

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูล การสื่อสารของประชาชน ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารของประชาชนตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศมาแล้ว ในบทนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชนตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ซึ่งกำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถยื่นคำขอต่อศาลเพื่อนำมาตรการการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารใดๆ ที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดในคดีความผิดตามที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ. ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดที่เป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม หรือความผิดที่มีความซับซ้อนซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป เพื่อให้สามารถนำข้อมูลหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารนั้นใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อเอาผิดกับผู้กระทำความผิดได้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.... ดังกล่าวแล้วพบว่า ยังไม่มีความเหมาะสม เนื่องจากยังมีปัญหาสำคัญหลายประการ ดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับฐานความผิดที่กำหนดให้นำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาตรา 105/1 กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการสื่อสารสื่อ

อิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือคดีความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา คดีความผิดที่เป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมหรือคดีความผิดที่มีความซับซ้อนซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป พนักงานฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรืออธิบดีกรมการปกครอง หรือตำรวจผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากผู้บังคับการตำรวจขึ้นไปแล้วแต่กรณีจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. นั้น เสนอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งในที่นี้คือพนักงานฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรืออธิบดีกรมการปกครอง หรือตำรวจผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนสามารถยื่นคำขอต่อศาลให้มีการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารได้ในความผิดในหมวดต่อไปนี้ (1) ความผิดที่เป็นคดีความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร มาตรา 107 ถึงมาตรา 135 (2) คดีความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา ตามมาตรา 135/1 ถึง มาตรา 135/4 (3) คดีความผิดที่เป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม และ (4) คดีความผิดที่มีความซับซ้อนซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาแล้วพบว่า คดีที่มีอัตราโทษอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไปนั้นมีเป็นจำนวนมาก ขณะเดียวกัน การเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อกระเทือนถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนผู้เป็นเจ้าของข้อมูลอันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักนิติธรรม ดังนั้น รัฐจะกระทำได้เท่าที่จำเป็นและมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ทำให้มีปัญหาว่าร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 105/1 ดังกล่าวข้างต้น ได้กำหนดหมวดความผิดที่อาจนำมาตราการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้ได้ แต่เป็นการกำหนดอย่างกว้างๆ โดยมีได้กำหนดรายละเอียดถึงฐานความผิดเอาไว้แต่ประการใด นอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาอีกว่า การกำหนดให้นำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้ในคดีความผิดที่มีความซับซ้อนซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปได้ กฎหมายก็มิได้อธิบายขยายความว่า คดีความผิดที่มีความซับซ้อนนั้นมีลักษณะอย่างไร การบัญญัติบทกฎหมายไว้แบบกว้างๆ ดังที่กล่าวมานี้ อาจมีผลทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจเกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย และนำมาตราการดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งทางการเมืองฝ่ายตรงข้ามได้

ในเรื่องดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงทำการศึกษายบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่มีการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมี

อำนาจในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน เพื่อประโยชน์ในการแสวงหาหลักฐานในการกระทำความผิดได้พบว่า บทบัญญัติของ Omnibus Crime Control and Safe Streets Act 1968 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารของประชาชน เฉพาะฐานความผิดที่มีการกำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้การเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารของประชาชนนั้น ส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนให้น้อยที่สุด เช่น มาตรา 81 เกี่ยวกับการลอบวางเพลิงภายใต้เขตปกครองพิเศษ มาตรา 201 การให้สินบนเจ้าพนักงานและพยาน มาตรา 215 การให้สินบนเจ้าหน้าที่ธนาคาร มาตรา 224 การให้สินบนในการแข่งขันกีฬา รวมถึงมีการกำหนดรายละเอียดถึงอนุมาตรา เช่น มาตรา 844 การใช้ระเบิดโดยผิดกฎหมาย สามารถนำมาตราการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารได้เฉพาะอนุมาตรา (d), (e), (f), (g), (h) หรือ (i) เป็นต้น ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายไทย ที่กำหนดไว้แต่เฉพาะหมวดของฐานความผิดเท่านั้น ทำให้ทุกมาตราที่อยู่ในหมวดนั้น สามารถนำมาตราการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารของประชาชนมาใช้ได้ ทั้งที่บางมาตรา ไม่มีความจำเป็นต้องให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการนำมาตราการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้

ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อทำการศึกษาเกี่ยวกับฐานความผิดที่สามารถนำมาตราการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารของประชาชนมาใช้พบว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันได้กำหนดฐานความผิดและมาตราเอาไว้โดยละเอียด เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของรัฐและเป็นอันตรายต่อนิติรัฐและประชาธิปไตยหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของรัฐ ตามมาตรา 80-82 มาตรา 84-86 มาตรา 87-89a และมาตรา 94-100a การให้สินบนแก่ผู้มีอำนาจตามมาตรา 108e การก่ออาชญากรรมต่อการป้องกันประเทศตามมาตรา 109d ถึง 109h การก่ออาชญากรรมต่อความสงบเรียบร้อย ตามมาตรา 129-130 เป็นต้น ซึ่งมีได้กำหนดให้นำมาตราการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้ได้ทุกมาตรา

เห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ได้กำหนดบทกฎหมายที่สามารถนำมาตราการการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารเอาไว้แบบเฉพาะเจาะจงเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีความแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ที่กำหนดความผิดไว้ตามหมวดอย่างกว้างๆ ทำให้สามารถนำมาตราการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารไปใช้ได้กับทุกฐานความผิดที่กำหนดไว้ในหมวดนั้น นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ยังกำหนดไว้แต่เพียงว่า คดีความผิดที่มีความซับซ้อนซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ทำให้ต้องตีความว่า คดีใดจึงจะถือว่ามีความซับซ้อนและสามารถนำเอามาตราการเข้าถึง

และได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้ ทำให้การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนไม่มีประสิทธิภาพ และอาจมีการตีความเพื่อนำมาตรการดังกล่าวไปใช้ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคล โดยมีได้คำนึงถึงหลักพอสมควรแก่เหตุ และไม่ยื่นอยู่บนพื้นฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมถึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดตามหลักการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งได้กำหนดเกี่ยวกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารไว้ในข้อ 17 ความว่าบุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือลบล้างเช่นว่านั้นได้

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นหากการดำเนินมาตรการนั้นมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์บัญญัติให้กระทำได้ หรือการดำเนินมาตรการนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน หรือการป้องกันการกระทำความผิดอาญาหรือการดำเนินมาตรการนั้นจะต้องเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ อันเป็นประโยชน์สาธารณะ และได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยยึด “หลักความได้สัดส่วน” ระหว่างการดำเนินมาตรการนั้นกับผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแทรกแซงหรือการรุกรานสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล ซึ่งเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของบุคคลของผู้ได้รับผลกระทบ

จากเหตุผลดังกล่าวที่ผู้ศึกษาได้กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายให้นำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารไปใช้ ควรมีการบัญญัติฐานความผิด ตลอดจนมาตราที่เกี่ยวข้องไว้โดยละเอียดในกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้การดำเนินมาตรการหรือการกระทำการใดๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นไปตามอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล และให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนให้น้อยที่สุด เพื่อให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรม กล่าวคือกฎหมายต้องมีความชัดเจน รัฐจะกระทำการใดๆ อันส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นและมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น และยังเป็นการสอดคล้องกับแนวคิดหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการใช้ดุลยพินิจ จะเป็นไปตามอำเภอใจมิได้ ต้องเป็นไปตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ และการดำเนินมาตรการนั้นมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ให้กระทำได้ โดยยึดหลักการคาดหมายล่วงหน้าได้ของบุคคลนั้นๆ เกี่ยวกับผลของการใช้บังคับกฎหมายหรือกฎระเบียบนั้นที่เกี่ยวข้องกับตน อันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคล

4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการถ่วงดุลในการใช้อำนาจในการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสาร

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาตรา 105/1 กำหนดให้ “พนักงานฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวน ซึ่งได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรืออธิบดีกรมการปกครอง หรือตำรวจผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวน ซึ่งได้รับอนุมัติจากผู้บังคับการตำรวจขึ้นไปแล้วแต่กรณี ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ถึงแม้กำหนดว่า ก่อนที่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนจะทำการยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจ เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจต้องส่งคำขอนั้นให้ผู้บังคับบัญชาของตนพิจารณาอนุมัติก่อน ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวถือเป็นมาตรการตรวจสอบกลั่นกรองการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายในองค์กรก่อนที่จะทำการยื่นคำขอต่อศาล แต่ในทางปฏิบัติพบว่า ผู้บังคับบัญชามีความเห็นสอดคล้องกับเจ้าหน้าที่ ทำให้มาตรการตรวจสอบกลั่นกรองภายในองค์กรดังกล่าวไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ขณะเดียวกันภายใต้บทบัญญัติเดียวกัน กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ศาลเป็นหน่วยงานภายนอกองค์กร ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน โดยก่อนที่เจ้าหน้าที่จะทำการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการดังกล่าวให้ยื่นคำขอต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตก่อนการดำเนินการใดๆ อย่างไรก็ตาม เคยมีกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจทำการยื่นคำขอให้มีคำสั่งปิดเว็บไซต์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ศาลก็จะมีคำสั่งอนุญาตตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่ขอมาทั้งหมด ทั้งที่เว็บไซต์ดังกล่าวมิได้กระทำการใดๆ อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย แสดงให้เห็นว่า ศาลก็มิได้ใช้อำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่อย่างเพียงพอเช่นเดียวกัน

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ซึ่งกำหนดเหตุผลในการขอเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน ไว้แต่เพียงการมีเหตุอันควรเชื่อว่าเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิด นั้นหมายความว่า การเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารของประชาชนอาจจะเกิดขึ้นแม้ในกรณีที่เพียงมีเหตุสงสัยเท่านั้น ยังไม่จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงก็สามารถนำมามาตรการการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลสื่อสารดังกล่าวมาใช้ได้ เพื่อประโยชน์ในการ “ป้องกัน”

ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ดังนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวจึงควรมีการตรวจสอบถ่วงดุลอย่างเต็มที่ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบ เกินขอบเขต และส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชน จึงมีข้อพิจารณาว่าการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสาร ซึ่งไม่ใช่อำนาจที่ทำได้เฉพาะเพื่อการตามหาตัวผู้ต้องสงสัยหลังการกระทำความผิดแล้วเท่านั้น แต่เป็นการกระทำเพื่อป้องกันการกระทำความผิดด้วย กลไกการถ่วงดุลการใช้ดุลยพินิจโดยองค์กรภายนอกที่กำหนดให้ใช้ศาลเพียงองค์กรเดียว เพียงพอที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือไม่

อนึ่ง เมื่อพิจารณาบทกฎหมายของต่างประเทศพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา การจะยื่นคำร้องเพื่อขอให้นำมาตรวจการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน ต้องดำเนินการผ่านสำนักงานอัยการสูงสุดก่อน โดยอัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด หรือผู้ช่วยอัยการสูงสุดหรือผู้ทำหน้าที่รองอัยการสูงสุดในแผนกคดีอาญาหรือกองรักษาความปลอดภัยแห่งชาติที่ได้รับมอบหมายจากอัยการสูงสุด จะเป็นผู้พิจารณาก่อนการร้องขอดังกล่าวของเจ้าพนักงานตำรวจชั้นหนึ่งก่อน จากนั้น อัยการสูงสุดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ยื่นคำร้องขอต่อผู้พิพากษาของรัฐบาลกลางที่อยู่ในเขตอำนาจ ขอให้มีการสั่งอนุญาตหรืออนุมัติให้สามารถเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนได้ บทบัญญัติของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว ใกล้เคียงกับกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามมาตรา 100 a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ซึ่งได้กำหนดให้การยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนนั้น ต้องกระทำโดยอัยการสูงสุดเท่านั้น หากได้กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจยื่นคำร้องต่อศาลโดยตรงไม่ ทั้งนี้เพื่อเป็นมาตรการถ่วงดุลการใช้ดุลยพินิจของเจ้าพนักงานตำรวจโดยองค์กรภายนอกอีกหน่วยงานหนึ่ง ก่อนจะทำการยื่นคำร้องต่อศาล

ข้อดีของการกำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรืออธิบดีกรมการปกครอง หรือตำรวจผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากผู้บังคับการตำรวจขึ้นไป ยื่นคำขอต่อศาลโดยตรงเพื่อนำมาตรวจการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชนมาใช้คือ ทำให้เกิดความรวดเร็วในการปฏิบัติงาน เนื่องจากหากปล่อยเวลานั้นช้าออกไปเท่าใด พยานหลักฐานของการกระทำความผิดอาจถูกทำลายหรือเสียหาย ทำให้ยากต่อการนำคนผิดมาลงโทษได้ ดังนั้น การยื่นขออนุญาตเพื่อนำมาตรวจการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้จึงกำหนดไว้ให้สั้นที่สุด มีขั้นตอนให้ต้องปฏิบัติตามน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวก็มีข้อเสียเช่นกัน เนื่องจากการถ่วงดุลการใช้อำนาจของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจกระทำโดยองค์กรศาลเพียงองค์กรเดียวอาจไม่เพียงพอ เนื่องจากที่ผ่านมาศาลได้พิจารณาให้ตามการร้องขอทั้งหมด ซึ่งเท่ากับไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของ

พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ดังนั้น จึงไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการถูกเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสาร นอกจากนี้ การกำหนดให้การยื่นคำร้องดังกล่าวต้องกระทำผ่านอัยการสูงสุดตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ดี หรือของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ดี มีข้อดีคือทำให้อัยการสูงสุดเป็นองค์กรภายนอกอีกองค์กรหนึ่ง เข้ามาช่วยตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ก่อนคำร้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาล จึงทำให้กระบวนการถ่วงดุลการใช้อำนาจและคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แต่มีข้อเสียคือทำให้กระบวนการในการยื่นคำขอต้องดำเนินการหลายขั้นตอนอาจทำให้เกิดความล่าช้าไม่ทันการณ์ เช่น กรณีที่การเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารดังกล่าวนำมาเพื่อช่วยเหลือบุคคลที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต หรืออาจได้รับอันตรายสาหัส หรือคาดหมายว่า จะมีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ อาทิ การก่อวินาศกรรม อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้คำนึงถึงความล่าช้าดังกล่าวจึงได้กำหนดให้นำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารในกรณีเร่งด่วนว่า พนักงานของรัฐสามารถนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารของผู้ต้องสงสัยได้โดยไม่ต้องรอให้ศาลมีคำสั่งก่อน หากมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นเร่งด่วน เช่น คาดว่าจะมีอันตรายถึงชีวิตหรืออันตรายสาหัสต่อบุคคลใดๆ โดยทันทีทันใด หรือมีการสมคบกันกระทำการอันเป็นการคุกคามต่อความมั่นคงของรัฐ หรือมีการสมคบกันเป็นองค์กรอาชญากรรม แต่กรณีที่กระทำการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารไปก่อนล่วงหน้านั้น ต้องเป็นกรณีที่ศาลอาจอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารได้ และเมื่อหลังจากได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้ว ต้องยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาลภายใน 48 ชั่วโมง นับตั้งแต่เริ่มนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้ ขณะที่ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดเกี่ยวกับกรณีเร่งด่วนไว้ว่า พนักงานอัยการอาจมีคำสั่งให้นำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้ได้ แต่อำนาจของอัยการดังกล่าวจะสิ้นสุดผลภายใน 3 วัน หากไม่ได้รับความเห็นชอบหรือยืนยันจากศาล การนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ต้องเป็นอันสิ้นสุด ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้มีการกำหนดให้องค์กรอัยการเข้ามาตรวจสอบคำร้องขอให้มีการนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้อีกองค์กรหนึ่ง ก็ไม่ส่งผลกระทบต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่ประการใด

จากการเปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...)...กับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีข้างต้นเห็นได้ว่า กฎหมายไทยยังมีได้คำนึงถึงสิทธิของประชาชนในการติดต่อสื่อสารอย่างเพียงพอ ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น ซึ่งรัฐต้องจำกัดการเข้าถึงและ

ได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารดังกล่าวอย่างเข้มงวด มีกระบวนการกลั่นกรองการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างรอบคอบและรัดกุมที่สุด

อย่างไรก็ตามในคดีที่สำคัญๆ เช่น คดีเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ คดีที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรม คดีอาญาที่มีความผิดร้ายแรง ฯลฯ อันนำไปสู่การยื่นคำขอให้นำมาตรวจการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้ พนักงานอัยการมักเข้ามามีบทบาทในกระบวนการสอบสวนอยู่แล้ว รวมถึงการใช้อำนาจในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารตามกฎหมายอื่น เช่น ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17 กำหนดให้พนักงานสอบสวนที่ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารของประชาชน ต้องได้รับอนุมัติจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายแล้วแต่กรณีก่อน

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า หากมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการถ่วงดุลการใช้อำนาจในการสอดแนมการสื่อสาร โดยก่อนการยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตให้สอดแนมการสื่อสารของบุคคลที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดต้องผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดก่อนก็ไม่เป็นปัญหาหรืออุปสรรคในการปฏิบัติงานของพนักงานสอบสวนแต่ประการใด ถึงแม้การกำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดเข้ามากลั่นกรองคำขอให้นำมาตรวจการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้นี้จะเป็นการเพิ่มขึ้นตอนในการปฏิบัติงานและมีผลทำให้การได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารต้องล่าช้าออกไป แต่กระบวนการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารดังกล่าว เป็นกระบวนการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันตามที่รัฐธรรมนูญซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ ดังนั้น จึงต้องกระทำด้วยความรอบคอบและนำมาใช้เฉพาะเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อีกทั้งองค์กรตุลาการมีความเชี่ยวชาญด้านการกลั่นกรองเพื่อชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงและพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอที่จะรับฟังได้แล้วหรือไม่ หากพยานหลักฐานดังกล่าวเพียงพอที่จะรับฟังได้ มาตรการสอดแนมการสื่อสารก็ไม่จำเป็นต้องนำมาใช้ แต่หากพยานหลักฐานที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอที่จะรับฟังได้ ก็สมควรมีการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้ ดังนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณากลั่นกรองว่า สมควรที่จะให้ยื่นคำขอให้นำมาตรวจการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้ในคดีหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิความเป็นส่วนตัว ซึ่งต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนจากการล่วงล้ำโดยการกระทำของบุคคลอื่น และต้องมีมาตรการกลั่นกรองความเหมาะสมอย่างเพียงพอ โดยทำการเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์ของสาธารณะและสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หากมีความจำเป็นต้องนำมาตรวจการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารมาใช้

4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักฐานประกอบพิจารณาอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสาร

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาตรา 105/1 วรรคหก กำหนดให้การยื่นคำขออนุญาต การอนุญาตและการรายงานผลการดำเนินการให้ศาลทราบ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา แต่เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ในปัจจุบันเป็นแต่เพียงตัวร่างเท่านั้น ดังนั้นจึงยังไม่มีการออกข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน ผู้ศึกษาจึงทำการศึกษาค้นคว้าข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่มีผลบังคับใช้อยู่พบว่า มีการออกข้อบังคับเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 5 และมาตรา 30 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ 2551 ซึ่งคาดหมายว่าการออกข้อบังคับตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงจะทำการศึกษาค้นคว้าข้อบังคับดังกล่าวโดยทำการศึกษาร่วมเทียบกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศดังต่อไปนี้

ข้อ 7 ของข้อบังคับประธานศาลฎีกา กำหนดให้คำขอต้องมีรายละเอียดประกอบดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อส่วนราชการหรือหน่วยราชการของผู้ยื่นคำขอ
- (2) วันเดือนปีที่ยื่นคำขอ
- (3) ชื่อและตำแหน่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ขอ
- (4) รายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลและสถานที่ที่จะถูกดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร
- (5) รายงานการสืบสวนที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ ของบุคคลที่ต้องการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเท่าที่ได้กระทำมาแล้ว

(6) เหตุผลและความจำเป็นเกี่ยวกับ

(ก) เหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์

(ข) เหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์จากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว

(ค) เหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์จากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว

(ง) ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้โดยกล่าวถึงวิธีการที่ได้ดำเนินการไปแล้วแต่ยังไม่ได้ข้อมูลข่าวสารครบถ้วนตามที่ต้องการไว้ในคำขอ (ถ้ามี)

และวิธีการที่จะดำเนินการตามคำขอรวมทั้งเหตุผลที่เชื่อว่าวิธีการดังกล่าวจะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร

(7) สถานที่และวิธีการที่จะดำเนินการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารที่ต้องการ เช่น เอกสาร เสียง ภาพ แผนภูมิ ระบบการแสดงตำแหน่งของเครื่องมือ

(8) ระยะเวลาที่จะขอดำเนินการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร

(9) ลายมือชื่อและตำแหน่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ยื่นคำขอ

(10) หนังสืออนุมัติจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี

(11) สำเนาบัตรประจำตัว

ขณะเดียวกันได้อธิบายเพิ่มเติมถึงพยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีเหตุอันสมควรในการออกคำสั่ง หมายรวมถึง

(1) ข้อมูลที่ได้จากการสืบสวนสอบสวน เช่น บันทึกการสอบสวน บันทึกถ้อยคำของสายลับ หรือของเจ้าพนักงานที่ได้จากการแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรม ข้อมูลที่ได้จากรายงานของแหล่งข่าวของเจ้าพนักงานหรือการหาข่าวจากผู้กระทำความผิดที่ทำให้เป็นลายลักษณ์อักษร และข้อมูลที่ได้จากรายงานการเฝ้าสังเกตการณ์ของเจ้าพนักงานที่ทำให้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้น

(2) ข้อมูลที่ได้จากการวิเคราะห์ทางนิติวิทยาศาสตร์ หรือที่ได้จากการใช้เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์หรือเทคโนโลยี เช่น เครื่องมือตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์นิ้วมือ เครื่องมือตรวจพิสูจน์ของกลาง เครื่องจับเท็จ เครื่องมือตรวจโลหะ และเครื่องมือตรวจพิสูจน์ทางพันธุกรรม เป็นต้น

(3) ข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น ข้อมูลที่ได้จากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต เป็นต้น

จึงมีข้อพิจารณาว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวเบื้องต้นเพียงพอต่อการอนุญาตให้มีการสอดแนมการสื่อสารของประชาชนแล้วหรือไม่

เมื่อทำการศึกษายกกฎหมายต่างประเทศพบว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ผู้พิพากษาจะพิจารณาอนุญาตให้ใช้การดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ตาม Omnibus Crime Control and Safe Streets Act 1968, Title III ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง และมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การคัดข้อมูลการสื่อสารสามารถทำให้รู้ข้อมูลสำคัญในการกระทำความคิดได้และใช้เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนคดีของเจ้าหน้าที่

(3) เจ้าหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าไม่สามารถใช้วิธีการสืบสวนวิธีอื่นได้อีกแล้ว เนื่องจากใช้แล้วไม่ประสบผลสำเร็จหรือหากใช้วิธีการอื่นแล้วจะเป็นการอันตรายต่อเจ้าหน้าที่มากเกินควรและวิธีการคัดข้อมูลทางการสื่อสารเป็นวิธีที่ดีที่สุด

นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดเพิ่มเติมคือ มีพยานหลักฐานอันเชื่อได้ว่า บุคคลผู้ต้องถูกคัดข้อมูลได้ใช้การติดต่อสื่อสารประเภทดังกล่าวจริงหรือสืบสอบแล้วพบว่าเครื่องมือสื่อสารนั้นมีชื่อผู้ต้องหาเป็นเจ้าของ ขณะที่กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดเหตุผลในการประกอบพิจารณาอนุญาตไว้ว่า การติดต่อสื่อสารกันผ่านทางโทรคมนาคม อาจถูกดักฟังและบันทึกโดยไม่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบ ถ้า

(1) ข้อเท็จจริงบางประการก่อให้เกิดความสงสัยว่า บุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ก่อความไม่สงบหรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรง หรือพยายามที่จะกระทำความผิดดังกล่าวหรือได้เตรียมการที่จะกระทำความผิด และ

(2) เป็นหนึ่งในความผิดร้ายแรงที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

(3) ไม่มีวิธีการอื่นในการพิสูจน์ความจริง หรือการกำหนดตัวผู้ต้องหาเป็นเรื่องยาก หรือไม่มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จ

(4) คำสั่งดังกล่าวอาจดำเนินการได้แต่เฉพาะกับจำเลยหรือบุคคลที่ถูกสันนิษฐานจากข้อเท็จจริงบางประการว่าเป็นบุคคลผู้ได้รับหรือส่งข้อความถึงผู้ถูกกล่าวหา หรือโดยผู้ถูกกล่าวหา โทรศัพท์ถึง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายของไทยกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วพบว่า กฎหมายไทยกำหนดให้ในคำร้องขอให้มีการสอดแนมการสื่อสารตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาซึ่งจะออกโดยอาศัยอำนาจตาม ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(ฉบับที่ ...) พ.ศ. โดยยึดเอาข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์เป็นต้นแบบพบว่ามีการกำหนดเกี่ยวกับบุคคลและสถานที่ที่จะถูกดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับรายละเอียดเกี่ยวกับอุปกรณ์การสื่อสาร หลักฐานแสดงความเป็นเจ้าของอุปกรณ์การสื่อสารที่จะถูกสอดแนมแต่ประการใด ซึ่งมีข้อเสียคือ การสอดแนมการสื่อสารที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ภายใต้การร้องขอต่อศาลดังกล่าว อาจดำเนินการผิดพลาดโดยการสอดแนมข้อมูลการสื่อสารของบุคคลอื่นที่หาใช่ตัวผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดไม่ เนื่องจากหมายเลขโทรศัพท์ที่จะทำการสอดแนมอาจมิได้

ลงทะเบียนในนามของผู้กระทำความผิด หรือหมายเลขที่ลงทะเบียนในนามของผู้กระทำความผิด อาจถูกใช้งานโดยบุคคลอื่น ดังนั้น หลักฐานในการพิสูจน์ว่า หมายเลขโทรศัพท์ที่มีการยื่นคำร้อง เพื่อขอสอดแนมการสื่อสารนั้นเป็นของผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดจริง จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง

ขณะเดียวกัน กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดให้เอกสารประกอบการร้องขอให้มีการสอดแนมการสื่อสารต้องมีพยานหลักฐานอันเชื่อได้ว่า บุคคลผู้ถูกคัดข้อมูลได้ใช้การติดต่อสื่อสารประเภทดังกล่าวจริงหรือสืบสอบแล้วพบว่าเครื่องมือสื่อสารนั้นมีชื่อผู้ต้องหาเป็นเจ้าของ ขณะที่กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดว่า คำสั่งในการสอดแนมการสื่อสารนั้นอาจดำเนินการได้เฉพาะกับจำเลยหรือบุคคลที่ถูกสันนิษฐานจากข้อเท็จจริงบางประการว่าเป็นบุคคลผู้ได้รับหรือส่งข้อความถึงผู้ถูกกล่าวหา หรือโดยผู้ถูกกล่าวหาได้โทรศัพท์ถึง

ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลไว้ว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งประชาชนต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย ประกอบกับประเทศไทยเป็นประเทศภาคีสมาชิกของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งมีบทบัญญัติห้ามมิให้รัฐแทรกแซงความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชน เว้นแต่เข้าข่ายยกเว้นตามข้อ 8 วรรคสองของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานคือ การดำเนินการนั้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนหรือการป้องกันการกระทำความผิดอาญา โดยยึดหลักความได้สัดส่วน ซึ่งต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ในการร่างข้อบังคับประธานศาลฎีกาซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับในการยื่นคำขอให้มีการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ขอจะต้องแสดงหลักฐาน โดยละเอียดที่สุดและเชื่อได้ว่า บุคคลผู้ต้องถูกคัดข้อมูลได้ใช้การติดต่อสื่อสารประเภทดังกล่าวจริงหรือสืบสวนแล้วพบว่าเครื่องมือสื่อสารนั้นมีชื่อผู้ต้องหาเป็นเจ้าของ เพื่อประกอบการพิจารณาของศาลด้วย ทั้งนี้เพื่อป้องกันการผิดพลาด โดยมีให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวกระทบกระเทือนไปถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น ที่มิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนกับการสอดแนมการสื่อสาร โดยการป้องกันมิให้มีการนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารไปใช้กับบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้อง อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและยังส่งผลกระทบต่อ

เข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น เพราะสิทธิดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อบุคคลสามารถสื่อสารโดยปราศจากความกลัวการสอดแนมของรัฐ

4.4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับอัตราโทษการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสาร

แนวคิดตามหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสาร ได้กำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองประชาชนไว้ว่า “บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว เหนือสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือลบล้าง เช่นว่านั้น” จากแนวคิดดังกล่าว นำไปสู่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการสอดแนมการสื่อสารของรัฐ ซึ่งมีข้อพิจารณา 13 ข้อ โดยข้อ 13 บัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันเพื่อป้องกันการเข้าถึงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐควรกำหนดกฎหมายเพื่อเอาผิดทางอาญากับการสอดแนมการสื่อสารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่กระทำโดยรัฐและเอกชน กฎหมายดังกล่าวต้องกำหนดบทลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญาอย่างเพียงพอ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายของรัฐต่างๆ รวมถึงประเทศไทย นอกจากมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการสอดแนมการสื่อสารของบุคคลได้แล้ว ยังมีการกำหนดโทษแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการสอดแนมการสื่อสารนั้นด้วย

เช่นเดียวกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาตรา 105/2 ได้กำหนดเกี่ยวกับอัตราโทษของผู้ที่เปิดเผยข้อมูลที่ได้มาจากการสอดแนมการสื่อสาร ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดอัตราโทษของผู้ที่รู้หรืออาจรู้เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารที่ได้มาตามมาตรา 105/1 กระทำการด้วยประการใดๆ ให้ผู้อื่นรู้หรืออาจรู้เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือตามกฎหมาย และหากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 105/1 วรรคหนึ่ง ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของโทษที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง”

อย่างไรก็ตามจากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของไทยพบว่า ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มิได้เป็นกฎหมายฉบับแรกที่เสนอให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการสอดแนมการสื่อสารของประชาชน โดยก่อนหน้านี้นี้มีกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่แล้วหลายฉบับที่บัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าว ได้แก่

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2519 มาตรา 14 จัตวา กำหนดให้อำนาจเจ้าพนักงานอื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลเพื่อขอให้เจ้าพนักงานเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนได้ ขณะเดียวกันมีบทกำหนดโทษผู้รู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการเข้าถึงการสื่อสารตามมาตรา 14 จัตวา หากกระทำด้วยประการใดๆ ให้ผู้อื่นรู้หรืออาจรู้ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยกรรมการเลขาธิการ รองเลขาธิการ หรือเจ้าพนักงาน ผู้กระทำต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของโทษที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง

พระราชบัญญัติการสืบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25 กำหนดให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดียื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนได้ ขณะเดียวกัน ก็ได้มีกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มาเนื่องจากการดำเนินการเข้าถึงข้อมูลซึ่งการสื่อสารเนื่องจากการดำเนินการตามมาตรา 25 เว้นแต่เป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุญาตตามมาตรา 25 และเป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือตามกฎหมายหรือคำสั่งศาล ผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงห้าปี หรือปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำความผิดข้างต้นเป็นการกระทำโดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ เจ้าหน้าที่คดีพิเศษ พนักงานอัยการ หรืออัยการทหารที่เข้าร่วมสอบสวนหรือเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 25 ผู้กระทำต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของโทษที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดห้ามมิให้ พนักงานเจ้าหน้าที่และพนักงานสอบสวนในกรณีตามมาตรา 18 วรรคสองเปิดเผยหรือส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการที่ได้มาตามมาตรา 18 ให้แก่บุคคลใด เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอื่น ในกรณีตามมาตรา 18 วรรคสองหรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกาใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบหรือกับพนักงานสอบสวนในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 18 วรรคสอง โดยมิชอบหรือเป็นการกระทำตามคำสั่งหรือที่ได้รับอนุญาตจากศาล พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานสอบสวนผู้ใดฝ่าฝืนวรรคหนึ่งต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 30 พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับอนุมัติเป็นหนังสือจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ

หรือผู้ว่าราชการจังหวัดแล้วแต่กรณี จะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลอาญาหรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจ เพื่อมีคำสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนได้ และมีการกำหนดโทษ บุคคลที่รู้ว่ามีการยื่นคำขอเพื่อให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 30 แล้วเปิดเผยแก่ บุคคลที่ไม่มีหน้าที่เกี่ยวข้องและให้รู้ว่ามี หรือจะมีการยื่นคำขอที่จะได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูล ข่าวสารนั้น หรือรู้หรือได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารที่ได้มาตามมาตรา 30 แล้วเปิดเผยแก่ผู้ที่ไม่ มีหน้าที่เกี่ยวข้องให้รู้เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าว ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติหน้าที่หรือกฎหมาย¹ แต่ไม่มีบท กฎหมายกำหนดสำหรับบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่เอาไว้แต่ประการใด

เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17 กำหนดให้พนักงานสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายแล้วแต่กรณี อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้ พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือข่าวสารของประชาชนได้ และมีบท กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดที่ดำเนินการตามมาตรา 17 เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มา เว้นแต่เป็นข้อมูล ข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งได้รับอนุญาต ตามมาตรา 17 และเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่หรือตามกฎหมายหรือตามคำสั่งศาล² ผู้ที่ ผ่าฝืน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการ กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยพนักงานสอบสวน พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือ พนักงานอัยการ ซึ่งเข้าร่วมการสอบสวนหรือเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ ต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของ โทษที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่า ในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของ ประชาชนโดยการยื่นคำขอต่อศาลเพื่อการหาพยานหลักฐานต่างๆ มาเอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ให้โทษ พ.ศ. 2519 พระราชบัญญัติการสืบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติว่าด้วยการ กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้า มนุษย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 แต่กฎหมายแต่ละฉบับกลับกำหนดโทษของบุคคลที่ทำการเปิดเผยข้อมูลที่ ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนดังกล่าวแตกต่างกันไป รวมถึงแตกต่างจากร่าง

¹ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551. มาตรา 55.

² พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556. มาตรา 18.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ซึ่งถือว่าเป็นบทกฎหมายทั่วไปด้วย ทั้งที่ฐานความผิดที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัตินี้ ดังกล่าว อาจเป็นความผิดทั้งตามประมวลกฎหมายอาญา และตามกฎหมายเฉพาะ และต้องมีการบังคับใช้กฎหมายควบคู่กันไป การกำหนดบทลงโทษไว้แตกต่างกัน บางฉบับมีการกำหนดโทษจำคุกไว้เพียงสามปี บางฉบับกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สามปีแต่ไม่เกินห้าปี และบางฉบับกำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกินห้าปี การกำหนดโทษที่แตกต่างกันในกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมายและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายแต่ละฉบับได้

ในทางปฏิบัติ พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน หากมีการนำข้อมูลที่ได้จากการเข้าถึงดังกล่าวไปเปิดเผยก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เป็นเจ้าของข้อมูล อย่างไรก็ตาม เมื่อทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่เจ้าหน้าที่สืบสวน หรือเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายนำข้อมูลที่ได้จากการเข้าถึงไปเผยแพร่โดยมิชอบนั้นเป็นความผิดเกี่ยวกับการละเมิด ซึ่งกำหนดให้ต้องมีการบรรเทาทุกข์แก่ผู้เสียหาย ได้แก่ การบรรเทาทุกข์ในเบื้องต้น หรือการกระทำอื่นใดตามความเหมาะสม และชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวในทางแพ่ง โดยนำหลักของค่าความเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ต้องชดใช้ค่าทนายความ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกิดขึ้น โดยผู้ถูกละเมิดต้องฟ้องภายในกำหนดอายุความ 2 ปี

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มิได้มีการกำหนดให้นำมาตรการลงโทษทางอาญามาใช้ลงโทษแก่เจ้าหน้าที่ที่ทำการเผยแพร่ข้อมูลที่ได้จากการเข้าถึง และได้มาซึ่งการข้อมูลการสื่อสารแต่ประการใด แต่กำหนดให้นำมาตรการลงโทษทางแพ่งมาใช้ และหากพิสูจน์ได้ว่า ผู้ที่เป็นเจ้าของข้อมูลได้รับความเสียหายจริง นอกจากต้องมีการชดใช้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแล้ว ยังกำหนดให้มีการนำมาตรการค่าความเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ ซึ่งกำหนดมูลค่าความเสียหายสูงกว่าค่าความเสียหายจริงหลายเท่า

อนึ่ง เมื่อพิจารณาลักษณะการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ ในการนำข้อมูลการสื่อสารที่ได้จากการเข้าถึงนั้น ไปกระทำการด้วยประการใดๆ ให้ผู้อื่นหรือหรืออาจรู้หรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าว เห็นได้ว่า อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ กรณีการเปิดเผยโดยประมาท และการเปิดเผยโดยจงใจ อย่างไรก็ตาม มาตรา 105/2 มิได้มีการกล่าวถึงการบัญญัติถึงกรณีการเปิดเผยโดยประมาทแต่ประการใด จึงต้องนำหลักการกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท...” มาพิจารณาแทน ซึ่งสรุปได้ว่า หากการกระทำของเจ้าหน้าที่โดยการเปิดเผยข้อมูลที่ได้มาโดยนำมาตรการเข้าถึงและ

ได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้ หากเป็นการกระทำโดยประมาท เจ้าหน้าที่ไม่มีความผิด แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำการเปิดเผยข้อมูลโดยจงใจจึงจะนำบทบัญญัติมาตรา 105/2 มาบังคับใช้

อย่างไรก็ตาม ในข้อเท็จจริง เจ้าหน้าที่จะทำการเปิดเผยข้อมูลที่ได้มาโดยวิธีการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารนั้น มักเป็นกรณีที่ข้อมูลที่ไดมานั้นอาจสามารถนำไปเชื่อมโยงกับการกระทำ ความผิดอื่นที่มีได้เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามที่ได้ร้องขอต่อศาลเพื่อให้ได้ข้อมูลการสื่อสารดังกล่าวมาในครั้งนี้ แต่ข้อมูลดังกล่าวสามารถนำไปใช้ในการจับกุมผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งหากมีการบัญญัติให้การเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว ก็อาจทำให้กลายเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ โดยถึงแม้จะมีข้อมูลดังกล่าวและมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอื่นก็อาจนำข้อมูลดังกล่าว ไปใช้ หรือเปิดเผยให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงให้รับรู้ได้ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคม และประโยชน์สาธารณะในภาพรวม

จึงอาจกล่าวได้ว่าการบัญญัติความผิดอาญาแก่เจ้าหน้าที่มิได้เกิดผลดีแต่ประการใด อีกทั้งการลงโทษดังกล่าว ยังไม่สอดคล้องกับหลักพอควรแก่เหตุ เนื่องจากยังไม่มีความเหมาะสมและเกินกว่าจะเป็นมาตรการที่ทำให้การนำการเข้าถึงและได้มา มีหน้าซ้ำยังทำให้การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมมีอุปสรรค เนื่องจากเจ้าหน้าที่อาจเกรงกลัวที่จะต้องได้รับโทษทางอาญาจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวนี้ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาเป็นวิถีทางสุดท้ายของการคุ้มครองนิติสมบัติ กล่าวคือ มาตรการทางอาญาควรเป็นวิถีทางสุดท้ายที่สมควรถูกนำมาใช้ หากยังมีความชอบธรรมอันเกิดจากการใช้วิธีการอื่น ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าได้ เช่น การนำมาตรการทางแพ่งมาใช้แทน

ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้จะมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่เอาไว้ แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้เสียหายก็ยังมีสิทธิการฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งจากมูลละเมิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวไม่ ดังนั้น หากพิสูจน์ได้ว่า การนำข้อมูลข่าวสารดังกล่าวไปให้ผู้อื่นรู้นั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูลจริง ก็มีมาตรการทางแพ่งในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลอยู่แล้ว ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า น่าจะเพียงพอต่อการคุ้มครองบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูล โดยไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 105/2 อีก ส่วนกรณีจะเป็นการรับผิดชอบทางแพ่ง ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” เห็นได้ว่า ในทางแพ่ง ได้มีการกล่าวถึงการรับผิดชอบไว้สองกรณีคือ การกระทำโดยจงใจ และการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

แต่บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดให้การประมาทเล็กน้อยเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของการกระทำละเมิดเท่านั้น ดังนั้นไม่ว่าการนำข้อมูลที่ได้มาจากการนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมาเปิดเผยข้อมูลให้บุคคลอื่นได้รับทราบ ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือโดยประมาท ย่อมได้รับผลเท่ากันตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้น ส่วนจะรับผิดชอบเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ต้องเป็นไปตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดและค่าสินไหมทดแทนให้รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับใช้ เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยว่า ความเสียหายเช่นใดจำเลยควรต้องรับผิดชอบ และความเสียหายเช่นใดจำเลยไม่ควรต้องรับผิดชอบซึ่งจากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า ศาลฎีกาถือเอาความเสียหายอันเป็นผลโดยตรง หรือเป็นผลอันใกล้ชิดจากการกระทำของจำเลยเป็นสำคัญ

จากที่กล่าวมา ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า กรณีเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารของประชาชนหากกระทำการด้วยประการใดๆ ให้ผู้อื่นรู้ หรืออาจรู้เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการนำมาตรการเข้าถึงและได้มาซึ่งการสื่อสารมาใช้ ไม่ควรมีการกำหนดโทษทางอาญา และควรนำมาตรการค่าเสียหายเชิงลงโทษตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ ซึ่งนอกจากจะเป็นการสอดคล้องกับแนวคิดกฎหมายอาญา กล่าวคือ มาตรการทางอาญา ควรเป็นวิธีทางสุดท้ายที่สมควรนำมาใช้แล้ว ยังเป็นการสอดคล้องกับแนวคิดหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ การลงโทษต้องได้สัดส่วนกับระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิด