

บทที่ 3

วิวัฒนาการและแนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศ

ด้วยกระแสแนวความคิดที่มีการเสนอให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้ามาร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการใช้อินเทอร์เน็ต ในหลายประเทศเริ่มมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับภาระหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยอาจแบ่งได้ ดังนี้

3.1 วิวัฒนาการและแนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศสหรัฐอเมริกา

ด้วยความเจริญก้าวหน้าของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่มีการพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้ง และได้แทรกซึมเข้าไปทุกวงสังคม ในทุกสาขาอาชีพ ทั่วโลก ทำให้มีการนำเอาอินเทอร์เน็ตไปใช้ในการกระทำผิดและสร้างความเสียหายอย่างมากแก่สังคม หลายประเทศจึงได้พยายามคิดหาแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเร่งด่วน หนึ่งในทางออกที่หลายประเทศได้ให้ความสนใจ คือ การกำหนดบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องให้ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่มียุทธศาสตร์สำคัญต่อการให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการสร้างความเสียหาย และเป็นกลุ่มบุคคลที่ได้รับผลประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าว บุคคลกลุ่มนี้จึงควรเข้ามามีส่วนรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หลายประเทศรวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเริ่มมีการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและภาระหน้าที่ที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตควรมีส่วนรับผิดชอบต่อสังคมในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการดำเนินการดังกล่าว

3.1.1 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศสหรัฐอเมริกา

ก่อนปี ค.ศ. 1996 ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ ดังนี้ ในระยะแรกก่อนออก Communication Decency Act 1995 (CDA) ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการกำหนดความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในการสื่อสารของ

ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลคอมมอนลอร์ว่ได้ตัดสินคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยได้เปรียบเทียบความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกับความรับผิดของบุคคลในคดีหมิ่นประมาทตามหลักคอมมอนลอร์เดิม¹ คือ ความรับผิดของผู้จัดทำข้อความ (author)², ผู้เผยแพร่ (publisher)³, ผู้จำหน่าย(distributor)⁴ และ ผู้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ (common carriers)⁵ คดีแรกที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดจากข้อความหมิ่นประมาทซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานในการฟ้องร้องผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต คือ

คดี Cubby v. Copuserve.,Inc.⁶ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า บริษัท Copuserve ซึ่งเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้จัดให้มีบริการกระดานข่าว หรือ Bulletin Board System (BBS) ซึ่งบริษัท Comeron Communication,Inc. (CCI) ตกลงทำสัญญารับจ้างกับบริษัท Copuserve ในการตรวจสอบและควบคุมการให้บริการกระดานข่าว โดยบริษัท Copuserve *ไม่มี* ความเกี่ยวข้องและไม่อาจควบคุมใดๆ ผ่านกระดานข่าวได้ บริษัท CCI เปิดให้กระดานข่าวเป็นเวทีในการแลกเปลี่ยนแสดงความคิดเห็นในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัท

¹Lesam-marie Mellen, the Fourth Circuit has ruled in Zeran v. America Online:Absolute Immunity For The Internet Service Provider,” อ้างใน ปกรณ์ ยิ่งวรการ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงโดยใช้สื่ออินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2547), น.12 .

²เป็นผู้แต่งหรือผู้ประพันธ์ข้อความที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น

³เป็นผู้เผยแพร่ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจแก้ไขข้อความ โดยความรับผิดจะมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้จัดทำข้อความ

⁴เป็นผู้แจกจ่ายสิ่งที่มีข้อความหมิ่นประมาทนั้น โดยหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวกับการพิมพ์หรือเผยแพร่ เช่น ผู้ขายหนังสือหรือสิ่งพิมพ์ ฯลฯ โดยปกติบุคคลเหล่านี้จึงไม่ต้องรับผิด เว้นแต่รู้หรือควรรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทแล้วไม่ดำเนินการนำข้อความนั้นออกไปในเวลาอันสมควร

⁵เป็นผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือไม่มีอำนาจหน้าที่เข้าไปดำเนินการในส่วนหนึ่งของเนื้อหาข้อความ แต่เป็นผู้มีหน้าที่ในการเชื่อมต่อ หรือดำเนินการให้มีการเข้าใช้ระบบที่เผยแพร่ข้อมูลนั้นไปถึงผู้รับสารได้ โดยหลักจึงถือเป็นบุคคลที่ไม่มีความรับผิดเพราะไม่มีอำนาจควบคุมเหนือเนื้อหาของการติดต่อสื่อสารได้จนกว่าจะมีการเผยแพร่แล้ว เว้นแต่ตนรู้หรือควรจะรู้ว่าผู้จัดทำข้อความหรือผู้เผยแพร่ นั้นกระทำความผิดกฎหมายแล้วไม่ดำเนินการหยุดการส่งข้อความนั้น

⁶ คดี Cubby v. Copuserve.,Inc.776 F Supp 135 (SDNY,1991)

DFA ได้ลงข้อความผ่านกระดานข่าวทำให้ บริษัท Cubby เสื่อมเสียชื่อเสียงเป็นข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริง บริษัท Cubby จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลฟ้องร้องบริษัท Copuserve ว่าบริษัท Copuserve ต้องรับผิดชอบเพราะเป็นผู้เผยแพร่ (Publisher) ซึ่งบริษัท Copuserve ปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอ้างว่าตนมีลักษณะเป็นเพียงผู้จำหน่าย (Distributor) และไม่ต้องรับผิดชอบเพราะไม่รู้หรือไม่อาจรู้ได้ถึงหมิ่นประมาท⁷

คดีนี้ศาลพิจารณาว่า บริษัท Copuserve ไม่มีอำนาจตรวจตราดูแลแก้ไขอันเป็นอำนาจบรรณาธิการ (Editorial Control) เพราะบริษัท Copuserve มีลักษณะเป็นผู้จำหน่าย (Distributor) และเป็นเพียงสื่อกลาง (Conduit) ดังเช่น ห้องสมุด ร้านขายหนังสือ แผงขายหนังสือ ศาลจึงพิพากษายกฟ้องโจทก์

ต่อมา ในคดี Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.⁸ ศาลได้พิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแตกต่างจากคดีข้างต้น โดยคดีนี้บริษัท Prodigy Services ได้จัดให้บริการกระดานข่าว ปรากฏข้อเท็จจริงว่าลูกค้าผู้ใช้บริการกระดานข่าวได้ส่งข้อความกล่าวหาบริษัท Stratton Oakmont ว่า ฉ้อโกงและทำอาชญากรรม และปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า บริษัท Prodigy Services ได้ตกลงกับสมาชิกในการจัดการให้มีผู้ตรวจสอบข้อความ คือ Board Leader และมีโปรแกรมในการตรวจสอบข้อความอัตโนมัติ รวมถึงมีข้อตกลงที่จะถอดข้อความทันทีเมื่อปรากฏข้อความดูหมิ่นหรือไม่สมควรบนกระดานข่าว ศาลเห็นว่า คดีนี้มีความแตกต่างจากคดี Cubby เนื่องจากบริษัท Prodigy Services มีอำนาจบรรณาธิการ (Editorial control) จึงต้องร่วมรับผิดชอบในข้อความหมิ่นประมาทในลักษณะที่เป็นผู้เผยแพร่ (Publisher) และยังมีประเด็นพิจารณาอีกว่า Board Leader นั้น มีลักษณะเป็นตัวแทน (Agent) ของบริษัท Prodigy Services เพราะบริษัทมีอำนาจบังคับบัญชา Board Leader ในลักษณะต้องรับผิดชอบในการละเมิดต่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability) คำพิพากษาในคดีนี้ ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่สามารถตรวจสอบแก้ไขข้อความที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรณีที่บรรณาธิการต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้จัดทำข้อความ (ผู้แต่งหรือผู้ประพันธ์) ข้อความหมิ่นประมาทนั้น

จากคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์ในคดี Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co. ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติในสหรัฐอเมริกาเห็นว่าคำตัดสินไม่ส่งเสริมหรือจูงใจ

⁷ http://www2.warwick.ac.th/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/deturbide/18Oct2007

⁸ คดี Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co. 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการตรวจสอบข้อความหรือรูปภาพที่เป็นการหมิ่นประมาท ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้บัญญัติกฎหมายพิเศษ คือ Communication Decency Act 1995 (CDA) โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกหลักที่ได้ตัดสินไว้ใน คดี *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*⁹

Communication Decency Act ปี 1995 (CDA)¹⁰ เป็นส่วนหนึ่งของ Telecommunications Act ปี ค.ศ. 1996 ปรากฏใน Title 47 U.S.C ใน Section 230 (c) ว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลที่ช่วยเหลือผู้อื่นในการปิดกั้นและตรวจสอบข้อความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเรียกว่าหลัก Good Samaritan เป็นบทคุ้มครองให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้เผยแพร่หรือผู้กล่าวข้อมูลข่าวสารที่ผู้ให้บริการข้อมูลอื่นจัดให้มีขึ้น หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายนั้นมีลักษณะเข้าตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย CDA ปี ค.ศ. 1995

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมากกว่ากำหนดมาตรฐานกฎหมายหรือหน้าที่และความรับผิดชอบ ทั้งนี้ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากหน้าที่ในการตรวจสอบข้อความและเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตเพราะเห็นว่าเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมากเกินไปจนเกินสมควร ทั้งการให้ความคุ้มครองเช่นนี้ยังจะเป็นการช่วยในการส่งเสริมและทำให้เกิดการพัฒนาของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ใหม่ แต่อย่างไรก็ดี ศาลคอมมอนลอร์ว่ได้มีการตีความกฎหมายในทางให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยสมบูรณ์ เช่น

คดี *Zeran v. America Online, Inc. (AOL)* 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997)¹¹ ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีการนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ ในคดีนี้มีผู้ส่งข้อความเข้าสู่ระบบกระดานข่าวซึ่งบริษัท AOL เป็นผู้ให้บริการ โดยมีการลงข้อความโฆษณาขายเสื้อ ซึ่งมีข้อความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้ผู้สนใจติดต่อกลับไปยังเบอร์โทรศัพท์ของ Zeran ทำให้ Zeran ต้องรับโทรศัพท์จำนวนมาก Zeran จึงได้แจ้งให้บริษัท AOL ถอดข้อความดังกล่าวออก แต่บริษัท AOL กลับไม่ยอมปฏิบัติตาม Zeran จึงได้ฟ้องคดีต่อศาลว่า บริษัท AOL ถอดข้อความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร และไม่ดำเนินการแจ้งห้ามมิให้มีการปิดประกาศข้อความหมิ่นประมาท ทั้งยังละเลยไม่ดำเนินการ

⁹ Ferrera, Gerald R., *Cyber Law Text and Cases*, (Cincinnati, Ohio: West/Thomson Learning, 2001), pp. 255-257.

¹⁰ <http://www.cdt.org/speech/cda/951221cda.html>

¹¹ คดี *Zeran v. America Online, Inc. (AOL)* 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997)

ตรวจสอบกระดานข่าวเพื่อไม่ให้มีการปิดข้อความดังกล่าวอีก โดยได้อ้างความรับผิดของบริษัท AOL ว่า เป็นผู้จำหน่าย แต่รู้หรือควรรู้ถึงข้อความอันเป็นการหมิ่นประมาท จึงต้องรับผิด เช่นเดียวกับผู้เผยแพร่ แต่บริษัท AOL ปฏิเสธโดยอ้างความคุ้มกันตาม Section 230 ของกฎหมาย CDA 1995 ว่า ให้ความคุ้มกันเฉพาะผู้เผยแพร่ไม่รวมผู้จำหน่าย ดังนั้น การที่บริษัท AOL เป็นผู้จำหน่าย จึงไม่อาจอ้างความคุ้มกันตามกฎหมายได้ คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า ความรับผิดของผู้จำหน่ายเป็นส่วนย่อยหรือเป็นประเภทหนึ่งของความรับผิดของผู้เผยแพร่ ดังนั้น บริษัท AOL จึงได้รับความคุ้มกัน¹²

คดี Sidney Blumenthal v. Matt Drudge and American Online, Inc.(AOL)¹³ ซึ่ง Drudge ได้เขียนบทความหมิ่นประมาท Blumenthal โดยส่งข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ผ่านทางเว็บไซต์และส่งบทความดังกล่าวแก่บริษัท AOL เพื่อดำเนินการเผยแพร่ โดยบริษัท AOL มีอำนาจในการตรวจแก้ Blumenthal จึงได้ฟ้อง Drudge และบริษัท AOL ต่อศาล ซึ่งบริษัท AOL ได้อ้างความคุ้มกันตาม Section 230 ของกฎหมาย CDA 1995 ศาลวินิจฉัยว่า บริษัท AOL ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของ CDA ปี ค.ศ. 1995 ไม่ว่าบริษัท AOL จะมีบทบาทหน้าที่เป็นผู้เผยแพร่หรือผู้จำหน่าย ดังนั้น บริษัท AOL จึงไม่ต้องรับผิด

คดี Lunny v.Prodigy Service Co.¹⁴ คดีนี้มีผู้แอบอ้างชื่อของ Lunny ไปสมัครเป็นสมาชิกจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของบริษัท Prodigy Service เพื่อใช้ในการส่งข้อความหมิ่นประมาทบุคคลอื่น Lunny ได้ฟ้องบริษัท Prodigy Service ว่าบริษัท Prodigy Service ประมาทเลินเล่อ ไม่ดำเนินการตรวจสอบข้อความหมิ่นประมาท และทำให้บุคคลอื่นเข้าใจผิด ศาลพิพากษายกฟ้อง เนื่องจากเห็นว่าบริษัทไม่มีอำนาจตรวจสอบเช่นบรรณารักษ์ จึงไม่ใช่ผู้เผยแพร่ บริษัท Prodigy Service จึงมีฐานะเสมือนผู้ให้บริการโทรศัพท์ที่มีอาจควบคุมเนื้อหาผ่านทางโทรศัพท์ได้

ต่อมาในปี ค.ศ.1998 รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมาย The Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ต เพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาซึ่งเจรจาใน

¹² http://www.geocities.com/elaw007/Article/110802_prevent-ipNet.html

¹³ คดี Sidney Blumenthal v. Matt Drudge and American Online, Inc.(AOL) 992 F. Supp. 44 (D.D.C. April 22, 1998).

¹⁴ คดี Lunny v.Prodigy Service Co. 250 A.D. 2d. 230, 683 N.Y.S. 2d 557 (Sup. Ct. App. Div. 1998).

เดือนธันวาคม ค.ศ. 1996 โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (The World Intellectual Property Organization (WIPO) และเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ให้การผลงานสร้างสรรค์ในยุคดิจิทัล และสร้างความเชื่อถือได้ในการจัดเก็บข้อมูลลิขสิทธิ์

กฎหมายฉบับนี้ได้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการระบบและผู้ให้บริการการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตโดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการส่งผ่าน เก็บ หรือเก็บไว้ชั่วคราวบนเครือข่ายของตน ต่อเมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้หรือได้กระทำการป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามสมควรแล้ว เช่น หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้มีการนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์มาเก็บไว้ในเครือข่ายที่อยู่ในความดูแลของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายใด ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวตราบเท่าที่ไม่รู้ถึงการกระทำดังกล่าว หากต่อมาปรากฏว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับแจ้งแล้วไม่ดำเนินการลบหรือป้องกันไม่ให้มีการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตย่อมไม่อาจอ้างความคุ้มครองตาม DMCA ได้อีก เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ให้บริการที่ได้รับความคุ้มครองตาม Communication Decency Act ปี 1995 (CDA) หรือ The Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ไม่รวมถึงผู้ให้บริการประเภทเนื้อหา (Content Provider) เนื่องจากผู้ให้บริการประเภทนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับผู้ประพันธ์หรือผู้พิมพ์โฆษณา จึงไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายดังกล่าว

3.1.2 แนวทางการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศสหรัฐอเมริก

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการพัฒนาเกี่ยวกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมากที่สุดประเทศหนึ่ง ผลอีกด้านหนึ่งที่เกิดจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนี้ คือ ปัญหาการนำเอาสื่ออินเทอร์เน็ตไปใช้ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พยายามปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายในเรื่องดังกล่าว รวมทั้งคำนึงถึงบทบาทและหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภทประกอบกัน โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะลักษณะประเภทความผิดที่เกิดขึ้น ดังนี้

(1) The Communications Decency Act (CDA) 1995

Communication Decency Act ปี ค.ศ. 1995 (CDA) เป็นส่วนหนึ่งของ Telecommunications Act ปี ค.ศ. 1996 ปรากฏใน Title 47 U.S.C ใน Section 230 (c) ว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลที่ช่วยเหลือผู้อื่นในการปิดกั้นและตรวจสอบข้อความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเรียกว่าหลัก Good Samaritan ซึ่งตาม section 230 (c) (1) กำหนดเป็นบททั่วไปว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้เผยแพร่หรือผู้กล่าวข้อมูลข่าวสารที่ผู้ให้บริการข้อมูลอื่นจัดให้มีขึ้นและ section 230 (c) (2) ยังกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดในทางแพ่งว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ตนได้กระทำโดยสุจริตในการจำกัดการเข้าใช้หรือจำกัดการใช้ประโยชน์ในข้อมูลที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องการแสดงให้เห็นถึงความลามกอนาจาร ความไม่สุภาพ ความรุนแรง หรือกรณีอื่นๆ ในลักษณะดังกล่าว ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมถึงการกระทำใดๆ ที่เป็นการจำกัดการใช้ประโยชน์ในข้อมูลที่กล่าวข้างต้นของผู้ให้บริการข้อมูล

ในการอ้างความคุ้มครองตาม Communication Decency Act นั้น ทำได้โดยการพิสูจน์ให้เข้าเงื่อนไข 3 ประการ¹⁵ คือ

1. จำเลยเป็นผู้ให้บริการหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Provider or User of an Interactive Computer Service) ซึ่งกฎหมายให้นิยามคำว่า Interactive Computer Service หมายถึง ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสาร ผู้ให้บริการระบบข้อมูลข่าวสาร และผู้ให้บริการการเข้าใช้ที่จัดให้ผู้ใช้งานจำนวนมากเข้าใช้คอมพิวเตอร์เซิร์ฟเวอร์ รวมถึงการให้บริการหรือระบบที่ให้เข้าใช้อินเทอร์เน็ตและระบบปฏิบัติการหรือการให้บริการโดยห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษา¹⁶ ซึ่งหากเทียบเคียงจากกฎหมาย Online Copyright Infringement Liability Limitation Act 1998 ที่เป็นส่วนหนึ่งของ The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกา (เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ต) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดังกล่าวอาจจะจัดประเภทโดยการพิจารณาจากการดำเนินการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่ ผู้เป็นสื่อในกลางในการส่งข้อมูล (Transitory

¹⁵ Carome, Patrick J., Jain, Samir., and Blumenfeld, Elizabeth deGrazia, "Federal Immunity For Online Service: How It Work and Why It Is Good Policy," (November 2003) <<http://www.ldrc.com/Cyber1.html>>

¹⁶ Communication Decency Act 1995, section 230 (f) (2).

Communications) ผู้ให้บริการระบบการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (System Caching) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ผู้ใช้บริการกำหนด (Storage of Information on systems or networks at direction of users) และผู้ให้บริการการสืบค้นข้อมูล (Information location tools)

2. การกระทำของบุคคลตามข้อ 1 มีลักษณะเช่นเดียวกับผู้เผยแพร่หรือผู้กล่าวข้อมูลข่าวสาร (Publisher or Speaker) ของบุคคลที่สาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีขึ้นเพื่อยกเลิกคำวินิจฉัยของศาลคอมมอนลอว์ในคดี *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.* โดยกฎหมาย CDA 1995 ต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีมาตรการในการตรวจสอบข้อความและการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถูกพิจารณาว่ามีบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เผยแพร่หรือผู้กล่าว ทั้งนี้ ก็เพื่อไม่ต้องมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับบุคคลดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้กำหนดไว้ชัดเจนว่า ไม่ต้องการปรับใช้หลักความรับผิดชอบของผู้เผยแพร่หรือผู้กล่าวเท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะมีบทบาทหน้าที่ในลักษณะเดียวกับผู้จำหน่าย (Distributor) ดังนั้น หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทแล้วไม่ดำเนินการนำข้อความนั้นออกไปภายในเวลาอันสมควร ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบ

3. ข้อมูลข่าวสารที่เผยแพร่มาจากการกระทำของบุคคลที่สาม (Another Information Content Provider) ซึ่งกฎหมายให้คำนิยามว่า Information Content Provider ว่า หมายถึงบุคคลหรือนิติบุคคลที่รับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วนในการสร้างหรือพัฒนาข้อมูลข่าวสารที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ตหรือของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะสังเกตได้ว่ากฎหมายได้ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากข้อความของบุคคลที่สาม แต่ไม่ให้การคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากความรับผิดในข้อความที่ตนจัดทำและเผยแพร่ด้วยตนเอง

(2) The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) 1998

The Digital Millennium Copy Right Act of ถูกบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1998 โดยมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นให้มีการกำหนดให้มีการใช้ software ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในการค้าขายและงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหลายที่กระทำทาง Internet หากมีการฝ่าฝืนหรือหลบเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามจะถือเป็นการกระทำผิดทางอาญา ข้อกำหนดนี้สอดคล้องกับมาตรา 12 ของสนธิสัญญา WIPO ปี ค.ศ. 1996 ด้วย นอกจากนี้ก็มีการห้ามการผลิต การขาย หรือการแจกจ่ายอุปกรณ์เครื่องมือสำหรับถอดรหัสที่ตั้งไว้สำหรับป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

เพื่อกำหนดความรับผิดเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่กระทำขึ้นโดยอาศัยสื่ออินเทอร์เน็ต ซึ่งตาม 17 U.S.C § 512 ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย DMCA มีข้อกำหนดเพื่อกำหนดความรับผิดของ Internet – Provider ไว้โดยเฉพาะ เรียกว่า Safe Harbors ผู้ให้บริการที่อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ไม่เฉพาะแต่ผู้ให้บริการในบริการเชิงธุรกิจเท่านั้น แต่รวมถึงผู้ประกอบการที่ให้บริการในทำนองเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลต่างๆ ที่ไม่ใช่ข้อมูลเชิงธุรกิจด้วย

นอกจากนี้ DCMA ยังมีข้อกำหนดที่กล่าวถึงความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ หลักการทั่วไปที่ว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดทางกฎหมายในฐานะที่เป็นเพียงช่องทาง (Access Provider) ในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ยังคงอยู่ แต่กฎหมายฉบับนี้กำหนดมาตรการและกรอบเวลาสำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ต้องดำเนินการเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น คือ เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่า มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นในการให้บริการของตน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องดำเนินการลบหรือปิดช่องทางนั้น การแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องระบุข้อมูลที่เพียงพอว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นจริงและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องแจ้งไปยังผู้แจ้งและสมาชิกที่ใช้บริการที่เป็นผู้ละเมิดว่าจะมีการลบสิ่งที่จะละเมิดลิขสิทธิ์นั้นภายในระยะเวลา 10 วันทำการนับแต่วันได้รับแจ้ง ในส่วนของผู้แจ้งเองก็มีหน้าที่ต้องไปร้องขอต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้มีคำสั่งศาลในการห้ามผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ภายในระยะเวลา 10 วันนับแต่วันแจ้งเช่นกัน ถ้าหากไม่สามารถนำคำสั่งศาลมาแสดงได้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็มีหน้าที่ต้องยกเลิกการปิดช่องทางและคืนสถานภาพให้เหมือนเดิม สิ่งนี้ถือเป็นหนึ่งในกระบวนการที่แสดงให้เห็นถึงการพยายามสร้างสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงออก (Right to Freedom of Expression) กับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้วย¹⁷

กรณีศึกษาต่อไปนี้เป็นของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีวิวัฒนาการในเรื่องนี้มานานทั้งหมด 5 คดี ตามลำดับเวลาที่เกิดขึ้น ดังต่อไปนี้¹⁸

¹⁷ Hayes, Martin J, “Internet Service Provider Liability”
<www.jisclegal.ac.uk/ispliability/ispliability.htm>

¹⁸ Harrington, Mark E., “On-line Copyright Infringement Liability for Internet Service Providers: Context, Cases & Recently Enacted Legislation,”

คดี Playboy Enterprises Inc. v. Frena¹⁹ จำเลยเป็นผู้ควบคุมบอร์ดข่าวสาร (bulletin board) ซึ่งมีการเผยแพร่ภาพอันเป็นลิขสิทธิ์ของ Playboy Enterprises Inc โดยไม่ได้รับอนุญาต เมื่อเสียค่าบริการแล้วผู้ที่มีอุปกรณ์คอมพิวเตอร์สมบุรณ์สามารถเข้าไปในบริการบอร์ดข่าวสาร (Bulletin Board Service : BBS) ได้ สามารถดูรูปที่ลงในบอร์ด download รูป และเก็บรูปต่างๆ ไว้ในคอมพิวเตอร์ส่วนตัวได้ ในบรรดารูปที่มีใน BBS ของ Frena มากมายนั้น มีจำนวน 170 รูป ที่เป็นรูปลิขสิทธิ์ของ Playboy ในส่วนของ Frena เองก็ยอมรับว่ารูปเหล่านั้นมีแสดงใน BBS ของเขา โดยที่เขาไม่เคยได้รับอนุญาตจาก Playboy อย่างไรก็ตาม Frena ได้แย้งว่า เขามีได้ upload รูปละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นด้วยตนเอง แต่ผู้ให้บริการของเขาเป็นผู้กระทำ และเขาได้ลบรูปเหล่านั้นโดยเร็วเมื่อได้ทราบเรื่อง

จากข้อเท็จจริงนี้ ศาลตัดสินว่า Frena มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลได้วิเคราะห์องค์ประกอบที่จำเป็นสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ หลักพื้นฐานในการที่โจทก์จะฟ้องร้องเป็นคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้น โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย ในคดีนี้ Playboy ได้แสดงเป็นที่สันสงสัยแล้วว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์รูปเหล่านั้น โดยที่ Frena ไม่มีหลักฐานใดมาปฏิเสธได้ ในส่วนประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นศาลวินิจฉัยว่า การหาหลักฐานเกี่ยวกับการ copy รูปเหล่านั้นเป็นไปได้ยาก การพิสูจน์ความผิดจึงควรถืออนุมานจากการที่จำเลยเป็นเจ้าของช่องทาง (access) ในการเข้าถึงงานที่ copy นั้น ซึ่งสิทธิในการ copy รูปเหล่านั้นย่อมเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว ดังนั้น ประเด็นจึงเหลือเพียงว่าการกระทำของจำเลยที่กล่าวมานี้ถือว่าเป็นการเกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของ Playboy หรือไม่

ศาลได้ถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ Playboy ในการเผยแพร่และจัดแสดงงานอันมีลิขสิทธิ์ ในเรื่องสิทธิในการเผยแพร่นั้นศาลถือว่า Frena เป็นผู้จัดส่งผลิตภัณฑ์ (บอร์ด) ซึ่งบรรจุงานละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ ในส่วนของสิทธิในการจัดแสดงนั้น ศาลถือว่าการจัดแสดงรูปเหล่านั้นของ Frena แก่สมาชิกผู้ให้บริการ ถือเป็นการจัดแสดงต่อสาธารณชนถึงแม้ว่าจำนวนสมาชิกในเครือข่ายจะมีจำนวนจำกัดก็ตาม

Frena ต่อสู้ว่าการกระทำของเขาน่าจะเข้าข่ายข้อยกเว้นความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ข้อต่อสู้นี้ก็ไม่เป็นผลเนื่องจากศาลถือว่าการกระทำของจำเลยเข้าข่ายเป็นการกระทำเชิงพาณิชย์ในตัวเองและส่งผลเสียต่อโอกาสทางการตลาดของ Playboy นอกจากนี้ ข้อต่อสู้ของ

¹⁹ คดี Playboy Enterprises Inc. v. Frena 839 F.Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993)

Frena ที่ว่า เขามีได้เป็นผู้ upload รูปละเมิดลิขสิทธิ์นั้นด้วยตนเอง และไม่รู้ว่ารูปเหล่านั้นเป็นลิขสิทธิ์ของ Playboy นั้น ศาลตัดสินว่า “ไม่ใช่ประเด็นสำคัญว่าจำเลยจะทราบหรือไม่ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เจตนาหรือการรู้ในการละเมิดไม่ใช่องค์ประกอบที่จำเป็นของความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น แม้ผู้ที่ไม่รู้ก็ต้องรับผิดชอบได้” เนื่องจากการรู้หรือไม่ (knowledge) ไม่ใช่องค์ประกอบสำคัญตามหลักการละเมิดโดยตรง (Direct Infringement) คดีนี้ ศาลจึงวางบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้สร้างหรือผู้ควบคุม BBS อาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายได้หากมีงานละเมิดลิขสิทธิ์ปรากฏอยู่ในระบบเครือข่ายของตน

คดี Sega Enterprises v. MAPHIA²⁰ จำเลยเป็นเจ้าของและผู้ควบคุม BBS ชื่อว่า MAPHIA ซึ่งเป็นบอร์ดในด้านการแลกเปลี่ยนวีดีโอเกมระหว่างสมาชิก และ Sega Enterprises เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เกมมากมายที่ upload และ download กันโดยสมาชิกในบอร์ดนี้ โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก Sega Enterprises

ตามหลักเกณฑ์พื้นฐานของการฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่จะต้องมีความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และมีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น Sega พิสูจน์ได้อย่างชัดเจนว่า เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์วีดีโอเกมเหล่านั้น และในส่วนของกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลได้อ้างถึงคดี MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc.²¹ ซึ่งวางหลักไว้ว่า การจัดเก็บ (save) สำเนาเกมโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก RAM (Random Access Memory) ของคอมพิวเตอร์ ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างหนึ่ง เมื่อนำมาปรับใช้กับคดี Sega นี้ ศาลถือว่าการกระทำของ MAPHIA ในการ upload และ download เกมในบอร์ด เข้าข่ายการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกัน

อาศัยหลักการละเมิดโดยมีส่วนร่วม (Contributory infringement) ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยซึ่งมีการจำหน่ายอุปกรณ์ Hi-Tech ที่ใช้ในการ Copy Software วีดีโอเกม โดยเฉพาะ เข้าข่ายการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดตามหลักนี้ ถึงแม้จำเลยจะรู้หรือไม่ก็ตามว่าเกมต่างๆ จะมีการ upload และ download กันในบอร์ด แต่บทบาทในการอำนวยความสะดวก คำแนะนำ ความรู้ ตลอดจนการส่งเสริมสนับสนุนก็เข้าข่ายการละเมิดโดยมีส่วนร่วมได้

²⁰ คดี Sega Enterprises v. MAPHIA 875 F Supp 679 (ND Cal, 1994)

²¹ คดี MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc.²¹ 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)

คดี Religious Technology Center v. Netcom²² คดีนี้จำเลยคือ Dennis Erlich เป็นอดีตนักบวชของ Church of Scientology (the Church) ก่อนเป็นคดีนี้ Erlich เป็นสมาชิกของ BBS ชื่อว่า support.com ซึ่งบริหารจัดการโดย Thomas Klemesrud ผู้ตกเป็นจำเลยร่วมในคดีนี้ด้วย บอร์ดนี้เป็นที่รู้จักกันดีในด้านการเป็นเวทีสำหรับการถกเถียงและวิพากษ์วิจารณ์ด้านศาสนา บอร์ดนี้ให้บริการ Internet ผ่านบริษัท Netcom ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ใหญ่ที่สุดของประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนโจทก์คือ Religious Technology Center และ Bridge Publications, Inc.(RTC) ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานของ L. Ron Hubbard อดีตผู้ก่อตั้ง Church of Scientology

Erlich เขียนข้อความบางส่วนในงานของ Hubbard ลงใน BBS ในตอนแรก RTC พยายามโน้มน้าวให้ Erlich ลบข้อความดังกล่าวแต่ได้รับการปฏิเสธ RTC จึงเรียกร้องไปยัง Klemesrud และ Netcom ให้กัน Erlich ออกไปจากระบบ Internet และ RTC ก็ได้รับการปฏิเสธจากทั้งคู่เช่นกัน ในที่สุด RTC ฟ้องทั้งหมดเป็นคดีต่อศาลโดยกล่าวหา Erlich หลายข้อหา แต่ในส่วนของ Klemesrud และ Netcom นั้นฟ้องเฉพาะข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจะพิจารณาไปที่ส่วนของ Netcom อันเป็นส่วนที่ต้องการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้

เริ่มต้นพิจารณาจากหลักเกณฑ์พื้นฐานในการฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมาย สำหรับคดีนี้ศาลวิเคราะห์การทำงานด้านเทคโนโลยีของระบบ Internet และยอมรับข้อเท็จจริงว่า Internet ต้องทำงานโดยมีการสำเนาเอกสารเป็นการชั่วคราวไว้ในคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องที่มีการส่ง การรับ ตลอดจนการเปิดดูเอกสารนั้น อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีการสำเนาเอกสารทางเทคนิคเกิดขึ้น ศาลวินิจฉัยว่า Netcom ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการละเมิดโดยตรง (Direct Infringement) โดยให้เหตุผลว่า Netcom ไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มการคัดลอกข้อความในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาฟ้องนี้ สิ่งที่ Netcom กระทำ คือ การสร้างระบบคอมพิวเตอร์ที่ใช้เชื่อมต่อ Internet ขึ้น ถึงแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์จะกำหนดความรับผิดไว้อย่างเคร่งครัด แต่ก็ควรพิจารณาองค์ประกอบด้านเจตนา (volition) หรือสาเหตุและผล (Causation) ประกอบด้วย สำหรับคดีนี้ Netcom เป็นเพียงผู้สร้างระบบและบุคคลที่สามใช้ระบบนั้นในการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลจึงถือว่าเป็นการไม่

²² คดี Religious Technology Center v. Netcom 907 F Supp 1361,1374 (ND Cal,1995)

สมเหตุสมผลที่จะให้ผู้ทำหน้าที่เพียงสร้างและควบคุมระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการเชื่อมต่อ Internet ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

เมื่อไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการละเมิดโดยตรง (Direct Infringement) ประเด็นมีต่อไปว่า Netcom ต้องรับผิดชอบตามหลักการละเมิดในฐานะทำการแทน (Vicarious Infringement) หรือไม่ ศาลพิพากษาให้ Netcom ไม่ต้องรับผิดชอบโดยเหตุผล คือ ศาลถือว่าการจะต้องรับผิดชอบตามหลักนี้ โจทก์คือ RTC ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า Netcom มีสิทธิและความสามารถในการควบคุมการกระทำของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ รวมทั้งต้องได้รับผลประโยชน์ด้านการเงินโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นด้วย ศาลวินิจฉัยว่า ประเด็นเรื่องสิทธิและความสามารถของ Netcom ในการควบคุมการกระทำของ Erlich ได้หรือไม่ ยังไม่มีบทกฎหมายใดระบุไว้อย่างชัดเจน แต่ Netcom ไม่ได้ได้รับผลประโยชน์ด้านการเงินโดยตรงใดๆ จากการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ รายได้ของ Netcom มาจากค่าสมาชิกรายเดือน ซึ่งไม่มีหลักฐานเพียงพอว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ของ Erlich ทำให้มีผู้สมัครสมาชิก Netcom เพิ่มมากขึ้นแต่อย่างใด ดังนั้น ข้อเรียกร้องของโจทก์ที่ต้องการให้ Netcom ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการละเมิดในฐานะทำการแทน (Vicarious Infringement) จึงเป็นอันตกไป

จุดสำคัญของคำพิพากษาในคดีนี้คือ การเป็นตัวอย่างที่ดีในการที่ศาลผนวกการใช้กฎหมายเข้ากับเทคโนโลยีสมัยใหม่ และส่งผลให้สภา Congress ของประเทศสหรัฐอเมริกาไปเป็นแนวทางส่วนหนึ่งของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ต่อไป

คดี Playboy Enterprises v. Webbworld, INC²³ จำเลยคือ Webbworld เจ้าของ website ที่รวบรวมข่าวสาร รูปภาพและบทความต่างๆ เกี่ยวกับความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่จาก webpage อื่นๆ มารวมไว้ที่ webpage ของตนเองและใช้ชื่อว่า Neptics.com ผู้ที่จะใช้บริการ webpage นี้ต้องจ่ายค่าสมาชิกรายเดือน ในบรรดาสารสนเทศมากมายที่อยู่ใน webpage นี้ มีรูปอันเป็นลิขสิทธิ์ของ Playboy รวมอยู่ด้วย Webbworld ได้แย้งว่า ตนไม่ต้องรับผิดทางกฎหมายเนื่องจากเป็นเพียงผู้รวบรวมรูปมาจาก webpage อื่นอีกที และไม่มีทางรู้ว่าบุคคลใดเป็นผู้นำรูปเหล่านี้มาลงใน webpage นั้นๆ แต่ทว่าศาลไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งนี้ และวินิจฉัยว่าไม่สำคัญว่า Webbworld จะสามารถรู้หรือควบคุมการลงสารสนเทศใน webpage อื่นๆ ได้หรือไม่ แต่ที่สำคัญ

²³ คดี Playboy Enterprises v. Webbworld, INC 968 F.Supp. 1171, 1175 (N.D.Tex. 1997)

คือ Webbworld จะต้องควบคุมสารสนเทศต่างๆ ที่ปรากฏใน webpage ของตนเองที่ชื่อว่า Neptics.com นี้

Webbworld อ้างถึงคดี Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.²⁴ มีลักษณะคล้ายกับ Netcom ที่เป็นเพียงช่องทางการเชื่อมต่อเข้าสู่ Internet ให้กับสมาชิกเท่านั้น แต่ศาลก็ไม่เห็นด้วยและวินิจฉัยว่า ในขณะที่ Netcom ทำหน้าที่เป็นเพียงช่องทางการเชื่อมต่อ Internet แต่ Webbworld สามารถจัดให้มีและควบคุมรูปภาพและสารสนเทศต่างๆ ใน webpage ชื่อ Neptics.com นี้ได้ ดังนั้น Webbworld ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายตามหลักการละเมิดโดยตรง (Direct Infringement)

คดี Playboy Enterprises, Inc. v. Hardenburgh²⁵ ในคดีนี้ความพยายามซึ่งมีเจตนาดีของจำเลยในการตรวจตรา webpage ของตนเองไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ถูกใช้เป็นหลักฐานว่า จำเลยมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ และยังมีสิทธิและความสามารถในการควบคุมการใช้งานของสมาชิกได้ด้วย

ผู้ที่จะเป็นสมาชิก BBS ของ Hardenburgh ต้องเสียค่าบริการรายเดือนและสามารถ download รูปภาพมากมายจากบอร์ดนี้ได้ Hardenburgh ตั้ง “รางวัล (credits)” ไว้สำหรับสมาชิกที่นำรูปภาพใหม่ๆ มา upload ลงใน webpage โดยการเพิ่มจำนวนรูปภาพที่สมาชิกผู้นั้นสามารถ download ไปได้ให้มากขึ้นในแต่ละเดือน Hardenburgh หวังว่ากลยุทธ์นี้จะช่วยให้ webpage ของเขามีคุณค่ามากขึ้นและรักษาสมาชิกไว้ได้ ประเด็นปัญหาคือ รูปภาพจำนวนมากที่สมาชิก webpage นี้ นำมา upload เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ Playboy Enterprises, Inc.

Hardenburgh อ้างว่าเขาไม่รู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์และยิ่งไปกว่านั้นเขายังสร้างมาตรการขึ้นมาเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าวด้วย กล่าวคือ เมื่อมีสมาชิกรูปภาพมา upload ลงในบอร์ด รูปภาพเหล่านั้นจะถูกพักไว้ที่ “upload file” ก่อนที่จะเผยแพร่สู่สาธารณะและจะมีพนักงานของ Hardenburgh ทำหน้าที่ตรวจสอบว่ารูปภาพแต่ละรูปเป็นรูปที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

²⁴ คดี Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc., 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

²⁵ คดี Playboy Enterprises, Inc. v. Hardenburgh 982 F Supp 503 (N.D.Ohio,1997)

คดีนี้ศาลตัดสินว่า Hardenburgh ต้องรับผิดชอบตามหลักการละเมิดโดยตรง (Direct Infringement) ซึ่งคล้ายกับคำพิพากษาคดี Frena และตามหลักการละเมิดโดยมีส่วนร่วม (Contributory Infringement) ศาลวินิจฉัยว่า การกระทำของ Hardenburgh ในการสนับสนุนให้สมาชิก upload รูปภาพใหม่ๆ และการที่มีขั้นตอนในการตรวจสอบก่อนเผยแพร่เป็นหลักฐานเพียงพอที่จะเปลี่ยนสถานะเขาจากผู้ให้บริการคนกลางที่อาจไม่ต้องรับผิดชอบ ไปเป็นผู้มีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย Playboy สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ มีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้น และ Hardenburgh ยังทำการเผยแพร่และจัดแสดงรูปอันละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านั้นด้วย ในที่สุดศาลพิพากษาว่า เจ้าของบอร์ดยังคือบริษัทของ Hardenburgh ต้องรับผิดชอบตามหลักการละเมิดโดยตรง (Direct Infringement)

นอกจากนี้ศาลยังวินิจฉัยว่า Hardenburgh และบริษัทต้องรับผิดชอบตามหลักการละเมิดโดยมีส่วนร่วมด้วย (Contributory Infringement) กล่าวคือ ศาลถือว่ากลยุทธ์ของ Hardenburgh ในการตั้งรางวัล (credits) สำหรับผู้ที่ Upload รูปภาพใหม่นั้นเป็นการชักจูงและเป็นที่มาของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ในส่วนขององค์ประกอบด้าน “การรู้ (knowledge)” นั้น ศาลถือว่าอย่างน้อยที่สุดจำเลยต้อง “รู้โดยนัย (constructive knowledge)” อยู่แล้วว่า การมีกลยุทธ์เช่นนี้จะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยง่าย คำพิพากษานี้ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั้งหลายวิตกกังวลเนื่องจากศาลได้ปรับมาตรฐานจาก “การรู้อย่างแท้จริง (actual knowledge)” มาสู่ “การรู้โดยนัย (constructive knowledge)” ซึ่งจะนำไปสู่คำถามว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรู้การกระทำของสมาชิกเพียงใดจึงจะเข้าข่ายต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

3.2 วิวัฒนาการและแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของ

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

3.2.1. วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของสหภาพยุโรป

เนื่องจากการก่อความเสียหายโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตมีมากขึ้นทุกขณะ แต่การปรับใช้กฎหมายโดยศาลในประเทศต่างๆ ของยุโรป รวมถึงการกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีแนวทางที่แตกต่างกัน ทำให้ไม่สามารถพัฒนาการให้บริการและยังทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้า นำไปสู่การออก Directive 2000/31/EC of the European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of information society services, in particular

electronic commerce, in the Internet Market (หรือ EC Directive on Electronic Commerce)²⁶ โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ.2000 ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานในการพัฒนาความก้าวหน้าและการจัดการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือ โดยรัฐสมาชิกจะต้องนำหลักเกณฑ์ไปใช้ในออกกฎหมายและระเบียบบังคับภายในอีกครั้ง ภายในวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2002

EU Directive 2000/31/EC กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง (Intermediary Service Providers) ไว้ใน section 4 article 2 (b) ซึ่งให้นิยามของคำว่า ผู้ให้บริการ (service provider) และกำหนดประเภทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตาม Article 12, 13 และ 14 ให้ได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดในความผิดจากการให้บริการ เช่น การกระทำผิดต่อชื่อเสียง การละเมิดลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ฯลฯ เมื่อผู้ให้บริการตามประเภทที่กำหนดไว้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้

3.2.2 แนวทางการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของสหภาพยุโรป (European Union)

(1) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internet Market (หรือ EC Directive on Electronic Commerce)

EU Directive 2000/31/EC กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง (Intermediary Service Providers) ไว้ใน section 4 article 2 (b) ซึ่งให้นิยามของคำว่า ผู้ให้บริการ (Service Provider) ว่า หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ให้บริการโดยมีค่าตอบแทน และเป็นการให้บริการแก่บุคคลที่มีได้อยู่เฉพาะหน้าด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งการส่งข้อมูลเกิดขึ้นจากการร้องขอของผู้ใช้บริการ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางที่ดำเนินการให้บริการตามแนวทางที่ EU Directive 2000/31/EC กำหนด จะได้รับประโยชน์ให้ไม่ต้องรับผิดในความผิดจากการให้บริการ เช่น การกระทำผิดต่อชื่อเสียง, การละเมิดลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ฯลฯ

²⁶http://europa.eu.int/ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต/ecommerce/legal/documents/2000_31_ec_en.pdf.

อนึ่ง EU Directive 2000/31/EC ได้กำหนดหลักการทั่วไปตาม Article 15 ว่า รัฐสมาชิกจะต้องไม่กำหนดหน้าที่ทั่วไปแก่ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง เมื่อมีการให้บริการตาม Article 12, 13 และ 14 สำหรับการตรวจสอบข้อมูลข่าวสารที่ได้มีการส่งหรือรวบรวม และจะต้องไม่กำหนดหน้าที่ทั่วไปในการค้นหาเหตุหรือพฤติกรรมที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ในการพิจารณาขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางจากการกระทำ ความผิดต่อชื่อเสียงนั้น EU Directive 2000/31/EC ได้กำหนด ดังนี้

1. ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูลข่าวสารหรือ Mere Conduit

ตาม Article 12 กำหนดให้การให้บริการแก่ผู้ใช้บริการในการส่งข้อมูล ข่าวสารหรือ การให้บริการการเข้าใช้เครือข่ายโทรคมนาคม รัฐสมาชิกจะต้องทำให้มั่นใจว่า ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในข้อมูลข่าวสารที่มีการส่ง โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ส่ง ไม่ได้กำหนดผู้รับการส่ง และไม่ได้กำหนดหรือแก้ไขข่าวสารในการส่ง

การกระทำที่เป็นการส่งข้อมูล ข่าวสารหรือการให้บริการการเข้าใช้เครือข่ายโทรคมนาคม ยังรวมถึงการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารชั่วคราวในระหว่างการส่งโดยอัตโนมัติ ซึ่งการจัดเก็บดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการส่งข้อมูลข่าวสารไปในเครือข่ายโทรคมนาคม และข้อมูลข่าวสารจะต้องไม่เก็บไว้เกินกว่าระยะเวลาเพื่อใช้ในการส่งเท่าที่จำเป็นตามสมควร

2. ผู้ให้บริการการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว หรือ Caching

ตาม Article 13 กำหนดให้การให้บริการแก่ผู้ใช้บริการในการส่งข้อมูลข่าวสาร รัฐสมาชิกจะต้องทำให้มั่นใจว่า ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารชั่วคราวโดยอัตโนมัติในระหว่างการส่งข้อมูลข่าวสาร ซึ่งการจัดเก็บดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งข้อมูลข่าวสารในครั้งต่อไปเมื่อผู้ใช้บริการร้องขอมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้ให้บริการมิได้แก้ไขข้อมูลข่าวสาร และได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การรับข้อมูลและการทำให้ข้อมูลทันสมัยซึ่งเป็นที่ยอมรับในภาคเอกชน นอกจากนี้ ผู้ให้บริการได้กระทำโดยรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ได้จัดเก็บไว้เมื่อรู้ว่าข้อมูลข่าวสารนั้นได้ถูกลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงจากแหล่งข้อมูลเดิม หรือเมื่อศาลหรือฝ่ายปกครองได้สั่งเช่นนั้น

3. ผู้ให้บริการที่เป็นผู้จัดเก็บข้อมูลข่าวสาร หรือ Hosting

ตาม Article 14 กำหนดให้การให้บริการแก่ผู้ใช้บริการในการจัดเก็บข้อมูลข่าวสาร รัฐสมาชิกจะต้องทำให้มั่นใจว่า ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารตามที่ผู้ใช้บริการร้องขอ โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้ให้บริการไม่รู้ถึงการกระทำผิดหรือรู้ถึงข้อมูลข่าวสารที่ผิดกฎหมาย และไม่อาจคาดได้ถึงเหตุหรือพฤติกรรมว่ามีการกระทำความผิดหรือมีข้อมูลข่าวสารที่

ผิดกฎหมายเกิดขึ้น และเมื่อผู้ให้บริการรู้หรือคาดหมายได้ว่าการกระทำความผิดหรือมีข้อมูลข่าวสารที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้น ผู้ให้บริการได้กระทำโดยรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้น

อย่างไรก็ดี หากการกระทำของผู้ใช้บริการเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจหรือควบคุมโดยผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการจะไม่ได้รับประโยชน์ตาม Article 14 และจะต้องรับผิดชอบในการกระทำความผิดหรือข้อมูลข่าวสารที่ผิดกฎหมาย

อนึ่ง การกำหนดให้ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบตาม Article 12, 13 และ 14 นั้น ไม่กระทบศาลหรือฝ่ายปกครองตามระบบกฎหมายของรัฐสมาชิกในการกำหนดให้ผู้ให้บริการป้องกันหรือทำให้การกระทำความผิดหมดไป และไม่กระทบถึงรัฐสมาชิกในการกำหนดกระบวนการในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้

นอกจากนี้ Article 15 ยังกำหนดให้ผู้ให้บริการไม่มีหน้าที่ต้องตรวจตรา (No General Obligation to Monitor) โดย article นี้ระบุว่า ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอาจไม่กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องตรวจสอบสารสนเทศหรือข้อมูลที่ส่งผ่านหรือจัดเก็บไว้ในบริการของตน รวมทั้งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยังไม่มีหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ใดๆ ที่บ่งชี้ว่าการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้นในเครือข่ายการให้บริการของตนด้วย แต่ประเทศสมาชิกอาจกำหนดมาตรการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องแจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทันทีเมื่อมีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้นในเครือข่ายการให้บริการของตน หรือได้รับแจ้งการกระทำผิดจากผู้ใช้บริการ

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ตามหลักเกณฑ์ EU Directive 2000/31/EC ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในการให้บริการของตน ไม่ว่าเพราะตนเป็นผู้สนับสนุนในการส่งข้อมูลข่าวสารเพื่อเผยแพร่ (Mere conduit) เป็นผู้ให้บริการการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารชั่วคราว (Caching) หรือเป็นผู้ให้เช่าพื้นที่เพื่อเก็บรวบรวมข้อมูลข่าวสารไว้ (Hosting) รวมถึงการไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำความผิดใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการให้บริการของตน อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้บริการยังได้รับการคุ้มครองให้สามารถฟ้องคดีต่อผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางได้ โดยผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีความผิด กล่าวคือ ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางเป็นผู้กระทำผิดเอง หรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หรือรู้หรือควรจะรู้ได้ถึงการกระทำความผิด แต่ไม่กระทำโดยรวดเร็วในการลบหรือปิดกั้นให้ไม่อาจเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวนี้ได้ ทั้งนี้ การรู้หรือควรจะรู้ถึงการกระทำความผิดของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางอาจเกิดจาก

ผู้ให้บริการแจ้ง (take down notice) ไปยังผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางเพื่อให้ลบหรือปิดกั้นข้อมูลที่ตนเสียหาย

3.2.3. วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศอังกฤษ

ก่อนปี ค.ศ.1996 ประเทศอังกฤษยังมิได้มีการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในขณะนั้นจึงเป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของสื่อแบบดั้งเดิมเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา

ต่อมาในปีค.ศ.1996 ด้วยอิทธิพลของแนวคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาในคดี *Cubby v. Compuserve, Inc. Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Service Co.* และหลักเกณฑ์ EU Directive 2000/31/EC ทำให้อังกฤษมีการแก้ไขกฎหมายใหม่เพื่อบังคับให้สอดคล้องกับสภาพสังคมยิ่งขึ้น ซึ่งหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ ได้แก่

(1) Defamation Act 1996

กฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขใหม่โดยกำหนดข้อต่อสู้ของผู้ให้บริการประเภทต่างๆ เพื่อยกเว้นความรับผิดจากการเผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาท และนำหลักคอมมอนลอว์เดิมเกี่ยวกับข้อต่อสู้เรื่อง innocent dissemination ของผู้จำหน่าย (distributor) มาบัญญัติไว้ใน section 1 (1) (a) (b) (c) กล่าวคือ ในกระบวนการพิจารณาคดีหมิ่นประมาท บุคคลอาจยกข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิด หากแสดงได้ว่า²⁷

- (a) ตนมิได้เป็นผู้แต่ง บรรณาธิการ หรือผู้เผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทนั้น
- (b) ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) ในการเกี่ยวข้องกับการพิมพ์เผยแพร่นั้น
- (c) ตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลอันเชื่อได้ว่าเป็นผู้เผยแพร่หรือผู้สนับสนุนในการเผยแพร่ข้อความที่เป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงนั้น

²⁷ Rose, Francis, Blackstone's Statutes on Contract Tort & Restitution 2001-2002, 12th edition (London: Blackstone, 2001), pp. 306-315.

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายฉบับนี้ ผู้ให้บริการประเภทเนื้อหาบนเครือข่าย (Content Provider) ย่อมต้องรับผิดชอบในเนื้อหาที่หมิ่นประมาทในฐานะที่ตนเป็นผู้แต่ง บรรณาธิการ หรือ ผู้พิมพ์เนื้อหา สำหรับผู้ให้บริการประเภทจัดเก็บข้อมูล (Host Service Provider) ย่อมมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้จำหน่าย โดยจะรับผิดชอบเมื่อได้รู้ว่าเนื้อหาที่เผยแพร่ผ่านเครือข่ายของตนมีข้อความหมิ่นประมาทและไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเผยแพร่ ส่วนผู้ให้บริการในการเข้าถึงเครือข่าย (Access Provider) ย่อมไม่มีความรับผิดชอบในเนื้อหาที่หมิ่นประมาท เนื่องจากเป็นเพียงผู้ขนส่งข้อมูลเท่านั้น

(2) Statutory Instrument 2002 No.2013 The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002²⁸

ต่อมาในปี ค.ศ.2002 ประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อรองรับหลักการความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตใน EU Directive 2000/31/EC มาทำให้เป็นกฎหมายภายในของตน โดยแยกพิจารณาตามหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยกำหนดผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล หรือ Mere conduit ตามข้อ 17 หรือผู้ให้บริการที่เป็นผู้จัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (Caching) ตามข้อ 18 และผู้ให้บริการที่เป็นผู้จัดเก็บข้อมูลข่าวสาร (Hosting) ตามข้อ 19 ให้ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนหรือการลงโทษทางอาญานั้นเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้

3.2.4 แนวทางการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย

กฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่สำคัญ ได้แก่

(1) Defamation Act 1996

กฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขใหม่โดยกำหนดข้อต่อสู้ของบุคคลเพื่อยกเว้นความรับผิดจากการเผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาท และนำหลักคอมมอนลอว์เดิมเกี่ยวกับข้อต่อสู้เรื่อง

²⁸ <http://www.legislation.hmsso.gov.uk/si/si2002/20022013.html>

innocent dissemination ของผู้จำหน่าย (distributor) มาบัญญัติไว้ใน section 1 (1) (a) (b) (c)²⁹ กล่าวคือ ในกระบวนการพิจารณาคดีหมิ่นประมาท บุคคลอาจยกข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิด หากแสดงได้ว่า

(a) ตนมิได้เป็นผู้แต่ง บรรณาธิการ หรือผู้เผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทนั้น

(b) ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) ในการเกี่ยวข้องกับการพิมพ์เผยแพร่

(c) ตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลอันเชื่อได้ว่าเป็นผู้เผยแพร่หรือผู้สนับสนุนในการเผยแพร่ข้อความที่เป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงนั้น

ตาม section 1 (2) ของ Defamation Act 1996 ให้ความหมายของผู้แต่ง บรรณาธิการ หรือ ผู้เผยแพร่ ดังนี้

ผู้แต่ง หมายถึง บุคคลผู้จัดทำข้อความ แต่ไม่รวมถึงบุคคลที่ไม่มีเจตนาเผยแพร่ข้อความนั้น

บรรณาธิการ หมายถึง บุคคลที่มีอำนาจในการตรวจแก้ไขหรือมีความรับผิดชอบในลักษณะเดียวกับการตรวจแก้ไขข้อความหรือมีอำนาจตัดสินใจในการเผยแพร่ข้อความ

ผู้เผยแพร่ หมายถึง ผู้เผยแพร่เชิงพาณิชย์ กล่าวคือ บุคคลผู้ดำเนินการเป็นปกติธุระในการเสนอข้อความต่อสาธารณะหรือเป็นผู้เสนอข้อความในทางการปกติธุระ

นอกจากนี้ section 1 (3) (c) และ (e) ของ Defamation Act 1996 กำหนดให้บุคคลในสองกรณีดังต่อไปนี้ ไม่ถือเป็นผู้แต่ง บรรณาธิการหรือผู้เผยแพร่

กรณีแรก ผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการผลิต การทำซ้ำ การจำหน่ายหรือการขายสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยหรือในการบันทึก การดำเนินการหรือการให้บริการโดยวิธีการซึ่งข้อความจะสามารถนำกลับ ทำซ้ำ กระจายหรือสร้างในรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์ และ

กรณีที่สอง ผู้ดำเนินการหรือให้บริการการเข้าใช้ระบบโทรคมนาคม โดยวิธีการที่ข้อความได้ส่งหรือทำขึ้นโดยบุคคลที่ตนไม่อาจควบคุมได้ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่ารวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต ดังนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นผู้แต่ง บรรณาธิการหรือผู้เผยแพร่

แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับหลัก innocent dissemination เพื่อไม่ต้องรับผิด โดยปฏิเสธว่าตนไม่ได้เป็นผู้แต่ง บรรณาธิการหรือผู้เผยแพร่ข้อความก็ตาม แต่

²⁹ Rose, Francis, *supra* note 27, pp. 306-315.

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องพิสูจน์ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเกี่ยวข้องกับ การพิมพ์เผยแพร่ ซึ่ง section 1 (5) ของกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้พิจารณาจาก

(a) ขอบเขตความรับผิดชอบในเนื้อหา ข้อความหรือการตัดสินใจในการเผยแพร่

(b) ลักษณะหรือพฤติการณ์ในการเผยแพร่ และ

(c) การกระทำที่มีมาแต่ก่อนหรือคุณลักษณะของผู้แต่ง บรรณาธิการหรือผู้เผยแพร่

จาก section ดังกล่าว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีการตรวจสอบข้อความในการ ให้บริการอาจถือว่าตนมีความรับผิดชอบในเนื้อหา ข้อความ หรือการตัดสินใจในการเผยแพร่และ จะต้องรับผิดชอบในคดีหมิ่นประมาท

(2) Statutory Instrument 2002 No.2013 The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002³⁰

(2.1) ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล หรือ Mere Conduit

ข้อ 17 ของ Statutory Instrument 2002 No.2013 กำหนดให้ผู้ให้บริการที่เป็น สื่อกลางในการส่งข้อมูลของผู้ใช้บริการ หรือผู้ให้บริการในการเข้าใช้เครือข่ายโทรคมนาคม ไม่ต้อง รับผิดชอบในความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนหรือการลงโทษทางอาญาอันเป็นผลมาจากการ กระทำดังกล่าว โดยผู้ให้บริการจะต้องมิได้เป็นผู้เริ่มต้นในการส่ง มิได้เป็นผู้คัดเลือกผู้รับการส่ง และมิได้แก้ไขข้อมูลในการส่ง ซึ่งการกระทำดังกล่าวรวมถึงการกระทำที่เป็นการจัดเก็บข้อมูล ชั่วคราวในระหว่างการส่งโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ การจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการ ส่งข้อมูลไปในเครือข่ายโทรคมนาคม และข้อมูลนั้นจะต้องไม่เก็บไว้เกินไปกว่าระยะเวลาเพื่อใช้ในการ ส่งเท่าที่จำเป็นตามสมควร

(2.2) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว หรือ Caching

ข้อ 18 ของ Statutory Instrument 2002 No.2013 กำหนดให้ผู้ให้บริการที่เป็น สื่อกลางในการส่งข้อมูลของผู้ใช้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนหรือ การลงโทษทางอาญาอันเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าวจากการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารชั่วคราวโดย อัตโนมัติในระหว่างการส่งข้อมูลข่าวสาร ซึ่งการจัดเก็บดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งข้อมูล ข่าวสารในครั้งต่อไปเมื่อผู้เมื่อผู้ให้บริการร้องขอมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ผู้ให้บริการมิได้แก้ไข ข้อมูลข่าวสาร และได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การรับข้อมูลและการทำให้

³⁰ <http://www.legislation.hmsso.gov.uk/si/si2002/20022013.html>

ข้อมูลทันสมัยซึ่งเป็นที่ยอมรับในภาคเอกชน นอกจากนี้ ผู้ให้บริการได้กระทำโดยรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ได้จัดเก็บไว้เมื่อรู้ว่าข้อมูลข่าวสารนั้นได้ถูกลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงจากแหล่งข้อมูลเดิม หรือเมื่อศาลหรือฝ่ายปกครองได้สั่งเช่นนั้น

(2.3) ผู้ให้บริการที่เป็นผู้จัดเก็บข้อมูลข่าวสารหรือ Hosting

ข้อ 19 ของ Statutory Instrument 2002 No.2013 กำหนดให้ผู้ให้บริการที่ให้บริการในการจัดเก็บข้อมูลของผู้ใช้บริการ ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนหรือการลงโทษทางอาญาอันเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว โดยผู้ให้บริการจะต้องไม่รู้ถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่รู้ถึงข้อมูล และผู้ให้บริการจะต้องไม่อาจคาดหมายได้ถึงเหตุหรือพฤติการณ์ว่ามีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น หรือเมื่อผู้ให้บริการรู้หรือคาดหมายได้ว่าการกระทำหรือมีข้อมูลดังกล่าวแล้ว ได้กระทำโดยรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ ทั้งนี้ ผู้ใช้บริการจะต้องมิได้กระทำการภายใต้อำนาจหรือการควบคุมของผู้ให้บริการ

ข้อ 22 ของ Statutory Instrument 2002 No.2013 กำหนดให้พิจารณาว่าผู้ให้บริการจะรู้ถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กำหนดในข้อ 18 และข้อ 19 เมื่อใด ศาลจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการที่ผู้ให้บริการได้รับการบอกกล่าวทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งรายละเอียดในการบอกกล่าวจะประกอบด้วยชื่อและที่อยู่ของผู้ส่ง รายละเอียดเกี่ยวกับที่อยู่ของข้อมูล และรายละเอียดของข้อมูลหรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ ข้อ 20 ของ Statutory Instrument 2002 No.2013 ยังกำหนดให้ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการที่กำหนดในกฎหมายอาจตกลงเป็นอย่างอื่นโดยข้อสัญญา หรือศาลอาจมีคำสั่งเพื่อป้องกันหรือหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิได้ และฝ่ายปกครองยังมีอำนาจในการป้องกันหรือหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิได้เช่นกัน

ดังนี้ เมื่อพิจารณา Defamation Act 1996 และ Statutory Instrument 2002 No.2013 ประกอบกัน จึงทำให้เกิดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ชัดเจนขึ้นว่า ประการแรก บุคคลดังกล่าวไม่ได้กระทำผิดดังกล่าวด้วยตนเอง โดยเป็นผู้แต่ง บรรณาธิการ หรือผู้เผยแพร่ (section 1 (1) (a)) ประการที่สอง บุคคลเหล่านี้จะต้องได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการเกี่ยวข้องกับการเผยแพร่แล้ว (section 1 (1) (b)) และประการที่สาม ตนจะต้องไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลอันเชื่อได้ว่าเป็นผู้เผยแพร่หรือสนับสนุนในการเผยแพร่ข้อความที่เป็นการกระทำ ความผิดต่อชื่อเสียงนั้น

จะเห็นว่า เงื่อนไขความรับผิดชอบดังกล่าวสอดคล้องกับการกำหนดใน Statutory Instrument 2002 No.2013 กล่าวคือ ข้อ 17 ของ Statutory Instrument 2002 No.2013 กำหนดให้ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล (Mere conduit) จะต้องรับผิดชอบตนเป็นผู้ริเริ่มในการส่ง เป็นผู้คัดเลือกผู้รับการส่ง หรือได้แก้ไขข้อมูลในการส่งนั้น แท้จริงแล้วคือการทำหน้าที่ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อความในลักษณะที่ตนเป็นผู้แต่ง บรรณาธิการหรือผู้เผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทนั่นเอง อย่างไรก็ตาม แม้จะ Defamation Act 1996 จะมีได้แยกประเภทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ แต่กฎหมายก็ได้กำหนดข้อสันนิษฐานว่า ผู้ให้บริการมิใช่ผู้แต่ง บรรณาธิการหรือผู้เผยแพร่ กรณีดังกล่าวแม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้รับการสันนิษฐานถึงเงื่อนไขความรับผิดชอบในการกระทำที่กล่าวมาก็ตาม แต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ต้องรับผิดชอบเข้าเงื่อนไขความรับผิดชอบในการกระทำที่สองและประการที่สาม กล่าวคือ ไม่ใช่ความระมัดระวังตามสมควรในการเกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ หรือรู้หรือเชื่อได้ว่าเป็นผู้เผยแพร่หรือสนับสนุนในการเผยแพร่ข้อความที่เป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงนั้น ซึ่งเงื่อนไขความรับผิดชอบในการกระทำที่สามนี้ สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว และผู้ให้บริการในการจัดเก็บข้อมูลข่าวสาร ตาม Statutory Instrument 2002 No.2013

อีกประการหนึ่งเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ section 1 (1) Defamation Act 1996 กำหนดให้ จำเลยหรือผู้ต้องรับผิดชอบเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบของตน ความรับผิดชอบของผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในคดีหมิ่นประมาทของประเทศอังกฤษจึงเป็นความผิดเคร่งครัด และเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่เป็นผู้ฟ้องคดี เนื่องจากกรณีที่ผู้เสียหายจะฟ้องคดีต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในคดี ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กรณีดังกล่าวเป็นไปตามหลักคอมมอนลอว์ ในการฟ้องคดีหมิ่นประมาท (Defamation) ซึ่งลักษณะเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (strict liability) โดยโจทก์หรือผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์เพียงเบื้องต้นว่าจำเลยได้เผยแพร่ข้อความที่เป็นการหมิ่นประมาทโดยมุ่งถึงโจทก์ ทั้งนี้ กฎหมายจะสันนิษฐานว่าข้อความดังกล่าวเป็นข้อความเท็จและจำเลยมีความผิด โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลย และเมื่อโจทก์พิสูจน์ได้เช่นนั้นแล้ว จำเลยจะมีภาระการพิสูจน์ว่า ตนไม่ได้มีความผิดตามนั้น

3.2.5 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศ

เยอรมัน

การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศเยอรมัน เกิดขึ้นจากการเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลตามกฎหมายที่มีอยู่เดิมและการพิจารณาตัดสินของศาลเยอรมัน กล่าวคือ³¹

ผู้พิมพ์ (Publisher) จะต้องรับผิดชอบเนื่องจากตนรู้หรือควรจะได้ถึงข้อความที่เป็นการละเมิดต่อผู้อื่น และละเลยไม่ใช้ความระมัดระวังตรวจสอบทำให้ข้อความแพร่หลาย

ผู้จำหน่าย (Vendor) เนื่องจากผู้จำหน่ายสิ่งพิมพ์มิได้มีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อความในสิ่งพิมพ์ที่อาจมีข้อความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงในทางปฏิบัติแล้วผู้ขายไม่อาจตรวจสอบข้อความเหล่านั้นได้ จึงไม่ต้องรับผิดชอบ

ผู้ดูแลกระดานข่าว (BBS Operator) ศาลแขวงของเมือง Stuttgart เห็นว่า ผู้ดูแลกระดานข่าวต้องใช้ความระมัดระวังในการดูแลอย่างมากหากมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อความ ดังนั้น ศาลจึงอาจมีคำพิพากษาให้ต้องรับผิดชอบ (Injunction) เฉพาะกรณีที่ผู้ดูแลกระดานข่าวรู้หรือควรรู้ได้ว่าการกระทำผิด

ผู้ดำเนินการโทรคมนาคม (Telecommunication Operator) ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อความที่เป็นการละเมิดต่อผู้อื่น เนื่องจากไม่อาจคาดหมายได้ว่าผู้ดำเนินการจะรู้ถึงข้อความเหล่านั้นได้ นอกจากนี้ ได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารส่วนบุคคล ไม่อนุญาตให้ผู้ดำเนินการโทรคมนาคมตรวจสอบข้อความ ผู้ดำเนินการจึงไม่อาจรู้ถึงข้อความได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้ดำเนินการโทรคมนาคมรู้ถึงข้อความก็มีหน้าที่ในการปิดกั้น (Block) ข้อความเหล่านั้น

เมื่อเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลข้างต้นแล้ว ได้มีการนำเอาคำพิพากษา ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิมมาปรับใช้กับการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้เป็นสื่อกลางในการให้บริการอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม ด้วยความแตกต่างของสื่อที่ใช้ดั้งเดิมกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมันจึงเห็นควรสร้างความเป็นหนึ่งเดียวทางเศรษฐกิจ

³¹ Imprimature, "Liability for ON-LINE Intermediaries," (January 2002)

<<http://www.imprimatur.net/imp-ftp/liab.pdf>>

สำหรับการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และการให้บริการโทรคมนาคม³² จึงได้ออกกฎหมายพิเศษมาบังคับใช้ คือ TeleService Act (Teledienstegesetz - TDG) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งใน Information and Communication Service Act 1997 (IuKDG) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1997³³

กฎหมายนี้ใช้บังคับกับ Teleservice มีความหมายกว้าง หมายถึง กิจกรรมโทรคมนาคมที่ส่งข้อมูลข่าวสารอิเล็กทรอนิกส์และการให้บริการการติดต่อสื่อสาร ซึ่งออกแบบขึ้นเพื่อให้บุคคลได้ใช้ข้อมูลในรูปของข้อความ รูปภาพหรือเสียง ซึ่งรวมถึงการให้บริการเข้าใช้อินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายอื่น³⁴

TeleService Act นี้ จึงเป็นกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทุกประเภทเช่นเดียวกับ EC Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป และ Statutory Instrument 2002 No.2013 The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 ของประเทศอังกฤษ โดยมาตรา 5 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ให้บริการประเภทการเข้าถึงเครือข่าย (Access Provider) และผู้ให้บริการประเภทจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (Cache Service Provider) ไม่ต้องรับผิดชอบในเนื้อหาที่บุคคลที่สามได้กระทำขึ้น ส่วนผู้ให้บริการประเภทเนื้อหา (Content Provider) ยังคงต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ประพันธ์เหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.6 แนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศเยอรมัน

(1) TeleService Act (Teledienstegesetz - TDG)

แต่เดิมประเทศเยอรมันมีการนำเอาคำพิพากษาและความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิม มาปรับใช้กับการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้เป็นสื่อกลางในการให้บริการอินเทอร์เน็ต แต่ด้วยความแตกต่างของสื่อที่ใช้ดั้งเดิมกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมันจึงได้ออก

³² TeleService Act, section 1.

³³ <http://www.iid.de/rahmen/iukdgebt.pdf>

³⁴ ศิระ บุญภินันท์, “ความรับผิดชอบอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดอาญาของผู้ใช้บริการ: ตัวอย่างจากสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” บทบัญญัติ 55:1 (มีนาคม 2542): 83.

กฎหมายพิเศษมาบังคับใช้ คือ TeleService Act (Teledienstegesetz - TDG) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งใน Information and Communication Service Act มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1997³⁵

กฎหมายนี้ใช้บังคับ TeleService มีความหมายกว้าง หมายถึง กิจกรรมโทรคมนาคมที่ส่งข้อมูลข่าวสารอิเล็กทรอนิกส์และการให้บริการการติดต่อสื่อสาร ซึ่งออกแบบขึ้นเพื่อให้บุคคลได้ใช้ข้อมูลในรูปแบบของข้อความ รูปภาพหรือเสียง ซึ่งรวมถึงการให้บริการเข้าใช้อินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายอื่น และได้ให้ความหมายของผู้ให้บริการ หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ให้บริการ TeleService โดยตนเองหรือบุคคลที่สามกระทำขึ้นหรือให้บริการในการเข้าใช้ TeleService คำนิยามดังกล่าวจึงมีความหมายรวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย

มาตรา 5 TeleService Act บัญญัติว่า³⁶

“มาตรา 5 ความรับผิด

(1) ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ในข้อความของตนซึ่งได้กระทำให้แพร่หลาย

(2) ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในข้อความแห่งบุคคลที่สาม ซึ่งตนได้กระทำให้แพร่หลาย เว้นแต่เมื่อได้รู้ข้อความนั้น และสามารถกระทำได้ในทางเทคนิคและมีความสมเหตุสมผลในการกันการใช้ข้อความนั้น

(3) ผู้ให้บริการมีต้องรับผิดชอบในข้อความของบุคคลที่สาม ซึ่งตนให้บริการเพียงการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต การเก็บข้อความของบุคคลที่สามโดยอัตโนมัติและโดยชั่วคราวตามคำขอของผู้ใช้ให้ถือเป็นบริการการเข้าใช้นั้น

(4) หน้าที่ในการกันการใช้ข้อความที่ผิดกฎหมายตามบทบัญญัติในกฎหมายอื่นนั้น ไม่เสียไป หากผู้ให้บริการได้รู้ถึงข้อความนั้นเมื่อปฏิบัติตามบทบัญญัติเรื่องความลับในการสื่อสารตามมาตรา 85 แห่ง Telecommunication Act และหากการกันนั้นมีความเป็นไปได้ในทางเทคนิคและมีความสมเหตุสมผล”

ตามมาตรา 5 กฎหมายได้กำหนดความรับผิดชอบที่บัญญัติในกฎหมายอื่นทั้งกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายปกครอง โดยได้แยกความรับผิดของผู้ให้บริการการแต่ละประเภท ดังนี้

³⁵ <http://www.iid.de/rahmen/iukdgeb.pdf>

³⁶ ศีระ บุญภินันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น. 82.

1. ความรับผิดของผู้ให้บริการการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต ตาม section 5 (3) กำหนดให้ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดในข้อความของบุคคลที่สาม ซึ่งตนให้บริการเพียงการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต การเก็บข้อความของบุคคลที่สามโดยอัตโนมัติและโดยชั่วคราวตามคำขอของผู้ใช้ ให้ถือเป็นบริการการเข้าใช้นั้น จะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการการเข้าใช้อินเทอร์เน็ตไม่มีความรับผิดโดยสมบูรณ์ความรับผิดจึงมีลักษณะคล้ายกับผู้ดำเนินกิจการโทรคมนาคม (telecommunication operator)

2. ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แบ่งความรับผิดได้ ดังนี้

(1) กรณีผู้ให้บริการเป็นผู้จัดทำข้อมูล ตาม section 5 (1) กำหนดให้ผู้บริการจะต้องรับผิดในข้อความที่ตนจัดทำขึ้น โดยถือว่าผู้ให้บริการในสื่อแบบดั้งเดิมจะต้องรับผิดในข้อความของตนนั้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ต้องรับผิดเช่นนั้น

(2) กรณีข้อมูลนั้นจัดทำขึ้นโดยบุคคลอื่น ตาม section 5 (2) กำหนดให้ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดในข้อความของบุคคลที่สาม ซึ่งตนได้กระทำให้แพร่หลาย เว้นแต่เมื่อตนได้รู้ถึงข้อความและการปิดกั้นการใช้จะสามารถทำได้ทางเทคนิคและกระทำไปตามสมควร

จะเห็นได้ว่าความรับผิดของผู้ให้บริการจึงอยู่บนพื้นฐานของความผิดที่ว่า ตนรู้ถึงข้อความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และหากตนได้รู้ว่ามีข้อความดังกล่าวอยู่ในเซิร์ฟเวอร์ของตนและตนสามารถหรืออาจปิดกั้นได้ทางเทคนิคแล้วแต่ไม่ได้กระทำ ผู้ให้บริการจะต้องรับผิด

นอกจากนี้ ตาม section 5 (4) กำหนดให้หน้าที่ในการปิดกั้นการใช้ข้อความที่ผิดกฎหมายตามบทบัญญัติในกฎหมายอื่นนั้นไม่เสียไป หากผู้ให้บริการได้รู้ถึงข้อความนั้นเมื่อปฏิบัติตามบทบัญญัติเรื่องความลับในการสื่อสารตาม section 85 แห่ง Telecommunication Act และหากการปิดกั้นนั้นมีความเป็นไปได้ในทางเทคนิค และมีความสมเหตุสมผล

การกำหนดความรับผิดดังกล่าวทำให้ผู้ให้บริการไม่ต้องมีภาระหน้าที่ในการตรวจตราข้อมูลทั้งหมดที่ปรากฏในเซิร์ฟเวอร์ของตน อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าผู้ให้บริการจะรู้ถึงข้อความได้อย่างไร เช่น การรู้ อาจเกิดจากการแจ้ง (notice) ของผู้เสียหายจากข้อความนั้น หรืออาจเกิดจากการที่ผู้ให้บริการตรวจสอบและพบด้วยตนเอง (actual knowledge) และการไม่กำหนดไว้ชัดเจนถึงคำนิยามว่า ความสามารถทางเทคนิค หรือ การกระทำตามสมควร เพราะเทคโนโลยีที่มีในการปิดกั้นข้อมูลขึ้นอยู่กับเทคโนโลยีในขณะที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นซึ่งมีการพัฒนาได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการตีความกฎหมายให้เข้ากับพัฒนาการทางเทคโนโลยีใหม่³⁷

³⁷ ศีระ บุญภินนท์, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 34, น. 83.

ดังนั้น ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงจำกัดเพียงในมาตรการกันการรั่วไหลของข้อมูลของบุคคลที่สามที่เป็นไปได้ทางเทคนิค และสมเหตุผล กฎหมายมิได้นิยามคำว่า เป็นไปได้ทางเทคนิค และสมเหตุผลดังกล่าว ซึ่งเป็นผลดีเนื่องจากทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการปรับกฎหมายต่อไปในอนาคต

3.3 วิวัฒนาการและแนวทางการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของ

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของกลุ่มประเทศในทวีปเอเชีย

3.3.1 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศจีน

การพัฒนาของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่มีความเจริญก้าวหน้าอย่างสูงทำให้ประเทศจีนต้องออกกฎหมายพิเศษเพื่อควบคุมปัญหาที่มาพร้อมกับเทคโนโลยีเหล่านี้ รวมถึงจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาควบคุม ดูแลการส่งข้อมูลข่าวสารโดยใช้ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันเกิดจากการยอมรับเอาข้อมูลข่าวสารที่มาพร้อมกับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดจากการกระทำความผิดโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตที่สำคัญมี 2 ฉบับ คือ

(1) Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulations 1997³⁸

กฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1997 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความปลอดภัยอย่างเข้มงวด และมุ่งคุ้มครองเครือข่ายข้อมูลข่าวสารคอมพิวเตอร์ของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความมีเสถียรภาพของสังคม

กฎหมายกำหนดห้ามการส่งเนื้อหาของข้อมูลข่าวสารผ่านทางเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศจีนกับต่างประเทศ โดย Article 5 กำหนดห้ามองค์กรหรือบุคคลทั่วไปใช้อินเทอร์เน็ตในการผลิต ทำซ้ำ แก้ไข หรือกระจายข้อมูลข่าวสารที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

³⁸ http://www.novexc.cn/computer_info_network_97.html

(2) Measure for Managing Internet Information Service 2000³⁹

ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2000 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ต (Internet Information Service หรือ IIS) และเพื่อให้การบริการดังกล่าวมีความเข้มแข็งและพัฒนาอย่างเรียบร้อย

ผู้ที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้คือ ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ต (Internet Information Service หรือ IIS) ซึ่งหมายถึงการให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ตแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์และผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ตที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ โดยผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่ดำเนินการผลิต ทำซ้ำ แสดง หรือเผยแพร่ข้อมูลต้องห้ามตามมาตรา 15

นอกจากกำหนดความรับผิดแล้ว กฎหมายยังกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารที่มีประสิทธิภาพสูงสุดแก่ผู้ให้บริการ และข้อมูลข่าวสารที่เผยแพร่ต้องชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ การให้ข้อมูลข่าวสาร การประกอบธุรกิจการเผยแพร่ และการประกาศทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-announcement) ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ตจะต้องบันทึกเนื้อหาข้อมูลข่าวสาร เวลาที่มีการเผยแพร่และที่อยู่หรือโดเมนเนมของเว็บไซต์ด้วย

3.3.2. แนวทางในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศจีน

การดำเนินการให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศจีนอยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเข้มงวดของรัฐบาล มีการบัญญัติกฎหมายควบคุมการให้บริการอินเทอร์เน็ต และกำหนดภาระหน้าที่ตลอดจนความรับผิดอย่างเคร่งครัด และกำหนดมาตรการการลงโทษทางอาญาและปกครองอีกด้วย นอกจากนี้ การบัญญัติความรับผิดตามกฎหมายพิเศษนี้ยังไม่ถือเป็นการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายอื่น หากปรากฏว่ามีความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศจีนมี 2 ฉบับ คือ

³⁹ http://www.novexc.cn.com/internet_law_2002.html

(1) Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulations 1997⁴⁰

กฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1997 โดยได้กำหนดห้ามการส่งเนื้อหาของข้อมูลข่าวสารผ่านทางเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศจีนกับต่างประเทศ โดย Article 5 กำหนดห้ามองค์กรหรือบุคคลทั่วไปใช้อินเทอร์เน็ตในการผลิต ทำซ้ำ แก้ไข หรือกระจายข้อมูลข่าวสารที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1. กระตุ้นให้เกิดการต่อต้านหรือทำลายการบังคับใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือข้อบังคับทางปกครอง
 2. การกระตุ้นการบ่อนทำลายอำนาจรัฐหรือโค่นล้มระบบสังคมนิยม
 3. กระตุ้นการแบ่งแยกหรือการก่อให้เกิดความอันตรายต่อความเป็นเอกภาพของรัฐ
 4. กระตุ้นให้รังเกียจหรือแบ่งแยกความเป็นชาติหรือก่อให้เกิดอันตรายต่อความเป็นเอกภาพของชาติ
 5. กุเรื่อง บิดเบือนข้อเท็จจริง กระจาย เล่าลือ หรือรบกวนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
 6. กระจายความเชื่อมงาย สิ่งลามก การพนัน ความรุนแรง การฆ่า
 7. การก่อการร้ายหรือกระตุ้นให้ทำผิดอาญา การสบประมาทบุคคลอื่นหรือบิดเบือนความจริงเพื่อหมิ่นประมาทบุคคลอื่น
 8. ทำลายชื่อเสียงขององค์กรของรัฐ
 9. การกระทำอื่นใดเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ กฎหมายหรือกฎทางปกครอง
- ด้วยเหตุที่กฎหมายใช้คำว่า องค์กรหรือบุคคลทั่วไป ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงอาจเป็นผู้ใช้หรือให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ได้

นอกจากนี้ Article 18 กำหนดว่า หากองค์กรความมั่นคงแห่งรัฐ (The Public Security Computer Management and Supervision Organization หรือ Public Security Organization) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ควบคุมดูแลระบบเครือข่ายข้อมูลข่าวสารคอมพิวเตอร์ ตรวจพบการฝ่าฝืนตาม Article 5 หน่วยงานดังกล่าวต้องแจ้งหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ปิดหรือลบบัญชีหรือระบบข้อมูลข่าวสารที่มีเนื้อหาตามที่กำหนดใน Article 5 นอกจากนี้ Article 20 ยังให้อำนาจองค์กรความมั่นคงแห่งรัฐในการตักเตือนผู้กระทำการฝ่าฝืน และหากการฝ่าฝืนเป็น

⁴⁰ http://www.novexc.cn/computer_info_network_97.html

ความผิดตามกฎหมายก็อาจยึดหรืออธิบายได้อันได้มาจากการกระทำผิด รวมถึงการกำหนดค่าปรับเพิ่มเติมได้ และหากการฝ่าฝืนเป็นการกระทำความผิดร้ายแรงอาจปิดการเข้าใช้เครือข่ายและคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืน ทั้งนี้ หากมีการกระทำความผิดอาญาจะมีการกำหนดความรับผิดทางอาญาด้วย

(2) Measure for Managing Internet Information Service 2000⁴¹

กฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2000 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ต (Internet Information Service หรือ IIS) และเพื่อให้การบริการดังกล่าวมีความเข้มแข็งและพัฒนาอย่างเรียบร้อย

ผู้ที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้คือ ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งตามกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.1 ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์ หมายถึง ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ให้ข้อมูลข่าวสารผ่านทางอินเทอร์เน็ตโดยคิดค่าบริการ รวมถึงการให้บริการสร้างเว็บไซต์

2.2 ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ตที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ หมายถึง ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ให้ข้อมูลข่าวสารผ่านทางอินเทอร์เน็ต โดยเปิดให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตใช้ข้อมูลข่าวสารร่วมกันโดยไม่คิดค่าบริการ

ความรับผิดของผู้ให้บริการนั้นเป็นไปตาม Article 15 ซึ่งห้ามมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผลิต ทำซ้ำ แสดงหรือเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร ดังต่อไปนี้

- 1) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นการต่อต้านหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ
- 2) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงแห่งชาติ การเปิดเผยความลับของรัฐ การทำลายล้างรัฐบาล หรือทำลายความเป็นปึกแผ่นของชาติ
- 3) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นการทำลายเกียรติและประโยชน์ของรัฐ
- 4) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นการกระตุ้นให้เกิดความขัดแย้งหรือแบ่งแยกชาติพันธุ์หรือทำลายความเป็นปึกแผ่นของชาติ
- 5) ข้อมูลข่าวสารที่ทำลายนโยบายแห่งรัฐ ด้านศาสนาหรือประกาศคำสอนลัทธิความเชื่อชั่วร้าย หรือเสนอความเชื่อทางไสยศาสตร์ระบบศักดินา

⁴¹ http://www.novexc.cn/internet_law_2002.html

6) ข้อมูลข่าวสารที่เผยแพร่ค่าเล่าเรียน ครอบคลุมความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือทำลายเสถียรภาพของสังคม

7) ข้อมูลข่าวสารที่เผยแพร่ค่าเล่าเรียน ครอบคลุมความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือทำลายเสถียรภาพของสังคม

8) กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารที่เป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทบุคคลอื่น หรือละเมิดสิทธิและประโยชน์ตามกฎหมายของบุคคล

9) ข้อมูลข่าวสารอื่นใดที่กำหนดในกฎหมายหรือข้อบังคับทางปกครอง

นอกจากนี้ Article 16 ยังกำหนดให้เมื่อผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตตรวจพบข้อมูลข่าวสารตาม Article 15 จะต้องหยุดการส่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าว และให้บันทึกข้อมูลข่าวสารพร้อมทั้งรายงานยังหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทันที หากผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตาม ถ้าเป็นกรณีร้ายแรง ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์อาจถูกยกเลิกใบอนุญาต หรือถ้าเป็นผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตที่มีไม่เชิงพาณิชย์อาจถูกสั่งให้ปิดเว็บไซต์

นอกจากนี้ Article 20 ยังกำหนดว่า หากกระทำผิดตาม Article 15 เป็นความผิดอาญาผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตจะต้องรับโทษทางอาญาด้วย แต่หากการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดอาญา ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตอาจถูกลงโทษโดยหน่วยงานเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐหรือชาติ (Public Security or National Security Authorities) ตามกฎหมายหรือข้อบังคับทางปกครองที่เกี่ยวข้อง และ Article 24 ซึ่งกำหนดให้หากการดำเนินงานของผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับอื่นใด ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตอาจถูกลงโทษตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง และ Article 24 ซึ่งกำหนดว่า หากดำเนินการของผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับอื่นใด ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตอาจถูกลงโทษตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องด้วย

อนึ่ง ประเทศจีนยังได้กำหนดมาตรการในการควบคุมการให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยกำหนดให้การดำเนินการเป็นผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์จะต้องขอใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการ และการดำเนินการเป็นผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตที่มีไม่เชิงพาณิชย์จะต้องแจ้งและลงทะเบียนเพื่อประกอบกิจการ ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารอินเทอร์เน็ตจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดในใบอนุญาตหรือตามที่ได้แจ้งประกอบ

กิจการไว้ และหากการให้บริการอินเทอร์เน็ตได้จัดให้มีการประกาศทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-announcements) จะต้องได้รับการอนุญาตเป็นพิเศษด้วย

3.3.3 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศสิงคโปร์

สิงคโปร์จัดให้ระบบอินเทอร์เน็ตเป็นสื่อการบริการถ่ายทอด (broadcast service) และมีแนวทางในการควบคุมผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยมีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดูแล ซึ่งองค์กรที่ควบคุมดูแล คือ Singapore Broadcast Authority (SBA) ทั้งนี้ ประเทศสิงคโปร์มีการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ในกฎหมาย Electronic Transaction Act ปี ค.ศ. 1998 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้เกิดการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยทำให้การใช้ข้อมูลมีผลในทางกฎหมายและน่าเชื่อถือ ทั้งยังก่อให้เกิดความชัดเจนในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครือข่ายในข้อมูลที่บุคคลที่สามจัดขึ้น⁴²

Electronic Transaction Act ปี ค.ศ. 1998 ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครือข่ายไว้ ตาม section 10 ของ Electronic Transaction Act 1998 โดยกำหนดว่า ผู้ให้บริการเครือข่ายไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา ภายใต้กฎหมายอันเนื่องมาจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่บุคคลที่สามเป็นผู้จัดทำขึ้น โดยตนเพียงผู้ให้บริการการเข้าใช้เครือข่าย (Access Provider) หากมีลักษณะต้องตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน Transaction Act ปี ค.ศ. 1998

อย่างไรก็ดี แม้มาตรา 10 จะกำหนดให้ผู้ให้บริการเครือข่ายไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งหรืออาญา แต่ในกรณีที่ผู้ให้บริการเครือข่ายมีหน้าที่ตามสัญญา หรือหน้าที่ตามที่ปรากฏในการขอรับใบอนุญาตหรือตามกฎหมายข้อบังคับใดที่มีขึ้นภายใต้กฎหมายหรือหน้าที่ที่กำหนดในกฎหมายหรือโดยศาลในการเคลื่อนย้าย ปิดกั้นหรือปฏิเสธการเข้าถึงข้อมูลใดๆ ตามที่กำหนด หากผู้ให้บริการเครือข่ายไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว ผู้ให้บริการเครือข่ายนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้

อนึ่ง Electronic Transactions Act 1998 กำหนดยกเว้นความรับผิดแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ดำเนินการเฉพาะการให้บริการการเข้าใช้เครือข่ายของบุคคลที่สามให้ไม่ต้องรับผิด

⁴² Wong, Kien Keong., and Goh, Li Yen, "E-com Legal Guide: Singapore," <<http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/singapore.pdf>>

ในข้อมูลที่บุคคลที่สามจัดทำขึ้น ส่วนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอื่นที่มีได้เป็นเพียงสื่อกลาง แต่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งหรืออาญาแล้วแต่กรณี

3.3.4 แนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศประเทศสิงคโปร์

(1) Transaction Act ปี ค.ศ. 1998

กฎหมายกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครือข่ายไว้ ตาม section 10 ของ Electronic Transaction Act 1998 โดยกำหนดว่า ผู้ให้บริการเครือข่ายไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา ภายใต้กฎหมายอันเนื่องมาจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่บุคคลที่สามเป็นผู้จัดทำขึ้น โดยตนเพียงผู้ให้บริการการเข้าใช้เครือข่าย หากความรับผิดชอบเช่นนั้นพบใน

(a) การสร้าง การเผยแพร่ การส่งหรือกระจายข้อมูลหรือข้อความที่ปรากฏอยู่ในข้อมูล หรือ

(b) การละเมิดสิทธิใดๆ ที่อยู่ในข้อมูลนั้น

มาตรานี้ไม่กระทบถึง

(a) หน้าที่ตามที่ปรากฏในสัญญา

(b) หน้าที่ของผู้ให้บริการเครือข่ายภายใต้การได้รับใบอนุญาตหรือกฎข้อบังคับใดที่มีขึ้นภายใต้กฎหมาย หรือ

(c) หน้าที่ที่กำหนดในกฎหมายหรือโดยศาลเพื่อให้เคลื่อนย้าย ปิดกั้นหรือปฏิเสธการเข้าใช้ข้อมูลใดๆ

เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรานี้

“การให้บริการการเข้าใช้ (provides access)” หมายถึง การดำเนินการทางเทคนิคที่จำเป็นที่ทำให้เข้าใช้ได้ในข้อมูลของบุคคลที่สาม รวมถึงการจัดเก็บข้อมูลของบุคคลที่สามโดยชั่วคราวและอัตโนมัติเพื่อให้มีการเข้าใช้ได้

“บุคคลที่สาม” หมายถึง บุคคลที่ผู้ให้บริการไม่อาจควบคุมได้

มาตรานี้บัญญัติขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาใดๆของผู้ให้บริการเครือข่ายจากเนื้อหาบุคคลที่สามจัดทำขึ้น โดยความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครือข่ายอาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ให้บริการเครือข่ายทำให้ผู้ใช้บริการอื่นเข้าถึงเนื้อหาใดๆ ที่ถูกสร้างขึ้น เผยแพร่ กระจาย

แจกจ่ายหรือจากการละเมิดสิทธิใดๆ เช่น การหมิ่นประมาท การเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การละเมิดลิขสิทธิ์ใดๆ เช่น การหมิ่นประมาท การเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การละเมิดลิขสิทธิ์⁴³

อย่างไรก็ดี กฎหมายมิได้กำหนดนิยามของคำว่า “ผู้ให้บริการเครือข่าย (Network Service Provider)” ไว้โดยชัดเจน แต่กำหนดถึงลักษณะของผู้ให้บริการเครือข่ายที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ กล่าวคือ ผู้ให้บริการเครือข่ายที่เป็นผู้ให้บริการการเข้าใช้ (providing access) ดังนั้น ผู้ให้บริการเครือข่ายที่มีได้เป็นผู้ให้บริการการเข้าใช้จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้

จะเห็นได้ว่ากฎหมาย Electronic Transactions Act 1998 กำหนดยกเว้นความรับผิดชอบแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ดำเนินการเฉพาะการให้บริการการเข้าใช้เครือข่ายของบุคคลที่สามให้ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อมูลที่บุคคลที่สามจัดทำขึ้น เนื่องจากตนเป็นเพียงสื่อกลางในเผยแพร่ (passive conduit)⁴⁴ กรณีจึงไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายทั้งมาตรการทางแพ่งและทางอาญาใดๆ กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้ ส่วนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอื่นที่มีได้เป็นเพียงสื่อกลาง แต่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งหรืออาญาแล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ดี แม้ section 10 Electronic Transactions Act 1998 จะกำหนดให้ผู้ให้บริการเครือข่ายไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาก็ตาม แต่ได้กำหนดให้ ผู้ให้บริการเครือข่ายต้องตกอยู่ภายใต้หน้าที่ตามที่ปรากฏในสัญญา หน้าที่ตามที่ปรากฏในการขอรับใบอนุญาตหรือกฎข้อบังคับใดที่มีขึ้นภายใต้กฎหมาย หรือหน้าที่ที่กำหนดในกฎหมายหรือโดยศาล เพื่อให้เคลื่อนย้าย ปิดกั้นหรือปฏิเสธการเข้าถึงข้อมูลใดๆ ซึ่งกรณีดังกล่าวรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดมาตรการทางปกครองขึ้นเพื่อควบคุมการให้บริการทางอินเทอร์เน็ต คือ ผู้จัดทำข้อมูลในอินเทอร์เน็ต (Internet content Provider) และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) จะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนการประกอบกิจการ สำหรับผู้จัดทำข้อมูลในอินเทอร์เน็ตที่ดำเนินการหรือ SBA เห็นว่าเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางการเมืองของศาสนาและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องจดทะเบียนต่อ SBA ด้วยและต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ SBA กำหนดตามเงื่อนไขที่ได้รับอนุญาต

⁴³ http://www.ida.gov.sg/idaweb/doc/download/1934/Legal_Guide_1998.pdf

⁴⁴ McDonald, Dan, “ISP Liability in Singapore: Lessons For Canada?,” <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n1/mcdonald91.html>>. (August 2002)

นอกจากนี้ SBA ยังมีอำนาจในการกำหนดแนวทางการปฏิบัติทางอินเทอร์เน็ต (Internet code of practice หรือ Industry Guideline) เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการใช้อินเทอร์เน็ต ซึ่งกำหนดให้ผู้จัดทำข้อมูลอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องใช้ความพยายามที่จะไม่เผยแพร่ข้อมูลต้องห้าม โดย SBA อาจสั่งให้เคลื่อนย้ายหรือห้ามการเผยแพร่รายการที่ SBA แจ้งเนื่องจากรายการดังกล่าวขัดต่อแนวทางการปฏิบัติทางอินเทอร์เน็ตหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งนี้ SBA จะทำการตรวจสอบข้อมูลเฉพาะระบบเครือข่ายที่ให้บริการสาธารณะเท่านั้น

3.3.5 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศญี่ปุ่น

ก่อนปี ค.ศ. 2002 ประเทศญี่ปุ่นยังไม่มีกฎหมายที่บังคับใช้กับกลุ่มผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปัญหาในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศญี่ปุ่นในขณะนั้น นักวิชาการมีความเห็นขัดแย้งกันเป็น 2 แนวทาง⁴⁵ กล่าวคือนักวิชาการในส่วนแรกเห็นว่าควรถือตามความรับผิดแบบดั้งเดิม โดยพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามปกติหรือไม่ หากเป็นความผิด การกระทำนั้นแม้ได้กระทำโดยใช้สื่ออินเทอร์เน็ตก็ย่อมถือเป็นความผิดเช่นเดียวกัน แต่นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งได้แย้งว่าข้อความหรือข้อมูลที่ปรากฏบนอินเทอร์เน็ตไม่อาจได้แย้งหักล้างโดยบุคคลทั่วไปได้ง่าย การนำเอาแนวทางความรับผิดแบบดั้งเดิมมาใช้จึงไม่เหมาะสม สมควรมีการกำหนดความรับผิดเป็นการเฉพาะ

ศาลในญี่ปุ่นเองก็มีความเห็นแตกต่างกันออกไป โดยคดีแรก⁴⁶ ที่เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศญี่ปุ่นคือคดี Nifty คดีนี้โจทก์เป็นหญิงคนหนึ่งที่เป็นสมาชิกของกระดานสนทนาแลกเปลี่ยนในหัวข้อสิทธิสตรี ซึ่งเป็นของ Nifty และ Nifty ได้จ้างบุคคลมาจัดการดูแลระบบ หลังจากพบข้อความหมิ่นประมาทในกระดานสนทนาโจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกกระดานสนทนาได้แจ้งยังผู้ดูแลระบบให้จัดการลบข้อความนั้น แต่ผู้ดูแลระบบไม่ดำเนินการอย่างรวดเร็วตามข้อเรียกร้องของโจทก์ โจทก์จึงยื่นฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายต่อชื่อเสียงซึ่งเป็นผลมาจากข้อความหมิ่นประมาทที่ถูกโพสต์ไว้ในกระดานสนทนา โดยโจทก์ยื่นฟ้องผู้ที่เขียนและโพสต์ข้อความ

⁴⁵ Matsui, Shigenori, "The ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต's Liability for Defamation on the Internet," <<http://www.iiias.or.jp/old/reserch/reshoumode/200021129/820Matsui.pdf>>

⁴⁶ Ibid.

ดังกล่าว ผู้ดูแลระบบเนื่องจากการไม่ดำเนินการลบข้อความนั้น และฟ้อง Nifty ในฐานะนายจ้าง ผู้ดูแลระบบและเจ้าของกระดานสนทนา

ศาลท้องถิ่นโตเกียวตัดสินให้ผู้เขียนและโพสต์ข้อความดังกล่าวต้องรับในความเสียหายต่อชื่อเสียง ผู้ดูแลระบบมีหน้าที่ที่จะต้องลบข้อความหมิ่นประมาทเมื่อมีหนังสือแจ้งถึงการมีอยู่ของข้อความดังกล่าว เมื่อผู้ดูแลระบบไม่จัดการลบข้อความโดยรวดเร็วหลังจากได้รับหนังสือแจ้งจากโจทก์จึงต้องรับผิดชอบความเสียหายอันเป็นผลจากข้อความหมิ่นประมาทนั้นด้วย ส่วน Nifty ควรต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายของโจทก์ด้วยเช่นกันเนื่องจากเป็นผู้ว่าจ้างผู้ดูแลระบบให้ดำเนินการจัดการระบบกระดานสนทนาของตน ต่อมาคดีนี้ได้มีการยื่นอุทธรณ์ ศาลฎีกาของโตเกียวพิพากษาให้ผู้เขียนและโพสต์ข้อความยังคงต้องรับผิดชอบ ส่วนผู้ดูแลระบบแม้มีหน้าที่ตามกฎหมายในการลบข้อความหมิ่นประมาท แต่ผู้ดูแลระบบไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบ เว้นแต่โจทก์ไม่อาจได้รับการปกป้องสิทธิของตนโดยวิธีการอื่น ศาลจึงพิพากษากลับให้ผู้ดูแลระบบไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการโพสต์ข้อความในกระดานสนทนา และเป็นผลให้ Nifty ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย

จากคำพิพากษาของศาลในคดี Nifty นี้ ทำให้เห็นได้ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาซึ่งตนเป็นเพียงผู้ส่งข้อมูล (Carry) ซึ่งตรงกันข้ามกับเงื่อนไขที่มีการกำหนดไว้ใน the Telecommunication Service Providers Law ที่บัญญัติห้ามการตรวจสอบเพื่อตัดสื่อที่ไม่เหมาะสม (Censorship) และประกันการปกปิดการสื่อสาร อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิดชอบอย่างไม่อาจคาดหมายได้เพราะผลจากมาตรฐานที่แตกต่างของศาล ดังเช่นแนวทางคำพิพากษาของศาลท้องถิ่นโตเกียวและศาลฎีกาโตเกียวดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ดังนี้ เพื่อรองรับปัญหาข้างต้นสภานิติบัญญัติญี่ปุ่นได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ คือ The Provider Liability Limitation Law หรือ Law concerning the Limits of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and Right to Request Disclosure of Identification Information of the Sender ในวันที่ 27 เมษายน ค.ศ.2002⁴⁷ โดยมีวัตถุประสงค์⁴⁸ ตามมาตรา 1 คือ เพื่อกำหนดความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการให้บริการติดต่อสื่อสารโดย

⁴⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Online_service_provider_law#Japan

⁴⁸ http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/eng/Resources/laws/compensation-Law.pdf

เฉพาะเจาะจง และสิทธิในการเรียกร้องให้เปิดเผยข้อมูลเฉพาะตัวของผู้ส่งในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิผ่านการเผยแพร่ข้อมูลโดยการบริการการสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง

ตาม The Provider Liability Law นี้⁴⁹ ได้กำหนดค่านิยมต่างๆ ไว้ในมาตรา 2 ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอยู่ภายใต้ค่านิยมของคำว่าผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) ซึ่งใช้เครื่องมือโดยเฉพาะเจาะจงในการติดต่อสื่อสาร (specified telecommunication facility) ที่หมายถึงการเป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication) ซึ่งการเป็นสื่อกลางนี้ถูกออกแบบขึ้นเพื่อผู้รับซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง เว้นแต่กรณีการเป็นสื่อกลางที่ถูกออกแบบเพื่อผู้รับที่เป็นบุคคลสำคัญ เพื่อเป็นจุดเริ่มต้นในการสื่อสารกับบุคคลอื่น และได้บัญญัติข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ในมาตรา 3 ส่วนมาตรา 4 ได้วางหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องให้เปิดเผยเรียกร้องให้เปิดเผยข้อมูลเฉพาะตัวของผู้ส่งในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิผ่านการเผยแพร่ข้อมูลโดยการบริการการสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง

3.3.6 แนวทางในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศญี่ปุ่น

(1) The Provider Liability Law (Law concerning the Limits of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and Right to Request Disclosure of Identification Information of the Sender)

ซึ่งสภานิติบัญญัติของญี่ปุ่นประกาศใช้ในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ⁵⁰ โดยบัญญัติให้นิยามคำว่า ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) ไว้ในมาตรา 2 อนุมาตรา 3 ให้หมายความถึงบุคคลที่ถ่ายทอดการติดต่อสื่อสารของบุคคลอื่นด้วยการใช้เครื่องมือโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication facility) หรือจัดหาเครื่องมือโดยเฉพาะเจาะจงในการติดต่อสื่อสาร (specified telecommunication facility) เพื่อให้ผู้ดำเนินการติดต่อสื่อสารอื่นได้ใช้ ซึ่งโดยนัยของค่านิยมในมาตรา 2 อนุมาตรา 3 นี้จึงรวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย และในมาตรา 3 ได้บัญญัติจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ โดยบัญญัติคุ้มครองผู้

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel_h/doc/codeJ/Provider-e.htm

ให้บริการอินเทอร์เน็ตว่า เมื่อสิทธิของบุคคลถูกล่วงละเมิดโดยการเผยแพร่ข้อมูลผ่านการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication) ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) ซึ่งใช้เครื่องมือโดยเฉพาะเจาะจงในการติดต่อสื่อสาร (specified telecommunication facility) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ผู้ให้บริการสัมพันธ์ (relevant service provider)) ไม่ควรต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิด เว้นแต่ในทางเทคนิคมีความเป็นไปได้ในการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการส่งต่อข้อมูลที่ไม่ชอบต่อบุคคลทั่วไปและการละเมิดนั้นตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 3 อนุมาตรา 1 - 2 นี้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการสัมพันธ์ (relevant service provider) เป็นผู้ส่งข้อมูลที่มีขอบ ข้อจำกัดความรับผิดชอบนี้ก็ไม่อาจใช้ได้ในกรณีนี้

(1) ในกรณีที่ผู้ให้บริการสัมพันธ์ (relevant service provider) รู้ว่าสิทธิของบุคคลอื่นได้รับความเสียหายโดยผลของข้อมูลที่ตนได้เผยแพร่ผ่านการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะ (specified telecommunication)

(2) ในกรณีที่ผู้ให้บริการสัมพันธ์ (relevant service provider) ได้รู้ถึงข้อมูลที่มีการเผยแพร่และมีเหตุผลอันสมควรเชื่อว่าผู้ให้บริการสัมพันธ์ (relevant service provider) อาจรู้ว่าการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นโดยผลจากการเผยแพร่ข้อมูลโดยการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะ (specified telecommunication)

ในมาตรา 3 อนุมาตรา 2 ได้บัญญัติเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองในกรณีที่ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) ได้ใช้มาตรการในการปิดกั้นการถ่ายทอดข้อมูลด้วยการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะ (specified telecommunication) ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ส่งข้อมูลโดยผลจากการใช้มาตรการดังกล่าว หากมาตรการดังกล่าวได้กระทำอย่างเหมาะสมตามความจำเป็นภายใต้อนุมาตรา 1 - 3 กล่าวคือ

(1) ในกรณีที่มีเหตุอันควรทำให้ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) เชื่อว่าสิทธิของบุคคลอื่นที่ถูกละเมิดโดยไม่ได้มีเหตุมาจากการเผยแพร่ข้อมูลโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication) ของตน

(2) ในกรณีที่บุคคลกล่าวอ้างว่าสิทธิของตนถูกล่วงละเมิดโดยการเผยแพร่ข้อมูลผ่านการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะ (specified telecommunication) ยื่นข้อร้องเรียนให้ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) ดำเนินมาตรการในการกีดกันข้อมูลซึ่งกระทบสิทธิของเขา (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ข้อมูลอันเป็นการละเมิด

(violation information)) โดยผลของการถ่ายทอด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า มาตรการกีดกันการถ่ายทอด (transmission prevention measures)) ต้องแสดงถึงข้อมูลอันเป็นการละเมิด (violation information) และสิทธิที่ถูกละเมิดและเหตุสนับสนุนยืนยันการละเมิด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ข้อมูลอันเป็นการละเมิด) และในกรณีที่ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) ได้กระทำการเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นการละเมิด (violation information) ต้องส่งข้อเรียกร้องนั้นถึงผู้ส่งข้อมูลอันเป็นการละเมิด (violation information) และสอบถามผู้ส่งว่าจะยินยอมให้มีการกีดกันการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวหรือไม่ หากในกรณีที่ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) ไม่ได้รับหนังสือตอบกลับภายใน 7 วัน นับแต่ที่มีการสอบถามไปยังผู้ส่ง แสดงว่าผู้ส่งไม่ตกลงยินยอมปฏิบัติตามมาตรการป้องกัน

นอกจากนี้ ในมาตรา 4 ยังได้วางหลักเกณฑ์ในการเรียกร้องให้เปิดเผยเรียกร้องให้เปิดเผยข้อมูลเฉพาะตัวของผู้ส่งในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิผ่านการเผยแพร่ข้อมูลโดยการบริการสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ

(1) บุคคลใดกล่าวอ้างว่าสิทธิของตนถูกล่วงละเมิดโดยการเผยแพร่ข้อมูลผ่านติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะ (specified telecommunication) จำกัดแต่เพียง 2 กรณีที่จะกล่าวนี้ อาจเรียกร้องให้ผู้ให้บริการติดต่อสื่อสารโดยเฉพาะเจาะจง (specified telecommunication service provider) เปิดเผยข้อมูลของผู้ส่งข้อความอันมิชอบได้ (ข้อมูลดังกล่าวรวมถึง ชื่อ ที่อยู่ และการมีส่วนร่วมอื่นอันสามารถทำให้ระบุตัวบุคคลผู้ส่งข้อความ) ในเงื่อนไขดังนี้

(1.1) กรณีที่มีหลักฐานว่าสิทธิของบุคคลที่เรียกร้องให้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลถูกละเมิดโดยการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว

(1.2) กรณีที่ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ส่งมีความสำคัญสำหรับบุคคลที่เรียกให้มีการเปิดเผยในการใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายและมีความเป็นธรรมแก่บุคคลดังกล่าวในการได้รับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ส่ง

(1) เมื่อผู้ให้บริการได้รับข้อเรียกร้องให้มีการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ส่งตามบทบัญญัติข้างต้น ผู้ให้บริการจะต้องรับฟังความเห็นของผู้ส่งว่าผู้ส่งยินยอมตามด้วยหรือไม่ เว้นแต่กรณีที่ผู้ให้บริการไม่อาจติดต่อกับผู้ส่งได้หรือกรณีสถานการณ์พิเศษ

(2) บุคคลใดได้รับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ส่งตามข้อ (1) ไม่อาจเลือกปฏิบัติในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ไม่ควรยอมรับการกระทำใดๆ อันเป็นการหมิ่นประมาทต่อผู้ส่งหรือเป็นการรบกวนความสงบในชีวิตเกินสมควร

(3) ผู้ให้บริการที่เปิดเผยมูลข้อมูลไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยบุคคลที่เรียกกร้องให้มีการเปิดเผยตามข้อ (1) ซึ่งเกิดจากการที่ผู้ให้บริการปฏิเสธข้อเรียกร้อง เว้นแต่เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ส่งข้อมูลอื่นไม่ชอบนั้นเอง ความในอนุมาตรานี้ย่อมไม่อาจใช้ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า the Provider Liability Law (Law concerning the Limits of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and Right to Request Disclosure of Identification Information of the Sender) ของประเทศญี่ปุ่นเป็นบทบัญญัติที่มุ่งให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยจำกัดความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นกรณีต่างๆ มากกว่าการจำกัดสิทธิในการให้บริการซึ่งแตกต่างกับประเทศจีนและสิงคโปร์ และกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้อยู่บนพื้นฐานความผิดของตนเป็นสำคัญอีกด้วย

3.4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางการกำหนดความรับผิดทางแพ่ง ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศต่างๆ

การกำหนดแนวทางความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศอาจพิจารณาได้ 3 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางที่ 1 เป็นแนวทางความรับผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นการกำหนดความรับผิดโดยการออกกฎหมายพิเศษบัญญัติไม่ให้มีการพิจารณาผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้มีการตรวจสอบหรือปิดกั้นการกระทำในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้ต้องรับผิดในลักษณะเดียวกับความรับผิดของบรรณารักษ์ ซึ่งแนวทางดังกล่าวศาลคอมมอนลอว์ตีความขยายโดยกำหนดยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยสมบูรณ์ เพื่อมิให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีภาระมากเกินไปในการตรวจสอบข้อมูลแก่สมาชิก โดยต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตควบคุมตรวจสอบตนเอง

แนวทางที่ 2 เป็นแนวทางของสหภาพยุโรปและกลุ่มประเทศในสหภาพยุโรป ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มประเทศทวีปเอเชียที่กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรับผิดชอบบนพื้นฐานความผิด ซึ่งพิจารณาจากการที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้กระทำผิดเอง ในฐานะผู้เริ่มต้นการส่ง หรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับเนื้อหาข้อความ ไม่ว่าจะด้วยการแก้ไข ปรับปรุง หรือด้วยประการใดๆ และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรู้หรือควรรู้ถึงการกระทำผิดนั้น (notice based liability)

แนวทางที่ 3 เป็นแนวทางของกลุ่มประเทศในทวีปเอเชีย (ยกเว้นประเทศญี่ปุ่น) ได้แก่ประเทศจีนและประเทศสิงคโปร์ โดยกลุ่มประเทศเหล่านี้จะกำหนดแนวทางการควบคุมการใช้ระบบเครือข่ายอย่างเข้มงวด และกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะต้องตรวจสอบข้อความที่อยู่ในความควบคุมของตนและมีหน้าที่ในการแจ้งแก่เจ้าหน้าที่รวมถึงการลบข้อความดังกล่าวด้วย