

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบการเว็บไซต์ ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อมนุษยชาติได้พัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศเพิ่มขึ้น ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับระบบอินเทอร์เน็ตจึงทวีความรุนแรงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบหรือวิธีการในการกระทำความผิดก็แตกต่างกันไปจากเดิม ทำให้ระบบอินเทอร์เน็ตกลายเป็นเครื่องมือที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาชญากรนำมาใช้เป็นเครื่องมือ หรือมีส่วนในการกระทำความผิดกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาการหมิ่นประมาทหรือปัญหาการเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่เหมาะสมบนโลกอินเทอร์เน็ตซึ่งได้แพร่กระจายออกไปเป็นวงกว้าง มิใช่เป็นปัญหาเฉพาะในสังคมใดสังคมหนึ่งเท่านั้น แต่เป็นปัญหาระหว่างประเทศหรือปัญหาระดับชาติที่สำคัญประการหนึ่ง เนื่องจากระบบอินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทในการติดต่อสื่อสารแพร่หลายไปทั่วโลก ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ประเทศต่างๆ ได้พยายามที่จะสร้างกลไกทางกฎหมายขึ้นมา เพื่อขจัดปัญหาการกระทำความผิดดังกล่าวให้หมดสิ้นไป รวมทั้งมีการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมาย หรือมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดบนระบบอินเทอร์เน็ตให้มีประสิทธิภาพและสามารถบังคับได้อย่างแท้จริง

ในบทนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบการเว็บไซต์ ในกรณีที่มีการหมิ่นประมาทหรือเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่เหมาะสม ซึ่งอยู่ในพื้นที่การให้บริการเว็บไซต์ของผู้ให้บริการ โดยศึกษาจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ สหภาพยุโรป และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ และประมวลผลเป็นข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไข หรือเพิ่มเติมกฎหมายต่อไป

3.1 กฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law

3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากสภาพปัญหาเกี่ยวกับภาพลามกบนอินเทอร์เน็ตในประเทศสหรัฐอเมริกา ส่งผลทำให้รัฐสภามีความพยายามที่จะออกกฎหมายฉบับใหม่ซึ่งเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันเกิดจากการสร้างการจำหน่าย การขาย หรือครอบครองภาพลามกเด็กให้มีความเคร่งครัดมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดปัญหาภาพลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต และเพื่อคุ้มครองเด็กจากการเข้าถึง

ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต ตลอดจนการที่เด็กมีส่วนร่วมในการผลิตภาพลามก หรือจากการตกเป็นเหยื่อในการเผยแพร่ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต

ภายหลังจากการออกกฎหมายที่ชื่อว่า Communication Decency Act 1996 (CDA) ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ประสบความสำเร็จ ทำให้รัฐสภาจำเป็นต้องออกกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมภาพลามกเด็กฉบับใหม่ อันได้แก่ Child Pornography Protection Act 1996 (CPPA) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กจากการเข้าถึงสิ่งลามกบนอินเทอร์เน็ต และเพื่อป้องกันไม่ให้เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการผลิตภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต หรือการที่เด็กตกอยู่ในสภาพที่ไม่เหมาะสม กฎหมายฉบับดังกล่าวได้บัญญัติห้ามบุคคลใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์โดยมีเจตนาเพื่อผลิตภาพลามกเด็กเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะควบคุมการผลิตภาพลามกเด็ก หรือการที่มีเด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการผลิตภาพลามกอย่างแท้จริง ที่มีใช้การใช้วิธีการตัดต่อ¹

ตามมาตรา 2256 ของกฎหมาย Child Pornography Protection Act 1996 (CPPA) ได้นิยามศัพท์ของคำว่า “สิ่งลามก” หมายถึง ภาพถ่าย ฟิล์ม วิดีโอ รูปภาพ หรือคอมพิวเตอร์ไม่ว่าการผลิตสิ่งลามกนั้นจะเกิดขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องจักรกล หรือเกิดขึ้นโดยวิธีการอื่นๆ ก็ตาม² มาตรา 2256 (A) กำหนดว่า หากการผลิตสิ่งลามกดังกล่าว มีการใช้เด็กเพื่อการผลิตอย่างแท้จริง และตามมาตรา 2256 (B) กำหนดว่า หากสิ่งลามกดังกล่าวปรากฏให้เห็นว่ามีเด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการผลิตอย่างแท้จริง และตามมาตรา 2256 (C) กำหนดว่า ภาพดังกล่าวถูกสร้าง

¹ The Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA) was a United States federal law to restrict child pornography on the internet, including virtual child pornography. Before 1996, Congress defined child pornography with reference to the Ferber standard. In *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), the Supreme Court held that the government could restrict the distribution of child pornography to protect children from the child sexual abuse harm inherent in making it. In *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), the Ferber proscription was extended by the Court to the mere possession of child pornography. The Child Pornography Prevention Act added two categories of speech to the definition of child pornography. The first prohibited “any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture” that “is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct.” In *Ashcroft* case, the Court observed that this provision “captures a range of depictions, sometimes called ‘virtual child pornography,’ which include computer-generated images, as well as images produced by more traditional means.” The second prohibited “any sexually explicit image that was advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression it depicts a minor engaging in sexually explicit conduct.” The Supreme Court struck down CPPA in 2002 in *Ashcroft v. Free Speech Coalition* for being overly broad.

² The Child Pornography Protection Act 1996 (CPPA). Section 2256, Section 2256 (A), Section 2256 (b).

หรือเลียนแบบ หรือดัดแปลงแก้ไขให้ปรากฏว่าเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง ได้ปรากฏในภาพดังกล่าว และตามมาตรา 2256 (D) กำหนดว่า ภาพดังกล่าวได้ถูกโฆษณา เชิญชวน แสดง พรรณนา หรือ จำหน่ายในทางที่ทำให้รู้สึกว่าเป็นเด็กในภาพดังกล่าวเป็นของจริง

อย่างไรก็ตาม กฎหมาย Child Pornography Protection Act 1996 (COPA) ก็ได้ถูกวิจารณ์ เช่นเดียวกับกฎหมาย Communication Decency Act 1996 (CDA) ว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้ กว้างเกินไป โดยเฉพาะบทบัญญัติในมาตรา 2256 (B) และมาตรา 2256 (D) เนื่องจากบุคคลทั่วไป ไม่อาจรู้ได้ว่า เด็กที่ปรากฏในภาพดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ นอกจากนี้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวยังให้นิยามศัพท์ของคำว่า “ภาพลามกเด็ก” หมายความว่า ต้องมีเด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการผลิตจริงๆ ในภาพดังกล่าว โดยไม่ได้บัญญัติถึงภาพ ดัดแปลงจากภาพเด็กจริงๆ หรือเป็นภาพตัดต่อขึ้นมาใหม่ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับภาพเด็ก ที่เกิดขึ้น โดยการตัดต่อนั้นขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพส่วนบุคคลตาม รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่ครอบคลุมถึงภาพลามกที่เป็นการตัดต่อขึ้นมาใหม่ โดยที่ไม่มี ตัวเด็กในการเข้าร่วมในการผลิตดังกล่าวอย่างแท้จริง

ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมภาพลามก บนอินเทอร์เน็ตอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ กฎหมาย Child Online Protection Act 1998 (COPA) โดยรัฐสภา ได้แก้ไขกฎหมายให้แคบลงกว่าเดิม และกฎหมายฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติครอบคลุมถึงการส่ง หรือเผยแพร่ภาพลามกที่เกิดขึ้นจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการเว็บไซต์เชิงพาณิชย์ด้วย โดยรัฐสภาให้เหตุผลในการออกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า เนื่องจากการที่อินเทอร์เน็ตเปิดโอกาส ให้เด็กสามารถเข้าถึงเนื้อหาผ่านเว็บไซต์ได้โดยง่าย ถ้าหากภาคอุตสาหกรรมและผู้ปกครองพยายาม ป้องกันการเข้าถึงแล้วแต่ไม่สำเร็จ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเด็กทั้งด้านร่างกายและจิตใจจากเนื้อหาที่ ไม่เหมาะสมดังกล่าว³ นอกจากนี้ การออกกฎหมายฉบับดังกล่าวยังมีเจตนารมณ์เพื่อขจัดปัญหาและ อุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับภาพลามกฉบับอื่นๆ กับผู้กระทำความผิด เนื่องจาก กฎหมายที่เกี่ยวกับภาพลามกเด็กส่วนใหญ่ยังมีข้อต่อสู้หลายประการ ซึ่งทำให้ไม่อาจฟ้องจำเลย ให้รับผิดตามกฎหมายได้

ตามมาตรา 231 ของกฎหมาย Child Online Protection Act 1998 (COPA) กำหนดให้ ผู้ให้บริการเว็บไซต์เชิงพาณิชย์ หรือมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร ซึ่งรู้หรือควรรู้ว่าการสื่อสารนั้นมีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก รวมอยู่ด้วย บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดตามกฎหมายฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้ให้บริการเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมแก่เด็ก มีหน้าที่ตรวจสอบผู้ใช้งานที่เข้าถึงเว็บไซต์ของตน ซึ่งหากบุคคลนั้นไม่ดำเนินการตามกฎหมาย

³ The Child Online Protection Act 1998 (COPA).

ดังกล่าว บุคคลนั้นย่อมได้รับโทษตามกฎหมาย นอกจากนั้น กฎหมายฉบับนี้ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “เนื้อหาที่ไม่เหมาะสม” (Harmful Materials) หมายถึง การสื่อสารใดๆ รูปภาพ ภาพภาพกราฟิก สิ่งของ การบันทึก การเขียน หรือเนื้อหาใดๆ ที่มีลักษณะเป็นสิ่งที่ลามก หรือตามหลัก Three-Prong Test

ต่อมาในปีเดียวกัน ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายเพื่อควบคุมภาพลามกเด็กอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ Protection of Children Form Sexual Predators Act of 1998 ซึ่งตามมาตรา 302 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้กำหนดความรับผิดชอบของบุคคลที่ถ่ายภาพลามกเด็กเพื่อแสวงหากำไร (Child Pornography Photography) และเพื่อควบคุมการสื่อสารที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือกรณีใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือเพื่อกิจกรรมทางเพศกับเด็ก⁴

ในปี ค.ศ. 2000 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายเพื่อควบคุมภาพลามกเด็กฉบับใหม่อีกครั้ง ได้แก่ Children’s Internet Protection Act (COPA) of 2000 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมเด็กจากการเข้าถึงสิ่งลามกของผู้ใหญ่จากโรงเรียน และห้องสมุดสาธารณะ ซึ่งทั้งสองแห่งได้รับเงินสนับสนุนจากกองทุนของรัฐบาลในการติดตั้งระบบเทคโนโลยีกั้นกรอง ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้เด็กเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม โดยเฉพาะภาพลามกและสิ่งลามกทั้งหลาย ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ถูกโต้แย้งจากสมาคมพิทักษ์สิทธิทางแพ่งสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกับกฎหมาย Child Protection Act of 1998 ว่าขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพส่วนบุคคล เนื่องจากการใช้เทคโนโลยีในการสกัดกั้นดังกล่าว ส่งผลทำให้สกัดกั้นเนื้อหาที่ไม่มีลักษณะลามกรวมไปด้วย⁵

ในปี ค.ศ. 2001 รัฐสภาได้เรียกร้องให้สถานศึกษาของรัฐ หรือห้องสมุดสาธารณะทุกแห่งปฏิบัติตามกฎหมายฉบับดังกล่าว โดยการติดตั้งระบบเทคโนโลยีกั้นกรองเนื้อหาต่างๆ ที่เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตแก่เด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี ในกรณีที่สถานที่เหล่านั้นได้รับเงินจากกองทุนรัฐบาลที่สนับสนุนให้จัดซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์ติดตั้งในสถานศึกษา และห้องสมุดดังกล่าว ซึ่งนโยบายดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้กับห้องสมุดสาธารณะแห่งหนึ่งในรัฐเวอร์จิเนีย โดยกำหนดให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องในห้องสมุดต้องติดตั้งซอฟต์แวร์ในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่เผยแพร่ภาพลามกเด็กหรือเนื้อหาลามกต่างๆ และเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมต่อเด็ก ส่งผลทำให้มีการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการปิดกั้นเว็บไซต์โดยผู้ดูแลห้องสมุด และเจ้าหน้าที่เว็บไซต์ที่ถูกปิดกั้น ซึ่งศาลตัดสินว่า การใช้ซอฟต์แวร์เพื่อปิดกั้นเว็บไซต์ดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น และเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ดูแลห้องสมุดในการเข้าถึงเว็บไซต์ ซึ่งขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา⁶

⁴ The Protection of Children Form Sexual Predators Act of 1998. Section 302.

⁵ The Child Protection Act of 1998.

⁶ Mainstream Louder V. Board of Trustees of the Loudon County Library, 24 F. Supp. 2d. (E.D. Va. 1998).

นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1991 ซึ่งปรากฏอยู่ในคดี *Cubby, Inc V. CompuServe, Inc*⁷ โดยศาลสหรัฐอเมริกาคัดสินว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือบริษัท CompuServe ซึ่งเป็นผู้ให้บริการกระดานข่าวหนังสือพิมพ์ โดยมีสมาชิกซึ่งสามารถเข้าถึงระบบกระดานข่าวดังกล่าว และสามารถอ่านจดหมายข่าวซึ่งมีชื่อหัวข้อว่า “Romeoville USA” ซึ่งมีข้อความหมิ่นประมาทโจทก์อยู่ในนั้นด้วย โดยในการให้บริการกระดานข่าวนี้บริษัท CompuServe ได้ทำสัญญาฉบับกับบริษัท Cameron Communications ให้ทำหน้าที่จัดการและตรวจสอบเนื้อหาบนกระดานข่าว ซึ่งบริษัท Cameron Communications ได้ทำสัญญากับ Don Fitzpatrick เพื่อเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมดเกี่ยวกับเนื้อหาของจดหมายข่าวอีกทีหนึ่ง โดยบริษัท CompuServe ไม่มีโอกาสตรวจสอบเนื้อหาในจดหมายข่าวก่อนที่จะเผยแพร่ไปยังสมาชิกของกระดานข่าว โจทก์ได้ยื่นฟ้องจำเลยหรือบริษัท CompuServe ให้รับผิดชอบในการตีพิมพ์ข้อความหมิ่นประมาท โดยบริษัท CompuServe ตอสู่ว่าตนได้กระทำในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายเท่านั้น ไม่ได้กระทำการเป็นผู้ตีพิมพ์ข้อความดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิด เนื่องจากจำเลยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงเนื้อหาดังกล่าวโดยศาลประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลักพิจารณาว่า โดยทั่วไปบุคคลที่ตีพิมพ์ข้อความหมิ่นประมาทต้องรับผิดตามกฎหมาย แต่บุคคลซึ่งเป็นเพียงผู้ขนส่งและห้องสมุดไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย หากบุคคลดังกล่าวไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาท นอกจากนั้นบุคคลซึ่งเป็นผู้จัดจำหน่ายต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยในคดีนี้ว่า บริษัท CompuServe มีฐานะเป็นเพียงผู้ให้บริการห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ที่แสวงหากำไร และไม่มีโอกาสที่จะใช้อำนาจในฐานะบรรณาธิการ (Editorial Control) ในการตรวจสอบเนื้อหาในจดหมายดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงตัดสินว่า บริษัท CompuServe เป็นเพียงผู้จัดจำหน่าย และกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริการับรองการให้บริการฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์เช่นเดียวกับผู้จัดจำหน่าย และโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า จำเลยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทนั้น ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า บริษัท CompuServe ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ในกรณีที่เป็นผู้ให้บริการที่ไม่มีโอกาสตรวจสอบเนื้อหา และโจทก์ไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทด้วยแล้ว ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิด ทั้งนี้ ตามคำวินิจฉัยของศาลในคดีดังกล่าว

ต่อมาในปี ค.ศ. 1995 ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในคดี *Stratton Oakmont, Inc. V. Prodigy Services Company*⁸ ในทางตรงกันข้ามกับคดีข้างต้น โดยตัดสินว่า จำเลยหรือบริษัท Prodigy

⁷ คดี *Cubby, Inc V. CompuServe, Inc*, 776 F. Supp. 135 (S.D.Y 1991).

⁸ คดี *Stratton Oakmont, Inc. V. Prodigy Services Company* (1995) WL 323710 (N.Y.Ct.1995).

ต้องรับผิดชอบในการส่งข้อความหมิ่นประมาทบนกระดานข่าว เมื่อมีบุคคลที่ไม่เปิดเผยตัวตนได้ส่งข้อความหมิ่นประมาทบนกระดานข่าวชื่อ “Money Talk” ของจำเลย ซึ่งเป็นกระดานข่าวเกี่ยวกับข้อมูลการเงินที่มีผู้ใช้บริการเป็นจำนวนมากได้เข้ามาอ่าน โดยบุคคลดังกล่าวได้ส่งข้อความกล่าวหาว่าโจทก์หรือ Stratton Oakmont ซึ่งเป็นบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์กระทำการฉ้อโกง โดยโจทก์ได้ยื่นฟ้องจำเลยว่าเป็นผู้ตีพิมพ์ข้อความหมิ่นประมาทนั้นบนกระดานข่าว “Money Talk” และผู้ดูแลกระดานข่าวของจำเลยกระทำการในฐานะที่เป็นตัวแทนของจำเลย โดยจำเลยยกข้อต่อสู้ในคดี Cubby ซึ่งศาลตัดสินว่า การกระทำของจำเลยเกี่ยวกับการส่งข้อความบนกระดานข่าวมีลักษณะเป็นผู้ตีพิมพ์ไม่ใช่ผู้จัดจำหน่าย เนื่องจากจำเลยได้ใช้อำนาจบรรณาธิการ (Editorial Control) ในการตรวจสอบเนื้อหาของข้อความบนกระดานข่าวของจำเลย โดยจำเลยได้ใช้แนวทางการติดตั้งโปรแกรมซอฟต์แวร์ตรวจสอบเนื้อหาอัตโนมัติเพื่อลบการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสมออกจากกระดานข่าวของจำเลย ซึ่งรวมถึงการส่งข้อความที่ไม่เหมาะสมอาจถูกลบออกไปเช่นเดียวกัน โดยจำเลยได้ว่าจ้างผู้ดูแลกระดานข่าวเป็นผู้ดำเนินการตามแนวทางดังกล่าวศาลตัดสินว่า จำเลยมีนโยบายเป็นของตนเองที่ใช้เทคโนโลยีกลั่นกรองและใช้การตัดสินใจของพนักงานของจำเลยในการตรวจสอบเนื้อหา จำเลยจึงมีฐานะเป็นผู้ตีพิมพ์ และจำเลยได้ใช้อำนาจของบรรณาธิการซึ่งเป็นการควบคุมโดยตรงในฐานะหัวหน้ากระดานข่าว ซึ่งต้องรับผิดชอบในการตรวจสอบและแก้ไขเนื้อหาบนกระดานข่าว และบุคคลดังกล่าวได้กระทำการเป็นตัวแทนของจำเลย ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ถ้าจำเลยเกี่ยวข้องกับการส่งข้อความบนกระดานข่าวมีลักษณะเป็นผู้ตีพิมพ์ไม่ใช่ผู้จัดจำหน่าย และใช้อำนาจในการตรวจสอบเนื้อหาบนกระดานข่าวของจำเลย โดยจำเลยได้ใช้แนวทางการติดตั้งโปรแกรมซอฟต์แวร์ตรวจสอบเนื้อหาอัตโนมัติเพื่อลบการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสมออกจากกระดานข่าวของจำเลย ถ้าหากจำเลยจ้างบุคคลอื่นให้ดูแลกระดานข่าวและจำเลยมีนโยบายเป็นของตนเองที่ใช้เทคโนโลยีกลั่นกรองและใช้การตัดสินใจของพนักงานของจำเลยในการตรวจสอบเนื้อหา จำเลยจึงมีฐานะเป็นผู้ตีพิมพ์ และจำเลยได้ใช้อำนาจของบรรณาธิการซึ่งเป็นการควบคุมโดยตรงในฐานะหัวหน้ากระดานข่าว ซึ่งต้องรับผิดชอบในการตรวจสอบและแก้ไขเนื้อหาบนกระดานข่าวซึ่งต้องรับผิดชอบจากกระทำของตัวแทนของจำเลยด้วย

ผลจากคดีนี้ ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเกิดความหวาดกลัวเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการใช้อำนาจบรรณาธิการในการตรวจสอบเนื้อหาซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการเผยแพร่เนื้อหาลามกอยู่บนพื้นที่ให้บริการของตน ส่งผลทำให้รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้เร่งการคัดค้านคดี Stratton Oakmont Case และการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เนื่องมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าอินเทอร์เน็ตเป็นพลังขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งรัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ตอบรับปัญหาดังกล่าว โดยการออกกฎหมาย Communication Decency Act 1996

(CDA) เพื่อเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มกัน (Immunity) แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากความรับผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทบนอินเทอร์เน็ต โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากความรับผิดในการหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต และทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจบรรณาธิการ (Editorial Control) ในการตรวจสอบเนื้อหาของสื่อประเภทอื่นกับผู้ให้บริการในระบบอินเทอร์เน็ต

กฎหมาย Communication Decency Act 1996 (CDA) ได้กำหนดบรรทัดฐานในการคุ้มครองสื่อสารบนอินเทอร์เน็ต ส่งผลทำให้บทบัญญัติหลายส่วนที่อยู่ใน Title V ของกฎหมาย Telecommunication Decency Act 1996 ไม่สามารถบังคับใช้บังคับกับคดีที่เกี่ยวกับการเข้าถึงภาพลามกของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และกฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทบนอินเทอร์เน็ต โดยมาตรา 230 ของกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้ทำการปิดกั้นเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ซึ่งถ้าหากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทำหน้าที่ตรวจสอบและลบเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมแล้ว ก็ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายในฐานะผู้ตีพิมพ์ และมาตรา 230 (b) กำหนดว่าเป็นนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ต้องการจัดอุปสรรคในการพัฒนาและการใช้เทคโนโลยีในการปิดกั้น และกลั่นกรอง ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมของเด็ก⁹

นอกจากนี้ กฎหมาย Communication Decency Act 1996 (CDA) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในมาตรา 230 (c) (1) ว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้ตีพิมพ์ หรือเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารแก่บุคคลอื่น และตามมาตรา 230 (c) (2) กำหนดว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดเกี่ยวกับการห้ามการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม หรือต้องรับผิดเกี่ยวกับการติดตั้งเครื่องมือทางเทคนิคเพื่อห้ามการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมบนอินเทอร์เน็ต โดยมาตรา 230 (c) (2) ของกฎหมายฉบับนี้เป็นผลมาจากคดี Stratton Oakmont Case ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติมาตรา มาตรา 230 (c) (1) ที่กำหนดว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่มีอำนาจในการตรวจสอบเช่นเดียวกับบรรณาธิการ จึงเป็นบทบัญญัติที่คุ้มกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้ไม่ต้องรับผิดในฐานะผู้ตีพิมพ์¹⁰

อย่างไรก็ตาม มาตรา 230 ของกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับผู้จัดจำหน่าย (Distributor) ดังนั้น ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงอาจอยู่ใน

⁹ Michael Deturbide. (2012). *Liability of Internet Service Providers for Deformation in the U.S. and Britain: Same Competing Interest Different Responses*. (Online). Available: http://www.2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/deturbide/. [2013, November 7].

¹⁰ Gerald R. (n.d.). *Ferreira and friends*. op.cit., p.349.

ฐานะผู้จัดจำหน่าย การตีความมาตรา 230 (c) (1) ของศาลในคดีต่อๆมา รวมถึงนโยบายที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมายฉบับนี้ได้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างกว้างขวาง

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ตามกฎหมาย Communication Decency Act 1996 (CDA) มาตรา 230 (c) (1) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้ตีพิมพ์ หรือเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารแก่บุคคลอื่น

3.1.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายเพื่อควบคุมการเผยแพร่ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต ได้แก่ Criminal Justice and Public Order Act 1994 (CJPOA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับภาพลามกในกฎหมายฉบับเดิม อันได้แก่ กฎหมาย Obscene Publication Act 1959 และ 1956 (OPA) และกฎหมาย Criminal Act 1988 (CJA) โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมนิยามคำว่า “สิ่งลามก” ของกฎหมายฉบับดังกล่าวให้มีความหมายครอบคลุมถึงเนื้อหาที่อยู่ในรูปของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer Data Format) เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่เดิม กับปัญหาภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต เป็นไปยาก และทำให้เกิดข้อจำกัดทางกฎหมายหลายประการ¹¹

โดยกฎหมายที่เป็นฉบับหลักซึ่งเกี่ยวกับการควบคุมสิ่งพิมพ์ลามกของประเทศอังกฤษ ได้แก่ Obscene Publication Act 1959 (OPA) มาตรา 1 (1) ของกฎหมายฉบับนี้ให้คำนิยามเกี่ยวกับ “สิ่งพิมพ์ลามก” หมายถึง สิ่งพิมพ์ใดเป็นสิ่งพิมพ์ลามกต่อเมื่อเนื้อหาทั้งหมด หรือแต่บางส่วนของสิ่งพิมพ์นั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมของบุคคลอื่นซึ่งได้อ่าน มองเห็น หรือ ได้ยินเนื้อหาที่อยู่ในนั้น และตามมาตรา 1 (2) ของกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของสิ่งลามกว่าเป็นการเผยแพร่สิ่งลามกที่ปรากฏอยู่ในรูปของข้อความ หรือรูปภาพ ซึ่งสามารถอ่านและมองเห็นได้ รวมถึงการบันทึกเสียง และบันทึกภาพลงบนวัตถุอื่นๆ ให้ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับดังกล่าว

มาตรา 1 (3) ของกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่สิ่งลามกไว้ว่า การตีพิมพ์ การจำหน่าย การเผยแพร่ การขาย หรือให้เช่า หรือให้ยืมสิ่งลามก และการกระทำที่สิ่งบรรจุหรือปรากฏข้อความอันเกี่ยวกับสิ่งลามก เพื่อให้พบเห็นหรือเพื่อให้มีการบันทึก แสดง เล่น นำออกฉาย ซึ่งผู้ใดกระทำการเผยแพร่สิ่งลามกให้ปรากฏต่อสาธารณชน มีความผิดตามกฎหมาย และมาตรา 2 (1) ของกฎหมาย Obscene Publication Act 1959 (OPA) ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการตีพิมพ์เนื้อหาลามก หรือความผิดเกี่ยวกับการมีเนื้อหาลามกไว้ใน การตีพิมพ์เพื่อแสวงหากำไรในเวลาต่อมา กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติม โดยกฎหมาย Obscene Publication Act 1964

¹¹ Obscene Publication Act 1959, 1956 (OPA). Criminal Act 1988 (CJA).

(OPA 1964) ซึ่งกำหนดให้การตีพิมพ์สิ่งลามกเพื่อแสวงหากำไรเป็นความผิดตามกฎหมาย ในขณะที่การครอบครองไว้เพื่อตนเอง ไม่ถือเป็นความผิด โดยสิ่งพิมพ์ตามกฎหมายฉบับนี้ รวมถึงสิ่งที่อยู่ในดิสก์คอมพิวเตอร์ (Computer Discs) ด้วย¹²

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายดังกล่าวทั้งสองฉบับจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิ่งพิมพ์ลามกที่อยู่ในรูปคอมพิวเตอร์ดิสก์ก็ตาม แต่การเผยแพร่ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ตยังสามารถส่งผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์จากเครื่องคอมพิวเตอร์หนึ่งไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์หนึ่งได้โดยการใช้โมเด็มและสายโทรศัพท์แทนที่ภาพลามกที่อยู่ในรูปของสื่อกลางที่จับต้องได้อย่างดิสก์ (Discs) ส่งผลให้กฎหมายทั้งสองฉบับไม่อาจนำมาปรับใช้กับสิ่งลามกบนอินเทอร์เน็ตได้ ทำให้ในเวลาต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้กฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 (CJPOA) และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1(3) ของกฎหมาย Obscene Publication Act 1959 (OPA) โดยแก้ไขความหมายของคำว่า “สิ่งพิมพ์” (Article) ในมาตราดังกล่าวให้หมายความถึงการเผยแพร่ภาพลามกบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อาทิเช่น การส่งภาพลามกผ่านทางอีเมล นอกจากนี้ยังถือว่าการส่งภาพลามกผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ กฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 ด้วย

ในคดี R & Graham Wad don ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการผลิต และการเผยแพร่ภาพลามกผ่านอินเทอร์เน็ต จากข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยประกอบธุรกิจเว็บไซต์ภาพลามก โดยจำเลยได้เก็บภาพลามกอยู่ในรูปของข้อมูลคอมพิวเตอร์ รวมทั้งกระทำการเผยแพร่ภาพลามกดังกล่าวผ่านทางเว็บไซต์ของจำเลยให้แก่บุคคลที่เป็นสมาชิก โดยสมาชิกเว็บไซต์ของจำเลยจะได้รับรหัสพาสเวิร์ด (Password) และสามารถล็อกอิน (Log In) เข้าสู่เว็บไซต์ของจำเลยเพื่อดูภาพลามกได้ การกระทำของจำเลยนั้นจึงตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 1 (3) (b) ของกฎหมาย Online Pornography Act 1959 ซึ่งกำหนดให้การเก็บบันทึกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และการส่งภาพลามกเป็นความผิด โดยที่กฎหมาย Online Pornography Act 1959 กำหนดว่า การส่งภาพลามก (Transmission) ตามกฎหมาย หมายถึง การส่งจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง ซึ่งจากคดีดังกล่าวปรากฏว่า การเผยแพร่ภาพลามกได้เกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลย หรือตัวแทนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของจำเลย และการกระทำผิดเกี่ยวกับการส่งภาพลามก ถือว่าเป็นความผิดทันทีที่ภาพลามกถูกส่งไปถึงผู้รับซึ่งเป็นสมาชิกเว็บไซต์ของจำเลย ด้วยเหตุนี้ จำเลยจึงมีความผิดฐานเผยแพร่ภาพลามกเด็กตามมาตรา 2 (1) ของกฎหมาย Obscene Publication Act 1959 (OPA)¹³

¹² Obscene Publication Act 1964 (OPA 1964).

¹³ Obscene Publication Act 1959 (OPA).

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมภาพลามกของประเทศอังกฤษอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ กฎหมาย Obscene Publication Act 1964 มาตรา 1 (2) ของกฎหมายฉบับนี้ กำหนดความผิดเกี่ยวกับการมีสิ่งพิมพ์ลามกไว้ในครอบครอง หรือมีสิ่งพิมพ์ลามกอยู่ในความควบคุมเพื่อแสวงหากำไร ซึ่งกฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการครอบครองสิ่งพิมพ์ลามก หรือมีสิ่งพิมพ์ลามกอยู่ในความควบคุมเพื่อแสวงหากำไรผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น การเผยแพร่ภาพลามกผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์แก่สมาชิกที่มีรหัสพาสเวิร์ด (Password) ให้สามารถเข้าไปดู หรือดาวน์โหลดภาพลามกที่อยู่บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังมีกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการเผยแพร่ภาพลามกเด็กโดยตรง ได้แก่ Protection of Children Act 1978 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาภาพลามกเด็กที่นับวันยิ่งทวีความรุนแรง และขยายตัวเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยกฎหมายฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อลดช่องว่างในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอื่น รวมถึงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อแก้ไขปัญหาภาพลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ตมากกว่าการควบคุมภาพลามกโดยทั่วไป ซึ่งภายหลังมาตรา 7 (4) ของกฎหมาย Protection of Children Act 1978 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 84 (4) ของกฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 โดยกำหนดนิยามของคำว่า “ภาพถ่าย” (Photography) ให้มีความหมายครอบคลุมถึงภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Format) ด้วย

โดยกฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับภาพถ่ายให้หมายความรวมถึง “การตัดต่อภาพลามกเด็ก” หรือ Pseudo-Photographs ซึ่งเป็นภาพถ่ายทางเทคนิคที่ถูกสร้างขึ้นโดยอาศัยซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ในการสร้างภาพดังกล่าว อาทิเช่น การตัดต่อภาพลามกเด็กที่มีส่วนศีรษะเป็นของเด็ก แต่ส่วนร่างกายเป็นของผู้ใหญ่ ซึ่งลักษณะทางร่างกายที่ปรากฏบนภาพถ่ายดังกล่าวถูกสร้างขึ้นโดยการใช้คอมพิวเตอร์ โดยเด็กไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับภาพถ่ายนั้นโดยแท้จริง ตามกฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้กำหนดความผิดของผู้ที่ได้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ หรือผู้ที่ผลิตภาพถ่ายลามกเด็กที่มีลักษณะเป็นการยั่วยุ (Indecent) หรือเป็นภาพตัดต่อ หรือเผยแพร่ภาพดังกล่าวภายใต้บังคับ มาตรา 1 ของกฎหมาย Protection of Children Act 1978 เป็นความผิดตามกฎหมาย นอกจากนี้ กฎหมาย Protection of Children Act 1978 ยังกำหนดให้การดาวน์โหลด (Downloading) และการปริ้นท์ภาพ (Printing) จากข้อมูลคอมพิวเตอร์ เป็นความผิดฐานผลิตภาพลามก ตามมาตรา 1 (1) (a) ของกฎหมาย Protection of Children Act 1978¹⁴

¹⁴ Protection of Children Act 1978.

นอกจากนั้น ความผิดเกี่ยวกับการครอบครองภาพลามกเด็ก ตามมาตรา 160 ของกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 ซึ่งได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 84 (4) ของกฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 โดยกำหนดให้บุคคลที่มีภาพลามกเด็กที่มีลักษณะขั้วๆ หรือเป็นการตัดต่อไว้ในครอบครองเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่ตามมาตรา 160 (2) ได้กำหนดข้อยกเว้นความผิดจากการครอบครองภาพลามกเด็กไว้ว่า หากบุคคลที่ครอบครองภาพลามกดังกล่าวมีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายที่มีภาพลามก หรือครอบครองภาพลามกไว้ หรือบุคคลดังกล่าวไม่ได้เป็นผู้ดูภาพนั้นด้วยตนเอง และไม่รู้ว่ามีภาพดังกล่าวที่มีอยู่เป็นภาพลามก หรือเป็นภาพลามกที่ถูกส่งมายังบุคคลดังกล่าว โดยที่บุคคลนั้น ไม่ได้เรียกร้อง และบุคคลดังกล่าวไม่ได้ทำการเก็บภาพดังกล่าวไว้เป็นระยะเวลาที่ไม่สมควรแก่เหตุผล¹⁵

อย่างไรก็ดี ประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน คือ กฎหมาย The Defamation Act 1996 และกฎหมาย Statutory Instrument 2002 No. 2013 ซึ่งปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทที่มีอยู่เดิม โดยเฉพาะในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศอังกฤษเป็นไปอย่างสอดคล้องกับกฎหมาย The Electronic Commerce (EC Directive) Regulation 2002 ของสหภาพยุโรป ซึ่งแต่เดิมนั้นกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้กำหนดความรับผิดชอบของสื่อสิ่งพิมพ์ เช่น หนังสือพิมพ์ หรือหนังสือ โดยกำหนดให้บุคคลที่อยู่ในฐานะ “ผู้พิมพ์” (Publisher) จะมีความรับผิดชอบขั้นต้น (Prima Facie Responsibility) ในการพิมพ์เผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาท (Defamatory Statement) เนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีฐานะเป็นผู้พิมพ์ขั้นต้น คำว่า “ผู้พิมพ์” (Publisher) โดยทั่วไปมีความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ผู้เขียน (Writer) ข้อความอันเป็นหมิ่นประมาท และรวมถึงบรรณาธิการ (Editor) ผู้พิมพ์ (Printer) ผู้พิมพ์และเจ้าของหนังสือพิมพ์ (Publisher or Owner of Newspaper) หรือบริษัทการพิมพ์ (Publishing Company) ดังนั้น บุคคลที่อยู่ในฐานะผู้พิมพ์ขั้นต้น จะต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาทด้วย แม้ว่าการเผยแพร่ข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทจะไม่ได้เกิดจากการประมาทเลินเล่อของตนก็ตาม แต่ “ผู้จำหน่าย” (Distributor) เช่น ตัวแทนจำหน่าย ร้านขายหนังสือ หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในการพิมพ์ เช่น ผู้แต่ง หรือผู้ประพันธ์ (Author) และบรรณาธิการ (Editor) ไม่ต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาทดังเช่นผู้พิมพ์

อย่างไรก็ตาม บางประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดแก่ผู้จำหน่ายไว้ในบางกรณี เนื่องจากการส่งหนังสือพิมพ์ให้แก่ผู้จำหน่าย เพื่อทำการจัดจำหน่ายให้แก่ผู้ขาย (Vendor) แตกต่างจากผู้พิมพ์ ซึ่งมีอำนาจในการใช้วิจารณ์ญาณในการตัดสินใจอย่างเสรีเกี่ยวกับ

¹⁵ Criminal Justice and Public Order Act 1994.

เนื้อหาในการพิมพ์¹⁶ ด้วยเหตุนี้ ผู้จัดจำหน่ายจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาทเช่นเดียวกับผู้พิมพ์

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ผู้พิมพ์สามารถอ้างหลักข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการหมิ่นประมาทได้ โดยอาศัยหลัก “Innocent Dissemination”¹⁷ โดยผู้จำหน่ายต้องสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ตนไม่รู้อะไรหรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเนื้อหาที่ถูกจัดจำหน่ายนั้นมีเนื้อหาหมิ่นประมาทรวมอยู่ด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้จัดจำหน่ายอาจไม่ต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาทที่ตนได้ทำการจัดจำหน่าย (Distribution)

นอกจากนั้น ผู้จัดจำหน่ายอาจไม่ต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาท ถ้าหากผู้จำหน่ายสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การเผยแพร่เนื้อหาดังกล่าวนั้น ไม่ได้เกิดจากความประมาทของตน (Negligence) ของตน และผู้จัดจำหน่ายได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควร (Reasonable Care) ในการปฏิบัติหน้าที่อันเกี่ยวกับการจำหน่ายเนื้อหาดังกล่าวของตนอย่างดีแล้ว

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทได้ข้อยกเว้นความรับผิดแก่ผู้จำหน่ายไว้ในกรณีส่งหนังสือพิมพ์ให้แก่ผู้จำหน่าย เพื่อนำไปจำหน่ายให้แก่ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาท

กฎหมาย The Defamation Act 1996 ได้แก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในการพิมพ์หรือเผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทไว้ใน มาตรา 1 (1) ของกฎหมายฉบับใหม่ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1996 และมีผลบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรในประเทศอังกฤษ โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ได้นำหลักข้อต่อสู้ของกฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law Defense) มาเป็นพื้นฐานในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งมีวัตถุประสงค์แก้ไขปรับปรุงการยกเว้นความรับผิดชอบของผู้พิมพ์ใน มาตรา 1 (1) ว่ามีความมุ่งหมายเพื่อให้บุคคลได้มีข้อต่อสู้ หรือเพื่อยกเว้นความรับผิดจากการเผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทที่ตนไม่ได้มีเจตนาให้บุคคลอื่นนำไปพิมพ์หรือเผยแพร่

การแก้ไขปรับปรุง มาตรา 1 (1) คือ เพื่อให้เกิดหลักข้อต่อสู้ใหม่ ซึ่งอยู่ในกฎหมายคอมมอนลอว์คือ หลัก Defense Innocent Dissemination โดยกำหนดว่า ในกรณีของผู้พิมพ์ที่ไม่มีเจตนาในการพิมพ์หรือเผยแพร่เนื้อหาที่เป็นหมิ่นประมาท หรืออาจไม่รู้ถึงเนื้อหาของสิ่งที่ตนพิมพ์ หรือสิ่งที่ตนเผยแพร่ว่ามีลักษณะเป็นการหมิ่นประมาท บุคคลดังกล่าวจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาท

ด้วยเหตุนี้ มาตรา 1 (1) ของกฎหมาย The Defamation Act 1996 จึงกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในการพิมพ์หรือการเผยแพร่เนื้อหาหมิ่นประมาท สามารถยกข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิด

¹⁶ คดี Thomson V Lambert (1938) S.C.R.253.

¹⁷ คดี Vizetelly V. Muddies select Library Ltd [1900] 3QB 170.

ของตนในการหมิ่นประมาทได้ โดยแสดงให้เห็นว่า ตนไม่ได้มีฐานะเป็น “ผู้แต่งหรือผู้ประพันธ์” “บรรณาธิการ” หรือ “ผู้พิมพ์” ข้อความหมิ่นประมาทที่ถูกกล่าวอ้าง บุคคลดังกล่าวจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการหมิ่นประมาทนั้น¹⁸

โดยที่ มาตรา 1 (2) ได้กำหนดความหมายของผู้แต่ง หรือผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ และผู้พิมพ์ไว้ ดังนี้ “ผู้แต่งหรือผู้ประพันธ์” (Author) หมายถึง บุคคลผู้จัดทำข้อความ แต่ไม่รวมถึงบุคคลที่ไม่มีเจตนาเผยแพร่ข้อความดังกล่าว ส่วนคำว่า “บรรณาธิการ” (Editor) หมายถึง บุคคลที่มีความรับผิดชอบในส่วนสำคัญ หรือผู้รับผิดชอบในการคัดแต่งถ้อยคำหรือการตัดสินใจที่จะพิมพ์¹⁹

สำหรับคำว่า “ผู้พิมพ์หรือเผยแพร่” (Publisher) หมายถึง ผู้พิมพ์ในทางการค้าที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเผยแพร่เนื้อหาต่อสาธารณะ

นอกจากนี้ บุคคลดังกล่าวยังต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังอันควร ที่เกี่ยวกับการพิมพ์หรือการเผยแพร่เนื้อหาหมิ่นประมาทนั้นแล้ว ซึ่งในการพิจารณาว่า บุคคลดังกล่าวได้ใช้ความระมัดระวังอันควรในการพิมพ์หรือเผยแพร่เนื้อหาหมิ่นประมาทแล้วหรือไม่นั้น พิจารณาตามมาตรา 1 (5) ของกฎหมายฉบับนี้ โดยศาลจะพิจารณาจากขอบเขตความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวเกี่ยวกับเนื้อหาหรือข้อความ หรืออำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการพิมพ์ และพิจารณาจากลักษณะธรรมชาติของสิ่งพิมพ์ หรือสถานะอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิมพ์ ตลอดจนพิจารณาจากหน้าที่การปฏิบัติงานของบุคคลดังกล่าวในตอนต้น หรือลักษณะของการเป็นผู้แต่ง หรือผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์²⁰

นอกจากกฎหมาย The Defamation Act 1996 จะกำหนดฐานะของผู้แต่ง ผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1 (2) แล้ว กฎหมายดังกล่าวยังได้จำแนกบุคคลที่ไม่ได้มีฐานะเป็นผู้แต่ง หรือผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์ไว้ในมาตรา 1 (3) โดยมาตรา 1 (3) ระบุว่า บุคคลไม่ได้อยู่ในฐานะของผู้แต่ง หรือผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์ หากบุคคลดังกล่าวได้มีการทำซ้ำ เผยแพร่ หรือการขายสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อันมีเนื้อหาหมิ่นประมาทบันทึกอยู่ในนั้น หรือการจัดหาเครื่องมือ การปฏิบัติการเกี่ยวข้องกับระบบ หรือการให้บริการเพื่อค้นหาทำซ้ำ หรือจัดจำหน่ายในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

นอกจากนี้ ในมาตรา 1 (3) (c) ยังได้ระบุว่า บุคคลที่ไม่ได้มีฐานะเป็นผู้แต่ง หรือผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์ รวมถึงบุคคลที่มีหน้าที่ปฏิบัติงาน หรือให้บริการในการเข้าถึงระบบ

¹⁸ The Defamation Act 1996. Section 1 (1).

¹⁹ The Defamation Act 1996. Section 1 (2).

²⁰ The Defamation Act 1996. Section 1 (5).

การสื่อสารที่เนื้อหาหมิ่นประมาทนั้นถูกส่ง หรือเผยแพร่ออกไป ถ้าหากบุคคลนั้นไม่มีอำนาจในการควบคุม

มาตรา 1 (3) (c) อาจนำมาใช้บังคับกับผู้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นเจ้าของเซิร์ฟเวอร์ที่ไม่ได้ใช้โดยตรง โดยสมาชิกของระบบเพื่อดาวน์โหลดไฟล์ผ่านทาง File Transfer Protocol (FTP) การเข้าถึงเว็บไซต์ หรือการส่งอีเมล ส่วนมาตรา 1 (3) (d) เป็นข้อยกเว้นจากความรับผิดชอบของผู้ควบคุมระบบการสื่อสาร (The Operator of a Communication System) ซึ่งเนื้อหาหมิ่นประมาทนั้นได้ส่งผ่าน²¹

สำหรับคดีแรกที่ศาลอังกฤษได้ตัดสินเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต ได้แก่ คดี Godfrey V. Demon Ltd²² โจทก์ หรือ Godfrey ได้แจ้งให้จำเลยหรือบริษัท Demon Ltd ซึ่งเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลบข้อความหมิ่นประมาทเกี่ยวกับโจทก์บนกลุ่มข่าว (Newsgroup) ชื่อ Soc.Culture.Thai ที่จำเลยควบคุม แต่จำเลยไม่ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของโจทก์ โจทก์จึงฟ้องจำเลยเป็นคดีหมิ่นประมาท ศาลในคดีดังกล่าวตัดสินว่า ถึงแม้ว่าจำเลยจะมีได้เป็นผู้เผยแพร่ (Publisher) ตามมาตรา 1 (2) และมาตรา 1 (3) ทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 1 (1) (a) ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1 (1) (b) และมาตรา 1 (1) (c) แล้ว การที่จำเลยรู้ถึงการมีอยู่ของข้อความหมิ่นประมาท เพราะได้รับการแจ้งเกี่ยวกับข้อความหมิ่นประมาทนั้นแล้ว แต่ประมาทเลินเล่อในการลบเนื้อหาที่ออก และจำเลยยังได้แสดงข้อความหมิ่นประมาทดังกล่าวแก่สมาชิกของจำเลยผ่านทางกลุ่มข่าว และทำให้สมาชิกของจำเลยสามารถเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าวได้ การกระทำดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการเผยแพร่แก่สมาชิกนั้นแล้ว ดังนั้น จำเลยจึงไม่อาจอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ “Innocent Dissemination” ตามกฎหมาย The Defamation Act 1996 มาตรา 1 (1) (c) ได้ เนื่องจากจำเลยรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทที่ปรากฏในระบบเครือข่ายของตน²³

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ถ้าจำเลยรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทแล้ว จะอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมาย The Defamation Act 1996 มาตรา 1 (1) (c) ได้

ต่อมาในคดี Totalize PLC V. Motley Foll Ltd²⁴ ศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามแนวทางคำพิพากษาในคดี Godfrey Case โจทก์ในคดีดังกล่าวได้ยื่นฟ้องจำเลยเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทบนเว็บไซต์ของจำเลย ซึ่งเกิดขึ้นโดยบุคคลซึ่งไม่ระบุตัวตน โดยใช้นามแฝงว่า “Z Dust” โดยโจทก์ร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้จำเลยเปิดเผยข้อมูลอันจะนำไปสู่ตัวตนที่แท้จริงของผู้กระทำความผิด เช่น หมายเลขไอพีแอดเดรส

²¹ The Defamation Act 1996. Section 1 (3) (d).

²² คดี Godfrey V. Demon Internet Ltd [1999] 4 All ER 342.

²³ The Defamation Act 1996. Section 1 (1) (c).

²⁴ คดี Totalize Plc V. Motley Foll Ltd. [2001] EWCA Civ 1897.

(IP Address) เมื่อจำเลยได้รับคำบอกกล่าวจากโจทก์ทางจดหมายแล้ว ได้ทำการลบข้อความดังกล่าวออกจากเว็บบอร์ดของจำเลย และสิทธิในการเข้าถึงข้อความดังกล่าวได้ถูกระงับไปในวันเดียวกันกับที่จำเลยได้รับคำบอกกล่าวจากโจทก์ แต่ผู้กระทำผิดยังคงได้รับการอนุญาตให้ใช้เว็บบอร์ดของจำเลยต่อไป ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้กระทำผิดเผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ต่อไปเป็นจำนวนถึง 90 ข้อความ และจำเลยปฏิเสธที่จะเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของผู้กระทำผิด เนื่องจากขัดต่อกฎหมาย Data Protection Act 1998 และข้อตกลงข้อตกลงและเงื่อนไข (Terms and Conditions) ระหว่างจำเลยและผู้ใช้อินเทอร์เน็ต รวมถึงกฎหมาย Contempt of Court Act 1981

ศาลในคดีดังกล่าวตัดสินว่า ข้อความที่ถูกเผยแพร่ดังกล่าวเป็นการหมิ่นประมาท และโจทก์ไม่สามารถฟ้องผู้กระทำผิดได้ เนื่องจากโจทก์ไม่สามารถรู้ตัวตนที่แท้จริงของผู้กระทำผิด โดยศาลอ้างข้อต่อสู้ตามมาตรา 35 ของกฎหมาย Data Protection Act 1998 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยที่มาตรา 35 (1) กำหนดว่า การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลสามารถกระทำได้โดยในกรณีที่มีการร้องขอดังกล่าวเกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายหรือโดยหลักนิติรัฐ หรือโดยคำสั่งศาล และมาตรา 35 (2) กำหนดว่า การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลสามารถกระทำได้ ในกรณีที่จำเป็น กล่าวคือ การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะต้องเกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามกฎหมาย หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อแนะนำทางกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ตามมาตรา 10 ของกฎหมาย Contempt of Court Act 1981 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และเสรีภาพในการพิมพ์ เพื่อให้การปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างเหมาะสม และมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหนังสือพิมพ์เท่านั้น ดังนั้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว²⁵

อาจกล่าวสรุปได้ว่า ในคดี Godfrey Case และคดี Totalize PLC V. Motley Foll Ltd แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทในประเทศอังกฤษ ซึ่งในคดี Totalize Case ยังแสดงให้เห็นถึงการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อันเกิดขึ้นจากบุคคลที่ไม่ระบุตัวตน โดยแม้ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้ใช้ความระมัดระวังอันควรในการลบข้อความหมิ่นประมาทนั้นทันที หลังจากที่ได้รับคำบอกกล่าวจากโจทก์แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำผิดยังคงได้รับการอนุญาตให้ใช้เว็บบอร์ดของจำเลยต่อไปอีก ดังนั้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดที่เกิดจากการเผยแพร่ข้อความหมิ่นประมาทที่เกิดขึ้นบนเว็บไซต์ของตนได้

²⁵ Contempt of Court Act 1981. Section 10.

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปรากฏอยู่ในกฎหมาย The Statutory Instrument 2002 No. 2013²⁶ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้นเพื่อสอดคล้องกันกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตใน EC Directive on Electronic Commerce ซึ่งใช้บังคับกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจแยกพิจารณาตามความรับผิดชอบได้ ดังนี้

1) ผู้ให้บริการขนส่งข้อมูล หรือ Mere Conduit

ข้อ 17 ของ The Statutory Instrument 2002 No. 2013 กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ให้บริการในการส่งข้อมูลของผู้ใช้บริการ หรือให้บริการในการเข้าถึงการเข้าใช้เครือข่ายสื่อสาร ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนหรือการลงโทษทางอาญา อันเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว โดยผู้ให้บริการจะต้องไม่เป็นผู้เริ่มต้นในการส่ง หรือไม่ได้เป็นผู้คัดเลือกผู้รับ การส่ง และมีได้แก้ไขข้อมูลในการส่ง ซึ่งการกระทำดังกล่าวรวมถึงการกระทำที่เป็นการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราวในระหว่างการส่งโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ การจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการส่งข้อมูลไปในเครือข่ายโทรคมนาคม และข้อมูลนั้นจะต้องไม่เก็บไว้เกินกว่าระยะเวลาเพื่อใช้ในการส่งเท่าที่จำเป็นตามสมควร²⁷

2) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว หรือ Caching

ข้อ 18 ของ The Statutory Instrument 2002 No. 2013 กำหนดให้ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูลของผู้ใช้บริการ ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทนหรือการลงโทษทางอาญา อันเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว จากการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารชั่วคราวโดยอัตโนมัติในระหว่างการส่งข้อมูลข่าวสาร ซึ่งการจัดเก็บดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การขนส่งในครั้งต่อไป เมื่อผู้บริการร้องขอเพื่อให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ผู้ให้บริการมิได้แก้ไขข้อมูลข่าวสารและได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การรับข้อมูลและการทำให้ข้อมูลทันสมัยซึ่งเป็นที่ยอมรับในภาคเอกชน นอกจากนี้ ผู้ให้บริการได้กระทำโดยรวดเร็วในการลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ได้จัดเก็บไว้เมื่อรู้ว่าข้อมูลข่าวสารนั้นได้ถูกลบหรือทำให้ไม่อาจเข้าถึงจากแหล่งข้อมูลเดิม หรือเมื่อศาล หรือฝ่ายปกครองได้สั่งเช่นนั้น²⁸

3) ผู้ให้บริการพื้นที่จัดเก็บข้อมูล หรือ Hosting

ข้อ 19 ของ The Statutory Instrument 2002 No. 2013 กำหนดให้ผู้ให้บริการในการจัดเก็บข้อมูลของผู้ใช้บริการ ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทน หรือการลงโทษ

²⁶ Legislation.gov.uk. (2012). *The Statutory Instrument 2002 No. 2013*. (Online). Available: http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/uksi_en.pdf. [2013, November 7].

²⁷ The Statutory Instrument 2002 No. 2013.

²⁸ The Statutory Instrument 2002 No. 2013.

ทางอาญา อันเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว โดยผู้ให้บริการจะต้องไม่รู้ถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่รู้ถึงข้อมูล และผู้ให้บริการจะต้องไม่อาจคาดหมายได้ถึงเหตุการณ์ หรือพฤติการณ์ว่า มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อมีข้อมูลดังกล่าวแล้วได้กระทำโดยรวดเร็วในการลบ หรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการจะต้องมิได้กระทำการภายใต้อำนาจหรือการควบคุมของผู้ให้บริการ²⁹

สำหรับการพิจารณาว่าผู้ให้บริการจะรู้ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 18 และในข้อ 19 ดังกล่าวเมื่อใดนั้น ในข้อ 22 ของ The Statutory Instrument 2002 No. 2013 กำหนดให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องต่างๆ ที่เกิดขึ้น รวมถึงการที่ผู้ให้บริการได้รับคำบอกกล่าวทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งรายละเอียดในการบอกกล่าวจะประกอบไปด้วยชื่อ และที่อยู่ของผู้ส่ง รายละเอียดเกี่ยวกับที่อยู่ของผู้ส่ง ข้อมูลและรายละเอียดของข้อมูล หรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ ในข้อ 20 ของ The Statutory Instrument 2002 No. 2013 ยังได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่กำหนดไว้ใน มาตรา 17 ถึงมาตรา 19 ของกฎหมายดังกล่าว อาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้โดยข้อสัญญา หรือคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพื่อป้องกันหรือหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ หรือร้องขอต่อฝ่ายปกครองเพื่อป้องกันหรือหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิได้เช่นเดียวกัน โดยข้อ 17 ถึงข้อ 19 ของ The Statutory Instrument 2002 No. 2013 ยังได้กำหนดข้อต่อสู้สำหรับผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางจากความรับผิดชอบอันเกิดขึ้นโดยการขนส่งข้อมูล การเก็บข้อมูลชั่วคราว และการให้บริการเช่าพื้นที่ในการเก็บข้อมูลของบุคคลดังกล่าว ส่วนข้อ 20 ของกฎหมายดังกล่าว กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นได้³⁰

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปรากฏอยู่ในกฎหมาย The Statutory Instrument 2002 No. 2013 อาจแยกพิจารณาตามความรับผิดชอบได้ 3 กรณี คือ (1) ผู้ให้บริการขนส่งข้อมูล หรือ Mere Conduit (2) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว หรือ Caching และ (3) ผู้ให้บริการพื้นที่จัดเก็บข้อมูล หรือ Hosting ซึ่งจะมีการกำหนดความรับผิดชอบไว้แตกต่างกัน ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

²⁹ The Statutory Instrument 2002 No. 2013.

³⁰ วารสารณ วนาพิทักษ์. อ้างแล้ว. หน้า 242-248.

3.2 กฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law

3.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยที่ผ่านมาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะใช้วิธีแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาแทนการบัญญัติเป็นกฎหมายฉบับใหม่ ด้วยเหตุนี้ การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์จึงได้ถูกบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 184 บัญญัติ ห้ามมิให้ผู้ใดเผยแพร่หรือเปิดช่องทางการเข้าถึงภาพลามกอนาจารทั้งสองระดับให้แก่เด็กและเยาวชน ซึ่งหมายความรวมถึงการเผยแพร่ในสื่อทุกชนิด รวมทั้งสื่อออนไลน์ด้วย ทำนองเดียวกันกับข้อตกลงระหว่างรัฐว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการนำเสนอใดๆ ในสื่อ (JMSfV) อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นภาพลามกอนาจารธรรมดา (Enfaces Pornographies) สามารถเผยแพร่ให้แก่ผู้ใหญ่ได้โดยเสรี โดยไม่มีความผิด ทั้งนี้ รวมถึงการอนุญาตให้มีไว้ในครอบครองด้วย แต่ถ้าหากเป็นภาพลามกอนาจารที่ร้ายแรง (Harte Pornographies) กฎหมายห้ามมิให้เผยแพร่ต่อสาธารณะโดยเด็ดขาด ไม่ว่าจะต่อเด็กหรือผู้ใหญ่ และถ้าหากใครมีไว้ในครอบครองก็ถือว่ามีความผิดตามกฎหมาย

นอกจากนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษอื่นๆ อีกหลายฉบับ ทั้งนี้ เพื่อให้มีผลใช้บังคับกับการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ๆ เช่น กฎหมาย Teledienstegesetz (TDG) และสนธิสัญญา Medienstaatsvertrag (MDStV)³¹

กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว แม้จะมีชื่อเรียกและที่มาของบทบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการแล้ว กฎหมายทั้งสองฉบับได้บัญญัติเนื้อหาสาระไว้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ

กฎหมาย Teledienstegesetz (TDG) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคม โดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างสถานะภาพทางเศรษฐกิจทางด้านการสื่อสารและโทรคมนาคม กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ และได้มีการเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในปี ค.ศ. 2001 ซึ่งนิยามความหมายของคำว่า “ผู้ให้บริการ” หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนุคคลตามกฎหมายที่เป็นเจ้าของบริการ หรือเป็นผู้ให้บริการให้สามารถเข้าใช้ หรือเข้าถึงการใช้งานติดต่อสื่อสารและโทรคมนาคม

³¹ สาวตรี สุขศรี. (2549). *ความรับผิดชอบต่อเนื้อหาในอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายเยอรมัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.biola.com.de/article/103/>. [2556, 7 พฤศจิกายน].

ส่วนสนธิสัญญา Medienstaatsvertrag (MDSStV) เป็นสนธิสัญญาที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้บริการกระจายเสียงและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยสนธิสัญญาในการปกป้องศักดิ์ศรีของมนุษย์ และการคุ้มครองผู้เยาว์ในการกระจายเสียงและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) โดยมีวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา คือ การสร้างเงื่อนไขให้แต่ละรัฐถือปฏิบัติในเรื่องการควบคุมข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และการสื่อสาร เป็นต้น

กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว ได้มีการบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการไว้เช่นเดียวกัน แต่แตกต่างกันตรงที่การบรรจุไว้เท่านั้น โดยกฎหมาย Teledienstegesetz (TDG) บรรจุไว้ในหมวดที่ 3 มาตรา 8-11 ส่วนสนธิสัญญา Medienstaatsvertrag (MDSStV) นั้นบรรจุไว้ในมาตรา 6-9 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) หลักการทั่วไป บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่ง TDG และมาตรา 6 แห่ง MDSStV

(1) ผู้ให้บริการข้อมูล หรือ Content Provider

ผู้ให้บริการข้อมูลเหล่านี้จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายในการให้บริการข้อมูลของตนเอง โดยกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ข้อมูลนั้นต้องเป็นข้อมูลของตนเองที่ตนเองได้สร้าง แต่ง หรือ ประพันธ์ขึ้น ซึ่งเป็นข้อมูลที่ได้นำมาเผยแพร่หรือนำเสนอบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

(2) ผู้ให้บริการ ตามความหมายใน มาตรา 9-11 8 แห่ง TDG และผู้ให้บริการตาม มาตรา 7-9 แห่ง MDSStV ได้แก่

(2.1) ผู้ให้บริการประเภทการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต เพื่อให้บริการรับส่งข้อมูล ตามมาตรา 9 แห่ง TDG และมาตรา 7 แห่ง MDSStV

(2.2) ผู้ให้บริการจัดเก็บหรือบันทึกข้อมูลชั่วคราว (Cashing) ตามมาตรา 10 แห่ง TDG และมาตรา 8 แห่ง MDSStV

(2.3) ผู้ให้บริการพื้นที่เพื่อเก็บรักษาข้อมูล หรือให้บริการ Server (Host-Service-Provider) ตามมาตรา 11 แห่ง TDG และมาตรา 9 แห่ง MDSStV

ผู้ให้บริการดังกล่าวข้างต้น ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบข้อมูลที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่หากตนได้รับทราบถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้นแล้ว จะต้องกระทำการลบหรือบล็อกข้อมูลเหล่านั้นด้วย

2) ผู้ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ตามมาตรา 9 แห่ง TDG และมาตรา 7 แห่ง MDSStV

ผู้ให้บริการประเภทนี้ คือ ผู้ให้บริการที่จัดเตรียมและนำเสนอช่องทางเชื่อมต่อเข้าสู่เครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้กับผู้ใช้บริการทั้งหลาย รวมทั้งจัดหาเครื่องมือ อุปกรณ์เสริม และดำเนินการทางเทคนิคต่างๆ เพื่ออำนวยความสะดวกในการใช้อินเทอร์เน็ตให้กับลูกค้าของตน³² ในมาตรานี้

³² สาวตรี สุขศรี. (2549). ความรับผิดชอบต่อเนื้อหาในอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายเยอรมัน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.biola.com.de/article/103/>. [2556, 7 พฤศจิกายน].

กฎหมายได้บัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ กล่าวคือ ผู้ให้บริการในการเข้าถึงการส่งข้อมูล เพื่อติดต่อสื่อสาร หรือผู้ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตนั้น ไม่ต้องรับผิดชอบต่อข้อมูลที่เป็นความผิด หากซึ่งการรับส่งข้อมูลของผู้ให้บริการนั้นเป็นการรับส่งข้อมูลโดยปกติของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการไม่ได้กระทำการแก้ไขข้อมูลต่างๆ เหล่านั้น เว้นแต่ผู้ให้บริการจะได้กระทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลนั้น หรือผู้ให้บริการได้จงใจร่วมมือกับผู้กระทำความผิดโดยการสร้างข้อมูลที่ผิดกฎหมาย และทำการเผยแพร่ข้อมูลนั้นเสียเอง ผู้ให้บริการก็ต้องรับผิดชอบในข้อมูลที่ผิดกฎหมายของตนเองเช่นกัน

3) ผู้ให้บริการเก็บบันทึกข้อมูลชั่วคราวตามมาตรา 10 แห่ง TDG และมาตรา 8 แห่ง MDSstV

ผู้ให้บริการประเภทนี้ เป็นผู้ให้บริการที่มีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยอัตโนมัติ แต่เป็นการเก็บไว้ชั่วคราวเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อส่งข้อมูลให้แก่ผู้ให้บริการรายอื่นที่มีการเรียกใช้งาน โดยหลักแล้ว ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อข้อมูลที่ผิดกฎหมาย แม้ว่าข้อมูลนั้นจะอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของตนก็ตาม แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

- (1) ข้อมูลที่เก็บรักษานั้นจะต้องไม่เกิดจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล
- (2) ในการที่เข้าถึงซึ่งข้อมูลนั้น ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการเข้าถึงข้อมูลต่างๆ เหล่านั้น โดยถูกต้องแล้ว
- (3) ในการเก็บรักษาข้อมูล ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามกฎสำหรับการให้บริการ ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานอุตสาหกรรมโดยถูกต้องแล้ว
- (4) การให้บริการนั้น ผู้ให้บริการได้มีการประกอบการบางอย่างถูกต้องภายใต้กฎหมายเทคโนโลยีเกี่ยวกับการเก็บรักษาข้อมูล และการใช้ข้อมูลนั้น ซึ่งเป็นการดำเนินการภายใต้การยอมรับอย่างกว้างขวางและเป็นการดำเนินการที่ใช้ได้ตามมาตรฐานอุตสาหกรรม
- (5) เมื่อมีคำสั่งจากศาล หรือจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายแล้ว ผู้ให้บริการได้กระทำการลบข้อมูล หรือปิดกั้นช่องทางการเข้าถึง หรือบล็อกข้อมูลที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นทันที

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

ผู้ให้บริการจะมีพื้นที่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่เรียกว่า Server ทั้งนี้ เพื่อเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการซึ่งเป็นลูกค้าของตน สำหรับให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตคนอื่นนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ต่อไป โดยผ่านทางบริษัทผู้ประกอบการ ซึ่งมักจะเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีเงินลงทุนจำนวนมาก ในการเปิด Server ให้บริการลูกค้าในประเทศ เช่น T-Online และ AOL ส่วนใหญ่แล้วบริษัทเหล่านี้อาจให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตแบบครบวงจรอยู่ด้วย ผู้ให้บริการเหล่านี้ควรต้องมี

ความรับผิดชอบต่อนโยบายข้อมูลที่เกิดกฎหมาย เว้นแต่เมื่อเขาไม่รู้ถึงเนื้อหาข้อมูลที่เกิดกฎหมายนั้น จากการตรวจสอบของตนเอง หรือได้ปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงโดยผู้ให้บริการรายอื่น หรือลบข้อมูลนั้นแล้ว เมื่อมีผู้ร้องแจ้งเข้ามา ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า เขาเองมีความสามารถทางเทคนิคที่จะกระทำเช่นนั้นได้ รวมทั้งการกระทำเช่นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดภาระต่อธุรกิจของเขามากเกินไป

จะเห็นได้ว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีดังกล่าว แค่เพียง “การรับรู้” ถึงข้อมูลนั้นอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นความผิดได้ เพราะต้องประกอบด้วยกรกระทำภายใต้เงื่อนไขในเรื่องความสามารถทางด้านเทคนิค และความสมเหตุสมผลที่ไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ให้บริการมากเกินไป³³

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ถ้าหากเป็นข้อมูลที่ไม่เหมาะสม หรือเป็นข้อมูลที่เป็นการหมิ่นประมาท ผู้ให้บริการเหล่านี้ควรต้องมีความรับผิดชอบต่อเนื้อหาข้อมูลที่เกิดกฎหมายดังกล่าว เว้นแต่จะไม่ได้รู้ถึงเนื้อหาข้อมูลที่เกิดกฎหมายนั้น หรือได้ปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงโดยผู้ให้บริการรายอื่น หรือลบข้อมูลนั้นแล้ว เมื่อมีผู้ร้องแจ้งเข้ามา ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ให้บริการนั้นมีความสามารถทางเทคนิคที่จะกระทำเช่นนั้นได้ รวมทั้งต้องไม่ก่อให้เกิดภาระต่อธุรกิจมากเกินไปด้วย

3.3 อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมไซเบอร์ (Convention on Cyber-Crime)

นับจากทศวรรษที่ 90 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน การกระทำความผิดที่อยู่ในความหมายของคำว่า “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์” มิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล โดยนัยของการกระทำความผิดที่มีคอมพิวเตอร์เข้ามาเกี่ยวข้องในระยะแรกๆ หรือเฉพาะการละเมิดทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจ โดยนัยแห่ง “อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ” แล้วเท่านั้น แต่ยังรวมความไปถึง การกระทำความผิด ต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในด้านอื่นๆ ผ่านบริการทั้งหลายบนทางด่วนข้อมูล หรือ อินเทอร์เน็ตด้วย ความผิดสำคัญที่เริ่มปรากฏตัวขึ้น ในยุคหลังการแพร่หลายของอินเทอร์เน็ต เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ได้แก่ การเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในแง่มุมต่างๆ อาทิ ภาพลามกอนาจารเด็ก การพนัน การจำหน่ายอาวุธ หรือ เผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาแอบแฝงแนวคิดก้าวร้าว รุนแรง หรือ แนวคิดในการดูหมิ่นชนชาติอื่น การเลือกปฏิบัติ รวมทั้งการหมิ่นประมาท ผ่านสื่อบริการทั้งหลายบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเว็บไซต์กระดานข่าว จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และห้องสนทนาออนไลน์ เป็นต้น และเพื่อเจาะจงให้ชัดเจน

³³ ดาวตรี สุขศรี. (2547). *ภาระหน้าที่และความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษาเฉพาะกรณี การเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร และการหมิ่นประมาทบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 118.

ลงไป “อาชญากรรมอินเทอร์เน็ต” หรือ “อาชญากรรมไซเบอร์” จึงเป็นถ้อยคำที่ถูกคิดขึ้นเพื่ออธิบายการกระทำความคิดในรูปแบบดังกล่าว³⁴

จากการสำรวจพบว่า เว็บไซต์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการดูหมิ่นชนชาติ หรือแนวทางนีโอนาซี เกิดขึ้นจำนวนมากในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่นเดียวกัน ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้เว็บไซต์ที่มีเนื้อหาลักษณะดังกล่าวจะถูกปิดไปแล้วจำนวนมาก แต่ก็ยังคงมีการลักลอบเผยแพร่แนวคิดในการต่อต้านแรงงานต่างชาติ ลัทธิชาวยุโรป ขวัญใจ ฯลฯ หรือส่งต่อกันทางอีเมลเป็นจำนวนมากไม่น้อย เท่ากับว่า ปัจจุบัน “อาชญากรรมไซเบอร์” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์” ได้เริ่มแผ่ขยายขอบเขตการทำลาย และสามารถสร้างความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ หรือส่งผลกระทบต่อ ค่านิยม แนวคิด สังคม รวมทั้งพัฒนาการของเด็ก และเยาวชนด้วยแล้ว

นอกจากความคิดรูปแบบใหม่ต่างๆ ดังกล่าวมาแล้ว การกระทำความคิดในฐานะดั้งเดิม แต่มีคอมพิวเตอร์เข้าไปเกี่ยวข้องก็เริ่มมีจำนวนมากขึ้น จากสถิติพบว่า การเปลี่ยนแปลงข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ (Computer Manipulation) หลายคดีผู้กระทำ มิได้มุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน หรือสร้างความเสียหายด้านเศรษฐกิจเท่านั้น แต่มีเป้าหมายในการทำร้าย หรือละเมิด ชีวิตร่างกายของเหยื่อผู้เสียหายเลยทีเดียว อาทิ การเปลี่ยนแปลงข้อมูลการรักษา หรือแก้ไขรายการให้ยาผู้ป่วย ในฐานะข้อมูลของโรงพยาบาล การทำลายระบบรักษาความปลอดภัย หรือข้อมูลการบินของอากาศยาน เป็นต้น อีกทั้งในปัจจุบันเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ยังถูกนำมาใช้เพื่อสร้างเสริมประสิทธิภาพการทำงาน หรือเพื่อความสะดวกในการติดต่อสื่อสารระหว่างอาชญากร ในองค์กรอาชญากรรม และในขบวนการผู้ก่อการร้ายอีกด้วย เช่น คดีความผิดคอมพิวเตอร์ที่มีผลต่อชีวิตเคยเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษราวปี ค.ศ. 1994 เมื่อแฮกเกอร์ชาวอังกฤษคนหนึ่ง ทำการเจาะระบบฐานข้อมูลของโรงพยาบาลลิเวอร์พูล เพื่อสร้างความเสียหายแก่เครื่องบันทึกข้อมูล อย่างไรก็ตาม เขาได้ทำการเปลี่ยนข้อมูลการให้ยารักษาคนไข้เด็กอายุ 9 ขวบรายหนึ่ง โชคดีที่นางพยาบาลผู้ดูแลตรวจสอบข้อมูลก่อน คนไข้เด็กจึงไม่ได้ตกเป็นเหยื่อการกระทำครั้งนั้น

การเปลี่ยนแปลงข้อมูลในคอมพิวเตอร์ หรือการก่อวินาศกรรมคอมพิวเตอร์ จนทำให้การประมวลผลข้อมูลผิดพลาด ก็เคยสร้างปัญหาให้กับระบบการทำงานในกองทัพหลายต่อหลายครั้งเช่นกัน จนมีข้อกังวลกันว่า หากกองทัพไม่เร่งหาทางป้องกันระบบฐานข้อมูลเหล่านี้ให้แน่นหนาในอนาคต ความเสียหายที่เกิดขึ้น อาจมิใช่แค่เพียงตัวระบบความปลอดภัยของกองทัพเท่านั้น แต่อาจร้ายแรงถึงขั้น ก่อให้เกิดสงครามกับประเทศอื่นโดยไม่ตั้งใจก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ฝากรบบการจัดการด้านกองกำลัง และอาวุธส่วนใหญ่ไว้กับเทคโนโลยีชนิดนี้ และอีกตัวอย่างหนึ่ง

³⁴ สาวตรี สุขศรี. (2552). *ประวัติศาสตร์ อาชญากรรมคอมพิวเตอร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.biola.com.de/article/118/>. [2556, 7 พฤศจิกายน].

ที่เคยเกิดขึ้นกับกองทัพสหรัฐในปี ค.ศ. 1995 ครั้งนั้น ผลจากการถูกเจาะระบบเปลี่ยนแปลงข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ต เป็นผลให้กองทัพเรือสหรัฐ ส่งเรือรบไปยังสถานที่หนึ่งซึ่งผิดไปจากเป้าหมายถึง 7 ลำ เป็นต้น

จนกระทั่งเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเริ่มกลายเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตมนุษย์ทั่วโลก การกระทำ ความผิดด้วยการเผยแพร่สิ่งผิดกฎหมาย ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคม ค่านิยม และแนวคิด รวมทั้งบางกรณี อาจก้าวล่วงไปถึงความเสียหายต่อชีวิต และร่างกาย แบบ ไร้พรมแดนก็เกิดขึ้น กฎหมาย เพื่อกำหนดฐานความผิดในยุคสมัยดังกล่าว จึงอาจไม่สำคัญเท่ากับ กฎหมายที่จะมากำหนดวิธีการ สืบสวน สอบสวน หาพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ ติดตามตัวผู้กระทำความผิด และการแสวงหาความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งในระดับภูมิภาค และระดับโลก ดังเช่น อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรม ไซเบอร์ (Convention on Cyber-Crime) ที่ออกโดยคณะมนตรียุโรป (Europarat) หรือกรอบความร่วมมือต่างๆ ในเรื่องนี้ของสหภาพยุโรป (European Union) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่น่าวิตกกังวล ในการหาทางรับมือกับอาชญากรรมนี้ ของประเทศต่างๆ คือ จะเห็นได้ว่า ด้วยช่วงระยะเวลาเพียงไม่กี่สิบปี ขอบเขตการทำลายของ “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์” ขยายตัวไปสู่ส่วนต่างๆ อย่างรวดเร็ว ไม่จำเพาะเจาะจงอยู่ในความเสียหายต่อเศรษฐกิจเท่านั้น ทั้งนี้ โดยมีอินเทอร์เน็ตเป็นตัวเร่งอย่างอันทรงประสิทธิภาพ แม้ในปัจจุบันพัฒนาการในด้านประสิทธิภาพ และความสามารถของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์เอง จะเริ่มชะลอตัวลงบ้างแล้ว แต่แนวโน้มที่ภาคส่วนต่างๆ ของสังคม จะนำเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ไปใช้เป็นส่วนประกอบ หรือเป็นส่วนหนึ่งของระบบควบคุม และจัดการ เพื่อพัฒนาศักยภาพการทำงานของตัวเอง ยังคงมีสูงขึ้นเรื่อยๆ อย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นด้านกองกำลังทหาร อาวุธสงคราม การจัดการพลังงาน ระบบขนส่ง ทุกประเภท สุขภาพ ยา อาหาร ฯลฯ และเมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏค่อนข้างชัดเจนแล้วว่า ขอบเขตการใช้งาน และสิ่งที่กำลังจะตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยคอมพิวเตอร์ จะต้องมีการขยายตัวต่อไป ซึ่งย่อมเท่ากับว่า ขอบเขตของ อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ก็จะสามารถพัฒนา และขยายตัวต่อไปได้อีก ดังนี้แล้ว ในวงการกฎหมายเอง การศึกษาวิจัย เพื่อวิเคราะห์แนวโน้ม และความเป็นไปได้ของ “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์” ที่จะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต เพื่อบัญญัติกฎหมาย หรือหาความร่วมมือ ในแนวทางที่เหมาะสม จึงไม่ควรหยุดนิ่งไป

3.4 กฎหมายของประเทศไทย

การเผยแพร่เนื้อหาที่เป็นหมิ่นประมาทหรือเป็นข้อมูลที่ไม่เหมาะสมอันจะถือว่าเป็น ความผิดอาญาทางอาญานั้น ตามหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติ

เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย...” หมายความว่า ถ้าไม่มีกฎหมายในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดทางอาญา

สำหรับประเทศไทยนั้น กฎหมายที่อาจนำมาใช้บังคับในกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งถือว่าเป็นกลไกหลักในการควบคุมและป้องกันการกระทำความผิด โดยเฉพาะในกรณีความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการเว็บไซต์ ซึ่งยินยอมให้มีการหมิ่นประมาท หรือมีการเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่เหมาะสมอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ

3.4.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่เนื้อหาหรือข้อมูลที่ผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต มีดังนี้

1) ความผิดฐานหมิ่นประมาท

การเผยแพร่ภาพหรือข้อความหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษ...” นอกจากนั้น หากมีการเผยแพร่ภาพหรือข้อความหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาออกไปสู่สาธารณชนก็ต้องรับผิดตามมาตรา 328 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าข้อความหมิ่นประมาทนั้นได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพ หรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด ผู้กระทำต้องระวางโทษ...”

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาท” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ถึงมาตรา 333 และจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ จะเห็นได้ว่า คำว่า “ใส่ความ” ตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้นิยามศัพท์เอาไว้ว่ามีความหมายอย่างไร แต่ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานอธิบายว่า หมายถึง การพูดหาเหตุร้าย กล่าวหาเรื่องร้ายให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย นอกจากนั้น การใส่ความต้องเป็นการระบุตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความด้วยว่าเป็นใคร หรือเป็นที่เข้าใจได้แน่นอนว่าหมายถึงใคร การกล่าวถึงบุคคลอื่นโดยระบุชื่อด้วยตัวอักษรย่อ หากเป็นที่เข้าใจของบุคคลทั่วไปที่ได้อ่านข้อความนั้นว่าหมายถึงผู้ใด ก็อาจจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ แต่ถ้าไม่อาจทราบได้ว่าหมายถึงผู้ใด ก็ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551

ส่วนการหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 ผู้กระทำได้ต้องเผยแพร่ข้อความอันเป็นการหมิ่นประมาทออกไปยังสาธารณชน หรือประชาชนทั่วไป การที่จำเลยส่งหนังสือถึง อ. และบุคคลอื่นที่เป็นเจ้าของที่ดินในโครงการบ้านสวนริมทะเลของจำเลยเท่านั้น มีลักษณะเป็นเพียงการแจ้งหรือไขข่าวไปยังกลุ่มบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินในโครงการดังกล่าวเช่นเดียวกับ โจทก์ ยังไม่ถึงกับเป็นการกระจายข่าวไปสู่สาธารณชน หรือประชาชนทั่วไป จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 328 ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7788/2552

การใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังอันจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 และมาตรา 328 นั้น จะต้องได้ความว่าการใส่ความดังกล่าวได้ระบุถึงตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความเป็นการยืนยันรู้ได้แน่นอนว่าเป็นใคร หรือหากไม่ระบุถึงตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความโดยตรง การใส่ความนั้นก็จะต้องได้ความว่าหมายถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะ และความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาทางหนังสือพิมพ์นั้นต้องพิเคราะห์จากข้อความที่ลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ตามฟ้องเท่านั้นว่าผู้อ่านสามารถทราบหรือไม่ว่าบุคคลที่ถูกกล่าวอ้างตามที่ลงพิมพ์นั้นเป็นผู้ใด ข้อความที่ลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ ไม่มีข้อความใดที่ระบุชื่อและนามสกุลของโจทก์หรือจะพอให้ทราบว่า เป็นโจทก์ และข้อความว่า “ผู้บังคับการ พ.กองบังคับการ หมายเลข 5 ที่กำลังจะเกษียณในปี พ.ศ. 2556 ได้ไป 3 ล้านบาท ทำทุนหลังเกษียณ” นั้น ก็ไม่ได้ระบุชื่อโดยชัดแจ้งว่าเป็นผู้ใด ชื่อที่ระบุก็เป็นเพียงอักษรย่อเท่านั้น และมีได้ระบุนามสกุล ทั้งสถานที่ทำงานก็ไม่ชัดเจนว่าเป็นที่ใด บุคคลทั่วไปที่อ่านข้อความย่อมไม่อาจทราบหรือเข้าใจได้ว่าอักษรย่อ พ. หมายถึงผู้ใดและเป็นเรื่องจริงตามที่ลงพิมพ์หรือไม่ หากต้องการรู้ความหมายว่าเป็นผู้ใดก็ต้องไปสืบเสาะค้นหาเพิ่มเติม ทั้งไม่แน่ว่าหลังจากการสืบเสาะค้นหาเพิ่มเติมแล้วจะเป็นตัวโจทก์จริงหรือไม่ และหากหลังการสืบเสาะค้นหาแล้วจึงทราบว่าหมายความถึงโจทก์ก็ไม่ใช่ทราบจากข้อความที่ลงพิมพ์ แต่ทราบความหมายจากการที่บุคคลนั้นได้สืบเสาะค้นหาข้อเท็จจริงมาเองในภายหลัง หากได้ทราบหมายความถึงโจทก์โดยอาศัยข้อความจากหนังสือพิมพ์ท้ายฟ้อง ไม่ลำพังข้อความที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์ตามสำเนาเอกสารท้ายฟ้องดังกล่าวยังไม่เป็นข้อความที่หมิ่นประมาทโจทก์ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551

โจทก์กล่าวในฟ้องว่า จำเลยโฆษณาด้วยเครื่องกระจายเสียงต่อชุมชนที่มาประชุมกันว่า “ทนายความเมืองร้อยเอ็ดคบไม่ได้ เป็นนกสองหัว เหยียบเรือสองแคม เป็นมวลลัม ว่าความที่แรกคิดครั้งได้เงินมาแล้วก็เป็นอย่างอื่น” และกล่าวในฟ้องด้วยว่า ทนายความเมืองร้อยเอ็ดมีอยู่เพียง 10 คน ในขณะที่จำเลยกล่าวจำเลยเห็น โจทก์ซึ่งเป็นทนายความคนหนึ่ง ประกอบอาชีพว่าความอยู่ในจังหวัดร้อยเอ็ดเข้าประชุมอยู่ด้วย กับยืนยันมาในฟ้องว่าการที่จะเลิกกล่าวเช่นนั้น ก็โดยมีเจตนาหมิ่นประมาทใส่ความ โจทก์และบรรดาผู้ประกอบอาชีพทนายความในจังหวัดร้อยเอ็ดทุกคนให้

ได้รับความเสียหาย ดังนี้ เป็นฟ้องที่ควรไต่สวนมูลฟ้องข้อเท็จจริงต่อไป ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2505 (ประชุมใหญ่)

2) ความผิดฐานเผยแพร่ภาพลามก

ความผิดเกี่ยวกับภาพลามกนั้น นอกจากผู้ผลิตต้องรับโทษตามกฎหมายแล้ว ผู้มีไว้หรือนำเข้าในราชอาณาจักร หรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรก็ถือว่ามีความผิดเช่นเดียวกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 บัญญัติว่า “ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือมีการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษ...”

คำว่า “ภาพลามก” ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508 ว่า ภาพที่ไม่มีลักษณะน่าเกลียด น่าอูดจาก บัดสี ไม่ถือว่าเป็นภาพลามก ตามความหมายของมาตรา 287 ซึ่งในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น ไม่ใช่การพิจารณาว่า สิ่งนั้นฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมโดยทั่วไปของวิญญูชนเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาว่า ผู้พอมีความรู้ ความเข้าใจทางศิลปะมีความรู้สึกเช่นนั้นหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายๆ ไป³⁵

สิ่งลามกเป็นสิ่งผิดกฎหมาย กระทบต่อมาตรฐานทางศีลธรรมอันดีของสังคมและประชาชน ดังนั้น การกระทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก ย่อมเป็นความผิดตลอดจนการจำหน่ายสิ่งลามก ไม่ว่าด้วยประการใด ย่อมมีความผิด³⁶

แต่มีข้อสังเกตว่า การมีสิ่งลามกไว้ในครอบครองเพื่อการส่วนตัว ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 287 และจะตีความกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดกับผู้ครอบครองสิ่งลามกก็มีได้

³⁵ คณิศ ฅ นคร. (2545). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 219.

³⁶ หยุต แสงอุทัย. (2540). *กฎหมายอาญาภาค 2-3*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 181.

เพราะถือว่าการมีสิ่งลามกเพื่อดูเป็นการส่วนตัว ไม่กระทบกระเทือนต่อบุคคลอื่น และเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัว จึงทำให้การมีสิ่งลามกเพื่อการส่วนตัวไม่เป็นความผิด เช่น

จำเลยทำหน้าที่ควบคุมการฉายภาพยนตร์ทางโทรทัศน์ ได้นำแถบบันทึกภาพลามกมาอัดภาพยนตร์ที่กำลังแพร่ภาพเพื่อใช้เป็นส่วนตัว แต่ได้เกิดขัดข้องทางด้านเทคนิคการส่งภาพทำให้ภาพลามกออกไปปรากฏทางเครื่องรับโทรทัศน์นั้น เหตุที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นไปในลักษณะบังเอิญ จำเลยมิได้มีเจตนาที่จะแพร่หลายภาพลามกนั้นออกไปสู่สาธารณะ ไม่มีความผิดตามมาตรา 287 ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2641/2531

ภาพหญิงสาวซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนอวัยวะเพศแม้จะมีอาการปิดไว้ แต่ก็ปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่ ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อย ไม่น่าดูแล้วยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียด น่าบัดสีด้วย กล่าวคือ มีบางภาพอยู่ในอิริยาบถที่นอนหงาย กางขาออกอย่างกว้าง ทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกัน เป็นภาพที่มีลักษณะชั่วร้ายให้บังเกิดความโกรธทางกามารมณ์โดยตรง ถือเป็นภาพลามก ตามมาตรา 287 (1) ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามสื่อลามก โดยบัญญัติห้ามสิ่งลามกซึ่งมีลักษณะการกระทำผิดใน 3 ลักษณะ คือ (1) ห้ามเผยแพร่สิ่งลามก (2) ห้ามการค้าสิ่งลามก และ (3) ห้ามโฆษณาบอกแหล่งที่มาของสิ่งลามก หากผู้ใดฝ่าฝืนก็ต้องโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

3.4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งซึ่งมีเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ว่า เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตมนุษย์ หากมีผู้กระทำความผิดใดๆ ทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ หรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้³⁷ ในการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในบทนี้ จะศึกษาเฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

³⁷ หลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.

1) ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลปลอม ข้อมูลเท็จ ข้อมูลอันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย รวมทั้งข้อมูลที่มีลักษณะอันลามก หรือส่งต่อข้อมูลดังกล่าว

ในการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกบนอินเทอร์เน็ตนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นผู้กระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4) เช่น กล่าวหาว่าผู้เสียหายเป็นเมียน้อยนักการเมืองซึ่งเป็นข้อความอันเป็นเท็จ หรือนำภาพของบุคคลอื่นมาตัดต่อว่าเป็นภาพของผู้เสียหายที่กำลังร่วมเพศ หรือกล่าวหาว่าผู้เสียหายเป็นผู้ก่อการร้าย หรือเป็นพ่อค้าขายยาเสพติดรายใหญ่ เป็นต้น

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก ตามมาตรา 14 (4) แล้ว จะเห็นว่า มีองค์ประกอบของความผิดจากมาตราดังกล่าว มีดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้ใด

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก

และ

(3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

ข. องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59³⁸

คำว่า “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก” ปัญหาอยู่ที่ว่า อย่างไรจะถือว่า “ลามก” สำหรับความหมายและขอบเขตของสิ่งอันมีลักษณะลามกนั้น เทียบเคียงกับ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 คำว่า “ลามก” หมายถึง นำอับอายในทางเพศ นำออกจากบดสีที่น้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่ว หรือความใคร่ในทางกามารมณ์ โดยการพิจารณาว่า สิ่งใดมีลักษณะลามกนั้น จะพิจารณาตามความรู้สึกร่วมของวิญญูชนผู้มีใช้บุคคลผู้เคร่งครัดต่อจารีต ประเพณี โดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงตามสมัย ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492 หรือ

ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปรงตา มีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีแหกลมตัว มือข้างหนึ่งกุมหน้าอก อีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นหน้าอก ล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงในล้วงมือไปที่อวัยวะเพศ และ ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่มีลักษณะสื่อไปในคำข่มขู่กามารมณ์ และภาพหญิงเปลือยกายตลอดร่าง ซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ถือว่าเป็นภาพลามก มิใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดความสมบูรณ์ของร่างกาย ส่วนข้อความต่างๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนและละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงในทางข่มขู่กามารมณ์ แม้มิได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือว่าเป็นข้อความลามก ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3501/2531

2) ความผิดฐานผู้ให้บริการสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 บัญญัติว่า “ผู้ให้บริการผู้ใด จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14”

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว เป็นความผิดฐานผู้ให้บริการสนับสนุน หรือยินยอมให้มีการกระทำความผิด ซึ่งมีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ให้บริการ
- (2) สนับสนุนหรือยินยอม

³⁸ มานิตย์ จุมปา. (2553). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 95-97.

(3) ให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14

(4) ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน

ข. องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

ความผิดฐานนี้ มีการเพิ่มเติมหลักการเข้ามาในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการซึ่งรู้ถึงการกระทำอันเป็นความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน หากมิได้จัดการลบข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นในทันที ในโอกาสแรกที่อยู่และสามารถลบได้ ต้องรับผิดทางอาญา โดยมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการ จะมีความผิดเมื่อรู้ว่ามีข้อมูลที่มีความผิดตามมาตรา 14 อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของตน ดังนั้น แม้ว่าจะมีข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการเป็นจำนวนมาก แต่หากผู้ให้บริการยังไม่รู้ก็ยังไม่มีความผิด³⁹

อย่างไรก็ตาม ได้มีการปรับแก้ในชั้นพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยแก้ไขคำว่า “ผู้ใดรู้ถึง” ตามร่างเดิมเป็น “ผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยอมให้มีการกระทำความผิด...” ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่ต้องการให้ผู้ให้บริการมีส่วนร่วมรับผิดชอบ ตรวจสอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 โดยร่างเดิมใช้คำว่า “รู้ถึง” ซึ่งในบางกรณี เช่น มาตรา 14 (1) ซึ่งเกี่ยวกับการนำเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการอาจไม่ทราบได้ว่าข้อความนั้นเป็นข้อความเท็จหรือไม่ จึงเปลี่ยนถ้อยคำเป็น “จงใจสนับสนุนหรือยินยอม” เพื่อให้ชัดเจนถึงเจตนาในการกระทำความผิด⁴⁰

ถ้าหากพิจารณาถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในมาตราก่อนๆ กฎหมายจะใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า บุคคลใดๆ ก็อาจเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา นั้นๆ ได้ แต่ในมาตรา 15 นี้ กฎหมายกำหนดตัวผู้กระทำความผิดไว้ว่าเฉพาะ “ผู้ให้บริการ” เท่านั้น จึงจะเป็นผู้ต้องรับผิดตามมาตรา 15 นี้ ส่วนบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 15 นี้ สำหรับ “ผู้ให้บริการ” นั้น กฎหมายได้ให้คำนิยามศัพท์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไว้ว่า “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

³⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.* เอกสารเลขที่ 258/2548.

⁴⁰ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. (2550). *รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.* สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. หน้า 106

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน โดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนาม หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น”

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน” ซึ่งผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 15 นั้น ต่อเมื่อได้ให้การสนับสนุน หรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่ตนมีหน้าที่ควบคุม หรือดูแลเพื่อไม่ให้ใช้ระบบคอมพิวเตอร์ไปกระทำความผิด ซึ่งเท่ากับเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการจะต้องระมัดระวังไม่ให้มีการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการกระทำผิด แต่ปัญหาก็คือ หากมีการเช่า หรือผู้ให้บริการเป็นบุคคลอื่น ซึ่งผู้ให้บริการไม่ได้เข้าไปควบคุมดูแล ในกรณีที่ผู้เช่า หรือผู้ให้บริการนั้นได้กระทำความผิดตามมาตรา 14 จะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 15 ด้วยหรือไม่ เพราะผู้เช่า หรือผู้ให้บริการ มิใช่ผู้ให้บริการตามนิยามศัพท์ที่กำหนดไว้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่อย่างไร

คำว่า “จงใจ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 กับคำว่า “เจตนา” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง ว่าจะมีความหมายเหมือนกัน หรือแตกต่างกันอย่างไร ในกรณีเช่นนี้ เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งเน้นให้เห็นว่า “จงใจ” นั้น สะท้อนให้เห็นว่า ผู้ให้บริการต้องรู้ว่ามีมีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 เช่น มีการแจ้งเตือน หรือแจ้งให้ผู้ให้บริการรับรู้ รับทราบแล้วว่า มีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมดูแลของผู้ให้บริการนั้นมีลักษณะเป็นความผิดตามมาตรา 14 แต่ผู้ให้บริการดังกล่าวยังไม่ดำเนินการใดๆ อย่างเหมาะสมกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว⁴¹

สำหรับองค์ประกอบในเรื่องเจตนา ผู้ให้บริการยังคงต้องมีเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ในการกระทำความผิดฐานนี้ แม้จะมีการใช้ถ้อยคำว่า “จงใจ” ปรากฏอยู่ก็เพียงแค่เป็นการเน้นว่า ผู้ให้บริการรู้ถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของตนเป็นความผิดตามมาตรา 14 แต่ยังคงสนับสนุนหรือยินยอมให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นยังอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ที่ตนควบคุมอยู่ต่อไป⁴²

3) ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลภาพของผู้อื่นที่มีการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติมหรือดัดแปลง

⁴¹ พรเพชร วิชิตชลชัย. (2550). คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ 2550. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม. หน้า 25.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

นอกจากนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 16 บัญญัติว่า “ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่นและภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติมหรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษ...” ซึ่งมีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้
- (3) ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่นและภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติมหรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด
- (4) โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย

ข. องค์ประกอบภายใน

เจตนารมณ์ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

ความผิดในมาตรานี้ ได้มีการเพิ่มเติมเข้ามาในชั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา อันเป็นการเพิ่มเติมหลักการ โดยกำหนดให้กรณีที่มีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่นและภาพนั้นเกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติมหรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ทั้งนี้ ยังได้กำหนดให้ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ ตลอดจนมีการกำหนดตัวบุคคลผู้มีอำนาจร้องทุกข์แทนผู้เสียหาย ในกรณีที่ผู้เสียหายตายก่อนร้องทุกข์เช่นเดียวกับความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามประมวลกฎหมายอาญา และหากการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย ผู้เสียหายก็สามารถฟ้องในความผิดฐานนั้นได้อีก⁴³

เหตุที่ต้องมีการบัญญัติความผิดฐานนี้ เพราะการแพร่กระจายความเสียหายที่เกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์หรือทางอินเทอร์เน็ตนั้น เป็นไปอย่างรวดเร็วและขยายวงกว้างมาก จึงต้อง

⁴³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.* เอกสารเลขที่ 258/2548.

แก้ปัญหาและระงับความเสียหายด้วยวิธีการที่รวดเร็วเช่นกัน⁴⁴ ความผิดฐานนี้ใกล้เคียงกับความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาจะต้องเป็นการทำให้เสียหาย⁴⁵ แต่องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 16 นี้ได้แก่ ก่อให้เกิดความอับอายซึ่งมีความหมายแตกต่างกัน และไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้ หากการตัดต่อนั้นเป็นการตัดต่อภาพของผู้อื่น แต่มีความตั้งใจให้สื่อถึงอีกบุคคลหนึ่ง ย่อมไม่เป็นการหมิ่นประมาท เพราะผู้ที่ได้รับความอับอายนั้น ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง แต่สามารถใช้มาตรา 16 แต่สามารถใช้พระราชบัญญัตินี้ปรับใช้ได้⁴⁶

อนึ่ง ในชั้นการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้นได้มีการเพิ่มเติมถ้อยคำคำว่า “ที่ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้” เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำทั่วไปของบุคคลที่เป็นการส่วนตัว โดยไม่ได้ตั้งใจจะเผยแพร่ให้ต้องกลายเป็นสิ่งที่มีความผิด และมีการเพิ่มความในวรรคสองเพื่อเป็นข้อยกเว้นของผู้นำเข้าข้อมูลโดยสุจริต⁴⁷ แม้จะมีการกระทำครบองค์ประกอบตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แต่หากเป็นการนำเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยสุจริต ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดสำหรับว่าอย่างไรถือว่า “โดยสุจริต” เห็นว่า เทียบเคียงได้กับคำว่า “โดยสุจริต” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต... ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”⁴⁸ อันเป็นบทยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท

อย่างไรก็ดี ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่นและภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เดิมหรือตัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียหายชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ

⁴⁴ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. (2550). รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. หน้า 88

⁴⁵ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียหายชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษ...”.

⁴⁶ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. (2550). รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. หน้า 107

⁴⁷ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. (2550). รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. หน้า 107

⁴⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย. อ่างแล้ว. หน้า 27.

ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 16 นี้ เป็นเพียงความผิดฐานเดียวที่กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งหมายความว่า ความผิดฐานนี้หากผู้เสียหายยินยอมไม่เอาความกับผู้กระทำความผิด ย่อมเป็นเหตุให้คดีอาญาเป็นอันระงับไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)

และโดยลักษณะของความผิดอันยอมความได้นี้ ทำให้ส่งผลกระทบต่อการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันรู้เรื่องความผิด และรู้ตัวผู้กระทำความผิด มิฉะนั้นย่อมขาดอายุความ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 รวมทั้งหากผู้เสียหายประสงค์จะฟ้องคดีด้วยตนเองก็ต้องอยู่ภายใต้อายุความดังกล่าวด้วย

อนึ่ง ด้วยเหตุที่ได้กำหนดความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ จึงมีการกำหนดต่อไปว่า ในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตายเสียก่อนมีการร้องทุกข์ ก็มีการกำหนดตัวบุคคลผู้มีอำนาจในการร้องทุกข์กล่าวโทษแทน อันได้แก่ บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้เสียหาย ทั้งนี้เป็นการบัญญัติทำนองเดียวกันกับความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 333 วรรคสอง

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า “ความผิดฐานหมิ่นประมาท” จะต้องเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง การใส่ความนั้นต้องระบุตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความด้วยว่าเป็นใคร หรือเข้าใจได้แน่นอนว่าหมายถึงใคร แต่ถ้าไม่อาจทราบได้ว่าหมายถึงผู้ใด ก็ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

ส่วนข้อมูลที่ไม่เหมาะสมนั้นต้องเป็นข้อมูลที่เป็นความผิดตามกฎหมายด้วย เช่น ภาพตัดต่อผู้อื่นเปลือยกาย การโพสต์ภาพลามก การใช้ทำเหยียบบนฝ่ามือพระพุทธรูปปางสมาธิ เป็นต้น แต่ถ้าเป็นเพียงข้อมูลที่ไม่เหมาะสมธรรมดา เช่น พระสวมแว่นตาดำ หรือถ่ายรูปกับรถยนต์ราคาแพง หรือพระใช้กระเป๋าแบรนด์เนม หรือการทรมานสัตว์ด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ ถึงแม้จะเป็นข้อมูลที่ไม่เหมาะสมก็ตาม แต่ยังไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย