

มาตรการทางกฎหมายในการ คุ้มครองสิทธิของเจ้าพนักงาน จากการถูกถ่ายวิดีโอ โดยมิได้ยินยอม

Legal measures relating to the protection of privacy right of official in case of being taken video without consent

รศ.คณาธิป ทองรวีวงศ์*



■ บทนำ

การถ่ายวิดีโอเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในระดับของบุคคลทั่วไปภายใต้บริบทของการดำเนินชีวิตประจำวัน ทั้งนี้เนื่องจากการแพร่หลายของการใช้อุปกรณ์สื่อสารซึ่งสามารถถ่ายวิดีโอได้ เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งมีระบบปฏิบัติการ (Smartphone) โดยมีโปรแกรมประยุกต์สำหรับโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งมีลักษณะการทำงานเผยแพร่ข้อมูลวิดีโอที่ถ่ายและบันทึกไว้ในโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้เชื่อมโยงไปปรากฏทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคมได้ นอกจากนี้ยังอาจเผยแพร่ทางเว็บไซต์ซึ่งเป็นที่นิยมในการเผยแพร่ข้อมูลวิดีโอเช่นเว็บไซต์ “YouTube” เป็นต้น ทำให้การเผยแพร่ข้อมูลวิดีโอของบุคคลทั่วไปเป็นไปในวงกว้าง สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานโดยเฉพาะเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเกี่ยวข้องกับประชาชนในมิติต่าง ๆ ของชีวิตประจำวันจึงเกิดกรณีที่ประชาชนถ่ายวิดีโอการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในประเทศไทย ปรากฏข้อเท็จจริงการถ่ายภาพเจ้าพนักงาน ซึ่งเกิดขึ้นในลักษณะเป็นข้อพิพาทจำนวนมาก เช่น

* รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์, คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น

- นาย น ได้ใช้โทรศัพท์มือถือ ถ่ายคลิป วิดีทัศน์ขณะถูกตำรวจจราจรจับกุมข้อหาฝ่าฝืน เครื่องหมายบนพื้นทาง และไม่พกพาใบอนุญาต ขับขี่ และมีการต่อว่าตำรวจหลายครั้ง ก่อนจะ นำคลิปดังกล่าวเผยแพร่ในเว็บไซต์เครือข่าย สังคมเฟสบุ๊ค ซึ่งมีการส่งต่อคลิปดังกล่าวต่อไป อย่างกว้างขวาง เกิดเป็นกระแสวิพากษ์วิจารณ์ ขึ้นในสังคม ในอีกด้านหนึ่ง ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับ การกระทำของนาย น ก็ได้เผยแพร่ภาพและ ประณามการกระทำของนาย น ในแฟนเพจ “Thailand Police Story” อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ นาย น ได้มาขอโทษเจ้าหน้าที่และทั้งสองฝ่าย ไม่ติดใจเอาความกันต่อไป¹

- ผู้ขับขี่จักรยานยนต์ที่ถูกตำรวจตั้งด่าน ตรวจ ได้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ถ่ายคลิปวิดีโอ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ตำรวจนายหนึ่งเข้ามาห้าม โดยบอกว่าห้ามถ่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตก่อน ต่อมาคลิปดังกล่าวถูกเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์โดยทั่วไป²

- กรณีมีผู้ถ่ายคลิปเจ้าหน้าที่ตำรวจ กระทำการชกต่อยประชาชน พร้อมบีบบังคับข่มขู่ ซึ่งคลิปดังกล่าวถูกนำมาเผยแพร่ในเว็บไซต์ ยูทูบและต่อมามีการนำเสนอกรณีดังกล่าวทาง สื่อมวลชนอย่างแพร่หลาย³

นอกจากนี้ยังมีกรณีการถ่ายคลิปวิดีโออีก จำนวนมากที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตโดย ผู้เผยแพร่กล่าวอ้างว่าเป็นกรณีขณะเกิดเหตุ

เจ้าหน้าที่ตำรวจกำลังกระทำมิชอบเช่นรับสินบน⁴

ในประเทศไทยนั้น ยังไม่ปรากฏคำพิพากษา ศาลฎีกาในประเด็นเจ้าพนักงานฟ้องประชาชน เนื่องจากการถ่ายวิดีโอทัศน จากการศึกษา กฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศ สหรัฐอเมริกานั้นพบว่ามีคดีหลายคดีที่เกิดขึ้น เกี่ยวกับการถ่ายวิดีโอทัศนเจ้าพนักงาน คดีส่วน มากเจ้าพนักงานมักจะทำอ้างสิทธิในความเป็นอยู่ ส่วนตัว (Right to privacy) รวมทั้งยกข้อ กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟัง (Intercept or Wiretap law) ขึ้นอ้างเพื่อให้ศาลลงโทษผู้ถ่าย วิดีทัศน์เจ้าพนักงาน ทั้งนี้เนื่องจากการถ่าย วิดีทัศน์เป็นการถ่ายทั้งภาพและเสียง ในส่วน ที่เกี่ยวข้องกับเสียง (Oral communication) นี้เองจึงทำให้การถ่ายวิดีโอทัศนอาจเข้าองค์ประกอบ ของการดักฟังได้ ในเบื้องต้นมีข้อสังเกตว่า โดยหลักแล้วกฎหมายการดักฟังของมลรัฐ ต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกานั้นบัญญัติขึ้นเพื่อ ค้ำครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิ ของประชาชนจากการถูกดักฟังโดยไม่มีหมายที่ กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁵ และมีข้อยกเว้น เพื่อการดักฟังของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับความผิด บางลักษณะ เช่น องค์กรอาชญากรรมและ ยาเสพติด อย่างไรก็ตาม จากคดีต่าง ๆ จะเห็น แนวโน้มของการที่เจ้าพนักงานใช้กฎหมาย ดังกล่าวฟ้องประชาชนซึ่งเป็นผู้ถ่ายวิดีโอทัศน

¹ “หนุ่มถ่ายคลิปตัวเองตำรวจ. เข้าขอขมา ผบ.หมู้อจร. สน.ดินแดง อ้างไม่ได้ตั้งใจหยามเจ้าหน้าที่, ข่าวสดออนไลน์ 27 มีนาคม 2557., <http://www.khaosod.co.th/> “ขานเน็ตตาม ถ่ายคลิปตำรวจ ผิดหรือไม่”, 9 พฤษภาคม 2556

² “ขานเน็ตตาม ถ่ายคลิปตำรวจ ผิดหรือไม่”, Talkstory, 9 พฤษภาคม 2556, <http://www.talkstory.com/?p=55891>

³ “สุกซ้ายเข้าหน้า..ภูขวบ้านอะทำไม!!” <http://www.youtube.com/watch?v=jWyd8oNCqPA>. กรณีนี้ยังได้มีการเผยแพร่ในรายการ “เรื่องเล่าเสาร์อาทิตย์ เรื่องเล่าเสาร์, สถานีโทรทัศน์ช่อง 3, 23 กุมภาพันธ์ 2557.

⁴ คลิปแอบถ่ายตำรวจกำลังรัดใต้+สัมภาษณ์ผู้เห็นเหตุการณ์, <http://www.komchadluek.net/tv/komchadluek-news/12999>

⁵ Gina Stevens & Charles Doyle, Congressional Research Service, Privacy: An Overview of Federal Statutes Governing Wiretapping and Electronic Eavesdropping, Oct. 9, 2012, 1-3

มากขึ้น สำหรับประชาชนที่ถ่ายวิดีโอที่คนมักจะมี
กล่าวอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ได้
รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ (Freedom of
speech)

ในบทความนี้ผู้เขียนจะได้นำคดีที่เกิดขึ้นใน
สหรัฐอเมริกาวิเคราะห์การปรับใช้กฎหมาย
เพื่อนำมาสู่การศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมาย
ไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันว่าจะสามารถปรับใช้
กฎหมายใดเมื่อเกิดกรณีที่มีข้อเท็จจริง
คล้ายคลึงกับของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว

■ คดีการถ่ายวิดีโอที่คนเฝ้าพนักงาน ที่ตัดสินตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

สำหรับขอบเขตการศึกษากฎหมาย
ต่างประเทศในบทความนี้ จะมีขอบเขตศึกษา
คดี 4 คดีที่ตัดสินตามกฎหมายเกี่ยวกับการ
ดักฟังของ 4 มลรัฐในสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ
Pennsylvania Maryland Massachusetts และ
Illinois โดยผู้เขียนจะเริ่มจากการชี้ให้เห็นถึง
ข้อเท็จจริงของคดี ในส่วนต่อไปจะนำประเด็น
ทางกฎหมายที่สำคัญจากคดีเหล่านี้มาจำแนก
วิเคราะห์ตามประเด็นที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจะได้
พิจารณาหลักกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

1. คดีการถ่ายวิดีโอที่คนเฝ้าพนักงานที่ตัดสินตาม กฎหมายมลรัฐ Pennsylvania

คดี Kelly v. Borough of Carlisle⁶

ข้อเท็จจริงเกิดในมลรัฐ Pennsylvania โดย
สรุปได้ว่า Brian Kelly ชายอายุ 18 ปี โดยสาร
รถกระบะซึ่งเพื่อนของเขาเป็นคนขับ รอดังกล่าว
ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจเรียกให้หยุด Brian Kelly
ใช้กล้องถ่ายภาพถ่ายคลิปวิดีโอเหตุการณ์
ทั้งหมดตั้งแต่เจ้าหน้าที่เรียกให้รถหยุดไว้
เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสั่งให้ Brian Kelly ส่งมอบกล้อง
พร้อมตั้งข้อหาว่าเขาฝ่าฝืนกฎหมายการห้าม
ดักฟังของมลรัฐ Pennsylvania ซึ่งมีโทษจำคุก
สูงสุดเจ็ดปี⁷ หลังจากนั้นมารดาของ Kelly⁸ ได้
ประกันตัวเขาออกไป หนึ่งเดือนต่อมา พนักงาน
อัยการมีคำสั่งไม่ฟ้อง จากนั้น Brian Kelly ฟ้อง
เจ้าหน้าที่ตำรวจโดยอาศัยประมวลกฎหมาย
สหรัฐมาตรา 1983⁹ อ้างว่าเจ้าหน้าที่กระทำ
การกระหนาบสิทธิเสรีภาพของตนที่ได้รับการ
รับรองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่หนึ่ง
อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินว่าสิทธิที่จะถ่าย
วิดีโอที่คนเฝ้าพนักงานที่ตำรวจขณะปฏิบัติหน้าที่ใน
การจราจรมิได้ปรากฏรับรองไว้อย่างชัดเจน
ภายใต้มาตรา 1983 (the right was not clearly
established) ศาลเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญฉบับ
แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่หนึ่งจะมีขอบเขตรับรองสิทธิ
ในการถ่ายภาพหรือวิดีโอที่คนเฝ้าพนักงานที่ในการ
ปฏิบัติหน้าที่ได้ แต่สิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิโดย
สัมบูรณ์ (such right is not absolute) แต่ขึ้น
อยู่กับความสมเหตุสมผลของสถานการณ์ เวลา
สถานที่ ศาลเห็นว่ากรณีสถานการณ์ในคดีนี้ที่
เจ้าหน้าที่สั่งให้รถหยุดเป็นสถานการณ์ที่

⁶ Kelly v. Borough of Carlisle, 622 F.3d 248, 251 (3d Cir. 2010).

⁷ Pennsylvania Consolidated Statutes. 5703

⁸ Matt Miller, Wiretap Charge Dropped in Police Video Case, The Patriot News, June 21, 2007.

⁹ "Every person who... subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress....", 42 U.S.C section 1983, Civil action for deprivation of right.

อันตรายเป็นข้อจำกัดสิทธิดังกล่าว ดังนั้น ศาลจึงยกฟ้อง

จะเห็นได้ว่า เจ้าพนักงานฟ้องผู้ถ่ายวิทยุทัศน์ โดยอาศัยกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังของ มลรัฐ Pennsylvania (ความผิดฐานดักฟังเปิดเผย หรือ นำเอาการสื่อสารทางสายทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการสื่อสารด้วยวาจาไปใช้, interception, disclosure or use of wire, electronic or oral communications) ซึ่งวางองค์ประกอบความผิดที่สำคัญไว้ว่า¹⁰ “ผู้ใดกระทำการต่อไปนี้ ถือว่าเป็นความผิด... เจตนาดักฟัง พยายามดักฟัง หรือจัดให้ผู้อื่นดักฟังหรือพยายามดักฟังการสื่อสารทางสายทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือทางวาจา...” การดักฟังจะไม่ใช่ความผิด หากคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการสื่อสารนั้นให้ความยินยอมไว้ก่อนมีการดักฟัง¹¹ เนื่องจากการถ่ายวิทยุทัศน์ซึ่งมีเสียงสนทนานั้นอยู่ในขอบเขตของกฎหมายการดักฟัง กล่าวคือการสนทนาระหว่างเจ้าหน้าที่และเพื่อนของ Brian Kelly อันเป็นการสนทนาทางวาจา (Oral communication) ดังนั้น หากพิจารณาในแง่การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายและเผยแพร่วิทยุทัศน์จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายของ Pennsylvania นั้น การกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามคดีนี้ พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดีที่เจ้าพนักงานฟ้องผู้ถ่ายวิทยุทัศน์ตามกฎหมายดักฟัง

2. คดีการถ่ายวิทยุทัศน์เจ้าพนักงานที่ตัดสินตามกฎหมายมลรัฐ Massachusetts

คดี Glik v. Cunniffe¹²

ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2009 Simon Glik เติบโตอยู่ในพื้นที่สาธารณะในเมือง Boston และเห็นเหตุการณ์เจ้าหน้าที่สามคนกำลังจับกุมชายคนหนึ่ง Simon Glik จึงใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ถ่ายวิทยุทัศน์เหตุการณ์ดังกล่าวจากระยะห่างประมาณสิบฟุต เจ้าหน้าที่เห็นการกระทำของ Simon Glik จึงเข้ามาจับกุมและตั้งข้อหากระทำการฝ่าฝืนกฎหมายดักฟังของมลรัฐ (Massachusetts Wiretap Act) ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2009 ศาลชั้นต้นยกฟ้องเนื่องจากตามกฎหมายของมลรัฐ Massachusetts นั้นการดักฟังที่จะเป็นความผิดต้องเป็นการลักลอบดักฟัง ในคดีนี้ Simon Glik ถ่ายวิทยุทัศน์อย่างเปิดเผย¹³ ต่อมา Simon Glik ฟ้องเจ้าหน้าที่ตำรวจอ้างว่าสิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่หนึ่งของตนถูกละเมิด ศาลตัดสินว่าสิทธิของประชาชนในการถ่ายวิทยุทัศน์เจ้าพนักงานขณะปฏิบัติหน้าที่เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญในฐานะสิทธิในการแสดงความคิดเห็น ศาลยังได้อ้างคดี Gentile v. State Bar of Nev. ที่วางหลักว่า การรับรองสิทธิในการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการช่วยเปิดเผยพฤติกรรมที่มิชอบ และเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพ

¹⁰ 18 Pennsylvania Consolidated Statutes. 5703

5703. Interception, disclosure or use of wire, electronic or oral communications

Except as otherwise provided in this chapter, a person is guilty of a felony of the third degree if he:

(1) intentionally intercepts, endeavors to intercept, or procures any other person to intercept or endeavor to intercept any wire, electronic or oral communication;

¹¹ 18 Pennsylvania Consolidated Statutes. 5704 , "...where all parties to the communication have given prior consent to such interception..."

¹² Glik v. Cunniffe, 655 F.3d 78, 79 (1st Cir. 2011)

¹³ "Glik openly and publicly recorded the police officers with his cell phone"

การบริหารงานของรัฐด้วย¹⁴ ปัจจุบันข้อมูล
 วิตทัศน์ของ Simon Glik ยังคงเผยแพร่อยู่
 ทางเว็บไซต์ของ American Civil Liberty Union
 of Massachusetts (ACLU)¹⁵

ผู้เขียนมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมว่า ในด้าน
 ของเจ้าพนักงานผู้ถูกถ่ายวิตทัศน์นั้นจะเห็น
 ได้ว่า เจ้าพนักงานฟ้องผู้ถ่ายวิตทัศน์โดยอาศัย
 กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังของมลรัฐ Massa-
 chusetts (ความผิดฐานดักฟังการสื่อสารทาง
 วาจา (Interception, Oral communications)
 ซึ่งมีองค์ประกอบสำคัญคือ¹⁶ “ผู้ใดเจตนาดักฟัง
 พยายามดักฟัง หรือจัดให้บุคคลใดทำการดักฟัง
 หรือพยายามดักฟังการสื่อสารทางสายหรือ
 ทางวาจาใด ๆ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานดักฟังต้อง
 ระวังโทษปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญสหรัฐ
 หรือจำคุกไม่เกินห้าปีหรือทั้งจำทั้งปรับ” สำหรับ
 คำว่า การดักฟัง (Intercept) นั้นกฎหมายฉบับ
 นี้ นิยามว่าหมายถึง “การลักลอบได้ยิน ลักลอบ
 บันทึก หรือช่วยผู้อื่นในการลักลอบได้ยินหรือ
 บันทึกเนื้อหาการสื่อสารทางสายหรือทางวาจา
 โดยการใช้อุปกรณ์ใด ๆ โดยบุคคลใด ๆ ซึ่งมีใช้
 ผู้ที่ได้รับอนุญาตจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทั้งหมด
 ในการสื่อสารนั้น”¹⁷

3. คดีการถ่ายวิตทัศน์เจ้าพนักงานที่ตัดสินตาม กฎหมายมลรัฐ Maryland

คดี Maryland v. Graber¹⁸

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ในเดือนมีนาคม ค.ศ.
 2010 Anthony Graber ชีรด์จักรยานยนต์รับ
 ทางหลวงและถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจเรียกให้จอด
 ในระหว่างการเจรจากับเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้น
 Anthony Graber ได้บันทึกวิตทัศน์เหตุการณ์
 ทั้งหมดไว้เนื่องจากที่หมวกนิรภัยของเขามีกล้อง
 วิตทัศน์อยู่ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่รู้ว่ามี
 การถ่ายวิตทัศน์ดังกล่าว ต่อมาเขาได้นำข้อมูล
 วิตทัศน์ดังกล่าวเผยแพร่ในเว็บไซต์เครือข่าย
 สังคม YouTube¹⁹ หนึ่งเดือนหลังจากนั้น
 เจ้าหน้าที่ตำรวจได้บุกเข้าไปที่บ้านของ Anthony
 Graber โดยมีหมายค้น ซึ่งเจ้าหน้าที่ได้ยึด
 เครื่องคอมพิวเตอร์สี่เครื่อง กล้องถ่ายวิตทัศน์
 ที่ติดกับหมวกนิรภัย รวมทั้งอุปกรณ์เก็บข้อมูล
 (external hard drive และ thumb drive)
 Anthony Graber ถูกควบคุมตัวไว้ยี่สิบหก
 ชั่วโมง²⁰ ต่อมาเขาถูกดำเนินคดีข้อหาฝ่าฝืน
 กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังของมลรัฐ Maryland
 (Maryland Wiretap Act) ซึ่งมีโทษจำคุกห้าปี
 หรือปรับ 10,000 เหรียญ หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁴ *Gentile v. State Bar of Nev.*, 501 U.S. 1030, 1035-36 (1991)

¹⁵ <http://aclum.org/glik>

¹⁶ *Massachusetts General Laws Annotated chapter 272, section 99 (C) (1)*

¹⁷ The term “interception” means to secretly hear, secretly record, or aid another to secretly hear or secretly record the contents of any wire or oral communication through the use of any intercepting device by any person other than a person given prior authority by all parties to such communication; *Massachusetts General Laws Annotated chapter 272, section 99 (B) (4)*

¹⁸ *Maryland v. Graber*, No. 12-k-10-647 (Md. Cir. Ct., Harford County., Sept. 27, 2010)

¹⁹ *Anny Shin, Traffic Stop Video on YouTube Sparks Debate on Police Use of Md. Wiretap Laws*, *Wash. Post*, June 16, 2010, A1.

²⁰ *Adam Cohen, Should Videotaping the Police Really Be a Crime?*, *Time*, Aug. 4, 2010. [Online] available from, <http://www.time.com/time/nation/article/0,8599>

ศาลเห็นว่าการสนทนาระหว่าง Anthony Graber และเจ้าหน้าที่ตำรวจมิใช่การสนทนาเป็นการส่วนตัว (private conversation) ตามความหมายของกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากเกิดขึ้นในที่สาธารณะ กล่าวคือบนทางหลวง และเกิดขึ้นในทางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ (in the course of the trooper's public duties) อันเป็นสถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่ไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ การถ่ายวิดีโอทัศนการณ์จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายดักฟัง

ผู้เขียนมีข้อพิจารณาว่า คดีนี้เจ้าพนักงานฟ้องผู้ถ่ายวิดีโอทัศนการณ์โดยอาศัยกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังของมลรัฐ Maryland ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดที่สำคัญดังนี้²¹ “ผู้ใดเจตนาทำการดักฟังหรือพยายามดักฟัง การสื่อสารใดๆ ทางสาย ทางวาจา หรือ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ผู้นั้นมีความผิด” ความผิดตามมาตรานี้มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญสหรัฐหรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับคำว่า การดักฟัง (Intercept) นั้นกฎหมายฉบับนี้นิยามว่าหมายถึง “การใช้หูหรือวิธีอื่นใดในการได้มาซึ่งเนื้อหาข้อมูลทางการสื่อสารโดยใช้สาย อิเล็กทรอนิกส์ หรือการสื่อสารทางวาจาผ่านทางอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์

อื่นใด”²² กรณีการดักฟังการสื่อสารทางวาจานั้น กฎหมายนิยามความหมายของ “การสื่อสารทางวาจา” (Oral communication) ว่าหมายถึงการสนทนาหรือคำพูดใด ซึ่งกระทำต่อหรือกระทำโดยบุคคลใด ๆ ในการสนทนาที่เป็นส่วนตัว (Private conversation)²³ คดีเกี่ยวกับการดักฟังที่มีชื่อเสียงและเกี่ยวข้องกับกฎหมายมลรัฐ Maryland ก็คือ กรณีที่ Linda Rose Tripp ดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของ Monica Lewinsky ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของ Lewinsky กับประธานาธิบดี Clinton²⁴

4. คดีการถ่ายวิดีโอทัศนการณ์เจ้าพนักงานที่ตัดสินตามกฎหมายมลรัฐ Illinois

คดี Illinois v. Allison²⁵

ข้อเท็จจริงคดีนี้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2008 ขณะที่ Michael Allison ช่อมรดอยู่ในบริเวณบ้านของเขา เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มาและแจ้งข้อหาว่ากระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้าง (eyesore ordinance) Michael Allison ได้ถ่ายวิดีโอทัศนการณ์ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาและสนทนากับเขาไว้ทั้งหมด ต่อมา Michael Allison ถูกฟ้องว่ากระทำผิดกฎหมายดักฟังของมลรัฐ Illinois ซึ่ง Michael Allison ต่อสู้โดยอ้างว่ากฎหมายดักฟังของมลรัฐ Illinois ขัดต่อ

²¹ Maryland Courts and Judicial Proceedings Section 10-402 "...it is unlawful for any person to: (1) Willfully intercept, endeavor to intercept, or procure any other person to intercept or endeavor to intercept, any wire, oral, or electronic communication..."

²² Maryland Courts and Judicial Proceedings Section 10-401 (3) ,"Intercept" means the aural or other acquisition of the contents of any wire, electronic, or oral communication through the use of any electronic, mechanical, or other device.

²³ Maryland Courts and Judicial Proceedings Section 10-401 (2), "Oral communication" means any conversation or words spoken to or by any person in private conversation.

²⁴ Whitfield, Diffie and Landau, Susan. Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption. Cambridge: MIT Press, 1998,346-400.

²⁵ People of the State of Illinois v. Michael D. Allison, No.2009-CF-50, Sept, 2011

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่หนึ่ง เนื่องจากการขีดขวางต่อเสรีภาพในการรวบรวมข้อมูลข่าวสารอันเป็นที่สนใจของสาธารณะ (gather information about matters of public concern) เนื่องจากการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่อยู่ในความสนใจของประชาชนและเป็นประโยชน์สาธารณะในชั้นพิจารณาคดี ศาลเห็นพ้องด้วยกับข้ออ้างของ Michael Allison และตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่หนึ่ง เนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

- กฎหมายดังกล่าวมีองค์ประกอบที่กว้างเกินไป (Sweeps too broadly) เนื่องจากครอบคลุม “การสนทนาใดๆ” (any conversation) ทำให้เป็นการกำหนดข้อห้ามการบันทึกการสนทนาทุกประเภทโดยไม่มีข้อยกเว้น

- ศาลอ้างคำพิพากษาคดี Plock v. Bd. of Educ.²⁶ ว่าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัว และคุ้มครองประชาชนจากการสอดส่องของภาครัฐ ปัญหาของกฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่หนึ่งก็คือนิติบัญญัติของรัฐ Illinois ก็คือกฎหมายนี้ครอบคลุมการกระทำที่บริสุทธิ์ทั้งหมดที่ไม่เกี่ยวกับการละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชนด้วย²⁷

- ในประเด็นที่ว่า กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นเดียวกับเอกชนหรือไม่ ศาลเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์

คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลย่อมไม่อาจนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจอ้างสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในบริบทของการปฏิบัติหน้าที่²⁸

■ วิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเจ้าพนักงานในขณะปฏิบัติหน้าที่

จากการศึกษาคดีทั้ง 4 ข้างต้นนั้น ผู้เขียนจะได้จำแนกวิเคราะห์ประเด็นที่สำคัญสำหรับการปรับใช้กฎหมายในกรณีการถ่ายวิดีโอทัศนเจ้าพนักงานดังต่อไปนี้

1. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของผู้ถ่ายวิดีโอทัศนและข้อจำกัด

ในด้านของผู้ถ่ายวิดีโอทัศน ซึ่งฟ้องคดีโดยอ้างสิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาล ในคดี Kelly v. Borough of Carlisle ตัดสินว่าสิทธิในการถ่ายวิดีโอทัศนในกรณีนี้เป็นสิทธิในการแสวงหาและเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญมิได้รับรองไว้โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับคดีอื่น เช่น Smith v. City of Cumming ซึ่งศาลตัดสินว่ารัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่หนึ่งรับรองสิทธิในการแสวงหาข้อมูลที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะ ดังนั้นการบันทึกเรื่องราวอันอยู่ในความสนใจของสาธารณะย่อมได้รับความคุ้มครอง²⁹

²⁶ Plock v. Board of Education of Freeport School District, No. 145 (2nd Dist. 2009)

²⁷ “The problem with the [Eavesdropping] [S]tatute is [that] it sweeps in wholly innocent conduct that has nothing to do with intrusion into citizens’ privacy.”, Ibid.

²⁸ “A statute intended to prevent unwarranted intrusions into a citizen’s privacy cannot be used as a shield for public officials who cannot assert a comparable right of privacy in their public duties.”

²⁹ Smith v. City of Cumming, 212 F.3d 1332, 1333 (11th Cir. 2000)

สำหรับคดี *Robinson v. Fetterman* ศาลตัดสินว่าสิทธิในการถ่ายภาพเจ้าหน้าที่ตำรวจขณะปฏิบัติหน้าที่ในที่สาธารณะเป็นสิทธิในการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ³⁰ อย่างไรก็ตามในบางคดี ศาลตัดสินว่าการถ่ายภาพหรือวิดีโอที่ จะได้รับการคุ้มครองในฐานะเป็นสิทธิในการแสดงความคิดเห็นจะต้องเป็นการถ่ายภาพหรือวิดีโอที่มีวัตถุประสงค์อย่างเฉพาะเจาะจง³¹ ศาลยังได้วางหลักว่า ผู้สื่อข่าวอิสระมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่หนึ่งและกฎหมายมลรัฐในการถ่ายวิดีโอที่คนการประชุมสาธารณะ³² อย่างไรก็ตาม สิทธิในการแสดงความคิดเห็นนี้มิได้จำกัดอยู่เฉพาะสื่อมวลชนเท่านั้น³³

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลยอมรับสิทธิในการถ่ายวิดีโอว่าเป็นสิทธิในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าสิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิอันสัมบูรณ์ (Absolute right) กล่าวคือสิทธิดังกล่าวมีข้อจำกัด ซึ่งขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมทางด้านสถานที่ เวลา สถานการณ์ด้วย (time, place, and manner restrictions) เช่น การถ่ายวิดีโอขณะเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานบนท้องถนนนั้น³⁴ ศาลในคดี *Kelly v. Borough of Carlisle* เห็นว่าเป็นการไม่เหมาะสมที่จะอ้างสิทธิในการแสดงความคิดเห็นเพื่อถ่ายวิดีโอเนื่องจากการเป็นกรณีถนนที่พลุกพล่านซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตราย

และเป็นการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน แต่ในกรณีการถ่ายวิดีโอที่คนเจ้าพนักงานขณะปฏิบัติหน้าที่ในสวนสาธารณะ ศาลเห็นว่าไม่เป็นการอันตรายและขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานดังเช่นคดี *Glik v. Cunniffe*³⁵ จะเห็นได้ว่าศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิและปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ปัจจัยเกี่ยวกับความปลอดภัยในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในสถานการณ์นั้น ๆ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (right to privacy) จะเป็นสิทธิด้านตรงข้ามที่ศาลมักจะนำมาชั่งน้ำหนักประกอบกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แต่ในกรณีเจ้าพนักงานนั้นเป็นบุคคลที่มีลักษณะพิเศษดังจะได้พิจารณาในหัวข้อต่อไป

2. ข้อจำกัดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเจ้าพนักงาน

กฎหมายที่นำมาปรับใช้ในกรณีถ่ายวิดีโอที่คนเจ้าพนักงานดังกล่าวข้างต้นคือกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังซึ่งมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) แต่สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเองก็มิใช่สิทธิที่สัมบูรณ์เช่นกัน กล่าวคืออาจถูกจำกัดเพื่อการคุ้มครองสิทธิอื่น เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech) นอกจากนี้ในแง่ของตัวบุคคลที่กล่าวอ้างสิทธิในความ

³⁰ *Robinson v. Fetterman*, 378 F. Supp. 2d 534, 541 (E.D. Pa. 2005)

³¹ *Gilles v. Davis*, 427 F.3d 197 (3d Cir. 2005)

³² *Iacobucci v. Boulter*, No. CIV.A. 94-10531, 1997 WL 258494 (D. Mass. Mar. 26, 1997)

³³ *Lambert v. Polk Cnty.*, 723 F. Supp. 128, 133 (S.D. Iowa 1989)

³⁴ *Kelly v. Borough of Carlisle*, 622 F.3d 248, 251 (3d Cir. 2010)

³⁵ *Glik v. Cunniffe*, 655 F.3d 78, 79 (1st Cir. 2011)

เป็นอยู่ส่วนตัวนั้น มีบุคคลบางประเภทที่อาจถูกจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว โดยเฉพาะเจ้าพนักงานในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งศาลเห็นว่ สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของผู้ถ่ายวิดีโอทัศน มีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเจ้าพนักงาน โดยเฉพาะในบริบทของการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะนั้น ศาลเห็นว่าเจ้าหน้าที่พนักงานไม่อาจอ้างความเป็นส่วนตัวในบริบทนี้ได้ ในคดี *Illinois v. Allison* ศาลตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (Right of privacy) แต่ไม่อาจนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องเจ้าหน้าที่ของรัฐในบริบทของการปฏิบัติหน้าที่ คดีอื่น ๆ ที่ศาลในสหรัฐอเมริกาวางหลักรับรองสิทธิในการบันทึกเสียงหรือวิดีโอทัศนเจ้าหน้าที่ขณะปฏิบัติงาน เช่น คดี *Demarest v. Athol/Orange Community TV, Inc.*³⁶ ศาลตัดสินว่า บุคคลมีสิทธิบันทึกเสียงหรือวิดีโอทัศนเรื่องราวที่เกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะ คดี *Robinson v. Fetterman*³⁷ ศาลให้เหตุผลว่า กิจกรรมของเจ้าหน้าที่ตำรวจมีลักษณะเช่นเดียวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานอื่น ๆ ซึ่งสามารถตรวจสอบได้

สำหรับเหตุผลของการที่ศาลวางแนววินิจฉัยว่า กฎหมายดักฟังไม่อาจนำมาปรับใช้กรณีบุคคลถ่ายและเผยแพร่วิดีโอทัศนเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานนั้นมีหลายประการ เช่น

- เพื่อสนับสนุนการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่โดยประชาชนอื่น ทำให้การปฏิบัติหน้าที่เกิดความโปร่งใส เช่น การถ่ายวิดีโอทัศนกรณีเจ้าหน้าที่ใช้เครื่องยิงกระสุนไฟฟ้ากับนักศึกษาทำให้เกิดการสอบสวนข้อเท็จจริงของการกระทำดังกล่าว³⁸ กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจทาบตีบุคคลอายุ 16 ปีที่ไม่มีอาวุธนำไปสู่การสอบสวนเจ้าหน้าที่ดังกล่าว³⁹ จะเห็นได้ว่าข้อมูลวิดีโอทัศนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐสามารถนำมาเป็นหลักฐานสำหรับคดีการฟ้องร้องกรณีเจ้าหน้าที่กระทำการโดยมิชอบ⁴⁰

- เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากข้อมูลวิดีโอทัศนอาจใช้ในการพิสูจน์การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ เช่น วิดิทัศน์ที่แสดงถึงเหตุการณ์เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้เครื่องยิงกระสุนไฟฟ้ากับบุคคลที่ลงมือทำร้ายตำรวจก่อนถูกนำมาใช้ในการสอบสวนว่าเจ้าหน้าที่กระทำการอย่างสมเหตุสมผลในการใช้เครื่องยิงกระสุนไฟฟ้างดังกล่าว⁴¹

³⁶ *Demarest v. Athol/Orange Community TV, Inc.* 188 F. Supp. 2d 82, 94 (D. Mass. 2002)

³⁷ *Robinson v. Fetterman*, 378 F. Supp. 2d 534, 541 (E.D. Pa. 2005)

³⁸ *Amanda Covarrubias & Stuart Silverstein, A Third Incident, a New Video: A Cellphone Camera Captures UCLA Police Using a Taser on a Student Who Allegedly Refused to Leave the Library Tuesday Night*, L.A. Times, Nov. 16, 2006 [Online] available from, <http://articles.latimes.com/2006/nov/16/>

³⁹ *Milton J. Valencia, Video of Roxbury Arrest Reviewed*, Boston Globe, Oct. 28, 2010

⁴⁰ *Alison L. Patton, The Endless Cycle of Abuse: Why 42 U.S.C. §1983 Is Ineffective in Deterring Police Brutality*, 44 *Hastings Law Journal*, 1993, 764-65

⁴¹ *Kim Lanier, Walmart Tasing Caught on Video; Couple Arrested After Altercation with Foley Officer*, Press-Register, July 12, 2011

นอกจากนี้ข้อมูลวิดีโอที่บันทึกยังเป็นประโยชน์ต่อประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดี เช่น วิดีโอที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยในคดีฆ่าผู้อื่นยืนอยู่ฝั่งตรงข้ามของถนนขณะเกิดเหตุฆาตกรรม⁴² หรือกรณีที่ถูกขุ่นลงความเห็นว่าคุณครูที่ถูกกล่าวหาว่าทำร้ายนักเรียนไม่ได้กระทำผิดเนื่องจากวิดีโอที่บันทึกแสดงให้เห็นเหตุการณ์ดังกล่าว⁴³

อย่างไรก็ตามในอีกแง่หนึ่งการถ่ายวิดีโอที่เจ้าหน้าที่พนักงานขณะปฏิบัติหน้าที่อาจเป็นอุปสรรคหรืออันตรายต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งศาลก็พิจารณาถึงเหตุผลนี้เช่นกันโดยวางหลักว่า การถ่ายวิดีโอที่ขณะเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานในบางสถานการณ์เช่น บนท้องถนนขณะการจราจรพลุกพล่านนั้น⁴⁴ ศาลเห็นว่าเป็นการไม่เหมาะสมที่บุคคลจะอ้างสิทธิในการแสดงความคิดเห็นเพื่อถ่ายวิดีโอที่บันทึก

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ศาลมิได้วางหลักว่าเจ้าหน้าที่พนักงานไม่อาจได้รับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เพียงแต่สิทธิดังกล่าวถูกจำกัดในบริบทของการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น เจ้าหน้าที่พนักงานจึงอาจอ้างสิทธิดังกล่าวในบริบทหรือสถานการณ์อื่นได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ดังนั้นการถ่ายวิดีโอที่บันทึกเจ้าหน้าที่พนักงานในบริบทที่เป็นส่วนตัวอาจมีความผิดตามกฎหมายดักฟัง

3. ความยินยอม (Consent)

ข้อยกเว้นโดยทั่วไปของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลก็คือความยินยอม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการที่บุคคลนั้นสละ (waive) สิทธิส่วนบุคคล กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังของมลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาได้นำเอาความยินยอมมาเป็นข้อยกเว้นของความผิดด้วย ซึ่งอาจแบ่งได้สองแนวทาง คือ⁴⁵

- หลักความยินยอมจากคู่กรณีฝ่ายเดียว (One-party consent exception) ซึ่งหลักนี้ปรากฏในกฎหมายดักฟังระดับสหรัฐ⁴⁶ และกฎหมายระดับมลรัฐบางมลรัฐ ตามข้อยกเว้นนี้การดักฟังจะไม่เป็นความผิดหากบุคคลคนหนึ่งหรือกว่านั้นที่เกี่ยวข้องในการสื่อสารนั้นได้ให้ความยินยอมในการบันทึกการสื่อสารก็จะไม่เป็นการดักฟัง ดังนั้น ตามข้อยกเว้นนี้ กรณีการถ่ายวิดีโอที่บันทึกการสนทนาระหว่างเจ้าหน้าที่พนักงานกับผู้ถ่ายวิดีโอที่บันทึกนั้น ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยินยอมการบันทึกก็ไม่ใช่ความผิด

- หลักความยินยอมจากคู่กรณีทุกฝ่าย (All-party consent rule) บางมลรัฐกำหนดองค์ประกอบที่มีความเข้มงวดมากกว่าองค์ประกอบของกฎหมายระดับสหรัฐ เช่น กฎหมายมลรัฐ Pennsylvania มลรัฐ Illinois⁴⁷

⁴² Shayna Jacobs, *Lawyer Hopes Video Will Exonerate Chinatown Teen Accused of Murder*, DNainfo.com (Dec. 7, 2010), <http://www.dnainfo.com/new-york/20101207/lower-east-side-east-village/lawyer-hopes-video-will-exonerate-chinatown-teen-on-trial-for-hester-street-murder>

⁴³ *Teacher Accused of Hitting Student Exonerated*, WSVN-TV (Mar. 13, 2008), <http://www.wsvn.com/news/articles/local/MI79758/>

⁴⁴ *Kelly v. Borough of Carlisle*, 622 F.3d 248, 251 (3d Cir. 2010)

⁴⁵ Daniel R. Dinger, *Should Parents Be Allowed to Record a Child's Telephone Conversations When They Believe the Child Is in Danger: An Examination of the Federal Wiretap Statute and the Doctrine of Vicarious Consent in the Context of a Criminal Prosecution*, *Seattle University Law Review* (2004-2005), 955.

⁴⁶ Public Law 99-508, 100 Stat. 1848, enacted October 21, 1986, 18 U.S.C. §§ 2510-2522

⁴⁷ *Illinois Compiled Statutes*, section 14-2

ดังกล่าวข้างต้น กำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ การดักฟังที่เข้าข่ายยกเว้นนี้ จะต้องเป็นกรณีที่ได้รับ ความยินยอมจากบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารนั้น ตามข้อยกเว้นนี้ กรณีการถ่ายวีดิทัศน์การสนทนาระหว่างเจ้าพนักงานกับผู้ถ่ายวีดิทัศน์นั้น ถ้าเจ้าพนักงานไม่ยินยอม ผู้ถ่ายวีดิทัศน์ก็ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นได้ หรือหากเป็นการสนทนากับเจ้าพนักงานหลายคน ก็ต้องขอความยินยอมกับเจ้าพนักงานทุกคนที่เกี่ยวข้องในสถานการณ์นั้น

4. การคาดหวังความเป็นส่วนตัวของเจ้าพนักงาน

กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังได้นำหลัก “การคาดหวังความเป็นส่วนตัว” (expectation of privacy) มาเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย กล่าวคือ การสนทนาที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นการสนทนาที่บุคคลผู้สนทนาคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้ เช่น การลักลอบถ่ายวีดิทัศน์การสนทนาระหว่างบุคคลโดยมิได้รับรู้ในสถานที่ส่วนบุคคล หรือในสถานการณ์ที่ผู้สนทนาไม่อาจคาดหวังว่าจะมีการถ่ายวีดิทัศน์ เป็นต้น

กฎหมายที่สะท้อนหลักดังกล่าวปรากฏทั้งในระดับสหรัฐ⁴⁸ รวมทั้งกฎหมายหลายมลรัฐ เช่น กฎหมายมลรัฐ Massachusetts กำหนดว่าการดักฟังที่จะเป็นความผิดต้องเป็นการลักลอบฟัง หรือลักลอบบันทึก (secretly hear, secretly record)⁴⁹ ดังจะเห็นได้จากคดี Glik v.

Cunniffe การที่ Simon Glik ซึ่งผู้ถ่ายวีดิทัศน์กระทำโดยเปิดเผย (publicly record) ศาลจึงเห็นว่าไม่เข้าองค์ประกอบความผิด บางมลรัฐ เช่น Maryland แม้ว่ามีได้มีองค์ประกอบเกี่ยวกับการลักลอบ แต่กฎหมายกำหนดคุ้มครอง “การสนทนาส่วนบุคคล” (Private conversation) โดยศาลพิจารณาบัจจายแวดล้อมการสนทนา นั้นว่าผู้สนทนาคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้หรือไม่ ดังเช่นคดี Maryland v. Graber ซึ่งสถานการณ์เกิดบนท้องถนนอันเป็นสถานที่สาธารณะ ศาลจึงเห็นว่าบุคคลไม่อาจคาดหวังความเป็นส่วนตัว จะเห็นได้ว่า หลักการคาดหวังความเป็นส่วนตัวซึ่งปรากฏในกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังนี้เป็นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับสิทธิอื่นและทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมีขอบเขตจำกัดไม่กว้างเกินไปทำให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว

สำหรับการพิจารณาว่ากรณีใดจึงถือว่าเจ้าพนักงานอาจคาดหวังความเป็นส่วนตัว (Expectation of privacy) ได้นั้นจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ศาลวางหลักในการพิจารณาโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ เช่น ระยะห่างระหว่างบุคคลนั้นกับบุคคลอื่น (Proximity of other people) สถานที่นั้นสามารถเข้าถึงโดยผู้อื่นหรือไม่ ระดับความดังของเสียงการสนทนา นั้นสามารถได้ยินโดยหูของบุคคลทั่วไปหรือไม่⁵⁰ อย่างไรก็ตามศาลวางแนวว่าเจ้าพนักงานสามารถคาดหวังความเป็นส่วนตัวในระดับที่

⁴⁸ Public Law 99-508, 100 Stat. 1848, enacted October 21, 1986, 18 U.S.C. §§ 2510–2522

⁴⁹ Massachusetts General Laws Annotated chapter 272, section 99

⁵⁰ คดี Katz v. United States, 389 U.S. 347, 351 (1967) และ คดี John Doe Trader Number One, 894 F.2d 240, 242-43 (7th Cir. 1990)

ต่ำกว่าบุคคลทั่วไป⁵¹ เนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่กล่าวถ้อยคำใดในการปฏิบัติหน้าที่นั้น มิใช่เป็นการพูดในสถานะเช่นเดียวกับประชาชนและไม่สามารถอ้างสิทธิเช่นเดียวกับเอกชนเพื่อคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของการพูดหรือคำสนทนาดังกล่าวจากการถูกบันทึกได้⁵² นักวิชาการบางท่านเห็นว่า กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการตามหน้าที่ จะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของสาธารณะ ในกรณีการสนทนาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำตามหน้าที่จึงไม่ได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป⁵³ เนื่องจากไม่อาจคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้ ดังนั้นการขังน้ำหนักระหว่างสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับสิทธิในการแสดงความคิดเห็นสำหรับกรณีนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการให้น้ำหนักแก่สิทธิในการแสดงความคิดเห็นมากกว่า⁵⁴ ในขณะที่บุคคลทั่วไปอาจคาดหวังความเป็นส่วนตัวในการสนทนา แต่เจ้าพนักงานของรัฐอาจคาดหวังถึงการตรวจสอบจากสาธารณะ (Expectation of public accountability)⁵⁵ เมื่อเจ้าพนักงานมีอำนาจบางประการที่ประชาชนทั่วไปไม่สามารถมีได้ เช่นการพกพาอาวุธ ดังนั้นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเจ้าพนักงานดังกล่าวจึงลดระดับลงกว่ากรณีประชาชนทั่วไป เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ⁵⁶ นอกจากนี้ ศาลวางหลักว่าการพิจารณาการคาดหวังความเป็น

ส่วนตัวในกรณีเจ้าพนักงานนั้นจะแตกต่างจากบุคคลทั่วไป กล่าวคือ การสนทนาในสถานการณ์เช่นเดียวกันและคำพูดลักษณะเดียวกันนั้น หากเป็นกรณีเอกชนอาจคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้ หากเป็นเจ้าพนักงานไม่อาจคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้⁵⁷

นอกจากนี้การคาดหวังความเป็นส่วนตัวยังเกี่ยวข้องกับบริบททางด้านสถานที่หรือสถานการณ์ด้วย ดังจะเห็นได้จากคดี *Maryland v. Graber* ซึ่งศาลตัดสินว่าการสนทนาบนถนนหลวงอันเป็นที่สาธารณะมิใช่การสนทนาเป็นการส่วนตัว อย่างไรก็ตาม กฎหมายบางมลรัฐ เช่น Illinois⁵⁸ ให้นำหนักไปในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยคุ้มครอง “การสนทนาใด ๆ” (any conversation) ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะ การสนทนาที่เป็นส่วนตัว

5. ความเหมาะสมของการนำกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมาใช้กรณีการถ่ายวีดิทัศน์เจ้าพนักงาน

นักวิชาการหลายท่านเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลที่วางหลักจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายการดักฟังทั้งระดับสหรัฐและระดับมลรัฐบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและมีข้อยกเว้นเพื่อการดักฟังของเจ้าพนักงานเกี่ยวกับ

⁵¹ *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 516 (2001)

⁵² *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 421 (2006)

⁵³ *Seith F. Kreimer, Pervasive Image Capture and the First Amendment: Memory, Discourse, and The Right to Record*, 159 U. PA. L. Rev. 355, 396 (2011)

⁵⁴ *Kristin M. Finklea, Ibid.*

⁵⁵ *Nathan Koppel, First Circuit Upholds Right to Videotape Arresting Officers*, *Wall Street Journal*, Aug. 3, 2011

⁵⁶ *Seith F. Kreimer, Ibid.*

⁵⁷ *Maryland v. Graber*(*Maryland Circuit Court, Harford County.*, Sept. 27, 2010)

⁵⁸ *Illinois Compiled Statutes, section 14-2*

ความผิดบางลักษณะเช่นองค์กรอาชญากรรม และยาเสพติด ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการถูกดักฟังโดยไม่มีหมายที่กระทำโดยเจ้าพนักงาน⁵⁹ ในประเด็นที่เจ้าพนักงานอ้างกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังเพื่อการลงโทษประชาชนที่ถ่ายวิดีโอการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานนั้น นักวิชาการมีความเห็นว่าเป็นการนำกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมาใช้อย่างไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมุ่งคุ้มครองบุคคลจากการถูกดักฟังโดยมิชอบที่กระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐ⁶⁰ นอกจากนี้ยังมีความเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังเช่นกฎหมายระดับสหรัฐ บัญญัติขึ้นตั้งแต่ยุคที่การดักฟังกระทำโดยเจ้าพนักงานซึ่งมีเครื่องมือและอุปกรณ์เป็นพิเศษ⁶¹ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันปัจจัยต่าง ๆ เปลี่ยนแปลงไปทั้งตัวผู้กระทำซึ่งไม่จำกัดอยู่เฉพาะเจ้าพนักงานและอุปกรณ์ที่ใช้กระทำการดักฟังซึ่งประชาชนทั่วไปต่างครอบครองและใช้งานเช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ ดังเช่นที่มีผู้กล่าวว่าในปัจจุบันเครื่องมือการดักฟังอยู่ในกระเป๋าของบุคคลทุกคน⁶² นอกจากนี้ยังมีผู้เห็นว่าระดับความคาดหมาย

ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับการถูกถ่ายวิดีโอทัศนียภาพของบุคคลในปัจจุบันจะต้องลดระดับลงเนื่องจากการถ่ายวิดีโอทัศนียภาพจากอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเกิดขึ้นแพร่หลายในสังคม⁶³

6. บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเจ้าพนักงาน

นอกจากเจ้าพนักงานซึ่งไม่อาจอ้างสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ในแง่ของบุคคลธรรมดาที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานนั้นก็ถูกจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในอันที่จะอ้างกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของตนจากการถูกถ่ายวิดีโอทัศนียภาพหลักไว้ว่าบุคคลธรรมดาที่เกี่ยวข้องก็จะไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการสนทนาได้ เช่น บุคคลไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวในการสนทนาที่เกิดขึ้นขณะอยู่ด้านหลังรถของเจ้าหน้าที่ตำรวจ⁶⁴ บุคคลไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวในการสนทนาที่อาจได้ยินโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งอยู่ด้านนอกประตูห้องพักโรงแรมขณะปฏิบัติหน้าที่ โดยที่เจ้าหน้าที่นั้นมีได้มีอุปกรณ์ช่วยฟังอื่นใด⁶⁵ ผู้ที่ถูกตำรวจเรียกให้หยุดรถไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวในการสนทนายาระหว่างนั้นได้⁶⁶

⁵⁹ Gina Stevens & Charles Doyle, *Congressional Research Service, Privacy: An Overview of Federal Statutes Governing Wiretapping and Electronic Eavesdropping*, Oct. 9, 2012, 1-3

⁶⁰ Lisa A. Skehill, *Cloaking Police Misconduct in Privacy: Why the Massachusetts Anti-Wiretapping Statute Should Allow for the Surreptitious Recording of Police Officers*, 42 *Suffolk University Law Review* 981, 989-90 (2009)

⁶¹ Kristin M. Finklea, *Cong. Research Serv., R40525, Organized Crime in the United States: Trends and Issues for Congress* (2010)

⁶² Brian Westley, *States Applying Wiretap Statutes to Personal Videos*, *News Media & Law*, Aug. 1, 2010.

⁶³ Stephen S. Intille & Amy M. Intille, *New Challenges for Privacy Law: Wearable Computers that Create Electronic Digital Diaries*, *MIT House Technical Rep.*, Sept. 15, 2003

⁶⁴ *United States v. Dunbar*, 553 F.3d 48, 57 (1st Cir. 2009)

⁶⁵ *United States v. Burns*, 624 F.2d 95, 100 (10th Cir. 1980)

⁶⁶ *Lewis v. State*, 139 P.3d 1078, 1088-89 (Wash. 2006)

บุคคลซึ่งสนทนากับเจ้าหน้าที่ไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการสนทนานั้น ไม่ว่าจะพิจารณาในเชิงอัตวิสัยหรือภววิสัยก็ตาม⁶⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่า ในกรณีสถานการณ์ที่เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นนั้น ทั้งเจ้าพนักงานและบุคคลที่เกี่ยวข้องเช่น ผู้ต้องหา ย่อมไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้

■ วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายไทยกับกรณีพฤติกรรมกรรมการถ่ายวิดีโอที่เจ้าหน้าที่

ประเด็นสำคัญตามกฎหมายไทยที่จะพิจารณาในหัวข้อนี้ก็คือ เจ้าพนักงานของไทยที่ถูกถ่ายวิดีโอจะนำกฎหมายใดมาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนจากการถูกถ่ายวิดีโอจากการศึกษากฎหมายสหรัฐอเมริกาข้างต้น เห็นได้ว่า เจ้าพนักงานได้นำกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมาใช้เพื่อเอาผิดกับผู้ถ่ายวิดีโอ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการดักฟังของสหรัฐอเมริกา มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายไทยดังนี้

- กฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น มีกฎหมายเฉพาะที่วางหลักห้ามการดักฟังอันรวมถึงการดักฟังข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นการทั่วไปในระดับสหรัฐ (Federal law) มีรัฐบัญญัติ

ว่าด้วยความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Communications Privacy Act of 1986 หรือ ECPA)⁶⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายที่เพิ่มเติมกฎหมายการดักฟังเดิม (“The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act”) วางหลักห้ามการดักฟัง ครอบคลุมการสื่อสารทางสาย (Wire) ทางวาจา (Oral) และทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ในระดับมลรัฐ (State law) นั้นจะเห็นได้ว่า หลายมลรัฐมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการดักฟังโดยสะท้อนหลักของกฎหมายระดับสหรัฐ

- กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังของสหรัฐวางหลักครอบคลุมทั้งการกระทำของเอกชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐเนื่องจากตัวบทใช้คำว่า “ผู้ใด”

- ในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะซึ่งวางหลักคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการถูกดักฟังโดยวางองค์ประกอบความผิดฐานดักฟังเป็นการทั่วไปที่ครอบคลุมการดักฟังข้อมูลการสื่อสารทุกประเภทไว้ในกฎหมายฉบับเดียว ดังเช่นกฎหมาย “The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act” และรัฐบัญญัติว่าด้วยความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์

- เมื่อพิจารณา “กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟัง” ของไทยนั้น พบว่ามีปรากฏอยู่อย่างกระจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งอาจแยกสรุปลงได้สองกรณีดังนี้⁶⁹

⁶⁷ *People v. A.W.*, 982 P.2d 842, 847 (Colo. 1999)

⁶⁸ *Public Law 99-508*, 100 Stat. 1848, enacted October 21, 1986, 18 U.S.C. 2510-2522

⁶⁹ คณาธิป ทองรวีวงศ์, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกดักฟังการสื่อสารข้อมูล* วารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ 6 เล่มที่ 1 มกราคม-เมษายน 2555, หน้า 1-24.

(1) กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยวางหลักห้ามการดักฟังหรือดักจับข้อมูล จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญวางหลักคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารของบุคคลในมาตรา 36⁷⁰ นอกจากนี้ กฎหมายบางฉบับวางหลักห้ามดักจับข้อมูลเฉพาะบางประเภท และมีข้อจำกัดด้านตัวผู้กระทำเช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 163 มีขอบเขตจำกัดเฉพาะผู้กระทำที่เป็นเจ้าพนักงาน และยังจำกัดว่าจะต้องเป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารข้อมูลบางลักษณะเท่านั้น กล่าวคือ ไพรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ กฎหมายบางฉบับแม้จะวางหลักห้ามการดักจับข้อมูลโดยไม่จำกัดตัวผู้กระทำ กล่าวคือครอบคลุมทั้งเจ้าพนักงานและปัจเจกชน โดยใช้คำว่า “ผู้ใด” แต่ที่วางหลักคุ้มครองการแทรกแซงข้อมูลเฉพาะบางลักษณะ เช่น ทางโทรคมนาคม (พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม) ทางวิทยุคมนาคม (พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ (พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์)

สำหรับกฎหมายที่อาจกล่าวได้ว่าวางหลักทั่วไปในการห้ามดักฟังหรือดักจับข้อมูลนั้น ในปี พ.ศ. 2544 ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 74 ซึ่งวางหลักห้าม “ผู้ใด” กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อดักจับไว้ ซึ่งข้อมูลมีการสื่อสารทางโทรคมนาคมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมทั้งการกระทำการดักจับโดยเจ้าพนักงานและ

บุคคลทั่วไป จึงเทียบเคียงได้กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกาทั้งระดับรัฐและมลรัฐ แต่กฎหมายของไทยฉบับนี้มีขอบเขตเฉพาะการดักจับข้อมูลที่มีการสื่อสารทางโทรคมนาคม เช่น โทรศัพท์ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ต่อมาในปี พ.ศ. 2550 ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ โดยมาตรา 8 วางหลักห้ามการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ระหว่างการส่ง ซึ่งครอบคลุมทั้งการกระทำการดักจับโดยเจ้าหน้าที่และบุคคลทั่วไป จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยสองฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นการวางหลักทั่วไปในการห้ามดักจับข้อมูลโดยกฎหมายแต่ละฉบับมีขอบเขตที่แตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มีขอบเขตห้ามการดักจับข้อมูลที่สื่อสารทางโทรคมนาคม ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีขอบเขตห้ามการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์

อย่างไรก็ตามเจ้าพนักงานไม่สามารถนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับผู้ถ่ายทอดทัศนเจ้าพนักงานได้ เนื่องจากขณะที่ถ่ายทอดทัศนมิได้เป็นการดักจับการสนทนาทางการสื่อสารหรือทางข้อมูลคอมพิวเตอร์ หากแต่เป็นการบันทึกภาพและการเสียงซึ่งเป็นการสนทนาทางวาจา

(2) กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการดักจับข้อมูล จะเห็นได้ว่า กฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 พระราชบัญญัติป้องกัน

⁷⁰ มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 วางหลักว่า “การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

และปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานโดยมีองค์ประกอบของการกระทำของเจ้าพนักงานที่กว้าง กล่าวคือ “การได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร” ซึ่งมีความหมายกว้าง ครอบคลุมลักษณะการกระทำทั้ง ดักฟัง ดักจับข้อมูลระหว่างการสื่อสาร เข้าถึงข้อมูลการสื่อสารที่จัดเก็บไว้แล้ว นอกจากนี้ยังครอบคลุมข้อมูลทางสื่อต่าง ๆ ทั้งทางไปรษณีย์ โทรศัพท์ โทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ แต่ก็มีขอบเขตจำกัดคือจะต้องเป็นการได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับความผิดตามกฎหมายนั้น ๆ สำหรับกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีองค์ประกอบของการกระทำของเจ้าพนักงานที่แคบกว่าคือการตรวจสอบและเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์เท่านั้น และมีขอบเขตจำกัดคือจะต้องเป็นไปเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดตามกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น

อย่างไรก็ตามกฎหมายกลุ่มนี้เป็นกรณีการให้อำนาจเจ้าพนักงานดักฟังการสื่อสารของผู้อื่น มิใช่กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเจ้าพนักงานจากการถูกผู้อื่นถ่ายวีดิทัศน์อันอาจถือเป็นการสนทนาทางวาจา

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในประเด็นการถ่ายวีดิทัศน์เจ้าพนักงานขณะปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา เจ้าหน้าที่อาจนำกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมาดำเนินคดี

ผู้กระทำได้ แต่ศาลวางแนววินิจฉัยว่าโดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ไม่อาจอ้างความเป็นส่วนตัวในการปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตามในบางกรณีบุคคลผู้ถ่ายวีดิทัศน์อาจมีความผิดตามกฎหมายดักฟังหากการถ่ายวีดิทัศน์นั้นอยู่ในสถานการณ์ซึ่งอาจกระทบต่อความปลอดภัยของการปฏิบัติหน้าที่ หากพิจารณากฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยมิได้มีกฎหมายที่วางหลักห้ามการดักฟังไว้เป็นการทั่วไป ซึ่งครอบคลุมการสนทนาด้วยวาจา (Oral communication) ดังเช่นกฎหมายสหรัฐอเมริกา ดังนั้นกรณีการถ่ายวีดิทัศน์การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานจึงไม่มีกฎหมายเฉพาะนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำได้

หากการถ่ายวีดิทัศน์นั้นถึงขั้นเป็นการขัดขวางเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่อาจเข้าองค์ประกอบความผิดฐานต่อสู้อัดขวางเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 138⁷¹ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า ยังไม่มีแนววินิจฉัยเกี่ยวกับการถ่ายภาพหรือวีดิทัศน์เจ้าพนักงาน พฤติกรรมที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นความผิดมาตรานี้จะเป็นกรณีการใช้กำลังทางกายภาพต่อเจ้าพนักงาน เช่น การต่อสู้โดยใช้กำลัง สำหรับการที่บุคคลหลบหนีหรือไม่หยุดตามคำสั่งเจ้าพนักงานนั้น ศาลวินิจฉัยว่าการที่บุคคลไม่หยุดเมื่อเจ้าหน้าที่สั่งให้หยุด ยังไม่ถึงขั้นต่อสู้อัดขวางเจ้าพนักงาน⁷² การเดินไม่ยอมให้จับกุม ยังไม่ถึงเป็นการต่อสู้อัดขวาง⁷³ แต่หากมีพฤติกรรมอื่น

⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 138 วางหลักว่า ผู้ใดต่อสู้หรือขัดขวางเจ้าพนักงานหรือผู้ซึ่งต้องช่วยเจ้าพนักงานตามกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2531 “จำเลยขับรถยนต์ลัดเลาะไปจนถึงด่านตรวจ แล้วได้รับสัญญาณให้หยุดรถจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งยืนอยู่ริมถนน บริเวณด่านตรวจนั้น แต่ไม่ปฏิบัติตามโดยจำเลยขับรถผ่านเลยไป ดังนี้ เมื่อไม่มีความว่าจำเลยกระทำการอื่นใดนอกเหนือไปจากนี้ การกระทำของจำเลยจึงยังถือไม่ได้ว่าเป็นความผิดฐานขัดขวางเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่”

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5980/2540 “การเดินเพื่อหนีพ้นจากการถูกควบคุม แม้ทำจะไปถูกตำรวจบ้าง ก็ไม่ถึงขั้นต่อสู้อัดขวาง”

ประกอบการหลบหนีด้วยเช่นขับรถปาด
เจ้าพนักงานหรือพุ่งใส่เจ้าพนักงาน ดังนี้เป็น
การต่อสู้ขัดขวาง⁷⁴ การผลึกเจ้าหน้าที่และ
แย่งหลักฐานมาทำลายเป็นความผิดมาตรา⁷⁵
จะเห็นได้ว่าการกระทำอันเข้าองค์ประกอบ
ความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานจะเป็น
กรณีมีการกระทำทางกายภาพต่อเจ้าพนักงาน
ดังนั้นกรณีการถ่ายวิดีโอที่คนซึ่งมิได้มีการกระทำ
ทางกายภาพต่อเจ้าพนักงานจึงอาจไม่เข้า
องค์ประกอบความผิดฐานต่อสู้ขัดขวาง
เจ้าพนักงาน

นอกจากนี้แม้ว่ากฎหมายไทยมิได้มีการ
เฉพาะฉบับใดให้อำนาจเอกชนในการดักฟัง
ดังเช่นที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐ แต่บุคคลที่ถ่าย
วิดีโอที่คนเจ้าพนักงานอาจอ้างเสรีภาพในการ
แสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ⁷⁶ ซึ่ง
เสรีภาพดังกล่าวก็จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขต
ข้อจำกัดของกฎหมายรวมทั้งต้องชั่งน้ำหนัก
กับสิทธิด้านอื่นด้วย ดังนั้น การถ่ายวิดีโอที่
เจ้าพนักงานจึงต้องพิจารณาองค์ประกอบ
กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น หากการถ่าย
วิดีโอที่คนนั้นกระทำในสถานที่ซึ่งผู้ถ่ายวิดีโอ
ไม่มีสิทธิเข้าไป อาจเข้าองค์ประกอบความผิด
ฐานบุกรุกตามกฎหมายอาญา หรือหากการ
ถ่ายวิดีโอที่คนนั้นกระทำในสาธารณสถานอัน
ส่งผลให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญอาจปรับเข้ากับ

องค์ประกอบความผิดหลุโทษตามกฎหมาย
อาญา⁷⁷

■ สรุป

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to
privacy) ซึ่งกล่าวอ้างโดยเจ้าพนักงานผู้ที่
ถูกถ่ายวิดีโอที่คน และ สิทธิในการแสวงหาข้อมูล
และแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech)
ซึ่งกล่าวอ้างโดยผู้ที่ถ่ายวิดีโอที่คน ต่างก็มีสิทธิ
ที่สัมบูรณ์ (Absolute right) กล่าวคือมีข้อจำกัด
ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิทั้งสองดังกล่าวต่างอยู่
ภายใต้ขอบเขตข้อจำกัดซึ่งกันและกัน กฎหมาย
และแนววินิจฉัยของศาลพยายามจะหาจุดสมดุล
ในการคุ้มครองสิทธิทั้งสองประการดังกล่าว
ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แม้ในสหรัฐอเมริกา
กฎหมายดักฟังจะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อ
คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกรณีการ
ถ่ายวิดีโอที่คนเจ้าพนักงาน แต่กฎหมายดังกล่าว
มีขอบเขตที่จำกัด เช่น เวลา สถานที่ ลักษณะ
การสนทนา ที่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อเป็นการ
ประสานความสมดุลในการคุ้มครองสิทธิอื่นเช่น
สิทธิในการแสดงความคิดเห็น นอกจากนี้ศาล
สหรัฐอเมริกายังวางหลักจำกัดสิทธิในความเป็น
อยู่ส่วนตัวของบุคคลบางประเภทในบาง
สถานการณ์ เช่น กรณีเจ้าพนักงานและบุคคล

⁷⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 4884/2533 “จำเลยขับรถเฉี่ยวชนรถจักรยานยนต์คันอื่นล้มลงแล้วก็หลบหนี เจ้าพนักงานตำรวจก็ขับรถยนต์ตาม
จำเลยขัดขวางการจับกุมโดยใช้รถยนต์ของจำเลยปาดซ้ายปาดขวา จนถึงบริเวณจุดที่เจ้าพนักงานตำรวจตั้งจุดสกัด จำเลยก็ขับรถ
พุ่งเข้าใส่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่ยืนอยู่ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานและพยายามฆ่าเจ้าพนักงาน
เป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท”

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 3850/2543 “จำเลยผลึกและดันตำรวจแล้วแย่ง เอาถุงใส่ยาเสพติดจากมือตำรวจไป จากนั้นก็ใส่ปากเคี้ยวเพื่อ
ทำลายหลักฐาน จำเลยมีความผิดฐานต่อสู้ขัดขวาง”

⁷⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน
การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

⁷⁷ มาตรา 397 ผู้ใดในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลกระทำ ด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นหรือกระทำ
ให้ผู้อื่น ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำ
ทั้งปรับ

ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่งาน นั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประสานความสัมพันธ์ในการคุ้มครองประโยชน์อื่น เช่น ประโยชน์ในด้าน พยานหลักฐานในการดำเนินคดี การตรวจสอบ และความโปร่งใสของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีศาล ตัดสินว่าผู้ถ่ายวิดีโอทัศนียภาพไม่มีสิทธิถ่ายได้ แต่มีใช่ เพราะศาลให้นำหนักกับสิทธิในความเป็นอยู่ ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่งาน แต่เนื่องจากศาลให้น้ำหนักกับประโยชน์อื่น เช่น ความปลอดภัย และประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของ เจ้าหน้าที่งาน สำหรับกฎหมายไทยนั้น ใน ปัจจุบันยังไม่มีการกำหนดองค์ประกอบ ความผิดเกี่ยวกับการดักฟังการสนทนาทาง วาจา (Oral communication) เป็นการทั่วไป ไว้ดังเช่นกฎหมายสหรัฐอเมริกา ดังนั้น เจ้าหน้าที่งานจึงไม่อาจใช้กฎหมายดักฟังเพื่อ เอาผิดกับผู้ถ่ายวิดีโอทัศนียภาพในขณะตนปฏิบัติหน้าที่ ดังเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ผู้ถ่ายวิดีโอทัศนียภาพยังอาจอ้างเสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญของไทยซึ่งมีหลัก การคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพดังกล่าวต้อง พิจารณาข้อจำกัดตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ด้วย

■ ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีข้อเสนอดังต่อไปนี้ เพื่อเป็นการ ประสานความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครอง เจ้าหน้าที่งานขณะปฏิบัติหน้าที่และการแสดง ความคิดเห็นของบุคคล

- เสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการ ดักฟังให้มีองค์ประกอบครอบคลุมการ สนทนาทางวาจา (Oral communication) ดัง เช่นกฎหมายสหรัฐอเมริกา เพื่อคุ้มครองสิทธิใน ความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลทั่วไปที่ถูกถ่าย วิดีทัศน์ซึ่งจะครอบคลุมถึงเจ้าหน้าที่งานในฐานะ บุคคลธรรมดาด้วย

- กฎหมายดังกล่าวควรรำเอาหลัก “ความ ยินยอม” และ “การคาดหมายความเป็นส่วนตัว” มาบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบความผิดด้วย

- สำหรับในการตีความกฎหมายนั้น ศาล อาจนำแนววินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกามา ประกอบการพิจารณาคดี เช่น พิจารณาปัจจัย เกี่ยวกับสถานการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้อง สำหรับกรณีเจ้าหน้าที่งานนั้นอาจได้รับความ คุ้มครองอย่างจำกัดเนื่องจากปัจจัยข้อจำกัด ในแง่สถานะของบุคคล โดยเฉพาะกรณี เจ้าหน้าที่งานในขณะปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่งานอาจได้รับความคุ้มครองหาก การถ่ายวิดีโอทัศนียภาพขณะปฏิบัติหน้าที่นั้นอาจส่ง ผลกระทบต่อความปลอดภัย สำหรับการถ่าย วิดีทัศน์เจ้าหน้าที่งานในขณะที่มิได้ปฏิบัติหน้าที่ หรือในสถานการณ์ส่วนตัวนั้น เจ้าหน้าที่งานก็ ควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้เช่นเดียวกับ ประชาชนทั่วไป

■ บรรณานุกรม

คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2555, มกราคม- เมษายน). มาตรการทางกฎหมายในการ คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของ ผู้ถูกดักฟังการ สื่อสารข้อมูล. วารสาร กระบวนการยุติธรรม, 6(1), 77-81.

- Cohen, A. (2010, August) Should Videotaping the Police Really Be a Crime?, *Time*, 4, 2010. Patton., A. L. (1993) The Endless Cycle of Abuse: Why 42 U.S.C. 1983 Is Ineffective in Deterring Police Brutality, 44 *Hastings Law Journal*.
- W, j8i[v'8Nxitdv[;kilki Amanda Covarrubias & Silverstein, S. (2006 Nov). A Third Incident A New Video: A Cellphone Camera Captures UCLA Police Using a Taser on a Student Who Allegedly Refused to Leave the Library Tuesday Night, *L.A. Times*,. 16, 2006.
- Shin, A. (2010). Traffic Stop Video on YouTube Sparks Debate on Police Use of Md. Wiretap Laws, *Wash. Post*.
- Westley, B. (2010). States Applying Wiretap Statutes to Personal Videos, *News Media & Law*.
- Stevens, G., & Cong, C. D. (2009). Research Serv., Privacy: An Overview of Federal Statutes Governing Wiretapping and Electronic Eavesdropping.
- Lanier, K. (2011). Walmart Tasing Caught on Video; Couple Arrested After Altercation with Foley Officer, *Press-Register*.
- Kristin M. Finklea, Cong. (2010). Research Serv., R40525, Organized Crime in the United States: Trends and Issues for Congress
- Skehil, L. A. (2009). Cloaking Police Misconduct in Privacy: Why the Massachusetts Anti-Wiretapping Statute Should Allow for the Surreptitious Recording of Police Officers, 42 *Suffolk University Law Review* .
- Miller, M. (2007). Wiretap Charge Dropped in Police Video Case. *The Patriot News*.
- Valencia, M. J. (2010). Video of Roxbury Arrest Reviewed, *Boston Globe*.
- Koppel, N. (2011). First Circuit Upholds Right to Videotape Arresting Officers. *Wall Street Journal*, 3, 7-9.
- Kreimer, S. F. (2011). Pervasive Image Capture and the First Amendment: Memory, Discourse, and The Right to Record, 159 *University of Pennsylvania Law Review* 355.
- Jacobs, S. (2010). Lawyer Hopes Video Will Exonerate Chinatown Teen Accused of Murder, *DNAinfo.com* (Dec. 7, 2010), from <http://www.dnainfo.com/new-york/20101207/lower-east-side-east-village/lawyer-hopes-video-will-exonerate-chinatown-teen-on-trial-for-hester-street-murder>
- Intille, S. S., & Intille, A. M. (2003). New Challenges for Privacy Law: Wearable Computers that Create Electronic Digital Diaries, *MIT House Technical* .15, 11-13.
- Diffie, W., & Susan L. (1998). *Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption*. Cambridge: MIT Press.



