

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวม พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในคดีอาญา

การใช้งานอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์และระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอย่างต่อเนื่องทำให้เกิดร่องรอย และข้อมูลของผู้ใช้งานที่อาจกลายเป็นพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ได้ทั้งสิ้น การดำเนินงานด้านการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เหล่านี้จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก บทบัญญัติของกฎหมายได้ให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐาน โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาประกอบกับกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากแต่ก็ยังคงขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนและครอบคลุมเพียงพอต่อการรวบรวมและตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ อันจะทำให้พนักงานสอบสวนสามารถดำเนินงานด้านการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและรักษาความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานเพื่อที่จะใช้ในการค้นหาความจริงในคดี

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยจะทำการศึกษาจากแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ได้ทำการศึกษา ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การรวบรวมพยานหลักฐานชั้นพนักงานสอบสวนเป็นกระบวนการยุติธรรมเบื้องต้นที่มีความสำคัญต่อการพิสูจน์ให้ทราบข้อเท็จจริงในคดีความผิดทางอาญา การที่พนักงานสอบสวนจะจับกุมตัวผู้กระทำความผิด หรือพนักงานอัยการจะนำสืบพิสูจน์ความผิดจำเลยเพื่อฟ้องร้องคดี หรือศาลจะตัดสินพิจารณาพิพากษาคดีลงโทษนั้น ต้องอาศัยพยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนของพนักงานสอบสวน ซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ก็เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงในคดี โดยจากการศึกษาเกี่ยวกับ

ลักษณะของพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะเห็นได้ว่า พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งน่าจะใช้พิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น จึงมีลักษณะเป็นข้อมูลที่สามารถถูกคัดแปลงแก้ไข ถูกลบ หรือกำจัดทำลายได้ง่าย รวมถึงมักจะถูกจัดเก็บไว้ในลักษณะที่ไม่เป็นระเบียบหรืออาจถูกเข้ารหัสไว้ให้ข้อความนั้นเป็นความลับ โดยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อาจเกิดจากที่บุคคลสร้างขึ้นหรืออาจเกิดจากระบบคอมพิวเตอร์ประมวลผลขึ้นมา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานในภาค 1 ข้อความเบื้องต้น ลักษณะ 2 เรื่องอำนาจพนักงานสอบสวนและศาล โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานนั้นเป็นอำนาจทั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 131 ว่า “ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา” ทั้งยังมีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานด้วยวิธีทางวิทยาศาสตร์ในมาตรา 131/1 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามมาตรา 131 ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจให้ทำการตรวจพิสูจน์บุคคล วัตถุ หรือเอกสารใด ๆ โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ได้” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือบริสุทธิ์เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่จะดำเนินการตามที่เห็นสมควร พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการกระทำการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในคดี โดยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีฐานะเป็นบทกฎหมายทั่วไป (jus generale) นั้น ไม่มีการบัญญัติถึงการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เป็นการเฉพาะและไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการตรวจพิสูจน์ทางดิจิทัล (Digital Forensics) ไว้

ในกฎหมายพิเศษ (jus speciale) อื่นที่มีการกำหนดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ก็มีขอบเขตในการบังคับใช้ของกฎหมายพิเศษแต่ละฉบับนั้น โดยเจ้าพนักงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับจะถูกจำกัดการใช้อำนาจไปตามองค์ประกอบและเจตนารมณ์ของแต่ละพระราชบัญญัติ โดยจะมีการกำหนดเงื่อนไขและฐานความผิดเฉพาะในแต่ละกฎหมายฉบับนั้น เช่น

1) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25 ที่กำหนดให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ทางไปรษณีย์โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ในกรณีที่มิเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดที่เป็นพิเศษ หรือมี

เหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่พิเศษจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว หรือไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ

2) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 30 ที่กำหนดให้เจ้าพนักงานที่ได้รับอนุมัติจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลอาญา หรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจ เพื่อมีคำสั่งให้เข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ได้คราวละไม่เกิน 90 วัน โดยบรรดาเอกสารข้อมูลข่าวสารที่ได้มาดังกล่าวให้เก็บรักษาและใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีค้ำมนุษย์เท่านั้น

3) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 46 ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเลขอาชญากรรม ป.ป.ง. มอบหมายเป็นหนังสือยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแพ่ง เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับบัญชีลูกค้ำสถาบันการเงิน เครื่องมืออุปกรณ์สื่อสาร เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้หรืออาจถูกใช้ในการฟอกเงิน โดยศาลอนุญาตได้คราวละไม่เกิน 90 วัน เป็นต้น

จากตัวอย่างบทบัญญัติในพระราชบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติที่มีฐานะเป็นกฎหมายพิเศษนี้ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ตามบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละฉบับ การจะบังคับใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ได้นั้น ความผิดจะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายฉบับนั้นมุ่งคุ้มครองเป็นกรณีเฉพาะเท่านั้น และต้องมีการกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตามกฎหมายอีกด้วย หากข้อเท็จจริงในคดีไม่เป็นไปตามความผิดที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ทั้งจากการที่ไม่ครบองค์ประกอบความผิดหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่ครบเงื่อนไขตามที่พระราชบัญญัติเหล่านี้กำหนดไว้ เจ้าพนักงานตามกฎหมายพิเศษนี้จะไม่สามารถใช้อำนาจในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการสืบสวนสอบสวนในกรณีที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะที่ตนเองมีหน้าที่รับผิดชอบและไม่อาจหาพยานหลักฐานเพื่อป้องกันการกระทำความผิดได้

ทั้งนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดให้พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสามารถร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวใช้อำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติได้เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากแต่การร้องขอเจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่นเพื่อรวบรวมพยานหลักฐาน

อิเล็กทรอนิกส์อาจทำให้เกิดความล่าช้าและปัญหาเกี่ยวกับการประสานงานกันระหว่างพนักงานสอบสวนและเจ้าพนักงานได้

การที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์กระจัดกระจายไปตามพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ทำให้หลักเกณฑ์ในการจะใช้อำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีความแตกต่างกันไป ส่งผลให้อำนาจในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้นทับซ้อนกัน อาจเกิดกรณีที่การกระทำความผิดเป็นความผิดตามกฎหมายหลายฉบับ เมื่อมีการรวบรวมพยานหลักฐานตามกฎหมายหนึ่งแล้ว จะสามารถนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในอีกกฎหมายหนึ่งได้หรือไม่ หรือหากเป็นพยานหลักฐานที่รวบรวมมาด้วยพระราชบัญญัติฉบับอื่น รวมถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ในกรณีที่ไม่ได้มีการร้องขอให้เก็บรวบรวมจากพนักงานสอบสวนตามมาตรา 18 วรรคสองแล้ว พยานหลักฐานที่ถูกรวบรวมมาด้วยอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายอื่นจะสามารถนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาทั่วไปได้หรือไม่

การนำพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมที่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญให้ความคิดเห็นและความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญอาจแตกต่างกัน ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ที่นำมาใช้ เมื่อรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์แล้วจึงจำเป็นจะต้องมีการรักษาความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานและมีการตรวจพิสูจน์หลักฐานทางดิจิทัล (Digital Forensics) หรือการตรวจพิสูจน์ทางนิติคอมพิวเตอร์ (Computer Forensics) ซึ่งเป็นกระบวนการในการปฏิบัติงานกับพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ จะเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนการเก็บหลักฐาน การควบคุมการเข้าถึง การส่งต่อ-รับมอบ ในกรณีที่มีการปฏิบัติงานร่วมกับหน่วยงานอื่น ไปจนถึงการทำลายพยานหลักฐาน ทุกขั้นตอนต้องมีการบันทึกการดำเนินงานอย่างละเอียด และมีการลงชื่อผู้รับผิดชอบเพื่อเป็นหลักฐาน โดยเป็นการทำให้พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์สามารถตรวจสอบได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่แท้จริง (Authentication of Evidence) การเก็บรวบรวมและส่งต่อไปตามหลักในการรักษาห่วงโซ่ของพยานหลักฐาน (Chain of Custody) และสามารถยืนยันในความถูกต้องของพยานหลักฐาน (Evidence Validation) ได้ การดำเนินการตรวจพิสูจน์การแก้ไขเปลี่ยนแปลงและรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก่อนที่จะนำมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมจึงควรมีการกำหนดไว้ให้ชัดเจนเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเมื่อนำพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในกระบวนการยุติธรรม

เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศในประเด็นปัญหาการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้น ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มีรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 กำหนดเกี่ยวกับการค้นพยานหลักฐานและมีบทบัญญัติ

เกี่ยวกับการไต่ถามซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหพันธรัฐ (Federal Rules of Criminal Procedure) และกฎหมายอื่น ๆ ส่วนประเทศอังกฤษมี The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ อีกทั้ง สหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษยังใช้แนวคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีอันเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานได้อีกด้วย

ส่วนหลักกฎหมายของรัฐควีนส์แลนด์ เครือรัฐออสเตรเลียที่บัญญัติไว้ใน Police Powers and Responsibilities Act 2020 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และอธิบายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจของรัฐควีนส์แลนด์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้อำนาจในการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำความผิดและการบังคับใช้กฎหมาย กฎหมายฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดกระบวนการตลอดจนวิธีปฏิบัติหลักเกณฑ์ต่าง ๆ โดยกฎหมายของรัฐควีนส์แลนด์มีการบัญญัตินิยามความหมายของคำสำคัญและกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะทำให้เกิดความชัดเจนในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และมีแนวคำพิพากษาศาลวางหลักเกี่ยวกับการเข้าถึงพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ด้วยเช่นกัน

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์และการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่กำหนดให้เจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่นมีอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งอาจทำให้การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานเกิดปัญหาการทับซ้อนกันของหลักเกณฑ์การรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์และส่งผลกระทบต่อความเกี่ยวข้องกับการรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้น หากมีการรวบรวมหลักฐานการไต่ถามซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งบัญญัติกระบวนการและวิธีการดำเนินอรรถคดีย่อมทำให้เกิดความชัดเจนและเกิดประสิทธิภาพในทางปฏิบัติมากกว่า ดังนั้น จึงเห็นควรให้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นบทกฎหมายทั่วไป ในลักษณะเดียวกับบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และเครือรัฐออสเตรเลีย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจและขอบเขตอำนาจของพนักงานสอบสวนในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการสื่อสารในปัจจุบันทำให้เทคโนโลยีเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตของประชาชนในประเทศไทย การใช้งานและติดต่อสื่อสารผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตส่วนก่อให้เกิดพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ได้ทั้งสิ้น การจะเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นพยานหลักฐานในการสืบหาร่องรอยผู้กระทำความผิด หรือเป็นพยานหลักฐานที่พิสูจน์เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น บางครั้งจึงอาจเป็นการล่วงเข้าไปในส่วนของข้อมูลส่วนบุคคลที่เชื่อมโยงไปถึงตัวบุคคล ข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมที่ทำ หรือข้อมูลอื่นที่บุคคลไม่ต้องการเปิดเผยแก่ผู้อื่น รวมถึงอาจจำเป็นต้องเข้าไปถึงข้อมูลที่มีการใส่รหัสลับเอาไว้ โดยความเป็นส่วนตัวของบุคคลดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญที่มีการรับรองและคุ้มครองไว้ตามกฎหมาย การมีบทบัญญัติที่จะใช้กำหนดอำนาจและขอบเขตในการเข้าถึงและเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้นจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก จากการศึกษาพบปัญหาเกี่ยวกับอำนาจและขอบเขตอำนาจของพนักงานสอบสวนในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ ดังต่อไปนี้

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจทั่วไปของพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานได้ทุกชนิดเท่าที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดหรือบริสุทธ์ของผู้ต้องหาซึ่งอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานนั้นสามารถทำได้หลายประการตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ลักษณะ 2 การสอบสวนหมวด 1 การสอบสวนสามัญตั้งแต่มาตรา 130 ถึงมาตรา 139 แต่ปัจจุบันมาตรา 136 ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547 เช่น อำนาจในการค้น อำนาจในการยึด อำนาจเรียก อำนาจจับกุม เป็นต้น บทบัญญัติอำนาจดังกล่าวเป็นเพียงบทกำหนดอำนาจในการค้นหาพยานหลักฐานทั่วไป อาทิ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

เมื่อพิจารณาลักษณะของพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ จะเห็นได้ว่า พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะอยู่ในรูปแบบของข้อมูล (Data) หรือสารสนเทศ (Information) ที่จะถูกเก็บบันทึกไว้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ หรืออาจถูกส่งไปยังอุปกรณ์อื่นผ่านระบบเครือข่ายหรือด้วยวิธีการอื่นได้ด้วย และอาจจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ลบทำลาย หรือเขียนข้อมูลทับได้ง่าย ซึ่งจะแตกต่างจากพยานหลักฐานทั่วไปที่สามารถจับต้องและเข้าถึงได้โดยไม่ต้องผ่านตัวกลางอื่น อีกทั้ง การจะเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้

จำเป็นจะต้องมีการเข้าถึงอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นแหล่งเก็บข้อมูลอื่น ๆ นอกจากข้อมูลที่เป็นพยานหลักฐานในคดีอีกด้วย ทำให้การเก็บพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์บางครั้ง ไม่อาจใช้หลักเกณฑ์ในการเก็บรวบรวมตามวิธีการทั่วไปเหมือนพยานหลักฐานประเภทอื่นได้

ตัวอย่างเช่น การใช้อำนาจค้นตามมาตรา 132 (2) ในการจะต้องระบุรายละเอียดในการขอหมายค้นจากศาลตามมาตรา 69 การขอหมายค้นศาลต้องระบุชัดเจนว่า ถึงรายละเอียดของสิ่งที่จะค้นและรายละเอียดเกี่ยวกับการค้นว่าจะค้นอะไรหรือส่วนไหนบ้าง ซึ่งในการเข้าค้นพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์อาจจะยากที่จะต้องระบุรายละเอียดอย่างชัดเจนเหมือนพยานหลักฐานทั่วไป หรือปัญหาเงื่อนไขเวลาในการเข้าค้นพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งบางครั้งการเข้าถึงพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์สามารถค้นได้จากการใช้อุปกรณ์อื่นเข้าไปในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดอยู่ จึงควรให้ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีสิ่งผิดกฎหมายชุกซ่อนอยู่หากเวลานั้นจะมีการยกย้ายถ่ายเท หรือทำลายไปสามารถเข้าค้นพยานหลักฐานได้ทันที รวมถึงกรณีที่พนักงานสอบสวนพบเห็นการกระทำความผิดบนเครือข่ายออนไลน์ก็ควรให้สามารถดำเนินการค้นได้โดยใช้ตีความตามมาตรา 98 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยถือว่าเป็นการค้นเมื่อพบเห็นความผิดซึ่งหน้า หรือกรณีการเรียกให้ส่งมอบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือสารสนเทศตามมาตรา 132 (3) ซึ่งแตกต่างจากการเรียกให้ส่งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ เป็นต้น

ดังนั้น จึงควรมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการบังคับใช้อำนาจทั่วไปบางประการของพนักงานสอบสวนในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเหมาะสมกับลักษณะของพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนมีกรอบการปฏิบัติหน้าที่ที่ชัดเจนเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำของพนักงานสอบสวนเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายและละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจเพิ่มเติมของพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

ประเทศไทยได้บัญญัติถึงอำนาจได้มาซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในกฎหมายพิเศษบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการเรียกข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์จากระบบคอมพิวเตอร์ สั่งให้บุคคลซึ่งครอบครองหรือควบคุมข้อมูลคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์

ดังกล่าว หรือตรวจสอบ เข้าถึง หรือถอดรหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ให้อำนาจพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือ สื่อเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้ หรืออาจถูกใช้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้ เป็นต้น

ทั้งนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มีความแตกต่างกับกฎหมายพิเศษฉบับอื่นปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 18 วรรคสอง ที่ได้กำหนดให้ การกระทำความผิดต่อกฎหมายอื่นซึ่งได้ใช้ระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นองค์ประกอบหรือเป็นส่วนหนึ่งในการกระทำความผิด หรือมีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายอื่น พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอาจร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ดำเนินการตาม มาตรา 18 วรรคหนึ่ง ซึ่งบทบัญญัตินี้กำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องร้องขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ให้เก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในคดี เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ข้อสังเกตที่สำคัญเกี่ยวกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 18 ดังกล่าว คือ แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 จะกำหนดให้มีพนักงานเจ้าหน้าที่ หากแต่ก็ไม่ได้เป็นการตัดอำนาจเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ว่าจะ เป็นพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ หรือพนักงานสอบสวนที่จะดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ เพียงแต่พนักงานสอบสวนอาจไม่มีอำนาจบางประการที่ตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น และพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มีขึ้นเพื่อเปิดโอกาสให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ใช่พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น สามารถปฏิบัติหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นเดียวกับพนักงานสอบสวน

เมื่อบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 นั้น ไม่ได้ตัดอำนาจพนักงานสอบสวนในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ พนักงานสอบสวนจึงยังสามารถใช้อำนาจตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญาในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน หากแต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์และอำนาจใน

การได้มาซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะเห็นได้ว่า อำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังไม่เพียงพอต่อการรวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าว เนื่องจากข้อมูลซึ่งเป็นพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์อาจเป็นข้อมูลที่มีการเข้ารหัส ข้อมูลการใช้งาน ข้อมูลในระบบเครือข่าย ทำให้บางครั้งการเก็บพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ไม่อาจใช้อำนาจและวิธีการทั่วไปเหมือนพยานหลักฐานประเภทอื่นได้ ดังที่กฎหมายพิเศษอื่นก็ได้มีการบัญญัติการเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือข้อมูลข่าวสารอื่น ๆ ไว้เป็นการเฉพาะเพิ่มเติมจากบทบัญญัติทั่วไปเช่นเดียวกัน อีกทั้ง การจะร้องขอให้เจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่นรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในคดีอาญาทั่วไปก็อาจเกิดความล่าช้าและปัญหาด้านการประสานงานในการปฏิบัติได้

ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดอำนาจพิเศษบางประการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนและสอบสวนคดีอาญาทั่วไป เพื่อให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจพิเศษเพิ่มเติมในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งอำนาจดังกล่าวมีความเหมาะสมต่อการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์และช่วยให้การได้มาซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

การแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือการแสวงหาข้อมูลเพื่อค้นหาความจริงมีความสำคัญต่อระบบการดำเนินคดีอาญาที่ต้องการค้นหาความจริงโดยมุ่งเน้นการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชนในรัฐ การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนอาจเป็นการเข้าไปแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลไว้ และยังมีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ของบุคคลอีกด้วย ซึ่งสิทธิที่ได้รับความสำคัญและให้ความคุ้มครองมานานคือ สิทธิส่วนบุคคล ที่รวมถึงความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัว (information privacy) และความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (privacy of communication) อีกด้วย

หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีสาระสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ ซึ่งเป็นหลักที่ประสงค์ให้การกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจบริหารต้องผูกพันกับกฎหมายที่องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติตราขึ้น กล่าวคือ ฝ่ายปกครอง (Administration) จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แม้การกระทำ

นั่นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักการเช่นนี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

เมื่อมีความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือระบบเครือข่ายเกิดขึ้น การปฏิบัติงานด้านการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงของพนักงานสอบสวนอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งอยู่ในอุปกรณ์และเครือข่ายดังกล่าวอาจทำให้พนักงานสอบสวนพบเห็นข้อมูลซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการทำความผิด หากแต่เพื่อการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมจึงมีความจำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายที่หลายครั้งอาจต้องกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ทำให้จะต้องมีการพิจารณาถึงคุณภาพระหว่างขอบเขตการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานกับการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สำหรับการใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

ดังนั้น จึงควรกำหนดมาตรการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน โดยองค์กรศาล โดยการใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะกระทำได้อเมื่อมีหมายจากศาล หากแต่ในบางกรณีควรมีข้อยกเว้นในการใช้อำนาจที่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลในทันทีได้ เพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวนและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมอย่างรวดเร็วและเป็นธรรม

เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศในประเด็นปัญหาการกำหนดอำนาจและขอบเขตอำนาจของพนักงานสอบสวนในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้น สหรัฐอเมริกามีรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของของสหพันธรัฐ (Federal Rules of Criminal Procedure) กำหนดการค้นข้อมูลสารสนเทศที่ถูกบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีหมายค้นจากศาลเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นการค้นโดยไม่มีหมาย โดยการค้นนั้นจะต้องเป็นการค้นที่ไม่ละเมิดต่อคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลในสิทธิส่วนบุคคลและมีเหตุอันควรจากการเข้าข้อยกเว้นเรื่องการค้นโดยไม่มีหมาย ดังนี้ 1) ต้องได้รับความยินยอม (Consent) 2) กระทำในกรณีฉุกเฉิน (Exigent Circumstances) 3) เป็นพยานหลักฐานที่ประจักษ์แจ้ง (Search Incident to a Lawful Arrest) 4) เป็นกรณีค้นเพื่อการจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมาย (Plain View) 5) เป็นการค้นทรัพย์สิน (Inventory Searches) 6) เป็นการค้น ณ จุดผ่านแดน (Border Searches) และ 7) เป็นการค้นในประเด็นเรื่องระหว่างประเทศ (Probation

and Parole) รวมถึงมีกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับที่กำหนดอำนาจพิเศษเพิ่มเติมและหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์อีกด้วย

บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและขอบเขตอำนาจของตำรวจของประเทศอังกฤษนั้นปรากฏหลักเกณฑ์ใน The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยที่มีการบัญญัติถึงการใช้อำนาจในการค้นเพื่อให้ได้ข้อมูลซึ่งถูกจัดเก็บไว้ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าพนักงาน โดยกำหนดให้การใช้อำนาจของตำรวจจะต้องมีการออกหมายจากศาล (Justice of the peace) ซึ่งศาลจะออกหมายนั้นได้ เมื่อเป็นเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นความผิดอาญาร้ายแรง (Serious arrestable offence) เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ 1) จะได้รับความยินยอม 2) เป็นการค้นเพื่อช่วยชีวิต หรือทำให้บุคคลอื่นรอดพ้นจากอันตราย 3) เพื่อป้องกันการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และ 4) เป็นการค้นอันเนื่องเกี่ยวกับการจับกุม เจ้าพนักงานจึงจะสามารถทำการค้นโดยไม่จำเป็นต้องมีหมายศาลได้

ในส่วนกฎหมายของรัฐควีนส์แลนด์ เครือรัฐออสเตรเลียมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้นปรากฏใน Police Powers and Responsibilities Act 2020 บทที่ 7 ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในเรื่องเกี่ยวกับหมายค้น การได้มาซึ่งเอกสาร การเข้าถึงภาพดิจิทัลหรือข้อมูลอื่น และสถานที่เกิดเหตุ โดยผู้พิพากษาของศาลสูงหรือศาลท้องถิ่นอาจมีคำสั่งหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจขอให้ผู้พิพากษามีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจกระทำการต่ออุปกรณ์ดิจิทัลทั้งอุปกรณ์ดิจิทัลที่พบในสถานที่ที่ค้น หรืออุปกรณ์ดิจิทัลที่ยึดกลับมาหลังจากการค้น หรืออุปกรณ์ดิจิทัลที่พบในสถานที่เกิดเหตุ หรือถูกยึดมาจากสถานที่เกิดเหตุ ดังนี้ 1) เข้าถึงอุปกรณ์ดิจิทัล 2) เข้าถึงชุดข้อมูลเพื่อเข้าถึงอุปกรณ์ดิจิทัล หรือขอให้บุคคลที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือที่จำเป็นเพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้รับ ชุดข้อมูลเพื่อเข้าถึงอุปกรณ์ดิจิทัล 3) ใช้ชุดข้อมูลเพื่อเข้าถึงอุปกรณ์เข้าถึงข้อมูลอุปกรณ์ 4) ตรวจสอบข้อมูลอุปกรณ์ เพื่อหาว่าข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือไม่ 5) ทำสำเนาข้อมูลอุปกรณ์ที่อาจเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด รวมทั้งสามารถใช้อุปกรณ์ดิจิทัลอื่นทำสำเนาข้อมูลอุปกรณ์ และ 6) เปลี่ยนข้อมูลอุปกรณ์ที่อาจเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเป็นเอกสาร หรือเป็นรูปแบบอื่นที่จะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถเข้าใจได้

ทั้งนี้ ใน Police Powers and Responsibilities Act 2020 ของรัฐควีนส์แลนด์ ยังมีการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจตามที่บัญญัติไว้ในในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีการยื่นคำร้องขอต่อเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือผู้พิพากษาให้มีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจตามที่ร้องขอ โดยการระบุรายละเอียด ดังนี้ 1) เวลาหรือระยะเวลาที่บุคคลที่เกี่ยวข้องต้องให้ข้อมูลหรือความร่วมมือแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือที่เจ้าหน้าที่

ตำรวจต้องใช้เพื่อเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ 2) สถานที่ที่บุคคลที่เกี่ยวข้องต้องให้ข้อมูลหรือความร่วมมือ หรือสถานที่ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องใช้เพื่อเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ 3) เงื่อนไขใด ๆ ที่ทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือความร่วมมือ และ 4) ความขัดข้องในการปฏิบัติตามที่อาจเกิดขึ้นจากการจัดการภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 205A ไว้ในคำสั่งหรือหมายนั้นอีกด้วย

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับอำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ยังขาดบทบัญญัติและหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม หากแต่การอนุญาตให้พนักงานสอบสวนสามารถแสวงหาพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ที่อาจเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหรืออาจจำเป็นต้องเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อใช้ในการดำเนินคดีอาญานั้น จะต้องพิจารณาระหว่างสิทธิส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอำนาจรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานลงโทษผู้กระทำความผิด การบัญญัติอำนาจและขอบเขตอำนาจที่พนักงานสอบสวนสามารถใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในกฎหมายที่เป็นกฎหมายทั่วไปอย่างชัดเจนจะทำให้พนักงานสอบสวนสามารถใช้อำนาจได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม รวมถึงไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเกินกว่าที่ควรอีกด้วย ดังนั้น จึงเห็นควรนำหลักเกณฑ์และหลักกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐควีนแลนด์ตาม Police Powers and Responsibilities Act 2020 และกฎหมายพิเศษอื่นของประเทศไทยมาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการบังคับใช้อำนาจทั่วไปและกำหนดเป็นอำนาจเพิ่มเติมที่พนักงานสอบสวนสามารถกระทำได้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมถึงนำหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตจากศาลและข้อยกเว้นการขออนุญาตดังกล่าวตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมาปรับใช้เป็นขอบเขตในการใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนให้กระทำต่อเมื่อได้รับหมายค้นหรือคำสั่งอนุญาตจากศาลก่อนเท่านั้น เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นบางกรณีเพื่อประโยชน์แห่งคดี

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับแนวทางขั้นตอนในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

ประเทศไทยได้วางระบบการดำเนินคดีอาญาแยกการสอบสวน (Inquiry) และการฟ้องร้อง (Prosecution) ออกจากกัน ในส่วนการสอบสวนนั้นเป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนในการดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้วจึงส่งสำนวนสอบสวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาเกี่ยวกับการจะสั่งหรือไม่สั่งฟ้องผู้ต้องหา โดยกระบวนการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานถือว่าเป็นกระบวนการแรกเริ่มในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและถือได้ว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมาก หากการสอบสวนดำเนินไปโดยปราศจากความเป็นธรรมหรือขาดประสิทธิภาพย่อมส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมแก่ประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะเป็นข้อมูลในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือระบบอิเล็กทรอนิกส์ก็เช่นเดียวกัน หากการรวบรวมพยานหลักฐาน

นั้นไม่ถูกต้องหรือการเก็บรักษาพยานหลักฐานนั้นไม่เหมาะสมอาจทำให้พยานหลักฐานนั้นขาดความน่าเชื่อถือในชั้นฟ้องร้องหรือไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานจนไม่อาจพิสูจน์ความบริสุทธิ์หรือความผิดของจำเลยในคดี

การดำเนินงานด้านการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยยังขาดแนวทางตลอดจนรูปแบบที่ชัดเจน โดยเฉพาะแนวทางการปฏิบัติงานสำหรับพนักงานสอบสวนในด้านการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานเบื้องต้นไว้แต่กลับไม่มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ การรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ต้องนำกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานทั่วไปและบทบัญญัติในกฎหมายพิเศษอื่นมาใช้ อีกทั้ง บทบัญญัติมาตรา 131 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการรวบรวมพยานหลักฐานนั้น ไม่ได้บังคับให้พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องในคดีทั้งหมดรวมเข้าไปในสำนวน จึงเป็นการให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการใช้ดุลพินิจในการดำเนินการทำให้การได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดีอาจขึ้นอยู่กับความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ของพนักงานสอบสวนแต่ละคน ทั้งนี้ การสืบสวนเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริง (Truth Finding) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงและสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ แต่หากพนักงานสอบสวนไม่ทำการค้นหาความจริงในการสอบสวนหรือรวบรวมพยานหลักฐานเข้ามาในสำนวนสอบสวนแล้วย่อมทำให้เกิดปัญหาในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน การมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จึงจะช่วยให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายของพนักงานสอบสวน

อีกทั้ง คู่มือการปฏิบัติงานการตรวจพิสูจน์อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่สำนักงานพิสูจน์หลักฐานตำรวจจัดทำขึ้นเพื่อการปฏิบัติงานด้านการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะ แต่กลับเป็นเพียงคู่มือในการปฏิบัติงานและผลบังคับใช้ในทางกฎหมาย การนำแนวทางการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์มาบัญญัติเป็นแนวทางไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนย่อมแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์และทำให้เกิดแนวทางปฏิบัติให้ชัดเจน ทั้งในเรื่องอำนาจหน้าที่เจ้าพนักงาน วิธีสืบสวนสอบสวน การรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ การเก็บรักษาพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ และการตรวจสอบพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้พนักงานสอบสวนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีหลักเกณฑ์ที่ในการปฏิบัติให้เป็นไปในทางเดียวกัน รวมทั้งยังช่วยไม่ให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน

อิเล็กทรอนิกส์ผิดพลาด อันเนื่องมาจากพนักงานสอบสวนขาดความรู้ความสามารถหรือขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติงาน

เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศในประเด็นปัญหาการกำหนดอำนาจและขอบเขตอำนาจของพนักงานสอบสวนในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้น สหรัฐอเมริกานั้นให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีการจัดหน่วยงานรับผิดชอบที่มีอำนาจในการเก็บรวบรวมและตรวจพิสูจน์พยานหลักฐาน เนื่องจากขั้นตอนในการเก็บรวบรวม การจัดเก็บ และการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์จะต้องกระทำภายใต้กระบวนการทางนิติวิทยาศาสตร์โดยใช้วิธีการที่เป็นที่ยอมรับซึ่ง Office of Legal Education Executive Office for United States Attorneys ได้มีการเผยแพร่คู่มือการดำเนินคดีของพนักงานอัยการสหรัฐอเมริกา Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations ที่มีเนื้อหาในการอธิบายวิธีการดำเนินการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์และเน้นย้ำทำงานในแต่ละขั้นตอนอย่างละเอียดเพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องสามารถปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพ

ประเทศอังกฤษได้ให้ความสำคัญกับแนวทางการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เช่นเดียวกัน โดยสมาคมตำรวจของประเทศอังกฤษ หรือองค์กร Association of Chief Police Officers (ACPO) ได้มีการจัดทำคู่มือ Good Practice Guide for Computer based Electronic Evidence ซึ่งเป็นคู่มือที่กำหนดแนวทางการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าพนักงานและตำรวจ รวมถึงบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวมพยานหลักฐาน และคู่มือนี้ได้มีการปรับปรุงหลายฉบับเพื่อให้สอดคล้องและเป็นไปตามมาตรฐานในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ แม้จะไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายก็ตาม

ในบทบัญญัติกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย รัฐควีนส์แลนด์มีการกำหนดหลักเกณฑ์แนวทางในการรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เบื้องต้นในสถานที่เกิดเหตุไว้ใน Police Powers and Responsibilities Act 2020 บทที่ 7 ว่าด้วยหมายค้น การได้มาซึ่งเอกสาร การเข้าถึงภาพดิจิทัลหรือข้อมูลอื่น และสถานที่เกิดเหตุ (Search warrants, obtaining documents, accessing registered digital photos and other information, and crime scenes) ลักษณะ 3 สถานที่เกิดเหตุ (Crime Scene) และองค์กร Australasian Centre for Policing Research (2009) ได้จัดทำคู่มือกำหนดแนวทางการปฏิบัติในการตรวจยึดอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ในสถานที่เกิดเหตุซึ่งเป็นเพียงข้อเสนอแนะที่ไม่ได้มีการบังคับใช้หรือเป็นข้อกำหนดที่เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า พนักงานสอบสวนสามารถใช้ดุลยพินิจโดยปราศจากบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการปฏิบัติที่ชัดเจนเป็นแนวทางในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์และไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองใดใช้บังคับเพื่อกำหนดแนวทางการปฏิบัติ

ในการเก็บรวบรวม การจัดเก็บรักษา และการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ของพนักงานสอบสวน โดยเฉพาะซึ่งอาจเป็นเหตุให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เป็นไปอย่างถูกต้องเหมาะสม รวมถึงอาจเกิดกรณีที่พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์บางชนิดไม่ถูกเก็บรวบรวม หรือแม้จะถูกเก็บรวบรวมมาแล้วแต่ก็ไม่สามารถใช้เป็นพยานที่น่าเชื่อถือได้จากการปฏิบัติหน้าที่ในการเก็บรวบรวมของพนักงานสอบสวนแล้ว ปัญหาเหล่านี้ล้วนส่งผลต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี ดังนั้น จึงเห็นควรนำบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับแนวทางการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในสถานที่เกิดเหตุของเครื่องรัฐออสเตรเลีย รัฐควีนส์แลนด์ และระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีกับคู่มือบางส่วนที่เหมาะสมของประเทศไทย มาบัญญัติเป็นกฎหมายกระทรวง ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงควรมีการพัฒนาบุคลากรอย่างพนักงานสอบสวน ในด้านการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ขั้นพื้นฐานเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนมากที่สุด