

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หรืออาชญากรรมคอมพิวเตอร์นั้น เป็นการกระทำความผิดที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญทางด้านคอมพิวเตอร์ โดยที่ไม่ต้องอาศัยแรงทางกายภาพ อย่างเช่นการกระทำความผิดประเภทอื่นทั่วไป อีกทั้งเมื่อเกิดเป็นความผิดขึ้นแล้ว การสืบสวนสอบสวน การรวบรวมพยานหลักฐาน อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการทางอาญาต่าง ๆ ในการหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้น ค่อนข้างเป็นไปได้ยากเพราะต้องอาศัยพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ เป็นสำคัญ ประกอบกับในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยเรายังคงใช้กฎหมายตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ โดยวิธีการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมายและการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อบังคับใช้ลงโทษผู้กระทำความผิด ประกอบกับการยึดถือหลักตามแนวคำพิพากษาเป็นหลัก อาทิเช่น ในความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานลักขโมย ความผิดฐานฉ้อโกง และความผิดฐานปลอมแปลงเอกสาร เป็นต้น

แต่กระนั้นก็ตามก็ยังไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้อย่างถูกต้อง หรือครอบคลุมเพียงพอเสียทีเดียวนัก เหตุเพราะรูปแบบของการกระทำความผิดรวมไปจนถึงองค์ประกอบของการกระทำความผิดที่มีความแตกต่างกัน จนในที่สุดเมื่อเวลาผ่านไปตามยุคสมัย การกระทำความผิดเริ่มทวีความรุนแรงและส่งผลกระทบ เกิดความเสียหายเพิ่มมากขึ้นเป็นวงกว้างอย่างต่อเนื่อง ซึ่งนอกจากความรุนแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ยังเกิดมีผู้กระทำความผิดที่มีอายุน้อยอีกด้วย ทั้งนี้จะเกิดขึ้นจากการกระทำโดย-



เจตนาหรือไม่เจตนาก็ตาม ส่วนหนึ่งย่อมมาจากการขาดกระบวนการป้องกัน และ
ปราบปรามการกระทำความผิด เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วการพัฒนาการทางด้านบทบัญญัติของ
กฎหมายเพื่อบัญญัติรองรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะนั้นจึง
มีความจำเป็นมาก ซึ่งปัจจุบันรัฐได้มีการประกาศใช้กฎหมายพิเศษเฉพาะการกระทำ-
ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์แล้ว มีชื่อเรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ-
ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550” โดยเป็นการบัญญัติกฎหมายใหม่แทน
การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้อง
ซึ่งนอกจากบทบัญญัติของประเทศไทยแล้วในบางประเทศก็มีการปรับปรุงแก้ไข
ประมวลกฎหมายอาญาเพื่อให้รองรับกับการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ ๆ ด้วยการ-
กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ เพื่อให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ สามารถเอาผิด
กับผู้กระทำความผิดได้ อาทิเช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศแคนาดา
ประเทศออสเตรเลีย ประเทศอิตาลี ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศเดนมาร์ก และ
ประเทศญี่ปุ่น หรือในบางประเทศก็บัญญัติเป็นกฎหมายใหม่โดยเฉพาะเกี่ยวกับการ-
กระทำความผิดผ่านคอมพิวเตอร์ หรืออาชญากรรมคอมพิวเตอร์ อาทิเช่น ประเทศไทย
ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซีย สาธารณรัฐประชาชนจีน และ
ประเทศอิสราเอล หรือบางประเทศอาจบัญญัติกฎหมายไว้ในกฎหมายเทคโนโลยี-
สารสนเทศอื่น ๆ ของประเทศของตนที่ตนมีบังคับใช้อยู่แล้ว อาทิเช่น ประเทศฟิลิปปินส์
และประเทศอินเดีย เป็นต้น

ดังนั้นในบทนี้ จึงต้องกล่าวถึงบทบัญญัติของกฎหมาย และมาตรการต่าง ๆ
ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ประกอบกับกฎหมายแม่บท
อย่างเช่นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรองถึงการกระทำภายใต้บทบัญญัติของ
กฎหมายอื่นใดที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วย-
การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือความรับผิดทางอาญาตาม
ประมวลกฎหมายอาญา กระบวนการพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา-
ความอาญา และการศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดอันเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของ
การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้เพื่อนำมาศึกษา วิเคราะห์เปรียบเทียบ
ความรับผิด รวมตลอดไปจนถึงบทบัญญัติของกฎหมายและมาตรการของต่างประเทศ

ที่บัญญัติหรือกำหนดความรับผิดชอบกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไว้ และนำไปเปรียบเทียบความรับผิดชอบเพื่อนำมาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

1. กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550

กฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทยที่ใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศ โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะหรือความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐต่อกัน หรือต่อประชาชน จึงเป็นกฎหมายมหาชนสาขาหนึ่งที่รวมเอากฎเกณฑ์หลายอย่างเข้าไว้ด้วยกัน กำหนดสถานะ ความสัมพันธ์ ตลอดจนกระบวนการ องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจสูงสุดในรัฐ เช่น กำหนดรูปแบบประมุขของรัฐ ระบอบการใช้อำนาจปกครองของรัฐ อำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจเป็นต้น โดยรัฐธรรมนูญจะไม่ใช้บังคับโดยตรงระหว่างบุคคล แต่เป็นการใช้อำนาจระหว่างองค์กรของรัฐต่อกัน หรือต่อประชาชน รวมทั้งเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงสิทธิ หน้าที่ และเสรีภาพของประชาชนชาวไทย และบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เมื่อเป็นเช่นนี้กฎหมายอื่นใดของประเทศไทยจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากมีเช่นนั้นแล้วกฎหมายนั้นจะใช้บังคับมิได้ ดังนั้นการที่จะกำหนดถึงอำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของบุคคลใดอันเป็นการกระทบซึ่งสิทธิ หน้าที่ และเสรีภาพ ของบุคคลอื่นนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องบัญญัติให้เป็นไปตามกรอบภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ดังนี้

1.1 สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล

บทบัญญัติมาตรา 36 เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในการติดต่อสื่อสาร โดยบัญญัติดังนี้

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อถึงกันรวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ

เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

บทบัญญัตินี้ได้วางหลักการทั่วไปอย่างชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร โดยบัญญัติรับรองให้บุคคลทุกคนสามารถมีสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารโดยปราศจากการปิดกั้น การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยถึงข้อมูล การติดต่อสื่อสารที่บุคคลสื่อสารถึงกัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายโดยเฉพาะอื่นใดบัญญัติรับรอง ให้อำนาจ และหน้าที่ไว้โดยชัดแจ้งว่าให้สามารถกระทำได้ ซึ่งต้องเป็นการกระทำเฉพาะเพื่อการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การจำกัดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารซึ่งเป็นเสรีภาพตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้นั้น จะต้องบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายพิเศษอื่นใดโดยเฉพาะและต้องบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง อาทิเช่น การติดต่อสื่อสารทางระบบคอมพิวเตอร์ ผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นเครือข่ายที่เอื้ออำนวยต่อการติดต่อสื่อสารที่ไร้พรมแดน โดยเครือข่ายเหล่านี้เปิดกว้างในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร การติดต่อสื่อสารกันทุกมุมโลกอย่างเสรี การกระทำใดอันเป็นอุปสรรคหรือกระทบถึงซึ่งเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารนั้น ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ เว้นเสียแต่ว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง

1.2 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม

เนื่องด้วยการลงโทษทางอาญานั้นถือเป็นการลงโทษที่มีผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย ต่อสิทธิ และเสรีภาพของผู้ที่ถูกลงโทษเป็นอย่างมาก ดังนั้นแล้วกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 จึงได้บัญญัติคุ้มครองบุคคลเกี่ยวกับการถูกลงโทษทางอาญาไว้ ตามมาตรา 39 ดังนี้

“บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวกฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อกฎหมายที่บัญญัติและบังคับใช้ในขณะนั้นบัญญัติให้การกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดและต้องรับโทษ และอัตราโทษที่จะลงแก่บุคคลผู้กระทำผิด จะต้องเป็นโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยจะหนักกว่าอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้มิได้ ประกอบกับในคดีอาญานั้นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยที่กระทำความผิดนั้น ๆ ไม่มีความผิด เพราะในความรับผิดทางอาญาเป็นความรับผิดที่นำมาซึ่งการสูญเสียสิทธิ และเสรีภาพส่วนบุคคล ประกอบกับเป็นความรับผิดที่กระทบต่อเนื้อตัว และร่างกายโดยตรง ดังนั้นแล้วความรับผิดใดที่เป็นความรับผิดทางอาญาจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และจะต้องตีความตามตัวอักษรตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ โดยเคร่งครัด

อย่างเช่นความรับผิดที่เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดที่มีรูปแบบของการกระทำความผิดมากมาย หลากหลายรูปแบบ โดยรูปแบบการกระทำความผิดนั้น ๆ จะถูกพัฒนาไปตามลำดับขั้นของความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และจะมีความแตกต่างกับพฤติกรรมความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาโดยทั่วไป ดังนั้นแล้วพฤติกรรมใดจะถือว่าเป็นพฤติกรรมอันเป็นความผิดและจะสามารถลงโทษได้ ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้พฤติกรรมนั้นเป็นความผิดและต้องได้รับโทษ โดยการนำมาบังคับใช้เพื่อลงโทษนั้น จะต้องตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดด้วย

1.3 สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน

บทบัญญัติมาตรา 45 บัญญัติดังนี้

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ

เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกัน หรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชน

การสั่งปิดกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเพื่อลิดรอนเสรีภาพตามมาตรานี้ จะกระทำมิได้

การห้ามหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเสนอข่าวสารหรือแสดงความ-
คิดเห็นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการแทรกแซงด้วยวิธีการใด ๆ เพื่อลิดรอนเสรีภาพ
ตามมาตรานี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่ง
ได้ตราขึ้นตามวรรคสอง

การให้นำข่าวหรือบทความไปให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณา
ในหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่น จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่
ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม แต่ทั้งนี้จะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ
แห่งกฎหมายซึ่งได้ตราขึ้นตามวรรคสอง

เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย

การให้เงินหรือทรัพย์สินอื่นเพื่ออุดหนุนกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชน
อื่นของเอกชน รัฐจะกระทำมิได้”

บทบัญญัตินี้วางหลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในการแสดง
ความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือวิธีการอื่นอันหมายความว่า
การสื่อความหมายด้วย โดยภายใต้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ได้กำหนดข้อยกเว้นให้รัฐ
สามารถออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ด้วย แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปภายใต้
หลักการและเหตุผล คือ เพื่อความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ
ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความ-
สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อม-
ทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

โดยภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว ยังได้บัญญัติครอบคลุมถึงสิทธิและเสรีภาพ
ในการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชนด้วย อาทิเช่น หนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง

และโทรทัศน์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้นจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น

2. พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติและบังคับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะ โดยเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะที่มีมาตรการลงโทษทางอาญา ทั้งนี้เนื่องด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นเป็นการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมาก ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ความสงบสุข และศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเป็นไปภายใต้เจตนารมณ์ และเหตุผลดังนี้

“เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว”

ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งเน้นที่จะนำมาซึ่งมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อย่างแท้จริง ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดสมัยใหม่ที่กฎหมายอาญาโดยทั่วไปไม่สามารถใช้บังคับได้ครอบคลุมอย่างเพียงพอ เนื่องด้วยรูปแบบของการกระทำความผิด และวัตถุที่กระทำต่อซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อระบบคอมพิวเตอร์

ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั่นเอง ดังนั้นผู้ศึกษาจะได้กระทำการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยแบ่งการศึกษาเป็น 4 ส่วนด้วยกัน กล่าวคือ

1. คำนิยาม และความหมายของคำตามกฎหมาย
2. สถานความผิดตามกฎหมาย
3. หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการตามกฎหมาย
4. หน้าที่และความรับผิดชอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย

2.1 คำนิยามและความหมาย

ด้วยเหตุที่กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้กับความรับผิดชอบเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ ดังนั้นแล้วพฤติกรรมการกระทำความผิดหรือวัตถุที่กระทำต่อ หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นย่อมมีความแตกต่างกับถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายอาญาโดยทั่วไป ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเข้าใจ และเพื่อให้สามารถนำมาบังคับใช้ได้อย่างถูกต้องแล้ว กฎหมายจึงได้บัญญัติให้คำนิยาม ความหมายของคำไว้ดังนี้

2.1.1 ระบบคอมพิวเตอร์

คืออุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ อาทิเช่น ชุดอุปกรณ์ได้แก่ ฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ที่พัฒนาขึ้นเพื่อทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลดิจิทัล (Digital Data) อันประกอบด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์รอบข้าง (Peripheral) ต่าง ๆ ในการรับเข้าหรือป้อนข้อมูล (Input) นำเข้าหรือแสดงผลข้อมูล (Output) และบันทึกหรือเก็บข้อมูล (Store and Record) ระบบคอมพิวเตอร์จึงอาจเป็นอุปกรณ์เพียงเครื่องเดียว หรือหลายเครื่องอันมีลักษณะเป็นชุดเชื่อมต่อกัน โดยอาจเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายก็ได้ และมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมหรือซอฟต์แวร์ที่กำหนดไว้

แต่ความหมายในภาษาทั่วไป หมายถึงอุปกรณ์ที่ได้มีการพัฒนาให้มีการทำงานประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติแล้ว ดังนั้นเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น คอมพิวเตอร์แบบพกพา (Notebook) ที่ชื่อมาอย่างไม่ถือว่าเป็น “ระบบคอมพิวเตอร์” จนกว่าจะได้มีการทำงานผ่านระบบเครือข่ายหรือโดยซอฟต์แวร์

2.1.2 ข้อมูลคอมพิวเตอร์

หมายถึงข้อมูลทุกอย่างที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ รวมทั้งชุดคำสั่งด้วย หากอยู่ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ นอกจากนั้นยังให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่ง “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้ให้ความหมายว่า “ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรสาร” กรณีโทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรสารนั้น จะต้องเป็นการกระทำความผิดที่ต้องเชื่อมโยงกับระบบคอมพิวเตอร์ด้วย กล่าวคือจะต้องเป็นกรณีที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

2.1.3 ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์

หมายถึงข้อมูลที่แสดงรายการให้เห็นถึงการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งจะแสดงถึงแหล่งกำเนิด เช่น IP Address ของเครื่อง ชื่อที่อยู่ของผู้ใช้บริการที่มีการลงทะเบียน ข้อมูลของผู้ให้บริการ (Service Provider) ลักษณะของการให้บริการว่าผ่านระบบใดหรือเครือข่ายใด ระยะเวลาของการส่งข้อมูล และข้อมูลทุกประเภทที่เกิดจากการสื่อสาร (Communication) ผ่าน “ระบบคอมพิวเตอร์”¹

2.1.4 ผู้ให้บริการ

กฎหมายได้แบ่งอธิบายความหมายของผู้ให้บริการออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ผู้ให้บริการในการเข้าใช้ อินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการในการจัดเก็บข้อมูลเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามการแบ่งกลุ่มหรือแบ่งประเภทของผู้ให้บริการนั้นได้เป็นไปตาม

¹พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550), หน้า 2-4.

ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร อันว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์-
การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 ดังนี้

1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถ
ติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการ-
ให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

ผู้ให้บริการประเภทนี้ เป็นการให้บริการโดยผ่านทางระบบ-
คอมพิวเตอร์ให้แก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน
โดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนาม
ของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นเป็นผู้ให้บริการตาม อนุมาตรา 1
ผู้ให้บริการประเภทนี้มีทั้งการให้บริการในนามของเอกชน หรือการให้บริการในส่วน
ของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งการแบ่งประเภทของผู้ให้บริการดังกล่าวจะพิจารณาถึงลักษณะ
ของการประกอบการ ประกอบธุรกิจ และให้บริการ ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการเครือข่าย
หรือผู้ให้บริการโครงข่ายเป็นต้น ทั้งนี้โดยเป็นไปในรูปแบบของการบริการ
เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นไปตามประกาศของกระทรวงฯ โดยสามารถจำแนกตามประเภท
การให้บริการ ออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

(1) ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายภาพและเสียง
(Telecommunication and Broadcast Carrier) ได้แก่ ผู้ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐาน (Fixed
Line Service Provider) ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Service Provider)
ผู้ให้บริการวงจรเช่า (Leased Circuit Service Provider) และผู้ให้บริการดาวเทียม
(Satellite Service Provider)

(2) ผู้ให้บริการการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Access
Service Provider) ผู้ให้บริการประเภทนี้เป็นผู้ให้บริการการเข้าถึงการใช้งานเครือข่าย-
คอมพิวเตอร์ ได้แก่ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) ทั้งมีสาย และ
ไร้สาย ผู้ประกอบการซึ่งให้บริการในการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ในห้องพัก
ห้องเช่า โรงแรม หรือร้านอาหาร และเครื่องดื่ม ในแต่ละกลุ่มอย่างหนึ่งอย่างใด และ
ผู้ให้บริการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์สำหรับองค์กร อาทิเช่น หน่วยงานราชการ
บริษัท หรือสถาบันการศึกษา

(3) ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์เพื่อให้บริการ โปรแกรมประยุกต์ต่าง ๆ (Hosting Service Provider) ได้แก่ ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ (Web Hosting) หรือให้บริการเช่า Web Server ผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเพิ่มข้อมูล (File Server หรือ File Sharing) ผู้ให้บริการการเข้าถึงจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Mail Server Service Provider) ผู้ให้บริการศูนย์รับฝากข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (Internet Data Center)

(4) ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต ซึ่งก็ได้แก่ ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต (Internet Cafe) และผู้ให้บริการร้านเกมออนไลน์ (Game Online)

2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์
ผู้ให้บริการประเภทนี้โดยส่วนมากจะเป็นผู้ให้บริการ ที่มีการให้บริการผ่านแอปพลิเคชัน หรือ โปรแกรมต่าง ๆ (Content and Application Service Provider) ดังนี้

(1) ผู้ให้บริการเว็บบอร์ด (Web Board) หรือผู้ให้บริการบล็อก (Blog) เป็นผู้ให้บริการในลักษณะของเว็บไซต์ที่ใช้สำหรับการแลกเปลี่ยนบทความ การพูดคุย การอภิปรายในสังคมออนไลน์ นอกจากชื่อเว็บบอร์ด หรือบล็อกแล้วยังมีการเรียกกันอีกหลายชื่อไม่ว่าจะเป็นกระดานข่าว กระดานข่าวสาร กระดานสนทนา กระดานสนทนาออนไลน์ ฟอรัม เว็บฟอรัม เมสเซจบอร์ด บุลลิตินบอร์ดดิสคัสชันบอร์ด เป็นต้น ซึ่งแต่ละบอร์ดนั้นก็จะมีเรื่องราวที่มีการพูดคุยในข้อมูลที่แตกต่างกันไป และหลายเว็บบอร์ดหรือบล็อกอาจจะมีเรื่องพูดคุยเฉพาะทาง

(2) ผู้ให้บริการการทำธุรกรรมทางการเงินทางอินเทอร์เน็ต (Internet Banking) และผู้ให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Payment Service Provider)

(3) ผู้ให้บริการเว็บเซอร์วิส (Web Services) กล่าวคือเป็นการให้บริการ Web Application (โปรแกรมประยุกต์ที่เข้าถึงด้วยโปรแกรมค้นดูเว็บผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์อย่างอินเทอร์เน็ตหรืออินทราเน็ต) ซึ่งเป็นโปรแกรมชนิดหนึ่ง ที่ทำงานในลักษณะการให้บริการ โดยใช้การติดต่อสื่อสารและการเชื่อมโยงกันระหว่าง Application-to-Application ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต อาทิเช่น การให้บริการการท่องเที่ยวและบริการจองตั๋วเครื่องบิน บริการจองโรงแรมผ่านเว็บไซต์

ในระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นการให้บริการระบบ Web Application โดยใน Web Application นั้นก็จะให้ข้อมูลสถานที่ท่องเที่ยวต่าง ๆ ทั่วโลก ซึ่งข้อมูลสถานที่ท่องเที่ยวเหล่านี้จะได้ข้อมูลมาจาก Web Service ที่ให้บริการข้อมูลการท่องเที่ยว เมื่อผู้ให้บริการทำการจองตั๋วเครื่องบิน จองโรงแรมผ่าน Web Application แล้ว ข้อมูลต่าง ๆ ของผู้ให้บริการก็จะถูกส่งไปยัง Web Service และผู้ให้บริการ Web Service ก็จะดำเนินการตามที่ต้องการให้ได้ต่อไป เป็นต้น

(4) ผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรือธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง การให้บริการในการทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ในทุก ๆ ช่องทางที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การซื้อขายสินค้าและบริการ การโฆษณาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นโทรศัพท์ โทรทัศน์ วิทยุ หรือแม้แต่อินเทอร์เน็ต เป็นต้น

ดังตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็จะต้องมีพื้นที่ใน Server เป็นของตนเองและต้องมีในจำนวนที่เพียงพอกับจำนวนข้อมูลของผู้ใช้บริการที่ผู้ให้บริการจะต้องจัดเก็บด้วย

2.2 ฐานความผิด

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 บัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และกำหนดบทลงโทษไว้ในหมวดที่ 1 ตั้งแต่มาตรา 5 ถึงมาตรา 16 โดยได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดและบทลงโทษไว้ตามฐานความรับผิด ดังนี้

1) ฐานความผิดการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ

โดยบัญญัติความรับผิดไว้ในมาตรา 5 ดังนี้ “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้โดยส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับนักเจาะระบบ นักแฮกเกอร์ รวมไปถึงการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์

เป็นต้น และการที่บุคคลใดจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนี้จะต้องประกอบด้วย องค์ประกอบของความผิดดังนี้

(1) ต้องมีการเข้าถึง โดยการเข้าถึงดังกล่าวนี้เป็นการเข้าถึงโดยทางกายภาพ รวมไปจนถึงแม้ว่าจะโดยอยู่ห่างไกลโดยระยะทางก็ตาม อาทิเช่น โดยผ่านทางระบบ-เครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือโดยเครือข่าย LAN (Local Area Network) ซึ่งเป็นเครือข่าย ภายใน

(2) เป็นการเข้าถึงโดยมิชอบ กล่าวคือโดยปราศจากอำนาจ หรือปราศจาก สิทธิโดยชอบธรรมนั่นเอง หรือไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของระบบแต่ถึงอย่างไรก็ตาม หากผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงนั้นได้เข้าถึงระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์เกินกว่าที่ตน-ได้รับอนุญาต บุคคลดังกล่าวนั้นก็ย่อมต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน

(3) ต้องเป็นการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ และเป็นระบบคอมพิวเตอร์ ที่มีวิธีการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะด้วย อาทิเช่น มีการตั้งรหัสการเข้าถึงไว้ หรือ มีมาตรการรักษาความปลอดภัยอื่นในการเข้าถึง เป็นต้น

(4) ต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) ฐานความผิดการเปิดเผยมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ของผู้อื่น

ตามมาตรา 6 โดยบัญญัติไว้ดังนี้ “ผู้ใดล่วงรู้มาตรการป้องกันการเข้าถึง ระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะ ถ้านำมาตรการดังกล่าวไปเปิดเผย โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความรับผิดชอบตามมาตรานี้ หมายถึงว่า ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นนั้น ได้มีมาตรการรักษาความปลอดภัย และมาตรการป้องกันการเข้าถึงจากบุคคลอื่น หรือ บุคคลภายนอกโดยเฉพาะ และได้เกิดมีบุคคลอื่นใดล่วงรู้มาตรการดังกล่าวนี้ หากนำ มาตรการดังกล่าวไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่น หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือหลายคน ความรับผิดชอบดังกล่าวแม้ว่าเมื่อได้เปิดเผยแล้วจะไม่ปรากฏว่ามีผู้ใดทราบ หรือนำไปใช้ หรือไม่ก็ตาม ก็ถือว่าได้เปิดเผยแล้ว ประกอบกับการเปิดเผยมาตรการดังกล่าวต้องเป็น การนำมาซึ่งการจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นด้วย หากเป็นกรณีที่ไม่น่าจะเกิดความ-



เสียหายแก่ผู้อื่นแล้ว ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 59 แต่อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบทางอาญาทุกฐานความผิดนั้นจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญคือ เจตนา ตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในความรับผิดชอบตามมาตรา 59 นี้เช่นกัน จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาในการก่อให้เกิดความผิดขึ้น

3) ฐานความผิดการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น

บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ดังนี้ “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบของความรับผิดชอบตามมาตรา 7 มีลักษณะเช่นเดียวกันกับ องค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 5 แต่มีความแตกต่างกันตรงข้อมูลที่กระทำต่อ กล่าวคือ ความรับผิดชอบตามมาตรา 7 เป็นการกระทำความผิดที่มีการเข้าถึงโดยมิชอบต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ มิใช่ระบบคอมพิวเตอร์ดังเช่นบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายฉบับนี้ย่อมหมายถึงเฉพาะข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ ที่ระบบคอมพิวเตอร์สามารถประมวลผลได้เท่านั้น โดยมีได้หมายรวมไปจนถึงข้อมูลที่บรรจุไว้ในแผ่นซีดี หรือแผ่นดิสเกตต์ แต่อย่างไรก็ตามหากได้มีการนำซีดีหรือแผ่นดิสเกตต์นั้นเปิด หรือเล่นผ่านระบบคอมพิวเตอร์แล้ว ก็จะอยู่ในความหมายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ทันที

4) ฐานความผิดการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ

มาตรา 8 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำความผิดตามมาตรา 8 เป็นพฤติกรรมของการดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ และเป็นข้อมูลที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นจะต้องมิใช่เป็นข้อมูลที่มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้หรือไม่ ทั้งนี้อาจพิจารณาจากลักษณะ

ของการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ว่าผู้ส่งข้อมูลนั้นประสงค์ที่จะให้เป็นเรื่องเฉพาะตนหรือไม่ หรือต้องการให้เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง หรือบุคคลภายนอกหรือไม่ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวนั้น ผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำได้ไม่ว่าโดยกฎหมายหรือโดยการอนุญาตของเจ้าของสิทธินั้น ๆ ผู้กระทำก็ย่อมที่จะไม่มีความผิดตามมาตรา 59 และประเด็นสุดท้าย การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 59 นี้จะต้องประกอบด้วยเจตนา ตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นสำคัญด้วย

5) ฐานความผิดการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ

ตามบทบัญญัติมาตรา 9 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บทบัญญัตินี้เป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นจากการกระทำโดยมิชอบ อันเป็นพฤติกรรมทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งเป็นพฤติกรรมอันเป็นการเข้าแทรกแซงการรบกวน ขัดขวาง หรือหยุดการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นเหตุให้เกิดเป็นความเสียหายต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 9 นั้นเอง

6) ฐานความผิดการทำให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นถูกระงับ ชะลอ ขัดขวาง หรือรบกวน จนไม่สามารถทำงานตามปกติได้

ตามบทบัญญัติมาตรา 10 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบ เพื่อให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นถูกระงับ ชะลอ ขัดขวาง หรือรบกวน จนไม่สามารถทำงานตามปกติได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นการบัญญัติให้การคุ้มครองระบบคอมพิวเตอร์จากการกระทำโดยมิชอบอันเป็นการระงับ ชะลอ ขัดขวาง หรือรบกวน การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ ทำให้ไม่สามารถทำงานตามปกติได้ โดยความผิดตามมาตรา 10 นี้จะต้องเป็นการกระทำ

ที่มีข้อบกพร่องระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น และแม้จะเกิดการกระทำแล้วหากแต่ระบบ-คอมพิวเตอร์นั้นยังทำงานได้ แต่ไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้เช่นกัน อาทิเช่น ป้อนไวรัสลงระบบคอมพิวเตอร์ เป็นเหตุทำให้ระบบ-คอมพิวเตอร์นั้นทำงานช้าลง และไม่มีประสิทธิภาพการประมวลผล หรือเป็นเหตุทำให้เกิดการประมวลผลคลาดเคลื่อน เป็นต้น

7) ฐานความผิดการการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดย-ปกติสุข

ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมาย-อิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท”

เป็นการบัญญัติถึงพฤติกรรมมิชอบ อันเป็นการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล หรือข้อมูลนั้น โดยการส่งดังกล่าวก่อให้เกิดความรำคาญ ความกวนใจ อันเป็นการรบกวนการทำงานใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น เช่น การโฆษณาสินค้าโดยการส่งผ่านทางอีเมลมากมายจนเกิดเป็นความรำคาญ ความกวนใจ และเป็นเหตุให้ผู้ใช้งานเกิดความยุ่งยากในการใช้งานหรือเข้าใช้งาน แต่อย่างไรก็ตามการที่จะต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้จะต้องเป็นการกระทำอันมีการปกปิดถึงแหล่งที่มาพร้อมด้วย แหล่งที่มาตามนัยแห่งมาตรานี้คือ หมายเลข IP Address ของผู้ใช้งานนั่นเอง และยังหมายรวมไปจนถึงการที่ไม่สามารถตรวจสอบถึงแหล่งที่มาของข้อมูลนั้น ๆ ด้วย

8) ฐานความผิดการจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการทำความผิด

บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ดังนี้ “ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือ มาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความรับผิดชอบตามมาตรานี้จะต้องเป็นพฤติกรรมการจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่ง โดยมีวัตถุประสงค์ คือ มุ่งเพื่อให้นำไปใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดความผิดตามมาตรา 5-11 มาตราใดมาตราหนึ่ง โดยชุดคำสั่งตามนี้แห่งมาตรานี้หมายถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจถูกบรรจุในแผ่นดิสก์ หรือเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะเป็นไฟล์ข้อมูลดิจิทัล เป็นต้น

9) ฐานความผิดการนำเข้า เผยแพร่ หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิด

ตามบทบัญญัติมาตรา 14 บัญญัติดังนี้ “ผู้ใดกระทำความผิดประการใด ๆ ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)”

ดังจะเห็นได้ว่าฐานความรับผิดชอบตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำความผิดที่กระทำต่อคอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์โดยตรง อาทิเช่น การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือการเจาะระบบ การทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไขหรือ

เปลี่ยนแปลงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น เป็นต้น แต่ตามมาตรา 14 เป็นการบัญญัติถึงการกระทำความผิดที่คอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์นั้นได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด อาทิเช่น ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา หรือความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง เป็นต้น โดยการกระทำความผิดตามมาตรา 14 เป็นพฤติกรรมอันเป็นการอาศัยช่องทางของระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิด พฤติกรรมบางประเภทอาจเป็นการอาศัยช่องทางแห่งการติดต่อสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตร่วมด้วย

10) ฐานความผิดการสร้างขึ้น ตัดต่อ เดิมหรือดัดแปลง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น

ตามบทบัญญัติมาตรา 16 บัญญัติดังนี้ “ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เดิมหรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยสุจริต ผู้กระทำไม่มีความผิด

ความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้

ถ้าผู้เสียหายในความผิดตามวรรคหนึ่งตายเสียก่อนร้องทุกข์ ให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย”

การกระทำความผิดตามมาตรา 16 เป็นการบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท อันเป็นพฤติกรรม ที่กระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพบุคคล ซึ่งภาพนั้นอาจเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้นใหม่ หรือเกิดจากการกระทำการตัด ต่อเดิมหรือดัดแปลง จนกลายเป็นภาพของผู้อื่น เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดตามมาตรา 16 ก็เป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้ ทั้งนี้เนื่องด้วยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเฉพาะตัวบุคคลผู้ถูกระทำเพียงเท่านั้นเอง

2.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการ

สืบเนื่องจากเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ เป็นไปเพื่อการป้องกัน และปราบปรามการกระทำความผิด และการนำมาซึ่งมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้นจะต้องได้รับความร่วมมือจากบุคคลหลากหลายฝ่ายด้วยกัน ซึ่งหนึ่งในจำนวนของบุคคลเหล่านั้นก็ได้แก่ผู้ให้บริการตามกฎหมายนั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีผู้ให้บริการตามกฎหมาย และผู้ให้บริการนั้นต้องมีหน้าที่กระทำการตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติแต่เพียงหน้าที่ของผู้ให้บริการอย่างเดียวนั้นอาจเป็นการบังคับใช้กฎหมายได้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ ดังนั้นกฎหมายจึงต้องบัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการด้วย ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ให้บริการได้ตระหนักถึงความรับผิดชอบของตนเอง และถือประพฤติปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังนี้

2.3.1 พฤติกรรมของผู้ให้บริการที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาตามบทบัญญัติ

มาตรา 15

ในความรับผิดชอบทางอาญานั้นการที่บุคคลใดจักต้องรับโทษทางอาญาจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งก็เป็นที่มาของกฎหมายฉบับนี้ที่จะบัญญัติให้ผู้ให้บริการนั้นต้องรับผิดชอบในพฤติกรรมของตนเอง อันเป็นพฤติกรรมที่เป็นการแสดงเจตนากระทำความผิดตามกฎหมาย ซึ่งแม้ว่าพฤติกรรมที่เป็นความผิดของผู้ให้บริการนั้น อาจมิใช่เป็นพฤติกรรมที่เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นพฤติกรรมที่แสดงเจตนาถึงการให้การช่วยเหลือผู้ที่กระทำความผิดนั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้หากซึ่งเกิดมีขึ้นแล้วผู้ให้บริการเองก็คงที่จะหลีกเลี่ยงเสียไม่พ้นที่จะต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังมาตรา 15 ดังนี้

“มาตรา 15 ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจ สนับสนุน หรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14”

ตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 15 นั้น สามารถแบ่งพฤติกรรมของผู้ให้บริการที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 3 ประเภท คือ จงใจ สนับสนุน และ

ยินยอม ซึ่งพฤติกรรมทั้ง 3 ประเพณี หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ให้บริการมีพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ก็ถือว่ามีความผิดและต้องรับโทษเช่นกัน กล่าวคือ

2.3.1.1 พฤติกรรม “จงใจ”

คำว่า “จงใจ” หมายความว่า การกระทำ โดยผู้กระทำรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ แม้ผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากกว่าที่เข้าใจ ถ้าได้ทำโดยที่เข้าใจว่าจะมีผลเสียหายอยู่บ้างแล้ว แม้จะเล็กน้อยเพียงใด ก็เป็นการกระทำ ความเสียหายโดยจงใจอยู่นั่นเอง โดยเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว มาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า เจตนา ซึ่ง จงใจ กับเจตนานั้น จะมี ความแตกต่างกันบ้างแต่เพียงเล็กน้อยในแง่ที่ว่า เจตนา ต้องมีความมุ่งหมายอันประสงค์ หรือเล็งเห็นผล ที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะ ส่วนจงใจไม่ต้องมุ่งหมายต่อผลอันใดโดยเฉพาะ เพียงแต่รู้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่เขาเท่านั้นก็พอ อีกอย่างหนึ่งที่น่าพิจารณา คือ คำว่า จงใจ นั้นเป็นถ้อยคำที่มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ดังนั้นแล้ว การกระทำโดยจงใจในเรื่องละเมิด เป็นการกระทำที่ต้องมีผลเสียหายเกิดขึ้นต่างหากจากการกระทำ ถ้ามีเพียงแต่การกระทำ โดยไม่มีความเสียหาย ย่อมไม่เป็นการละเมิด การกระทำโดยจงใจจึงมีความหมายถึง การกระทำโดยประสงค์ต่อผล คือความเสียหายแก่ผู้อื่น ถ้าไม่ประสงค์ต่อผล คือ ความเสียหายเช่นนั้นแล้ว แม้จะเล็งเห็นผลก็ไม่ใช่จงใจกระทำ อาจเป็นเพียงประมาท-เลินเล่อได้อีกส่วนหนึ่ง แต่เมื่อผู้กระทำประสงค์ให้เกิดความเสียหายเป็นจงใจกระทำแล้ว แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นน้อยกว่าที่ประสงค์เพียงใดก็เป็นการกระทำละเมิด โดยจงใจ

จากการดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า จงใจ หมายถึง กระทำโดย-รู้สำนึกในการกระทำของตนเอง และรู้สำนึกถึงผลเสียหาย และได้กระทำโดยตั้งใจ ประสงค์ต่อผล แต่เจตนานั้นต้องเป็นการกระทำที่เล็งเห็นผลด้วย มีคำพิพากษาของ ศาลฎีกาที่ 1104/2509 ได้วางหลักไว้ว่า “เจตนากระทำกับจงใจกระทำนั้นจะตีความ อนุโลมอย่างเดียวกันไม่ได้” กล่าวคือ “จำเลยถูกศาลพิพากษาลงโทษฐานฆ่าคนตาย โดยไม่เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 ถือว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อ

ผู้ตายแล้ว เพราะการที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายก็เป็นการกระทำโดยจงใจทำร้ายผู้ตาย โดยผิดกฎหมายอยู่ในตัวแล้ว แม้จะไม่มีเจตนาฆ่าก็ได้เชื่อว่ากระทำละเมิด แต่การละเมิด นั้นถึงกับมีเจตนาจะฆ่าหรือทำให้ตายโดยไม่มีเจตนา นั้นเป็นเรื่องของเจตนาในการทำผิด ทางอาญา เจตนากระทำ กับจงใจกระทำจะตีความอนุโลมอย่างเดียวกันมิได้”

ตามคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ชัดเจนว่า จงใจ ไม่ได้

มุ่งต่อผลของการกระทำลงเฉพาะเจาะจงว่าจะเกิดผลเฉพาะเจาะจงขึ้นระดับเช่นใด แต่รู้ว่า จะเกิดผลเสียหายกว้าง ๆ ขึ้น ก็ถือว่าเป็นความผิดเป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว แต่อย่างไร- ก็ตาม การกระทำบางอย่างอาจเกิดเป็นความเสียหายขึ้น แต่มิได้เป็นการกระทำโดยจงใจ กล่าวคือ การกระทำโดยสุจริตเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงไม่เป็นจงใจ เพราะไม่รู้ว่า จะเกิด ความเสียหาย การกระทำโดยหลงผิดและพลั้งพลาดไม่เป็นจงใจ เพราะไม่รู้สำนึกได้ถึงผล และความเสียหาย เป็นต้น²

2.3.1.2 พฤติกรรม “สนับสนุน”

พฤติกรรมใดที่จะถือเป็นการสนับสนุนในการกระทำความผิด และต้องรับผิดทางอาญานั้น เป็นไปตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เป็นการช่วยเหลือ ให้ความสะดวก แก่ผู้อื่นในการกระทำความผิด ซึ่งความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกดังว่านั้นจะต้องมีขึ้นก่อน หรือขณะที่ผู้กระทำ- ความผิด กระทำความผิด โดยการช่วยเหลือเช่นว่านี้แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะมีรู้ถึง การช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกก็ตาม ผู้นั้นถือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด แล้ว ดังนี้

1) เจตนาสนับสนุน คือต้องมีเจตนาที่จะสนับสนุนการ- กระทำความผิด คือรู้ว่าการที่บุคคลอื่นกระทำนั้นเป็นความผิด แต่ยังให้การช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำความผิด

²เดชา ธรรมธาดาวิวัฒน์, ความยินยอมในการรักษา ผลทางกฎหมายต่อความ รับผิดทางละเมิดและทางอาญาของทันตแพทย์ 58, 1 (มกราคม-มีนาคม 2551): 47-48.

2) การสนับสนุนต้องเกิดขึ้นก่อน หรือขณะที่บุคคลใด ๆ จะกระทำความผิด หากเกิดขึ้นหลังจากการกระทำความผิดแล้ว ไม่ถือเป็นการสนับสนุน จึงไม่ใช่ความผิดฐานสนับสนุน

3) การสนับสนุนโดยประมาทไม่อาจมีได้ เพราะผู้สนับสนุนต้องมีเจตนาในการสนับสนุน ให้ผู้กระทำได้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง กล่าวคือ ผู้สนับสนุนจะต้องรู้ว่าผู้กระทำมีเจตนาจะกระทำความผิดฐานใด ดังนั้นโดยสภาพจึงไม่อาจมีการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการกระทำความผิดโดยประมาท

4) การสนับสนุนต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ถ้าไม่มีการกระทำความผิด หรือการกระทำยังไม่ถึงขั้นพยายาม หรือการเตรียมที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด การสนับสนุนก็มีไม่ได้³

2.3.1.3 พฤติกรรม “ยินยอม”

ความยินยอมในที่นี้ คือการยินยอมให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของตนเอง พิจารณาโดยความหมายของคำว่า “ยินยอม” นั้นหมายถึง การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตนอันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่า การนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ (ศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์) โดยการยินยอมเช่นว่านี้จะต้องเป็นการแสดงเจตนาภายใต้

1) การให้ความยินยอมที่จะถือเป็นการผิดนั้นต้องเป็นการให้ความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำความผิด

³ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 218-221.

2) ต้องเป็นการให้ความยินยอมโดยสมัครใจปราศจากกลล่อลวง การข่มขู่ หรือการสำคัญผิด

3) ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นบุคคลผู้ซึ่งสามารถในการที่จะให้ความยินยอมได้ เช่น ผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต และบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ บุคคลเหล่านี้ถือเป็นบุคคลที่ไม่สามารถในการให้ความยินยอม

จากพหุติกรรมตามบทบัญญัติมาตรา 15 ดังกล่าวข้างต้น หากแม้ปรากฏว่าผู้ให้บริการผู้ใดมีพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งได้แก่ จงใจ สนับสนุน หรือยินยอม ให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของตนเองแล้วนั้น ผู้ให้บริการเองก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิด แม้ว่ากฎหมายจะมีได้บัญญัติถึงฐานความรับผิดโดยเฉพาะเจาะจงของผู้ให้บริการก็ตาม แต่ทว่าในความรับผิดที่ผู้ให้บริการจะต้องรับผิดตามมาตรา 15 นั้นกฎหมายย่อมเล็งเห็นแล้วว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 14 เป็นการกระทำความผิดที่ต้องอาศัยการให้บริการของผู้ให้บริการในการก่อเกิดเป็นความผิด โดยการนำข้อมูลอันมิชอบด้วยกฎหมายเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุมของผู้ให้บริการ และเมื่อเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์แล้วผู้ให้บริการถือเป็นบุคคลแรกเริ่มที่อาจเป็นที่คาดหมายหรือทราบได้ว่าผู้ให้บริการรายใดจะกระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดแล้ว หากทราบแล้วยังปล่อยให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุมของตนเอง โดยมีได้กระทำการใดอันเป็นการระงับ ยับยั้งการกระทำเช่นนั้น ผู้ให้บริการเองก็คงจะหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะต้องถูกกล่าวหา หรือกล่าวโทษ และตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในความผิดฐานจงใจ สนับสนุน หรือยินยอมให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุมของตนเอง ตามมาตรา 15 และต้องรับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดอีกด้วย

2.3.2 ฐานความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้บริการตามบทบัญญัติมาตรา 14

ความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายของผู้ให้บริการนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ให้บริการ จงใจ สนับสนุน หรือยินยอม ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุมดูแลของตนเอง การกระทำความผิดประเภท-

ใดบ้างเมื่อเกิดมีขึ้นแล้วผู้ให้บริการต้องรับโทษ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 14 โดยจำแนกฐานความรับผิดชอบเป็น 5 ฐานด้วยกัน ดังนี้

1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา

4) เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตาม 1), 2), 3) หรือ 4)

กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามมาตรานี้จะมีความแตกต่างกับมาตราอื่น ๆ กล่าวคือ ฐานความผิดตามมาตราอื่นนั้น เป็นฐานความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เฉพาะความผิดที่กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยตรง แต่ตามบทบัญญัติมาตรา 14 คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์อาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดได้ อาทิเช่น ความผิดฐานฉ้อโกง หมิ่นประมาทหรือเผยแพร่ภาพลามก ซึ่งการกระทำความผิดเหล่านั้นเป็นความรับผิดชอบตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว แต่ทว่าเมื่อการกระทำความผิดเหล่านั้นเป็นการกระทำความผิดที่อาศัยช่องทางของระบบคอมพิวเตอร์เพื่อกระทำความผิด ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องบัญญัติถึงองค์ประกอบของการกระทำความผิดที่เป็นการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดคือ “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์” และเพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดโดยอาศัยช่องทางแห่งการสื่อสารเพื่อกระทำความผิดตามมาตรา 14 นั้น บทบัญญัติ

ของกฎหมายจึงต้องบัญญัติถึงความรับผิดชอบเพิ่มเติมของผู้ให้บริการด้วย ทั้งนี้เพราะการกระทำความผิดตามมาตรา 14 เป็นการกระทำความผิดที่ต้องอาศัยช่องทางการให้บริการระบบคอมพิวเตอร์ หรือระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการในการเข้าสู่ เข้าใช้ หรือเข้าถึง เพื่อกระทำความผิดขึ้น

จากฐานความรับผิดชอบดังกล่าวนี้ เป็นฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิดที่อาศัยช่องทางการให้บริการจากผู้ให้บริการโดยตรง เมื่อเป็นเช่นนั้น หากเกิดการกระทำความผิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการรายใด ผู้ให้บริการรายนั้นจะปฏิเสธความรับผิดชอบของตนมิได้ นอกเสียจากว่าจะต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองว่ามีได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น ๆ ซึ่งก็อาจเป็นการยากยิ่งเพราะเป็นการกระทำภายใต้การให้บริการของตนเอง เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วปัจจุบันผู้ให้บริการโดยส่วนใหญ่จึงหันมาให้ความสนใจในการที่จะหามาตรการการป้องกันการกระทำความผิด อาทิเช่น การกำหนดสิทธิในการเข้าใช้บริการ การกำหนดรหัสผ่านในการเข้าใช้ หรือสร้างระบบรักษาความปลอดภัยภายในหน่วยงานของตนเอง เป็นต้น

2.4 หน้าที่ของผู้ให้บริการ

สืบเนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น เป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือกระทำผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อันเป็นการกระทำในลักษณะการนำเข้า เผยแพร่ และตีพิมพ์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์ การเจาะระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อขโมยข้อมูลคอมพิวเตอร์ เป็นต้น พฤติกรรมการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ส่งผลให้ในการสืบหาตัวผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น จึงต้องอาศัยพยานหลักฐานที่โดยส่วนใหญ่แล้วจะปรากฏอยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งผู้ที่จะสามารถรับรู้ รับทราบและเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้นได้ ก็ได้แก่นุคคลผู้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการตามกฎหมาย โดยบุคคลเหล่านี้ถือเป็นบุคคลแรกเริ่มที่เข้าถึง รับรู้ รับทราบข้อมูลของผู้ใช้บริการ การนี้ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลการให้บริการ ข้อมูลแห่งการติดต่อสื่อสาร ต้นทาง ปลายทาง เป็นต้น ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะถูกจัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามจำนวนผู้ใช้บริการ ตามระยะเวลา หรือตาม-

พื้นที่ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการนั้น ๆ การนี้หากซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการรายใด มีผู้ใช้บริการจำนวนมาก แต่มีพื้นที่ในการเก็บรักษาข้อมูลการใช้บริการจำนวนน้อย ข้อมูลการใช้บริการของผู้ใช้บริการเหล่านั้นก็จะถูกลบล้างด้วยข้อมูลใหม่ ๆ ตามจำนวนของผู้ใช้บริการ เมื่อเป็นเช่นนี้อาจทำให้เป็นการยากยิ่งในการที่จะสืบหาพยานหลักฐานการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิด เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิด ที่แท้จริงมาลงโทษตามกฎหมายได้ ดังนั้นแล้วข้อมูลการใช้บริการจึงมีความสำคัญ และจำเป็นอย่างยิ่ง การนี้หากยังคงปล่อยให้ผู้ให้บริการเป็นผู้ให้บริการจัดการข้อมูลต่าง ๆ ดังกล่าวเหล่านั้นเองแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายในการสืบทราบผู้กระทำความผิดที่เกิดเป็นความยากมากยิ่งขึ้น ดังนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงต้องบัญญัติหน้าที่ของผู้ให้บริการดังนี้

2.4.1 หน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์

หน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการ นั้นกฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 26 ดังนี้

“มาตรา 26 ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็น พนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการผู้ใดเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกินเก้าสิบวัน แต่ไม่เกินหนึ่งปีเป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย และเฉพาะคราว ก็ได้

ผู้ให้บริการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ใช้นับตั้งแต่เริ่มใช้บริการ และต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่การให้บริการสิ้นสุดลง

ความในวรรคหนึ่งจะใช้กับผู้ให้บริการประเภทใด อย่างไร และเมื่อใดให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ผู้ให้บริการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรานี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท”

กล่าวคือ ในบทบัญญัติของมาตรา 26 นี้ เป็นมาตราที่กำหนดภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการโดยเฉพาะ โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวของผู้ใช้บริการนับตั้งแต่เริ่มใช้บริการและต้องเก็บรักษาไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่การให้บริการสิ้นสุดลง ซึ่งข้อมูลดังกล่าวนี้แบ่งเป็น 2 ประการ คือ

1) ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ (Traffic Data)

ซึ่งข้อมูลดังกล่าวนี้เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ แสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของบริการ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้เป็นข้อมูลในการเข้าถึงของเครื่องคอมพิวเตอร์ ลูกข่ายหรือผู้ให้บริการ หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการที่เข้าสู่เว็บไซต์ ซึ่งจะระบุถึงตัวตน และสิทธิในการเข้าถึงเครือข่าย หรือข้อมูลการใช้บริการเว็บไซต์ประเภทต่าง ๆ ตัวอย่าง เช่น วัน เวลาในการเข้าใช้ระบบ (Log In) และการออกจากระบบ (Log Out) หมายเลขที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตหรือไอพีแอดเดรสของเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (IP Address) เป็นต้น แต่การนี้ข้อมูลดังกล่าวไม่ได้หมายถึงแต่เฉพาะข้อมูลที่ไหลผ่านระบบเครือข่ายเพียงอย่างเดียว แต่หมายรวมถึงข้อมูลที่เกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ เช่นข้อมูลในเครื่อง Web Server ที่เกิดจากการเข้าถึงข้อมูลโดยผู้เข้าเยี่ยมชมเว็บไซต์ เป็นต้น โดยปกติแล้วข้อมูลดังกล่าวนิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า Log File ซึ่งระบบคอมพิวเตอร์มักจะเก็บ Log File ไว้ในเครื่อง โดย Log File ดังกล่าวอาจถูกเขียนทับ หรือถูกแก้ไขข้อมูล ถูกลบ ได้ซึ่งข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้ผู้ให้บริการจะต้องเก็บรักษาตามกฎหมายไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของตน แต่ทั้งนี้ระยะเวลาในการเก็บรักษาดังกล่าวนั้นอาจขยายออกไปได้กรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้เก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกินเก้าสิบวันแต่จะไม่เกินหนึ่งปีเป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้

2) ข้อมูลของผู้ใช้บริการ

ซึ่งก็หมายถึงข้อมูลที่บันทึกถึงตัวตนของบุคคลในการเข้าใช้บริการทางเครือข่ายของผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะเป็นชื่อ สกุล รหัสเลขประจำตัว User Name หรือ

PIN Code ใด ๆ ผู้ให้บริการมีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็น เพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ให้บริการนับตั้งแต่เริ่มใช้บริการและต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลา ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่การให้บริการสิ้นสุดลง กรณีหากซึ่งผู้ให้บริการประเภท เว็บบอร์ด (Web Board) หรือผู้ให้บริการประเภทเว็บบล็อก (Blog) ให้เก็บข้อมูลของ ผู้ที่ตั้งกระทู้ ประกาศหรือปิดข้อความ (Post) บนเว็บไซต์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของ ผู้ให้บริการด้วย

จากหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นหน้าที่ ที่ผู้ให้บริการต้องปฏิบัติตาม กฎหมาย แต่ทั้งนี้เนื่องด้วยผู้ให้บริการตามกฎหมายมีหลายประเภท ผู้ให้บริการ แต่ละประเภทอาจยังไม่ตระหนักถึงหน้าที่ของตนเอง ดังนั้นกรณีในส่วนหน้าที่ ในการเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร จึงได้ออกเป็นประกาศ- กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษา- ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจน เกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ให้บริการมากยิ่งขึ้น โดยได้บัญญัติเพิ่มเติมในรายละเอียดจาก กฎหมายดังนี้

1) ผู้ให้บริการในการเข้าใช้อินเทอร์เน็ตและให้บริการการติดต่อสื่อสาร ผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 3 อนุมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการ- กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ประกอบกับ ประกาศกระทรวง- เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจร- ทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 บัญญัติให้ผู้ให้บริการประเภทดังต่อไปนี้ มีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์และข้อมูลของผู้ใช้บริการ

(1) ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมและการกระจายภาพและเสียง (Telecommunication and Broadcast Carrier) มีหน้าที่ต้องเก็บรักษาข้อมูลดังต่อไปนี้

ก. ข้อมูลที่สามารถระบุและติดตามถึงแหล่งกำเนิดต้นทาง ปลายทาง และทางสายที่ผ่านของการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ อันได้แก่ ข้อมูลระบบชุมสายโทรศัพท์พื้นฐาน โทรศัพท์วิทยุมือถือ และระบบตู้โทรศัพท์สาขา (Fixed Network Telephony and Mobile Telephony) ข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์หรือ

หมายเลขวงจร รวมทั้งบริการเสริมอื่น ๆ เช่น บริการโอนสาย และหมายเลขโทรศัพท์ที่ได้โอนสาย รวมทั้งหมายเลขโทรศัพท์ซึ่งถูกเรียกจากโทรศัพท์ที่มีการโอน เป็นต้น ข้อมูลชื่อ ที่อยู่ของผู้ใช้บริการ หรือผู้ใช้งานที่ลงทะเบียน (Name and Address of Subscriber or Registered User) และข้อมูลเกี่ยวกับวันที่ เวลา และที่ตั้งของ Cell ID ซึ่งมีการใช้บริการ (Data and Time of the Initial Activation of the Service and the Location Label Cell ID)

ข. ข้อมูลที่สามารถระบุวันที่ เวลา และระยะเวลาของการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ กล่าวคือข้อมูลวันที่ รวมทั้งเวลาเริ่มต้น และสิ้นสุดของการใช้งาน (Fixed Network Telephony and Mobile Telephony, the Date and Time of the Start and End of the Communication)

ค. ข้อมูลซึ่งสามารถระบุที่ตั้งในการใช้โทรศัพท์มือถือ หรืออุปกรณ์ติดต่อสื่อสารแบบไร้สาย (Mobile Communication Equipment) ได้แก่ ข้อมูลที่ตั้งในการเชื่อมต่อ ณ สถานที่เริ่มติดต่อสื่อสาร ข้อมูลซึ่งระบุที่ตั้งทางกายภาพของโทรศัพท์มือถืออันเชื่อมโยงกับข้อมูลที่ตั้งของ Cell ID ขณะที่มีการติดต่อสื่อสาร และผู้ให้บริการประเภทนี้ต้องจัดให้มีระบบบริการตรวจสอบบุคคลผู้ให้บริการ

(2) ผู้ให้บริการ การเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Access Service Provider) และผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ หรือให้เช่าบริการโปรแกรมประยุกต์ต่าง ๆ (Host Service Provider) มีหน้าที่ต้องเก็บรักษาข้อมูลดังต่อไปนี้

ก. ข้อมูลอินเทอร์เน็ตที่เกิดจากการเข้าถึงระบบเครือข่าย อันได้แก่ ข้อมูล Log ที่มีการบันทึกไว้เมื่อมีการเข้าถึงระบบเครือข่ายซึ่งระบุตัวตนและสิทธิในการเข้าถึงเครือข่าย ข้อมูลเกี่ยวกับวัน และเวลาการติดต่อของเครื่องที่เข้ามาใช้บริการและเครื่องให้บริการ ข้อมูลเกี่ยวกับชื่อที่ระบุตัวตนผู้ใช้ (User ID) ข้อมูลหมายเลขชุดอินเทอร์เน็ตที่ถูกกำหนดให้โดยระบบผู้ให้บริการ และข้อมูลที่บอกถึงหมายเลขสายที่เรียกเข้ามา

ข. ข้อมูลอินเทอร์เน็ตบนเครื่องผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ ข้อมูล Log ที่บันทึกไว้เมื่อเข้าถึงเครื่องให้บริการไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือข้อมูลดังนี้ ข้อมูลหมายเลขของข้อความที่ระบุในจดหมาย-



อิเล็กทรอนิกส์ ข้อมูลชื่อที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่ง ข้อมูลชื่อ ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับ ข้อมูลที่บอกถึงสถานะในการตรวจสอบ เป็นต้น ข้อมูลหมายเลขชุดอินเทอร์เน็ตของเครื่องคอมพิวเตอร์ผู้ให้บริการที่เชื่อมต่ออยู่ขณะเข้ามาใช้บริการ ข้อมูลวัน และเวลาการติดต่อของเครื่องที่เข้ามาใช้บริการและเครื่องให้บริการ ข้อมูลหมายเลขชุดอินเทอร์เน็ตของเครื่องบริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกเชื่อมต่ออยู่ในขณะนั้น ชื่อผู้ใช้งาน (User ID) และข้อมูลที่บันทึกการเข้าถึงข้อมูลจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ผ่านโปรแกรมจัดการจากเครื่องของสมาชิก หรือการเข้าถึงเพื่อเรียกข้อมูลจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปยังเครื่องสมาชิก โดยยังคงจัดเก็บข้อมูลที่บันทึกการเข้าถึงข้อมูลจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ดึงไปนั้นไว้ที่เครื่องให้บริการ

ก. ข้อมูลอินเทอร์เน็ตจากการโอนแฟ้มข้อมูลบนเครื่องให้บริการ ให้โอนแฟ้มข้อมูล ได้แก่ข้อมูลดังนี้ ข้อมูล Log ที่บันทึกเมื่อมีการเข้าถึงเครื่องให้บริการ โอนแฟ้มข้อมูล ข้อมูลวัน และเวลาการติดต่อขอเครื่องที่เข้ามาใช้บริการ และเครื่องให้บริการ ข้อมูลหมายเลขชุดอินเทอร์เน็ตของเครื่องคอมพิวเตอร์ผู้เข้าใช้ที่เชื่อมต่ออยู่ในขณะนั้น ข้อมูลชื่อผู้ใช้งาน (ถ้ามี) และข้อมูลตำแหน่ง และชื่อไฟล์ที่อยู่บนเครื่องให้บริการ โอนถ่ายข้อมูลที่มีการส่งขึ้นมابันทึก หรือให้ดึงข้อมูลออกไป

ง. ข้อมูลอินเทอร์เน็ตบนเครื่องผู้ให้บริการเว็บ ได้แก่ ข้อมูล Log ที่บันทึกเมื่อมีการเข้าถึงเครื่องผู้ให้บริการเว็บ ข้อมูลวัน และเวลาการติดต่อของเครื่องที่เข้ามาใช้บริการและเครื่องให้บริการ ข้อมูลหมายเลขชุดอินเทอร์เน็ตของเครื่องคอมพิวเตอร์ผู้เข้าใช้ที่เชื่อมต่ออยู่ในขณะนั้น ข้อมูลคำสั่งการใช้งานระบบ และข้อมูลที่บ่งบอกถึงเส้นทางในการเรียกดูข้อมูล เช่น ตำแหน่งของเว็บเพจ

จ. ชนิดของข้อมูลบนเครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ ได้แก่ ข้อมูล Log ที่บันทึกเมื่อมีการเข้าถึงเครือข่าย ข้อมูลวัน และเวลาการติดต่อของเครื่องที่เข้ามาใช้บริการ และเครื่องให้บริการ ข้อมูลหมายเลข Port ในการใช้งาน ข้อมูลชื่อเครื่องให้บริการ และข้อมูลหมายเลขลำดับข้อความที่ได้ถูกส่งไปแล้ว

ฉ. ข้อมูลที่เกิดจากการโต้ตอบกันบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เช่น Internet Relay Chat (IRC) หรือ Instance Messaging (IM) เช่น เป็นข้อมูลเกี่ยวกับ

วัน เวลาการติดต่อของผู้ให้บริการ และข้อมูลชื่อเครื่องบนเครือข่าย และหมายเลขเครื่องของผู้ให้บริการที่เครื่องคอมพิวเตอร์เชื่อมต่ออยู่ในขณะนั้น เป็นต้น

(3) ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต มีหน้าที่ในการต้องเก็บรักษาข้อมูลดังต่อไปนี้คือ

ก. ข้อมูลที่สามารถระบุตัวบุคคล

ข. เวลาของการเข้าใช้และการเลิกใช้บริการ

ค. หมายเลขเครื่องที่ใช้ (IP Address)

2) ผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 3 อนุมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ประกอบกับ ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ว่าด้วยเรื่อง-หลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 บัญญัติให้มีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์และข้อมูลของผู้ใช้บริการดังนี้

(1) ข้อมูลรหัสประจำตัวผู้ใช้ หรือข้อมูลที่สามารถระบุตัวผู้ใช้บริการได้ หรือเลขประจำตัวของผู้ขายสินค้าหรือบริการ หรือเลขประจำตัวผู้ใช้บริการ และที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ใช้บริการ

(2) การบันทึกข้อมูลการเข้าใช้บริการของผู้ใช้บริการ

(3) กรณีผู้ให้บริการเว็บบอร์ด หรือผู้ให้บริการบล็อก ให้เก็บข้อมูลของผู้ประกาศ (Post) ข้อมูล

2.4.2 หน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน

การนี้นอกจากผู้ให้บริการจะมีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติให้ผู้ให้บริการต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายอีกด้วย ดังนี้

“มาตรา 18 ภายใต้บังคับมาตรา 19 เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวน ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ เฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด และหาตัวผู้กระทำความผิด

(1) มีหนังสือสอบถาม หรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มาเพื่อให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งเอกสารข้อมูล หรือหลักฐานอื่นใดที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจได้

(2) เรียกข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการ เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

(3) สั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา 26 หรือที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

(4) ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากระบบคอมพิวเตอร์ที่มีเหตุอันควรเชื่อว่า ได้มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นยังมิได้อยู่ในความครอบครองของพนักงานเจ้าหน้าที่

(5) สั่งให้บุคคลซึ่งครอบครองหรือควบคุมข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ดังกล่าวให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

(6) ตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้

(7) ถอดรหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด หรือสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำการถอดรหัสลับ หรือให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการถอดรหัสลับดังกล่าว

(8) ยึดหรืออายัดระบบคอมพิวเตอร์เท่าที่จำเป็นเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการทราบรายละเอียดแห่งความผิด และผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 18 ดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นมาตราที่กำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการส่งมอบข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ผู้ให้บริการเก็บรักษาไว้ตามมาตรา 26 ให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ กล่าวคือเมื่อเกิด-

การกระทำความผิดขึ้น ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์นี้ถือเป็นข้อมูลที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะสืบหาตัวผู้กระทำความผิด ดังนั้นเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเรียกขอข้อมูลดังกล่าวจากผู้ให้บริการแล้ว ผู้ให้บริการจะต้องมีข้อมูลดังกล่าว และต้องส่งมอบตามคำขอของเจ้าพนักงานนั้น ๆ หากซึ่งผู้ให้บริการงดเว้นการกระทำไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวแล้วนั้น บทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 27 บัญญัติให้ผู้ให้บริการนั้นต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท และปรับเป็นรายวันอีกไม่เกินวันละห้าพันบาท จนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง

“มาตรา 20 ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็น การทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่บัญญัติไว้ในภาคสอง ลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีการสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้”

กล่าวคือ ตามมาตรา 20 เป็นมาตราที่กำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องกระทำการระงับการแพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่บัญญัติไว้ในภาคสอง ลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งประกอบด้วยความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐบาลในราชอาณาจักร ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐบาลนอกราชอาณาจักร ความผิดต่อสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย เป็นต้น หรือกรณีที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการระงับการแพร่หลายดังกล่าวนี้เป็นการระงับโดยคำสั่งของศาลจากการยื่นคำร้องขอของพนักงานเจ้าหน้าที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ระงับการแพร่หลายข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ๆ

ซึ่งเมื่อศาลมีคำสั่งให้ระงับการแพร่หลายตามกฎหมายแล้วนั้น ก็จะเป็นหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการที่จะต้องปฏิบัติการระงับการแพร่หลายนั้น การปฏิบัติการระงับการแพร่หลายตามกฎหมายดังกล่าวกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการให้สามารถสั่งให้ผู้ให้บริการกระทำการระงับข้อมูลคอมพิวเตอร์ เช่นว่านั้นได้ด้วย การนี้หากซึ่งผู้ให้บริการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเช่นว่านั้นแล้ว ผู้ให้บริการผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 27 เช่นเดียวกัน

2.5 พนักงานเจ้าหน้าที่

2.5.1 ความหมาย

พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้น หมายถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น จะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ กล่าวคือ เป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ และชำนาญเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์เป็นอย่างสูง ประกอบกับจะต้องเป็นบุคคลที่ผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศกำหนดขึ้นเป็นต้น แต่การที่กฎหมายกำหนดให้มีพนักงานเจ้าหน้าที่โดยเฉพาะนั้น หมายความว่าพนักงานเจ้าหน้าที่อื่นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะไม่มีหน้าที่ใดเลยอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แต่ในการปฏิบัติงานนั้นกฎหมายจะต้องกำหนดระเบียบและวางแนวทางวิธีปฏิบัติในการดำเนินการสืบสวนสอบสวนซึ่งจะต้องมีการประสานงานระหว่างพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

2.5.2 อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น กฎหมายบัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 29 ดังนี้ “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีอำนาจในการรับคำร้องทุกข์หรือรับคำกล่าวโทษ รวมถึงมีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนเฉพาะความผิดตามพระราชบัญญัตินี้” โดยการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวน ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติการตามกฎหมายเฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด และหาตัวผู้กระทำความผิด การนี้การใช้อำนาจตามกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นถูกจำกัดไว้โดยจะสามารถใช้อำนาจหน้าที่ได้ 2 ประเภทคือ การใช้อำนาจหน้าที่ของตนเองที่มีอยู่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาล และการใช้อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อน ดังนี้

1) การใช้อำนาจโดยตำแหน่งหน้าที่ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้สามารถใช้อำนาจได้เลย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดนั้น โดยได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติมาตรา 18 อนุมาตรา (1), (2) และ (3) กล่าวคือ

อนุมาตรา (1) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มาเพื่อให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งเอกสาร ข้อมูล หรือหลักฐานอื่นใดที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจได้

อนุมาตรา (2) เรียกข้อมูลจากรายทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบหรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

อนุมาตรา (3) สั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา 26 หรือที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการแก่พนักงานเจ้าหน้าที่

2) การที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องใช้อำนาจทางศาลโดยกฎหมายบัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่จำต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ทั้งนี้

เพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาต ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการตามคำร้อง⁴ ซึ่งกรณีที่ต้องยื่นคำขออนุญาตนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 18 อนุมาตรา (4), (5), (6), (7) และอนุมาตรา (8) บทบัญญัติมาตรา 20 และมาตรา 21 ดังนี้

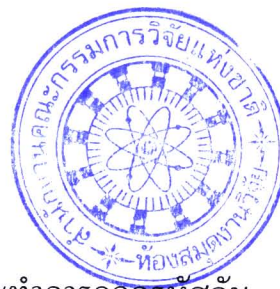
อนุมาตรา (4) ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ จากระบบคอมพิวเตอร์ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นยังมิได้อยู่ในความครอบครองของพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยการทำสำเนาข้อมูลดังกล่าวนั้น จะกระทำได้แต่เฉพาะเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น และประกอบกับการกระทำความผิดดังกล่าวของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องไม่ใช่อุปสรรคในการดำเนินการของเจ้าของหรือผู้ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเกินความจำเป็นด้วย

อนุมาตรา (5) สั่งให้บุคคลซึ่งครอบครอง หรือควบคุมข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ดังกล่าวให้พนักงานเจ้าหน้าที่

อนุมาตรา (6) ตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ของบุคคลใดอันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้

อนุมาตรา (7) ถอดรหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด หรือสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำการถอดรหัสลับ หรือให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการถอดรหัสลับดังกล่าว การนี้เหตุที่อนุมาตรา (7) ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการถอดรหัสได้นั้น เป็นเพราะการใช้อำนาจในการตรวจสอบ และเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม อนุมาตรา (6) พนักงานเจ้าหน้าที่อาจไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้เนื่องจากมีรหัสลับป้องกันการเข้าถึงข้อมูล

⁴พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, มาตรา 19.



ดังนั้นอนุमतรานี้จึงต้องให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการกระทำการถอดรหัสลับดังกล่าวได้

อนุมาตรา (8) ยึดหรืออายัดระบบคอมพิวเตอร์เท่าที่จำเป็นเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการทราบรายละเอียดแห่งความผิดและผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ การนี้การยึดหรืออายัดระบบคอมพิวเตอร์นอกจากจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องส่งมอบสำเนาหนังสือแสดงการยึดหรืออายัดมอบให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองระบบคอมพิวเตอร์นั้นไว้เป็นหลักฐานแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งยึดหรืออายัดไว้เกินสามสิบวันมิได้ ในกรณีจำเป็นที่ต้องยึดหรืออายัดไว้นานกว่านั้นให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอขยายเวลายึด หรืออายัดได้ แต่ศาลจะอนุญาตให้ขยายเวลาครั้งเดียวหรือหลายครั้งรวมกันได้อีกไม่เกินหกสิบวัน เมื่อหมดความจำเป็นที่จะยึดหรืออายัดหรือครบกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องส่งคืนระบบคอมพิวเตอร์ที่ยึดหรือถอนการอายัดโดยพลัน หนังสือแสดงการยึดหรืออายัดดังกล่าวเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵

บทบัญญัติมาตรา 20 บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นคำร้องขอต่อศาลในกรณีที่เกิดการกระทำความผิดที่เป็นกรทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยกรณีดังกล่าวนี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี อาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้ การนี้เมื่อศาลมีคำสั่งให้ระงับแล้วพนักงานเจ้าหน้าที่อาจทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือจะดำเนินการสั่งให้ผู้อื่นให้บริการนั้นกระทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นก็ได้

บทบัญญัติมาตรา 21 บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้ให้บริการจำหน่าย หรือเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือสั่งให้เจ้าของ หรือผู้ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นระงับการใช้

⁵พรเพชร วิชิตชลชัย, เรื่องเดิม, หน้า 35-38.

ทำลาย หรือแก้ไขข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น กรณีหากซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ มีชุดคำสั่งที่มีผลอันทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์หรือชุดคำสั่งอื่นใดในระบบคอมพิวเตอร์ เกิดความเสียหาย ถูกทำลาย ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมขัดข้อง หรือปฏิบัติงานไม่ตรงตามคำสั่งที่กำหนดไว้

2.5.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของพนักงานเจ้าหน้าที่

นอกเสียจากหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่อาจต้องรับผิดชอบได้หากซึ่งกระทำตามหน้าที่โดยมิชอบ ดังนี้

“มาตรา 22 ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปิดเผยหรือส่งมอบ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ที่ได้มาตาม มาตรา 18 ให้แก่บุคคลใด

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับการกระทำเพื่อประโยชน์ในการ ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี กับพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือเป็นการกระทำตามคำสั่ง หรือที่ได้รับอนุญาตจากศาล

พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดฝ่าฝืนวรรคหนึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการ เรียกขอข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการจากผู้ให้บริการ ดังนั้น ข้อมูลต่างๆ เหล่านั้นเมื่อถูกเรียกขอแล้วจะต้องอยู่ในความครอบครองของพนักงาน- เจ้าหน้าที่ ดังนั้นกฎหมายจึงต้องบัญญัติความรับผิดชอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ กรณีหากซึ่ง เกิดการเปิดเผย หรือส่งมอบข้อมูลต่าง ๆ ดังกล่าวเหล่านั้นให้แก่บุคคลอื่น หรือบุคคล หนึ่งบุคคลใด เพราะข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้ถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เข้าใช้บริการ หากซึ่งเกิดการรั่วไหลออกสู่ภายนอกแล้วอาจเกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการหรือ เกิดความเสียหายต่อการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมในการหาตัวผู้กระทำความ ผิดมาลงโทษได้ เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความ ผิด หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจ หน้าที่โดยมิชอบ หรือเป็นการกระทำตามคำสั่งหรือที่ได้รับอนุญาตจากศาล อาทิเช่น

เพื่อใช้ในการดำเนินคดีอาญาอื่นหรือเพื่อใช้ในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศ ตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ประเทศไทยเป็นภาคี เป็นต้น จากการดังกล่าวกรณีหาก ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดมีเจตนากระทำความผิดตามมาตรา ๓๖ วรรค ๑ บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

“มาตรา ๒๓ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นล่วงรู้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการที่ได้มาตามมาตรา ๑๘ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บทบัญญัติมาตรา ๒๓ บัญญัติความรับผิดชอบกรณีกระทำโดยประมาทของพนักงานเจ้าหน้าที่ กล่าวคือเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และพนักงานเจ้าหน้าที่อาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นแล้วแต่หาได้ใช้อย่างเพียงพอไม่ จึงเป็นเหตุให้ผู้อื่นล่วงรู้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาตามมาตรา ๑๘ ดังกล่าวนั้น

พฤติกรรมโดยประมาทอันอาจทำให้เกิดความเสียหายนั้น สามารถเกิดขึ้นได้จากบุคคลโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วบุคคลที่มีหน้าที่มากมายในการต้องปฏิบัติตามกฎหมายด้วยแล้ว ก็สามารถเกิดขึ้นได้โดยง่าย ดังนั้นแล้วเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดมีขึ้นนั้น กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้พฤติกรรมที่เป็นการกระทำโดยประมาท เป็นเหตุให้ผู้อื่นล่วงรู้ข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของตนเอง และเป็นข้อมูลที่ใช้ในการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายนั้น ถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ อย่างชัดเจน

3. ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา⁶ คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างใด เป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญาคือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใด โดยที่ผู้ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ ซึ่งโทษทางอาญานั้นโดยส่วนมากเป็นโทษที่กระทบต่อเนื้อตัว ร่างกาย สิทธิ เสรีภาพ เป็นส่วนใหญ่ ดังนั้นแล้วการที่จะกำหนดให้การกระทำใด เป็นความผิด และต้องรับโทษ ทางอาญานั้น การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือกระทบ ต่อเนื้อตัว ร่างกาย สิทธิ เสรีภาพ ทรัพย์สิน เงินทองและชื่อเสียงของบุคคลอื่นนั่นเอง

3.1 การกำหนดความรับผิดในทางอาญา

บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญานั้น ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งถึงการกระทำใดเป็นความผิด และต้องรับโทษ ดังมีภาษิตที่ว่า “ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด”⁷ เป็นภาษิตภาษาละตินทางกฎหมาย ประกอบกับหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับและถือปฏิบัติเป็นหลักการสากลว่า จะมีโทษสำหรับผู้กระทำการ อันไม่ต้องห้ามตามกฎหมายมิได้ คือภาษิต “ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด”⁸ เมื่อรวมกันแล้วจะเป็นภาษิตที่เป็นรูปแบบเต็มที่ว่า “ไม่มีความผิด และไม่โทษ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก่อน”⁹ จากถ้อยคำภาษิตดังกล่าวนี้เป็นหลักที่ถือปฏิบัติกันเคร่งครัดว่า ในทางอาญานั้น การที่จะลงโทษบุคคลใด หรือการที่จะให้การกระทำใด เป็นความผิดนั้น จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ประกอบกับ

⁶เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรวรรดิการพิมพ์, 2549), หน้า 1.

⁷ภาษาละติน “nulla poena sine lege.”

⁸ภาษาละติน “nullum crimen sine lege.”

⁹ภาษาละติน “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali.”

การลงโทษทางอาญากฎหมายจะมีผลย้อนหลังไม่ได้ เว้นแต่ย้อนหลังไปเป็นคุณแก่ผู้ต้องโทษ ซึ่งในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาของไทยเรา บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 2 ดังนี้

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการ เป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นอาศัยหลักการเช่นเดียวกันกับ ภาษิตดังกล่าว โดยถือเป็นหลักการแห่งสากลที่อำนวยความสะดวกแก่ผู้กระทำความผิด และต้องรับโทษ ดังนี้

1) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนและแน่นอน กล่าวคือการกระทำของบุคคลใดที่เป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญานั้น ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งบังคับใช้ในขณะนั้นบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

2) กฎหมายอาญาสำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ไม่มีผลย้อนหลัง โดยบัญญัติให้โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่ได้บัญญัติไว้แล้วในบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ในขณะนั้น เว้นแต่บทบัญญัติของกฎหมาย ที่บัญญัติแล้วในขณะนั้น เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องรับโทษ ให้มีผลย้อนหลังได้แต่เฉพาะที่เป็นคุณ

ซึ่งนอกเสียจากต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและต้องรับโทษโดยชัดแจ้งแล้ว การตีความตามบทบัญญัตินั้นก็มีความสำคัญ มากเช่นกัน โดยต้องมีการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมายตามตัวอักษร โดยเคร่งครัด ทั้งนี้เนื่องด้วยถ้อยคำ หรือข้อความในบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ อาจมีความหมายไม่ชัดเจน หรืออาจไม่สามารถใช้บังคับได้ครอบคลุมเพียงพอกับการกระทำ-

ความผิด หรือกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือมีปัญหาข้อสงสัยที่มีข้อโต้แย้งกันจนหาข้อยุติไม่ได้ จึงต้องมีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อกำหนดความหมายอันแท้จริงของถ้อยคำ หรือข้อความนั้น ๆ ซึ่งการตีความกฎหมายก็เหมือนเป็นการใช้ดุลยพินิจของผู้ใช้กฎหมายนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามการตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดนั้นบางครั้งอาจมีความหมายไปในทางที่เป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้นการตีความตามกฎหมาย-อาญาจึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบกับการตีความด้วย ดังนี้¹⁰

- 1) การตีความตามกฎหมายอาญาจะขยายความในบทบัญญัติเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษให้หนักขึ้นไม่ได้
- 2) การตีความตามกฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลใดไม่ได้ กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายอาญาบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ในกฎหมาย
- 3) การตีความให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติดังนี้

“มาตรา 3 ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ในภายหลังการกระทำความผิด ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าในทางใด เว้นแต่คดีถึงที่สุดแล้ว แต่ในกรณีที่คดีถึงที่สุดแล้วดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้กระทำความผิดยังไม่ได้รับโทษ หรือกำลังรับโทษอยู่ และโทษที่กำหนดตามคำพิพากษานักกว่าโทษที่กำหนดตามกฎหมาย ที่บัญญัติในภายหลังเมื่อสำนวนความปรากฏแก่ศาล เมื่อผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น หรือพนักงานอัยการร้องขอให้ศาลกำหนดโทษเสียใหม่ตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง ในการที่ศาลจะกำหนดโทษใหม่นี้ ถ้าปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้รับโทษมาบ้างแล้วเมื่อได้คำนึงถึงโทษตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง หากเห็นเป็นการสมควรศาลจะกำหนดโทษน้อยกว่าโทษขั้นต่ำตามกฎหมายบัญญัติ

¹⁰ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 181-185.

ในภายหลังถ้าหากมีก็ได้ หรือถ้าเห็นว่าโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับมาแล้วเป็นการเพียงพอ ศาลจะปล่อยผู้กระทำความผิดไปก็ได้

(2) ถ้าศาลพิพากษาให้ประหารชีวิตผู้กระทำความผิด และตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไม่ถึงประหารชีวิต ให้งดการประหารชีวิตผู้กระทำความผิด และให้ถือว่าโทษประหารชีวิตตามคำพิพากษาได้เปลี่ยนเป็นโทษสูงสุดที่จะพึงลงได้ตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง”

4) เมื่อกฎหมายไม่ระบุชัดเจนจะตีความให้เป็นโทษแก่จำเลยไม่ได้

ดังนั้นแล้วการที่บุคคลใดจะต้องรับโทษในทางอาญานั้น ใช่ว่าจะพิจารณาแต่เพียงพฤติกรรมการกระทำความผิดแต่อย่างเดียว จะต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติซึ่งบังคับใช้ในขณะนั้นด้วยว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นบัญญัติให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดหรือไม่

ปัจจุบันความรับผิดที่มีโทษทางอาญานั้นได้ถูกบรรจุไว้ในกฎหมายพิเศษหลายฉบับ อาทิเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นต้น ซึ่งความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายพิเศษเหล่านี้ โดยส่วนใหญ่แล้วจะอาศัยฐานความรับผิดทางอาญา ประกอบกับองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายอาญาโดยทั่วไป แต่เหตุที่ต้องบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะนั้น ก็เพื่อให้สามารถใช้บังคับได้ครอบคลุมอย่างเพียงพอกับพฤติกรรมเฉพาะที่ได้กระทำลง และเป็นพฤติกรรมที่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายอาญาโดยทั่วไป การตีความกฎหมายจะไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพและได้อย่างครอบคลุมเพียงพอกับการกระทำความผิด ที่เกิดขึ้นนั้น ๆ เป็นต้น

3.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้วนั้น สามารถแบ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาออกเป็น 3 โครงสร้างด้วยกัน คือ

3.2.1 การกระทำครบองค์ประกอบของความผิด

โดยองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายอาญานั้น เป็นที่ทราบแล้วว่า การที่บุคคลใดจักต้องรับผิดทางอาญานั้นการกระทำต้องครบองค์ประกอบของความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งองค์ประกอบที่ว่่านี้แยกได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

1) มีการกระทำ

“การกระทำ” นั้นถือเป็นหลักเกณฑ์ประการแรกของความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคล หากซึ่งบุคคลไม่มีการกระทำ บุคคลผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา กรณีตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ...” โดยการกระทำนั้นสามารถแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ การกระทำที่มีการเคลื่อนไหวร่างกาย และการกระทำที่ไม่เคลื่อนไหวร่างกาย แต่เป็นการกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำของตน กล่าวคือการกระทำทั้งสองประเภทยี่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ ซึ่งก็หมายความว่าจะต้องมีการคิด ตกลงใจ และกระทำไปตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด หากแต่มีการคิด และการตกลงใจก็ยังไม่ถือว่ามี การกระทำ และกฎหมายยังไม่ลงโทษผู้ที่เพียงแต่คิด และตกลงใจที่จะกระทำ การกระทำโดยมีการเคลื่อนไหวร่างกายนั้น โดยหลักแล้วการกระทำก็ย่อมที่จะหมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกาย ส่วนกรณีการกระทำที่ไม่มีการเคลื่อนไหวร่างกายนั้นถือเป็นข้อยกเว้นของการกระทำโดยทั่วไป โดยการกระทำที่ไม่มีการเคลื่อนไหวร่างกายแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การกระทำโดยดเว้น และการกระทำโดยละเว้น

การกระทำโดยดเว้น ถือเป็นการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายอย่างหนึ่ง โดยตามมาตรา 59 วรรค 5 บัญญัติว่า “การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย” การดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีหน้าที่ โดยเฉพาะแต่ดเว้นกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้น กล่าวคือ เป็นการไม่กระทำตามหน้าที่ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำมีหน้าที่ ที่จะต้องกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย และประกอบกับหน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ ที่ต้องกระทำเพื่อเป็นการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดผลนั้นขึ้น โดยคำว่า “หน้าที่” นั้นสามารถเกิดขึ้นหลากหลายกรณีด้วยกัน ทั้งนี้อาจขึ้นอยู่กับสถานะ โอกาส และเวลา เป็นต้น อาทิเช่น หน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ หน้าที่อันเกิดจาก-

การยอมรับโดยเจาะจง หน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตนเอง และหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เป็นพิเศษเฉพาะเรื่อง

การกระทำโดยการละเว้น เป็นการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายอีกประการหนึ่ง เป็นหน้าที่โดยทั่วไปโดยมิใช่หน้าที่โดยเฉพาะที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิดในเรื่องนั้น

องค์ประกอบภายนอกเป็นองค์ประกอบที่ว่าด้วยการกระทำ กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกายเพื่อกระทำการใดการหนึ่งและก่อให้เกิดเป็นความเสียหาย การก่อความผิดโดยมีการกระทำ การกระทำนั้นก็ต้องมีการลงมือกระทำ เป็นการกระทำทางกายภาพ ตามบทบัญญัติของกฎหมายอาญาตาม มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติดังนี้ “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำ...”

องค์ประกอบภายนอกนั้น ถือเป็นองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายอาญาแทบทุกฐาน โดยแบ่งเป็น 3 ส่วนด้วยกัน คือ ผู้กระทำ การกระทำ และ วัตถุแห่งการกระทำ ดังนี้

(1) ผู้กระทำ หมายถึงผู้กระทำความผิดทางอาญา โดยอาจกระทำความผิดเองโดยตรง หรือกระทำความผิดทางอ้อม กล่าวคือเป็นผู้ที่กระทำความผิดโดยอ้อมโดยใช้อุบายหลอกลวงให้บุคคลอื่นกระทำความผิดแทนตนซึ่งบุคคลผู้ที่กระทำความผิดแทนนั้นไม่ได้มีเจตนากระทำความผิด การกระทำนั้นกฎหมายให้ถือว่าเป็นผู้ที่กระทำความผิดต่อผู้เสียหายโดยเจตนาแล้ว ประการสุดท้ายของคำว่า ผู้กระทำนั้นหมายรวมถึงบุคคลที่ร่วมในการกระทำความผิดด้วย

(2) การกระทำ เป็นการกระทำของผู้กระทำความผิด โดยจะต้องถึงขั้นที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา

(3) วัตถุแห่งการกระทำ หมายถึงสิ่งที่ผู้กระทำมุ่งหมายกระทำต่อ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนาตามมาตรา 288 วัตถุแห่งการกระทำคือ “ผู้อื่น”

ความผิดฐานลักทรัพย์ และทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 334 และ 358 วัตถุแห่งการกระทำ คือ “ทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย”

3) ครอบงำประกอบภายในของการกระทำความผิดในเรื่องนั้น

องค์ประกอบภายในนั้น เป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ หรือสัมผัสได้ เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้จิตใจของผู้กระทำ กล่าวคือเป็นเรื่องของเจตนาซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคแรก ดังนี้ “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่ได้กระทำโดยประมาท...” และวรรคสอง “กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้น” การนี้ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ต่อเมื่อจงใจ หรือสนับสนุนให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว กฎหมายบัญญัติใช้คำว่าจงใจ การนี้ “จงใจ” นั้นเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจ หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ แม้ผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากกว่าที่เข้าใจ ถ้าได้ทำโดยที่เข้าใจว่าจะมีผลเสียหายอยู่บ้างแล้ว แม้จะเล็กน้อยเพียงใด ก็เป็นการกระทำความเสียหายโดยจงใจอยู่แน่นอน ซึ่งจะมีความหมายในทิศทางเดียวกันกับคำว่า “เจตนา” ตามประมวลกฎหมายอาญา แต่แตกต่างกันที่ คำว่า “เจตนา” ประมวลกฎหมายอาญา ต้องเป็นการกระทำที่มีความมุ่งหมายอันประสงค์ หรือเสี่ยงเห็นผลที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะ ส่วน “จงใจ” ไม่ต้องมุ่งหมายต่อผลอันใดโดยเฉพาะ เพียงแต่รู้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่เขาเท่านั้นก็พอ

4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และผล ดังนี้

(1) ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นปลาย ถ้าผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง” มาจากการกระทำของผู้กระทำ คือ ถ้าไม่ทำผลไม่เกิด ผลที่เกิดขึ้นถือว่าเป็นผลโดยตรง มาจากการกระทำของผู้กระทำ แต่ถ้าไม่ทำผลก็เกิด ผลที่เกิดขึ้นไม่ใช่เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของผู้กระทำ

(2) ถ้าผลแห่งการกระทำ ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นปลายทางก็ต่อเมื่อ ผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง” และเป็น “ผลธรรมดา” (มาตรา 63 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) “ผลธรรมดา” คือ ผลที่ผู้กระทำ คาดเห็นความเป็นไปได้ของผลนั้น ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเล็งเห็นผล ระดับการวินิจฉัยคือ “วิญญูชน” หากวิญญูชนไม่สามารถคาดเห็นได้ แม้ผู้กระทำจะคาดเห็นได้ ผู้กระทำ ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้นปลายทางนั้น

(3) ถ้าผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นโดยมีเหตุแทรกแซง (คือเหตุ- ที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลังการกระทำของผู้กระทำในตอนแรก และเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผล ในนั้นปลายทางขึ้น) ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นปลายทาง ก็ต่อเมื่อเหตุแทรกแซงนั้น เป็นสิ่งที่ “วิญญูชน” คาดหมายได้ แต่ถ้าวิญญูชนคาดหมายไม่ได้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบ ในผลนั้นปลายทาง แต่ต้องรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนได้กระทำไปแล้วก่อนมีเหตุแทรกแซง

3.2.2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

การกระทำซึ่งครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในโครงสร้าง ข้อที่ 1 นั้น หากมีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อที่ 2 การกระทำนั้นไม่เป็น ความผิด และผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่ต้องเป็นการกระทำที่กฎหมาย บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น การกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิดนั้นมีหลายกรณี ด้วยกัน อาทิเช่น การกระทำโดยป้องกัน ตามมาตรา 68 โดยเหตุเพราะว่ากฎหมาย ยอมรับความจริงที่ว่ารัฐไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนได้ทันทั่วทั้งที่ใน- ทุกกรณีจึงจำเป็นต้องให้อำนาจแก่ประชาชนผู้บริสุทธิ์ในการจัดปัดเป่าภัยอันตรายซึ่งกำลัง- จะมาถึงโดยการใช้สิทธิป้องกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งนั้น การใช้สิทธิป้องกันคือ การใช้- บังคับกฎหมายด้วยตนเองประการหนึ่งนั่นเอง โดยหลักเกณฑ์การป้องกันโดยชอบด้วย- กฎหมายคือ มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ภัยอันตรายนั้น ใกล้จะถึง ผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นจาก- ภัยอันตรายนั้น และการกระทำป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต และการกระทำที่กระทำ ด้วยความยินยอมหากผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำย่อม- ไม่เป็นความผิด แต่ความยินยอมไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ของไทยเรา แต่กระนั้นก็ตามศาลก็วางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่-

1403/2508 ดังนี้ “มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดทางอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” หลักดังกล่าวศาลฎีกาใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยไม่ขัดต่อหลักในมาตรา 2 ทั้งนี้เพราะเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำ กล่าวคือเพื่อยกเว้นความผิดแก่ผู้กระทำนั่นเอง

3.2.3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดทางอาญาเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายยกเว้นโทษให้ก็ได้ กฎหมายที่ยกเว้นโทษให้แก่การกระทำต่าง ๆ ที่มีความผิดมีหลายกรณีด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น

1) การกระทำความผิดโดยจำเป็น มาตรา 67 อนุมาตรา (1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยง หรือขัดขึ้นได้ หมายความว่ามีการบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากภายนอกซึ่งการกระทำ หรือไม่กระทำนั้นเป็นความผิด โดยผู้กระทำความผิดไม่มีทางเลือกอย่างอื่น นอกจากกระทำความผิดตามที่ถูกบังคับนั้น และการกระทำความผิดนั้น ผู้กระทำจะต้องมิได้ก่อเหตุการณ์นั้นขึ้นด้วยความผิดของตน ประกอบกับการกระทำของผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่เกินขอบเขต หรือเกินสมควรแก่เหตุด้วย

อนุมาตรา (2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

2) การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี และไม่เกิน 14 ปี (มาตรา 73 และ 74) โดยเด็กนั้นจะต้องมีการกระทำตามความหมายของมาตรา 59 คำว่า “กระทำ” ตามสองมาตรานี้ หมายถึงการเคลื่อนไหว หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกนั่นเอง

หากเด็กนั้นรู้เพียงสาเพียงแต่รู้หนาวรู้ร้อน แต่ไม่รู้สภาพ หรือสาระสำคัญในการกระทำของตนถือว่าเด็กนั้นไม่มีการกระทำ เมื่อไม่มีการกระทำก็ไม่เป็นความผิด

3) การกระทำความผิดของคนวิกลจริต มาตรา 65 กล่าวคือ ผู้กระทำ มีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย ถือว่ามีการกระทำ แต่การกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ และไม่สามารถบังคับตนเองได้ ด้วยเหตุที่บุคคลผู้นั้นเป็นบุคคลผู้ซึ่งจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน

4) การกระทำความผิดของผู้มีเมมา มาตรา 66 โดยการกระทำความผิดที่ผู้ความมีเมมาจะได้รับการยกเว้นโทษได้ตามมาตรา 66 นั้น เป็นความมีเมมาที่ผู้เสพย์เสพย์โดยไม่รู้ หรือถูกขืนใจให้เสพย์ และเกิดความมีเมมา และกระทำความผิดโดยผู้กระทำไม่สามารถรู้สภาพ รู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้¹¹

4. การปรับใช้มาตรการทางอาญากับความรับผิด

ทางอาญาของผู้ให้บริการกรณีทำให้เสียหาย

ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม

ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์และ

ข้อมูลของผู้ใช้บริการ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ถือเป็นกฎหมายที่บัญญัติและบังคับใช้เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะ ซึ่งส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่เป็นความรับผิดทางอาญา การนี้ก็นำเอาฐานความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาบัญญัติไว้เป็นฐานความรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมาย และเพิ่มองค์ประกอบของความผิดในเรื่องของการกระทำความผิด ซึ่งเป็นรูปแบบการกระทำความผิดโดยเฉพาะ กล่าวคือเป็นพฤติกรรมการกระทำความผิด โดยเฉพาะที่ต้องอาศัยช่องทางแห่งคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เครือข่ายอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดเป็นต้น เมื่อเป็นเช่นนี้

¹¹เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 81-89.

การกระทำความผิดใดก็ตามที่บัญญัติของกฎหมายที่เป็นโทษทางอาญา การกระทำนั้น ๆ จะต้องครบองค์ประกอบแห่งความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ

แต่อย่างไรก็ตามพฤติกรรมตามข้อเท็จจริงก็ยังมีพฤติกรรมบางประเภท อันเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมาย บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง คือพฤติกรรมของผู้ให้บริการที่มีพฤติกรรมอันเป็นการ ทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และ ข้อมูลของผู้ใช้บริการ ซึ่งหากกล่าวถึงแต่เฉพาะพฤติกรรมดังกล่าว นั้น มีบทบัญญัติของ กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกันในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด- เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่อย่างไรก็ดีแล้วการนำมาบังคับใช้กับผู้ให้บริการนั้น ยังไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ครอบคลุมอย่างเพียงพอ

ดังนั้นเมื่อเป็นความรับผิดทางอาญาแล้ว เมื่อกฎหมายพิเศษเฉพาะไม่สามารถ นำมาบังคับใช้ได้ครอบคลุมอย่างเพียงพอ จึงต้องเทียบเคียงพฤติกรรมการกระทำ- ความผิดดังเช่นว่านั้น กับความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เพื่อนำมาปรับใช้ ลงโทษ และเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของบทบัญญัติของกฎหมายกรณีหากซึ่งปรากฏ- ข้อเท็จจริงว่าผู้ให้บริการกระทำความผิดอันมีพฤติกรรมที่เป็นความรับผิดทางอาญา ดังกล่าว การพิจารณานำฐานความรับผิดตามกฎหมายอาญามาปรับใช้ อาจทำให้ ผู้ให้บริการเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดดังนี้

4.1 มาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง เอกสาร)

ความรับผิดตามบทบัญญัติมาตรา 264 เป็นความรับผิดเกี่ยวกับการปลอม- แปลงเอกสาร โดยบัญญัติดังนี้

“ผู้ใดทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับ หรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิม หรือคัดลอก ข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริง หรือประทับตราปลอม หรือ ลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือ ประชาชน ถ้าได้กระทำ เพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ผู้นั้น-

กระทำความผิดฐานปลอมเอกสารต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดกรอกข้อความลงในแผ่นกระดาษ หรือวัตถุอื่นใดซึ่งมีลายมือชื่อ ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม หรือโดยฝ่าฝืนคำสั่งของผู้อื่นนั้น ถ้าได้กระทำเพื่อ นำเอาเอกสารนั้นไปใช้ในกิจการที่อาจเกิดเสียหาย แก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือประชาชนให้ถือว่า ผู้นั้นปลอมเอกสารต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

ในความรับผิดชอบเกี่ยวกับการปลอมแปลงเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญานี้ ดังจะเห็นได้ว่าหากนำมาเทียบเคียงกับบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย- การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพฤติกรรมของผู้ให้บริการกรณี การแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูล ของผู้ใช้บริการ แล้วนั้นจะมีลักษณะของการกระทำความผิดที่มีความคล้ายคลึงกัน คือ การแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์นั่นเอง ซึ่งพิจารณาแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวนั้นหากเกิดมีขึ้น ผลของการกระทำความผิดก็นำมาซึ่งความเป็น- ข้อมูลปลอมเช่นเดียวกับผลแห่งมาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี การที่บุคคลใดจะรับผิดชอบปลอมแปลงเอกสารนั้น การกระทำของ ผู้กระทำความผิดจะต้องครบองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในของ ความผิดฐานปลอมแปลงเอกสารตามมาตรา 264 ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก ต้องปรากฏว่ามีผู้ใด มีการกระทำ หมายถึงการทำ เอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับ หรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิม หรือคัดลอกข้อความ หรือแก้ไข ด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริง ประทับตราปลอม หรือลงลายมือชื่อปลอม ในเอกสาร และการกระทำความผิดที่เป็นองค์ประกอบภายนอกนั้นจะต้องเป็นการ- กระทำที่โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน และองค์ประกอบ- ภายใน คือ เจตนา โดยเป็นเจตนาพิเศษเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง

ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวสามารถแยกอธิบายความหมายของ เอกสารปลอม และเอกสารที่แท้จริง ซึ่งจะมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนได้ ดังนี้

เอกสารปลอม เป็นเอกสารที่เกิดจากการปลอมอันเป็นความผิดตามประมวล- กฎหมายอาญา มาตรา 264 ปัญหามีว่า บางกรณีเอกสารนั้นเป็นเอกสารเท็จ แต่อาจไม่ใช่

เอกสารปลอม ในเรื่องเอกสารเท็จนั้นไม่มีบทบัญญัติทั่วไปกำหนดความผิดไว้ ดังเช่นกรณีปลอมเอกสาร ความยากอยู่ตรงที่ว่า อย่างไรจึงจะถือเป็นเอกสารปลอม อย่างไรจึงจะถือว่า เป็นเอกสารเท็จ หากเป็นเอกสารปลอม อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 264 แล้ว แม้ข้อความจะเป็นเท็จด้วย ก็ไม่ถือเป็นเอกสารเท็จอีก เพราะเป็นเอกสารปลอมไปแล้ว แต่ถ้าไม่ใช่เอกสารปลอม หากมีข้อความที่เป็นเท็จ ก็อาจเป็นเอกสารเท็จ ดังนั้นเอกสารปลอมนั้นต้องเป็นเอกสารที่แสดงว่า ผู้ใดทำโดยที่ผู้นั้นมิได้ทำเอกสารนั้น หรือมิได้ให้อำนาจผู้ใดทำเอกสารนั้น เอกสารปลอมเป็นเอกสารที่คนหนึ่งทำขึ้นโดยให้เข้าใจว่าเป็นเอกสารที่คนอื่นทำ กล่าวคือ หลอกในตัวผู้ทำเอกสาร โดยไม่ต้องคำนึงว่า ข้อความที่เขียนลงในเอกสารนั้นจะจริงหรือเท็จแต่ประการใด

เอกสารที่แท้จริง โดยศาสตราจารย์จิดติ ดิงสภักดิ์ อธิบายว่า คำว่า “แท้จริง” ไม่ได้หมายความว่า “เท็จหรือจริง” ไม่ได้หมายความว่า ความหมายของเอกสารอันแท้จริงนั้นเป็นจริง “เอกสารปลอม” ต่างกับ “เอกสารเท็จ” เอกสารแท้จริงอาจมีข้อความที่เป็นเท็จก็ได้ เอกสารปลอมอาจมีข้อความตรงกับความจริงก็ได้ เอกสารมิได้เกิดขึ้นได้เองต้องมีผู้ทำขึ้น และตัวเอกสารนั้นเองย่อมแสดงว่าผู้ใดทำขึ้น จึงพึงเล็งถึงผู้ทำเอกสาร คือ เอกสารนั้นในตัวของมันเองอยู่แล้วเห็นได้ว่าผู้ใดทำขึ้นและความจริงผู้นั้นทำขึ้นจริงหรือไม่ คำว่า “เอกสารที่แท้จริง” ตามมาตรานี้ อาจอธิบายได้ว่า หมายถึงเอกสารต้นฉบับ การปลอมเอกสารขึ้นทั้งฉบับนั้น หมายความว่า ปลอมขึ้นเพื่อให้คนที่เห็นเอกสารนั้นเข้าใจว่า เอกสารนั้นเป็นเอกสารต้นฉบับ ซึ่งความจริงแล้วจะมีเอกสารต้นฉบับหรือไม่ ก็ไม่สำคัญ และเอกสารที่ปลอมขึ้นทั้งฉบับนั้นจะมีข้อความตรงกับความจริงหรือไม่ ไม่สำคัญโดยการกระทำความผิดตามมาตรานี้ การกระทำความผิด ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษ คือ กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง หากทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้หลงว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง แม้ยังไม่ได้ใช้ ก็เป็นความผิด เจตนาให้หลงว่าเป็นเอกสารที่แท้จริงไม่ต้องถึงกับทุจริต เหตุนี้แม้จะทำโดยถือวิสาสะ แม้เจ้าของลายมือชื่อที่แท้จริงรู้ไม่ว่ากล่าวเอาความ ไม่เป็นเจตนาทุจริต



ก็ยังเป็นความผิดได้¹² แต่ทั้งนี้การกระทำที่เป็นความผิดฐานปลอมแปลงเอกสาร ทุกกรณีต้องมีผลแห่งการกระทำ “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน” อยู่ด้วยทุกกรณี อันเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย จึงจะครบองค์ประกอบความผิด

ในการนี้กฎหมายจึงถือว่าการปลอมแปลงเอกสารอาจทำได้หลายลักษณะ ถ้าเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นการปลอมแปลงเอกสารทั้งสิ้น คือ

- 1) ทำปลอมขึ้นใหม่ทั้งฉบับ หรือแต่บางส่วน คือ ทำขึ้นใหม่เหมือนเดิมทุกอย่าง หรือทำขึ้นใหม่บางส่วน โดยมีเจตนาให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง และผลของการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน
- 2) เติมหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริง เช่น ตัดรายชื่อบุคคลบางคนออกจากพินัยกรรม หรือเติมตัวเลขในสัญญาเงินกู้
- 3) ประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร ดังนั้น ผู้ลงลายมือชื่อแทนผู้อื่นในเอกสารหรือสัญญาใด ๆ อาจมีความผิดฐานปลอมเอกสารได้ เนื่องจากการประทับตราปลอม หรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสารสามารถทำให้เอกสารนั้นเป็นเอกสารปลอมได้ ดังนั้น การลงลายมือชื่อของผู้อื่นโดยที่เขาไม่อนุญาต หรือแม้แต่เจ้าของชื่อสั่งให้ลงลายมือชื่อต่อหน้าเขา ก็เป็นเอกสารปลอมได้
- 4) กรอกข้อความลงในแผ่นกระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งมีลายมือชื่อของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม หรือโดยฝ่าฝืนคำสั่งของผู้นั้น ถ้าได้กระทำเพื่อนำไปใช้ในกิจการที่อาจเกิดเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือประชาชน

ตามบทบัญญัติมาตรา 264 ดังกล่าวดังจะเห็นได้ว่าความหมายของคำว่า “เอกสาร” ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ตามมาตรา 1 อนุ (7) แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความหมายว่า “เอกสาร” หมายถึง กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งทำให้ปรากฏความหมาย ตัวอักษร ตัวเลข ผังหรือแผน แบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ

¹²วิชัย รัตนยศ, มาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันที่จะบังคับใช้ในความผิดเกี่ยวกับเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ [Online], available URL: <http://www.special2.thaigov.net/article21.htm>, 2553, (มีนาคม, 7).

หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น ดังนั้นแล้ว คำว่า “เอกสาร” ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นย่อมหมายความว่า เอกสารที่มีลักษณะเป็นแผ่นกระดาษหรือวัตถุอื่นใดนั่นเอง ดังนั้นข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ นั้นก็ไม่สามารถเปรียบเป็นเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญาได้ เว้นเสียแต่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่องบัญญัติรับรองถึงความเป็นเอกสารของข้อมูลดังกล่าวเหล่านั้น อาทิเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติรับรองถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ กล่าวคือ “. . . ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์¹³ ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ”¹⁴ และบทบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติห้ามมิให้มีการปฏิเสธความมีผลผูกพัน และการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใดเพียงเพราะที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อีกด้วย¹⁵ การดังกล่าวเป็นการบัญญัติรับรองถึงความเป็นเอกสารของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์โดยบัญญัติให้มีสถานะเทียบเท่า หรือเช่นเดียวกับการทำเป็นเอกสารหรือหนังสือ ที่สามารถใช้อ้างอิงหรือใช้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย และยังสามารถมีผลผูกพันคู่กรณีตามบทบัญญัติของกฎหมายอีกด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้หากซึ่งเกิดการกระทำความผิดอันเนื่องมาจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว เพื่อให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ บทบัญญัติของกฎหมายจึงได้บัญญัติห้ามมิให้มีการปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมาย¹⁶

จากการดังกล่าวจะเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 บัญญัติแต่เพียงการรับฟังพยานหลักฐานกรณี

¹³“ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรสาร.

¹⁴พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, มาตรา 8.

¹⁵เรื่องเดียวกัน, มาตรา 7.

¹⁶เรื่องเดียวกัน, มาตรา 11.

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ โดยให้อ้าง และรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ทว่าก็เป็นแต่เพียงการรับรองถึงข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้นให้สามารถ รับฟังเป็นพยานหลักฐานเท่านั้น มิได้เป็นการบัญญัติรับรองถึงความเป็นเอกสารของข้อมูล ดังเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ทั้งนี้อาจเพราะข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้นมิได้หมายรวมถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ และมีได้เป็นข้อมูลที่แรกเริ่มบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง แต่เป็นข้อมูลที่เกิดขึ้น ถูกสร้างขึ้นจากระบบคอมพิวเตอร์เพียงแรกเริ่มอยู่แล้ว ดังนั้นจึงไม่มีการบัญญัติรับรองข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้นให้มีสถานะเป็น หรือเทียบเท่ากับเอกสาร เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ จึงเป็นเพียงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น

ดังนั้นเมื่อเกิดการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของใช้บริการ ผู้โดยผู้ให้บริการแล้ว การนำฐานความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาไปปรับใช้เพื่อลงโทษให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมดังกล่าวนั้น ย่อมไม่สามารถกระทำได้

4.2 มาตรา 268 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (ความผิดเกี่ยวกับการใช้เอกสารปลอม)

สืบเนื่องจากพฤติกรรมของผู้ให้บริการ กรณีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ นั้นเป็นการนำมาซึ่งข้อมูลปลอม เพื่อใช้ในการส่งมอบให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

เมื่อเป็นเช่นนี้ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการปลอม ถูกนำมาใช้โดยผู้ให้บริการ ตามมาตรา 18 คือ ส่งมอบให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น พฤติกรรมดังกล่าวจะเข้าข่ายเป็นการใช้เอกสารปลอมตามมาตรา 268 แห่งประมวล-



กฎหมายอาญาก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบของความผิดครบถ้วนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“ผู้ใดใช้หรืออ้างเอกสารอันเกิดจากการกระทำความผิดตาม มาตรา 264 มาตรา 265 มาตรา 266 หรือมาตรา 267 ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นผู้ปลอมเอกสารนั้น หรือเป็นผู้แจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความนั้นเองให้ลงโทษตามมาตรา 267 นี้แต่กระหนเดียว”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ดังจะเห็นได้ว่าการใช้ ตามมาตรา 268 นี้มีความเกี่ยวเนื่องกับมาตรา 264 ด้วยเหตุที่เป็นการใช้เอกสารที่เกิดจากการปลอมแปลงตาม มาตรา 264 นั้นเอง โดยพฤติกรรมใดที่จะต้องรับผิดตามบทบัญญัตินี้ต้องปรากฏว่า การกระทำนั้นครบองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ

1) เป็นการใช้ หรืออ้างเอกสารอันเกิดจากการปลอมเอกสารตาม มาตรา 264 หรือ

2) เป็นการใช้ หรืออ้างเอกสารอันเกิดจากการปลอมเอกสารสิทธิ หรือเอกสารราชการตามมาตรา 265 หรือ

3) เป็นการใช้ หรืออ้างเอกสารอันเกิดจากการปลอมเอกสารสิทธิอันเป็นเอกสารราชการ พันัยกรรม ใบหุ้น ใบหุ้นกู้ หรือใบสำคัญของใบหุ้นหรือใบหุ้นกู้ ตั๋วเงิน หรือบัตรเงินฝาก ตามมาตรา 266 หรือ

4) เป็นการใช้ หรืออ้างเอกสารอันเกิดจากการแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐานโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ตามมาตรา 267

5) พฤติกรรมดังกล่าวน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน

6) เจตนาในการกระทำความผิด

ตามบทบัญญัติมาตรานี้แยกอธิบายความหมาย ดังนี้ “ใช้เอกสาร” หมายถึง การใช้เอกสาร คือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยอาศัยเอกสารเป็นวัตถุแห่งการกระทำผิด เช่น เอาบิลปลอมไปเบิกเงิน (คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2473) และคำว่า “อ้างเอกสาร”

หมายความว่า การอาศัยเอกสารนั้นแสดงข้อเท็จจริง เพื่อเป็นหลักฐานในการอ้างอิงของผู้กระทำผิด ไม่จำเป็นต้องอ้างเป็นพยานต่อศาลอันเป็นความผิดฐานเบิกความเท็จ แต่อาจทำได้ให้ผู้นั้นเรียกหรือตรวจดูเอกสารนั้น เช่นขอให้ศาลเรียกเอกสารปลอม แต่ถ้าเป็นการกระทำเพียงแต่แสดงความจำนงจะอ้างเอกสาร เช่น ยื่นบัญชีระบุพยานยังไม่เป็นการอ้าง จนกว่าจะขอหมายเรียกเอกสาร ถ้าขอให้เรียกเอกสารแม้ยังไม่ได้เรียกหรือยังไม่ได้เอกสารมาก็ถือว่าอ้างแล้ว ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการใช้เอกสาร หรืออ้างเอกสารปลอมก็ล้วนแล้วแต่เป็นความผิดตามมาตรา 268 ทั้งสิ้น

อาทิเช่น ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ การใช้หรืออ้างเอกสารปลอมที่เป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์นั้น การกระทำความผิดดังกล่าวสามารถนำความรับผิดฐานใช้เอกสารปลอม ตามมาตรา 268 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้เนื่องด้วยกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อที่จะรับรองความเป็นเอกสารของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นการใดที่ได้กระทำขึ้นภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ และที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แล้วนั้น กฎหมายห้ามมิให้ปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายโดยทั่วไป เหตุเพราะข้อมูลนั้นปรากฏอยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อเป็นเช่นนี้หากซึ่งผู้ใดกระทำความผิดโดยมีพฤติกรรมที่ปลอมแปลงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ที่ทำขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ และปรากฏอยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และใช้หรืออ้างข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดฐานปลอมแปลงเอกสารตามมาตรา 264 และใช้เอกสารปลอม ตามมาตรา 268 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

จากการดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ประกอบกับองค์ประกอบของความผิดฐานปลอมแปลงเอกสารตามมาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ได้อธิบายไว้แล้วในเบื้องต้นนั้น หากซึ่งผู้ให้บริการกระทำการใช้หรืออ้างข้อมูลจากระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นข้อมูลที่ได้กระทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติม ข้อมูล ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่ร้องขอตามมาตรา 18 แล้วนั้น พฤติกรรมดังกล่าวย่อมเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็น-

ความรับผิดชอบทางอาญา ตามมาตรา 268 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่จะมีความแตกต่างเพียงสิ่งที้นำไปใช้หรืออ้างนั้น มิใช่เอกสารตามมาตรา 268 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ประกอบกับทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็มีได้บัญญัติรับรองให้ข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้นมีสถานะเทียบเท่า เท่ากับ หรือ เช่นเดียวกับเอกสารด้วย

เมื่อเป็นเช่นนี้ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการดังกล่าว นั้น มิได้มีความหมายเช่นเดียวกันกับคำว่า “เอกสาร” ตามมาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นแล้ว การนำข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการปลอมไปใช้อ้างอิงในกระบวนการยุติธรรมนั้น การกระทำความผิดดังกล่าวจึงไม่เข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดฐานใช้และอ้างอิงเอกสารปลอมตามมาตรา 268

4.3 มาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (ความผิดเกี่ยวกับการทำให้เสียทรัพย์)

ความรับผิดชอบตามกฎหมายมาตรา 358 เป็นความรับผิดชอบเกี่ยวกับการทำให้เสียทรัพย์ โดยบัญญัติดังนี้

“ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์ ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญานี้ เป็น การกระทำความผิดโดยมีพฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า ซึ่งทรัพย์นั้นเอง แต่ถึงอย่างไรก็ดีหากซึ่งจะนำบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาปรับใช้กับพฤติกรรมการกระทำความผิดของผู้ให้บริการ ที่มีพฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก่ใจ ซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการแล้วนั้นจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของความผิด อย่างชัดเจน ว่าองค์ประกอบของความผิดกรณีความรับผิดชอบของผู้ให้บริการนั้น

ครอบงำประกอบของความผิดตามมาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือไม่ ซึ่งมีองค์ประกอบเป็นดังนี้

- 1) พฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย คือ เป็นการทำให้ทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงแบบจากเดิมที่เป็นอยู่ หรือเป็นการทำให้ทรัพย์สินใช้การไม่ได้แต่เพียงบางส่วน เช่น ใช้ทำถีบประตูห้องนอนจนบานประตูหลุด (คำพิพากษาฎีกาที่ 2329/2536) เป็นต้น
 - 2) พฤติกรรมอันเป็นการทำลาย โดยพฤติกรรมนี้จะมี ความรุนแรงมากกว่า การทำให้เสียหาย กล่าวคือ เป็นการทำให้ทรัพย์สินสูญสิ้นสภาพไปเลยทีเดียว การทำลาย บางครั้งก็ทำให้ทรัพย์สินสูญหายได้ เช่น กรณีการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาเผาจนไหม้ไปทั้งหมด หรือ กรณีเอายาพิษเทลงบ่อปลาทำให้ปลาตายทั้งบ่อ (คำพิพากษาฎีกาที่ 463/2536) เป็นต้น
 - 3) พฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสื่อมค่า หมายถึง การที่ทำให้ราคาของทรัพย์สินนั้นลดน้อยลง เช่น การนำเอาเสื้อผ้าใหม่ ๆ ของคนอื่นมาใส่ หรือนำสิ่งของของผู้อื่นไปใช้โดยเจ้าของเขาไม่ได้อนุญาต
 - 4) พฤติกรรมอันเป็นการทำให้ไร้ประโยชน์ คือ เป็นพฤติกรรมอันเป็นการทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้ประโยชน์ไม่ได้เลย หรือเป็นการทำให้ประโยชน์ของทรัพย์สินนั้นหมดไปแม้จะเป็นการชั่วคราวก็ตาม เช่น การเอาลมออกจากยางรถยนต์ของผู้อื่นเป็นเหตุทำให้ยางรถยนต์แบน
 - 5) ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของ
 - 6) เจตนา คือ เป็นเจตนาที่มุ่งกระทำความผิดโดยเฉพาะ
- ดังจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 358 บัญญัติโดยชัดแจ้งถึงพฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียทรัพย์สิน โดยคำว่าทรัพย์สินตามนัยแห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวนั้น ย่อมหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่าง ซึ่งสามารถเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีได้หมายรวมไปถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ด้วย โดยตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547 ก็ได้วางบรรทัดฐานไว้เช่นกันว่า “ข้อมูล ไม่นับเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง สำหรับอักษร ภาพ และแผนผัง และตราสาร เป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ถ่ายทอดความหมายของข้อมูลมิใช่รูปร่างของข้อมูลเท่านั้น ดังนั้นเมื่อ “ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พ.ศ. 2550 มีความหมาย หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของบริการ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ เพียงเท่านั้นซึ่งเป็นเพียงข้อมูล หรือข้อความที่ปรากฏอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และเป็นข้อมูลที่ไม่รูปร่างตามนัยแห่งความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยแล้ว พฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข ซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ซึ่งเป็นการกระทำต่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์นั้น ย่อมมิใช่การกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อเป็นเช่นนี้การนำบทบัญญัติของกฎหมายในฐานะความรับผิดชอบทำให้เสียทรัพย์สิน มาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้กับพฤติกรรมของผู้ใช้บริการอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย ข้อมูล ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้นย่อมไม่สามารถกระทำได้

5. ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

5.1 ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

สืบเนื่องจากผู้ให้บริการตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยส่วนใหญ่มีสถานะเป็นนิติบุคคล มีกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือผู้ดำเนินการแทนนิติบุคคล เป็นผู้ซึ่งดำเนินการภายใต้วัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ การนี้พิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการ กฎหมายกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการไว้ในมาตรา 15 กรณีเกี่ยวกับพฤติกรรมที่จงใจ สนับสนุน หรือยินยอมให้เกิดการกระทำความผิดตามมาตรา 14 โดยความรับผิดนั้นต้องรับผิดเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14 ซึ่งมีทั้งอัตราโทษปรับและโทษจำคุก แต่ทว่าสืบเนื่องจากสถานะของผู้ให้บริการที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้นการที่จะลงโทษผู้ให้บริการดังกล่าวตามสภาพของผู้ให้บริการ ก็จะสามารถรับโทษได้แต่เพียง-

โทษปรับสถานเดียวเหตุเพราะโดยสภาพที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแล้วไม่สามารถเปิดช่องให้สามารถจำคุกนิติบุคคลได้ นอกเสียจากว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติเป็นการเฉพาะให้ผู้ที่เป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการหรือบุคคลผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลนั้นหากซึ่งปรากฏว่านิติบุคคลนั้นกระทำความผิด

ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติถึงความรับผิดชอบที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดว่าผู้กระทำความผิดที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลนั้นต้องได้รับโทษแค่ไหน และอย่างไร ทั้งที่การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำความผิดที่ส่งผลเสียหายในวงกว้างอย่างร้ายแรงและรวดเร็ว โดยเป็นการกระทำความผิดที่กระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย อาทิเช่น การกระทำความผิดฐานฉ้อโกงผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต การกระทำความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การกระทำความผิดเกี่ยวกับการดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น รวมตลอดจนถึงการเข้าไปแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์ทำให้เกิดเป็นความเสียหาย เป็นต้น ซึ่งการกระทำความผิดต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเหล่านี้บางฐานการกระทำความผิดอาจมีความร้ายแรงถึงขนาดเทียบเท่ากับการก่ออาชญากรรม และอาจส่งผลกระทบหรือส่งผลให้เกิดความเสียหายได้อย่างมาก ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายพิเศษเฉพาะฉบับอื่น ๆ ที่มีเนื้อหาสาระความในของกฎหมายในลักษณะเดียวกัน แต่กลับพิจารณาถึงเห็นถึงความสำคัญของการกระทำความผิดของนิติบุคคล โดยการบัญญัติให้การกระทำความผิดใดที่กระทำโดยนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบประกอบกับบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น หากพิสูจน์ได้ว่ารู้เห็นในการกระทำความผิดดังกล่าว ก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลนั้นด้วย การบัญญัติความรับผิดชอบของนิติบุคคลดังกล่าวสามารถนำมาซึ่งมาตรการในการปราบปรามการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริง โดยเป็นการนำบุคคลที่แสดงเจตนาในการก่อความผิดที่เป็นบุคคลที่อยู่เบื้องหลังของนิติบุคคลนั้น ๆ มาลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมาย อย่างเช่น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการประกอบกิจการ-

โทรคมนาคม ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และเป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นโดยทั่วไป กรณีในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดนั้น บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความรับผิดที่เป็นในส่วนของความรับผิดทางแพ่ง และความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ ความรับผิดเกี่ยวกับการทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า ทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งเครื่องหมาย หุ่น หรือสิ่งอื่นใดที่กำหนดไว้เพื่อการคุ้มครองระบบโทรคมนาคมตามมาตรการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ความรับผิดเกี่ยวกับการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อคัดค้านไว้ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผยข้อความ ข่าวสาร หรือข้อมูลอื่นใดที่มีการสื่อสารทางโทรคมนาคมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความรับผิดเกี่ยวกับการไม่ให้ความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ หรือไม่มาให้ถ้อยคำ หรือไม่ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ๆ ตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือเรียก และความรับผิดเกี่ยวกับการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นต้น

ซึ่งความรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ หากการกระทำความผิดใดเป็นการกระทำความผิดของนิติบุคคล บทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย¹⁷ โดยเหตุที่กฎหมายบัญญัติให้บรรดาผู้เป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น จะต้องรับผิดชอบทั้งนี้ก็อาจเนื่องมาจากการประกอบการทางด้านโทรคมนาคมเป็นการประกอบการที่ต้องอาศัยการลงทุนที่สูง แต่แม้ว่าการประกอบการมีต้นทุนที่สูงแล้ว ผลการตอบแทนที่ผู้ประกอบการได้รับจากการประกอบการนั้นก็ย่อมมีจำนวนมหาศาลเช่นกัน ประกอบกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมนั้น เป็นการประกอบการโดยใช้ทรัพยากรที่มีอยู่และที่ถูกพัฒนาขึ้นของประเทศ ดังนั้นแล้วการกระทำการใดอันเป็นการทำให้รัฐ หรือประเทศต้องสูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้

¹⁷พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544, มาตรา 78.

จากการกระทำความผิดของผู้ประกอบการนั้น จึงเห็นเป็นการอย่างยั้งที่จะต้องให้มีผู้แทนของนิติบุคคลผู้กระทำความผิดนั้น ๆ ร่วมรับผิดชอบทางอาญากับนิติบุคคลนั้นด้วย

จากบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกับวัตถุประสงค์แห่งการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลนั้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้เล็งเห็นถึงมาตรการในการที่จะป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่กระทำลงโดยนิติบุคคลอย่างแท้จริง การนี้หากซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมิได้บัญญัติเอาผิดแก่บรรดาผู้เป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของนิติบุคคลแล้วนั้น ก็จะมีใช่เป็นการบังคับเอาโทษแก่นิติบุคคลอย่างเด็ดขาดแต่เป็นแต่เพียงการบังคับเอาแก่สภาพการประกอบธุรกิจ กิจการของนิติบุคคลที่จะสามารถบังคับเอาแต่ทรัพย์สินของนิติบุคคลเพียงเท่านั้น ดังเช่นกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติถึงการกระทำความผิดที่กระทำลงโดยนิติบุคคล กรณีจะต้องให้บุคคลใดบ้างต้องรับผิดชอบและต้องรับผิดชอบเป็นจำนวนเท่าใด

5.2 การดำเนินคดีกับนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติถึงกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญา การร้องทุกข์ กล่าวโทษ การฟ้องคดีอาญาหรือคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา ทั้งนี้ตั้งแต่ในชั้นของพนักงานสอบสวนเรื่อยไปจนถึงกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล

ในการดำเนินคดีทางอาญากับนิติบุคคลนั้นย่อมเป็นวิธีการที่แตกต่างกับบุคคลธรรมดา เพราะนิติบุคคลเป็นแต่เพียงบุคคลสมมุติไม่มีสภาพตัวตน ดังนั้นแล้วไม่ว่าจะเป็นการออกหมายเรียก การสืบสวนสอบสวน การไต่สวนมูลฟ้องหรือการพิจารณาคดี ในการกระทำความผิดทางอาญาของนิติบุคคลกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น บทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องบัญญัติไว้โดยเฉพาะทางซึ่งตามบทบัญญัติของวิธีพิจารณาความอาญานั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ดังนี้

“ในการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาคดีที่นิติบุคคลเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลยให้ออกหมายเรียกผู้จัดการ หรือผู้แทนอื่น ๆ ของนิติบุคคลนั้น ๆ ไปยัง พนักงานสอบสวนหรือศาลแล้วแต่กรณี

ถ้าผู้จัดการหรือผู้แทน¹⁸ ของนิติบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามหมายเรียก จะออกหมายจับกุมผู้นั้นมาก็ได้ แต่ห้ามมิให้ใช้บทบัญญัติว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว ชัง หรือจำคุก แก่ผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลในคดีที่นิติบุคคลนั้นเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย”

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนั้นแสดงว่านิติบุคคลอาจถูกดำเนินคดีอาญาได้โดยผ่านทางผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ ได้ซึ่งก็เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 7 ดังกล่าวข้างต้นที่บัญญัติถึงกระบวนการดำเนินคดีกับนิติบุคคลในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยบัญญัติให้สามารถออกหมายเรียกผู้จัดการ หรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ เพื่อดำเนินการสืบสวนสอบสวน การกระทำความผิด หรือเพื่อดำเนินกระบวนการในชั้นศาล แล้วแต่กรณี ซึ่งก็เป็นการแสดงให้เห็นว่านิติบุคคลอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีและเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลได้โดยกระทำการผ่านทางผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ เหตุเพราะการกระทำของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลสามารถดำเนินกิจการใด ๆ หรือทำนิติกรรมได้ก็โดยผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ เป็นผู้กระทำการแทน

หากซึ่งผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ ขัดขึ้นหมายเรียก หรือไม่ปฏิบัติตามหมายเรียกแล้ว ผู้มีอำนาจก็สามารถออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ ได้ แต่ตามบทบัญญัติห้ามมิให้นำบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว ชัง หรือจำคุก มาใช้แก่ผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลที่เป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เมื่อจับตัวผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลมาได้แล้ว พนักงานสอบสวนหรือศาลต้องรีบสอบปากคำ หรือคำให้การในฐานะที่เป็นผู้แทนหรือผู้ต้องหาหรือจำเลย ในเวลาอันสมควรแล้วก็ต้องปล่อยตัวไปไม่มีอำนาจควบคุมตัวไว้ เมื่อไม่การควบคุมตัวก็ไม่ต้องมีประกันตัว (ปล่อยชั่วคราว) ไม่มีการชังหรือจำคุก เพราะบุคคลดังกล่าวมิได้เป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยเอง พนักงาน-

¹⁸ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 70.

สอบสวนหรือศาลจึงมีอำนาจออกหมายจับมาเท่าที่จำเป็นแก่คดีเท่านั้น แล้วต้องปล่อยตัวไปทันที ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วางหลักไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1319/2522 กรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลย จะไม่มีการจับกุมเพราะนิติบุคคลไม่อยู่ในสภาพที่จะให้จับกุมได้คงให้ใช้วิธีการออกหมายเรียกผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลมาเพื่อการสอบสวนหรือพิจารณาแล้วแต่กรณี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 935/2537 การสอบสวนดำเนินคดีนิติบุคคลจำต้องสอบสวนผ่านทางกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทน เมื่อพนักงานสอบสวนแจ้งข้อหาแก่จำเลยที่ 2 ในฐานะกรรมการผู้จัดการจำเลยที่ 1 แม้ไม่ได้ระบุแจ้งชัดว่าได้แจ้งข้อหาและสอบสวนดำเนินคดีแก่ จำเลยที่ 1 ด้วย ก็ถือว่าพนักงานสอบสวนได้แจ้งข้อหาแก่จำเลยที่ 1 ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 แล้ว

ตามคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การแจ้งข้อกล่าวหาต่อกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลในฐานะจำเลยก็ถือว่าเป็นการแจ้งข้อกล่าวหาต่อนิติบุคคลแล้ว ดังนั้นแล้วตามบทบัญญัติของกฎหมายแสดงว่านิติบุคคลอาจกระทำความผิดอาญาได้ โดยเป็นการกระทำการผ่านทางผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ ซึ่งการกระทำของผู้แทนของนิติบุคคลนั้นเป็นการกระทำไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลหรือเพื่อประโยชน์แก่นิติบุคคล แต่ทว่าตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 7 นั้นกล่าวแต่เพียงกระบวนการในชั้นสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาคดีเท่านั้น ซึ่งในบทบัญญัติของเรื่องการฟ้องร้องนั้นไม่ได้เขียนโดยชัดเจนว่ากรณีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งก็ได้แก่ผู้กระทำการแทนนิติบุคคลนั้นจะต้องเข้ามาสู่ในชั้นดังกล่าวด้วย แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องของการรับโทษทางอาญานั้น ศาลได้มีคำพิพากษาให้กรรมการผู้จัดการหรือผู้ดำเนินการแทนนิติบุคคลนั้น มารับโทษทางอาญาได้โดยเป็นการนำเอาในเรื่องตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 525/2525 เมื่อจำเลยในฐานะผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้ลงมือกระทำการเป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคล ศาลก็ลงโทษจำคุกจำเลยได้เพราะมิใช่เป็นการลงโทษในฐานะตัวแทนของนิติบุคคลตาม มาตรา 7 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 59/2507 นิติบุคคลย่อมแสดงความประสงค์ทางผู้แทน เมื่อผู้แทนออกเช็คโดยเจตนาจะมีให้มีการใช้เงินตามเช็ค นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้แทนด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 584/2508 นิติบุคคลอาจรับผิดชอบทางอาญาร่วมกับบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นกรรมการดำเนินการของนิติบุคคลได้ ถ้าการทำผิดอาญานั้น กรรมการดำเนินการไปเกี่ยวกับกิจการตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลที่ได้จดทะเบียนไว้ และเพื่อให้นิติบุคคลนั้นได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้น

ตามคำพิพากษาดังกล่าว ศาลพิจารณาตามหลักของตัวการตัวแทน กล่าวคือ ตัวการคือนิติบุคคล และตัวแทนคือบุคคลผู้มีอำนาจทำการอย่างหนึ่งอย่างใด แทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าตัวการ ซึ่งเป็นการที่ตัวการตั้งตัวแทนให้ทำกรนั้น ๆ หรือแสดงความประสงค์นั้น ๆ แทนตน เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วแล้วผู้แทนของนิติบุคคลนั้นอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ประกอบกับหากซึ่งการกระทำของตนเองนั้นเป็นการกระทำภายใต้วัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นแล้ว นิติบุคคลก็ต้องเข้ามาร่วมรับผิดชอบ แต่ทว่าความรับผิดชอบของนิติบุคคลนั้นจะถูกจำกัดแต่เพียงอัตราโทษที่จะสามารถเปิดช่องให้กระทำการได้ ซึ่งก็ได้แก่ปรับและริบทรัพย์สินเท่านั้น

6. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการ

ตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้น ปัจจุบันถึงแม้ประเทศไทยจะได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เฉพาะโดยตรงก็ตาม แต่ทว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนั้นยังคงไม่มีความชัดเจนอย่างเพียงพอในการนำมาบังคับใช้กับผู้ให้บริการที่กระทำความผิดตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นความรับผิดชอบทางอาญาด้วยแล้ว จะต้อง มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน และการตีความเมื่อบังคับใช้กฎหมายนั้นต้องตีความโดยเคร่งครัดเพื่อลงโทษผู้ที่กระทำความผิด ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทาง บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของ

ผู้ให้บริการมาศึกษาเพื่อเปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศไทยเรา ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป กฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา

6.1 สหภาพยุโรป

The Council of Europe Convention on Cybercrime นี้ เป็นอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป จัดทำขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงยุโรป ซึ่งนับเป็นอนุสัญญานับแรกที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เข้าข่ายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยความมุ่งหมายของอนุสัญญานี้ต้องการให้รัฐสมาชิกของสภายุโรปและรัฐ หรือประเทศอื่น ๆ ที่ได้ลงนามร่วมกันในสัญญานำแนวทางแห่งการป้องกันอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ที่ได้บัญญัติไว้ใน The Council of Europe Convention on Cybercrime ไปตราลงในกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยเฉพาะเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้เพื่อถือบังคับใช้ไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งถือเป็นความร่วมมือร่วมกันระหว่างรัฐสมาชิก ในการที่จะนำมาซึ่งการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดย The Council of Europe Convention on Cybercrime มีแบ่งเนื้อหาสาระของอนุสัญญาแบ่งออกเป็น 4 ส่วนดังนี้คือ

1) เป็นส่วนที่กำหนดคำนิยามหรือความหมายของคำ (Use of Terms) ไม่ว่าจะเป็นระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ผู้ให้บริการ รวมไปถึงจนถึงข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เป็นต้น กรณีผู้ให้บริการนั้นอนุสัญญาได้กำหนดประเภทของผู้ให้บริการไว้ 2 ประเภท คือ ผู้ให้บริการที่เป็นองค์กรภาครัฐหรือเอกชนที่ให้บริการในการติดต่อสื่อสารด้วยระบบคอมพิวเตอร์ และผู้ให้บริการหรือนิติบุคคลอื่นที่เก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของผู้ใช้บริการ

2) การกำหนดมาตรการที่จะต้องดำเนินการระดับชาติ (Measures to be taken at the National Level) โดยแบ่งออกเป็น 3 Section กล่าวคือ

Section 1 จะเป็นการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา กำหนดไว้เป็น 5 หัวข้อด้วยกัน คือการกระทำความผิดที่กระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ และระบบคอมพิวเตอร์ การกระทำความผิดอันเกี่ยวข้องหรือเกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ การกระทำความผิด

ที่กระทำต่อเนื้อหา (Content) การกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ และสิทธิที่เกี่ยวข้อง และหัวข้อสุดท้ายจะเป็นความรับผิดชอบและการลงโทษ ซึ่งเป็นการกำหนดถึงพฤติกรรมที่ต้องรับผิดชอบถือว่าเป็นพฤติกรรมที่เป็นการพยายามช่วยเหลือ หรือให้ความช่วยเหลือ โดยให้บัญญัติให้พฤติกรรมอันเป็นการกระทำโดยเจตนา หรือช่วยเหลือหรือพยายามช่วยเหลือการกระทำความผิดนั้นเป็นความผิดด้วย ประกอบกับได้มีการกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับบริษัท

Section 2 จะเป็นการกำหนดถึงกระบวนการตามกฎหมาย (Procedural Law) การเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ กระบวนการค้นและการยึดข้อมูลคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

Section 3 จะเป็นการกำหนดถึงอำนาจทางศาล

3) ความร่วมมือระหว่างประเทศ (International Co-operation) ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดน การร้องขอความช่วยเหลือซึ่งเป็นการร่วมมือระหว่างประเทศ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างกัน

4) ส่วนที่บัญญัติบททั่วไป (Final Provisions)

ตามข้อกำหนดแห่งอนุสัญญาดังกล่าวนั้นแม้ว่าอนุสัญญาจะมีได้กำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นหน้าที่ของใคร หรือความรับผิดใดที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องรับผิดชอบเป็นการเฉพาะก็ตาม แต่ก็ได้กำหนดถึงมาตรการ และแนวทางในการป้องกันและปราบปรามอย่างครอบคลุมถึงพฤติกรรมการกระทำความผิด โดยทั้งนี้เพื่อมุ่งหวังที่จะให้รัฐภาคีสมาชิกได้นำแนวทางดังกล่าวไปบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะตน แต่ต้องให้มีเนื้อหาสาระในกฎหมายที่บัญญัติขึ้นอย่างครอบคลุมอย่างเพียงพอตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว

ดังตัวอย่างของแนวทางความรับผิดของบริษัทหรือนิติบุคคล ที่ได้กำหนดไว้ใน Article 12 (Corporate Liability) โดยเป็นการกำหนดให้ภาคีสมาชิกกำหนดเป็นมาตรการทางกฎหมายว่า นิติบุคคลซึ่งถือเป็นบุคคลตามกฎหมายนั้นต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาภายใต้การดำเนินงานของนิติบุคคล หรือนิติบุคคลนั้น ๆ ก็ตาม โดยในการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่นิติบุคคลนั้นจะต้องมีเนื้อหาสาระแห่งกฎหมายให้ครอบคลุมดังนี้

- 1) อำนาจหน้าที่ของตัวแทนของนิติบุคคลตามกฎหมาย
- 2) อำนาจในการตัดสินใจในนามของนิติบุคคลตามกฎหมาย
- 3) อำนาจในการควบคุมนิติบุคคลตามกฎหมาย

ซึ่งนอกจากที่ได้กำหนดไว้แล้วดังกล่าวข้างต้นนั้น อนุสัญญายังได้กำหนดให้รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องมีมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่านิติบุคคลนั้นสามารถรับผิดชอบต่อการกระทำความผิด ในกรณีที่นิติบุคคลนั้น ๆ ขาดการดูแล หรือการควบคุมภายใต้อำนาจหน้าที่ของตนจนก่อให้เกิดเป็นการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ แต่อย่างไรก็ดีในความรับผิดชอบนั้นนอกจากอนุสัญญาจะได้กำหนดถึงความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลแล้ว กฎหมายที่รัฐภาคีสมาชิกนำไปบัญญัติขึ้น นิติบุคคลอาจถูกดำเนินคดีและรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางปกครองได้อีกด้วย โดยความรับผิดชอบดังกล่าวเหล่านี้จะไม่กระทบต่อความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลธรรมดาที่ได้กระทำความผิด

6.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เหมือนกับประเทศไทย โดยที่ผ่านมาประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอาศัยวิธีการปรับแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา แทนการบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับเฉพาะความรับผิดชอบเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และถือเป็นประเทศต้น ๆ ประเทศหนึ่งที่พยายามแก้ไข หรือเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของการกระทำความผิดในลักษณะนี้ปัจจุบันนอกจากบทบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่ถูกบัญญัติเพิ่มเติมไว้หลายมาตราในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังได้บัญญัติกฎหมายพิเศษอื่น ๆ อีกหลายฉบับที่มีผลใช้บังคับกับการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่เหล่านี้เป็นการเฉพาะ อย่างเช่น

กฎหมาย Teledienstegesetz (TDG) และสนธิสัญญา Mediendienstestaatsvertrag (MDStV)¹⁹ เป็นต้น

โดยกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวแม้จะมีชื่อเรียก และที่มาของบทบัญญัติของกฎหมายที่แตกต่างกันแต่ทว่าในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการแล้วนั้นกฎหมายทั้งสองฉบับนี้บัญญัติไว้โดยมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกัน กล่าวคือ

กฎหมาย Teledienstegesetz (TDG) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคม โดยมีวัตถุประสงค์ในการที่จะสร้างสถานะภาพทางเศรษฐกิจทางด้านการสื่อสารและโทรคมนาคม กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ และได้มีการเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในปี 2001 ตามความในกฎหมาย ผู้ให้บริการ “Diensteanbieter” หมายถึงบุคคลธรรมดาหรือบุคคลตามกฎหมายที่เป็นเจ้าของบริการ หรือเป็นผู้ให้บริการให้สามารถเข้าใช้หรือเข้าถึงการใช้งานการติดต่อสื่อสาร และโทรคมนาคม

สนธิสัญญา Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) เป็นสนธิสัญญาที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้บริการกระจายเสียงและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยสนธิสัญญาในการปกป้องศักดิ์ศรีของมนุษย์ และการคุ้มครองผู้เยาว์ในกระจายเสียงและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag--JMStV) โดยวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาคือการสร้างเงื่อนไขเพื่อให้แต่ละรัฐถือปฏิบัติในเรื่องของการควบคุมข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และการสื่อสาร เป็นต้น

การนี้กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้บัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการไว้เช่นเดียวกัน แต่แตกต่างตรงที่มาตราที่ถูกบรรจุไว้ ซึ่งกฎหมาย Teledienstegesetz (TDG) บรรจุไว้ในหมวดที่ 3 มาตรา 8-11 ส่วนกฎหมาย Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) นั้นบรรจุไว้ในมาตรา 6-9 ดังนี้

1) หลักการทั่วไป มาตรา 8 แห่ง TDG และมาตรา 6 แห่ง MDStV

¹⁹สาวตรี สุขศรี, ความรับผิดชอบต่อเนื้อหาใน อินเทอร์เน็ต ตามกฎหมายเยอรมัน [Online], available URL: <http://www.biolawcom.de/article/103/ความรับผิดชอบต่อเนื้อหาในอินเทอร์เน็ต> ตามกฎหมายเยอรมัน, 2549 (กุมภาพันธ์, 2).

(1) ผู้ให้บริการข้อมูลหรือ Content Provider (Diensteanbieter sind für eigene Informationen) ผู้ให้บริการข้อมูลเหล่านี้จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายในการให้บริการข้อมูลของตนเอง โดยกฎหมายบัญญัติชัดเจนว่าข้อมูลนั้นต้องเป็นข้อมูลของตนเองที่ตนเองได้สร้าง แต่ง หรือประพันธ์ขึ้น ซึ่งเป็นข้อมูลที่ได้นำมาเผยแพร่หรือนำเสนอบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

(2) ผู้ให้บริการตามความหมายในมาตรา 9-11 แห่ง TDG และผู้ให้บริการตามมาตรา 7-9 แห่ง MDSStV ได้แก่ ผู้ให้บริการประเภทการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตเพื่อให้บริการรับ ส่งข้อมูลตามมาตรา 9 แห่ง TDG และมาตรา 7 แห่ง MDSStV ผู้ให้บริการจัดเก็บหรือบันทึกข้อมูลชั่วคราว (Caching) ตามมาตรา 10 แห่ง TDG และมาตรา 8 แห่ง MDSStV และผู้ให้บริการพื้นที่เพื่อเก็บรักษาข้อมูลหรือผู้ให้บริการ Server (Host-Service Provider) ตามมาตรา 11 แห่ง TDG และมาตรา 9 แห่ง MDSStV กล่าวคือผู้ให้บริการดังกล่าวเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบการข้อมูลที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่หากตนเองได้ทราบถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้นแล้ว ต้องกระทำการลบ หรือบล็อก ข้อมูลเหล่านั้นด้วย

2) ผู้ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต มาตรา 9 แห่ง TDG และมาตรา 7 แห่ง MDSStV

ผู้ให้บริการประเภทนี้ ก็คือ ผู้ประกอบการที่จัดเตรียม และนำเสนอช่องทางเชื่อมต่อเข้าสู่เครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้กับผู้ใช้บริการทั้งหลาย รวมทั้งจัดหาเครื่องมือ อุปกรณ์เสริม และดำเนินการ ทางเทคนิคต่าง ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกในการใช้งานอินเทอร์เน็ตให้กับลูกค้าของตนด้วย²⁰ โดยมาตรานี้กฎหมายได้บัญญัติยกเว้นความรับผิดในของผู้ให้บริการ กล่าวคือผู้ให้บริการในการให้เข้าถึงการส่งข้อมูลเพื่อติดต่อสื่อสาร หรือผู้ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อข้อมูลที่เป็นความผิดหากซึ่งการรับส่งข้อมูลของผู้ให้บริการนั้นเป็นการรับส่งข้อมูลโดยปกติของผู้ให้บริการเอง และผู้ให้บริการนั้นมิได้กระทำการแก้ไขข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้น

²⁰สาวตรี สุขศรี, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน [Online available URL: http://www.combiolaw.de/article/91/search_keyword/อาชญากรรมคอมพิวเตอร์, 2549 (กุมภาพันธ์, 2).



เว้นแต่ว่าผู้ให้บริการได้กระทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลเหล่านั้น หรือผู้ให้บริการได้ตั้งใจร่วมมือกับผู้กระทำความผิดโดยการสร้างข้อมูลที่ผิดกฎหมาย และทำการเผยแพร่ข้อมูลนั้นเสียเอง ผู้ให้บริการก็ต้องรับผิดชอบในข้อมูลที่ผิดกฎหมายของตนเองเช่นกัน

3) ผู้ให้บริการการเก็บบันทึกข้อมูลชั่วคราว มาตรา 10 แห่ง TDG และ มาตรา 8 แห่ง MDSv

ผู้ให้บริการประเภทนี้เป็นผู้ให้บริการที่มีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ แต่เป็นการเก็บรักษาไว้เป็นการชั่วคราวเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อส่งข้อมูลให้แก่ผู้ให้บริการรายอื่นที่มีการเรียกใช้งาน ซึ่งโดยหลักแล้วนั้นผู้ให้บริการประเภทนี้ก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อข้อมูลที่ผิดกฎหมายแม้ว่าข้อมูลเหล่านั้นจะอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของตนเองก็ตาม แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

- (1) ข้อมูลที่เก็บรักษานั้นจะไม่เกิดการแก้ไขเปลี่ยนแปลง
- (2) ในการที่เข้าถึงซึ่งข้อมูลเหล่านั้น ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการเข้าถึงซึ่งข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้นโดยถูกต้องแล้ว
- (3) ในการเก็บรักษาข้อมูลผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามกฎสำหรับการให้บริการซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานอุตสาหกรรมโดยถูกต้องแล้ว
- (4) การให้บริการนั้น ผู้ให้บริการได้มีการประกอบการอย่างถูกต้องภายใต้กฎหมายเทคโนโลยีเกี่ยวกับการเก็บรักษาข้อมูล และการใช้ข้อมูลนั้น ๆ ซึ่งเป็นการดำเนินการภายใต้การยอมรับอย่างกว้างขวางและเป็นการดำเนินการที่ใช้ได้ตามมาตรฐานอุตสาหกรรม
- (5) เมื่อมีคำสั่งจากศาล หรือจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายแล้ว ผู้ให้บริการได้กระทำการลบข้อมูล หรือปิดกั้นช่องทางการเข้าถึง หรือบล็อกข้อมูลที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นทันที

4) ผู้ให้บริการพื้นที่ Server (Host-Service-Provider) ตามมาตรา 11 แห่ง TDG และมาตรา 9 แห่ง MDSv

ผู้บริการพื้นที่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่เรียกว่า Server ทั้งนี้เพื่อเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการ ซึ่งเป็นลูกค้าของตน สำหรับให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตคนอื่น

นำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ได้ต่อไป โดยที่ผ่านมามีบริษัทผู้ประกอบการมักเป็นบริษัท ประกอบธุรกิจรายใหญ่ที่มีเงินทุนจำนวน มากในการเปิด Server ไว้บริการลูกค้า ในประเทศ เช่น บริษัท T-Online และ AOL ส่วนใหญ่แล้วบริษัทเหล่านี้ก็มักให้บริการ เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตไปด้วยแบบครบวงจร นอกจากบริษัททางธุรกิจแล้ว ก็อาจมีหน่วย- ราชการบางหน่วยงานที่ต้องการพื้นที่จัดเก็บ และบริการข้อมูลในหน่วยงานจำนวนมาก เพื่อให้สามารถเรียกใช้งานได้รวดเร็วที่จะลงทุนมีเครื่องคอมพิวเตอร์ Server เป็น ของตัวเอง อาทิเช่น หน่วยงานการศึกษา หรือ มหาวิทยาลัย เป็นต้น

ผู้ให้บริการประเภทนี้ควรต้องมีความรับผิดชอบต่อนโยบายข้อมูล ผิดกฎหมาย เว้นแต่เมื่อเขาไม่ได้รู้ถึงเนื้อหาที่เป็นความผิดเหล่านั้นจากการตรวจสอบ ของตนเอง หรือได้ปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงโดยผู้ให้บริการรายอื่น หรือลบข้อมูล นั้นแล้วเมื่อมีผู้ร้องแจ้งเข้าไป ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า เขาเองมีความสามารถทางเทคนิค ที่จะทำเช่นนั้นได้รวมทั้งการกระทำเช่นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดภาระต่อธุรกิจมากเกินไป

จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติดังกล่าวแค่เพียง “การรับรู้” ถึงข้อมูลนั้น อย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะเป็นความผิดได้ เพราะต้องประกอบด้วยการกระทำภายใต้ เงื่อนไขในเรื่องความสามารถทางด้านเทคนิค และความสมเหตุสมผลที่ไม่ก่อให้เกิด ภาระสำหรับผู้ให้บริการ มากเกินไปด้วย²¹

จากกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้นที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการนั้นสามารถแบ่งความรับผิดชอบออกเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดชอบในเนื้อหาของตนเองที่ตนเองได้สร้างขึ้น และความรับผิดชอบในเนื้อหา ของบุคคลอื่นซึ่งตนได้กระทำให้เกิดการเผยแพร่ ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าวนี้ผู้ให้บริการ จะรับผิดชอบก็ต่อเมื่อได้รู้ถึงการกระทำผิดหรือข้อความที่ไม่ชอบต่อบทบัญญัติ ของกฎหมายนั้นแล้วแต่มิได้กระทำการใดเพื่อเป็นการปิดกั้นข้อความนั้นเมื่อเป็นเช่นนั้น ผู้ให้บริการก็ต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติกฎหมาย

²¹สาวตรี สุขศรี, “ภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต: ศึกษาเฉพาะกรณีการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร และการหมิ่นประมาท บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต,” หน้า 118.

6.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ในรูปแบบของกฎหมายแบบจารีตประเพณี และจะใช้ Case Law เป็นหลักในการศึกษา โดยยึดถือคำพิพากษาศาลที่วางไว้เป็นบรรทัดฐานเป็นหลักกฎหมาย กรณีการกระทำ-ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น ในอดีตประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายแม่บทที่กำหนดถึงความรับผิดในการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หรือเกี่ยวกับการสื่อสารขึ้นมาบังคับใช้โดยเฉพาะ แต่จะพิจารณาจากคำพิพากษาโดยเทียบเคียงจากคำพิพากษาของศาลที่วางบรรทัดฐานไว้ก่อนหน้านั้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ก็ได้มีความเห็นว่าตามแนวทางคำพิพากษาในความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้น คำตัดสินของศาลไม่ส่งเสริมหรือจูงใจ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการตรวจสอบข้อมูล ข้อความหรือรูปภาพ อันเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท ดังนั้นแล้วฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้เกิดมีความเห็นควรที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายพิเศษ คือ Communication Decency Act 1996 (CDA)²²

1) Communication Decency Act 1996 (CDA)

กฎหมายฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย Telecommunication Decency Act 1996 โดยกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายฉบับแรก ๆ ของประเทศ-สหรัฐอเมริกา เนื้อหาสาระของบทบัญญัติส่วนใหญ่ นั้น เป็นกฎหมายที่บัญญัติมาบังคับในการควบคุมสื่อลามก ข้อความรุนแรงบนอินเทอร์เน็ต และเนื้อหาของข้อมูลที่ผิดกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ แต่ไม่เฉพาะแต่ภาพลามกอนาจารเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมไปถึงเนื้อหาข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสมอื่น ๆ ด้วย และแม้ว่าศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกา จะได้ตัดสินว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญจนมีคำสั่งให้ระงับใช้ CDA เฉพาะที่เกี่ยวกับภาพลามกอนาจารเด็กและเยาวชนไปแล้วก็ตามแต่ในส่วนอื่น ๆ

²²ปกรณัม ยี่งวรกร, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงโดยใช้สื่ออินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 54-55.



ของ CDA โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในความผิดที่เกิดขึ้นบนเครือข่าย ซึ่งได้วางหลักไว้หลายประการ กลับส่งผลให้เกิดการแก้ไขกฎหมายเก่า และบัญญัติกฎหมายพิเศษขึ้นมาหลายฉบับ ดังนี้

Section 223 (47 U.S.C 223) Abs (e) ในอนุมาตรา (1) ของบทบัญญัตินี้ ถูกกำหนดไว้ค่อนข้างชัดเจนว่า Access Provider และ Host-Service-Provider เป็นเพียงผู้จัดหาพื้นที่และให้บริการช่องทางในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตกับลูกค้าของตนเท่านั้น คงไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อความผิดที่เกิดขึ้นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม ผู้ให้บริการประเภทนี้ก็ต้องรับผิดชอบตามอนุมาตรา (2) และ (3) หากเขาได้รู้ถึงการผลิตหรือการเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาเป็นความผิดตามกฎหมายนั้นด้วย ไม่ว่าโดยการบอกแจ้งของบุคคลอื่นด้วยการใช้มาตรการสนับสนุนอื่น หรือผู้ให้บริการนั้นรับรู้เองจากระบบการควบคุมดูแลของตนเองแต่อนุมาตรา (5) ระบุว่าผู้ให้บริการคงไม่ต้องรับผิดชอบแม้ได้รู้ถึงเนื้อหาที่เป็นความผิดดังกล่าวแล้ว แต่เขาใช้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมแล้วในอันที่จะจำกัดการเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นจากเด็ก

Section 230 (47 U.S.C 230) Abs (c) มาตรานี้บัญญัติความรับผิดชอบที่มีลักษณะเช่นเดียวกับมาตราก่อน โดยกำหนดผู้ให้บริการคงไม่ต้องรับผิดชอบของบุคคลอื่นซึ่งมีเนื้อหาผิดกฎหมาย เว้นแต่เขาจะได้รู้ถึงเนื้อหานั้นแล้ว²³ โดยบุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายนี้ก็คือ ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสาร ผู้ให้บริการระบบ-ข้อมูลข่าวสาร และผู้ให้บริการการเข้าใช้ที่จัดให้ผู้ใช้งานจำนวนมากเข้าใช้คอมพิวเตอร์-เซิร์ฟเวอร์ รวมถึงการให้บริการหรือระบบที่ให้เข้าใช้อินเทอร์เน็ต และระบบปฏิบัติการหรือการให้บริการโดยห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษา

ดังนั้น Communication Decency Act นั้นมีความประสงค์โดยต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีมาตรการในการตรวจสอบข้อความ การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและกระทำการปิดกั้นข้อมูล ข้อความ หรือการกระทำนั้น ๆ

²³ ศาสตราจารย์ สุขศรี, “ภาระหน้าที่ และความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษาเฉพาะกรณีการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร และการหมิ่นประมาทบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต,” หน้า 87-89.

ของผู้ที่ประสงค์ที่จะเผยแพร่ ทั้งนี้เพื่อให้ต้องเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้น ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกันดังเช่นผู้ที่เผยแพร่ นั้น ๆ ถือเป็นกฎหมายที่บัญญัติเพื่อปกป้องหรือคุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยกำหนดผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้น จะรับผิดชอบบทบัญญัติของกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้ให้บริการนั้น ๆ ได้รู้ ได้ทราบถึงการกระทำความผิด หรือถึงข้อความเป็นความผิดแล้วไม่ดำเนินการใด ๆ ในการที่จะปิดกั้น หรือกำจัดและนำข้อความนั้นออกเสียจากอินเทอร์เน็ตภายในระยะเวลาอันสมควรแล้ว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นยังคงต้องรับผิดชอบ และถึงแม้ว่าผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบ แต่กฎหมายก็ยังบัญญัติคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กรณีข้อความดังกล่าวเป็น ข้อความของบุคคลที่สาม (Another Information Content Provider) โดย Information Content Provider หมายถึงบุคคล หรือนิติบุคคลที่รับผิดชอบทั้งหมด หรือบางส่วน ในการสร้าง หรือพัฒนาข้อมูลข่าวสารที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ต หรือของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต แต่กระนั้นก็ตามกฎหมายจะไม่ให้ความคุ้มครองเลยหากกรณีเป็นข้อความ ที่ผู้ให้บริการเองเป็นผู้จัดทำและเผยแพร่เอง

นอกจากนี้จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ยังได้มีคำพิพากษา ของศาลอันเกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้บริการตามกฎหมาย Communication Decency Act ด้วย อาทิเช่น คดี Zeran v. America Online, Inc. (AOL) ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีการ นำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ โดยคดีนี้เกิดขึ้นจากการที่มีผู้ส่งข้อความเข้าสู่ระบบกระดาน ข่าว ซึ่งบริษัท America Online เป็นผู้ให้บริการโดยมีการลงข้อความโฆษณาขายเสื้อ ซึ่งมีข้อความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้ผู้สนใจติดต่อกลับไปยังเบอร์โทรศัพท์ของ Zeran ทำให้ Zeran ต้องรับโทรศัพท์จำนวนมาก Zeran จึงได้แจ้งให้บริษัท America Online ถอดข้อความดังกล่าวออก แต่บริษัท America Online กลับไม่ยอมปฏิบัติตาม Zeran จึงได้ฟ้องคดีต่อศาลว่า บริษัท America Online ถอดข้อความออกล่าช้าโดยไม่มี เหตุอันสมควร และไม่ดำเนินการแจ้งห้ามมิให้มีการปิดประกาศข้อความหมิ่นประมาท ทั้งยังละเลยไม่ดำเนินการตรวจสอบกระดานข่าวเพื่อไม่ให้มีการปิดข้อความดังกล่าวอีก โดยได้อ้างความรับผิดของบริษัท America Online ว่าเป็นผู้จำหน่าย แต่รู้หรือควรรู้ถึง ข้อความอันเป็นการหมิ่นประมาท จึงต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้เผยแพร่แต่บริษัท America Online ปฏิเสธโดยอ้างความคุ้มกันตาม Section 230 ของกฎหมาย Communication

Cecency Act 1996 กล่าวคือ “ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในข้อมูลของบุคคลอื่นซึ่งมีเนื้อหาผิดกฎหมาย เว้นแต่เขาจะ‘ได้รู้ถึงเนื้อหานั้นแล้ว’” ซึ่งตาม Section 230 ก็ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้เผยแพร่เท่านั้นโดยไม่หมายรวมถึงผู้จำหน่าย ดังนั้นการที่บริษัท America Online เป็นผู้จำหน่าย จึงไม่อาจอ้างความคุ้มครองตาม Section 230 กฎหมายได้ แต่อย่างไรก็ตามคดีนี้ตามคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา แล้วนั้น ศาลก็ได้วินิจฉัยว่าความรับผิดชอบของผู้จำหน่ายเป็นส่วนย่อย หรือเป็นประเภทหนึ่งของความรับผิดชอบของผู้เผยแพร่ ดังนั้นบริษัท America Online จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงไม่ต้องรับผิด²⁴

นอกจากนี้จากคดีดังกล่าวแล้วยังมีคดี Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co. คดีนี้ศาลได้พิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต คือโดยคดีนี้บริษัท Prodigy Services ได้จัดให้บริการกระดานข่าวปรากฏข้อเท็จจริงว่าลูกค้าผู้ใช้บริการกระดานข่าวได้ส่งข้อความกล่าวหาบริษัท Stratton Oakmont ว่าฉ้อโกง และทำอาชญากรรม และปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า บริษัท Prodigy Services ได้ตกลงกับสมาชิกในการจัดการให้มีผู้ตรวจสอบข้อความ คือ Board Leader และมีโปรแกรมในการตรวจสอบข้อความอัตโนมัติ รวมถึงมีข้อตกลงที่จะถอดข้อความทันทีเมื่อปรากฏข้อความดูหมิ่นหรือไม่สมควรบนกระดานข่าว ศาลเห็นว่า คดีนี้บริษัท Prodigy Services มีอำนาจบรรณาธิการ จึงต้องร่วมรับผิดชอบในข้อความหมิ่นประมาทในลักษณะที่เป็นผู้เผยแพร่ และยังมีประเด็นพิจารณาอีกว่า Board Leader นั้น มีลักษณะเป็นตัวแทนของบริษัท Prodigy Services เพราะบริษัทมีอำนาจบังคับบัญชา Board Leader ในลักษณะต้องรับผิดชอบในการละเมิดต่อบุคคลอื่น คำพิพากษาในคดีนี้ ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่สามารถตรวจสอบแก้ไขข้อความที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรณีที่บรรณาธิการต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้จัดทำข้อความ (ผู้แต่งหรือผู้ประพันธ์) ข้อความหมิ่นประมาทนั้น²⁵

²⁴ เกษราภรณ์ เสงี่ยม, “ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 27-29.

²⁵ ปกรณ์ ชัยวรการ, เรื่องเดิม, หน้า 53-55.

2) Sarbanes-Oxley Act of 2002

Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX) กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นบังคับใช้เพื่อป้องกันปัญหาด้านบัญชีการเงินที่ผิดพลาด และการฉ้อโกงภายในให้กับผู้ถือหุ้นและสาธารณชนทั่วไป โดยได้รับการร่างขึ้นจากคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยสาระสำคัญของกฎหมาย เป็นกฎหมายที่กำหนดว่าข้อมูลอะไรบ้างที่จะต้องเก็บรักษา และจะต้องเก็บไว้นานเท่าไร แต่เป็นการกำหนดว่าข้อมูลอะไรบ้างที่ต้องเก็บรักษา และเก็บไว้นานเท่าไร โดยเป็นการครอบคลุมชนิดของข้อมูลทางธุรกิจทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลดิจิทัล ข้อมูลการแจ้งเตือนของระบบก็ตาม โดยทั้งหมดนี้ต้องจัดเก็บไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี และหากองค์กรใดไม่ปฏิบัติตาม จะต้องถูกลงโทษปรับ หรือจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยกฎหมายฉบับนี้นอกจากจะได้กำหนดถึงการจัดเก็บข้อมูลเหล่านั้นแล้ว ยังได้บัญญัติส่วนเพิ่มเติมกรณีที่เกิดการกระทำความผิดอันเป็นการกระทบต่อข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้น อันเป็นพฤติกรรมกรลบ ทำลายข้อมูล การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล หรือความผิดพลาดของข้อมูล ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 802 (ก) ดังนี้

“ผู้ใดที่รู้เห็นการเปลี่ยนแปลง ทำลาย ตัดส่วนสำคัญ ปกปิด ซ่อนเร้น บิดเบือน หรือสร้างความผิดพลาดใด ๆ ให้เกิดกับข้อมูล เอกสาร หรือวัตถุใด ๆ ด้วยความตั้งใจที่จะกีดขวาง ขัดขวาง หรือกระทำเพื่อส่งผลต่อการตรวจสอบ ดูแลรักษา หรือสืบสวนใด ๆ จากศาลหรือหน่วยงานของสหรัฐอเมริกา หรือกรณีใด ๆ ภายในวรรค 11 หรือที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี ผู้นั้นมีโทษปรับหรือจำคุกไม่ต่ำกว่า 20 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ด้วยเหตุที่ทำให้ต้องเก็บรักษาข้อมูลต่าง ๆ ดังกล่าวไว้นั้นทำให้กฎหมาย SOX ไม่เพียงแต่จะกระทบโดยตรงต่อฝ่ายการเงินขององค์กร แต่ยังกระทบต่อฝ่ายไอที ซึ่งทำหน้าที่บริหารจัดการ การจัดเก็บข้อมูลดิจิทัลขององค์กรด้วย โดยการทำหน้าที่ต้องสร้างระบบ บำรุงรักษาและดูแลการจัดเก็บข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งสามารถมีเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา ให้สามารถคงอยู่นาน และคงไว้ซึ่งความน่าเชื่อถือได้นานอย่างน้อยถึง 5 ปี

7. เปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการ

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด-
เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กับมาตรการ-
ทางกฎหมายของต่างประเทศ

แม้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ-
คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยส่วนใหญ่ จะบัญญัติขึ้นโดยอาศัยการเทียบเคียงกับ
บทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์
ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามบางกรณีการบังคับใช้
กฎหมายกับลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นใน
บางประเทศนั้น กฎหมายก็ยังคงอาจไม่มีความชัดเจนอย่างเพียงพอ หรือในบางกรณี
การบังคับใช้ก็ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ครอบคลุมกับพฤติกรรมการกระทำความผิด
นั้น ๆ ได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องนำบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศ
อันเกี่ยวข้องด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เหล่านั้นมาศึกษาเปรียบเทียบ
กับความรับผิดชอบของประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายและอาจนำมา
ซึ่งการแก้ไข เพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมและสามารถรองรับ
ต่อพฤติกรรมการกระทำความผิดของผู้ให้บริการได้ต่อไปในอนาคต

ดังจะเห็นได้ว่าในประเทศไทยบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความรับผิด
ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นจะถูกบรรจุไว้ในกฎหมายพิเศษเฉพาะ
คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กรณี
เนื้อหาในส่วนของความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการนั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้
โดยเฉพาะในมาตรา 15 แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาการกระทำความผิดของผู้ให้บริการ
นั้น จะพิจารณาโดยเชื่อมโยงกับพฤติกรรมการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดตาม
มาตรา 14 ซึ่งเป็นการกระทำความผิดอันเป็นการอาศัยช่องทางการให้บริการของ
ผู้ให้บริการเป็นสำคัญ กล่าวคือบัญญัติให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ให้บริการ
หากปรากฏว่าการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุม
ของตนเอง โดยที่มิได้เป็นการพิจารณาถึงลักษณะ ประเภท ความสามารถทางเทคนิค

ของผู้ให้บริการที่จะกระทำการระงับ ขยับยั้งการทำความผิดนั้น หรือแม้แต่ความเกี่ยวพันระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการที่กระทำความผิด ซึ่งจะแตกต่างกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการจากการให้บริการกล่าวคือ รูปแบบของการให้บริการ การประกอบกรความเป็นไปได้ในการกระทำความผิด รวมไปถึงจนถึงการรู้ หรือไม่รู้ในการกระทำที่เป็นความผิดนั้น ๆ เป็นต้น โดยได้บัญญัติและแบ่งแยกประเภทความรับผิดชอบของผู้ให้บริการไว้อย่างชัดเจน ว่าผู้ให้บริการประเภทใด จะต้องรับผิดชอบอย่างไร เป็นจำนวนเท่าไร

นอกบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา แล้วนั้นยังมีแนวทางการกำหนดความรับผิดชอบของสหภาพยุโรป กรณีเกี่ยวกับการวางแนวทางความรับผิดชอบของบริษัทหรือนิติบุคคล โดยการกำหนดความรับผิดชอบให้ครอบคลุมถึงอำนาจหน้าที่ของตัวแทนของนิติบุคคล อำนาจในการตัดสินใจ และอำนาจในการควบคุมนิติบุคคลนั้น ๆ ประกอบกับตามแนวทางความรับผิดชอบของสหภาพยุโรปยังได้กำหนดอีกว่าจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายแก่นิติบุคคล กรณีที่นิติบุคคลนั้น ๆ จาการดูแล หรือการควบคุมภายใต้อำนาจหน้าที่ของตน จนก่อให้เกิดเป็นการกระทำความผิดขึ้น เป็นต้น

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ

เปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศสหพันธ์- สาธารณรัฐ- เยอรมนี	ประเทศสหรัฐ- อเมริกา	สหภาพยุโรป
1. ผู้ให้บริการ	- ผู้ให้บริการการ เข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถ ติดต่อถึงกัน	- ผู้ให้บริการข้อมูล - ผู้ให้บริการ การเชื่อมต่อ อินเทอร์เน็ต	- ผู้ให้บริการพื้นที่ - ผู้ให้บริการ เชื่อมต่อ อินเทอร์เน็ต	- ผู้ให้บริการ ที่เป็นองค์กร ภาครัฐหรือ เอกชนที่-

ตารางที่ 1 (ต่อ)

เปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศสหพันธ์- สาธารณรัฐ- เยอรมนี	ประเทศสหรัฐ- อเมริกา	สหภาพยุโรป
	โดยประการอื่น ผ่านทางระบบ คอมพิวเตอร์ - ผู้ให้บริการเก็บ รักษาข้อมูล คอมพิวเตอร์	- ผู้ให้บริการเก็บ บันทึกข้อมูล ชั่วคราว - ผู้ให้บริการพื้นที่	- ผู้ให้บริการ การเข้าใช้ อินเทอร์เน็ต	ให้บริการการ ติดต่อสื่อสาร ด้วยระบบ คอมพิวเตอร์ - ผู้ให้บริการหรือ นิติบุคคลอื่นที่ เก็บรักษาข้อมูล คอมพิวเตอร์
2. ความรับผิด	- รับผิด เช่นเดียวกับ ผู้กระทำความผิด มาตรา 14 คือ การนำเข้าสู่ ระบบ คอมพิวเตอร์ซึ่ง 1) ข้อมูลปลอม 2) ข้อมูลเท็จ 3) ข้อมูล ความผิด เกี่ยวกับ ความมั่นคง หรือการ ก่อการร้าย 4) ข้อมูลที่มี ลักษณะ-	- ผู้ให้บริการ เชื่อมต่อไม่ต้อง รับผิดแม้จะได้ รู้ถึงข้อมูลที่มี เนื้อหาเป็น ความผิดแล้ว แต่นิ่งเฉย - ผู้ให้บริการ เชื่อมต่อ และ ผู้ให้บริการ จัดเก็บ หรือ ผู้ให้บริการ บันทึกข้อมูล ชั่วคราวไม่ต้อง รับผิดต่อเนื้อหา หรือข้อมูลที่ผิด กฎหมาย	- ผู้ให้บริการ พื้นที่ และ ผู้ให้บริการ เชื่อมต่อไม่ต้อง รับผิดชอบต่อ ความผิดที่ เกิดขึ้น เว้นแต่ ได้รู้ - ผู้ให้บริการ ไม่ต้องรับผิดใน ข้อมูลของบุคคล อื่นซึ่งมีเนื้อหาที่ ผิดกฎหมายเว้น แต่ได้รู้	- รับผิดกรณี ปรากฏว่าเป็น พฤติกรรม ที่พยายาม ช่วยเหลือ หรือให้ความ ช่วยเหลือการ กระทำความผิด โดยให้ถือว่า เป็นพฤติกรรม อันเป็นการ กระทำโดย เจตนาหรือ ช่วยเหลือ หรือพยายาม ช่วยเหลือการ- กระทำความผิด

ตารางที่ 1 (ต่อ)

เปรียบเทียบ	ประเทศไทย	ประเทศสหพันธ์- สาธารณรัฐ- เยอรมนี	ประเทศสหรัฐ- อเมริกา	สหภาพยุโรป
	ลามกอนาจาร และรวมไป จนถึงการ เผยแพร่ หรือ ส่งต่อข้อมูล เหล่านั้น ทั้งที่ รู้ว่าเป็น ความผิด	ที่บ้านที่อยู่ใน ระบบ- คอมพิวเตอร์ ของตนเอง		