

บทที่ 4

แนวทางความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย

จากอดีตจนถึงปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดภาระ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการไว้โดยเฉพาะ แต่เดิมในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้สื่ออินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือจำเป็นต้องพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปที่มีการบัญญัติไว้อยู่แล้วตามแต่กรณีที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครือข่ายไว้ในมาตรา 15 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบเครือข่ายที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14”

มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)”

และมาตรา 3 ได้บัญญัติ ให้ความหมายของคำว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ว่า

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น”

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการประเภทต่างๆ ไว้ ดังต่อไปนี้¹

(1) ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมไม่ว่าโดยระบบโทรศัพท์ ระบบดาวเทียม ระบบวงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย

(2) ผู้ให้บริการการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ไม่ว่าโดย *Internet* ทั้งผ่านสายและไร้สาย หรือระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ภายในที่เรียกว่า *Internet* ที่จัดตั้งขึ้นในเฉพาะองค์กรหรือหน่วยงาน

(3) ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์หรือให้เช่าบริการโปรแกรมประยุกต์ (Host Service Provider)

ส่วนผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่นตาม (2) นั้น ย่อมหมายถึง ผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่าน *Application* ต่างๆ ที่เรียกว่า *Content Provider* เช่น ผู้ให้บริการ *Web Board* หรือ *Web Service* เป็นต้น

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั้งประเภทผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล (*Transitory Communication*) และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทที่ให้บริการและอำนวยความสะดวกในด้านเทคนิคและโปรแกรมซอฟต์แวร์ (*Service Providers*) และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเนื้อหา (*Information Providers* หรือ *Content Provider*) ย่อมมีความรับผิดตามมาตรา 15 ประกอบมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ก็ต่อเมื่อเจตนาสนับสนุนหรือให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่นในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 14 กล่าวคือ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

¹ พรเพชร วิชิตชลชัย, “คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550,” <www.doh.go.th/dohweb/law/com-2.pdf>

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)

เมื่อพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามพระราชบัญญัตินี้โดยตลอด จะเห็นได้ว่าเป็นเพียงการบัญญัติกำหนดความรับผิดในทางอาญาเฉพาะต่อลักษณะความผิด 5 ประการตามปรากฏในมาตรา 14 เท่านั้น ดังนี้ ความรับผิดอันเกิดจากเนื้อหาไม่สมควรอื่นๆ ได้แก่ ความรับผิดเนื่องจากการเผยแพร่เนื้อหาที่ต้องห้าม เช่น เผยแพร่สิ่งลามกอนาจาร หรือความรับผิดเนื่องจากการมีข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การเผยแพร่ความคิดเห็นที่รุนแรง ซึ่งเป็นรูปแบบการแสดงออกที่สร้างความรู้สึกต่อต้านต่อลัทธิทางการเมือง จริยธรรม ศาสนา พระมหากษัตริย์ ฯลฯ จึงตกอยู่ในบังคับของมาตรา 15 ประกอบมาตรา 14 (3) (4) หรือ (5) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 และความรับผิดเนื่องจากเนื้อหาที่ละเมิดชื่อเสียงของบุคคลอื่นเฉพาะในส่วนการเผยแพร่ข้อมูลเท็จที่อยู่ในข่ายมาตรา 15 ประกอบมาตรา 14 (1) หรือ (5) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ด้วย

อย่างไรก็ดี นอกจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แล้วยังไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับผู้ให้บริการไว้โดยเฉพาะ ทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีการฟ้องร้องผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตแต่อย่างใด ดังนี้ ปัญหาในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภทจึงยังคงมีความคลุมเครือและไม่แน่ชัด

4.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

แม้ในประเทศไทยจะเริ่มมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดความหมายและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะดังปรากฏในมาตรา 3 และมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 แต่กฎหมายดังกล่าวมุ่งเน้นกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งได้กระทำการตามมาตรา 14 เท่านั้น ส่วนในทางแพ่งแล้วยังคงต้องพิจารณาความเสียหายและสิทธิในการเรียกร้องที่มีต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดิม

เมื่อยังไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภทไว้โดยทั่วไป แนวทางการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในความเสียหายทางแพ่งที่เกิดจากสื่ออินเทอร์เน็ต ไม่ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะมีส่วนในความรับผิดชอบโดยตรงหรือโดยอ้อมจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่บัญญัติถึงความรับผิดชอบในเรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะประกอบกับการพิจารณาบทบาทและหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนั้นเปรียบเทียบกับสื่อแบบดั้งเดิม จึงอาจแบ่งประเภทของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตออกได้เป็น 3 ประเภท ตามลักษณะการให้บริการ ดังนี้

1. *ผู้ให้บริการเนื้อหา หรือ Information Providers หรือ Content Providers* คือ เจ้าของข้อมูลข่าวสารอิเล็กทรอนิกส์ที่นำมาเชื่อมโยงกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและให้บริการด้านต่างๆ แก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตทั่วไป ผู้ให้บริการประเภทนี้อาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า ผู้ดูแลเว็บไซต์ หรือ **Webmaster** ซึ่งปัจจุบันในประเทศไทยมีการก่อตั้งสภาวิชาชีพผู้ดูแลเว็บไซต์ โดยสภาดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย แต่ก่อตั้งจากความสมัครใจของเจ้าของเว็บไซต์ที่ร่วมลงนามก่อตั้งขึ้น โดยเจ้าของเว็บไซต์ต่างๆ จะควบคุมกันเอง มีการออกกฎเกณฑ์ซึ่งใช้บังคับระหว่างกันเรียกว่า ธรรมนูญสภาวิชาชีพผู้ดูแลเว็บไซต์ไทย พ.ศ.2546²

ข้อ 3 ธรรมนูญฯ ให้คำนิยามผู้ประกอบการวิชาชีพผู้ดูแลเว็บไซต์ว่า หมายถึง เจ้าของเว็บไซต์ หรือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในการกำหนดนโยบายและรูปแบบเพื่อการจัดทำเว็บไซต์ ซึ่งได้จดทะเบียนโดเมนเนมกับผู้ให้บริการจดทะเบียนโดเมนเนม ทั้งนี้ ให้ความหมายรวมถึงผู้แทนเว็บไซต์ และนักพัฒนาเว็บไซต์ที่เจ้าของได้ลงนามรับรองแล้ว ดังนี้ จะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการประเภทนี้เป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุม ดูแล บริหาร แก้ไข เปลี่ยนแปลง ปรับปรุง และกำหนดเนื้อหาข้อความ หรือ

² <http://www.webmaster.or.th/council.com>

รูปแบบการให้บริการใดๆ ในเว็บไซต์ได้อย่างเต็มที่ (Editorial Control) เช่นเดียวกับผู้พิมพ์ ผู้ประพันธ์ หรือบรรณาธิการ หรือผู้เผยแพร่ (Publisher) ในสื่อแบบดั้งเดิม

2. ผู้ให้บริการที่อำนวยความสะดวกในด้านเทคนิคและโปรแกรมซอฟต์แวร์ (Software) ต่างๆ หรือ *Service Providers* เช่น การให้บริการระบบการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (System Caching) การให้บริการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ผู้ให้บริการกำหนด เช่น ผู้ให้บริการประเภทให้เช่าพื้นที่เว็บไซต์ (Hosting) นอกจากนี้ ยังรวมถึงการให้บริการสืบค้นข้อมูล (Information Location Tool Operator) เป็นการให้บริการค้นหาข้อมูลที่ผู้ให้บริการต้องการอยู่ในเว็บไซต์ใด มีทั้งระบบอัตโนมัติและระบบที่ผู้ให้บริการจะต้องดูจากรายการ (Catalog) เป็นต้น ซึ่งผู้ให้บริการเหล่านี้จะเป็นผู้ให้การสนับสนุนทางด้านเทคนิคและโปรแกรม เพื่อวางระบบในการเข้าใช้ การส่ง หรือการจัดเก็บข้อมูลในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่านั้น แต่จะไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับเนื้อหา หรือข้อมูลในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยตรง ซึ่งมีลักษณะเทียบได้กับผู้จำหน่าย (Distributor) ในสื่อแบบดั้งเดิม

3. ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล หรือ *Transitory Communication* เช่น *Access Providers* เป็นผู้ให้บริการการเข้าใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยผู้ให้บริการจะจัดเตรียม ช่องทาง (Gateway) ในการเชื่อมต่อคอมพิวเตอร์เข้ากับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งผู้ให้บริการจะต้อง ชื่อสิทธิ (อาจชื่อสิทธิแบบชั่วคราวหรือแบบรายเดือนก็ได้) จากนั้นผู้ให้บริการก็จะให้ Log in Account และ Password ในการเข้าใช้งานอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะสามารถทำให้ผู้ให้บริการใช้งานในระบบ เครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้ทั่วโลก ซึ่งผู้ให้บริการแบบ *Access Providers* นี้ มีลักษณะเทียบเคียงได้กับ ผู้ให้บริการโทรศัพท์ นอกจากนี้ในการให้บริการส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตยังต้องมีบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า *Network Providers* ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางอำนวยความสะดวกการส่งข้อมูล ซึ่งโดยหลักแล้วผู้ให้บริการกลุ่มนี้จะทำหน้าที่ในการจัดหาตู้สายโทรศัพท์สำหรับการเชื่อมต่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งในประเทศไทย สำหรับสื่อสารภายในประเทศ มีหน่วยงานที่ดำเนินการในเรื่องนี้หลายหน่วยงาน เช่น องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย, บริษัท ชินวัตรดาต้า จำกัด, บริษัท สามารถเทลคอม จำกัด เป็นต้น และสำหรับการสื่อสารระหว่างประเทศ มีการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นผู้รับผิดชอบหลัก เป็นต้น

การพิจารณาความรับผิดตามประเภทของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายไทย มีดังนี้

(ก) มาตรา 423 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขา เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแก่การนั้น แม้ทั้งตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริงแต่หากควรจะได้รู้ได้

ผู้ใดส่งสาส์นอันตนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง หากตนเองหรือผู้รับสาส์นมีทางได้เสียโดยชอบในการนั้นด้วยแล้ว ท่านว่าเพียงแต่ที่ส่งสาส์นเช่นนั้น หากทำให้ผู้นั้นต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่”

มาตรา 423 สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้³

1. ผู้กระทำ อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

2. กล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย

กล่าวหรือไขข่าว หมายความว่า การแสดงข้อความใดๆ ให้บุคคลที่สามได้ทราบจะเป็นโดยคำพูด รอยเขียน หรือด้วยกิริยา และวิธีการอย่างอื่นใด ก็ตามโดย การกล่าว (asserts) คือ อาการที่ทำให้มีการได้ยิน ได้ฟัง ล่วงรู้ เข้าใจความแต่เพียงครั้งหนึ่งครั้งเดียว⁴ หรือ การพูดเอง ส่วน ไขข่าว (circulates) คือ พูดข่าวจากคนอื่น ซึ่งหมายถึง การได้รับบอกเล่ามา ทั้งสองประการจะเป็นการกระทำครั้งเดียวหรือหลายครั้งตาม หรือทำโดยวิธีการพูดหรือวิธีการอื่นใดก็ตาม ซึ่งทำให้

³ อำนวย เขียวขำ, “หมิ่นประมาททางแพ่ง: ศึกษาเฉพาะเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538)

⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (มาตรา 423) กล่าวหรือไขข่าว (ทำให้เสียหายแก่ชื่อเสียง, เกียรติคุณ, ทางทำมาหาได้, ทางเจริญของบุคคลอื่น), พิมพ์ครั้งที่ 2, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2493)

ผู้อื่นเข้าใจความหมายของผู้กล่าวหาหรือไขข่าวนั้น โดยจะเป็นผู้กล่าวเอง หรือไขข่าวซ้ำหรือทบทวนก็เป็นผู้กล่าวหรือไขข่าว ซึ่งจะต้องรับผิดชอบโดยแก้ตัวไม่ได้⁵

อนึ่ง คำว่า ไขข่าว นั้น นักกฎหมายบางท่านได้ให้ความหมายว่าเป็นการโฆษณาข้อความให้ล่วงรู้เข้าใจความหมายหลายครั้งต่างวาระ และสถานที่กัน มีความหมายทำนองเดียวกับการโฆษณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328⁶ ซึ่งมีความหมายทำนอง กระจ่ายข่าว

แพร่หลาย คือ อาการที่ทำให้ข้อความนั้นไปสู่ความเข้าใจของคนอื่นที่เรียกว่าเผยแพร่ข่าว การบอกข่าวจะต้องไปสู่บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่ผู้บอกข่าวและผู้เสียหาย และบุคคลภายนอกนี้จะต้องไม่ใช่บุคคลที่ร่วมละเมิดด้วย ส่งเสริม หรือช่วยเหลือ อีกด้วย

บุคคลที่สามไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ประสงค์จะบอกกล่าวข้อความนั้น การบอกกล่าวโดยเปิดเผย เช่น การส่งไปรษณียบัตร หรือส่งตามทางการที่จะมีคนอื่นที่มีสิทธิเปิดอ่าน ถือว่าคนที่สามทราบแล้ว และรวมถึงการโฆษณาที่ทำให้ปรากฏแก่คนอื่นได้ก็ถือว่าคนที่สามได้ทราบแล้วเช่นเดียวกัน แต่ถ้าเป็นการสอดรู้สอดเห็นโดยละเมิด เช่นแอบอ่านจดหมายส่วนตัวหรือเอกสารที่เก็บในที่ลับของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ เช่นนี้บุคคลดังกล่าวไม่ใช่บุคคลที่สาม

นอกจากนี้ การแพร່หลายนั้นต้องให้บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามได้ทราบเพียงแต่เขียนหรือปิดประกาศแล้วฉีกทิ้งภายหลังโดยยังไม่มีคนอื่นเห็น เช่นนี้ ไม่เป็นไขข่าวแพร่หลายและยังไม่เสียหาย

ข้อความอันฝ่าฝืนความจริง คือ ต้องเป็นเรื่องที่ไม่เป็นความจริง แต่ผู้กล่าวหรือไขข่าวจะต้องยืนยันว่าเป็นเรื่องจริง ไม่ใช่เพียงการคาดคะเน การตัดพ้อ การขู่ การล้อเล่นหรือเรื่องเลือนลอย ฯลฯ และ ซึ่งข้อความดังกล่าวผู้ฟังหรือผู้อ่านต้องเข้าใจความหมาย และรู้ว่าพาดพิงถึงใคร แต่ผู้ฟังหรือผู้อ่านไม่จำเป็นต้องเชื่อ หรือ รู้จักกับผู้ที่ถูกกล่าวถึงก็ได้ นอกจากนี้ ข้อความที่กล่าวถึง

⁵ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1310/2500 จำเลยลงข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ในหนังสือพิมพ์ที่จำเลยเป็นบรรณาธิการจะแก้ตัวว่าข้อความที่ลงพิมพ์มีคนส่งมาจำเลย จึงลงไปไม่ได้ ต้องรับผิดชอบนั้นไม่ได้ เป็นต้น

⁶ พจนี ปุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), น. 359.

ในมาตรานี้มิได้จำกัดอยู่เฉพาะตัวอักษรจากการเขียน แต่รวมถึงการกระทำในรูปแบบใดๆ อันสามารถสื่อความหมายได้

ต้องทำให้เสียหายแก่อชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของบุคคลอื่น โดยศาลจะพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไปในสังคมที่ได้ยินหรือได้อ่านเรื่องดังกล่าว มีความรู้สึกหรือประเมินฐานะของผู้ถูกกล่าวถึงลดต่ำลงไป

3.บุคคลผู้ถูกหมิ่นประมาท

4.ต้องมืองค์ประกอบภายใน คือ ความชั่ว

รู้หรือควรจะรู้ได้ว่าไม่จริง มาตรา 423 นี้ ไม่จำกัดว่าต้องจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แม้ไม่ตั้งใจทำให้เสียหายต่อชื่อเสียง ถ้าได้กระทำโดยรู้สำนึกก็ถือว่ากระทำละเมิดโดยหมิ่นประมาทแล้วก็ต้องรับผิด เพราะในกรณีของการกล่าวนั้น ผู้กล่าวอาจรู้ได้ว่าเรื่องที่ตนกล่าวจริงหรือไม่ แต่กรณีของการไขข่าว ที่มีการกระจายต่อกันไป จนผู้กล่าวอาจไม่รู้ว่าเรื่องดังกล่าวจริงหรือไม่ แต่กฎหมายก็บัญญัติให้ต้องรับผิด

ส่วนควรจะรู้หรือไม่ อยู่ที่พฤติการณ์และเนื้อความของข่าว ถ้าตนมิได้มีส่วนได้เสีย ไม่เป็นประโยชน์ต่อหมู่คณะหรือประชาชน ไม่ต้องเอาข่าวนั้นมาเผยแพร่หรือกรณีเรื่องส่วนตัวโดยแท้ก็เช่นกัน เมื่อเอาเรื่องของคนอื่นมากล่าวหรือไขข่าว ก็ถือว่าควรรู้ เมื่อเรื่องนั้นไม่เป็นความจริงก็ต้องรับผิด⁷

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ความรับผิดตามมาตรา 423 ประกอบลักษณะการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภท เห็นว่าความรับผิดตามมาตรา 423 เกิดจากการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความโดยข้อความที่กล่าวหรือไขข่าวนี้นี้ตามตัวบทต้นร่างภาษาอังกฤษใช้คำว่า fact⁸ ซึ่งหมายถึงข้อเท็จจริงใดๆก็ได้ ทั้งการกล่าวหรือไขข่าวก็ได้จำกัดวิธีการว่าต้องกระทำด้วยวิธีใดโดยเฉพาะเจาะจงเพียงแต่ได้กล่าว(แสดงให้ปรากฏความหมายด้วยตนเอง) หรือไขข่าว(แสดงให้ปรากฏความหมายซึ่งข้อเท็จจริงจากบุคคลอื่น) ก็เพียงพอ และเนื่องจากการให้บริการอินเทอร์เน็ตมีลักษณะเป็นการให้บริการในการติดต่อสื่อสารและเผยแพร่ข้อมูล ข้อความข่าวสารอีกประเภทหนึ่งอยู่แล้ว ดังนี้ แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะมีได้เป็นผู้นำเข้าสู่ระบบซึ่งข้อมูล

⁷ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2538), น.162.

⁸ Draft Code on Obligation Book 1-2 AC 15/17 Revision in October 1995 (2468) เอกสารเย็บเล่มในห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นด้วยตนเองทำให้ไม่ถูกพิจารณาในลักษณะของผู้กล่าว แต่โดยลักษณะการให้บริการอาจถือเป็นการไขข่าวได้ ส่วนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 423 นี้หรือไม่ขอแยกพิจารณาตามประเภทของการให้บริการ ดังนี้

- กรณีของผู้ให้บริการที่ดำเนินการในส่วนเนื้อหา หรือ **Content Providers** ซึ่งเป็นผู้จัดทำ หรือคัดเลือกข้อมูลที่จะเผยแพร่ ถือว่าบุคคลดังกล่าวจึงมีอำนาจในการคัดเลือก ควบคุม ตรวจสอบเนื้อหา (**Editorial Control**) หากปรากฏว่าผู้ให้บริการประเภทนี้ปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อความที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ทั้งที่ตนได้ทราบข้อความนั้นแล้ว ดังนี้ อาจถือได้ว่าผู้ให้บริการเป็นผู้ไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความตามมาตรา 423 จึงต้องรับผิดชอบตามมาตรา 423 เช่นเดียวกับผู้พิมพ์ ผู้ประพันธ์ หรือบรรณาธิการ หรือผู้เผยแพร่ (**Publisher**) ในสื่อแบบดั้งเดิม

- ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล หรือ **Transitory Communication Providers** ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เชื่อมต่อทางการสื่อสารในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (**Network Providers**) หรือให้บริการการบริการเข้าใช้งาน (**Access Providers**) ผู้ให้บริการกลุ่มนี้ไม่ได้มีส่วนเข้าไปดูแล ตรวจสอบเนื้อหาซึ่งตนมีหน้าที่เพียงการขนส่งข้อมูลที่อยู่ในรูปกระแสไฟฟ้าไปยังผู้รับเพื่อประมวลผลและเข้าใช้บริการ ผู้ให้บริการประเภทนี้จึงย่อมมีอาจทราบถึงเนื้อหาของข้อมูลหรือข้อความนั้นได้ ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูลนี้จึงไม่ต้องรับผิดชอบเพราะการขนส่งข้อมูลตามมาตรา 423

- ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทอำนวยความสะดวกในด้านเทคนิคและโปรแกรม **ซอฟต์แวร์** หรือ **Service Providers** เป็นผู้ให้ความสะดวกและดูแลด้านเทคนิคเป็นหลักและในบางกรณีผู้ให้บริการประเภทนี้มีอำนาจในการกำจัด ลบทิ้ง ซึ่งข้อความที่อยู่ในขอบเขตการให้บริการของตน หากปรากฏว่ามีข้อความที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นและผู้ให้บริการได้รู้หรือควรรู้ถึงข้อความดังกล่าวแล้วแต่ยังคงเพิกเฉย ไม่ดำเนินการใดๆ กับข้อความหรือข้อมูลนั้น แม้กรณีเช่นนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้จะมีได้เป็นผู้นำเข้ามาในระบบซึ่งข้อความดังกล่าวเอง แต่การปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อความนั้นออกไปโดยรู้สำนึกถึงการมีอยู่และผลที่อาจเกิดขึ้นแล้ว ดังนี้ ก็ย่อมถือได้ว่าผู้ให้บริการได้ไขข่าวให้แพร่หลายแล้ว ผู้ให้บริการย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาตรา 423 เว้นแต่การไขข่าวดังกล่าวจะเข้าข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิดชอบหรือมีเอกสิทธิ์ เช่น

(ก) ข้อยกเว้นเพราะมีทางได้เสียโดยชอบในการส่งสาส์น

- ต้องเป็นการส่งข่าวสารระหว่างผู้ส่งสารกับผู้รับข่าวสารโดยเฉพาะ กล่าวคือเป็นการส่งข่าวสารระหว่างกันเอง ไม่ใช่ฝากบอกไปยังอีกคนหนึ่งอันเป็นการกล่าวต่อบุคคลที่สามและมีใช้กล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายแก่บุคคลทั่วไป

- ผู้ส่งสารมิได้รู้ว่าข้อความที่ส่งไปนั้นเป็นความไม่จริง แม้ไม่รู้เพราะความประมาทเลินเล่อ ก็ตาม ซึ่งเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไป ตามมาตรา 420

- ผู้ส่งข่าวและผู้รับข่าวสารมีส่วนได้เสียโดยชอบในการส่งข่าวสารนั้น ไม่จำกัดเฉพาะเรื่องทรัพย์สินอาจเป็นเรื่องความประพฤติ ความเกี่ยวข้องเป็นส่วนตัวในระหว่างผู้ที่ประกอบธุรกิจด้วยกันเพื่อเป็นข้อมูลในการทำสัญญา ฯลฯ

(ข) ข้อยกเว้นเพราะมีเอกสิทธิ์ในการกล่าวหรือไขข่าว

- หลักเกณฑ์ทั่วไปของละเมิด ตามมาตรา 420 คือ ต้องกระทำโดยผิดกฎหมาย จึงต้องพิจารณากฎหมายอื่นที่ให้อำนาจทำได้ รวมถึงกฎหมายทั่วไปในเรื่องเอกสิทธิ์ด้วย ซึ่งเอกสิทธิ์นี้มี 2 แบบ คือ เอกสิทธิ์เด็ดขาด ซึ่งไม่ต้องพิจารณาถึงความสุจริต และเอกสิทธิ์ไม่เด็ดขาด ถ้าไม่สุจริตอาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 421 ได้

เอกสิทธิ์เด็ดขาด ได้แก่ เอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540(ซึ่งได้ถูกยกเลิกไปแล้วเมื่อวันที่ เช่น มาตรา 157 ,มาตรา 158 , มาตรา 249 เป็นต้น และเอกสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 331

เอกสิทธิ์ไม่เด็ดขาด ได้แก่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 ซึ่งบัญญัติว่า

“หนังสือพิมพ์ใดโฆษณาเรื่องเกี่ยวแก่บุคคลใด คลาดเคลื่อนจากความจริง และอาจจะเกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้น บุคคลนั้นอาจแจ้งเป็นหนังสือขอให้บรรณาธิการหนังสือพิมพ์นั้นแก้ไข หรือลงพิมพ์หนังสือ หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธเรื่องนั้น การแก้หรือการลงพิมพ์หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธเรื่องที่ว่านี้จะต้องพิมพ์ในฉบับที่จะออกโฆษณาต่อไปจากเวลาที่ได้รับคำขอดังกล่าวแล้วหรือฉบับที่ถัดไป

เมื่อได้แก้หรือพิมพ์หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธเรื่องที่ว่านี้โดยถูกต้องแล้ว สิทธิในการฟ้องของบุคคลผู้ขอแก้ทั้งทางแพ่งและทางอาญาเป็นอันระงับลง” เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ความรับผิดชอบตามมาตรานี้ มุ่งเน้นคุ้มครองความเสียหายแก่ชื่อเสียง หรือเกียรติคุณ หรือทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญโดยประการอื่นเท่านั้น ดังนี้ ความเสียหายอื่นๆที่อาจเกิดขึ้นจึงคงต้องพิจารณาในบทบัญญัติส่วนอื่นต่อไป

(ข) มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

การกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 420 นั้น เริ่มที่ผู้กระทำจะต้องได้กระทำโดยผิดกฎหมายก่อน ซึ่งการกระทำผิดกฎหมายนี้หมายความว่าถึงทั้งกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าเป็นความผิด เช่น มีกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาบัญญัติไว้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และรวมถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิด แต่เป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหรือเคารพโดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำ ดังนี้ในการพิจารณาประเด็นตามมาตรานี้จึงขอแยกออกเป็น 2 ส่วนคือ

(1) ความรับผิดทั่วไป

เป็นการพิจารณาความรับผิดมาตรา 420 ตามหลักเกณฑ์ในมาตรานี้แต่ประการเดียว ไม่ได้พิจารณาประกอบกฎหมายพิเศษอื่นๆ ด้วย

ตามมาตรา 420 มีหลักเกณฑ์ความรับผิดที่สำคัญ ได้แก่

(1) การกระทำโดยผิดกฎหมาย หมายความว่าถึงทั้งกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าเป็นความผิด เช่น มีกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาบัญญัติไว้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และรวมถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิด แต่เป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหรือเคารพโดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำ

(2) จงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยจงใจ หมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน แต่ไม่ต้องถึงขั้นมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลเช่นเจตนา

การกระทำโดยสุจริต เข้าใจผิดในข้อเท็จจริง ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำให้เสียหาย โดยจงใจ ส่วนจะประมาทหรือไม่ยอมแล้วแต่พฤติการณ์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 865/2496) แต่ถ้าได้กระทำโดยมีเหตุสมควรก็ไม่น่าเป็นละเมิด⁹

ส่วนประมาทเล็กน้อย หมายถึงไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกันกับผู้ทำความเสียหาย¹⁰

(3) เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นนี้ หมายความว่าถึงทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมายคือมีกฎหมายรองรับสิทธิที่มีความแน่นอนซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงินก็ได้ ทั้งยังรวมถึงความเสียหายต่อผลที่จะเกิดในอนาคตด้วย และเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น

โดยสรุป ความรับผิดตามมาตรา 420 จึงต้องเริ่มต้นจากที่กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายก่อน เมื่อพิจารณาตามประเด็นปัญหาพบว่า

- กรณีของผู้ให้บริการที่ดำเนินการในส่วนเนื้อหา หรือ Content Providers ซึ่งเป็นผู้จัดทำ หรือคัดเลือกข้อมูลที่จะเผยแพร่ บุคคลดังกล่าวมีอำนาจในการคัดเลือก ควบคุมตรวจสอบเนื้อหา (Editorial Control) จึงย่อมต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาเช่นการกระทำของผู้พิมพ์ ผู้ประพันธ์ หรือบรรณาธิการ หรือผู้เผยแพร่ (Publisher) ในสื่อแบบดั้งเดิม
- กรณีผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล หรือ Transitory Communication Providers ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เชื่อมต่อทางการสื่อสารในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Network Providers) หรือให้บริการการบริการเข้าใช้งาน (Access Providers) ผู้ให้บริการกลุ่มนี้ไม่ได้มีส่วนเข้าไปดูแลตรวจสอบเนื้อหาซึ่งตนมีหน้าที่เพียงการขนส่งข้อมูลที่อยู่ในรูปกระแสไฟฟ้า ผู้ให้บริการประเภทนี้จึงย่อมมีอาจทราบถึงเนื้อหาของข้อมูลหรือข้อความดังกล่าวได้ ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูลนี้จึงไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำโดยไม่รู้และไม่อาจรู้
- กรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทอำนวยความสะดวกในด้านเทคนิคและโปรแกรมซอฟต์แวร์ หรือ Service Providers เป็นผู้ให้ความสะดวกและดูแลด้านเทคนิคเป็นหลัก

⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539).

¹⁰ ไพจิตร ปุญญพันธ์, "กฎหมายเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ," วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 3 (2521): 481.

และในบางกรณีผู้ให้บริการประเภทนี้มีอำนาจในการกำจัด ลบทิ้ง ซึ่งข้อมูลที่อยู่ในขอบเขตการให้บริการของตน หากปรากฏว่ามีข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นและผู้ให้บริการได้รู้หรือควรรู้ถึงข้อมูลดังกล่าวแล้วแต่ยังคงเพิกเฉย ไม่ดำเนินการใดๆ กับข้อมูลนั้นและทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคล หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเพียงแต่การเพิกเฉยนั้นจะถือได้หรือไม่ว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแล้วหรือไม่

ความหมายของการกระทำตามมาตรา 420 มีลักษณะในทำนองเดียวกับความหมายของการกระทำในส่วนอาญา คืออาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ การกระทำในความหมายปกติคือการเคลื่อนไหวกายโดยรู้สำนึก และการงดเว้นที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลซึ่งผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกัน ซึ่งหน้าที่ต้องป้องกันผลมิให้เกิดขึ้นได้แก่¹¹

(1) หน้าที่ที่เกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1614/2506, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3266-3267/2535, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2534 เป็นต้น

(2) หน้าที่ตามระเบียบปฏิบัติ ในหน้าที่การงานต่างๆ ต้องมีตำแหน่งซึ่งต้องรับผิดชอบงานในหน้าที่ งานใดมีระเบียบหรือคำสั่งกำหนดให้ปฏิบัติอย่างใด ผู้ปฏิบัติมีหน้าที่ต้องทำให้เป็นไปตามระเบียบหรือคำสั่งที่มีไว้ หากละเลยเสียหรือปฏิบัตินอกเหนือทำให้เขาเสียหายเป็นการทำละเมิด หน้าที่นี้รวมถึงหน้าที่ในการควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของผู้อื่น เป็นหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาซึ่งมีหน้าที่ต้องระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายจากการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติด้วย

(3) หน้าที่เกิดจากสัญญา

(4) หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ตามพฤติการณ์อย่างอื่น เช่น นาย ก. เดินทางมาจากต่างจังหวัดมาอาศัยบ้านนาย ข. ชั่วคราว นาย ข. ไปทำงานปล่อยให้ นาย ก. อยู่บ้านแล้ว นาย ก. ออกนอกบ้านไปโดยไม่ปิดประตู เป็นเหตุให้คนร้ายเข้ามาลักทรัพย์ในบ้าน กรณีเช่นนี้นาย ก. ต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิดด้วย หรือช่วยคนตกน้ำได้แล้วแต่ปล่อยทิ้งเสียระหว่างทางเข้าฝั่งทำให้เขาถึงแก่ความตาย หรือจูงคนตาบอดข้ามถนนแต่ปล่อยทิ้งไว้กลางถนนทำให้รถชนคนตาบอด หรือจ้างเด็กอายุ 10 ขวบ ทำความสะอาดบ้าน ทำงานอยู่ 4 - 5 ชั่วโมง แล้วยังให้เด็กป็นหน้าต่างขึ้นไปเช็ดกระจก เด็กหมดแรงจึงปล่อยมือหลุดจากขอบหน้าต่างตกลงมาบาดเจ็บ ผู้จ้างต้องรับผิดชอบ เพราะมีหน้าที่ระมัดระวังต่อเด็กนั้น

¹¹ เพ่งอ้าง, น.12-20.

ตามที่กล่าวมาเป็นเรื่องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติแล้วไม่ปฏิบัติ หรือละเลยเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายนั้น แต่กรณีไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติ แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ไม่น่าเป็นละเมิด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในส่วนความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท **Service Providers** จะเห็นได้ว่า สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือการเพิกเฉยนั้นจะถือเป็นการละเว้นหน้าที่ และมีผลเท่ากับเป็นการ *กระทำ* ในความหมายของการก่อละเมิด ตามมาตรา 420 หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการพิจารณาว่า การกำจัด ลบทิ้ง ซึ่งข้อความหรือข้อมูลดังกล่าวเป็นหน้าที่ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลหรือไม่

ความเห็นในเรื่องการกำจัด ลบทิ้ง ข้อความหรือข้อมูลอันไม่ชอบเป็นหน้าที่ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือไม่นั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแล้วพบว่า ไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต¹² ในการตรวจสอบดูแลและดำเนินการใดๆ ไม่ให้ข้อมูลที่ไม่เหมาะสมหรือผิดกฎหมายของผู้ใช้บริการเข้ามาเผยแพร่ในการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เช่นนี้ ย่อมเป็นกรณีที่เขาไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลการกระทำความผิดที่กำลังจะเกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต แม้เขาจะไม่ได้ใช้มาตรการใดๆ และคงปล่อยให้ผู้ใช้บริการนำข้อความหรือข้อมูลอันไม่ชอบเผยแพร่ในบริการที่อยู่ในความดูแลของตน นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่สัญญาที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท **Service Providers** นี้มีอยู่ ก็ปรากฏเพียงหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกแก่ลูกค้าของตนในการใช้บริการเท่านั้น¹³

อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวนี้ เป็นการพิจารณาในแง่ความรับผิดชอบทางอาญาในการงดเว้นหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลซึ่งถือเท่ากับเป็นการกระทำอย่างหนึ่งตามนัยมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า เราควรถือเกณฑ์การกระทำในทาง

¹² ปกป้อง ศรีสนิท, “หมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต”, บทบัญญัติ, 56: 5 (ธันวาคม 2543): 34-35. และดู ปกรณ์ ยิงวรการ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงโดยใช้สื่ออินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.92.

¹³ สวัสดิ์ สุขศรี, “ภาระหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษาเฉพาะการเผยแพร่ภาพลามกและการหมิ่นประมาทบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.144.

อาญามาพิจารณาความรับผิดในทางละเมิดซึ่งเป็นเรื่องทางแพ่งด้วยหรือไม่ ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร ได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจว่า

หากพิจารณาความมุ่งหมายของกฎหมายอาญาแล้ว ถือหลักว่าเมื่อไม่มีกฎหมายยอมไม่มีการลงโทษ ต้องแปลถ้อยคำในกฎหมายที่จะนำไปลงโทษโดยจำกัด ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาในเรื่องความรับผิดทางละเมิด จะเห็นได้ว่าใช้บังคับกับหลักนี้ไม่ได้ เพราะไม่ใช่ปัญหาที่จะหาคนมาลงโทษ หากแต่เป็นปัญหาเพียงหาคนมาใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเท่านั้น การตีความจึงขยายความได้ จะไปตัดบทเองง่ายๆ ว่า กฎหมายไม่ได้กล่าวไว้ในเรื่องละเว้นกระทำความผิดจึงไม่ต้องรับผิด จึงดูไม่ถูกแท้¹⁴

ในส่วนความเห็นของผู้เขียนนั้น เห็นด้วยกับแนวความคิดที่ให้ตีความหน้าที่ในการกระทำเพื่อป้องกันผลอันก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดกว้างกว่าความรับผิดในทางอาญา เพราะแม้บ่อเกิดแนวความคิดเรื่องความรับผิดทางละเมิดในยุคแรกจะเกิดจากแนวคิดในทางอาญา แต่เมื่อมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างแนวความคิดและวัตถุประสงค์ว่า ความรับผิดในทางละเมิดเป็นเรื่องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย อันเป็นเรื่องทางแพ่ง การพิจารณาแนวทางในการวินิจฉัยถ้อยคำจึงไม่ควรยึดตามกฎหมายอาญาที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด เพราะเป็นเรื่องที่มุ่งแต่จะเอาผู้กระทำความผิดมาลงโทษ การพิจารณาว่าการเคลื่อนไหวหรือการไม่เคลื่อนไหวแบบใดบ้างที่จะถือเป็นการกระทำในทางละเมิดจึงควรมีขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายอาญา อันรวมถึงการพิจารณาหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผล จึงไม่ควรจำกัดว่าต้องเป็นหน้าที่ที่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายโดยเฉพาะหรือหน้าที่ที่มีการยอมรับว่าถือเป็นการกระทำในทางอาญาเป็นบรรทัดฐานเท่านั้น

ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะต้องกระทำการใดๆ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นไว้อย่างชัดเจน แต่มีได้หมายความว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้อื่นเสียทีเดียว เพราะบางกรณีที่ผู้ให้บริการและผู้ได้รับความเสียหายอาจมีความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่นจนทำให้เกิดหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายได้ ส่วนกรณีใดบ้างที่จะถือว่ามี ความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่น จะต้องพิจารณาจากหน้าที่และลักษณะการให้บริการ ตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ประกอบ โดยอาจแบ่งแยกการพิจารณา ดังนี้

¹⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.129.

(1) กรณีที่ผู้ให้บริการ *อาจรู้หรือควรรู้* ถึงข้อความหรือข้อมูลอันมิชอบ *ก่อน* มีการเผยแพร่ และได้ปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อความหรือข้อมูลที่มีชอบซึ่งอยู่ในความดูแลของตน และก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ถือว่ามีความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่นหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อความหรือข้อมูลของตนก่อนปล่อยให้มีการเผยแพร่หรือไม่ เช่นนี้จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้ที่ได้รับ ความเสียหายที่มีอยู่ก่อนมีการเผยแพร่นั้นว่า ผู้ให้บริการและผู้ที่ได้รับ ความเสียหายมีความสัมพันธ์กันอย่างไร และอาจถือได้หรือไม่ว่าความสัมพันธ์เช่นนั้นเป็นความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่น

การพิจารณาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ที่ได้รับ ความเสียหายมีความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่นหรือไม่ จำต้องพิจารณาจากหน้าที่และลักษณะการให้บริการของผู้ให้บริการประเภท **Service Providers** แต่ละแบบ ดังนี้

- กรณีผู้ให้บริการแบบที่ให้บริการระบบการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (**System Caching**) มีหน้าที่ดำเนินการใดๆ ให้ผู้ให้บริการสามารถเรียกดูข้อมูลที่เคยมีการเรียกใช้มาก่อน สามารถใช้งานได้รวดเร็วขึ้นในการใช้งานครั้งต่อไป หรือผู้ให้บริการเช่าพื้นที่ในเซิร์ฟเวอร์ (**server**) ในการจัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ผู้ให้บริการประเภทเนื้อหา (**Information Providers** หรือ **Content Provider**) กำหนด หรือที่เรียกอีกอย่างว่า **Web Hosting** เพื่อให้เว็บไซต์ดังกล่าวสามารถรองรับปริมาณการใช้งานและจัดเก็บข้อมูลให้มากขึ้นได้ อันเป็นการลดอัตราการ **error** ของการเข้าใช้งานในเว็บไซด์นั้นในปริมาณมากพร้อมๆ กัน เป็นต้น ดังนี้ จะเห็นได้ว่าหน้าที่สำคัญของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้ส่วนใหญ่ คือ หน้าที่ในการให้บริการอำนวยความสะดวกในด้านเทคนิคแก่ผู้ให้บริการประเภทเนื้อหาซึ่งเป็นคู่สัญญาของตนโดยตรง ผู้ให้บริการประเภท **Service Providers** แบบ **Caching** หรือ **Hosting** จึงต้องรับผิดชอบต่อความผิดพลาดและเสียหายอันเกิดแก่การให้บริการที่ตนผูกพันตามสัญญาแก่คู่สัญญาโดยตรงของตนเท่านั้น แต่บุคคลทั่วไปซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาของตน ผู้ให้บริการย่อมไม่มีหน้าที่หรือความสัมพันธ์ใดๆ ด้วย ประกอบกับยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการในการตรวจสอบข้อความหรือข้อมูลก่อนมีการเผยแพร่ ผู้ให้บริการจึงไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อความหรือข้อมูลทั้งหลายก่อนมีการเผยแพร่เพื่อป้องกันความเสียหายของผู้อื่น นอกจากนี้ แม้การจะมีการเผยแพร่ข้อความหรือข้อมูลอันมิชอบออกไปแล้ว และทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่*ได้รู้หรือควรรู้* ก็ยังไม่อาจถือได้ว่ามีความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์ใดๆ เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้บริการและผู้ที่ได้รับ ความเสียหาย ดังนี้ ผู้ให้บริการแบบ **Caching** หรือ **Hosting** จึงไม่มีหน้าที่ต้องตรวจสอบข้อความหรือ

ข้อมูลที่มีขบก่อนการเผยแพร่ และแม้มีการเผยแพร่ข้อความหรือข้อมูลอันไม่ชอบแล้ว หากผู้ให้บริการไม่ได้รับรู้หรือควรรู้ ก็ไม่ต้องรับผิดชอบผู้ที่ได้รับความเสียหาย เพราะถือว่าหน้าที่ในการกระทำเพื่อป้องกันผลความเสียหายของผู้ได้รับความเสียหายยังไม่เกิด

- กรณีผู้ให้บริการประเภท **Service Providers** แบบ **Information Location Tool Operator** ซึ่งให้บริการในการสืบค้นข้อมูลข่าวสารใดๆ ไม่ว่าในรูปแบบข้อความ รูปภาพ เสียงหรือภาพเคลื่อนไหวต่างๆ ที่มีปรากฏอยู่ในอินเทอร์เน็ต ในเว็บไซต์ต่างๆ โดยระบบจะระบุว่า ข้อมูลที่ต้องการค้นหาหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่ต้องการค้นหาปรากฏอยู่เว็บไซต์ใดบ้าง และสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างไร แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้จะมีการติดต่อสัมพันธ์กับผู้ให้บริการโดยตรงคล้ายกับผู้ให้บริการประเภท **Information Providers** หรือ **Content Providers** แต่ส่วนใหญ่จะไม่มีข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผู้ใช้ต้องการในเว็บไซต์ของตนเอง (เว้นแต่ผู้ให้บริการบางรายที่จัดให้มีระบบจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (**System Caching**) ที่จะคัดลอกข้อมูลจากเว็บไซต์เดิมมาไว้ในเว็บไซต์ของตนต่างหาก ซึ่งส่วนใหญ่จะดำเนินการโดยระบบจัดเก็บอัตโนมัติซึ่งผู้ให้บริการไม่ได้รับรู้ถึงเนื้อหาข้อมูลที่มีการจัดเก็บก่อนหรือไม่) เช่นนี้ ผู้ให้บริการแบบ **Information Location Tool Operator** จึงเป็นเพียงเครื่องมือให้ผู้ให้บริการสามารถหาข้อมูลที่ต้องการได้โดยผ่านบริการสืบค้นของตน (**Link**) เท่านั้น ผู้ให้บริการแบบ **Information Location Tool Operator** จึงไม่มีความสัมพันธ์ใดกับผู้ได้รับความเสียหายจนทำให้เกิดหน้าที่ในการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายกับบุคคลทั่วไป ประกอบกับยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้มีการตรวจสอบข้อความหรือข้อมูลก่อนให้บริการ ดังนี้ ผู้ให้บริการแบบ **Information Location Tool Operator** ย่อมไม่มีหน้าที่ในการกระทำเพื่อป้องกันผลความเสียหายของผู้ได้รับความเสียหายเมื่อตนไม่ได้รับรู้หรือควรรู้ถึงการณดังกล่าว การเพิกเฉยของผู้ให้บริการแบบ **Information Location Tool Operator** จึงยังไม่อาจถือว่ามี การกระทำเกิดขึ้นแล้วได้ และผู้ให้บริการแบบ **Information Location Tool Operator** จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายต่อผู้ที่ได้รับความเสียหาย

(2) กรณีที่ผู้ให้บริการ *ได้รับรู้หรือควรรู้* ถึงข้อความหรือข้อมูลอันไม่ชอบ หลัง มีการเผยแพร่ข้อความหรือข้อมูลที่อยู่ในความดูแลของตน และก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ถือว่ามีความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่น จนทำให้เกิดหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายแล้วหรือไม่

กรณีที่ผู้ให้บริการประเภท **Service Providers** ในรูปแบบต่างๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น หากได้รับรู้หรือควรรู้ถึงข้อความหรือข้อมูลแล้ว แต่ยังคงเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อไม่ให้ปรากฏซึ่งข้อความหรือข้อมูลที่มีขบนั้น คงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาแยกต่างหากจากประเด็นข้างต้น เพราะ

จริงอยู่ว่าหากพิจารณาตามความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท **Service Providers** กับผู้ให้บริการนั้น ไม่มีความสัมพันธ์อย่างเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าโดยสัญญาหรือกฎหมาย แต่กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท **Service Providers** รู้หรือควรรู้ถึงการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในการดูแล และควบคุมของตน และตนมีอำนาจในการกำจัด ลบทิ้ง แต่เพิกเฉยไม่ดำเนินการดังกล่าว ถือว่าหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท **Service Providers** ได้เกิดขึ้นแล้ว ณ เวลาที่ตนรู้หรือควรรู้ว่ามีข้อความหรือข้อมูลอันมิชอบอยู่ (การรู้หรือควรรู้ อาจเกิดขึ้นโดยการที่ผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือบุคคลอื่นได้แจ้งให้ผู้ให้บริการที่จัดเก็บข้อความนั้นทราบ หรืออาจเกิดจากการที่ผู้ให้บริการได้ใช้เครื่องมือตรวจสอบและพบข้อความดังกล่าวเอง) โดยหน้าที่ดังกล่าวถือเป็นหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ตามพฤติการณ์อย่างอื่น¹⁵ กล่าวคือ แม้โดยสัญญาหรือกฎหมาย ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่มีหน้าที่ที่จะต้องดูแล ตรวจสอบและรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะเจาะจง แต่เมื่อเกิดพฤติการณ์ที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรู้หรือควรรู้ถึงข้อความหรือข้อมูลอันมิชอบ และผู้ให้บริการไม่ดำเนินการกำจัด หรือลบข้อความที่หมิ่นประมาทต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายที่อยู่ในความดูแลของตน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท **Service Providers** ซึ่งมีฐานะเปรียบเทียบได้กับผู้เผยแพร่ชั้นที่สองหรือผู้จำหน่าย (**Distributor**) ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในการให้บริการจำหน่ายข้อมูลผ่านระบบอินเทอร์เน็ตแก่ประชาชน จึงย่อมต้องมีความรับผิดชอบต่อผลการดำเนินการดังกล่าวเช่นเดียวกับผู้จำหน่าย (**Distributor**) เมื่อปรากฏความผิดและความเสียหายซึ่งอยู่ในความดูแลของตนและอยู่ในอำนาจที่จะสามารถกระทำเพื่อให้ความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้นสิ้นไปได้แต่ไม่กระทำยอมถือว่า ระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท **Service Providers** และผู้ที่ได้รับความเสียหายมีความสัมพันธ์ระหว่างกันเกิดขึ้นแล้ว โดยผลของพฤติการณ์การรู้หรือควรรู้ในฐานะเช่นเดียวกันกับความรับผิดชอบของสื่อแบบดั้งเดิม

อย่างไรก็ดี แม้ผู้เขียนจะเห็นว่า กรณีที่ผู้ให้บริการ *ได้รู้หรือควรรู้* ถึงข้อความหรือข้อมูลอันมิชอบหลังที่มีการเผยแพร่ข้อความหรือข้อมูลที่อยู่ในความดูแลของตน และก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น จะได้ถือว่ามีความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่นจนทำให้เกิดหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายแล้ว แต่หน้าที่ดังกล่าวยังคงได้รับการโต้แย้งจากนักกฎหมายหลายท่านว่าเป็นเพียงหน้าที่ตามศีลธรรมเลื่อนลอย¹⁶ ประกอบกับกรณีตามปัญหายังไม่เคยมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ทำให้ปัญหาดังกล่าวยังคงไม่มีความชัดเจน

¹⁵ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 164.

¹⁶ สาวิตรี สุขศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 148.

(2) ความรับผิดตามกฎหมายพิเศษ

เป็นการพิจารณาความรับผิดมาตรา 420 ประกอบกฎหมายพิเศษอื่นๆ

(2.1) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่...) พ.ศ....

ปัจจุบันได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ.... โดยเพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 32/2 ว่า

มาตรา 32/2 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ให้บริการ หากผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการกระทำดังกล่าว มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

คำว่า “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

1. ผู้ให้บริการส่งผ่าน หรือเชื่อมต่อข้อมูลเพื่อการสื่อสารผ่านระบบดิจิทัล ระหว่างจุดที่กำหนดโดยผู้ใช้งาน โดยมีได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลที่ได้รับหรือส่ง

2. ผู้ให้บริการแก่บุคคลทั่วไปในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือผู้อำนวยความสะดวกโดยประการอื่นในการเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ต

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

การเพิ่มบทบัญญัติตามมาตรานี้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการระบบ (Network Providers) และผู้ให้บริการการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต (Access Providers) โดยไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการส่งผ่าน เก็บ หรือเก็บไว้ชั่วคราวบนเครือข่ายของตน ต่อเมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว เป็นการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ในลักษณะทำนองเดียวกับ DCMA ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เมื่อพระราชบัญญัตินี้ยังมิได้มีการประกาศใช้ การพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในส่วนความรับผิดในความเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้นต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มิได้มีการบัญญัติความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยตรง จึงต้องพิจารณาตามลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์โดยทั่วไปที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 - 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ซึ่งอาจแบ่งประเด็นในการพิจารณาได้ดังนี้

(1) ความรับผิดในส่วนผู้ให้บริการประเภทเนื้อหา (Content Providers)

ผู้ให้บริการประเภื่อนี้อยู่ในฐานะของผู้จัดทำ คัดเลือกข้อมูลที่จะเผยแพร่ตนเองจึงไม่มีปัญหาในแง่ของการพิจารณาความรับผิดเพราะถือว่าการเข้าไปมีส่วนในการกระทำผิดโดยตรง โดยลักษณะของการให้บริการผู้ให้บริการประเภื่อนี้จึงจะถูกพิจารณาในฐานะตัวการหรือผู้สนับสนุนในการกระทำผิดอย่างชัดเจน จึงต้องรับผิดในฐานะผู้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงร่วมกับผู้ก่อละเมิดด้วย

(2) ความรับผิดของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล (Transitory Communication)

เนื่องจากผู้ให้บริการประเภื่อนี้ทำหน้าที่เป็นผู้เชื่อมต่อทางการสื่อสารในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Network Providers) และการเข้าใช้งานในระบบอินเทอร์เน็ต (Access Providers) ผู้ให้บริการกลุ่มนี้จึงไม่ได้มีส่วนเข้าไปดูแล ตรวจสอบเนื้อหาของสื่อทำนองเดียวกับการให้บริการโทรศัพท์ ซึ่งถือเป็น Common Carrier จึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ การดำเนินการให้บริการจึงไม่มีลักษณะต้องตามมาตรา 27 - 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่จะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้แต่อย่างใด

(3) ความรับผิดของผู้ให้บริการประเภท Service Providers

เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers เป็นผู้ให้ความสะดวกและดูแลด้านเทคนิคเป็นหลัก ซึ่งมีลักษณะเทียบได้กับผู้จำหน่ายหรือผู้เผยแพร่ชั้นที่ 2 ของสื่อแบบดั้งเดิม แม้ไม่ได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง แต่เมื่อผู้ให้บริการประเภื่อนี้ได้รู้หรือควรรู้ถึงการมีอยู่ของข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งตนมีอำนาจในการกำจัด ลบทิ้ง ข้อมูลดังกล่าวได้ แต่กลับเพิกเฉย ไม่ดำเนินการใดๆ กับข้อมูลดังกล่าวที่อยู่ในความดูแลของตน ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น กรณีเช่นนี้จึงเกิดปัญหาว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภื่อนี้ต้องรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นด้วยหรือไม่

การกระทำใดจะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ นั้น มีการบัญญัติไว้ในตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 27-31 ซึ่งอาจแบ่งลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ออกได้เป็น 2 ส่วน¹⁷ คือ

¹⁷ นิวัฒน์ มีลาภ, กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายสิทธิบัตร, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2532), น. 60.

1.การละเมิดโดยตรง หรือการละเมิดขั้นต้น (Primary Infringement)¹⁸ หมายความว่า ถึงกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นผู้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันกฎหมายถือเป็น การละเมิดด้วยตนเอง เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณะ ซึ่งบัญญัติอยู่ใน มาตรา 27 - 30 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

เมื่อพิจารณาจากประเด็นตามปัญหา เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers ไม่ได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อผู้เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่ เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพียงแต่พบการเผยแพร่งานอันละเมิดลิขสิทธิ์แล้วเพิกเฉยไม่ กระทำการใดๆเพื่อกำจัด ลบทิ้ง ข้อมูลอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นออก และยังคงปล่อยให้มีการเผยแพร่งานดังกล่าวต่อไปเท่านั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าละเมิดลิขสิทธิ์ตามลักษณะที่บัญญัติอยู่ใน มาตรา 27, 28, 29 และ 30 ได้ ดังนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers จึงไม่ ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 27, 28, 29 และ 30 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

2.การละเมิดโดยอ้อมหรือการละเมิดขั้นรอง(Secondary Infringement) หมายถึง การกระทำที่สืบเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นและมีลักษณะเป็นการส่งเสริมให้งานที่ละเมิด ลิขสิทธิ์มีการแพร่หลายออกไป กฎหมายจึงกำหนดให้การกระทำเหล่านี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เพื่อจะให้เป็นกลไกตัดช่องทางการนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกแพร่หลายต่อไป¹⁹ และเพื่อลงโทษ บุคคลผู้กระทำการอันเป็นการส่งเสริมหรือก่อให้เกิดแรงจูงใจให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงเพราะ ถ้าไม่มีผลประโยชน์ใดๆ มาเป็นสิ่งล่อใจ คงไม่มีบุคคลใดยากจะกระทำการละเมิดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ของคนอื่น²⁰ ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองนี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 31²¹ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

¹⁸ วัส ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์ : ตัวบทพร้อมข้อสังเกต เรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2546), น. 27.

¹⁹ ธัชชัย ศุภผลชัยศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544), น. 210-211.

²⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น. 77.

²¹ มาตรา 31 บัญญัติว่า ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้อย่างงานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิด ลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิด ลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบของการกระทำอันจะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 นี้มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอยู่สองประการคือ ประการแรก คือ ความรู้หรือควรรู้ของผู้กระทำว่างานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และประการที่สอง คือ ความมุ่งหมายเพื่อหากำไรจากการกระทำนั้น²²ซึ่งโดยทั่วไปการกระทำละเมิดโดยทางอ้อมมักจะเป็นการกระทำในทางการค้า เช่น การที่พ่อค้าขายหนังสือที่พิมพ์โดยละเมิดลิขสิทธิ์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3977/2534) เป็นต้น

เมื่อพิจารณาลักษณะการกระทำของผู้ให้บริการประเภท Service Providers แล้วเห็นว่าแม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รู้หรือควรรู้ว่าข้อมูลที่อยู่ในขอบเขตการให้บริการของตนนั้นเป็นข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ และเพิกเฉย ไม่ดำเนินการใดๆ กับข้อมูลดังกล่าว ปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อมูลนั้นต่อสาธารณะต่อไป ตามมาตรา 31 (2) แต่เมื่อการเผยแพร่ต่อสาธารณะดังกล่าว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers มิได้กระทำเพื่อหากำไรแต่อย่างใด เพราะการเผยแพร่งานดังกล่าวเป็นเพียงการดำเนินการให้บริการตามปกติ ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers มีหน้าที่ให้ความสะดวกหรือให้บริการทางด้านเทคนิคอยู่แล้ว เช่น ผู้ให้บริการประเภท Service Providers แบบให้เช่าพื้นที่เก็บข้อมูล (Hosting) ย่อมมีหน้าที่ให้เช่าพื้นที่สำหรับเก็บข้อมูลใดๆ ของผู้เป็นเจ้าของเว็บไซต์อยู่แล้ว การที่เจ้าของเว็บไซต์ซึ่งใช้บริการเช่าพื้นที่จัดเก็บข้อมูลจากผู้ให้บริการแบบให้เช่าพื้นที่เก็บข้อมูล (Hosting) ปล่อยให้ผู้ใช้บริการเว็บไซต์จัดเก็บและแลกเปลี่ยนข้อมูลใดๆ ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านเว็บไซต์นั้น แม้จะเป็นผลให้ผู้เป็นเจ้าของเว็บไซต์ได้ประโยชน์หรือผลกำไรจากการให้บริการภายในเว็บไซต์ของตนมากมายเพียงใด แต่ก็ไม่เป็นผลต่อกำไรของผู้ให้บริการประเภท Service Providers เพราะรายได้ของผู้ให้บริการประเภทนี้ได้รับจากผู้เป็นเจ้าของเว็บไซต์ ซึ่งเป็นเงินจำนวนแน่นอน ไม่ว่าผู้เปิดเว็บไซต์ได้กำไรเพิ่มขึ้นหรือลดลง จึงไม่มีผลต่อค่าเช่าพื้นที่ที่มีการจ่ายเป็นคราวๆ ในจำนวนที่แน่นอน ซึ่งต่างกับพ่อค้าขายหนังสือที่อยู่ในฐานะผู้จำหน่ายเช่นเดียวกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers ที่รู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่าหนังสือที่ตนขายนั้นละเมิดลิขสิทธิ์เพราะหากพ่อค้าขายหนังสือได้มาก พ่อค้าย่อมได้กำไรจากการขายที่เพิ่มสูงขึ้นด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3977/2534) ดังนี้ แม้การที่

-
- (1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ
 - (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
 - (3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
 - (4) นำเข้าหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร

²² รัชชัย ศุภผลชัยศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น. 211.

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รู้หรือควรรู้ว่า ข้อมูลที่อยู่ในขอบเขตการให้บริการของตนนั้นเป็นข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ และเพิกเฉย ไม่ดำเนินการใดๆ กับข้อมูลดังกล่าวซึ่งเป็นการส่งเสริมให้งานอันมีลิขสิทธิ์แพร่หลายออกไป แต่เมื่อการเผยแพร่ดังกล่าวไม่ได้กระทำเพื่อหากำไร จึงไม่ต้องด้วยมาตรา 31 (2) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

ดังนั้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers จึงไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอาศัยสื่ออินเทอร์เน็ตที่อยู่ในขอบเขตการให้บริการของตนตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และนำไปสู่การจัดทำร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ... ซึ่งบัญญัติถึงการกระทำผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะในเวลาต่อมา

(2.2) พระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ พ.ศ.2484

ปัญหาที่น่าสนใจอีกประการหนึ่ง คือ จะนำเอาพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ พ.ศ.2484 นำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประกอบกับมาตรา 420 ในส่วนว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ พ.ศ.2484 มาตรา 4 ให้คำนิยามของสิ่งพิมพ์ว่า หมายความว่า สมุด แผ่นกระดาษหรือวัตถุใดๆ ที่พิมพ์ขึ้นรวมตลอด ทั้งบทเพลง แผนที่ แผนผัง ภาพวาด ภาพระบายสี ใบประกาศ แผ่นเสียง หรือสิ่งอื่นใดอันมีลักษณะเช่นเดียวกัน ดังนี้ โดยสรุปสิ่งพิมพ์จึงหมายถึง สมุด แผ่นกระดาษ หรือวัตถุใด ๆ ก็ตามที่มีการพิมพ์ขึ้น โดยสิ่งที่พิมพ์นั้นอาจเป็นบทเพลง แผนที่ แผนผัง ภาพวาด ภาพระบายสี ใบประกาศ แผ่นเสียง สิ่งอื่นใดอันมีลักษณะเช่นเดียวกัน โดยนัยของความหมายสิ่งพิมพ์ตามมาตรา 4 นี้ จึงมุ่งเน้นไปที่สิ่งซึ่งเป็นวัตถุที่สามารถจับต้องได้เท่านั้น (hard copy) ไม่ครอบคลุมถึงสิ่งพิมพ์ที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายดังกล่าวแล้วจะมีบทบัญญัติควบคุมการออกสิ่งพิมพ์ในลักษณะเป็นวัตถุที่จับต้องได้ เช่น การยัดสิ่งพิมพ์และแม่พิมพ์ตามมาตรา 9 หรือการออกคำสั่งให้งดใช้เครื่องพิมพ์ตามมาตรา 21 นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดโทษในทางอาญาไว้ ซึ่งหากตีความกฎหมายให้ครอบคลุมไปถึงสิ่งพิมพ์ที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แล้ว อาจขัดต่อหลักในกฎหมายอาญาที่จะต้องชัดเจนและแน่นอน ประกอบกับเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ในช่วงเวลาที่มีการออกกฎหมายฉบับนี้ แนวคิดเรื่องการควบคุมและจัดการกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ตยังไม่ปรากฏ จึงสันนิษฐานได้ว่าผู้ร่างกฎหมายน่าจะไม่มี ความมุ่งหมายให้กฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมถึงการกระทำผิดทางอินเทอร์เน็ตด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงไม่อาจนำ

พระราชบัญญัติการพิมพ์มาปรับใช้กับการกระทำผิดทางอินเทอร์เน็ตได้²³ ดังนี้ ไม่ว่าในหลักเกณฑ์ในมาตรา 41 ซึ่งกำหนดยกเว้นความรับผิดชอบของผู้พิมพ์ ผู้โฆษณาและบรรณาธิการ ที่โฆษณาเรื่องเกี่ยวกับบุคคลคลาดเคลื่อนจากความจริงและเกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้น แต่ได้มีการแก้ไขหลังจากมีการแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ได้รับความเสียหายแล้ว ทำให้สิทธิในการฟ้องคดีทั้งทางแพ่งและอาญาระงับ หรือมาตรา 48 ซึ่งวางหลักข้อยกเว้นในเรื่องตัวการกรณีโฆษณาสิ่งพิมพ์อื่นนอกเหนือจากหนังสือพิมพ์ มีข้อความเป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่น ซึ่งโดยหลักผู้ที่ต้องรับผิดชอบในตัวการคือ ผู้ประพันธ์ ซึ่งตั้งใจให้ลงโฆษณาบทประพันธ์นั้น แต่ถ้ามีกรณีที่ผู้ประพันธ์ไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้ตัวผู้ประพันธ์แล้ว ผู้พิมพ์บทประพันธ์ต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการ โดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยหลักในเรื่องตัวการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 อีก เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้อยู่แล้ว²⁴ เมื่อถือว่าสิ่งพิมพ์ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ไม่ได้มีความหมายรวมถึงสิ่งที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นผลให้ไม่อาจนำหลักข้อยกเว้นของทั้งสองมาตราที่ได้กล่าวมาข้างต้นปรับใช้ได้

อย่างไรก็ดี แม้ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติการพิมพ์มาใช้ได้โดยตรง แต่หลักการในเรื่องผู้ประพันธ์ ผู้พิมพ์ บรรณาธิการ ตามพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 นั้นก็อาจถูกหยิบยกมาใช้โดยเทียบเคียงใช้กับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตบางประเภทได้ โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายใกล้เคียงยิ่ง ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการพิจารณาความเชื่อมโยงของบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการเผยแพร่ได้ ตราบที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะใช้บังคับ แต่ไม่อาจนำมาใช้ได้โดยตรงในความหมายสิ่งพิมพ์ด้วยเหตุดังประการที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั่นเอง

(ค) มาตรา 432 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณีผู้ให้บริการได้มีการเผยแพร่ข้อความหรือข้อมูลอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยการอาศัยสื่ออินเทอร์เน็ตนั้น แม้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะไม่ได้เป็นกระทำโดยตรง แต่ก็มีอาจกล่าวได้ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้เกี่ยวข้องชัดเจนนัก เนื่องจากในหลายกรณีผู้ให้บริการเข้าไปมีส่วนรู้เห็นในการกระทำละเมิด ไม่ว่าโดยจัดเก็บ เผยแพร่ ส่งต่อ

²³ สาวิตรี สุขศรี, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 13, น. 132.

²⁴ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3/2542

หรือทำให้ด้วยประการใดๆ ให้ปรากฏซึ่งข้อความหรือข้อมูลที่ไม่ชอบนั้น เป็นผลให้การกระทำผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตบรรลุนิติผลและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นขึ้น ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องเข้ามารับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยหรือไม่ เนื่องจากผู้ให้บริการแต่ละประเภทมีบทบาทและหน้าที่ที่แตกต่างกันออกไป ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงขอจำแนกการวินิจฉัยดังนี้

- กรณีของผู้ให้บริการที่ดำเนินการในส่วนเนื้อหา หรือ Content Providers ซึ่งอยู่ในฐานะของผู้จัดทำ คัดเลือกข้อมูลที่จะเผยแพร่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหา (Editorial Control) เช่นเดียวกับผู้พิมพ์ ผู้ประพันธ์ หรือบรรณาธิการ หรือผู้เผยแพร่ (Publisher) ในสื่อแบบดั้งเดิมนั้น ไม่มีปัญหาในแง่ของการพิจารณาความรับผิดเพราะบุคคลดังกล่าวเป็นผู้จัดทำเนื้อหาและเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวเอง จึงต้องรับผิดเช่นเดียวกับกรณีความรับผิดของผู้พิมพ์ ผู้ประพันธ์ หรือบรรณาธิการ ที่ต้องรับผิดร่วมกับผู้ก่อละเมิดในฐานะผู้กระทำละเมิดร่วม (ในกรณีที่ผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการร่วมกันทำละเมิดโดยทั้งผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการรู้เห็นการกระทำซึ่งกันและกัน ผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการต้องร่วมรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 432 หากเป็นกรณีต่างคนต่างทำต้องพิจารณาตามมาตรา 420 และหากเกิดความเสียหายที่แยกจากกันไม่ได้ก็ต้องรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมในการกระทำละเมิดของตนเอง)

- ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูล หรือ Transitory Communication Providers ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เชื่อมต่อทางการสื่อสารในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Network Providers) ผู้ให้บริการกลุ่มนี้ไม่ได้มีส่วนเข้าไปดูแล ตรวจสอบเนื้อหาของสื่อทำนองเดียวกับการให้บริการโทรศัพท์นั่นเอง หลายประเทศทั่วโลกจึงมีความเห็นในแนวทางเดียวกันว่า ผู้ให้บริการกลุ่มนี้มีฐานะเป็นเพียงผู้ขนส่งสาธารณะ (Common Carrier) โดยหลักแล้วไม่ควรมีส่วนเข้าไปรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้ก่อละเมิดหากผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ได้เป็นผู้ส่ง ไม่ได้กำหนดผู้รับการส่งและไม่ได้กำหนดหรือแก้ไขข่าวสารในการส่งหรือมีส่วนร่วมในการก่อความเสียหาย

- ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทอำนวยความสะดวกในด้านเทคนิคและโปรแกรมซอฟต์แวร์ หรือ Service Providers เป็นผู้ให้ความสะดวกและดูแลด้านเทคนิคเป็นหลักและในบางกรณีผู้ให้บริการประเภทนี้มีอำนาจในการกำจัด ลบทิ้ง ซึ่งข้อความหรือข้อมูลทั้งหลายที่อยู่ในขอบเขตการให้บริการของตน หากปรากฏว่ามีข้อความหรือข้อมูลอันไม่ชอบและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอยู่ในความดูแลของตน ซึ่งผู้ให้บริการได้รู้หรือควรรู้ถึงข้อความหรือข้อมูลดังกล่าวแล้วแต่ยังคงเพิกเฉย ไม่ดำเนินการใดๆ กับข้อความหรือข้อมูลนั้น กรณีเช่นนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง

คือจะถือได้หรือไม่ว่าการเพิกเฉยของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตถือว่ามี การกระทำละเมิดแล้ว เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาขอแยกประเด็นการพิจารณาตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องที่สำคัญซึ่งอาจนำมาปรับใช้ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้ได้ 2 กรณี กล่าวคือ

แม้การเพิกเฉยไม่จำกัด ลบทิ้ง ซึ่งข้อความหรือข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่ในขอบเขตการให้บริการของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่บุคคลจะต้องรับผิดชอบเมื่อตนได้กระทำการดังกล่าว เว้นแต่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของบุคคลอื่นไว้โดยเฉพาะ โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์เกี่ยวกับการงานหรือมีหน้าที่ควบคุมดูแลหรือมีส่วนในการกระทำผิด ดังที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 425 - 432 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องและเห็นว่าจะสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต คือกรณีตามมาตรา 432 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยร่วมกันทำละเมิด ท่านว่าบุคคลเหล่านี้จะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่ไม่สามารถสืบหาตัวได้แน่ว่าในจำพวกที่ทำละเมิดร่วมกันนั้น คนไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย

อนึ่ง บุคคลผู้ยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ท่านก็ให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันด้วย

ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลวินิจฉัยเป็นประการอื่น”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 432 บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำชัดเจน²⁵ ว่า “ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยร่วมกันทำละเมิด...” ซึ่งน่าจะมี

²⁵ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 830 อันเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 432 ที่บัญญัติว่า “กรณีบุคคลหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยการกระทำร่วมกันจะต้องรับผิดชอบผู้เสียหาย” โดยข้อความในประมวลกฎหมายเยอรมันดังกล่าวมิได้แสดงว่าเป็นเรื่องร่วมกันทำละเมิด เพียงแต่บัญญัติไว้ในลักษณะที่ผู้กระทำผิดหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยกระทำร่วมกันซึ่งอาจเป็นได้ทั้งกระทำโดยจงใจหรือกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ต้องรับผิดชอบผู้เสียหายร่วมกันเท่านั้น โดยกฎหมายเยอรมันถือหลักว่าจะต้องรับผิดชอบบนพื้นฐานของความผิด (Liability Based on Fault)

หลักเกณฑ์คล้ายกับหลักเกณฑ์ในเรื่องตัวการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83²⁶ ที่พิจารณาถึงเจตนาร่วมกันของผู้กระทำแต่ละคนที่มีเจตนาจะร่วมกันให้ความผิดนั้นสำเร็จลงด้วยตนเอง โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำพร้อมกันหรือเหมือนกัน เพียงแต่ผู้กระทำทุกคนต่างรู้ถึงการกระทำของกันและกัน และต่างประสงค์ถือเอาการกระทำของแต่ละคนเป็นการกระทำของตนด้วย²⁷

นอกจากนี้ การร่วมกันทำละเมิดตามมาตรา 432 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ยังต้องพิจารณาการกระทำของผู้กระทำแต่ละคนด้วยว่า ต้องตามมาตรา 420 หรือไม่ และหากเป็นกรณีต้องตามมาตรา 420 แล้ว แม้แต่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดร่วมกันโดยรวมจะเกิดความเสียหายมากมายเกินกว่าความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำของแต่ละคน ผู้ร่วมกระทำละเมิดก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น

เมื่อพิจารณาการกระทำของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers แล้ว หากได้รู้หรือควรรู้ถึงข้อความหรือข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่ในความดูแลของตน แต่เพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆ ทำให้ไม่ปรากฏซึ่งข้อความหรือข้อมูลที่มีขอบนั้น และทำให้การกระทำละเมิดของผู้ก่อละเมิดโดยตรงบรรลุผลสร้างความเสียหายแก่บุคคลอื่น ก็ไม่ถือเป็นการกระทำละเมิดร่วมตามมาตรา 432 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการเพิกเฉยของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่ไม่ได้เกิดจากคบคิดมาแต่ต้นระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ก่อละเมิดว่าจะกระทำละเมิดร่วมกัน หากแต่เป็นกรณีที่ผู้ใช้บริการได้อาศัยสื่ออินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการสร้างความเสียหายแก่ผู้อื่นด้วยประการต่างๆ โดยลำพัง เช่น เผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทหรือดาวน์โหลดข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ ส่วนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะได้อยู่หรือควรรู้ถึงการมีอยู่ของข้อความและข้อมูลที่มีขอบอยู่ก่อนและมุ่งหมายให้การกระทำละเมิดนั้นสำเร็จลงด้วยตนเองหรือไม่ก็ตาม แต่เมื่อผู้ก่อละเมิดโดยตรงไม่ได้รู้ถึงความตั้งใจและมีได้มีการร่วมคบคิดกันมาก่อน ทั้งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็เพียงแค่เพิกเฉยต่อการกำจัด ลบ หรือทำให้ไม่ปรากฏต่อข้อความหรือข้อมูลอันมิชอบ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำร่วมกับผู้ก่อละเมิด (เทียบได้กับตัวการในทางอาญา) ตามนัยแห่งมาตรา 432 วรรคหนึ่ง

²⁶ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 บัญญัติว่า “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

²⁷จิตติ ดิงศภิทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2546), ข้อ 145-153.

ส่วนการร่วมกันทำละเมิดตามมาตรา 432 วรรคสอง เป็นเรื่องของการยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นกระทำความผิด ในลักษณะที่เป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งเปรียบเทียบได้กับผู้ใช้ ในมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรืออาจเป็นการให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งมีลักษณะเปรียบเทียบได้กับผู้สนับสนุน ตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งทั้งการเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนทางอาญาเมื่อพิจารณาในทางแพ่งแล้วล้วนถือตกอยู่ในลักษณะของการกระทำละเมิดร่วมกัน²⁸ ตามมาตรา 432 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ การกระทำของผู้ยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลืออาจเป็นเพียงการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดหรือช่วยเหลือในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งหากต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าบุคคลเหล่านี้มีการกระทำความผิดองค์ประกอบของการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 แล้ว ก็อาจจะไม่สามารถนำบุคคลเหล่านี้เข้ามาร่วมรับผิดกับผู้ลงมือกระทำความผิดได้ ตามมาตรา 432 วรรคสอง กฎหมายจึงให้ถือว่าผู้ยุยง ส่งเสริมหรือช่วยเหลือเป็นผู้ร่วมทำละเมิดด้วย²⁹

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 432 วรรคสองประกอบในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภท Service Providers จะเห็นได้ว่าการที่ผู้ให้บริการเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดๆ ทำให้ไม่ปรากฏซึ่งข้อความหรือข้อมูลที่มีขอบ ซึ่งอยู่ในขอบเขตการให้บริการของตน ทั้งที่รู้หรือควรรู้ว่าข้อความหรือข้อมูลนั้นมีขอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะรู้หรือควรรู้จะเกิดขึ้นเมื่อใด แม้ภายหลังการเผยแพร่ก็ถือว่าเป็นการให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนได้ เนื่องจากการกระทำละเมิดยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องตราบเท่าที่ยังมีการเผยแพร่ข้อความหรือข้อมูลอันมีขอบนั้น การช่วยเหลือหรือสนับสนุนจึงอาจมีขึ้นได้ตลอดเวลาที่การละเมิดยังไม่สิ้นสุด เมื่อการเพิกเฉยดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยความตั้งใจของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะส่งเสริมหรือช่วยเหลือการกระทำละเมิดของผู้ก่อละเมิดโดยตรงแล้ว ย่อมถือเป็นการส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการทำละเมิดตามมาตรา 432 วรรคสองได้ ซึ่งการละเมิดตามวรรคนี้เป็นผลให้แม้โดยลำพังการกระทำของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจไม่ครบองค์ประกอบของการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ก็อาจถือได้ว่าเป็นการร่วมกันทำละเมิดกับผู้ก่อความเสียหายโดยตรงตามมาตรา 432 วรรคสองได้ด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 432 วรรคสอง กำหนดให้ผู้ส่งเสริมหรือช่วยเหลือต้องรับผิดชอบร่วมกันทำละเมิด และการช่วยเหลือหรือสนับสนุนไม่จำเป็นต้องครบองค์ประกอบตามมาตรา

²⁸ พจน ฤษปาคม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 354.

²⁹ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 149.

420 แต่ต้องปรากฏว่าได้มี “การกระทำ” ในลักษณะของการส่งเสริม หรือช่วยเหลือเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งการพิจารณาว่าเมื่อใดเกิดการกระทำขึ้นแล้วหรือไม่คงต้องอาศัยข้อพิจารณาเช่นเดียวกับมาตรา 420 ที่ได้มีการกล่าวไว้ข้างต้น กล่าวคือ ถือว่าการที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รู้หรือควรรู้ถึงข้อมูลอันไม่ชอบและเพิกเฉยไม่ดำเนินการกำจัด ลบ หรือทำให้ไม่ปรากฏซึ่งข้อมูลดังกล่าวนั้นเป็นการละเว้นหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์อันเกิดจากพฤติการณ์อย่างอื่น ซึ่งการละเว้นดังกล่าวอาจมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้มีการละเมิด ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงต้องรับผิดชอบที่เกิดจากการให้บริการที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือช่วยเหลือตามมาตรา 432 ได้

นอกจากนี้ ปัญหาอีกประการหนึ่งของความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตคือเรื่องภาระการพิสูจน์ของผู้ที่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติข้อสันนิษฐานไว้เป็นคุณแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายไว้โดยเฉพาะ ผู้ที่ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นโจทก์และผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้นขึ้น ย่อมต้องรับภาระการพิสูจน์ตามมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งถือเป็นภาระหน้าที่สำคัญของผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากผู้ที่ได้รับความเสียหายบางรายเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ด้านเทคโนโลยีเลยหรือแม้จะมีความรู้ด้านเทคโนโลยีบ้าง แต่เมื่อเปรียบเทียบกับศักยภาพของคู่ความฝ่ายตรงข้ามที่มีอำนาจทั้งในด้านทุนทรัพย์และศักยภาพทางด้านเทคโนโลยีแล้ว ก็ดูจะเป็นภาระสำคัญของผู้ที่ได้รับความเสียหายเสมือนเป็นการซ้ำเติมผู้ที่ได้รับความเสียหายเสียมากกว่า ทั้งหลักฐานที่สำคัญที่จะต้องแสดงต่อศาลให้เห็นถึงการก่อความเสียหายก็ยังคงอยู่ในความครอบครองของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแทบทั้งสิ้น ดังนี้ แม้ผู้ที่ได้รับความเสียหายอาจอาศัยหลักความรับผิดในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับต่อความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ แต่ภาระการพิสูจน์เพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นยังคงเป็นเรื่องที่สร้างความยากลำบากและเป็นภาระที่หนักหน่วงอีกประการหนึ่งของผู้ที่ได้รับความเสียหาย

4.2 วิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดความรับผิดทางแพ่ง

ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยกับต่างประเทศ

แม้ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกรอบนิติความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะโดยจัดแบ่งความรับผิดตามประเภทของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เช่น ประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป แต่เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่มีการบัญญัติถึงความรับผิดของผู้ให้บริการ

อินเทอร์เน็ตไว้อย่างชัดเจนของไทยในขณะนี้ก็มีแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแยกไว้ต่างหากอีกส่วนอย่างชัดเจนในมาตรา 15 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบเครือข่ายที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14”

มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น”

นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ.... มาตรา 32/2 บัญญัติว่า การกระทำแ่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ให้บริการ หากผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการกระทำดังกล่าว มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

คำว่า “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

1. ผู้ให้บริการส่งผ่าน หรือเชื่อมต่อข้อมูลเพื่อการสื่อสารผ่านระบบดิจิทัล ระหว่างจุดที่กำหนดโดยผู้ใช้งาน โดยมีได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลที่ได้รับหรือส่ง

2. ผู้ให้บริการแก่บุคคลทั่วไปในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือผู้อำนวยความสะดวกโดยประการอื่นในการเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ต

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ซึ่งบัญญัติถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะอีกส่วนหนึ่ง จากกฎหมายและร่างกฎหมายนี้ทำให้เห็นกระแสและทิศทางของกฎหมายไทยว่าน่าจะเดินตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ คือ การบัญญัติกฎหมายที่กำหนดความรับผิดไว้เฉพาะเรื่องตามลักษณะความผิดหรือความรับผิด ไม่มีบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้บังคับกับการกระทำผิดทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามแนวทางของสหภาพยุโรป การบัญญัติ

กฎหมายกำหนดความรับผิดชอบไว้เฉพาะเรื่องเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมไทยเป็นอย่างมาก เพราะ

(1) จะก่อให้เกิดปัญหาทำให้ต้องมีการบัญญัติกฎหมายใหม่อยู่เรื่อยไปเนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวผ่านอินเทอร์เน็ตย่อมมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบ และมีความหลากหลายมากขึ้นตามความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยี

(2) การบัญญัติกฎหมายตามลักษณะของความผิดเหมาะสมสำหรับกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ที่ศาลอาจตีความกฎหมายและแนวคำพิพากษาในคดีก่อนๆ โดยนำหลักเกณฑ์ที่ได้มาเทียบเคียงและปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้นใหม่เพื่ออุดช่องว่างโดยไม่ต้องยึดติดกับตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดเช่นการบังคับกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอร์อันรวมถึงประเทศไทย การบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับตามลักษณะความผิดที่เกิดขึ้นสำหรับประเทศไทยจึงอาจเป็นเพียงแค่การแก้ปัญหาระยะสั้น เพราะหากเกิดความผิดรูปแบบใหม่ๆ ขึ้นมา กฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ก็ไม่น่าจะนำมาใช้ครอบคลุมกรณีที่เกิดขึ้นใหม่ได้อีก และยังคงต้องกลับไปใช้กฎหมายทั่วไปอื่นที่มีการบัญญัติปรับแก้กรณีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่อยๆ และสุดท้ายหากไม่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้อีก รัฐสภาก็อาจต้องมีการบัญญัติกฎหมายใหม่อยู่เรื่อยไป

ดังนั้น ด้วยสภาพความไม่แน่ชัดในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยและแนวทางการบัญญัติกฎหมายที่เป็นอยู่ของประเทศไทยจึงดูเหมือนปัญหาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างสมบูรณ์

4.3 เขตอำนาจศาล

เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเป็นรูปแบบการสื่อสารประเภทหนึ่งซึ่งไม่มีพรมแดน กระทำละเมิดอาจเกิดขึ้นได้จากทุกมุมโลก ปัญหาว่าศาลใดเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาหรือปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่ง

ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 2 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้เสนอคำฟ้องต่อศาลใด เว้นแต่

(1) เมื่อได้พิจารณาถึงสภาพแห่งคำฟ้องและชั้นของศาลแล้ว ปรากฏว่า ศาลนั้นมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และ

(2) เมื่อได้พิจารณาถึงคำฟ้องแล้ว ปรากฏว่าคดีนั้นอยู่ในเขตศาลนั้นตามบทบัญญัติ

แห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง และตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเขตศาลด้วย”

และมาตรา 4 บัญญัติว่า

“เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น

(1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่

(2) คำร้องขอ ให้เสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล”

การพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลต้องพิจารณาตาม พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลชำนานาญพิเศษต่างๆ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้โจทก์สามารถยื่นฟ้องต่อศาลได้ที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือศาลที่มูลคดีเกิดได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะเลยจะมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรหรือไม่

ศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนานั้น หากจำเลยเป็นบุคคลธรรมดา ตามมาตรา 37 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดให้ของภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดา ได้แก่ถิ่นอันบุคคลนั้นมีสถานที่อยู่เป็นแหล่งสำคัญ ส่วนหากจำเลยเป็นนิติบุคคลนั้น ตามมาตรา 68 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดภูมิลำเนาของนิติบุคคลได้แก่ถิ่นอันเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่หรือถิ่นอันเป็นที่ตั้งที่ทำการหรือถิ่นที่ได้เลือกเอาเป็นภูมิลำเนาเฉพาะการตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง นอกจากนี้ ตามมาตรา 3 (2) (ก)(ข) ได้กำหนดให้ภูมิลำเนาของจำเลยนั้นในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไว้ให้รวมถึงภูมิลำเนาในราชอาณาจักรภายในกำหนดสองปีก่อนวันที่มีการเสนอคำฟ้อง หรือถ้าจำเลยประกอบหรือเคยประกอบกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในราชอาณาจักรไม่ว่าโดยตนเองหรือตัวแทน หรือโดยมีบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้ติดต่อในการประกอบกิจการนั้นในราชอาณาจักร ให้ถือว่าสถานที่ที่ผู้หรือเคยใช้ประกอบกิจการหรือติดต่อดังกล่าว หรือสถานที่อันเป็นถิ่นที่อยู่ของตัวแทนหรือของผู้ติดต่อในวันที่มีการเสนอคำฟ้องหรือภายในกำหนดสองปีก่อนนั้น เป็นภูมิลำเนาของจำเลยอีกด้วย

ส่วนศาลที่มูลคดีเกิดนั้น หมายความว่าศาลที่ต้นเหตุอันเป็นที่มาแห่งการโต้แย้งสิทธิอันจะทำให้โจทก์เกิดอำนาจฟ้อง³⁰ ถ้าเป็นฟ้องให้รับผิดชอบในมูลละเมิด เหตุละเมิดเกิดขึ้นในศาลใด

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2537/2540 (เนติ.) น.889.

ถือว่ามูลคดีเกิดในศาลนั้น หากเป็นการฟ้องให้รับผิดชอบตามสัญญา ศาลที่มูลคดีเกิด ได้แก่สถานที่ที่มีการทำสัญญาและประพจน์คดีสัญญา

นอกจากนี้ ตามมาตรา 4 ตี๋ ได้บัญญัติให้คำฟ้องอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ทวิ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ถ้าโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้สิทธิโจทก์อาจเสนอคำฟ้องต่อศาลแพ่งหรือต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลก็ได้อีกด้วย

เมื่อพิจารณาเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วเห็นว่าในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนี้ เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่อยู่ในรูปของนิติบุคคล จึงต้องพิจารณาตามมาตรา 68 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ให้ศาลที่มีเขตอำนาจอยู่ในสถานที่อื่นเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่หรือถิ่นอันเป็นที่ตั้งที่ทำการหรือถิ่นที่ได้เลือกเอาเป็นภูมิลำเนาเฉพาะการตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ หรืออาจเลือกฟ้องต่อศาลที่มูลคดีเกิด โดยตามแนวคำพิพากษากฎีกานั้นถือว่ามูลคดีเกิดในเขตอำนาจศาลเหนือสถานที่ที่มีการเปิดหน้าจอบคอมพิวเตอร์และพบเห็นข้อมูลหรือข้อความที่มีชอบนั้น ดังนี้ ศาลที่การละเมิดเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์นี้จึงเป็นอีกศาลหนึ่งที่มีเขตอำนาจเหนือกรณีความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือมูลคดีมิได้เกิดในราชอาณาจักรก็อาจอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 4 ตี๋ หรือมาตรา 3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลตามลำดับได้อีกด้วย