

บทที่ 4

สภาพปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับ การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่าย

4.1 ปัญหาในส่วนเนื้อหาของกฎหมาย

เนื่องจากระบบกฎหมายในประเทศไทยเป็นระบบที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil Law) และประมวลกฎหมายอาญาได้ถูกนำมาใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมและปราบปรามการกระทำในลักษณะต่างๆที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมโดยไม่ได้มีเนื้อหาเจาะจงมุ่งเน้นว่าการกระทำความผิดจะได้กระทำลงในรูปแบบใดหรือใช้เครื่องมือใดในการกระทำความผิด แต่เนื่องจากการกระทำความผิดบนระบบเครือข่ายนั้นเป็นการกระทำความผิดที่มีความแตกต่างกับการกระทำความผิดในรูปแบบอื่น กล่าวคือ มีการใช้เครื่องมือในการกระทำความผิดที่ทันสมัย มีการปกปิดตัวผู้กระทำความผิดได้มากขึ้น ทำให้ประมวลกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดบนระบบเครือข่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในส่วนของความผิดต่อชื่อเสียง จะพบว่าเมื่อเป็นการกระทำบนระบบเครือข่าย ด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้มีการกระทำที่เสียชื่อเสียงในลักษณะที่แตกต่างและหลากหลายขึ้นกว่าการกระทำในรูปแบบปกติ จึงได้มีการนำการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงในบางวิธีมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองโดยมุ่งเน้นเฉพาะการกระทำความผิดในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง อีกทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็บัญญัติถึงการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงในบางรูปแบบเท่านั้น ดังนั้น แม้จะมีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายแล้ว แต่ก็ยังทำให้เกิดปัญหา ส่งผลให้การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งเมื่อพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้วพอจะสรุปเป็นประเด็นได้ดังนี้

4.1.1 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง

ประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากผู้ใช้งานระบบเครือข่ายและองค์กรอิสระมาก โดยเฉพาะในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

มีการตั้งข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีเนื้อหาที่ไม่ชัดเจน อาจเกิดปัญหาด้านการตีความ¹ และยังเห็นว่าการร่างพระราชบัญญัติเช่นนี้จะทำให้เกิดการนำมาใช้ในลักษณะเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนหนักข้อขึ้นด้วยการใช้กฎหมายโดยมีเหตุผลซ่อนเร้นทางการเมืองมากกว่าการป้องปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์อย่างแท้จริง โดยเฉพาะในสถานการณ์การเมืองปัจจุบันที่สังคมไทยขาดความเป็นประชาธิปไตย และแนวโน้มในอนาคตที่รัฐอำนาจนิยมจะครอบงำสิทธิเสรีภาพพลเมืองไทยมากขึ้น อีกทั้งยังเห็นว่าการนำเสนอข้อมูลและแสดงความคิดเห็นผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะเรื่องทางการเมืองไม่ควรจะถูกควบคุม²

สาเหตุของการจับตามองและวิพากษ์วิจารณ์เนื่องมาจากว่าระบบเครือข่ายถือเป็นระบบที่ให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสูง อีกทั้งเมื่อเป็นการแสดงความคิดเห็นบนระบบเครือข่าย การใช้งานระบบเครือข่ายก็ไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ใช้ระบบเครือข่ายซึ่งเป็นอยู่ในประเทศไทยหรือมีสัญชาติไทยแต่ยังรวมถึงผู้ใช้ระบบเครือข่ายในทุกๆพื้นที่ในโลกซึ่งมีที่มาและแนวคิดในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแตกต่างกัน การวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะบุคคลที่อยู่ในประเทศไทยหรือมีสัญชาติไทย แต่รวมถึงบุคคลไม่ว่าจะอยู่ที่ใดในโลกก็จะสามารถเข้าถึงและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อมูลซึ่งอยู่ในระบบเครือข่ายได้

แนวทางในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งหลายประเทศได้กระทำ ได้แก่ การยกเลิกไม่ให้ความผิดต่อชื่อเสียงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาอีกต่อไป โดยจะกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมายแพ่งแทน นอกจากนี้ บางประเทศมีแนวความคิดในการจะยกเลิกโทษจำคุก คงเหลือแต่เพียงโทษปรับ ซึ่งจากการศึกษา พบว่าในปัจจุบันแนวทางการเสนอให้หลายประเทศเพิ่มความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมากขึ้นจะเป็นไปในรูปของการพยายามทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองชื่อเสียงเป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมาย

¹ เชิญร่วมวิเคราะห์ ร่างพรบ. ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่จะมีผลกระทบกับเราทุกคน, <http://topicstock.pantip.com/torakhong/topicstock/C3136979/C3136979.html>

² คณะกรรมการณรงค์เพื่อการปฏิรูปสื่อ (คปส) , เครือข่ายเสรีภาพต่อต้านการเซ็นเซอร์ประเทศไทย (FACT), จุดหมายเปิดผนึกจาก คปส และ FACT ถึง พลเมืองไทย ว่าด้วยการบังคับใช้ พ.ร.บ. ความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ ตั้งแต่ 19 กรกฎาคม เป็นต้น, <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=76959>.

แห่งเท่านั้น³ โดยเห็นว่าการกำหนดให้ความผิดต่อชื่อเสียงเป็นความผิดทางแพ่งก็เป็นการเพียงพอแล้วในการชดเชยความเสียหายต่อชื่อเสียง อีกทั้งกระบวนการทางอาญายังไม่สามารถแก้ไข ปัญหาที่เกิดจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงได้อย่างเหมาะสม⁴ จึงมีแนวความคิดว่าควรมี การแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงให้เป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมาย แห่งเท่านั้น เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งจะพบการดำเนินคดีความผิดต่อชื่อเสียง ในทางอาญาน้อยมากหรือแทบจะไม่มีอยู่เลย ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐกำหนด⁵ โดย ในสหรัฐอเมริกานั้น ศาลสูงของสหรัฐถึงกับวางหลักว่า กฎหมายที่กำหนดให้การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงเป็นความผิดอาญาขัดกับรัฐธรรมนูญทั้งในระดับสหรัฐและระดับมลรัฐ⁶ ผู้เขียนมี ความเห็นว่าประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาว่าความผิดต่อชื่อเสียงควรจะกำหนดให้เป็นความผิด อาญาต่อไปหรือไม่ เป็นประเด็นที่มีความน่าสนใจที่จะศึกษา เนื่องจากได้มีการศึกษาถึงลักษณะ ของกฎหมายคุ้มครองชื่อเสียงไว้⁷ ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีพลวัต ไม่คงที่ และแม้ว่าบทบัญญัติส่วนใหญ่ของประเทศไทยจะไม่ได้รับเอามาจากต่างประเทศทั้งหมด แต่จากการที่ประเทศไทย จำเป็นต้องเคลื่อนไหวให้ทันกับกระแสโลกจึงปฏิเสธไม่ได้ว่าอิทธิพลและแนวความคิดจาก

³ หลักการที่ 4 เรื่อง Defining Defamation : Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation ขององค์การ ARTICLE19, <http://www.article19.org/pdfs/standards/definingdefamation.pdf>.

⁴ ARTICLE 19 Global Campaign for Free Expression, MEMORANDUM On Thailand's Criminal and Civil Defamation Provisions, <http://www.article19.org/pdfs/analysis/thailand-criminal-and-civil-defamation-novembe.pdf>.

⁵ Defamation, http://en.wikipedia.org/wiki/Defamation#United_States.

⁶ Rickert v. Washington (Wash. 2007), http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_defamation_law#_note-3.

⁷ อ่างแล้ว, ศิโรตม์ ทองคำ, "ความผิดอาญาฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาท : ศึกษาเปรียบเทียบตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 261.

ต่างประเทศจะเข้ามามีบทบาทต่อการเปลี่ยนแปลงบทบาทยุติของกฎหมายโดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองชื่อเสียง

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาถึงการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง จะพบว่า การคุ้มครองชื่อเสียงในประเทศไทยโดยการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมานานคู่กับสังคมไทย และเนื่องจากความผิดต่อชื่อเสียงเป็นความผิดอันเนื่องมาจากการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลในสังคม แม้ว่าด้วยวิวัฒนาการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีจะทำให้รูปแบบการติดต่อสื่อสารมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้นเพียงใด แต่ตราบใดที่ยังมีการติดต่อสื่อสาร บทบัญญัติซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองชื่อเสียงก็จะยังคงมีบทบาทต่อสังคมเสมอ⁸ ประกอบกับในสังคมไทย การคุ้มครองชื่อเสียงได้ปรากฏมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา สืบทอดเรื่อยมาด้วยเหตุผลที่ว่าประเทศไทยสมัยก่อนปกครองด้วยระบบศักดินา และกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายตราสามดวงนั้นได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของศาสนาฮินดูที่ผ่านการประยุกต์โดยคัมภีร์พระธรรมลัทธิของมอญซึ่งมีคติความเชื่อแบบพุทธศาสนานิกายเถรวาท อีกทั้งจากลักษณะของสังคมไทย จะพบว่าในสังคมส่วนใหญ่ยึดถือขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นหลัก โดยมีสถาบันศาสนาและพระมหากษัตริย์ซึ่งมีอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนานเป็นศูนย์รวมน้ำใจของคนไทยทั้งชาติ⁹ นอกจากนี้สังคมไทยยังให้ความสำคัญกับชื่อเสียงมาก มีค่านิยมในการยกย่องเชิดชูผู้มีคุณความดี และแม้ในปัจจุบันรูปแบบครอบครัวส่วนใหญ่จะเป็นครอบครัวเดี่ยว แต่ก็ยังมีจำนวนไม่น้อยที่เป็นครอบครัวใหญ่ทำให้บุคคลจำเป็นต้องคำนึงถึงชื่อเสียงเพื่อประโยชน์ในการได้รับการยอมรับและอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสงบสุข ดังนั้น การกระทำให้สถาบันสำคัญซึ่งคนในประเทศให้ความเคารพจึงเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ในสังคมไทย ซึ่งลักษณะของสังคมไทยเช่นนี้จะคล้ายกับประเทศสิงคโปร์ซึ่งแม้ในปัจจุบันจะเป็นครอบครัวขนาดเล็ก (Nuclear family) แต่เนื่องจากประชาชนในประเทศสิงคโปร์ส่วนใหญ่จะมาจากเชื้อชาติจีนและอินเดียซึ่งมีความผูกพันกับครอบครัวอย่างใกล้ชิด บุตรจะยังอยู่กับบิดา มารดาจนกว่าจะแต่งงาน และเมื่อมีการแต่งงาน

⁸ อ่างแล้ว, ศิโรตม์ ทองคำ, "ความผิดอาญาฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาท : ศึกษาเปรียบเทียบตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 255.

⁹ สุทัศน์ ภูมิตนจรินทร์, สังคมไทย,

แม้จะมีการแยกออกไปเป็นครอบครัวขนาดเล็กแต่ก็ยังมีประชาชนจำนวนมากที่ยังคงมีปฏิสัมพันธ์กับบิดามารดาและญาติพี่น้อง โดยมีกิจกรรมที่ทำในวันว่างวันอาทิตย์ทั่วไปเป็นการเยี่ยมเยียนผู้ใหญ่ในครอบครัว พบปะญาติพี่น้อง¹⁰ ต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งการปกครองจะเป็นระบบประธานาธิบดี และมีลักษณะของสังคมที่เป็นเอกเทศ คือ แม้จะมีการให้ความสำคัญกับครอบครัว แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดจะเป็นการให้ความสำคัญในความเป็นปัจเจกบุคคล (Individuals) โดยเด็กจะถูกสอนตั้งแต่เล็กให้พึ่งตนเอง¹¹ จะไม่มีลักษณะของสังคมที่มีความผูกพันกับสถาบันพระมหากษัตริย์ ศาสนา และบุคคลในครอบครัวมากเช่นเดียวกับประเทศไทยหรือประเทศสิงคโปร์

นอกจากนั้น เมื่อศึกษาเกี่ยวกับแนวทางในการลงโทษ จะพบว่าแม้ในบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดให้ความผิดต่อชื่อเสียงเป็นการดำเนินกระบวนการเฉพาะในคดีแพ่ง แต่ก็ได้มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damage)¹² ซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษมากกว่าการเยียวยาความเสียหาย อีกทั้งยังไม่มีกำหนดเพดานค่าเสียหายชั้นสูง¹³ แตกต่างจากหลักการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายแพ่งในเรื่องละเมิดของประเทศไทยซึ่งไม่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ เนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดจะเป็นแนวทางตามกฎหมายอาญา ในขณะที่หลักการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายละเมิดจะมีวัตถุประสงค์หลักเป็นการชดเชยความเสียหายตามที่เกิดขึ้นจริงเพื่อให้

¹⁰ The Library of Congress Country Studies; CIA World Factbook, Singapore Family, Marriage, and Divorce, http://www.photius.com/countries/singapore/society/singapore_society_family_marriage_an~1535.html.

¹¹ Society and Culture in the U.S., <http://educationusa.state.gov/life/culture/americans.htm>

¹² มลรัฐส่วนใหญ่จะตัดสินค่าเสียหายเชิงลงโทษตามหลัก 2 ประการ คือ การลงโทษให้เจ็บทรมานและป้องปรามมิให้เกิดพฤติกรรมเช่นเดียวกันนี้อีกในภายภาคหน้า, ปริญญาวัน ชมเสวก, "ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด", (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 66.

¹³ Mykhailo Skulenko, U.S. Law on Slander and Defamation and Its Ukrainian Counterpart, <http://www.fulbright.org.ua/app/yb2004/3/35.pdf>.

ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมได้เสมือนมิได้เกิดการละเมิดนั้นๆ ขึ้น¹⁴ เท่านั้น ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแม้จะกำหนดให้ความผิดต่อชื่อเสียงเป็นความผิดตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น แต่ด้วยลักษณะของการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าว ทำให้ผู้กระทำความผิด นอกจากจะต้องชดใช้ในความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วยังอาจจะต้องถูกลงโทษโดยการกำหนดให้ชำระค่าเสียหายในเชิงลงโทษซึ่งเป็นแนวทางตามกฎหมายอาญาด้วย ต่างจากการคุ้มครองชื่อเสียงในทางแพ่งของประเทศไทยที่จะมีการแบ่งแยกลักษณะของการลงโทษในทางแพ่งและทางอาญาอย่างชัดเจน

จากการศึกษาหลักกฎหมายในแต่ละประเทศ รวมถึงลักษณะของสังคม ค่านิยม ในประเทศที่กล่าวมาแล้วทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการจะกำหนดให้ทุกประเทศมีหลักเกณฑ์และกฎหมายในการสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่เหมือนกันนั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ เพราะเหตุว่าแต่ละประเทศมีค่านิยม แนวความคิด ความเชื่อและที่มาทางประวัติศาสตร์ที่ต่างกัน สิ่งที่ประเทศหนึ่งเห็นว่ามีคุณค่าอาจจะไม่ใช่สิ่งที่อีกประเทศเห็นว่ามีคุณค่าและควรจะรักษาไว้ เช่น ในประเทศไทย นอกจากจะให้ความสำคัญกับการชื่อเสียงของบุคคลธรรมดาแล้ว ประชาชนยังให้ความสำคัญกับสถาบันพระมหากษัตริย์และระบบศักดินามาก เนื่องจากเป็นสถาบันที่มีรากฐานในสังคมไทยมาอย่างช้านาน ประชาชนมีความผูกพันและเห็นสถาบันโดยเฉพาะสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสิ่งสูงสุดที่จะทำให้เสียหายไม่ได้ การทำให้ชื่อเสียงของ พระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ได้รับความเสียหายจึงเป็นประเด็นที่สำคัญ จนทำให้มีการบัญญัติการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงซึ่งกระทำต่อพระมหากษัตริย์ พระบรมวงศานุวงศ์ และพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นความผิดทางอาญาซึ่งผู้กระทำจะต้องรับผิดมากกว่าการกระทำที่บุคคลทั่วไปเสียชื่อเสียง

อีกทั้งผู้เขียนยังมีความเห็นเกี่ยวกับแนวความคิดที่ว่ากำหนดให้ความผิดต่อชื่อเสียงเป็นความผิดอาญาจะเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างรุนแรงนั้นก็ไม่ใช่แนวความคิดที่ถูกต้องนัก เพราะเหตุว่าแม้บางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะไม่มีการดำเนินคดีอาญาต่อการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง แต่ด้วยลักษณะของกระบวนพิจารณาคดีแพ่งดังกล่าวมีการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อชื่อเสียงเพื่อให้เช็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดอีกซึ่งมีลักษณะเป็นเหมือนโทษทางอาญา ทำให้แม้ประเทศต่างๆ เหล่านี้จะไม่มีการกำหนดให้ความผิดต่อชื่อเสียงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา แต่ด้วยวิธีการกำหนดให้

¹⁴ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ : บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2547), หน้า 157-158.

ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบ ชาติใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษก็เสมือนกับเป็นการลงโทษบุคคลดังกล่าวในทางอาญาแล้วนั่นเอง

สำหรับมาตรการในปัจจุบันของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารซึ่งปิดกั้นการเชื่อมต่อ (Block) เข้าสู่เว็บไซต์ซึ่งเป็นการให้บริการเครื่องมือพื้นฐานในการใช้งานบนระบบเครือข่าย เช่น กรณีเว็บไซต์ยูทูปคอม (youtube.com) ซึ่งมีการนำภาพเคลื่อนไหวที่มีเนื้อหาเป็นการตัดต่อภาพหมิ่นพระบรมฉายาลักษณ์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์¹⁵ จากการศึกษาพบว่านอกจากประเทศไทยแล้วยังมีกรณีในประเทศอื่นๆ ปิดกั้นการเชื่อมต่อเข้าสู่เว็บไซต์ยูทูปดังกล่าวเช่นกัน ได้แก่ ประเทศตุรกี¹⁶ ประเทศโมร็อกโก และล่าสุดคือ ประเทศปากีสถาน¹⁷ โดยในประเทศต่างๆ นี้ ประเทศตุรกี หลังจากที่ได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้จำกัดการเชื่อมต่อเว็บไซต์ดังกล่าว ศาลได้มีคำพิพากษาว่าให้ยังคงจำกัดการเชื่อมต่อเว็บไซต์ดังกล่าวจนกว่าจะมีการยืนยันจากผู้ให้บริการเว็บไซต์ยูทูปว่าภาพเคลื่อนไหวดังกล่าวได้ถูกลบออกไปจากแล้ว ทำให้ในเวลาต่อมาผู้ให้บริการดังกล่าวได้ลบภาพเคลื่อนไหวออกไปในที่สุด

ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรการในการปิดกั้นการเชื่อมต่อเป็นวิธีการหนึ่งในการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากผู้ให้บริการไม่ยอมนำข้อมูลซึ่งเป็นความผิดต่อชื่อเสียงออกจากระบบเครือข่ายที่มีประสิทธิภาพประการหนึ่ง แม้ผู้ให้บริการระบบเครือข่ายบางรายจะสามารถหลีกเลี่ยงการปิดกั้นการเข้าถึงได้ก็ตาม แต่การปิดกั้นดังกล่าวก็น่าจะยังส่งผลให้เกิดผลกระทบต่อ

¹⁵ Noppom Wong-Anan, RPT-UPDATE 1-Thailand blocks YouTube for clip mocking king, <http://www.reuters.com/article/companyNewsAndPR/idUSN0432594820070404?pageNumber=1>.

¹⁶ สาเหตุของการปิดกั้นเนื่องมาจากการที่มีผู้นำภาพเคลื่อนไหวที่มีเนื้อหาเป็นการดูถูกเหยียดหยาม Mustafar Kemal Ataturk ผู้สถาปนารัฐตุรกีสมัยใหม่ (Founder of Modern Turkey) ซึ่งเป็นหนึ่งใน 'บุรุษนียบบุคคล' ของตุรกี ในฐานะของ "บิดาของประเทศ" และการดูหมิ่นเหยียดหยามดังกล่าวถือเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามความเป็นตุรกี (Insult turkishness) เป็นความผิดภายใต้กฎหมายตุรกี

¹⁷ Sadaqat Jan, Pakistan blocks YouTube, http://www.boston.com/business/technology/articles/2008/02/24/pakistan_blocks_youtube_video_access/?rss_id=Boston+Globe+---+Technology+stories.

ผู้ให้บริการทางการเงิน รวมถึงความน่าเชื่อถือในการติดต่อธุรกิจ ทำให้มาตรการนี้เป็นแนวทางหนึ่งซึ่งให้อำนาจต่อรองกับผู้ให้บริการได้ อย่างไรก็ตาม มาตรการในการปิดกั้นการเชื่อมต่อนี้ก็ควรจะถูกนำมาใช้อย่างระมัดระวังเช่นกัน เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการให้บริการ ผู้ให้บริการเครื่องมือพื้นฐานในการใช้งานบนระบบเครือข่าย เช่น กรณีเว็บไซต์ยูทูปคอตคอม เป็นเพียงการบริการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้ระบบเครือข่ายให้สามารถอาศัยเว็บไซต์ดังกล่าวในการนำภาพเคลื่อนไหวเข้าสู่ระบบเครือข่ายเพื่อให้บุคคลทั่วไปสามารถรับชมได้เท่านั้น การปิดกั้นการเชื่อมต่อเข้าสู่เว็บไซต์ทั้งหมด อาจจะทำให้เกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ในทางลบกับประเทศไทยแล้ว อีกทั้งยังเป็นการละเมิดเสรีภาพในการสื่อสารของประชาชน¹⁸ ด้วย เพราะเหตุว่าเว็บไซต์ดังกล่าวถูกสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ แต่การที่มีเนื้อหาเป็นการทำให้บุคคลเสียหายเป็นการกระทำของผู้ให้บริการระบบเครือข่ายเอง และเมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่ายุคของอินเทอร์เน็ตในปัจจุบันเป็นยุคซึ่งผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่ายทุกคนสามารถนำข้อมูลเข้าสู่ระบบเครือข่ายแล้ว การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงอาจเกิดขึ้นที่ใดก็ได้ การตามปิดกั้นการเชื่อมต่อจึงเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ และทำให้ผู้ใช้ระบบเครือข่ายสูญเสียโอกาสในการใช้บริการซึ่งหากนำมาใช้ในทางที่ถูกต้องจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ใช้

4.1.2 ขอบเขตของการคุ้มครองชื่อเสียงบนระบบเครือข่าย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในส่วนของนิยามความหมายของคำว่า Defamation ว่าเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยการบอกกล่าวสิ่งที่เป็นเท็จแก่บุคคลอื่น ในขณะที่ความหมายของการหมิ่นประมาทและดูหมิ่นในประเทศไทยจะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังจากการใส่ความของผู้กระทำความผิด จึงสามารถจะสรุปได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทย ทั้งประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้ให้

¹⁸ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๖ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อถึงกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อถึงกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความคุ้มครองชื่อเสียงจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงไว้โดยตรง และด้วยผลของการไม่มี ความผิดฐานทำให้เสียชื่อเสียงโดยตรงนั่นเอง เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและ ประเทศสิงคโปร์ จะพบว่าแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์จะไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการ คุ้มครองชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายไว้เป็นการเฉพาะ แต่ทั้ง 2 ประเทศจะมีกฎหมายคุ้มครอง ชื่อเสียง โดยบัญญัติเป็นความผิดต่อชื่อเสียงโดยตรง ทำให้การให้ความคุ้มครองชื่อเสียงของทั้ง 2 ประเทศมีความครอบคลุมกว่ากฎหมายของประเทศไทย ใน 2 ประเด็น ดังนี้

4.1.2.1 องค์ประกอบของความผิดต่อชื่อเสียงในคดีความผิดต่อชื่อเสียง บนระบบเครือข่ายในปัจจุบัน

สำหรับประเทศไทยจะพบว่าเนื้อหากฎหมายที่สามารถให้ความคุ้มครอง ชื่อเสียงได้ถูกจำกัดอยู่ที่ข้อความเพียงบางประเภทเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในเรื่องของการหมิ่น ประมาทซึ่งเป็นมาตรการหลักในการคุ้มครองชื่อเสียงจะบัญญัติถึงลักษณะของข้อความว่าจะต้อง มีลักษณะที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ต่างจากประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ซึ่งกฎหมายคุ้มครองชื่อเสียงจะมุ่งเน้นไปที่เจตนาของผู้กระทำ ความผิดมากกว่าว่ามีความตั้งใจที่จะให้เกิดความเสียหาย หรือรู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าน่าจะรู้ว่ การกระทำนั้นจะทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือไม่ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในคดี ความผิดต่อชื่อเสียงของทั้ง 2 ประเทศไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงข้อความลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เท่านั้น เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์ในเรื่องของการหมิ่นประมาท มาตรา 499 จะกำหนดว่าการกระทำจะเป็นความผิดเมื่อเป็นการใส่ความโดยผู้กระทำตั้งใจที่จะให้เกิด ความเสียหาย หรือรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการใส่ความนั้นน่าจะเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของ บุคคล เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงเกิดขึ้นบนระบบเครือข่าย กฎหมาย ของทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์จะสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิด ได้อย่างครอบคลุมมากกว่า

เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายอย่างมี ประสิทธิภาพ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรจะมีการเพิ่มความผิดฐานทำให้เสียชื่อเสียงไว้เป็นการ เฉพาะต่างหากจากความผิดฐานอื่นเพื่อให้มีความครอบคลุมข้อความทุกประเภท โดยมุ่งเน้นไปที่ เจตนาของผู้กระทำความผิด มากกว่าที่จะเพ่งเล็งถึงลักษณะของข้อความหรือรูปแบบความผิดเพื่อ ไม่ให้เกิดปัญหาในเรื่องของความคุ้มครองในคดีความผิดต่อชื่อเสียงไม่ทั่วถึง เนื่องจากด้วย ลักษณะของระบบเครือข่ายเองซึ่งพัฒนาอย่างต่อเนื่องและไม่หยุดยั้ง ทำให้บางครั้งด้วยวิธีการใช้ งานบนระบบเครือข่ายทำให้เกิดช่องว่างซึ่งผู้กระทำ แม้จะมีเจตนาให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น แต่

ก็อาจจะเสี่ยงโดยใช้ประโยชน์จากลักษณะพิเศษของระบบเครือข่าย ทำให้เกิดประเด็นซึ่งอาจจะ เป็นช่องว่างของกฎหมายในการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลได้ เช่น การทำไฮเปอร์ลิงค์ให้บุคคลอื่น กดเข้าไปดูเนื้อหาซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น โดยที่ผู้เผยแพร่ ไฮเปอร์ลิงค์ดังกล่าวไม่ได้พิมพ์หรือกล่าวข้อความใดซึ่งมีลักษณะเป็นการทำให้บุคคลอื่นถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังเลย หรือกรณีการกล่าวถึงสิ่งหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจของสังคม เช่น ตัวเงินตัวทอง และมีผู้เข้าใช้ระบบเครือข่ายรายอื่นนำภาพของบุคคลอื่นมาเสนอเพื่อให้ผู้ซึ่งเข้ามา เห็นข้อความนั้นเกิดความสะใจหรือขบขันภาพของบุคคลนั้น เป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านี้ หากพิจารณา ลักษณะและประเภทของข้อความหรือภาพโดยตัวของมันเองแล้วจะพบว่าไม่มีลักษณะเป็นการทำ ให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังอันเป็นความผิดตามกฎหมายคุ้มครองชื่อเสียง ตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย ทั้งที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะให้บุคคลดังกล่าวได้รับความ เสียหายต่อชื่อเสียง

4.1.2.2 การจำแนกประเภทผู้เสียหายในคดีความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบ เครือข่าย

ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์มีหลักกฎหมายเพื่อ คุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลบางประเภทเป็นการเฉพาะโดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการบางประการ ให้ต่างจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงต่อบุคคลธรรมดาทั่วไป โดยประเทศสหรัฐอเมริกามี การแบ่งประเภทบุคคลออกเป็นบุคคลธรรมดาและบุคคลสาธารณะซึ่งมีระดับการพิสูจน์ความผิด ของผู้กระทำความผิดต่อชื่อเสียงต่างกัน อีกทั้งยังมีหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองบริษัท หุ้นส่วน สมาคมการค้าที่เรียกว่า Trade Libel ส่วนประเทศสิงคโปร์ นอกจากจะมีการกำหนดรูปแบบการ กระทำความผิดต่อชื่อเสียงแล้ว ยังมีการคุ้มครองผู้หญิง เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาจะมีความผิดเกี่ยวกับดูหมิ่นโดยการพูดหรือแสดงกิริยาหรือสิ่งของ หรือกล่าวล่วงความเป็นส่วนตัวของ หญิงนั้น และยังมีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับความผิดต่อชื่อเสียงซึ่งกำหนดระดับการพิสูจน์ในกรณีที่ ผู้ถูกกระทำเป็นผู้หญิงหรือเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลในการทำงาน อาชีพ วิชาชีพ การค้า หรือการทำธุรกิจ ในขณะที่ประเทศไทย แม้จะมีการแยกประเภทของบุคคล ในกรณีการดูหมิ่นและการหมิ่นประมาท แต่ประเภทของบุคคลซึ่งประมวลกฎหมายอาญาให้ความ คุ้มครอง ไม่ได้ครอบคลุมถึงการทำธุรกิจ การค้า การประกอบอาชีพของบุคคลซึ่งมีความสำคัญ และมักจะถูกพบว่ามีการทำให้เสียชื่อเสียงค่อนข้างมากบนระบบเครือข่าย อีกทั้งเมื่อต่อมาได้มีการ นำความผิดต่อชื่อเสียงไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ

คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เจตนารมณ์หลักของการร่างก็เนื่องมาจากความต้องการให้การนำเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีข้อมูลอันเป็นเท็จมีเนื้อความที่กระทบต่อพระมหากษัตริย์ การก่อการร้าย หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามกต่างๆ รวมถึงการ forward หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ข้างต้น เป็นความผิด และคุ้มครองในเรื่องการติดต่อภาพของบุคคลอื่น¹⁹ ซึ่งในขณะที่มีการร่างพบว่ามี การกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวกับบุคคลผู้มีชื่อเสียง โดยไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะให้มี หลักเกณฑ์ในการคุ้มครองการการทำธุรกิจ การค้าจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบ เครือข่ายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง บนระบบเครือข่าย ผู้เขียนพบว่า การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายโดยส่วนใหญ่จะเป็น การมุ่งกระทำต่อบุคคลที่มีชื่อเสียงในวงสังคม²⁰ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลสาธารณะหรือนิติบุคคลซึ่ง ประกอบอาชีพที่ต้องอาศัยความนิยมของประชาชน เช่น ตัวแทนในการติดต่อสถานศึกษา ต่างประเทศ บริษัททัวร์ ร้านค้า และร้านอาหาร ไปตลอดถึงนิติบุคคลขนาดใหญ่ เช่น โรงแรม บริษัทบ้านจัดสรรต่างๆ หรือแม้แต่ผู้ให้การสนับสนุนพรรคการเมือง โดยผู้กระทำอาชญาจะเป็นได้ทั้ง ผู้ซึ่งใช้บริการหรือรู้จักกับบุคคลสาธารณะดังกล่าวมาก่อนแล้ว และได้รับความเดือดร้อนจากการ กระทำใด จึงเข้ามาติชมด้วยความเป็นธรรมหรือเข้ามาเตือนบุคคลอื่นในลักษณะให้ระวังถึงปัญหา ที่อาจจะเกิดขึ้น หรือเป็นบุคคลฝ่ายตรงข้ามซึ่งมุ่งหมายที่จะทำลายความน่าเชื่อถือของคู่แข่งของ ตนก็เป็นได้

ประเด็นเกี่ยวกับประเภทของบุคคลนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะมีการ กำหนดขอบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองบุคคลโดยการกำหนดประเภทของผู้ถูกกระทำให้เสีย ชื่อเสียงให้ชัดเจน โดยเฉพาะบุคคลสาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มที่สามารถจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ โดยง่ายและนิติบุคคลซึ่งประกอบอาชีพที่ต้องอาศัยความนิยมของประชาชน

กรณีผู้เสียหายเป็นบุคคลสาธารณะควรจะมีการกำหนดขอบเขต ความคุ้มครองให้ชัดเจนโดยอาจจะกำหนดให้ต้องรับภาระการพิสูจน์ที่หนักกว่าบุคคลธรรมดา เนื่องด้วยเหตุผลในทำนองเดียวกับที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ดังที่กล่าวไปในบทที่ 3 นั้นเอง กล่าวคือ

¹⁹ บัญชีกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ.

²⁰ เก็บข้อมูลจากเว็บไซต์ pantip.com

บุคคลบางประเภทต้องอาศัยการชื่นชมจากสาธารณะ จึงควรจะยอมรับความเสี่ยงที่จะถูกวิพากษ์วิจารณ์มากกว่าบุคคลทั่วไป อีกทั้งการที่สถานะของบุคคลที่แตกต่างกันจะทำให้บุคคลมีโอกาสในการในการเข้าถึงสื่อมวลชนเพื่อตอบโต้ข้อความที่ทำให้ตนเสียชื่อเสียงต่างกัน โดยอาจจะกำหนดระดับการพิสูจน์ที่มากกว่าบุคคลธรรมดาก็ได้

นอกจากนี้ยังควรที่จะกำหนดบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองผู้ทำธุรกิจ การค้า เป็นพิเศษแตกต่างจากบุคคลธรรมดา โดยอาจจะแบ่งประเภทของผู้กระทำความผิดต่อชื่อเสียงว่า เป็นผู้ซึ่งเคยใช้บริการหรืออยู่ในฐานะที่ได้รับความเดือดร้อนจากการประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือเป็นผู้ประกอบกิจการอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีเจตนาไม่บริสุทธิ์ที่จะเข้ามาทำลายชื่อเสียง ความน่าเชื่อถือ ในการประกอบธุรกิจ เพราะเหตุว่าในการประกอบธุรกิจนั้น ย่อมเป็นธรรมดาที่จะมีข้อผิดพลาด และมีผู้ได้รับความเดือดร้อน ซึ่งระบบเครือข่ายเป็นช่องทางหนึ่งซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งได้รับความเดือดร้อนร้องเรียนและชี้แจงต่อประชาชนทั่วไปโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ร้องเรียนนั้นเป็นเพียงประชาชนธรรมดาหรือเป็นผู้ที่มีหน้ามีตาในสังคม ซึ่งการจะกำหนดให้บุคคลซึ่งอาศัยระบบเครือข่ายเป็นช่องทางในการเรียกร้องหรือร้องเรียนให้มีการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตน หรือเข้ามาเตือนภัยบุคคลอื่นๆ ให้ต้องรับผิดชอบในระวางโทษเดียวกับผู้ประกอบการฝ่ายตรงข้ามซึ่งเจตนาจะเข้ามาทำลายชื่อเสียงทางธุรกิจโดยตรงอาจจะทำให้เกิดความไม่ยุติธรรม และเป็นเครื่องมือแก่ผู้ประกอบการหรือพรรคการเมืองในการใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงเป็นเครื่องมือในการปิดปากผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนดังกล่าว อีกทั้งหากไม่มีการกำหนดให้ผู้ประกอบการหรือบุคคลที่จะได้รับผลประโยชน์จากการที่ผู้ประกอบการหรือพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามซึ่งมุ่งทำลายชื่อเสียงทางธุรกิจต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะจะเป็นช่องทางให้มีการใช้ระบบเครือข่ายเป็นเครื่องมือในการทำลายความน่าเชื่อถือทางธุรกิจมากขึ้นกว่าในปัจจุบันก็เป็นได้²¹

²¹ จากการสัมภาษณ์คุณ วรพจน์ หิรัญประดิษฐกุล ผู้ดูแลเว็บไซต์ pantip.com/cafe พบว่าเคยมีการใช้กระดานข่าวสาธารณะในการเข้ามาโจมตีผู้ประกอบการฝ่ายตรงข้ามโดยการสมัครเป็นสมาชิกกระดานข่าวหลายๆ นามแฝง และเข้ามาแสดงความคิดเห็นในลักษณะโจมตีผู้ประกอบการฝ่ายตรงข้ามในกระทู้หัวข้อเดียวกันมากถึง 50 ชื่อ โดยผู้ที่กระทำการดังกล่าวมีทั้งผู้สนับสนุนพรรคการเมืองและผู้ประกอบธุรกิจทั่วไป

4.1.3 การหลอมรวมของสื่อโทรคมนาคม

เนื่องจากการพัฒนาของเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วทำให้ในปัจจุบัน การเชื่อมต่อระบบเครือข่ายสามารถกระทำได้ด้วยความเร็วสูง ผู้ใช้ระบบเครือข่ายจึงสามารถรับชมเสียง หรือ ภาพเคลื่อนไหวบนระบบเครือข่ายได้อย่างต่อเนื่อง ด้วยประโยชน์ดังกล่าวทำให้ในปัจจุบัน นอกจากการใช้งานบนระบบเครือข่ายจะเป็นเพียงการนำเสนอข้อมูลซึ่งเป็นตัวอักษรหรือรูปภาพ แล้ว ผู้ให้บริการบางรายยังพัฒนาให้ผู้ให้บริการสามารถเชื่อมต่อระบบเครือข่ายเพื่ออ่านหนังสือพิมพ์ออนไลน์ รับชมโทรทัศน์ วิทยุ หรือแม้แต่การโทรศัพท์ผ่านระบบเครือข่ายได้ด้วย ซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าวนี้เรียกว่าการหลอมรวมของสื่อโทรคมนาคม หรือ Convergence ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 นั้นเอง และจากเทคโนโลยีการหลอมรวมของสื่อโทรคมนาคมนี้ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาในการพิจารณาว่าเมื่อมีการกระทำคามผิดบนสื่อเหล่านี้ซึ่งถูกนำมาพัฒนาให้สามารถกระทำได้บนระบบเครือข่าย กฎหมายซึ่งใช้ในการควบคุมสื่อประเภทต่างๆ ซึ่งถูกนำมาหลอมรวมเข้ากับระบบเครือข่าย โดยเฉพาะพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ซึ่งเป็นกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำคามผิดต่อชื่อเสียงได้โดยตรง มาปรับใช้กับผู้ให้บริการสื่อสิ่งพิมพ์บนระบบเครือข่ายได้หรือไม่

เมื่อพิจารณามาตรา 48 พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สามารถปรับใช้กับผู้ซึ่งกระทำคามผิดต่อชื่อเสียง จะพบว่ามาตราดังกล่าวกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลเฉพาะในกรณีที่มีการกระทำคามผิดบนสิ่งพิมพ์และหนังสือพิมพ์เท่านั้น และจากนิยามของคำว่า "สิ่งพิมพ์" ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 4 วรรค 3 จะพบว่าหมายถึงเฉพาะ "สมุด แผ่นกระดาษหรือวัตถุใด ๆ ที่พิมพ์ขึ้นรวมตลอดทั้งบทเพลง แผนที่ แผนผัง แผนภาพ ภาพวาด ภาพระบายสี โบปประกาศ แผ่นเสียง หรือสิ่งอื่นใดอันมีลักษณะเช่นเดียวกัน" ประกอบกับการที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดโทษทางอาญาไว้ ทำให้การตีความกฎหมายจะต้องเป็นไปโดยเคร่งครัด จะขยายความในบทกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าเป็นคามผิดด้วยย่อมไม่ได้²² ดังนี้ เมื่อสิ่งพิมพ์ตามมาตรา 4 วรรค 3 มุ่งเน้นเฉพาะสิ่งพิมพ์ที่มีลักษณะจับต้องได้เท่านั้น ทำให้การตีความให้คำว่า "สิ่งพิมพ์" ครอบคลุมไปถึงสิ่งพิมพ์ที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์น่าจะขัดต่อหลักกฎหมายอาญาซึ่งต้องบัญญัติให้ชัดเจนและแน่นอน ด้วยเหตุนี้จึง

²² จิตติ ติงศภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : จีรัชการพิมพ์, 2546), หน้า 40.

ไม่น่าจะนำมาตรา 48 มาปรับกับการให้บริการหนังสือพิมพ์ออนไลน์ อีกทั้งยังไม่สามารถนำมาตรา 41 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่มีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายด้วย

เมื่อพิจารณากฎหมายทั้งของประเทศสิงคโปร์และประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า กฎหมายของทั้ง 2 ประเทศไม่ได้มีการกำหนดคุ้มครองชื่อเสียงในบางรูปแบบไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับสื่อโทรคมนาคมใดไว้เป็นพิเศษ เมื่อมีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง กฎหมายที่จะนำมาพิจารณาจึงเป็นกฎหมายคุ้มครองชื่อเสียงทั่วไปเท่านั้น

สำหรับปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะมีการแก้ไขความหมายของคำว่า "สิ่งพิมพ์" ตามพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ให้มีความหมายครอบคลุมไปถึงการนำสื่อต่างๆ เหล่านี้มาใช้บนระบบเครือข่ายด้วย เนื่องจากเมื่อศึกษาถึงแนวความคิดในการคุ้มครองชื่อเสียงเองจะพบว่าก็ได้มีการปรับเปลี่ยนให้เข้ากับรูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารมาโดยตลอด กล่าวคือ

ยุคแรก - ในกฎหมายตราสามดวง การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงจะเป็นความผิดต่อเมื่อเป็นการกระทำต่อหน้าเท่านั้น ส่วนการใส่ความ เนื่องจากผู้ที่ถูกใส่ความหรือด่าลับหลังไม่ได้ยินกับหู ย่อมไม่ทราบข้อความที่แท้จริงว่าเป็นเช่นไรแน่จึงไม่ถือว่าได้รับความเสียหายแม้จะมีการกล่าวโฆษณาด้วยคำใส่ความนั้นเล่าลือกันต่อไปเรื่อยๆ อันอาจจะทำให้ผู้ถูกเล่าลือนั้นได้รับความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียง เพราะโลกนี้ย่อมไม่มีผู้รอดพ้นจากการถูกนินทา และหากเป็นผู้มีจิตใจบริสุทธิ์จริง แม้จะถูกใส่ความกล่าวหาด้วยประการใดๆ ความจริงย่อมปรากฏให้ผู้ถูกใส่ความนั้นพ้นมลทินเอง

ยุคที่สอง - ด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการพิมพ์ทำให้มีการตีพิมพ์หนังสือพิมพ์โจมตีบุคคลต่างๆ จึงได้มีการออกประกาศเพื่อควบคุมหนังสือพิมพ์ และพัฒนาจนออกเป็นกฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงโดยใช้หนังสือพิมพ์เป็นเครื่องมือในที่สุด โดยในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวได้รวมความหมายของทั้งการดูหมิ่นและหมิ่นประมาทไว้ในคำว่า "หมิ่นประมาท" ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2

ยุคที่ 3 - พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชการที่ 5 ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้จัดทำ "กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127" ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย โดยในส่วนของความผิดต่อชื่อเสียงนั้นมีแนวคิดให้ความสำคัญแก่การกระทำที่มีลักษณะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทมากกว่าความผิดฐานดูหมิ่น เพราะเหตุว่ารูปแบบการติดต่อสื่อสารมีช่องทางให้เลือกมากขึ้น การแพร่กระจายข่าวสารอันเป็นการหมิ่นประมาทสามารถทำให้แพร่หลายในวงกว้าง มีผู้ได้รับข้อความเป็นจำนวนมาก ความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียงจะมีมากกว่าการ

ค่าซึ่งหน้าดังเช่นในสมัยก่อน ประกอบกับการเยียวยาเพื่อเรียกความเชื่อมั่นในเกียรติยศชื่อเสียง กลับคืนมาก็กระทำได้ยาก

จากวิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองชื่อเสียง จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองชื่อเสียงเองก็ได้มีการพัฒนาควบคู่ไปกับความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี อีกทั้งยังปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมไปตามสภาพสังคมและแนวความคิดของประชาชน อีกทั้งผู้เขียนยังมีความเห็นว่าการนำเสนอบทเรียนระบบเครือข่าย หรือที่เรียกว่าหนังสือพิมพ์ออนไลน์เป็นการเผยแพร่ข่าวสารในลักษณะเดียวกับสิ่งพิมพ์ในรูปแบบอื่น การกำหนดให้นำพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 มาบังคับใช้บนระบบเครือข่าย นอกจากจะเป็นวิธีการในการควบคุมผู้ให้บริการสิ่งพิมพ์บนระบบเครือข่ายแล้ว ยังทำให้ผู้ให้บริการดังกล่าวมีเสรีภาพในการเผยแพร่ข่าวสารในฐานะสื่อมวลชนมากขึ้น เนื่องจากพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 นอกจากจะกำหนดความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งพิมพ์หรือหนังสือพิมพ์แล้วยังมีข้อยกเว้นข้อยกเว้นความรับผิดและทางเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นไว้เป็นพิเศษด้วย

4.1.4 ความผิดอันยอมความได้และความผิดอาญาแผ่นดิน

เมื่อพิจารณาฐานความผิดสำหรับความผิดต่อชื่อเสียงตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะพบว่าในบางฐานความผิด กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ในบางฐานความผิดกลับไม่มีการกำหนดว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ความผิดตามมาตราดังกล่าวนี้จึงกลายเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ทำให้เกิดประเด็นซึ่งประเด็นนี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าเหตุใดในการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่าย บางกรณีจึงมีการกำหนดเป็นความผิดอันยอมความได้ ในขณะที่บางกรณีจึงเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้หรือความผิดอาญาแผ่นดิน และการบัญญัติดังกล่าวจะส่งผลต่อการดำเนินคดีเช่นใด

ในทางทฤษฎี หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาว่าความผิดฐานใดและประเภทใดควรจะเป็นความผิดอันยอมความได้มี 3 ทฤษฎี²³ กล่าวคือ

²³ พ.ต.ท. ชชาติ ศรีนวนลนัต และพ.ต.ต. วันชัย ศรีนวนลนัต, คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประชุมช่าง จำกัด), หน้า 77-82.

1. ทฤษฎีความยินยอมของผู้เสียหาย คือ ความผิดใดที่กฎหมายถือเอาความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิด ความผิดนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ กล่าวคือ หากผู้เสียหายยินยอมให้กระทำได้ในเบื้องต้นแล้ว ผู้กระทำก็จะเป็นความผิด เพราะฉะนั้น หากเขาจะให้ความยินยอมกันในภายหลังเมื่อความผิดนั้นเกิดขึ้นแล้วก็ควรจะให้ความผิดนั้นระงับไปด้วย

2. ทฤษฎีความสงบเรียบร้อย คือ การที่จะถือเอาความผิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้นั้นแล้วแต่ว่าความผิดนั้นจะกระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยส่วนใหญ่หรือไม่ ถ้าความผิดนั้นกระทบกระเทือนเฉพาะบุคคลบางคนก็อาจถือเอาความผิดชนิดนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ฉ้อโกง ทำให้เสียทรัพย์ ยักยอก บุกรุก แต่ถ้าความผิดที่สังคมได้รับความกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็จะไม่ให้มีการยอมความกันได้เพราะจะเป็นการสร้างความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ ความผิดฐานประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย

3. ทฤษฎีสิทธิการแก้แค้นทดแทน ตามทฤษฎีนี้ สิทธิการแก้แค้นทดแทนเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะกระทำตอบแทนแก่ผู้ที่มาทำผิดแก่ตนเพราะบุคคลจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนซึ่งเมื่อชุมชนเจริญขึ้น แนวคิดเรื่องการแก้แค้นทดแทนก็ได้ถูกยกเลิกไปโดยให้ตกเป็นสิทธิและหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ลงโทษผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม รัฐก็ไม่ได้ประสงค์จะเข้ามาก้าวร้าวแก่เอกชนในทุกกรณีไป รัฐจะจัดการเฉพาะเมื่อเป็นกรณีกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้น ถ้าไม่น่าจะเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วรัฐก็จะปล่อยให้เป็นผู้เสียหายที่จะพิจารณาเองว่าสมควรที่จะเอาโทษหรือไม่ รัฐเป็นแต่เพียงคอยช่วยเหลือให้ความประสงค์ของผู้เสียหายสำเร็จไปเท่านั้น กล่าวคือ ถ้าผู้เสียหายไปร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานของรัฐให้จัดการ รัฐก็จะจัดการให้จนสำเร็จตามความประสงค์

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นครมีความเห็นว่า²⁴ ในระบบกฎหมายของไทย การที่จะบัญญัติให้ความผิดใดเป็นความผิดที่ยอมความได้ดูจะไม่มีหลักเกณฑ์ เช่น การประกันภัยเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความผาสุกของประชาชน แต่ความผิดฐาน

²⁴ คณิต ณ นคร, "เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีกับทางปฏิบัติของพนักงานอัยการและศาล," วารสารอัยการ 5 (พฤษภาคม 2521) : 42-43.

ข้อโงงจากการประกันวินาศภัยตามมาตรา 347 กฎหมายก็บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้²⁵ เป็นต้น ดังนั้น การกำหนดว่าความผิดฐานใดเป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่จึงต้องแล้วแต่ฐานความผิดนั้นๆ ว่ามีกฎหมายสารบัญญัติโดยเฉพาะหรือกฎหมายประเภทที่กำหนดถึงหลักเกณฑ์แห่งความประพฤติของบุคคล ซึ่งด้วยเหตุนี้จึงทำให้ ไม่ใช่ความผิดอันยอมความได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ยอมความได้นั่นเอง

จากผลของการกำหนดดังกล่าวจึงทำให้เมื่อเกิดการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่าย ผู้มีอำนาจในการฟ้องร้อง บังคับคดีในความผิดฐานต่างๆ จะต้องพิจารณาศึกษาหลักเกณฑ์ในการฟ้องร้องบังคับคดีทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวให้รอบคอบเพราะผลของความผิดอันยอมความได้แตกต่างกับความผิดต่อแผ่นดินในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ อำนาจในการดำเนินคดีขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่เรียกว่า เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีซึ่งท่านอาจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ได้ให้ความหมายของเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีไว้ว่าหมายถึง อำนาจที่จะดำเนินคดีได้โดยเฉพาะเป็นอำนาจที่จะเริ่มคดีหรือที่จะดำเนินคดีนั้นต่อไปตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานหรือตามอำนาจของศาล²⁶ ดังนี้

1) อายุความฟ้องร้อง - นอกจากจะต้องฟ้องร้องภายในกำหนดอายุความแล้ว ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 ยังกำหนดให้ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่อยู่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด

2) อำนาจการสอบสวนของพนักงานสอบสวนขึ้นอยู่กับคำร้องทุกข์ หากไม่มีการร้องทุกข์หรือการร้องทุกข์เป็นไปโดยไม่ชอบ เช่น ร้องทุกข์เกินกว่าอายุความ 3 เดือนตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 ก็เกือว่าการสอบสวนไม่ชอบและทำให้ไม่มีอำนาจฟ้อง อีกทั้งถ้ามีการถอนคำร้องทุกข์นั้น การถอนคำร้องทุกข์ก็จะกลายเป็นเงื่อนไขระงับคดี ดังนั้น เมื่อมีการถอนคำร้องทุกข์แล้วพนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะไม่มีอำนาจสืบสวน สอบสวนหรือฟ้องคดีนั้นอีกต่อไป สิทธินำคดีอาญามาฟ้องต่อศาลย่อมระงับไปด้วยตามประมวลกฎหมายวิธี

²⁵ มาตรา 347 ผู้ใดเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการ ประกันวินาศภัย แก่สิ่งทำให้เกิดเสียหายแต่ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุที่ เอาประกันภัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกิน หนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 348 ความผิดในหมวดนี้ นอกจากความผิดตาม มาตรา 343 เป็นความผิดอันยอมความได้

²⁶ อ้างแล้ว, คณิต ณ นคร, "เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีกับทางปฏิบัติของพนักงานอัยการและศาล," : 44.

พิจารณาความอาญา มาตรา 39²⁷ ดังนั้น คดีอาญาในความผิดต่อส่วนตัว การร้องทุกข์จึงเป็นสิ่งที่สำคัญมาก

3) การยอมความจะทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปซึ่งหากการยอมความเกิดหลังจากที่ได้ฟ้องคดีต่อศาลแล้วก็ไม่จำเป็นต้องถอนฟ้องอีก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 976/2481)²⁸

4.2 ปัญหาในส่วนของกรปฏิบัติตามกฎหมาย

เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น โดยหลักทั่วไปแล้ว การที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้นั้นจะต้องมีกฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและมีกฎหมายกำหนดโทษไว้ และในขั้นตอนของการค้นหาพยานหลักฐานและผู้กระทำความผิด รวมถึงการสอบสวน การฟ้องร้องคดีและการพิจารณาคดีของศาลก็ต้องทำตามวิธีการซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ แต่เนื่องจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายนั้นสามารถนำกฎหมายทั้งในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งไม่ได้มีเนื้อหาเจาะจงมุ่งเน้นว่าการกระทำความผิดจะได้กระทำลงในรูปแบบใดหรือใช้เครื่องมือใดในการกระทำความผิด และในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายบางรูปแบบ ส่วนเครื่องมือในการบังคับการตามที่กฎหมายในส่วนสารบัญญัติกำหนดนั้น ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญาจะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้พิจารณา ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าให้นำไปใช้ในกรณีการกระทำความผิดในรูปแบบใดเป็นพิเศษ ดังนั้น อำนาจที่ให้ไว้แก่พนักงานสอบสวนก็จะเป็นอำนาจทั่วไปใน

²⁷ มาตรา 39 สิทธินำคดีอาญามาฟ้องยอมระงับไปดังต่อไปนี้

(2) ในคดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1655/2499 ในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการฟ้องหาว่าจำเลยบุกรุกอันเป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น เมื่อผู้เสียหายและจำเลยตกลงกันและจำเลยรื้อถอนรับไปทำขึ้นตามแนวเขตตามข้อตกลงแล้วก็ถือได้ว่าเป็นการยอมความกันตามมาตรา 39(2) แล้ว สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไป แม้โจทก์ร่วมจะยังมีได้ถอนฟ้องตามข้อตกลงก็ตาม.

การค้นหาพยานหลักฐานและผู้กระทำความผิด ต่างจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งนอกจากจะกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้แล้วยังกำหนดเขตอำนาจศาล รวมทั้งอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้เป็นกรณีพิเศษด้วย ดังนั้น จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาขึ้นว่าหากการกระทำใดเป็นความผิดต่อชื่อเสียงซึ่งสามารถปรับใช้ได้เฉพาะกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น โดยไม่เป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ด้วยแล้วก็จะไม่สามารถนำอำนาจพิเศษของพนักงานเจ้าหน้าที่และหลักในการฟ้องร้องคดีมาบังคับใช้ได้ทั้งที่เป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายเช่นเดียวกัน โดยผู้เขียนจะขอสรุปปัญหาดังนี้

4.2.1 การปรับบทกฎหมายที่มีในปัจจุบันกับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่าย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในส่วนของปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตการคุ้มครองชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายว่าประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้นโดยจำกัดเพียงข้อความบางประเภทเท่านั้น เมื่อประกอบกับด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้ในบางครั้งแม้จะมีการกระทำใดเกิดขึ้นและส่งผลให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียงแต่ก็อาจจะเกิดประเด็นในการตีความ ว่าการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือไม่

ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเหตุการณ์ที่มักเกิดขึ้นบ่อยบนระบบเครือข่าย²⁹ แต่ยังเป็นประเด็นที่มีข้อถกเถียงว่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายหรือไม่ และจะนำหลักกฎหมายคุ้มครองชื่อเสียงในประเทศไทยมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ดังนี้

1. การหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นนามแฝงบนกระดานข่าวสาธารณะ

กรณีนี้เป็นเรื่องที่พบได้บ่อยในกระดานข่าวสาธารณะออนไลน์ เนื่องจากลักษณะของการใช้งานระบบเครือข่าย หากผู้เข้าใช้บริการกระดานข่าวไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของตนเอง โดยมากผู้เข้าใช้บริการรายอื่นๆ จะไม่ทราบว่าผู้แสดงความคิดเห็นเป็นใคร อย่างไรก็ตาม

²⁹ ตัวอย่างจากการเก็บข้อมูลที่เว็บไซต์พันทิปดอทคอม.

ตาม เมื่อมีประเด็นขัดแย้งกันระหว่างผู้ใช้บริการ ก็มักจะมีพฤติกรรมที่ผู้ใช้บริการฝ่ายตรงข้ามพยายามค้นหาประวัติการแสดงความคิดเห็นของผู้ใช้บริการ และหากพบว่าผู้ใช้บริการฝ่ายตรงข้ามกับตนเคยแสดงความคิดเห็นหรือขัดแย้งกับใครก็จะนำมาลงเพื่อให้บุคคลอื่นซึ่งเข้ามาอ่านเกิดความรู้สึกคล้อยตามหรือแสดงความคิดเห็นเข้าข้างตน และในบางครั้งหากพบข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้บริการดังกล่าวก็มักจะทำมาลงด้วย อย่างไรก็ตาม จะพบว่าแม้ลักษณะการกระทำจะเข้าข่ายการใส่ความต่อบุคคลที่สาม อีกทั้งการกระทำยังทำให้บุคคลอื่นซึ่งเข้ามาอ่านข้อความที่ผู้ได้รับความเสียหายเคยแสดงไว้ทั้งหมดจะเกิดความเกลียดชังก็ตาม แต่จะพบว่าบุคคลที่รวมเกลียดชังนั้น ไม่ได้เกลียดชังตัวผู้ได้รับความเสียหายเอง แต่เป็นการเกลียดชัง ต่อว่านามแฝงที่ผู้ได้รับความเสียหายใช้ เนื่องจากทั้งผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นๆ ซึ่งเข้ามาพบข้อความดังกล่าวก็ไม่มีใครรู้ว่าผู้ใช้นามแฝงคือบุคคลใด ดังนั้น ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณา คือ หากเป็นการกระทำต่อนามแฝงให้เสียหาย การกระทำดังกล่าวจะสามารถปรับเข้าเป็นความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายคุ้มครองชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายจะครอบคลุมถึงการคุ้มครองนามแฝงด้วยหรือไม่

จากการศึกษาจะพบว่าประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองนามแฝงเป็นเรื่องที่มีการถกเถียงกันมากบนระบบเครือข่าย³⁰ เนื่องจากดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นธรรมชาติของการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นซึ่งเมื่อมีความเห็นไม่ตรงกันย่อมอาจเกิดความขัดแย้ง และนำไปสู่การพยายามทำให้ความน่าเชื่อถือของฝ่ายตรงข้ามกับตนลดลง ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ในมลรัฐแมริแลนด์ พบว่าในปี 1998 ได้มีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายไว้ มีเนื้อหาเกี่ยวกับบุคคลนิรนามหรือผู้ใช้นามแฝงว่าจะถูกทำให้เสียชื่อเสียงไม่ได้ เว้นแต่จะมีการยืนยันนามแฝงนั้น³¹ ส่วนกฎหมายในประเทศไทยไม่มีการกล่าวถึงการคุ้มครองนามแฝงเอาไว้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเนื้อหาของชื่อเสียง รวมถึงองค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งกำหนดว่าการจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น ต้องสามารถระบุตัวผู้เสียหายได้แน่นอนดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ผู้เขียนมีความเห็นว่าการ

³⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia_talk:Attack_sites/Archive_2 ,
<http://www.ssm.com/update/lsn/cyberspace/lessons/libe07.html> และ
<http://www.pantip.com/cafe/chalemthai/topic/A6330782/A6330782.html>

³¹ AN ACT concerning On-Line Communications – Defamation,
<http://house.state.md.us/PDF-Documents/1998rs/bills/hb/hb0947f.PDF>.

คุ้มครองชื่อเสียงนั้น เป็นการคุ้มครองคุณสมบัติหรือคุณลักษณะทั้งหมดที่ประชาชนโดยทั่วไปเห็นหรือตัดสินใจ เมื่อผู้ได้รับความเสียหายไม่ได้ถูกประชาชนทั่วไปถูกดูหมิ่น เกียรติซึ่งจากการรวบรวมข้อมูลจากผู้เสียหายเคยแสดงความคิดเห็นไว้ทั้งหมดมาแสดงบนระบบเครือข่าย เนื่องจากการดูหมิ่น เกียรติซึ่งนั้นเป็นการกระทำต่อนามแฝงเท่านั้น ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่น่าจะเสียชื่อเสียงในสังคม นอกจากนี้ ในปัจจุบันการคุ้มครองชื่อเสียงในสังคมไม่น่าจะแปลความขยายถึงการคุ้มครองชื่อเสียงในสังคมเสมือนจริงบนระบบเครือข่ายด้วย

อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงที่ยกมาเป็นตัวอย่างเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ หากสามารถระบุได้ว่านามแฝงดังกล่าวเป็นของบุคคลใด และการรวบรวมข้อความที่นามแฝงนั้นเคยแสดงความคิดเห็นไว้ทั้งหมดทำให้บุคคลดังกล่าวถูกผู้เข้าใช้ระบบเครือข่ายดูหมิ่น เกียรติซึ่งแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการทำให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียง และเป็นความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท

2. การนำเรื่องส่วนตัวของบุคคลสาธารณะมาเปิดเผยโดยใช้อักษรย่อ และทำให้บุคคลนั้นได้รับความเสียหาย

การใส่ความหรือว่าร้ายผู้อื่นเป็นเรื่องที่พบได้บ่อยมากในสังคมออนไลน์ โดยส่วนใหญ่มักจะเกิดขึ้นกับบุคคลสาธารณะผู้ที่อยู่ในความสนใจของประชาชนหรือบริษัท กลุ่มผู้ทำธุรกิจ เป็นต้น เนื่องจากเมื่อเทคโนโลยีเจริญก้าวหน้าขึ้น การเผยแพร่ข่าวสารบนระบบเครือข่ายทำได้ง่ายและรวดเร็ว ทำให้นอกจากจะมีการใช้เทคโนโลยีไปในทางสร้างสรรค์ โฆษณา ผลงานของตนแล้ว ก็ยังมีบุคคลบางประเภทซึ่งนำเทคโนโลยีมาใช้ในลักษณะที่เป็นการทำให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียง โดยการใส่ความว่าบุคคลหรือบริษัทดังกล่าวทำเรื่องเสื่อมเสียแก่ตน นอกจากนี้ยังจะพบว่าในบางครั้ง นอกจากจะเป็นการเข้ามาแสดงความคิดเห็นในเชิงทำให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียงแล้ว ผู้เข้าใช้ระบบเครือข่ายบางรายยังปลอมตัวเป็นบุคคลอื่นนอกจากผู้กล่าวใส่ความเข้ามาแสดงความคิดเห็นในเชิงสนับสนุนตัวเองอีกด้วย เพื่อให้ผู้เข้าใช้บริการคนต่อไปเกิดความคล้อยตามและหลงเชื่อว่ามีผู้เสียหายหรือผู้รู้เห็นเหตุการณ์เป็นจำนวนมาก จึงร่วมต่อว่าบุคคลหรือบริษัทนั้นๆ ซึ่งจะพบว่าการใส่ความบุคคลสาธารณะซึ่งทุกคนรู้จักดีเนื่องจากความโกรธแค้นหรือผลประโยชน์ส่วนตัว แม้จะเป็นบรรยายเพียงลักษณะรูปร่างและรายละเอียดแวดล้อม โดยไม่ได้ระบุชื่อบุคคลที่กล่าวถึงเป็นใคร แต่เมื่อข้อความที่ได้บรรยายไว้ทำให้บุคคลอื่นทราบว่หมายความถึงผู้ใด แม้ผู้ซึ่งเข้ามาพบข้อความดังกล่าวจะทราบเพราะรู้จักกับผู้ถูกกล่าวถึงเป็นการ

ส่วนตัวและทราบเรื่องดังกล่าวมาแต่เดิมก็ตาม ก็ถือว่า³² ผู้กระทำจะมีความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากองค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาทประการหนึ่งคือ การใส่ความต่อบุคคลที่สาม เมื่อการใส่ความดังกล่าวทำให้มีบุคคลที่สามทราบว่าต้องการกล่าวถึงผู้ใด อีกทั้งข้อความดังกล่าวยังมีลักษณะที่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังด้วย

3. การประพันธ์เรื่องราวซึ่งมีเนื้อหาเป็นการพาดพิงบุคคลอื่น

การนำเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงมาแต่งเป็นเหตุการณ์สมมติ ไม่ว่าจะนำมาทำเป็นการ์ตูน นิยายก็ตาม ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ดังที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ในส่วนของกฎหมายในมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่ว่าหากมีข้อความซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอยู่ในงานวรรณกรรม แม้จะมีการเปลี่ยนชื่อหรือส่วนประกอบของคุณลักษณะของบุคคลเพียงเล็กน้อย หรือพยายามจะปลอมสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงโดยเปลี่ยนข้อเท็จจริงบางส่วน แต่บุคคลอื่นสามารถทราบถึงตัวผู้ถูกอ้างถึงในเรื่องนั้น ผู้ถูกอ้างถึงในเรื่องดังกล่าวก็อาจจะเรียกร้องให้ผู้แต่งรับผิดชอบในฐานะที่ทำให้ตนเสียชื่อเสียงได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้อื่นไม่ทราบว่าเรื่องที่แต่งขึ้นดังกล่าวหมายความว่าถึงผู้ใด ผู้แต่งก็จะต้องรับผิดชอบในความผิดต่อชื่อเสียง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักดังกล่าวนี้มีความใกล้เคียงกับแนวทางในคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทย กล่าวคือแม้ว่าในประเทศไทยจะไม่เคยมีการนำคดีเกี่ยวกับการแต่งนิยายหรือการ์ตูนในลักษณะเป็นการทำให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียงขึ้นสู่ศาลฎีกา แต่ศาลฎีกาเคยวางหลักในกรณีที่มีการใส่ความผู้อื่นโดยไม่ระบุตัวผู้ถูกหมิ่นประมาทแน่นอนลงไปว่าหมายถึงผู้ใดแต่มีบุคคลซึ่งมีลักษณะตรงตามนั้นว่าเป็นการหมิ่นประมาทบุคคลดังกล่าว³³ แต่หากผู้รับข้อความไม่ทราบว่าข้อความนั้นต้องการจะหมิ่น

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1628/2500 เขียนข้อความหมิ่นประมาทก้านันและปลัดอำเภอบนโดยไม่ระบุชื่อ ผู้อ่านบางคนรู้ว่าหมายถึง บ. ก้านันคนปัจจุบันและ ป. ปลัดอำเภอบุคคลหนึ่งที่เกี่ยวข้องในเรื่อง ปลัดอำเภอบุคคลอื่นอีกสี่คนไม่ได้เกี่ยวข้องด้วย ถือเป็นการหมิ่นประมาท บ. และ ป. แล้ว ไม่จำเป็นที่ผู้อ่านทุกคนจะต้องรู้ว่าหมายถึง บ. และ ป.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 499/2481 ได้ความว่าจำเลยที่ ๑ เป็นผู้จัดการจำเลยที่ ๒ เป็นเจ้าของโรงพิมพ์ได้พิมพ์ประกาศโฆษณาฉบับหนึ่งที่มีความว่า "ชายผู้นี้อ้างตนและอ้างอำนาจในทางอ้อม เพื่อให้ผู้อื่นช่วยเหลือ ข้าราชการโดยมากต่างกลัวจำต้องหันเข้าช่วย ฯลฯ ลอบเนติบัณฑิตได้ก็เป็นรุ่นสุดท้าย ซึ่งเขาจะโละเลิกไม่มีการลอบกันอีก ลอบแข่งขันคัดเลือกไปแต่งงานต่างประเทศ ลอบไม่ได้ กลับไปฟ้องหาว่าผู้ลอบได้ ๒ คนนั้นมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องตามข้อกำหนด

ประมาทผู้ใด การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด³⁴ ดังนั้น จะพบว่าการประพันธ์เรื่องราวซึ่งมีเนื้อหาเป็นการพาดพิงบุคคลอื่น เมื่อไม่ทำให้ผู้อ่านทราบได้ว่าบุคคลที่นายคอยกล่าวถึงเป็นผู้ใด การกระทำของนายคอยก็ไม่เป็นการทำให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียง

4. การทำไฮเปอร์ลิงค์เพื่อให้ผู้ใช้ระบบเครือข่ายได้กดเข้าชมเนื้อหาที่เป็นการทำให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียง

กรณีนี้ก็เป็นเรื่องที่พบมากในการใช้งานบนระบบเครือข่ายปัจจุบัน ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่ายอาจจะเข้าไปในเว็บไซต์ที่มีผู้เข้าใช้บริการไม่มากนักแล้วพบภาพหรือข้อความที่เป็นการทำให้บุคคลอื่นเสียชื่อเสียง ด้วยความสงสัยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือความตั้งใจก็ตาม ผู้ใช้บริการได้นำไฮเปอร์ลิงค์ซึ่งจะนำผู้ที่สนใจกดเข้าไปไปดูภาพหรือข้อมูลดังกล่าว ทำให้มีผู้เข้าชมภาพดังกล่าวมากขึ้น นอกจากนี้ ในบางกรณี การแสดงเพียงไฮเปอร์ลิงค์ยังได้ถูกใช้เสมือนเป็นแนวทางในการหลีกเลี่ยงการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมีเนื้อหาต้องห้ามเข้าสู่กระดานข่าวสาธารณะ กล่าวคือ ผู้ใช้บริการกระดานข่าวสาธารณะทราบว่าหากนำภาพหรือข้อมูลที่มีเนื้อหาต้องห้ามเข้าสู่กระดานข่าว กระทั่งดังกล่าวย่อมนจะถูกลบ ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้ดูแลกระดานข่าวลบ ผู้ใช้บริการจึงนำเพียงไฮเปอร์ลิงค์มาแสดง

การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงด้วยวิธีการดังกล่าว กฎหมายในประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดไว้ อีกทั้งยังไม่มีคดีเกี่ยวกับการทำไฮเปอร์ลิงค์ไปยังเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย

ตนชอบไม่ได้แล้วกลับมีนิสัยขี้แพะขวนตีอีก ฯลฯ นโยบายของชายผู้นี้มีอยู่ว่า ไปเอาโครงการที่รัฐบาลจะเข้ามาอ้างว่าเป็นนโยบายของตน ฯลฯ ไม่เคยแสดงความสามารถเลย ลักแต่ว่าเคยทำราชการมาหลายหน้าที่เท่านั้น ฯลฯ ไม่ได้มุ่งเป็นผู้แทนราษฎรจริง ๆ ไม่ได้มุ่งเป็นปากเสียงของราษฎร เขามายืมมือราษฎรเพื่อตั้งเก้าอี้ให้เขาต่างหาก ฯลฯ เขาเห็นแก่ตัวของเขาเอง ฯลฯ ชายคนนี้ได้เป็นผู้แทนราษฎรเขาจะไม่พูดกับราษฎรเลย " ข้อความที่พิมพ์นี้เป็นข้อความกล่าวถึงนายประเสริฐธำรัสวัณดีซึ่งสมัครเป็นผู้แทนราษฎร

ข้อความที่โฆษณาเป็นการใส่ความอาจเป็นเหตุให้นายประเสริฐเสียชื่อเสียง หรือเป็นเหตุให้คนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังได้ เช่นข้อความที่ว่า "อ้างตนอ้างอำนาจโดยทางอ้อม เพื่อให้ผู้อื่นช่วยเหลือข้าราชการโดยมากต่างกลัวจำต้องช่วย ฯลฯ" ซึ่งเป็นข้อความเสียดสีใส่ความ จึงพิพากษาลงโทษจำเลยตาม ม.๒๔๒

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 23/2474 พุดหมื่นประมาทเขาต่อหน้าบุคคล 2 คน แต่อีกคนหนึ่งไม่เข้าใจความหมายในคำพูดยังไม่มีผิด

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาแนวทางของต่างประเทศ จะพบว่าการวางไฮเปอร์ลิงค์เพื่อเป็นหนทางให้ผู้ใช้ระบบเครือข่ายคนอื่นๆ กดเพื่อเข้าไปดูข้อมูลต่อ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า ไฮเปอร์ลิงค์ดังกล่าวจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นการเชื่อมโยงเข้าไปสู่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะเผยแพร่เนื้อหาของนั้น ตัวอย่างเช่นในคดี *Intellectual Reserve v. Utah Lighthouse Ministry*³⁵ ซึ่งศาลของมลรัฐยูทาห์พบว่าไฮเปอร์ลิงค์เป็นการเชื่อมโยงไปยังสำเนาข้อความซึ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยก่อนหน้านี้ จำเลยในคดีได้นำบทความดังกล่าวมาลงในเว็บไซต์ของตน ต่อมาจำเลยได้ลบข้อความดังกล่าวแล้วทำเป็นไฮเปอร์ลิงค์ไปแทน³⁶ โดย Communications Decency Act จะไม่คุ้มครองผู้ใช้บริการประเภท Interactive computer ในคดีความผิดต่อชื่อเสียงซึ่งเกิดจากการที่ตนได้นำข้อความที่เป็นของผู้อื่นเข้ามาพิมพ์ซ้ำ (republish) หากผู้นั้นไม่รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงสิ่งที่ไม่ถูกต้องในข้อความดังกล่าวแล้ว³⁷

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากผู้ที่นำไฮเปอร์ลิงค์ของเว็บเพจดังกล่าวมาเผยแพร่ทราบอยู่แล้วว่าไฮเปอร์ลิงค์ดังกล่าวเป็นการเชื่อมโยงผู้ใช้บริการรายอื่นๆ เข้าสู่เว็บเพจซึ่งมีเนื้อหาเป็นการทำให้ชื่อเสียงของบุคคลอื่นเสียหาย แต่ก็ยังคงนำไฮเปอร์ลิงค์ดังกล่าวมาเผยแพร่ให้ผู้อื่นเข้าไปชมภาพดังกล่าว แสดงให้เห็นเจตนาในการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง การกระทำดังกล่าวจึงน่าจะเป็นการเจตนาใส่ความผู้อื่นโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังตามประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งยังน่าจะมีความผิดฐานเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ด้วย และไม่น่าจะอ้างว่าการกระทำของตนเป็นเพียงนำไฮเปอร์ลิงค์มาแสดงและผู้ใช้บริการรายอื่นสมัครใจกดเข้าไปดูเอง เนื่องจากโดยลักษณะของกระดานข่าวหรือการให้บริการด้านเนื้อหาอื่นๆ ผู้ใช้บริการย่อมต้องการเข้ามาเพื่ออ่านหรือรับทราบเนื้อหาที่บุคคลต่างๆ กล่าวถึง เช่นเดียวกับการอ่านหนังสือพิมพ์หรือการเลือกรับฟังรายการทางโทรทัศน์นั่นเอง

³⁵ 75 F. Supp. 2d 1290 (D. Utah 1999)

³⁶ Frequently Asked Questions (and Answers) about Linking,
<http://www.chillingeffects.org/linking/faq.cgi>

³⁷ Stephen J. Barrett, et al. v. Ilena Rosenthal
9 Cal.Rpt.3d 142, A096451, http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case331.cfm

5. การที่ผู้ให้บริการหลายรายพิมพ์ด้วยคำซึ่งไม่มีความหมายติดต่อกัน และทำให้เกิดคำที่มีความหมายในลักษณะที่เป็นการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่น

เนื่องจากลักษณะของการแสดงความคิดเห็นบนระบบเครือข่ายนั้น โดยทั่วไปจะเป็นการแสดงผลโดยเรียงตามเวลาที่มีการนำข้อมูลเข้าสู่ระบบเครือข่าย ทำให้ผู้แสดงความคิดเห็นสามารถกะประมาณได้ว่าความคิดเห็นของตนจะต่อเนื่องกับความคิดเห็นของผู้ใด

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ผู้ให้บริการหลายรายจะแสดงความคิดเห็นต่างเวลากัน แต่การเข้ามาเขียนข้อความทิ้งไว้หรือการเติมข้อความที่มีอยู่เดิมน่าจะเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นได้ในการใช้กระดานข่าว อย่างไรก็ตาม การกระทำของบุคคลแรกในการเขียนด้วยคำเป็นสิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณา เพราะบางครั้งด้วยด้วยคำเพียงด้วยคำเดียว อาจจะยังไม่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้พิมพ์ได้อย่างชัดเจนเพียงพอว่าตั้งใจที่จะส่งข้อความเพียงเท่านั้นหรือเกิดการผิดพลาดก่อนที่จะพิมพ์ข้อความจบ อีกทั้งแม้จะพิสูจน์ได้ว่าเจตนาจะพิมพ์เพียงด้วยคำดังกล่าวก็ยังไม่ชัดเจนอีกเช่นกันว่าต้องการจะให้หมายความถึงคำใด เพราะด้วยคำหนึ่งๆ สามารถเติมคำหรือแปลความหมายไปได้หลายทาง ต่างจากผู้ให้บริการรายหลังๆ ซึ่งเติมด้วยคำต่อ เพราะสามารถเห็นเจตนาอย่างชัดเจนว่าต้องการจะกล่าวถึงคำใด

6. การนำรูปภาพเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ประกอบการบรรยายในเรื่องอื่นซึ่งไม่สมควรจะนำรูปภาพดังกล่าวเข้าไป เช่น การกล่าวถึงสัตว์เลื้อยคลานประเภทหนึ่ง แต่กลับนำภาพของบุคคลอื่นเข้ามาประกอบ

การนำภาพเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อประกอบการพิมพ์ข้อความ มักจะพบได้บนกระดานข่าวสาธารณะ เนื่องจากการใช้งานกระดานข่าวในปัจจุบัน นอกจากผู้ให้บริการจะสามารถพิมพ์ข้อความเป็นตัวอักษรแล้วยังสามารถแนบรูปภาพรวมถึงคลิปวิดีโอ เพื่อให้ผู้เข้ามาชมรายถัดจากตนสามารถชมได้อีกด้วย ซึ่งรูปที่ผู้ให้บริการกระดานข่าวมักจะแนบรูปอาจจะเกี่ยวข้องกับและไม่เกี่ยวข้องกับหัวข้อกระทู้ก็ได้ โดยทั่วไปหากเป็นรูปที่แนบมาไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่กำลังกล่าวถึง ก็มักจะมีลักษณะเป็นสัญลักษณ์ซึ่งผู้แสดงความคิดเห็นใช้เพื่อเพิ่มเติมความสวยงามให้แก่กรอบของตนหรือเพื่อให้นามแฝงของตนเป็นที่จดจำได้ในหมู่ผู้ใช้กระดานข่าวด้วยกัน แต่ในกรณีนี้จะพบว่าการกระทำจะเป็นการดูหมิ่นผู้ถูกนำภาพมาประกอบหรือไม่ต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำ โดยหากเป็นการกระทำเพื่อต้องการให้เกิดความอับอาย การกระทำดังกล่าวย่อมจะเป็นความผิดฐานดูหมิ่น อีกทั้งเมื่อเป็นการกระทำบนกระดานข่าวสาธารณะซึ่งมีผู้เข้าชมเป็นจำนวนมากก็น่าจะทำให้เป็นการดูหมิ่นโดยการโฆษณาอีกด้วย

7. การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ โดยประการที่น่าจะทำให้บุคคลอื่นเสียหาย

กรณีนี้เป็นเรื่องที่พบได้ตลอดเวลาบนระบบเครือข่าย เนื่องจากในปัจจุบัน ด้วยธรรมชาติของผู้ใช้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อพบว่าจดหมายดังกล่าวซึ่งมีผู้ส่งมาให้ตนมีความน่าสนใจ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่ดีหรือไม่ดีก็ตาม ก็มักจะส่งต่อโดยการกด forward แล้วเลือกรายชื่อของผู้ที่ตนต้องการจะส่งข้อมูลดังกล่าวให้ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวตั้งแต่การกด forward เพื่อส่งข้อมูลจนถึงกดเลือกรายชื่อของผู้ที่ตนต้องการจะส่งข้อมูลให้จะกินเวลาเพียงไม่กี่วินาที จดหมายนั้นก็จะถึงมือผู้รับอย่างรวดเร็ว ทำให้หลายครั้ง เมื่อมีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นในสังคม นอกจากจะมีการรายงานข่าวตามปกติ ผู้ใช้ระบบเครือข่ายยังจะได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะที่อาจจะเป็นการเพิ่มเติมข้อมูลที่มีการรายงานข่าว เช่น กรณีที่นักกีฬาชื่อดังจัดงานหมั้นภายในเย็นวันดังกล่าวมีผู้ได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีภาพงานหมั้นดังกล่าวเป็นจำนวนมาก เป็นต้น หรือในบางกรณี จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวไม่ได้เป็นการเพิ่มเติมข้อมูล แต่เป็นการส่งข้อความจากคู่กรณีของผู้ที่กำลังได้รับความสนใจของประชาชนว่าข้อเท็จจริงไม่ได้เป็นดังเช่นที่ข่าวนำเสนอ ทำให้ผู้ถูกกล่าวถึงได้รับความเสียหายมาก และหากการนำข้อมูลดังกล่าวเป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนาจะให้ผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากข้อความดังกล่าวเสียหาย การกระทำนั้นก็ไม่น่าจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากการนำข้อความซึ่งถูกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์กระทำด้วยเจตนาบริสุทธิ์และข้อความก็ไม่ได้มีลักษณะเป็นการใส่ความ หรือยืนยันข้อเท็จจริงให้บุคคลถูกดูหมิ่น เกลียดชัง ในทางตรงกันข้าม หากสิ่งทีกล่าวเป็นความจริง หรือผู้ได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ตรวจสอบข้อมูลดังกล่าวว่าเป็นความเท็จ ผู้ถูกกล่าวถึงในข้อความนั้นก็ได้รับความชื่นชมอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณา คือ การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14(1) ซึ่งเป็นเรื่องการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชนหรือไม่ เพราะการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์อาจจะทำให้ผู้ถูกกล่าวถึงได้รับความเสียหายว่าไม่น่าเชื่อถือ หรือเสียประโยชน์จากข้อความดังกล่าวได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นสิ่งที่สะท้อนสภาพปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้จากมาตรา 14(1) ถึง (4) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เนื่องจากทั้ง 4 อนุมาตราบัญญัติไว้แต่เพียงว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้”

ทำให้น่าจะเกิดปัญหาในการตีความว่าหมายรวมถึง

1. หากผู้ใดเจตนาที่จะนำข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และต่อมาพบว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นหลอมนหรือเป็นเท็จ ผู้นำข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์จะมีความผิด หรือ

2. ผู้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์จะต้องรู้ด้วยว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งตนนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นปลอมหรือเป็นเท็จ แต่ยังคงพินำข้อมูลดังกล่าวเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าว

เนื่องจากอนุมาตราทั้ง 4 นี้ต่างจากมาตรา 14(5) ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้เผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์จะมีความผิดเมื่อ “รู้อยู่แล้ว” ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งตนเผยแพร่เป็นข้อมูลอันเป็นเท็จ ในขณะที่ทั้ง 4 อนุมาตรากลับบัญญัติไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนเช่นนั้น

จากปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ทำให้มาตรา 14(1)-(4) โดยเฉพาะในอนุมาตรา 1 ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นความผิดที่บัญญัติไว้กว้างมากจนไม่น่าจะบังคับได้จริง หากแม้มีการแปลความว่าผู้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์จะต้องรู้ด้วยว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งตนนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นเป็นปลอมหรือเป็นเท็จ การจะพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ก็เป็นเรื่องที่ทำได้ยาก หรือหากมีการแปลความว่าเพียงมีเจตนาที่จะนำข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และต่อมาพบว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเป็นเท็จก็มีความผิดแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าจะขัดกับลักษณะตาม

ธรรมชาติของผู้ใช้ระบบเครือข่ายมากจนอาจจะส่งผลกระทบต่อจำนวนผู้ใช้ระบบเครือข่ายและการพัฒนาของระบบเครือข่ายต่อไป เนื่องจากสังคมบนระบบเครือข่าย โดยเฉพาะบนกระดานข่าว จะมีลักษณะเช่นเดียวกับในสังคมทั่วไป กล่าวคือ เป็นการพบปะ พูดคุย และแลกเปลี่ยนความคิดเห็นของบุคคล จะมีความต่างก็เพียงว่าบุคคลที่เข้ามาแสดงความคิดเห็นไม่จำเป็นจะต้องอยู่ในพื้นที่เดียวกัน อาจจะอยู่ต่างถิ่นคนละประเทศหรือคนละทวีปทั่วโลกก็เป็นได้ ดังนั้นจึงไม่มีผู้ใดสามารถจะรับรองได้ว่าข้อความที่ตนกล่าวเป็นความจริงทั้งหมด อีกทั้งมาตรา 14(1) ก็บัญญัติไว้เพียงว่า "โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหาย" โดยไม่ได้กำหนดถึงลักษณะของความเสียหายไว้ ทำให้กรณีที่มีการนำข้อมูลที่ปลอมหรือเป็นเท็จเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์แทบจะทุกกรณีสามารถแปลความได้ว่าเป็นการน่าจะทำให้บุคคลอื่นเสียหายทั้งหมด

4.2.2 ผู้มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวน

เนื่องจากการกระทำคามผิดบนระบบเครือข่ายเป็นการกระทำคามผิดซึ่งมีการใช้เทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องทำให้เกิดความยากลำบากในการค้นหาพยานหลักฐานทั้งเพื่อระบุตัวผู้กระทำคามผิดและนำตัวผู้กระทำคามผิดไปลงโทษ นอกจากนี้ บนระบบเครือข่ายยังมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก อีกทั้งการลบ เปลี่ยน แก้ไขพยานหลักฐานซึ่งอยู่ในรูปของข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็สามารถกระทำได้ง่ายและรวดเร็ว และในการให้บริการส่วนใหญ่ผู้ใช้บริการสามารถปกปิดชื่อตนเองโดยใช้ชื่อปลอมหรือไม่ระบุชื่อตนเอง เช่น การสนทนาบนเว็บบอร์ด ทำให้การสืบหาพยานหลักฐานบนระบบเครือข่ายจึงยากกว่าการสืบหาในลักษณะอื่น จึงเป็นเหตุให้มีการกำหนดบทบัญญัติพิเศษเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญา ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำคามผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หมวด 2 เรื่องพนักงานเจ้าหน้าที่

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำคามผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดเรื่องอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในหมวดที่ 2 ได้กำหนดตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ไว้ต่างหากจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้อำนาจไว้ในมาตรา 29 ว่าให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ มีอำนาจรับคำร้องทุกข์หรือรับคำกล่าวโทษ พร้อมทั้งมีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนเฉพาะความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ประกอบกับในคดีความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายนั้น ก่อนที่จะมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายบางส่วนลงในพระราชบัญญัติ

ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หากมีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายเกิดขึ้นก็จะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดต่อชื่อเสียงในกรณีหมิ่นประมาทและดูหมิ่นในทุกรูปแบบอยู่แล้ว ต่อมาเมื่อมีการบัญญัติการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงในบางส่วนลงในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็เป็นการนำเอาความผิดต่อชื่อเสียงเพียงบางส่วนมาบัญญัติลงในระบบเครือข่าย เช่น การติดต่อภาพของผู้อื่น หรือการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ ทำให้แม้จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็ตาม แต่เมื่อมีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายเกิดขึ้นก็ยังคงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง ดังนั้นเมื่อมีคดีความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายเกิดขึ้นและคดีนั้นอยู่ในขอบข่ายที่น่าจะผิดทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงกรรมเดียวจะมีผู้มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวน 2 ฝ่าย คือ พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะมีอำนาจสืบสวนสอบสวนว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงตามประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เข้ามามีอำนาจสืบสวน สอบสวนว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดเกี่ยวกับการนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือไม่อีกด้วย

จากข้อสังเกตที่ได้กล่าวไปแล้วทำให้เกิดประเด็นที่น่าจะนำมาพิจารณาว่าเมื่อมีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายและอยู่ในขอบข่ายที่จะต้องนำกฎหมายทั้งสองฉบับมาพิจารณา การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดให้มีพนักงานเจ้าหน้าที่เฉพาะสำหรับคดีความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายที่น่าจะผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนอีกส่วนหนึ่งพร้อมทั้งห้ามไม่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปิดเผยหรือส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการที่ได้มาแก่บุคคลใด³⁸ จะทำให้เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ ได้

³⁸ มาตรา 22 ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่เปิดเผยหรือส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการ ที่ได้มาตามมาตรา ๑๘ ให้แก่บุคคลใด

ข้อมูลตามมาตรา 18 จะไม่สามารถนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ร่วมกับพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายอาญาได้ เว้นแต่จะเป็นการกระทำตามคำสั่งหรือที่ได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น โดยหากฝ่าฝืนจะมีโทษทางอาญา ทำให้ในทางปฏิบัติอาจเกิดความสับสน ยุ่งยากและขัดแย้งในการสืบสวนและค้นหาพยานหลักฐาน จนอาจทำให้พยานหลักฐานเสียหายไปก่อนได้ เนื่องจากพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายอาญาจะไม่มีทางทราบได้เลยว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีข้อมูลซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีของตนได้เพียงใด เพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากในการขออนุญาตจากศาล พนักงานสอบสวนอาจจะต้องเข้าไปขอข้อมูลจากผู้ให้บริการอีกครั้งหนึ่งทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีความผิดต่อชื่อเสียงเกิดความเดือดร้อนจนทำให้เกิดการหลีกเลี่ยง ไม่ยอมร่วมมือในการค้นหาพยานหลักฐาน จนทำให้การค้นหาและรวบรวมพยานหลักฐานไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอได้

เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ จะพบว่าทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ไม่มีปัญหาดังเช่นประเทศไทย เนื่องจากดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศว่าทั้ง 2 ประเทศ ไม่ได้นำความผิดต่อชื่อเสียงไปบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดบนระบบเครือข่าย กล่าวคือ ในกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดบนระบบเครือข่ายของทั้ง 2 ประเทศจะเป็นการกำหนดฐานความผิดใหม่ที่เป็นการกระทำบนคอมพิวเตอร์ เช่น การเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งมีมาตรการป้องกัน เป็นต้น ทำให้แม้ในกฎหมายดังกล่าวจะมีการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ต่างหากจากคดีปกติรวมถึงให้อำนาจพิเศษไว้ ก็จะไม่มีปัญหาขัดแย้งกับอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สืบสวนสอบสวนคดีความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่าย

การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้บัญญัติให้การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบางประเภทเป็นความผิด เนื่องมาจากเหตุผลที่จำเป็นในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันบางกรณีซึ่งหากปล่อย

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับการกระทำเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีกับพนักงานเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือเป็นการกระทำตามคำสั่งหรือที่ได้รับอนุญาตจากศาล

พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดฝ่าฝืนวรรคหนึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ให้มีการกระทำดังกล่าวต่อไปอาจจะทำให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประเทศ ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดมาตรการที่มีความเด็ดขาดเพื่อยับยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ให้แพร่กระจายไปอย่างรวดเร็ว ดังนั้น การจะให้ความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายอยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทั้งหมดอาจจะทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ แต่การที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายเป็นความผิดซึ่งต้องมีเจ้าพนักงานผู้เกี่ยวข้อง 2 ฝ่ายก็อาจจะเกิดปัญหาเช่นเดียวกัน คือ ผู้ให้บริการอาจจะหลีกเลี่ยงไม่ยอมส่งมอบข้อมูลเนื่องจากเห็นว่ากรณีความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายที่เกิดขึ้นไม่ได้อยู่ในขอบอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เข้ามาขอความร่วมมือ อีกทั้งหากผู้ให้บริการยอมให้ความร่วมมือ แต่การที่จะต้องส่งข้อมูลชนิดเดียวกันให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในคดีความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายเรื่องเดียวกันถึง 2 ชุดก็เป็นภาระแก่ผู้ให้บริการโดยไม่จำเป็นเช่นเดียวกัน

4.2.3 ผู้ให้บริการระบบเครือข่าย

ปัญหาประการหนึ่งที่เกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดบนระบบเครือข่าย คือ การค้นหาพยานหลักฐานเพื่อระบุตัวผู้กระทำความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้นกระทำได้ยาก เนื่องจากผู้ใช้บริการระบบเครือข่ายมีจำนวนมาก และในบริการส่วนใหญ่ผู้ใช้บริการสามารถปกปิดชื่อตนเองโดยใช้ชื่อปลอมหรือไม่ระบุชื่อตนเอง เช่น การสนทนาบนกระดานข่าวสาธารณะ อีกทั้งการลบ เปลี่ยน แก้ไขข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็สามารถกระทำได้ง่ายและรวดเร็ว ทำให้การค้นหาพยานหลักฐานบนระบบเครือข่ายจึงยากกว่าการค้นหาในลักษณะอื่น ทำให้หากไม่มีความร่วมมือของผู้ให้บริการบนระบบเครือข่ายซึ่งเกี่ยวข้องและมีข้อมูลโดยตรงแล้ว การค้นหาพยานหลักฐานดังกล่าวจะกระทำได้ยากมากขึ้นจนเกือบจะกระทำไม่ได้เลย เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการไว้ 2 ส่วน คือ การกำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดขึ้นตามมาตรา 15 และกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการที่จะต้องเก็บข้อมูลจราจรและข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัวผู้ให้บริการได้ตามมาตรา 26

จากการศึกษาพบว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทำให้เกิดประเด็นปัญหา ดังนี้

4.2.3.1 การจัดเก็บข้อมูล

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับพยานหลักฐานในการแกะรอยหรือสาวถึงตัวผู้กระทำความผิด พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงได้กำหนดไว้ในมาตรา 26 ให้ผู้ให้บริการตามประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง หลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 มีหน้าที่ต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์เป็นระยะเวลา 90 วัน และอาจจะขอร้องต่อศาลให้ขยายระยะเวลาได้ไม่เกิน 1 ปี โดยหากผู้ให้บริการฝ่าฝืนจะต้องชำระค่าปรับทางอาญา อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในการแก้ไขปัญหานี้กลับถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าอาจจะกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือ Right to Privacy ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 นั้นเอง อีกทั้งการกำหนดให้ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวยังจะสร้างภาระแก่ผู้ให้บริการ เนื่องจากจะต้องใช้พื้นที่ในการเก็บข้อมูลดังกล่าวมาก ตัวอย่างเช่น ผู้ให้บริการบางรายให้พื้นที่แก่ผู้ใช้บริการทั่วไปสามารถเข้ามาสร้าง Blog และให้ผู้ให้บริการรายอื่นสามารถเข้าชมและแสดงความคิดเห็นได้ หากผู้ให้บริการจะต้องจัดเก็บข้อมูลของผู้ให้บริการซึ่งเข้ามาแสดงความคิดเห็นใน Blog ทั้งหมด หรือผู้ให้บริการกระดานข่าวสาธารณะ เช่น เว็บไซต์พันทิปซึ่งในปัจจุบันมีจำนวนผู้ตั้งกระทู้มากกว่าวันละ 2,000 หัวข้อต่อวัน โดยยังไม่รวมถึงจำนวนผู้เข้ามาตอบกระทู้ดังกล่าว เป็นต้น

ในเรื่องของสิทธิในความเป็นส่วนตัว จะพบว่าแนวทางของสหภาพยุโรปซึ่งมีกำหนดให้ผู้ให้บริการบนระบบเครือข่ายจะต้องจัดเก็บข้อมูลเพื่อระบุตัวผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่ายเช่นเดียวกับประเทศไทย และก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเรื่องดังกล่าวเช่นกัน โดยมีการกล่าวว่าการเก็บข้อมูลดังกล่าวจะทำให้บุคคลสามารถถูกตรวจสอบโดยบุคคลอื่น ไม่ต่างอะไรกับสิ่งมีชีวิตในสวนสัตว์ เนื่องจากแม้จะมีข้อกำหนดในการเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการ แต่ด้วยลักษณะของการบันทึก การเก็บรักษา และการเคลื่อนย้ายข้อมูลที่แตกต่างจากข้อมูลในแผ่นกระดาษ บุคคลที่สามารถที่จะหาช่องทางในการเข้าถึงข้อมูลได้ง่าย³⁹ ในขณะที่เดิม สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิที่มีอยู่ควบคู่กับมนุษย์มาอย่างยาวนาน สหภาพยุโรปเองก็ได้มีการออก Data Protection Directive ในปี 1995 เพื่อวางรากฐานในการให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าว อย่างไรก็ตาม จะพบว่าสาเหตุหนึ่งของการกำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องเก็บข้อมูลดังกล่าวซึ่งเป็น

³⁹ Francesca Bignami, "PROTECTING PRIVACY AGAINST THE POLICE IN THE EUROPEAN UNION: THE DATA RETENTION DIRECTIVE", Duke Law School Working Paper Series, Paper 76, Year 2007, p.1.

การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้น เนื่องมาจากปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ⁴⁰ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา หลังจากเกิดเหตุการณ์ก่อการร้าย ในวันที่ 11 กันยายน 2001 ก็ได้มีการออกกฎหมายเพื่อแก้ปัญหากการก่อการร้ายเรื่อยมา โดยแนวความคิดในการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการในการเก็บข้อมูลของผู้ใช้บริการระบบเครือข่ายก็กำลังถูกนำมาพิจารณาเช่นเดียวกัน⁴¹ และยังมีความเห็นว่าการเก็บข้อมูลดังกล่าวอาจจะรวมถึงการเก็บข้อมูลของผู้ให้บริการด้านการค้นหาข้อมูล (Search Engine) ด้วย

ส่วนปัญหาของผู้ให้บริการในการจัดเก็บข้อมูลเพื่อระบุตัวผู้ให้บริการ จากการสำรวจความเห็นของผู้ให้บริการพบว่าการกำหนดให้ผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการซึ่งคิดค่าใช้จ่ายหรือไม่ เก็บข้อมูลในระยะเวลา 90 วันตามที่ในมาตรา 26 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทำให้ผู้ให้บริการต้องใช้พื้นที่ในการเก็บรักษาข้อมูลต่างๆ มาก ค่าใช้จ่ายของผู้ให้บริการก็จะเพิ่มมากขึ้น เพราะจากการสัมภาษณ์ผู้ดูแลเว็บไซต์พันทิปดอทคอม⁴² พบว่าในปัจจุบัน ลักษณะของการเก็บข้อมูลของเว็บไซต์จะเป็นการเก็บรักษาตามระยะเวลาที่มีผู้เข้าแสดงความคิดเห็น เช่น ประเด็นใดที่มีผู้นิยมเป็นจำนวนมากและมีผู้เข้ามาแสดงความคิดเห็นเรื่อยๆ โดยเฉพาะหากผู้ให้บริการเห็นว่าเป็นหัวข้อที่ควรค่าแก่การเก็บรักษาไว้ต่อไป อายุของกระทู้ดังกล่าวอาจจะอยู่ได้นานหลายปี ในทางกลับกัน หากกระทู้ใดไม่มีผู้แสดงความคิดเห็น กระทู้ดังกล่าวก็จะตกไปและถูกลบในที่สุด ทำให้หากมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการ โดยเฉพาะผู้ให้บริการด้านเนื้อหาต้องทำการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการทั้งหมดเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 90 วัน นอกจากผู้ให้บริการรายดังกล่าวจะต้องเก็บรักษาข้อมูลในหัวข้อที่มีผู้นิยมเข้ามาแสดงความคิดเห็นแล้ว ผู้ให้บริการยังจะต้องเก็บรักษาข้อมูลในหัวข้ออื่นๆ อีกด้วย การกำหนดมาตรการดังกล่าวจึงเป็นการเพิ่มภาระในการเก็บข้อมูลให้แก่ผู้ให้บริการมากขึ้นเป็นเท่าตัว ซึ่งภาระหน้าที่ดังกล่าวย่อมหมายถึงค่าใช้จ่ายจำนวนมากด้วย จึงอาจจะส่งกระทบ ดังนี้

⁴⁰ Declan McCullagh, US investigates 'anti-terrorist' data retention, <http://news.zdnet.co.uk/itmanagement/0,1000000308,39272159,00.htm>.

⁴¹ Luke O'Brien, Gonzales Pushes Again for Increased ISP Data Retention, June 27, 2007, <http://blog.wired.com/27bstroke6/2007/06/gonzales-pushes.html>.

⁴² สัมภาษณ์ วรพจน์ ธีรวิญญูประดิษฐ์กุล, ผู้ดูแลเว็บบอร์ดของเว็บไซต์พันทิปดอทคอม, 22 กุมภาพันธ์ 2550.

1. ผู้ให้บริการด้านเนื้อหาอาจจะหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยไปจดทะเบียนกับผู้ให้บริการเช่าพื้นที่ในต่างประเทศแทน ทำให้การติดตามพยานหลักฐานทำได้ยากขึ้น
2. ผู้ให้บริการระบบเครือข่ายอาจจะผลักภาระค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ใช้บริการ ค่าใช้จ่ายในการใช้งานระบบเครือข่ายจะเพิ่มขึ้น ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการพัฒนา ระบบเครือข่ายต่อไปในอนาคต
3. นอกจากผู้ให้บริการรายใหญ่แล้ว ในระบบเครือข่ายยังสามารถพบผู้ให้บริการรายย่อยซึ่งอาจจะ เป็นเพียงผู้ใช้บริการซึ่งเข้ามาใช้พื้นที่ที่ผู้ให้บริการให้ใช้พื้นที่ในระบบเครือข่าย (Host Service Provider) เปิดให้ใช้อีกทอดหนึ่ง โดยเป็นการเปิดกระดานข่าวสาธารณะ แลกเปลี่ยนความสนใจเฉพาะกลุ่ม เช่น กลุ่มผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่รุ่นใดรุ่นหนึ่ง หรือกลุ่มผู้ชื่นชอบ ศิลปิน ซึ่งส่วนใหญ่จะไม่ได้ประกอบอาชีพเป็นผู้ให้บริการบนระบบเครือข่ายโดยตรง โดยอาจจะ เป็นเพียงเด็กซึ่งสนใจในเรื่องดังกล่าวและต้องการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันระหว่างกลุ่มผู้ชื่นชอบในเรื่อง เดียวกันเท่านั้น ดังนี้ การกำหนดให้ผู้ให้บริการดังกล่าวต้องเก็บรักษาข้อมูลเป็นระยะเวลายาวนาน อาจจะทำให้ผู้ให้บริการดังกล่าวแบกรับภาระค่าใช้จ่ายไม่ไหวจนต้องเลิกให้บริการไปเลยก็เป็นได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ย่อมจะส่งผลกระทบต่อการใช้ระบบเครือข่ายในการติดต่อสื่อสารมากเพราะ ผู้ใช้บริการอาจจะไม่มีพื้นที่ในการติดต่อสื่อสารแลกเปลี่ยนความคิดเห็นบนระบบเครือข่าย ทำให้ ต้องหาวิธีในการติดต่อสื่อสารรูปแบบใหม่ต่อไป

ผู้เขียนมีความเห็นว่าเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายกำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ สามารถอธิบายได้ด้วยทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรม ด้วยวิธีการบังคับใช้กฎหมายซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

1. กระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเน้นการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม (Crime Control) จะมีการกำหนดบทลงโทษทางกฎหมายต่อผู้กระทำผิดที่มีความรุนแรง รวดเร็ว ซึ่งมีข้อดี คือ สามารถใช้ในการจัดการกับการกระทำผิดได้ทันที แต่จะพบว่าการดำเนินการในลักษณะนี้จะเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ
2. กระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process) มุ่งปกป้องสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาและปฏิบัติโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยให้ความยุติธรรม เสมอภาค หรือธรรมาภิบาล เคารพสิทธิของประชาชน

ในปัจจุบัน จะพบว่าแม้ระบบกระบวนการยุติธรรมจะให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา การอำนวยความสะดวกยุติธรรมทางอาญา และการปฏิบัติอย่างเสมอภาคต่อผู้ต้องหา ควบคู่ไปกับการควบคุมอาชญากรรม แต่แนวความคิดในการออกกฎหมายหรือการ

บังคับใช้กฎหมายจะค่อนข้างโน้มเอียงไปในลักษณะของการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม หรือ Crime Control⁴³ โดยเฉพาะการกระทำความผิดบนระบบเครือข่าย เนื่องจากระบบเครือข่ายเป็นพื้นที่ที่ยังใหม่ เดิมจะมีสภาพเสมือนเป็นช่องว่างของกฎหมาย ทำให้บุคคลมีเสรีภาพในการกระทำมาก และก็มี การนำประโยชน์ที่ได้จากระบบเครือข่ายมาใช้ในการกระทำความผิดมากเช่นกัน เพื่อเป็นการปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวบนระบบเครือข่ายจึงควรมีกฎหมายที่เข้มงวดสามารถบังคับได้อย่างทันที่วงที่มาปรับใช้

4.2.3.2 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการต่อเนื้อหาซึ่งเป็นความผิดต่อชื่อเสียง

เนื่องจากการค้นหาตัวผู้กระทำความผิดบนระบบเครือข่ายเป็นเรื่องที่จะต้องใช้เทคโนโลยีและความรู้ของผู้เชี่ยวชาญ อีกทั้งในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ระบบหนึ่งๆ นั้นมีผู้เกี่ยวข้องหรือผู้ให้บริการระบบเครือข่ายหลายฝ่าย การดำเนินการเพื่อค้นหาพยานหลักฐานในการระบุตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ความผิดจึงต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้เกี่ยวข้องจำนวนมาก ต่างจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงในรูปแบบอื่นๆ ทำให้การดำเนินการเพื่อค้นหาพยานหลักฐานเป็นเรื่องยาก เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้บุคคลบางกลุ่มนอกจากผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบ แต่ความรับผิดชอบดังกล่าวจะจำกัดอยู่เพียงการกระทำความผิดเฉพาะในมาตรา 14 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกระทำความผิดในเรื่องที่สำคัญเท่านั้น จึงเป็นประเด็นที่น่าศึกษาว่าการกำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องร่วมรับผิดชอบดังกล่าวสามารถจะแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการขาดความร่วมมือของผู้ให้บริการได้หรือไม่

ในต่างประเทศ จะพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ได้มีการออกวางข้อกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการบนระบบเครือข่ายไว้เช่นกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกำหนดไว้ใน Communications Decency Act ใน Title 47 §230 (c) และประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดไว้ใน Electronic Transactions Act 1998 อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์จะเป็นการบัญญัติให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่กำหนด เนื่องจากโดยหลักแล้ว เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นบนระบบเครือข่าย ได้มีการนำหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิมมาปรับใช้ให้ผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นอยู่แล้ว ดังที่ปรากฏในคดี Stratton Oakmont v Prodigy Service Co. คือ หากผู้

⁴³ ประพนธ์ สหพัฒนา, เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่องระบบกระบวนการยุติธรรมในประเทศไทย, 21 สิงหาคม 2550, www.pkk57.org/Reprot.doc.

ให้บริการบนระบบเครือข่ายมีอำนาจบรรณาธิการ ผู้ให้บริการบนระบบเครือข่ายจะต้องรับผิดชอบ เช่นเดียวกับบรรณาธิการหนังสือพิมพ์รับผิดชอบ แต่เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้ให้บริการ เพื่อสนับสนุนการพัฒนาอินเทอร์เน็ตและเพื่อรักษาความเป็นเอกลักษณ์ตามธรรมชาติของอินเทอร์เน็ตไว้จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองการกระทำบางประการของผู้ให้บริการเพื่อจะไม่ต้องรับผิดชอบ ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในประเทศไทยจะพบว่าความรับผิดชอบของผู้ให้บริการระบบเครือข่ายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์จะกว้างกว่าประเทศไทย

ในขณะที่สหภาพยุโรป มีการกำหนดแนวทางความรับผิดชอบของผู้ให้บริการไว้ใน Directive on electronic commerce โดยนอกจากจะวางหลักเกณฑ์กำหนดให้ผู้ให้บริการบางประเภทซึ่งไม่มีหน้าที่และไม่มีอำนาจในการตรวจสอบ แกะไขข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในขอบเขตการให้บริการของตน ให้ไม่ต้องรับผิดชอบแล้ว ยังกำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วยว่าในบางกรณี เช่น ผู้ให้บริการดังกล่าวกระทำความผิดเสียเอง หรือรู้หรือควรรู้ได้ถึงการกระทำความผิดแต่ไม่ได้ลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูล ผู้ให้บริการก็ยังคงต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย ทำให้ในกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แม้ผู้ให้บริการจะไม่ได้รู้ถึงการกระทำ แต่หากต่อมาภายหลังได้รู้หรือควรรู้ว่ามี การกระทำความผิดเกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนและยังเพิกเฉย ปล่อยให้ข้อความดังกล่าวยังคงอยู่ หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ให้บริการก็ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย ต่างจากประเทศไทยกฎหมายซึ่งจากการศึกษากฎหมายที่สามารถจะนำมาพิจารณา ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะพบว่าฐานความผิดซึ่งสามารถจะนำมาปรับใช้ในกรณีที่ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง คือ ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุน ความผิดฐานทำลายพยานหลักฐาน หรือ ความผิดฐานจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนเท่านั้น เพราะจากที่ได้กล่าวไปแล้วในส่วนของปัญหาที่เกิดจากรูปแบบในการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายว่าพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่ายได้ ผู้เขียนจึงจะขอแยกพิจารณาตามฐานความผิด ดังนี้

1. ความผิดฐานสนับสนุน - เนื่องจากบุคคลจะรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สนับสนุนได้ก็ต่อเมื่อมีการให้ความช่วยเหลือผู้กระทำความผิดก่อนความผิดจะสำเร็จลงแล้วเท่านั้น แต่จากลักษณะของการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง หากเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือ

ความผิดฐานดูหมิ่นพระรามหากษัตริย์ พระราชวงศ์ เจ้าพนักงาน ศาลหรือผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแม้จะเพียงมีเพียงการกระทำโดยไม่มีผู้ได้รับรู้ข้อมูลก็เป็นความผิดสำเร็จ จะเห็นได้ว่าผู้กระทำจะตกเป็นผู้กระทำความผิดตั้งแต่มีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์แล้ว ดังนั้น หากผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ที่รู้ถึงการกระทำความผิดก่อนที่จะมีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ผู้ให้บริการจึงไม่น่าจะมีโอกาสเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดนี้ได้เลย

ส่วนการกระทำความผิดตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 รวมถึงความผิดฐานหมิ่นประมาท และความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือโดยการโฆษณาตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อมีบุคคลที่สามเข้ามารับรู้ข้อความ แม้ระหว่างที่ยังไม่มีผู้ใดพบเห็นข้อความนั้น และผู้ให้บริการพบข้อความดังกล่าวก่อนโดยไม่ได้ลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว ผู้ให้บริการก็ไม่ใช่ผู้สนับสนุน เพราะเหตุว่าเมื่อผู้ให้บริการพบข้อความนั้นโดยผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง ผู้ให้บริการจะกลายเป็นบุคคลที่สามซึ่งทำให้ความผิดของผู้นำข้อมูลเข้าสู่ระบบสำเร็จลง

2. ความผิดฐานทำลายพยานหลักฐาน – ในคดีความผิดต่อชื่อเสียง หากผู้ให้บริการเชื่อว่าการกระทำของผู้ใช้บริการเป็นการกระทำความผิด และเจตนาช่วยไม่ให้ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลงโดยการทำให้พยานหลักฐานเสียหาย หรือทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสียซึ่งพยานหลักฐานนั้น ไม่ว่าจะอยู่ในชั้นพิจารณาคดีหรือไม่ ผู้ใช้บริการก็จะต้องรับผิดชอบ

3. ความผิดฐานจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน – ความผิดฐานนี้ผู้เขียนเห็นว่าค่อนข้างจะขัดกับหลักกฎหมายอาญา เนื่องจากโดยหลักแล้วการกระทำความผิดอาญาจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องมีกฎหมายขัดแย้ง กฎหมายลายลักษณ์อักษรตามความหมายในทางอาญาต้องเข้าใจตามความหมายอย่างแคบ⁴⁴ และจะต้องบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด การตีความในกฎหมายจึงต้องพิจารณาตามตัวอักษร จะขยายความในบทกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ระบุไว้ให้ชัดว่าเป็นความผิดด้วยย่อมไม่ตรงกับหลักในการตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดนี้ ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กลับนำคำว่าจงใจ ซึ่งเป็นคำทางกฎหมายแห่งที่มีความหมายกว้างกว่า

⁴⁴ จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : จีระการพิมพ์, 2546), หน้า 33.

คำว่า เจตนา ดังนี้ หากผู้กระทำเพียงรู้สำนึกถึงการกระทำของตนว่าจะเป็นผลเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่ได้เจตนาจะให้การสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ผู้กระทำก็จะเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๓๑ แล้ว ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ให้บริการใดไม่ตรวจสอบดูแลเนื้อหาบนระบบเครือข่ายของตน และมีบุคคลอื่นทราบถึงการปล่อยปละละเลยนั้นจึงเข้ามากระทำให้นุคคลอื่นเสียชื่อเสียง ผู้ให้บริการดังกล่าวก็อาจจะต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้จงใจยินยอมให้มีการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ทั้งที่ผู้ให้บริการไม่ได้ทราบถึงข้อความดังกล่าวเลย เป็นต้น ซึ่งการกำหนดให้ผู้ให้บริการรับผิดชอบในลักษณะดังกล่าวไม่น่าจะถูกต้อนักตามแนวทางของกฎหมายอาญา

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ จะพบว่าแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ก็ไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบในกรณีใดบ้าง แต่ก็มิใช่อสังเกตประการหนึ่ง คือ กฎหมายของทั้ง 2 ประเทศซึ่งกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการไม่ใช่กฎหมายทางแพ่ง แนวทางในการตีความกฎหมายจึงแตกต่างกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ของไทยซึ่งเป็นกฎหมายอาญา

จากข้อสังเกตที่ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสิงคโปร์ ไม่ใช่กฎหมายอาญา ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะเป็นเหตุให้แนวทางในการกำหนดหน้าที่และความรับผิดของผู้ให้บริการจึงแตกต่างกับกฎหมายไทย กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่สามารถบัญญัติยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการโดยไม่กำหนดฐานความผิดก่อนได้ ทำให้ผู้ให้บริการไม่สามารถรู้ถึงวิธีปฏิบัติเพื่อให้พ้นจากความรับผิดอย่างชัดแจ้ง ทั้งยังอาจจะเป็นช่องว่างแก่ผู้ให้บริการในการปล่อยปละละเลยไม่เข้ามาดูแลระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน เพราะเห็นว่าหากเข้ามาดูแลแล้วแต่ไม่ทั่วถึง ก็อาจจะต้องรับผิดชอบในฐานะจงใจยินยอมให้มีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนก็เป็นได้

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าน่าจะมีการออกระเบียบหรือประกาศจากหน่วยงานของรัฐกำหนดลักษณะของเนื้อหาซึ่งต้องห้าม รวมถึงกำหนดแนวปฏิบัติเพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถจัดการเมื่อมีการนำข้อมูลซึ่งสุ่มเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อชื่อเสียง ดังเช่น Internet Code of Practice และ Internet Industry Guideline ของประเทศสิงคโปร์

4.2.4 การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดต่อชื่อเสียงบนระบบเครือข่าย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงลักษณะของระบบเครือข่ายว่าผู้ใช้บริการสามารถนำข้อมูลเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ได้อย่างง่ายดายและแทบจะไม่มีค่าใช้จ่าย ในปัจจุบันนอกจากผู้ให้บริการด้านเนื้อหาแล้วจึงยังมีผู้ใช้บริการอีกเป็นจำนวนมากนำข้อมูลเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ โดยลักษณะของข้อมูลก็มีความหลากหลาย ทั้งการเขียนนวนิยายหรือบทความออนไลน์⁴⁵ ซึ่งในปัจจุบันสร้างรายได้แก่ผู้เขียนอย่างมหาศาล⁴⁶ การร้องเรียนขอความเป็นธรรม⁴⁷ หรือแม้กระทั่งการปรึกษาปัญหาชีวิต⁴⁸ ทำให้อาจจะเกิดการนำข้อมูลที่มีเนื้อหาเป็นความผิดต่อชื่อเสียงเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ได้อย่างง่ายดาย และเมื่อบุคคลได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง ไม่ว่าจะโดยการจงใจกล่าวหาว่ากระทำผิด ประพฤติตนไม่เหมาะสม หรือหากเป็นร้านค้า โรงแรมหรือหน่วยงานทางธุรกิจอื่นๆ ผู้ได้รับความเสียหายอาจจะเห็นว่าการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่ใช่แนวความคิดที่ดีนัก เนื่องจากการดำเนินคดีจะทำให้บุคคลที่ทราบถึงข้อมูลที่มีเนื้อหาทำให้ตนเสียชื่อเสียงมีเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะหากผู้เสียหายเป็นบุคคลสาธารณะ อีกทั้งคดีความผิดต่อชื่อเสียง โดยมาแล้วจะมีค่าใช้จ่ายสูงจนผู้เสียหายรู้สึกไม่คุ้มที่จะดำเนินคดี และสิ่งที่สำคัญที่สุด คือ ความคิดของสาธารณชนซึ่งในขณะที่มีการฟ้องดำเนินคดีย่อมจะรับทราบแต่ข้อความซึ่งไม่เป็นความจริงดังกล่าว แม้ในภายหลังศาลจะมีคำพิพากษาว่าข้อมูลดังกล่าวไม่เป็นความจริง ประชาชนก็หมดความสนใจในเรื่องนั้นแล้ว⁴⁹ ผู้เสียหายจึงอาจจะถูกจดจำในภาพลักษณ์ตามที่ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลไว้

⁴⁵ ตัวอย่างผู้ให้บริการพื้นที่ในการเขียนนิยายออนไลน์ ได้แก่ เว็บไซต์เด็กดี (www.dek-d.com/writer/) หรือโต๊ะถนนนักเขียนในเว็บไซท์พันทิป (www.pantip.com/cafe/writer/) เป็นต้น

⁴⁶ ผู้จัดการออนไลน์, นักเขียนออนไลน์ อาชีพเงินล้านในแดนมังกร, <http://www.sipprapa.net/index.php?lay=show&ac=article&Id=12048&Ntype=1>

⁴⁷ ตัวอย่างผู้ให้บริการพื้นที่ในการร้องเรียน ได้แก่ เว็บไซต์โทรโข่ง (www.torakhong.org), กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน (www.labour.go.th/ans/anslist.jsp) เป็นต้น

⁴⁸ ตัวอย่างผู้ให้บริการพื้นที่ในการปรึกษาปัญหาชีวิต ได้แก่ โต๊ะสวนลุมพินีในเว็บไซท์พันทิป (www.pantip.com/cafe/lumpini/), เว็บไซต์ไทยเมนทอล (www.thaimental.com/index.php) เป็นต้น

⁴⁹ Aaron Larson, Why Commencing A Defamation Action Is Not Always A Good Idea, http://www.expertlaw.com/library/personal_injury/defamation.html#1.

จากสภาพปัญหาดังกล่าว และด้วยเหตุที่ผู้ใช้บริการระบบเครือข่ายสามารถนำข้อมูลเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ได้อย่างง่ายดายทำให้ผู้เสียหายบางรายกระทำตอบโต้ผู้กระทำ ความผิดโดยการนำข้อมูลฝ่ายของตนลงสู่ระบบเครือข่ายเป็นการตอบโต้ผู้กระทำ ความผิด จนในที่สุดจะกลายเป็นการใช้ระบบเครือข่ายเป็นเครื่องมือในการแก้แค้นกัน เพราะเห็นว่าหากรอให้ดำเนินคดีไปตามกระบวนการยุติธรรมอาจจะล่าช้าไม่ทันกาลก็เป็นได้ ซึ่งเมื่อผู้เสียหายได้ยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายโดยชอบ กรณีนี้ก็จะถือว่าบุคคลดังกล่าวปราศจากความเสียหาย⁵⁰ และจะกลายเป็นการแก้แค้น ตอบโต้กันโดยใช้ระบบเครือข่ายเป็นเครื่องมือ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าพื้นที่บนระบบเครือข่ายใดซึ่งมีความเสี่ยงที่จะถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำ ความผิดต่อชื่อเสียง พื้นที่นั้นควรจะมีการควบคุมและเฝ้าระวังมากกว่า ส่วนอื่น และแนวทางที่น่าจะนำมาปรับใช้ได้แก่ การกำหนดให้ผู้ให้บริการด้านเนื้อหาซึ่งอยู่ในกลุ่มเสี่ยงที่จะมีการกระทำ ความผิดต่อชื่อเสียงจะต้องลงทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐเพื่อประโยชน์ในการติดตามและตรวจสอบต่อไป

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 538-539/2483 ผู้ที่สมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้ไม่มีอำนาจฟ้องผู้ทำร้ายร่างกายตนในการวิวาทนั้น