

กฎหมายและมาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลในประเทศไทย

5.1 ประมวลกฎหมายอาญา

เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้วว่าระบบกฎหมายของประเทศไทย เป็นระบบที่ใช้ประมวลกฎหมาย ในอดีตใช้กฎหมายลักษณะอาญา ต่อมาได้มีการยกเลิกและบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้แทนตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นมา โดยประมวลกฎหมายอาญาถูกบัญญัติขึ้นเพื่อใช้ดำเนินการกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม ซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นต่อการกระทำต่างๆ เช่น การลักทรัพย์ การกระทำความเสียหายต่อทรัพย์ และการกระทำความเสียหายต่อบุคคล ปกติแล้วกฎหมายมักจะได้บัญญัติความผิดเฉพาะ ในส่วนของเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดทางอาญา หรือไม่ได้บัญญัติคุ้มครองเฉพาะในส่วนของเหยื่อในการกระทำความผิดทางอาญา อีกทั้งไม่มีกฎหมายที่มีเนื้อหามุ่งไปยังเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิด และไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้เพื่อกล่าวถึงการกระทำผิดที่เป็นการลักข้อมูลทางธุรกิจซึ่งเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ (วีระพงษ์ บุญโญภาส, 2540 : 158)

แน่นอนว่าหน่วยงานที่ เป็นผู้สร้างกฎหมายและบังคับใช้กฎหมาย ย่อมเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์มาใช้บังคับ แต่สิ่งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ก็คือปัญหาพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ อันเกิดจากกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ ในส่วนของการคุ้มครองความเสียหายต่อทรัพย์มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองทรัพย์ที่มีรูปร่าง (Corporeal Object) โดยมีได้มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองข้อมูลอันเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง (Incorporeal Object) ซึ่งรวมถึงคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Electromagnetic Impulse) ในขณะที่สังคมมีการเปลี่ยนแปลงจากยุคอุตสาหกรรมเข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ การเพิ่มคุณค่าของข้อมูลเช่นเดียวกับการเพิ่มความสำคัญของเทคโนโลยีสารสนเทศ ส่งผลให้กฎหมายอาญาต้องมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบ (Change of Paradigma) จากเดิมที่เน้นเรื่องการคุ้มครองทรัพย์ที่มีรูปร่างไปสู่การคุ้มครองสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง (ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2541 : 19) นอกจากนี้ปัญหาพื้นฐานแล้ว ยังมีอีกปัญหาหนึ่งซึ่งดูเหมือนจะมีความสำคัญอย่างที่สุดสำหรับการ

บัญญัติกฎหมายดังกล่าว ก็คือขอบเขตที่แท้จริงของการกระทำผิดทางอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ นั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ที่จะมาตัดสินกัน ทั้งนี้ก็เนื่องด้วยเหตุผลหลัก 2 ประการ คือ

1. เหตุของอาชญากรรมนั้นยังไม่กล้าที่จะแจ้งความในอาชญากรรมดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะกลัวต่อการที่จะตกเป็นเป้าสายตาและถูกวิพากษ์วิจารณ์จากสาธารณชน ตลอดจนการเกรงที่จะต้องเปิดเผยถึงความไม่แน่นอนของระบบคอมพิวเตอร์ของตน

2. พนักงานอัยการก็ลังเลที่จะดำเนินคดี และศาลก็คงไม่แน่ใจที่จะพิพากษาคัดสิน เนื่องจากทั้งสองกลุ่มต่างไม่เข้าใจถึงเทคโนโลยีสารสนเทศ และยังมีความลำบากที่จะค้นหาความเสียหายต่อสาธารณชนอันเกิดจากการกระทำดังกล่าว (วีระพงษ์ บุญโญภาส, 2540 : 158-159)

5.1.1 ความหมายคำว่า "ทรัพย์สิน"

เมื่อครั้งยังใช้กฎหมายลักษณะอาญาอยู่นั้น กฎหมายดังกล่าวมีการบัญญัติบทนิยามคำว่า "ทรัพย์สิน" ไว้ในมาตรา 6 (10) ว่า ทรัพย์สินนั้น ท่านหมายความว่า บรรดาสิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ เป็นต้นว่าเงินตราและบรรดาสิ่งของอันพึงเคลื่อนจากที่ได้ก็ดี และเคลื่อนจากที่มิได้ก็ดี ท่านก็นับว่าเป็นทรัพย์สินอันกล่าวมาในข้อนี้ ดังนั้นการวินิจฉัยว่าอะไรเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายลักษณะอาญาจึงต้องเป็นไปตามบทนิยามดังกล่าว แต่เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มีผู้เสนอว่ากระแสไฟฟ้าหรือพลังงานตามธรรมชาติอื่นๆ ไม่ใช่สิ่งของ จึงควรแก้ไขบทนิยามคำว่าทรัพย์สินให้รวมถึงกระแสไฟฟ้าหรือพลังงานตามธรรมชาติอื่นๆ ด้วย หรือมิฉะนั้นก็ตัดบทนิยามคำว่าทรัพย์สินออก และแก้ไขมาตราอื่นๆ ที่ใช้คำว่าทรัพย์สินโดยใช้คำว่าทรัพย์สินแทน เพราะจะได้มีความหมายรวมไปถึงสิ่งที่ไม่รูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย แต่ข้อเสนอที่ว่าให้ใช้คำว่าทรัพย์สินแทนคำว่าทรัพย์สินมีผู้ไม่เห็นด้วย เพราะจะรวมความไปถึงลิขสิทธิ์หรือสิทธิในเครื่องหมายการค้า อันทำให้การล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าวกลายเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไปด้วย ในที่สุดที่ประชุมของคณะอนุกรรมการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาก็เห็นว่า ควรจะมีการค้นคว้าและศึกษาจากต้วบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศ ซึ่งปรากฏผลดังนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลี ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ แคนาดา และจีน ไม่มีบทนิยามคำว่า "ทรัพย์สิน" มีเพียงประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอินเดียเท่านั้น ที่มีบทนิยามคำว่า "สังหาริมทรัพย์" (Moveable Property) และศาลอินเดียก็ยังถือว่าก๊าซหรือน้ำที่อยู่ในท่อเป็นสังหาริมทรัพย์ ผู้ใดลักไปมีความผิดฐานลักทรัพย์

2. ปัญหาที่ว่ากระแสไฟฟ้าจะเป็น “ทรัพย์สิน” หรือไม่นั้น นักนิติศาสตร์ต่างประเทศ เห็นว่าจะถือเป็น “ทรัพย์สิน” ไม่น่าจะ เพื่อตัดปัญหาการตีความ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศ อิตาลี ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ แคนาดา ถือว่าการลักหรือการฉ้อกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดพิเศษ

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศที่กล่าวมานี้ ไม่ได้มีบท นิยามของคำว่า “ทรัพย์สิน” (Thing) “ทรัพย์สิน” (Property) “สังหาริมทรัพย์” (Moveable Property) ไว้เป็นพิเศษ โดยให้ถือมีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่ง สำหรับประเทศไทยก็ได้มีการ บัญญัติคำเหล่านี้ไว้แล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถ้าจะบัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายอาญาก็ต้องให้มีความหมายเป็นพิเศษ และตามปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นว่ากระแสไฟฟ้า เป็นทรัพย์สินหรือไม่ นักนิติศาสตร์ส่วนมากก็เห็นว่าไม่เป็น และถ้าจะวิเคราะห์คำว่าทรัพย์สินตามความ ประสงค์ทางอาญาไปถึงกระแสไฟฟ้าด้วย ก็จะมีคามผิดบางฐานที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การ ชิงราวกระแสไฟฟ้า จะเป็นได้แต่เฉพาะการลักและการฉ้อกระแสไฟฟ้าเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ การ บัญญัติการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดพิเศษน่าจะจะเป็นทางออกที่เหมาะสมกว่า ส่วนในเรื่องของ บทนิยาม มีผู้ให้ความเห็นว่าไม่น่าจะต้องมีเพราะในทางวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ กำลังแห่งธรรมชาติ ต่างๆ เช่น กำลังไฟฟ้า กำลังน้ำจากน้ำตก ก็เป็นวัตถุมีรูปร่างเหมือนกัน จึงไม่มีทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง คงมีแต่เฉพาะสิทธิซึ่งไม่ใช่ทรัพย์สินเท่านั้นที่ไม่มีรูปร่าง ในที่สุดประมวลกฎหมายอาญาก็ไม่มีบท นิยามคำว่าทรัพย์สิน และในมาตราต่างๆ ที่เกี่ยวกับความผิดต่อทรัพย์สินที่มีปัญหาในเรื่องของพลังงาน นั้น ก็ใช้คำว่าทรัพย์สินเท่านั้น (สมศักดิ์ สิงหนันธุ์, 2522 : 293-297)

เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทนิยามคำว่า “ทรัพย์สิน” และ “ทรัพย์สิน” จึงต้องถือ ตามคำนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 137 ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่าวัตถุมีรูปร่าง” ส่วนคำว่า “ทรัพย์สิน” ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 138 ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” อย่างไรก็ตามมี นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นไว้ว่าการแปลความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” จะพิจารณาเฉพาะ มาตรา 137 เท่านั้นไม่ได้ จะต้องนำมาตรา 138 มาพิจารณาประกอบด้วยกัน เมื่อแปลความหมาย รวมกันแล้ว ทรัพย์สินก็ได้แก่วัตถุมีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ (อุททิศ แสนโกศิก, 2519 : 61) แต่ก็ยังมีกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่แปลความหมายสองคำนี้ต่างกันอันจะได้กล่าวถึงต่อไป เมื่อ คำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินมีความหมายต่างกันเช่นนี้ ทำให้การบัญญัติกฎหมายอาญาลักษณะ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราได้บัญญัติคำว่าทรัพย์สิน และบางมาตราได้บัญญัติคำว่าทรัพย์สิน เป็น “วัตถุที่กระทำต่อ” โดยสามารถสรุปได้ว่าความผิดในลักษณะนี้ มีวัตถุที่กระทำต่อ 3 อย่างด้วย กัน คือ

1. ทรัพย์ อันหมายถึง "วัตถุมีรูปร่าง" ย่อมเป็นไปตามวิชาวิทยาศาสตร์ทางกายภาพ และไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่มนุษย์จะต้องเห็นได้โดยตาเปล่า เช่น น้ำหรือก๊าซต่างๆ ก็เป็นวัตถุที่มีรูปร่าง แต่พลังงานไฟฟ้านั้น ในทางวิทยาศาสตร์ทางกายภาพไม่เป็นสิ่งที่รูปร่าง เป็นแต่พลังงาน เหมือนพลังงานน้ำ พลังงานแสงแดด อย่างไรก็ตามก็ดี ศาลฎีกาวินิจฉัยคำว่า "ทรัพย์" ที่ใช้ในประมวลกฎหมายอาญาว่ามีความหมายตรงกับมาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนกัน แต่ได้ถือว่าพลังงานไฟฟ้าเป็นทรัพย์ คงจะเป็นเพราะศาลฎีกาเห็นว่าพลังงานไฟฟ้าเป็นวัตถุมีรูปร่าง ซึ่งความเห็นของศาลฎีกาไม่ตรงกับทางวิทยาศาสตร์ทางกายภาพ อันจะได้กล่าวถึงคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไป

2. ทรัพย์สินอันหมายรวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคา และอาจถือเอาได้ โดยเหตุนี้ "ทรัพย์สิน" จึงหมายถึง

2.1 ทรัพย์ ซึ่งอาจมีราคาได้ และถือเอาได้ กล่าวคือวัตถุมีรูปร่างใดซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้ก็เป็นทรัพย์สิน จะเห็นได้ว่าทรัพย์บางอย่างอาจไม่ใช่ "ทรัพย์สิน" ถ้าหากไม่อาจมีราคาได้ หรือไม่อาจถือเอาได้ ความเห็นนี้แตกต่างกับนักกฎหมายพวกแรกที่ได้กล่าวถึงข้างต้น

2.2 วัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ กล่าวคือวัตถุไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้ถือเป็นทรัพย์สิน ถ้าอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ เช่น พลังงานไฟฟ้า เป็นต้น ทรัพย์สินประเภทวัตถุที่ไม่มีรูปร่างที่สำคัญก็คือสิทธิ แต่ทั้งนี้พึงระวังว่าสิทธิจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรอง เช่น ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เมื่อทรัพย์ทุกสิ่งอาจไม่ใช่ทรัพย์สิน เพราะไม่อาจมีราคาได้หรือมีราคาแต่ไม่อาจถือเอาได้ และทรัพย์สินทุกสิ่งอาจไม่ใช่ทรัพย์ เช่น สิทธิ หรือพลังงานไฟฟ้า ทำให้การตีความตามประมวลกฎหมายอาญาต้องใช้คำสองคำนี้แยกออกจากกัน

3 ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ใช้ในความผิดฐานกรรโชกตามมาตรา 337 ความผิดฐานรีดเอาทรัพย์ตามมาตรา 338 ความผิดฐานผู้จัดการทรัพย์สินทำผิดหน้าที่ตามมาตรา 353 และมาตราอื่นที่อ้างถึงความผิดตามมาตราดังกล่าวเท่านั้น การที่บัญญัติวลีนี้แทนคำว่า "ทรัพย์สิน" ก็เพราะประมวลกฎหมายอาญาประสงค์จะให้มีความหมายกว้างกว่าคำว่าทรัพย์สิน ซึ่งคำว่า "ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน" มีความหมายสองประการ ประการแรกหมายถึงตัวทรัพย์สิน และประการที่สองหมายถึงประโยชน์อื่นใดที่ไม่ถึงกับเป็นตัวทรัพย์สินดังกล่าวแล้ว แต่เข้าลักษณะที่เป็นทรัพย์สินเพราะอาจคิดราคาได้ (หยุด แสงอุทัย, 2538 : 255-257)

ปัญหาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะนำมาพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งก็คือ วัตถุคืออะไร และ วัตถุมีรูปร่างมีความหมายอย่างไร ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าอย่างไรเป็นวัตถุ อย่างไรเป็นวัตถุที่มีรูปร่างนั้น จะอาศัยเฉพาะความรู้สึที่บุคคลเห็นได้ด้วยตาเปล่าหรือจับต้องได้เท่านั้นไม่ได้ เพราะถ้าถือหลักเกณฑ์เช่นนี้แล้ว สิ่งเล็กๆจนไม่อาจมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า หรือสิ่งที่จับต้องไม่ได้ เช่น ก๊าซ ก็จะกลายเป็นสิ่งที่ไม่ใช่วัตถุและไม่มีรูปร่างไป ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าวัตถุมีรูปร่างมีความหมายแค่ไหนเพียงไรนั้น จึงต้องเป็นไปตามหลักวิทยาศาสตร์ทางกายภาพอันมีหลักทางวิชาการอยู่แล้ว ซึ่งรูปร่างของวัตถุอาจพิจารณาได้สองนัยด้วยกันคือ นัยแรกวัตถุที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า สัมผัสได้ด้วยประสาทสัมผัสตามปกติ และนำมาซึ่งดวงหรือวัดได้ ซึ่งได้แก่วัตถุที่คงรูปอยู่ในภาวะที่เป็นของแข็ง (Solid) หรือของเหลว (Liquid) วัตถุที่เป็นของแข็งย่อมมีรูปร่างที่แน่นอน ส่วนของเหลวมีรูปร่างตามภาชนะหรือสิ่งซึ่งรองรับ ไม่คงรูปที่แน่นอนในสภาพปกติ แต่แปรรูปไปตามภาชนะที่บรรจุ นอกจากนั้นยังมีวัตถุอีกชนิดหนึ่งที่อยู่ในภาวะที่เป็นก๊าซ ซึ่งไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า หรือไม่อาจจับต้องได้ ก๊าซจะไม่มีรูปร่างที่แน่นอนในสภาพปกติ แต่มีรูปร่างที่แน่นอนหากบรรจุอยู่ในภาชนะ วัตถุในภาวะที่เป็นของเหลวหรือก๊าซนี้ ในทางวิทยาศาสตร์เรียกว่าของไหล (Fluid) นอกจากนั้นทางวิทยาศาสตร์ทางกายภาพยังสามารถใช้เครื่องมือหารูปร่าง ขนาด และน้ำหนักของวัตถุได้ถึงขั้นที่เป็นอนุ (Molecule) หรืออะตอม (Atom) ซึ่งเป็นส่วนย่อยที่สุดที่ยังมีคุณสมบัติเหมือนวัตถุเดิมหรือธาตุเดิมอยู่ และถ้าแยกย่อยลงไปอีกจะไม่มีคุณสมบัติของวัตถุเดิมเหลืออยู่ เพราะสิ่งที่ย่อยออกไปก็คือ ประจุไฟฟ้าบวก (Proton) และประจุไฟฟ้าลบ (Electron) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการตรวจสอบรูปร่างของวัตถุตามหลักวิทยาศาสตร์ทางกายภาพ สามารถตรวจสอบได้ตามลักษณะที่กล่าวข้างต้น (สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, 2522 : 297-299)

อย่างไรก็ดี ก็เกิดปัญหาการตีความคำว่าทรัพย์สินและทรัพย์สินในความผิดอาญาบางฐาน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 887/2501 โดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นการลักทรัพย์สินตามมาตรา 334 หรือ 335 ได้ ทำให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ เพราะนักกฎหมายบางท่านเห็นว่ากระแสไฟฟ้าเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง จึงไม่น่าจะเป็นทรัพย์สินแต่เป็นพลังงานอย่างหนึ่ง โดยให้เหตุผลว่าประจุไฟฟ้าที่เคลื่อนที่ไปตามเส้นลวด เป็นบ่อเกิดแห่งพลังงาน อันได้แก่ความร้อน แสง หรือเสียง แม้กระแสไฟฟ้าจะมีน้ำหนัก แต่ทางวิทยาศาสตร์ทางกายภาพก็ไม่ได้กล่าวถึงกระแสไฟฟ้าในรูปของวัตถุเลย จะกล่าวถึงเฉพาะในแง่พลังงานเท่านั้น กระแสไฟฟ้าจึงไม่ใช่วัตถุที่มีรูปร่าง เพราะถ้าถือว่ากระแสไฟฟ้ามีรูปร่างแล้ว ก็ไม่มีอะไรอีกนอกจากสิทธิเท่านั้นที่ไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง (สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, 2522 : 299) การวินิจฉัยความผิดฐานลักทรัพย์สินให้รวมถึงการลักกระแสไฟฟ้า เป็นการเทียบเคียงกฎหมายอย่างยิ่งไปในทางเป็นผลร้าย

แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ถือว่าขัดกับหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายอาญาและเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ เมื่อศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการลักกระแสไฟฟ้าว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ทำให้เมื่อไม่นานมานี้มีการฟ้องร้องการลักลอบจุนโทรศัพท์เคลื่อนที่ในความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตรงกันว่า จำเลยมีความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 แต่ในที่สุดศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในฎีกาที่ 5354/2539 ว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์คงมีความผิดเฉพาะฐานอื่นเท่านั้น โดยวินิจฉัยว่าจำเลยจะมีความผิดฐานลักทรัพย์ตามที่โจทก์ฟ้องหรือไม่นั้น ปัญหาแม้ว่าคู่ความมิได้ยกขึ้นฎีกา แต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบด้วยมาตรา 225 และวินิจฉัยต่อว่าตามคำฟ้องและคำรับสารภาพของจำเลยนั้น การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการรับส่งวิทยุคมนาคมโดยอาศัยคลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการแย่งใช้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธิของตนเอง จึงมิใช่เป็นการเอาไปโดยทุจริต การกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 แม้ว่าจำเลยจะรับสารภาพก็ตาม จึงพิพากษายกฟ้องในความผิดฐานลักทรัพย์ แต่มีนักกฎหมายบางท่านให้ข้อสังเกตว่า แม้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์จะไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า แต่สามารถตรวจวัดได้ และเมื่อคลื่นสัญญาณโทรศัพท์มีกระจายอยู่ทั่วไปจึงน่าจะเป็นสมบัติของรัฐ เมื่อรัฐมีการให้สัมปทานแก่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ รัฐก็น่าจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับสัมปทานรวมถึงผู้ใช้บริการจากผู้รับสัมปทานด้วย

ในเรื่องกรรมสิทธิ์ของทรัพย์ที่ถูกลักนั้น มีการแปลความหมายคำว่า "ทรัพย์ของผู้อื่น" ในความผิดฐานลักทรัพย์ว่าหมายถึงทรัพย์ที่มีเจ้าของถือกรรมสิทธิ์ในขณะที่ถูก เจ้าของทรัพย์อาจเป็นเอกชน นิติบุคคลหรือรัฐก็ได้ แต่ไม่หมายรวมถึงสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ยังไม่มีผู้ถือเอา เช่น แร่ในดิน หรือไม้ในป่า ซึ่งไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1055/2481 ว่ารังนกในถ้ำซึ่งมีผู้ผูกขาดเสียค่าอาชญาบัตร เป็นทรัพย์ไม่มีเจ้าของ ยังไม่เป็กรรมสิทธิ์ของผู้ผูกขาด จนกว่าจะได้เข้ายึดถือครอบครองอันเป็นการถือเอา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1318 และไม่เป็นทรัพย์ในกรรมสิทธิ์ของรัฐ ผู้ที่แกะเอาไปไม่มี ความผิดฐานลักทรัพย์ (จิตติ ติงศภัทย์, 2532 : 1943-1944)

อนึ่งด้วยเทคโนโลยีปัจจุบันทรัพย์สินในลักษณะเดียวกับกระแสไฟฟ้า หรือคลื่นโทรศัพท์เคลื่อนที่นับวันจะมีมากขึ้น เช่น ข้อมูลในคอมพิวเตอร์ คลื่นสัญญาณโทรทัศน์ชนิดบอกรับเป็นสมาชิก เป็นต้น อันเป็นปัญหาสำหรับการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย ถ้าเกิดกรณีลักหรือทำให้เสียหายกับทรัพย์สินดังกล่าว เพราะถ้ามีการตีความว่าทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์ก็จะ

เกิดปัญหาเดิม คือการตีความไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายอาญา ในทางตรงกันข้ามถ้าตีความว่าไม่ใช่ทรัพย์ ก็จะทำให้การกระทำความผิดกับทรัพย์สินนั้นๆ ขาดองค์ประกอบ เป็นผลให้กฎหมายอาญาไม่สามารถครอบคลุมถึงการกระทำผิดดังกล่าว

5.1.2 ความหมายคำว่า “เอกสาร”

คำนิยามของคำว่าเอกสารได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (7) “เอกสาร” หมายความว่า กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพหรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น

คำว่า “ทำให้ปรากฏความหมาย” หมายความว่า สิ่งที่ทำให้ปรากฏขึ้นนั้นจะต้องแสดงความคิดเห็นของผู้ทำเอกสารไม่ว่าจะเป็นที่เข้าใจหรือไม่ก็ตาม การทำให้ปรากฏต้องเป็นการกระทำโดยบุคคล ถ้าทำให้ปรากฏโดยเครื่องจักรกลแล้วไม่จัดว่าเป็นเอกสาร เช่น เครื่องวัดสภาพอากาศ นาฬิกาบอกเวลา เครื่องคำนวณ สิ่งเหล่านี้ไม่ใช่เอกสาร แต่ในกรณีที่บุคคลทำให้เครื่องจักรกลแสดงข้อความให้ปรากฏถือว่าบุคคลทำให้ปรากฏ เช่น ตัวเลขที่เครื่องคำนวณพิมพ์ออกมาถือว่าเป็นเอกสาร ร่างเอกสารไม่ถือเป็นเอกสาร ดังนั้นการแก้ไขร่างโดยคาดหมายว่าร่างนั้นจะสมบูรณ์เป็นต้นฉบับต่อไป เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานปลอมเอกสารได้ การใช้ร่างเอกสารปลอมไม่ผิดฐานใช้เอกสารปลอม สำเนาโดยปกติไม่ถือเป็นเอกสาร การทำเครื่องหมายเป็นรหัสไม่มีใครเข้าใจได้ แต่แสดงออกถึงความคิดของผู้ทำก็เป็นเอกสารได้ (จิตติ ดิงศภักดิ์, 2536 : 1646) ดังนั้น อุปกรณ์ตลอดจนสื่อในทางคอมพิวเตอร์ต่างๆ เช่น แดปบันทึก หรือจานบันทึก ฯลฯ ที่บันทึกไว้ด้วยข้อมูลที่เป็นรหัสซึ่งเป็นภาษาเครื่อง (Machine Language) ย่อมถือได้ว่าเป็นเอกสารอย่างหนึ่ง

จากคำนิยามและความหมายที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าเอกสารถือเป็นหลักฐานอันสำคัญยิ่งในทางกฎหมาย ความเชื่อถือและความมั่นคงในทางกฎหมายขึ้นอยู่กับการใช้ได้และความปลอดภัยแห่งเอกสาร ดังนั้น สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดที่เกี่ยวกับเอกสารจึงมิใช่ตัวทรัพย์สิน แต่เป็นความมั่นคงและความเชื่อถือในการใช้เป็นหลักฐาน ซึ่งการคุ้มครองเอกสารอาจพิจารณาได้ 4 ทาง คือ

1. ความแท้แห่งเอกสาร ซึ่งหมายความว่าผู้ทำเอกสารนั้นเป็นผู้ทำที่แท้จริงหรือไม่
2. ความจริงแห่งเอกสาร กล่าวคือเนื้อหาถูกต้องหรือไม่ เช่น เอกสารทางราชการ
3. การใช้เอกสาร
4. ความปลอดภัยแห่งเอกสาร

อย่างไรก็ดี สามารถสรุปสาระสำคัญของเอกสารไว้ 4 ประการ คือ

1. เอกสารเป็นสิ่งที่แสดงออกแห่งเจตนา
2. เอกสารเป็นสิ่งที่มิรูปร่าง
3. เอกสารต้องเป็นสิ่งที่มิเนื้อหาในทางกฎหมาย
4. เอกสารต้องแสดงถึงผู้ออกหรือทำเอกสารนั้น (คณิต ณ นคร, 2535 : 233)

5.1.3 ความหมายคำว่า “เอาไป”

คำว่า “เอาไป” ถูกใช้เป็นองค์ประกอบความผิดฐานของการกระทำในความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ซึ่งมีความหมายว่าเป็นการพาทรัพย์เคลื่อนที่ไปจากการครอบครองของผู้อื่น จากความหมายดังกล่าวสรุปได้ว่าจะต้องมีการกระทำสองประการ ประการแรกคือจะต้องมีการแย่งการครอบครอง การแย่งการครอบครองจะเกิดขึ้นได้ทรัพย์นั้นจะต้องมีผู้ครอบครองอยู่ และผู้กระทำเข้าทำการแย่งการครอบครองหรือเข้าครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ประการที่สองคือจะต้องมีการพาทรัพย์เคลื่อนที่ไป ทรัพย์เคลื่อนที่หมายความว่าต้องเคลื่อนที่ไปจากตำแหน่งเดิม ถ้าทรัพย์นั้นมีเพียงจุดเดียวแค่เคลื่อนไปนิดหนึ่งก็ถือว่าเป็นการเคลื่อนที่สำเร็จแล้ว แต่ถ้าทรัพย์นั้นมีหลายจุดต้องเคลื่อนทุกจุดจึงจะเป็นการเคลื่อนสำเร็จ การกระทำทั้งสองประการนี้ ถ้าเกิดขึ้นอย่างครบถ้วนและสมบูรณ์ก็ถือได้ว่าเป็นการเอาไปอันเป็นความผิดสำเร็จในความผิดฐานลักทรัพย์ แต่ถ้าไม่ครบถ้วนหรือไม่สมบูรณ์ก็อาจจะเป็นเพียงแค่นั้นพยายามหรือไม่ถือได้ว่าเป็นการเอาไป สรุปก็คือว่าเวลาใดที่มีการพาทรัพย์เคลื่อนที่ การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ก็สำเร็จในเวลานั้น (จิตติ ดิงศภิกย์, 2532 : 2495)

พิจารณาอีกแง่มุมหนึ่ง การเอาไปต้องเป็นการเอาไปทั้งกรรมสิทธิ์และการครอบครอง วัตถุที่ไม่มีรูปร่างไม่อาจเป็นวัตถุที่มีกรรมสิทธิ์ได้ เพราะกรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง อนึ่งแม้ในกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะมีคำว่า “ลัก” (Theft) ก็ตาม แต่ไม่อาจแปลคำว่า “ลัก” (Theft) ให้ตรงกับคำว่าลักทรัพย์ตามความหมายของกฎหมายไทยที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้ เพราะคำว่า “ลัก” (Theft) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์มีความหมายอย่างกว้างขวางและยังมีลักษณะพิเศษคือศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้ ทำให้คำว่า “ลัก” (Theft) มีความหมายเปลี่ยนไปอย่างมาก แต่ในที่สุดศาลก็ได้หยุดขยายขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ เพราะเริ่มลังเลไม่แน่ใจกับการบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำบางอย่าง ที่ไม่อาจปรับหลักกฎหมายในเรื่อง “ลัก” (Theft) ให้เข้ากับข้อเท็จจริงนั้นได้ ซึ่งหากตัดสินว่าการกระทำนี้เป็นการ “ลัก” (Theft) จำเลยจะต้องถูกลงโทษประหารชีวิต เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย (สุนติ คงเทพ, 2541 : 23)

5.1.4 ความหมายคำว่า "ทำให้เสียหายหรือทำลาย"

คำว่า "ทำให้เสียหาย" หมายความว่าทำให้ทรัพย์สินชำรุด บอบสลาย หรือเสื่อมสภาพไป รวมถึงการทำให้หมดความสวยงามหรือทำให้ความสวยงามลดลง

คำว่า "ทำลาย" หมายความว่า เป็นการกระทำต่อเนื้อวัตถุที่เป็นเหตุให้ไม่สามารถที่จะใช้งานได้อีก หรือทำให้ทรัพย์สินนั้นหมดหรือเสื่อมสภาพไป ไม่ว่าทำลายแล้วจะมีซากเหลืออยู่หรือไม่ก็ตาม แต่ทรัพย์สินที่ถูกทำลายไม่อยู่ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินตามที่เป็นอยู่ก่อนทำลาย

คำว่า "ทำให้เสื่อมค่า" หมายความว่าทำให้มูลค่าในทางเศรษฐกิจหรือราคาของทรัพย์สินนั้นลดลง หรือกระทำการใดๆ ให้ทรัพย์สินนั้นต้องจำหน่ายในราคาที่ต่ำลง

คำว่า "ทำให้ไร้ประโยชน์" หมายความว่าทำให้ทรัพย์สินนั้นไม่เป็นประโยชน์ตามความต้องการที่มุ่งหมายไว้ (อุททิศ แสนโกศิก, 2519 : 23, หยุด แสงอุทัย, 2538 : 350)

จากความหมายข้างต้น จะเห็นได้ว่าการทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ เป็นถ้อยคำกว้างๆ แต่ก็หมายถึงทำให้ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในสภาพที่ทรัพย์สินนั้นเสื่อมโทรม เกิดความเสียหายแก่เจ้าของ ความเสียหายนั้นต้องไม่ใช่เรื่องเล็กน้อยจนเกินไป เพราะถ้าเล็กน้อยจนเกินไปอาจไม่ใช่ความเสียหายทางอาญา และความเสียหายนั้นไม่ต้องถึงขนาดต้องเป็นการถาวรแม้ภายหลังจะแก้ไขได้ก็ถือเป็นความเสียหายแล้ว ทุกคำที่กล่าวข้างต้นล้วนแล้วแต่เป็นองค์ประกอบความผิดอาญาฐานทำให้เสียทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยปกติแล้วความเสียหายจะปรากฏให้เห็นได้ด้วยทางกายภาพ คือสามารถมองเห็นได้ด้วยตา ผู้กระทำความผิดก็จะแสดงการกระทำปรากฏออกมาอย่างเห็นได้ชัด เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็จะมีพยานหลักฐานสามารถพิสูจน์ความผิดได้ แต่ในกรณีความเสียหายหรือการทำลายของข้อมูลในคอมพิวเตอร์นั้น เป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยทางกายภาพ อีกทั้งผู้กระทำความผิดก็สามารถกระทำได้ง่าย หลายครั้งกระทำอย่างเงียบๆ รวดเร็ว ยากต่อการจับกุม และโดยมากจะไม่พบพยานหลักฐาน ที่ฝ่ายผู้เสียหายจะต้องเป็นฝ่ายนำสืบให้ศาลเชื่อโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นได้กระทำความผิด กล่าวคือผู้นั้นได้ทำความเสียหายต่อข้อมูลด้วยปัจจัยดังกล่าวจึงเป็นการยากที่จะนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้บัญญัติให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ความเสียหายหรือการทำลายซึ่งไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยทางกายภาพดังกล่าวเป็นความเสียหายทางอาญาหรือไม่ ซึ่งอาจจะมาจากเหตุผลที่ว่าขณะที่มีการยกเว้นหรือบัญญัติประมวลกฎหมายอาญานั้น ยังไม่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งที่ไม่มรูปร่าง เช่น ข้อมูลในคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาความหมายของคำว่า "ความเสียหายทางอาญา" ของต่างประเทศแล้ว ได้ให้ความหมายของคำว่า "การทำให้เกิดความเสียหายหรือทำลาย

ทางอาญา" หมายถึง การทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้เลวลงทางกายภาพ ซึ่งสามารถรับรู้ได้ โดยความรู้สึก แต่ก็ไม่ได้ระบุว่าจะต้องเกิดความเสียหายทางกายภาพเป็นจำนวนเท่าใด ที่จะถือว่า มีความเสียหายเกิดขึ้น ในการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้นำกฎหมายอาญาของ ต่างประเทศมาเป็นแบบอย่าง ความหมายของคำว่า "ความเสียหายทางอาญา" ก็น่าจะเป็นไปในรูปแบบเดียวกัน ที่ว่าความเสียหายทางอาญานั้น หมายถึงการทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้เลวลงทางกายภาพซึ่งสามารถรับรู้ได้โดยความรู้สึก (พรชัย เหลียวพัฒนพงศ์, 2537 : 141)

5.1.5 ความหมายคำว่า "บุกรุก"

คำว่า "บุกรุก" เป็นคำที่นักกฎหมายใช้กันทั่วไป และมีการบัญญัติเป็นความผิดอาญาลักษณะหนึ่ง คือความผิดฐานบุกรุก แต่บทบัญญัติมาตราของความผิดฐานนี้มีได้ใช้คำๆ นี้ แต่จะใช้คำที่มีความหมายเช่นเดียวกันคือคำว่า "เข้าไป" ซึ่งหมายความว่า การที่จะถือว่าเป็นการเข้าไปอวัยวะส่วนใหญ่ของร่างกายจะต้องเข้าไป ถ้าเพียงอวัยวะบางส่วนจากร่างกายเข้าไป โดยอวัยวะส่วนอื่นยังอยู่ข้างนอกไม่ถือว่าเป็นการเข้าไป (หยุด แสงอุทัย, 2538 : 356) ซึ่งแตกต่างกับความผิดฐานลักทรัพย์ในเคสสถานต้องเข้าไปทั้งตัว โดยความผิดฐานบุกรุกนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 362 ว่า "ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้าไปกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

พิจารณาตามบทบัญญัติ จะเห็นได้ว่ามาตรานี้บัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดไว้สองประเภท คือ

1. กระทำการโดยเจตนาเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่เรียกกันว่าบุกรุกเพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน
2. กระทำการโดยเจตนาเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อรบกวนการครอบครองของผู้อื่น หมายความว่าไม่จำเป็นต้องประสงค์จะแย่งการครอบครองของผู้อื่น แต่เข้าไปกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งทำให้ผู้อื่นไม่อาจครอบครองโดยปกติสุข (อุททิศ แสนโกศิก, 2519 : 28)

ความผิดฐานบุกรุกทั้งสองประเภทยังมุ่งเน้นไปที่อสังหาริมทรัพย์ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่า "ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น..." แม้ว่าคำว่าเข้าไปนี้จะแปลความรวมถึงการรบกวนสิทธิในการครอบครองของผู้อื่นโดยปกติสุข โดยถือเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นก็ตาม แต่การรบกวนสิทธินั้นหมายถึง การรบกวนสิทธิในการครอบครองเฉพาะ

อสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ไม่รวมถึงสิทธิในสังหาริมทรัพย์ หรือวัตถุที่ไม่มีรูปร่างอื่นๆ เพราะการตีความตามบทบัญญัติที่คำนึงถึงสภาพของการกระทำซึ่งเห็นว่าการเข้าไป หรือการกระทำอันเป็นการรบกวนการครอบครอง ย่อมกระทำต่อ "สิทธิ" ไม่ได้ในตัว ฉะนั้น ความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 จึงกระทำได้อต่อเฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ซึ่งอาจจะมาจากเหตุผลเดิมที่ว่า ขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงการรบกวนการครอบครองในสังหาริมทรัพย์ หรือวัตถุที่ไม่มีรูปร่างอื่นๆ หรืออาจจะมีการคำนึงถึงแต่ผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์ที่จะแยกเป็นความผิดอีกลักษณะหนึ่ง

5.2 วิเคราะห์การกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์กับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

5.2.1 ความผิดฐานลักทรัพย์

องค์ประกอบความผิดมี 2 ประการ คือ

1. เอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไป
2. เจตนาพิเศษโดยทุจริต

ความผิดตามมาตรา ๓๓๖ กฏหมายประสงคฺจะคุ้มครองกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง ถ้าผู้ใดทำการแย่งกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองก็ถือว่าฝ่าฝืนสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง

เปรียบเทียบการกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์ กับความผิดฐานลักทรัพย์ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีการลักข้อมูลในคอมพิวเตอร์ จึงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในความผิดฐานลักทรัพย์ และจากองค์ประกอบข้อแรกที่กล่าวข้างต้น ถ้าจะพิจารณาถึงการ "เอาไป" ซึ่งจะต้องประกอบด้วยการกระทำสองประการ คือการแย่งการครอบครองและการพาทรัพย์เคลื่อนที่ไปได้ กล่าวไว้แล้วนั้น ถ้าไม่คำนึงถึงว่าข้อมูลในคอมพิวเตอร์เป็นทรัพย์หรือไม่ และพิจารณากันอย่างผิวเผินก็ดูเหมือนจะนำความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 มาปรับใช้ได้ โดยมีหลักอยู่ว่าทรัพย์ที่ถูกลักนั้นจะต้องเป็นทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้ หมายความว่าต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งสังหาริมทรัพย์รวมถึงกำลังแรงธรรมชาติ กำลังแรงธรรมชาติรวมถึง กระแสไฟฟ้า ความร้อน สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่เคลื่อนที่ได้ ดังนั้น จึงเป็นวัตถุแห่งการกระทำที่ก่อให้เกิดความผิดได้ เมื่อนำเปรียบเทียบกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์ จะเห็นได้ว่าข้อมูลในคอมพิวเตอร์ก็เป็นวัตถุแห่งการกระทำที่ก่อให้เกิดความผิดได้เช่นกัน เพราะเป็นสิ่งที่เคลื่อนที่ได้ แม้ว่าการเคลื่อนที่อาจต้องอาศัยเครื่องมือบางอย่าง ซึ่งอาจจะไม่ได้ใช้แรงกายภาพก็ตาม แต่ถ้าพิจารณากันอย่างลึก

ซึ่งแล้วจะเห็นว่าข้อมูลอันเป็นวัตถุแห่งของกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ ไม่เชื่ออำนาจให้สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับได้ กล่าวคือข้อมูลไม่อาจเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินได้ เพราะทรัพย์สินหรือทรัพย์สินนั้นต้องมีลักษณะพิเศษก็คือ การเป็นผู้ทรงสิทธิได้แต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) และทั้งกีดกันผู้อื่นมิให้ยุ่งเกี่ยวได้ ซึ่งข้อมูลไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะข้อมูลสามารถไหลไปได้อย่างเสรีตามลักษณะธรรมชาติของตนเอง (By Nature) และโดยปกติการเอาไปซึ่งทรัพย์สินนั้น จะมีลักษณะสมมาตร กล่าวคือผู้ที่เป็นผู้ทรงสิทธินั้นจะต้องเป็นผู้สูญเสีย และผู้เอาไปจะต้องเป็นผู้ได้ เช่น การลักปากกา เจ้าของปากกาก็ต้องสูญเสียปากกาไปและผู้ลักจะต้องเป็นผู้ได้ปากกาไว้ แต่ลักษณะธรรมชาติของข้อมูลไม่มีอะไรที่สูญเสียไปข้อมูลยังคงเหมือนเดิมทุกอย่าง สิ่งที่สูญเสียนั้นอาจเป็นการสูญเสียในอนาคตซึ่งยังไม่เกิดขึ้นในทันที (สุนติ คงเทพ, 2541 : 22)

สาระสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือความแตกต่างของตัวทรัพย์สิน อันเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิด โดยมีประเด็นความแตกต่างคือวัตถุที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง ซึ่งมีความแตกต่างกันดังนี้

1 เรื่องของการคุ้มครองผู้ถือครอง (Proprietor หรือ Holder) โดยทรัพย์สินที่มีรูปร่างนั้นถือเป็นทรัพย์สินเฉพาะสำหรับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่สำหรับข้อมูลนั้นมีลักษณะที่ค่อนข้างเป็นทรัพย์สินส่วนรวมที่สังคมมักจะปล่อยให้มีการไหลเวียนกันกันอย่างเสรี ซึ่งจะไม่ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับทรัพย์สินที่มีรูปร่าง

2 เรื่องของระบบกฎหมาย (Legal Regime) กล่าวคือการคุ้มครองข้อมูลนั้นไม่พิจารณาเพียงแต่ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ถือครอง ในขณะที่เดียวกันยังรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเนื้อหาข้อมูล เช่น การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการละเมิด เป็นต้น

ความแตกต่างที่กล่าวมาข้างต้น ส่งผลให้ไม่สามารถใช้วิธีการเปรียบเทียบ (Analogy) สำหรับระบบกฎหมายที่ใช้กับวัตถุที่มีรูปร่างมาใช้กับวัตถุที่ไม่มีรูปร่างได้ เช่นเดียวกับที่นักกฎหมายชาวแคนาดากล่าวไว้ว่า การนำความคิดในเรื่องทรัพย์สินมาปรับใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างสำหรับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์นั้นอาจส่งผลให้เกิดปัญหาได้ เช่น ความผิดฐานวางเพลิงอาจรวมถึงการเผาคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Electromagnetic Impulse) ได้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดให้อาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นความผิดอาญาเฉพาะ เพื่อความเป็นระบบชัดเจนและถูกต้อง (ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2541 : 20)

พิจารณาองค์ประกอบที่สอง คือเจตนาพิเศษโดยทุจริต คำว่า "โดยทุจริต" ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1) ให้คำนิยามไว้ว่า "เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น" ในกรณีของการลักข้อมูลในคอมพิวเตอร์ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นสิ่งที่ค่อนข้างแน่นอนว่าผู้กระทำนั้นกระทำไปด้วยเจตนาอันทุจริต แต่ในเรื่องของความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ยังมีการกระทำอีกประเภทหนึ่งที่นิยมเรียกกันว่า "การเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ" (Unauthorized Access) นั้นสังคมควรที่จะบัญญัติกฎหมายให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ในเรื่องการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจนี้ พิจารณาเห็นได้ว่ามีลักษณะของเนื้อหา ลำดับขั้นของความผิดแยกย่อยออกไปได้อีก โดยยึดถือหลักความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้กระทำกับบุคคลที่ถูกกระทำ เช่น นายจ้างกับลูกจ้าง หรือการที่พนักงานในองค์กรเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจเพื่อเรียกดูข้อมูลในสำนักงานของตน ควรจะเป็นการลงโทษทางอาญาหรือควรจะเป็นการลงโทษทางวินัย และแน่นอนที่สุด หากบัญญัติกฎหมายให้เป็นความผิดทางอาญาโดยไม่รัดกุมเพียงพอ ก็จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการทำงานอย่างแน่นอน แต่ในทางกลับกันหากไม่มีอะไรมาหยุดยั้งบุคคลที่มีพฤติกรรมไม่พึงประสงค์เช่นนี้ ก็จะก่อให้เกิดการล่องละเมิดต่อความลับหรือความเป็นส่วนตัวของบุคคลได้เช่นเดียวกัน และที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นคือการทำลายสิ่งที่คุ้มครองข้อมูล อันเปรียบการกระทำในลักษณะนี้ได้กับการที่ไม่ได้เข้าไปในบ้านเขาเฉยๆ หรือใช้กล่องส่งทางไกลส่งไปมองบ้านเขาเฉยๆ แต่ยังพึงประตูรั้วบ้านหรือเจาะรูฝาผนังบ้านเพียงเพื่อจะได้มองดูว่ามีอะไรบ้างอยู่ในบ้านดูเสร็จก็ออกมา ซึ่งแน่นอนที่สุดระบบคอมพิวเตอร์อาจผิดเพี้ยนไปได้ กรณีเช่นนี้อาจจะต้องมีการสร้างบทบัญญัติขึ้นมาใหม่เพื่อที่จะลงโทษกับผู้ประพฤติเช่นนี้ หากพิจารณาถึงความรับผิดชอบในปัจจุบันตามกฎหมายไทย การกระทำเช่นนี้อาจเป็นแค่เพียงความรับผิดชอบทางแพ่งในเรื่องละเมิดเท่านั้น ในส่วนของกฎหมายอาญาแล้วยังเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเอาโทษได้ การกระทำของบุคคลเหล่านี้ อาจจะมีแรงจูงใจในเรื่องของความคึกคะนองหรือเพื่อการโอ้อวด หรือเป็นเครื่องทดลองความรู้ของตน ซึ่งแน่นอนที่สุดเหยื่อของการกระทำก็จะต้องถูกรบกวน เช่นอาจจะเข้าสู่ระบบไม่ได้ เปรียบเทียบได้กับการโทรศัพท์เข้าไปก่อกวนยังบ้านที่เราไม่รู้จัก เป็นละเมิดทางแพ่งซึ่งผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์อย่างหนัก อย่างไรก็ตามการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจอาจจะเกิดขึ้นได้จากความพลั้งเผลอหรือประมาทเลินเล่อของผู้ใช้ ในกรณีนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าไม่น่าจะเป็นความผิด แต่หากเกิดขึ้นด้วยความตั้งใจโดยเข้าไปดูเฉยๆ ก็ไม่ควรที่จะเป็นความผิดอาญา เพราะจะก่อให้เกิดความผิดอาญาจนเกินไป แต่น่าจะมีมาตรการอย่างอื่นที่ดีกว่าอันจะได้กล่าวถึงต่อไป

5.2.2 ความผิดฐานยักยอก

เมื่อกล่าวถึงคำว่ายักยอกคนส่วนใหญ่มักจะไม่นึกถึงข้อมูลทางการค้า แต่จะคิดถึงสิ่งที่มีมูลค่าเป็นเงินที่สามารถเห็นได้ชัดเจน ซึ่งถ้ามองอย่างละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าข้อมูลทางการค้าสามารถเปลี่ยนแปลงเป็นเงินหรือถือเป็นทรัพย์สินของธุรกิจได้ เพราะว่าข้อมูลเหล่านี้มีค่าอยู่ในตัว การยักยอกข้อมูลทางการค้าโดยเฉพาะข้อมูลที่เป็นความลับไม่ต่างอะไรกับการยักยอกเงิน ตัวผลิตภัณฑ์สินค้า หรือสิ่งที่มีค่าใดๆ ซึ่งโดยปกติผู้กระทำการยักยอกจะมีวิธีการดังนี้

1. จะมีการวางแผน และหาโอกาสที่เหมาะสมเพื่อกระทำการ
2. การวางแผนจะเป็นไปอย่างละเอียด รอบคอบ ทำอย่างเป็นระบบ
3. ปกปิดการกระทำความผิด และหาหนทางหลีกเลี่ยงจากการตรวจพบ
4. จะสร้างสถานการณ์ว่ามีงานมาก เพื่อปกปิดการกระทำความผิดของตน
5. จะสร้างสถานการณ์ว่าเป็นคนมีฐานะทางการเงินดี (Russell, 1994 : 229)

สำหรับความผิดฐานยักยอกตามกฎหมายไทยนั้น ได้บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 352 - 356 โดย มาตรา 352 มีองค์ประกอบ ดังนี้

1. ครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย
2. เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนเองหรือบุคคลที่สาม
3. โดยเจตนาทุจริต

คำว่า "เบียดบัง" หมายความว่า การแสดงกิริยาออกมาภายนอกว่าตนเองเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ทั้งนี้เพราะอยู่ในความครอบครองของผู้กระทำอยู่แล้ว การเบียดบังจึงอยู่ที่การกระทำที่แสดงออกมารู้ว่า ผู้กระทำไม่เคารพต่อกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินและแสดงตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินแทน

ส่วนองค์ประกอบ มาตรา 353 คือ

1. ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นหรือทรัพย์สินซึ่งผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย
2. กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใดๆ จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของผู้นั้น
3. โดยเจตนาทุจริต

คำว่า "มอบหมายให้จัดการทรัพย์สิน" หมายความว่ามอบหมายให้ไปจัดการกิจการทุกอย่างเกี่ยวกับทรัพย์สิน รวมถึงการมอบหมายให้เป็นตัวแทนรับชำระหนี้จากบุคคลภายนอก

ความแตกต่างระหว่างสองมาตราที่กล่าวข้างต้น คือ

1. ผู้กระทำตามมาตรา 352 ต้องเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินอยู่แล้ว แต่ผู้กระทำตามมาตรา 353 ไม่จำเป็นต้องครอบครองทรัพย์สิน เพียงแต่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินก็ถือว่าเข้าองค์ประกอบแล้ว
2. วัตถุประสงค์ที่กระทำต่อของมาตรา 352 เฉพาะ "ทรัพย์" เท่านั้น แต่วัตถุประสงค์ที่กระทำต่อของมาตรา 353 ได้แก่ "ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน"
3. การกระทำตามมาตรา 352 ต้องเป็นการเบียดบังตามความหมายข้างต้น แต่สำหรับมาตรา 353 ไม่ถึงกับต้องเป็นการเบียดบัง เพียงแต่จัดการทรัพย์สินอย่างไร้ผู้เสียหายก็เข้าลักษณะที่จะเป็นความผิดได้ เมื่อได้กระทำผิดหน้าที่และกระทำโดยมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต (หยุด แสงอุทัย, 2538 : 340)

พิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ความผิดฐานยกยอก ตามมาตรา 352 นั้น มีองค์ประกอบในส่วนของกรกระทำคือ "เบียดบัง" ซึ่งมีความหมายว่าต้องมีการเอาไปในลักษณะที่เป็นการตัดกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับคำว่า "เอาไป" ในความผิดฐานลักทรัพย์และจากเหตุผลที่กล่าวไว้แล้วในความผิดฐานลักทรัพย์ ไม่ว่าจะ เป็นขอบเขตของคำว่า "ทรัพย์" หรือความหมายของคำว่า "เอาไป" จึงสามารถสรุปได้ว่าไม่อาจนำความผิดตามมาตรา 352 มาปรับใช้กับการยกยอกข้อมูลในคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่กระทำต่อได้

อย่างไรก็ดี การกระทำความผิดฐานยกยอกที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์มีวิธีในลักษณะต่างๆ มากมาย โดยเฉพาะการเคลื่อนย้ายข้อมูลทางการเงินอันเป็นวิธีที่นิยมกันมาก เพราะสามารถเข้าถึงตัวเงินได้โดยตรง และยังถือเป็นการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในการกระทำ ความผิด ซึ่งความผิดในลักษณะนี้ส่วนใหญ่แล้ว ผู้กระทำจะได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นและกระทำผิดหน้าที่โดยทุจริต ทำให้เจ้าของทรัพย์สินสูญเสียทรัพย์สินหรือประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินไป ถือได้ว่าผู้กระทำมีความผิดฐานยกยอก ตามมาตรา 353

5.2.3 ความผิดฐานปลอมเอกสาร

ความผิดเกี่ยวกับเอกสารที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดอาญานั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264 - 269 โดยความผิดฐานปลอมเอกสารบัญญัติไว้ใน มาตรา 264 แบ่งออกเป็นสองวรรค วรรคหนึ่งเป็นเรื่องการปลอมเอกสารโดยตรง ได้บัญญัติการกระทำไว้หลายประการ ดังนี้

1. ทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับ
2. เติมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในเอกสารที่แท้จริง
3. ประทับตราหรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร

การทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับ ไม่จำเป็นต้องมีเอกสารที่แท้จริง แต่ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน และมีเจตนาเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริงก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ ส่วนการเติมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในเอกสารที่แท้จริง การกระทำในส่วนนี้ต้องเป็นการกระทำในเอกสารที่แท้จริงเท่านั้น และต้องเป็นการเติมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขข้อความในเอกสารที่ตนไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นผู้กระทำมีอำนาจแม้ข้อความนั้นจะเป็นเท็จก็ไม่เป็นความผิด ส่วนการประทับตราหรือการลงลายมือชื่อปลอมนั้น หมายถึงกรณีที่เอกสารได้ทำเสร็จแล้ว ยังขาดแต่การประทับตราหรือลงลายมือชื่ออยู่ ผู้กระทำจึงได้ประทับตราหรือลงลายมือชื่อปลอมเพื่อให้เอกสารนั้นสมบูรณ์ วรรคสองเป็นเรื่องที่กฎหมายถือว่าเป็นการปลอมเอกสาร

พิจารณากรณีที่วัตถุแห่งการกระทำความผิดเป็นข้อมูลในคอมพิวเตอร์ ถ้าผู้กระทำได้ทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือบางส่วน โดยการอาศัยคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประกอบ เช่น เครื่องพิมพ์เป็นเครื่องมือในการทำเอกสารฉบับนั้นออกมา โดยมีเจตนาให้ผู้อื่นเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริงก็ต้องถือว่าเป็นความผิดฐานปลอมเอกสารโดยตรง อันมีลักษณะเดียวกับการสร้างข้อมูลขึ้นเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นข้อมูลที่แท้จริงแต่ความจริงแล้วไม่มีข้อมูลเหล่านั้นอยู่ ส่วนการเติมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในเอกสารที่แท้จริง ถ้าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกระทำต่อเอกสารในทางคอมพิวเตอร์โดยตรง ก็คงไม่มีปัญหาที่จะถือว่าเป็นความผิดฐานปลอมเอกสาร แต่ถ้าผู้กระทำได้กระทำต่อเอกสารที่ได้มาจากการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ ในกรณีนี้เอกสารคอมพิวเตอร์ย่อมหมายถึง กระดาษหรือวัตถุอื่นใดที่ปรากฏข้อความเป็นประโยชน์หรือโทษต่างๆ โดยข้อความประโยคหรือรูปรหัสต่างๆ นั้น พิมพ์ขึ้นโดยใช้เครื่องพิมพ์ซึ่งรับข้อมูลการพิมพ์มาจากเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งผลลัพธ์จากคอมพิวเตอร์เหล่านี้มีหลากหลายรูปแบบ ทั้งในรูปของ

กระดาษที่พิมพ์ออกมา (Printout) แถบบันทึก (Tape) หรือจานบันทึก (Disk) (เลิศลักษณ์ ปานเลิศ, 2531 : 61) และเอกสารจากระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวนี้แตกต่างจากเอกสารอื่นๆ กล่าวคือเป็นเอกสารที่สามารถจะพิมพ์ขึ้นใหม่ได้ โดยอาศัยคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์อื่นๆ ทำการเตรียมร่างต้นฉบับขึ้น ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เช่น การลบข้อความบางตอน การแทรกข้อความ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความ แต่วิธีการเหล่านี้จะไม่ส่งผลให้เอกสารที่ได้มาจากคอมพิวเตอร์ปรากฏร่องรอยของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่ตัวเอกสาร ทำให้เกิดปัญหาว่าจะทำการตรวจสอบได้อย่างไรว่าเอกสารนั้นมีความถูกต้องกับความจริง โดยไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ลบหรือเพิ่มข้อความ จากข้อเท็จจริงที่ว่า เทคโนโลยีสารสนเทศมีความสามารถทำให้เอกสารที่ได้จากคอมพิวเตอร์นั้นยังคงมีสภาพปกติ ไม่ปรากฏว่ามีร่องรอยใดๆ ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่ตัวเอกสารนั้น ทำให้การตรวจสอบไม่สามารถพบร่องรอยใดๆ ก็เนื่องมาจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นได้กระทำในขั้นตอนของการประมวลผล (Process) ก่อนที่จะแสดงผลลัพธ์ออกมาเป็นเอกสารที่ได้จากคอมพิวเตอร์ อีกทั้งการกระทำเพื่อให้ได้เอกสารดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องมีการบันทึกข้อความที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงลงในคอมพิวเตอร์ แต่ถ้าต้องการจะบันทึกก็สามารถกระทำได้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลในคอมพิวเตอร์ที่กล่าวมานี้ มีประเด็นปัญหาที่จะต้องวิเคราะห์ก็คือว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดฐานปลอมเอกสาร ตามมาตรา 264 หรือไม่ ซึ่งก็ต้องตอบว่าเป็นความผิดฐานปลอมเอกสาร เพราะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่กระทำต่อข้อความที่เป็นข้อมูลอันถือว่าได้ว่าเป็นเอกสารตามความหมายคำว่า "เอกสาร" ในมาตรา 1 (7) แต่ปัญหาไม่ได้จบเพียงเท่านี้ ยังมีประเด็นที่จะต้องวิเคราะห์ต่อไปว่า หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลไม่ได้กระทำในคอมพิวเตอร์โดยตรง แต่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่อยู่ระหว่างการส่งผ่านไปมาตามสายโทรศัพท์ หรือสายสื่อสารชนิดอื่น ที่อยู่ในลักษณะรูปสัญญาณไฟฟ้าหรือแรงกระตุ้นทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ไม่อาจถือว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอกสาร เพราะสัญญาณทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ถือว่าเป็นตัวอักษร ตัวเลข ผังหรือแผนแบบอย่างอื่น ตามความหมายของคำว่า "เอกสาร" ในมาตรา 1 (7) แม้ว่าภายหลังสัญญาณทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะถูกบรรจุเป็นข้อมูลในสื่อ หรือวัตถุอันทำให้กลายเป็นเอกสารชนิดหนึ่งก็ตาม แต่ในขณะที่กระทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นได้กระทำต่อสัญญาณทางอิเล็กทรอนิกส์ มิได้กระทำต่อข้อความที่เป็นรหัสหรือภาษาเครื่อง (ภาณุรังษีรหัส, 2533 : 111) กล่าวโดยสรุปก็คือว่าการกระทำในกรณีนี้ ถ้านำความผิดฐานปลอมเอกสารมาปรับใช้ก็จะเกิดข้อขัดข้องขึ้นได้ ดังนั้น จึงน่าจะเป็นการสมควรที่จะบัญญัติกฎหมายเฉพาะเช่นเดียวกับหลายๆ ประเทศ มาบังคับใช้กับการกระทำความผิดในลักษณะนี้

5.2.4 ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

การทำให้เสียหายหรือทำลายแก่ทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยเจตนา นั้น มีการบัญญัติไว้เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 ซึ่งเป็นบททั่วไป และ มาตรา 359 - 360 เป็นบทบัญญัติที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นถ้ากระทำต่อทรัพย์สินพิเศษเฉพาะ อย่าง โดยมาตรา 358 บัญญัติว่า "ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" ซึ่งสิ่งที่กฎหมาย ประสงค์จะคุ้มครองสำหรับความผิดฐานนี้คือกรรมสิทธิ์ (คดีต ณ นคร, 2535 : 151)

การที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ บุคคลนั้น จะต้องมีการกระทำโดยเจตนาให้ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยเสียหาย แม้บางกรณีผู้กระทำจะไม่ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นก็ตาม แต่การกระทำนั้นก็ทำให้เจ้าของทรัพย์สินขาดประโยชน์จากทรัพย์สิน องค์ประกอบอีกประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณาคือทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งการกระทำนั้น เป็นทรัพย์สินดังที่บัญญัติไว้ในมาตราเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่

พิจารณาจากบทบัญญัติความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ จะเห็นได้ว่ามุ่งเน้นไปที่ตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่างและการกระทำต่อทรัพย์สินที่สามารถเห็นได้ด้วยทางกายภาพ หรือสามารถรับรู้ได้โดยความรู้สึก ซึ่งถ้าการทำให้เสียหายหรือทำลายเป็นการกระทำต่อตัวเครื่องคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดแวร์แล้ว ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรา 358 แต่การก่อให้เกิดความเสียหายเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์ จะถือว่าเป็นความผิดอาญาตามมาตรา 358 ได้หรือไม่อย่างนั้น จะต้องพิจารณาถึงคำว่าทรัพย์สินตามมาตรา 358 ซึ่งเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน ต้นไม้ เอกสาร รวมถึงการแก้งปล่อยกระแสไฟฟ้าของผู้อื่นให้สูญหาย แต่ไม่รวมถึงคุณสมบัติของทรัพย์สินนั้นๆ เช่น ความร้อน ความเย็น ส่วนในกรณีของวัตถุที่ไม่มีรูปร่างอันเป็นสิทธิ เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิครอบครอง หรือทรัพย์สินสิทธิอื่นๆ เป็นสิ่งที่ยากต่อการทำลาย การทำลายตัวทรัพย์สินเป็นการทำลายหลักฐานแห่งสิทธิมิใช่การทำลายตัวสิทธิ สิทธินั้นไม่ได้ถูกทำลายหรือเสื่อมไปอันเนื่องมาจากหลักฐานแห่งสิทธิถูกทำลาย แต่โดยผลของกฎหมายต่างหากที่ทำให้ทรัพย์สินสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ถูกทำลายนั้นสิ้นสุดลง ส่วนในด้านความรับผิดทางอาญาผู้กระทำความผิดต้องรับผิดตามมาตรา 358 เพราะได้ทำลายตัวทรัพย์สิน ข้อมูลในคอมพิวเตอร์แม้ว่าจะไม่มีรูปร่างเหมือนสิทธิ แต่ก็มีข้อแตกต่างกันคือข้อมูลในคอมพิวเตอร์ สามารถถูกทำให้เสียหายหรือถูกทำลายโดยอาศัยความรู้ทางเทคโนโลยีได้ อันถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อสิ่งที่ไม่มรูปร่าง จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าข้อมูลใน

คอมพิวเตอร์เป็นวัตถุแห่งการกระทำในความผิดฐานทำให้เสียหายตามมาตรา 358 ได้หรือไม่ ปัญหานี้แม้ว่าจะยังไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาออกมา แต่ก็พอจะวิเคราะห์ต่อไปได้ว่า หากในอนาคตศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียหาย อาจจะทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย (Gap in The Law) อันมีสาเหตุมาจากในขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายนั้น ไม่สามารถที่จะคาดการณ์ล่วงหน้าได้ และด้วยเทคโนโลยีสารสนเทศซึ่งมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว จึงเป็นการยากสำหรับกฎหมายที่บัญญัติไว้ในอดีต จะสามารถครอบคลุมถึงการกระทำบางรูปแบบที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่ถ้าศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานทำให้เสียหาย อาจจะเป็นการตีความที่ขัดต่อลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมาย และอาจล่วงเลยไปถึงการตีความที่ขัดต่อหลักกฎหมายอาญาที่ว่าบุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญา ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดโดยแจ้งชัด การตีความขยายไปถึงกรณีที่ไม่ระบุไว้อย่างแจ้งชัดว่าเป็นความผิดจะกระทำไม่ได้ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะมีการวินิจฉัยไปในทางใด มีข้อที่น่าสังเกตอยู่ประการหนึ่งคือความผิดฐานทำให้เสียหายทางคอมพิวเตอร์ เช่น การทำลายข้อมูลในคอมพิวเตอร์ ควรจะบัญญัติเป็นความผิดเฉพาะเรื่องหรือไม่ เพราะความผิดในลักษณะนี้บางครั้งไม่ปรากฏความเสียหายในทันที แต่จะอาศัยเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาในการก่อให้เกิดความเสียหาย ถ้าไม่เป็นไปตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลานั้นความเสียหายก็จะยังไม่เกิดขึ้น ซึ่งหากนำความผิดฐานทำให้เสียหายตามมาตรา 358 มาปรับใช้จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นเสียก่อนจึงจะปรับใช้ได้ นอกจากนี้ ผู้เสียหายยังต้องมีหน้าที่พิสูจน์ว่าผู้กระทำได้กระทำการโดยเจตนา อีกทั้งยังต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะสามารถพิสูจน์ได้อันเนื่องมาจากความสลับซับซ้อนของเทคโนโลยีสารสนเทศ และประการสุดท้ายที่สำคัญคือการกระทำความผิดลักษณะนี้ มักจะก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าความผิดฐานทำให้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358

5.2.5 ความผิดฐานบุกรุก

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อความหมายของคำว่า "บุกรุก" ว่าการบุกรุกหมายถึง การเข้าไปในตัวทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่กฎหมายบัญญัตินั้นต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ เพราะต้องจำกัดโดยสภาพของตัวทรัพย์สินว่าจะต้องเข้าไปถือการครอบครองหรือรบกวนการครอบครองได้ ฉะนั้น อสังหาริมทรัพย์ในที่นี้จึงต้องเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ไม่รวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะเห็นได้ว่าการเข้าไปไม่ใช่เป็นการเข้าไปในตัวสิทธิ แต่เป็นการเข้าไปในตัวทรัพย์สิน ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 จึงแบ่งการเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นที่ถือเป็นคนผิดไว้ 2 ประเภท คือ

1. มีเจตนาพิเศษเพื่อถือการครอบครองสิ่งหามิทรัพย์นั้นทั้งหมด หรือแต่บางส่วน

2. เข้าไปกระทำการอันเป็นการรบกวนการครอบครองของบุคคลอื่น โดยปกติสุข อาจเรียกรวมได้ว่าเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญ การเข้าไปก็เพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงจะเป็นความผิด การเข้าไปโดยไม่ทำการใดๆ ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 362 แต่อาจจะเป็นความผิดตามมาตราอื่นได้

การเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจก็อาจมีความผิดฐานบุกรุกรวมอยู่ด้วย ถ้าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดฐานบุกรุกที่กล่าวไว้ข้างต้น คือเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์เพื่อรบกวนการครอบครองของบุคคลอื่น หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้ครอบครอง แต่ด้วยความสามารถของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบัน ไม่จำเป็นต้องเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์อันเป็นสถานที่ตั้งของคอมพิวเตอร์หลัก เพียงแต่มีคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลที่ติดตั้งซอฟต์แวร์ในการติดต่อกับเครือข่ายและโมเด็มที่พ่วงกับคู่สายโทรศัพท์ โดยทำการติดตั้งตามรายละเอียดในหัวข้อ 2.1.2.4 (ง) ก็จะสามารถติดต่อสื่อสารกับคอมพิวเตอร์ที่ประสงค์จะเข้าถึงและลักข้อมูลนั้นได้ เมื่อการกระทำดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานบุกรุก จึงไม่สามารถนำความผิดฐานนี้มาปรับใช้ได้

5.2.6 ความผิดฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง

ความผิดหมวดที่ว่าด้วยความมั่นคงของรัฐภายนอกอาณาจัก

มาตรา 122 "ผู้ใดกระทำการใด ๆ เพื่ออุปการะแก่การดำเนินการรบหรือการเตรียมการรบของข้าศึก ต้องระวางโทษ...

(3) การกระทำจารกรรม นำหรือแนะทางให้ข้าศึก..."

มาตรา 123 "ผู้ใดกระทำการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อความเอกสารหรือสิ่งใด ๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ"

มาตรา 124 "ผู้ใดกระทำการใด ๆ เพื่อให้ผู้อื่นล่วงรู้หรือได้ไปซึ่งข้อความ เอกสาร หรือสิ่งใด ๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ..."

จะเห็นได้จากบทบัญญัติดังกล่าวว่า ถ้าผู้กระทำได้กระทำเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์ โดยการกระทำนั้นเป็นภัยต่อความมั่นคงและเข้าองค์ประกอบความผิดข้างต้น ก็จะเป็นความผิดอาญาตามมาตรา 124 โดยเฉพาะมาตรา 124 เป็นมาตราที่ลงโทษผู้ช่วยเหลือผู้กระทำการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ได้ อีกทั้งการตีความตามมาตรานี้ก็กว้างพอ เพราะถึงแม้จะตีความว่าสารสนเทศที่เข้าถึงโดยปราศจากอำนาจหรือถูกลักเอาไป ไม่ถือว่าเป็นเอกสารหรือข้อความ แต่บทบัญญัติมาตรานี้มีการบัญญัติคำว่า "สิ่งใดๆ อันปกปิดไว้" ซึ่งคำว่าสิ่งใดๆ นี้ น่าจะแปลความรวมถึงข้อมูลหรือสารสนเทศด้วย และยังมีการบัญญัติว่าการเตรียมการหรือพยายามกระทำความผิดใดๆ ในหมวดนี้ ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดและลงโทษผู้สนับสนุนเช่นเดียวกับตัวการ ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 128 และ มาตรา 129 อย่างไรก็ตามแม้ว่าการตีความตามบทบัญญัติจะสามารถครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าว แต่การที่จะได้ตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษยังเป็นเรื่องที่ยากลำบาก เพราะการกระทำดังกล่าวไม่สามารถเห็นได้ด้วยทางกายภาพ ทำให้ยากต่อการหาร่องรอยผู้กระทำความผิด

ความผิดหมวดที่ว่าด้วยความผิดฐานเปิดเผยความลับ

มาตรา 322 "ผู้ใดเปิดเผยหรือเอาจดหมาย... หรือเอกสารใดๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป เพื่อล่วงรู้ข้อความก็ดี... เพื่อนำข้อความ... ออกเปิดเผยก็ดี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษ..."

จากมาตราดังกล่าวมีปัญหาที่จะต้องวิเคราะห์คือคำว่า "ปิดผนึก" กล่าวคือคำว่าปิดผนึกตามความหมายทั่วไปนั้นย่อมนำมาซึ่งการที่นำเอาเอกสารนั้นเก็บไว้ในซองแล้วทากาวปิดไว้หรือปิดผนึกด้วยครั่งหรือทำการห่อปิดไว้ ซึ่งคำว่าปิดผนึกนั้นก็คือการปิดกั้นในทางกายภาพเพื่อมิให้ผู้เปิดเผยกระทำทางกายภาพล่วงล้ำเข้าไปในความลับได้ แต่ในส่วนของกรณีของการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ไม่ได้เป็นการกระทำทางกายภาพ ซึ่งการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจจึงไม่ใช่เป็นการเปิดเผยแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่าการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์นั้นเป็นเรื่องที่ยากลำบากในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด และหากบัญญัติกฎหมายโดยอิงกับการใช้หลักพิจารณาความอาญาที่ว่าต้องพิสูจน์จนปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Proof Beyond Reasonable Doubt) แล้ว ยิ่งเป็นการสร้างความยากลำบากมากต่อการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ

5.3 วิเคราะห์การกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์กับความผิดตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

5.3.1 ความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีดังนี้

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“วรรณกรรม” หมายความว่า งานนิพนธ์ที่สร้างขึ้นทุกชนิด...และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย

“โปรแกรมคอมพิวเตอร์” หมายความว่า คำสั่ง ชุดคำสั่งหรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือให้ได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็ภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด

“ทำซ้ำ” ...สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใดไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ปรับปรุงเพิ่มเติมหรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ...

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึงทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่

มาตรา 6 งานอันลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม...

มาตรา 78 งานอันมีลิขสิทธิ์อยู่แล้วตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช 2474 หรือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้

งานที่ได้จัดทำขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และไม่มีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช 2474 หรือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 แต่เป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ได้รับความคุ้มครองตามลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะเห็นว่ามี การคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของกันอย่างมากมาย บางกรณีทำเพื่อการจำหน่าย บางกรณีทำเพื่อใช้งานเอง อันเนื่องมาจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่มีความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะนิยามความหมายของสิ่งที่เรียกว่า "โปรแกรมคอมพิวเตอร์" ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ผลงานสร้างสรรค์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ได้ถูกจัดจำแนกให้อยู่ในกลุ่มงานประเภทใดประเภทหนึ่งอย่างชัดเจน เนื่องจากมีคุณสมบัติพิเศษอันหลากหลาย ดังนั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงอาจถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มงานหลายประเภทได้พร้อมๆ กัน เช่น งานวรรณกรรม งานโสตทัศนวัสดุ งานแพรภาพแพรเสียง หรืองานในแผนกวิทยาศาสตร์ สำหรับนักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่าคำจำกัดความอย่างกว้างๆ ที่ไม่มีบทสรุปแน่นอนเช่นนี้มิใช่ปัญหาสำคัญ เพราะถึงอย่างไรโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็คือผลงานทางความคิดที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดังกล่าวไม่สามารถตีความไปถึงขนาดให้ความคุ้มครองสิ่งที่เรียกว่า "โปรแกรมคอมพิวเตอร์" ได้ ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น เช่น ในกรณีที่ผลงานบางประเภทมีกฎหมายฉบับอื่นๆ ให้ความคุ้มครองไปด้วยพร้อมๆ กัน นอกเหนือจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ดังนั้น ในการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงได้มีการกำจัดการคลุมเครือดังกล่าว โดยการระบุให้เกิดความชัดเจนขึ้นในนิยามคำว่า "งานวรรณกรรม" โดยมีความหมายว่า "ให้รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย" และนับแต่วันที่ 22 มีนาคม พ.ศ. 2538 เป็นต้นมา โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นงานลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจนภายใต้บท สังกัดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้รับความคุ้มครองนั้น มิใช่มีเพียงแต่ที่อยู่ในรูปของโปรแกรมชุดคำสั่งเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปของข้อมูลที่ถูกเก็บไว้ในลักษณะฐานข้อมูล และเปิดให้บริการแก่ผู้ที่ต้องการรับทราบผ่านทางสายโทรศัพท์ สายเคเบิล หรือสายสื่อสารชนิดอื่น รวมทั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นงานเขียนทั่วไปที่ผู้ใช้จัดทำขึ้นเอง เช่น จดหมาย บันทึกข้อความ หรือวรรณกรรม ไม่ว่าจะถูกจัดทำขึ้นภายใต้ภาษาเครื่องหรือชุดคำสั่งใดๆ

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปข้อมูล เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์อีกประเภทหนึ่งที่มักจะถูกละเมิดลิขสิทธิ์อยู่เป็นประจำ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปข้อมูลที่พบเห็นโดยทั่วไป อาจจะแบ่งแยกประเภทได้โดยแบ่งตามเนื้อหาของข้อมูลที่บรรจุอยู่ เช่น คำอธิบายในสาย (On-line Help) หรือคู่มือการใช้ (Manual) งานวรรณกรรม สารานุกรม พจนานุกรม และข้อมูลประเภทที่อยู่ในรูปของฐานข้อมูลอื่นๆ ซึ่งสามารถนิยามได้อย่างกว้างๆ ว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปข้อมูลคืองานเขียนประเภทหนึ่ง แต่แตกต่างจากงานเขียนทั่วไปตรงที่เป็นงานเขียนบนโปรแกรม หรือใช้โปรแกรมเป็นสื่อในการถ่ายทอดและเผยแพร่ข้อมูล แทนที่จะใช้สื่อสิ่งพิมพ์อย่างที่เคยใช้กันโดยทั่วไป นักวิชาการทางกฎหมายลิขสิทธิ์บางท่านได้ตีความในเรื่องลิขสิทธิ์โปรแกรมที่อยู่ในรูปข้อมูลไว้ว่า หากบทเขียนที่อยู่ในรูปของโปรแกรมคำอธิบายในสายหรือคู่มือการใช้ หรือฐานข้อมูลนั้นๆ สามารถถูกจัดได้ว่าเป็นงานวรรณกรรมทั่วไป โดยเฉพาะงานประเภทฐานข้อมูล (เดลินิวส์, 10 กันยายน 2541 : 21)

การตัดสินว่างานโปรแกรมที่อยู่ในรูปข้อมูลขึ้นใดควรหรือมิควรได้รับลิขสิทธิ์นั้น สามารถพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "งานใดมีลักษณะเป็นการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มารวบรวมหรือประกอบเข้ากันโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเป็นการนำเอาข้อมูลหรือสิ่งอื่นใด ซึ่งสามารถอ่านหรือถ่ายทอดได้โดยอาศัยเครื่องกลหรืออุปกรณ์อื่นใดมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน หากผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันซึ่งงานดังกล่าวขึ้นโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับในลักษณะซึ่งมิได้ลอกเลียนงานของบุคคลอื่น ให้ผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันนี้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากัน ตามพระราชบัญญัตินี้แต่ทั้งนี้ต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงาน หรือข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกลำนำมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน"

อีกปัญหาหนึ่งคือความหมายของคำว่า "ทำซ้ำ" ตามพระราชบัญญัตินี้จะรวมถึงการบรรจุลง (Download) หรือการบันทึกโปรแกรมหรือข้อมูลไว้ในหน่วยความจำหลัก (Main Memory) หรือหน่วยความจำเข้าถึงโดยสุ่ม (Random Access Memory : RAM) เพื่อที่จะใช้งานชั่วคราวจะถือเป็นการทำซ้ำด้วยหรือไม่ ในเมื่อถ้าปิดเครื่องคอมพิวเตอร์แล้วโปรแกรมหรือข้อมูลจะถูกบรรจุขึ้น (Upload) ออกจากหน่วยความจำทันทีและไม่สามารถนำมาใช้ได้อีกนอกจากจะมีการบรรจุลงกันใหม่ ด้วยเหตุผลนี้การบรรจุลงจึงไม่น่าจะเรียกว่าเป็นการทำซ้ำเพราะไม่มีการคัดลอกหรือทำสำเนาขึ้นใหม่ แต่ถ้ามองในแง่ของเทคโนโลยีสารสนเทศแล้วการบรรจุลงถือเป็นสาระสำคัญ

เพราะเครื่องคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงาน หรือคำนวณผลได้โดยตรงจากโปรแกรมหรือข้อมูลที่เก็บอยู่ในสื่อ เช่นงานบันทึกได้ ฉะนั้น อาจจะได้ความได้ว่าเป็นการทำซ้ำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้ โดยไม่คำนึงว่าเป็นการบรรจุลงเพียงบางส่วนหรือทั้งหมดหรือเพื่อใช้งานเพียงชั่วคราว อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่ากระบวนการบรรจุโปรแกรมหรือข้อมูล เป็นเพียงขั้นตอนปกติธรรมดาที่นำไปสู่การใช้งาน จึงไม่ควรตีความว่าเป็นการทำซ้ำ

เส้นแบ่งระหว่าง "การใช้งาน" กับ "การละเมิดลิขสิทธิ์" ด้วยวิธีการบรรจุลงดูเหมือนจะยิ่งคลุมเครือเมื่อเทคโนโลยีสารสนเทศพัฒนาก้าวหน้ายิ่งขึ้น เช่น การบันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์หนึ่งโปรแกรมหรือข้อมูลหนึ่งชุดไว้ที่เครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย แต่อนุญาตให้เครื่องคอมพิวเตอร์ลูกข่ายจำนวนมากดึงเอาไปใช้งานได้โดยไม่ต้องติดตั้งโปรแกรมเป็นของตนเอง หรือทำการบรรจุลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลไว้ในหน่วยความจำของเครื่องคอมพิวเตอร์ และเปิดเครื่องทิ้งไว้ตลอดเวลาจะถือว่าเป็นการบันทึกโปรแกรมหรือข้อมูลเพียงชั่วคราวได้หรือไม่

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการบรรจุลงเป็นได้ทั้งวิธีการนำโปรแกรมหรือข้อมูลมาใช้งานและวิธีการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น เพื่อยุติปัญหาความคลุมเครือดังกล่าวหลายประเทศจึงกำหนดว่าการบรรจุลงโปรแกรมหรือข้อมูลแม้เพียงชั่วคราวก็ถือว่าเป็นการทำซ้ำ ยกเว้นได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่เคยกำหนดเงื่อนไขที่มาของลิขสิทธิ์ว่า จะต้องอยู่ในรูปแบบที่จับต้องได้แน่นอนแบบใดแบบหนึ่ง (Fixation) ต่างก็หันมายอมรับหลักการนี้เช่นกัน สำหรับประเทศไทยยังไม่มีเงื่อนไขการกำหนดลิขสิทธิ์ด้วยระบบที่จะต้องอยู่ในรูปแบบที่จับต้องได้แน่นอนแบบใดแบบหนึ่ง ด้วยเหตุที่งานสร้างสรรค์ดั้งเดิมหลายอย่างของไทยไม่มีลักษณะจับต้องได้อย่างชัดเจน เช่น กลอนสด กลอนเปล่า ปาฐกถา เทศนา แต่งานใดที่กฎหมายต้องการระบุรูปแบบที่แน่นอนก็จะระบุไว้อย่างชัดเจนเป็นอย่างไร ไป เช่น งานจิตรกรรมกำหนดว่าต้องทำลงบนวัสดุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น การบรรจุลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลลงบนหน่วยความจำ เพื่อใช้งานชั่วคราวก็ถือว่าเป็นการทำซ้ำตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยด้วย (เดลินิวส์, 22 ตุลาคม 2541 : 21)

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้วก็ตามแต่กฎหมายฉบับนี้ ก็สามารถช่วยแก้ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองโปรแกรมและข้อมูลในคอมพิวเตอร์ได้เพียงบางส่วนเท่านั้น เพราะบางส่วนของกฎหมายยังมีความคลุมเครืออยู่ ซึ่งอาจจะต้องอาศัยการตีความของคำพิพากษาศาลฎีกา และพอจะเห็นได้ว่าหากในอนาคตศาลฎีกาตีความในลักษณะที่เจ้าของโปรแกรมเสียประโยชน์ ก็จะมีแรงผลักดันให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับนี้

จึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น หากมีการวางมาตรการมาคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และข้อมูลก็จะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างเห็นได้ชัด

5.3.2 ความผิดตามพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477

เนื่องจากปัจจุบัน อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ได้ถูกนำมาติดตั้งกับอุปกรณ์ด้านการสื่อสาร ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อกันทางสายโทรศัพท์ในระยะใกล้หรือระยะไกล ตลอดจนมีการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศ เพื่อขยายขีดความสามารถให้ติดต่อกันได้โดยไม่จำเป็นต้องส่งสัญญาณไฟฟ้าไปตามสาย และมีการพัฒนาไปสู่การใช้ดาวเทียม การกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์จึงมีความเกี่ยวข้องกับการสื่อสาร โดยบทบัญญัติมาตราที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์มีดังนี้

มาตรา 24 บัญญัติว่า "ผู้ใดใช้อุบายอย่างใดๆ โดยมีชอบด้วยกฎหมาย เพื่อล่องรู้หรือติดต่อถึงกันซึ่งเนื้อความในข่าวสาร โทรเลข โทรศัพท์ใดๆ ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

พิจารณาตามบทบัญญัติ จะเห็นได้ว่ามาตรานี้ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำที่เป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ (Unauthorized Access) เพราะการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ หรือการลักลอบผ่านระบบรักษาความปลอดภัย ไม่ใช่เป็นการโทรเลข หรือโทรศัพท์ใดๆ

อย่างไรก็ดี เมื่อกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงการกระทำ ความผิดดังกล่าว จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยบางส่วนของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม มีดังนี้

มาตรา 24 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำการด้วยประการใดๆ โดยมีชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นล่องรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูล ข่าวสาร หรือโทรคมนาคม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจเกี่ยวข้องกับการที่จะต้องล่องรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูล หรืออาณัติสัญญาณนั้น และโดยพฤติการณ์แห่งกรณีเป็นการจำเป็นที่จะต้องกระทำการดังกล่าว เพื่อประโยชน์แก่การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือการรักษา ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ผู้กระทำนั้นไม่มีความผิด"

มาตรา 25 บัญญัติว่า "ผู้ใดเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร หรืออาณัติสัญญาใด ๆ ที่บุคคลอื่น ติดต่อสื่อสารกันทางโทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรคมนาคม ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน แก่บุคคลใด ๆ ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องล่วงรู้ผู้นั้นจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

พิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 24 ที่แก้ไขใหม่นี้ จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาครอบคลุมถึงการกระทำการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจหรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ หากผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล ก็จะปรับกับบทบัญญัติมาตรา 24 วรรคแรกได้ และถ้าพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 25 จะเห็นได้ว่ามีขอบเขตการบังคับใช้ที่ค่อนข้างจะจำกัด กล่าวคือเป็นประเด็นปัญหาทางข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นกับกรณีการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ หรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ได้กระทำผ่านเครือข่าย ซึ่งจะต้องตีความว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นการสื่อสารกันทางโทรคมนาคมหรือไม่ หรือการที่ต้องตีความว่าการโทรคมนาคมนั้นหมายรวมถึงการติดต่อเชื่อมโยงกันด้วยระบบคอมพิวเตอร์หรือไม่ กรณีลักษณะนี้ได้เกิดขึ้นเป็นคดีในต่างประเทศแล้ว ซึ่งศาลก็ได้พิจารณายกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่าการโทรคมนาคมไม่รวมถึงการประมวลผลทางไกลด้วยคอมพิวเตอร์

5.3.3 ความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้บัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งหวังส่งเสริมให้วิทยุคมนาคมได้มีการพัฒนาเจริญก้าวหน้าเพื่อทัดเทียมกับนานาชาติอารยประเทศ ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดเมื่อปี พ.ศ. 2535 โดยมาตราที่เกี่ยวข้องมีดังนี้ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"คลื่นแอสตเซียน" หมายความว่า คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่มีความถี่ระหว่าง 10 กิโลไซเกิลต่อวินาที และ 3,000,000 เมกกาไซเกิลต่อวินาที

"วิทยุคมนาคม" หมายความว่า การส่ง หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ภาพ และเสียงหรือการอื่นใดซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้ด้วยคลื่นแอสตเซียน

...

มาตรา 15 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำให้เกิดการรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิทยุคมนาคมโดยมิได้เจตนา เจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นระงับการกระทำนั้น หรือให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ใช้ในการกระทำนั้นเสีย หรือให้ย้ายสิ่งดังกล่าว นั้นออกไปให้พ้นเขตรบกวนได้"

มาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดส่งหรือจัดให้ส่งข้อความใดๆ โดยวิทยุคมนาคม อันตนรู้หรือว่าเป็นเท็จ หรือข้อความอื่นใดที่มีได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน”

มาตรา 17 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดักจับไว้ ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผยโดยมิชอบ ด้วยกฎหมาย ซึ่งข่าววิทยุคมนาคมที่มีได้มุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน”

จากบทบัญญัติมาตรา 15 ข้างต้น มีสิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ “การรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิทยุคมนาคม” จะครอบคลุมถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์หรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล การลบและการทำลายข้อมูล ไม่ใช่เป็นการรบกวนหรือขัดขวางต่อการวิทยุคมนาคมแต่อย่างใด เพราะการกระทำเกี่ยวกับข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่เป็นการส่ง หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ภาพ และเสียงหรือการอื่นใดซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้ด้วยคลื่นแอมพลิจูด ส่วนมาตรา 16 การส่งหรือจัดให้ส่งข้อความใดๆ โดยวิทยุคมนาคมก็ไม่อาจรวมถึงการสื่อสารข้อมูลในคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้ เพราะการสื่อสารข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่เป็นการส่งหรือรับด้วยคลื่นแอมพลิจูด และมาตรา 17 ข่าววิทยุคมนาคม ก็ไม่อาจแปลความให้ครอบคลุมถึงข้อมูลในคอมพิวเตอร์ได้ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 ไม่สามารถที่จะครอบคลุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์ได้ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล การลบและการทำลายข้อมูล

5.4 มาตรการต่างๆ ในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล

จากหัวข้อที่กล่าวมาของบทนี้ จะเห็นได้ว่าฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติโทรเลขโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 หรือพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลในคอมพิวเตอร์ได้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าน่าจะเป็นการสมควร หากจะมีการพิจารณาที่จะนำมาตราการต่างๆ ในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลมาใช้ นอกเหนือจากมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวคือ

5.4.1 มาตรการป้องกัน

แม้ว่าการบัญญัติกฎหมายจะเป็นมาตรการที่จำเป็น เพราะสามารถปราบปรามและช่วยแก้ไขปัญหาอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ได้ โดยเฉพาะการกระทำผิดเกี่ยวกับข้อมูล แต่ผู้วิจัยเห็นว่ายังจะต้องมีมาตรการป้องกันอื่นๆ อีก เพื่อให้เจ้าของข้อมูลสามารถใช้ป้องกันข้อมูลของตนจากการคุกคามของผู้ที่ไม่หวังดี โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าการกระทำเช่นนั้นจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่แล้วหรือไม่ เพราะถ้าหากปล่อยให้ความเสียหายเกิดขึ้น แม้ว่าภายหลังผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาอย่างไรก็คงไม่เพียงพอกับสิ่งที่ต้องสูญเสียไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเชื่อถือต่อระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น จึงควรกำหนดมาตรการป้องกันอื่นๆ ในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล ดังนี้

1. มาตรการป้องกันทางนโยบายและการบริหาร (Policy and Administrative Security)

1.1 การกำหนดอำนาจหน้าที่ (Segregation of Function) มีการแบ่งความรับผิดชอบการทำงานให้แก่หน่วยงานแต่ละคนอย่างชัดเจน เพื่อมิให้มีการปิดหรือโยนความรับผิดชอบในการทำงาน ป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดจากการที่ไม่มีผู้ดูแลรักษาข้อมูล

1.2 การถ่วงดุลอำนาจ (Balance of Function) จัดให้มีการถ่วงดุลอำนาจในตำแหน่งหรืองานที่สำคัญหรืองานที่มีผลประโยชน์มากๆ โดยให้มีบุคคลอื่นที่จะสามารถทำการตรวจสอบได้ ไม่ควรให้รับผิดชอบเพียงบุคคลคนเดียว อาจจะได้รับผิดชอบเป็นคณะบุคคล เพราะการรับผิดชอบเพียงบุคคลคนเดียวอาจก่อให้เกิดการทุจริตได้ง่าย

1.3 มีการกำหนดเป็นนโยบายหรือระเบียบการบริหารงาน และถ้าหากมีการฝ่าฝืนก็ต้องมีการลงโทษ เช่น การเปิดเผยข้อมูลโดยปราศจากอำนาจ หรือทำให้ข้อมูลเสียหายโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นบุคคลภายในหรือภายนอกองค์กร เพราะถือได้ว่าข้อมูลนั้นเป็นสินทรัพย์อย่างหนึ่งขององค์กร

2. มาตรการป้องกันทางเทคนิค (Technical and Technology Security)

2.1 การป้องกันทางด้านกายภาพ (Physical and Hardware Security) โดยทำการจัดเก็บรักษาอุปกรณ์หรือสื่อที่ใช้เก็บข้อมูล อีกทั้งจัดให้มีระบบการป้องกันอัคคีภัยที่มีประสิทธิภาพ ดูแลรักษาสายสื่อสารที่ติดต่อกับระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลภายนอกลักลอบเข้ามาในเครือข่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต

2.2 กำหนดมาตรการการเข้าถึงข้อมูล (Data Access Security) โดยแต่ละองค์กรอาจจะเลือกใช้วิธีการต่างๆ ซึ่งมีมากมายหลายวิธีแล้วแต่ความเหมาะสม ยกตัวอย่าง เช่น

(ก) การระบุตัวผู้ใช้ (User Identification : User-ID) หรือการพิสูจน์ตัวจริง (Authentication) ซึ่งอาจเป็นการกำหนดหมายเลขประจำตัวให้กับผู้ใช้เพื่อที่จะเข้ามาในระบบได้ ส่วนรหัสผ่าน (Password) เป็นการยืนยันว่าเป็นผู้ใช้ระบบได้จริง ไม่ใช่ลักลอบใช้ เจ้าของรหัสผ่านสามารถเปลี่ยนแปลงรหัสผ่านได้ตลอดเวลา

(ข) การใช้ลักษณะทางชีวภาพของผู้ใช้เพื่อควบคุมระบบ (Biological Security) หน่วยงานที่มีความสำคัญบางหน่วยงานตรวจสอบผู้มีสิทธิใช้ด้วยระบบทางชีวภาพ เช่น ตรวจลายนิ้วมือ (Fingerprint Identification) ตรวจเสียง (Voice Identification) ตรวจเรตินาจากดวงตา (Retina Identification) ตรวจภาพถ่าย ซึ่งอาจใช้วิธีการจับภาพใบหน้าของผู้ใช้จากกล้องถ่ายภาพชนิดที่ใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ แล้วเปรียบเทียบกับใบหน้าของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าระบบที่มีการเก็บข้อมูลไว้แล้ว หากตรงกันก็จะสามารถเข้าระบบได้

(ค) การกำหนดคำบรรยายลักษณะผู้ใช้ (User Profile) เป็นการแบ่งแยกประเภทผู้ใช้ประโยชน์จากฐานข้อมูล เมื่อผู้ใช้ลงบันทึกเปิด (Logon) เข้ามาในระบบ ระบบก็จะทำการตรวจสอบว่าผู้ใช้นั้นสามารถทำการเข้าถึงได้ในระดับใด (Level of Access) เช่น สามารถเข้าถึงข้อมูลเท่านั้น ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลได้ หรือสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลได้ โดยจะเรียกบุคคลที่กำหนดระดับการใช้ว่าผู้บริหารฐานข้อมูล (Data Base Administrator : DBA)

(ง) การกำหนดคำบรรยายลักษณะของอุปกรณ์ (Hardware Profile) โดยการแบ่งประเภทของคอมพิวเตอร์ว่าเครื่องใดสามารถใช้ได้เฉพาะการเรียกดูข้อมูล หรือเครื่องใดสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลได้ มีการกำหนดเวลาการใช้งานของเครื่อง การกำหนดรหัสผ่านก่อนใช้เครื่อง

2.3 การเข้ารหัสลับข้อมูล (Data Encryption) เป็นการกำหนดวิธีการเปลี่ยนแปลงรหัสของข้อมูลที่จัดเก็บอยู่ในระบบให้อยู่ในรูปที่ไม่สามารถอ่านให้เข้าใจได้ สำหรับข้อมูลที่เป็นความลับนั้น หลายหน่วยงานจะใช้วิธีการปรับแปรรหัสจากข้อมูลธรรมดาทุกๆ ไป (Plain Text หรือ Clear Text) ให้อยู่ในรูปที่ไม่สามารถอ่านให้เข้าใจได้ (Cipher Text) ระบบดังกล่าวได้แก่ มาตรฐานการเข้ารหัสลับข้อมูล (Data Encryption Standard Algorithm : DES Algorithm) ซึ่งกำหนดใช้โดยสถาบันมาตรฐานของสหรัฐอเมริกา ระบบนี้จะเป็นตัวทำให้ข้อความปรากฏอยู่ในรูปที่ไม่สามารถอ่านให้เข้าใจได้ถ้าถูกเรียกอ่านโดยผู้ใช้ที่ไม่ได้รับอนุญาต แต่จะอยู่ในรูปที่สามารถอ่านให้

เข้าใจได้ตามปกติถ้าถูกเรียกอ่านโดยผู้ใช้ที่มีสิทธิในการอ่านข้อมูลนั้น ปัจจุบันมีโปรแกรมสำหรับเข้ารหัสข้อมูลที่จำหน่ายในท้องตลาดมากมาย

2.4 การสำรองข้อมูล (Back up) การสำรองข้อมูลอย่างสม่ำเสมอ เป็นวิธีการลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้เมื่อข้อมูลนั้นสูญหายหรือถูกทำลาย และควรเก็บข้อมูลสำรองไว้ในที่ปลอดภัย รวมทั้งบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการสำรองข้อมูลให้เป็นระบบด้วย เช่น วันเวลาที่ทำการสำรองข้อมูล หมายเลขอ้างอิงที่สำรองข้อมูล ผู้ที่ทำการสำรองข้อมูล และผู้เก็บรักษาข้อมูลสำรองนั้น (พรชัย โสมจิตสุรังคกุล, 2540 : 13-15)

2.5 การเขียนโปรแกรมหรือการใช้โปรแกรม เพื่อช่วยตรวจสอบระบบรักษาความปลอดภัยและป้องกันการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ ดังจะเห็นได้ว่าเครือข่ายคอมพิวเตอร์ในปัจจุบันยังมีความบกพร่องในด้านความปลอดภัยมากมาย แม้แต่ผู้เชี่ยวชาญก็ยังไม่อาจปกป้องระบบให้ปลอดภัยได้ทั้งหมด จึงจำเป็นต้องมีโปรแกรมเป็นเครื่องมือเพื่อช่วยเหลือ เช่น

โปรแกรมแครก (Crack) เป็นโปรแกรมสำหรับถอดรหัสผ่าน โดยจะช่วยให้ผู้บริหารระบบในการตรวจสอบการตั้งค่านามผ่านของผู้ใช้งานในระบบให้ยากต่อการคาดเดา หรือถอดรหัส

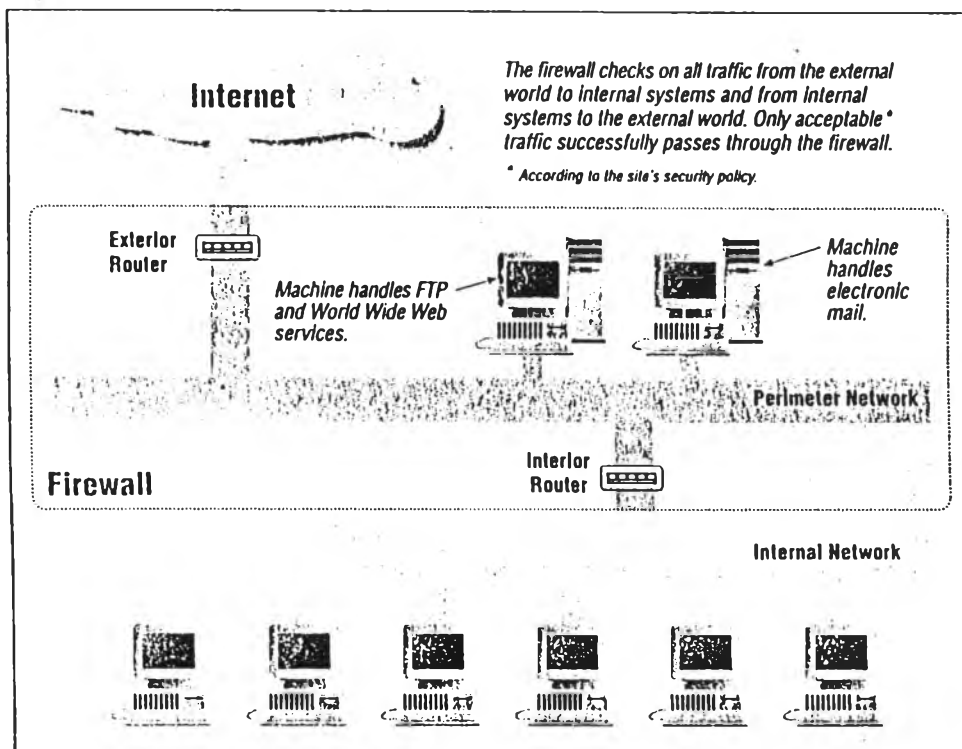
โปรแกรมที่ซีพีแวกเพอร์ (TCP Wrappers) เป็นโปรแกรมที่จะทำการบันทึกรายละเอียดการขอใช้บริการต่างๆ ทำให้สามารถตรวจสอบและติดตามได้ เมื่อเกิดกรณีที่น่าสงสัยจะใช้งานที่ไม่เหมาะสม

โปรแกรมที่ซีพีดั้มพ์ (TCP Dump) เป็นโปรแกรมที่มีประโยชน์มากเพราะทำหน้าที่วิเคราะห์ปริมาณการใช้งานในเครือข่าย ซึ่งโปรแกรมนี้ได้ถูกใช้ในการตามจับผู้บุกรุกระบบคอมพิวเตอร์ที่มีชื่อเสียงผู้หนึ่งคือ เควิน มิทนิค (Kevin Mitnik)

โปรแกรมซาตาน (Security Administrator's Tool for Analyzing Networks : SATAN) เป็นโปรแกรมที่สามารถตรวจสอบและรายงานให้ทราบถึงจุดอ่อนต่างๆ ของระบบคอมพิวเตอร์บนเครือข่าย ไม่เฉพาะเครื่องที่ทำงานอยู่เท่านั้น แต่สามารถให้ตรวจสอบได้ทุกเครื่องที่เชื่อมโยงบนเครือข่ายได้ด้วย โดยจะต้องทำงานร่วมกับโปรแกรมค้นผ่าน (Browser)

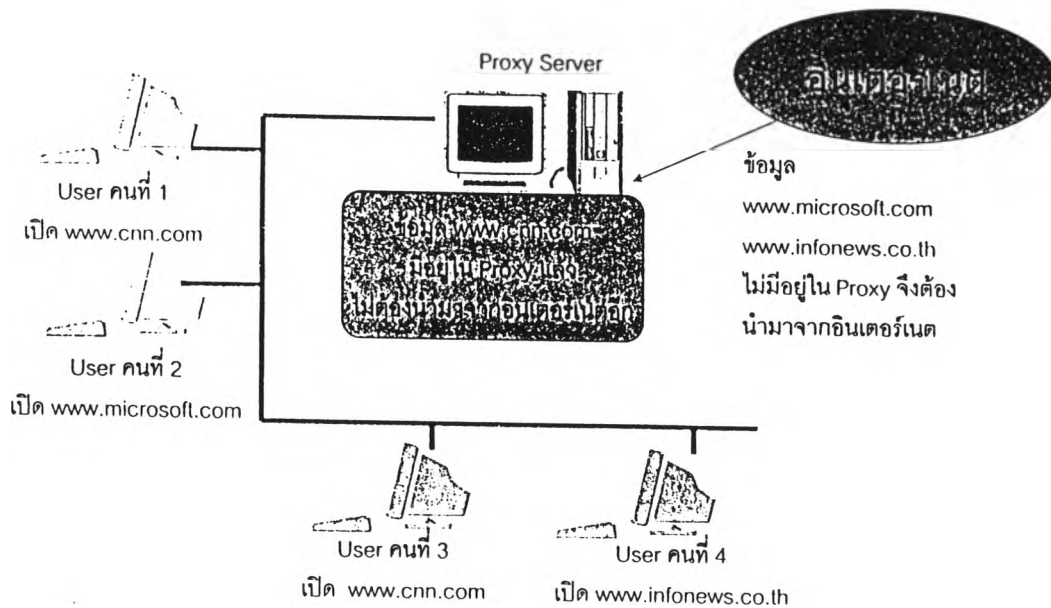
2.6 การติดตั้งตัวป้องกันการบุกรุก (Firewall) การติดตั้งตัวป้องกันการบุกรุกคือการนำคอมพิวเตอร์เครื่องที่มีโปรแกรมป้องกันการบุกรุก มาทำการติดตั้งเป็นประตูผ่านระหว่างเครือข่ายภายในองค์กรกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยคอมพิวเตอร์เครื่องนี้จะควบคุมการเข้าออกของผู้ใช้และควบคุมการส่งข้อมูลระหว่างเครือข่ายภายในและเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยตัวป้องกันการบุกรุกจะเข้ารหัสลับ (Encryption) ข้อมูลที่ส่งออก ซึ่งจะทำให้ผู้ที่ทำการดักข้อมูลไม่สามารถเข้าใจข้อมูลที่ทำการส่ง อันทำให้เกิดความปลอดภัยต่อข้อมูลและสามารถส่งไปยังผู้ที่ควรจะได้รับ

เท่านั้น หนึ่งตัวป้องกันการบุกรุกบางประเภท จะมีการกำหนดให้ผู้ที่ต้องการใช้งานผ่านเครือข่าย ต้องกรอกข้อมูลที่เป็นรหัสผ่านและข้อมูลส่วนตัวบางประการ เพื่อให้ตัวป้องกันการบุกรุกสามารถ ตรวจสอบว่าเป็นผู้ใช้ที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ (อรรณพ ชันธิกุล, กรภัทร์ สุทธิดารา และสัจจะ จรัสรุ่งรวีร, ม.ป.ป. หน้า 323)



ตัวอย่างการติดตั้งตัวป้องกันการบุกรุก (Firewall)

2.7 การติดตั้งตัวบริการแทน (Proxy) ตัวบริการแทนคือซอฟต์แวร์ที่ช่วยให้ระบบสามารถแบ่งปันเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้กับผู้ใช้ทุกคนได้ โดยระบบอาจจะมีการต่อเชื่อมกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider : ISP) เพียงสายเดียว การติดตั้งตัวบริการแทน จะช่วยให้สายสัญญาณที่ต่อเชื่อมประเภทสายเช่า (Leased Lines) เกิดประโยชน์สูงสุดกับองค์กร เนื่องจากจะสามารถช่วยลดเวลาการว่างของสายได้มาก ก่อให้เกิดความคุ้มค่าในการใช้งาน และตัวบริการแทนยังช่วยให้ความเร็วของระบบโดยรวมเร็วขึ้นด้วย เนื่องจากมีตัวเก็บข้อมูล (Cache) ซึ่งสามารถเก็บข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตที่มีผู้ใช้เป็นประจำไว้ในตัวบริการ (Server) ขององค์กร ทำให้สามารถเรียกใช้ข้อมูลจากตัวบริการดังกล่าวได้ทันที ไม่ต้องบรรจลง (Download) จากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอีก หากเป็นกรณีที่เรียกใช้ข้อมูลจากแหล่งข้อมูลเดียวกัน (อรรณพ ชันธิกุล, กรภัทร์ สุทธิดารา และสัจจะ จรัสรุ่งรวีร, ม.ป.ป. หน้า 324)



ตัวอย่างการติดตั้งตัวบริการแทน (Proxy)

5.4.2 มาตรการปราบปราม

มาตรการปราบปรามจะต้องมีกฎหมายบังคับเฉพาะ (Specific Law) ซึ่งถือเป็นมาตรการที่จำเป็นที่จะใช้บังคับกับผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบข้อมูล และเพื่อใช้ลงโทษผู้กระทำความผิด อีกทั้งเพื่อให้สอดรับและสามารถใช้ควบคู่ไปกับมาตรการป้องกันอย่างได้ผล การมีมาตรการปราบปรามยังเป็นเสมือนหนึ่งข้อกำหนดจรรยาบรรณของผู้ใช้คอมพิวเตอร์อีกด้วย

นับว่าเป็นสิ่งที่ดี เพราะปัจจุบันประเทศไทยได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นและความสำคัญที่ต้องมีมาตรการดังกล่าว จึงได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องสังคมต่อการกระทำของอาชญากรในรูปแบบที่กระทำต่อสารสนเทศ (Information) อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บข้อมูล และการสื่อสารข้อมูล กฎหมายฉบับนี้เป็น กฎหมายหนึ่งในหกฉบับของโครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของศูนย์เทคโนโลยีและคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (The National Electronics and Computer Technology Center : NECTEC) อย่างไรก็ดี การร่างกฎหมายฉบับนี้ยังประสบกับปัญหาในส่วนของเนื้อหา (สาระบัญญัติ) เช่น การกำหนดความหมายของคำว่า "อาชญากรรมคอมพิวเตอร์" และการกำหนดประเภทของวิธีการที่จะถือว่าการกระทำอย่างไรเป็นอาชญากรรม

คอมพิวเตอร์ แต่ปัญหาในส่วนนี้คาดว่าคณะกรรมการคงใช้เวลาอีกไม่นานก็สามารถกำหนดออกมาได้ แต่ในส่วนของวิธีพิจารณาความ (สบัญญัติ) ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะมีความสำคัญไม่น้อยกว่าในส่วนของเนื้อหา (สารบัญญัติ) และควรจะคำนึงถึงสิ่งต่างๆ ดังนี้

1. ความเชี่ยวชาญในส่วนของงานสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ การดำเนินคดีของอัยการหรือทนายความ และการพิจารณาคดีของศาล
2. การให้อำนาจที่เพียงพอในการสืบสวนหรือการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์
3. มาตรฐานในการกำหนดวิธีพิจารณาความในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์
4. ความเชื่อมโยงของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์
5. กลไกในการบังคับทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความตกลงในการร่วมมือกันที่จะดำเนินการช่วยเหลือกันในระดับนานาประเทศ

วิธีพิจารณาความที่กล่าวถึงข้างต้น โดยเฉพาะการสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศ ผู้วิจัยเห็นว่าจำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจอย่างเพียงพอ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องมีดุลยภาพอย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคลในความเป็นส่วนตัวและสิทธิมนุษยชน ซึ่งจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงาน เช่น

1. การให้อำนาจในการตรวจค้นและจับกุม ภายใต้ภาวะของเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการยึดวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง และการตรวจค้นระบบคอมพิวเตอร์และเครือข่าย รวมถึงการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการดักสกัดข้อมูลที่ใช้ในการสื่อสารระหว่างระบบคอมพิวเตอร์และเครือข่าย
2. การให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในข้อแรก จะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อกิจกรรมที่ทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย การสูญเสียโอกาสในการดำเนินธุรกิจ หรือการละเมิดความเป็นส่วนตัว
3. กำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องให้ความร่วมมือ เช่น หน้าที่ของผู้เสียหายหรือเจ้าของข้อมูล พยาน พนักงานหรือผู้ใช้คอมพิวเตอร์นั้นๆ

สำหรับเหตุผลและความจำเป็นในการยกร่างกฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ มีดังนี้

1. กฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมใหม่ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม

2. เพื่อรักษาสัดส่วนของความมั่นคงต่อความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี ที่มีต่อสังคมไทย
3. รักษาคุณภาพของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในความเป็นส่วนตัว เสรีภาพในการไหลเวียนของข้อมูลและความมั่นคงของชาติ
4. เพื่อเป็นโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศที่มั่นคงในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ อันจะมีผลถึงการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมและการเมือง
5. เพื่อใช้เป็นกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของเทคโนโลยีสารสนเทศ (ศูนย์เทคโนโลยีและคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2541 : 24-25)