

กฎหมายไทยเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานและสภาพปัญหา

หลักกฎหมายด้านพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของไทยนั้น มีด้วยกันหลายฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2550 ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ข้อกำหนด คดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง 2543 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเหล่านี้จะมีเนื้อหาอย่างไร ครบถ้วนเพียงพอในการสร้างความสะดวกและคุ้มครองสิทธิของคุณความในการ อ้างอิงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานแล้วหรือไม่ จะได้ศึกษากันต่อไป ดังนี้

1. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

1.1 ลักษณะทั่วไป

ในการพิสูจน์ความจริงในกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ต้องอาศัยพยานหลักฐาน เป็นสำคัญ หากคู่ความฝ่ายที่อ้างข้อเท็จจริงใดแล้วก็ต้องแสดงพยานหลักฐานให้ศาลเห็น หากไม่สามารถแสดงได้ ศาลก็ไม่อาจรับฟังว่ามีข้อเท็จจริงเช่นนั้น ซึ่งอาจทำให้ประเด็นที่ต่อสู้กันคู่ความ ฝ่ายนั้นอาจเป็นฝ่ายแพ้คดีได้ ทั้งนี้ การนำพยานหลักฐานมาสืบบนนอกจากจะต้องแสดงให้ศาลเห็น ถึงความถูกต้องแท้จริงและความน่าเชื่อถือแล้วยังจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรการต่าง ๆ ที่ กฎหมายกำหนด เช่น วิธีการนำสืบพยานหลักฐานนั้น ๆ เป็นต้น

โดยปกติแล้ว คู่ความเป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริงย่อมมีสิทธิที่จะนำพยาน หลักฐานใด ๆ มาสืบได้ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้¹ ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนด

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 85

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน และการยื่นพยานหลักฐานก็ตาม และศาลเองก็ต้องรับฟังข้อเท็จจริงภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายวางไว้² เช่นกัน เช่น หากเป็นพยานหลักฐานก็ต้องนำต้นฉบับสืบ เว้นแต่เป็นข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นศาลก็จะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐาน และศาลก็มีอำนาจที่จะทำการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม ซึ่งอาจรวมถึงการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องให้ ฝ่ายใดร้องขอ หากศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม³

ในการนำสืบพยานหลักฐานนั้น คู่ความต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การยื่นบัญชีระบุพยาน (มาตรา 88) การส่งสำเนาเอกสาร (มาตรา 90) เป็นต้น หากคู่ความไม่ดำเนินการ ตามปกติศาลก็ต้องไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีนั้น แต่กฎหมายเองก็ได้ให้อำนาจแก่ศาลหากศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จำเป็นจะต้องสืบพยานหลักฐานอันสำคัญซึ่งเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญในคดี ก็สามารถทำได้⁴

ระบบกฎหมายพยานหลักฐานของไทยนั้น กำหนดพยานหลักฐาน ไว้ 4 ประเภท คือ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นการกำหนดประเภทตามวิธีการนำสืบ (การยื่นพยานหลักฐาน) และการรับฟังพยานหลักฐาน จึงเกิดคำถามที่ตามมาว่าหากเป็นพยานหลักฐานประเภทอื่นนอกจาก 4 ประเภทข้างต้นแล้ว ศาลจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่

สำหรับพยานหลักฐานประเภทอื่น ๆ นอกจากที่กำหนดไว้ 4 ประเภท ข้างต้นนั้น คู่ความจะสามารถนำเสนอต่อศาลได้หรือไม่ และศาลจะต้องรับฟังเป็นพยานหลักฐานหรือไม่ มีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า ในการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลนั้น คู่ความสามารถนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลได้เฉพาะพยานหลักฐาน 4 ประเภท คือ พยานบุคคล พยานวัตถุ พยานเอกสาร และพยานผู้เชี่ยวชาญ เท่านั้น หากนำพยานหลักฐานอื่น ๆ มาก็ต้องจัดให้อยู่ใน 4 ประเภทนี้ และนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสืบและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานของพยาน

² โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544), น. 18.

³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสาม

⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87

หลักฐานแต่ละประเภทมาใช้ด้วย

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า ในการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลนั้น หากเป็นพยานบุคคล พยานวัตถุ พยานเอกสาร และพยานผู้เชี่ยวชาญ แล้ว คู่ความก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสืบและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานของพยานหลักฐานแต่ละประเภท แต่หากเป็นพยานหลักฐานประเภทอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะแตกต่างไปก็ไม่ต้องนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสืบและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานของพยานหลักฐานทั้ง 4 ประเภท ที่กฎหมายกำหนดมาใช้ แต่ให้เป็นดุลพินิจของศาลในการนำสืบและการรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่ 2 นี้ เพราะในการพิจารณาคดีของศาลนั้น ศาลจำเป็นต้องได้รับทราบข้อมูล ข้อเท็จจริง ที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดในคดีทุกอย่าง การจำกัดประเภทพยานหลักฐานไว้แค่เพียง 4 ประเภท และกำหนดให้มีวิธีการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐาน 4 แบบ โดยไม่คำนึงถึงลักษณะและสภาพของพยานหลักฐาน อาจทำให้เกิดข้อขัดข้องในการนำสืบและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งจะส่งผลให้ข้อมูล ข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้น ไม่สามารถเข้าสู่ศาลได้เต็มที่ อันจะส่งผลให้เกิดปัญหาต่อการประสิทธิประสาทความยุติธรรมของศาลโดยตรง ประกอบกับตามมาตรา 86 วรรค 3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะทำการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม ซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ หากศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม ซึ่งการสืบพยานเพิ่มเติมนี้ก็ได้จำกัดว่าศาลจะต้องนำพยานหลักฐานเฉพาะ 4 ประเภทข้างต้นมาสืบเท่านั้น ศาลจึงมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการรับฟังข้อมูล ข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในประเด็นแห่งคดีมาสู่กระบวนการพิจารณาได้ และตามความเห็นของฝ่ายแรก หากในอนาคตต้องการให้รับฟังพยานหลักฐานใด ๆ เพิ่มขึ้น นอกจาก 4 ประเภทข้างต้นได้ ก็จะเป็นภาระอย่างยิ่งที่จะต้องบัญญัติกฎหมายรองรับเพิ่มเติม แต่ตามความเห็นของฝ่ายที่ 2 หากยอมรับว่าอำนาจการรับฟังพยานของศาลไม่จำกัดเฉพาะพยาน 4 ประเภทข้างต้นแล้ว ศาลก็ย่อมสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ทั้งสิ้น โดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองอีกแต่อย่างใด แต่หากเห็นว่าพยานหลักฐานใดมีความสำคัญก็อาจนำมาบัญญัติหลักเกณฑ์ในการนำสืบและการรับฟังพยานหลักฐานไว้โดยเฉพาะได้

1.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานและสภาพปัญหา

ตามมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริงย่อมมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานใด ๆ มาสืบได้ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานและการยื่นพยานหลักฐาน ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในปัจจุบันกำหนดประเภทพยานหลักฐานได้ 4 ประเภท คือ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รองรับการนำพยานหลักฐานมาสืบจึงจำกัดอยู่เฉพาะ 4 ประเภทนี้เท่านั้น แต่ยังไม่มีการที่รองรับพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะหากจะนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาเป็นพยานหลักฐานโดยเป็นพยานประเภทใดประเภทหนึ่งใน 4 ประเภทดังกล่าวแล้ว ก็อาจไม่เหมาะสมเพราะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีคุณลักษณะพิเศษต่างไปจากพยานเอกสารและพยานวัตถุโดยทั่วไป รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 5

เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังไม่มีบทบัญญัติที่รองรับการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาสืบและการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานโดยเฉพาะ จึงต้องศึกษาต่อไปว่ามีกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานและการยื่นพยานหลักฐานรองรับการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานหรือไม่ และหากมีจะเหมาะสมแล้วหรือไม่เพียงใด ซึ่งก็พบว่าปัจจุบันกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานและการยื่นพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ได้แก่ ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ข้อ 33-36 ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ข้อ 20-23 ข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544 ข้อ 30-33 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง 2543 ข้อ 23 พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 11 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 25 และมาตรา 26 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 10 ซึ่งจะได้ศึกษากันต่อไปถึงความเหมาะสมและเพียงพอในการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาสืบและการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งหรือไม่

1.3 ร่างข้อกำหนดประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐาน พ.ศ. ...

1.3.1 ลักษณะทั่วไป

แต่เดิมมีความพยายามในการนำเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ในการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน ในมาตรา 93/1 มาตรา 93/2 มาตรา 93/3 และมาตรา 93/4 ซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 เนื่องจากตามความเห็นของกระทรวงยุติธรรมเห็นว่ามาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 กำหนดเพียงการให้รับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว แต่ยังไม่ได้มีการกำหนดวิธีการยื่นพยานหลักฐานดังกล่าวต่อศาล⁵ แต่อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายดังกล่าวก็ได้ตกไปในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยปรากฏเหตุผลของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 11) ว่า “...ประธานศาลฎีกาสามารถออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการนำสืบพยานหลักฐานดังกล่าวได้อยู่แล้ว ตามร่างมาตรา 10 (เพิ่มมาตรา 103/3) ของร่างกฎหมายฉบับนี้...”⁶ ซึ่งปัจจุบันร่างกฎหมายดังกล่าวก็ได้ประกาศใช้แล้ว⁷ โดยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน แต่ก็มีมาตรา 103/3 ให้อำนาจประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกามีอำนาจออกข้อกำหนดใด ๆ เพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวทางการนำสืบพยานหลักฐานได้ ซึ่งขณะนี้กำลังมีการดำเนินการยกร่างข้อกำหนดประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐาน พ.ศ. ... โดยได้กำหนดเกี่ยวกับการนำสืบและการรับฟังข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานไว้ในข้อ 12 ข้อ 13 ข้อ 14 และข้อ 15 ซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540

⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบการปรับปรุงกฎหมาย พ.ศ. 2546 เกี่ยวกับพยานหลักฐาน น. 4

⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบการปรับปรุงกฎหมาย พ.ศ. 2546 เกี่ยวกับพยานหลักฐาน น. 5

⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550

1.3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

ตามร่างข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 โดยกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ใน ข้อ 12-15 โดยให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง มีวิธีการนำสืบ การรับฟัง เป็นพยานหลักฐาน โดยเฉพาะ ดังนี้

(1) ประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ ข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดย เครื่องคอมพิวเตอร์ (ข้อ 12) ข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือได้มาจากไมโครฟิล์ม สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือ สื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น (ข้อ 15)

(2) การยื่นพยานหลักฐาน

วิธีการนำสืบนี้มีความสำคัญ คู่ความจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเกี่ยวกับวิธีการนำสืบ ตามข้อ 13 กล่าวคือ ต้องมีการยื่นบัญชีระบุพยาน และยื่นสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น มิฉะนั้นศาล ก็จะไม่รับฟังข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน เว้นแต่ศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจะ รับฟังข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐานประกอบพยานหลักฐานอื่นด้วยก็ได้

(1) การยื่นบัญชีระบุพยาน คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องระบุ ข้อมูลที่จะอ้างไว้ในบัญชีระบุพยานตามมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พร้อมยื่นคำแถลงแสดงความจำนงเช่นนั้น และคำรับรองตามข้อ 12 วรรคสอง กล่าวคือ คำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้นถึงการกระทำตามปกติของผู้ใช้และความถูกต้อง ของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูล

(2) การยื่นสำเนาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จะต้องสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นในจำนวนที่เพียงพอเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมารับไปจากเจ้า พนักงานศาล เว้นแต่

- สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่น หรือของบุคคล ภายนอก ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตส่งคำ รับรองตามข้อ 12 วรรคสอง และสำเนาสื่อบันทึกข้อมูล และขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกสื่อที่บันทึก ข้อมูลนั้นมาจากผู้ครอบครอง โดยให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงนั้นมีหน้าที่ติดตามเพื่อให้ได้ให้สื่อที่บันทึก ข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

- ถ้าการทำสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น จะทำให้กระบวนการพิจารณาค่าเช่าหรือเป็นที่ เสื่อมเสียแก่คู่ความซึ่งอ้างอิงข้อมูลนั้น หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น

ให้แล้วเสร็จภายในเวลาตามที่กำหนดได้ ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตจัดส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลและขอนำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยาน หรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

ถ้าคู่ความฝ่ายที่อ้างอิงไม่สามารถนำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลได้ภายในเวลาตามวรรคหนึ่ง ศาลจะกำหนดให้ทำการตรวจข้อมูลดังกล่าว ณ สถานที่ เวลา และภายในเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควร แล้วแต่สภาพแห่งข้อมูลนั้นๆ ก็ได้

(3) การรับรองความถูกต้อง

วิธีการในการรับรองความถูกต้องตามร่างข้อกำหนดนี้อาจแบ่งได้ 3 วิธี คือ

ก. การรับรองความถูกต้องโดยคู่ความฝ่ายที่อ้าง (ข้อ 12)

ศาลอาจรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ หากคู่ความฝ่ายนั้นแสดงให้เห็นได้ว่า

(1) การบันทึกข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และ

(2) การบันทึกและการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้องและหากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น

การกระทำตามปกติของผู้ใช้ตาม (1) และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลตาม (2) ต้องมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้น

ข. การรับรองความถูกต้องเพราะการไม่คัดค้านของคู่ความอีกฝ่าย (ข้อ 14)

คู่ความฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มาเป็นพยานหลักฐานยันตนอาจยื่นคำแถลงต่อศาลก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จหรือในภายหลังโดยศาลอนุญาตเพราะมีเหตุอันสมควร เพื่อคัดค้านการอ้างข้อมูลนั้น โดยเหตุที่ว่า

- ข้อมูลดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขของการรับฟังตามข้อ 12 หรือ
- สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นปลอม หรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมดหรือ

บางส่วน

ในกรณีที่มีการคัดค้านดังว่ามานี้ ให้นำมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

หากคู่ความซึ่งประสงค์จะคัดค้านแต่ไม่ได้คัดค้านตามที่กล่าวมาข้างต้น ศาลก็อาจรับฟังได้ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกต้องแท้จริงแล้ว

ค. การรับรองความถูกต้องโดยการตรวจสอบของศาล (ข้อ 14)

ศาลมีอำนาจในการที่จะได้ส่วนและชี้ขาดในเรื่องเงื่อนไขของการรับฟังข้อมูลนั้น ตามข้อ 12 หรือในเรื่องความแท้จริงหรือถูกต้องของสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นว่านั้น ในเมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

1.3.3 สภาพปัญหา

ร่างข้อกำหนดนี้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการนำสืบและรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานไว้ ซึ่งการที่นำมากำหนดเป็นข้อกำหนดประธานศาลฎีกาก็จะทำให้มีขอบเขตการใช้มากขึ้นครอบคลุมคดีแพ่งทุกประเภทแล้ว แต่อย่างไรก็ตามร่างข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงบทคัดพยานในการรับฟังพยานหลักฐานได้แก่ หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด หลักการรับฟังพยานบอกเล่า จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าจะนำมาใช้แค่ไหนเพียงใด นอกจากนี้รูปแบบของการรับรองความถูกต้องมีเพียง 3 วิธีเท่านั้น และก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีบางประการ ได้แก่ ความสะดวก ความสามารถในการพิสูจน์ความจริง กล่าวคือ ในการรับรองความถูกต้องนั้นยังใช้หลักกฎหมายดั้งเดิม คือ ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงโดยอ้อมมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งวิธีการดังกล่าวขาดความสะดวกแก่คู่ความ เพราะบางกรณีผู้กล่าวอ้างไม่จำเป็นต้องพิสูจน์อีกก็ได้ เช่น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ผ่านการรับรองของหน่วยงานรับรองหรือบุคคลภายนอกที่น่าเชื่อถือ เป็นต้น อีกทั้งเมื่อได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศก็จะเห็นได้ว่ามีแนวทางในการรับรองความถูกต้องที่หลากหลาย ซึ่งก็น่าจะนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยได้ตามความเหมาะสม สำหรับปัญหาความสามารถในการพิสูจน์ความจริงนั้น ร่างข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาดังกล่าว คู่ความที่กล่าวอ้างมีภาระการพิสูจน์ให้เห็นถึงความถูกต้องแท้จริง ซึ่งจะเป็นปัญหากรณีที่ผู้กล่าวอ้างไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือมีน้อย คู่ความดังกล่าวจะสามารถนำสืบพิสูจน์ได้อย่างไร จึงจำเป็นที่กฎหมายต้องมีกฎเกณฑ์เข้ามาช่วยเหลือในจุดนี้ด้วย

จากสภาพปัญหาข้างต้นนั้น จึงควรมีการทบทวนร่างข้อกำหนดดังกล่าว ปรับเปลี่ยนเพิ่มเติมเนื้อหาเพื่อแก้ปัญหาเหล่านี้ให้ได้ โดยอาจนำแนวทางตามกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ตามความเหมาะสม ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอต่อไปในบทที่ 5

2. พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

2.1 ลักษณะทั่วไป

ขอบเขตการใช้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยหลักใช้กับธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้นำกฎหมายมาใช้บังคับแก่ธุรกรรมในการดำเนินงานของรัฐบางเรื่อง ดังที่กำหนดไว้ในหมวด 4 ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ภาครัฐ ซึ่งคำว่า “ธุรกรรม” นั้น หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับกิจกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ หรือในการดำเนินงานของรัฐตามที่กำหนดในหมวด 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น จะเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตครอบคลุมคดีแพ่งและพาณิชย์ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคดีละเมิดหนี้ คดีเด็กและเยาวชน คดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าต่างประเทศ และถือได้ว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานในกฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตครอบคลุมในคดีแพ่งเทียบเท่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว เว้นแต่กรณีที่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ซึ่ง ข้อยกเว้นที่ไม่นำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปใช้บังคับ คือ ธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับ (มาตรา 3 วรรค 1)

การที่กฎหมายให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดธุรกรรมที่ยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาใช้บังคับนั้น เพราะเหตุผลที่ว่าธุรกรรมบางประเภทโดยสภาพไม่อาจทำด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการพัฒนาทางเทคโนโลยียังไม่เอื้ออำนวยให้สามารถดำเนินการในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งบางกรณีอาจเป็นนโยบายของกฎหมายที่ต้องการยกเว้นเพราะธุรกรรมบางประเภทมีความละเอียดอ่อนที่ต้องการการพิจารณาอย่างรอบคอบก่อนดำเนินการ ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายสามารถปรับใช้ได้เหมาะสมกับสภาพการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจึงได้บัญญัติให้การยกเว้นธุรกรรมที่มีให้ทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งการกำหนดข้อยกเว้นของธุรกรรมบางประเภทที่มีให้ดำเนินการด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ มีบัญญัติในกฎหมายของหลายประเทศ เช่น Singapore Electronic Transaction Act 1998, Hong Kong Electronic Transaction Ordinance 2000 หรือ USA Electronic Signatures in Global and National Commerce Act 2000 เป็นต้น โดยประเภทของธุรกรรมที่ได้รับยกเว้น ได้แก่ พันัยกรรม การดำเนินการใด ๆ

เกี่ยวกับการโอนสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ หรือตราสารเปลี่ยนมือได้ เป็นต้น⁸ โดยปัจจุบันมีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับแก่ธุรกรรม 2 ประเภท คือ ธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก⁹

นอกจากนี้ แต่เดิมมีข้อถกเถียงในทางวิชาการว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้จะนำไปใช้ในคดีอาญาด้วยหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นเป็น 2 ทาง คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า สามารถนำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปบังคับใช้ในคดีอาญาด้วย เนื่องจากตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ระบุว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่ธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่ธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับ” ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปใช้ในคดีอาญา และคดีอาญาส่วนใหญ่ก็มีความเกี่ยวเนื่องกับคดีแพ่งหรือพาณิชย์ในขณะเดียวกัน อีกทั้งในการวินิจฉัยความผิดทางอาญาในบางกรณีก็ต้องวินิจฉัยความสัมพันธ์ในทางแพ่งหรือพาณิชย์ก่อน เช่น คดีความผิดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ที่จะต้องวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นผู้ลงลายมือชื่อส่งจ่ายเช็คหรือไม่ จึงสามารถนำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปบังคับใช้ในคดีอาญาได้ นอกจากนี้ตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง ระบุว่า “ห้ามมิให้มีการปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งกระบวนการพิจารณามีได้จำกัดเฉพาะคดีแพ่งเท่านั้น จึงสามารถนำพระราชบัญญัติไปบังคับใช้ในคดีอาญาได้¹⁰

⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กอนันตกุล และ สุรางคณา แก้วจำนงค์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2545), น. 14-15.

⁹ พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549

¹⁰ เต้นฟ้า เรื่องฤทธิเดช, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์,” ตุลพาห 53: 3 (กันยายน - ธันวาคม 2549): 125.

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ไม่สามารถนำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปบังคับใช้ในคดีอาญาได้ เนื่องจาก ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่งและมาตรา 11 วรรคหนึ่ง มิได้มีบทบัญญัติระบุไว้อย่างชัดแจ้งให้นำไปบังคับใช้กับคดีอาญาด้วย และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้” ดังนั้น การจะบังคับใช้กฎหมายใดกับกฎหมายเฉพาะจึงต้องมีบทบัญญัติระบุไว้อย่างชัดแจ้งให้นำไปบังคับใช้และจะนำไปบังคับใช้ได้ก็แต่ในขอบเขตที่ระบุไว้เท่านั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงสามารถนำไปใช้บังคับกับการพิจารณาคดีอาญาได้เท่าที่พอจะใช้บังคับได้และไม่ขัดหรือแย้งกับ ป.วิ.อ. เท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากแนวความคิดที่แตกต่างกันในการพิจารณาคดีระหว่างคดีแพ่งและคดีอาญา ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้มีบทบัญญัติระบุไว้อย่างชัดเจนให้นำไปบังคับใช้กับคดีอาญาด้วย จึงไม่อาจกระทำได้ เช่น คดีความผิดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 ในกรณีที่จะต้องวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นผู้ลงลายมือชื่อส่งจ่ายเช็คหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะให้นำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาบังคับใช้ด้วย การที่จะยินยอมให้โจทก์สามารถผลักระการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้ลงลายมือชื่อในเช็ค โดยโจทก์เพียงแต่นำสืบให้เข้าข้อสันนิษฐานตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้และถือว่าเป็นการเพียงพอที่จะทำให้โจทก์ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่ามีข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้น หรืออีกนัยหนึ่งได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้ลงลายมือชื่อในเช็คแล้ว อันเป็นการผลักระการพิสูจน์ว่าไม่ได้เป็นผู้ลงลายมือชื่อส่งจ่ายเช็คไปยังจำเลย ซึ่งโดยปกติในคดีอาญาเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำสืบให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้ลงลายมือชื่อส่งจ่ายเช็ค จึงไม่น่ากระทำได้ ดังนั้น จึงไม่อาจนำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปบังคับใช้ในคดีอาญาได้¹¹

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นแรก กล่าวคือ การที่มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ระบุขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ว่าให้ใช้บังคับแก่ธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ นั้น ก็ทำให้คดีที่มีธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ย่อมสามารถนำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปใช้บังคับได้ และเมื่อไม่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับกับธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาแล้ว ก็ไม่มีเหตุที่จะปฏิเสธไม่นำ

¹¹ เฝืงอ้าง, น. 125-126.

พระราชบัญญัติฉบับนี้ไปบังคับใช้ในคดีอาญาแต่อย่างใด ส่วนข้อโต้แย้งเกี่ยวกับมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น มาตรา 15 ดังกล่าวเป็นการกำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปใช้ในคดีอาญา แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 15 ดังกล่าว แต่เป็นกฎหมายพิเศษอีกฉบับหนึ่งที่กำหนดให้รับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งมีได้จำกัดขอบเขตแต่ในคดีแพ่งดังที่กล่าวมาข้างต้น ดังนั้น จึงสามารถนำมาใช้บังคับในคดีอาญาได้ด้วย

อย่างไรก็ตาม ข้อถกเถียงดังกล่าวได้เป็นอันยุติลงเมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 11 โดยกำหนดไว้อย่างชัดเจน ห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น จึงสามารถนำพระราชบัญญัติฉบับนี้จะนำไปใช้ในคดีอาญาหรือคดีอื่นใดได้ด้วย

2.1.1 การรับรองสถานะทางกฎหมาย

ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใด เพียงเพราะเหตุที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มาตรานี้เป็นหลักพื้นฐานในการรับรองผลหรือสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งก็ต่ออาศัยบทบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น การทำเป็นหนังสือหรือการลงลายมือชื่อในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ กำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขต่อไป

2.1.2 หนังสือ หลักฐานเป็นหนังสือ และเอกสาร

ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้การทำหนังสือ หลักฐานเป็นหนังสือ และกรณีที่ต้องมีเอกสารมาแสดง สามารถทำในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ หากสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งคำว่า “สามารถเข้าถึงได้” นั้น¹² หมายความว่าข้อความที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถอ่านออกและอธิบายได้โดยการใช้โปรแกรมหรือซอฟต์แวร์ และรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จำเป็นต้องแปลงข้อมูลนั้นให้

¹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กอนนันทกุล และ สุรางคณา แก้วจำนงค์, อ่าแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 63.

สามารถอ่านเข้าใจได้ด้วย ส่วนคำว่า “นำกลับมาใช้ได้” นั้น¹³ หมายถึง มนุษย์เป็นผู้ใช้และยังรวมถึงการใช้โดยการประมวลผลด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วย และคำว่า “โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง” นั้น¹⁴ หมายถึง ต้องมีลักษณะถาวร ไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้องไม่ได้สร้างขึ้นโดยใช้มาตรฐานที่ต่ำเกินไป

เหตุผลสำคัญ¹⁵ ที่ต้องกำหนดเงื่อนไขให้สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลงนั้น ก็เพราะว่าเทคโนโลยีที่ใช้ในการสร้างข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์กับเทคโนโลยีที่ใช้ในการอ่านหรือใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจมีความแตกต่างกัน ทำให้ไม่สามารถอ่านหรือแปลงข้อมูลได้ถูกต้องตรงกัน

2.1.3 ลายมือชื่อ

ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ยอมรับว่าให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีฐานะเทียบเท่ากับลายมือชื่อธรรมดา โดยมีเงื่อนไขว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้อง (1) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน และ (2) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี และความน่าเชื่อถือดังกล่าวให้คำนึงถึง

ก. ความมั่นคงและรัดกุมของการใช้วิธีการหรืออุปกรณ์ในการระบุตัวบุคคล สภาพพร้อมใช้งานของทางเลือกในการระบุตัวบุคคล กฎเกณฑ์เกี่ยวกับลายมือชื่อที่กำหนดไว้ในกฎหมายระดับความมั่นคงปลอดภัยของการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การปฏิบัติตามกระบวนการในการระบุตัวบุคคลผู้เป็นสื่อกลาง ระดับของการยอมรับหรือไม่ยอมรับ วิธีการที่ใช้ในการระบุตัวบุคคลในการทำธุรกรรม วิธีการระบุตัวบุคคล ณ ช่วงเวลาที่มีการทำธุรกรรมและติดต่อสื่อสาร

ข. ลักษณะ ประเภท หรือขนาดของธุรกรรมที่ทำ จำนวนครั้งหรือความสม่ำเสมอในการทำธุรกรรม ประเพณีทางการค้าหรือทางปฏิบัติ ความสำคัญ มูลค่าของธุรกรรมที่ทำ หรือ

ค. ความรัดกุมของระบบการติดต่อสื่อสาร

¹³ เพ่งอ้าง, น. 64.

¹⁴ เพ่งอ้าง, น. 64.

¹⁵ เพ่งอ้าง, น. 64.

และนอกจากนี้ยังกำหนดให้การใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์สามารถอนุโลมใช้บังคับกับการประทับตราของนิติบุคคลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ด้วย¹⁶

การยอมรับการลงลายมือชื่อในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 8 ที่ยอมรับการจัดทำหนังสือในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพราะกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการลงลายมือชื่อในหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือ หากไม่ยอมรับให้มีลายมือชื่อในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แล้วก็จะทำให้ไม่สามารถจัดทำหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือได้เลย

2.1.4 การนำเสนอและการเก็บรักษา

ตามมาตรา 10 และ 12 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้สามารถนำเสนอหรือเก็บรักษาเอกสารในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ ดังนี้

(1) ต้นฉบับ

ตามมาตรา 10 ได้ยอมรับให้กรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำเสนอหรือเก็บรักษาข้อความใดในสภาพที่เป็นมาแต่เดิมอย่างเอกสารต้นฉบับ ถ้าได้นำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้วิธีการที่เชื่อถือได้ในการรักษาความถูกต้องของข้อความตั้งแต่การสร้างข้อความเสร็จสมบูรณ์ และสามารถแสดงข้อความนั้นในภายหลังได้ ให้ถือว่าได้มีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเป็นเอกสารต้นฉบับตามกฎหมายแล้ว ซึ่งความถูกต้องของข้อความให้พิจารณาถึงความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดของข้อความ เว้นแต่การรับรองหรือบันทึกเพิ่มเติม หรือการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ตามปกติในการติดต่อสื่อสาร การเก็บรักษา หรือการแสดงข้อความซึ่งไม่มีผลต่อความถูกต้องของข้อความนั้น และการวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของวิธีการรักษาความถูกต้องของข้อความให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการสร้างข้อความนั้น และการใช้แทนต้นฉบับได้นั้นยังรวมถึงสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวด้วย หากสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูล

¹⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 มาตรา 9 วรรคสอง และวรรคสาม

อิเล็กทรอนิกส์ และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด¹⁷

(2) เอกสารทั่วไป

ตามมาตรา 12 ได้ยอมรับให้ใช้บังคับกับกรณีที่เป็นเอกสารทั่วไปที่ไม่ได้ต้องการเก็บรักษาอย่างต้นฉบับ โดยกำหนดให้กรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้เก็บรักษาเอกสารหรือข้อความใด ถ้าได้เก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ได้เก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นให้อยู่ในรูปแบบที่เป็นอยู่ในขณะที่สร้าง ส่ง หรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น หรืออยู่ในรูปแบบที่สามารถแสดงข้อความที่สร้าง ส่ง หรือได้รับให้ปรากฏอย่างถูกต้องได้ และได้เก็บรักษาข้อความส่วนที่ระบุถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง และปลายทางของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนวันและเวลาที่ส่งหรือได้รับข้อความดังกล่าว (ถ้ามี) ให้ถือว่าได้มีการเก็บรักษาเอกสารหรือข้อความตามที่กฎหมายต้องการแล้ว ทั้งนี้ จะไม่นำไปใช้บังคับกับข้อความที่ใช้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งหรือรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ซึ่งการรับรองการเก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เทียบเท่าเอกสารธรรมดานี้ แต่เดิมไม่ได้กำหนดชัดเจนว่ารวมถึงการแปลงเอกสารเก่าให้อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ารวมถึงแล้วด้วย แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายในประเด็นนี้ให้แนบบัญญัติในมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 12 มาใช้บังคับกับเอกสารหรือข้อความที่ได้มีการจัดทำหรือแปลงให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลังด้วย¹⁸

2.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

ตามมาตรา 11 ได้กำหนดห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และกำหนดให้การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานต้องพิจารณาถึง

¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 มาตรา 10 วรรคสี่

¹⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 มาตรา 12/1

ความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะหรือวิธีการรักษา ความครบถ้วน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความ ลักษณะหรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง โดยให้นำมาใช้ บังคับกับสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

การกำหนดห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน ดังกล่าว เพราะแต่เดิมเป็นดุลพินิจของศาลที่จะรับฟังหรือไม่ก็ได้ แต่การกำหนดนี้เป็นการยืนยันให้ ศาลต้องรับฟังเสมอ อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายกำหนดให้รับฟังได้นี้ก็ได้หมายความว่า พยานหลักฐานที่อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ทุกชิ้นจะต้องมีน้ำหนักน่าเชื่อถือเสมอไป กฎหมาย จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ด้วย ตาม มาตรา 11 วรรคสอง

การกำหนดให้รับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานตามมาตรานี้ไม่ได้ กำหนดว่าให้รับฟังในรูปของพยานประเภทใด และโดยวิธีการใด ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะของ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จะเห็นว่าอาจมีลักษณะเป็นทั้งพยานเอกสารและพยานวัตถุ แต่ก็มีลักษณะ พิเศษต่างไปจากพยานเอกสารและพยานวัตถุ และการที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดยอมรับให้ การทำเป็นหนังสือ การลงลายมือชื่อ และการนำเสนอและเก็บรักษาเอกสารสามารถทำในรูป อิเล็กทรอนิกส์ได้นั้น ก็เป็นการบัญญัติให้มีสถานะเท่าเทียมกันกับเอกสารและลายมือชื่อธรรมดา เท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์คือพยานเอกสาร ซึ่งจากลักษณะและสภาพ ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ต่างไปจากพยานเอกสารและพยานวัตถุ และแม้มาตรา 11 จะไม่ได้ กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง แต่ก็พอจะ อนุมานจากการบัญญัติรับรองไว้ต่างหากจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ว่า ต้องการรับรองเป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง เพราะมีฉะนั้นแล้วก็สามารถจัดเป็นพยาน เอกสารหรือพยานวัตถุ แล้วแต่กรณี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้อยู่แล้ว โดยไม่ ต้องบัญญัติไว้ต่างหากแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดให้รับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็น พยานหลักฐานตามมาตรา 11 แห่งมีพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 นี้ เป็นการกำหนดแยกประเภทของพยานหลักฐานเพิ่มขึ้นมาเป็นอีกประเภทหนึ่งจาก 4 ประเภท คือ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ทั้งนี้ การยอมรับให้ข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งนี้ใช้ว่าเพ็ญจะยอมรับเมื่อมีพระราชบัญญัติว่า ด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 นี้เท่านั้น แต่ในศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษต่าง ๆ ได้แก่ ศาล ทรพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และศาลล้มละลาย ก็ได้ยอมรับข้อมูล

อิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานอีกประเภทหนึ่งมาเป็นเวลานานแล้ว โดยกำหนดให้มีวิธีการนำสืบและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานไว้โดยเฉพาะ

นอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาว่าเมื่อยอมรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 แล้ว จะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ทันทีหรือไม่ หรือต้องมีกฎหมายกำหนดวิธีการนำสืบและวิธีการรับฟังเป็นพยานหลักฐานอีก ซึ่งมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ทันที ต้องมีกฎหมายกำหนดวิธีการนำสืบและวิธีการรับฟังเป็นพยานหลักฐานอีกชั้นหนึ่ง กำหนดเงื่อนไขของการรับฟังให้ชัดเจน เพื่อให้การรับฟังพยานหลักฐานเป็นไปโดยเที่ยงธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในบทบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐาน ทั้งนี้ เพราะมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ไม่ใช่กฎหมายวิธีพิจารณาความโดยตรง เมื่อไม่กำหนดกฎเกณฑ์ไว้ก็ต้องมาใช้บทบัญญัติในวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งปัจจุบันก็ยังไม่มีข้อกำหนดไว้เช่นกัน ดังนั้น หากจะให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้โดยสมบูรณ์ ต้องมีการบัญญัติกฎหมายรองรับการนำสืบและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานอีกต่อหนึ่ง

ความเห็นที่สอง เห็นว่า สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ทันที โดยไม่ต้องมีกฎหมายกำหนดวิธีการนำสืบและวิธีการรับฟังเป็นพยานหลักฐานอีกชั้นหนึ่ง เนื่องจากการบัญญัติมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ให้รับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน ต้องการให้ความคุ้มครองคู่กรณีที่เกี่ยวข้องหากมีข้อพิพาทจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งบทบัญญัติอื่นๆ ก็มีผลใช้บังคับแล้ว หากจะให้การรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน ต้องรอให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการนำสืบและวิธีการรับฟังเป็นพยานหลักฐานก่อนย่อมไม่สอดคล้องกัน ทั้งนี้ ในเรื่องกำหนดวิธีการนำสืบและวิธีการรับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้นศาลก็อาจกำหนดเป็นแนวทางของศาลเองได้¹⁹ เช่น ออกเป็นข้อกำหนดของศาลกำหนดวิธีการนำสืบและวิธีการรับฟังเป็นพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ส่วนการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานก็ปรากฏอยู่ในมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 อยู่แล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สองนี้

¹⁹ โปรดดูหัวข้อ 1.1

2.3 สภาพปัญหา

การที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง เพราะมีลักษณะและสภาพที่พิเศษ ทำให้ไม่อาจนำวิธีการนำพยานเข้าสืบของพยานทั้ง 4 ประเภทข้างต้นมาใช้ได้ ทำให้ต้องมีวิธีการนำสืบเป็นกรณีพิเศษ แต่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ก็ไม่ได้กำหนดวิธีการนำสืบไว้แต่อย่างใด ทำให้ยังเป็นช่องว่างของกฎหมายในเรื่องนี้อยู่ นอกจากนี้ยังมีปัญหาในเรื่องของบทตัดพยานต่าง ๆ เช่น หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด หลักการรับฟังพยานบอกเล่า จะต้องนำมาใช้กับพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ และควรที่จะมีวิธีการในการรับรองความถูกต้องแท้จริง ตลอดจนการเก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อย่างไร จึงจะเหมาะสม ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

3. พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

3.1 ลักษณะทั่วไป

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองมิให้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เพราะเนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว

ตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฐานต่าง ๆ เช่น การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (มาตรา 5) การเปิดเผยมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะ (มาตรา 6) การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (มาตรา 7) การดักจับข้อมูลของผู้อื่นโดยมิชอบ (มาตรา 8) การทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (มาตรา 9) การกระทำเพื่อการทำงานของ

ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไม่สามารถทำงานตามปกติได้ (มาตรา 10) เป็นต้น กำหนดให้มีพนักงานเจ้าหน้าที่ทำการสืบสวนและสอบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ด้วย กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นี้

3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

ตามมาตรา 25 กำหนดให้ข้อมูล ข้อมูลคอมพิวเตอร์²⁰ หรือข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์²¹ ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อ้างและรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยานได้ แต่ต้องเป็นชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจมีคำมั่นสัญญา ชูเชิญหลอกลวง หรือโดย มิชอบประการอื่น ซึ่งการกำหนดให้รับฟังข้อมูล ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เป็นพยานหลักฐานได้นี้ จำกัดเฉพาะคดีที่เป็นความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ไม่อาจนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาอื่นหรือคดีแพ่งได้

และตามมาตรา 26 กำหนดให้ผู้ให้บริการ²² ต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็น

²⁰ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

²¹ “ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลาชนิดของบริการ หรืออื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์นั้น

²² “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

พนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการผู้ใดเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกินเก้าสิบวัน แต่ไม่เกินหนึ่งปีเป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้ นอกจากนี้ผู้ให้บริการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ให้บริการนับตั้งแต่เริ่มใช้บริการและต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่การให้บริการสิ้นสุดลง

ซึ่งในรายละเอียดว่าจะใช้กับผู้ให้บริการประเภทใด อย่างไร และเมื่อใดบ้างนั้น ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ ในปัจจุบันมีประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง หลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 ซึ่งออกตามความในมาตรา 26 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดวิธีการเกี่ยวกับการเก็บรักษาข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ไว้ในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

- (1) ผู้มีหน้าที่เก็บรักษา ต้องเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต
- (2) ข้อมูลที่จัดเก็บ ต้องเป็นข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์
- (3) กำหนดวิธีการจัดเก็บไว้ โดยต้อง

- เก็บในสื่อ (Media) ที่สามารถรักษาความครบถ้วนถูกต้องแท้จริง (Integrity) และระบุตัวบุคคล (Identification) ที่เข้าถึงสื่อดังกล่าวได้

- มีระบบการเก็บรักษาความลับของข้อมูลที่จัดเก็บ และกำหนดชั้นความลับในการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว เพื่อรักษาความน่าเชื่อถือของข้อมูล และไม่ให้ผู้ดูแลระบบสามารถแก้ไขข้อมูลที่เก็บรักษาไว้ เช่นการเก็บไว้ใน Centralized log Sever หรือการทำ Data Archiving หรือการทำ Data Hashing เป็นต้น เว้นแต่ ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องที่เจ้าของหรือผู้บริหารองค์กร กำหนดให้สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ เช่น ผู้ตรวจสอบระบบสารสนเทศขององค์กร (IT Auditor หรือบุคคลที่องค์กรมอบหมาย เป็นต้น รวมทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้

- จัดให้มีผู้มีหน้าที่ประสานงานและให้ข้อมูลกับพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เพื่อให้การส่งมอบข้อมูลนั้น เป็นไปด้วยความรวดเร็ว

- ในการเก็บข้อมูลจราจรนั้น ต้องสามารถระบุรายละเอียดผู้ให้บริการเป็นรายบุคคลได้ (Identification and Authentication) เช่น ลักษณะการใช้บริการ Proxy Sever, Network

Address Translation (Nat) หรือ Proxy Cache หรือ Cache Engine หรือ Free Internet หรือ บริการ 1222 หรือ Wi-fi Hotspot ต้องสามารถระบุตัวตนของผู้ใช้บริการ²³เป็นรายบุคคลได้จริง

- ในกรณีที่ผู้ให้บริการประเภทหนึ่งประเภทใด ในข้อ 1 ถึงข้อ 4 ข้างต้น ได้ให้บริการ ในนามตนเอง แต่บริการดังกล่าวเป็นบริการที่ใช้ระบบของผู้ให้บริการซึ่งเป็นบุคคลที่สาม เป็นเหตุ ให้ผู้ให้บริการในข้อ 1 ถึงข้อ 4 ไม่สามารถรู้ได้ว่า ผู้ใช้บริการที่เข้ามาในระบบนั้นเป็นใคร ผู้ให้บริการเช่นนั้นต้องดำเนินการให้มีการระบุและยืนยันตัวบุคคล (Identification and Authentication) ของผู้ให้บริการผ่านบริการของตนเองด้วย

นอกจากนี้เพื่อให้ข้อมูลจราจรมีความถูกต้องและนำมาใช้ประโยชน์ได้จริง ตาม ประกาศดังกล่าว ข้อ 9 จึงกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องตั้งนาฬิกาของอุปกรณ์บริการทุกชนิดให้ตรงกับเวลาอ้างอิงสากล (Stratum 0) โดยผิดพลาดไม่เกิน 10 มิลลิวินาที

(4) ระยะเวลาการเก็บรักษา

- ข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ ต้องเก็บรักษาไว้ไม่น้อยกว่า 90 วัน นับแต่วันที่ข้อมูลนั้น เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการเก็บรักษาไว้เกิน 90 วันแต่ไม่เกิน 1 ปี เป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้

- ข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ใช้นับตั้งแต่เริ่มใช้บริการ ต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 90 วัน นับตั้งแต่การใช้บริการสิ้นสุดลง

3.3 สภาพปัญหา

แม้ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจะยอมรับให้สามารถรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ทั้ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์และข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานได้ แต่ก็ใช้เฉพาะในคดีที่เป็นความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น และยังไม่มีแนวทางในการนำสืบ และการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว และแม้ตามพระราชบัญญัติและประกาศดังกล่าวจะมีการกำหนดให้มีการเก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถแสดงถึงความถูกต้องแท้จริงบางส่วน ได้ก็ตาม แต่เนื่องจากเป็นการเก็บรักษาข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์เท่านั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ

²³ ผู้ให้บริการ หมายความว่า ผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการไม่ว่าต้องเสียค่าใช้บริการหรือไม่ก็ตาม

4. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550

4.1 ลักษณะทั่วไป

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดียาเสพติด เพราะปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้เปลี่ยนแปลงไปสู่อาชญากรรมที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร และมีลักษณะพิเศษมากยิ่งขึ้น โดยผู้กระทำความผิดอาศัยความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและข้อจำกัดของกฎหมายที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดประกอบกับมีคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเป็นจำนวนมาก ซึ่งคดีดังกล่าวมีลักษณะพิเศษและซับซ้อนแตกต่างจากการกระทำความผิดอาญาทั่วไป สมควรมีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดียาเสพติด โดยเฉพาะเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การสืบสวนสอบสวนโดยใช้เทคนิคการสอบสวนพิเศษ และกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น การอุทธรณ์ ฎีกา และอายุความ รวมทั้งกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับชำระค่าปรับตามคำพิพากษา เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาและบังคับโทษคดียาเสพติดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานนั้น ในมาตรา 10 กำหนดให้ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้เจ้าพนักงานอาชญากรรมขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ดำเนินการให้ได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดและการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งตามมาตรา 10 ดังกล่าวเป็นการรับรองให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นสามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้กำหนดวิธีการในการนำสืบและการรับฟังพยานหลักฐานไว้

4.3 สภาพปัญหา

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัตินี้ สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้เฉพาะคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น และยังไม่มีแนวทางในการนำสืบและการรับฟังพยานหลักฐานแต่อย่างใด

5. ข้อกำหนดของศาลต่างๆ

5.1 ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540

5.1.1 ลักษณะทั่วไป

ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 เป็นข้อกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 อธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ กลาง โดยอนุมัติประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานใช้บังคับในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และศาลอื่นที่มีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

5.1.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

ตามข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 กำหนดเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในข้อ 33-36 โดยให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง มีวิธีการนำสืบ การรับฟังเป็นพยานหลักฐาน โดยเฉพาะ ดังนี้

(1) ประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ ข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ (ข้อ 33) ข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือได้มาจากไมโครฟิล์ม สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น (ข้อ 36)

(2) การยื่นพยานหลักฐาน

วิธีการนำสืบนี้มีความสำคัญ คู่ความจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเกี่ยวกับวิธีการนำสืบตามข้อ 34 กล่าวคือ ต้องมีการยื่นบัญชีระบุพยาน และยื่นสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น มิฉะนั้นศาลก็จะไม่รับฟังข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน เว้นแต่ศาลเห็นว่เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจะรับฟังข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐานประกอบพยานหลักฐานอื่นด้วยก็ได้

(1) การยื่นบัญชีระบุพยาน คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องระบุข้อมูลที่จะอ้างไว้ในบัญชีระบุพยานตามมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พร้อมยื่นคำแถลงแสดงความจำนงเช่นนั้น และคำรับรองตามข้อ 33 วรรคสอง กล่าวคือ คำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้นถึงการกระทำตามปกติของผู้ใช้และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูล

(2) การยื่นสำเนาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นในจำนวนที่เพียงพอเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมารับไปจากเจ้าพนักงานศาล เว้นแต่

- สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่น หรือของบุคคลภายนอก ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตส่งคำรับรองตามข้อ 33 วรรคสอง และสำเนาสื่อบันทึกข้อมูล และขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาจากผู้ครอบครอง โดยให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงนั้นมีหน้าที่ติดตามเพื่อให้ได้ให้สื่อบันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

- ถ้าการทำสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น จะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าหรือเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความซึ่งอ้างอิงข้อมูลนั้น หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นให้แล้วเสร็จภายในเวลาตามที่กำหนดได้ ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลและขอให้นำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยาน หรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

ถ้าคู่ความฝ่ายที่อ้างอิงไม่สามารถนำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลได้ภายในเวลาตามวรรคหนึ่ง ศาลจะกำหนดให้ทำการตรวจข้อมูลดังกล่าว ณ สถานที่ เวลา และภายในเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควร แล้วแต่สภาพแห่งข้อมูลนั้น ๆ ก็ได้

(3) การรับรองความถูกต้อง

วิธีการในการรับรองความถูกต้องตามร่างข้อกำหนดนี้อาจแบ่งได้ 3 วิธี คือ

ก. การรับรองความถูกต้องโดยคู่ความฝ่ายที่อ้าง (ข้อ 33)

ศาลอาจรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ หากคู่ความฝ่ายนั้นแสดงให้เห็นได้ว่า

(1) การบันทึกข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และ

(2) การบันทึกและการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้องและหากมีกรณีการทำงาน ของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น

การกระทำตามปกติของผู้ใช้ตาม (1) และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลตาม (2) ต้องมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้น

ข. การรับรองความถูกต้องเพราะการไม่คัดค้านของคู่ความอีกฝ่าย (ข้อ 35)

คู่ความฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มาเป็นพยานหลักฐานยันตนอาจยื่นคำแถลงต่อศาลก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จหรือในภายหลังโดยศาลอนุญาตเพราะมีเหตุอันสมควร เพื่อคัดค้านการอ้างข้อมูลนั้น โดยเหตุที่ว่า

- ข้อมูลดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขของการรับฟังตามข้อ 33 หรือ

- สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นปลอม หรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมดหรือ

บางส่วน

ในกรณีที่มีการคัดค้านดังกล่าวมานี้ให้นำมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

หากคู่ความซึ่งประสงค์จะคัดค้านแต่ไม่ได้คัดค้านตามที่กล่าวมาข้างต้น ศาลก็อาจรับฟังได้ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกต้องแท้จริงแล้ว

ค. การรับรองความถูกต้องโดยการตรวจสอบของศาล (ข้อ 35)

ศาลมีอำนาจในการที่จะไต่สวนและชี้ขาดในเรื่องเงื่อนไขของการรับฟังข้อมูลนั้น ตามข้อ 33 หรือในเรื่องความแท้จริงหรือถูกต้องของสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นนั้น ในเมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

5.1.3 สภาพปัญหา

แม้ข้อกำหนดนี้จะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการนำสืบและรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน ในการรับรองความถูกต้องไว้ แต่ข้อกำหนดดังกล่าวก็เป็นเพียง

ข้อกำหนดของศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษไม่สามารถนำมาใช้กับคดีประเภทอื่นได้ หากจะนำไปใช้ก็จะต้องกำหนดหรือบัญญัติขึ้นมาต่างหาก เช่น ข้อกำหนดคดีล้มละลาย ข้อกำหนดคดีภาษีอากร เป็นต้น และในส่วนของเนื้อหาที่กำหนดไว้นั้น รูปแบบของการรับรองความถูกต้องมีเพียง 3 วิธีเท่านั้น และก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดีบางประการ ได้แก่ ความสะดวก ความสามารถในการพิสูจน์ความจริง อีกทั้งเมื่อได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศก็เห็นได้ว่ามีแนวทางในการรับฟังพยานหลักฐานหลากหลาย ซึ่งก็น่าจะนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยตามความเหมาะสมต่อไป

5.2 ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549

ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 มาตรา 8 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบมาตรา 31 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 และมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้ทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อธิบดีผู้พิพากษาศาลล้มละลายกลางโดยความเห็นชอบจากประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการรับฟังพยานหลักฐานใช้บังคับในศาลล้มละลาย และศาลอื่นที่มีอำนาจดำเนินกระบวนการแทนศาลล้มละลาย

ตามข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 กำหนดเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในข้อ 20-23 โดยให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง มีวิธีการนำสืบ การรับฟังเป็นพยานหลักฐาน โดยเฉพาะ ซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกันกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ข้อ 33-36 ทั้งประเภทของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การยื่นพยานหลักฐาน และการรับรองความถูกต้องแท้จริง แต่ก็มีข้อแตกต่างบางประการ ดังนี้

(1) การรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการตามข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ข้อ 20 นั้น จะมีการรับรองว่า

- การบันทึกข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และ

- การบันทึกและการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้องและหากมีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น

หรือไม่ก็ได้ แต่ข้อกำหนดของคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง พ.ศ. 2540 ข้อ 33 ต้องมีการรับรองเสมอ

(2) ถ้ามีการรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการแล้ว คู่ความก็ไม่ต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำตามปกติของผู้ใช้และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลอีก ในขณะที่ข้อกำหนดของคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางแม้มีการรับรองก็ยังคงแสดงให้เห็นเสมอ

(3) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ใช่ข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น ไมโครฟิล์ม สื่อบันทึกอิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น ในข้อกำหนดคดีล้มละลาย ไม่ต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำตามปกติของผู้ใช้และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลแต่อย่างใด ขณะที่ในข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ยังต้องมีด้วย

เนื่องจากข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 นี้ มีเนื้อหาเช่นเดียวกันกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 จึงยังคงมีปัญหาหรือความไม่เหมาะสมอยู่เช่นเดียวกัน

5.3 ข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544

ข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544 เป็นข้อกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากร พ.ศ. 2528 อธิบดีผู้พิพากษาศาลภาษีอากรกลาง โดยอนุมัติประธานศาลฎีกา ออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการและการรับฟังพยานหลักฐานสำหรับคดีภาษีอากร

ตามข้อกำหนดคดีภาษีอากรนี้ กำหนดเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในข้อ 30-33 โดยให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง มีวิธีการนำสืบ การรับฟังเป็นพยานหลักฐาน โดยเฉพาะ ซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกันกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ข้อ 33-36 ทั้งประเภทของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การยื่นพยานหลักฐาน และการรับรองความถูกต้องแท้จริง

เนื่องจากข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544 นี้ มีเนื้อหาเช่นเดียวกันกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 จึงยังคงมีปัญหาหรือความไม่เหมาะสมอยู่เช่นเดียวกัน

5.4 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 นี้ ออกอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 44 และมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ออกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ คือ ข้อ 23 ซึ่งกำหนดไว้ ดังนี้

“ข้อ 23 ส่วนคดี เอกสารของคู่กรณี พยานหลักฐาน รายงานกระบวนการพิจารณา คำพิพากษา คำสั่ง หรือเอกสารอื่นใดที่รวมไว้ในสำนวนคดี ไม่ว่าจะเป็เอกสารต้นฉบับหรือสำเนา คู่ฉบับ ถ้าศาลเห็นสมควร จะมีคำสั่งให้เก็บรักษาหรือนำเสนอในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้”

ตามข้อ 23 นี้ เป็นการกำหนดให้การเก็บรักษาหรือนำเสนอพยานหลักฐานรูปอื่น ๆ เช่น เอกสาร ให้มาอยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ ซึ่งเป็นการยอมรับการแปลงพยานหลักฐานอื่น มาอยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้กล่าวถึงการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานโดยตรง