างกันในแง่ของการที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายภาพ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรของบางประเทศ เช่น ในกฎหมายหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา นั้นได้วางเงื่อนไขว่า การถ่ายภาพจะเป็นการผิดกฎหมาย จะต้องเกิดในที่ซึ่งบุคคลคาดหวังความเป็นอยู่ส่วนตัวได้ (Expectation of privacy) ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาตรา 226-1 ซึ่งกำหนดความผิดในกรณีการถ่ายภาพก็นำเงื่อนไขของสถานที่ มาเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย โดยกำหนดฐานความผิดว่า “ถ่ายภาพ...บุคคลผู้ซึ่งอยู่ในสถานที่ส่วนบุคคลโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลผู้นั้น” อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า หากใช้เกณฑ์ด้านสถานที่ทางกายภาพ กล่าวคือ หากถือว่าการถ่ายภาพเกิดในที่สาธารณะแล้ว บุคคลย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้เลยนั้น ย่อมเป็นการพิจารณาที่อยู่ในกรอบจำกัดและไม่สอดคล้องกับพัฒนาการของเทคโนโลยีและพฤติกรรมกรถ่ายภาพในปัจจุบัน ดังเช่นในกรณี “Dog Poop Girl” ที่กล่าวในหัวข้อ 1 ซึ่งในประเด็นที่ว่าผู้ถูกถ่ายภาพมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือไม่นั้นมีความเห็นทางวิชาการสองฝ่าย³³ ความเห็นฝ่ายแรกอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการของ “พื้นที่” นั่นคือเห็นว่า เธอไม่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เนื่องจากอยู่ในรถโดยสารสาธารณะ (public sphere) ผู้อื่นจึงสามารถถ่ายภาพเธอได้ ความเห็นฝ่ายที่สอง เห็นว่าแม้สุภาพสตรีผู้นั้นอยู่ในพื้นที่สาธารณะ แต่การถ่ายภาพด้วยกล้องดิจิทัลซึ่งสามารถเชื่อมโยงเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตได้อย่างรวดเร็ว นั้น เป็นการนำเอาเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นในบริบทหนึ่งซึ่งก็คือบนรถโดยสารที่มีคนอยู่อย่างจำกัดในจำนวนหนึ่ง ไปสู่อีกบริบทหนึ่ง ซึ่งก็คือโลกไซเบอร์ หากสุภาพสตรีผู้นั้นถูกสังเกตรถโดยสารสาธารณะ ก็จะมีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและรับรู้จำนวนหนึ่ง และความทรงจำของผู้คนที่พบเห็นก็จะจำกัดอยู่ในช่วงเวลาหนึ่ง แต่เมื่อมีการถ่ายภาพในลักษณะข้อมูลดิจิทัลแล้ว ความรับรู้ของบุคคลไม่สามารถจำกัดได้ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นพ้องด้วยกับความเห็นที่สองนี้

สำหรับคดีที่เกิดในสหรัฐอเมริกานั้น แม้ว่าในบางคดีที่ตัดสินโดยอาศัยคอมมอนลอว์ ศาลจะตัดสินว่าไม่อาจอ้างความเป็นอยู่ส่วนตัวในที่สาธารณะได้ แต่ในบางคดีนั้นศาลก็วางหลักคุ้มครองผู้ถูกถ่ายภาพในที่สาธารณะ เช่น คดี Daily Times Democrat V Flora Bell Graham³⁴ ในประเด็นที่จำเลยต่อสู้ว่า โจทก์ไม่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเนื่องจากอยู่ในสาธารณะสถาน และถือเป็นส่วนหนึ่งของฉากในที่สาธารณะ (she was a part of public scene) หรืออีกนัยหนึ่งการแสดงตัวตน (expose) ของโจทก์ ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ประเด็นนี้ ศาลได้ให้เหตุผลอย่างชัดเจนว่า “การตัดสินว่าบุคคลซึ่งถูกนำเข้าไปพัวพันกับการถ่ายภาพโดยมิได้สมัครใจและโดยกะทันหันนั้นนั้น ไม่สามารถอ้างสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้

³³ Daniel J. Solove, . “The future of reputation : gossip, rumor, and privacy on the Internet” Yale University Press: New Haven and London, 2007.

³⁴ [Online]; available from: <http://nsulaw.nova.edu/faculty/documents/graham.PDF>

เนื่องจากบุคคลนั้นอยู่ในพื้นที่สาธารณะ ย่อมเป็นการตัดสินที่ไม่สมเหตุผล ผิดพลาด และไม่ยุติธรรม” (illogical, wrong and unjust)

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ปัญหาของข้อจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในแง่สถานที่ อาจบรรเทาลงได้ด้วย แนวคิดของการวางเงื่อนไขจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยใช้หลัก “คาดหวังความเป็นส่วนตัวได้” (expectation of privacy) กล่าวคือ การพิจารณาในแง่ “สถานการณ์” (circumstance) มากกว่า “สถานที่” (Place) ในเชิงกายภาพ ซึ่งหากพิจารณาในกรอบของเงื่อนไขนี้ จะสามารถขยายขอบเขตความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวออกไปมากกว่าการพิจารณา สถานที่สาธารณะในเชิงภาวะวิสัย (objective) ทั้งนี้เนื่องจากการเป็นการนำความรู้สึกหรือความคาดหวังความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายภาพมาพิจารณาประกอบด้วยหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ นำความยินยอมของผู้ถูกถ่ายภาพเข้ามาพิจารณาด้วยนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ กรณีถ่ายภาพในสถานที่ต่อไปนี้อาจอยู่ในความหมายของ “คาดหวังความเป็นส่วนตัวได้” กล่าวคือ

นาย ก นั่งรับประทานอาหารอยู่ในภัตตาคาร

นางสาว ข กับ นาย ค นั่งพักผ่อนด้วยกันในสวนสาธารณะ

นางสาว ง เดินซื้อสินค้าอยู่ในตลาดนัด เป็นต้น

แม้ว่าหากพิจารณาในเชิงภาวะวิสัยแล้ว กรณีเหล่านี้จะมีลักษณะเป็นสถานที่สาธารณะ แต่หากพิจารณา “ความยินยอม” อันมีลักษณะเชิงอัตวิสัยของแต่ละบุคคลซึ่งถูกถ่ายภาพแล้ว กรณีเหล่านี้อาจถือเป็นสถานที่ซึ่งบุคคลนั้นๆ คาดหวังความเป็นส่วนตัว หากบุคคลเหล่านั้นไม่ยินยอมให้ถ่ายภาพตน

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากความยินยอมนั้น เป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวประการหนึ่งซึ่งควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่การถ่ายภาพและการเผยแพร่ภาพด้วยเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นไปอย่างแพร่หลายทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพการวิจัยได้ทำการพิสูจน์สมมุติฐานของการวิจัยกล่าวคือ เมื่อศึกษาระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ปัจจุบันนั้น ผู้วิจัยพบว่า ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ การคุ้มครองเป็นไปอย่างกระจัดกระจายตามกฎหมายลักษณะต่างๆ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเหล่านั้นยังมีปัญหาในแง่ของขอบเขต องค์กรประกอบ และเนื้อหาอันไม่สามารถนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมได้อย่างครอบคลุมและเหมาะสมกับพฤติกรรมการถ่ายภาพในปัจจุบัน จากปัญหาทางกฎหมายที่งานวิจัยนี้ค้นพบ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดฐานความผิดใหม่โดยเฉพาะสำหรับการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ในส่วนนี้ไม่มีข้อเสนอแนะเป็นสองระดับ กล่าวคือ ระดับแรกคือข้อเสนอแนะเชิงโครงสร้าง มีข้อเสนอว่า ก่อนการพิจารณาถึงการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการถ่ายภาพขึ้นใหม่นั้น ควรพิจารณาถึงการเพิ่มเติมลักษณะใหม่เข้าไปในโครงสร้างของภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดหมวดขึ้นใหม่ไว้เป็นลักษณะเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Offense against privacy) เช่นเดียวกับมลรัฐ Pennsylvania, Wisconsin และ New York ในระดับที่สอง ข้อเสนอแนะให้เพิ่มเติม ฐานความผิดใหม่สำหรับความผิดเกี่ยวกับการถ่ายภาพ โดยมิได้รับรู้และยินยอมไว้ในลักษณะนี้ โดยฐานความผิดควรแยกเป็นสองฐานความผิด ตามลักษณะของสถานที่ที่เกิดการถ่ายภาพนั้น กล่าวคือ สถานที่ซึ่งคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้ และ สาธารณสถาน ผู้วิจัยเสนอข้อควรพิจารณาในการร่างฐานความผิดใหม่นี้ในเบื้องต้นว่า

(1) ไม่ควรที่จะนำลักษณะของภาพมาเป็นองค์ประกอบความผิด ทั้งนี้เนื่องจากในสังคมปัจจุบันนั้น ภาพของผู้อื่นที่อาจก่อให้เกิดความอับอาย ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงภาพที่มีลักษณะเปลือยดังกล่าวเท่านั้น

(2) ควรที่จะนำ การรับรู้ (knowledge) และการยินยอม (consent) มาเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญ ในลักษณะเดียวกับกฎหมายของต่างประเทศ เนื่องจากถ้าผู้ถูกถ่ายภาพให้ความยินยอมแล้ว ก็เท่ากับละสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

(3) องค์ประกอบความผิดในแง่สถานที่ ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติฐานความผิดใหม่เกี่ยวกับการถ่ายภาพผู้อื่นโดยมิได้รับรู้และยินยอม อาจใช้แนวทางซึ่งไม่กำหนดแยกว่าเป็น “สาธารณะสถาน” และ “สถานที่ส่วนบุคคล” กล่าวคือ พิจารณาองค์ประกอบเชิง สถานการณ์ (circumstance) เช่น “ในสถานการณ์อันควรจะคาดหมายความเป็นอยู่ส่วนตัวได้” มากกว่า สถานที่ (place) ในเชิงกายภาพ

(4) ควรแยกการเผยแพร่ภาพ ออกจากขั้นตอนการถ่ายภาพ อย่างชัดเจน เพื่อให้ขอบเขตของกฎหมายครอบคลุมกรณีที่มีการถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอมเพียงอย่างเดียว แต่ยังไม่ได้เผยแพร่ภาพ

2. การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด ในระดับแรก ผู้วิจัยมีข้อเสนอในเชิงโครงสร้างให้มีการบัญญัติหมวดความรับผิดเพื่อละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ เป็นอีกหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากหมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิดซึ่งมีอยู่แล้ว โดยมีบทมาตรา กำหนดองค์ประกอบหลักของการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ ในระดับที่สอง ผู้วิจัยเสนอให้บัญญัติองค์ประกอบของการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว “กรณีการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม” ไว้เป็นอีกมาตราหนึ่งในหมวดของการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยเฉพาะ ทั้งนี้โดยเทียบเคียงองค์ประกอบจากกฎหมายแพ่งมลรัฐ California มาตรา 1708.8 โดยบทบัญญัติมาตรานี้ จะมีองค์ประกอบดังนี้ “ผู้ใดถ่ายภาพผู้อื่นซึ่งกำลังกระทำการกิจกรรมส่วนบุคคลหรือกิจกรรมในครอบครัว ภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลผู้ถูกถ่ายภาพมีเหตุอันควรคาดหมายความเป็นอยู่ส่วนตัว โดยผู้นั้นมิได้รับรู้และยินยอม ไม่ว่าจะมีการเข้าไปทางกายภาพด้วยหรือไม่ก็ตาม ต้องใช้คำสลับใหม่ทดแทนเพื่อการนั้น”

3. การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครองส่วนบุคคล ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้น ยังมีมาตรการอื่นทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการถ่ายภาพผู้อื่นโดยมิได้ยินยอม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้สิทธิในการร้องขอต่อศาลออกคำสั่งคุ้มครองส่วนบุคคล (Personal Protection Order หรือ PPO) ซึ่งรวมถึงการห้ามติดตาม และห้ามถ่ายภาพด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยที่มีส่วนใกล้เคียงกับคำสั่งคุ้มครองส่วนบุคคลตามกฎหมายสหรัฐนั้น กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่างๆ และมีข้อจำกัดหลายประการ ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการออกกฎหมายให้สิทธิผู้เสียหายยื่นคำร้องต่อศาลให้ออกคำสั่งคุ้มครองการรบกวนทางแพ่ง (Civil Harassment Order) สำหรับกรณีการเฝ้าติดตามถ่ายภาพ โดยอาจเพิ่มเติมไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังเช่นตามกฎหมายมลรัฐ California หรืออาจแยกคำสั่งคุ้มครองส่วนบุคคลที่เกาะเกี่ยวกับความผิดทางอาญารฐานถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ดังเช่นกฎหมายของรัฐ Michigan อย่างไรก็ตามคำสั่งคุ้มครอง (injunction) นี้ก็มีข้อจำกัดในแง่ที่ว่า ใช้ได้เฉพาะกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งและ ไม่สามารถใช้ในกรณีการถ่ายภาพที่เกิดขึ้นในลักษณะไม่มีการติดตามต่อเนื่องได้

บรรณานุกรม

- คณาธิป ทองรวีวงศ์ 2551. ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในกรณีการหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต. วารสารวิชาการสมาคมสถาบันอุดมศึกษาแห่งประเทศไทย (APHEIT Journal), ปีที่ 14 ฉบับที่ 1 พฤษภาคม 2551, หน้า 22-41
- คณาธิป ทองรวีวงศ์ 2552 รายงานการวิจัย “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม”. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเซนต์จอร์จส์

- คณิต ฌ นคร. 2537. **กฎหมายอาญาภาคความผิด**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิตติ ดิงศภักดิ์. 2539 **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร
พรินต์ติ้งกรุ๊ป.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. 2543. **หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่**.
กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. 2531. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์.
- สมยศ เชื้อไทย. 2544. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- มาดาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ 2549. **ขอบเขตความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะตามประมวลกฎหมายอาญา**.
รวมบทความงานวิชาการประจำปี 2549. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Alderman, Ellen and Kennedy, Caroline. 1995 **The Right to Privacy** . New York: Alfred A. Knoph.
- Astier/Julien (2000). [Online] Available :
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Astier>
- Brigitte Bardot / Beaverbrook Ltd. (1965) [Online] Available:
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Bardot> Chambre Civile 1, 13
avril Farah Diba. [Online] Available:
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Diba>
- DeCew , Judith Wagner. 1997. **In Pursuit of Privacy: Law Ethics and The Rise of Technology**.
US: Cornell University Press.
- Dionisopoulos, Allan and Ducat, Craig. 1976, **The right to privacy : Essays and Cases**, St Paul,
Minn. : West Publishing Co.
- Donnelly, Jack. 1982. "Human Rights and Human Dignity", **The American Law Review**, 76 ,
No.2 (1982).
- Hayden, Trydy, Hendricks, Evan and Novice, Jack D. 1990. **Your right to Privacy : A Basic Guide
to Legal Rights in an information Society**. US: Southern Illinois University
Press. Hunter's Roman Law , 3d ed. (2009) [Online]. Available :
http://historyofprivacy.net/pavesich_v.htm
- Minogue, Kenneth. 1978. **The History of the Idea of Human Right. The Human Rights Reader**.
London.
- Orwin, Chifford and Pange, Thomas. 1984. **The Philosophical Foundation of Human Rights.
Human Rights in our time**. London : Westview Press.
- Prosser, William L. 1971. **Handbook of the law of torts**, 4ed. (London : St. Paul, Minn. West
Publishing Co.
- Solove, Daniel 2007. **The future of reputation : gossip, rumor, and privacy on the Internet** .
New Haven and London: Yale University Press.
- Solove, Daniel 2005 **"Jennifer Aniston Nude Photos and the Anti-Paparazzi Act"** [Online].
Available: http://www.concurringopinions.com/archives/2005/12/jennifer_anisto.html
- Wacks, Raymond. 1989. **Personal Information: Privacy and the Law** . UK: Oxford Clarendon Press.
- Warren, D, Samuel and Brandeis, D, Louis. 1890. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**,
Vol IV December 15, 1890, [Online]. Available: <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw>.