

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อันเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการนั้น การกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการตามกฎหมาย เป็นไปตามแนวคิดการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยมีแนวคิดว่ารัฐต้องกำหนดภาระหน้าที่ ที่ชัดเจนของผู้ให้บริการ และนอกจากนี้อาจกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องให้ความช่วยเหลือแก่เจ้าหน้าที่ในการสืบหาตัวผู้กระทำความผิดด้วยการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่าง ๆ ในการสืบสวน สอบสวนด้วย ทั้งนี้ด้วยเหตุที่การกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่แต่เพียงฝ่ายเดียวนั้นอาจยังผลให้ไม่สามารถที่จะแก้ไข และปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างแท้จริง ประกอบกับทั้งหากจะบัญญัติเพียงมาตรการในการป้องกันอาชญากรรมโดยผู้ให้บริการแต่เพียงอย่างเดียว ผู้ให้บริการอาจจะไม่ถือประพฤติปฏิบัติตาม ดังนั้นแล้ว เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว กฎหมายจึงต้องบัญญัติมาตรการบังคับให้ผู้ให้บริการต้องเข้ามามีส่วนร่วมโดยบัญญัติเป็นความรับผิดไว้ หากไม่ได้กระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้ให้บริการนั้นมีความผิดและต้องรับโทษ ทั้งนี้เพื่อเป็นการควบคุมให้ผู้ให้บริการปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมาย และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนเองมีอยู่กระทำการโดยมิชอบ

แม้ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติถึงภาระหน้าที่และความรับผิดของผู้ให้บริการแล้วก็ตาม แต่ผู้ศึกษาพบว่ายังมีพฤติกรรมบางประเภทที่ผู้ให้บริการเองอาจอาศัยช่องว่างแห่งบทบัญญัติของกฎหมายก่อให้เกิดความผิดขึ้น โดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้พฤติกรรม

นั้น ๆ เป็นความผิดและต้องรับโทษ โดยมีสมมติฐานของความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้แก่ กฎหมายมิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งถึงความรับผิดชอบของบรรดาผู้เป็น-กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินงานกับนิติบุคคล กรณีที่การกระทำความผิดใดกระทำขึ้นโดยผู้ให้บริการที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ทั้งนี้ เนื่องด้วยการบังคับลงโทษตามกฎหมายเอาแต่อัตราโทษปรับและริบทรัพย์สิน ซึ่งถือเป็นการบังคับเอาแต่เฉพาะสภาพภายนอกของนิติบุคคลเท่านั้น อาจเป็นเหตุทำให้ผู้ที่ขับเคลื่อนการดำเนินงานของนิติบุคคลเกิดความไม่เจ็ดหลาบ เพราะเป็นอัตราโทษที่มีได้กระทบโดยตรงต่อเนื้อตัว ร่างกาย สิทธิและเสรีภาพของตัวนั้นเอง อีกทั้งกฎหมายยังมีได้มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการ จากการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยผู้ให้บริการด้วย รวมไปถึงจนถึงกฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจในเบื้องต้นแก่ผู้ให้บริการในการระงับ ยับยั้งการกระทำความผิดของผู้ใช้บริการหรือระงับการให้บริการแก่ผู้ให้บริการกรณีมีเหตุอันควรเชื่อว่ากระทำความผิดขึ้นในระบบ-คอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ

ดังนั้นจึงเกิดเป็นปัญหาในการบังคับใช้ และการลงโทษทางกฎหมายกับการกระทำความผิดของผู้ให้บริการ อันเป็นผลสืบเนื่องจากการที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้พฤติกรรมนั้น ๆ เป็นความผิดและต้องรับโทษ ซึ่งผู้ศึกษาใคร่ขอวิเคราะห์ถึงสภาพ-ปัญหาอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการ-กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยแบ่งประเด็นการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็นดังนี้

1. วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการ ที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วย- การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ผู้ให้บริการตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น คือผู้ให้บริการที่ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่หรือเข้าใช้อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อสื่อสารถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ รวมไปถึงผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย ซึ่งโดยสภาพการให้บริการในปัจจุบัน ผู้ให้บริการดังกล่าวจะมีทั้งผู้ให้บริการที่มีสถานะเป็นบุคคลธรรมดาและผู้ให้บริการที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ

ผู้ให้บริการที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล อย่างเช่น บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐานที่มีการให้บริการในส่วน of สำนักงาน อาคาร บ้านเรือนที่สามารถเชื่อมต่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือไม่ว่าจะเป็นสถานศึกษา ต่าง ๆ หน่วยงานของรัฐ ผู้ประกอบการ ซึ่งอาจมีการให้บริการการเข้าถึงซึ่งระบบ-เครือข่ายในห้องพัก ห้องเช่า โรงแรม และ รวมไปถึงผู้ให้บริการเว็บไซต์ ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต หรือร้านเกมส์ออนไลน์ด้วย เป็นต้น

การดำเนินคดีตามกฎหมายกับนิติบุคคลกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการรายใดนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ประกอบกับมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือการออกหมายเรียกผู้จัดการหรือผู้แทนอื่น ๆ ของนิติบุคคลนั้น ให้ไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายหรือศาล ดังตัวอย่างเช่นคดีของเว็บประชาไท (www.prachatai.com) กรณีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ยื่นฟ้องผู้อำนวยการเว็บไซต์ประชาไท และผู้ดูแลเว็บบอร์ดประชาไท เป็นจำเลยต่อศาลอาญา ในฐานความผิดตามมาตรา 14 มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และมาตรา 91 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ กรณีที่



เว็บไซต์ดังกล่าวได้ปล่อยให้ข้อความอันเป็นข้อความหมิ่นพระบรมเดชานุภาพปรากฏในพื้นที่เว็บบอร์ดของเว็บไซต์ โดยมีได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการจัดการกับข้อความเหล่านั้นภายในระยะเวลาอันสมควร

ตามคดีดังกล่าวดังจะเห็นได้ว่าเว็บไซต์ประชาไทนั้นถือเป็นเว็บไซต์ที่ให้บริการหนังสือพิมพ์ออนไลน์ที่มีการเปิดให้บริการภายใต้วัตถุประสงค์ การบริหารจัดการ และการควบคุมดูแลของ “มูลนิธิสื่อเพื่อการศึกษาของชุมชน” โดยประกอบด้วยประธานกรรมการและกรรมการรวมจำนวน 6 ท่าน¹ ประกอบกับมีผู้อำนวยการเว็บไซต์ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุม ดูแลและตรวจสอบการทำงานของเว็บไซต์ด้วย ซึ่งมูลนิธิดังกล่าวเมื่อได้จดทะเบียนก่อตั้งถูกต้องตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 122 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีประธานมูลนิธิ มีกรรมการผู้จัดการมูลนิธิ รวมไปถึงบรรดาผู้เป็นกรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารจัดการมูลนิธิดังกล่าว

กรณีหากปรากฏว่าผู้แทนของนิติบุคคลนั้น หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งได้ดำเนินงานภายใต้วัตถุประสงค์ หรือการบริหารจัดการของนิติบุคคลนั้นกระทำการใดอันอาจเป็นการกระทำความผิดย่อมถือว่าการกระทำความผิดนั้นได้กระทำลงโดยนิติบุคคล และเมื่อเป็นเช่นนั้นบุคคลผู้เป็นกรรมการผู้จัดการ รวมถึงบรรดาผู้เป็นกรรมการเหล่านั้นย่อมต้องถูกตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความผิดและต้องรับผิดชอบร่วมกับนิติบุคคลนั้นด้วย

แต่ตามข้อเท็จจริงกรณีคดีของเว็บไซต์ประชาไทนั้น ดังจะเห็นได้ว่าผู้ที่ถูกดำเนินคดีและอาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนั้นจะมีเพียงผู้จัดการเว็บไซต์ซึ่งเป็นแต่เพียงบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลเว็บไซต์ประชาไท และดูแลเว็บบอร์ดประชาไทเท่านั้น ทั้งนี้อาจเป็นเพราะพนักงานเจ้าหน้าที่เล็งเห็นว่าบุคคลดังกล่าวผู้ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการดูแลเว็บไซต์นั้น ย่อมต้องสามารถรู้ทันถึงข้อความ

¹มูลนิธิสื่อเพื่อการศึกษาของชุมชน, ประกาศนายทะเบียนมูลนิธิ [Online].

available URL: www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2549/00190405.PDF, 2553 (สิงหาคม, 3).

อันผิดกฎหมายเช่นว่านั้นได้ และมีความสามารถที่จะกระทำการใดการหนึ่งทางเทคนิค เพื่อกำจัดข้อความเหล่านั้น แต่ก็ได้กระทำการแต่อย่างใด กลับนิ่งเฉยปล่อยปละละเลย ให้ข้อความผิดกฎหมายนั้นปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ หรือมิได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นการจัดการกับข้อความเหล่านั้นภายในระยะเวลาอันสมควร ซึ่งแม้ว่าจะมิใช่ ผู้กระทำความผิดเสียเอง แต่ก็เปรียบเสมือนตัวการร่วมในการกระทำความผิดกับ ผู้กระทำความผิดนั่นเอง

เมื่อได้วิเคราะห์เหตุและผลของคดีดังกล่าวข้างต้นแล้ว เห็นได้ว่าสาเหตุที่ พนักงานเจ้าหน้าที่มิได้ดำเนินคดีกับบุคคลผู้เป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคล ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของเว็บไซต์ประชานิยม นั้นเนื่องด้วยบุคคลเหล่านี้ มิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด กล่าวคือมิได้เป็นบุคคลผู้มีหน้าที่ในการ ควบคุม ดูแล การดำเนินงาน หรือการกลั่นกรองเนื้อหาของเว็บไซต์นั้น ซึ่งหน้าที่ ดังกล่าวนี้อาจเป็นหน้าที่เฉพาะของผู้ดูแลเว็บไซต์ แต่ถึงอย่างไรก็ตามผู้ดูแลเว็บไซต์ ซึ่งถูกดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้นก็มิได้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการตามนัยแห่งกฎหมาย แต่เป็นเพียงลูกจ้าง ซึ่งถือเป็นตัวแทนของนิติบุคคลให้ปฏิบัติหน้าที่ควบคุม ดูแล และกลั่นกรองเนื้อหา ในเว็บไซต์เพียงเท่านั้น ดังนั้นแล้วผู้ดูแลเว็บไซต์ จึงเป็นเพียงตัวแทนของนิติบุคคลผู้ซึ่ง กระทำการภายใต้วัตถุประสงค์ในการดำเนินงานของนิติบุคคลเพียงเท่านั้น

ดังนั้นแล้วหากวิเคราะห์ตามแนวความคิดกำหนดความรับผิดทางอาญาของ นิติบุคคลนั้น จะเห็นได้ว่าคดีดังกล่าวเกิดจากการที่ผู้แทนของนิติบุคคลกระทำการ โดยไม่เจตนา หรือกระทำการใดโดยประมาทอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้แทนนิติบุคคลนั้นย่อมต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว

แต่ถึงอย่างไรก็ตามหากการกระทำความผิดใดของตัวแทนของนิติบุคคลนั้น เป็นการกระทำตามอำนาจหน้าที่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล และนิติบุคคล ได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดแล้ว ตามแนวความคิดกำหนดความรับผิด ทางอาญาของนิติบุคคลนั้น ถือว่านิติบุคคลกระทำความผิด และก็ต้องรับผิดสำหรับการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลนั้นด้วย กรณีหากซึ่งเป็นความรับผิดทางแพ่งอาจเป็น การฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายจากนิติบุคคล แต่กรณี

เป็นการกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อเนื้อตัว ร่างกาย สิทธิ และทรัพย์สินของผู้เสียหาย นิติบุคคลจะสามารถรับผิดได้แต่เพียงอัตราโทษปรับและ ทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งเป็นอัตราโทษที่สามารถเปิดช่องให้ลงได้กับนิติบุคคล และ เป็นเพียงการบังคับลงโทษเอาแก่สภาพภายนอกของนิติบุคคลเท่านั้น

ดังนั้นแล้วหากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของการกำหนดความรับผิดทางอาญา ที่มุ่งประสงค์ในการปราบปรามการกระทำความผิดโดยแท้จริง ประกอบกับแนวคิด การกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลแล้ว การลงโทษกับผู้กระทำความผิด ที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแต่เพียงอัตราโทษปรับและทรัพย์สิน โดยที่มิได้มีการบังคับ เอาแก่เนื้อตัว ร่างกาย กับผู้ซึ่งอยู่เบื้องหลังแห่งการดำเนินงานของนิติบุคคลและ ประกอบกับการลงโทษแต่เพียงอัตราโทษปรับหรือทรัพย์สินอันน้อยนิดนั้นย่อม ไม่สามารถกระทบต่อการดำเนินงานภายใต้การให้บริการงานของนิติบุคคลซึ่งมีสถานะ ทางการเงินที่มั่นคง มั่งคั่งอยู่แล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้อาจเป็นการยังผลให้เกิดมีขึ้นของ การกระทำความผิดซ้ำโดยนิติบุคคลผู้ถูกลงโทษได้ อาทิเช่น นิติบุคคลผู้ให้บริการ เว็บไซต์ หากถูกบังคับลงโทษทางอาญาตามกฎหมายซึ่งเป็นอัตราโทษแต่เฉพาะ โทษปรับ โดยมิใช่อัตราโทษที่กระทบต่อเนื้อตัว ร่างกาย สิทธิและเสรีภาพแล้ว อาจ หลบหลีกไปใช้ช่องทางของการจดทะเบียนโดเมนเนมใหม่ และเปิดให้บริการเว็บไซต์ ภายใต้ชื่อใหม่ได้ เพราะการบังคับลงโทษเอาแต่สภาพของนิติบุคคลนั้นยังผลให้ผู้ ที่อยู่เบื้องหลังแห่งสภาพนิติบุคคล ซึ่งเป็นผู้ที่ขับเคลื่อนการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ไม่เกิดความเข็ดหลาบ ความหลาบจำ และความเกรงกลัวต่ออัตราโทษที่ไม่ได้กระทบต่อ สิทธิและเสรีภาพของตนเอง และอาจกลับมากระทำความผิด ก่อให้ความเสียหายซ้ำได้ ดังนั้นการลงโทษดังกล่าวจึงไม่สามารถแก้ไขปัญหอันเกิดจากการกระทำของนิติบุคคล ได้เท่าที่ควร เพราะนิติบุคคลส่วนใหญ่มีกำลังทรัพย์หรือจำนวนทุนทรัพย์ค่อนข้างมาก จำนวนเงินที่กฎหมายกำหนดไว้เมื่อเทียบกับกรณีของนิติบุคคลแล้วกลายเป็นเงินจำนวน ที่น้อยมากซึ่งทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ ดังนั้นแล้วควรต้อง ให้อุบัติการผู้อยู่เบื้องหลังแห่งการดำเนินงานของนิติบุคคลเหล่านั้น ซึ่งก็ได้แก่บรรดาผู้เป็น กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของนิติบุคคล มีส่วนร่วมในการพิสูจน์ความผิดด้วย โดยถือเป็นการตั้งเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

กรณีในส่วนของอัตราโทษตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้นแม้ว่าจะเป็นการบัญญัติอัตราโทษและความรับผิดทางอาญาที่สูงกว่าอัตราโทษทางอาญาโดยทั่วไป ดังทฤษฎีของการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือป้องกันอาชญากรรม ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า “เจตนาของการลงโทษไม่ควรจะเป็นการทรมานผู้กระทำความผิดหรือชดเชยความผิด แต่ควรเป็นการป้องกันบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดเช่นเดียวกัน และการลงโทษที่ยุติธรรมควรมีอัตราของความรุนแรงพอเพียงที่จะยับยั้งคนอื่น” ก็ตาม แต่หากนำมาวิเคราะห์กับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่มีสถานะเป็นผู้ให้บริการและโดยสภาพของนิติบุคคลแล้ว จะเห็นได้ว่าอัตราโทษที่จะสามารถยับยั้งบุคคลอื่นไม่ให้กระทำความผิดนั้น นอกเสียจากจะเป็นอัตราโทษที่มีความรุนแรงเพียงพอแล้ว การนำมาบังคับใช้ต้องสามารถนำมาบังคับใช้ได้ครอบคลุมอย่างเพียงพอกับผู้กระทำความผิดได้ด้วย ซึ่งกรณีความรับผิดทางอาญานั้นดังจะเห็นได้ว่าอัตราโทษโดยส่วนใหญ่จะเป็นอัตราโทษที่ค่อนข้างมีความรุนแรง และเป็นอัตราโทษกระทบต่อเนื้อตัว ร่างกาย สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเมื่อกำหนดเป็นอัตราโทษที่สูง ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวในการรับโทษด้วยเหตุที่เป็นอัตราโทษที่กระทบต่อตนเองโดยตรง แต่หากเป็นอัตราโทษที่บังคับเอาแก่ทรัพย์สินซึ่งเป็นสิ่งนอกกายเมื่อสูญเสียแล้วก็สามารถหามาชดเชยใหม่ได้นั้น ผู้กระทำความผิดที่มีสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่มั่นคง และมั่นคงอยู่แล้วนั้นย่อมที่จะไม่เกิดความเกรงกลัวในการกระทำความผิด

นอกจากนี้ในความรับผิดของผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่มีสถานะเป็นผู้ให้บริการและโดยสภาพของนิติบุคคล หากนำมาวิเคราะห์กับแนวคิดการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลด้วยแล้วดังจะเห็นได้ หากบุคคลผู้อยู่เบื้องหลังแห่งการขับเคลื่อนการให้บริการของผู้ให้บริการในรูปแบบของนิติบุคคลนั้น ได้กระทำความผิดตามกฎหมายแล้ว บุคคลเช่นว่านั้นจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว แต่ถึงอย่างไรก็ตามหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำความผิดกล่าวเป็นการกระทำที่เอื้อประโยชน์ต่อการให้บริการของตนเอง และได้กระทำไปในการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล และ

นิติบุคคลได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้นแล้ว อาทิเช่น เป็นเหตุให้เกิดการใช้บริการเพิ่มมากขึ้น หรืออาจเป็นพฤติกรรมที่เป็นการเชิญชวนให้มีผู้อื่นเข้ามาใช้บริการแล้วนั้น นอกเสียจากผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวแล้ว นิติบุคคลนั้นยังจะต้องมีความผิดและต้องรับโทษด้วย แต่การจะบังคับลงโทษได้นั้นต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนด้วย อาทิเช่น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติให้การกระทำความผิดใดเป็นการกระทำความผิดของนิติบุคคลให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็น หรือยินยอมให้เกิดมีขึ้น โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแม้ว่าในส่วนของการรับผิดนั้นจะมีทั้งความรับผิดทางแพ่ง และความรับผิดทางอาญา แต่ในการกำหนดความรับผิดกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้คำนึงถึงแต่สภาพหรือสถานะของนิติบุคคลเพียงอย่างเดียว แต่ด้วยเจตนารมณ์ที่มุ่งป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดโดยแท้จริงแล้ว จึงได้บัญญัติให้บุคคลผู้อยู่เบื้องหลังแห่งการก่อตั้งนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดกับนิติบุคคลนั้นด้วย ซึ่งได้บัญญัติโดยชัดเจนว่าได้แก่บุคคลผู้เป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล โดยการกำหนดความรับผิดนั้นนอกเสียจากจะเป็นการบังคับเอาแก่สภาพภายนอกของนิติบุคคลแล้ว ยังได้บัญญัติครอบคลุมไปจนถึงบุคคลผู้อยู่เบื้องหลังแห่งการขับเคลื่อนนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วย

กรณีตามกฎหมายของต่างประเทศอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะเห็นได้ว่าการกำหนดความรับผิดทางอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้กำหนดให้ความรับผิดของนิติบุคคลไม่มีผลลบถึงความรับผิดของบุคคลธรรมดา ผู้กระทำความผิดหรือผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยการพิจารณานั้นจะเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลพิจารณาว่าจะเอาผิดกับนิติบุคคลเท่านั้น หรือจะให้ผู้บริหารร่วมรับผิดด้วย ทั้งนี้ผู้บริหารไม่ต้องรับผิดสำหรับความผิดพลาดในการกระทำเพื่อนิติบุคคล เฉพาะในกรณีที่มิมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้บริหารไม่ต้องรับผิดหรือในกรณีที่มิมีเหตุตามกฎหมายให้พ้นผิดเท่านั้น ดังนั้นการที่นิติบุคคลต้องรับผิดจึงมิได้เป็นเหตุที่จะทำให้ผู้บริหารพ้นผิดได้

กรณีตามประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะเห็นได้ว่าตามหลักของ Respondent Superior นั้นเป็นการกำหนดความรับผิดตามหลักความรับผิดเกี่ยวกับตัวการ ตัวแทน โดยตัวการต้องรับผิดในการกระทำความผิดของตัวแทนซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของตน และได้กระทำการไปภายในขอบเขตแห่งงานที่จ้างด้วย โดยหลักการนี้มองว่าเมื่อนิติบุคคลมีความบกพร่องในการบริหารงานหรือในการสอดส่องดูแลการทำงานของลูกจ้างของตนแล้ว บริษัทก็ต้องรับผิดที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดให้แก่ทั้งตัวการและตัวแทน

นอกจากหลักการดังกล่าวแล้ว ยังสามารถพิจารณาได้จากแนวทางการรับผิดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ด้วย ดังเช่นคดี Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co. โดยคดีนี้ศาลพิจารณาว่า Board Leader นั้น มีลักษณะเป็นตัวแทนของบริษัท Prodigy Services ที่จัดให้บริการกระดานข่าวสาร ในคดีดังกล่าวแม้ว่าบริษัท Prodigy Services จะได้ตกลงกับสมาชิกในการจัดการให้มีผู้ตรวจสอบข้อความ คือ Board Leader และมีโปรแกรมในการตรวจสอบข้อความอัตโนมัติ รวมถึงมีข้อตกลงที่จะถอดข้อความทันทีเมื่อปรากฏข้อความดูหมิ่นหรือไม่สมควรบนกระดานก็ตาม โดยการกำหนดให้หน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นหน้าที่ของ Board Leader แต่ทว่าเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้น บริษัท Prodigy Services ก็จำต้องรับผิดร่วมกับ Board Leader ด้วย ทั้งนี้ เพราะ Board Leader นั้น มีลักษณะเป็นตัวแทนของบริษัท Prodigy Services เพราะบริษัทมีอำนาจบังคับบัญชา Board Leader ในลักษณะต้องรับผิดในการละเมิดต่อบุคคลอื่นเป็นต้น

จากคดีดังกล่าว จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญในการพิจารณาตามหลักของตัวการตัวแทน ซึ่งเป็นการมองว่า Board Leader ซึ่งเป็นผู้อำนวยการกระดานข่าวสารนั้น ถือเป็นตัวแทนของบริษัทผู้ก่อตั้ง Prodigy Services และเป็นผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชา ดังนั้นเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้นเป็นเหตุให้ Board Leader ต้องรับผิดตามกฎหมายนั้น บริษัทผู้ก่อตั้งก็ต้องร่วมรับผิดด้วย

ซึ่งตามหลักการ แนวคิด รวมไปถึงจนถึงกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าวนี้ หากเปรียบเทียบกับ การกำหนดความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวมิได้

บัญญัติโดยชัดแจ้งถึงกรณีความรับผิดชอบของนิติบุคคลและบรรดาผู้ที่อยู่เบื้องหลังแห่งการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ๆ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้น บุคคลผู้ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการ กรรมการหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้น อาจจะปฏิเสธความรับผิดชอบของตนเอง และไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลนั้น อีกทั้งไม่เกรงกลัว ไม่เคารพต่อบทบัญญัติของกฎหมายเนื่องจากเห็นว่าตนมิต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการพิสูจน์ความผิดแต่อย่างใด

ดังนั้นเพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นไปอย่างบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงจำเป็นต้องยัง ที่จะต้องบัญญัติโดยชัดแจ้งกรณีที่การกระทำความผิดใดกระทำลงโดยนิติบุคคลแล้ว นิติบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องถูกสันนิษฐานตามกฎหมายก่อนว่ากระทำความผิดและ จะต้องให้บรรดาผู้เป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ๆ รับผิดชอบในผลแห่งการกระทำความผิดนั้นด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือ บุคคลจักต้องรับโทษ ในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติ เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ก็จะมิมีผลในทางกฎหมายอย่างชัดเจนว่า มาตรการทางกฎหมายนั้นจะสามารถบังคับใช้ได้กับบุคคลผู้กระทำความผิดและสามารถ ปราบปรามการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ดังนี้

“มาตรา 18 บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่กระทำโดยนิติบุคคล ผู้จัดการ หรือผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้ซึ่งมีส่วนร่วมในการดำเนินงานของนิติบุคคลต้องรับผิดชอบ ในความผิดนั้นด้วย เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นหรือมีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิดนั้น”

**2. วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการ
กรณีการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือ
เพิ่มเติม ต่อข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูล
ของผู้ใช้บริการโดยมิชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วย-
การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550**

พฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการโดยมิชอบนั้น ถือเป็นพฤติกรรม ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เป็นเจ้าของข้อมูล และต่อกระบวนการยุติธรรมในการ- นำมาซึ่งการสืบสวนและสอบสวนการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดย พนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งพฤติกรรมเช่นว่านั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากการลักลอบเข้าไป กระทำการโดยไม่มีอำนาจหน้าที่ และการอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนเองที่มีอยู่กระทำการ โดยมิชอบต่อข้อมูลเหล่านั้น

การลักลอบเข้าไปกระทำการโดยไม่มีอำนาจ เป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นและพบเห็น โดยทั่วไป ซึ่งโดยมากจะเป็นการกระทำของบุคคลจำพวกนักเจาะระบบ (Hacking or Cracking) หรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ (Computer Trespass) เพื่อมุ่งทำลายระบบ- คอมพิวเตอร์หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูล หรือเพื่อเข้าถึงข้อมูลที่เก็บรักษาไว้เป็น ความลับ อาทิเช่น รหัส (Passwords) หรือความลับทางการค้า (Secret Trade) เป็นต้น หรือการเข้าไปเพื่อกระทำการใช้คอมพิวเตอร์เพื่อเป็นช่องทางแห่งการฉ้อโกง หรือ ปลอมแปลงเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ หรือเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม ข้อมูลคอมพิวเตอร์เหล่านั้น โดยบุคคลจำพวกนี้แม้ว่าตนเอง จะไม่ได้มีอำนาจในการเข้าถึงระบบ แต่ก็สามารถใช้ความรู้ ความสามารถ ความเข้าใจ ในระบบคอมพิวเตอร์และหาช่องว่างของระบบเข้าไปกระทำการโดยมิชอบได้ ดังตัวอย่างเช่นคดีเกี่ยวกับการเจาะระบบเข้าไปโดยไม่มีอำนาจเข้าไปโจรกรรมข้อมูล ของผู้ให้บริการ ที่ใช้บริการผ่านช่องทาง Internet Banking ของธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) จนเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการที่เป็นผู้เสียหายนั้นต้องสูญเสียเงินจากบัญชีของธนาคาร เป็นจำนวนเงินกว่า 7 ล้านบาท เป็นต้น

กรณีพฤติกรรมที่เป็นการอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนเองที่มีอยู่กระทำการ โดยมีขอบต่อข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้น อาจถือเป็น พฤติกรรมเฉพาะของบุคคลผู้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการตามกฎหมาย ด้วยเหตุที่กฎหมาย บัญญัติให้ในการสืบทราบตัวผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นจำต้องอาศัย ข้อเท็จจริงแห่งการกระทำความผิดจากข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูล ของผู้ใช้บริการที่อยู่ในการควบคุมและครอบครองของผู้ให้บริการตามมาตรา 26 แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแสดง- ให้เห็นว่าข้อมูลดังกล่าวเหล่านั้นย่อมเป็นข้อมูลแรกเริ่มที่ถูกสร้างและเกิดขึ้นในระบบ- คอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ โดยย่อมถือเป็นเอกสิทธิ์เฉพาะของผู้ให้บริการเท่านั้น ที่จะมียุติสิทธิครอบครอง และควบคุมข้อมูลดังกล่าวก่อนส่งมอบให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ เมื่อถูกร้องขอ หรือถูกสั่งให้ส่งมอบเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย- การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ดังนั้นแล้วข้อมูลเหล่านั้นจะต้องเป็น ข้อมูลที่ถูกต้อง สมบูรณ์ และมีได้ผ่านการบิดเบือนข้อเท็จจริงแห่งข้อมูลจากบุคคล ผู้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการ

ด้วยมาตรการบังคับทางกฎหมายดังกล่าวนี้ เพื่อเป็นการป้องกันพฤติกรรมการ- ทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ให้บริการโดยมิชอบนั้น ปัจจุบันจึงมีบริษัทเอกชนหลายบริษัทที่คิดค้น ระบบการจัดเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ให้บริการให้แก่ ผู้ให้บริการซึ่งแต่ละบริษัทก็จะมีมาตรการในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล ที่แตกต่างกันออกไป อย่างเช่น บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) หรือ CAT ได้จัดตั้งหน่วยธุรกิจ IT Security ขึ้นเพื่อดำเนินธุรกิจใหม่ซึ่งถือว่าเป็นธุรกิจลูกของ บริษัท CAT ในนามของ CAT Cyfence ที่ให้บริการทางด้าน Secure Log Management Service ซึ่งจะประกอบไปด้วยทีมผู้เชี่ยวชาญทางด้านการรักษาความปลอดภัยระบบ- เครือข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งรักษาความปลอดภัยระบบ- เครือข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศ และป้องกันการเข้าถึงข้อมูลจากผู้ไม่ประสงค์ที่อาจ กระทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือทำลายข้อมูล ซึ่งอาจรวมถึงการเปิดเผยข้อมูล



ความลับที่สำคัญ ประกอบกันเพื่อป้องกัน และลดความเสี่ยงต่อภัยคุกคามจากผู้ไม่ประสงค์ดีทั้งจากภายใน และภายนอกองค์กรด้วย

จากระบบการรักษาความปลอดภัยดังกล่าวนั้น แม้ว่าผู้ให้บริการจะได้จัดให้มีระบบการป้องกันดังกล่าวนี้ ประกอบกับแม้ว่าการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้น จะอยู่ภายใต้การให้บริการ และการควบคุมดูแล การเก็บรักษาของบริษัท CAT ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีการให้บริการระบบการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการดังกล่าวก็ได้เปิดโอกาสให้แก่ผู้ให้บริการ สามารถกำหนดขอบเขตของการเก็บข้อมูล เช่นว่านั้น กรณีว่าจะเลือกใช้วิธีการที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ส่งข้อมูลมายังบริษัท CAT เอง ก็สามารถกระทำได้เช่นกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นการให้อำนาจแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของข้อมูลอย่างแท้จริงในการที่จะบริหารจัดการกับข้อมูลของตนเองเหล่านั้นได้ ดังนั้นระบบการรักษาความปลอดภัยดังกล่าวนี้จึงเป็นแต่เพียงเครื่องมือของผู้ให้บริการในการป้องกันการถูกคุกคามข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ให้บริการจากบุคคลภายนอกเพียงเท่านั้น

อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้ให้บริการนั้นจะมีระบบการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลอย่างดีเพียงใดก็ตาม แต่ระบบดังกล่าวนี้ก็ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุม ดูแลของบุคคลผู้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการอยู่นั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วด้วยเหตุที่ผู้ให้บริการมิใช่พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายที่มีอำนาจ และหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดโดยเฉพาะ แต่เป็นเพียงบุคคลผู้ซึ่งประกอบธุรกิจประกอบกิจการภายใต้ผลประโยชน์ของกลุ่มของตนเองเพียงเท่านั้น บุคคลเหล่านี้อาจจะกระทำการใดอันมิชอบ ซึ่งเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ทำให้กระทบหรือบิดเบือนข้อเท็จจริงที่ปรากฏบนข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการที่อยู่ในการครอบครอง และควบคุมของตนเองได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งชื่อเสียงของตนเองประกอบกันเพื่อเป็นการป้องกันตนเองจากการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอันเป็นการจงใจ สนับสนุนหรือยินยอมให้เกิดการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ของตน และนำมาซึ่งการถูกลงโทษตามกฎหมายได้

และแม้ว่าพฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้น อาจจะมีได้เกิด มีปรากฏให้เห็นเป็นคดีความ แต่พฤติกรรมดังกล่าวนั้นก็สามารถเกิดมีขึ้นได้ หากซึ่งเมื่อก่อนเกิดมีขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวก็จะไม่มีผู้ใดสามารถรับรู้ และรับทราบได้เลยว่าข้อมูลดังกล่าวถูกระทำการโดยมิชอบอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการโดยบุคคลผู้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการ ผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการครอบครอง และควบคุมข้อมูลเหล่านั้น ประกอบกับเป็นบุคคลผู้ซึ่งมีความสามารถทางเทคนิคที่จะกระทำได้ด้วย เพราะด้วยเหตุที่เป็นการกระทำต่อข้อมูลที่ถูกสร้าง และเกิดมีขึ้นโดยระบบคอมพิวเตอร์ของตนเองนั่นเอง ซึ่งผลเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาจากการกระทำดังกล่าวนั้น เป็นเหตุทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายไม่สามารถสืบทราบถึงตัวผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ผู้กระทำความผิดยังคงลอยนวล และก่อเป็นความผิดซ้ำ และผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด

ด้วยเหตุ และผลดังกล่าวนี้ นอกเสียจากมาตรการทางเทคนิคแล้ว มาตรการทางกฎหมายก็ถือเป็นมาตรการหนึ่งที่มีความสำคัญมากในการที่จะป้องกันข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ จากการถูกทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม โดยมิชอบจากผู้ให้บริการ ซึ่งผู้ศึกษาได้ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ประกอบกับมาตรการตามกฎหมายอื่นในบทที่ 3 แล้วพบว่า

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มิได้บัญญัติให้มีบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการดังกล่าวจากการกระทำโดยมิชอบของผู้ให้บริการ มีแต่เพียงการบัญญัติคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 9 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเป็นการบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้าง-

ความเท่าเทียมกัน และขจัดช่องว่างของกฎหมายสำหรับความผิดเกี่ยวกับเอกสาร
ในกระดาษ กับความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็น
ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการรักษา-
ความมั่นคงเพื่อความปลอดภัย และความน่าเชื่อถือของข้อมูล ซึ่งเป็นการบัญญัติโดย
ชัดแจ้งมุ่งเน้นที่จะคุ้มครองเฉพาะแต่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่ง
เป็นข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์
ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ หรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตาม
พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น โดยที่มิได้บัญญัติให้ครอบคลุม
ไปจนถึงข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของผู้ใช้บริการด้วย ซึ่งกรณีข้อมูล-
จราจรทางคอมพิวเตอร์นั้นตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ-
ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของ
ระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่
ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของบริการ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของ
ระบบคอมพิวเตอร์โดยมิได้มีความหมายรวมไปถึงข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ด้วย
หากแต่เป็นการอธิบายความหมายโดยแยกคำนิยาม และความหมายของคำไว้อย่าง-
ชัดเจน

เมื่อเป็นเช่นนี้ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ-
ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงมีความหมาย
เป็นการเฉพาะที่เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลของ
ผู้ใช้นั้น หมายถึงข้อมูลที่บันทึกถึงตัวตนของบุคคลในการเข้าใช้บริการทาง-
เครือข่ายของผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะเป็นชื่อ สกุล รหัสเลขประจำตัว User Name หรือ PIN
Code ใด ๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อมูลดังกล่าวเหล่านั้นล้วนแล้วแต่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์
ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ ที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจจะประมวลผลได้ ข้อมูลบางอย่าง
ถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ บ่งบอกความเป็นตัวตนของผู้ใช้บริการ
อาจรวมไปถึงสถานะความเป็นอยู่ด้วย

ดังนั้นในความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ให้บริการที่มีพฤติกรรมทำให้เสียหาย ทำลาย
แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ

โดยมิชอบนั้น การที่จะนำบทบัญญัติมาตรา 9 ดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อลงโทษแก่ผู้ให้บริการที่มีพฤติกรรมกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการดังกล่าวก็ได้ไม่ ประกอบกับการนำวิธีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้บังคับกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยไม่ชัดเจนหรือไม่ครอบคลุมอย่างเพียงพอเพื่อนำมาพิจารณาลงโทษนั้น เห็นว่าวิธีการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นความรับผิดทางอาญาดังกล่าว ต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายตามตัวอักษรโดยเคร่งครัด ซึ่งตามหลักการตีความแล้วการที่จะนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ก็สืบเนื่องมาจากถ้อยคำ หรือข้อความในบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติและบังคับใช้ในขณะนั้นมีความหมายไม่ชัดเจน ไม่ครอบคลุมเพียงพอกับการกระทำความผิด หรือกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือมีปัญหาข้อสงสัยที่มีข้อโต้แย้งกันจนหาข้อยุติไม่ได้จึงต้องมีการตีความเพื่อกำหนดความหมายอันแท้จริงของถ้อยคำ หรือข้อความนั้น ๆ ซึ่งการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย จะตีความเพื่อขยายความให้บุคคลใดต้องรับผิด หรือจะตีความให้เป็นโทษแก่บุคคลใดมิได้ โดยเป็นไปตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย . . .”

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมการกระทำความผิดประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ในขณะที่ยกระทำความผิดนั้น การนำวิธีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 9 เพื่อตีความ และบังคับใช้เพื่อลงโทษขยายให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดในพฤติกรรมเช่นเดียวกันแต่เป็นพฤติกรรมที่กระทำต่อข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้นหาได้ไม่ เพราะถือเป็นข้อยกเว้นแห่งการตีความที่จะตีความบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อขยายความให้บุคคลใดต้องรับผิดเหตุเพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติความรับผิดในขณะนั้นมิได้

เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายพิเศษเฉพาะมิได้บัญญัติความรับผิดทางอาญาแก่ผู้ให้บริการที่มีพฤติกรรมดังกล่าวไว้แล้ว ดังนั้นการพิจารณาตามฐานความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บทในการนำมาบัญญัติกฎหมายที่มีความรับผิดทางอาญานั้น พบว่าพฤติกรรมอันเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม ข้อมูล-

จราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการโดยมิชอบนั้น จะมีผลของการกระทำ-
ความผิดที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการปลอมเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญา นั่นคือ
ความไม่ถูกต้องของข้อมูล และไม่สามารถยืนยันความเป็นข้อมูลต้นฉบับได้ และผลที่ได้
จากการกระทำดังกล่าวคือข้อมูลปลอม หรือข้อมูลอันเป็นเท็จ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติ
มาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

แต่ถึงอย่างไรก็ตาม เมื่อองค์ประกอบของความผิดที่สำคัญในมาตรา 264 ตาม
ประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวนั้นคือ ความเป็นเอกสารของข้อมูลและผู้กระทำความผิด
ได้กระทำลงแก่เอกสารซึ่งเป็นวัตถุที่เป็นแผ่นกระดาษ สามารถจับต้องและมองเห็นได้
ซึ่งมิใช่ และมีได้มีความหมายที่หมายรวมไปจนถึงข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือ
ข้อมูลของผู้ใช้บริการซึ่งเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์โดยต้อง
อาศัยการประมวลผลจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ครอบครองและ
ควบคุมข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้น ดังนั้นแล้วพฤติกรรมอันเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือ
เพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้น จึงไม่สามารถ
นำความรับผิดตามมาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้เพื่อลงโทษ
ผู้กระทำความผิดได้

กรณีในส่วนของพฤติกรรมทำให้เสียหาย หรือทำลาย ซึ่งข้อมูลจราจรทาง-
คอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้น เมื่อพิจารณาโดยเทียบเคียงความรับผิดตาม
มาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์แล้วพบว่า
ในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์นั้นองค์ประกอบของความผิดที่สำคัญคือความเป็น-
ทรัพย์ ของวัตถุที่กระทำต่อ ประกอบกับพบว่ามื่อบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาของศาลฎีกา
ที่ 5161/2547 ซึ่งได้วางบรรทัดฐานไว้โดยชัดแจ้งอีกว่า “ข้อมูลไม่นับเป็นวัตถุมีรูปร่าง
สำหรับอักษร ภาพ และแผนผัง และตราสาร เป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ถ่ายทอดความหมาย
ของข้อมูลมิใช่รูปร่างของข้อมูล และเมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “ทรัพย์” ตามนัย
แห่งความหมายตาม มาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์แล้วนั้น ดังจะเห็นว่า
กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าคำว่า “ทรัพย์” หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง ดังนั้นเมื่อ
ความหมายของข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ให้บริการตามนัยแห่ง
พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น

ข้อมูลดังกล่าวเป็นเพียงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ต้องอาศัยการถ่ายทอดข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้น ดังนั้นจึงมิได้มีความหมายเป็น “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีได้หมายถึง “ทรัพย์สิน” ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายอาญา เมื่อเป็นเช่นนี้จึงไม่สามารถนำฐานความรับผิดตามมาตรา 358 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สิน มาบังคับใช้เพื่อลงโทษแก่ผู้ให้บริการที่มีพฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย หรือทำลาย ซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการได้

ดังนั้นการนำวิธีการเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับพฤติกรรมการกระทำความผิดของผู้ให้บริการกรณีการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการในฐานความผิดปลอมเอกสาร และในฐานความผิดทำให้เสียทรัพย์สินนั้น จึงไม่สามารถนำมาเทียบเคียงเพื่อมาบังคับใช้กับผู้ให้บริการที่มีพฤติกรรมดังกล่าวได้ และเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่สามารถนำมาบังคับใช้เพื่อลงโทษผู้ให้บริการแล้ว จึงถือเป็นช่องว่างของกฎหมายด้วยเหตุที่การบัญญัติความรับผิดตามกฎหมายที่มีอยู่นั้นไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ครอบคลุมอย่างเพียงพอ ดังนั้นผู้ให้บริการเองอาจอาศัยใช้ช่องว่างต่าง ๆ เหล่านี้กระทำการใดต่อข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการดังกล่าวได้ ทั้งนี้อาจโดยมุ่งหวังที่จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายไม่สามารถสืบทราบถึงตัวผู้กระทำความผิด หรือโดยประการอื่นใดอันอาจเป็นการบิดเบือนข้อเท็จจริงของผู้ใช้บริการหรือของผู้กระทำความผิด เพื่อนำมาซึ่งประโยชน์ส่วนตนเป็นต้นได้

เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้พฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการโดยผู้ให้บริการนั้นเป็นความผิด และต้องได้รับโทษ ผู้ให้บริการก็อาจจะปฏิเสธความรับผิดของตนเอง ยังให้เกิดผลในกระบวนการสืบทราบตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงของพนักงานเจ้าหน้าที่ทำให้ไม่สามารถสืบทราบถึงผู้กระทำความผิดที่แท้จริงได้ ประกอบกับถือเป็นการลด หรือบั่นทอนความน่าเชื่อถือของข้อมูลเหล่านั้นต่อสาธารณะชนอีกด้วย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศอย่างเช่นประเทศสหพันธ์-สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น แม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการก็ตาม แต่ในการบัญญัติความรับผิดชอบของผู้ให้บริการนั้นจะเป็นการพิจารณาถึงรูปแบบของการให้บริการ ที่อาจมีความเกี่ยวพันกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น อำนาจหน้าที่และความสามารถทางเทคนิคของผู้ให้บริการที่จะสามารถกระทำการระงับ ยับยั้งการ-กระทำความผิด และประการสุดท้ายคือ การรู้ หรือไม่รู้ถึงความผิดที่เกิดขึ้นนั่นเอง กรณีพฤติกรรมอันเป็นการการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการนั้น ประเทศสหพันธ์-สาธารณรัฐเยอรมนีจะมีได้บัญญัติแยกประเภทของข้อมูลไว้ แต่จะเรียกโดยรวมว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นี้กฎหมายก็ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองและเอาผิดแก่ผู้ให้บริการที่กระทำการมิชอบต่อข้อมูลดังกล่าวเหล่านั้นไว้ในกฎหมาย TDG และ MDSStV กล่าวคือ

ตามมาตรา 10 แห่ง TDG และมาตรา 8 แห่ง MDSStV มีการบัญญัติให้ความ-คุ้มครองผู้ให้บริการเก็บบันทึกข้อมูลชั่วคราว (Caching) โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อข้อมูลที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่ได้กระทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลนั้น

ตามมาตรา 11 แห่ง TDG และมาตรา 9 แห่ง MDSStV บัญญัติให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการพื้นที่ Server เพื่อเก็บรักษาข้อมูล (Host-Service-Provider) โดยบัญญัติอย่างชัดเจนว่า ผู้ให้บริการเหล่านี้ไม่ต้องมีความรับผิดชอบใด ๆ ต่อข้อมูลที่มีเนื้อหาผิด-กฎหมายที่ถูกบันทึกอยู่ในเครื่อง Server ของตน เว้นเสียแต่ว่าได้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่บันทึกเหล่านั้น เป็นต้น หากซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ให้บริการดังกล่าวกระทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลการให้บริการที่ตนเองได้จัดเก็บ หรือได้บันทึกชั่วคราวไว้นั้น ผู้ให้บริการดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

ดังนั้นจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้ให้บริการเก็บบันทึกข้อมูลชั่วคราว (Caching) และผู้ให้บริการพื้นที่ Server ตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจะต้องรับผิดชอบในพฤติกรรมของตนเองอันเป็นพฤติกรรมที่เป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการที่ตนเองเก็บรักษา ดังนั้นความเสียหายใดอันเกิดขึ้นแก่ข้อมูลเหล่านั้น ซึ่งเป็นข้อมูลที่ผู้ให้บริการมีหน้าที่ ความรับผิดชอบที่ต้องเก็บรักษา

และอยู่ในการควบคุม และครอบครองของผู้ให้บริการเอง ผู้ให้บริการนั้นจะต้องรักษา
ดูแลเป็นอย่างดี ทั้งนี้เพื่อเป็นการยืนยันความถูกต้องและความสมบูรณ์ของข้อมูล
ดังกล่าว หากซึ่งเมื่อผู้ให้บริการเองกระทำการโดยมิชอบต่อข้อมูลเหล่านั้นก็จะต้อง
รับผิดชอบในผลแห่งพฤติกรรมของตนเอง และผู้ให้บริการก็ไม่สามารถที่จะปฏิเสธความรับ-
ผิดของตนได้ เนื่องด้วยกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็น
ความผิด และต้องรับโทษ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
นั้น บัญญัติให้ความสำคัญแก่ผู้ให้บริการเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุที่ผู้ให้บริการนี้เองถือเป็น
บุคคลที่ก่อให้เกิดการพัฒนาและความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศ
โดยจะเห็นได้ว่า กฎหมายมิได้ผลกระทบของการป้องกัน และปราบปรามกระกระทำ-
ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้ให้บริการมากจนเกินไปจนทำให้ผู้ให้บริการ
เกิดความเกรงกลัวในการที่จะต้องรับผิดชอบ แต่ในทางตรงกันข้ามกฎหมายกลับบัญญัติ
ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการจากการที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม หรือการที่
จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายด้วย

นอกจากกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ในประเทศ
สหรัฐอเมริกายังได้มีบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลดิจิทัล
ไว้ คือกฎหมาย Sarbanes-Oxley Act of 2002 โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้เป็น
การกำหนดถึงชนิดของข้อมูล และระยะเวลาในการที่จะต้องเก็บรักษา และนอกจากนั้น
ยังได้มีการกำหนดถึงมาตรการลงโทษหากไม่ปฏิบัติตาม และหากเกิดการกระทำอันใด
อันเป็นการกระทบต่อข้อมูลต่าง ๆ เหล่านั้นด้วย ซึ่งเป็นพฤติกรรมอันเป็นการลบ ทำลาย
ข้อมูล และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล ตามบทบัญญัติจะเห็นได้ว่ากฎหมายของ
ประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลทุกประเภทกรณี
เมื่อตามข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ และเป็นข้อมูลทางธุรกิจ
ซึ่งถือเป็นการบัญญัติรับรองถึงความถูกต้องและความเป็นต้นฉบับของข้อมูลเหล่านั้น
ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือของข้อมูลเหล่านั้นด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายในการเอาผิดแก่ผู้ให้บริการ หรือบุคคล
อื่นใดที่กระทำโดยมิชอบต่อข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ให้บริการ

ตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศไทยนั้น มิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งไว้ให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดและต้องรับโทษ และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่าประเทศดังกล่าวได้มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากการถูกทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงด้วย โดยอาจจะมิได้มีความหมายโดยชัดแจ้งที่หมายถึงข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ แต่ถึงอย่างไรก็ตามข้อมูลดังกล่าวก็มีความหมายตามนัยแห่งกฎหมายของต่างประเทศว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์นั่นเอง

เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามพฤติกรรมอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ นั้น จึงควรนำหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา มาบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กรณีที่ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบหากกระทำการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการโดยมิชอบ ดังนี้

“มาตรา 9/1 ผู้ให้บริการผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการตามมาตรา 26 โดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ให้บริการก็จะไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบของตนเองที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายได้ ประกอบกับการบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ให้บริการนั้นยังสามารถมีผลเป็นการยืนยันความถูกต้อง ความสมบูรณ์ของข้อมูล สามารถนำมาซึ่งผลสำเร็จของการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อย่างแท้จริง ซึ่งก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง

3. วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการ-
 กระทำความผิดโดยผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติ-
 ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ -
 พ.ศ. 2550

จวบจนถึงปัจจุบัน มีผู้ให้บริการจำนวนไม่น้อยที่กระทำความผิดเกี่ยวกับ-
 คอมพิวเตอร์ และต้องถูกดำเนินคดีภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด-
 เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งโดยมากแล้วจะเป็นการกระทำความผิดอันเป็น-
 การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14
 อย่างเช่นคดีของนายสุวิชา ทำคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งถูกจับและถูกดำเนินคดี
 ในข้อหาหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์
 พระราชินี รัชทายาท และนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ
 โดยประการที่น่า จะทำให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ตามมาตรา 112
 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความ-
 มั่นคงแห่งราชอาณาจักร ประกอบกับความผิดเกี่ยวกับการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์
 ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏภาพของผู้อื่น และภาพนั้น
 เป็นภาพที่ตัดต่อ เดิม หรือตัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด
 โดยประการที่น่า จะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความ-
 อับอาย ตามมาตรา 14 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับ-
 คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ซึ่งตามคดีตัวอย่างคดีดังกล่าวข้างต้นนั้น เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของ
 กฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อเกิดการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ขึ้นในระบบ-
 คอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการรายใดแล้ว อาจเป็นเหตุทำให้ผู้ให้บริการหลักหนีไม่พ้น
 ที่จะต้องถูกตั้งข้อหาตามมาตรา 15 ว่ามีพฤติกรรมอันเป็นการจงใจ สนับสนุน หรือ
 ยินยอมให้เกิดการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ได้ ด้วยเหตุที่สืบเนื่องจากบทบัญญัติ
 มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.
 2550 นั้นบัญญัติให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า จงใจ สนับสนุน หรือ



ยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุมของตน อันเป็นการกระทำความผิดที่เป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอม หรือเป็นเท็จ ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา และข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะลามก รวมไปถึงจนถึงเมื่อมีการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ต่างๆ เหล่านั้นในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ

ตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า หากเกิดการกระทำความผิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการนั้นก็อาจจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 15 ฐานจงใจสนับสนุน หรือยินยอม ให้เกิดการกระทำความผิดนั้นในระบบคอมพิวเตอร์ของตนได้ โดยจะเห็นได้ว่า กฎหมายบัญญัติมาตรการรับผิดชอบไว้เพื่อเป็นการข่มขู่ผู้ให้บริการให้ผู้ให้บริการนั้นต้องมีมาตรการส่วนตนในการที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ เพราะถ้าหากผู้ให้บริการไม่ได้มีมาตรการเช่นนี้ ผู้ให้บริการเองจะต้องเสี่ยงต่อการต้องรับผิดชอบ หรือการถูกตั้งข้อหาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 15 ได้ ซึ่งผลจากการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการดังกล่าวนี้ปัจจุบันผู้ให้บริการหลายรายจำต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของผู้ใช้บริการที่ก่อความผิดนั้นเป็นจำนวนมากด้วยเหตุที่อาจจะมิได้มีมาตรการส่วนตนในการป้องกันการกระทำความผิดขึ้น แต่เป็นแต่เพียงการใช้มาตรการปลายทางอันเป็นการลบข้อความที่เป็นความผิดนั้น ๆ ดังตัวอย่างเช่น คดีของผู้ให้บริการเว็บไซต์ www.212cafe.com ซึ่งถูกดำเนินคดีภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 และมาตรา 15 ในข้อหาปล่อยให้มีความผิดที่มีลักษณะลามกปรากฏอยู่บนเว็บไซต์ตามคดีข้างต้น แม้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะได้โทรมาแจ้งผู้ให้บริการให้ลบภาพดังกล่าวแล้ว แต่ด้วยเหตุที่ข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์ภายใต้การให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นระบบเปิดตลอด 24 ชั่วโมง ดังนั้นจึงทำให้ต้องใช้เวลาในการค้นหา และเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการตามคำร้องขอของพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น ทั้งนี้รวมไปถึงคดีของเว็บไซต์ประชาไทด้วยเช่นกัน

ตามคดีดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า แม้ว่าผู้ให้บริการจะได้ทราบถึงการกระทำความผิดนั้นแล้ว และแม้ว่าจะได้ใช้ความสามารถทางเทคนิคที่ตนเองมีอยู่นั้นกระทำการ-

ลบข้อความเช่นนั้นออก แต่ถึงอย่างไรก็ดีผู้ให้บริการผู้นั้นก็ยังคงต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็นการดำเนินการล่าช้า ซึ่งความล่าช้าดังว่านี้ไม่ปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดระยะเวลาให้ผู้ให้บริการดำเนินการดังกล่าว แต่เป็นการใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ที่จะพิจารณาว่าความล่าช้านั้นจะเกิดขึ้นเมื่อใดเท่านั้น

เมื่อมาตรการปลายทางอันเป็นการกำจัดข้อความที่ผิดกฎหมายนั้นแม้จะสามารถป้องกันมิให้เกิดการแพร่กระจายความเสียหายขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ของตนก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่าหากกำจัดข้อความดังเช่นว่านั้นล่าช้าแล้ว ผู้ให้บริการก็ต้องเสี่ยงต่อการต้องรับผิดชอบตามมาตรา 15 และอาจเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องหรือร้องเรียนจากผู้ใช้บริการว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการติดต่อสื่อสารของผู้ใช้บริการ การนี้ด้วยเหตุที่การกำจัดข้อความที่ผิดกฎหมายออกจากระบบคอมพิวเตอร์นั้น เป็นการกระทำภายใต้การใช้ดุลยพินิจของผู้ให้บริการที่จะพิจารณาว่าข้อความใดเป็นข้อความที่สุ่มเสี่ยงว่าจะเป็นข้อความที่เป็นความผิด ประกอบกับกฎหมายก็ได้บัญญัติให้อำนาจผู้ให้บริการโดยชัดแจ้งว่าให้สามารถกระทำได้ ดังนั้นการกระทำของผู้ให้บริการดังกล่าวหากซึ่งไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น จึงอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าที่ควรอย่างเพียงพอ

เมื่อเป็นเช่นนี้ปัจจุบันผู้ให้บริการหลายรายจึงหันมาให้ความสนใจมาตรการป้องกันการทำความผิดที่ต้นทางนั้นก็คือการสร้างระบบป้องกันการเข้าใช้บริการของตนเอง อาทิเช่น การสร้างเครือข่ายส่วนตัวของผู้ให้บริการ การจัดให้มีการพิสูจน์ทราบตัวตนผู้ใช้งาน และการกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขการเข้าใช้งาน การรักษาความปลอดภัยของ URL Filtering และการรักษาความปลอดภัยของ Content Filtering เป็นต้น ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการในการเลือกหรือตรวจสอบผู้ให้บริการลักษณะของการใช้บริการ ซึ่งจะเห็นว่าเป็นมาตรการก่อนการให้บริการ ที่ผู้ให้บริการสามารถกระทำได้ โดยเป็นการเลือกที่จะให้บริการแก่บุคคลผู้ที่ยอมรับ และปฏิบัติตามเงื่อนไขของผู้ให้บริการที่ผู้ให้บริการกำหนด หรือจำกัดไว้ในการเข้าใช้เท่านั้น ซึ่งมาตรการในการป้องกันการทำความผิดดังกล่าวนี้ โดยส่วนใหญ่จะพบเห็นในผู้ให้บริการกระดานสนทนา กระดานข่าวสาร อย่างเช่น www.pantip.com หรือรวมจนถึงผู้ให้บริการการติดต่อสื่อสารประเภท Social Network อย่างเช่น www.twitter.com

หรือไม่ว่าจะเป็น www.facebook.com เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องด้วยผู้ให้บริการประเภทนี้มีความเสี่ยงต่อการที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 15 อย่างมาก เพราะถือเป็นช่องทางแห่งการที่จะให้ผู้ให้บริการเข้ามาพูดคุย สนทนาแลกเปลี่ยนประสบการณ์ แשרความคิดเห็น รวมไปถึงการวิพากษ์วิจารณ์อย่างอิสระต่อเหตุการณ์ หรือสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และทางการเมือง เป็นต้น

และแม้ว่าผลสำเร็จของการบัญญัติให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบตามมาตรา 15 นั้น จะทำให้การก่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ลดจำนวนลง ประกอบกับผู้ให้บริการเองก็หันมาให้ความสนใจในการสร้างระบบการป้องกันการกระทำความผิดมากขึ้น ซึ่งเป็นการนำมาสู่ความเชื่อมั่น และการพัฒนาการทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และภาครัฐ รวมไปถึงความร่วมมือระหว่างประเทศแล้วก็ตาม แต่ในอีกด้านหนึ่งนั้น ก็ถือเป็นการเพิ่มภาระ และโยนหน้าที่ความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้บริการอย่างมาก ในด้านการป้องกัน และปราบปรามการกระทำความผิด ทั้งนี้ด้วยเหตุที่ผู้ให้บริการเป็นแต่เพียงเฉพาะผู้ที่ให้บริการการเชื่อมต่อ การเข้าใช้บริการอินเทอร์เน็ตเพียงเท่านั้น มิใช่ผู้ที่มีหน้าที่เฉพาะตามกฎหมายในการปราบปรามการกระทำความผิด ประกอบกับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยแท้จริงแล้ว ดังจะเห็นได้ว่ากฎหมายเพียงแต่ต้องการให้ผู้ให้บริการเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นแล้วในการกำหนดความรับผิดชอบตามมาตรา 15 นั้นถือเป็นการมุ่งให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบในทันทีที่เกิดการกระทำความผิดขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากการดำเนินคดีหลาย ๆ คดี ที่เกิดมีขึ้นที่ผู้ให้บริการบางรายต้องถูกตั้งข้อหาโดยทันที หรือบางรายก็ต้องรับผิดชอบทั้งที่ตนเองมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น ๆ หรือมิได้ทราบถึงการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 15 จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำในกฎหมายซึ่งเป็นถ้อยคำตามหลักความรับผิดชอบทางอาญา คำว่า จงใจก็ดี สนับสนุนก็ดี หรือคำว่ายินยอมก็ดีนั้น ควรต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้สำนึกในการกระทำของตนเอง รู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำนั้น และรับรู้ถึงการกระทำที่เป็นความผิดของผู้กระทำความผิดนั้นด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วบทบัญญัติดังกล่าวนี้แม้จะเป็นการบัญญัติโดยใช้คำที่มีความหมายตามกฎหมายในทำนอง

ดังกล่าวมาแล้วก็ตาม แต่เมื่อเป็นความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งกระทบต่อเนื้อตัว ร่างกาย สิทธิ เสรีภาพและชื่อเสียงแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นควรต้องมีความ ชัดเจน และควรต้องบัญญัติให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการที่อาจต้องรับผิดชอบด้วย แม้ว่า ผู้นั้นจะต้องถูกสันนิษฐานตามกฎหมายว่ากระทำความผิดก็ตาม ทั้งนี้ด้วยเหตุที่ตาม-
เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว เป็นการมุ่งปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดจาก ผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มิใช่ผู้ที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้มีส่วนร่วม ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดซึ่งก็คือผู้ที่มีสถานะเป็นผู้ให้บริการ

ดังจะเห็นได้ว่าการบัญญัติโดยมุ่งเน้นที่จะเอาผิดแก่ผู้ให้บริการกรณีพฤติกรรม จงใจ สับปลั๊ก หรือยินยอมให้เกิดการกระทำความผิดและต้องให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบ เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดนั้น เป็นการบัญญัติโดยมุ่งที่จะเอาผิดแก่ผู้ให้บริการ ซึ่งมีได้คำนึงถึงการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วผู้ให้บริการ ทางด้านกระดานสนทนา ผ่านระบบการติดต่อสื่อสารระบบเปิด หรือระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีการให้บริการตลอด 24 ชั่วโมง และประกอบกับการที่มีจำนวนของผู้เข้าใช้บริการ เป็นจำนวนมาก ดังนั้นแล้วผู้ให้บริการทั่วทุกมุมโลกก็สามารถเข้ามาใช้บริการ ได้ตลอดเวลา ซึ่งการที่จะให้ผู้ให้บริการแต่ละรายหมั่นคอยมาตรวจตราทุกข้อความของ ผู้ใช้บริการที่เข้าใช้บริการว่าข้อความใดเป็นข้อความที่ผิดกฎหมาย และทำการลบ ข้อความนั้นย่อมเป็นไปได้ยากยิ่ง ประกอบกับถือเป็นการผลักภาระหน้าที่ในการ ตรวจจับการกระทำความผิดในเบื้องต้นให้แก่ผู้ให้บริการมากเกินไป ซึ่งการตรวจตรา ข้อความที่ผิดกฎหมายของผู้ใช้บริการนั้น เป็นแต่เพียงการตรวจตราเฉพาะในเบื้องต้น เท่านั้น ที่ถือเป็นการใช้ดุลยพินิจในการตรวจตราเป็นอย่างมากของเจ้าหน้าที่ทางเทคนิค ที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ให้บริการ ในการที่จะพิจารณาว่าข้อความใดที่ปรากฏ อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการนั้น เป็นข้อความที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เป็นความผิด และจะสามารถทำการระงับการเผยแพร่ข้อความเหล่านั้นได้ ซึ่งการใช้-
ดุลยพินิจดังเช่นว่านั้น หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อรับรองหรือ คุ้มครองไว้ว่าให้สามารถกระทำได้แล้ว การดังกล่าวอาจไปกระทบซึ่งสิทธิและเสรีภาพ ในการติดต่อสื่อสารของผู้ใช้บริการได้

จากสภาพปัญหาดังกล่าว แม้ว่าผู้ให้บริการหลายรายจะหันมาใช้มาตรการในการกำหนดข้อตกลงในการเข้าใช้บริการ อย่างเช่นมีการกำหนดเงื่อนไขในการเข้าเป็นสมาชิกของเว็บบอร์ดในการขอสงวนสิทธิ์ในการยกเลิกความเป็นสมาชิกได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ทราบล่วงหน้า หรือการขอสงวนสิทธิ์ในการหยุดให้บริการระบบสมาชิกเมื่อใดก็ได้ โดยไม่ต้องแจ้งให้สมาชิกทราบล่วงหน้า หรือรวมไปจนถึงการสงวนสิทธิ์ในการลบข้อความอันอาจเป็นข้อความที่ผิดกฎหมายนั้นทิ้ง โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า เป็นต้น แต่ข้อตกลงดังกล่าวนี้ ก็ถือเป็นข้อตกลงกันที่มีผลผูกพันกันในทางแพ่งที่จะฟ้องร้องเอาผิดเมื่อเกิดการกระทำผิดข้อตกลงเพียงเท่านั้น

จากการดังกล่าวหากซึ่งวิเคราะห์ตามมาตรา 36 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 เกี่ยวกับพฤติกรรมอันเป็นการระงับ ยับยั้ง การกระทำความผิดโดยเบื้องต้นของผู้ให้บริการแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมดังกล่าว ถือเป็นพฤติกรรมปกติของผู้ให้บริการที่มีอำนาจที่จะสามารถกระทำได้ เนื่องจากข้อมูลการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการและภายใต้การให้บริการของผู้ให้บริการเอง ประกอบกับมิใช่เป็นการดำเนินการต่อข้อมูลในการติดต่อสื่อสารของผู้ใช้บริการโดยสภาวะปกติที่บุคคลโดยทั่วไปติดต่อสื่อสารถึงกัน และการกระทำนั้นผู้ให้บริการกระทำไปโดยมิได้มีเจตนาที่มุ่งในการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของบุคคล แต่ได้กระทำไปเพื่อยังผลให้เกิดการระงับมิให้เกิดการกระทำความผิด และความเสียหายขึ้นแก่บุคคลผู้อื่น รวมถึงยังถือเป็นการรักษาความมั่นคงของรัฐ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีงามด้วย

แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวอาจจะมีใช่เป็นพฤติกรรมในการไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการติดต่อสื่อสารเสียทีเดียวทั้งหมด แต่หากซึ่งพิจารณาตามข้อเท็จจริงแห่งพฤติกรรม โดยมิได้พิจารณาลึกลงไปถึงเจตนาในการที่จะดำเนินการดังกล่าวแล้วนั้น ดังจะเห็นได้ว่าพฤติกรรมของผู้ให้บริการอันเป็นการระงับ ยับยั้งการให้บริการนั้นอาจสัมพันธ์ต่อการไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ด้วยเหตุที่การที่ผู้ให้บริการต้องรับภาระบางส่วนในการใช้ดุลยพินิจตรวจสอบการกระทำความผิดในเบื้องต้น และต้องทำการระงับ ยับยั้งการกระทำความผิดนั้น ๆ โดยการลบข้อความอันเป็นความผิด หรือปิดกั้นการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่กระทำ-

ความผิดนั้น ๆ โดยที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดบัญญัติคุ้มครอง และรับรองว่าเป็นพฤติกรรมที่สามารถกระทำได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ให้บริการนั้น ๆ อาจเสี่ยงต่อการถูกร้องเรียน หรือถูกฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของบุคคลได้

ดังนั้นแล้วเมื่อตามข้อเท็จจริงผู้ที่จะสามารถตรวจสอบการใช้งาน และสามารถเข้าถึงข้อมูลแห่งการใช้งานนั้นอย่างทันทั่วทั้งที่ในอันดับแรกเริ่ม คือบุคคลผู้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการตามกฎหมาย ซึ่งมีใช้พนักงานเจ้าหน้าที่ ที่จะต้องมีผู้แจ้งความร้องทุกข์กล่าวโทษ หรือพบเห็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นก่อน ถึงจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริง และจึงจะสามารถกระทำการระงับยับยั้งการให้บริการ หรือการเข้าถึงการให้บริการเช่นนั้นได้ ดังนั้นแล้วเพื่อให้สามารถบรรลุถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง อันเป็นการมุ่งที่จะป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้น ควรต้องบัญญัติถึงมาตรการของผู้ให้บริการให้มีอำนาจ และหน้าที่อันชอบธรรมในการระงับ ยับยั้งการให้บริการแก่ผู้ให้บริการในเบื้องต้น หากปรากฏว่ามีเหตุอันควรสงสัยว่าเกิดการกระทำความผิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการเอง และจากนั้นให้ทำการแจ้งเหตุดังกล่าวแก่นักพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีต่อไป

หากเป็นเช่นนี้ก็จะมิมีผลโดยชัดเจนว่าผู้ให้บริการมีอำนาจ และหน้าที่ในการป้องกันการกระทำความผิดอย่างเต็มที่ และการป้องกันการกระทำความผิดโดยการระงับ ยับยั้งดังว่านั้น สามารถนำมาสู่กระบวนการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริง ประกอบกับกรณีในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการนั้น เมื่อผู้ให้บริการมีอำนาจหน้าที่ในการป้องกันการกระทำความผิดแล้ว หากซึ่งผู้ให้บริการละเว้นไม่กระทำการ อันเป็นการระงับ ยับยั้งการกระทำความผิดซึ่งถือเป็นมาตรการในการป้องกัน ทั้งที่ผู้ให้บริการนั้นมีอำนาจ หน้าที่ และความสามารถทางเทคนิคที่จะสามารถกระทำได้แล้ว ก็นำมาสู่ซึ่งความรับผิดชอบตามกฎหมายของผู้ให้บริการที่ผู้ให้บริการจะต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายต่อไป

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศอย่างเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ตามกฎหมาย Teledienstegesetz (TDG) และ Mediendienstestaatsvertrag

(MDSIV) จะบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าผู้ให้บริการประเภทการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตเพื่อให้บริการรับ-ส่งข้อมูล ตามมาตรา 9 แห่ง TDG และมาตรา 7 แห่ง MDSIV ผู้ให้บริการจัดเก็บหรือบันทึกข้อมูลชั่วคราว (Caching) ตามมาตรา 10 แห่ง TDG และมาตรา 8 แห่ง MDSIV และผู้ให้บริการพื้นที่เพื่อเก็บรักษาข้อมูลหรือผู้ให้บริการ Server ตามมาตรา 11 แห่ง TDG และมาตรา 9 แห่ง MDSIV ไม่ต้องตรวจสอบการข้อมูลที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่หากตนเองได้ทราบถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้นแล้ว ต้องกระทำการลบ หรือบล็อก ข้อมูลเหล่านั้นด้วย หากมิเช่นนั้นผู้ให้บริการก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

โดยดั่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า เขาได้รู้ถึงการกระทำผิดนั้น และเขาเองมีความสามารถทางเทคนิคที่จะทำเช่นนั้นได้รวมทั้งการกระทำเช่นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดภาระต่อธุรกิจมากเกินไป ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าว แค่เพียง “การรับรู้” ถึงข้อมูลนั้นอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะเป็นความผิดได้ เพราะต้องประกอบด้วยการกระทำภายใต้เงื่อนไขในเรื่องความสามารถทางด้านเทคนิค และความสมเหตุสมผลที่ไม่ก่อให้เกิดภาระสำหรับผู้ให้บริการมากเกินไปด้วย

ดั่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีดังกล่าวบัญญัติโดยชัดเจนถึงอำนาจและหน้าที่ของผู้ให้บริการในการลบ หรือบล็อก ข้อความของผู้ใช้บริการที่ผิดกฎหมาย แต่ทว่าภายใต้หน้าที่ดังกล่าวนี้ยังต้องพิจารณาถึงความสามารถทางด้านเทคนิคของผู้ให้บริการว่าจะสามารถกระทำได้ด้วย หากว่าผู้ให้บริการทุกรายเมื่อพบเห็นการกระทำผิดแล้วมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องลบ หรือบล็อก ไม่

ส่วนกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ให้บริการไว้อย่างชัดเจน แต่ทว่ากฎหมายก็ได้บัญญัติคุ้มครองผู้ให้บริการจากความรับผิด กล่าวคือมีการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการไว้ว่า ผู้ให้บริการประเภทใดต้องรับผิดชอบแค่ไหนอย่างไร ทั้งนี้โดยพิจารณาจากลักษณะของการให้บริการ และความสามารถทางเทคนิคที่จะทำการกำจัดข้อความที่ผิดกฎหมายนั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตน เป็นต้น ประกอบกับกฎหมายยังมีส่วนที่เกี่ยวกับให้ผู้ให้บริการนั้นสามารถบริหารจัดการข้อความที่ผิดกฎหมายได้เลย โดยบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งกรณีหากปรากฏว่าผู้ให้บริการได้รู้ถึงการผลิตหรือการเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาเป็นความผิดตามกฎหมาย

นั่นด้วย ไม่ว่าโดยการบอกแจ้งของบุคคลอื่นด้วยการใช้มาตร การสนับสนุนอื่น หรือ ผู้ให้บริการนั้นรับรู้เองจากระบบการควบคุมดูแลของตนเองแล้ว ผู้ให้บริการนั้นต้อง กระทำการจัดการกับข้อความดังกล่าวโดยการใช้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสม ในการที่จะจำกัดการเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้น และการจัดการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข แห่งความสามารถที่จะกระทำได้ด้วย

ตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสหรัฐอเมริกา ดังกล่าวนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติอย่างชัดเจนในการให้อำนาจแก่ผู้ให้บริการ สามารถบริหารจัดการกับข้อความที่ผิดกฎหมาย กรณีหากซึ่งไม่กระทำการอย่างใด อย่างหนึ่งภายใต้ความสามารถของผู้ให้บริการที่จะกระทำได้แล้ว ผู้ให้บริการนั้นก็ หลีกหนีไม่พ้นในการที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายต่อไป ซึ่งแตกต่างกับบทบัญญัติของ ประเทศไทยที่บัญญัติเฉพาะถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการกรณีมีพฤติกรรมจงใจ สนับสนุน หรือยินยอมให้เกิดการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ของตนเองเพียง- เท่านั้น โดยที่กฎหมายมิได้พิจารณาถึงลักษณะการให้บริการของผู้ให้บริการ ความสามารถ ทางเทคนิคของผู้ให้บริการ และอำนาจหน้าที่ของผู้ให้บริการ ในการที่จะป้องกันและ ปรามปรามการกระทำความผิด ซึ่งการบัญญัติแต่เพียงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเพียง- อย่างเดียวนั้นนอกจากจะเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ให้บริการในการควบคุม ตรวจสอบ การกระทำความผิดแล้ว ยังเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความผิดในเบื้องต้นให้ตกอยู่กับ ผู้ให้บริการ โดยที่มิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมารองรับในการใช้ดุลยพินิจในการ ตรวจสอบการกระทำความผิดอีกด้วย

ดังนั้น หากมีการนำหลักการของกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา มาบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ- ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ ตามมาตรา 15 โดยเป็นการกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ให้บริการกรณีที่ผู้ให้บริการนั้น ๆ มีเหตุ- อันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 เกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ ที่อยู่ในการควบคุม ดูแล ของผู้ให้บริการ ให้ผู้ให้บริการมีสิทธิกระทำการใดอันเป็นการ ระวัง ยังยั้งการกระทำความผิด โดยสิทธิเช่นว่านี้ต้องเป็นไปเพื่อการป้องกันและ ปรามปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อย่างแท้จริงด้วย ดังนี้

“ผู้ให้บริการผู้ใดทราบถึงการกระทำความผิด หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุมของตนเอง ให้กระทำการการระงับ ยับยั้งการกระทำความผิดเช่นนั้นก่อน

การกระทำตามวรรคหนึ่ง ผู้ให้บริการต้องแจ้งแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบภายในระยะเวลา 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่กระทำการระงับ ยับยั้งการกระทำความผิดนั้น

ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจ สนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 14”

ตามข้อเสนอแนะดังกล่าวนี้ก็จะเห็นมีผลชัดเจนว่าการกระทำการใดของผู้ให้บริการอันเป็นการระงับ ยับยั้งการให้บริการที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นก็จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายว่าให้สามารถกระทำได้ โดยไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการติดต่อสื่อสารของบุคคลอื่น และหากไม่กระทำภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้ให้บริการนั้นย่อมมีความผิดตามฐานความผิดตามมาตรา 15 คือจงใจ สนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิด นั่นก็หมายความว่าพฤติกรรมที่ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบตามมาตรา 15 นั้น คือพฤติกรรมผู้ให้บริการละเลยการกระทำใด อันเป็นการระงับการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่กระทำความผิดตามมาตรา 14 เกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการควบคุมของผู้ให้บริการนั่นเอง