

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับพยานหลักฐานตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย

5.1 ปัญหาในชั้นรวบรวมพยานหลักฐานกรณีศึกษาตัวอย่างในประเทศไทย

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ถึงเรื่องการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรม-คอมพิวเตอร์ ว่าควรจะต้องกระทำอย่างไรบ้างไว้แล้วนั้น ในการปฏิบัติงานจริงย่อมมีปัญหาก่อขึ้นหลายประการ เพื่อเป็นการวิเคราะห์ปัญหาให้เห็นอย่างเด่นชัด จึงยกตัวอย่างกรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทยเป็นกรณีศึกษาดังนี้คือ คดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันอังคารที่ 2 กุมภาพันธ์ 2542 หน้า 20 ได้ตีพิมพ์รายงานข่าว กรณีประเทศสหรัฐอเมริกาได้ส่งผู้เชี่ยวชาญและเจ้าหน้าที่ สืบสวนสอบสวนร่วมกับเจ้าหน้าที่ตำรวจไทย ร่วมสืบสวนค้นหาหลักฐานกรณีที่มี Hacker ได้ใช้เครื่องปลายทาง (Terminal) ผ่านบริษัทที่ทำให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ในประเทศไทยทำการเข้าถึง (Unauthorized Access) ข้อมูลที่เป็นความลับในสถานที่ราชการในมลรัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา เหตุเกิดในระหว่าง วันที่ 12-19 พฤศจิกายน 2541 เวลากลางวันและกลางคืนต่อเนื่องกัน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2541 เจ้าหน้าที่ประจำศูนย์ข่าวสารสนเทศที่ราชการในมลรัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ตรวจพบที่มีการลักลอบติดต่อกับคอมพิวเตอร์ของทางราชการดังกล่าว ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยใช้ IP Address หรือที่อยู่ทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นหมายเลขสมาชิกของบริษัทเอกชน ซึ่งเป็น ISP ในประเทศไทย และ IP Address ดังกล่าวเป็นเครื่องปลายทางที่บริษัทเอกชนแห่งนั้น ได้ดำเนินการติดตั้งในระหว่างการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์ เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2541 ที่บริเวณสถานที่ชั่วคราวที่จัดไว้ให้สื่อมวลชนทั้งในประเทศและต่างประเทศ รายงานผลการแข่งขันและใช้บริการโดยไม่คิดมูลค่าใด ๆ และให้บริการโดยไม่ต้องลงบันทึกประวัติของผู้ใช้เครื่องแต่อย่างใด

จากการตรวจสอบของสถานที่ราชการในมลรัฐเท็กซัส พบว่า Hacker ได้ลักลอบเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ของทางราชการ โดยการใช้หมายเลขประจำตัวของผู้ใช้ (User Identification) และรหัสผ่าน (Password) ประจำตัวของเจ้าหน้าที่ในสังกัดสถานที่ราชการนั้นซึ่งได้ตรวจสอบแล้ว เจ้าของหมายเลขประจำตัวดังกล่าวแจ้งว่า ได้มีการเชื่อมต่อคอมพิวเตอร์ของตนเองเข้ากับมหาวิทยาลัยในประเทศอียิปต์ จึงตรวจสอบย้อนหลังทราบว่า Hacker ได้เริ่มกระทำผิดโดยอาศัยหมายเลขประจำตัวของผู้ใช้ผ่านทางเว็บไซต์ (Web Site) ของเอเชียนเกมส์ที่บริษัทเอกชนในประเทศไทยได้ตั้งขึ้นมา เพื่อให้บริการในระหว่างการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์ในประเทศไทย สื่อสารผ่านอินเทอร์เน็ตเข้าเว็บไซต์ (Web Site) ของมหาวิทยาลัยในประเทศอียิปต์ ซึ่งเชื่อมต่อกับคอมพิวเตอร์ของเจ้าหน้าที่ของสถานที่ราชการในมลรัฐเท็กซัส Hacker ดังกล่าวได้ใช้หมายเลขประจำตัวของผู้ใช้และรหัสผ่านของเจ้าหน้าที่นั้น เข้าถึงและทำการเรียกใช้แฟ้มข้อมูลของคอมพิวเตอร์ของทางราชการในมลรัฐเท็กซัสจากคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย ได้ตรวจสอบพบว่าการเข้าถึงมากกว่า 1 ครั้ง ระหว่างวันที่ 12-19 พฤศจิกายน 2541 เวลากลางวันและกลางคืนต่อเนื่องกัน และ Hacker ได้ใช้โปรแกรมลบหลักฐานการติดต่อของตนกับระบบคอมพิวเตอร์ของทางราชการ เพื่อมิให้ปรากฏหลักฐานในการติดต่อ ประเทศสหรัฐอเมริกา จึงได้ส่งผู้เชี่ยวชาญและเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนเดินทางมายังประเทศไทยเพื่อขอความร่วมมือในการตรวจค้นหาพยานหลักฐานในคดีที่เครื่องปลายทาง (Terminal) และเครื่องบริการเว็บ (Web Server) ของบริษัทเอกชนในประเทศไทย

5.1.1 พยานหลักฐานที่สำคัญในคดี

จากกรณีที่เกิดขึ้นดังกล่าวในข้อ 5.1 สิ่งที่จะต้องแสวงหาเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการสืบหาตัวผู้กระทำความผิด คือ

(1) รายละเอียดเกี่ยวกับ Hacker เช่นชื่อผู้ใช้เครื่อง หมายเลข IP Address สถานที่ตั้งของเครื่องปลายทาง เพื่อสืบสวนสอบสวนหาพยานแวดล้อม ซึ่งน่าจะรู้เห็นหรือพบพฤติการณ์ที่น่าสงสัยของ Hacker

(2) รายละเอียดเกี่ยวกับคดี เช่น ข้อมูลของทางราชการในมลรัฐเท็กซัสที่ถูก

เรียกใช้อาจจะเหลืออยู่ในความจำของ Server โปรแกรมที่ใช้งานการลักลอบเข้าถึงข้อมูล และ ข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดียุติกัน Server ของบริษัทเอกชนในประเทศไทย

5.1.2 ปัญหาและอุปสรรคในการรวบรวมพยานหลักฐาน

5.1.2.1 ปัญหาข้อกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา

จากคดีดังกล่าว Hacker ได้กระทำการในราชอาณาจักรไทย แม้ว่าลักษณะการกระทำมิได้เกิดในราชอาณาจักรทั้งหมด ก็ถือว่าเป็นการกระทำในราชอาณาจักรไทย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 และมาตรา 5 แต่ความผิดฐานเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ (Unauthorized Access) ซึ่งเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ไม่มีบทบัญญัติเป็นความผิดในประเทศไทย การกระทำของ Hacker จึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย เจ้าหน้าที่พนักงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงไม่มีอำนาจสืบสวนสอบสวน ในคดีความผิดดังกล่าวได้

5.1.2.2 ปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศ ในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535

ในประเทศไทยมีพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศ ในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ซึ่งบังคับโดยประเทศผู้ร้องขอจะมีคำร้องขอความช่วยเหลือในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการสืบสวน สอบสวน ฟ้องคดี ริบทรัพย์สินและดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาได้ โดยมีหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 (2) คือการกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือนั้นเป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่ประเทศไทยกับประเทศผู้ร้องขอมีสันธิสัญญาว่าด้วย ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาต่อกัน โดยประเทศผู้ร้องขอจะต้องทำคำร้องขอความช่วยเหลือส่งไปยังผู้ประสานงานกลาง ซึ่งได้แก่อัยการสูงสุดหรือผู้ได้รับมอบหมาย และการดำเนินการตามที่ร้องขอนั้นจะต้องดำเนินการตามกฎหมายไทย

คดีอาชญากรรมของคอมพิวเตอร์ข้างต้นจึงอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตามมาตรา 9 (2) เนื่องจากประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาต่อกัน แต่ประเทศ

สหรัฐอเมริกาจะต้องทำคำร้องขอความช่วยเหลือ ส่งผ่านผู้ประสานงานกลาง คืออัยการสูงสุดหรือผู้ได้รับมอบหมาย เพื่อทำการสอบสวนเมื่อได้รับคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศให้สอบปากคำพยานหรือรวบรวมพยานหลักฐาน รดยให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแจ้งให้พนักงานสอบสวนดำเนินการตามคำร้องขอ นั้น ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการดำเนินการร้องขอตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศ ในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ต้องใช้เวลานานในการดำเนินการ ซึ่งหากปล่อยให้เป็นเช่นนี้ไป บรรดาหลักฐานเอกสาร ข้อมูลต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้การเก็บรักษา หรือในความครอบครองของบุคคล นิติบุคคลที่เกี่ยวข้องอาจจะถูกโยกย้าย ท้าลาย สูญหาย ซ่อนเร้น ลบล้างหรือนำไปชุกซ่อนเสียก่อน ทั้งโดยเจตนาและไม่เจตนากระทำต่อหลักฐานดังกล่าว ทำให้เป็นปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐานว่า ในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์จะต้องให้เจ้าหน้าที่สืบสวน เข้าดำเนินการในทันที การปฏิบัติในคดีจึงต้องขอความร่วมมือไปยังบริษัทเอกชนที่เป็นเป้าหมายในการตรวจค้น ซึ่งปรากฏว่าได้รับความร่วมมือด้วยดี ทำให้พนักงานสืบสวนสอบสวนของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ค้นพบพยานหลักฐานดังนี้ คือ

(1) Hacker ที่ลักลอบเข้าถึงและทำการเรียกใช้แฟ้มข้อมูล ได้ใช้นามแฝงว่า "hdyang" เข้าถึงรอยาใช้เครื่องปลายทาง (Terminal) ที่ติดตั้งให้สื่อมวลชนใช้บริการในระหว่างการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์ ผลของการตรวจค้นที่สถานที่ตั้งของเครื่องปลายทาง ไม่พบพฤติการณ์หรือบุคคลที่น่าสงสัย เนื่องจากเป็นการให้บริการแก่สื่อมวลชนรายงานผลการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์โดยบริษัทเอกชนในประเทศไทย ได้ตั้งเว็บไซต์ (Web Site) ให้เข้าถึงได้โดยไม่คิดมูลค่าใด ๆ และให้บริการโดยไม่บันทึกประวัติของผู้ใช้ เครื่องแต่อย่างใด แต่นามแฝง "hdyang" ที่ตรวจพบใน Server เป็นชื่อที่ผู้ใช้เครื่องต้องใส่ที่หน้าจอก่อนที่จะเข้าสู่เว็บไซต์ (Web Site) ได้ จึงได้ตรวจเก็บชื่อนามแฝง "hdyang" และหมายเลข IP Address ของเครื่องปลายทาง วันที่และเวลาการเข้าถึงข้อมูลไว้เป็นพยานหลักฐาน

(2) ได้ตรวจสอบจากเครื่อง Server พบโปรแกรมที่ Hacker ได้ใช้กระทำผิดคือ

- โปรแกรม Sniffer ซึ่ง Hacker ได้ใช้เจาะรหัสผ่าน (Password) ของเจ้าหน้าที่จนสามารถกำหนดรหัสผ่านที่ถูกต้องและเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของทางราชการในมลรัฐเท็กซัส และเรียกใช้แฟ้มข้อมูลดังกล่าวในประเทศไทย

- โปรแกรมการสนทนาในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Relay Chat (IRC))

- โปรแกรมลบหลักฐาน เป็นโปรแกรมที่ Hacker ใ้ใช้ลบหลักฐานในการเข้าถึงข้อมูลของตนเองโดยใช้โปรแกรมดังกล่าว ้ลบข้อมูลในรายการบันทึกของเครื่อง (System Logs) ของคอมพิวเตอร์ของทางราชการในมลรัฐเท็กซัส เพื่อไม่ให้ตรวจสอบได้ว่า Hacker ใ้สั่งให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำอะไรบ้าง การตรวจค้นนี้พบแต่เพียงโปรแกรม แต่ไม่พบข้อมูลทางราชการในมลรัฐเท็กซัสใ้สูญหายไป

พนักงานสืบสวนสอบสวนจึงใ้สำรวจข้อมูลที่ตรวจค้นพบและยึดใ้เป็นพยานหลักฐาน นำกลับไปประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อบำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป การรวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นกรณีใ้บริษัทเอกชนในประเทศไทย ใ้ใ้ความร่วมมือในการตรวจสอบจึงสามารถดำเนินการใ้ได้ หากบริษัทเอกชนรายนั้นไม่ให้ความร่วมมือ โดยอ้างว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท และลูกค้าของบริษัท พนักงานสืบสวนสอบสวนจะต้องอาศัยอำนาจทางกฎหมาย เช่น ต้องผ่านขั้นตอนตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศ พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องใ้เวลาในการดำเนินการและอาจเป็นที่เสียหายแก่พยานหลักฐานนั้น จึงเห็นใ้พยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์มีใ้ปัญหาตั้งแต่ขั้นรวบรวมพยานหลักฐาน อันใ้แก่ ปัญหาข้อกฎหมายและความยากลำบากในการรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์

5.2 ปัญหาอำนาจในการตรวจค้นและยึดข้อมูลซึ่งบรรจุอยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์

การตรวจค้นเพื่อบำนาจพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ปัญหาสำคัญในขั้นรวบรวมพยานหลักฐาน ก็คือข้อมูลที่ถูกเก็บใ้ไว้ในสื่อบันทึก เจ้าพนักงานใ้อำนาจในการตรวจค้นและยึดใ้ได้มากน้อยเพียงใ้ใด ความสำคัญของข้อมูลหรือสิ่งซึ่งบรรจุอยู่ในสื่อบันทึกในเครื่องคอมพิวเตอร์จะเป็นสิ่งยืนยันใ้ได้ว่าใ้ใช้คอมพิวเตอร์นั้นประกอบอาชญากรรมอย่างไร หรือเป็นข้อมูลใ้ใ้ได้มาจากการกระทำผิด ข้อมูลจึงเป็นพยานหลักฐานในการบ่งชี้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยใ้ได้กระทำความผิดจริงหรือไม่

จากพื้นฐานทางด้านเทคนิคที่ทราบใ้ได้ว่า ข้อมูลถูกจัดเก็บใ้ไว้ในสื่อบันทึก โดยอาศัยการจัดระเบียบของกระแสแม่เหล็กไฟฟ้าคือ ขั้วบวกและขั้วลบ มากใ้พันโดยการแทนค่าด้วยตัวเลข

ฐานสองคือ 0 กับ 1 เช่น ตัวอักษร A แทนค่ากระแสแม่เหล็กโดยใช้เลขฐานสอง จำนวน 8 ตัว คือ 01000001 เป็นต้น ข้อมูลจึงเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง พนักงานสอบสวนจะอาศัยอำนาจทางกฎหมายอย่างไรในการตรวจยึดข้อมูลในสื่อบันทึกนั้น จากคำนิยามของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (18) "สิ่งของ" หมายความว่า สิ่งหาปริมาตรซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญาได้ รวมทั้งจดหมาย โทรเลขและเอกสารอย่างอื่นและเหตุที่จะออกหมายค้นตามมาตรา 69 คือ (1) เพื่อพบและยึดสิ่งของซึ่งจะเป็นพยานหลักฐานประกอบการสอบสวน หรือสอบสวนพ้องหรือพิจารณา (2) การพบและยึดสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิดหรือได้มาโดยผิดกฎหมาย หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้มาซึ่งหรือตั้งไว้จะเข้าในการกระทำความผิด

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ "ข้อมูล" เป็น "สิ่งของ" ตามคำจำกัดความของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (18) หรือไม่ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ความหมายของ ทรัพย์ ทรัพย์สินและสิ่งหาปริมาตรไว้ดังนี้

มาตรา 137 ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง

มาตรา 138 ทรัพย์สิน หมายความว่า รวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้

มาตรา 140 สิ่งหาปริมาตร หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์และหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย

ตามประมวลกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (18) คำว่า "สิ่งหาปริมาตร" ว่าจะต้องไปพิจารณาความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามหลักที่ว่ากฎหมายย่อมเกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน เว้นแต่บทบัญญัตินั้น ๆ จะแสดงว่าไม่ประสงค์จะให้ความหมายดังปรากฏตามกฎหมายอื่น (จิตติ ตังศรีภักดิ์, 2532 : 2256-2257) จึงต้องนำความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณา ซึ่งให้ความหมายไว้ว่า "สิ่งหาปริมาตร" หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และให้ความหมาย "ทรัพย์สิน" ว่าหมายความรวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ พิจารณาจากความหมายของ "สิ่งหาปริมาตร" และ "ทรัพย์สิน" แล้วกระแสแม่เหล็กซึ่งเคลือบอยู่บนผิวหน้าของจานบันทึก การจัดเก็บจะต้องมีการกำหนด Track หรือ Cylinder แบ่งพื้นที่ออกเป็นส่วนเรียกว่า Sectors จึงเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้เพราะสามารถควบคุมได้ วัดปริมาณหรือ

คำนวณออกมาได้ แต่กระแสนแม่เหล็กนั้นไม่ใช่ตัวข้อมูลที่แท้จริง เป็นเพียงการแทนค่าด้วยตัวเลข แล้วนำมาจัดเก็บไว้ การเรียกข้อมูลหรือการใช้ข้อมูลจะต้องผ่านการแปรสัญญาณหรือประมวลผลด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ก่อน จึงจะออกมาเป็นข้อมูลได้ หากปราศจากเครื่องคอมพิวเตอร์แล้วก็ไม่อาจเรียกกระแสนแม่เหล็กที่ถูกจัดเรียงไว้นั้นเป็นข้อมูลได้ ซึ่งไม่อาจชี้ชัดได้ว่าข้อมูลนั้นเป็น "สิ่งของ" หรือไม่

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น พนักงานสอบสวนจึงประสบกับความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ทำให้มีปัญหาในการร้องขอต่อศาลเพื่อขอออกหมายค้นข้อมูลในสื่อบันทึกานเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นปัญหาประการหนึ่งในชั้นรวบรวมพยานหลักฐาน กฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขค่านิยามของกฎหมายไว้ในกฎหมายคุ้มครองระบบคอมพิวเตอร์ ค.ศ. 1979 มาตรา 1028 C. ค่านิยามซึ่งบัญญัติว่า

(5) "ทรัพย์สิน" (Property) รวมถึง (แต่ไม่ได้จำกัดเพียงเท่านั้น) เอกสารทางการเงิน ข่าวดสาร ตลอดจนข้อมูลที่ได้ประมวลผลขึ้นหรือได้ผลิตขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปแบบ ซึ่งทั้งมนุษย์และเครื่องจักรต่างก็สามารถที่จะอ่านเข้าใจได้ รวมทั้งวัตถุมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาได้อื่น ๆ

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ได้ให้คำจำกัดความของ "ทรัพย์สิน" รวมถึงข้อมูลที่ได้ประมวลผลขึ้นหรือได้ผลิตขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปแบบซึ่งทั้งมนุษย์และเครื่องจักรกลต่างก็สามารถที่จะอ่านเข้าใจได้ รวมทั้งวัตถุมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาได้ เมื่อข้อมูลเป็นทรัพย์สิน ทำให้สามารถบังคับใช้กฎหมายต่อข้อมูลได้ เช่น ความผิดฐานเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ ความผิดฐานแก้ไขเปลี่ยนแปลง ความผิดฐานทำให้เสียหายหรือทำลาย รวมถึงการร้องขอต่อศาลเพื่อขอออกหมายค้นและยึดข้อมูลเป็นพยานหลักฐานในการสืบสวนดำเนินคดีได้ สำหรับประเทศไทยจึงควรที่จะแก้ไขค่านิยามของกฎหมาย เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายต่อข้อมูลได้ โดยไม่ติดขัดกับปัญหาตามที่กล่าวมา

5.3 ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นสื่อบันทึกข้อมูลในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

การตรวจยึดพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์นั้น สื่อบันทึกข้อมูลหรือหน่วยความจำสำรอง เช่น ดิสก์ (Disk), ฮาร์ดดิสก์ (Hard Disk), แมกเนติก เทป (Magnetic Tape) หรือซีดี-รอม (CD-ROM) นับว่าเป็นหัวใจที่มีความสำคัญที่สุด เนื่องจากสื่อบันทึกดังกล่าวเป็นที่บรรจุโปรแกรมควบคุมการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ โปรแกรมประยุกต์ที่สั่งให้เครื่องปฏิบัติงานตามที่ผู้ใช้ต้องการ และข้อมูลต่าง ๆ ที่เครื่องคอมพิวเตอร์ได้ปฏิบัติงานหรือประมวลผลแล้วเก็บบันทึกไว้และสามารถแสดงสิ่งที่บันทึกไว้นั้นได้ทางจอภาพหรือพิมพ์ออกมาได้โดยผ่านทางเครื่องพิมพ์ที่เรียกว่า เอกสารจากเครื่องพิมพ์ (Printout) ดังนั้นโปรแกรม ข้อมูลและ Printout จึงเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญที่สุด และมีผลช่วยให้ศาลวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในคดีได้ถูกต้องและแม่นยำยิ่งขึ้น การนำข้อมูลเช่นนี้มาฐานะพยานหลักฐานในศาล จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงปัญหาข้อกฎหมายเพื่อวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ลักษณะเรื่องใดจะเป็นอุปสรรคขวางกั้นหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าควรได้มีการพิจารณาเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานในเรื่องดังต่อไปนี้

5.3.1 การกำหนดประเภทของสื่อที่ใช้เป็นพยานหลักฐาน

ข้อมูลจากสื่อบันทึกที่ได้จากคอมพิวเตอร์นั้นสร้างปัญหาขึ้นมาว่า ควรจะนำสืบสิ่งใด เช่น จะนำสืบตัวเครื่อง (Hardware), โปรแกรม (Software), ดิสก์ (Disk), เอกสารจากเครื่องพิมพ์ (Printout) หรือควรนำสืบบุคคลที่บันทึกข้อมูล สร้างโปรแกรมหรือที่พิมพ์ Printout ออกมาหรือจะต้องนำสืบสิ่งเหล่านี้ประกอบกัน หรือจะต้องนำสืบสิ่งใดก่อนสิ่งใดหลังทานเองเกี่ยวกับหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) ของกฎหมาย Common Law ที่บังคับว่าให้นำต้นฉบับเอกสารมาสืบก่อน ถ้าไม่มีจึงใช้สำเนาสืบได้ ในระยะแรกทางออกของนักกฎหมายนำสืบข้อมูลจากสื่อบันทึกในลักษณะการนำสืบพยานบุคคลคือพยานผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษ ซึ่งเป็นการนำสืบที่ใช้เวลาสร้างความไม่สะดวก และมีปัญหาเมื่อมีการใช้คอมพิวเตอร์อย่างแพร่หลาย นักกฎหมายจึงหาทางออกว่า Printout เป็นรูปแบบที่ศาลสามารถอ่านหรือเข้าใจที่สำคัญ Printout เป็นผลผลิตของการประมวลผลซ้ำข้อมูล คือเมื่อมีการบันทึกข้อมูลเอาไว้ หาก

ต้องการข้อมูลก็สามารถ Print ออกมาได้ เหมือนกับการบันทึกในเครื่องเล่นเทป ฟิล์ม วิดีทัศน์ และเครื่องมืออื่นในทางองเดียวกัน เมื่อ Input กับ Output เหมือนกัน การรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication) จึงย่อมทำได้โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับเอกสารนั้น (พรเพชร วิชิตชลชัย, 2538 : 91)

ตามกฎหมายลักษณะพยานของไทยแบ่งพยานออกเป็นพยานวัตถุ พยานเอกสาร และพยานบุคคล โดยจำแนกวิธีการนำพยานเข้าสืบและหลักเกณฑ์การรับฟังที่แตกต่างกัน เมื่อพิจารณาแล้วข้อมูลจากสื่อบันทึกไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบดิสก์ (Disk), Printout หรือสื่อบันทึกอื่นใดแล้วย่อมมีลักษณะใกล้เคียงกับพยานเอกสาร ดังนั้น หากนำ Printout มาสืบย่อมประสบกับปัญหาในเรื่องวิธีการนำพยานเข้าสืบและหลักเกณฑ์การรับฟังพยานเอกสาร เนื่องจากไม่สามารถกำหนดได้ว่า Printout ดิสก์ (Disk) หรือสื่อบันทึกอื่นใดนั้น สิ่งใดเป็นต้นฉบับ ตามหลักเกณฑ์การรับฟังพยานเอกสารตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 ในทางองเดียวกันหากนำตัวสื่อบันทึกนั้นเอง เช่น Disk, Hard Disk หรือสื่อบันทึกในรูปแบบอื่นมาพิสูจน์เนื้อหาสาระของข้อมูลที่บันทึกไว้ จะต้องมีการใช้เครื่องอุปกรณ์และจอภาพสำหรับอ่านและถ้าสื่อบันทึกนั้น เป็นสื่อที่เข้ากับเครื่องคอมพิวเตอร์ ขนาดมินิหรือเมนเฟรมขึ้นไป ยิ่งเป็นปัญหาอุปสรรคและยุ่งยากในการนำสืบพยานลักษณะนี้ การนำสืบสื่อที่บันทึกข้อมูลจึงสร้างปัญหาตั้งแต่เบื้องต้น ในการกำหนดประเภทของสื่อที่ควรจะนำสืบตามกฎหมายลักษณะพยานในปัจจุบัน

การแก้ปัญหาดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับปัญหาดังกล่าวไว้ใน FRE ข้อ 1001 ว่า Printout หรือผลลัพธ์ที่สามารถอ่านได้ด้วยสายตา ซึ่งถูกทำขึ้นโดยเครื่องพิมพ์แรงกระตุ้นแม่เหล็กไฟฟ้า เครื่องจักรกลอิเล็กทรอนิกส์ หรือการประมวลผลข้อมูลสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานต่อศาลได้ ส่วนประเทศอังกฤษมีกฎหมาย The Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 69 ยอมรับเอกสารที่ทำขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ (Printout) เป็นพยานหลักฐานต่อศาลได้ โดยมีการรับรองของผู้ที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 68 และในขณะที่เดียวกันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ไม่ได้จำกัดว่า Printout เท่านั้นที่จะนำมาสืบได้ แต่ตัวสื่อบันทึกนั้นเองสามารถนำมาพิสูจน์เนื้อหาสาระของข้อมูลที่บันทึกไว้ได้โดยเฉพาะในกรณีที่มีการโต้แย้ง

กันอย่างจริงจังถึงความถูกต้องแท้จริงของ Printout ว่าไม่ได้แสดงให้เห็นถึงข้อมูลที่แท้จริงตาม ที่บันทึกไว้

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในช่วงชั้น ส่วนที่เกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการทั่วไป ทุกคดีคงมีแต่ข้อกำหนดที่ใช้เฉพาะคดีทรัพย์สิน ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น โดยข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศ ข้อ 33 กำหนดให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เป็น "ข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่อง คอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์" และในข้อกำหนดฯ ข้อ 34 กำหนดให้ส่ง สำเนาที่บันทึกหรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่ไม่ได้กำหนดให้ส่งสิ่งใดเป็นพยาน ดังนั้น ผู้ที่อ้างดิสก์ (Disk) เป็นพยานต้องส่งสำเนาแผ่นดิสก์ ส่วนผู้ที่อ้าง Printout เป็นพยานก็ต้อง ส่งสำเนา Printout นั้น เมื่อกฎหมายลักษณะพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และความอาญาของไทย ยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดประเภทของสื่อที่บันทึกข้อมูล ที่จะนำมาใช้เป็น พยานหลักฐานได้ทำให้มีปัญหามาเรื่องความไม่เท่าเทียมกันของการรับฟังพยานในคดีทั่ว ๆ ไป กับคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น

5.3.2 การรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลจากสื่อบันทึก (Authentication)

ความถูกต้องแท้จริง (Authentication) เป็นหลักกฎหมายของ Common Law ว่าพยานหลักฐานที่จะอ้างส่งต่อศาลนั้นต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้น ในเรื่องความถูกต้องแท้จริง เสียก่อน ซึ่งกฎหมายลักษณะพยานของไทย ได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายนี้ด้วย ข้อมูลจากสื่อบันทึก ข้อมูลเมื่อนำเสนอต่อศาลเป็นพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์เนื้อหาแห่งข้อมูลนั้น จึงควรต้องอยู่ในกฎ ของการรับรองความถูกต้องแท้จริงด้วย ซึ่งถ้าหากเปรียบเทียบกับเอกสารแล้ว ข้อมูลจากสื่อบันทึก นั้นเริ่มจากภาษามนุษย์แล้วเปลี่ยนเป็นภาษาอิเล็กทรอนิกส์ แล้วแปลงกลับเป็นภาษามนุษย์ได้อีก มิใช่การบันทึกด้วยการเขียนหรือพิมพ์ดีด ซึ่งไม่มีการเปลี่ยนแปลงในการบันทึกข้อมูล การรับรอง ความถูกต้องแท้จริงในเอกสารทั่วไปจึงกระทำได้ง่าย เพราะเพียงแต่รับรองว่าเอกสารนั้น เป็นของแท้จริงเท่านั้น (พรเพชร วิชิตชลชัย, 2538 : 93) ความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลจาก เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นได้มีผู้พิพากษาท่านหนึ่งของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวเอาไว้ว่า "ในฐานะที่เป็น ผู้หนึ่งที่เคยได้รับใบเก็บเงินและจดหมายเตือน ถึงการครบกำหนดชำระเงินแล้วสำหรับบัญชี อันที่

จริงได้ชำระไปนานแล้ว ข้าพเจ้าเองเห็นจะไม่พร้อมที่จะยอมรับผลผลิตของคอมพิวเตอร์ว่าเป็นหลักฐานอันศักดิ์สิทธิ์และไม่ผิดพลาดก็เห็นจะยังไม่ได้" (เลิศลักษณ์ ปานเลิศ, 2531 : 91) ดังนั้นในการรับรอง Printout จากเครื่องคอมพิวเตอร์มิใช่เป็นการรับรองว่า Printout นั้นได้พิมพ์ออกมาจากเครื่องแต่เป็นการรับรองถึงความถูกต้องแท้จริงของระบบการบันทึกข้อมูลโดยเครื่องและในกรณีของการประมวลผลที่ย่อมเป็นการรับรองความถูกต้องแท้จริงของระบบการประมวลผลนั้นด้วย

กฎหมายของสหรัฐอเมริกา FRE บัญญัติไว้เป็นหลักกว้าง ๆ โดยให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้อ้างข้อมูล เป็นพยานหลักฐานว่าจะนำสืบถึงระดับใด โดยอาศัยพยานบุคคลที่มาศาลแล้วสาบานตนเบิกความ ยืนยันถึงการรับรองดังกล่าวนั้น แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากระบบการพิจารณาข้อเท็จจริงของศาลสหรัฐอเมริกาพิจารณาโดยคณะลูกขุน (Jury) ถ้าคู่ความฝ่ายตรงข้ามคัดค้านข้อมูลจากสื่อบันทึกและมีความสามารถในการใช้คำถามเพื่อแสดงให้เห็นถึงความไม่แน่นอนที่เกิดจากการปฏิบัติงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ได้และในส่วนนี้จะ เป็นภาระซึ่งลูกขุนจะต้องนำไปพิจารณา ซึ่งปัญหาที่ผู้ที่อ้างข้อมูลเป็นพยานหลักฐานจะต้องรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลที่ใช้เป็นพยานหลักฐานให้ศาลเห็นว่า

- (1) สามารถกล่าวบรรยายความละเอียดเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ ที่ใช้ทำการประมวลผลจนได้พยานหลักฐานนั้นออกมาว่ามีการทำงานอย่างไร
- (2) สามารถแสดงได้ว่า ผลลัพธ์ที่เครื่องคอมพิวเตอร์ประมวลผลออกมานั้นได้มีความถูกต้องแม่นยำดี

ส่วนกฎหมายของอังกฤษ The Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 68 ได้บัญญัติให้มีการรับรองเอกสารที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ จะต้องมีการรับรองดังนี้คือ

- (1) พิสูจน์เอกสารที่บรรจุข้อความและอธิบายวิธีการที่ได้มา
- (2) ให้รายละเอียดโดยอธิบายให้เห็นว่าข้อมูลถูกสร้างขึ้นโดยเครื่องคอมพิวเตอร์
- (3) ข้อความได้ลงนามโดยบุคคลที่ดำรงตำแหน่งหน้าที่รับผิดชอบ เกี่ยวข้องกับการใช้คอมพิวเตอร์

สำหรับกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทย ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่จะต้องรับรองความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานที่นำเสนอต่อศาล แต่ปัญหาก็คือความถูกต้องแท้จริง

เป็นหัวใจของความน่าเชื่อถือในข้อมูลที่ได้จากสื่อบันทึกของคอมพิวเตอร์ ในระบบกฎหมาย Common Law จึงกำหนดให้ข้อมูลซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่จะอ้างส่งต่อศาลนั้น ต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้นในเรื่องความถูกต้องแท้จริงเสียก่อน ดังนั้นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ จึงมีบทบัญญัติให้มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงเสียก่อนและตามข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญา ข้อ 34 กำหนดให้คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลคอมพิวเตอร์ต้องยื่นคำรับรองตามข้อกำหนดฯ ข้อ 33 วรรคสอง คือคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์หรือดำเนินการกับคอมพิวเตอร์นั้นโดยเป็นการรับรอง 2 ประการ คือประการแรกเป็นการรับรองว่าการบันทึกหรือการประมวลผลโดยคอมพิวเตอร์ เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ ประการที่สอง การบันทึกและการประมวลผลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานอย่างถูกต้อง และแม้หากมีการดำเนินงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น คำรับรองดังกล่าวกฎหมายกำหนดเพียงให้ยื่นต่อศาล ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมาเปิดความที่ศาล หากไม่มีประเด็นในเรื่องการคัดค้านความถูกต้องของข้อมูลที่บันทึกหรือประมวลผลไว้ และในการกำหนดบุคคลผู้รับรอง ข้อกำหนดฯ ข้อ 33 ไม่ได้กำหนดว่าผู้รับรองข้อมูลคอมพิวเตอร์จะต้องมีความรู้ระดับผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ เพียงแต่กำหนดว่าเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์หรือดำเนินการกับคอมพิวเตอร์นั้น จึงเป็นการเปิดกว้างให้บุคคลที่จะรับรองอย่างกว้างขวาง แต่บุคคลที่จะรับรองนั้นควรต้องมีความรู้โดยตรงเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เครื่องนั้น ๆ การรับฟังข้อมูลจากสื่อบันทึกตามกฎหมายลักษณะพยานของไทย ยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้จึงทำให้ประสบกับปัญหาความน่าเชื่อถือของข้อมูลจากสื่อบันทึกของคอมพิวเตอร์ที่ใช้เป็นพยานหลักฐาน

5.3.3 การรับฟังข้อมูลจากสื่อบันทึกเป็นพยานหลักฐานตามหลักต้นฉบับเอกสาร

ข้อมูลจากสื่อบันทึก ซึ่งอยู่ในรูปแบบของดิสก์ (Disk), เอกสารจากเครื่องพิมพ์ (Printout) หรือสื่อบันทึกในรูปแบบอื่นนั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับพยานเอกสาร และข้อมูลจากสื่อบันทึกที่ควรนำเสนอต่อศาลชั้นแรก ควรนำ Printout ซึ่งอยู่ในรูปแบบของเอกสารที่ศาลอ่านแล้วเข้าใจได้และเป็นการสะดวกต่อการยื่นเป็นพยานหลักฐาน ดังนั้นเมื่อนำ Printout เสนอเข้าเป็นพยานหลักฐาน ปัญหาที่จะต้องเผชิญคือ Printout นั้นเป็นต้นฉบับหรือไม่ และการที่นำ Printout เสนอเป็นพยานหลักฐานนั้นจะขัดต่อหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่ง มาตรา 93 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้ว่าเฉพาะแต่ต้นฉบับเอกสารเท่านั้นที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานได้

Printout นั้นแตกต่างจากเอกสารทั่ว ๆ ไป เพราะว่า Printout สามารถพิมพ์ขึ้นมาใหม่ได้โดยที่ผ่านการเตรียมร่างต้นแบบขึ้นโดยอุปกรณ์ทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขตัดแปลง เช่นลบข้อความ แทรกข้อความ เปลี่ยนแปลงข้อความและวิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ไม่ปรากฏร่องรอยการแก้ไขตัดแปลงที่ตัวเอกสารและที่สำคัญเมื่อนำคอมพิวเตอร์มาประมวลผลแล้วบันทึกข้อมูล โดยอาศัยการจัดระเบียบกระแสแม่เหล็กบนสื่อบันทึก หากต้องการจะใช้ข้อมูลนั้นจะต้องให้คอมพิวเตอร์ประมวลผลซ้ำ ออกมาทางจอภาพ หรือพิมพ์ออกทางเครื่องพิมพ์ จึงเป็นปัญหาว่าสิ่งใดเป็นต้นฉบับ ซึ่งในกรณีนี้ต้นฉบับที่แท้จริงอาจจะเป็นสื่อบันทึก หรือ Printout หรือข้อความที่แสดงผลอยู่บนจอภาพ จึงไม่อาจจะพูดได้ว่าสิ่งใดเป็นต้นฉบับ สิ่งใดเป็นสำเนาตามกฎหมายลักษณะพยานของไทย

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แก้ไขกฎหมาย FRE ไว้ในข้อ 1001 (3) บัญญัติว่าต้นฉบับของข้อเขียนหรือบันทึก คือตัวข้อเขียนหรือบันทึกนั่นเอง หรือคู่ฉบับใด ๆ ซึ่งผู้ทำหรือผู้ออกให้มีเจตนาจะให้ผลเช่นเดียวกัน, ต้นฉบับของรูปถ่าย รวมตลอดถึงฟิล์มหรือรูปที่อัดได้จากฟิล์มนั้น ถ้ามีข้อมูลถูกเก็บบันทึกไว้บนคอมพิวเตอร์หรือเครื่องอื่น ซึ่งมีทำนองเดียวกันแล้ว เอกสารจากคอมพิวเตอร์หรือผลลัพธ์ที่สามารถอ่านได้ด้วยสายตา ซึ่งแสดงไว้เพื่อให้เห็นปรากฏรายละเอียดของข้อมูลที่ถูกต้อง นับว่าเป็น "ต้นฉบับ" ด้วย ส่วนกฎหมายของประเทศอังกฤษ The Police and Criminal Evidence Act 1984 มาตรา 69 ยอมรับว่า Printout สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ โดยมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่นำหลักต้นฉบับเอกสารหรือ Best Evidence Rule มาใช้บังคับและข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาฯ ข้อ 33 และข้อ 34 กำหนดให้ศาลรับฟังพยานหลักฐาน "ที่เป็นข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์" โดยมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องและกำหนดให้ผู้ที่อ้างข้อมูลนั้นต้องส่งสำเนาข้อมูลที่อยู่บนสื่อบันทึกด้วย คือถ้าอยู่ในรูปแบบดิสก์ (Disk) ก็ต้องส่งสำเนา Disk ถ้าอยู่ในรูปแบบ Printout ก็ต้องส่งสำเนา Printout นั้น แต่ใช้บังคับเฉพาะคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น

ปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องศึกษา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 โดยมีเนื้อหาสาระที่ควรวินิจฉัยดังนี้คือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 บัญญัติว่า "การอ้างเอกสารเป็นพยานนั้นให้ยอมรับฟังได้แต่ต้นฉบับเอกสารเท่านั้น เว้นแต่ (1) เมื่อคู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงกันว่า สำเนาของเอกสารนั้นถูกต้องแล้ว จึงให้ศาลยอมรับฟังสำเนาเช่นว่านั้นเป็นพยานหลักฐานได้ (2) ถ้าต้นฉบับเอกสารนั้นหาไม่ได้ เพราะสูญหายหรือทำลายโดยเหตุสุดวิสัยหรือไม่สามารถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่น ศาลจะอนุญาตให้สำเนาหรือพยานบุคคลมาสืบได้ (3) ต้นฉบับเอกสารที่อยู่ในความอารักขาหรือในความควบคุมของทางราชการนั้น..." ซึ่งตามลักษณะพิเศษของข้อมูลจากสื่อบันทึกที่ไม่อาจจะพูดว่าส่วนใดเป็นต้นฉบับ ทำให้บทบัญญัติในมาตรา 93 ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายไม่ยอมรับกันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้อง หากจะนำข้อมูลจากสื่อบันทึกมาขึ้นในฐานะที่เป็นสำเนาตามมาตรา 93 (1) หรือในกรณีต้นฉบับเอกสารนั้นหาไม่ได้เพราะสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย หรือไม่สามารถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่น ตามมาตรา 93 (2) ในการตีความข้อความใน มาตรา 93 (2) ไม่สามารถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่นนั้น มีความหมายอย่างเดียวกับสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย ตามที่กล่าวมาแล้วว่าการนำข้อมูลจากสื่อบันทึกเป็นพยานหลักฐานนั้น เป็นกรณีที่ไม่สามารถระบุลงไปได้อย่างชัดเจนว่าส่วนใดเป็นต้นฉบับที่แท้จริง ไม่ใช่เป็นกรณีหาต้นฉบับไม่ได้ตามมาตรา 93 (2)

สำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 ซึ่งบัญญัติว่า "ต้นฉบับเอกสารเท่านั้นที่อ้างเป็นพยานได้ ถ้าหาต้นฉบับไม่ได้ สำเนาที่รับรองว่าถูกต้องหรือพยานบุคคลที่รู้ข้อความก็อ้างเป็นพยานได้" ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้เช่นเดียวกับคดีแพ่ง คือต้นฉบับเอกสารเท่านั้นที่อ้างเป็นพยานได้โดยมีข้อยกเว้นว่า "ถ้าหาต้นฉบับไม่ได้" ก็อาจนำสืบสำเนาเอกสารหรือพยานบุคคลที่รู้ข้อความ ก็อ้างเป็นพยานได้แต่ Printout, Disk หรือสื่อบันทึกในรูปแบบอื่นไม่เข้าตามข้อยกเว้นว่า "หาต้นฉบับไม่ได้" แต่เป็นกรณีที่ต้องตีความว่า Printout, Disk หรือสื่อบันทึกในรูปแบบอื่นนั้น เป็นต้นฉบับหรือไม่ ทำให้ข้อยกเว้นดังกล่าวไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับพยานประเภทนี้ได้

5.3.4 การรับฟังข้อมูลจากสื่อบันทึกเป็นพยานหลักฐานตามหลักพยานนอกศาลและ

Hearsay

สืบเนื่องมาจากกฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ คือมีรูปแบบเป็นระบบประมวลกฎหมาย แต่มีระบบพิจารณาคดีก่อนไปทางระบบกล่าวหาตามแบบประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ดังนั้นจึงเป็นปัญหาว่า "บทตัดพยานนอกศาล" (Rule Against Hearsay) นั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลักษณะพยานหรือไม่ เนื่องจากในกฎหมายไทย ยังไม่มีบทบัญญัติจำกัดความหมายของพยานนอกศาลไว้ หากแต่ปล่อยให้ศาลวินิจฉัยว่าจะวินิจฉัยว่า พยานชนิดใดเป็นพยานนอกศาลและพยานนอกศาลชนิดใดควรรับฟังได้ พยานนอกศาลตามกฎหมายไทยจึงมีปัญหาว่าหมายถึงเฉพาะบุคคลเท่านั้นหรือจะมีความหมายรวมถึงพยานเอกสารด้วย (เข้มชัย ชูติวงศ์, 2524 : 183)

Hearsay ตามหลักกฎหมายของ Common Law หมายถึงคำกล่าวนอกศาล นำมาเสนอต่อศาลเพื่อมุ่งพิสูจน์ความจริงของคำกล่าวนั้น จากคำนิยามดังกล่าว พยานเอกสารแทบทุกประเภทจึงเป็น Hearsay เพราะพยานเอกสารเป็นบันทึกที่นำมาศาลแทบทั้งสิ้น ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ได้ผ่อนคลายนโยบายการรับฟังพยานนอกศาล ไม่เคร่งครัดเหมือนในสมัยก่อน อันเนื่องมาจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและพยานนอกศาลบางชนิดมีคุณค่าควรแก่การรับฟัง ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบทตัดพยานนอกศาลขึ้น โดยทั้งสองประเทศยังคงบทตัดพยานนอกศาลอันเป็นหลักทั่วไปไว้ แต่แก้ไขข้อยกเว้นเสียหาม เช่น ข้อมูลจากคอมพิวเตอร์อันเป็นบันทึกทางธุรกิจ (Business Record) เป็นข้อยกเว้นของ Hearsay ซึ่งมีเหตุผลคือบันทึกที่ได้รับการจัดทำขึ้นและใช้งานในช่วงแห่งการค้า นิเทศกิจตามปกตินั้น ถือได้ว่ามีความถูกต้องไว้วางใจได้และก็จะ เป็นเรื่องไม่สะดวกและไม่มีความจำเป็นที่แท้จริงประการใด ในการที่ศาลจะบังคับให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลของบันทึกนั้นต้องมาศาล เพื่อให้การอีกครั้งหนึ่งเกี่ยวกับการจัดทำบันทึกทางธุรกิจนั้น

พยานนอกศาลตามกฎหมายไทยนั้นมีที่มาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานบุคคลใด เว้นแต่พยานบุคคลนั้น... (2) เป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวกับเรื่องที่จะให้เป็นพยานนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง..." พยานนอกศาลที่ใช้ในกฎหมายไทย หมายถึงพยานบุคคลที่จะมาเบิกความต่อศาลถึงข้อ

เท็จจริงอันใดอันหนึ่ง ซึ่งข้อเท็จจริงนั้นตนมิได้เห็น ๖ได้ยิน และมีรับรู้มาเองโดยตรง หากแต่ได้
 ยินคนอื่นเขาเล่าให้ฟังมาอีกต่อหนึ่ง จึงน่าจะเป็นเรื่องของพยานบุคคลเท่านั้น แต่ถ้าแปลความหมาย
 พยานบอกเล่าตาม มาตรา 95 เช่นเดียวกับ Hearsay ตามหลักกฎหมาย Common Law แล้ว
 ข้อมูลที่บันทึกไว้ในสื่อบันทึก ย่อมมีปัญหาเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ แต่อย่างไร
 ก็ตาม ในคดีอาญาไม่มีกฎหมายใดห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่า ด้วยเหตุนี้พยานบอกเล่าจึงสามารถ
 นำเข้าสืบให้ศาลรับฟังได้ เช่น คำกล่าวของผู้ถูกทำร้ายก่อนตาย คำกล่าวของหญิงผู้เสียหายในคดี
 ข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ถ้อยคำของผู้ต้องหาและพยานในชั้นสอบสวน พยาน
 หลักฐานที่เกี่ยวข้องและเกิดขึ้นกระชั้นชิดกับข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งคดี ดังนั้นข้อมูลที่บันทึก
 ไว้ในสื่อบันทึกตามกฎหมายลักษณะพยานของไทย สามารถรับฟังได้โดยไม่ติดขัดกับปัญหาพยาน
 บอกเล่า

5.4 ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นสื่อบันทึกเสียงในคอมพิวเตอร์และเครือข่าย

ในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์มีการให้บริการในทางธุรกิจ ซึ่งเรียกว่า Voice Mail
 Box ผู้ให้บริการจะเก็บรายการ หัวข้อหรือข้อมูลที่ที่น่าสนใจ ผู้ที่ต้องการทราบข้อมูลที่ผู้ให้บริการ
 ได้เก็บรวบรวมไว้จะต้องติดต่อทางโทรศัพท์ผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เพื่อขอคัดลอกเพิ่มข้อมูล
 หรือสอบถามข้อความใน Voice Mail Box ซึ่งจะต้องเสียค่าใช้จ่ายให้กับเจ้าของ Voice Mail
 Box นั้นด้วย Voice Mail Box สามารถสร้างได้จากโปรแกรม BBS หรือ Bulletin
 Board System ซึ่งเป็นโปรแกรมที่ถูกเขียนขึ้นมาเพื่อให้สามารถเก็บข้อมูลได้อย่างมหาศาล
 เปรียบเสมือนกระดานข่าวหรือบอร์ดคอมพิวเตอร์ สามารถสอบถามและค้นหาทุกสิ่งทุกอย่างได้
 อาณาการทางคอมพิวเตอร์ทำการเจาะข้อมูลใน Voice Mail Box เพื่อทราบถึงเลขที่บัตรเครดิต
 ชื่อผู้ถือบัตร และวันหมดอายุของบัตรเครดิตแล้วนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้กระทำผิด เช่น การสั่งซื้อ
 ของทาง Mail Order ซึ่งเมื่อตรวจสอบไปยังปลายทางแล้วจะไม่มีผู้ใดอาศัยอยู่หรืออาจจะเป็นผู้
 รับฝากไปรษณีย์ภัณฑ์ และกลุ่มผู้ค้ายาเสพติดยังใช้ Voice Mail Box เป็นช่องทางการติดต่อ
 สื่อสาร นัดหมายการส่งของ การโอนเงินและสิ่งการต่าง ๆ เนื่องจากมีความปลอดภัยมากกว่าที่
 จะใช้โทรศัพท์ติดต่อกันโดยตรง ซึ่งเมื่อกระทำการเสร็จสิ้นแล้วก็จะเปลี่ยน Voice Mail Box

ใบที่อื่น ๆ อีก นอกจากนี้การเก็บข้อมูลประเภทมัลติมีเดีย (Multi-Media) ซึ่งเป็นการบันทึกข้อมูลที่เป็นทั้งภาพและเสียง สามารถบันทึกไว้ในสื่อบันทึกของคอมพิวเตอร์ได้โดยใช้เทคนิคการยิงแสงเลเซอร์ (Laser) ไปกีดแผ่นให้เป็นร่องรอย ทำให้สามารถบันทึกข้อมูลที่เป็นทั้งภาพและเสียงได้ การใช้อุปกรณ์เสียงในระบบคอมพิวเตอร์จึงมีความสำคัญและเป็นที่นิยมแพร่หลายมากในปัจจุบัน จึงต้องศึกษาว่าหากนำสื่อบันทึกเสียงมาใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานโดยติดขัดกับปัญหาใดหรือไม่

การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นสื่อบันทึกเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีกฎหมาย Federal Rules of Evidence หรือ FRE ข้อ 1001 ให้ความหมายว่าเป็น "Recording" และกำหนดฐานะของสื่อบันทึกเสียงอันเป็นการสื่อความหมายของมนุษย์ด้วยคำพูด ในฐานะเช่นเดียวกับพยานเอกสาร เมื่อมีการอ้างสื่อบันทึกเสียงเป็นพยานหลักฐานจะต้องอยู่ภายใต้เกณฑ์ของการรับรองพยานหลักฐาน (Authentication) โดยมีวิธีรับรองคือ 1. ผู้บันทึกเทปนั้น 2. พยานบุคคลซึ่งจำเสียงได้ 3. พยานผู้เชี่ยวชาญในการตรวจพิสูจน์เสียงที่บันทึกไว้ และเกณฑ์การรับฟังต้นฉบับเอกสาร (Best Evidence Rule) กำหนดไว้ใน FRE ข้อ 1001 (3) ว่าสื่อบันทึกเสียงนั้นเป็นต้นฉบับ สำหรับการอ้างสื่อบันทึกเสียงในฐานะพยานวัตถุสามารถรับฟังได้โดยไม่มีอยู่ในบังคับของ FRE ข้อ 1001 สื่อบันทึกเสียงจึงสามารถรับฟังได้ทั้งในฐานะพยานวัตถุและพยานเอกสาร

การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นสื่อบันทึกเสียง ในคดีอาญาตามกฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทยนั้น สื่อบันทึกเสียงเป็นพยานวัตถุจึงต้องนำบทบัญญัติในการนำเสนอพยานวัตถุในคดีอาญามาใช้บังคับ ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 241 บัญญัติว่า "สิ่งใดใช้เป็นพยานวัตถุต้องนำมาศาล ในกรณีที่ไม่สามารถนำศาลไปตรวจจรรยางานยังที่พยานวัตถุอยู่นั้นอยู่ตามเวลา และวิธีซึ่งศาลเห็นสมควรกับลักษณะแห่งพยานวัตถุ" และมาตรา 242 "ในระหว่างสอบสวนได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาสิ่งของ ซึ่งเป็นพยานวัตถุต้องให้คู่ความหรือพยานตรวจดู..." สื่อบันทึกเสียงเป็นพยานวัตถุจึงสามารถนำเสนอเป็นพยานหลักฐาน โดยไม่ติดขัดกับปัญหาต้นฉบับเอกสารเหมือนประเทศสหรัฐอเมริกาต้องบัญญัติ FRE ข้อ 1001 มารองรับการรับฟังสื่อบันทึกเสียงเป็นพยานหลักฐาน แต่เนื่องจากพยานวัตถุที่เป็นสื่อบันทึกเสียงมีลักษณะพิเศษ คือเป็นการบันทึกเสียงอันเป็นการสื่อความหมายของมนุษย์ด้วยคำพูด ซึ่งเป็นการรับรู้ทางประสาทหู ในการรับฟังเป็นพยาน

หลักฐานจึงต้องมีพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุน เช่นคำให้การของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเทคโนโลยีในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานในทางวิทยาศาสตร์สามารถตรวจพิสูจน์เสียง เพื่อเป็นยันตัวบุคคลได้ เนื่องจากเสียงของบุคคลแต่ละคนนั้นจะมีคุณลักษณะแตกต่างกันไป หรือคำให้การของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกเสียงนั้นมา เปิดความรับรองประกอบกับเสียงนั้น เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจ ซึ่งนี้พยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 แนวทางการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นเสียงของไทย มีคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1828/2534 ว่าแถบบันทึกเสียงเป็นพยานวัตถุ แต่เสียงในแถบบันทึกเสียงที่จำเลยอ้างว่าเป็นเสียงของโจทก์นั้น จำเลยมีตัวจำเลยเพียงปากเดียว เปิดความว่าเป็นเสียงของโจทก์ที่พูดตรงกับจำเลย ไม่มีพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุนให้นำเชื่อว่าเป็นเสียงของโจทก์ โจทก์ปฏิเสธว่าเสียงในแถบบันทึกเสียง ไม่มีเสียงของโจทก์และโจทก์ไม่ได้พูดตรงกับจำเลยดังที่ปรากฏในเอกสารที่จำเลยอ้างว่าถอดจากแถบบันทึกเสียง จึงฟังไม่ได้ว่าโจทก์เคยพูดตรงกับจำเลยตามเสียงที่บันทึกไว้ แถบบันทึกเสียง (เนติบัณฑิตยสภา, 2534 : 1237)

หากนำเสียงบันทึกเสียงในคอมพิวเตอร์และเครือข่าย นำเสนอเป็นพยานหลักฐานตามกฎหมายลักษณะพยานของไทย สามารถรับฟังได้ในฐานะพยานวัตถุตามแนวคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1828/2534 แต่จะต้องมีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบ เช่น พยานบุคคลมาเปิดความรับรองหรืออ้างอิงถึงพยานวัตถุนั้น ส่วนการวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของพยานวัตถุนี้มีวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 99 และมาตรา 128 กล่าวคือศาลจะตรวจเองหรือตั้งผู้เชี่ยวชาญตรวจก็ได้ ในกรณีที่ต้องอาศัยความรู้หรือความชำนาญเป็นพิเศษ ศาลก็อาจให้ผู้เชี่ยวชาญตรวจและทำความเข้าใจได้ เสียงบันทึกเสียงจึงควรรักษาผู้เชี่ยวชาญตรวจพิสูจน์และนำพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นหรือพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องมาเปิดความรับรองประกอบ จะทำให้เสียงบันทึกเสียงมีน้ำหนักน่าเชื่อถือสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

5.5 ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ซึ่งบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์และ เครือข่าย

ปัญหาการเผยแพร่ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ซึ่งเป็นภาพลามกอนาจารในปัจจุบัน ทวีความรุนแรงมากในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ มีการเผยแพร่ภาพลามกเด็กในอินเทอร์เน็ต มีการค้าภาพลามกอนาจาร เช่น เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2541 ศาลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกาได้พิพากษาจำคุกนายจอห์น กราเบนสแตตเตอร์ อายุ 52 ปี เป็นเวลา 7 ปี ในข้อหาพยายามนำภาพลามกเด็กจำนวน 9,000 รูป จำหน่ายผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ในภาพของกลางมีรูปผู้ใหญ่ร่วมเพศกับเด็กอายุ 11-12 ปี และเด็กร่วมเพศกับสัตว์ นายกราเบนสแตตเตอร์ เป็นชาวเมืองบาซิล ประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีภรรยาเป็นคนไทย ชื่อนางบุญธรรม อายุ 27 ปี สมรสกันเมื่อปี พ.ศ. 2533 และย้ายไปอยู่กับสามีที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เจ้าหน้าที่ของสหรัฐติดตามพฤติกรรมของนายกราเบนสแตตเตอร์ หลังจากพบข้อความโฆษณาเชิญชวนให้ซื้อภาพดังกล่าวในอินเทอร์เน็ต จึงได้ส่งซื้อในราคา 6,000 ดอลลาร์ โดยเชิญชวนให้นายกราเบนสแตตเตอร์ เดินทางมาเที่ยวที่สหรัฐแล้วจึงเข้าจับกุมพร้อมของกลางที่โรงแรมบัฟฟาโล รัฐนิวยอร์ก ผู้พิพากษาชาร์ด อาร์คธา กล่าวไว้ว่า "ไม่รู้ว่าจะอธิบายภาพที่นายกราเบนสแตตเตอร์นำมาจำหน่ายอย่างไรเพราะเป็นภาพที่น่าขยะแขยงที่สุดเท่าที่เคยพบเห็นมา" (มติชน, 2 เมษายน 2541 : 20) ปัญหาภาพลามกในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้ถูกพัฒนาไปในทางที่จะก่อให้เกิดสภาพปัญหาทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น มีการก่อตั้งเว็บไซต์ (Web Site) เพื่อขายภาพนิ่ง ภาพยนตร์หรือ V.D.O. ลามกอนาจาร เว็บไซต์ (Web Site) ที่มีการแสดงโชว์ทางเพศ ถ่ายทอดสด On-Line โดยตรงมาจากประเทศสวีเดน อันมีสาเหตุมาจากการไร้กฎเกณฑ์ในการควบคุมเครือข่ายอินเทอร์เน็ต สำนักข่าวรอยเตอร์ได้รายงานไว้ว่า บริษัท เว็บพาวเวอร์ ตั้งอยู่ที่เมืองซานฟรานซิสโก ประเทศสหรัฐอเมริกาได้คิดค้นระบบ "ร่วมเพศเสมือน" (Virtual Sex) ผ่านเครือข่ายได้สำเร็จ โดยผู้ใช้บริการจะต้องสั่งซื้ออวัยวะเพศเทียม (Sex Toy) และโปรแกรมควบคุม นำโปรแกรมมาบรรจุไว้ในหน่วยความจำต่อพ่วง Sex Toy เข้ากับคอมพิวเตอร์ จากนั้นสื่อสารผ่านอินเทอร์เน็ต หากมีกล้องวีดิโอโรมาก็จะสามารถมองเห็นกันและกัน เสมือนหนึ่งว่าร่วมเพศกันจริง ๆ (ข่าวสด, 18 เมษายน 2542 :

9) หากนำภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ซึ่งถูกบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์และเครือข่าย มาใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นศาล จึงต้องศึกษาว่าจะติดขัดกับปัญหาใดหรือไม่

การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหวของประเทศสหรัฐอเมริกาตรงกับ FRE ข้อ 1001 (2) ว่า "Photographs" ไม่ว่าจะเกิดจากเครื่องพิมพ์ การถ่ายภาพ การถ่ายรูป แรเงกระตุ้นแม่เหล็กไฟฟ้า เครื่องจักรกลอิเล็กทรอนิกส์หรือการประมวลผลข้อมูลของคอมพิวเตอร์ ถือว่าเป็น "Recording" ตาม FRE ข้อ 1001 (1) ซึ่งกำหนดฐานะเช่นเดียวกับพยานเอกสาร สามารถรับฟังได้ทั้งในฐานะพยานวัตถุและพยานเอกสาร เหมือนเช่นเดียวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นสื่อบันทึกเสียงตามที่ได้เขียนได้กล่าวมาแล้ว

การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ในคดีอาญาตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยนั้นมีแนวทางของคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

ฎีกาที่ 840/2499 ในกรณีที่โจทก์อ้างภาพถ่ายห้องพิพาทเป็นพยาน ถือว่าเป็นภาพถ่ายของไม่ใช้พยานเอกสารอันจะต้องส่งสำเนาให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ก่อนวันสืบพยานดังบังคับไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 90 ดังนั้นโจทก์ผู้อ้างจึงไม่ต้องส่งสำเนาให้แก่จำเลยก่อนวันสืบพยาน (เนติบัณฑิตยสภา, 2499 : 120)

ฎีกาที่ 2235/2515 ภาพถ่ายที่เป็นภาพถ่ายวัตถุ ไม่ใช้พยานเอกสารอันจะต้องส่งสำเนาให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ก่อนวันสืบพยานดังบังคับไว้ในมาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (เนติบัณฑิตยสภา, 2515 : 1604)

ฎีกาที่ 147/2518 ภาพถ่ายรถยนต์ของโจทก์ที่โจทก์อ้างประกอบคดีนั้น เป็นภาพถ่ายของวัตถุไม่จำเป็นต้องส่งสำเนาให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง (เนติบัณฑิตยสภา, 2518 : 91)

แนวทางปฏิบัติของศาลไทยวางหลักไว้ว่า ภาพถ่ายเป็นภาพถ่ายของวัตถุหรือภาพถ่ายมีลักษณะเป็นพยานวัตถุ เพราะไม่ได้สื่อความหมายในทางอักษร เมื่อเป็นพยานวัตถุย่อมนำเสนอให้ศาลรับฟังได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 241 ซึ่งบัญญัติว่า "สิ่งใดที่ใช้เป็นพยานวัตถุต้องนำมาศาล ในกรณีที่นำมาไม่ได้ให้ศาลไปตรวจจดรายงานยังที่ที่พยานวัตถุนั้นอยู่..." และมาตรา 242 ซึ่งบัญญัติว่า "ในระหว่างสอบสวน ใตส์วนมูลฟ้องหรือพิจารณาคดี สิ่งของซึ่งเป็นพยานหลักฐานต้องให้คู่ความหรือพยานตรวจดู..." ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหวนั้นเป็นพยานวัตถุที่สื่อความหมายหรือจำลองภาพให้รับรู้ได้โดยประสพตา ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลสามารถได้

ตรวจดูและรับรู้ได้ด้วยตนเอง ศาลสามารถชี้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นได้ด้วยตนเอง ไม่จำเป็นต้องอาศัยพยานอื่นมาประกอบสนับสนุน เว้นเสียแต่ว่าคู่ความฝ่ายตรงข้ามคัดค้านว่าภาพดังกล่าวไม่ใช่ภาพของตน โดยอ้างว่าเป็นภาพตัดต่อ หรือเทคนิคการซ้อนภาพ ภาระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่อ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการใช้งาน เครื่องคอมพิวเตอร์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อันเป็นการกระทำการตามปกติในการประกอบกิจการ เช่นกล้องถ่าย V.D.O. ที่ติดตั้งอยู่ตามธนาคาร ร้านค้าอัตโนมัติ รวมทั้งนำสืบพยานแวดล้อมอื่นเพื่อสนับสนุนให้ภาพนิ่ง หรือภาพเคลื่อนไหวนั้นมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น ภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหวในคอมพิวเตอร์และเครือข่าย แม้ว่าจะยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานโดยตรง แต่เมื่อเทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะรับฟังได้ในฐานะพยานวัตถุตามกฎหมายลักษณะพยานของไทยเช่นเดียวกัน