

ปัญหาการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
จากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์

กษิต ศรัทธาสูข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2560

**Problems of Tort on Civil and Commercial Code
Relating to Computer Data Duplication**

Kasidis Sathasuk

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2017



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการทำสำเนา
ข้อมูลคอมพิวเตอร์

เสนอโดย นายกษิต ศรัทธาสูข

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ


อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

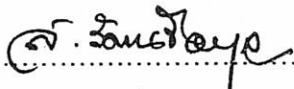

.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.อภิญา เลื่อนจวี)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ)


.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.สมศักดิ์ ไตรรักษา)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)
วันที่ 6 เดือน ๒๕ พ.ศ. ๒๕๖๐

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์
ชื่อผู้เขียน	กษิติก ศรีทธาสุข
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงหลักการและแนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจะศึกษาในส่วนของการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ สืบเนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยแม้จะมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลทางคอมพิวเตอร์ แต่ประชาชนชาวไทยยังคงถูกล่วงละเมิดในข้อมูลคอมพิวเตอร์ของตนเองเป็นจำนวนมากและยังไม่ได้รับการคุ้มครองเยียวยา โดยเฉพาะการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีกฎหมายใดเลยออกมาให้ความคุ้มครองในด้านนี้ ทั้งที่สภาพแห่งการกระทำกระทบต่อ ทรัพย์สิน และความเป็นอยู่ส่วนตัวอันเป็นสิทธิส่วนบุคคล อย่างไรก็ดี หากผู้ใดทำละเมิดต่อผู้อื่น ผู้นั้นจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น กรณีจึงมีประเด็นปัญหาว่าการกระทำต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมีขอบถือเป็นการละเมิดหรือไม่ และหากเป็นการละเมิดควรมีการเยียวยาผู้ซึ่งได้รับความเสียหายอย่างไรจึงจะเหมาะสม

ผลการศึกษาพบว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมีขอบนั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 5 และมาตรา 7 กำหนดให้การเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบและข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นเฉพาะที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงเท่านั้นเป็นความผิดโดยลักษณะการใช้งานอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ของประชาชนในปัจจุบัน ไม่ใช่ทุกคนที่มีการกำหนดมาตรการป้องกันการเข้าถึงไว้ ส่วนปัญหาในการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมีขอบ ไม่มีบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดแต่อย่างใด และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ไม่มีระบุเรื่องการทำสำเนา

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งการนำข้อมูลที่ถูกทำสำเนาไปใช้เปิดเผยความลับที่กระทบต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ ที่ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครอง ประการสุดท้าย คือกรณีปัญหาการเยียวยาทางแพ่งว่าด้วยการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนต้องพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดเชยอย่างครบถ้วนและเป็นธรรม

ดังนั้น จากผลของการศึกษาดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยแก้ไขมาตรา 5 และมาตรา 7 ให้การเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบและข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไม่ว่าจะมีมาตรการป้องกันการเข้าถึงหรือไม่ก็เป็นความผิด อีกทั้งระบุให้การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบให้มีความผิดด้วย และปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 5 หมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด กับหมวด 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด โดยมีการระบุเรื่องการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้โดยเฉพาะ ตลอดจนกำหนดแนวทางการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้ผู้เสียหายจากการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ ได้รับความเป็นธรรมมากขึ้น

Thesis Title	Problems of Tort on Civil and Commercial Code Relating to Computer Data Duplication
Author	Kasidis Sathasuk
Thesis Advisor	Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2016

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to study about the principles and method ideas regarding the tort on civil and commercial code relating to computer data duplication. Owing to the present time, although Thailand has legislative measures on guarding the rights in computer, many people are still violated in their own computer data and they also do not get any protecting and remedy. Moreover, there is no any enactment issuing to protect the computer data duplication even though these actions are affecting to assets and privacy of living. However, any person who infringes other people rights must compensate for it. From these reasons mentioned above causing the issue that any actions involving with illegally duplicating other people's computer data are regarded to be violation or not? What should it be if it is violation and how could the injured person get the properly remedy?

The result of studying illustrates the problem of illegally duplicating other people's computer data. According to the Computer-related Crime Act (No. 2) B.E. 2560, section 5 and 7 define that any person illegally accesses other people's computer system and data, only for which there is a specific access prevention measure is an offense. This is a using electronic kind of people these days and not everyone that does the access prevention measure. However, the problem about duplicating other people's computer data is not enacted to be crime anyway. From the civil and commercial code related to tort does not identify about the computer data duplication matter. Furthermore, using and disclosing the duplicating data that is likely to affect the reputation and dignity are not also guarded. Last one, the civil remedy issue by using discretion of the court in defining compensation must consider from actual damages only. These things cause unfairness and incompletely compensation to the injured person.

In accordance with all above studying results, researcher approves of making an adjustment in the Computer-related Crime Act (No. 2) B.E. 2560 by improving section 5 and 7. No matter it has prevention measure or not, illegally access other people's computer system and data must deem to be offense. Besides, improving the civil and commercial code title 5 is an important as well concerning about chapter 1 liability for wrongful acts and chapter 2 compensation for wrongful acts by specifically defining about computer data duplication along with specifying compensation method for the injured person to get more fairness from being used the computer data.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้รับความสำเร็จลงได้ ด้วยความกรุณาและความเอาใจใส่จากท่าน รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ซึ่งกรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา โดยได้กรุณาให้คำปรึกษาแนะนำ และสนับสนุนเป็นอย่างดี จนทำให้ผู้วิจัยสามารถเรียบเรียงวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่ง

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.อภิญา เลื่อนฉวี ที่ได้กรุณาได้รับเป็น ประธานกรรมการ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โขทเหมาะ ท่านอาจารย์ ดร.สมศักดิ์ ไตรรักษา ซึ่งได้กรุณาได้รับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์และชี้แนะข้อบกพร่องต่างๆ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณมา ณ ที่นี้ด้วย

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อประเสริฐ ศรีทราสุข คุณแม่ดวงใจ ศรีทราสุข และครอบครัวตลอดจนเพื่อนๆ ทุกคน ซึ่งต่างก็คอยให้กำลังใจ ให้คำปรึกษา ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้วิจัย ด้วยดีตลอดมาจนสำเร็จการศึกษา

ท้ายที่สุดนี้ หากว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษาแล้ว ผู้วิจัยขอ มอบความดีทั้งหมดแก่ผู้มีพระคุณและบูรพาจารย์ทุกท่านซึ่งได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ ผู้วิจัย อนึ่งหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องไม่ว่าจะด้วยประการใดๆ ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่ เพียงผู้เดียว

กษิติศ ศรีทราสุข

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๗
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
สารบัญภาพ.....	๘
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
1.7 นิยามศัพท์.....	6
2. ประวัติความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลอันเกิดจาก การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และพื้นฐานของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต.....	9
2.1 ประวัติความเป็นมาและแนวความคิดของการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ด้านคอมพิวเตอร์.....	9
2.2 แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล.....	13
2.3 ความหมายของสิทธิส่วนบุคคล.....	28
2.4 หน้าที่ของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล.....	33
2.5 ประโยชน์จากการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล.....	35

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
2.6	35
2.7	36
2.8	37
2.9	42
3. มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของ ประเทศไทยกับต่างประเทศ.....	45
3.1 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของ ต่างประเทศ.....	45
3.2 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของ ประเทศไทย.....	55
4. ปัญหาและวิเคราะห์การละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์.....	83
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการในการป้องกันการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และ ข้อมูลคอมพิวเตอร์.....	84
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการว่าด้วยเรื่องการดักจับข้อมูล กับ การทำสำเนา ข้อมูลคอมพิวเตอร์.....	90
4.3 ปัญหาการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูล คอมพิวเตอร์ไปใช้.....	106
4.4 ความเสียหายจากการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนา ข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้และการเยียวยาทางแพ่ง.....	112

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	122
5.1 บทสรุป.....	122
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	124
บรรณานุกรม.....	127
ภาคผนวก.....	134
ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับแก้ไขที่วันที่ 28 มีนาคม 2554)	135
ประวัติผู้เขียน.....	151

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
ภาพประกอบ 1.....	84
ภาพประกอบ 2-6.....	85
ภาพประกอบ 7-11.....	86
ภาพประกอบ 12.....	91
ภาพประกอบ 13.....	92

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบัน โลกได้ก้าวเข้าสู่ยุคของเทคโนโลยีจำนวนมาก โดยหนึ่งในนั้นคืออินเทอร์เน็ต (Internet) อินเทอร์เน็ต หมายถึง เครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่มีการเชื่อมต่อระหว่างเครือข่ายหลายๆเครือข่ายทั่วโลก โดยใช้ภาษาที่ใช้สื่อสารกันระหว่างคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่าโพรโทคอล (protocol) ผู้ใช้เครือข่ายนี้สามารถสื่อสารถึงกันได้ในหลายๆทาง อาทิ อีเมล เว็บบอร์ด และสามารถสืบค้นข้อมูลและข่าวสารต่างๆรวมทั้งคัดลอกแฟ้มข้อมูลและโปรแกรมมาใช้ได้

อินเทอร์เน็ตเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1969(พ.ศ.2512) จากการเกิดเครือข่ายโดย ARPANET (Advanced Research Projects Agency NETwork) ซึ่งเป็นเครือข่ายสำนักงานโครงการวิจัยชั้นสูงของกระทรวงกลาโหมสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์หลักของการสร้างเครือข่ายคือเพื่อให้คอมพิวเตอร์สามารถเชื่อมต่อและมีปฏิสัมพันธ์กันได้ เครือข่าย ARPANET ถือเป็นเครือข่ายเริ่มแรกซึ่งต่อมาได้พัฒนาให้เป็นเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน¹

อินเทอร์เน็ตในประเทศไทยเริ่มขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2530 โดยการเชื่อมต่อมินิคอมพิวเตอร์ของมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์และสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย(AIT) ไปยังมหาวิทยาลัยเมลเบิร์นประเทศออสเตรเลีย แต่ในครั้งนั้นยังเป็นการเชื่อมต่อโดยผ่านสายโทรศัพท์ซึ่งสามารถส่งข้อมูลได้ช้าและไม่เป็นการถาวร จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2535 ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ(NECTEC) ได้เชื่อมต่อคอมพิวเตอร์กับมหาวิทยาลัย 6 แห่ง ได้แก่ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย(AIT) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ศูนย์เทคโนโลยี

¹ อินเทอร์เน็ต, “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี มูลนิธิวิกิมีเดีย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2557, จาก <http://th.wikipedia.org/wiki/อินเทอร์เน็ต>.

อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ เข้าด้วยกันเรียกว่า "เครือข่ายไทยสาร"

การให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยได้เริ่มต้นขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2538 โดยความร่วมมือของรัฐวิสาหกิจ 3 แห่ง คือ การสื่อสารแห่งประเทศไทย องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และ สำนักงานส่งเสริมวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) โดยให้บริการในนามบริษัทอินเทอร์เน็ตประเทศไทย (Internet Thailand) เป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์รายแรกของประเทศไทย²

การประยุกต์ใช้อินเทอร์เน็ตในปัจจุบันทำได้หลากหลาย อาทิ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) สนทนา (Chat) อ่านหรือแสดงความคิดเห็นในเว็บบอร์ด การติดตามข่าวสารการสืบค้นข้อมูล การค้นหาข้อมูลการชมหรือซื้อสินค้าออนไลน์ การดาวน์โหลดซึ่งเกม เพลง ไฟล์ข้อมูล ฯลฯ การติดตามข้อมูล ภาพยนตร์ รายการบันเทิงต่างๆออนไลน์ การเล่นเกมคอมพิวเตอร์ออนไลน์ การเรียนรู้ออนไลน์ (E-learning) การประชุมทางไกลผ่านอินเทอร์เน็ต (Videoconference) โทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต (VoIP) การอัปโหลดข้อมูลหรืออื่นๆ

แนวโน้มล่าสุดของการใช้อินเทอร์เน็ต คือ การใช้อินเทอร์เน็ตเป็นแหล่งพบปะสังสรรค์ เพื่อสร้างเครือข่ายสังคมหรือที่เรียกกันว่าสังคมออนไลน์ ซึ่งพบว่าปัจจุบันเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมดังกล่าวกำลังได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย เช่น เฟซบุ๊ก ทวิตเตอร์ ไฮไฟฟ์ และการใช้เริ่มมีการแพร่ขยายเข้าไปสู่การใช้อินเทอร์เน็ตผ่านโทรศัพท์มือถือ (Mobile Internet) มากขึ้น เนื่องจากเทคโนโลยีปัจจุบันสนับสนุนให้การเข้าถึงเครือข่ายผ่านโทรศัพท์มือถือทำได้ง่ายขึ้นมาก³

ตั้งแต่เทคโนโลยีทางด้านคอมพิวเตอร์เข้ามาช่วยอำนวยความสะดวกในเรื่องต่างๆ และได้มีการนำมาใช้ประโยชน์มากมาย ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ หรือจะเป็นประโยชน์ส่วนบุคคล แต่เมื่อสังคมออนไลน์มีขนาดใหญ่ขึ้นย่อมมีกลุ่มคนที่นำเทคโนโลยีมาใช้หาประโยชน์ในทางมิชอบ ซึ่งอาจทำเพราะความสนุกที่ได้ทดสอบความสามารถในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ตนสร้างขึ้น เหล่าผู้ที่มีความประสงค์ไม่ดีหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางมิชอบเหล่านี้ได้ออกมาสร้าง

² ประมวลวร กุมากรบุญ, "อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย พ.ศ.2559," สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2557.

จาก <http://www.manager.co.th/Telecom/ViewNews.aspx?NewsID=9500000067518>.

³ อินเทอร์เน็ต, วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, เพิ่งอ้าง.

ความวุ่นวายภายในการใช้งานระบบดิจิทัล ไม่ว่าจะเป็นการแอบแก้ไขข้อมูล การดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ การรบกวนระบบคอมพิวเตอร์ การแอบเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ การขโมยข้อมูล การแอบเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำอันละเมิดต่อผู้อื่นทั้งสิ้น ทั้งนี้เหล่าผู้มีความประสงค์ไม่ดีเหล่านี้ อาจเป็นผู้สร้างโปรแกรม หรือเป็นผู้ใช้โปรแกรมเพียงอย่างเดียว หรือเป็นทั้งผู้สร้างและผู้ใช้โปรแกรม ซึ่งล้วนแล้วเป็น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีจุดประสงค์ร้ายต่อคอมพิวเตอร์และเครือข่ายทางอินเทอร์เน็ต โดยเรียกโปรแกรมเหล่านี้ว่า “มัลแวร์(Malware)”

มัลแวร์จะเข้ามาบุกรุกเครื่องคอมพิวเตอร์ โดยที่ผู้ใช้คอมพิวเตอร์ไม่รู้ตัวและสร้างความเสียหายให้กับระบบคอมพิวเตอร์และเครือข่ายอื่นๆ นอกจากนั้นแล้วถ้ามีโอกาสก็จะทำการแทรกตัวเข้าไปประบาดในระบบคอมพิวเตอร์ของเครื่องอื่นๆและระบบเครือข่าย

มัลแวร์เป็นซอฟต์แวร์(Software)ที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อให้แทรกซึมหรือเข้าไปทำลายระบบคอมพิวเตอร์ โดยผู้สร้างนั้นเป็นผู้ที่เชี่ยวชาญในด้านซอฟต์แวร์ได้ทำการสร้างและปล่อยออกมา คำว่า “มัลแวร์” มาจากคำว่า "Malicious" และ "Software" ซึ่งคำว่า Malicious นั้นหมายถึง มุ่งร้าย และซอฟต์แวร์ หมายถึง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมๆกันแล้วได้ความหมายว่าซอฟต์แวร์ที่มีความประสงค์ร้ายต่อคอมพิวเตอร์เป็นคำที่ใช้เรียกรวมๆของพวกไวรัส(virus) สบายแวร์(spyware)ต่างๆ โดยทั่วไปผู้ใช้ส่วนใหญ่ยังคงไม่คุ้นเคยกับมันและคนจำนวนมากยังไม่เคยรู้จักกับคำๆนี้ กลับพูดแบบต่างๆไปว่าไวรัสคอมพิวเตอร์(Viruscomputer) จนได้ถูกใช้อย่างแพร่หลายในสื่อมวลชนถึงแม้ว่าทั้งหมดของมัลแวร์จะไม่ใช่ไวรัส แต่มัลแวร์ประกอบไปด้วย Viruscomputer Worms Trojanhorses Rootkits Spyware Keylogger Hacktool Dialer Dishonestadware Toolbar BHO Joke และซอฟต์แวร์ที่ไม่ประสงค์ดีทั้งหลายในที่นี้มัลแวร์ไม่ควรเป็นที่สับสนกับบั๊ก(bug)ของโปรแกรมเพราะว่าบั๊กของโปรแกรมนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น โดยไม่เจตนาของโปรแกรมจึงไม่ผิดกฎหมาย⁴

ตั้งแต่คอมพิวเตอร์ถูกสร้างขึ้นมาและกลายเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของมนุษย์ หากเกิดปัญหาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ขึ้น ผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย ส่วนมากจะหาทางออกแก้ไข

⁴ สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศกรมที่ดิน, “ความแตกต่างระหว่างไวรัส หนอน ม้าโทรจัน สบายแวร์ ฟิชชิง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2557, จาก http://www.dol.go.th/it/index.php?option=com_content&task=view&id=114.

ปัญหาด้วยตนเองก่อนบ้างโดยการหาโปรแกรมแก้ไขเอาออกเอง หรือไปหาร้านเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ให้ช่วยแก้ไขให้

แม้ปัจจุบันจะมีการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยมีกฎหมายออกมาครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2550 จนกระทั่งมีการปรับปรุงใหม่ชื่อว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560” ซึ่งได้ออกมาปราบปรามผู้กระทำความผิดก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถครอบคลุมการกระทำความผิดที่เพิ่มมากขึ้นตามยุคสมัยของเทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์ได้ จึงเกิดผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย เรื่อยมา อีกทั้งยังเกิดปัญหาที่สำคัญอีกส่วนหนึ่ง คือ การเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับให้พวกเขาสามารถกลับคืนสู่ฐานะหรือสภาพเดิมที่เขาเคยเป็นเคยมี ซึ่งการใช้บทว่าด้วยละเมิดมาปรับใช้เป็นทางหนึ่งที่สามารถช่วยได้ หากแต่ขาดหลักเกณฑ์ที่ทันสมัยในการให้การป้องกันที่เหมาะสมกับการก้าวกระโดดของเทคโนโลยีในโลกปัจจุบัน

จากการที่กล่าวไปแล้วพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ยังมีปัญหาในช่องว่างของบทบัญญัติในการบังคับใช้ โดยเฉพาะการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ และปัจจุบันขาดหลักเกณฑ์ที่ใช้เยียวยาผู้เสียหายจากการถูกนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ซึ่งพบปัญหาที่เกี่ยวข้องดังนี้

ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการในการป้องกันการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ มาตรา 5 มาตรา 7 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการว่าด้วยเรื่องการดักจับข้อมูล มาตรา 8 กับการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ปัญหาการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ ความเสียหายจากการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้และการเยียวยาทางแพ่ง

จึงเห็นควรนำกฎหมายในส่วนนี้มาปรับแก้ไขใหม่ โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศที่พัฒนาด้านการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาเป็นเวลานาน กับร่างพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่ผ่านๆมาประกอบกัน และเปรียบเทียบถึงหลักเกณฑ์ในการเยียวยาผู้เสียหายที่ถูกละเมิดตามกฎหมายไทยกับต่างประเทศ เพื่อพิจารณาถึงกฎหมายพิเศษหรือปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยมากยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลอันเกิดจากการกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และพื้นฐานของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยกับต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 และมาตรการในการเยียวยาผู้เสียหายซึ่งได้รับผลกระทบ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายปัจจุบันไม่สามารถเอาผิดกับผู้เข้าถึงโดยมิชอบต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงได้ อีกทั้งโดยเฉพาะการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่ได้รองรับว่าเป็นความผิด และตามกฎหมายลักษณะละเมิดไม่มีระบุถึงเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ ทั้งที่ส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลนั้นมหาศาล และยังไม่สามารถเยียวยาผู้ซึ่งถูกเปิดเผยความลับอันเป็นที่เสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณ จากการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ ดังนั้นจำเป็นต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 5 หมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิดกับหมวด 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ให้เหมาะสมกับความทันสมัยด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการในการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ประกอบกับการกระทำที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความคิดเกี่ยวกับ

คอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับแก้ไขที่วันที่ 28 มีนาคม 2554) และกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และศึกษาถึงการเยียวยาทางแพ่งของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ทั้งนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับละเมิดลิขสิทธิ์

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ทำการศึกษาวิจัยเอกสาร(Documentary Research) โดยศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากบทความทางวิชาการ ตำราทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง วิทยานิพนธ์ วารสาร ข้อมูลทางสื่อสารมวลชน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล อันเกิดจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และพื้นฐานของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยกับต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ปัญหาการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์
4. เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขวิธีการในการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และมาตรการในการเยียวยาผู้เสียหายซึ่งได้รับผลกระทบ ให้ทันสมัยเพื่อความเหมาะสมของประเทศไทยในปัจจุบัน

1.7 นิยามศัพท์

อินเทอร์เน็ต(Internet) ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง เครือข่ายคอมพิวเตอร์นานาชาติที่มีสายตรงต่อไปยังสถาบันหรือหน่วยงานต่างๆ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ใช้รายใหญ่ทั่วโลกผ่าน โมเด็ม(Modem)คล้ายกับCompuserve ผู้ใช้เครือข่ายนี้สามารถสื่อสารถึงกันได้ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์(E-mail) สามารถสืบค้นข้อมูลและสารสนเทศ รวมทั้งคัดลอกแฟ้มข้อมูล และโปรแกรมบางโปรแกรมมาใช้ได้ อย่างไรก็ตามมีผู้เปรียบเทียบว่าอินเทอร์เน็ตเป็นเหมือนทางหลวงระหว่างประเทศ แต่ละประเทศจะต้องมีถนนเข้า

มาเชื่อมต่อเข้าไปในประเทศ กล่าวคือ จะต้องมีการซื้อขายภายในรับช่วงต่ออีกทอดหนึ่ง(เช่น ไทยมี Chulanet KSC Infonews เป็นต้น) มิฉะนั้นก็จะใช้ไม่ได้ผล⁵

มัลแวร์(Malware) ความหมายตามสำนักเทคโนโลยีสารสนเทศกรมที่ดิน หมายถึง เป็นซอฟต์แวร์ที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อให้แทรกซึมหรือเข้าไปทำลายระบบคอมพิวเตอร์ โดยผู้สร้างนั้นเป็นผู้ที่เชี่ยวชาญในด้านซอฟต์แวร์ได้ทำการสร้างและปล่อยออกมา คำว่า “Malware” มาจากคำว่า “Malicious” และ “Software” ซึ่งคำว่า Malicious นั้นหมายถึงมุ่งร้าย และ Software ก็หมายถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมกันแล้วได้ความหมายว่า ซอฟต์แวร์ที่มีความประสงค์ร้ายต่อคอมพิวเตอร์ เป็นคำที่ใช้เรียกรวมๆของพวก Viruscomputer Worms Trojanhorses Rootkits Spyware Dishonest Adwareต่างๆ⁶

ไวรัส(Virus) ความหมายตามสำนักเทคโนโลยีสารสนเทศกรมที่ดิน หมายถึง การแพร่เชื้อไปติดไฟล์อื่นๆในคอมพิวเตอร์ของคุณ โดยการเพิ่มจำนวนตัวมันเองขึ้นมาเป็นจำนวนมาก ไวรัสจะส่งตัวเองไปยังคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นๆได้ต้องอาศัยไฟล์พาหะ⁷

Attacker/Hacker ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง ชื่อที่ใช้เรียกพวกที่มีความชำนาญในการใช้คอมพิวเตอร์ไปในทางที่ผิดกฎหมาย เช่น แอบขโมยข้อมูลจากคอมพิวเตอร์ในเครือข่าย หรือแอบแก้ตัวเลขในธนาคารเพื่อถอนเงินออกมาใช้เอง คำว่า “Hack” อาจหมายถึง การแอบปรับแก้หรือดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ก็แก้แล้วยังกลับทำให้แย่ลง⁸

สำเนา(Copy) ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง การคัดลอกข้อความหรือภาพบางส่วนหรือทั้งเพิ่มข้อมูล(ไม่ต้องเริ่มต้นทำใหม่) เพื่อทำเป็นสำเนาเก็บไว้ใช้ประโยชน์นอกจากนี้ คำ “Copy” ใช้เป็นคำสั่งในระบบดอสที่ใช้คัดลอกเพิ่มข้อมูลหรือเป็นคำสั่ง

⁵ “Dictionary,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://dictionary.sanook.com/search/internet>.

⁶ สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศกรมที่ดิน, “ความแตกต่างระหว่างไวรัส หนอน ม้าโทรจัน สลายแวร์ ฟิชซิง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2557, จาก http://www.dol.go.th/it/index.php?option=com_content&task=view&id=114.

⁷ สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศกรมที่ดิน, “ความแตกต่างระหว่างไวรัส หนอน ม้าโทรจัน สลายแวร์ ฟิชซิง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2557, จาก http://www.dol.go.th/it/index.php?option=com_content&task=view&id=114. 19 พฤศจิกายน 2557.

⁸ “Dictionary,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://dictionary.sanook.com/search/hacker>.

ภายใต้เมนู EDIT ในระบบวินโดวส์ที่ใช้คัดลอกภาพหรือข้อความที่กำหนดไว้ โดยคอมพิวเตอร์จะนำไปเก็บไว้ในคลิปบอร์ด(clipboard)⁹

ข้อมูล(Data) ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง กลุ่มตัวอักษรที่เมื่อนำมารวมกันแล้วมีความหมายอย่างไรอย่างหนึ่งซึ่งคนเห็นว่าสำคัญมีค่าควรที่จะเก็บไว้เพื่อจะได้นำมาใช้ในโอกาสต่อไปมักเป็นข้อความที่อธิบายถึงสิ่งใดสิ่งหนึ่ง อาจเป็นตัวอักษร ตัวเลข หรือสัญลักษณ์ใดๆ ก็ได้ที่สามารถนำไปประมวลผลด้วยคอมพิวเตอร์ได้¹⁰



⁹ “Dictionary,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://dictionary.sanook.com/search/copy>.

¹⁰ “Dictionary,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://dictionary.sanook.com/search/data>.

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลอัน เกิดจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และพื้นฐานของเครือข่าย อินเทอร์เน็ต

กฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมและเศรษฐกิจของโลกปัจจุบันเป็นอันมาก ฉะนั้นการศึกษากฎหมายคอมพิวเตอร์จึงต้องดำเนินควบคู่กับการศึกษาทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยเห็นควรมีความจำเป็นต้องศึกษาโดยพิจารณาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิดของสิทธิส่วนบุคคล รวมถึงพื้นฐานของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตทั้งนี้ เพื่อให้เข้าใจถึงบทบาทสำคัญของคอมพิวเตอร์ได้ดียิ่งขึ้น

2.1 ประวัติความเป็นมาและแนวความคิดของการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลด้านคอมพิวเตอร์

สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยอันสมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองจากรัฐ เห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในครอบครัวเกียรติยศชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ ด้วยเหตุนี้จึงสมควรศึกษาถึงประวัติความเป็นมาแนวคิดและความหมายของสิทธิส่วนบุคคลรวมถึงแนวความคิดของการคุ้มครอง

สิทธิส่วนบุคคลของประชาชนด้วยสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล(Right of Privacy) เป็นแนวคิดแบบปัจเจกชนนิยม(Individualism) ที่มีรากฐานความคิดมาจากนักปราชญ์กลุ่มสโตอิก(Stoics) ซึ่งสอนเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างมนุษย์ด้วยกัน และเชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติสมบูรณ์นั้นจะดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผล ซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎเกณฑ์ที่ธรรมชาติคนควบคุมอยู่ และสิ่งที่ทำให้มนุษย์แตกต่างไปจากสิ่งอื่น คือ มนุษย์มีจิตใจที่สามารถหยั่งทราบถึง

กฎเกณฑ์ดังกล่าวประกอบกับความรู้คิดในเหตุและผล¹ มนุษย์จึงสามารถประพฤติตามกฎเกณฑ์ได้ แม้กฎเกณฑ์นั้นจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบายแก่มนุษย์ แต่มนุษย์ต้องปฏิบัติทุกสิ่งให้ สอดคล้องกับธรรมชาติ เหตุผล และความดี จึงก่อให้เกิดระบบที่เป็นสากลอันเป็นพื้นฐานของ กฎหมายธรรมชาติและค่านิยมมนุษย์ใช้เหตุผลที่มีอยู่ในตัวเองแยกแยะได้ว่าสิ่งใดเป็นความดี หรือความชั่ว เพราะเหตุผลที่แวดล้อมตัวมนุษย์อยู่เป็นกฎเกณฑ์ของจักรวาล บังเอิญคนที่เกิดมาแล้ว จึงมีสิทธิตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอน ยกเลิกเพิกถอนไม่ว่ากรณีใดๆ ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติเช่นนี้เป็นแนวคิดว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลของ เอกชนที่เกิดขึ้นพร้อมกับสภาพบุคคล²

ทุกวันนี้คอมพิวเตอร์ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของสังคมมนุษย์มากยิ่งขึ้น ซึ่งมีการใช้งานคอมพิวเตอร์โดยมิชอบโดยบุคคลใดๆก็ตามที่ส่งผลเสียต่อบุคคลอื่นรวมถึง การใช้งานคอมพิวเตอร์ในการก่อความเสียหายหรือความรำคาญใจ เมื่อเกิดการกระทำความคิดขึ้น จึงต้องมีมาตรการการลงโทษผู้กระทำความผิดขึ้นมา เพื่อเป็นการลงโทษและเป็นดั่งเกราะป้องกัน ไม่ให้เกิดการกระทำผิดขึ้นมาที่สุดเพื่อคงไว้ซึ่งสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

2.1.1 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลด้านคอมพิวเตอร์ของ ต่างประเทศ

สำหรับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลด้านข้อมูลส่วนบุคคลในทางสากล นอกจากที่ ปรากฏอยู่ในกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น แนวทางปฏิบัติขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา(OECD) ข้อบังคับสหภาพยุโรป(EU) ข้อตกลงของรัฐสภาแห่ง ยุโรป(Council of Europe) และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล(APEC Information Privacy Principles) ของกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิกหรือเอเปค แล้วสหประชาชาติก็ได้ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลไว้ในแนวทางการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดเก็บ

¹ ปรีดี เภษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (ม.ป.ท: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.116 - 118.

² สุภาพงส์ หล่อพิศิษฐ์, “มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นตัวที่เกิดจากการใช้ โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น.7 - 8.

ด้วยคอมพิวเตอร์ (Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files) ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้³

1. หลักความชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม (Principle of Lawfulness and Fairness)

ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่ถูกเก็บรวบรวมหรือประมวลผลด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรม หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่ขัดกับวัตถุประสงค์และหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ

2. หลักความถูกต้อง (Principle of Accuracy)

ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องมีการตรวจสอบอย่างสม่ำเสมอว่ากระทำด้วยความถูกต้อง ข้อมูลมีความสมบูรณ์ ทันสมัยอยู่เสมอ และเก็บได้ภายในระยะเวลาเท่าที่จะมีการประมวลผลหรือใช้ข้อมูลเหล่านั้น

3. หลักการระบุวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจง (Principle of The Purpose-pecification)

จะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บและเงื่อนไขของการใช้ประโยชน์ข้อมูลที่เก็บตามวัตถุประสงค์ซึ่งชอบด้วยกฎหมายโดย

(1) เก็บรวบรวมเพียงเท่าที่เกี่ยวข้อ และเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้

(2) ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่ถูกใช้หรือเปิดเผย เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง

(3) ระยะเวลาที่จัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาที่การดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ได้สำเร็จลง

4. หลักการเข้าถึงข้อมูล (Principle of Interested-person Access)

เจ้าของข้อมูลมีสิทธิที่จะได้รู้ว่ามีผลการประมวลผลข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับตน โดยได้รับข้อมูลในรูปแบบที่เข้าใจได้ในเวลาอันสมควรและปราศจากค่าใช้จ่าย และสามารถขอให้แก้ไขหรือลบในกรณีมีการเก็บข้อมูลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีความจำเป็นต้องจัดเก็บ หรือมีการเก็บข้อมูลโดยไม่ถูกต้องข้อกำหนดแห่งหลักการนี้ให้บังคับใช้กับบุคคลทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่

5. หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of non-discrimination)

ห้ามเก็บรวบรวมข้อมูลซึ่งอาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมาย เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ สีผิว พฤติกรรมทางเพศ ความคิดเห็นทางการเมือง การนับถือศาสนา

³ นคร เสรีรักษ์, “กรอบการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ UN,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2557, จาก <http://www.fpps.or.th/news.php?detail=n1253470226.news>.

ความเชื่อทางปรัชญา หรือความเชื่ออื่นๆ รวมทั้งข้อมูลการเป็นสมาชิกสหภาพหรือสมาคมทางการค้า

6. การกำหนดข้อยกเว้น(Power to Make Exceptions)

ข้อยกเว้นจากหลักการข้อที่ 1-4 อาจกำหนดได้ในกรณีจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ระเบียบสังคม สาธารณสุข หลักคุณธรรม และสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

ข้อยกเว้นจากหลักการข้อที่ 5 อาจเป็นกรณีเพื่อการป้องกันการเลือกปฏิบัติภายใต้ข้อบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือกลไกของกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการป้องกันการเลือกปฏิบัติ

7. หลักการรักษาความปลอดภัย(Principle of Security)

จะต้องมีการรักษาความปลอดภัยข้อมูลที่จัดเก็บ เพื่อป้องกันอันตรายทั้งจากภัยธรรมชาติ การสูญหายหรือเสียหาย การทำลายโดยบุคคล การเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ การใช้ในทางที่ผิด หรือการทำลายโดยไวรัสคอมพิวเตอร์

8. การกำกับดูแล(Supervision and Sanctions)

กฎหมายของประเทศต่างๆ จะต้องระบุหน่วยงานที่รับผิดชอบในการควบคุมดูแลและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการปฏิบัติตามหลักการนี้

9. การส่งข้อมูลข้ามพรมแดน(Trans Border Data Flows)

การส่งข้อมูลระหว่างประเทศจะสามารถกระทำได้ในกรณีที่ประเทศสองประเทศหรือมากกว่าสองประเทศมีกลไกในการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในระดับเดียวกัน

10. ขอบเขตการใช้ข้อปฏิบัติ(Field of Application)

หลักปฏิบัติดังกล่าวควรได้มีการปฏิบัติใช้สำหรับข้อมูลในภาครัฐและเอกชนที่จัดเก็บด้วยคอมพิวเตอร์(Computerized Files) เช่นเดียวกับการจัดเก็บด้วยวิธีการอื่นๆที่มีการปรับปรุงให้เหมาะสมกับเอกสารที่จัดเก็บด้วยมือ(Manual Files)

ในส่วนที่เกี่ยวข้องที่สุดกับวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ใน 10 ข้อ ดังกล่าวมีบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ที่ศึกษาแต่เห็นว่า ข้อที่ 7. หลักการรักษาความปลอดภัย(Principle of security) มีความใกล้เคียงมากที่สุด เพราะมีการคุ้มครองข้อมูลต่างๆจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย จึงเห็นได้ว่าการคุ้มครองเกี่ยวกับภัยจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตรายก็เป็นหนึ่งในมาตรการที่ต้องได้รับความคุ้มครองเป็นอันดับต้นๆเช่นกัน

2.1.2 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลด้านคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย

ประเทศไทยไม่เคยมีการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการกระทำในทางคอมพิวเตอร์ทางอินเทอร์เน็ตตอนไหนมาก่อน จนกระทั่งเกิดพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และมีผลใช้บังคับในอีกสามสิบวันให้หลัง คือ ตั้งแต่วันที่ 17 กรกฎาคม 2550 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำด้วยประการใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ หรือมีลักษณะอันลามกอนาจารย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจสังคมและความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ และปัจจุบันกระทรวงไอซีทีร่างกฎหมายใหม่ขึ้นเพื่อให้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทั้งฉบับ และท้ายที่สุดเกิดเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ฉบับใหม่แทน แต่โครงสร้างของเนื้อหากฎหมายยังมีลักษณะคล้ายคลึงกับฉบับเดิม โดยมีสาระสำคัญที่ต่างไปเพื่อเพิ่มและปรับเปลี่ยนบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แต่ทั้งนี้ก็ยังไม่สามารถเอาผิดกับการกระทำบางกรณีเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้อยู่

2.2 แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

การเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลมีมานานแล้ว สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามธรรมชาติมิใช่สิทธิตามกฎหมาย ใช้อ้างได้ตลอดเวลาทุกสถานที่ใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อเรียกร้องให้ปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจากการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพ โดยการใช้อำนาจรัฐหรือจากเอกชนด้วยกัน รัฐจะออกกฎหมายมาขัดหรือแย้งไม่ได้ เป็นแนวคิดแบบปัจเจกชนนิยมจากนักปราชญ์กลุ่มสโตอิกที่เชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติสมบูรณ์นั้น เป็นอุดมคติที่สูงส่งของชีวิตมนุษย์มีความเป็นตัวของตัวเอง สามารถกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้อย่างอิสระ รู้จักการดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผลและมีความสามารถในการใช้เหตุผล

ตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 กลุ่มประเทศ Anglo Saxon ได้จัดทำเอกสารรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาเป็นลำดับกล่าวคือในปี ค.ศ. 1215 รัชสมัยของพระเจ้าจอห์นแห่งพระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจเกินขอบเขต เหล่าขุนนางจึงบีบบังคับพระองค์ให้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ราษฎร ทำให้เกิดการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคลและเกิดระบบการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนขึ้น มีการพูดถึงเรื่องเจ้าหน้าที่บ้านเมืองการจับกุมคุมขังจับไล่หรือยึดทรัพย์ของประชาชนจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาจากที่ประชุมขุนนางและประชาชนสามารถร้องขอต่อศาลให้ตรวจสอบความถูกต้องได้ กษัตริย์จะเก็บภาษีจากประชาชนโดยไม่ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมของพวกนักบวชและพวกขุนนางชั้นสูงไม่ได้⁴ โดยมีการบันทึกไว้ในเอกสารที่เรียกว่า “มหากฎบัตรแม็กนาคาร์ต้า(Magna Carta)” ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลก⁵

ความเป็นอยู่ส่วนตัวที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม หมายถึง การที่บุคคลสามารถที่จะอยู่ได้โดยลำพังปราศจากการรบกวนแทรกแซงจากบุคคลอื่นและจากสังคม นอกจากนี้ Louis Brandeis และ Samuel Warren ซึ่งเป็น 2 นักนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกายังได้อธิบายว่าการอยู่อย่างสัน โดยไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคมเป็นเขตแดนที่บุคคลควรได้รับการคุ้มครองและเคารพเพื่อให้สามารถพัฒนาบุคลิกภาพได้ตามที่ต้องการ และบุคคลมีสิทธิแสวงหาความสุขตามวิถีทางที่เป็นไปได้ และเป็นความพอใจทราบเท่าที่ความสุขนั้นจะไม่ล่วงเกินสิทธิของบุคคลอื่นหรือสาธารณะ⁶

ประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของพลเมือง เช่น มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ถือเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมากที่สุดเท่าที่เคยมีมา เช่น บัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยให้ความเคารพในสถานภาพตามธรรมชาติของบุคคลไม่นำเอาความแตกต่างระหว่างบุคคลในเรื่องเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ฐานะ ฯลฯ เข้ามาเป็นสิ่งแบ่งแยกความเป็นคน บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิโดยให้ประโยชน์แก่บุคคลหนึ่งๆที่พึงได้รับตาม

⁴ วารี นาสุกุล, หลักกฎหมายมหาชนพร้อมด้วยแนวคำถามและคำตอบ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2551), น.78.

⁵ นิธาน์ พงศापान, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555), น.30-31.

⁶ นิธาน์ พงศापาน, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555), น.32.

กฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพโดยให้ความเป็นอิสระแก่บุคคลที่จะกระทำการใดๆหรือไม่กระทำการใดๆภายในขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดไว้ บัญญัติเกี่ยวกับความเสมอภาค โดยให้การรับรองการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างบุคคลเป็นต้น⁷

2.2.1 แนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลทางอินเทอร์เน็ต

2.2.1.1 แนวคิดและหลักเกณฑ์ก่อนปฏิวัติเทคโนโลยี

มีเพียงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะไม่ถูกกล้ำกรายต่อ ชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน ความคิด จิตใจ ของบุคคลเท่านั้นซึ่งตามยุคตามสมัยของแต่ละยุคสมัยไป

2.2.1.2 แนวคิดและหลักเกณฑ์หลังปฏิวัติเทคโนโลยี

เมื่อสังคมทางอินเทอร์เน็ตเกิดขึ้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบางอย่างเพื่อจะใช้บังคับให้คนในสังคมไซเบอร์(Cyber)อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขเช่นเดียวกับสังคมในชีวิตจริง โลกจำลองของสังคมไซเบอร์นั้นนับวันยิ่งใกล้เคียงโลกของจริงเข้าไปทุกทีด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศขึ้น สืบเนื่องจากเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2539 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบต่อนโยบายเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติตามหนังสือที่ นร 0212/2718 โดยมีเป้าหมายหลักคือ การปฏิรูปกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้กำหนดหลักการสำคัญไว้ว่า “รัฐจะต้องพัฒนาเศรษฐกิจท้องถิ่นและระบบสาธารณูปโภค ตลอดจนโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ”

กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศจึงเกิดขึ้นเนื่องจากความจำเป็นของสังคม(Social Necessity) และเพื่อให้สังคมมีความเป็นปึกแผ่น(Solidarity) ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ(NECTEC) ในฐานะสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติตระหนักในปัญหาของประเทศชาติและความสำคัญของกฎหมายดังกล่าว จึงได้จัดทำโครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ ในฐานะที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย(Legal Infrastructure)

ปัจจุบันประเทศต่างๆทั่วโลกต่างก็มีการตื่นตัวต่อการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศเช่นในปี ค.ศ. 1997 ประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศนโยบาย “Toward the Age of Digital Economy” สหรัฐอเมริกาประกาศนโยบาย “A Framework for Global Electric Commerce” และ

⁷ นิธาน พงศพาน, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น.36.

สหภาพยุโรปประกาศนโยบาย “A European Initiative in Electronic Commerce” เป็นต้น นอกจากนั้นองค์การระหว่างประเทศเช่นองค์การการค้าโลก(WTO) และสหประชาชาติ(United Nation) ให้ความสนใจจัดให้มีการประชุมเจรจาจัดทำนโยบายและรูปแบบของกฎหมายเกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไว้⁸

2.2.2 แนวความคิดและหลักการของกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

โลกยุคไร้พรมแดน เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารพัฒนาก้าวหน้าอย่างไม่หยุดยั้ง คอมพิวเตอร์ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อกิจกรรมต่างๆของมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากทั้งการดำเนินงานของหน่วยงานภาครัฐและการประกอบกิจการของภาคเอกชนต่างนำคอมพิวเตอร์มาใช้ในองค์กรเพื่อความสะดวกและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานระบบโครงสร้างหลักของประเทศ (Critical National Information Infrastructure and National Information Infrastructure) หน่วยงานด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ การเงินการธนาคาร การสาธารณสุข การคมนาคมขนส่ง ต่างก็ต้องพึ่งพิงระบบคอมพิวเตอร์ในการทำงาน บ่อยขึ้นที่จะได้ยินเรื่องราวเกี่ยวกับไอที อินเทอร์เน็ต-คอมพิวเตอร์ และบ่อยครั้งที่ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเหล่านี้ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นตัวชี้วัดความสำเร็จขององค์กร ยิ่งทำให้องค์กรต่างๆต้องเร่งพัฒนาสู่การเป็นองค์กรอัจฉริยะ (Intelligence Organization) เพื่อให้รอดพ้นจากการไล่ล่าของอนาคต

ในชีวิตประจำวันมนุษย์ต้องเกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์แทบทุกคนมากบ้างน้อยบ้างต่างกันไป ข้อมูลข่าวสารต่างๆเริ่มแปรเปลี่ยนจากหน้ากระดาษไปสู่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หลายคนเริ่มอ่านข่าวจากอินเทอร์เน็ตแทนการเปิดอ่านจากหน้าหนังสือพิมพ์การติดต่อราชการต่างๆก็เริ่มเปลี่ยนไปใช้สื่อดิจิทัลมากขึ้น ทุกวันนี้สามารถยื่นแบบประเมินภาษีเงินได้ทางอินเทอร์เน็ตได้ รัฐบาลนำระบบการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์(E-Auction) มาใช้หรือกระทั่งมีโครงการเปลี่ยนระบบการบริหารการเงินการคลังภาครัฐสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์(Government Fiscal Management Information System) ข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับประชากรซึ่งปัจจุบันก็ได้มีการจัดเก็บในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แล้ว อาจกล่าวได้ว่าเทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวันของมนุษย์เพิ่มมากขึ้นทุกทีและแทบจะกลายเป็นเครื่องมือในการดำรงชีพของสังคมมนุษย์ไปแล้ว

เมื่อคอมพิวเตอร์มีส่วนสำคัญในการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์มากขึ้น การโจมตีทางอินเทอร์เน็ต(Cyber Attack)ก็ยิ่งมากขึ้นเป็นตามไปด้วย สมมุติว่าถ้าต้นขี้นมาตอนเข้ามีนักเลงคอมพิวเตอร์(Hacker)ปล่อยไวรัสคอมพิวเตอร์ในระบบคอมพิวเตอร์ของกระบวนการ

⁸ Lawyerthai.com, “เริ่มต้นรู้จักกับกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2557, จาก <http://www.lawyerthai.com/articles/it/006.php>.

ผลิตน้ำประปา ทำให้น้ำประปาไม่ไหลหรือได้น้ำประปาที่ไม่มีคุณภาพ จะเปิดใช้อินเทอร์เน็ตที่เป็นแหล่งค้นคว้าหาความรู้ขนาดใหญ่ที่สุด ก็พบแต่ภาพลามกอนาจารราวกับกำลังควงจรวดในโรงเตี๊ยมราคาถูก ออกไปเบิกเงินจากเครื่องฝากถอนเงินอัตโนมัติยอดเงินในบัญชีเงินฝากกลับค่อยๆ หายไปที่ละเล็กทีละน้อยโดยไม่ทราบสาเหตุ เจ้าของบัญชีเองก็อาจไม่ทราบว่าเศษสตางค์ในยอดเงินของตนหายไป รวมกันเข้าหลายหมื่นหลายแสนบัญชีก่อเกิดเป็นก้อนเงินหลายล้านบาทที่นักเลงคอมพิวเตอร์ได้ไป การกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นได้จริงทั้งสิ้นหากรัฐไม่มีกฎหมายหรือมาตรการใดรองรับไม่ก้าวให้ทันเทคโนโลยีความโกลาหลย่อมเกิดขึ้น ยิ่งคอมพิวเตอร์ทวีความสำคัญและเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของคนมากเท่าไร ความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ก็ย่อมทวีความรุนแรงได้มากขึ้นเป็นเงาตามตัว เพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นดังกล่าวและปราบปรามผู้กระทำความผิดกระทำทั้งเป็นการป้องกันอหิปปโดยของประเทศทางด้านเครือข่ายคอมพิวเตอร์ รัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ขึ้น

กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เกิดจากการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... ตามที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเสนอ โดยศึกษาจากกฎหมายของหลายประเทศทั่วโลก อย่างเช่น อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Convention on Cyber-crime) ของคณะมนตรีแห่งยุโรป (The Council of Europe) Computer Fraud and Abuse Act 1986 ของสหรัฐอเมริกา Computer Misuse Act 1990 ของอังกฤษ และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคมและวัฒนธรรมไทยก่อนที่จะเสนอต่อรัฐสภาพิจารณาให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติความผิดบางประการที่ไม่ถึงกับเป็นการประกอบอาชญากรรม และร่างกฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นที่การคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์และระบบคอมพิวเตอร์เป็นสำคัญ มิได้มีแต่บทบัญญัติที่เป็นการประกอบอาชญากรรมโดยใช้คอมพิวเตอร์เสียทั้งหมด ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีการ่างกฎหมายฉบับนี้จึงได้ชื่อใหม่ว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ...”

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer Data) และระบบคอมพิวเตอร์ (Computer System) โดยมีบทบัญญัติในการรักษาความลับ (Confidentiality) ความถูกต้องสมบูรณ์ (Integrity) และความพร้อมในการทำงาน (Availability) ของข้อมูลคอมพิวเตอร์และระบบคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้ยังเอาผิดกับการเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่เหมาะสมในระบบ

คอมพิวเตอร์ รวมทั้งกำหนดอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ตามร่างพระราชบัญญัติ⁹ เป็นต้น จนกระทั่งเกิดเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ในเวลาต่อมา

2.2.3 แนวคิดและทฤษฎีของการคุ้มครองผู้บริโภค

ในสมัยอดีตที่การค้าและสังคมของโลกยังอยู่ในวงจำกัดไม่ขยายไปอย่างกว้างขวางดังเช่นในปัจจุบัน ลักษณะของสินค้าและบริการก็เป็นไปอย่างง่าย ๆ ไม่สลับซับซ้อนมากนัก สินค้าที่ผลิตก็เป็นการผลิตโดยวิธีการตามธรรมชาติหรือใช้แรงงานคน ไม่ว่าจะเป็นการผลิตอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค ซึ่งเป็นกระบวนการผลิตที่ง่าย ๆ ไม่ยุ่งยากเท่าใดนัก ซึ่งคนทั่วไปก็สามารถผลิตได้และสามารถตรวจสอบคุณภาพของสินค้าในระดับธรรมดาได้ เพราะผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่มีความรู้ความสามารถอยู่ในระดับเดียวกับผู้ผลิต อีกทั้งตลาดการค้าก็เป็นตลาดที่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน (Barter) จึงไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาควบคุมหรือจัดมาตรการทางกฎหมายใดๆออกมาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับปลอดภัยและเป็นธรรม ต่อมาในระหว่างศตวรรษที่ 16 ถึง 17 ที่ประเทศใน โลกทางตะวันตกเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองจากการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย ทำให้แนวคิดเรื่องความเป็นอิสระของบุคคลและให้ประชาชนมีเสรีภาพในการดำรงชีวิตได้อย่างเท่าเทียมกัน ทำให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez-Faire)¹⁰ เกิดขึ้น โดยมีหลักการสำคัญที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจในการเลือกบริโภคสินค้าและบริการเท่ากัน รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการตกลงของเอกชน จึงทำให้เกิดหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่สำคัญหลักหนึ่งเกิดขึ้นคือหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” กล่าวคือ หากเกิดความเสียหายใดๆในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้น ความเสียหายนั้นตกเป็นของผู้ซื้อเองซึ่งหลักนี้เป็นหลักกฎหมายโรมันที่เรียกว่า “Caveat Emptor” หรือ “Let the Buyer Beware”¹¹

แต่ในสมัยปัจจุบันนี้ที่โลกได้พัฒนาและมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้นกว่าเดิมมาก โดยเฉพาะทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี อีกทั้งสภาพของเศรษฐกิจและสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ทำให้ในการผลิตสินค้าและการให้บริการมีขั้นตอนและกระบวนการผลิต

⁹ Bopitv, “แนวความคิดและหลักการของกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2559, จาก <http://www.openbase.in.th/node/2247>.

¹⁰ สุขุม ศุภนิคย์, *คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545). น.1.

¹¹ สุขุม ศุภนิคย์, *เพิ่งอ้าง*, น. 1.

ที่สลับซับซ้อนมากขึ้นเรื่อยๆตามความเจริญทางวิทยาการใหม่ๆที่มนุษย์ได้ค้นพบ ทำให้การผลิตสินค้าในปัจจุบันมีขั้นตอนการผลิตที่ทันสมัยมากเกินกว่าความรู้ตามธรรมดาที่ผู้บริโภคสินค้าหรือบริการจะสามารถรู้ได้ อีกทั้งผู้ผลิตและผู้ประกอบการต่างก็พยายามที่จะวิจัยและพัฒนาสินค้าของตนเพื่อหาทางที่จะลดต้นทุนในการผลิตเพื่อที่จะสามารถไปแข่งขันกับผู้ผลิตรายอื่นๆได้ เพราะสินค้าที่ผลิตในปัจจุบันได้มีการแพร่กระจายสินค้าหรือแพร่หลายออกไปอย่างมากจากระดับเมืองไปสู่ระดับประเทศ อีกทั้งสินค้าในปัจจุบันก็มีสินค้านามากมายหลายชนิดและหลายประเภท ทำให้ผู้บริโภคในฐานะผู้ซื้อและใช้สินค้าไม่สามารถปรับตัวได้ทันต่อความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและวิทยาการสมัยใหม่ ซึ่งทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถใช้ความระมัดระวังในระดับธรรมดาในการตรวจสอบถึงอันตรายจากการใช้สินค้านั้นได้ง่ายดังเช่นในอดีตทำให้หลักที่ว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” จึงไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค และหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” จึงไม่สมควรมานำมาใช้ได้อีก เนื่องจากผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่มีความรู้ความสามารถอยู่ในระดับเดียวกับผู้ผลิตที่จะสามารถตรวจสอบอันตรายจากการใช้สินค้านั้นได้อีกต่อไป ซึ่งหากไม่มีการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อ อนามัย ชีวิต และทรัพย์สินของผู้บริโภคซึ่งย่อมสร้างความเสียหายต่อสังคมเศรษฐกิจและประเทศชาติต่อไป

ดังนั้นประเทศต่างๆในทวีปยุโรปสหรัฐอเมริกาและเอเชียจึงได้หันมาให้ความสนใจในการให้ความคุ้มครองและปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น จากเดิมที่ผู้บริโภคมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายตามสัญญาหรือค่าเสียหายตามละเมิด แต่ต่อมาได้มีการออกกฎหมายให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการบริโภคให้มากขึ้น จึงทำให้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องและผสมผสานกฎหมายหลายหลักทั้งหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชน

ประวัติและความเป็นมาของการคุ้มครองผู้บริโภคของโลกเริ่มปรากฏเด่นชัดและเป็นรูปธรรมครั้งแรกที่สหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ.1962 เมื่อประธานาธิบดีจอห์นเอฟ.เคนเนดี (JohnF.Kennedy) ได้จัดตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านผู้บริโภคขึ้น และได้ให้นโยบายในการคุ้มครองผู้บริโภคว่าการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น รัฐบาลต้องจัดให้มีกฎหมายและการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพิ่มขึ้นและสิทธิต่างๆที่ผู้บริโภคมีนั้นต้องรวมถึง

1. สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย
2. สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร
3. สิทธิมีอิสระในการเลือกหาสินค้าและบริการ
4. สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย

ซึ่งหลักทั้ง 4 ประการข้างต้น ได้เป็นหลักการที่สำคัญที่ครอบคลุมขอบเขตของการคุ้มครองผู้บริโภคได้ครบถ้วน และเป็นหลักการต้นแบบของประเทศต่างๆที่ได้นำหลักการดังกล่าวไปใช้ และเป็นหลักการที่สำคัญที่ต่อมาได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ของประเทศไทยด้วยเช่นกัน¹²

โดยสรุปแล้วการคุ้มครองผู้บริโภค หมายถึง การปกป้องดูแลผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยเป็นธรรม และได้สินค้าที่มีคุณภาพดีซึ่งคุ้มค่ากับเงินที่ได้จ่ายไปจากการบริโภคสินค้าและบริการ

ทั้งนี้ความหมายของการป้องกันความเสียหายในผลิตภัณฑ์ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในมาตรา 4 ได้ให้นิยามคำว่า “ความเสียหาย” หมายความว่า ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย สุขภาพอนามัยจิตใจหรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น คำว่า “ความเสียหายในผลิตภัณฑ์” หมายถึง ผลิตภัณฑ์ที่ก่อหรืออาจจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้จากการใช้ผลิตภัณฑ์ ส่วนคำว่า “ป้องกัน” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า กั้นไว้เพื่อต้านทานหรือคุ้มครอง ดังนั้น “การป้องกันความเสียหายในผลิตภัณฑ์” จึงหมายถึง การขจัดหรือยับยั้งเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นจากการใช้ผลิตภัณฑ์

หากเทียบกับปัจจุบันที่การใช้คอมพิวเตอร์การใช้อินเทอร์เน็ตในการติดต่อสื่อสารทำงานเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันอย่างไม่มีข้อสงสัย แต่ด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคที่คุ้มครองแต่เฉพาะการใช้งานคอมพิวเตอร์ให้มีสภาพสมบูรณ์เท่านั้น หากแต่ขาดซึ่งการคุ้มครองถึงความปลอดภัยในการใช้ที่อาจส่งผลให้เครื่องคอมพิวเตอร์พังจนไม่สามารถใช้งานได้ตามเจตนารมณ์ในการซื้อคอมพิวเตอร์ จากผลกระทบที่เกิดขึ้นย่อมส่งผลต่อ อนามัย จิตใจ และทรัพย์สินแน่นอน แต่ปัจจุบันกฎหมายผู้บริโภคก็ไม่อาจให้การป้องกัน ได้ดังความหมายที่ให้ไว้ข้างต้น

2.2.4 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับละเมิด

แนวความคิดเกี่ยวกับการละเมิดนั้นได้ก่อกำเนิดขึ้นมาเป็นเวลานาน ในยุคเริ่มแรกนั้นความหมายของละเมิดอาจมีความแตกต่างจากปัจจุบัน โดยเฉพาะความมุ่งหมายที่ในปัจจุบันนั้นมุ่งเหยี่ยวผู้เสียหายให้เสมือนความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นเลย¹³ ในยุคโรมันนั้นการละเมิดคือหนี้ที่เกิดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ได้มีการแยกความรับผิดชอบว่าเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญาออกจากกันอย่างชัดเจน แต่ในปัจจุบันได้มีการแบ่งแยกความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับ

¹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543).

¹³ สนั่นทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่งลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.37.

ผิดทางอาญาออกจากกันอย่างชัดเจน เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งและอาญานั้นต่างกัน¹⁴ โดยความรับผิดทางแพ่งที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ ละเมิด และด้วยการละเมิดนี้เองเป็นการทำให้เกิดหนี้ที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกละเมิด

2.2.4.1 ความหมายของละเมิด

การละเมิดนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 5 โดย มาตรา 420 ได้รับความคุ้มครองให้ผู้ถูกละเมิดสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้จากผู้ทำละเมิด ไม่ว่าจะ เป็นความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นการให้ความหมายและบทนิยามของการทำละเมิดตามกฎหมายไทย ซึ่งพอจะแยกสาระสำคัญของ การทำละเมิดออกมาเป็นข้อๆ ได้ดังนี้¹⁵

1. ผู้กระทำ

ผู้ซึ่งกระทำละเมิดได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นั้นไม่จำกัดว่า จะเป็นผู้ใด บุคคลที่มีสภาพบุคคลอยู่ในวันที่ทำให้เกิดละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบในการละเมิดของตน บุคคลธรรมดาแม้จะ ไม่มีความสามารถในการทำนิติกรรม เช่น ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ก็ทำละเมิดได้ นิติบุคคลนั้นแม้ไม่มีชีวิตจิตใจแต่ก็มีการกระทำอันเป็นการ ละเมิดได้โดยผ่านผู้กระทำแทนทั้งหลาย

2. การกระทำ

การกระทำที่จะทำให้เกิดละเมิดบุคคลอื่นได้นั้น ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยรู้สำนึกใน การกระทำและอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจที่ผู้กระทำจะเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายของตน การคิดหรือเพียงแต่ตัดสินใจยังไม่ถือเป็นการกระทำ เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจ ตราบใดที่ยัง ไม่ได้กระทำตามที่คิดที่ตัดสินใจไว้ก็ถือว่ายังไม่มีการกระทำ การกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับจิตใจ ไม่อาจจะเรียกว่ามีการกระทำได้ การกระทำของเด็กทารกการเคลื่อนไหวร่างกายนั้นเกิดจากความ ไร้เดียงสาไม่อาจจะเรียกว่าเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจหรือการเคลื่อนไหว เพราะเกิด จากการเจ็บป่วยละเมอเป็นการเคลื่อนไหวโดยไร้สติไม่เป็นการกระทำแต่คนที่มิจัดบกพร่องโรคจิต

¹⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น.21.

¹⁵ ไพจิตร บุญยพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดเรื่องข้อสันนิษฐาน ทางกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548), น.5.

หรือมีจิตพ้นเพื่องแม้ในทางอาญาจะเป็นเหตุยกเว้นโทษ แต่ในทางแพ่งหากกระทำในขณะที่รู้สำนึกในการกระทำที่ต้องรับผิดชอบในการละเมิด¹⁶

3. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดนั้นเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งที่มีหลักว่าจะต้องมีความผิด (Fault)¹⁷ โดยความผิดในที่นี้พิจารณาจากการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ โดยที่การจงใจนั้นมีสองความหมาย คือ การตั้งใจให้ผู้อื่นเสียหายหรือเพียงแต่รู้ว่าการกระทำของตนอาจทำให้ผู้อื่นเสียหายได้ โดยที่ผลของความเสียหายจะเกิดมากหรือน้อยไม่ใช่ข้อสำคัญ¹⁸

ส่วนการกระทำโดยประมาทนั้น หมายถึง การกระทำโดยไม่ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอซึ่งโดยทั่วไปแล้วบุคคลในภาวะเช่นนั้นอาจใช้ความระมัดระวังได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่และจะต้องไม่ใช่การกระทำโดยตั้งใจหรือเล็งเห็นผล¹⁹ ซึ่งความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติระดับของความประมาทไว้ว่ากระทำประมาทเลินเล่อธรรมดาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็ความประมาทเลินเล่อในระดับใดก็เป็นการกระทำอันเป็นละเมิดได้ทั้งนั้น แต่ในส่วนของความระมัดระวังนั้นหากบุคคลใดมีอาชีพในการทำงานนั้นๆจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีอาชีพ จะใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นวิญญูชนที่ไม่ได้ทำอาชีพอย่างตนเองไม่ได้

4. โดยผิดกฎหมาย

ความหมายของการกระทำโดยผิดกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีความหมายเพียงแต่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แม้การกระทำนั้นไม่ถึงกับผิดกฎหมายโดยชัดแจ้งแต่กระทำโดยไม่มีสิทธิหรือผิดหน้าที่ก็เป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามความหมายของ

¹⁶ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดเรื่องข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548), น.7.

¹⁷ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่งลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.62.

¹⁸ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่งลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.65.

¹⁹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ภาค1-2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2505), น.621.

มาตรา 420 แล้ว²⁰ แต่ถ้าหากว่าการกระทำนั้นผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ไม่ว่าจะเป็นอำนาจที่ทำได้ตามกฎหมาย แม้จะทำให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลอื่นก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น

แม้แต่การกระทำนั้นเป็นการใช้สิทธิของผู้กระทำที่สามารถทำได้ แต่ถ้าเป็นการใช้สิทธิที่มีแต่จะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น แม้การกระทำนั้นจะไม่ผิดกฎหมายแต่ก็เป็นละเมิดได้เช่นกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421

5. มีความเสียหายต่อบุคคลอื่น

ความรับผิดชอบในการละเมิดนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้น ไปก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นด้วย หากไม่เกิดความเสียหายความรับผิดชอบในการละเมิดก็ไม่อาจมีได้ ความเสียหายต่อผู้อื่นนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 “...ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลอื่นนั้นอาจเป็นชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายในเรื่องละเมิดต้องการคุ้มครองให้กับบุคคลทุกคนไม่ให้มีผู้ใดมาทำอันตราย และหากฝ่าฝืนจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

2.2.4.2 ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางละเมิด²¹

1. ทฤษฎีรับภัย (Theorie du risque)

ทฤษฎีรับภัยหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ทฤษฎีรับภัยที่สร้างขึ้น(Theorie du risqueree)” ถือว่าเมื่อมนุษย์ได้กระทำการใดๆแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัย คือ อาจมีผลดีหรือผลร้ายก็ได้ ผู้กระทำก็ต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้นถ้ามีภัยหรือความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งเป็นการนำเอาหลักความผิดออกจากหลักเกณฑ์ละเมิด กล่าวคือ นอกจากไม่ต้องด้วยวัตถุประสงค์แห่งการเยียวยาตามกฎหมายแพ่งและไม่มีขอบเขตกำหนดโดยกฎหมายแล้ว ยังไม่เปิดโอกาสให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาความรับผิดชอบด้วยความยุติธรรมอันเป็นเกณฑ์พื้นฐานของความรับผิดชอบอีกด้วย ทฤษฎีนี้มีส่วนดีในเรื่องการคุ้มครองช่วยเหลือผู้เสียหายซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่าผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย

แม้ว่าทฤษฎีรับภัยจะมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาความรับผิดชอบด้วยความยุติธรรมอันเป็นเกณฑ์พื้นฐานของความผิด แต่สำหรับในสังคมปัจจุบันซึ่งมีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้กรรมวิธีการผลิตมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น และส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมมากขึ้น

²⁰ ไพจิตร บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดเรื่องข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548), น.15.

²¹ เฉลิมวุฒิ สารกิจ, “ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางละเมิด,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2559, จาก <http://chalermwutsa.blogspot.com/2013/02/blog-post.html>.

หลักการของทฤษฎีนี้จึงเหมาะสมในการที่จะนำมาใช้เพื่อเยียวยาความรับผิดชอบทางแพ่งในคดีที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและสิ่งแวดล้อม

2. ทฤษฎีความผิด(Fault Theory)

จากแต่เดิมนั้นถือกันว่าความรับผิดชอบในการละเมิดหากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ที่ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดชอบโดยไม่มีสิทธิปฏิเสธความรับผิด โดยถือว่าผู้ที่ได้กระทำการใดขึ้นมาย่อมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายจากการกระทำของตน ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวได้รับอิทธิพลทางศาสนามากขึ้นและเริ่มมีความเชื่อและถือว่าผู้ที่ทำละเมิดคือผู้ที่ทำผิดศีลธรรมด้วย ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าผู้ใดทำละเมิดหรือไม่จึงต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในจิตใจด้วย กล่าวคือ ความรับผิดในทางละเมิดจะมีได้เมื่อการกระทำนั้นเป็นความผิด(Fault) ความผิดในที่นี้คือการที่ผู้กระทำได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นเสียหายจึงต้องรับผิด

แต่ในปัจจุบัน โลกเจริญรุดหน้าขึ้นความเป็นอยู่เปลี่ยนแปลงไป ความเสียหายเกิดง่ายขึ้นจากการบริโภคสินค้าและบริการ หากให้ผู้เสียหายพิสูจน์ความผิด(Fault)ของผู้กระทำจึงเป็นการยากทำให้ต่อมาเกิดทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด(Strick Liability)ขึ้น

3. ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด(Strick Liability)

ทฤษฎีนี้มีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน ความรับผิดโดยไม่มี ความผิด(Liability without Fault) ความรับผิดโดยผลแห่งกฎหมาย(Liability a Imposed by The Law) ความรับผิดโดยสมบูรณ์(Absolute Liability) ซึ่งหมายถึง ความรับผิดที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดทั้งที่ไม่มี ความผิด กรณีที่จะถือเป็นความรับผิดเด็ดขาดต่อเมื่อมิใช่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยมีเจตนาดีหรือเจตนาร้าย และไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือ ไม่รู้ถึงการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตามผู้กระทำก็ไม่พ้นความรับผิด ฐานแห่งแนวคิดเริ่มมาจากการที่จำเลยก่อให้เกิดความเสียหายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ต่อสมาชิกในสังคม

2.2.4.3 ความรับผิดในความละเมิด

ความรับผิดในทางละเมิดของตนเอง(Fault Liability) บุคคลใดเมื่อก่อความเสียหายต่อผู้อื่นขึ้นมาแล้วย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดของตนเอง ซึ่งเป็นหลักความยุติธรรมในการเยียวยาความเสียหายอันเกิดแต่การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ให้กับผู้เสียหาย ซึ่งความรับผิดในการละเมิดของตนเองนี้เป็นตามหลักปกติที่ว่าใครกระทำความผิดผู้หนึ่งเท่านั้นที่ต้องรับผิดคนอื่นไม่เกี่ยว²² ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

1. กรณีบุคคลทำละเมิดตามมาตรา 420

²² สันนักรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่งลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.54.

2. กรณีนิติบุคคลรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้แทนนิติบุคคลตามมาตรา 76

3. ความรับผิดชอบในการทำละเมิดของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

ตามปกติแล้วความรับผิดชอบในการทำละเมิดนั้นจะมีขึ้นได้ก็แต่โดยการกระทำของตนเองไม่ว่าความเสียหายนั้นจะกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นแล้วย่อมต้องรับผิดชอบ แต่มีบางกรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีความเกี่ยวข้องต้องรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้อื่นแม้บุคคลนั้น ไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นเลยแต่อย่างใด แต่ก็ต้องรับผิดชอบซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักการทั่วไปของละเมิดที่เป็นการรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง

ความรับผิดชอบในการละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Liability) จึงเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายละเมิดในสมัยดั้งเดิมที่เน้นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเองที่ถือหลักว่า “ใครทำคนนั้นรับ” ดังนั้น เมื่อความรับผิดชอบในการละเมิดของผู้อื่นเป็นข้อยกเว้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิดชอบในการละเมิดของผู้อื่นและต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างจำกัด โดยพิจารณาเหตุผลประกอบในการตีความบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่ต้องได้รับการเยียวยาและเป็นธรรมต่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดของผู้อื่น ซึ่งความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดของผู้อื่นนั้น ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้²³

1. กรณีของนายจ้างร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดของลูกจ้างตาม มาตรา 425
2. กรณีตัวการร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดของตัวแทนตาม มาตรา 427
3. กรณีความรับผิดชอบของบิดามารดา ผู้อนุบาล ร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถตาม มาตรา 429
4. กรณีความรับผิดชอบของครูบาอาจารย์ นายจ้าง บุคคลอื่นผู้ดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถตาม มาตรา 430

ดังนั้น การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นความเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี จึงถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่ง ผู้ใดที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

²³ สันนักรัตน์ โสถถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่งลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น.55.

2.2.5 แนวคิดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

ปัจจุบันการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และความเจริญก้าวหน้าของประเทศไทยเป็นไปอย่างรวดเร็ว แต่การกระทำละเมิดต่อกฎหมายบ้านเมืองกลับยังมีความซับซ้อนโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่น ตลอดจนมีลักษณะของการกระทำที่มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะโดยบุคคลทั่วไป หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันมีลักษณะของพฤติกรรมที่ดูอาจไม่นำพาต่อกฎหมายของบ้านเมือง แม้จะมีกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้เยียวยาถึงความเสียหาย แต่ก็มีปัญหาว่า การกำหนดค่าเสียหายยังไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งผู้เสียหายควรจะได้รับจากความเสียหายนั้นๆ และการกำหนดค่าเสียหายของศาลยังมีจำนวนค่อนข้างน้อย อันเป็นการสร้างปัญหา และไม่เป็นผลให้ผู้กระทำละเมิดเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมายของบ้านเมือง ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษจึงน่าที่จะมีส่วนช่วยในการยับยั้งและป้องปรามการกระทำละเมิดที่มีลักษณะอย่างเดียวกันในอนาคตเพื่อให้ปัญหาของสังคมโดยส่วนรวมลดน้อยลง²⁴

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้ คือ²⁵

1. เป็นค่าเสียหายที่กำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิด และเพื่อป้องปรามมิให้กระทำมิชอบเช่นนั้นอีก และขณะเดียวกันยังมุ่งเพื่อให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นมิให้กระทำตามเช่นนั้นด้วย
2. เป็นค่าเสียหายที่ฝ่ายโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายในส่วนนี้ เพราะศาลจะพิจารณากำหนดให้เองตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งละเมิด สถานะทางเศรษฐกิจของจำเลย ตลอดจนสภาพ และปริมาณของความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการถูกละเมิดนั้น
3. เป็นค่าเสียหายที่กำหนดเพิ่มให้มากขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Actual Damages) แต่ในบางคดีซึ่งอาจไม่ปรากฏความเสียหายจริงที่จะชดใช้ทดแทนได้ ศาลก็จะกำหนดแต่เฉพาะค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้เพียงอย่างเดียว

²⁴ เมธา สุพงษ์, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2559, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/273384>.

²⁵ กฤษณา พิษณุ โกศล, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์, 2531), น.17.

4. ศาลจะกำหนดให้เฉพาะในกรณีของการกระทำละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรงมีลักษณะของการกระทำเช่นเดียวกับในคดีอาญา เช่น มีการใช้กำลังทำร้าย ข่มขู่ หลอกลวง น�อฉล ซึ่งผู้กระทำละเมิดมุ่งหมายให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหายให้ผู้เสียหายอับอาย หรือถูกเหยียดหยาม

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นหลักกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยหลักศาลจะกำหนดให้ในกรณีที่โจทก์เป็นหน่วยงานของรัฐ เช่น ในคดีสิ่งแวดลอม คดีคุ้มครองผู้บริโภค หรือกรณีที่เกี่ยวเนื่องกับประโยชน์สาธารณะ ส่วนในกรณีที่โจทก์เป็นบุคคลทั่วไป ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษก็เพื่อเป็นการลงโทษการกระทำละเมิดของจำเลยที่มีพฤติการณ์ร้ายแรงเกินปกติ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นคดีที่จำเลยกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าผู้ละเมิดรู้ยู่ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดแต่ยังจงใจขึ้นทำละเมิดอีก โดยโอหังบังอาจ ไม่เกรงกลัวกฎหมายของบ้านเมืองและไม่เหลียวแลเคารพสิทธิของผู้อื่น ดังนั้นค่าเสียหายว่าด้วยลักษณะละเมิดของกฎหมายในระบบจารีตประเพณีจึงทำหน้าที่ควบคู่กันไปทั้งในการกำหนดให้ค่าเสียหายในเชิงทดแทนและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษผู้ละเมิดด้วย

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพิ่มขึ้นนอกเหนือจากค่าสินไหมทดแทนใน พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 13 (3) ว่า “ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือเจตนาถั่นแถ้งเพื่อให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2)” อันเป็นการกำหนดวิธีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่มีความแตกต่างไปจากหลักของกฎหมายละเมิดโดยทั่วไป นอกจากนี้หลักเกณฑ์ของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษยังปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนของค่าเสียหายที่แท้จริงตามที่ศาลเห็นสมควร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ หรือผู้ประกอบการที่กระทำละเมิดโดยมีเจตนาเอาเปรียบต่อผู้บริโภค ให้ได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่อไม่นำพาต่อความเสียหายต่อผู้บริโภค²⁶

²⁶ เมธา สุพงษ์, *เพิ่งอ้าง*.

ดังนั้นการนำเอาหลักเกณฑ์ของค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่มีบังคับใช้อยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาบังคับใช้ในกฎหมายดังกล่าว แสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายไทยได้ให้การยอมรับในหลักเกณฑ์ของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษแล้วระดับหนึ่ง

2.3 ความหมายของสิทธิส่วนบุคคล

สิทธิ คือ ประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในการเลือกอาชีพ ถิ่นที่อยู่ การเดินทาง สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น²⁷

สิทธิเสรีภาพในความเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิ เสรีภาพ เกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ความคิดจิตใจ และความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งถือเป็นสิทธิจะอยู่ จะเป็น หรือเป็นสิทธิที่ติดมากับตัวตั้งแต่เกิดมาเป็นคน โดยที่ผู้ใดไม่อาจปฏิเสธความเป็นคน และศักดิ์ศรีความเป็นคนของประชาชนด้วยการกระทำที่เป็นการล่วงล้ำเกิน คุกคาม หรือละเมิดได้ เช่น การไม่ถูกลงโทษด้วยวิธีโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม การมีเสรีภาพในเคหสถานส่วนตัว เสรีภาพการเดินทาง การนับถือศาสนา การสื่อสาร คมนาคม การแสดงความคิดเห็น การมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และการเลือกถิ่นที่อยู่ เป็นต้น ที่กล่าวว่าสิทธิที่จะอยู่ จะเป็น หรือ เป็นสิทธิที่ติดมากับตัวประชาชน ก็เพราะเป็นสิทธิที่เป็นส่วนควบติดอยู่กับความเป็นคนตามธรรมชาติ โดยที่ทุกคนมีอยู่เหมือนกัน ผู้ใดไม่อาจเข้าไปแทรกแซงให้เกิดความแตกต่าง หรือสูญเสียสิทธิอันเป็นเสมือนองค์ประกอบของชีวิต จิตใจ และร่างกายนั้นได้²⁸

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556) อธิบายความหมาย “สิทธิ” ไว้ว่า “ความสำเร็จ หรืออำนาจที่จะกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย”²⁹ สิทธิในความเป็นส่วนตัว เป็นหลักขั้นพื้นฐานของกฎหมายไทย อันจะเห็นได้

²⁷ e-learning, “บทที่ 1 สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2557, จาก http://elearning.nsu.ac.th/web_elearning/commlaw/chapter1.htm.

²⁸ “ความหมายของสิทธิมนุษยชน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2557, จาก <https://sites.google.com/site/may00may00may/siththi-mnusy-chn/reuxng-thi1khwam-hmay-khxng-siththi-mnusy-chn>.

²⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2525)

จากการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งได้ถูกยอมรับจากนานาประเทศ จึงกล่าวได้ว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้ ถือได้ว่าสำคัญ

การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล ตามมาตรา 32 ซึ่งได้รับรองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง และในด้านทรัพย์สิน ตามมาตรา 37 ซึ่งได้รับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง โดยที่ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิญญู เกรืองาม ได้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิ(Right)ไว้ว่า หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้³⁰

สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด เป็นสิ่งที่ไม่สามารถถ่ายทอดให้กับคนอื่นได้หากมีการล่วงละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของบุคคลใด บุคคลนั้นย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิมนุษยชน ได้แก่ สิทธิใน ชีวิต ร่างกาย ความมั่นคงปลอดภัย สิทธิในการถือครองทรัพย์สิน ตลอดจนสิทธิในการเคลื่อนไหว รวมถึงสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล เป็นต้น นอกจากนี้สิทธิมนุษยชนยัง หมายถึง สิทธิที่พึงมีในการพัฒนาบุคลิกภาพ คุณภาพชีวิต เพื่อธำรงไว้ซึ่งคุณค่าของความเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิในการเลือกที่จะประกอบอาชีพ หรือสิทธิในการแสดงความคิดเห็น ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงครอบคลุมวิถีชีวิตของมนุษย์ทุกคนตั้งแต่เกิดจนตาย³¹

ความหมายของคำว่าสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลแต่เดิมมุ่งคุ้มครองความเป็นส่วนตัวด้านพฤติกรรมของมนุษย์ในทีไร โทฐาน กล่าวคือ มนุษย์ย่อมมีอิสระจากการถูกล่วงล้ำจากบุคคลภายนอกในเรื่องส่วนตัว เช่น การป้องกันไม่ให้ผู้อื่นรู้ถึงการดำรงชีวิตส่วนตัวของตนว่ากำลังทำอะไรอยู่ ต่อมาความหมายของสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลได้ขยายไปถึงการห้ามมิให้มีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงในเรื่องส่วนตัวหรือการห้ามไม่ให้หน่วยงานของรัฐนำ

³⁰ วิญญู เกรืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2530), น.640.

³¹ นิธานัน พงสาปาน, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น.37.

ข้อมูลของประชาชนไปใช้นอกวัตถุประสงค์ที่ให้ไว้แม้ว่าความหมายของคำว่าสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลจะขยายไปจากความหมายดั้งเดิมแต่ยังคงอยู่บนพื้นฐานของการเก็บรักษาความลับส่วนตัวของมนุษย์เช่นเดียวกับแนวคิดดั้งเดิมที่มุ่งคุ้มครองของความลับตัวของมนุษย์ในครัวเรือนนั่นเอง³²

ต่อมาในศตวรรษที่ 21 ประชาชนในสมัยนั้นได้ตระหนักและยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลอย่างแพร่หลายจนความหมายของคำว่าสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลได้ขยายมากขึ้นจนจำกัดการเข้าถึงบุคคลโดยบุคคลอื่นซึ่ง มีสาระสำคัญ 3 ประการ³³ ได้แก่

ประการแรกการเก็บรักษาความลับ หมายถึง การจำกัดมิให้ผู้อื่นทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตน

ประการที่สองการปิดบังไม่เปิดเผยตัว หมายถึง การป้องกันไม่ให้ผู้อื่นทราบว่าตนเป็นใคร

ประการที่สามการอยู่ตามลำพัง หมายถึง การกีดกันหวงห้ามมิให้ผู้อื่นมาอยู่อาศัยใกล้ชิด

ดังนั้น สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลจึงเป็นสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังอย่างสันโดยปราศจากการรบกวนแทรกแซงหรือทำให้ต้องเสียความเป็นอิสระจากบุคคลภายนอกหรือสังคมทั้งในเรื่องส่วนตัวและธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือยินยอม³⁴ สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นพร้อมกับสภาพบุคคลโดยทุกคนมีอยู่อย่างเสมอภาคกัน เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย สุขภาพอนามัย ชื่อเสียง เกียรติยศ ผลประโยชน์ ข้อมูลส่วนบุคคล หรือสิทธิที่จะเลือกวิถีการดำรงชีวิตของตน การงาน การพักผ่อนหย่อนใจ รวมถึงมีสิทธิเสรีภาพที่จะ

³² นิธาน์ พงศาปาน, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น.38.

³³ ปฎิวัติ อุ่นเรือน, “ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.9.

³⁴ Harold L. Nelson and Dwight L. Teeter, Law of Mass Communication : Freedom and Control of Print and Broadcast Media, (1986), P. 204-205. อ้างไว้ สุภาพงศ์ หล่อพิศิษฐ์, “มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น.19.

กระทำการใดไม่กระทำการใดได้โดยอิสระ เท่าที่ไม่ล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นและ สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิที่มีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองรวมถึงอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานด้วย³⁵

โทมัส เพน(Thomas Paine) แยกสิทธิของบุคคลเป็นสิทธิตามธรรมชาติและสิทธิของพลเมือง สิทธิตามธรรมชาติ คือ สิทธิที่ติดตัวอยู่ในมนุษย์แต่ละคน เช่น สิทธิในด้านจิตใจหรือความเชื่อในการแสวงหาความสุขสบายส่วนตัวที่ไม่เป็นภัยหรือกล้ำกรายสิทธิของผู้อื่น ส่วนสิทธิของพลเมือง คือ สิทธิของมนุษย์ในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม เช่น สิทธิในความปลอดภัยหรือได้รับการคุ้มครองสิทธิทั้งสองมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือสิทธิพลเมืองมีรากฐานมาจากสิทธิตามธรรมชาติ และเพื่อให้เกิดความสะดวกในการปฏิบัติ จึงต้องฝากสิทธิพลเมืองนี้ไว้ใช้ร่วมกัน โดยมีความมุ่งหมายคือ เพื่อประโยชน์ของเอกชน³⁶

ปัจจุบันมีการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวมากขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวในส่วนของการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือIT(Information Technology)และการสื่อสารเป็นอย่างมากทั่วทุกมุมโลก โดยเน้นหนักไปในส่วนของข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารแบบไร้สายการละเมิดสิทธิเหล่านี้วันจะยิ่งมีความรุนแรงเพิ่มขึ้นอยู่ตลอดเวลา

ดังที่กล่าวแล้วว่าสิทธิ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองให้การได้รับสิทธิตามกฎหมายนั้นย่อมไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมกับผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ในทางกฎหมายสิทธิ หมายถึง สิทธิตามกฎหมายหรือศีลธรรมที่จะทำหรือไม่ทำบางอย่าง หรือที่จะได้รับหรือไม่ได้รับบางอย่างในสังคมอารยะ(Civil Society) สิทธิทำหน้าที่เหมือนกฎในการปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล นอกจากคำว่าสิทธิแล้วในราชบัณฑิตยสถานยังสามารถใช้ได้อีกคำหนึ่งว่า “สิทธิ์” ซึ่งมีความหมายอย่างเดียวกันแต่เขียนต่างกัน ความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลคือการกระทำทั้งหลายที่เป็นการกระทำเฉพาะตัวเฉพาะบุคคล

สิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือ สิทธิส่วนบุคคล ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Privacy means” หมายถึง สิทธิของบุคคลที่ประกอบไปด้วยสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือ

³⁵ นิธัน พงศาปาน, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555), น.38-39.

³⁶ สุภาพงษ์ หล่อพิศิษฐ์, “มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552), น.10.

ความเป็นอยู่ส่วนตัว ในเรื่องดังกล่าวน่าจะจัดอยู่ในเรื่องของความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งหมายความว่าสถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และความมีสันโดษ โดยไม่ติดต่อกัมพันธ์กับสังคม โดยทั้งนี้ ขอบเขตที่บุคคลควรได้รับการคุ้มครองและการเคารพในสิทธิส่วนบุคคลก็คือการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ ตามที่ความต้องการ ตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น

สิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือ สิทธิส่วนบุคคล นั้นนับวันจะยิ่งถูกละเมิดสิทธินี้มากขึ้นไม่ว่าจะเป็นจาก ฝ่ายรัฐเอง หรือ เอกชนก็ตาม ซึ่งมีตัวอย่างของการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว เช่น

1. ห้ามไม่ให้มีการสื่อสารผ่านทางเครือข่าย Blackberry Messenger
2. การเข้าไปดูข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์และการบันทึกข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ รวมทั้งการบันทึก แลกเปลี่ยนข้อมูลที่บุคคลเข้าไปใช้บริการเว็บไซต์และกลุ่มข่าวสาร
3. การใช้เทคโนโลยีในการติดตามความเคลื่อนไหวหรือพฤติกรรมของบุคคล เช่น บริษัทใช้คอมพิวเตอร์ในการตรวจจับหรือเฝ้าดูการปฏิบัติงาน/การใช้บริการของพนักงาน ถึงแม้ว่าจะเป็น การติดตามการทำงานเพื่อการพัฒนาคุณภาพการให้บริการ แต่กิจกรรมหลายอย่างของพนักงานก็ถูกเฝ้าดูด้วย พนักงานสูญเสียความเป็นส่วนตัว ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการผิดจริยธรรม
4. การใช้ข้อมูลของลูกค้าจากแหล่งต่างๆเพื่อผลประโยชน์ในการขยายตลาด
5. การรวบรวมหมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่อีเมล หมายเลขบัตรเครดิต และข้อมูลส่วนตัวอื่นๆ เพื่อนำไปสร้างฐานข้อมูลประวัติลูกค้าขึ้นมาใหม่แล้วนำไปขายให้กับบริษัทอื่น

สิ่งเหล่านี้เป็นเพียงบางส่วนซึ่งแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนต่อการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบันทุกพื้นที่ของโลกก็ว่าได้ และเป็นเรื่องใกล้ตัวของทุกๆคนอาจดูไม่สร้างความเสียหายหรือเดือดร้อนมากนักไปแต่สิ่งที่เกิดขึ้น คือ ความรำคาญจากการเข้ามาละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของคุณ

หลายคนพบกับ Message ต่างๆที่ได้รับทางมือถือที่แต่ละวันส่งเข้ามาเป็นจำนวนมาก รวมทั้งอีเมล(E-mail) ที่เป็น Forward Email ต่างๆที่สร้างความรำคาญให้ ในบางครั้งนอกจากต้องเสียเวลาในการเปิดอ่านแล้ว บางครั้งอีเมลเหล่านี้อาจมีการแนบไฟล์ที่มีไวรัสทำให้เกิดความเสียหายต่อคอมพิวเตอร์ แม้ในปัจจุบันยังไม่มียกกฎหมายเฉพาะในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็น

ส่วนตัวก็ตาม แต่มนุษย์ภายใต้สังคมที่อยู่ร่วมกันก็มีหน้าที่ในการระมัดระวังไม่ให้ตนเองเป็นผู้ละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นเองเช่นกัน³⁷

ดังกล่าวข้างต้นเป็นสิทธิส่วนบุคคลในด้านข้อมูล และบางอย่างส่งผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานอีกส่วนหนึ่งคือด้านจิตใจ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการไม่ถูกก่อกวน รบกวน อยู่อย่างสงบ ปกติ สุข

ดังนั้น สิทธิส่วนบุคคลจึงเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่พึงสงวนของมนุษย์ทุกคน และรักษาไว้มิให้บุคคลอื่นมาล่วงละเมิดได้ การถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการคุ้มครองและได้รับความยุติธรรมจากรัฐ

2.4 หน้าที่ของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

ในปัจจุบันสังคมไทยได้พัฒนาไปหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นทางเศรษฐกิจ ตลอดจนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การพัฒนาในด้านต่างๆ เกิดขึ้นจากการอาศัยองค์ความรู้ในหลายสาขามาใช้ในการสร้างสรรค์ และทำให้เกิดการพัฒนา โดยมีสิ่งที่เรียกว่า “ข้อมูล” เกิดขึ้นจำนวนมาก โดยเฉพาะข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งมีทั้งข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ และข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเงินหรือเศรษฐกิจ ตลอดจนข้อมูลในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคล อันเป็นลักษณะหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐานที่เรียกว่า “สิทธิในความเป็นส่วนตัว(Privacy Right)” ในกรณีที่มีบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่เจ้าของข้อมูลทำการละเมิดสิทธิ ซึ่งปัจจุบันจะมีการเผยแพร่ข้อมูลได้รวดเร็ว และกว้างขวางมากโดยผ่านทางอินเทอร์เน็ตและโซเชียลมีเดีย ซึ่งการแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลด้วยกฎหมายพื้นฐานที่ใช้ในชีวิตประจำวัน เช่น การเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการใช้สิทธิเพื่อฟ้องคดีให้รับผิดชอบหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 หรือมาตรา 328 เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมในอีกหลายๆ เรื่อง เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวอันไม่พึงเปิดเผย ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ ตลอดจนกิจกรรมส่วนตัวใดๆ ที่ควรปกปิดเป็นความลับ หากปล่อยให้ถูกล่วงละเมิดโดยไม่มีมาตรการใดๆ ป้องกัน แม้จะมีมาตรการแก้ไขเยียวยาทางกฎหมายข้างต้น ก็ไม่อาจฟื้นฟูสภาพจิตใจหรือเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิด

³⁷ ทศนีย์ ก่อเกียรติไพศาล, “สิทธิในความเป็นส่วนตัว,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2557, จาก

ข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยเฉพาะการฟ้องคดีที่ผู้เสียหายมีภาระต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการถูกระทำละเมิด และยังต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่แท้จริง ที่นอกจากมีค่าใช้จ่ายแล้วยังเป็นการซ้ำเติมต่อสภาพจิตใจเจ้าของข้อมูลให้ได้รับความเสียหายอีกด้วย นอกจากนี้ความไม่เหมาะสมดังกล่าว ยังพบว่ามีการนำเอาข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล เพื่อประโยชน์ทางการค้าจากการขายข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง หรือได้รับประโยชน์จากชื่อเสียงของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ชอบ³⁸

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับสังคมสมัยใหม่ที่มีความเจริญก้าวหน้าทั้งในทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยี การนำเอาข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง หรือมีลักษณะเป็นการละเมิดเพื่อหวังผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูล จึงเป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้

สำหรับในประเทศไทยได้มีการกล่าวถึงข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างกว้างขวาง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 เป็นต้น

ฉะนั้นหน้าที่ของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยอาศัยความหมายจากร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... มาตรา 3 จึงเป็นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแม้เพียงส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีการอัตโนมัติ หรือโดยวิธีการอื่นใดที่ไม่ใช่วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอัตโนมัติ³⁹ และยังรวมถึงการรักษาฟื้นฟูสภาพจิตใจหรือเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิส่วนตัวได้อีกทางหนึ่งด้วย ไม่ว่าจะในแง่ของข้อมูล หรือผลกระทบต่อจิตใจที่ได้รับ ไม่ว่าจะ เป็นต่อชื่อเสียง ต่อชีวิตปกติสุข ต่อการถูกก่อกวน รบกวน ในชีวิตประจำวัน

³⁸ แนวหน้า คอถัมนิสต์, “กฏกติกาธุรกิจ: การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2557, จาก <http://m.naewna.com/view/columntoday/14844>.

³⁹ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... มาตรา 3

2.5 ประโยชน์จากการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

เพื่อการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน ทั้งในด้านข้อมูลส่วนบุคคล และด้านจิตใจส่วนบุคคล อีกทั้งเป็นการควบคุมแก่ผู้ไม่ประสงค์ดีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลโดยทั่วไป และเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถูกทำละเมิดไม่ว่าด้วยทางใดๆ ให้ได้รับการฟื้นฟู ทั้งข้อมูลส่วนบุคคล งานเอกสารต่างๆ หรือได้รับการเยียวยาทางจิตใจจากการถูกละเมิดทางข้อมูลหรือถูกรบกวนต่างๆ โดยอาจถูกก่อความจนเกิดความรำคาญ หรือสูญเสียงานเอกสารต่างๆจนวิตก กังวล ท้อแท้

2.6 กลุ่มที่เข้ามาล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล

ในปัจจุบันสามารถแบ่งกลุ่มอาชญากรที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้เป็น 3 กลุ่ม⁴⁰ ด้วยกัน ดังนี้

1. กลุ่มมือสมัครเล่น (Amateurs) อาชญากรกลุ่มนี้โดยมากแล้วมักทำไปด้วยความอยากรู้อยากเห็นหรือต้องการที่จะทดสอบความรู้ของตน อาชญากรกลุ่มนี้อาจไม่มีความรู้ทางด้านเทคนิคมากนัก ส่วนใหญ่จะหาช่องว่างของการเข้าสู่ข้อมูลของผู้อื่นได้ด้วยการลองผิดลองถูก

2. กลุ่มแครกเกอร์ (Crackers) อาชญากรกลุ่มนี้มักเป็นผู้ที่มีความรู้ทางเทคนิค และมักจะเข้ามาในระบบเครือข่ายสังคมออนไลน์โดยไม่ได้รับอนุญาต เมื่อเข้ามาแล้วก็มักที่จะสร้างความเสียหายต่างๆ เช่น การขโมยข้อมูลส่วนบุคคลสำคัญทางธุรกิจ หรือทางการทหาร หรืออาจมีการแกล้งทำลายข้อมูลมิให้ใช้งานได้ต่อไป เป็นต้น ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายทางธุรกิจหรือความมั่นคงของประเทศอย่างมาก

3. กลุ่มอาชญากรมืออาชีพ (Career Criminals) อาชญากรกลุ่มนี้เป็นพวกมีความรู้ทางด้านเทคนิคค่อนข้างสูง และมีอุปกรณ์เครื่องมือที่ทันสมัย อาชญากรกลุ่มนี้อาจทำการจารกรรมข้อมูลที่เป็นความลับของทางราชการเพื่อนำไปจำหน่ายให้กับหน่วยงานสายลับต่างๆ หรือจารกรรมข้อมูลทางธุรกิจที่มีความสำคัญสูงเพื่อนำไปจำหน่ายให้กับเอกชนฝ่ายตรงข้ามได้

การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากระบบคอมพิวเตอร์ สามารถกล่าวได้ดังนี้⁴¹

⁴⁰ นรินทร์ จุ่มศรี, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555), น.101.

1. การลักลอบหรือขโมยใช้บริการสารสนเทศ เป็นการลักลอบเข้าไปใช้บริการโทรคมนาคม เช่น โทรศัพท์ของบริษัทผู้ให้บริการด้านโทรคมนาคมหรือโทรศัพท์ของประชาชนทั่วไป ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องรับภาระในค่าบริการที่เพิ่มขึ้น

2. การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การทำซ้ำ(Copy)โปรแกรมคอมพิวเตอร์ การปลอมแปลงสื่อทางคอมพิวเตอร์หรือMultimedia

3. การทำลายและการก่อการร้ายทางอินเทอร์เน็ต โดยมีลักษณะเป็นการเจาะเข้าไปในฐานข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยไม่มีอำนาจ

4. การหลอกลวงเพื่อขายสินค้าและการลงทุนผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น การโฆษณาหลอกลวงขายสินค้าและบริการ เป็นต้น

5. การสกัดหรือดักเอาข้อมูลมาใช้ประโยชน์โดยมิชอบ ได้แก่ การดักฟัง การเป็นสายลับ การล้วงเอาความลับทางการค้า การนำข้อมูลหมายเลขบัตรเครดิตมาใช้เพื่อประโยชน์ตน

6. การฉ้อโกงในการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การเจาะเข้าเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของธนาคารแล้วเปลี่ยนแปลงข้อมูล หรือ โอนเงินจากบัญชีหนึ่งไปอีกบัญชีหนึ่ง หรือการเจาะเข้าระบบของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เพื่อทำการเติมเงินในบัตรโทรศัพท์แล้วนำออกขายให้แก่บุคคลภายนอก

2.7 ประเภทในการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

ผู้วิจัยขอแบ่งเป็น 2 ประเภทดังนี้

1. สิทธิส่วนบุคคลด้านข้อมูล

กล่าวได้ว่าเป็นส่วนของสิ่งที่มองเห็นเป็นรูปธรรม เช่น เนื้อหาเอกสารต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประวัติส่วนตัวต่างๆ เอกสารงานที่ต้องใช้(งานที่ต้องนำเสนอ งานเตรียมการเรียนการสอน) เพลง รูปภาพ วีดีโอ อันมีการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ฯลฯ ข้อมูลดังกล่าวบางส่วนอาจจะเป็นข้อมูลที่อาจเป็นผลร้าย ทำให้เสียชื่อเสียง หรืออาจก่อให้เกิดความรู้สึกเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือความไม่เท่าเทียมกัน ข้อมูลเหล่านี้ถือความเป็นส่วนตัวอย่าง

⁴¹ สถาบันกฎหมาย, “กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์:แนวทางในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมยุคไอทีในรายงานการสัมมนายุคไอทีในรายงานการสัมมนาทางทางวิชาการ โครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนยุติธรรมไทย,” บทบัณฑิตย์, เล่ม 55, ปีที่ 1, น. 159 (มีนาคม 2542).

ซึ่งต้องได้รับการคุ้มครอง ฉะนั้นหากมีการถูกเอาไปไม่ชอบไม่ว่าโดยวิธีใดๆหรือไม่ได้รับความยินยอม กฎหมายควรลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด และเยียวยาแก่ผู้ถูกทำละเมิด

2. สิทธิส่วนบุคคลด้านจิตใจ

กล่าวได้ว่าเป็นส่วนของสิ่งที่มองเห็นเป็นนามธรรมอยู่ลึกลงไป เป็นการที่ผู้เสียหายได้รับผลกระทบมากกว่าสิ่งที่มองเห็น สิ่งที่จับต้องได้ และผลที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตในประจำวันอย่างมีความสุข ส่วนวิธีในการคุ้มครองด้านจิตใจจะเป็นการเยียวยาโดยให้เรียกค่าเสียหายให้แก่ผู้ถูกระทำละเมิด ซึ่งในการที่จะเรียกร้องค่าเสียหายถ้าเป็นทางแพ่งทั่วไปสามารถนำตัวและเรียกได้กับผู้ทำละเมิดโดยตรง แต่ถ้าเป็นการถูกละเมิดจากภัยคุกคามจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย(Malware) เห็นว่าตามกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์สามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้โดยมีการเช็คไอพี(IP)เครื่อง หรือจากระบบการล็อกอิน(Login)ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นชื่อ(ID) หรือสถานที่ก่อละเมิดซึ่งกล่าวไว้ในหัวข้อที่ 2.6

ดังนั้นจึงเห็นว่า ให้ใช้วิธีเดียวกันนี้ในการระบุตัวผู้ทำละเมิดดังกล่าว เพื่อเรียกค่าความเสียหายต่อจิตใจให้แก่ผู้ต้องถูกละเมิดจากการกระทำความผิด

2.8 พื้นฐานของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

2.8.1 ลักษณะของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต⁴²

เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นเครือข่ายของเครือข่าย(Network of Network)ที่เชื่อมโยงเครือข่ายที่เชื่อมโยงเครือข่ายคอมพิวเตอร์ต่างๆในโลกเข้าด้วยกัน

คุณลักษณะที่สำคัญของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต คือ สถานีต้นทางกับปลายทางไม่ต้องต่อถึงกันขณะส่งข่าวสาร(Connectionless) เนื่องจากใช้การฝากส่งข่าวกันไปเป็นทอดๆ(Store and Forward) จากสถานีต้นทางผ่านสถานีต่างๆไปจนถึงสถานีปลายทาง นับเป็นระบบที่กระจายความรับผิดชอบ ไม่มีศูนย์กลางของระบบ ดังนั้นหากบางส่วนของระบบถูกทำลายระบบที่ยังเหลืออยู่ก็สามารถทำงานต่อไปได้

2.8.2 การส่งผ่านข้อมูลในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต⁴³

⁴² เลอสรร ธนสุกาญจน์, จิตตภัทร เครือวรรณ, และ สุธรรม อยู่ในธรรม, กฎหมายสำหรับบริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น.8.

⁴³ เลอสรร ธนสุกาญจน์, จิตตภัทร เครือวรรณ, และ สุธรรม อยู่ในธรรม, กฎหมายสำหรับบริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น.38.

ระบบการส่งผ่านข้อมูลในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตถูกควบคุมโดยไอพี(IP หรือ Internet Protocol)⁴⁴ และทีซีพี(TCP หรือ Transmission Control Protocol)⁴⁵

ไอพี(IP)เป็นโปรโตคอล⁴⁶ระดับ Network Layer⁴⁷ ที่ให้บริการแบบ Connectionless⁴⁸ โดยมีการแบ่งข้อมูลออกเป็นส่วนๆ(Fragmentation)ไม่ให้ยาวเกินไป ก่อนจะส่งไปยังปลายทางใน

⁴⁴ ไอพี(IP หรือ Internet Protocol) ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง มาตรฐานที่สร้างขึ้นในเรื่องของการเชื่อมต่อข้อมูลระหว่างเครื่องปลายทาง(Terminal) ในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือตัวเลียนแบบ

⁴⁵ ทีซีพี(TCP หรือ Transmission Control Protocol) ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง กฎเกณฑ์การควบคุมการส่งผ่านตามมาตรฐานอินเทอร์เน็ต หมายถึง มาตรฐานที่สร้างขึ้นในเรื่องของการเชื่อมต่อข้อมูลระหว่างเครื่องปลายทาง(Terminal) ในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือตัวเลียนแบบ

⁴⁶ โปรโตคอล(Protocol) หมายถึง ข้อกำหนดหรือข้อตกลงในการสื่อสารระหว่างคอมพิวเตอร์ หรือภาษาสื่อสารที่ใช้เป็น ภาษากลางในการสื่อสารระหว่างคอมพิวเตอร์ด้วยกัน การที่เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ถูกเชื่อมโยงกันไว้ในระบบจะสามารถติดต่อสื่อสารกันได้นั้น จำเป็นจะต้องมีการสื่อสารที่เรียกว่า โปรโตคอล (Protocol) เช่นเดียวกับมนุษย์ที่ต้องมีภาษาพูดเพื่อให้สื่อสารเข้าใจกันได้

โปรโตคอลช่วยให้ระบบคอมพิวเตอร์สองระบบ ที่แตกต่างกันสามารถสื่อสารกันอย่างเข้าใจได้คือ ข้อตกลงที่กำหนดเกี่ยวกับการสื่อสารระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ต่างๆ ทั้งวิธีการส่งและรับข้อมูล วิธีการตรวจสอบข้อผิดพลาดของการส่งและรับข้อมูล การแสดงผลข้อมูลเมื่อส่งและรับกันระหว่างเครื่องสองเครื่อง ดังนั้นจะเห็นได้ว่าโปรโตคอลมีความสำคัญมากในการสื่อสารบนเครือข่าย หากไม่มีโปรโตคอลแล้ว การสื่อสารบนเครือข่ายจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้

⁴⁷ Open Systems Interconnection model: OSI model จะทำการจับกลุ่มรูปแบบฟังก์ชันการสื่อสารที่คล้ายกันให้อยู่ในชั้นใดชั้นหนึ่งในเจ็ดชั้นตรรกะ ชั้นใดจะให้บริการชั้นที่อยู่บนและตัวเองได้รับบริการจากชั้นที่อยู่ด้านล่าง ตัวอย่างเช่นชั้นที่ให้การสื่อสารที่ error-free ในเครือข่ายจะจัดหาเส้นทางที่จำเป็นสำหรับแอปพลิเคชันชั้นบน ในขณะที่มันเรียกชั้นต่ำลงไปให้ส่งและรับแพ็คเกจเพื่อสร้างเนื้อหาของเส้นทางนั้น งานสองอย่างในเวลาเดียวกันที่ชั้นหนึ่งจะถูกเชื่อมต่อในแนวนอนบนชั้นนั้นๆ ผู้ส่งข้อมูลจะดำเนินงานเริ่มจากชั้นที่ 7 จนถึงชั้นที่ 1 ส่งออกไปข้างนอกผ่านตัวกลางไปที่ผู้รับ ผู้รับก็จะดำเนินการจากชั้นที่ 1 ขึ้นไปจนถึงชั้นที่ 7 เพื่อให้ได้ข้อมูลอันนั้น สรุปได้ดังนี้

ชั้นที่ 7 Application Layer ข้อมูลมีหน่วยเป็น Message เป็นชั้นที่พูดเกี่ยวกับเรื่องจะทำในเรื่องอะไร กำหนดคณิก Algorithm เป็นอย่างไร ให้ทำอะไรอะไร จะอยู่ในชั้นนี้เช่น ในการดูเว็บก็ยังคงมีการตกลงใน Application Layer กติกานั้นคือ HTTP ไม่ใช่ HTML ซึ่ง HTML คือ ภาษาในการ Present จึงจะอยู่ในชั้น Presentation Layer ถ้าเครื่อง Server กับ Client 2 เครื่อง 2 OS รู้จักกติกานี้ (HTTP) ทั้ง 2 ฟังก์ชันทำงานร่วมกันได้

ชั้นที่6 Presentation Layer ข้อมูลมีหน่วยเป็น Message มีหน้าที่แปล Encrypt บีบอัดData ตกกลงData type Data Structure ให้ตรงกัน เพื่อให้แสดงผลให้เข้าใจกันว่าหน้าตาของข้อมูลเป็นอย่างไร เช่น อุปกรณ์ต่างยี่ห้อ กัน ตกลงในชั้น Presentation Layer ได้ก็สามารถแสดงผลได้เหมือนกัน

ชั้นที่5 Session Layer ถ้าเปรียบกับการเปิดประตู จะให้ประตูเปิด วิธีการเปิดประตูคือ Application Layer (วิธีคือ 1.ไปมองหาคำว่า Pull ที่ประตู 2. เอามือจับ 3.ดึงประตู เหล่านี้ Algorithm ซึ่ง Application Layer จะทำ) ส่วน Presentation เปรียบเหมือนคำว่า Pull ที่เขียนไว้อยู่ คำนี้เป็นภาษาอังกฤษ สามารถอ่านออก อ่านเข้าใจอันนี้ คือระบบมี Data type ที่ตรงกันจึงเข้าใจได้แต่ถ้าเขียนเป็นภาษาอื่น อิตาลี สเปน อันนี้ทำงานให้ไม่ได้ ระบบไม่เข้าใจ ถ้าไทยหรือ Engอันนี้ได้เลย เมื่อเห็น ระบบเข้าใจทำตามได้ มาถึงหน้าที่ของ Session Session จะเป็น ขั้นตอนก่อนที่จะถึงประตู ประมาณว่า มายืนถึงหน้าประตูแล้ว กำลังจะเริ่มเปิดประตูกระบวนการในชั้น Session นั้นจะกินยาวไปตั้งแต่ เริ่มทำ ระหว่างที่ทำ และก๊ลิ้นสุดการทำงานมองในอีกแบบหนึ่งเปรียบเทียบกับ โปรแกรม Remote เมื่อจะเริ่ม Remote เครื่อง เริ่มการเชื่อมต่อ ต่อมาเมื่อเข้าได้แล้วก็ทำงานต่างๆ เสร็จแล้วทำการ Disconnect อันนี้น่าจะเห็นชัดเจนกว่า หน่วยข้อมูลในชั้นนี้เป็น Segment

ชั้นที่4 Transport Layer เป็นการกำกับต้นทางและปลายทางปลายทางผ่าน port เป็นเสมือนบริษัทขนส่ง เมื่อมีการส่ง message ไม่ครบ ก็จะส่งให้ใหม่ให้ครบ รอยต่อระหว่าง network layer กับ Application layer จะต้องผ่านเบอร์ port เวลาใช้ HTTP มันก็จะมีคำถามว่าผ่าน port ไหน ตัวนี้ที่เห็นบ่อยๆคือ TCP (Transport Control Protocol) ก็จะมาดูแลให้

ชั้นที่3 Network Layer การขับรถข้ามจังหวัดต้องตกลงเรื่องอะไร? ชื่อถนน หาเส้นทางที่ไวที่สุด ในปัจจุบันมีโปรโตคอลเดียวที่ใช้กันคือ Internet Protocol (IP) ซึ่งชื่อถนนในที่นี้ที่สมมุติไว้ก็คือ IP Address ส่วนเส้นทางที่จะไปไวที่สุดก็เช่น OSPF RIP แต่จริงๆแล้วฐานมันเป็น Algorithm อย่างหนึ่งในชั้นนี้ข้อมูลเป็น Packet

ชั้นที่2 Datalink Layer เป็นการนำ Data แต่ละบิตมารวมเป็น Frame เป็นกล่องเป็น Informaion สมมุติว่าเป็น Data เราจะส่งน้ำเปล่าๆ ไปให้เพื่อนไม่ได้ ต้องนำมาบรรจุกล่อง คือในชั้นนี้ และเมื่อบรรจุกล่องจะต้องมีอะไรเพื่อรับรองหละ ต้องมีการแปะว่า มาจากใคร(Mac address) และก็บอกว่าปลายทางเป็นใคร ในชั้นนี้ไม่ใช่ส่ง Data อย่างเดียว Network Adapter ก็อยู่ในชั้นนี้เพราะมันมี Mac address และใช้ส่งข้อมูล (Ethernet, Wi-Fi 802.12 ต่างๆ)

ชั้นที่1 Physical Layer ในการติดต่อสื่อสารการตกลงในชั้นนี้ เป็นการคุยกันทีละบิต 1, 0 ที่ตกลงกัน ระหว่าง host ต้นทางกับปลายทาง โดยผ่านช่องทางที่กำหนด(วิ่งผ่านสายไฟ)

⁴⁸มีลักษณะคล้ายการส่งจดหมายในระบบไปรษณีย์ กล่าวคือข้อมูลหน่วยย่อย (จดหมายแต่ละฉบับ) มีที่อยู่ปลายทางของผู้รับ และแต่ละหน่วยข้อมูลจะถูกส่งต่อเป็นช่วงๆ (ผ่านที่ทำการไปรษณีย์แต่ละพื้นที่) จนถึงจุดหมาย การส่งข้อมูลลักษณะนี้แต่ละหน่วยข้อมูลอาจมีเส้นทางต่างกันเล็กน้อยและเป็นไปได้ว่าจดหมายที่ส่งทีหลังอาจถึงปลายทางก่อนแบบ Connectionless นี้ การเริ่มต้นส่งสามารถทำได้รวดเร็ว เนื่องจากไม่ต้องเสียเวลาสร้าง Connection แต่ก็ไม่สามารถรับรองการได้รับข้อมูลของอีกฝ่าย เหมาะกับการส่งข้อมูลเพียงเล็กน้อยส่งเพียงครั้งเดียวก็เสร็จสิ้น หรือข้อมูลที่ไม่สำคัญมาก สามารถสูญเสียได้บางส่วน ตัวอย่างงานที่ใช้ UDP เช่น สัญญาณ Video เสียง ซึ่งข้อมูลสามารถหายไปบางส่วนได้

ลักษณะของแพ็กเก็ต(Packet)⁴⁹ แต่ไอพี(IP)ไม่มีการเฝ้าตรวจสอบและไม่มีการควบคุมความถูกต้องของแพ็กเก็ตข้อมูลซึ่งอาจหายไประหว่างทาง ถึงปลายทางซ้ำกัน หรือถึงปลายทางสลับกันก็ได้ หน้าที่ในการรับประกันความถูกต้องของข้อมูลจะอยู่ในโปรโตคอลระดับสูงถัดขึ้นไปคือทีซีพี

ในการส่งข้อมูลจากต้นทางให้ไปถึงปลายทางได้นั้น ไอพีมีกลไกในการเลือกเส้นทางที่ข้อมูลจะวิ่งผ่านไป โดยอาศัย Routing Table ซึ่งจะกล่าวต่อไป

การรายงานความผิดพลาดของข้อมูลเป็นหน้าที่ของInternet Control Message Protocol (ICMP)⁵⁰ แต่มันไม่ได้แก้ไขความผิดพลาดนั้น การจัดการแก้ไขความผิดพลาดหรือรับประกันความถูกต้องของข้อมูลเป็นหน้าที่ของทีซีพี(TCPหรือTransmissionControlProtocol)⁵¹ ซึ่งสามารถจัดอยู่ในระดับชั้นทรานสปอร์ต(Transport Layer) ของ OSI Model ที่มีทั้งหมดเจ็ดชั้นทีซีพีจะอาศัยและทำงานอยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ปลายทางแต่ไม่อยู่ใน Router เหมือนไอพี

ทีซีพี(TCP)จัดเป็นConnection-Oriented Protocol⁵² (ต่างจาก ไอพีซึ่งเป็นConnectionless) เนื่องจากทีซีพีจดจำสถานะของข้อมูลจากผู้ใช้ที่ไหลเข้าออก หากข้อมูลผิดพลาดระบบจะทิ้งข้อมูล

⁴⁹ Packet ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง กลุ่มข้อมูล(Data Packet) จำนวนหนึ่ง ที่มีความสัมพันธ์เป็นเรื่องเดียวกัน ใช้ในเรื่องของการสื่อสารข้อมูล(Data Communications) กล่าวคือหน่วยย่อยของข้อมูล ซึ่งเป็นการแบ่งข้อมูลออกเป็นส่วนย่อยๆ ช่วยให้การแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้นเร็วขึ้น เพราะการแบ่งข้อมูลเป็นส่วนย่อยนี้ แต่ละส่วนย่อยจะถูกส่งไปยังจุดหมายพร้อมๆกัน ซึ่งแต่ละอันจะจำหน้าถึงผู้รับเดียวกัน แทนการส่งแบบที่ส่งข้อมูลไปทั้งหมด ทั้งก้อน ซึ่งทำให้ส่งได้ช้า

⁵⁰ Internet Control Message Protocol(ICMP) ความหมายจากวิกิพีเดียสารานุกรมเสรี หมายถึง โพรโทคอลที่ทำหน้าที่รายงานความผิดพลาดต่างๆ ใน IP packet และตรวจสอบการทำงานในชั้น Internet Layerเนื่องจากปกติข้อมูลที่ส่งใน Network จะต้องผ่าน Router มากกว่าหนึ่งตัว เพื่อให้ Router สามารถตรวจสอบปัญหาในการส่งข้อมูลไปยังปลายทาง Router จะใช้ Internet Control Message Protocol(ICMP) ไปแจ้งยัง IP ต้นทาง โดย ICMP จะถูกใช้ในการวิเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหา

⁵¹ RFC 793 – Transmission Control Protocol ; Black (1995), Chapter 7.

⁵² มีลักษณะเหมือนการส่งข้อมูล เสี่ยงทางโทรศัพท์ คือผู้ใช้ต้องสร้าง connection (หมุนโทรศัพท์) แล้วถึงส่งข้อมูล (พูดโทรศัพท์) และเมื่อใช้เสร็จแล้วก็ยกเลิก connection (วางสายโทรศัพท์) การส่งข้อมูลแบบนี้เปรียบเสมือนการ ส่งของผ่านท่อ คือผู้ส่งส่งของทีละชิ้นไปตามท่อ แล้วผู้รับซึ่งอยู่อีกปลายหนึ่งของท่อที่รับของทีละชิ้นออกจากท่อ ตามลำดับที่ของถูกส่งมา TCP ซึ่งเป็นแบบ Connection-Oriented นี้ จะต้องเสียเวลาในการเริ่มต้นทำการสื่อสารค่อนข้างนาน การรับส่งข้อมูลจะมีความถูกต้อง และรับรองการได้รับของอีกฝ่ายได้แน่นอน โดยผู้ส่งจะรอรับคำยืนยันว่า “ได้รับแล้ว” ของข้อมูลชุดที่แล้วจากผู้รับเสียก่อน จึงค่อยดำเนินการส่งข้อมูลชุดต่อไป เหมาะกับข้อมูลปริมาณมากๆ และมีความสำคัญ ตัวอย่างการใช้งานที่ใช้ TCP เช่น E-mail World Wide

เก่าแล้วแจ้งที่ซีพีที่ต้นทางให้ส่งมาใหม่ หากแพ็กเก็ตซ้ำซ้อน หายไป หรือสลับที่กัน ก็จะจัดการให้เรียบร้อย นอกจากนี้ยังสามารถควบคุมการไหลของข้อมูลจากต้นทาง(ทำFlow Control) เพื่อไม่ให้ปริมาณข้อมูลล้นบัฟเฟอร์⁵³ และยังสามารถมัลติเพล็กซ์⁵⁴ให้ผู้ใช้สามารถทำงานมากกว่าหนึ่ง session⁵⁵ ได้บนคอมพิวเตอร์เครื่องเดียวในขณะที่ผู้ใช้สามารถตั้งระดับของความปลอดภัยที่ต้องการได้อีกด้วย

2.8.3 การเลือกเส้นทาง(Routing)ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

ตาราง Routing Table⁵⁶ ถูกกำหนดขึ้นจาก Route Discovery Protocol⁵⁷ ในRouting Table จะมีข้อมูลของเน็ตเวิร์คที่สามารถติดต่อได้(Reachable Network)และเกตเวย์⁵⁸ ถัดไปตาม

Web และ FTP (File Transfer Protocol) เป็นต้น ซึ่งFile Transfer Protocol(FTP) หมายถึง โพรโทคอลเครือข่ายชนิดหนึ่ง ถูกนำไปใช้ในการถ่ายโอนไฟล์ ระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ อย่างการถ่ายโอนไฟล์ระหว่าง ไคลเอนต์ (client) กับเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เป็นแม่ข่าย เรียกว่า โฮสติง(hosting) หรือ เซิร์ฟเวอร์ ซึ่งทำให้การถ่ายโอนไฟล์ง่ายและปลอดภัยในการแลกเปลี่ยนไฟล์ผ่านอินเทอร์เน็ต

⁵³buffer คือ ส่วนหนึ่งของหน่วยความจำที่ใช้สำหรับพักข้อมูลเป็นการชั่วคราวในระหว่างทำการถ่ายทอด หรือส่งผ่านข้อมูล เครื่องอุปกรณ์คอมพิวเตอร์บางชนิดจะมี buffer ของตนเอง เช่น เมื่อส่งปริ้นงานไปยังเครื่องพิมพ์ ข้อมูลที่จะให้ปริ้นจะถูกส่งมาที่ CPU เพื่อรอปริ้น แต่ถ้าส่งปริ้นข้อมูลจำนวนหลายหน้า แล้วหน่วยความจำไม่พอ ก็จะต้องมีตัวที่เก็บข้อมูลที่จะปริ้น ลงไปที่ไหนสักแห่งแทนหน่วยความจำซึ่งตัวเก็บข้อมูลแทนนี้คือ buffer นั่นเอง ดังนั้น ระบบบัฟเฟอร์ (Bufferingsystem) จึงเป็นระบบที่ทำให้หน่วยรับ-แสดงผลสามารถทำงานไปพร้อม ๆ กับการประมวลผลของซีพียู ในขณะที่ประมวลผลคำสั่งที่ถูกโหลดเข้าซีพียูนั้น จะมีการโหลดข้อมูลเข้าไปเก็บในหน่วยความจำก่อน เมื่อถึงเวลาประมวลผลจะสามารถทำงานได้ทันที และโหลดข้อมูลต่อไปเข้ามาแทนที่ หน่วยความจำที่ทำหน้าที่เก็บข้อมูลที่เตรียมพร้อมนี้เรียกว่า บัฟเฟอร์

⁵⁴มัลติเพล็กซ์ ความหมายจากวิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี หมายถึง การส่งสัญญาณจากผู้ส่งหรือสถานีส่งจำนวนหลายๆ สถานีไปในช่องสัญญาณเดียวกัน

⁵⁵ Session หมายถึง คือช่วงเวลาหนึ่งที่ ผู้ใช้เข้าใช้งานเว็บไซต์ผ่านอุปกรณ์ใดอุปกรณ์หนึ่ง โดยที่ Sessionแต่ละSession ไม่จำเป็นต้องมีเวลาเท่ากัน ค่าปกติของกูเกิ้ลหากผู้ใช้ไม่มีการกระทำใดบนหน้าเว็บเกิน 30 นาที Sessionนั้นจะหมดอายุการกระทำใดๆ ที่เริ่มต้นหลังจากSessionหมดอายุจะเริ่มนับเป็นSessionใหม่ทันที

ขอยกตัวอย่างให้เห็นภาพดังนี้ นาย A เข้าเว็บแล้วเปิดดูหน้าเพจสามหน้าแล้วเดินออกไปกินข้าวชั่วโมงหนึ่ง Sessionนั้นจะหมดอายุลง หลังจากกลับจากกินข้าว นาย A คลิกกลับไปหน้าแรกSessionใหม่จะเกิดขึ้นในกรณีนี้Sessionจะเท่ากับ 2 ครั้ง

⁵⁶ Routing table หมายถึง เป็นตารางข้อมูลของเส้นทาง การส่งผ่านข้อมูลเพื่อใช้พิจารณาการส่งผ่านข้อมูล

เส้นทางไปยังปลายทาง ซึ่งตามปกติอาศัยหลักการ Distance Metric คือ เลือกเส้นทางให้มีจำนวน ช่วง(hops)ให้น้อยที่สุด หาก Router หาสถานีปลายทางไม่พบใน Routing Table สถานีต้นทางจะ ได้รับรหัสว่าไม่สามารถติดต่อสถานีปลายทางได้(Destination Unreachable)

2.9 ประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย(Malware)

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตรายคือ บรรดาไวรัสต่างๆที่ทำให้ระบบ หรือ ข้อมูล ภายในคอมพิวเตอร์ เสียหาย เปลี่ยนแปลงไปหรือ พวกโปรแกรมแปลกๆที่ใช้ในการเข้าถึง ในการ เเจาะมาตรการป้องกัน ในการดักจับ เป็นต้น โดยแบ่งประเภท⁵⁹ได้ดังนี้

1. ไวรัส(Virus) แพร่เชื้อไปติดไฟล์อื่นๆในคอมพิวเตอร์ โดยการแนบตัวมันเองเข้าไป ไวรัสไม่สามารถส่งตัวเองไปยังคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นๆได้ ต้องอาศัยไฟล์พาหะสิ่งที่มีมันทำคือสร้างความเสียหายให้กับไฟล์

2. วอร์ม(Worm) คัดลอกตัวเองและสามารถส่งตัวเองไปยังคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นๆได้อย่างอิสระ โดยอาศัยอีเมลล์หรือช่องโหว่ของระบบปฏิบัติการ มักจะไม่แพร่เชื้อไปติดไฟล์อื่น สิ่งที่มีมันทำคือมักจะสร้างความเสียหายให้กับระบบเครือข่าย

วอร์ม(Worm)⁶⁰ หรือเรียกได้ว่าเป็นหนอนอินเทอร์เน็ตที่ใช้การฝังตัวเองเข้ามากับโค้ดอันตราย(Malicious Code)ที่สามารถแพร่กระจายไปได้เองโดยอัตโนมัติจากเครื่องหนึ่งไปยังอีก

⁵⁷ Route Discovery Protocol หมายถึง โปรโตคอลที่ออกแบบมาเพื่อให้อุปกรณ์เน็ตเวิร์คได้แลกเปลี่ยน ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับตัวอุปกรณ์ที่เชื่อมต่อกันอยู่โดยตรง(directly connected neighbor) โดยข้อมูลจะประกอบไปด้วย ชนิดของอุปกรณ์ รุ่น ยี่ห้อ IP-Address interface ที่เชื่อมต่ออยู่ที่ตัวของตัวมันเองและเพื่อนบ้าน(neighbor device)

⁵⁸ เกตเวย์(Gateway) ความหมายจากพจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ หมายถึง ประตูสัญญาณที่ต่อเชื่อมไว้ระหว่างเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ใช้คอมพิวเตอร์ต่างตระกูลกัน(ตระกูลพีซี ตระกูลแมคอินทอชฯ) ในกรณีที่ต้องการแยกเครือข่ายทั้งสองออกจากกัน ก็เพียงแค่ปิดสวิทช์ตัวประตูสัญญาณนี้เสียเท่านั้นเอง

⁵⁹ สำนักเทคโนโลยีสารสนเทศกรมที่ดิน, “ความแตกต่างระหว่างไวรัส หนอน ม้าโทรจัน สปายแวร์ ฟิชซิง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2557, จาก

http://www.dol.go.th/it/index.php?option=com_content&task=view&id=114.

⁶⁰ Changsunha, “มัลแวร์(malware)คืออะไร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2557, จาก

<http://xn--12co0b8ctat9bdd7pqd.blo.gspot.com/2009/12/malware.html>.

เครื่องจันทัวระบบเครือข่ายผ่านทาง การเชื่อมต่อระบบเครือข่ายขององค์กร โดยที่หนอนอินเทอร์เน็ตพวกนี้สามารถก่อพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อระบบได้ เช่น การแย่งใช้เครือข่ายหรือทรัพยากรของระบบ และอาจทำให้ระบบหรือการให้บริการ(Service)ล่มได้ นอกจากนี้พวกหนอนอินเทอร์เน็ตบางชนิดยังสามารถกระทำการได้เอง(Execute) และแพร่กระจายไปในระบบได้เองซึ่งพวกหนอนอินเทอร์เน็ตอาจมีการส่งโปรแกรมแฝงเพิ่มเข้ามาเพื่อใช้ในการทำซ้ำไฟล์(Replication)

3. โทรจัน(Trojan) ไม่แพร่เชื้อไปติดไฟล์อื่นๆ ไม่สามารถส่งตัวเองไปยังคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นๆ ได้ ต้องอาศัยการหลอกคนใช้ให้ดาวน์โหลดเอาไปใส่เครื่องเองหรือด้วยวิธีอื่นๆ สิ่งที่โทรจันทำคือเปิดโอกาสให้ผู้ไม่ประสงค์ดีเข้ามาควบคุมเครื่องที่ติดเชื้อจากระยะไกล

4. สบายแวร์(Spyware) ไม่แพร่เชื้อไปติดไฟล์อื่นๆ ไม่สามารถส่งตัวเองไปยังคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นๆ ได้ ต้องอาศัยการหลอกคนใช้ให้ดาวน์โหลดเอาไปใส่เครื่องเองหรืออาศัยช่องโหว่ของ Web browser ในการติดตั้งตัวเองลงในเครื่องเหยื่อ สิ่งที่น่าทำคือรบกวนและละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้ สบายแวร์ถือเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย(malware)ที่พบเห็นได้ง่ายทั่วไปในปัจจุบันและสร้างความรำคาญให้มากที่สุด(บางตำราอาจใช้คำว่าgrayware)ซึ่งแบ่งออกได้เป็นหลายชนิด(โดยบางส่วนก็มีพฤติกรรมคล้ายๆ โทรจันด้วย)

สบายแวร์ จึงหมายถึง ประเภทซอฟต์แวร์ที่ออกแบบเพื่อสังเกตการณ์หรือดักจับข้อมูลหรือควบคุมเครื่องคอมพิวเตอร์ โดยที่ผู้ใช้ไม่รับทราบว่าได้ติดตั้งเอาไว้หรือผู้ใช้ไม่ยอมรับ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเพื่อสร้างผลประโยชน์แก่ผู้อื่นหรืออาจจะเพื่อโฆษณาสินค้าต่างๆ สบายแวร์บางตัวก็สามารถสร้างความรำคาญ เพราะจะเปิดหน้าต่างโฆษณาบ่อยๆ แต่บางตัวร้ายกว่านั้นคือทำให้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ได้ ไม่ว่าจะไปเว็บไหนก็จะโชว์หน้าต่างโฆษณาหรืออาจจะเป็นเว็บประเภทลามกอนาจารพร้อมกับป๊อปอัพหน้าต่างเป็นจำนวนมาก

5. ฟิชชิง(Phishing) เป็นเทคนิคการทำ Social Engineer โดยใช้อีเมลล์เพื่อหลอกให้เหยื่อเปิดเผยข้อมูลการทำธุรกรรมทางการเงินบนอินเทอร์เน็ต เช่น บัตรเครดิต หรือพวกOnline Bank Account เป็นการหลอกลวงให้ผู้รับหลงผิดในตัวคนที่แท้จริงของผู้ส่ง เป็นเหตุให้ผู้รับส่งข้อมูลอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลไป

ผู้วิจัยได้กล่าวนำถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลด้านคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลขั้นพื้นฐาน หลักการของกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ทฤษฎีของการคุ้มครองผู้บริโภค แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับละเมิด แนวคิดค่าเสียหายใน

เชิงลงโทษ รวมถึงพื้นฐานของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ต่อจากนี้จะนำเข้าสู่บทที่ 3 เพื่อชี้ให้เห็นถึง
มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองนี้ในประเทศไทยและต่างประเทศ

สรุป

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ในบทนี้เป็นการศึกษาในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการ
ลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์และการเยียวยาผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบโดย
เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

3.1 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของต่างประเทศ

3.1.1 ระบบกฎหมายจารีตประเพณี(Common Law System) ในสหรัฐอเมริกา

ระบบกฎหมายจารีตประเพณี(Common Law System) เป็นกฎหมายซึ่งพัฒนาขึ้นโดยผู้
พิพากษาผ่านการตัดสินคดีความของศาล และศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่นๆ มากกว่าผ่านทาง
พระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการดำเนินการของฝ่ายบริหาร

"ระบบกฎหมายจารีตประเพณี" เป็นระบบกฎหมายซึ่งให้น้ำหนักในการปฏิบัติตามคำ
พิพากษาที่มีมาก่อนเป็นอย่างมาก บนแนวคิดซึ่งเชื่อว่าจะเป็นการยุติธรรมหากตัดสินดำเนินคดีต่อ
ข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันในโอกาสที่ต่างกัน ทำให้การตัดสินคดีตาม "กฎหมายจารีตประเพณี"
ผูกมัดการตัดสินคดีในอนาคตตามไปด้วย ในกรณีซึ่งมีกลุ่มผู้ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายดังกล่าว ศาล
คอมมอนลอว์ที่เหมาะสมที่สุดจะตรวจสอบการตัดสินคดีที่ผ่านมาของศาลที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน
หากข้อพิพาทที่คล้ายคลึงกันได้รับการแก้ไขแล้วในอดีต ศาลจะถูกผูกมัดให้ตัดสินคดีตามการให้
เหตุผลซึ่งใช้ในการตัดสินคดีครั้งก่อนๆ อย่างไรก็ตามหากศาลพบว่าข้อพิพาทในปัจจุบันมีความ
แตกต่างอย่างชัดเจนกับการตัดสินคดีในอดีตทั้งหมด ผู้พิพากษาจะมีอำนาจและหน้าที่ที่จะสร้าง
กฎหมายโดยการริเริ่มเป็นแบบอย่าง ภายหลังจากนั้นการตัดสินคดีครั้งนี่จะเป็นตัวอย่างแก่การ
ตัดสินคดีครั้งต่อไปซึ่งศาลในอนาคตจะต้องยึดมั่น

ในทางปฏิบัติ ระบบกฎหมายจารีตประเพณีเป็นระบบซึ่งมีความซับซ้อนยิ่งกว่า
คุณสมบัติอันเป็นอุดมคติดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น การตัดสินดำเนินคดีของศาลจะถูกผูกมัดในเฉพาะ

เขตอำนาจศาลที่เฉพาะเท่านั้น และกระทั่งภายในเขตอำนาจศาลที่กำหนด ศาลบางส่วนก็มีอำนาจยิ่งกว่าศาลทั่วไป อาทิเช่น ในการตัดสินคดีส่วนใหญ่ การตัดสินคดีโดยศาลอุทธรณ์จะถูกผูกมัดตามการตัดสินของศาลชั้นต่ำกว่าในการตัดสินคดีความที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน และการตัดสินคดีในอนาคตจะถูกผูกมัดตามการตัดสินของศาลอุทธรณ์นี้ แต่มีเพียงการตัดสินของศาลชั้นต่ำกว่าเป็นอำนาจซึ่งไม่ถูกผูกมัดโน้มน้าว¹ สหรัฐอเมริกาก็เป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบนี้

การถือโทษทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิดหรือชื่อทางภาษาอังกฤษว่า “Computer Fraud and Abuse Act (CFAA)” เป็นการตราโดยสภาองเกรสในปี 1986 โดยการแก้ไขกฎหมายการทุจริตคอมพิวเตอร์(18 USC § 1030) ซึ่งได้รับการรวมอยู่ในรัฐบัญญัติควบคุมอาชญากรรม 1984 ที่มีอยู่เดิม โดยถูกเขียนขึ้นเพื่อชี้แจงและเพิ่มขอบเขตของกฎหมายฉบับก่อนหน้าของ 18 USC § 1030 อันเป็นการบัญญัติความผิดในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ รัฐบัญญัติดังกล่าวนี้ได้รับการแก้ไขหลายครั้งใน ปี1989 ปี1994 ปี1996 ปี2001 โดยรัฐบัญญัติ USA PATRIOT 2002 และใน ปี2008 โดยรัฐบัญญัติที่ชื่อว่า The Identity Theft Enforcement and Restitution Act.²

Computer Fraud and Abuse Act(CFAA) รัฐบัญญัตินี้มีหลักการ³ ว่าใครก็ตามที่ตั้งใจเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือเกินกว่าที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงและได้รับข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันถือว่ามีความผิด CFAA เป็นหลักกฎหมายความผิดทางอาญาอย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1994 บทบัญญัติในทางคดีแพ่งถูกบันทึกว่ามีสาเหตุมาจากการกระทำ ถ้าการละเมิดทำให้เกิดการสูญเสียหรือความเสียหายในขณะนั้นเกิดจากการกระทำที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติ 18 USC § 1030(g) โดยการเรียกร่องทางแพ่งในส่วนละเมิด CFAA กำหนดให้โจทก์ต้องกล่าวหาดังนี้

1. มีความเสียหายหรือการสูญเสีย
2. ความเสียหายหรือการสูญเสียเกิดจากการกระทำอะไร
3. เป็นการละเมิดของหนึ่งในบทบัญญัติที่สำคัญที่กำหนดไว้ใน 1030(a) และ

¹ คอมมอนลอว์, “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2558, จาก http://th.wikipedia.org/wiki/Common_law.

² Computer Fraud and Abuse Act, “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, มูลนิธิวิกิมีเดีย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มีนาคม 2559, จาก http://th.wikipedia.org/wiki/Computer_Fraud_and_Abuse_Act.

³ Eff, Computer Fraud and Abuse Act(CFAA), สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2559, จาก [https://ilt.eff.org/index.php/Computer_Fraud_and_Abuse_Act_\(CFAA\)](https://ilt.eff.org/index.php/Computer_Fraud_and_Abuse_Act_(CFAA)).

4. การดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยหนึ่งใน 1030(c)(4)(A)(i)(I)-(V)

ปัจจุบันการถือโทษทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986(Computer Fraud and Abuse Act 1986) ฉบับนี้อยู่ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา(United States Code : U.S.C.) บรรพที่ 18(Title 18) หมวด 47(Chapter47) มาตรา 1030⁴

มาตรา 1030 แห่งรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการถือโทษทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986(Computer Fraud and Abuse Act 1986)มีใจความสาระสำคัญเกี่ยวกับบทลงโทษการทำสำเนา ดังนี้

อนุมาตรา (a)ผู้ใด..

อนุมาตราย่อย(2) เจตนาเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจหรือเกินขอบอำนาจ และได้รับไปซึ่ง..

(A) ข้อมูลที่มีอยู่ในบันทึกทางการเงินของสถาบันการเงินหรือของบริษัทผู้ออกบัตรตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 1602(n) ของบรรพที่ 15(Title 15) หรือที่มีอยู่ในแฟ้มของผู้บริโภคในการรายงานหน่วยงานคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งมีการกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติการรายงานเครดิตที่เป็นธรรม

(B) ข้อมูลจากหน่วยงานใดหรือหน่วยงานของสหรัฐอเมริกา หรือ

(C) ข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องใดๆ ที่ได้รับการคุ้มครอง

การที่จะถือเป็นการผิดตามมาตรานี้ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิได้รับอนุญาต หรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมีสิทธิหากแต่การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์นั้นเข้าไปเกินกว่าขอบอำนาจที่ได้รับ และจากการเข้าถึงดังว่านั้นได้รับไปซึ่งข้อมูลจากหน่วยงานใดหรือหน่วยงานของสหรัฐอเมริกา หรือข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องใดๆ ที่ได้รับการคุ้มครอง(ที่มีมาตรการป้องกัน)

ว่าด้วยหลักการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ(Punitive Damages) สหรัฐอเมริกานั้นถือเป็นประเทศที่มีการบังคับใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษอย่างแพร่หลายมากที่สุดเมื่อเทียบกับประเทศ

⁴ somsak tienjaroonkul, “สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2559, จาก <http://oknation.nationtv.tv/blog/tienja/2012/06/09/entry-2>.

⁵ สุรัชย์ พวงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), น.273.

อื่นในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยมีวัตถุประสงค์คือ 1. เพื่อที่จะลงโทษจำเลยจากการกระทำ ความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง 2. เพื่อยับยั้งป้องปรามจำเลยมิให้กระทำเช่นนั้นอีกในอนาคต ซึ่งใน การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษนั้นมักจะถูกกำหนดในคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิด ไม่ว่าจะ เป็นการกระทำละเมิดโดยบุคคลทั่วไปหรือการกระทำละเมิดธุรกิจการค้าต่างๆ

การกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง เช่น จงใจหรือเจตนาโดยมีเจตนาที่มุ่งร้าย แฝงอยู่ การกระทำละเมิดโดยปราศจากความระมัดระวังอย่างสิ้นเชิงหรือประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรง หรือบรรดาการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ไม่แยแสว่าผู้อื่นจะได้รับอันตราย จากการกระทำของตนซึ่งเป็นพฤติกรรมที่สังคมเห็นว่าควรประณามและไม่ควรให้ผู้อื่นถือเป็น เยี่ยงอย่าง เช่น ทารุณโหดร้าย ข่มเหงรังแก กลั่นแกล้ง แสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ ไม่คำนึงถึง สิทธิของบุคคลอื่น

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษแบ่งได้ 3 ลำดับ⁶คือ

1. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดโดยไม่ใส่ใจหรือไม่คำนึงถึงสิทธิบุคคลอื่น
2. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดโดยมีเจตนามุ่งร้ายต่อบุคคลอื่น
3. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดโดยมีเจตนามุ่งร้ายต่อบุคคลอื่น โดยกระทำการที่เป็น

อันตรายต่อชีวิต

3.1.1.1 2006 New York Code - penal

การก่ออาชญากรรมมากที่สุดคือนิวยอร์กกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับ คอมพิวเตอร์ ซึ่งถือเป็นความผิดทางอาญา โดยการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา เช่น มีการ เจาะข้อมูลหรือเข้าถึงคอมพิวเตอร์ เซิร์ฟเวอร์ หรืออุปกรณ์ที่คล้ายกัน ทั้งนี้ในการเอาผิดกับผู้ก่อ อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ไม่เกิดปัญหาในการเข้าใจผิดในกฎหมายอาญาของนิวยอร์กที่ใช้ บังคับอยู่ อันเนื่องมาจากในความเป็นจริงทนายความในนิวยอร์กมีความรอบรู้ในการกระทำที่ถือว่าเป็น ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ต่างๆ อันได้ถูกระบุไว้ในมาตรา 156 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายดังกล่าวนี้มีหลักของการป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทาง คอมพิวเตอร์ด้านการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ คือ มาตรา 156.35 อันได้กล่าวถึงการครอบครอง วัสดุที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ กล่าวคือ จะถือเป็นความผิดตามมาตรา 156.35 ก็ต่อเมื่อมี

⁶ สุรชัย พวงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), เพิ่งอ้าง, น.274-275.

ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้รับมาจากการคัดลอกหรือทำสำเนาซึ่งเป็นการละเมิดมาจากการกระทำความผิดตามมาตรา 156.30 ไว้ในครอบครอง นอกเหนือจากองค์ประกอบเหล่านี้ การครอบครองดังกล่าวไม่เพียงต้องรู้ว่ามาจากการคัดลอกหรือทำสำเนาเท่านั้น แต่ยังคงไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับอนุญาตที่จะมีข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในครอบครองด้วย⁷ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ใน 2006 New York Code - penal⁸ ดังนี้

156.30⁹ กำหนดให้ “บุคคลซึ่งมีความผิดตามกฎหมายคอมพิวเตอร์ในการทำสำเนา คือ การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ หรือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นทำให้เสียหายทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์เกินกว่า 2,500 ดอลลาร์หรือโดยมีเจตนาจะกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา”

ว่าด้วยเรื่องการครอบครองอยู่ในกฎหมายอาญามาตรา 156.35¹⁰ อันเกี่ยวกับการครอบครองวัสดุที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ที่ได้มาจากการทำสำเนา โดยกำหนดให้ “บุคคลจะมีความผิดทางอาญาในการครอบครองวัสดุที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ ที่มาจากการถูกคัดลอกทำซ้ำ

⁷ “Criminal Possession of Computer Related Material : NYPL156.35,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2559, จาก

<https://www.new-york-lawyers.org/criminal-possession-of-computer-related-material-ny-pl-156-35.html>.

⁸ “Article 156 – NY Penal Law,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2559, จาก <http://ypdcrime.com/penal.law/article156.htm>.

⁹ 156.30 Unlawful duplication of computer related material in the first degree. A person is guilty of unlawful duplication of computer related in the first degree material when having no right to do so, he or she copies, reproduces or duplicates in any manner:

1. any computer data or computer program and thereby intentionally and wrongfully deprives or appropriates from an owner thereof an economic value or benefit in excess of two thousand five hundred dollars; or

2. any computer data or computer program with an intent to commit or attempt to commit or further the commission of any felony.

¹⁰ 156.35 Criminal possession of computer related material.

A person is guilty of criminal possession of computer related material when having no right to do so, he knowingly possesses, in any form, any copy, reproduction or duplicate of any computer data or computer program which was copied, reproduced or duplicated in violation of section 156.30 of this article, with intent to benefit himself or a person other than an owner thereof.

หรือซ้ำกันซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งได้รับการคัดลอกทำซ้ำหรือทำซ้ำในการละเมิดตาม 156.30”

โดยมาตรา 156.00¹¹ นิยามวัสดุคอมพิวเตอร์ว่า "เป็นทรัพย์สินและหมายถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์”

ดังนั้น นอกจากผู้ซึ่งทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตาม 156.30 แล้ว ผู้ที่ครอบครองสิ่งเหล่านี้ที่ถูกทำสำเนา มา ย่อมถือเป็นความผิดด้วยตาม 156.35 เพราะผู้ที่ครอบครองอาจไม่ได้เป็นผู้ที่ทำสำเนา หากแต่อาจเป็นผู้ที่รับข้อมูลนั้นต่อมาก็ได้ เพื่อประโยชน์ต่อตนเองหรือบุคคลที่สาม

3.1.2 ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร(Civil Law System) ในประเทศญี่ปุ่น

ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร(Civil Law System) เป็นระบบกฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ลักษณะพื้นฐานของซีวิลลอว์ คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นระบบประมวลและมีได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายดังกล่าวจึงได้ยึดถือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นป่อเกิดหลักของกฎหมาย และระบบศาลมักจะใช้วิธีพิจารณาโดยระบบไต่สวนและศาลจะไม่ผูกพันตามคำพิพากษาในคดีก่อนๆ

ในเชิงความคิดกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกลุ่มของแนวคิดและระบบกฎหมายซึ่งได้รับมาจากประมวลกฎหมายจัสติเนียน รวมไปถึงกฎหมายของชนเผ่าเยอรมัน สงฆ์ ระบบศักดินา และจารีตประเพณีภายในท้องถิ่นเอง รวมไปถึงความคิด เช่น กฎหมายธรรมชาติ แนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมาย และกลุ่มปฏิฐานนิยม(กลุ่มที่ยึดถือกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นหลัก)

กฎหมายลายลักษณ์อักษรดำเนินจากนัยนามธรรมวางระเบียบหลักการทั่วไป และแบ่งแยกกฎระเบียบสารบัญญัติออกจากระเบียบพิจารณาความ ในระบบนี้จะให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอันดับแรก เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นจะพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้หรือไม่ เกี่ยวกับข้อเท็จจริงดังกล่าวถ้ามีก็จะนำกฎหมายที่บัญญัติไว้ นั้นนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง หากไม่มีกฎหมายให้พิจารณาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้นๆ จารีตประเพณีก็คือประเพณีที่ประพุดิและปฏิบัติกันมานานและไม่ขัดต่อศีลธรรม ถ้าไม่ปฏิบัติตามก็ถือว่าผิดและถ้าไม่มีจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกฎหมายจะอนุโลมให้ใช้บทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อน จนในที่สุดหากยังไม่มียกกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอีกก็จะให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับ

¹¹ “Computer material” is property and means any computer data or computer program

ใช้ ดังนั้นในระบบนี้จึงไม่มีชื่อหลักคำพิพากษาเดิม จะต้องดูตัวบทก่อนแล้วถึงจะตัดสินคดีได้¹²
ประเทศญี่ปุ่นก็เป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบนี้

อาชญากรรมทางไซเบอร์(Cybercrimes)ที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต เช่น การแฮ็คคอมพิวเตอร์(การเข้าถึงไม่ได้รับอนุญาตระบบคอมพิวเตอร์) การโจรกรรม ID(บัตรประจำตัวขโมยข้อมูล) สัญญาถูกรบกวนและความเสียหายของระบบคอมพิวเตอร์โดยDoS(Distributed Denial of Service) การโจมตีหรือการกระจายของไวรัสคอมพิวเตอร์การแก้ไขข้อมูลไม่ได้รับอนุญาตการละเมิดลิขสิทธิ์ดิจิทัลไซเบอร์ การบุกรุกความเป็นส่วนตัว ประเภทต่างๆของการหมิ่นประมาทบนเว็บ การทุจริตเครือข่ายสแปม(ที่ไม่พึงประสงค์ข้อความอีเมลโฆษณาจำนวนมากเพื่อการค้า) เหล่านี้ได้กลายเป็นความกังวลอย่างรุนแรงสำหรับคนจำนวนมาก

นี่คือการเปลี่ยนแปลงที่น่าแปลกใจมากที่สุดที่คนธรรมดาสามารถเข้าถึงทุกระบบคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตทั่วโลก ซึ่งผู้กระทำความผิด(คนที่มุ่งประสงค์ไม่ดี)สามารถทำอย่างนั้นเหมือนกัน อินเทอร์เน็ตเป็นการสื่อสารซึ่งเป็นเครื่องมือสำหรับคนธรรมดา แต่ในเวลาเดียวกันก็เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพและเป็นอันตรายสำหรับคนที่มุ่งประสงค์ไม่ดี

ในความเป็นจริงมีความยากลำบากมากของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายของอาชญากรรม กล่าวคือ การขาดกฎหมายหรือความล่าช้าของการออกกฎหมายสังคมสารสนเทศ และโดยศาลซึ่งส่วนใหญ่เกิดจากความเข้าใจผิดของผู้พิพากษาหรือความไม่รู้ของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์

กฎหมายที่มีอยู่เกี่ยวกับอินเทอร์เน็ตของประเทศญี่ปุ่นซึ่งเกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตกล่าวได้ว่าประเทศญี่ปุ่นไม่มีกฎหมายอาญาเข้มงวดในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และผู้บริโภค แต่มีบทโทษแก่ผู้ก่อภัยคุกคามจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย¹³

หลัก Cybercrimes หลักนี้ผู้กระทำผิดจะได้รับการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น(กฎหมายฉบับที่ 45 ของ ปี1907 แก้ไขเพิ่มเติม 1987) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตกฎหมายฉบับที่ 128 ของ ปี1999(Unauthorized Computer Access Law ผลบังคับใช้ตั้งแต่ 3 กุมภาพันธ์ 2000)

¹² ชิวิลลอว์(ระบบกฎหมาย), “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, มูลนิธิวิกิมีเดีย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2559, จาก <http://th.wikipedia.org/wiki/ระบบชิวิลลอว์>.

¹³ Takato Natsui, CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS, (n.p.: n.p., n.d.), p.3.

วัตถุประสงค์หลักเพื่อให้แน่ใจว่าการทำงานของธุรกิจคอมพิวเตอร์ที่ทันสมัยจะครอบคลุมในการห้ามการก่ออาชญากรรมคอมพิวเตอร์ต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปกป้องความปลอดภัยของการทำธุรกรรมทางออนไลน์และความสมบูรณ์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์¹⁴

ในหลัก Cybercrimes ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันมีการให้คำจำกัดความและครอบคลุมการกระทำที่ถือว่ามีความผิด¹⁵

- 1) ความหมายของการบันทึกแม่เหล็กอิเล็กทรอนิกส์
- 2) การผลิตที่ผิดกฎหมายของการบันทึกแม่เหล็กไฟฟ้า
- 3) การแทรกแซงกับการทำธุรกรรมทางธุรกิจโดยระบบคอมพิวเตอร์
- 4) การทุจริตคอมพิวเตอร์
- 5) การทำลายของการบันทึกแม่เหล็กไฟฟ้า

เห็นได้ว่าหลักนี้ไม่ได้กล่าวถึงการโจรกรรมข้อมูลไว้โดยเฉพาะ

ในหลัก Cybercrimes พระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต(Unauthorized Computer Access Law) กฎหมายปัจจุบันกำหนดให้การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตจะได้รับการลงโทษตามกฎหมายนี้(กฎหมายฉบับที่128ของปี 1999) ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายมีดังนี้¹⁶

มาตรา 1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้คือห้ามการกระทำของการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต เพื่อป้องกันการก่ออาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์

มาตรานี้สามารถแบ่งใจความได้ดังนี้

เป้าหมาย

- 1) เพื่อป้องกันการก่ออาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์และ
- 2) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสาร โทรคมนาคมที่มีการตระหนัก โดยการเข้าถึงฟังก์ชันการควบคุม

วิธีการ

¹⁴ Takato Natsui, CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS, (n.p.: n.p., n.d.), p.5.

¹⁵ Takato Natsui, CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS, (n.p.: n.p., n.d.), p.6.

¹⁶ Takato Natsui, CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS, (n.p.: n.p., n.d.), p.10-11.

- 1) โดยห้ามการกระทำของการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตและ
- 2) โดยกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำดังกล่าวและ
- 3) โดยมาตรการความช่วยเหลือจะต้องดำเนินการโดยเขตการปกครองคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะ

มาตรา 3¹⁷ ห้ามการกระทำของการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่มีใครจะดำเนินการกระทำของการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต

การกระทำของการเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตที่กล่าวถึงในวรรคก่อน หมายถึง การกระทำที่ตกอยู่ภายใต้หนึ่งในรายการต่อไปนี้

(1) การกระทำให้มีการใช้งานที่เฉพาะเจาะจงซึ่งถูกจำกัดโดยเข้าถึงฟังก์ชันการควบคุมที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ ผ่านสายสื่อสารโทรคมนาคม รหัสประจำตัวของบุคคลอื่นการเข้าถึงที่ควบคุมฟังก์ชัน(การกระทำดังกล่าวไม่รวมถึงการดำเนินการโดยผู้ดูแลระบบการ

¹⁷Article 3. No person shall conduct an act of unauthorized computer access.

2. The act of unauthorized computer access mentioned in the preceding paragraph means an act that falls under one of the following items:

(1) An act of making available a specific use which is restricted by an access control function by making in operation a specific computer having that access control function through inputting into that specific computer, via telecommunication line, another persons identification code for that access control function(to exclude such acts conducted by the access administrator who has added the access control function concerned, or conducted with the approval of the access administrator concerned or of the authorized user for that identification code);

(2) An act of making available a restricted specific use by making in operation a specific computer having that access control function through inputting into it, via telecommunication line, any information(excluding an identification code) or command that can evade the restrictions placed by that access control function on that specific use(to exclude such acts conducted by the access administrator who has added the access control function concerned, or conducted with the approval of the access administrator concerned; the same shall apply

in the following item);

(3) An act of making available a restricted specific use by making in operation a specific computer, whose specific use is restricted by an access control function installed into another specific computer which is connected, via a telecommunication line, to that specific computer, through inputting into it, via a telecommunication, any information or command that can evade the restriction concerned.

เข้าถึงที่ได้มีการเพิ่มการควบคุมการเข้าถึงฟังก์ชันที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการด้วยความเห็นชอบนั้น การเข้าถึงที่เกี่ยวข้องหรือผู้ใช้ที่ได้รับอนุญาตสำหรับรหัสประจำตัวนั้น)

(2) การกระทำที่ทำให้มีการใช้งานที่เฉพาะเจาะจงโดยเข้าถึงเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันสำหรับการเข้าถึง โดยเฉพาะ ผ่านสายสื่อสาร โทรคมนาคมหรือคำสั่งที่สามารถหลบเลี่ยงข้อจำกัด ที่วางไว้โดยการเข้าถึงฟังก์ชันการควบคุมเกี่ยวกับการใช้เฉพาะที่

(3) การกระทำที่เฉพาะเจาะจงโดยการทำให้การดำเนินงานของคอมพิวเตอร์ถูกแฝงฟังก์ชันการควบคุมเพื่อการเข้าถึงที่โดยติดตั้งลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ซึ่งมีการเชื่อมต่อผ่านสายสื่อสาร

กล่าวได้ว่าโดยทั่วไปอาจพิจารณาว่า "การเข้าถึงไม่ได้รับอนุญาต" หมายความว่า ทุกๆ ประเภทของกิจกรรมการแฮ็ก (Hack)

การควบคุมการเข้าถึงอยู่ใน มาตรา 3 วรรค2 ควบคุมการเข้าถึงที่ติดตั้งลงในเครื่องคอมพิวเตอร์สามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

- 1) เครื่องคอมพิวเตอร์เป้าหมายคือคอมพิวเตอร์
- 2) การใช้เครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งถูกจำกัดการใช้งานโดยคอมพิวเตอร์อีกเครื่องหนึ่ง
- 3) มีฟังก์ชันควบคุมการเข้าถึง
- 4) คอมพิวเตอร์ทั้งหมดเชื่อมต่อผ่านสายสื่อสาร โทรคมนาคม

เหล่านี้ที่ได้กล่าวมาทั้งหมด "คอมพิวเตอร์ที่ไม่ได้รับอนุญาตเข้าถึง" นั้นจะต้องได้รับการลงโทษตาม มาตรา 8 ของกฎหมายนี้ มาตรา 8(1) คือการลงโทษสำหรับการเข้าถึงโดยโดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁸

และตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 258¹⁹ หากเกิดความเสียหายต่อเอกสารซึ่งใช้ที่สาธารณะ ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามเดือนหรือกว่าเจ็ดปี

และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 259²⁰ หากเกิดความเสียหายต่อเอกสารซึ่งใช้งานส่วนตัวของบุคคล ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

¹⁸ Article 8. A person who falls under one of the following items shall be punished with penal servitude for not more than one year or a fine of not more than 500, 000 yen:

(1) A person who has infringed the provision of Article 3, paragraph 1;

¹⁹ Penal Code Article 258 Damage to Documents in Public Use

A person who damages documents or electronic-magnetic record in public official use shall be punished with imprisonment for not less than three month or more than seven years.

ว่าด้วยปัญหาต่อการเข้าถึงที่ผิดกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการเข้าถึงโดยตรงไปยังระบบคอมพิวเตอร์ใดๆ (เช่น การเข้าถึงใดๆ โดยตรงจากแป้นพิมพ์ในระบบคอมพิวเตอร์ แม้ว่าระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวมีการเชื่อมต่อกับระบบคอมพิวเตอร์อื่นๆผ่านทางสายสื่อสารโทรคมนาคม) ต้องได้รับการลงโทษภายใต้กฎหมายนี้

โดยทั่วไปนักวิชาการหลายคนของกฎหมายอาญาเชื่อว่าการเข้าถึงที่ผิดกฎหมายถือเป็นเช่นเดียวกันกับการไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยเป็นเหมือนการละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับบุกรุกในประมวลกฎหมายอาญาอันจะกล่าวต่อไปในส่วน of กฎหมายไทย

3.2 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย

3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ปัจจุบันมีการก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางอินเทอร์เน็ตมากขึ้น โดยมีการใช้งานที่หลากหลาย อาทิ ในการทำธุรกรรม ทางโซเชียลเน็ตเวิร์ก (Social Network) ด้านการสื่อสาร เกมส์ออนไลน์ ทั้งนี้เมื่อโลกก้าวสู่ยุคสมัยใหม่ ก็พบผู้ไม่ประสงค์ดีที่จะเข้ามาก่อความการใช้สิทธิเสรีภาพส่วนตัวอันเป็นสิทธิเฉพาะของแต่ละบุคคล โดยได้เข้ามาก้าวล่วงในข้อมูลในคอมพิวเตอร์ ก่อความรำคาญ ก่อปัญหาต่อ โปรแกรมของผู้ใช้งานคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ทั้งนี้ในประเทศไทยได้มีการพูดถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างกว้างขวางตามรัฐธรรมนูญ เช่น

มาตรา 4²⁰ ได้รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง²¹

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่มิติดำมนุษย์มาตั้งแต่เกิดเป็นคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ที่มีจุดประสงค์ให้มนุษย์สามารถพัฒนาตนเองได้ไม่ขึ้นอยู่กับความแตกต่างต่างๆ เช่น เพศ อายุการศึกษา และเป็นสิ่งที่จะอยู่กับมนุษย์ไปจนตาย

สิทธิคือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ในการที่จะกระทำ ดเว้นกระทำรวมทั้งเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำหรือดเว้นกระทำเพื่อการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิ

²⁰ Penal Code Article 259 Damage to Documents in Private Use

A person who damages documents or electro-magnetic record in private use and owned by another person who proves a right or duty shall be punished with imprisonment for not more than five years.

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4

เสรีภาพ คือสภาพแห่งความอิสระในการเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำของผู้ทรงเสรีภาพ

ความเสมอภาคของบุคคลคือการที่บุคคลมีสิทธิ เสรีภาพ โดยเสมอกันเพราะจะเป็นตัวที่ป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติ

เมื่อเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงมีความมุ่งหมายที่จะใช้บังคับในประเทศไทย ด้วยเหตุนี้เมื่อไม่มีการระบุหรือแบ่งแยกเป็นต่างหากว่าใช้คุ้มครองเฉพาะบุคคลผู้มีสัญชาติไทยย่อมหมายถึง บุคคลทุกคนที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะได้รับความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันโดยไม่แบ่งแยกเชื้อชาติหรือสัญชาติ²²

มาตรา นี้เป็นการยืนยันหลักที่ว่า สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล มีผลจริงในทางกฎหมายเพราะลักษณะดังกล่าวมีความเป็นนามธรรมการเขียนเช่นนี้จึงเท่ากับทำความเป็นนามธรรมให้เป็นรูปธรรมให้มากที่สุดเป็นการยืนยันการมีผลในทางกฎหมายอย่างชัดเจนจากที่เคยกล่าวไว้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดจึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมาก่อนตั้งสิทธิ กฎหมายเพียงแต่รับรองความมีอยู่ให้เท่านั้นดังนั้นมาตรา นี้จึงเขียนเพื่อยืนยันความมีอยู่ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล²³

มาตรา 25 ได้รับความสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยนอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น²⁴

ทั้งนี้แม้จะพิจารณาความหมายของสิทธิมนุษยชนแล้วแต่ก็เกิดปัญหาว่าถ้ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิมนุษยชนเป็นของตนเองจะใช้สิทธิของตนนั้นได้มากน้อยเพียงใด ตามมาตรา 25 จึงสามารถสรุปได้อย่างชัดเจนว่า"การใช้สิทธิมนุษยชนที่ตนมีนั้น ทำได้ตราบใดที่ไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลอื่นด้วยเช่นกัน"²⁵

²² นัยฎีกา ศรีพงษ์กุล, “มาตรา 4 และมาตรา 27 ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 คืออะไร??,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2559, จาก <https://www.l3nr.org/posts/155848>.

²³ ณัฐวัฒน์ วงศ์ตะวัน, “รัฐธรรมนูญ:หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2559, จาก <https://www.l3nr.org/posts/364683>.

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25

²⁵ ชวินทร์ อินทรักษ์, “ช่างกว้างจริงคำว่า"สิทธิมนุษยชน"แล้วที่แท้จริงมันคืออะไร?,”

มาตรา 32 ก็ได้รับรองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานเอาไว้ เช่น ได้รับการรับรองสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว ทั้งนี้การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลดังกล่าว หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น²⁶

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล หมายถึง สิทธิของบุคคลที่ประกอบไปด้วยสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ในเรื่องดังกล่าวน่าจะจัดอยู่ในเรื่องของความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งหมายความว่า สถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และความมีสันโดษ ไม่ติดต่อกัมพันธ์กับสังคม โดย ทั้งนี้ ขอบเขตที่บุคคลควรได้รับการคุ้มครองและการเคารพในสิทธิส่วนบุคคลก็คือการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ สิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น²⁷ ดังนั้นการกระทำอันใดอันเป็นการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลและเสรีภาพของบุคคลอื่นย่อมไม่สามารถกระทำได้

มาตรา 37 ได้รับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินและการสืบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง โดยที่ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ²⁸

อย่างไรก็ดีแม้รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัว แต่เป็นเพียงการกำหนดหลักการแห่งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้อย่างกว้างๆเท่านั้น หากแต่ขาดกฎหมายที่เป็นรายละเอียดเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชนที่จะสามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ปัจจุบันแม้มีกฎหมายลำดับรอง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มารองรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งได้ให้การรับรองคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ แต่ด้วยข้อบกพร่องบางประการของพระราชบัญญัตินี้ ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชนได้สำหรับความผิดทางคอมพิวเตอร์ต่างๆในปัจจุบันที่เกิดขึ้น

สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2559, จาก <https://www.l3nr.org/posts/465137>.

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32

²⁷ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว “วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, มูลนิธิวิกิมีเดีย, 14 เมษายน 2557,”

สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2559, จาก <http://th.wikipedia.org/wiki/สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว>.

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37

3.2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายลักษณะละเมิดเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น โดยมุ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้ถูกระทำละเมิด หากผู้ถูกระทำละเมิดไม่ได้รับความเสียหายก็ไม่อาจเรียกให้ผู้ถูกระทำละเมิดรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

หากพิจารณาถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบว่า กรณีการรบกวนสิทธิส่วนบุคคลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยการส่งภัยคุกคามจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตรายนั้น ไม่อาจเรียกร่องทางสัญญากับผู้ส่งได้ เนื่องจากขั้นตอนการส่งโปรแกรมดังกล่าวเป็นเพียงคำเชิญหรือโฆษณาสินค้าเท่านั้น ผู้ส่งและผู้ดาวโหลดหรือกดยอมรับจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน ดังนั้นจึงต้องพิจารณากฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งกล่าวว่า การที่บุคคลใช้เสรีภาพของตนมากเกินไปหรือใช้สิทธิของตนเกินขอบเขต(มาตรา 421 ใช้สิทธิเกินส่วน)จนไปละเมิดสิทธิของผู้อื่น ทำให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย เสียชื่อเสียง ได้รับผลกระทบจากการกระทำนั้น ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยเจตนา จงใจ หรือประมาทเลินเล่อก็ตามซึ่งเป็นนิติเหตุแทน กฎหมายลักษณะละเมิดที่อาจนำมาปรับใช้กับการรบกวนสิทธิส่วนบุคคลโดยทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ มาตรา 137 มาตรา 138 มาตรา 420 มาตรา 421 มาตรา 423 ส่วนการเยียวยาแก่ผู้ถูกละเมิด ได้แก่ มาตรา 438 มาตรา 446

มาตรา 137 ได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์สิน” ว่า หมายความว่ามีรูปปรากฏ²⁹ โดยลักษณะสำคัญของสิ่งที่จะถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายนั้นมีดังนี้³⁰

1. เป็นวัตถุที่มีรูปร่าง คือ มองเห็นด้วยตาเปล่าและสัมผัสจับต้องได้ แต่ในบางกรณีก็อาจเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นด้วยตาเปล่าก็ได้ เช่น พวงจูลินทรีย์ที่มีการเพาะเลี้ยงเพื่อใช้ในการผลิตนมโยเกิร์ตต่างๆ หรือเชื้อโรคที่มีการเพาะเลี้ยงไว้เพื่อประโยชน์ในวงการแพทย์ ฯลฯ ซึ่งสิ่งเหล่านี้จำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีมาช่วยในการมองหรือสัมผัส ในทางวิชาการนักกฎหมายหลายๆ ท่านก็มีการโต้แย้งกันอยู่ว่าพวกเชื้อโรคหรือจูลินทรีย์ต่างๆ จะถือว่าเป็นสิ่งที่มีรูปร่างหรือไม่ เพราะการจะมองเห็นได้นั้นต้องใช้เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์มาช่วย บางท่านก็มีความเห็นว่าเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง บางท่านก็เห็นว่าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งยังหาข้อยุติไม่ได้

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137

³⁰ begins, “ความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สิน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มกราคม 2560, จาก

2. ต้องมีราคาและถือเอาได้ หมายถึงต้องเป็นสิ่งมีค่าไม่ว่าจะมีค่ามากหรือน้อยก็ตาม และสามารถยึดถือเอาเป็นเจ้าของได้ คำว่ามีราคาไม่ได้หมายถึงราคาซื้อขายเท่านั้นแต่หมายถึงคุณค่าของสิ่งนั้นๆด้วย เพราะสิ่งของบางชนิดอาจไม่มีราคาแต่มีคุณค่าทางจิตใจ เช่น ศพก็ถือเป็นทรัพย์ได้เช่นกัน ในบางกรณีมีการซื้อขายศพกันเพื่อประโยชน์ในทางการแพทย์แต่หากเป็นศพที่ไม่มีใครต้องการ ไม่มีคุณค่ามีราคา เช่นศพไม่มีญาติต่างๆ ก็จะไม่ถือเป็นทรัพย์แต่หากเป็นศพมีญาติซึ่งจะนำไปประกอบพิธีทางศาสนาต่อไป ก็ถือเป็นทรัพย์ได้เพราะแม้จะไม่มีราคาแต่ก็มีคุณค่าต่อญาติของผู้ตาย หรือพวกขยะต่างๆ ก็อาจไม่ถือเป็นทรัพย์ก็ได้เพราะไม่ใช่สิ่งมีราคา แต่ต้องดูข้อเท็จจริงเป็นกรณีไปประกอบการพิจารณาด้วย จุลินทรีย์หรือเชื้อโรคต่างๆที่ยกตัวอย่างไว้ข้างต้น ถ้าไม่ใช่เป็นการเพาะเลี้ยงไว้โดยเฉพาะก็จะไม่ถือว่าเป็นทรัพย์เพราะเป็นสิ่งที่จับต้องและยึดถือเป็นเจ้าของต้องโดยปกติทั่วไปไม่ได้ อีกทั้งไม่มีราคาค่าด้วย อวัยวะของมนุษย์ก็เช่นกัน จะถือเป็นทรัพย์หรือไม่ต้องดูเป็นกรณีไป เช่น กรณีที่ไปตัดผม เส้นผมที่ถูกตัดก็จะถูกนำไปทิ้ง ก็ไม่ถือเป็นทรัพย์ แต่ถ้าเป็นการขายผมให้เพื่อนำไปใช้ประโยชน์เกี่ยวกับการเสริมความงาม เช่นนี้ก็เป็นทรัพย์ได้ แต่ถ้าเป็นอวัยวะภายในที่สำคัญถือเป็นทรัพย์แน่นอนอยู่แล้ว เพราะมีราคาและเป็นที่ต้องการในวงการแพทย์ รวมไปถึงมีค่าอย่างมากต่อผู้เป็นเจ้าของด้วย

การจะเป็นทรัพย์ตามกฎหมายต้องเข้าลักษณะทั้งสองอย่างข้างต้นที่กล่าวไว้ คือเป็น วัตถุมีรูปร่างรวมทั้งมีราคา(หรือคุณค่า)และถือเอาได้ ถ้าขาดอย่างใดอย่างหนึ่งจะไม่ถือเป็นทรัพย์ ตามกฎหมาย

มาตรา 138 ได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์สิน” ว่าเป็นทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้³¹

ทรัพย์³² ก็คือทรัพย์สินอย่างหนึ่งเช่นกัน สิ่งใดที่เป็นทรัพย์ตามกฎหมายก็จะถือเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายด้วย แต่ที่ทรัพย์สินแตกต่างกับทรัพย์คือทรัพย์สินจะมีความหมายที่กว้างกว่า เพราะหมายความถึงทรัพย์(วัตถุมีรูปร่าง มีราคาและถือเอาได้)และหมายความถึงวัตถุที่ไม่มีรูปร่างแต่มีราคาและถือเอาได้ด้วย

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138

³² begins, เที่ยงอ้าง.

วัตถุที่ไม่มีรูปร่าง คือสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า ไม่สามารถสัมผัสหรือจับต้องได้ เช่น อากาศ พลังงานแสงอาทิตย์ รวมไปถึงสิทธิต่างๆด้วย อาจจะเป็นสิทธิในการเช่า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ฯลฯ แต่การที่วัตถุที่ไม่มีรูปร่างจะเป็นทรัพย์สินได้นั้นจะต้องมีราคาและถือเอาได้ด้วย อย่างอากาศที่ใช้หายใจกันตามปกติ ไม่มีราคาและยึดถือเป็นเจ้าของไม่ได้ แต่ถ้าเป็นอากาศในถังที่ซื้อขายกัน เช่นนี้ก็ถือว่ามีราคาและถือเอาได้ จึงจัดได้ว่าเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิในการเช่าก็สามารถซื้อขายกันได้ เพราะสิทธินี้แม้จะไม่มีรูปร่างให้จับต้อง แต่มีคุณค่า มีราคาและสามารถยึดถือเป็นเจ้าของได้ เช่น นาย ก ทำสัญญาขายสิทธิที่จะได้เช่าบ้านของนาย ข ให้นาย ค ก็จะมีผลให้นาย ค เป็นผู้มียุทธินในการเช่าบ้านของนาย ข แทนที่นาย ก ไป หรืออย่างลิขสิทธิ์ก็เช่นกัน แม้จะไม่มีรูปร่าง แต่ก็มีความราคาและถือเอาเป็นเจ้าของได้ คงจะเคยได้ยินเกี่ยวกับการขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์ในผลงานต่างๆ ขออนุญาตใช้ชื่อหรือสัญลักษณ์แทนของสินค้าชื่อดัง ฯลฯ เป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงถือว่าลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย

สิทธิต่างๆที่สามารถบังคับหรือเรียกร้องได้ตามกฎหมายนั้น ถือเป็นทรัพย์สินทั้งสิ้น เช่น สิทธิครอบครอง สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อ สิทธิตามสัญญาเช่า สิทธิในการได้รับมรดก ฯลฯ

สรุปแล้วทรัพย์สินกับทรัพย์สินมีความหมายตามกฎหมายที่แตกต่างกัน เมื่อพูดถึงทรัพย์สินย่อมหมายถึงทรัพย์สินด้วยแน่นอน แต่หากพูดถึงทรัพย์สินแล้วอาจไม่ได้หมายความถึงทรัพย์สินเสมอไป ทรัพย์สินเป็นเพียงส่วนหนึ่งของทรัพย์สินเท่านั้น

มาตรา 420 ได้รับรองให้ผู้ถูกละเมิดสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้จากผู้ทำละเมิดไม่ว่าจะเป็นความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด³³

มาตรา 421 ได้กล่าวถึงการใช้สิทธิที่เกินส่วน ซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แม้การกระทำนั้นจะไม่ผิดกฎหมายแต่ก็เป็นละเมิดได้³⁴

จากบทบัญญัติทั้งสองดังกล่าวแยกองค์ประกอบความรับผิดได้ 3 ประการ³⁵คือ

1. มีการกระทำโดยผิดกฎหมายการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้นมีความหมายเช่นเดียวกับ

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421

³⁵ มาลี วัชรชาอุชัย, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล: ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิส่วนบุคคลโดยทางอิเล็กทรอนิกส์,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2555), น.63-65.

คำว่า “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”(Unlawful) คือ “ไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดถือเป็นการกระทำผิดกฎหมาย อันจะถือเป็นละเมิด ดังนั้น ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคลอื่นได้แก่ชีวิตร่างกายอนามัยเสรีภาพทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลซึ่งมีลักษณะเด็ดขาดโดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมายที่จะกระทำได้แล้ว ถือเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายแล้วซึ่งจะต่างจากความรับผิดชอบในทางอาญาที่ยืดหยุ่นกว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา” ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้การกระทำตามมาตรา 420 นี้ยังหมายความรวมถึงการละเว้นการกระทำที่บุคคลนั้นๆ จะต้องกระทำด้วย ดังนั้น หากผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เช่นมีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือมีสัญญาตกลงให้ใช้สิทธิหรือผู้เสียหายให้ความยินยอมแม้จะเกิดความเสียหายการกระทำนั้นก็ไม่ใช่เป็นละเมิดฉะนั้นการกระทำโดยผิดกฎหมายจึงหมายความว่าผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ อย่งไรก็ดี การใช้สิทธิหรือการมีอำนาจกระทำนั้นหากเป็นการใช้สิทธิโดยมุ่งแต่ประโยชน์ของตนเองโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นอาจถือเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 421 นั้นบัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งประสงค์มิให้บุคคลผู้มีสิทธิใช้สิทธิของตนนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเกินควร จนทำให้สังคมไม่สงบสุขโดยจะเห็นได้ว่ามาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้การใช้สิทธิของบุคคลต้องกระทำโดยสุจริตซึ่งถือเป็นการจำกัดขอบเขตแห่งการใช้สิทธิไว้ ดังนั้น ถ้าเกิดความเสียหายจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอาจต้องรับผิดชอบฐานละเมิด

2. เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตนถ้ารู้ว่าการกระทำจะเกิดผลเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้วถือเป็นการกระทำโดยจงใจแม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นเล็กน้อยเพียงใดก็ไม่สำคัญส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจแต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย

3. มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น แม้มีการกระทำผิดกฎหมายแล้วแต่ไม่เกิดความเสียหายก็ไม่เป็นละเมิดความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายแก่ชีวิต อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้หรือไม่ก็ได้ ดังเช่นตามมาตรา 446 ความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ อธิบายว่าต้องมีลักษณะ 3 ประการ คือ

(1) ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนกล่าวคือจะเป็นความเสียหายที่เป็นรูปร่างคำนวณ

เป็นเงินได้หรือเป็นความเสียหายทางจิตใจซึ่งคำนวณเป็นเงินไม่ได้ก็ได้ความเสียหายที่แน่นอนนี้มิได้หมายความว่าเฉพาะผลที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเท่านั้นแต่รวมถึงผลที่จะเกิดในอนาคต เช่น กรณีตามมาตรา 444 ที่ว่าในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้นผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้ชดเชยค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไปและค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนทั้งในเวลาปัจจุบันนั้นและในเวลาอนาคตด้วย

(2) ต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมายคือความเสียหายที่กฎหมายรับรอง

(3) ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น สิทธิตามมาตรา 420 นั้นเป็นสิทธิเด็ดขาดอัน ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินและสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ สิทธิในการใช้ชื่อ สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในทางทำมาหาได้ เป็นต้น

และหากพิจารณาถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะพบเรื่องการเสียหายแก่ผู้เสียหายที่ถูกละเมิด อันเป็นเหตุตามมาตรา 446 ที่ว่าในกรณี ทำให้เขาเสียหาย แก่ร่างกายหรือ อนามัยก็ดี ในกรณี ทำให้เขา เสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ด้วยอีกก็ได้ ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้ หรือค่าเสียหายต่อจิตใจ

การกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออนามัย เช่น จิตใจ ความเป็นอยู่ความเสียหายต่อทรัพย์สิน เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์มีปัญหา ระบบขัดข้อง ชุดคำสั่งคอมพิวเตอร์ทำงานไม่เป็นไปตามค่าที่ตั้งค่าไว้หรืออาจเกิดจากการใช้สิทธิเกินส่วน เช่น การทดสอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันส่งผลเสียหายต่อผู้อื่น ไม่ว่าจะป็นต่อระบบคอมพิวเตอร์ หรือต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจเป็น ข้อมูลในงานที่ตนทำ นิยายอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนสร้างขึ้น งานวิทยานิพนธ์ที่กำลังทำ เอกสารนำเสนอการประชุม การเรียนการสอนของเหล่าผู้ประกอบการอาชีพ เป็นต้น การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์จึงใช้กฎหมายแพ่งว่าด้วยการละเมิดเข้าเปรียบเทียบกับกระทำความผิดต่างๆได้

มาตรา 423 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดถึงการที่ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่น หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญโดยประการอื่นก็ดี ผู้ที่กระทำความผิดกฎหมายกำหนดให้ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนั้น³⁶

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดได้แยกความรับผิดในชื่อเสียงไว้เป็นเอกเทศและองค์ประกอบของความผิดก็แตกต่างจากมาตรา 420 โดยองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 423 คือ “กล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย” ต้องเป็นการกระทำโดยวิธีใดๆก็ตามซึ่งสามารถแสดงข้อความใดๆให้บุคคลที่สามได้ทราบ เช่น แจกใบปลิว ส่งบัตรสนเท่ห์ ส่งไปลงหนังสือพิมพ์ ทำเป็นภาพยนตร์เผยแพร่ เป็นต้น ถ้าไม่มีผู้ใดทราบไม่ถือเป็นการกล่าวแพร่หลาย “การกระทำ” ในมาตรานี้อาจทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ได้ แต่ไม่อาจมีการงดเว้นกระทำอันเป็นการกล่าวหรือไขข่าวได้ เพราะลักษณะแห่งการกระทำมิได้แต่เฉพาะการลงมือกระทำเท่านั้น³⁷

ข้อจำกัดของมาตรา 423 คือต้องเป็นการกระทำลงโดย “ฝ่าฝืนต่อความจริง” ดังนั้นถ้าเป็นความจริง แม้จะเป็นความจริงที่คนอื่นไม่รู้แล้วจะทำให้เขาเสียหายก็ตาม หรือแม้จะเป็นความจริงที่เขาปกปิดไว้เป็นความลับสุดยอด ก็ไม่เป็นความผิด³⁸ ย่อมไม่เป็นละเมิด

ส่วน “ความเสียหายที่ได้รับ” ต้องเสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของผู้อื่นด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3925/2531³⁹ ความรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนในเรื่องละเมิดเกี่ยวกับการทำให้เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณนั้น มีแต่เฉพาะการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนความจริงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 เท่านั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงและเกียรติยศเพราะถูกจำคุกตามคำพิพากษา

มาตรา 438 กำหนดเรื่องค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด⁴⁰

³⁷ สุขุม ศุภนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), น.75.

³⁸ สมพร พรหมพิตร, กฎหมายแพ่งว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), น.44.

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3925/2531, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2560, จาก <https://deka.in.th/view-20560.html>.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้ โดยสถานใด เพียงใด นั้น” คำว่า โดยสถานใด น่าจะหมายถึงวิธีที่จะให้ค่าสินไหมทดแทน เช่น จะให้เป็นตัวเงินหรือเป็นค่าสินไหมทดแทนอย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงินตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 446 หรือ มาตรา 447 ส่วนคำว่า เพียงใด นั้นมีความหมายกว้าง ซึ่งควรจะหมายถึงทั้งความรับผิดชอบของผู้ทำละเมิดว่าจะมีแค่ไหน และทั้งจำนวนค่าสินไหมทดแทนว่าจะมีเท่าใดด้วย ซึ่งมาตรา นี้ยกให้เป็นดุลพินิจของศาลโดยอาศัยพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเป็นหลัก⁴¹

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนแค่ไหน เพียงใดนั้น ศาลย่อมที่จะต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานของโจทก์และจำเลยที่น่าสืบมาว่าฝ่ายจำเลยประมาทมากน้อยกว่ากันอย่างไรและเพียงใด จึงจะเป็นการดำเนินการตามอำนาจที่มีอยู่โดยชอบด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย

มาตรา 446 กำหนดการกระทำในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกาย อนามัย หรือเสียเสรีภาพ ในที่นี้ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้⁴²

ตามมาตรา 446 หมายถึงความเสียหายที่ตีราคาเป็นเงินไม่ได้ ซึ่งตามปกติจะไม่อาจคิดคำนวณมูลค่าของค่าสินไหมทดแทนได้ เพราะผู้ที่ได้รับความเสียหายมีอาจหาใบเสร็จมาพิสูจน์ความเสียหายของตนได้ แต่กฎหมายเห็นใจจึงอนุญาตให้ผู้ต้องเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันนี้ได้ ส่วนจำนวนค่าสินไหมทดแทนจะได้รับมากน้อยเพียงใด ศาลจะเป็นผู้กำหนดตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดและความเสียหายที่สมควรจะได้⁴³

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5751/2544⁴⁴ ได้ให้ความหมายของคำว่า ความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 446 หมายความว่า ความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ แต่ความเสียหายเช่นนี้ต้องเป็นผลสืบเนื่องมาจากการกระทำละเมิดจำเป็นต้อง

⁴¹ Bopitv, “ความรับผิดชอบในการทำละเมิด,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2560, จาก <http://www.openbase.in.th/node/1961>.

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446

⁴³ สมพร พรหมหิตาธร, กฎหมายแพ่งว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), เพิ่งอ้าง, น.66.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5751/2544, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2559, จาก <https://deka.in.th/view-43334.html>.

เสียหายหรือทดแทนความเสียหายให้เช่นเดียวกัน ซึ่งอาจมีความเสียหายมากยิ่งขึ้นกว่าความเสียหายต่อร่างกายอีกด้วย ความเสียหายที่มีใช้ตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวดทรมานทุกขเวทนาระหว่างการรักษาพยาบาลหรือต้องทุพพลภาพพิการต่อไป ความเสียหายเช่นนี้กฎหมายให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด เพราะค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินย่อมจะนำสืบคิดเป็นจำนวนเงินเท่าใดไม่ได้อยู่ในตัว

3.2.3 ประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่า ไม่มีการบัญญัติถึงฐานความผิดที่เกี่ยวกับการรบกวนสิทธิส่วนบุคคลโดยทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยตรง แต่มีบางมาตรา ที่พอจะนำมาปรับฐานความผิดได้ กล่าวคือกรณีรบกวนสิทธิส่วนบุคคลโดยทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งหากเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไป โดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์⁴⁵

การเอาไปนั้นจะต้องเป็นเป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครอง หมายความว่า การเอาไปนั้นจะต้องเป็นการเอาที่มีลักษณะตัดกรรมสิทธิ์และการครอบครองของผู้อื่น หรือเข้าครอบครองทรัพย์นั้น โดยการแย่งครอบครอง โดยผู้ครอบครองเดิมไม่อนุญาต⁴⁶

การตีความคำว่าทรัพย์จำต้องอาศัยการตีความตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในมาตรา 137 “ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง” ดังนั้นทรัพย์ที่จะลักได้ต้องเป็นทรัพย์ที่สามารถจับต้องได้⁴⁷

ความผิดฐานลักทรัพย์ มูลค่าราคาของทรัพย์นั้นไม่ได้จำกัดว่าต้องมีค่าหรือมีราคาเท่าใด จึงเป็นความผิด หากทรัพย์นั้นไม่ไร้ค่า แม้จะมีค่ามีรายน้อย ผู้เอาทรัพย์ดังกล่าวไปก็มีความผิดเช่นเดียวกัน⁴⁸

ความผิดฐานลักทรัพย์นั้นเป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยเจตนา ซึ่งเป็นเจตนาธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 3 แล้ว ผู้กระทำจะต้องมีมูลเหตุชกุงใจ โดยทุจริตใน

⁴⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334

⁴⁶ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.569.

⁴⁷ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.525.

⁴⁸ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.545.

การเอาทรัพย์สินไปอีกด้วย ซึ่งหากขาดเจตนาประเภทใด การเอาทรัพย์สินไปก็ไม่อาจจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ โดยแยกพิจารณาเจตนาแต่ละประเภทออกเป็นดังนี้

เจตนาธรรมดา เจตนาในความผิดฐานลักทรัพย์ในส่วน of เจตนาธรรมดาก็แยกพิจารณาออกเป็น เจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาย่อมถึงเห็นผล และผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงว่าทรัพย์สินที่ตนเอาไปนั้นเป็นทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย หากผู้กระทำไม่รู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้อื่นแต่เข้าใจว่าเป็นของตัวเอง กรณีเช่นนี้ก็จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปไม่ได้ เจตนาเอาไปนั้นผู้กระทำต้องมีอยู่ในขณะกระทำความผิดหากมีเจตนาเอาไปภายหลังจากได้เข้าครอบครองทรัพย์สินแล้วไม่อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์⁴⁹

ดังนั้นหากจะปรับเรื่องการดักจับกับการทำสำเนาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้ากับเรื่องของทางอาญาจะเป็นเรื่องที่สามารถทำได้ไปซึ่งข้อมูลอันเป็นทรัพย์สินส่วนตัวเดียวกันกับผู้เสียหาย

ต่อมาคือมาตรา 357 เป็นมาตราว่าด้วยเรื่องรับของโจร โดยจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ต่อเมื่อ ช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อรับจํานำหรือรับไว้โดยประการใด ซึ่งทรัพย์สินอันได้มาโดยการกระทำความผิดถ้าความผิดนั้นเข้าลักษณะลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ กรร โชกรีด เอาทรัพย์สินซึ่งทรัพย์สิน ปล้นทรัพย์ ล้อ โกง ยักยอกหรือ เจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์สิน⁵⁰ โดยอธิบายได้ดังนี้⁵¹

1. ความผิดฐานรับของโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 มีองค์ประกอบที่สำคัญคือการช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อรับจํานำหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์สินอันได้มาโดยการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ กรร โชกรีดเอาทรัพย์สินซึ่งทรัพย์สินปล้นทรัพย์ ล้อ โกง ยักยอกหรือเจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์สินรวมแล้วมาจาก 9 ฐานความผิดเท่านั้นอันเป็นการช่วยเหลือคนร้ายจำหน่ายทรัพย์สินออกจากตัวไป

2. ความผิดฐานรับของโจรต้องเกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งตามที่ระบุไว้ในข้อ 1.

อีกมาตรา หนึ่งว่าด้วยเรื่องของการบุกรุกคือมาตรา 364 อันได้กำหนดถึงการกระทำโดยไม่มีเหตุอันสมควรเข้าไป หรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์สิน หรือสำนักงานใน

⁴⁹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.266.

⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357

⁵¹ ทบทวนหลักกฎหมายกับอาจารย์ประยุทธ์, “ความผิดฐานรับของโจรมีหลักการอย่างไร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2560, จาก <https://www.facebook.com/prayutlaw/posts/700872059944773>.

ความครอบครอง ของผู้อื่นหรือไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นว่านั้น เมื่อผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก⁵²

เมื่อพิจารณาเนื้อหาตามความในมาตรา นี้พบว่าหากจะเป็นการบุกรุกได้จะต้องพิจารณาจากตัวคำกริยาเป็นหลัก โดยคำว่า “เข้าไป” กับ “ซ่อนตัว” ซึ่งการกระทำจะต้องเข้าไปทั้งตัวมิใช่ส่วนใดส่วนหนึ่ง และการกระทำนั้นจะต้องกระทำโดยผู้บุกรุกซึ่งจะต้องเป็นบุคคล แต่ตัวโปรแกรมมิใช่บุคคลหากแต่เป็นอุปกรณ์ชนิดหนึ่ง อีกทั้งหากพิจารณาถึงที่หมายของการบุกรุกจะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งการเจาะระบบเข้าไปของผู้ไม่ประสงค์ดีนี้ผู้กระทำไม่ได้เข้าไปยังที่ดินของบุคคลใดหากแต่เจาะผ่านระบบในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบนี้จึงไม่เป็นความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา

3.2.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

กฎหมายนี้ได้แบ่งเนื้อหาเป็น 2 หมวดด้วยกัน คือ หมวดแรกเป็นความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เอาไว้ถึงโทษผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และหมวดที่สองคือหมวดว่าด้วยพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นการระบุอำนาจในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษของเจ้าหน้าที่

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไม่ประสงค์ดีที่ได้ทำการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงของผู้อื่น กล่าวคือ มีการตั้งรหัสผ่านสำหรับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์นั้นไว้แต่ผู้ไม่ประสงค์ดียังหาทุกวิถีทางในการเจาะระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ไม่ว่าจะกระทำด้วยเหตุผลใดและหากเหตุผลนั้น ได้กระทำโดยมิชอบแล้วผู้กระทำนั้นมีความผิด

ตามเอกสารชี้แจงของสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งใช้อธิบายประกอบเสนอร่างกฎหมายต่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ความหมายว่า⁵³

“การเข้าถึง” ตรงกับคำภาษาอังกฤษว่า “Access” หมายถึงการเข้าถึงทั้งในระดับกายภาพ เช่น กรณีที่มีการกำหนดรหัสผ่านเพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่นใช้เครื่องคอมพิวเตอร์และ

⁵² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364

⁵³ baimiangin Uncategorized, “กฎหมายคอมพิวเตอร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2559, จาก

ผู้กระทำได้ดำเนินการด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อให้ได้รหัสผ่านนั้นมาและสามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นได้โดยนั่งอยู่หน้าเครื่องคอมพิวเตอร์นั่นเอง และหมายความรวมถึงการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์แม้ตัวบุคคลที่เข้าถึงจะอยู่ห่างโดยระยะทางกับเครื่องคอมพิวเตอร์แต่สามารถเจาะเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ตนต้องการได้

นอกจากนั้นยังหมายถึงการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ดังนั้นจึงอาจหมายถึงการเข้าถึงฮาร์ดแวร์หรือส่วนประกอบต่างๆของคอมพิวเตอร์ข้อมูลที่ถูกบันทึกเก็บไว้ในระบบเพื่อใช้ในการส่งหรือโอนถึงอีกบุคคลหนึ่ง เช่น ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

ส่วนวิธีการเข้าถึงนั้นรวมทุกวิธีการไม่ว่าจะเข้าถึงโดยผ่านทางเครือข่ายสาธารณะ เช่น อินเทอร์เน็ตอันเป็นการเชื่อมโยงระหว่างเครือข่ายหลายๆเครือข่ายเข้าด้วยกัน และยังหมายถึงการเข้าถึงโดยผ่านระบบเครือข่ายเดียวกันด้วยก็ได้ เช่น ระบบ LAN(Local Area Network) อันเป็นเครือข่ายที่เชื่อมต่อคอมพิวเตอร์ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงเข้าด้วยกัน นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการเข้าถึงโดยการติดต่อสื่อสารแบบไร้สาย(Wireless Communication)อีกด้วย

องค์ประกอบความผิดประการต่อไปคือ “โดยมิชอบ” ซึ่งองค์ประกอบความผิดนี้มีใช้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 269/5 และมาตรา 269/6 ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น คำว่า “โดยมิชอบ” ในกฎหมายฉบับนี้จึงมี 3 ความหมาย⁵⁴คือ

1. เข้าถึงโดยปราศจากความยินยอม(Without Consent)

กรณีเข้าถึงโดยปราศจากความยินยอม หมายถึง การที่ผู้กระทำความผิดเข้าถึง (Access)ระบบคอมพิวเตอร์โดยเจ้าของระบบคอมพิวเตอร์ไม่ได้ให้ความยินยอม(Consent)(ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยาย) หรือไม่ได้อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ได้ อาทิ เช่น นาย ก.(แฮกเกอร์) กระทำการเจาะระบบ(Hack)คอมพิวเตอร์ของหน่วยงานราชการ ข. ซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ของหน่วยงานราชการ ข. ดังกล่าวมีระบบไฟร์วอลล์(Firewall)(ซึ่งเป็นระบบรักษาความปลอดภัยชนิดหนึ่ง โดยระบบไฟร์วอลล์นี้จะทำหน้าที่ป้องกันไม่ให้บุคคลภายนอกเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ของหน่วยงานราชการ ข. ได้) การที่นาย ก. ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลของตนเองเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของหน่วยงานราชการ ข. โดยการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์จากที่พักอาศัยของตนเอง โดยใช้การเข้าถึงด้วยวิธี Remote Access(

⁵⁴ ไพพลีย์ อมรภิญโญเกียรติ, คำอธิบายพ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บริษัท โปรวิชั่น จำกัด, 2553), น.38-43.

การเข้าถึงโดยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในระยะไกล) โดยไม่ได้รับความยินยอมหรืออนุญาตจากหน่วยงานราชการ ข. เช่นนี้ถือเป็น “การเข้าถึงโดยมิชอบ” ตามมาตรา 5

ในประเด็นเรื่อง “โดยมิชอบ” หมายถึง “ปราศจากคำยินยอม” นั้นมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยในเรื่องความหมายของคำว่า “โดยมิชอบ” ในประมวลกฎหมายอาญาว่า หมายถึง “ปราศจากความยินยอม” ไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2551 จำเลยลักบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของธนาคารกรุงเทพฯ ซึ่งออกให้แก่ นายวิชาญผู้เสียหาย ไปถอนเงินสดจากตู้เอทีเอ็มโดยทุจริต เป็นการกระทำโดยมิชอบ ตามมาตรา 269/5 ของประมวลกฎหมายอาญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2512/2550 จำเลยลักบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของธนาคารกสิกรไทย ซึ่งออกให้แก่ผู้เสียหาย ไปถอนเงินสดโดยทุจริต เป็นการกระทำโดยมิชอบตามมาตรา 269/5 ของประมวลกฎหมายอาญา

ทั้งสองคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นกรณีที่จำเลยนำบัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือ ATM ไปใช้ โดย “ไม่ได้รับความยินยอม” จากเจ้าของบัตร ถือว่าเป็นการกระทำ “โดยมิชอบ”

อนึ่ง หลักเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นหลักสากลที่มีการกล่าวว่าการกระทำได้ ได้รับความยินยอม การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด

2. เข้าถึงโดยเกินจากขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ตนเองได้รับ (Beyond the scope of their authorities)

ในชั้นพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้ กรรมการฯ ได้รับทราบว่ามีปัญหาเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่ในประเทศไทย เป็นกรณีที่ผู้ดูแลระบบคอมพิวเตอร์ (Computer Manager) ซึ่งมีสิทธิเข้าถึงระบบและข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้ เป็นผู้กระทำความผิดโดยการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยทุจริตเพื่อแสวงหาประโยชน์ให้ตนเอง ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาการตีความกฎหมายว่า หากผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ดูแลระบบเข้าถึงโดยเกินจากขอบเขตอำนาจแล้ว จะถูกตีความว่าเป็นเรื่อง “ทางแพ่ง” เท่านั้น กรรมการฯ จึงวางแนวการตีความ ความหมายของการ “เข้าถึงโดยมิชอบ” ตามกฎหมายฉบับนี้ว่าหมายรวมถึง “การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยเกินจากขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ตนเองได้รับ หรือการใช้อำนาจในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วย”

ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นผู้จัดการดูแลควบคุมระบบคอมพิวเตอร์ (Computer Manager) ของบริษัท ข. (ซึ่งล่วงรู้ชื่อผู้ใช้บริการ (User Name) และรหัสผ่าน (Password) ซึ่งเป็นระบบรักษาความปลอดภัย หรือมาตรการป้องกันการเข้าถึงของระบบคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องในบริษัท ข.) กระทำการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ของฝ่ายการเงินของบริษัท ข. โดยมี

วัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบเงินเดือนของนาย ก. และข้อมูลลับทางธุรกิจของบริษัท ข. (เพราะนาย ก. ทราบชื่อผู้ใช้บริการ และรหัสผ่านของพนักงานทุกคนที่บริษัท ให้ไว้เพื่อดูแลรักษาระบบคอมพิวเตอร์) เพื่อจะนำไปเผยแพร่และจำหน่ายให้บริษัท ค. คู่แข่งของบริษัท ข. การกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นการเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 5 และมาตรา 7 เช่นกัน เนื่องจาก แม้นาย ก. ได้รับมอบหมายให้ดูแลและเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์และระบบคอมพิวเตอร์ของบริษัท ข. แต่บริษัท ข. มอบอำนาจดังกล่าวให้ใช้เพื่อตรวจสอบระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น และมีวัตถุประสงค์ในการจ้างงานเพื่อรักษาความปลอดภัยของระบบและซ่อมบำรุง แต่นาย ก. กลับทำเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน โดยใช้ชื่อผู้ใช้บริการและรหัสผ่านเข้าถึงระบบข้อมูลทางการเงินเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ทั้งที่ตนเองไม่ได้รับอนุญาตจากบริษัท ข. ก็ถือว่าการเข้าถึง “โดยมิชอบ” ตามมาตรานี้

คำพิพากษาศาลฎีกาในส่วนประมวลกฎหมายอาญาที่วินิจฉัยในเรื่องคำว่า “โดยมิชอบ” หมายถึง “เกินจากอำนาจที่ตนเองได้รับ” มีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7663/2543 จำเลยใช้ดุลพินิจเกินจากขอบเขตอำนาจหน้าที่ตนเองในการแต่งตั้งข้าราชการ เป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2522 เจ้าพนักงานตำรวจประทับตรานายทะเบียนพาหนะที่แท้จริงลงในใบเสร็จรับเงินปลอม เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 253

ทั้งสองคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นกรณีที่บุคคลใช้อำนาจเกินขอบเขตหน้าที่ที่ตนเองได้รับ ถือว่าเป็นการกระทำ “โดยมิชอบ” ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับคำว่า “โดยมิชอบ” ของกฎหมายฉบับนี้

3. เข้าถึงโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้(Without legal right)

ความหมายประการสุดท้ายนี้ของคำว่า “โดยมิชอบ” หมายถึง กระทำการไม่ว่าโดยประการใดๆเพื่อเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ โดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น หน่วยงานราชการ ก. สั่งให้ นาย ข. ข้าราชการ เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของบริษัท ค. โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ หน่วยงานราชการ ก. และนาย ข. มีความผิดร่วมกันตามมาตรา 5

ความหมาย⁵⁵ที่เข้าใจกันคือ “การเข้าถึง” ซึ่งถือว่าเป็นความผิดฐานนี้จะต้องเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากสิทธิโดยชอบธรรม(Without Right) ซึ่งหมายความว่า หากผู้ทำการเข้าถึงนั้นเป็นบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงไม่ว่าด้วยถือสิทธิตามกฎหมายหรือได้รับอนุญาตจากเจ้าของระบบตัวอย่างเช่นการเข้าถึงเพื่อดูแลระบบของผู้ดูแลเว็บ(Webmaster) อย่างไรก็ตาม หากผู้ได้รับอนุญาต

⁵⁵ baimiangin Uncategorized, “กฎหมายคอมพิวเตอร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2559, จาก <https://baimiang.wordpress.com/2012/08/15/กฎหมายคอมพิวเตอร์และ-ict/>.

ให้ทำการเข้าถึงนั้นได้เข้าถึงระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์เกินกว่าที่ตนได้รับอนุญาตอันถือเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ในกรณีนี้บุคคลดังกล่าวก็ย่อมต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน

องค์ประกอบความผิดประการต่อไปคือ “ระบบคอมพิวเตอร์” ซึ่งอยู่กำนิยามศัพท์ตามมาตรา 3

องค์ประกอบความผิดประการสุดท้ายคือจะต้อง “เป็นระบบคอมพิวเตอร์ที่มีวิธีการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ”

ระบบคอมพิวเตอร์ใดเป็นระบบที่มีวิธีการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องนำสืบเป็นเรื่องราวไป ส่วนเหตุผลที่บัญญัติองค์ประกอบความผิดนี้เพราะมีระบบคอมพิวเตอร์จำนวนมากที่เจ้าของไม่ได้หวงแหนการที่บุคคลใดจะเข้าถึง

ถึงแม้การกระทำของผู้กระทำจะครบองค์ประกอบความผิดในส่วนที่เป็นการกระทำแล้ว ยังต้องการองค์ประกอบในภาคจิตใจคือผู้กระทำต้องมีเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ด้วย

การกระทำความผิดโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งมาตรานี้อาจเกิดขึ้นหลายวิธี เช่น การเจาะระบบ(Hacking or Cracking) หรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์(Computer Trespass) ซึ่งการกระทำเช่นนี้เป็นการขัดขวางการใช้ระบบคอมพิวเตอร์โดยชอบของบุคคลอื่นอันอาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือทำงานระบบคอมพิวเตอร์ได้ โดยปกติความผิดฐานนี้จะเป็นที่มาของการกระทำความผิดฐานต่อไป เช่น การใช้คอมพิวเตอร์เพื่อประกอบอาชญากรรมอื่น หรือเพื่อกระทำความผิดฐานอื่นตามบทบัญญัติมาตราต่อไปในพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 7 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไม่ประสงค์ดีที่ได้ทำการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงของผู้อื่น กล่าวคือ มีการตั้งรหัสผ่านสำหรับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นไว้แต่ผู้ไม่ประสงค์ดียังหาทุกวิถีทางในการเจาะเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวไม่ว่าจะกระทำด้วยเหตุผลใดและหากเหตุผลนั้นได้กระทำโดยมิชอบแล้วผู้กระทำนั้นมีความผิด

องค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้ใช้องค์ประกอบความผิดและหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับมาตรา 5 แตกต่างกันตรงวัตถุที่ถูกกระทำ โดยที่มาตรา 7 นี้เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบ

คอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบความผิดของมาตรา 8⁵⁶ คือ

1. กระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อดักจับไว้

ตามคำอธิบายของเนกเทคประกอบการเสนอร่างกฎหมายมีดังนี้

การดักจับข้อมูลในมาตรานี้ หมายถึง การดักจับโดยวิธีการทางเทคนิค(Technical Means) เพื่อลักลอบดักฟัง(Listen) ตรวจสอบ(Monitoring) หรือติดตามเนื้อหาสาระของข่าวสาร(Surveillance)ที่สื่อสารถึงกันระหว่างบุคคล หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งเนื้อหาของข้อมูลโดยตรง หรือโดยการเข้าถึงและใช้ระบบคอมพิวเตอร์หรือการทำให้ได้มาซึ่งเนื้อหาของข้อมูลโดยทางอ้อม ด้วยการแอบบันทึกข้อมูลสื่อสารถึงกันด้วยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์โดยไม่คำนึงว่าอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้บันทึกข้อมูลดังกล่าวจะต้องเชื่อมต่อเข้ากับสายสัญญาณสำหรับส่งผ่านข้อมูลหรือไม่ เพราะบางกรณีอาจใช้อุปกรณ์เช่นนั้นเพื่อบันทึกการสื่อสารข้อมูลที่ได้ส่งผ่านด้วยวิธีการแบบไร้สายก็ได้ เช่น การติดต่อผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ การติดต่อโดยใช้เทคโนโลยีไร้สายประเภท Wireless LAN เป็นต้น ซึ่งนอกจากการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อบันทึกข้อมูลที่มีการส่งผ่านกันแล้ว ยังรวมถึงกรณีการใช้ซอฟต์แวร์หรือรหัสผ่านต่างๆเพื่อทำการแอบบันทึกข้อมูลที่ส่งผ่านถึงกันด้วย

ต้องอย่าลืมว่าการกระทำความผิดตามมาตรานี้ผู้กระทำได้กระทำไป “โดยมิชอบ” ด้วย ซึ่งหมายถึงการไม่มีอำนาจกระทำ ดังนั้นถ้าผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำได้ไม่ว่าโดยกฎหมายหรือโดยการอนุญาตของเจ้าของสิทธิ ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด

2. ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์

การดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นนี้จะต้องเป็นข้อมูลที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น จึงไม่หมายความรวมถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่จัดเก็บในรูปแบบซีดี หรือดิสเกตต์

3. ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้

⁵⁶ Baimiangin Uncategorized, “การดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมิชอบ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2559, จาก <https://baimiang.wordpress.com/2012/08/15/กฎหมายคอมพิวเตอร์และ-ict/>.

วัตถุประสงค์ของมาตรา 8 คือเพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (The Right of Privacy of Data Communication) ทำนองเดียวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารรูปแบบที่ห้ามดักฟังหรือแอบบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ ซึ่งการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักว่าด้วยละเมิด เพราะการกระทำต่างๆของมนุษย์กระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นทั้งนั้นดังเช่นการกระทำนี้ที่กระทบต่อทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้อื่น

การพิจารณาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าลักษณะการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวนี้ผู้ส่งต้องการให้เป็นเรื่องเฉพาะตนไม่ได้ต้องการให้เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่ผู้ใดหรือไม่ การพิจารณาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะจึงต้องพิจารณาว่าข้อมูลนั้นใส่รหัสผ่านไว้หรือไม่และผู้กระทำผิดมีการเข้าถึงรหัสการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเพียงใด

ดังนั้น จึงไม่ใช่เรื่องที่จะพิจารณาจากเนื้อหาของข้อมูลว่าเป็นความลับหรือไม่ เช่นเนื้อหาของข้อมูลอาจเป็นเรื่องความลับทางการค้า แต่หากผู้ส่งใช้วิธีการส่งที่ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลนั้นผู้ที่คัดรับย่อมไม่มีความผิด

ตัวอย่างสมมุติ เช่น ก. ส่งความลับทางการค้าภายในบริษัทให้ ข. ซึ่งเป็นหุ้นส่วนเดียวกัน ทางอีเมลโดยที่ข้อความที่ส่งไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง(ไม่มีการใส่ Password ก่อนเข้าถึงข้อมูล) ปรากฏว่า ค. ซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้าของ ก.และข. ได้วางโปรแกรมซึ่งสามารถคัดรับข้อมูลจากการส่งความลับทางการค้านั้นทางอีเมลได้ เช่นนี้ ค. ย่อมไม่มีความผิดฐานคัดรับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ตามมาตรา 8

การคัดรับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตาม มาตรา 8 จะต้องเป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น การคัดรับโทรเลขโทรพิมพ์หรือโทรสารที่ไม่ได้ส่งในระบบคอมพิวเตอร์ย่อมไม่มีความผิด⁵⁷ อีกทั้งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกคัดรับนั้นต้องมีได้มีไว้เพื่อบุคคลโดยทั่วไป หากแต่ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นต้องมีมาตรการป้องกันที่ไม่ต้องการให้ผู้ได้รับรู้ออกไปจากผู้รับที่ผู้ส่งต้องการมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ให้เท่านั้น ในที่นี้ผู้วิจัยมองว่าขัดกับวัตถุประสงค์

⁵⁷ พร.เพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์พ.ศ.2550, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.), น.5.

ที่แท้จริง และถือเป็นช่องว่างของกฎหมายในเรื่องด้กรับที่ผู้คิดกระทำคามผิดอาศัยโอกาสนี้ในการด้กรับข้อมูลที่ไม่ม่มาตรการป้องกันได้

3.2.5 ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำคามผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับไอซีทีวันที่ 28 มีนาคม 2554)

มาตรา 15 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำคามผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไม่ประสงค์ดีที่ได้ทำการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่ม่มาตรการป้องกันการเข้าถึงหรือไม่ม่มาตรการป้องกันการเข้าถึงของผู้อื่นหรือไม่ กล่าวคือ ไม่ว่าจะมีการด้กรรับรหัสผ่านหรือไม่มีการด้กรรับรหัสผ่านสำหรับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นไว้ เมื่อผู้ไม่ประสงค์ดีได้รู้กลั้ระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ไม่ว่าจะกระทำด้วยเหตุผลใดและหากเหตุผลนั้นได้กระทำโดยมิชอบแล้วผู้กระทำนั้นม่ความผิด

มาตรา 16 บัญญัติว่า “ผู้ใดสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมิชอบ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไม่ประสงค์ดีที่ได้ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น และการทำสำเนาดังว่านั้นน่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริง หากแต่วิญญูชนโดยทั่วไปมองแล้วว่าการทำสำเนาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์เหล่านั้นอาจส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่แท้จริงหรือไม่ยอมเพียงพอแล้ว เช่น ลูกจ้างบริษัททำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีรายชื่อเกี่ยวกับลูกค้าของบริษัทเก็บไว้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะกระทำด้วยเหตุผลใดซึ่งหากเหตุผลนั้นได้กระทำโดยมิชอบแล้ว และการทำสำเนาคอมพิวเตอร์นั้นน่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ผู้กระทำดังกล่าวม่ความผิด

การกระทำ “โดยมิชอบ” ตามมาตรานี้ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำคามผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 5 และมาตรา 7 ที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น ต่างกันตรงมาตรานี้เป็นเรื่องของการทำสำเนา กล่าวคือ ถ้าเป็นการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยปราศจากความยินยอม โดยเกินจากขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ตนเองได้รับ โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เหล่านี้ถือว่าเป็นการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบทั้งสิ้น

3.2.6 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ไม่คุ้มครองผู้ใช้คอมพิวเตอร์ที่ได้รับภัยคุกคามจาก โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย(Malware) เนื่องด้วยคำนิยามตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัตินี้ ดังนี้

"ซื้อ" หมายความว่ารวมถึงเช่า เช่าซื้อหรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

ตามปัญหาที่เกิดขึ้น กล่าวได้ว่า ผู้ใช้คอมพิวเตอร์อาจรู้เท่าไม่ถึงการณ์ในการเล่นคอมพิวเตอร์ โดยได้กดลงโปรแกรมที่ปล่อยโฮลคอิสระตามอินเทอร์เน็ตแล้วรับเอาภัยจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตรายเข้ามา กรณีดังว่านี้ ผู้ใช้คอมพิวเตอร์ไม่ได้เป็นผู้ซื้อโปรแกรมนั้นแต่อย่างใด ไม่อยู่ในความหมายของคำว่าซื้อตามพระราชบัญญัตินี้

"ขาย" หมายความว่ารวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อหรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

กรณีนี้เช่นเดียวกันกับปัญหาข้างต้น เพราะ ผู้ที่สร้างหรือปล่อยโปรแกรมที่เป็นภัยคุกคามต่อคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น มิได้เรียกค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ใดๆ หากแต่ผู้กระทำต้องการทดสอบความสามารถตน ความสามารถของโปรแกรมที่ตนสร้าง หรือ เพื่อต้องการทำลายระบบ หรือรบกวนคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น กรณีนี้จึงไม่เข้าในความหมายของคำว่าขายตามพระราชบัญญัตินี้

"สินค้า" หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นอันตรายต่อคอมพิวเตอร์หรือไม่ ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่ผลิตขึ้น ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายของคำว่า "ผลิต" ว่า ประดิษฐ์ ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์เหล่านี้เกิดจากการประดิษฐ์ เกิดจากการเขียนโปรแกรมขึ้นทั้งสิ้น ดังนั้น โปรแกรมที่ปล่อยให้ดาวน์โหลดได้ในที่ต่างๆบนอินเทอร์เน็ต อาจอยู่ในความหมายของสินค้าตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ไม่จำเป็นต้องทำออกขาย เพราะจากคำนิยามใช้คำว่า "หรือ"มีไว้เพื่อขาย

"บริการ" หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใดๆหรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

กรณีนี้ไม่ถือเป็นการบริการ เพราะ การปล่อยโปรแกรมที่เป็นภัยคุกคามเหล่านี้ ผู้กระทำไม่ได้บริหารจัดการทำให้แต่อย่างใด หากแต่เป็นความประสงค์ของผู้กระทำที่ต้องการปล่อยโปรแกรมเหล่านี้ด้วยตนเอง ในที่นี้ผู้กระทำอาจไม่ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์ใดๆแก่ผู้ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นแต่อย่างใด

"ผู้ประกอบการธุรกิจ" หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขายผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการและหมายความรวมถึงผู้ประกอบการกิจการโฆษณาด้วย

การที่จะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจได้ จะต้องเป็นผู้ประกอบการที่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้นการสร้าง ปล่อย ซึ่งโปรแกรมที่เป็นภัยเหล่านี้ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นการก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แม้จะมีการขาย หรือผลิตเพื่อขาย ก็ไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการแต่อย่างใด

"ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้ซื้อหรือได้รับบริการจากผู้ประกอบการหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบการเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการและหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการโดยชอบแม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

แม้บางกรณีผู้เสียหายจะไม่ได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนแต่ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่ากรณีดังกล่าวไม่ถือเป็นผู้ซื้อหรือเป็นผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการ ดังนั้นผู้ที่ได้รับภัยคุกคามจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย(Malware) จึงไม่ถือเป็นผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ และสิทธิที่ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ ก็ไม่ครอบคลุมถึง อธิบายได้ดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ตามมาตรา 4 ได้บัญญัติสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย 5 ประการ ดังนี้

1. สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการโฆษณาหรือการแสดงฉลากตามความเป็นจริงและปราศจากพิษภัยแก่ผู้บริโภค รวมถึงสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอที่จะไม่หลงผิดในการซื้อสินค้าหรือรับบริการโดยไม่เป็นธรรม

2. สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการด้วยความสมัครใจของผู้บริโภคและปราศจากการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรม

3. สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่ปลอดภัยมีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐานเหมาะสมแก่การใช้ ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สิน ในกรณีใช้ตามคำแนะนำหรือระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว

4. สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข้อสัญญาโดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ

5. สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและชดเชยค่าเสียหายเมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคตามข้อ 1 2 3 และ 4 ดังกล่าว

จากข้อที่ 3. สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่ปลอดภัยมีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐานเหมาะสมแก่การใช้ ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สิน ในกรณีใช้ตามคำแนะนำหรือระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว

หากเทียบกับการใช้คอมพิวเตอร์โดยปกติแล้ว ย่อมไม่ได้รับความเดือดร้อนอะไร แต่หากเราถูกคุกคามจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตราย(Malware)แล้ว ซึ่งภัยคุกคามเหล่านี้ล้วนมาจากทางอินเทอร์เน็ตหรือไม่ก็พาหะจากสิ่งเชื่อมต่ออื่น เช่น แฟรชไดฟ์ เป็นต้น ภัยคุกคามเหล่านี้ก่อให้เกิดอันตรายต่อทรัพย์สิน กล่าวคือบ้างอาจก่อให้เกิดข้อมูลในคอมพิวเตอร์สูญหาย บ้างอาจไม่สามารถทำให้เราใช้งานคอมพิวเตอร์ได้ หรือบ้างอาจก่อความรบกวน ก่อให้เกิดความรำคาญใจ โดยประเภทต่างๆที่ยกมานี้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับการใช้ หรือเทคนิคทางคอมพิวเตอร์เท่านั้น ไม่ได้รวมถึงผู้บริโภคคอมพิวเตอร์ที่ถูกภัยคุกคามจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด

ดังนั้นเมื่อบุคคลใดถูกคุกคามจากภัยดังกล่าวนอกจากจะป้องกันโดยลงโปรแกรมต่างๆ ป้องกัน หรือลงวินโดวส์(Window computer)ใหม่ หรือเอาคอมพิวเตอร์ไปหาช่างแล้ว ไม่สามารถทำอะไรได้อีก ยิ่งภัยคุกคามบางตัวมาจากการที่บุคคลเหล่านั้นถูกหลอกให้ลงโปรแกรมเพื่อแฝงโปรแกรมเข้าไปกับคอมพิวเตอร์ของบุคคลนั้น โดยไม่รู้ตัว เห็นได้ว่าไม่มีการคุ้มครองใดๆหากจะเทียบบุคคลเหล่านี้เป็นเสมือนผู้บริโภค ซึ่งตามหลักวิธีปฏิบัติของหลักทั่วไปของการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค คือเมื่อมีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจในการคุ้มครองผู้บริโภคไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ต้องบังคับตามกฎหมายฉบับนั้นตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้บริโภคถูกละเมิดสิทธิเกี่ยวกับเรื่องอาหารผู้บริโภคสามารถไปร้องเรียนที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเฉพาะ

เรื่องสินค้าอาหารเท่านั้นแต่ถ้ากรณีไม่มีกฎหมายใดหรือหน่วยงานใดให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการเฉพาะแล้วก็ต้องใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งให้ความคุ้มครองในผู้บริโภคด้านสินค้าและบริการทั่วไป

ทั้งนี้เมื่อไม่มีการคุ้มครองด้านภัยคุกคามดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ย่อมไม่สามารถให้ความคุ้มครองหรือเยียวยาได้

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เปิดโอกาสให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินหรือค่าเสียหายต่อจิตใจได้ตามมาตรา 11 ที่ว่า นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วยซึ่งได้แก่ ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามิ ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

ด้วยเหตุผลที่ว่าเมื่อผู้บริโภคนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไปใช้อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้บริโภคหรือบุคคลอื่นได้ แต่การฟ้องคดีในปัจจุบันเพื่อเรียกค่าเสียหายมีความยุ่งยาก เนื่องจากภาระในการพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำผิดของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าตกเป็นหน้าที่ของผู้ได้รับความเสียหายตามหลักกฎหมายทั่วไป เพราะยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าโดยมีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบในความเสียหายของผู้ผลิตหรือผู้เกี่ยวข้องไว้โดยตรง จึงสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ อันจะมีผลให้ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า

ดังนั้นหากเป็นกรณีนี้ผู้เสียหายจากภัยคุกคามจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตรายไม่สามารถนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ ผู้วิจยมองว่า อยู่ตามหลักการของละเมิดทั่วไปผู้ใดกล่าวอ้างผู้หนึ่งมีภาระการพิสูจน์ โดยภาระการพิสูจน์ตกเป็นของผู้เสียหาย เพราะเหตุผลอีกเหตุผลหนึ่งว่าไม่สามารถรู้ตัวผู้กระทำความผิดได้แต่แรกเริ่มเหมือนเช่นผู้ผลิตสินค้าไม่

3.2.7 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

มาตรา 4 “วรรณกรรม” หมายความว่า งานนิพนธ์ที่สร้างขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือจุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย

“โปรแกรมคอมพิวเตอร์” หมายความว่า คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็น ภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด

“ทำซ้ำ” หมายความว่า รวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณาใน ส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนสำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึงคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่า ด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่า ทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็น การจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่า ทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึง ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่

มาตรา 6 วรรคสอง กล่าวว่าการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอนกรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์⁵⁸

มาตรา 7 กำหนดให้สิ่งต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้⁵⁹ อันได้แก่

(1) ข่าวประจำวัน และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นเพียงข่าวสารอันมิใช่ในงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ

⁵⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรค 2

⁵⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 7

(2) รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย

(3) ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง คำชี้แจง และหนังสือโต้ตอบของกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่น

(4) คำพิพากษา คำสั่ง คำวินิจฉัย และรายงานของทางราชการ

(5) คำแปลและการรวบรวมสิ่งต่าง ๆ ตาม (1) ถึง (4) ที่กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่นจัดทำขึ้น”

สิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครองยังรวมไปถึงสิ่งที่ไม่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะ สิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมอันไม่เกิดความคิดสร้างสรรค์

มาตรา 15 กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำหรือดัดแปลง⁶⁰

จากข้างต้นกล่าวได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท⁶¹ ดังนี้

1) การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement)

การที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นหรือไม่ จำเป็นต้องทำความเข้าใจสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 15(1) ทำซ้ำหรือการดัดแปลงดังต่อไปนี้

ทำซ้ำ มีลักษณะสำคัญ 2 ประการคือ

1. มีการลอกเลียนงานลิขสิทธิ์ (Copying) โดยคัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพจากต้นฉบับ หรือสำเนา

2. มีการลอกเลียนในส่วนสาระสำคัญ (Substantiality) หมายถึง ส่วนของงานที่ลอกเลียนเป็นสาระสำคัญของงาน แม้ว่าส่วนที่ลอกเลียนจะไม่ใช่ส่วนใหญ่หรือทั้งหมดของงาน หรืออาจกล่าวได้ว่าปริมาณที่ลอกเลียนไม่ได้เป็นเครื่องชี้ขาดว่าเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงเสมอไป แต่ต้องพิจารณาในเนื้อหาที่ถูกลอกเลียนว่าเป็นสาระสำคัญของงานหรือไม่ (Quality Not Quantity)

ดัดแปลง หมายถึง ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ดัดแปลงงานวรรณกรรม เช่น แปลวรรณกรรม เปลี่ยนรูปวรรณกรรม (เปลี่ยนจากบทประพันธ์เป็นภาพยนตร์) หรือรวบรวมวรรณกรรม โดยคัดเลือกและจัดลำดับใหม่เป็นต้น

⁶⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15 (1)

⁶¹ Vrlawsixx, “สรุปกฎหมายลิขสิทธิ์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2559, จาก

2) การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง(Secondary Infringement)

การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองเป็นการกระทำที่สืบเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น โดยมีลักษณะเป็นการส่งเสริมให้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์มีการแพร่หลายออกไปด้วยการกระทำต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 31(1)-(4) เช่น ขาย มีไว้เพื่อขาย นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้น

การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองมีหลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ คือ

1. ความรู้หรือควรรู้ของผู้กระทำว่างานใดทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่
2. ความมุ่งหมายเพื่อหากำไรจากกระทำนั้น

ดังนั้น หากข้อมูลในคอมพิวเตอร์เสียหายทั้งหมดหรือบางส่วนอันเกิดจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อันตราย ถือว่าผู้ก่อภัยละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ พบว่า เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นสิทธิ์แต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะกระทำการใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 ฉะนั้นบุคคลอื่นที่ไปกระทำการใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นการนำเข้าซึ่งสิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ หรือดัดแปลงโดยแก้ไขเพิ่มเติมในผลงานของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต เหล่านี้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น

3.2.8 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ...

ข้อมูลส่วนบุคคล อาทิ ชื่อ ที่อยู่ หมู่เลือด ทั้งนี้ปัจจุบันประเทศไทยมีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแต่ยังไม่ประกาศใช้ จึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ หากแต่เมื่อข้อมูลเหล่านี้ถูกนำไปใช้อาจเกิดผลเสียต่อเจ้าของข้อมูลนั้นๆ

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... ได้กล่าวถึงความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” ว่าเป็นข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม “เจ้าของข้อมูล” ว่าเป็นบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และ “บุคคล” จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁶² และยังกล่าวในทำนองผู้ให้บริการที่ต้องเก็บข้อมูลที่ลูกค้ามอบให้เป็นความลับ แม้ร่างตัวนี้จะไม่ได้บอกถึงการถูกบุคคลอื่นนำไปเปิดเผยโดยตรง แต่บอกถึงรายละเอียดการให้ความสำคัญกับข้อมูลพวกนี้ที่จะต้องไม่นำไปเปิดเผยที่ใดหากไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลเสียก่อน⁶³ และยังกล่าวถึงการกำหนดให้มีแผนการเยียวยาความเสียหายจากการถูกละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย โดยให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องจัดให้มีมาตรการรักษาความ

⁶² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... มาตรา 5

⁶³ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... มาตรา 19 มาตรา 25 มาตรา 26

มันคงปลอดภัยที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการสูญหาย และหากเกิดการละเมิดขึ้นให้แจ้งเหตุของการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลแก่เจ้าของข้อมูลโดยไม่ชักช้าและแจ้งถึงแผนการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลนั้น⁶⁴

หลังจากที่ได้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก และประเทศญี่ปุ่นแล้ว ต่อไปจะวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของประเทศไทยในบทที่ 4 เพื่อชี้ให้เห็นถึงช่องว่างของกฎหมายในปัจจุบัน



⁶⁴ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ... มาตรา 31 มาตรา 42

บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์การละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์

จากการศึกษาแนวคิดกฎหมายต่างๆ พบว่าในเรื่องของการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ การดักจับ ซึ่งยังมีช่องว่างที่ไม่สามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ในบางกรณี และโดยเฉพาะการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย หากเมื่อการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มีมาตรการควบคุมเป็นที่แน่นอนมีหลักเกณฑ์ป้องกัน มีการลงโทษต่อผู้กระทำความผิด มีหลักการเยียวยาผู้ซึ่งได้รับความเสียหายที่ดี ย่อมเป็นที่ไว้วางใจต่อ นานาอารยประเทศ ผลประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับนั้นมหาศาลอย่างแน่นอน อาทิ การทำธุรกรรมทางคอมพิวเตอร์กับบริษัทต่างๆ หรือกับต่างประเทศ เป็นต้น

จากปัญหาในบทที่ 1 นั้นทำให้ทราบถึงปัญหาที่มีผลกระทบต่อภาครัฐและเอกชนต่างได้รับความเดือดร้อนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเอกชนที่แต่ละคนใช้สิทธิความเป็นอิสระของตนที่ย่อมสามารถทำอะไรก็ได้เกินส่วนจนไปกระทบความเป็นอยู่ส่วนบุคคลของผู้อื่น อันพบเห็นได้ในปัจจุบันที่เหล่าแฮกเกอร์เจาะรหัสผ่านของเฟสบุ๊กเพื่อเข้าไปทำสำเนาข้อมูล เช่น ทำการคัดลอกรูปภาพ เนื้อหา แล้วนำไปใช้ในทางมิชอบ นำไปแอบอ้าง นำไปเปิดเผยต่อสาธารณชน เป็นต้น จากปัญหาที่เกิดขึ้นบุคคลภายในสังคมไม่ควรที่จะละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งกันและกัน เพราะสิทธิส่วนบุคคลนี้ต้องเป็นที่ให้ความเคารพต่อกันเพื่อการอาศัยอยู่ร่วมกันที่ดีและเป็นสิทธิที่ได้รับ ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงควรมีมาตรการเพื่อลงโทษเหล่าผู้กระทำความผิดให้ชัดเจนอันดำรงไว้ซึ่งกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายก็เพื่อความเป็นธรรมการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ความบริบูรณ์ของมนุษย์เชิงสังคม และไม่ละเมิดสิทธิซึ่งกันและกันนั่นเอง จึงควรที่จะมีกฎหมายเพื่อเป็นเกราะป้องกันไม่ให้ผู้ใดกระทำ

ความผิดและเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยในแง่ของความปลอดภัยในการใช้คอมพิวเตอร์ในการทำธุรกิจทางอินเทอร์เน็ตและความมั่นคงของประเทศไทย จากการศึกษาถึงมาตรการในการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 พบว่ามีปัญหาที่น่าสนใจดังนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการในการป้องกันการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์

ระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ถือได้ว่าเป็นสมบัติอย่างหนึ่งของเจ้าของผู้มีสิทธิครอบครอง ทุกคนย่อมไม่ต้องการให้ผู้อื่นเข้ามายุ่งกับของๆคนโดยไม่ได้รับอนุญาตเสียก่อน ทั้งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์จึงไม่ควรเป็นสิ่งที่ผู้อื่นจะเข้ามาถล่มถลาย ควรได้รับความเคารพในสิทธิส่วนบุคคลซึ่งกันและกัน ซึ่งจากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 5 และ มาตรา 7 ได้กำหนดเกี่ยวกับความผิดของการเข้าถึงระบบและข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ เฉพาะที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงเท่านั้น

ว่าด้วยเรื่องการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามมาตรา 5 และมาตรา 7 โดยลักษณะการใช้งานอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ของประชาชนในปัจจุบัน ผู้ใช้งานบางรายไม่มีการกำหนดมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้ โดยเฉพาะ¹ ส่วนหนึ่งเนื่องมาจากการขาดความรู้ความเข้าใจในการกำหนดมาตรการป้องกันพื้นฐาน การที่บุคคลเหล่านั้นไม่ได้สร้างมาตรการป้องกันหาใช่ว่าพวกเขาต้องการที่จะให้ข้อมูลหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของตนไม่ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้โดยเฉพาะว่า จะเป็นความผิดต่อเมื่อเป็นกรณีที่กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ “มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ” เท่านั้น มิได้กำหนดไปถึงกรณี “ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง” ด้วยแต่อย่างใด



ภาพประกอบ²

¹ สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, “เอกสารประกอบการสัมมนารับฟังความคิดเห็น เรื่อง การปรับปรุง พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ฯ: ความสมดุลระหว่างเสรีภาพ กับความมั่นคงปลอดภัย,” โรงแรมเซราตัน แกรนด์ สุขุมวิท กรุงเทพฯ, 3 เมษายน 2556 : น.5.

² รูปจาก, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2559, จาก

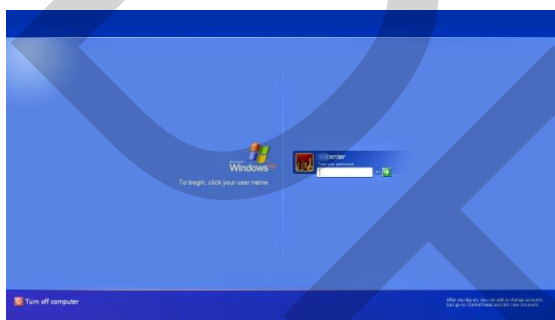
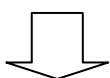
<http://2.bp.blogspot.com/-UkSoAJ7YWMc/VfEcc8ZNW6I/AAAAAAAAAKE/g8w0IWYSoXo/s1600/12.jpg>.

รูปภาพประกอบขั้นตอนแสดงการเข้าถึงคอมพิวเตอร์

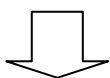
มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง



ขั้นที่ 1 เปิดคอม(ภาพประกอบ2)³



ขั้นที่ 2 เมื่อเปิดเครื่องทุกครั้งWindows จะให้ใส่รหัสผ่าน(Password)เพื่อเข้าใช้งาน(ภาพประกอบ4)⁴

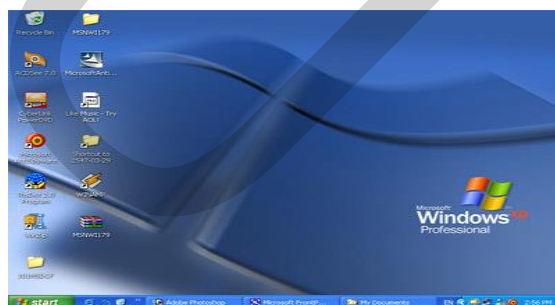
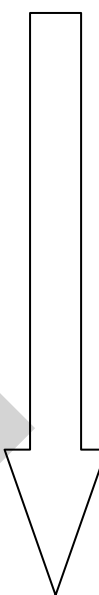


ขั้นที่ 3 เข้าถึงคอมพิวเตอร์(ภาพประกอบ4)⁵

ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง



ขั้นที่ 1 เปิดคอม(ภาพประกอบ5)



ขั้นที่ 2 เข้าถึงคอมพิวเตอร์ทันที(ภาพประกอบ6)

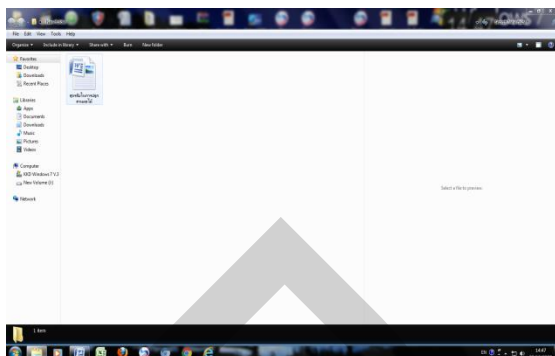
³ “รูปจาก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2559, จาก <http://www.pspstech.co.th/ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับสวิตช์-20290.page>.

⁴ “รูปจาก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2559, จาก <http://3.bp.blogspot.com/-rlu6vhxjOgA/VHffla97tVI/AAAAAAAAAGzw/enXUDnXoR0E/s1600/07.bmp>.

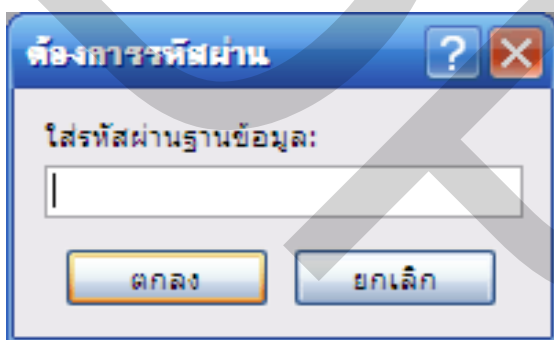
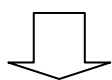
⁵ “รูปจาก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2559, จาก http://www.chandra.ac.th/office/ict/document/it/it02/windowsxp/windowsxp_03.htm.

รูปภาพประกอบขั้นตอนแสดงการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์

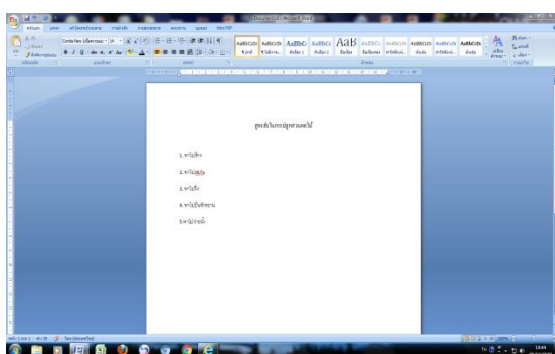
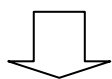
มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง



ขั้นที่ 1 เปิดไฟล์(ภาพประกอบ7)

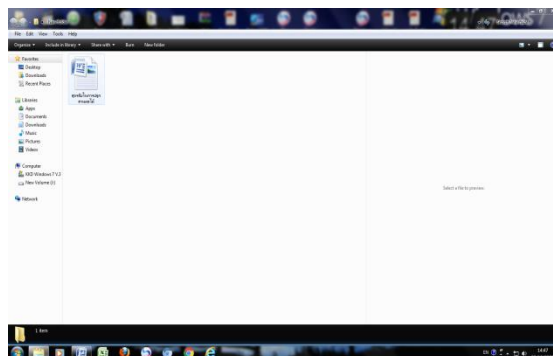


ขั้นที่ 2 เมื่อเปิดไฟล์ทุกครั้งWindows จะให้ใส่รหัสผ่าน(Password)เพื่อเข้าถึงข้อมูล(ภาพประกอบ8)

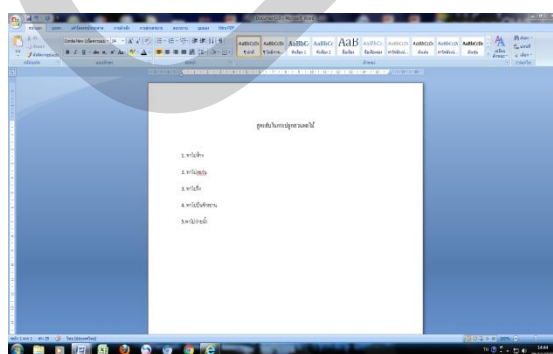
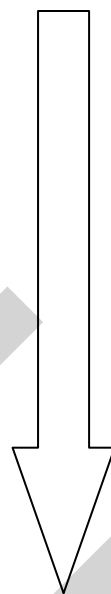


ขั้นที่ 3 เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์(ภาพประกอบ9)

ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง



ขั้นที่ 1 เปิดไฟล์(ภาพประกอบ10)



ขั้นที่ 2 เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ทันที(ภาพประกอบ11)

ตัวอย่างสมมุติแรก นาย ก ซึ่งเป็นนายจ้าง อนุญาตให้ นาย ข ซึ่งเป็นลูกจ้าง เข้าถึงข้อมูลภายในคอมพิวเตอร์ได้ในไฟล์หนึ่ง แต่นาย ข เข้าถึงอีกไฟล์อันอื่นด้วยซึ่งไฟล์นั้นไม่มีมาตรการป้องกันแล้วเจอไฟล์ลับที่ นาย ก ไม่ต้องการให้ใครเห็นนอกจากตัวเอง จากนั้น นาย ข

สำเนาข้อมูลไฟล์นั้นไป ดังนี้ นอกจาก นาย ข เข้าถึงโดยไม่มีสิทธิแล้วยังถือว่า นาย ข ใช้สิทธิเกินส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ที่กำหนดว่า การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบ การกระทำของ นาย ข เป็นการกระทำโดยเกินจากขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ตนเองได้รับ จึงถือเป็นการกระทำโดยมิชอบ แต่ตามกรณี แม้การกระทำของ นาย ข จะเป็นการกระทำโดยมิชอบ แต่ นาย ข ไม่มีความผิด เนื่องจากไฟล์ไม่มีมาตรการป้องกัน

ตัวอย่างสมมุติที่สอง นาย A อายุ 54 ปี มีอาชีพทำสวนผลไม้ ชีวิตประจำวันของ นาย A อยู่ไปกับธรรมชาติตลอดชีวิตที่ผ่านมา นาย A ได้รู้จักว่าคอมพิวเตอร์คืออะไรแต่ตนก็ไม่ได้สนใจทางนี้เสียเท่าไร มุ่งแต่ประกอบอาชีพและพัฒนาการปลูกสวนจนร่ำรวยจนทุกคนในระแวกนี้ยกให้การทำสวนผลไม้ของ นาย A ถือได้ว่าเป็นอันดับหนึ่ง ปรากฏว่าวันหนึ่งนาง B อายุ 29 ปี ภริยาของนาย A ได้ซื้อคอมพิวเตอร์มาใช้ที่บ้านเมื่อ นาย A ทราบตนจึงนึกคิดว่าคอมพิวเตอร์สามารถเก็บข้อมูลให้คงอยู่ได้ และตนต้องการจะบันทึกสูตรลับในการปลูกสวนผลไม้ที่ทำให้ออกดอกออกผลออกงามเก็บไว้เพื่อนำสูตรไปขายต่อหรือยกให้ผู้อื่นดูแลกิจการต่อไป เนื่องจากตนเริ่มมีอายุแล้วกลัวว่าจะหลงลืม นาย A จึงทำการบันทึกสูตรลับดังกล่าวเป็นข้อมูลไว้ในคอมพิวเตอร์ แต่ด้วย นาย A เป็นผู้ที่ไม่ได้รู้จักความรู้ความเข้าใจด้านคอมพิวเตอร์มากเท่าไรจึงไม่ได้ใส่รหัสลับ (Password) ในการเข้าถึงข้อมูลนั้นไว้ 3 วันต่อมา นาย A ไปซื้อของต่างจังหวัดนาง B จึงได้ชวน นาย C ซึ่งเป็นกิ๊กมาที่บ้านระหว่างที่ นาง B ทำอาหาร นาย C ซึ่งว่างอยู่จึงได้เปิดคอมพิวเตอร์เพื่อจะใช้คอมพิวเตอร์ แต่กลับไปเจอสูตรลับในการปลูกสวนผลไม้ของ นาย A เข้า ได้เกิดความสนใจอยากรู้เป็นอย่างมาก จึงกดเข้าไฟล์ซึ่งบันทึกข้อมูลดังกล่าวเข้าไปและได้ทราบถึงสูตรลับนั้น เช่นนี้ การกระทำของ นาย C ไม่ถือเป็นความผิด เพราะว่าการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของนาย A ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงแต่อย่างใด กล่าวได้ว่า นาย A ถูกละเมิดต่อทรัพย์สินแล้ว

จากตัวอย่างข้างต้น พฤติการณ์ดังกล่าวหาใช่ นาย A ไม่ต้องการรักษาความลับของตนไม่ หากแต่เพราะขาดความรู้ความเข้าใจในด้านนี้ ซึ่งเมื่อเกิดกรณีดังกล่าวนี้แล้ว นาย A ก็ไม่สามารถฟ้องร้อง หรือเรียกความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ได้เลย

อย่างไรก็ตามในปี พ.ศ. 2554 ได้เคยมีร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับ ๒๐๑๖ วันที่ 28 มีนาคม 2554) มาตรา 15 ได้ปิดช่องว่างของฐานความผิดตามมาตรา 5 และมาตรา 7 นี้ โดยมีหลักกฎหมายกำหนดให้ไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงหรือไม่ก็เป็นความผิด

พิเคราะห์แล้วเห็นว่าแม้จะปิดช่องว่างของฐานความผิดตามมาตรา 5 และมาตรา 7 ก็ตาม หากแต่ว่าทางปฏิบัติจริงบุคคลโดยทั่วไปย่อมสามารถเข้าถึงคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น ๆ ได้ เช่น อาศัยอยู่ในที่พักเดียวกัน เป็นญาติพี่น้อง หรือรู้จักกัน เพียงแต่ต้องการใช้คอมพิวเตอร์เพื่อทำบางอย่างเล็กน้อย อาจจะเป็นการเซิร์ฟเวอร์ส่วนตัว การอัพเดทโปรแกรม หรือลงโปรแกรม หยอกล๊อคกันเท่านั้น เช่น รูปผีที่เต็งมาที่หน้าจอ เป็นต้น ทั้งนี้ย่อมถือว่าเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์เช่นกันหากก็แต่ขาดความประสงค์ร้าย การจะให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทุกกรณีผู้วิจัยไม่เห็นพ้องด้วย ซึ่งหากมีการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีที่มีเจตนาร้ายโดยไม่ถือเป็นการผิดจะเป็นการดียิ่ง

สหรัฐอเมริกา มีกฎหมายของรัฐบาลกลางที่ครอบคลุมการเข้าถึง โดยไม่ได้รับอนุญาต คือ Computer Fraud and Abuse Act 1986 มาตรา 1030(a)(2)(C) ซึ่งมาตรานี้มีหลักกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับความผิดของการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ โดยปราศจากอำนาจหรือเกินขอบอำนาจที่ให้เข้าถึง โดยไม่ได้รับการระบุเกี่ยวกับมาตรการป้องกัน จึงกล่าวได้ว่า ยอมรับในเรื่องการเข้าถึงระบบที่ไม่มีมาตรการป้องกันตามอนุมาตรา (a) อนุมาตราย่อย (2) หากแต่ว่าการเข้าถึงนั้นผู้กระทำที่จะถือเป็นความผิดต้องปราศจากอำนาจหรือเกินขอบอำนาจ แต่ในเรื่องของการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ จะต้องเป็นการเข้าถึงแต่เฉพาะที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงเท่านั้นอันจะถือว่ามีความผิดตาม (C)

ประเทศญี่ปุ่น ไม่ได้รับการออกแบบมาโดยเฉพาะเพื่อปกป้องความเป็นส่วนตัวทางด้านคอมพิวเตอร์ แต่ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายที่จะลงโทษสำหรับการเข้าถึงคอมพิวเตอร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต คือ Unauthorized Computer Access Law มาตรา 3(1)(2) โดยมาตรานี้มีหลักกฎหมายกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้เข้าถึงคอมพิวเตอร์ที่ใช้การทำลายหรือผ่านมาตรการการควบคุมการเข้าถึง กล่าวคือ เมื่อพิเคราะห์จากทั้งสองอนุแล้วพบว่าในประเทศญี่ปุ่นบุคคลที่จะมีความผิดในการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ จะต้องเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันเท่านั้น

ทั้งนี้ทางประเทศญี่ปุ่นพบปัญหาที่เกิดขึ้นกับสิ่งที่เป็น "การเข้าถึงที่ผิดกฎหมาย" มองว่าคอมพิวเตอร์ที่การเข้าถึงจะเป็นความผิดได้ต้องเป็นคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกัน ดังนั้นการกระทำแม้ไม่มีสิทธิเข้าถึงก็จะเป็นการผิดกฎหมายภายใต้กฎหมายประเทศญี่ปุ่น คือ การเข้าถึงใดๆกับ

คอมพิวเตอร์ที่ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง โดยเฉพาะ⁶ เห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นเองก็ตระหนักถึงเรื่องนี้เช่นเดียวกัน

จากการศึกษาสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นพบว่าในส่วนของ การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์สหรัฐอเมริกายอมรับหลักการเข้าถึงที่ไม่มีมาตรการป้องกัน แต่ประเทศญี่ปุ่นไม่ยอมรับ ส่วนการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีมาตรการป้องกันทั้งสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นไม่ยอมรับ

ท้ายที่สุดจากปัญหาในการกระทำของบุคคลที่ทำการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบทั้งหลายนี้ ถือได้ว่ากระทบต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นการละเมิดต่อผู้อื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420

จากข้างต้นสรุปได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ การเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์เฉพาะแต่ที่มีมาตรการป้องกันถือเป็นความผิด โดยไม่กำหนดไปถึงการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีมาตรการป้องกันให้เป็นความผิดด้วยตาม มาตรา 5 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เป็นการเปิดช่องให้ผู้ต้องการกระทำความผิดหาโอกาสจากช่องว่างนี้กระทำความผิด โดยอาศัยการขาดความรู้ความเข้าใจในการกำหนดมาตรการป้องกันการเข้าถึงขั้นพื้นฐานได้

ดังนั้น การเข้าถึงระบบและข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะมีมาตรการป้องกันการเข้าถึงหรือไม่ โดยการเข้าถึงมีเจตนาที่มิชอบ เห็นควรให้มีความผิด ซึ่งประเทศไทยกฎหมายมีช่องว่างในเรื่องของการเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีมาตรการป้องกัน ที่ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครอง ฉะนั้นประเทศไทยจึงควรปรับแก้กฎหมาย ทั้งนี้ตามตัวอย่างของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับที่ ๒) วันที่ 28 มีนาคม 2554) มีแล้ว เพราะฉะนั้นจึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยให้ปรับแก้ข้อความในมาตรา 5 และมาตรา 7 นำมารวมกันเป็นมาตราใหม่ ดังนี้

“ผู้ใดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษ...

⁶ Takato Natsui, CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS, (n.p.: n.p., n.d.), p.15.

⁷ คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” อาจจะตีความอย่างกว้างขวาง ว่าหมายรวมถึงสิทธิในความเป็นอยู่ ส่วนตัวของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญ ๑ มาตรา 32 บัญญัติคุ้มครองไว้ก็ได้

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง โดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษ...(โดยกำหนดโทษให้หนักกว่าวรรคหนึ่ง)

ถ้าได้กระทำไปโดยไม่ได้มีเจตนาร้าย ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรานี้”

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการว่าด้วยการดักจับข้อมูล กับ การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์

ปัจจุบันหลายคนอาจมองว่าการดักจับกับการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นเรื่องเดียวกัน เป็นการโจรกรรมข้อมูลเหมือนกัน แต่ทำไมพอมักคิดเกี่ยวกับการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ถึงใช้บังคับไม่ได้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 8 ได้กำหนดเกี่ยวกับความผิดของการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกดักจับ จะต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น

การทำสำเนา⁸ คือ การทำสำเนาข้อมูลหรือสารสนเทศที่จัดเก็บไว้ในรูปอิเล็กทรอนิกส์ชนิดต่างๆให้มีหลายชุด โดยเนื้อหาของข้อมูลจะไม่เปลี่ยนแปลงไปจากต้นฉบับหรือข้อมูลที่ผ่านการประมวลผลแล้ว เพื่อให้ความสะดวกในการจัดเก็บ หรือ รักษาไว้ และการนำไปใช้อุปกรณ์ที่ช่วยในการทำสำเนา จัดเป็นอุปกรณ์ที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เช่น เครื่องพิมพ์ เครื่องถ่ายเอกสาร แผ่นบันทึก ฮาร์ดดิสต์ หรือ CD-ROM

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 4 ได้ให้นิยามความหมายของการทำซ้ำไว้ว่า ทำซ้ำ หมายความว่ารวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนสำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึงคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

⁸ “การทำสำเนา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2559, จาก

ปัญหา คือ โดยบุคคลทั่วไปเข้าใจว่าการคัดรับข้อมูลก็คือการทำสำเนาข้อมูลอย่างหนึ่งไปในตัว ทั้งที่การคัดรับกับการทำสำเนามีความต่างกันตามความหมายข้างต้น อีกทั้งการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายไทย

ผู้วิจัยจึงขอสรุปความหมายของการคัดรับและการทำสำเนาสั้นๆ เพื่อช่วยต่อการศึกษาดังนี้

การคัดรับตาม มาตรา 8 หมายถึง ผู้กระทำความผิดวางโปรแกรมซึ่งคอยรับรู้การเคลื่อนไหว หรือ การกระทำ รวมไปถึงการรับรู้การ โอนถ่ายข้อมูลคอมพิวเตอร์ในรูปของอิเล็กทรอนิกส์ และได้ไปซึ่งข้อมูลตั้งว่าจากโปรแกรมนั้น

การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ หมายถึง ผู้กระทำความผิดคัดลอกข้อมูลคอมพิวเตอร์ในรูปของอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีลักษณะที่เหมือนกันกับต้นแบบที่คัดลอกมา และได้ไปซึ่งข้อมูลนั้น

ทั้งสองมีความเหมือนกันตรงที่สุดท้ายย่อมได้ไปซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์เดียวกันจากบุคคลอื่น โดยมีการทำข้อมูลเพิ่มให้เหมือนต้นฉบับ แต่ต่างกันตรงซึ่งวิธีการได้มาตรงที่ การคัดรับใช้โปรแกรมเฉพาะที่สามารถแฝงเข้าไปในระบบ อันเป็นการรอคอยเพื่อทราบและได้รับข้อมูลมาเป็นการอาศัยการกระทำของเจ้าของข้อมูลนั้น ส่วนการทำสำเนา เป็นการ ใช้โปรแกรมใดโปรแกรมหนึ่งเข้าไปสำรวจข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นแล้วทำการคัดลอกข้อมูลนั้นๆมา หรืออีกกรณีคือผู้กระทำไม่จำเป็นต้องใช้โปรแกรมใดแต่เพียงแค่ว่าเข้าไปพบข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดข้อมูลคอมพิวเตอร์หนึ่งไม่ว่าจะจงใจหรือบังเอิญ แล้วทำการคัดลอกข้อมูลนั้นมาด้วยตนเอง

การโจรกรรมข้อมูลไม่เกี่ยวข้องกับการ โอนทรัพย์สินที่มีตัวตนใดๆ เพียงแต่การคัดลอกข้อมูลก็ถือเป็นการโจรกรรมแล้ว เพราะสามารถได้ไปซึ่งข้อมูลเดียวกันกับที่ผู้กระทำความผิดต้องการ และแน่นอนถ้าข้อมูลนั้นมีลิขสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผู้ที่คัดลอกข้อมูลหากกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตใดๆ ย่อมจะได้รับการลงโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วย ดังนั้นนอกจากการคัดรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 8 แล้วการทำสำเนาข้อมูลก็ถือเป็นการ โจรกรรมข้อมูลด้วย



ภาพประกอบ 12⁹

⁹ “รูปจาก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2560, จาก

ภาพประกอบ13¹⁰

โดยเหตุที่การกระทำในลักษณะคัดลอกหรือทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ไม่มีบทกฎหมายใดรองรับหรือบัญญัติว่าเป็นความผิด ประกอบกับตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547 ได้วินิจฉัยว่ากรณีที่เป็นการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำ ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาได้โดยมีคำพิพากษาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547¹¹ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงรับฟังได้ในเบื้องต้นว่า จำเลยเป็นพนักงานแผนกต่างประเทศของโจทก์ร่วม มีหน้าที่เตรียมเอกสารคำขอใบอนุญาต ติดต่อหน่วยราชการ ติดต่อประสานงานกับลูกค้าต่างประเทศ ในวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุตามฟ้อง จำเลยนำเอกสารจำนวนประมาณ 400 แผ่น ตามเอกสารหมายเลข จ. 3 จากสำนักงานโจทก์ร่วมไปไว้ที่บ้านจำเลยเพื่อทำงานให้แก่โจทก์ร่วม กับนำแผ่นบันทึกข้อมูลเปล่าลอกข้อมูลในการดำเนินธุรกิจต่างๆ ของโจทก์ร่วมจากแผ่นบันทึกข้อมูลที่อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของโจทก์ร่วมจำนวนรวม 41 แผ่น โจทก์ร่วมฎีกาว่า โจทก์ร่วมมีระเบียบห้ามนำเอกสารออกนอกที่ทำการ แม้จะไม่ถือเป็นข้อห้ามเด็ดขาดตามระเบียบนั้น แต่มิได้หมายความว่า เมื่อพนักงานนำงานออกจากที่ทำการของโจทก์

<https://technocomsme.files.wordpress.com/2012/01/sync1.jpg>.

¹⁰ “รูปจาก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2560, จาก

<https://sites.google.com/site/kruwerapangree/thekhnoloyi-sarsnthes-m-1/--hnwy-thi-3-kar-cadkar-sars-nthes>.

¹¹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/254,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2559, จาก

http://www.peesirilaw.com/index.php?lay=boardshow&ac=webboard_show&No=1247061.

ร่วมไปทำต่อที่บ้านแล้ว พนักงานไม่จำเป็นต้องนำเอกสารที่เหลือหรือ มิได้ใช้งานแล้วมาคืน โจทก์ร่วม การที่จำเลยทำงานเสร็จแล้ว กลับไม่นำเอกสารที่เกี่ยวข้องมาคืนเพื่อส่งคืนลูกค้า เป็นการทำให้ โจทก์ร่วมเสียหายแล้ว เพราะเอกสารส่วนหนึ่งเป็นความลับของลูกค้า เห็นว่า ตามคำเบิกความของ นางจิตติมา โสคติพันธ์ พนักงาน โจทก์ร่วม ตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายต่างประเทศได้ความว่า เอกสาร หมายเลข จ. 3 ซึ่งลูกค้าส่งมาให้โจทก์ร่วมนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นข้อมูลเกี่ยวกับหนังสือรับรองของบริษัท บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นงบบัญชีกำไร-ขาดทุน และสำเนาหนังสือเดินทางเอกสารดังกล่าวจึงล้วนเป็น เอกสารที่บุคคลสามารถไปขอตรวจสอบและขอคัดสำเนาได้ จากกรมทะเบียนการค้ากระทรวง พาณิชย์ จึงไม่ถือเป็นความลับของบริษัทลูกค้าโจทก์ร่วมอันต้องปกปิด ดังนั้น การที่จำเลยใช้ เอกสารดังกล่าวปฏิบัติในหน้าที่ให้แก่โจทก์ร่วมเสร็จแล้วไม่นำกลับคืนแก่โจทก์ร่วมจึงไม่น่าจะ เป็นเหตุให้โจทก์ร่วมหรือลูกค้าของโจทก์ร่วมต้องเสียหาย การกระทำของจำเลย จึงไม่เป็นความผิด ฐานเอาไปเสียซึ่งเอกสารโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่โจทก์ร่วมหรือผู้อื่น ศาลล่างทั้งสองวินิจฉัยปัญหานี้ชอบแล้ว ศาลฎีกาเห็น พ้องด้วย ฎีกาของโจทก์ร่วมข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

ปัญหาวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ร่วมต่อไปว่า การที่จำเลยนำแผ่นบันทึกข้อมูลเปล่า ลอกข้อมูลจากแผ่นบันทึกข้อมูลที่อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของโจทก์ร่วม เป็นความผิดฐานลัก ทรัพย์หรือไม่ โจทก์ร่วมฎีกาว่าข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ของโจทก์ร่วมมีรูปร่างเป็นตัวอักษร ภาพ แผ่นผังและตราสาร จึงเป็นทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 การที่ จำเลยเอาข้อมูลของโจทก์ร่วมดังกล่าวไป จึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ เห็นว่า ข้อมูล ตาม พจนานุกรมให้ความหมายว่า "ข้อเท็จจริง หรือสิ่งที่ถือหรือยอมรับว่าเป็นข้อเท็จจริง สำหรับใช้เป็น หลักอนุมานหาความจริงหรือ การคำนวณ" ส่วนข้อเท็จจริงหมายความว่า "ข้อความแห่งเหตุการณ์ที่ เป็นมาหรือที่เป็นอยู่ตามจริง ข้อความหรือ เหตุการณ์ที่ต้องวินิจฉัยว่าเท็จหรือจริง" ดังนั้นข้อมูล จึงไม่นับเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง สำหรับตัวอักษร ภาพ แผ่นผัง และตราสาร เป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ ถ่ายทอดความหมายของข้อมูลออกจากแผ่นบันทึกข้อมูลโดยอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์ มิใช่รูปร่าง ของข้อมูล เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 บัญญัติว่า ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุ มี รูปร่าง ข้อมูลในแผ่นบันทึกข้อมูลจึงไม่ถือเป็นทรัพย์การที่จำเลยนำแผ่นบันทึกข้อมูลเปล่าลอก ข้อมูลจากแผ่นบันทึกข้อมูลของโจทก์ร่วม จึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามฟ้อง ศาลล่างทั้งสอง พิพากษายกฟ้อง ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย ฎีกาของโจทก์ร่วมทุกข้อฟังไม่ขึ้น

ข้อสังเกต¹² จากคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นชี้ให้เห็นถึงปัญหาช่องว่าง ในทางกฎหมายอาญาที่สำคัญ ซึ่ง ไม่มีกฎหมายที่มีความผิดและบทลงโทษทางอาญาที่จะนำมาปรับ

¹² somsak_tienja.2555, "สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์," สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2559, จาก

บังคับใช้แก่การกระทำของจำเลยที่นำแผ่นบันทึกข้อมูลเปล่าคัดลอกหรือสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้เสียหายไป อันเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายอย่างรุนแรงได้

อีกทั้งข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่จำเลยลักลอบสำเนาไปนั้นมีมาตรการป้องกันการเข้าถึงหรือไม่ หากระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง การกระทำลักลอบสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของจำเลยก็ไม่ครบองค์ประกอบของกฎหมาย จำเลยย่อมไม่มีความผิด

อย่างไรก็ดีร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับ ๒๐๕๓ วันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๕๔) มาตรา ๑๖ มีหลักกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น เป็นความผิด เป็นการกำหนดในลักษณะทำนองความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้แต่ร่างนี้ก็ได้ตกไป อันเนื่องมาจากไม่เข้าใจเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายมาตรานี้ขึ้นมา โดยโยงไปเรื่องการทำซ้ำตามกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งไม่ใช่

ทำซ้ำลิขสิทธิ์กับสำเนาคอมพิวเตอร์ต่างกันอย่างไรเมื่อต่างกันการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์จึงไม่ใช่ละเมิดตามลิขสิทธิ์ ตอบได้ว่า ต่างกันที่เจตนารมณ์

สังคมออนไลน์มีความเห็นเสมือนหนึ่งมองไปในทางที่มาตรา นี้มีวัตถุประสงค์เอาผิดกับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในประเด็นนี้สมศักดิ์ เขียวจรรยากุลมีข้อความเห็นสองประการโดยขอยกแค่ที่เกี่ยวข้องในประเด็นแรก¹³ ดังนี้

ประการแรก ข้อความเห็นว่าด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายของความผิดทั้งสอง คือ ความผิดเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์กับความผิดเกี่ยวกับการสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมิชอบ จะพบว่าเจตนารมณ์ของความผิดทั้งสองแตกต่างกัน

ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายมีวัตถุประสงค์ต้องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในการที่บุคคลสร้างสรรค์ผลงาน ซึ่งในอีกด้านหนึ่งความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ส่งเสริมหรือสนับสนุนให้บุคคลสร้างสรรค์ผลงานจากความคิด สติปัญญา พัฒนาผลงาน

ส่วนความผิดเกี่ยวกับการสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมิชอบ กฎหมายมีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ปกป้องคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ในลักษณะทำนองเดียวกับทรัพย์สิน

¹³ somsak tienjaroonkul, “สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน ๒๕๕๙, จาก <http://oknation.nationtv.tv/blog/tienja/2012/06/09/entry-5>.

ในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่อยู่ในความหมายของคำว่าทรัพย์ เมื่อมีการลักลอบสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไปโดยมิชอบ สร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของข้อมูลคอมพิวเตอร์อย่างมากมาย แต่กฎหมายกลับไม่อาจเอาผิดและลงโทษทางอาญาได้ แม้แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560) ก็มีได้มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดตามมาตรา 16 แห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับที่ ๒) เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2554) ได้ แต่ต้องพิจารณาองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะการเข้าถึง (Access) เท่านั้น ซึ่งจะครบองค์ประกอบของความผิดหรือไม่ยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป อันต่างจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่คุ้มครองตัวข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยตรง เช่นนี้ ปัญหาประเด็นข้อกฎหมายก็จะเกิดขึ้นและมีอยู่ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547 ซึ่งเป็นช่องว่างทางกฎหมายอาญาช่องใหญ่ๆ ที่ไม่มีกฎหมายถือว่าเป็นความผิดและบทลงโทษทางอาญาอันจะคุ้มครองตัวข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยตรง

กฎหมายและกรณีศึกษาทางคดีของสหรัฐอเมริกา¹⁴

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายของรัฐบาลกลางที่ครอบคลุมการเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาต คือ Computer Fraud and Abuse Act 1986 มาตรา 1030(a)(2) ซึ่งมีหลักกฎหมายว่า ผู้ใดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ และได้รับไปซึ่ง...ข้อมูลประเภทต่างๆ ถือว่าผู้นั้นมีความผิด

เห็นได้ว่าแทนที่กฎหมายสหรัฐอเมริกามองข้อมูลเป็นทรัพย์หรือไม่ กลับกำหนดให้ได้รับไปซึ่งข้อมูลแทน อันเป็นการคุ้มครองข้อมูลโดยตรง

สำหรับการบังคับใช้รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986) มีคดีที่จะได้ศึกษาเป็นตัวอย่างดังต่อไปนี้

คดีแรก ในคดี United States v. Dimetriace Eva Lavon John (08-10459 No.) 2010¹⁵ โดยมี Smith, Owen and Haynes เป็นองค์คณะ ซึ่งจำเลยถูกดำเนินคดีฟ้องร้องหลายข้อหาตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986) มาตรา 1030(a)(2)(A) และ (C) กล่าวคือ เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์เกินขอบอำนาจและได้รับ

¹⁴ somsak tienjaroonkul, “สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2559, จาก <http://oknation.nationtv.tv/blog/tienja/2012/06/09/entry-2>.

¹⁵ “ตัวอย่างคดี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2559, จาก <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1507168.html>.

ไปซึ่งข้อมูลจากสถาบันการเงินหรือจากคอมพิวเตอร์เครื่องใดๆ กับรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกง โดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984(The credit card fraud act 1984) ตามมาตรา 1029(a)(2)และ(5) กล่าวคือ รู้อยู่แล้วและเจตนาฉ้อโกงเกี่ยวกับเครื่องมือสำหรับการเข้าถึง(Access Devices)

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า จำเลย(จอห์น) ทำงานในฐานะผู้จัดการฝ่ายบัญชีที่ซิติกรุปเป็นเวลาประมาณสามปี และอาศัยอำนาจตามตำแหน่งเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ภายในของซิติกรุปและข้อมูลบัญชีของลูกค้าที่มีอยู่ในนั้น ในเดือนกันยายน ปี 2005 จำเลยให้ข้อมูลบัญชีลูกค้าที่เปิดใช้งานแก่ Leland Riley ลูกพี่ลูกน้องของจำเลย กับพวกที่ร่วมกันกระทำความผิด จำเลยเข้าถึงและพิมพ์(Print) ข้อมูลเกี่ยวกับบัญชีลูกค้าของบริษัทไม่น้อยกว่า 76 บัญชี ให้แก่ Riley ไป ก่อนที่จำเลยจะถูกจับกุมดำเนินคดี ข้อมูลอยู่ในรูปของทั้งภาพสแกนเช็คที่เขียนโดยผู้ถือบัญชี หรือพิมพ์หน้าจอคอมพิวเตอร์ที่มีข้อมูลรายละเอียดของบัญชี ทั้ง Riley และ Cohorts ใช้ข้อมูลที่ได้จากจำเลยกระทำการฉ้อโกงจาก 4 บัญชี

คณะลูกขุนและผู้พิพากษาในศาลชั้นต้น(District Court) ซึ่งขาดให้จำเลยมีความผิดฐานใช้เครื่องมือสำหรับการเข้าถึง(Access Devices) โดยปราศจากอำนาจตามมาตรา 1029(a)(2) และ(5) แห่งรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกง โดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984(The credit card fraud act 1984) และมีความผิดตามมาตรา 1030(a)(2)(A) และ(C) แห่งรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986(Computer Fraud and Abuse Act 1986)

ศาลอุทธรณ์(Court of Appeals) วินิจฉัยสถานะของจำเลยว่าเป็นผู้ที่กระทำการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์เกินขอบอำนาจหรือไม่ โดยพิเคราะห์จากคำนิยามตามมาตรา 1030(e)(6)¹⁶ จำเลยเป็นพนักงานของซิติกรุปและมีข้อตกลงว่าจำเลยมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลของกิจการอย่างน้อยแค่ไหน ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบรรดาข้อมูลของลูกค้าที่จำเลยได้ไปนั้นอยู่ในส่วนที่จำเลยไม่มีสิทธิเข้าถึง

¹⁶ รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986)มาตรา 1030 (e) (6) the term “exceeds authorized access” means to access a computer with authorization and to use such access to obtain or alter information in the computer that the accesser is not entitled so to obtain or alter; and

จำเลยรู้อยู่แล้วยังเอาข้อมูลเหล่านั้นไป จำเลยจึงกระทำการเข้าถึงข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์เกินขอบอำนาจแล้ว¹⁷

เมื่อจำเลยเข้าถึงข้อมูลหรือระบบคอมพิวเตอร์ของซิติกรุปเกินขอบอำนาจ และได้รับไปซึ่งข้อมูลทางบัญชีของลูกค้าซิติกรุป ซึ่งซิติกรุปเป็นสถาบันการเงิน การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดต้องด้วยมาตรา 1030(a)(2)(A) แห่งรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986(Computer Fraud and Abuse Act 1986)

นอกจากนี้ จำเลยยังให้ข้อมูลทางบัญชีของซิติกรุปโดยมีเครื่องมือสำหรับการเข้าถึง (Access Devices) เป็นส่วนหนึ่งของข้อมูล อันเป็นผลให้เกิดการฉ้อโกงเรียกเก็บเงินจากลูกค้าของซิติกรุป และนำข้อมูลทางบัญชีไปใช้จ่ายชำระค่าสินค้า ซึ่งเพียงบัญชีเดียวในชื่อบัญชีของ Carolyn Baker เกิดความเสียหายถึง 78,750 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา เมื่อประเมินจากทั้ง 76 บัญชี มูลค่าความเสียหายประมาณได้ถึง 1,451,865 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา การกระทำของจำเลยจึงต้องด้วยมาตรา 1029(a)(5) ของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984(The credit card fraud act 1984)

ข้อสังเกต การกระทำของจำเลยที่เป็นความผิดตามมาตรา 1030(a)(2)(A) แห่งรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986(Computer Fraud and Abuse Act 1986) หากปรับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ของประเทศไทย ย่อมเป็นความผิดตาม มาตรา 5 ฐานเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยมิชอบ และมาตรา 7 ฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นการเอาผิดกับลักษณะแห่งการกระทำที่เป็นการ “เข้าถึง” หากแต่ลักษณะแห่งการกระทำที่เป็นการลักลอบเอาไปหรือสำเนาวัตถุแห่งการกระทำ คือ

¹⁷ “คำวินิจฉัยนี้ชี้ให้เห็นว่าบุคคลากรหรือพนักงานในองค์กรก็สามารถกระทำความผิดตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986) ได้ อันต่างจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ค.ศ. 1990 (Computer Misuse Act 1990) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งปรากฏในคดี DPP v Bignell [1998] ที่ศาลยุติธรรมของอังกฤษตัดสินชี้ขาดไม่มีความผิด โดยการกระทำจะเป็นความผิดต่อเมื่อแยกจากภายนอกองค์กร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2559, จาก

<http://www.lawteacher.net/criminal-law/acts/computer-misuse-act-1990.php>

<http://www.computerevidence.co.uk/Cases/CMA.htm>.

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ที่ไม่ได้อยู่ระหว่างการส่งตามมาตรา 8 จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

คดีที่สองในคดี *United States v. Batti* (09-2050 No.) 2011¹⁸ จำเลยในคดีนี้ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลชั้นต้น (District Court of Michigan) ขัดต่อพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986) มาตรา 1030(a)(2)(C) และมาตรา 1030(c)(2)(B)(iii)¹⁹ กล่าวคือ จงใจหรือเจตนาเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจหรือเกินขอบอำนาจ และได้รับไปซึ่งข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องใดๆ ที่ได้รับการคุ้มครอง และข้อมูลที่ได้รับไปนั้นมีมูลค่าเกินกว่า 5,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ซึ่งมีโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาหรือปรับไม่เกินสองเท่าของมูลค่าความเสียหายหรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า จำเลยทำงานในแผนกไอที (IT) ของบริษัท Campbell-Ewald, an advertising company ในเมืองมิชิแกน (Michigan) ประมาณ 6 ปี ต่อมาจำเลยถูกไล่ออกเมื่อเดือนมีนาคม 2007 จากเหตุการณ์ที่จำเลยลักลอบเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้บริหารระดับซีอีโอของบริษัทโดยปราศจากอำนาจ ทำให้ได้ไปซึ่งข้อมูลอันเป็นความลับของบริษัท จำเลยกระทำการคัดลอกและส่งข้อมูลข้ามบริษัท อาทิ ข้อมูลเกี่ยวกับค่าตอบแทนของผู้บริหาร งบการเงิน รายงานประชานกรรมการ แผนกลยุทธ์ เป้าหมาย และวัตถุประสงค์ของบริษัท อันเป็นข้อมูลสำหรับผู้บริหารระดับสูงของบริษัทเท่านั้น รวมถึงข้อมูลความลับทางธุรกิจ ในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

¹⁸ “ตัวอย่างคดี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2559, จาก <http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1552671.html>.

¹⁹ มาตรา 1030 (c) The punishment for an offense under subsection (a) or (b) of this section is.. (2) (B) a fine under this title or imprisonment for not more than 5 years, or both, in the case of an offense under subsection (a) (2), if (iii) the value of the information obtained exceeds \$5, 000; ภายหลังได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปีค.ศ. 1986 โดยแก้ไขเพิ่มเติมให้มีโทษปรับไม่เกิน 10, 000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาหรือปรับไม่เกินสองเท่าของมูลค่าความเสียหาย ตามความดังนี้ “Subsec. (c) (2) (B). Pub.L. 99-474, “under this title” for “of not more than the greater of \$10, 000 or twice the value obtained or loss created by the offense”, “not more than” for “not than”, and “; and” for the period at end of subpar. (B), respectively,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2559, จาก <http://www.panix.com/~eck/computer-fraud-act.html>.

(Email) ที่ติดต่อกันระหว่าง บริษัท Campbell-Ewald, an advertising company กับ General Motors ซึ่ง
เป็นลูกค้ารายใหญ่ที่สุดของบริษัท

วันที่ 18 เมษายน 2007 ขณะที่ผู้เชี่ยวชาญกำลังตรวจสอบระบบ Server ของบริษัทและ
ของ General Motors อยู่ ผู้เชี่ยวชาญได้พบความผิดปกติไม่น้อยกว่า 21 ครั้งที่มีการเข้าถึงระบบ
คอมพิวเตอร์ จึงแนะนำให้รองประธานและผู้จัดการทั่วไปของบริษัท Campbell-Ewald, an
advertising company คือ Joseph Naporano แจ้งความกับเจ้าหน้าที่เอฟบีไอ เจ้าหน้าที่เอฟบีไอจับกุม
และสอบปากคำจำเลย พบว่าแม้ภายหลังที่จำเลยถูกให้ออกจากบริษัทไปแล้วก็ยังมีการเข้าถึงระบบ
คอมพิวเตอร์ของบริษัท โดยที่แม้มีการเปลี่ยนรหัสผ่าน(Password)แล้ว แต่ก็เปลี่ยนเพียงเล็กน้อย ซึ่ง
จำเลยสามารถทำได้

จากการกระทำของจำเลยทำให้บริษัทเกิดความเสียหายนอกเหนือจากงานที่ทำโดยเอฟบี
ไอ ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากบริษัทรักษาความปลอดภัยคอมพิวเตอร์ที่ดำเนินการตรวจสอบและ Naporano
ได้รับคำแนะนำด้านกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดความปลอดภัยจากที่ปรึกษาภายนอกบริษัท
Campbell – Ewald รวมค่าใช้จ่ายทั้งหมดของการตรวจสอบโดยบริษัทรักษาความปลอดภัยและ
คำแนะนำจากที่ปรึกษาเป็นจำนวนเงิน 47,565 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ พนักงานของ
Campbell – Ewald ต้องให้ความช่วยเหลือด้านการตรวจสอบ รวมเวลาของพนักงาน Campbell –
Ewald ทุกคนใช้เวลาไปประมาณ 747 ชั่วโมงเกี่ยวกับเหตุการณ์การละเมิดความปลอดภัยนี้เป็นเงิน
163,549 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และมูลค่าการตลาดกับต้นทุนการผลิตของชิ้นข้อมูลวิดีโอโฆษณา
ของ General Motors เป็นเงิน 305,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

ศาลชั้นต้นและคณะลูกขุน(District Court of Michigan) เริ่มนั่งพิจารณาคดีวันที่ 28
ตุลาคม 2008 พบว่า มูลค่าการตลาดและต้นทุนการผลิตของชิ้นข้อมูลวิดีโอโฆษณาของ General
Motors เป็นเงิน 305,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาเป็นพยานหลักฐานที่ชัดเจน และประเมินค่าความ
เสียหายได้เป็นอย่างดีว่าเกินกว่า 5,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาคตามที่ มาตรา 1030(a)(2)(C) และ
มาตรา 1030(c)(2)(B)(iii) แห่งรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ.
1986(Computer Fraud and Abuse Act 1986) กำหนดเป็นองค์ประกอบของความผิด คณะลูกขุนลง
มติให้จำเลยมีความผิดและต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบระบบรักษาความปลอดภัยของ
ข้อมูลและค่าใช้จ่ายด้านกฎหมายเป็นเงิน 47,565 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกาแก่บริษัท Campbell –

Ewald ส่วนเวลาของพนักงาน Campbell – Ewald ทุกคนใช้เวลาไปรวมประมาณ 747 ชั่วโมง เกี่ยวกับเหตุการณ์การละเมิดความปลอดภัยนี้เป็นเงิน 163,549 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ให้คิดเป็นค่าใช้จ่ายที่กำหนดอัตราโดยรัฐบาล(หมายความว่าให้ใช้อัตราค่าจ้างพนักงานที่เป็นอัตรากลางที่กำหนดโดยรัฐบาล)

จำเลยอุทธรณ์โต้แย้งประเด็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากบริษัทรักษาความปลอดภัยคอมพิวเตอร์ที่ดำเนินการตรวจสอบ และค่าใช้จ่ายด้านกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดความปลอดภัยจากที่ปรึกษาภายนอกในจำนวนเงิน 47,565 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และมูลค่าความเสียหายที่กฎหมายกำหนดเป็นองค์ประกอบไว้ว่าต้องเกินกว่า 5,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา โดยกล่าวว่า ข้อมูลเหล่านั้นไม่สามารถประเมินมูลค่าเป็นเงินได้ และไม่ใช้ทรัพย์สินที่มีราคา

ศาลอุทธรณ์(Court of Appeals) คณะที่ 6 โดยนาย MOORE, GIBBONS และ McKEAGUE ตัดสินชี้ขาดเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2011 พิพากษายืนตามศาลล่าง

ข้อสังเกต การกระทำของจำเลยเมื่อถูกให้ออกจากงาน ย่อมเป็นความผิดตาม มาตรา 5 ฐานเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยมิชอบ และยังเป็นความผิดตาม มาตรา 7 ฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะโดยมิชอบ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ของประเทศไทย แต่ปัญหามีอยู่ว่า บรรดาข้อมูลเหล่านี้ไม่อยู่ในความหมายของคำว่าทรัพย์สินตามมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่อาจมีความผิดฐานลักทรัพย์ และหากจะปรับด้วยมาตรา 8 ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นนั้นต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ เช่นนี้ เมื่อคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไม่ได้อยู่ระหว่างการส่ง แต่เก็บไว้ในฮาร์ดดิสก์หรือการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เสร็จสิ้นแล้วและข้อมูลเก็บอยู่ที่ Server ย่อมไม่อาจปรับบทเป็นความผิดได้ อันต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่มีการตรากฎหมายเฉพาะออกมารองรับกรณีข้อเท็จจริงการลักหรือสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบเช่นนี้

กฎหมายศึกษาของมลรัฐนิวยอร์ก

มลรัฐนิวยอร์กก็มีกฎหมายอาญา มาตรา 156.30 ที่กำหนดให้ผู้ที่สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์มีความผิด และมาตรา 156.35 กำหนดให้ผู้ที่ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์มีความผิดด้วย ซึ่งตามกฎหมายไทยไม่มี

ตัวอย่างสมมุติประกอบปัญหา ดังนี้

1. เมื่อกฎหมายไทยไม่มีการกำหนดให้การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ถือเป็นความผิด

ตัวอย่างที่ 1.1 นาย ก. เป็นผู้ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของ นาย ข. สรุปได้ว่าตามกฎหมายไทย นาย ก. ไม่มีความผิดฐานใดเพราะการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ถือเป็นความผิดไว้

ตัวอย่างที่ 1.2 จากข้างต้นต่อมา นาย ก. มอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวให้แก่ นาย ค. สรุปได้ว่าตามกฎหมายไทย นาย ก. ไม่มีความผิด และนาย ค. ก็ไม่มีความผิดเช่นกันแม้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นจะอยู่กับคน อันเนื่องจากว่า นาย ค. ไม่ได้เป็นผู้ที่ทำสำเนาข้อมูลนั้นด้วยตนเอง

2. เมื่อกฎหมายไทยมีการกำหนดให้การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ถือเป็นความผิดแต่ไม่กำหนดให้ผู้ที่ครอบครองข้อมูลที่ได้มาจากการทำสำเนาโดยมิชอบถือเป็นความผิด

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นผู้ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของ นาย ข. ต่อมา นาย ก. มอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวให้แก่ นาย ค. สรุปได้ว่า นาย ก. มีความผิดฐานทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของนาย ข. ส่วนนาย ค. ไม่มีความผิดใด แม้ตนจะมีข้อมูลที่ได้มาจากการกระทำความผิดก็ตาม

3. เมื่อกฎหมายไทยมีการกำหนดให้การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ถือเป็นความผิดและกำหนดให้ผู้ที่ครอบครองข้อมูลที่ได้มาจากการทำสำเนาโดยมิชอบถือเป็นความผิด

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นผู้ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของ นาย ข. ต่อมา นาย ก. มอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวให้แก่ นาย ค. สรุปได้ว่า นาย ก. มีความผิดฐานทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของนาย ข. ส่วนนาย ค. มีความผิดฐานครอบครองข้อมูลที่ได้มาจากการทำสำเนาโดยมิชอบ

พิเคราะห์จากกฎหมายของนิวเจอร์กได้ว่า นอกจากผู้ที่ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตาม 156.30 แล้ว ผู้ที่ครอบครองสิ่งเหล่านี้ที่ถูกทำสำเนา มา ย่อมถือเป็นความผิดด้วยตาม 156.35 เพราะผู้ที่ครอบครองอาจไม่ได้เป็นผู้ที่ทำสำเนา หากแต่อาจเป็นผู้ที่รับข้อมูลนั้นต่อมาก็เพื่อประโยชน์ต่อตนเองหรือบุคคลที่สาม โดยหากเปรียบเทียบมาตรา นี้กับกฎหมายไทยที่พอจะนำมาเป็นตัวอย่างได้คือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 ว่าด้วยเรื่องการรับของโจร โดยหัวใจสำคัญของมาตรา นี้คือการช่วยเหลือคนร้าย จำหน่ายทรัพย์สินให้พ้นตัวไป กล่าวคือ ผู้ที่ครอบครองข้อมูลหรือโปรแกรมจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์อาจเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ทำสำเนาข้อมูลหรือโปรแกรม หากแต่เป็นผู้ที่รับข้อมูลหรือโปรแกรมอันได้มาจากการทำสำเนาจากบุคคลอื่นอีกที เหตุที่ไม่สามารถนำมาตรา 357 นี้มาปรับใช้ได้เลย อันเนื่องมาจากการตีความกฎหมายอาญาที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงทำให้ไม่ครอบคลุม

ถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด อีกทั้งจะถือว่าเป็นการรับของโจรได้ ผู้ที่ถือว่าเป็นโจรต้องได้ทรัพย์สินอันมาจากการกระทำความผิดในฐานความผิดทั้ง 9 กรณี อันได้แก่ ลักทรัพย์ วิวังทรัพย์ กรรโชก ริดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หน้อโกง ยักยอก หรือเจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์เท่านั้น ดังนี้ เมื่อข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นทรัพย์ รวมถึงคำพิพากษาไทยที่ถือว่าการทำสำเนาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นการลักทรัพย์ดังอธิบายไว้ข้างต้น จึงไม่สามารถนำมาตรา 357 นี้ มาปรับใช้บังคับได้

ตัวอย่างกรณีศึกษาทางคดีของประเทศญี่ปุ่น²⁰

กรณีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ในประเทศญี่ปุ่นถูกฟ้องในปี 1973 ที่ศาลแขวงโตเกียวกรณีนี้เป็นกรณีที่เกิดความเสียหายทางแพ่งไม่ได้เป็นคดีอาญา แต่เหตุผลหลักของคดีนี้คือการโจรกรรมข้อมูล

ATENA คอร์ปอเรชั่น (โจทก์) เป็นบริษัทการพิมพ์ไปรษณีย์และคอมพิวเตอร์นากาโนะเซ็นเตอร์ (จำเลย) เป็นบริษัทการประมวลผลข้อมูลคอมพิวเตอร์ โจทก์ได้รับการร้องขอจากนิกเกอิ McGraw-Hill ให้ส่งรายละเอียดที่อยู่และชื่อของลูกค้าเป็นกระดาษต่อมาวันที่ 27 ตุลาคม 1970 พนักงานของโจทก์ได้นำเทปแม่เหล็กไฟฟ้าบางส่วนเข้าไปในโรงงานของจำเลยที่ Sinjuku Tokyo ซึ่งข้อมูลลูกค้าของนิกเกอิ McGraw-Hill ได้ถูกบันทึกไว้ในรูปของเทปแม่เหล็กไฟฟ้า งานของพนักงานโจทก์เป็นงานที่เป็นความลับและมีหน้าที่ปกป้องเทปแม่เหล็กไฟฟ้าและข้อมูลของลูกค้าที่ถูกบันทึกไว้จากการโจรกรรมข้อมูล ปรากฏว่าพนักงานนอนหลับลึกในขณะเวลางาน ขณะที่เขานอนหลับข้อมูลลูกค้าถูกคัดลอกโดยคนที่ไม่ได้รับอนุญาต และพนักงานไม่สามารถรับรู้ว่าการคัดลอกข้อมูลดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตนี้ถูกส่งไปยังสถานที่ใด

หลังจากนั้นในเดือนมกราคมปี 1971 นิกเกอิ McGraw-Hill ค้นพบว่าข้อมูลของลูกค้าเดียวกันได้ถูกใช้โดย Readers Digest Japan (เป็นนิตยสารรายเดือน) นิกเกอิ McGraw-Hill สงสัยว่า Readers Digest Japan ได้ขโมยข้อมูลของลูกค้าโดยการคัดลอกจากเทปแม่เหล็กไฟฟ้าที่โรงงานของจำเลย

อย่างไรก็ตามสำนักงานตำรวจญี่ปุ่นปฏิเสธข้อกล่าวหาที่ได้รับนี้เพราะการโจรกรรมข้อมูลไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายที่มีอยู่นอกจากนี้ นิกเกอิ McGraw-Hill ไม่สามารถค้นพบหลักฐานที่ชัดเจนใด ๆ ที่จะพิสูจน์ว่า Readers Digest Japan ขโมยข้อมูลลูกค้าของนิกเกอิ McGraw-Hill

²⁰ Takato Natsui, CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS,

ดังนั้นโจทก์จึงฟ้องเรียกค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากจำเลยเป็นจำนวน 4,569,484 เยน ในฐานะที่เป็นสาเหตุของการกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการป้องกันการโจรกรรมข้อมูลใดๆ ในโรงงานทำให้เกิดความเสียหายแก่นิกเกอิ McGraw-Hill และโจทก์ศาลสั่งจำเลยเพื่อชดเชยส่วนหนึ่งของความเสียหายของโจทก์เป็นจำนวน 2,039,420 เยน และค่าใช้จ่าย

หลังจากกรณีนี้เกิดขึ้นเป็นผลให้ผู้คนยอมรับอันตรายจากการกระทำดังกล่าวว่าเป็นการก่ออาชญากรรม หรือกิจกรรมที่เป็นอันตรายและประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 1987 เพราะอันเดิมไม่มีการระบุเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาบทบัญญัติบางประการที่จะห้ามกิจกรรมดังกล่าวและลงโทษพวกเขาฐานเป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่สำคัญ

เกี่ยวกับการโจรกรรมข้อมูลนี้เห็นได้ว่าการเข้าถึงและถูกดึงข้อมูลออกไป กรณีข้างต้นเป็นการพิจารณาคดีของศาลซึ่งได้มีการตีพิมพ์ครั้งแรกที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ในประเทศญี่ปุ่น ตั้งแต่คดีนี้เกิดขึ้นผู้คนได้พูดคุยถึงปัญหาดังกล่าว แต่ก็ไม่มีกฎหมายที่ใครจะยอมรับว่าการโจรกรรมข้อมูลจะถูกลงโทษในประเทศญี่ปุ่น

นักวิชาการส่วนใหญ่ของกฎหมายอาญาเชื่อว่าไม่มีความจำเป็นสำหรับการลงโทษกิจกรรมดังกล่าว แต่อาจารย์ที่มีชื่อเสียงกล่าวว่าการโจรกรรมข้อมูลไม่ได้เกี่ยวข้องกับการรับโอนทรัพย์สินที่จับต้องได้เท่านั้น เพียงคัดลอกข้อมูลก็ถือว่าเป็นการโจรกรรมข้อมูลเช่นเดียวกันและแน่นอนถ้าข้อมูลที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายแล้วทุกคนที่คัดลอกข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตใดๆ ย่อมได้รับการลงโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น²¹

ทั้งนี้ในหลัก Cybercrimes ที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มีการให้คำจำกัดความและครอบคลุมการกระทำที่ถือว่ามีความผิด ซึ่งตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 พบว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลคอมพิวเตอร์มากที่สุด คือ ข้อ 5 การทำลายของการบันทึกแม่เหล็กไฟฟ้า ข้อนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการทำลายสิ่งบันทึกในรูปอิเล็กทรอนิกส์ให้เสียหายหรือเปลี่ยนแปลงไปไม่อยู่ในสภาพเดิมเท่านั้น

ดังนั้น จากการศึกษาหลัก Cybercrimes ในประมวลกฎหมายอาญา และ Unauthorized Computer Access Law ปัจจุบันประเทศญี่ปุ่นมีมาตรการเกี่ยวกับการเข้าถึงที่เป็นความผิด แต่ไม่พบว่าการพูดถึงเกี่ยวกับการดึงข้อมูลออกไป (Retrieving Information) หรือการทำสำเนาข้อมูลไว้ (Copy Data) แต่อย่างใด

²¹ Takato Natsui, CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS, (n.p.: n.p., n.d.), p.10.

จากการยกตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้วางบทลงรับกับผู้ที่ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้ และกฎหมายของนิวยอร์กที่ออกมาเอาผิดกับผู้ที่ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ และผู้ที่ครอบครองสิ่งที่ได้จากการกระทำความคิดนั้นไว้โดยเฉพาะ แต่กฎหมายไทยปัจจุบันไม่สามารถเอาผิดกับผู้ที่กระทำทำการคัดลอกสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้เพราะมองว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นทรัพย์สินจึงไม่สามารถลักไปได้ อีกทั้งข้อมูลเดิมที่ถูกทำสำเนายังคงมีอยู่มิได้ถูกแย่งไปจากการครอบครองแต่อย่างใด จึงไม่อาจลงโทษบุคคลผู้มีเจตนาไม่สุจริตที่แอบคัดลอกหรือทำสำเนาข้อมูลของบุคคลอื่นซึ่งก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดได้ และยังไม่สามารถเอาผิดต่อผู้ที่ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาโดยมิชอบอีกด้วย

ส่วนการพิจารณาว่าการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ในกรณีใดจะเป็นความผิดหรือไม่²² เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณา “เจตนา” ของผู้กระทำเป็นหลักว่ามีเจตนาอย่างไร เพราะกรณีที่จะเป็นความผิดทางอาญาต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ดังนั้นหากเป็นกรณีการทำโดยระบบปกติของเครื่อง เช่น การCache²³ ข้อมูลมาเก็บไว้ในตัวเครื่องสำหรับการเรียกใช้งานในสภาวะปกติ เช่นนี้ย่อมไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “ทำสำเนา” อันจะถือว่าเป็นความผิดแต่อย่างใด

ในที่นี้ การกระทำ “โดยเจตนา” มีความหมายคล้ายกับ “โดยจงใจ” ในทางแพ่ง แตกต่างกันเพียงว่า การกระทำโดยจงใจนั้น หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็นผลเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่มิได้หมายเลยไปถึงว่าต้องเจจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างเช่น กระทำ “โดยเจตนา” ฉะนั้นการกระทำโดยเจตนาในทางอาญาจึงเป็นการกระทำ “โดยจงใจ” ในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เสมอ²⁴ ทั้งนี้ก็เพราะจงใจมีความหมายกว้างกว่าเจตนาตนเอง ตัวอย่างเช่น ก. ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นไฟล์ลับมีภาพ

²² สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, “เอกสารประกอบการสัมมนารับฟังความคิดเห็น เรื่อง การปรับปรุง พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ฯ: ความสมดุลระหว่างเสรีภาพ กับความมั่นคงปลอดภัย,” โรงแรมเซอราตัน แกรนด์ สุขุมวิท กรุงเทพฯ, 3 เมษายน 2556 : น.6.

²³ Cache คือหน่วยความจำอย่างหนึ่ง มีความเร็วในการเข้าถึงและการถ่ายโอนข้อมูลที่สูง ซึ่งมีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลที่ต้องการจะใช้งานบ่อยๆ เพื่อเวลาที่CPUต้องการใช้ข้อมูลนั้นๆ จะได้ค้นหาได้เร็ว โดยที่ไม่จำเป็นต้องไปค้นหาจากข้อมูลทั้งหมด ซึ่งทำให้สามารถเข้าถึงข้อมูลของได้รวดเร็วยิ่งขึ้น Cache มี 2 แบบคือ 1.disk cache คือการเก็บข้อมูลไว้ในหน่วยความจำหลักก่อน เมื่อ CPU ต้องการจะหาข้อมูล ก็จะหาใน disk cache ก่อน แล้วค่อยเข้าไปค้นหาในharddisk 2.Memory cache จะดึงข้อมูลมาเก็บไว้ใน memory ซึ่งจะถึงข้อมูลได้รวดเร็วกว่า แต่มีความจำที่เล็กกว่าเพราะฉะนั้นถ้า คอมพิวเตอร์เครื่องใดที่มี cache ความเร็วสูงก็จะเข้าถึงข้อมูลได้ง่าย แต่อย่างไรก็ตามยิ่งขนาดใหญ่มากก็เก็บข้อมูลได้เยอะ แต่การเข้าถึงจะช้ากว่า cache ที่มีขนาดเล็ก

²⁴ จิตติ ดิงศักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, (ม.ป.ท: ม.ป.พ., 2522), น.178.

ลามกของ ข. เพื่อนำไปเปิดเผยต่อบุคคลทั่วไปให้รับรู้ เป็นเหตุให้ ข. ได้รับความอับอาย การกระทำของ ก. เป็นเจตนาแน่นอนถ้าตามกฎหมายระบุความผิดฐานสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้ขณะเดียวกันเป็นจงใจทำละเมิดต่อทรัพย์สิน และชื่อเสียงของ ข. โดยทางแพ่งด้วย

อนึ่ง การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์นี้ส่งผลต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ในการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น(Primary Infringement) โดยมีการทำซ้ำ และยังเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง(Secondary Infringement)อันเนื่องมาจากผู้ทำสำเนาอาจทำไปโดยไม่สุจริต เช่น ความมุ่งหมายเพื่อหากำไรจากทำสำเนานั้น ไม่ว่าจะนำข้อมูลไปขายต่อหรือใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง

ท้ายที่สุดจากปัญหาในการกระทำของบุคคลที่ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบทั้งหลายนี้ ถือได้ว่ากระทบต่อทรัพย์สินอันเป็นการละเมิดต่อผู้อื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420

สรุปได้ว่า การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต ปัจจุบันไม่มีกฎหมายกำหนดไว้สำหรับเรื่องนี้โดยเฉพาะ ซึ่งหากปล่อยให้มีการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์กันได้โดยไม่มีมาตรการใดมาควบคุม ย่อมอาจเกิดคดีความตามที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้นและไม่สามารถแก้ปัญหา หรือลงโทษผู้กระทำความผิดได้ส่งผลให้ไม่สามารถนำผู้กระทำความผิดมาชำระค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาใดๆให้แก่ผู้เสียหายซึ่งถูกละเมิดจากการกระทำความผิดนี้ต่อไป

ดังนั้น การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยประการที่น่าจะทำให้เจ้าของข้อมูลได้รับความเสียหาย เห็นควรให้มีกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยกฎหมายมีช่องว่างในเรื่องของการให้ความคุ้มครองข้อมูลของบุคคลจากการทำสำเนาทางคอมพิวเตอร์ ที่ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครอง ฉะนั้นประเทศไทยจึงควรปรับแก้กฎหมาย ทั้งนี้ตามตัวอย่างของสหรัฐอเมริกาแล้ว เพราะฉะนั้นจึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยให้บัญญัติเพิ่มเติมให้อยู่ต่อจากเรื่องการเข้าถึงเป็นมาตราใหม่ ดังนี้

“ถ้าการกระทำในมาตราก่อนหน้านี้ผู้กระทำได้รับไปซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ถือว่ามีความผิดต้องระวางโทษ...

ผู้ที่ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งรู้หรือควรจะได้รู้ว่ามาจากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่ามีความผิดด้วยต้องระวางโทษ...” โดยเทียบเคียงจากรัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกาและมลรัฐนิวยอร์ก

4.3 ปัญหาการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้

การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์นี้ไม่อยู่ในความหมายเดียวกับการทำซ้ำสิ่งซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครอง ไม่ถือว่าละเมิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทก่อนหน้านี้ ดังนั้น แม้จะทำซ้ำคัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อไปกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ไม่สามารถให้ความคุ้มครองเยียวยาได้ และด้วยการกระทำไม่ใช่แค่ทำซ้ำคัดแปลงหรือนำไปเผยแพร่เท่านั้น หากแต่มีการกระทำอื่นในการก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นการละเมิดต่อผู้อื่นด้วย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอกกล่าวถึงแต่เฉพาะการนำไปใช้ในสิ่งที่ถูกทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครองเท่านั้น

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคสอง และ มาตรา 7 ได้กำหนดถึงสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครอง และไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกทำสำเนา ได้แก่

1. สิ่งพิมพ์ที่พิมพ์ไว้เดือนความจำ เปาะไว้ไนต์ไว้ เช่น รหัสผ่านบัตรเอทีเอ็ม รหัสผ่านมือถือ รหัสผ่านเฟสบุ๊ค และบรรดาร์หัสผ่านที่ไนต์ไว้ในโปรแกรม Note Text หรือ Microsoftword เพื่อไว้เดือนความจำ หรือความลับที่ไม่อยากบอกใคร เช่น คำวินิจฉัยของแพทย์ที่ผู้ป่วยบางรายต้องการเก็บไว้เพื่อในระหว่างชีวิตประจำวันได้ทราบถึงโรคที่เคยเป็นหรือเป็นอยู่เพื่อได้เตรียมการดูแลสุขภาพ เป็นต้น

2. ศิลปกรรม รูปภาพ

2.1 ไม่ได้ตั้งใจถ่าย

รูปภาพที่ไม่ได้ตั้งใจถ่าย รูปจึงเกิดขึ้น โดยบังเอิญมิได้เกิดจากความวิริยะอุตสาหะในการสร้างงาน เช่น ชัตเตอร์กระแทกทำให้ชัตเตอร์ลั่น มือไปโดนเป็นเหตุให้ชัตเตอร์ลั่น หรือเกิดจากการถ่ายเล่นๆ

2.2 ตั้งใจถ่าย

รูปนั้นอาจก่อความอับอาย(ดูไม่ดี)แก่เจ้าของข้อมูลได้ เช่น ภาพลามก โป๊ รูปโพสท่าน่าเกลียดของนางสาวไทยภาพและจี๋มุกที่ถ่ายเล่น ภาพเที่ยวผับที่ถ่ายเล่นเก็บไว้อันมีกิริยาไม่เหมาะสม เป็นต้น ซึ่งอาจทำให้เสียภาพพจน์และกระทบต่อวิชาชีพของแต่ละรายบุคคลไป

3. โสตทัศนวัสดุ วีดีโอ

ทำนองเดียวกับรูปภาพ เช่น วีดีโอนำเกลียดการกระทำอันน่าเกลียด ลามก โป๊ เป็นต้น ปัจจุบันได้มีหลายเหตุการณ์ที่เป็นข่าวถ่ายวีดีโอมีเพศสัมพันธ์ แล้วโดนนำลงโซเชียล เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างมากมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530²⁵ ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้ จะต้องเป็น ลิขสิทธิ์ในงานที่ตน สร้างสรรค์ โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าวีดีโอเทปของกลาง 1 ที่ โจทก์อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ มีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงและชาย บาง ตอนอันเป็นภาพ ลามก ซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้า เป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 287 งานของ โจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่งานสร้างสรรค์ ตามความหมายแห่ง พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โจทก์จึงไม่ใช่ เจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ใช่ผู้เสียหายตาม ป.วิ.อ. มาตรา 2(4) และไม่มีอำนาจฟ้อง วีดีโอเทปของกลาง 2 ที่ จำเลยอ้างส่งต่อศาลในระหว่างการพิจารณาไม่ใช่งานของกลางที่พนักงานสอบสวนได้ยึดไว้ในคดี และ โจทก์มิได้มีคำขอให้รับ แม้วีดีโอเทปดังกล่าวจะมีภาพลามกรวมอยู่ด้วยอย่างเดียวกันกับวีดีโอเทป ของกลาง 1 ศาลก็ไม่มีอำนาจสั่งรับตาม ป.วิ.อ.มาตรา 192 ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความ สงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จะไม่มีฝ่ายใดฎีกา ศาลฎีกาก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้

จากข้างต้นชี้ให้เห็นว่า วีดีโอลามก ไม่มีความสร้างสรรค์ตามความหมายแห่ง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในปัจจุบัน

แม้ตัวบทของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะมีได้กล่าวไว้โดยชัดเจนว่า จะไม่ให้ ความคุ้มครองแก่งานที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ หากพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า ภาพลามก วัตถุลามก วีดีโอเทปลามก ซึ่งมีบทการแสดงร่วมเพศระหว่างชายหญิงบางตอน งานในลักษณะดังกล่าวไม่ใช่ งานสร้างสรรค์ตามกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์²⁶

4. ความลับทางการค้า

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ให้คำนิยาม "ความลับ ทางการค้า" หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคล ซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจาก

²⁵ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530,” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2560, จาก <https://deka.in.th/view-26545.html>.

²⁶ นินนาท บุญยะเดช, “ความเป็นอันหนึ่งเดียวกันของระบบลิขสิทธิ์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2560, จาก <https://www.gotoknow.org/posts /64047>.

การเป็นความลับและเป็นข้อมูลที่อยู่ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

ข้อมูลการค้า จะเป็นสิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ถึง ข้อความเรื่องราว ข้อเท็จจริงหรือสิ่งใดไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใด ๆ หรือจะจดทำไว้ในรูปแบบใดก็ตามนอกจากนี้ข้อมูลทางการค้ายังรวมไปถึง สูตร รูปแบบ งานที่ได้อบรมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการเทคนิค หรือกรรมวิธีต่าง ๆ เช่น สูตรยา สูตรอาหาร สูตรเครื่องดื่ม สูตรเครื่องสำอาง กรรมวิธีการผลิต ข้อมูลการบริหารธุรกิจ รายละเอียดเกี่ยวกับราคาสินค้า กลยุทธ์การโฆษณาสินค้าหรือแม้กระทั่งบัญชีรายชื่อลูกค้าก็อาจเป็นข้อมูลทางการค้าได้เช่นกัน²⁷

การกระทำของผู้ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์จะเป็นความผิดตาม พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 33 ต่อเมื่อได้เปิดเผยความลับทางการค้าให้เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไปในประการที่ทำให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า

5. ข้อมูลส่วนบุคคล

โดยที่การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำได้โดยง่ายสะดวกและรวดเร็วอันอาจนำมาซึ่งความเดือดร้อนรำคาญหรือความเสียหายในกรณีที่มีการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปแสวงหาประโยชน์หรือเปิดเผยโดยมิชอบหรือโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล เพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือเพื่อประโยชน์ในการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ในการกระทำความผิดต่างๆ เช่น การฉ้อโกง การหมิ่นประมาท ริดเอาทรัพย์สิน เป็นต้น ปัญหาเหล่านี้ ย่อมส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม

ปัจจุบันการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยังไม่ครอบคลุมในอีกหลายๆ เรื่อง เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวอันไม่พึงเปิดเผย ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ ตลอดจนกิจกรรมส่วนตัวใดๆ ที่ควรปกปิดเป็นความลับ หากปล่อยให้ถูกล่วงละเมิด โดยไม่มีมาตรการใดๆ ป้องกัน แม้จะมีมาตรการแก้ไขเยียวยาทางกฎหมาย ก็ไม่อาจฟื้นฟูสภาพจิตใจหรือเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยเฉพาะการฟ้องคดีที่ผู้เสียหายมีภาระต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการถูกละเมิด และยังคงพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่แท้จริง

²⁷ jatuporn, “ความลับทางการค้า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2560, จาก

ที่นอกจากมีค่าใช้จ่ายแล้วยังเป็นการซ้ำเติมต่อสภาพจิตใจเจ้าของข้อมูลให้ได้รับความเสียหายอีกด้วย นอกจากนี้ความไม่เหมาะสมดังกล่าวแล้ว ยังพบว่ามีการนำเอาข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล เพื่อประโยชน์ทางการค้าจากการขายข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง²⁸

ผู้วิจัยขอแยกเป็น 2 กลุ่มผู้ที่มีการนำไปใช้ โดยแยกกลุ่มดังนี้

1. ผู้ที่ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์

ในเมื่อเกิดการทำสำเนาดังนั้นผู้ที่นำไปใช้อันดับแรกเลย คือ ผู้ที่ทำสำเนาข้อมูลนั้น

2. บุคคลที่สาม

การครอบครองข้อมูลที่ได้มาจากการทำสำเนา การมีข้อมูลที่ได้มาจากการทำสำเนาไม่จำเป็นต้องลงมือสำเนาด้วยตนเองเสมอไป ดังนั้น ผู้ที่นำไปใช้อาจเป็นทั้งผู้ทำสำเนาหรือบุคคลที่สามก็ได้ โดยมีการนำไปใช้ดังเช่นกรณีต่อไปนี้

1.1 เปิดเผยข้อมูลลับที่อาจทำให้เจ้าของข้อมูล เสียหาย อับอาย เป็นต้น

-เสียหาย เช่น สิ่งที่พิมพ์ทิ้งไว้เตือนความจำ แปะไว้นัดไว้ ไม่ว่าจะเป็นรหัสผ่านบัตรเอทีเอ็ม รหัสผ่านมือถือ รหัสผ่านเฟสบุ๊ค และบรรดาร์หัสผ่านที่โน้ตไว้ในโปรแกรม Note Text หรือ Microsoftword เพื่อไว้เตือนความจำ หากรหัสเหล่านี้ถูกนำไปใช้ถูกใช้กดเงินไปโดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของที่แท้จริงย่อมไม่รู้ว่าจะเกิดความเสียหายมากเท่าใดตามมา การกระทำที่เสียหายต่างๆเหล่านี้กระทบต่อทรัพย์สินซึ่งสามารถคิดคำนวณราคาเป็นเงินได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

มีข้อน่าสังเกตว่า การทำสำเนารหัสผ่านของผู้อื่น แม้ยังไม่มีการนำไปใช้ แต่ก็น่าจะเกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลนั้นได้

-อับอาย เช่น โคนป่าวประกาศในสิ่งที่ตนไม่ต้องการให้ผู้ใดรับรู้ เป็นเหตุให้ตนเสื่อมเสียชื่อเสียง ไม่ว่าจะป็นข้อมูล เนื้อหา รูปภาพ วิดีโอ เป็นต้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 กล่าวถึง สิ่งกระทบต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ อันเป็นลักษณะที่มองไม่เห็นซึ่งไม่สามารถคิดคำนวณราคาเป็นเงินได้ โดยการกระทำที่จะเข้ามาตรานี้ต้องเป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย และข้อความนั้นต้องไม่เป็นความจริงด้วย แต่ทว่าบรรดาความลับต่างๆเหล่านี้เป็นสิ่งที่

²⁸ แนวหน้า คอสมีนีสต์, เฟิ่งฮ้าง.

ถือว่าเป็นความจริงทั้งสิ้น ดังนั้น มาตรา 423 ที่เป็นมาตราเดียวที่ช่วยเรื่องละเมิดในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายด้านชื่อเสียงนี้กลับให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถูกเปิดเผยความลับไม่ได้

1.2 เอาไปใช้ในทางเศรษฐกิจ เช่น ข้อมูลจำพวกข้อมูลส่วนบุคคล อาทิ ชื่อ ที่อยู่ หมู่มาก เพื่อการโปรโมทสินค้า เป็นต้น ทั้งนี้ปัจจุบันประเทศไทยมีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแต่ร่างนี้ยังไม่ประกาศใช้ และตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 แม้ร่างนี้จะไม่คุ้มครองถึงการถูกบุคคลอื่นนำไปเปิดเผยโดยตรง แต่บอกถึงรายละเอียดการให้ความสำคัญกับข้อมูลพวกนี้ที่จะต้องไม่นำไปเปิดเผยที่ใดหากไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลเสียก่อน และยังคงกล่าวถึงการกำหนดให้มีแผนการเยียวยาความเสียหายจากการถูกละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งหากร่างตัวนี้ประกาศใช้ได้สำเร็จ ย่อมสามารถใช้เป็นกฎหมายเทียบเคียงในการให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลส่วนบุคคลในด้านข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้

1.3 เอาข้อมูลไปขาย เช่น ขายให้บุคคลที่สนใจ หรือต้องการข้อมูลนั้น ขายให้นักข่าว ขายให้คู่แข่งทางการค้าของอีกฝ่าย เหล่านี้ย่อมเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าได้ ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 กับ มาตรา 33

1.4 เอาไปใช้ก่อการทำความผิดอาญาฐานอื่น เช่น ความผิดฐานริดเอาทรัพย์ น้อโกง โดยปกติแล้ว กฎหมายไทยในมาตรา 420 เป็นบทบัญญัติที่กว้างขวางและมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิของบุคคล(Right of Individual)เป็นสำคัญ สิ่งใดที่กฎหมายรับรองว่าเป็นสิทธิของบุคคลแล้ว หากมีผู้ใดมากระทำการอันเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยผิดกฎหมายทำให้สิทธิของบุคคลต้องถูกรบกวนหรือได้รับความเสียหายตามกฎหมายไทยย่อมเป็นการละเมิด ผู้กระทำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น แนวความคิดเรื่องละเมิดของไทยจึงเน้นที่ความผิดต่อกฎหมายเป็นสำคัญ²⁹

อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนำข้อมูลที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์มาเปิดเผยข้อมูลลับแล้วทำให้เกิดความเสียหาย อับอาย ข้างต้น จะเป็นการกระทำละเมิดได้หรือไม่และใครเป็นผู้กระทำละเมิด เห็นว่า กฎหมายไทยไม่ได้มีบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับกรณีมาตรา 433 ซึ่งกำหนดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัตว์

²⁹ ไพจิตร สวัสดิ์สาร, การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บริษัทชนพิมพ์50จำกัด, 2550), น.125.

ที่ให้เจ้าของสัตว์หรือผู้รับเลี้ยงรักษาไว้แทนเป็นผู้รับผิดชอบ ฉะนั้น หากมีการกำหนดให้ผู้ที่ทำสำเนา หรือผู้ที่นำข้อมูลที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ในการเปิดเผยข้อมูลลับ เป็นผู้รับผิดชอบ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดด้วย ย่อมเป็นการกำหนด หลักเกณฑ์ให้มีความทันสมัยมากขึ้นตามเทคโนโลยีและการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ในปัจจุบัน อันเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งได้รับผลกระทบ ให้ได้รับการเยียวยาจากผู้กระทำผิดในการ เรียกร้องความเป็นธรรมตามกฎหมายได้ต่อไป

สรุปได้ว่า หากข้อมูลคอมพิวเตอร์เหล่านี้ได้ถูกนำไปใช้ย่อมส่งผลเสียไม่ทางใดก็ทาง หนึ่งแก่เจ้าของข้อมูลนั้นเป็นแน่แท้ อันส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่โดยรวมของสังคมผู้นั้น ไม่น่า ก็น้อย

ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดที่ได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ไม่ได้เป็นผู้ที่ทำสำเนา คอมพิวเตอร์ด้วยตนเอง ถ้าผู้ทำสำเนาขึ้นแรกเล็งเห็นได้ถึงผลจากการกระทำของตน ก็ต้องร่วมรับ ผิดในผลละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายร่วมกันต่อผู้เสียหายด้วย อันเนื่องจากว่า ถ้าไม่มีการกระทำ แรกเกิดขึ้น การกระทำที่ต่อเนื่องคงไม่ตามมา กล่าวคือ ถ้าผู้ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ขึ้นแรกไม่ ส่งต่อให้บุคคลที่สาม บุคคลที่สามย่อมไม่สามารถกระทำความผิดได้

ดังนั้น การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาทางคอมพิวเตอร์โดยมิชอบไปใช้ เห็นควรให้มีความผิด ซึ่งประเทศไทยกฎหมายมีช่องว่างในเรื่องการเรียกค่าสินไหมทดแทนว่าด้วย ละเมิดที่ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้โดยเฉพาะ และการนำข้อมูลที่ถูกทำ สำเนาไปใช้เปิดเผยความลับที่กระทบต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ ที่ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครอง ฉะนั้น ประเทศไทยจึงควรปรับแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 5 หมวด 1 ความรับผิด เพื่อละเมิด โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ทำสำเนา ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือ จากผู้ที่นำข้อมูลจากการทำสำเนาไปใช้ต่างๆ ดังนี้

“ผู้ใดทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อ ผู้อื่น ผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

ในกรณีที่มีการนำข้อมูลตามวรรคหนึ่งไปใช้ ผู้ที่นำไปใช้ถือว่าละเมิดจำต้องใช้ค่า สินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนำไปใช้นั้น

ถ้าการนำข้อมูลตามวรรคสองไปใช้ ผู้กระทำความผิดที่ได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ ไม่ได้เป็นผู้ที่ทำสำเนาคอมพิวเตอร์ด้วยตนเอง ถ้าผู้ทำสำเนาในตอนแรกเล็งเห็นได้ถึงผลจากการกระทำนั้น ก็ต้องร่วมรับผิดชอบในผลละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายร่วมกันต่อผู้เสียหายด้วย”

4.4 ความเสียหายจากการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ และการเยียวยาทางแพ่ง

เมื่อเจตนากรณีในการให้การทำสำเนาคอมพิวเตอร์ถือเป็นความผิด ไม่ได้มาจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การเยียวยาจึงไม่ควรนำกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์มาปรับใช้ หากแต่ต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นดังเช่นการลักทรัพย์ และเยียวยาผู้เสียหายที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดทางอาญาแทน

โดยการจะเยียวยาทางแพ่งว่าด้วยละเมิดได้จะต้องเกิดความเสียหายขึ้นก่อน ทั้งนี้ประเทศไทยยังไม่ได้รับรอง “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” ไว้เป็นการทั่วไปอย่างชัดเจน ในทางแพ่งคงต้องอาศัยบทบัญญัติทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องละเมิดมาตรา 420 ดังนั้น บุคคลที่ถูกละเมิดเหล่านี้ซึ่งได้รับความเสียหายต่างๆตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด³⁰ ก็คือ ผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย นี้มีสิทธิได้รับการเยียวยาตามกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ใดทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนในสิ่งที่ตนได้กระทำนั้น

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) คือ หลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับ เพื่อมุ่งให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงฐานะเดิมมากที่สุด แต่เมื่อสภาพสังคมเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ตลอดจนเทคโนโลยีมีความก้าวหน้าขึ้น ส่งผลให้เกิดการละเมิดในรูปแบบต่างๆอันมีผลกระทบต่อสังคม การให้ผู้ทำละเมิดรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็น

³⁰ คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” อาจจะตีความอย่างกว้างขวาง ว่าหมายรวมถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญ ๗ มาตรา 32 บัญญัติคุ้มครองไว้ก็ได้

จำนวนเล็กน้อย จึงไม่เพียงพอทำให้ผู้ทำละเมิดเช็คหลายและหวนกลับมาทำละเมิดเช่นเดิมเป็นเยี่ยงอย่างให้คนในสังคมต่อไปอีก³¹

สิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หากแต่เกิดความเสียหายแก่เจ้าของของข้อมูล เนื่องจากการถูกผู้อื่นนำไปใช้ที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 4.3 โดยมีความเสียหายตามตัวอย่างดังนี้

1. เปิดเผยข้อมูลลับที่อาจทำให้เจ้าของข้อมูล เสียหาย อับอาย เป็นต้น เช่น รูปโปสท่า นำเกลียดของนางสาวไทย ภาพและวีมุกที่ถ่ายเล่น ภาพเที่ยวผับที่ถ่ายเล่นเก็บไว้ ซึ่งเป็นการแสดงกิริยาที่ไม่เหมาะสม อันอาจทำให้เสียภาพพจน์ส่งผลถึงงานที่ได้รับมาถูกยกเลิกรางวัลต่างๆถูกเอาคืน

2. เอาไปใช้ในทางเศรษฐกิจ เช่น ข้อมูลจำพวกข้อมูลส่วนบุคคล อาทิ ชื่อ ที่อยู่ หมู่เลือด เพื่อการโปรโมทสินค้า ซึ่งพบเห็นได้ทุกวันนี่ที่มีการโทรศัพท์ไปยังบุคคลต่างๆ ก่อให้เกิดความรำคาญอันเป็นการก้าวล่วงในความเป็นอยู่ส่วนตัว

3. เอาข้อมูลไปขาย เช่น ขายให้บุคคลที่สนใจ หรือต้องการข้อมูลนั้น ขายให้นักข่าว ขายให้คู่แข่งทางการค้าของอีกฝ่าย

4. เอาไปใช้ก่อการกระทำความผิดอาญาฐานอื่น เช่น ความผิดฐานริดเอาทรัพย์ น้อโกง ตัวอย่าง คำวินิจฉัยโรคของแพทย์ หากถูกทำสำเนาไปแล้ว ผู้ที่เคยมีรายชื่อรักษาทางการแพทย์ไว้อาจได้รับความเสียหายอับอาย อันส่งผลกระทบต่อชีวิตประจำวันได้ เช่น นาย A เคยเป็นโรคหนองใน โรคเรื้อรัง หากโดนเอาไปประกาศ นาย A ย่อมเสียหาย อีกทั้งได้รับอับอาย เพื่อนร่วมงานอาจทำตัวดีห่างหรือแม้แต่โดนรังเกียจได้

การรักษาความลับทางการแพทย์นี้เป็นสิทธิของผู้ป่วยที่ได้รับการคุ้มครองในประเทศไทย เป็นสิทธิของผู้ป่วยที่ไม่ต้องการให้ใครรับรู้ในโรคที่ตนเองเป็น

ปัจจุบันที่พบเห็นได้ คือมีการนำคลิปลับของบุคคลอื่นมาเผยแพร่ต่อสาธารณชน ไม่ว่าจะ เป็นรูปภาพตามสื่ออินเทอร์เน็ต หรือคลิปวิดีโออันมีลักษณะลามก อนาจาร

³¹ ดิลก เสริมวิริยะกุล, “รายงานผลงานส่วนบุคคลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการอบรมหลักสูตร ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 8 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2553), น.16.

ดังนั้น หากสิ่งเหล่านี้ถูกทำสำเนาไปยอมเล็งเห็นได้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นอย่าง การถูกนำไปป่าวประกาศตามตัวอย่างข้างต้น ซึ่งเห็นได้ชัดเจนถึงผลกระทบในชีวิตประจำวันอย่าง มากของเจ้าของความลับนั้นที่นอกจากส่งผลต่อหน้าที่การงานแล้ว ยังทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติยศ ความอับอายอยู่ชั่วชีวิต บ้างอาจส่งผลถึงขนาดทำให้เจ้าของความลับนั้นคิดฆ่าตัวตายเลย ทีเดียวนี่ ซึ่งหากสิ่งเหล่านี้ที่ต้องการเก็บไว้เป็นความลับถูกบุคคลอื่นมาทำสำเนาข้อมูลไป อาจเป็น เหตุให้บุคคลเหล่านั้นเกิดความอับอายอย่างร้ายแรงได้

อนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 14(5) เป็นมาตราว่าด้วยเรื่องเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามก โดยวิธีการที่ระบบคอมพิวเตอร์สร้างขึ้นมาก็เพื่อให้เผยแพร่ หรือส่งต่อได้ง่ายอยู่แล้ว ดังนั้นการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ว่าเป็นจึงไม่ได้หมายความ ถึงการส่งต่อทางกายภาพอย่างเช่นแผ่นดิสหรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ ซึ่งทำให้แม้จะมีการเผยแพร่ต่อไปก็ไม่ มีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา 14(5) ฉะนั้น การเผยแพร่วิธีดีโอหรือรูปภาพจึงทำได้สองทาง ไม่จำเป็นต้องทางอินเทอร์เน็ตเสมอไป

ตามกฎหมายไทยเยียวยาผู้เสียหายที่ถูกเปิดเผยความลับแล้วได้รับความเสียหายความอับ อายดังตัวอย่าง³² ต่อไปนี้

ที่ห้องพิจารณาคดี 908 ศาลอาญา เมื่อเวลา 09.00 น. วันที่ 23 ธันวาคม ศาลอ่านคำ พิพากษาในคดีหมายเลขคำที่ อ.2097/2551 ที่พนักงานอัยการฝ่ายคดีอาญา 6 เป็นโจทก์ ยื่นฟ้องนาย พุทธพงศ์ ฉลาดชัยกิจ อายุ 34 ปี เป็นจำเลย ในความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา เพื่อการ แจกจ่ายทำให้แพร่หลายซึ่งภาพอันลามกนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งเข้าถึงได้

โจทก์ฟ้องเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 51 ระบุความผิดว่า ระหว่างวันที่ 6-29 ตุลาคม 2550 ต่อเนื่องกัน จำเลยได้บังอาจใส่ความ นางสาวหน่อย (นามสมมติ) ผู้เสียหาย โดยการโฆษณาด้วย ภาพจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรืออีเมล ผ่านเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ เป็นภาพการมีเพศสัมพันธ์ ระหว่างจำเลยกับผู้เสียหาย จำนวน 2 ภาพ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้เสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดู หมิ่นเกลียดชังต่อมาเมื่อวันที่ 18 กันยายน - 11 ธันวาคม 50 ต่อเนื่องกัน จำเลยนำภาพการมี

³² “จาคูกโปสเตอร์รูปโป๊ หนุ่มประจางานสาว,” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2560, จาก <https://adisak280.wordpress.com/assignment/assignment-5ตัวอย่างการกระทำความผิด/ตัวอย่างที่-3/>.

เพศสัมพันธ์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และเป็นการทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งรูปภาพอันลามกส่งเป็นจดหมายอีเมล ผ่านเข้าระบบคอมพิวเตอร์ ไปยังผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหลายครั้งหลายคราวต่างกัน ภายหลังผู้เสียหายได้เข้าแจ้งความกับพนักงานสอบสวนกองบังคับการปราบปรามการกระทำผิดต่อเด็ก เยาวชน และสตรี (ปดส.) และสามารถจับกุมจำเลยเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2551 ที่จังหวัดเพชรบูรณ์ พร้อมของกลางเครื่องคอมพิวเตอร์ 1 ชุด จำเลยให้การปฏิเสธ เหตุเกิด ตำบลในเมือง อำเภอเมืองเพชรบูรณ์ และอำเภอเมืองนครสวรรค์ ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 328 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้เสียหายกับจำเลยเคยคบหาเป็นกันรักกันมาก่อน เคยบันทึกภาพระหว่างการมีเพศสัมพันธ์กันไว้หลายครั้ง แต่เมื่อทั้งสองคนเลิกกัน ฝ่ายชายเกิดความหึงหวง จึงนำภาพที่เคยถ่ายไว้เผยแพร่ ทางคอมพิวเตอร์ ทั้งที่ในระหว่างจำเลยกับผู้เสียหายคบกันไม่เคยมีภาพดังกล่าวปรากฏมาก่อน รับฟังประกอบกับการถ่ายโอนข้อมูลภาพทั้งหมดที่กระทำภายในคราวเดียวจากเครื่องคอมพิวเตอร์ของกลาง นอกจากนี้ พยานโจทก์ทุกปากไม่มีสาเหตุ โจรศีลเดียวกับจำเลยมาก่อน ไม่มีเหตุให้ระวางสงสัยว่าจะแกล้งเบิกความปรักปรำจำเลย เชื่อว่าภาพในเว็บไซต์เป็นภาพเดียวกับที่อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของจำเลย และถูกส่งมาจากเครื่องคอมพิวเตอร์ ดังกล่าว ส่วนในคดีแพ่งนั้น ศาลเห็นสมควรกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายด้วย

พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326, 328 (1) วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) (5) ฐานหมิ่นประมาทให้ลงโทษจำคุก 3 เดือน และฐานเพื่อการจ่ำแจก หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชนทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งภาพอันลามก นำสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งเข้าถึงได้ เป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์พ.ศ.2550มาตรา 14 (4) (5) ลงโทษจำคุกเป็นเวลา 6 เดือน รวมจำคุกจำเลยเป็นเวลา 9 เดือน และให้จำเลยชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย จำนวน 200,000 บาท

สรุปได้ว่ามีหญิงสาวผู้เสียหาย ยื่นฟ้องนายพุทธพงศ์ ฉลาดธัญกิจ อายุ 34 ปี เป็นจำเลยในความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการ โฆษณา เพื่อการแจกจ่ายทำให้แพร่หลายซึ่งภาพอันลามก นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งเข้าถึงได้ จำเลยมีการนำภาพการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างจำเลยกับผู้เสียหายเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และทำให้ภาพแพร่ทางอีเมลไปยังผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต จำนวน

2 ภาพ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้เสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นเกลียดชัง เนื่องจากผู้เสียหายกับจำเลยเคยคบหาเป็นความรักกันมาก่อน เคยบันทึกภาพระหว่างการมีเพศสัมพันธ์กันไว้หลายครั้ง แต่เมื่อทั้งสองคนเลิกกัน ฝ่ายชายเกิดความหึงหวง จึงนำภาพที่เคยถ่ายไว้เผยแพร่ทางคอมพิวเตอร์ ทั้งที่ในระหว่างจำเลยกับผู้เสียหายคบกันไม่เคยมีภาพดังกล่าวปรากฏมาก่อน ศาลจึงตัดสินเห็นสมควรกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย

อีกคดีตัวอย่างคือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 336/2475 เป็นการกำหนดค่าเสียหายในคดีอนาจารให้สมแก่เหตุ ดังนี้

ศาลฎีกาตัดสินว่าจำเลยทำคดีอาชญาว่าบุคคลกระทำอนาจารจำเลยยังให้การและนำพยานสืบว่า นายคุมยงจำเลยกับนางสาวแดงเคยลักลอบร่วมประเวณีกันซึ่งทวิความเสียหายชื่อเสียงเกียรติยศแก่นางสาวแดงอยู่ชั่วชีวิต จึงให้จำเลยให้สินไหมทดแทนหรือเบี้ยค่าขวัญให้โจทก์ 1,500 บาท เพื่อให้สมแก่เหตุที่เจ้าทุกข์ระกำใจ และเป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้กระทำความผิดชนิดนี้อีกในภายหน้า

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ เห็นได้ว่าศาลให้ความสำคัญกับเรื่องชื่อเสียงเกียรติยศอันถูกกระทบกระเทือนไปชั่วชีวิต

ตามตัวอย่างต่างๆเห็นได้ว่ากฎหมายไทยเยียวยาผู้เสียหายที่ถูกเปิดเผยข้อมูลลับ จนเกิดความเสียหาย เสื่อมเสียชื่อเสียง ทำให้ถูกอับอาย ด้วยการให้ผู้กระทำผิดชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายโดยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนต้องพิเคราะห์เป็นรายกรณี รายบุคคลไป

แต่โดยที่ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ทุกฝ่ายรวมทั้งศาลจะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเคร่งครัด ซึ่งในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนจึงจำต้องพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น ไม่รวมถึงค่าเสียโอกาสของผู้ต้องเสียหายและค่าเสียหายทางจิตใจ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 446 ไม่ได้กำหนดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินในหลายกรณี เช่น ความเสียหายไม่ว่าจะต่อชีวิต ทรัพย์สิน สิทธิ ชื่อเสียง เกียรติยศ ทางทำมาหาได้ ทางความเจริญก้าวหน้า การไม่ชดเชยความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินดังกล่าวทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดเชยอย่างครบถ้วนและเป็นธรรม

ประเทศไทยไม่มีระบบให้จำเลยจ่ายสินไหมทดแทนในทางแพ่งเพื่อเป็นการลงโทษเหมือนสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ในทางปฏิบัติฝ่ายผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิมักจะฟ้องเรียก

ค่าเสียหายจำนวนมาก แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก มีหลักกฎหมายว่า ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ศาลไทยจึงมักพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิตามที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งมีจำนวนไม่มากนักเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนเงินในคำฟ้องขอเรียกค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ตั้งไว้³³

ทั้งนี้ ตามสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ศาลมีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้ที่ก่อการรังควานหรือละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับบุคคลสาธารณะได้อย่างกว้างขวาง นอกจากลูกขุนและศาลจะให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายตามความจริงแล้ว ยังมีค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษในทางแพ่ง ซึ่งมักจะมีจำนวนที่สูงมากอีกด้วย³⁴ คือ มีหลักการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ(Punitive Damages) โดย 1.เพื่อที่จะลงโทษจำเลยจากการกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง 2.เพื่อยับยั้งป้องปรามจำเลยมิให้กระทำเช่นนั้นอีกในอนาคต³⁵ และยังถือเป็นเยียวยาแก่ผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมให้มากขึ้นเพราะการกระทำละเมิดในบางกรณีมีลักษณะอุกอาจ โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายหรือไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น

การกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง เช่น จงใจหรือเจตนาโดยมีเจตนาที่มุ่งร้ายแฝงอยู่ การกระทำละเมิดโดยปราศจากความระมัดระวังอย่างสิ้นเชิงหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือบรรดาการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ไม่แยแสว่าผู้อื่นจะได้รับอันตรายจากการกระทำของตนซึ่งเป็นพฤติกรรมที่สังคมเห็นว่าควรประณามและไม่ควรให้ผู้อื่นถือเป็นเยี่ยงอย่าง เช่น ทารุณโหดร้าย ข่มเหงรังแก กลั่นแกล้ง แสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ ไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่น

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษแบ่งได้ 3 ลำดับ³⁶คือ

1. ผู้กระทำผิดกระทำความผิดโดยไม่ใส่ใจหรือไม่คำนึงถึงสิทธิบุคคลอื่น

³³ กุลพล พลวัน, “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2560, จาก <http://www.stat.ago.go.th/บทความลงเว็บ/บทที่%2016.htm>.

³⁴ กุลพล พลวัน, *เพิ่งอ้าง*.

³⁵ สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์, *เพิ่งอ้าง*.

³⁶ สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์, *เพิ่งอ้าง*.

2. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดโดยมีเจตนามุ่งร้ายต่อบุคคลอื่น

3. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดโดยมีเจตนามุ่งร้ายต่อบุคคลอื่น โดยกระทำการที่เป็นอันตรายต่อชีวิต

หากเทียบกับการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ตามตัวอย่างที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ ความอับอายขังตัน โดยบุคคลที่นำไปใช้

1. จงใจ เจตนากระทำ โดยมีเจตนาที่มุ่งร้ายแฝงอยู่ เช่น เปิดเผยความลับโดยต้องการให้เจ้าของข้อมูลได้รับความเสียหาย ได้รับความอับอายเคียดแค้นใจในสังคมอันมีผลกระทบต่อชีวิตประจำวันของเจ้าของข้อมูลนั้น

2. ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เช่น การเปิดเผยความลับของผู้อื่นโดยไม่คิดตรึกตรองให้ถี่ถ้วนเสียก่อน จนส่งผลให้ผู้ที่ถูกเปิดเผยความลับหรือข้อมูลส่วนบุคคล ได้รับความเสียหายต่างๆอันมีผลกระทบต่อชีวิตประจำวันอย่างมาก

3. การกระทำส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม เช่น การนำข้อมูลไปเปิดเผยกับความผิดฐานริดเอาทรัพย์เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

4. ไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่น ไม่แยแสว่าผู้อื่นจะได้รับอันตรายจากการกระทำของตน เช่น ไม่สนใจว่าบุคคลอื่นใดจะคิดอย่างไร ไม่สนว่าเขาจะเกิดความเสียหายอย่างไรตามมา เป็นการใช้สิทธิของตนเองเกินส่วนมากเกินไปจนไปกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่น

การทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ ได้รับความอับอายดังกล่าว จึงถือเป็นการกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง จึงเห็นควรให้เรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ ซึ่งตามกรณีหากผู้กระทำความผิดมุ่งให้เสียหาย หรือเล็งเห็นผลจากการกระทำจนบุคคลในภาวะ ฐานะ เช่นผู้เสียหายได้รับมีผลถึงขนาดทำให้ผู้เสียหายฆ่าตัวตายได้ ย่อมอาจเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ทั้ง 3 ลำดับตามหลักการของสหรัฐอเมริกาเลยทีเดียว

เห็นได้ว่าค่าสินไหมทดแทนโดยทั่วไปมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น แต่สำหรับค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นค่าเสียหายอีกประเภทหนึ่งที่แยกต่างหากจากค่าสินไหมทดแทนและมีวัตถุประสงค์แตกต่างไปจากการกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษจำเลยในคดีแพ่งในกรณีที่พฤติการณ์ของจำเลยที่กระทำละเมิดมีเจตนาร้าย จงใจ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กดจี๋เข้มเหง

เป็นการกระทำที่เลวร้ายรุนแรงอื่นๆ รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ และเพื่อเป็นการยับยั้งป้องปรามการกระทำละเมิดที่อาจเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นตัวของจำเลยเองหรือบุคคลโดยทั่วไปที่คิดจะกระทำละเมิดตามพฤติกรรมในลักษณะของการเลียนแบบให้เกิดความเกรงกลัวและยำเกรงต่อกฎหมาย จึงต้องยับยั้งความคิดที่จะกระทำความคิดเช่นนั้นเสีย ขณะเดียวกันยังมุ่งเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นๆ ในสังคมมิให้กระทำตามเช่นนั้น นอกจากนี้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษยังมีวัตถุประสงค์ที่ช่วยสร้างความเป็นธรรมในกรณีที่มีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไม่สะท้อนความเสียหายได้อย่างแท้จริงได้อีกด้วย ซึ่งวัตถุประสงค์เหล่านี้จะสามารถบรรลุเป้าหมายได้มากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับนโยบายภาครัฐที่จะเข้มงวดจริงจังและการวางแนวทางหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทย³⁷

ดังนั้นเพื่อความยุติธรรมและความเหมาะสมการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษควรจำกัดไว้แต่เฉพาะในกรณีที่ลักษณะของการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำโดยมีเจตนาที่มุ่งร้ายจงใจหรือเจตนา การกระทำละเมิดโดยปราศจากความระมัดระวังอย่างสิ้นเชิงหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง นอกจากนี้ยังอาจรวมถึงกรณีของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด โดยลักษณะของการกระทำละเมิดดังกล่าวนั้นมีพฤติการณ์ที่เป็นการซ้ำเติมให้เกิดความรุนแรงขึ้นหรือส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม เช่น ทารุณโหดร้าย ข่มเหงรังแก กลั่นแกล้ง แสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ ไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่น ซึ่งจำเลยนั้นสมควรได้รับการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งป้องปรามและเป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นในสังคม³⁸

หลักการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ(Punitive Damages) ผู้วิจัยเห็นด้วยอย่างยิ่งที่จะนำมาใช้กับเหตุการณ์ตามลักษณะที่ได้ยกตัวอย่างมา โดยเฉพาะกรณีที่ถูกเปิดเผยความลับเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ ซึ่งถึงขนาดส่งผลต่อชีวิตได้เลย(จิตใจ) เหตุใดถึงไม่เห็นควรให้เรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษจากผู้กระทำผิดได้แล้ว หากบุคคลอื่นถูกทำสำเนาซึ่งข้อมูลอันมีลักษณะเช่นนี้ไป ย่อมส่งผลเสียหายอับอายไม่ต่างกันเป็นแน่แท้ การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นหลักการที่ดีอันเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้หลายจำ ทั้งยังเป็นการป้องกันผู้ที่คิดจะกระทำในลักษณะ

³⁷ สุรชัย พวงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), *พื้งอ้างอิง*, น.294-295.

³⁸ สุรชัย พวงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางละเมิด,” (วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), *พื้งอ้างอิง*, น.295-296.

เดียวกันต่อไป และแม้ผู้เสียหายจะไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ แต่หลักการนี้ถือได้ว่าช่วยเยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมอย่างมากที่สุดอีกทางหนึ่งด้วย

สรุปได้ว่า เมื่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาได้ถูกนำไปใช้และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น การนำไปใช้บางอย่างที่ผู้กระทำผิดกระทำไปโดยไม่ใส่ใจหรือไม่คำนึงถึงสิทธิบุคคลอื่น มีเจตนามุ่งร้ายต่อบุคคลอื่น ผู้เสียหายที่ได้รับผลอย่างมากจากการกระทำจึงควรได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสม โดยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนต้องพิจารณาเป็นรายกรณี รายบุคคลไป

ดังนั้น เพื่อให้หลักการใช้ดุลพินิจของศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ให้ง่ายขึ้นในกรณีคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาทางคอมพิวเตอร์ไปใช้โดยลักษณะการกระทำมีพฤติการณ์ร้ายแรง ทั้งนี้ตามตัวอย่างของสหรัฐอเมริกาว่าด้วยหลักการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมีแล้ว ประเทศไทยจึงควรปรับแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 5 หมวด 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด โดยมีการบัญญัติเพิ่มเติมให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้มากขึ้น ดังนี้

“ค่าเสียหายตามมาตรา ... วรรคสอง(มาตราแก้ไขจากประเด็นที่4.3) ถ้าเป็นการกระทำ ความผิดในลักษณะที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง ให้ศาลกำหนดให้เท่ากับเงินจำนวน ... เท่า ของค่าเสียหายปกติ”

ตามประเด็นปัญหาทั้งหมดที่เกิดขึ้น เจ้าของระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ นอกจากจะสูญเสียสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวแล้ว ผลกระทบซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการเข้าถึงโดยมิชอบ การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบนั้นอาจส่งผลเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลหรือบุคคล ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นที่ต้องได้รับความเสียหายในรูปแบบต่างๆอันเนื่องจากการถูกนำไปใช้ รวมทั้งส่งผลเสียหายต่อภาพลักษณ์โดยรวมของประเทศ

จึงเห็นได้ชัดว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลซึ่งถูกละเมิดจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 5 และมาตรา 7 กับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 5 หมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด และหมวด 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ไม่มีประสิทธิภาพและไม่มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในด้านระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยในปัจจุบัน จึงเห็นสมควรที่จะต้องมีการปรับปรุง แก้ไข พัฒนาหลักเกณฑ์ของ

กฎหมายที่ใช้ในการเอาผิดต่อผู้กระทำความผิด และการเยียวยาผู้เสียหายให้เหมาะสมยิ่งขึ้น และมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ต่อไป



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบันส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก จึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำต่างๆทางคอมพิวเตอร์ แต่กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันไม่สามารถควบคุมการกระทำที่เป็นการโจรกรรมข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิด อีกทั้งไม่มีระบุไว้โดยเฉพาะว่าเป็นการละเมิดต่อผู้อื่น และเมื่อเกิดกรณีที่ข้อมูลดังกล่าวถูกนำไปใช้ในการเปิดเผยความลับซึ่งกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้อื่นยังไม่ถือว่าเป็นการละเมิดด้วย จากเหตุเหล่านี้ทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำการดังกล่าวมาลงโทษในทางอาญาและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ซึ่งได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำต่างๆได้ในทางแพ่ง จึงส่งผลให้ในปัจจุบันเกิดผู้เสียหายเนื่องจากถูกก้าวล่วงละเมิดสิทธิจากบุคคลอื่นบ่อยครั้ง และยังไม่ได้รับการเยียวยาความเป็นธรรมอย่างเหมาะสม

จากที่ได้ศึกษาถึงปัญหาการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์รวมทั้งความเป็นมา สภาพปัญหา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ละเมิด ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ และกฎหมายว่าด้วยการกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยและต่างประเทศ ผู้วิจัยจึงได้จัดทำบทสรุปเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนากฎหมายในด้านคอมพิวเตอร์ให้ครอบคลุมการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นในปัจจุบัน อันทำให้กฎหมายสามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างถูกต้องเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

ปัญหาประการแรก คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความคิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 5 และ มาตรา 7 ได้กำหนดเกี่ยวกับความผิดของการเข้าถึงระบบและข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบเฉพาะที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงเท่านั้น ไม่กำหนดไปถึงกรณี

ไม่มีมาตรการป้องกันให้เป็นความผิดด้วยการที่บุคคลไม่ได้สร้างมาตรการป้องกันหาใช่ว่าพวกเขาต้องการที่จะให้ยู่งระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของตนไม่ ส่วนหนึ่งเพราะเนื่องมาจากการขาดความรู้ความเข้าใจในการกำหนดมาตรการป้องกันพื้นฐาน ดังนั้นกฎหมายปัจจุบันจึงเป็นการเปิดช่องให้ผู้ต้องการกระทำความผิดหาโอกาสจากช่องว่างนี้ได้ ซึ่งโดยปกติแล้วความผิดฐานนี้จะเป็นที่มาของการกระทำผิดอื่นต่อไป

ปัญหาประการที่สอง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ไม่ได้รองรับการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมีขบว่าเป็นความผิดแต่อย่างใด ประกอบกับตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา ได้วินิจฉัยว่าการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เพราะข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 จึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสนี้ในการโจรกรรมข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้

ปัญหาประการที่สาม คือ การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ โดยเฉพาะการนำไปเปิดเผยข้อมูลลับที่อาจทำให้เจ้าของข้อมูลเสียหาย อับอาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด มีช่องว่างในเรื่องการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีระบุไว้เป็นการเฉพาะ และเมื่อเกิดกรณีที่ข้อมูลดังกล่าวถูกนำไปใช้ในการเปิดเผยความลับให้แพร่หลายโดยเป็นที่กระทบต่อชื่อเสียง เกียรติคุณของผู้อื่นนี้ยังไม่ถือว่าเป็นการละเมิดด้วย เนื่องจากมาตรา 423 ที่เป็นมาตราเดียวว่าด้วยเรื่องละเมิดในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายด้านชื่อเสียง เกียรติคุณ แต่การกระทำที่จะเข้ามาตรานี้ต้องเป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย และข้อความนั้นต้องไม่เป็นความจริงด้วย แต่ทว่าบรรดาความลับต่างๆเหล่านี้เป็นสิ่งที่ถือว่าเป็นความจริงทั้งสิ้น ดังนั้น จึงไม่สามารถเยียวยาผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกเปิดเผยความลับได้

ปัญหาประการสุดท้าย คือ ความเสียหายจากการถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ และการเยียวยาทางแพ่ง โดยสืบเนื่องจากการถูกนำไปใช้ในปัญหาประการที่สาม ซึ่งบางลักษณะกระทำไปโดยมีพฤติการณ์ร้ายแรง แต่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของประเทศไทยมีหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ทุกฝ่ายรวมทั้งศาลจะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเคร่งครัด ซึ่งในการ

กำหนดค่าสินไหมทดแทนจึงจำเป็นต้องพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ไม่รวมถึงค่าเสียโอกาสของผู้ต้องเสียหายและค่าเสียหายทางจิตใจ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 446 ไม่ได้กำหนดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินในหลายกรณี เช่น ความเสียหายไม่ว่าจะต่อชีวิต ทรัพย์สิน สิทธิ ชื่อเสียง เกียรติยศ ทางทำมาหาได้ ทางความเจริญก้าวหน้า การไม่ชดเชยความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินดังกล่าวทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดเชยอย่างครบถ้วนและเป็นธรรม ซึ่งประเทศไทยไม่มีระบบให้จำเลยจ่ายสินไหมทดแทนในทางแพ่งเพื่อเป็นการลงโทษ ในทางปฏิบัติฝ่ายผู้เสียหายจากการถูกละเมิดมักจะฟ้องเรียกค่าเสียหายจำนวนสูงมาก แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 กำหนดให้อยู่ในอำนาจวินิจฉัยของศาลตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเท่านั้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายโดยหากประเทศไทยสามารถเพิ่มเติมและปรับปรุงแก้ไขมาตรการในการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลทางคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีการกระทำละเมิดจากการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้ดังต่อไปนี้ คือ

1. แก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กำหนดให้การเข้าถึงซึ่งระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีมาตรการป้องกัน มีความผิดด้วย โดยนำมาตรา 5 และมาตรา 7 มารวมกันเป็นมาตราใหม่ ดังนี้

“ผู้ใดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษ...(โดยกำหนดโทษให้หนักกว่าวรรคหนึ่ง)

ถ้าได้กระทำไปโดยไม่ได้มีเจตนาร้าย ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรานี้”

2. เพิ่มเติมฐานความผิดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กำหนดให้การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ

และผู้ที่ครอบครองข้อมูลจากการกระทำความผิดนั้น มีความผิดด้วย โดยบัญญัติเป็นมาตราใหม่ ดังนี้

“ถ้าการกระทำในมาตราก่อนหน้านี้ผู้กระทำได้รับไปซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ถือว่ามีความผิด ต้องระวางโทษ...

ผู้ที่ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งรู้หรือควรจะรู้ว่ามาจากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่ามีความผิดด้วยต้องระวางโทษ...”

3. เพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 5 หมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด กำหนดเกี่ยวกับการทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้โดยเฉพาะ และการนำข้อมูลจากการทำสำเนาไปใช้ต่างๆ ไม่ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอันกระทบต่อทรัพย์สินก็ดี อับอายอันกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณก็ดี โดยบัญญัติเป็นมาตราใหม่ ดังนี้

“ผู้ใดทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

ในกรณีที่มีการนำข้อมูลตามวรรคหนึ่งไปใช้ ผู้ที่นำไปใช้ถือว่าละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนำไปใช้นั้น

ถ้าการนำข้อมูลตามวรรคสองไปใช้ ผู้กระทำความผิดที่ได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ไปใช้ ไม่ได้เป็นผู้ที่ทำสำเนาคอมพิวเตอร์ด้วยตนเอง ถ้าผู้ทำสำเนาในตอนแรกเล็งเห็นได้ถึงผลจากการกระทำนั้น ก็ต้องร่วมรับผิดในผลละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายร่วมกันต่อผู้เสียหายด้วย”

4. เพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 5 หมวด 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด กำหนดให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้มากขึ้น ในกรณีที่การถูกนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มาจากการทำสำเนาทางคอมพิวเตอร์ไปใช้โดยลักษณะการกระทำมีพฤติการณ์ร้ายแรง โดยบัญญัติเป็นมาตราใหม่ ดังนี้

“ค่าเสียหายตามมาตรา ... วรรคสอง(มาตราแก้ไขจากข้อที่ 3) ถ้าเป็นการกระทำความผิดในลักษณะที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง ให้ศาลกำหนดให้เท่ากับเงินจำนวน ... เท่า ของค่าเสียหายปกติ”

นอกเหนือจากเรื่องนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นพบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 นี้ไม่มีการลงโทษเอาต่อผู้ที่ครอบครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตรายซึ่งทำให้การครอบครองโปรแกรมดังกล่าวไม่เป็นความผิด และตามกฎหมายอาญาในมาตรา 32 และมาตรา 33 โดยประเด็นหลักคือ มาตรา 32 ใช้คำว่าให้ริบเสียทั้งสิ้น เป็นบทบังคับศาลจะต้องริบเสมอในสิ่งที่กฎหมายบอกว่าทำหรือมีไว้เป็นความผิด แต่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงการมีไว้ครอบครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอันตรายให้ถือเป็นความผิดแต่อย่างใด ดังนั้นศาลจึงไม่สามารถริบได้ ส่วนมาตรา 33 ใช้คำว่า ให้ศาลมีอำนาจสั่งริบ แสดงว่าเป็นดุลพินิจศาลจะสั่งริบหรือไม่ก็ได้ ถ้าศาลไม่สั่งริบจะเกิดช่องว่างของกฎหมายได้

เมื่อไม่สามารถยึดหรือริบได้ก็ยังคงครอบครองได้อยู่หากผู้กระทำความผิดเสียค่าปรับหรือพ้นโทษไม่ว่าด้วยกรณีใดๆ ย่อมอาจกลับมากระทำความผิดเดิมได้อีกหรือพัฒนาโปรแกรมที่เป็นภัยนั้นได้อีก จึงเห็นควรให้ศึกษาถึงเรื่องนี้เพิ่มเติมด้วย

อีกเรื่องหนึ่งคือการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 8 หากมุ่งเอาผิดแต่เฉพาะข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูล จะไม่สามารถยับยั้งผู้กระทำที่มีเจตนาดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่ไม่มีมาตรการป้องกันได้ ทั้งที่ตามเจตนารมณ์ของมาตรา 8 นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทำนองเดียวกันกับการติดต่อสื่อสารรูปแบบที่ห้ามดักฟังหรือแอบบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ สุดท้ายหากปล่อยให้มีการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นต่อไป สามารถดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้ ย่อมไม่รู้ว่าเมื่อใดจะเกิดผู้เสียหายจากการถูกทำละเมิดหรือถูกก้าวล่วงสิทธิในความเป็นส่วนตัวเนื่องด้วยการกระทำนี้ต่อไป

ในที่นี้ผู้วิจัยมองว่ากฎหมายปัจจุบันขัดกับวัตถุประสงค์ที่แท้จริง และถือเป็นช่องว่างของกฎหมายในเรื่องดักจับที่ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสนี้ในการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีมาตรการป้องกันได้ จึงเห็นควรให้ศึกษาถึงเรื่องนี้เพิ่มเติมด้วยเช่นเดียวกัน

กรม
การ
การ
การ

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมลฉัฐ น้อยไกรไพโร. “ปัญหาการคุ้มครองและการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดกรรมสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- กรุง เหลืองมโนธรรม. “การศึกษาประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการความไม่มั่นคงของระบบคอมพิวเตอร์ในสังคมไทย: ศึกษาเฉพาะภัยไวรัสคอมพิวเตอร์ แฮกเกอร์ และสแปมเมล์.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- กฤษณา พิษณุ โกศล. “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.
- กุลพล พลวัน. “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย.”
<http://www.stat.ago.go.th/บทความลงเว็บ/บทความที่%2016.htm>, 23 มกราคม 2560.
- “ความหมายของสิทธิ.” <https://sites.google.com/site/may00may00may/siththi-mnusy-chn/reuxng-thi1khwam-hmay-khxng-siththi-mnusy-chn>, 1 มีนาคม 2557.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2546.
- จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2522.
- จี๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- เฉลิมวุฒิ สาระกิจ. “ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางละเมิด.”
<http://chalermwutsa.blogspot.com/2013/02/blog-post.html>, 19 ธันวาคม 2559.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โภค. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

ชวลิต อัดตศาสตร์, ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, พัชรินทร์ ฉัตรวชิระกุล และ อิทินันท์ สุวรรณ

จุฑา. Cyberlaw กฎหมายกับอินเทอร์เน็ต. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไโปรวิชั่น, 2544.

ชวลิต อัดตศาสตร์. กฎหมายไซเบอร์ CyberLaws. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนชั่นบุ๊คส์, 2545.

ชวินทร์ อินทร์ภักย์. “ช่างกว้างจริงคำว่า “สิทธิมนุษยชน” แล้วที่แท้จริงมันคืออะไร?”

<https://www.l3nr.org/posts/465137>, 23 ธันวาคม 2559.

ชูชีพ ปิณฑะสิริ. “การละเมิดสิทธิส่วนตัว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.

ณัฐวัฒน์ วงศ์ตะวัน. “รัฐธรรมนูญ: หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน.”

<https://www.l3nr.org/posts/364683>, 23 ธันวาคม 2559.

ดิลก เสริมวิริยะกุล. “รายงานผลงานส่วนบุคคลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการอบรมหลักสูตร ผู้พิพากษา

ผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 8 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” 2553.

ทัศนีย์ ก่อเกียรติไพศาล. “สิทธิในความเป็นส่วนตัว.”

<https://www.gotoknow.org/posts/407775>, 1 มีนาคม 2557.

นพนธิ สุริยะ. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537.

นคร เสรีรักษ์. “กรอบการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ UN.”

<http://www.fpps.or.th/news.php?detail=n1253470226.news>, 1 มีนาคม 2557.

แนวหน้าคอลัมน์นี้สดี. “กฏ กติกา ธุรกิจ: การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล.”

<http://m.naewna.com/view/columntoday/14844>, 3 มีนาคม 2557.

นัชฎิกา ศรีพงษ์กุล. “มาตรา 4 และมาตรา 27 ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 คืออะไร??”

<https://www.l3nr.org/posts/155848>, 23 ธันวาคม 2559.

นรินทร์ จุ่มศรี. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้บริการ

เครือข่ายสังคมออนไลน์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555.

นิชานันท์ พงศาปาน. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการใช้

โทรศัพท์เคลื่อนที่.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,
2555.

ปริญญา หอมอนอก. บทที่ 6 กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการกระทำผิด
เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2547.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

ปฎิวัติ อุ่นเรือน. “ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลระหว่างประเทศ.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2547.

ประยุทธ์. “ความผิดฐานรับของโจร มีหลักการอย่างไร.”

<https://www.facebook.com/prayutlaw/posts/700872059944773>, 5 มกราคม 2560.

ปรเมศวร์ กุมารบุญ. “อินเทอร์เน็ต ในประเทศไทย พ.ศ. 2559.”

<http://www.manager.co.th/Telecom/ViewNews.aspx?NewsID=9500000067518>,
19 พฤศจิกายน 2557.

ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด เรื่องข้อ
สันนิษฐานทางกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548.

ไพจิตร สวัสดิสาร. การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์.

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2547.

ไพจิตร สวัสดิสาร. การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์.

พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บริษัทชวนพิมพ์50 จำกัด, 2550.

ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ. คำอธิบายพ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บริษัทโปรวิชั่น จำกัด, 2553.

มาลี วัชรระชาชญชัย. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล: ศึกษากรณีการรบกวน

สิทธิส่วนบุคคลโดยทางอิเล็กทรอนิกส์.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2555.

เมธา สุพงษ์. “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ.”

<https://www.gotoknow.org/posts/273384>, 17 ธันวาคม 2559.

เลอสรร ชนสุกาญจน์, จิตตภัทร เครือวรรณ และ สุธรรม อยู่ในธรรม. กฎหมายสำหรับบริการ
อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย: กรอบข้อเสนอแนะและการควบคุมดูแลการให้บริการ.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.

ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวได้.

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. “เอกสารประกอบการสัมมนาปรับปรุงความคิดเห็น เรื่อง
การปรับปรุง พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ฯ: ความสมดุลระหว่างเสรีภาพ กับความมั่นคง
ปลอดภัย.” โรงแรมเชอราตัน แกรนด์ สุขุมวิท กรุงเทพมหานคร, 3 เมษายน 2556.

สุภาพศรี หล่อพิศิษฐ์. “มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการ
ใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552.

สุรัชย์ พวงชูศักดิ์. “คำเสียหายในเชิงลงโทษทางละเมิด.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.

สมพร พรหมพิตร. กฎหมายแพ่งว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546.

สุขุม สุภนิตย์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

สุขุม สุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2543.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ ภาค 1-2.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2505.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ภาษาต่างประเทศ

amejorken. “ความแตกต่างระหว่าง Virus, Worm, Spyware, Trojan, Malware.”

<http://www.oknation.net/blog/print.php?id=160934>, 15 ธันวาคม 2557.

“Article 156 – NY Penal Law.” <http://ypdcrime.com/penal.law/article156.htm>,

23 December 2016.

baimianginUncategorized. “กฎหมายคอมพิวเตอร์.”

<https://baimiang.wordpress.com/2012/08/15/กฎหมายคอมพิวเตอร์และ-ict/>.

6 มิถุนายน 2559.

baimianginUncategorized. “การคัดค้านข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมีขอบ.”

<https://baimiang.wordpress.com/2012/08/15/กฎหมายคอมพิวเตอร์และ-ict/>,

6 มิถุนายน 2559.

Bopitv. “แนวความคิดและหลักการของกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ

คอมพิวเตอร์.” <http://www.openbase.in.th/node/2247>, 19 ธันวาคม 2559.

changsunha. “มัลแวร์ (malware) คืออะไร.”

<http://กำจัดไวรัส.blogspot.com/2009/12/malware.html>, 15 ธันวาคม 2557.

Criminal Possession Of Computer Related Material: NY PL 156.35.”

[https://www.new-york-lawyers.org/criminal-possession-of-computer-related-m](https://www.new-york-lawyers.org/criminal-possession-of-computer-related-material-ny-pl-156-35.html)

[aterial-ny-pl-156-35.html](https://www.new-york-lawyers.org/criminal-possession-of-computer-related-material-ny-pl-156-35.html), 23 December 2016.

Eff. “Computer Fraud and Abuse Act (CFAA).”

[https://ilt.eff.org/index.php/Computer_Fraud_and_Abuse_Act_\(CFAA\)](https://ilt.eff.org/index.php/Computer_Fraud_and_Abuse_Act_(CFAA)),

23 December 2016.

e-learning. “บทที่ 1 สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์.”

http://elearning.nsruc.ac.th/web_elearning/commlaw/chapter1.htm, 1 มีนาคม 2557.

iLaw. “ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ฯ ตั้งคณะกรรมการปิดเว็บแม่ไม่ผิด

กฎหมาย.” <https://ilaw.or.th/node/4092>, 19 ธันวาคม 2559.

Lawyerthai.com. “เริ่มต้นรู้จักกับกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทย.”

<http://www.lawyerthai.com/articles/it/006.php>, 1 มีนาคม 2557.

Lawteacher. “Computer Misuse Act 1990.” [http://www.lawteacher.net/criminal-](http://www.lawteacher.net/criminal-law/acts/computer-misuse-act-1990.php)

[law/acts/computer-misuse-act-1990.php](http://www.lawteacher.net/criminal-law/acts/computer-misuse-act-1990.php), 8 December 2016.

Margaret Rouse. “I-SPY Act -- Internet Spyware Prevention Act of 2005 (H.R. 744).”

<http://searchsecurity.techtarget.com/definition/I-SPY-Act>,

15 December 2014.

Siamintelligence. “ศาลพิพากษาจี้รณช ผอ.เว็บประชาไท ผิดตามกฎหมาย มาตรา 14, 15.”

[http://www.siamintelligence.com/verdict-on-chiranuch-premchaiporn-violating-against-](http://www.siamintelligence.com/verdict-on-chiranuch-premchaiporn-violating-against-article-14-and-15/)
[article-14-and-15/](http://www.siamintelligence.com/verdict-on-chiranuch-premchaiporn-violating-against-article-14-and-15/), 8 ธันวาคม 2559.

somsak tienjaroonkul. “สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์.”

<http://oknation.nationtv.tv/blog/tienja/2012/06/09/entry-4>, 6 มิถุนายน 2559.

thainetizen. “รู้จักหลักการ Notice and Notice สำหรับการกำกับเนื้อหาออนไลน์.”

<https://thainetizen.org/2016/05/notice-and-notice-content-regulation/>, 20 ธันวาคม 2559.

Takato Natsui. CYBERCRIMES IN JAPAN: RECENT CASES, LEGISLATIONS.

ELECTRONIC SOURCES.

Vrlawsixx. “สรุปกฎหมายลิขสิทธิ์.”

<http://vrlawsixx.exteen.com/20120429/entry>, 30 ธันวาคม 2559.

กรม
พาณิชย์
และ
อุตสาหกรรม

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พ.ศ. ... (ฉบับแก้ไขที่วันที่ 28 มีนาคม 2554)

(ร่าง)

พระราชบัญญัติ

ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พ.ศ.

.....

 โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้

อุปกรณ์หรือ ชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ รวมทั้งอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใดในลักษณะคล้ายกัน

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

“ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของ บริการ หรืออื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์นั้น

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

(๑) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนาม หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(๒) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

“ผู้ใช้บริการ” หมายความว่า ผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะต้องเสียค่าบริการหรือไม่ก็ตาม

“ผู้ดูแลระบบ” หมายความว่า ผู้มีสิทธิเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ให้บริการแก่ผู้อื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการดูแลเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์”

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารรักษาการ ตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการกระทำคามผิดทางคอมพิวเตอร์

มาตรา ๖ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการกระทำคามผิดทางคอมพิวเตอร์” ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เป็นรองประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงยุติธรรม รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการคลัง ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (สมช.) ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะ รัฐมนตรีแต่งตั้งโดยระบุตัวบุคคลจากผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ในด้าน กฎหมาย วิทยาศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ การเงินการธนาคาร หรือสังคมศาสตร์จำนวนสามคน

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอยู่ในตำแหน่งได้คราวละสี่ปี

ให้ผู้แทนจากสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ สำนักงานกำกับการใช้เทคโนโลยี สารสนเทศ สำนักคดีเทคโนโลยี กรมสอบสวนคดีพิเศษ กลุ่มงานตรวจสอบและวิเคราะห์การกระทำคามผิด ทางเทคโนโลยี กองบังคับการสนับสนุนทางเทคโนโลยี เป็นเลขานุการร่วมกัน

มาตรา ๗ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการกระทำคามผิดทางคอมพิวเตอร์ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อกำหนดนโยบายการป้องกันและปราบปรามการกระทำคามผิดทางคอมพิวเตอร์ ตลอดจนการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวข้อง

(๒) ติดตามดูแลการป้องกันและปราบปรามการกระทำคามผิดทางคอมพิวเตอร์

(๓) ออกระเบียบหรือประกาศตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

(๔) เรียกให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมาให้ถ้อยคำ ให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้อง หรือสิ่งใดมาเพื่อประกอบการพิจารณา

(๕) ปฏิบัติการอื่นใดเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่น

ในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ เพื่อปฏิบัติการตามที่คณะกรรมการมอบหมาย และให้นำความในมาตรา ๑๐ ถึงมาตรา ๑๔ มาใช้ บังคับแก่ การประชุมของคณะอนุกรรมการโดยอนุโลม

ให้คณะกรรมการและคณะอนุกรรมการเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๘ นอกจากพ้นจากตำแหน่งตามวาระ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

(๑) ตาย

(๒) ลาออก

(๓) เป็นบุคคลล้มละลาย

(๔) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(๕) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นความผิดลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท

(๖) คณะกรรมการมีมติเป็นเอกฉันท์ ให้พ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากมีหรือเคยมีความประพฤติเสื่อมเสียอย่างร้ายแรงหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี

มาตรา ๙ ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ผู้มีอำนาจแต่งตั้งอาจแต่งตั้งผู้อื่นเป็นกรรมการแทนได้ และให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทน อยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของผู้ซึ่งตนแทน

ในกรณีที่มีการแต่งตั้งกรรมการเพิ่มขึ้นในระหว่างที่กรรมการซึ่งแต่งตั้งไว้แล้วยังมีวาระอยู่ในตำแหน่ง ให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการเพิ่มขึ้นอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งไว้แล้ว

มาตรา ๑๐ การประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมอย่างน้อยกึ่งหนึ่งจึงจะเป็นองค์ประชุม

ในกรณีมีกรรมการครบที่จะเป็นองค์ประชุมได้ แต่การพิจารณาเรื่องใดถ้าต้องเลื่อนมา เพราะไม่ครบองค์ประชุม หากได้มีการนัดประชุมเรื่องนั้นอีกภายในสิบสี่วันนับแต่วันนัดประชุมที่เลื่อนมา และการประชุมครั้งหลังนี้มีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด ให้ถือว่าเป็นองค์ประชุม แต่ทั้งนี้ต้องระบุนความประสงค์ให้เกิดผลตามบทบัญญัตินี้ไว้ในหนังสือนัดประชุมด้วย

มาตรา ๑๑ การนัดประชุมต้องทำเป็นหนังสือและแจ้งให้กรรมการทุกคนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน เว้นแต่กรรมการนั้นจะได้ทราบการบอกนัดในที่ประชุมแล้ว กรณีดังกล่าวนี้จะทำหนังสือแจ้ง นัดเฉพาะกรรมการที่ไม่ได้มาประชุมก็ได้

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งประธานกรรมการจะนัดประชุมเป็นอย่างอื่นก็ได้

มาตรา ๑๒ ประธานกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการประชุม และเพื่อรักษาความเรียบร้อยในการประชุม ให้ประธานมีอำนาจออกคำสั่งใด ๆ ตามความจำเป็นได้

ถ้าประธานกรรมการไม่อยู่ในที่ประชุมหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ให้รองประธานกรรมการทำหน้าที่แทน ถ้าไม่มีรองประธานกรรมการหรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการที่มาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งขึ้นทำหน้าที่แทน

ในกรณีที่ประธานกรรมการมีหน้าที่ต้องดำเนินการใด ๆ นอกจากการดำเนินการประชุมให้นำความในวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๑๓ การลงมติของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก

กรรมการคนหนึ่งให้มีหนึ่งเสียงในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

เรื่องใดถ้าไม่มีผู้คัดค้าน ให้ประธานถามที่ประชุมว่ามีผู้เห็นเป็นอย่างอื่นหรือไม่ เมื่อไม่มีผู้เห็นเป็นอย่างอื่น ให้ถือว่าที่ประชุมลงมติเห็นชอบในเรื่องนั้น

มาตรา ๑๔ ในการประชุมต้องมีรายงานการประชุมเป็นหนังสือ

ถ้ามีความเห็นแย้งให้บันทึกความเห็นแย้งพร้อมทั้งเหตุผลไว้ในรายงานการประชุม และถ้ากรรมการฝ่ายข้างน้อยเสนอความเห็นแย้งเป็นหนังสือก็ให้บันทึกความเห็นแย้งนั้นไว้ด้วย

หมวด ๒

ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

มาตรา ๑๕ ผู้ใดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๑๖ ผู้ใดสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๑๗ ผู้ใดล่วงรู้วิธีการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงที่ผู้อื่นจัดทำขึ้น โดยเฉพาะ ถ้านำวิธีการดังกล่าวไปเปิดเผยโดยมิชอบ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๑๘ ผู้ใดกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือโดยอาศัยชุดคำสั่ง เพื่อดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๑๕ ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๒๐ ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดโดยมิชอบ เพื่อให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นถูกระงับ ชะลอ ขัดขวาง หรือรบกวนจนไม่สามารถทำงานตามปกติได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๒๑ ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนตามหลักเกณฑ์ที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนด เพื่อประโยชน์ทางการค้าจนเป็นเหตุให้บุคคลอื่นเดือดร้อนรำคาญ และโดยไม่เปิด โอกาสให้ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อ ปฏิเสธการตอบรับได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา ๒๒ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา ๑๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ มาตรา ๑๘ มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐

(๑) ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นในทันทีหรือในภายหลังและไม่ว่าจะเกิดขึ้นพร้อมกันหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

(๒) เป็นการกระทำโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการบริการสาธารณะ หรือเป็นการกระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตาม (๒) เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี

มาตรา ๒๓ ผู้ใดผลิต จำหน่าย จ่ายแจก ทำซ้ำ มีไว้ หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ชุดคำสั่ง หรืออุปกรณ์ที่จัดทำขึ้น โดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา ๑๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ มาตรา ๑๘ มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๒๔ ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(๑) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลที่ไม่ตรงต่อความเป็นจริง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(๒) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(๓) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(๔) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (๑) (๒) หรือ (๓)

มาตรา ๒๕ ผู้ใดครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะอันลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๒๖ ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพ ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่น หรือข้อมูลอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้บุคคลอื่นเสียหาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย หรือเพื่อให้ผู้หนึ่ง

ผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็น ข้อมูลที่แท้จริง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้

ถ้าผู้เสียหายในความผิดฐานหมิ่นประมาทตายเสียก่อนร้องทุกข์ ให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย

มาตรา ๒๓ ผู้ให้บริการหรือผู้ดูแลระบบ ผู้ใดจงใจหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๔ ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตาม มาตรา ๒๔

มาตรา ๒๔ ผู้ดูแลระบบผู้ใดอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนกระทำความผิดตามมาตรา ๑๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ มาตรา ๑๘ มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐ ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ ึ่งหนึ่ง

มาตรา ๒๕ ผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ นอกพระราชอาณาจักรและ

(๑) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนไทย และรัฐบาลแห่งประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้นหรือผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ หรือ

(๒) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าว และรัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหายและผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ

จะต้องรับโทษภายในราชอาณาจักร

มาตรา ๓๐ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประสานงานกับหน่วยงานหรือองค์กรต่างประเทศ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิด พนักงานสอบสวนอาจ ร้องขอให้สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) เป็นผู้ประสานงานกลางเพื่อให้ได้มา ซึ่งข้อมูลดังกล่าว

หมวด ๓
พนักงานเจ้าหน้าที่

มาตรา ๓๑ ภายใต้บังคับมาตรา ๓๒ เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ เฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด

(๑) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มาเพื่อให้ถ้อยคำส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งเอกสาร ข้อมูล หรือหลักฐานอื่นใดที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจได้

(๒) เรียกข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

(๓) สั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา ๓๕ หรือที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

(๔) ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ จากระบบคอมพิวเตอร์ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นยังมีได้อยู่ใน ความครอบครองของพนักงานเจ้าหน้าที่

(๕) สั่งให้บุคคลซึ่งครอบครองหรือควบคุมข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ดังกล่าวให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

(๖) ตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐาน เกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้

(๓) ถอดรหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด หรือสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำการถอดรหัสลับ หรือให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการถอดรหัสลับดังกล่าว

(๔) ยึดหรืออายัดระบบคอมพิวเตอร์เท่าที่จำเป็นเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการทราบรายละเอียดแห่งความผิดและผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๓๒ การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๓๑ (๔) (๕) (๖) (๓) และ (๔) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการตาม คำร้อง ทั้งนี้ คำร้องต้องระบุเหตุอันควรเชื่อได้ว่า บุคคลใดกระทำหรือกำลังจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เหตุที่ต้องใช้อำนาจ ลักษณะของการกระทำความผิด รายละเอียดเกี่ยวกับอุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดและผู้กระทำความผิดเท่าที่สามารถระบุได้ประกอบคำร้องด้วย ในการพิจารณาคำร้องให้ศาลพิจารณาคำร้องดังกล่าวโดยเร็ว

เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตแล้ว ก่อนดำเนินการตามคำสั่งของศาล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งสำเนาบันทึกเหตุอันควรเชื่อที่ทำให้ต้องใช้อำนาจตามมาตรา ๓๑ (๔) (๕) (๖) (๓) และ (๔) มอบให้เจ้าของ หรือผู้ครอบครองระบบคอมพิวเตอร์นั้น ไว้เป็นหลักฐาน แต่ถ้าไม่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองเครื่อง คอมพิวเตอร์อยู่ ณ ที่นั้น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งมอบสำเนาบันทึกนั้นให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองดังกล่าวในทันทีที่กระทำได้

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้เป็นหัวหน้าในการดำเนินการตามมาตรา ๓๑ (๔) (๕) (๖) (๓) และ (๔) ส่งสำเนาบันทึกรายละเอียดการดำเนินการและเหตุผลแห่งการดำเนินการให้ศาลที่มีเขตอำนาจภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาลงมือดำเนินการ เพื่อเป็นหลักฐาน

การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา ๓๑ (๔) ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และต้องไม่เป็นอุปสรรคในการดำเนินกิจการของเจ้าของ หรือผู้ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเกินความจำเป็น

การยึดหรืออายัดตามมาตรา ๓๑ (๔) นอกจากจะต้องส่งมอบสำเนาหนังสือแสดงการยึดหรืออายัดมอบให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองระบบคอมพิวเตอร์นั้น ไว้เป็นหลักฐานแล้วพนักงาน

เจ้าหน้าที่จะส่ง อายัดไว้เกินสามสิบวันมิได้ ในกรณีจำเป็นต้องยึดหรืออายัด ให้นานกว่านั้น ให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอขยายเวลาอายัดได้ แต่ศาลจะอนุญาตให้ขยายเวลาครั้งเดียวหรือหลายครั้งรวมกันได้อีกไม่เกิน หกสิบวัน เมื่อหมดความจำเป็นที่จะยึดหรืออายัดหรือครบกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ต้อง ส่งคืนระบบคอมพิวเตอร์ที่ยึดหรือถอนการอายัดโดยพลัน

หนังสือแสดงการยึดหรืออายัดตามวรรคห้าให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๓๓ ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในภาคสอง ลักษณะ ๑ หรือลักษณะ ๑/๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายอื่น พนักงานเจ้าหน้าที่โดยความเห็นชอบ จากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีการอายัดข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้ โดยคำร้องต้องระบุเหตุที่ต้องใช้อำนาจลักษณะของการกระทำความผิด ขั้นตอน วิธีการ ระยะเวลาดำเนินการ และมีพยานหลักฐานตามสมควรเชื่อได้ว่าบุคคลใดกระทำหรือกำลังจะกระทำการอย่าง หนึ่งอย่างใดอันเป็นความผิดประกอบคำร้องด้วย

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งใดๆ เพื่อระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลาย ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้เป็นหัวหน้าในการดำเนินการตามวรรคสองส่งสำเนาบันทึกรายละเอียดการดำเนินการและเหตุผลแห่งการดำเนินการให้ศาลที่มีเขตอำนาจภายในสี่สิบแปด ชั่วโมงนับแต่เวลาลงมือดำเนินการ เพื่อเป็นหลักฐาน

มาตรา ๓๔ ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่พบว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดมีชุดคำสั่งไม่พึงประสงค์รวมอยู่ด้วย พนักงานเจ้าหน้าที่อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้มีการอายัด หรือเผยแพร่ หรือสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นระงับการใช้

ทำลายหรือแก้ไขข้อมูล คอมพิวเตอร์นั้นได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขในการใช้ มีไว้ในครอบครอง หรือเผยแพร่ชุดคำสั่งไม่พึงประสงค์ดัง กล่าวก็ได้

ชุดคำสั่งไม่พึงประสงค์ตามวรรคหนึ่งหมายถึงชุดคำสั่งที่มีผลทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือ ระบบคอมพิวเตอร์หรือชุดคำสั่งอื่นเกิดความเสียหาย ถูกทำลาย ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติม ขัดข้อง หรือปฏิบัติงานไม่ตรงตามคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือ โดยประการอื่นตามที่กำหนดใน กฎกระทรวง ทั้งนี้ เว้นแต่ เป็นชุดคำสั่งที่มุ่งหมายในการป้องกันหรือแก้ไขชุดคำสั่งดังกล่าวข้างต้น ตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๓๕ ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปิดเผยหรือส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูล จราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ที่ได้มาตามมาตรา ๓๑ ให้แก่บุคคลใด

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับการกระทำเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ

เมื่อมีเหตุจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม พนักงานเจ้าหน้าที่อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีตามกฎหมายอื่น ทั้งนี้ ต้องไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เกินสมควร

พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดฝ่าฝืนวรรคหนึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๓๖ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดกระทำ โดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นล่วงรู้ข้อมูล คอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ที่ได้มาตามมาตรา ๓๑ โดย ประการที่ น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสอง หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๓๗ ผู้ใดล่วงรู้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาตามมาตรา ๓๑ และเปิดเผยข้อมูลนั้นต่อผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๓๘ ข้อมูล ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อ้างและรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยานได้ แต่ต้องเป็นชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น

มาตรา ๓๙ ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวัน นับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการผู้ใดเก็บ รักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกินเก้าสิบวันแต่ไม่เกินหนึ่งปีเป็นกรณีพิเศษ เฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้

ผู้ให้บริการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ใช้บริการนับตั้งแต่เริ่มใช้บริการและต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่การใช้บริการสิ้นสุดลง

ความในวรรคหนึ่งจะใช้กับผู้ให้บริการประเภทใด อย่างไร และเมื่อใด ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ผู้ให้บริการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรานี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท

มาตรา ๔๐ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สั่งตามมาตรา ๓๑ หรือมาตรา ๓๓ หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลตามมาตรา ๓๔ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาทและ ปรับเป็นรายวันอีกไม่เกินวันละห้าพันบาทจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง

มาตรา ๔๑ การแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลที่คณะกรรมการเสนอรายชื่อจากผู้มีความรู้และความชำนาญเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์และมีความคุณสมบัติตามที่รัฐมนตรีกำหนด

มาตรา ๔๒ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพบหรือเชื่อว่าเกิดการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ พนักงานสอบสวนอาจประสานพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อช่วยเหลือในการสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิด และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง

มาตรา ๔๓ ในการปฏิบัติหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง

บัตรประจำตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามแบบที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

นายกรัฐมนตรี

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล

กษิติศ ศรีธนาสุข

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2556 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

PDF