

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาในการควบคุม ป้องกันและปราบปรามการเผยแพร่ภาพ และสื่อลามกผ่านทางอินเทอร์เน็ต

ปัจจุบันการผลิตเผยแพร่จำหน่ายภาพและสื่อลามกต่างๆ ได้มีการพัฒนารูปแบบและวิธีการที่หลากหลายขึ้น ประกอบกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีสารสนเทศ ผสมผสานกับการพัฒนาทางด้านคอมพิวเตอร์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทำให้สื่อลามกบนอินเทอร์เน็ตสามารถแพร่หลายไปสู่สังคมของประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้อย่างรวดเร็วจนยากที่จะควบคุมป้องกัน แม้หลายทุกประเทศจะได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมการผลิตและเผยแพร่ภาพหรือสื่อลามกแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถที่จะนำมาตราการทางกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาแก้ไขปัญหาการแพร่หลายของสื่อลามกได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะกับสื่อลามกบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาอันสำคัญที่จะส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีงามของสังคม และกฎหมายของบ้านเมืองที่มีอยู่เป็นอันมาก

4.1 ปัญหาการกำหนดความหมายของภาพลามกหรือสื่อลามก

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่ภาพหรือสื่อลามกที่นับว่าเป็นปัญหาสำคัญที่ทุกประเทศต่างประสบปัญหาที่คล้ายคลึงกันคือ การที่ไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายที่ให้คำนิยามศัพท์คำว่า "สื่อลามก" ที่มีความชัดเจนแน่นอนได้ ซึ่งปัญหานี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการที่จะทำการควบคุมและปราบปรามการผลิตและการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกต่างๆ เป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ อัยการ ศาล และประชาชนทั่วไปต่างมีความสับสนในการที่จะวินิจฉัยว่า ภาพหรือสื่อหรือสิ่งของใดจะถือว่าเป็นภาพหรือสื่อลามกที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย หากมีการผลิตและนำมาเผยแพร่ต่อสาธารณะ

4.1.1 ปัญหาการกำหนดความหมายของภาพ หรือสื่อลามกของต่างประเทศ

คำว่า "สื่อลามก" มีการใช้คำอยู่สองคำ คือ คำว่า "Pornography" กับ "Obscenity" ซึ่งมีความหมายใกล้เคียงกัน โดย Pornography หมายความว่า การบรรยายถึงพฤติกรรมทางเพศ เช่น ภาพหรืองานเขียนที่โน้มนำไปสู่ความตื่นเต้นทางเพศ หรือ เป็นการบรรยายถึงการกระทำในอาการตื่นเต้นเพื่อทำให้เกิดปฏิกิริยาทางอารมณ์ที่รุนแรงและรวดเร็ว ส่วน Obscenity หรือ Obscene หมายถึง

ความว่า ความรู้สึกอันน่ารังเกียจ หรือสิ่งน่ารังเกียจในทางศีลธรรมหรือคุณงามความดี ซึ่งในการใช้คำ ทั้งสองมีความแตกต่างกัน โดยคำว่า "Pornography" จะใช้สำหรับการบรรยายวัตถุทั้งหมดที่เป็นเรื่อง ทางเพศโดยแท้ และมุ่งหมายต่อการปลุกอารมณ์ทางเพศ ส่วน "Obscenity" จะใช้เกี่ยวกับทางด้าน ความรู้สึก หรือแสดงลักษณะของวัตถุ สิ่งของ หรือการแสดงที่ถือว่าเป็นลามก และใช้ในส่วน ของ ลักษณะความผิด¹

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ประสบกับปัญหาการแพร่หลายของสื่อลามกที่รุนแรงมากประเทศหนึ่ง ซึ่งคำว่าสื่อลามกในสหรัฐอเมริกานั้น มีการใช้คำศัพท์อยู่สองคำคือ Pornography และ Obscenity ซึ่งมีความหมายที่ใกล้เคียงกันแต่มีความหมายในการนำไปใช้แตกต่างกัน กล่าวคือ Pornography นั้นเป็นคำศัพท์ที่มีความหมายไม่ชัดเจน เพราะเป็นคำที่ให้ขอบเขตของ ความหมายทั้งการอธิบายถึงลักษณะของวัตถุและการประเมินค่าของวัตถุ ส่วนคำว่า Obscenity นั้น หมายถึง สิ่งที่น่ารังเกียจในทางศีลธรรม ความรู้สึกที่น่ารังเกียจ สิ่งทีกระตุ้นแรงเร้าให้เกิดความต้องการทางเพศ หรือมีพฤติกรรมที่เสื่อมทราม²

ในสหรัฐอเมริกาประเด็นที่ว่าสื่อลามกนั้นสามารถที่จะกำหนดความหมายของสื่อลามกให้ชัดเจน โดยการบัญญัติความหมายของคำว่าสื่อลามกไว้ในกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดคำนิยามความหมายของสื่อลามกไว้ในกฎหมายนี้ มีความเห็นเป็นสองแนวคือ แนวแรก เห็นว่าสื่อลามกเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกำหนดความหมายให้ครอบคลุมได้อย่างชัดเจนส่วนแนวที่สอง มีความเห็นว่าสื่อลามกนั้นสามารถที่จะกำหนดความหมายให้ชัดเจนได้ โดยวิธีการศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นต่างๆ ของบุคคลในสังคมว่า สิ่งใดที่สังคมเห็นว่าเป็นสื่อลามก และควรที่จะควบคุม จากนั้นจึงนำมาบัญญัติกำหนดให้เป็นความหมายของคำว่า สื่อลามกไว้ในกฎหมาย

ก. การให้คำนิยามศัพท์ของคำว่าสื่อหรือสื่อลามกของสหรัฐอเมริกา ทั้งที่เป็นแนวคำตัดสินของศาล,แนวความคิดเห็นของนักกฎหมายและกลุ่มองค์กรต่างๆ ของสหรัฐอเมริกา มีดังนี้

(1). ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ได้วินิจฉัยจากหลักเกณฑ์กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสื่อหรือสื่อลามกโดยกำหนดมาตรฐานการพิจารณาที่เรียกว่า มาตรฐาน Roth ไว้ว่า สื่อลามกนั้นเป็นสิ่ง

¹ John B. McConahay, *Pornography : The Symbolic Politics of Fantasy*, *Law and Contemporary Problems*. Vol.51 (1988), p.31-36.

² John D. Zeleny, *Communication Law : liberties. Restraints. and the Modern Media*. (California : Wadsworth Publishing Company, 1993), p.469.

ที่มีเนื้อหาทั้งหมดโน้มนำไปในทางกิเลสตัณหาและการที่จะวินิจฉัยว่าเป็นสิ่งลามกนั้น ต้องเกิดจากการวินิจฉัยของบุคคลโดยทั่วไปในสังคม และเป็นการวินิจฉัยที่มาจากมาตรฐานกลางของสังคมในขณะนั้น นอกจากนี้สิ่งลามกต้องเป็นวัตถุที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางเพศที่มีวัตถุประสงค์ในทางก่อให้เกิดกิเลสตัณหา³ ซึ่งต่อมาศาลสูงของสหรัฐอเมริกาในคดี Miller V. California ได้ตัดสินวางแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาสิ่งใดเป็นสิ่งลามกขึ้นมาใหม่ดังนี้คือสิ่งที่ถูกนำมาวินิจฉัยนั้นได้รับการวินิจฉัยจากบุคคลโดยทั่วไป, การวินิจฉัยนั้นเป็นการวินิจฉัยที่มาจากมาตรฐานกลางของสังคมในขณะนั้น, งานที่ปรากฏทั้งหมดนั้นเป็นงานที่ชักจูงโน้มนำไปให้เกิดกิเลสตัณหา, งานที่ปรากฏหรือแสดงออกนั้น เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางเพศที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมายของรัฐนั้นและงานที่ปรากฏทั้งหมดนั้น ปรากฏจากคุณค่าทางวรรณกรรม, ศิลปะกรรม การปกครองหรือทางวิทยาศาสตร์

สำหรับขอบเขตว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกนั้น ผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกา พอตเตอร์ สจิวต์ (Potter Stewart) ได้กล่าวเอาไว้ว่า ไม่อาจให้คำจำกัดความของสิ่งลามกได้แต่จะรู้ได้ต่อเมื่อได้เห็น⁴

(2). The National Council for Civil Liberties เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อต่อต้านสิ่งลามก ได้กำหนดคำจำกัดความของสื่อลามกว่าต้องมีลักษณะ 3 ประการดังต่อไปนี้ คือ ต้องเป็นเรื่องทางเพศที่ปรากฏอย่างชัดแจ้ง, ต้องเป็นภาพที่แสดงว่าผู้หญิงมีความพึงพอใจที่จะยอมรับการทำร้ายและเป็นการกระทำต่อผู้หญิงโดยการนำผู้หญิงมาเพื่อสนองความต้องการของผู้ชาย

(3). The Campaign for Press and Broadcasting Freedom (CPBF) ได้ให้คำจำกัดความสื่อหรือสิ่งลามกไว้ว่า หมายถึงภาพยนตร์ วีดีโอ และภาพพิมพ์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือ การแสดงสัคส์ส่วนต่างๆ ของร่างกายผู้หญิง วัตถุ หรือสินค้า หรือการแสดงทางเพศที่เป็นการเหยียดหยาม หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสดงความรุนแรง

(4). The Campaign Against Pornography and Censorship (CPC) ได้ให้คำจำกัดความของสื่อหรือสิ่งลามกไว้ว่า หมายถึง ภาพของการเปิดเผยทางเพศ โดยการนำผู้หญิงมา

³ Roy. L. Moore, Mass Communication Law and Ethics. (New Jersey : Lawrence Erlbaum Associates, Inc.1994), p.487-488.

⁴ Susan M. Easton, The Problem of Pornography : regulation and the right to free speech. (London : Routledge, 1994), p.xi.

แสดงการเหยียดหยามผ่านภาพหรือคำพูด⁵

(5). Cathrine Mackinnon ศาสตราจารย์ทางกฎหมายได้ให้คำนิยามว่าสื่อหรือสิ่งลามกคือ ภาพการมีเพศสัมพันธ์ที่แสดงออกถึงการเหยียดหยามสตรีอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นภาพหรือคำพูดที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศ, การนำสตรีมาแสดงในภาพที่ยินยอมถูกระงับทางเพศ การบริการทางเพศ หรือถูกนำมาแสดงโชว์ทางเพศ, ภาพอวัยวะส่วนต่างๆ ของสตรี หรือทั้งร่างกาย, การนำสตรีมาแสดงว่าถูกร่วมเพศด้วยการสอดใส่ด้วยวัตถุต่างๆ , การร่วมเพศกับสัตว์

(6). Cass R. Sunstein ศาสตราจารย์ทางกฎหมายได้ให้คำนิยามสื่อหรือสิ่งลามกกว่า ถ้าเป็นสิ่งลามกต้องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์อย่างชัดเจน มีวัตถุประสงค์และมีความต้องการให้เป็นสิ่งที่กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ

(7). Myrna Kostash นักสังคมวิทยา ได้ให้คำจำกัดความว่าสื่อหรือสิ่งลามก คือ สิ่งที่แสดงออกไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกจริง, การสร้างกระทำด้วยวาจา ด้วยรูปภาพ, ภาพยนตร์, วิดีโอเทป หรือสิ่งที่แสดงออกอย่างอื่น ของการมีพฤติกรรมทางเพศระหว่างบุคคล หรือพฤติกรรมที่สามารถชักจูงให้กระทำในสิ่งที่ผิดศีลธรรม⁶

(8). Marianne Wesson นักสังคมสงวิทยา ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า สื่อหรือสิ่งลามกคือ สิ่งที่แสดงออกของความรุนแรง หรือก่อให้เกิดความเจ็บปวดต่อบุคคล หรือเด็กที่ไม่ยินยอมด้วยเพื่อวัตถุประสงค์ในการกระตุ้นความต้องการทางเพศ หรือทำให้พึงพอใจในทางเพศ และมุ่งเน้นนำให้มีพฤติกรรมที่เปิดเผย⁷

(9). Deana Pollard นักกฎหมาย ได้ให้คำจำกัดความของสิ่งลามกไว้ดังนี้ คือ สื่อหรือสิ่งลามกที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หมายถึง ภาพยนตร์ที่แสดงออกเกี่ยวกับการกระทำทางเพศอย่างชัดเจน และการทำร้ายร่างกายระหว่างการมีเพศสัมพันธ์ และการแสดงออกทางเพศอย่างชัดเจน หมายถึง อวัยวะเพศของบุคคลในพฤติกรรมที่ต้องการกระตุ้นหรือปลุกเร้าอารมณ์ทางเพศ, การสำเร็จความ

⁵ Catherine Hrin, A Legal Definition of Pornography. (Cambridge : Cambridge University, 1991), p:440-442.

⁶ Ibid. p.1271. Myrna Kostash, Second Thoughts, in WOMEN AGAINST CENSORSHIP 32, 34 (Varda Burstyn ed., 1985).

⁷ Ibid. p.1271. Marianne Wesson, Sex, Lies and Videotape : The Pornographer as Censor, 66 WASH. L. REV. 913, 915 (1991).

ใคร่ด้วยตนเองของบุคคล, การมีเพศสัมพันธ์หรือกามวิถิตถาร, การแสดงความใคร่หรือการปลุกเร้าทางกามารมณ์ โดยการสัมผัสร่างกายของบุคคล อวัยวะเพศ เป็นต้น

(10). Bruce A. Taylor ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ได้ให้คำจำกัดความว่าสื่อลามก หมายถึง สิ่งที่แสดงออกถึงการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง รวมถึงการมีเพศสัมพันธ์ทางอวัยวะเพศ, ทางทวาร และทางปาก, การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง, การสอดใส่, การหลั่งอสุจิที่ปรากฏอย่างชัดเจน

(11). กฎหมายของมลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา ได้มีการให้คำจำกัดความหรือความหมายของคำว่า "สื่อหรือสื่อลามก" โดยสรุปไว้ดังนี้คือ สื่อหรือสื่อลามก หมายถึงการกระทำทางเพศที่แสดงออกถึงการดูถูกเหยียดหยามสตรีที่ปรากฏอย่างชัดเจนไม่ว่าด้วยรูปภาพ หรือ คำพูด

ข. Council of Europe ได้ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารไว้ว่า เป็นวัตถุที่แสดงออกเกี่ยวกับภาพและเสียงอันมีการใช้ไปในวัตถุประสงค์ทางเพศ

ค. องค์การตำรวจสากล (The International Criminal Police Organization : INTERPOL) ได้ให้ความหมายไว้ว่าเป็นการพรรณนาให้เห็นถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ โดยสนใจไปที่พฤติกรรมทางเพศและการแสดงอวัยวะเพศ

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า สื่อลามกหรือภาพลามก หมายถึง วัตถุที่ทำให้ปรากฏออกมาเป็นภาพและเสียง ด้วยวิธีการต่างๆ โดยมุ่งไปที่พฤติกรรมหรือกิจกรรมทางเพศอันมีลักษณะเป็นการลามก และการจะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกนั้นต้องพิจารณาในเรื่องของความน่าอูจาด บัดสี การนำผู้ใหญ่หรือเด็กมาใช้เป็นผู้แสดงในภาพเปลือย ภาพเบี่ จะต้องมึลักษณะของความอูจาด บัดสี กล่าวคือ โดยถือมาตรฐานของวิญญูชนในสังคม

กล่าวโดยสรุปสำหรับปัญหาของการกำหนดความหมายหรือการให้คำนิยามของคำว่า ภาพหรือสื่อลามกในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและโดยทั่วๆ ไปนั้น ไม่มีคำนิยามหรือคำจำกัดความที่มีลักษณะเป็นสากล เนื่องจากขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม ศีลธรรม และกฎหมายของประเทศต่างๆ นั้นมีความแตกต่างกันทั่วโลก ทำให้เป็นเรื่องยากในการที่จะให้คำนิยามหรือคำจำกัดความในลักษณะที่เป็นสากลหรือเป็นบรรทัดฐานเดียวกันทั่วโลกได้ ซึ่งแม้แต่ร่างกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ของคณะกรรมการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรมของยุโรป (Council of Europe) หรือ (The European Committee on Crime Problems : CDPC) ในการประชุมเมื่อวันที่ 18-22 มิถุนายน 2544 ก็ได้กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรค 2 ว่า คำว่า "สื่อลามก(Pornographic Material)" ให้อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติกฎหมายตามหลักเกณฑ์ของแต่ละประเทศอันเกี่ยวกับสื่อลามกที่ขัดต่อวัฒนธรรม ศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณี



4.1.2 ปัญหาการกำหนดความหมายของภาพหรือสื่อลามกของประเทศไทย

บทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ในการควบคุมภาพหรือสื่อลามกโดยตรงคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 ต่างๆก็เป็นกฎหมายที่ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการควบคุมสื่อลามก โดยเฉพาะการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต สาเหตุสำคัญประการหนึ่งเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้คำนิยามศัพท์ของคำว่า สื่อลามกว่ามีขอบเขตแคไหนเพียงใด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมสื่อลามกเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเดิมกฎหมายลักษณะอาญาใช้คำว่าลามกอนาจารเป็นคำๆ เดียวกัน⁸

ได้มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ คำว่า "สื่อหรือสิ่งลามก" " ไว้ว่าได้แก่ ภาพ หนังสือ หรือวัตถุอันมีลักษณะที่ทำให้ผู้พบเห็นมีความรู้สึกทางกามารมณ์และมีความกำหนัด หรือภาพ หนังสือ หรือวัตถุอันได้จัดทำขึ้นให้มีลักษณะลามก โดยมีได้แฝงความเป็นศิลปะไว้แต่ประการใด⁹ ซึ่งวัตถุหรือภาพศิลปะย่อมไม่อยู่ในข่ายที่เป็นลามกได้

ตามที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า สิ่งใดจะเป็นลามกหรือไม่จะพิจารณาถึงจุดประสงค์ของผู้ประดิษฐ์สิ่งนั้นขึ้นมาว่า มีจุดประสงค์ไปในทางใด ถ้าเป็นภาพหรือวัตถุก็ต้องพิจารณาถึงส่วนที่เป็นลามกว่า เจตนาจะให้ เป็นศิลปะหรือจะให้ยั่วยุกามารมณ์

สำหรับประเทศไทยค่อนข้างมีปัญหาในเรื่องการให้คำจำกัดความของคำว่า "สิ่งลามก" ว่ามีขอบเขตแคไหนเพียงใดเช่นเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไม่ได้ให้คำนิยามเอาไว้ จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนก่อให้เกิดปัญหาต่อการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่

ก. ความหมายของคำว่า "ลามก" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง หยาบช้าเลวทราม สกปรก อันเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม ซึ่งคำว่า "ลามก" นี้ เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 แต่ก็มีได้ให้คำจำกัดความไว้ ซึ่งตามคำพิพากษาของศาลฎีกาและตามความเห็นของนักกฎหมายได้ให้ความหมาย

⁸ ณรงค์ ใจหาญ, "ความหมายของสิ่งลามก", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 (2529) : 125-131.

⁹ คณิศ ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 470.

ของคำว่า “ลามก” ไว้ดังนี้คือ สิ่งที่คุณพบเห็นมีความรู้สึกที่น่าอูจาด บัดสี น่าอับอาย ส่วนใหญ่จะแสดงออกในรูปของภาพเปลือยมนุษย์ ภาพอวัยวะเพศทั้งหญิงและชาย หรือภาพการร่วมเพศของมนุษย์ โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้พบเห็นเกิดความใคร่ทางกามารมณ์ ไม่ว่าจะแสดงออกมาในรูปของภาพเขียน ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ วีดิโอเทป แผ่นดิสก์ เลเซอร์ดิสก์ แถบบันทึกภาพ แถบบันทึกเสียง หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม หากมีลักษณะและจุดประสงค์ดังที่กล่าวมาแล้ว ล้วนเป็นสิ่งลามกทั้งสิ้น ซึ่งจะมีความแตกต่างจากงานศิลปะซึ่งศิลปินได้สร้างสรรค์ผลงานออกมาอย่าง

งดงาม น่าพิงชม และมีคุณค่า

ข. ความหมายของคำว่า “อนาจาร” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

พ.ศ.2525 ได้ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง ความประพฤติชั่ว ความประพฤติที่น่าอับอาย ความประพฤตินอกกรอบนอกแบบ ซึ่งเป็นคำที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278,279 แต่ก็มีได้ให้คำจำกัดความไว้เช่นกัน แต่ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาและตามความเห็นนักกฎหมาย ได้ให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” ไว้ดังนี้คือ หมายถึงการประพฤตินอกแบบในลักษณะไม่สมควรทางเพศ การฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล ความใคร่หรือการประเวณี รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย ¹⁰ ดังนั้นแม้ผู้กระทำจะมีได้มีจุดประสงค์ทางความใคร่หรือกามารมณ์ ก็อาจจะเป็นการอนาจารได้ ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง ดังนั้นการจะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการอนาจารหรือไม่นั้น ย่อมแล้วแต่พฤติการณ์เป็นเรื่องๆ ไป ¹¹

สำหรับคำว่า “ลามก” และ “อนาจาร” ตามความหมายโดยทั่วๆ ไปจะหมายความอย่างเดียวกัน มิได้แยกแยะออกจากกันเหมือนคำในบทบัญญัติของกฎหมายอาญา ส่วนใหญ่มักจะกล่าวกันเป็นคำเดียวกันว่า “ลามกอนาจาร” ซึ่งก็หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ไม่น่าจะเป็นการกระทำต่อคน หรือแสดงออกในรูปของสิ่งของต่างๆ หากปรากฏออกมาในรูปของสื่อต่างๆ เช่น ทางหนังสือพิมพ์ ภาพยนตร์ เครือข่ายอินเทอร์เน็ต ก็มักจะเรียกว่า “สื่อลามกอนาจาร” ทั้งนี้มีความพยายามจะให้คำจำกัดความเกี่ยวกับคำว่า “ลามก” ไว้หลายแนวทางด้วยกัน ได้แก่

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 970 / 2477.

¹¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร, 2536), หน้า 1790-1792.

(1). ความหมายของภาพและสื่อลามกตามความเห็นของนักกฎหมาย

การกำหนดให้ความหมายของคำว่า “สิ่งหรือสื่อลามก” นั้น ได้มีนักกฎหมายให้ความเห็นที่แตกต่างกันออกไปเป็นสองฝ่ายคือ ฝ่ายแรกเห็นว่า คำว่า “สิ่งหรือสื่อลามก” นั้น สามารถที่จะกำหนดขอบเขตของความหมายให้ชัดเจนและสามารถนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายได้ ส่วนฝ่ายที่สองเห็นว่า ไม่สามารถที่จะกำหนดความหมายของสิ่งหรือสื่อลามกให้มีความชัดเจนแน่นอนได้ จึงไม่ควรที่จะบัญญัติกำหนดความหมายคำว่า สิ่งหรือสื่อลามกไว้ในกฎหมาย เนื่องจากสิ่งหรือสื่อลามกจะมีความหมายเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย และเปลี่ยนแปลงไปตามวัฒนธรรมประเพณีของแต่ละสังคม

นอกจากนี้ความหมายของคำว่า “สื่อหรือสิ่งลามก” นั้น ยังมีผู้ให้ความหมายว่า หมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกว่าเป็นสิ่งน่าเกลียด น่าอูจาด โน้มนำไปสู่ความชั่ว หรือความใคร่ทางกามารมณ์ โดยส่วนใหญ่สิ่งลามกจะเป็นการแสดงออกในรูปของภาพเปลือยมนุษย์, ภายอวัยวะเพศทั้งหญิงและชาย, ภาพการร่วมเพศของมนุษย์ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการเกี่ยวกับการร่วมเพศ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้พบเห็นเกิดความใคร่ทางกามารมณ์ ดังนั้นจึงแตกต่างจากงานศิลปะ

ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่า สิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่ต้องประกอบด้วยการพิจารณาของวิญญูชนที่มีความทันสมัยต่อเหตุการณ์ และมีมาตรฐานศีลธรรมระดับกลางของสังคมในปัจจุบัน และการพิจารณาว่าอย่างไรเป็นสิ่งลามกนั้น จะต้องพิจารณาถึงความเกี่ยวพันแก่ประชาชนทั่วไป และความเกี่ยวพันแก่การปกครองของสังคมด้วย เพราะฉะนั้นความหมายของคำว่า ลามก จึงย่อมจะผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยของสังคมในแต่ละประเทศ

(2). ความหมายของภาพ วัตถุ หรือสื่อลามก ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา

กฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมภาพและสื่อลามกของประเทศไทยนั้น มิได้มีการบัญญัติคำนิยามศัพท์ของคำว่า สื่อลามก ไว้ว่าสิ่งใดคือ สื่อลามก และสื่อลามกนั้นมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด มีเพียงแต่แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับความผิดฐานผลิต และเผยแพร่สื่อลามก โดยศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า การตีความหมายของคำว่า “ลามก” ตามกฎหมายลักษณะอาญา หรือตามพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 นั้น ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้ไม่ใช่เป็นบุคคลที่เคร่งครัดจารีตประเพณีโดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยของโลกหรือสังคม¹² เนื่องจากกฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมภาพและและลามกตามกฎหมายที่กล่าวมาแล้วนั้นมิได้มีการกำหนดคำนิยามศัพท์ของคำว่า “สิ่งหรือสื่อลามก”ไว้ว่า หมายถึงสิ่งใด ดังนั้นศาลฎีกาจึงได้วินิจฉัยไว้ว่าในการที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งหรือสื่อลามกตามกฎหมาย

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978 / 2492.

หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชน ซึ่งหมายถึง บุคคลทั่วไปในสังคมที่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีตามสามัญสำนึกของผู้คน และวิญญูชนนั้นต้องไม่ใช่บุคคลที่เคร่งครัดจารีตประเพณี โดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยของสังคม ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นภาพ วัตถุ หรือสื่อลามกไว้ ดังนี้

(2.1). ภาพที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นภาพลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ

- ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย
- ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปร่งตามีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก
- ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ
- ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งประคองนมอีกข้างหนึ่งล้วงเข้าไปจับอวัยวะเพศ
- ภาพหญิงเปลือยกายมีแหคลุมตัวมือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ
- ภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ¹³
- ภาพยนตร์ที่ประกอบด้วยภาพเปลือยและการแสดงความสัมพันธ์ทางเพศในภาพยนตร์ ¹⁴
- หนังสือ บทความ หรือข้อความที่ไม่มีวัตถุประสงค์ด้านวิชาการ ถ้ามีภาพอวัยวะสืบพันธุ์ของชายหญิง ¹⁵
 - ภาพหญิงสาวซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง
 - ภาพอวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่
 - ภาพที่อยู่ในอริยาบถที่ไม่เรียบร้อยไม่น่าดูแล้วน่าเกลียดน่าบัดสี
 - ภาพอยู่ในอริยาบถอนหงายต่างขาออกกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด
 - ภาพที่อยู่ในอริยาบถนั่งกึ่งต่างขาออก แม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใสซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกัน

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510 / 2531.

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3213 / 2526.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 959-960 / 2505 (ประชุมใหญ่).

- ภาพทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัดซึ่งภาพดังกล่าวเป็นภาพที่มีเจตนายั่วยู่ให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรง

- ข้อความต่างๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจน โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยู่กามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคายก็ตาม

- ภาพที่แม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วยู่กามารมณ์

(2.2). ภาพที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นภาพลามก

- ภาพหญิงเปลือยกายเห็นเด่นชัดเฉพาะถัน ส่วนอวัยวะเพศถูกระบายให้ลบลึบ

- ภาพหญิงเปลือยในท่าต่างๆ แต่ไม่มีภาพใดที่เปิดเผยให้เห็นของลับ

- ภาพที่เป็นการแสดงฝีมือในการถ่ายภาพ

- ภาพแสดงให้เห็นความงามของทรวดทรงตลอดจนอวัยวะภายนอกของหญิง

- สิ่งปรากฏไม่ได้แสดงไปในทางเลวทรามต่ำช้าหรือประพฤตินอกกิริยาจารีตนิยม

- ภาพซึ่งแสดงถึงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่ได้มีสิ่งปกปิด

- ภาพส่วนล่างได้มีการปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงาๆ และได้ลบลึบให้เป็นอวัยวะ

ที่ราบเรียบแล้ว

- ภาพที่ไม่มีลักษณะน่าเกลียด น่าอูจาด บัดสี¹⁶

- หนังสือ บทความ หรือข้อความที่มีวัตถุประสงค์ด้านวิชาการแม้มีภาพอวัยวะสืบพันธุ์ของชายหญิง¹⁷

- ภาพที่มีลักษณะเป็นศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกาย¹⁸

โดยศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า การที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีสิ่งลามกไว้ในความครอบครองจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งภาพหรือสื่อลามกหรือไม่ บุคคลนั้นจะต้องมีเจตนาในการที่จะแสดงอวดแก่ประชาชนทั่วไป¹⁹ หรือมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า ดังนั้นหากบุคคลใดครอบครองภาพหรือสื่อลามกไว้เป็นการส่วนตัวย่อมไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 แต่อย่างใด และในกรณีที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานทำให้แพร่หลายหรือเผยแพร่

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223 / 2508.

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 959-960 / 2505 (ประชุมใหญ่).

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510 / 2531.

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3070 / 2530.

ซึ่งภาพหรือสื่อลามก จะต้องม่เจตนาในการทำให้แพร่หลายด้วย หากเป็นการทำให้แพร่หลาย หรือเผยแพร่ไปโดยบังเอิญหรือไม่เจตนาแล้ว ก็ยอมม่มีความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใด กล่าวโดยสรุป แนวความเห็นตามคำพิพากษาของศาล นั้น ศาลฎีกาได้วางหลักไว้สำหรับการตีความของคำว่า“สื่อลามก”ว่าจะต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใจเป็นบุคคลที่เคร่งครัดจารีตประเพณีโดยม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยของสังคมโลก และเห็นว่าภาพนั้นมีลักษณะน่าเกลียด น่าอูจาดบ้ดสีที่โม่มนำไปสู่ความต่ำ ความชั่ว หรือความโคร้ในกามารมณ้

(3). ความหมายของภาพ วัตถุ หรือสื่อลามกตามมาตรฐานของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ

การปราบปรามวัตถุหรือสื่อลามกตามประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 นั้น สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้กำหนดระเบียบเกี่ยวกับการปราบปรามสื่อลามกไว้ดังนี้ คือ สื่อลามกทั้งหลายนั้นอยู่ในรูปของหนังสือ ภาพปั้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ รูปถ่าย และภาพยนตร์ สื่อลามกเป็นต้นเหตุให้ศีลธรรมของประชาชนเสื่อมทรามลงและสื่อลามกก่อให้เกิดความผิดอาญาต่างๆ ได้ ซึ่งการพิจารณาว่าวัตถุใดๆ จะเป็นลามกหรือไม่นั้นต้องถือเอาตามความเข้าใจอย่างธรรมดาของคนทุกๆ ไป เป็นเกณฑ์ประกอบเงื่อนไขเหล่านี้ คือ ความลามกนั้น ได้แสดงออกมาอย่างชัดแจ้งมิได้อยู่ในชายแห่งศิลป์,ผู้กระทำผิดมีเจตนาโดยตรงที่จะปลุกใจให้บังเกิดความรู้สึกนึกคิดในทางชั่วร้ายอันน่าอับอายขายหน้า เป็นสิ่งน่าเกลียด ไม่น่าดู ไม่น่าฟังหรือน่าสัมผัส ตามปกติมักจะจงใจให้เกิดความกำหนัดและมักมากในกามคุณ และเป็นทางที่ทำให้เสื่อมเสียศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากนี้ยังได้วางระเบียบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ และโฆษณาเกี่ยวกับภาพยนตร์ ให้เจ้าพนักงานผู้พิจารณาภาพยนตร์ถือปฏิบัติ โดยการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ ให้เจ้าพนักงานพิจารณาวินิจฉัยดูเนื้อเรื่อง ภาพการแสดงตามควรแก่สถานะการณ์และสภาพสังคม ตามหลักเกณฑ์แนวทางการตรวจพิจารณาดังต่อไปนี้คือ ในส่วนประเภทย์ยุกามารมณ้ ให้พิจารณาความเป็นไปตามสภาพของสังคมปัจจุบัน และศีลธรรมอันดีตลอดจนวัฒนธรรมของชาติ,พิจารณาถึงความรู้สึกของผู้ดูภาพยนตร์ อาจก่อให้เกิดความรู้สึกทางเพศอย่างชัดเจน หรือแม้เป็นภาพม่เปลือยแต่หากเจตนาให้ดูสัดส่วนของหญิงโดยม่มีลักษณะในทางศิลปะและก่อให้เกิดความรู้สึกในทางเพศก็ควรห้าม แต่หากเป็นการแสดงการกอดจูบด้วยความรักตามธรรมดา หรือภาพเปลือยแสดงส่วนสัดของหญิงในลักษณะที่ดูแล้วม่เกิดความรู้สึกทางเพศก็ควรอนุญาตได้,การพิจารณาเนื้อเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางเพศ เช่นแสดงถึงความสำส่อน ความมีเสรีในการสมสู่ทางเพศ หรือกามวิปริตทาง

กามารมณ์ แม้อาจเป็นเรื่องจริงที่สะท้อนภาพสังคมก็ตาม แต่อาจจะเป็นการชักจูงใจให้ผู้ดูนิยมชมชอบนำไปปฏิบัติ ซึ่งทำให้เสื่อมเสียต่อวัฒนธรรมและศีลธรรมอันดี ก็ควรพิจารณาห้าม

ดังนั้นจะเป็นได้ว่ากรณีตามมาตรฐานการพิจารณาภาพอันอาจเข้าลักษณะลามกของระเบียบเกี่ยวกับวัตถุลามก ที่กำหนดการพิจารณาโดยถือเอาความความเข้าใจอย่างธรรมดาของคนทั่วไป แล้วพิจารณาว่าความลามกนั้นได้แสดงออกมาอย่างชัดเจนมิได้อยู่ในข่ายแห่งศิลปะ ผู้กระทำมีเจตนาโดยตรงที่จะปลุกใจให้เกิดความรู้สึกนึกคิดในทางชั่วร้ายอันน่าอับอายขายหน้า เป็นสิ่งน่าเกลียด ซึ่งตามปกติมักจะจูงใจให้เกิดความกำหนัดและมักมากในกามคุณ และเป็นทางที่ทำให้เสื่อมเสียศีลธรรมอันดีของประชาชน

(4). ความหมายของภาพ วัตถุ หรือสื่อลามกตามมาตรฐานของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา

คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่ได้รับการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ได้จัดตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางเพื่อกำหนดมาตรฐานการพิจารณาภาพอันอาจเข้าลักษณะลามก หรืออาจจะนำไปสู่ความเสื่อมเสียทางด้านศีลธรรม และวัฒนธรรมอันดีงามของชาติ โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ภาพที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นภาพที่เข้าลักษณะลามก ได้แก่

- ภาพแสดงการร่วมเพศ คือ ภาพที่แสดงให้เห็นว่ากำลังมีการร่วมเพศระหว่างชายกับหญิง, ชายกับชาย (Homosexual), หญิงกับหญิง (Lesbian) หรือคนกับสัตว์ด้วย ไม่ว่าจะภาพนั้นจะแสดงให้เห็นอวัยวะเพศหรือไม่ก็ตาม

- ภาพปั้นที่แสดงการร่วมเพศถ้านำไปใช้ในทางยั่วกามารมณ์

- ภาพเล่าโลมกันจนเป็นที่เข้าใจได้ว่า กำลังร่วมเพศหรือกำลังจะร่วมเพศ

- ภาพที่แสดงเจตนาให้เห็นอวัยวะเพศของชายหรือหญิงซึ่งมิได้ใช้ในวิชาการแพทย์ หรือการศึกษา หรือมิใช่ภาพศิลป์

- ภาพอันอาจเข้าลักษณะหรืออาจนำไปสู่ความเสื่อมเสียทางศีลธรรมและวัฒนธรรมอันดีของชาติ

- ภาพแสดงการเล่าโลมกันไม่ว่าผู้กระทำจะเพศเดียวกันหรือต่างเพศกัน และไม่ว่าผู้กระทำจะมีเครื่องแต่งกายหรือไม่ก็ตาม

- ภาพแสดงความต้องการทางกามารมณ์

- ภาพที่แสดงการเปลือยกาย เปลือยอกของหญิง ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นศิลปะ

จากแนวคิดต่างๆ พอที่จะสรุปได้ว่า สิ่งลามก หมายถึงสิ่งที่มีลักษณะโน้มนำจิตใจของบุคคลที่ได้พบเป็นไปในทางไม่ดี เป็นความบัดสี น่ารังเกียจ อุดสู มุ่งหมายต่อการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศเป็นประการสำคัญ โดยมีได้คาดหวังถึงคุณค่าทางด้านศีลธรรม ศิลปะ วิทยาการความรู้ต่างๆ แต่ประการใด ส่วนกรณีของภาพเปลือย ภาพที่แสดงอวัยวะเพศ หรือภาพแสดงการร่วมเพศที่เให้เพื่อความรูทางเพศศึกษาหรือทางการแพทย์หรือทางศิลปะ จะถือได้ว่าเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกนั้นต้องพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของภาพเหล่านั้นว่าโน้มนำไปสู่ความอุจาด บัดสี จนถือได้ว่าเป็นสิ่งลามกหรือไม่ และต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของผู้กระทำประกอบกันด้วยว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะให้งานเหล่านั้นเป็นไปในทางใด ถ้าพิจารณาว่าสื่อเจตนาไปเพื่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศ ก่อให้เกิดความอุจาดบัดสี งานชิ้นนั้นถือได้ว่าเป็นสิ่งลามก แต่ถ้าพิจารณาว่ามีเจตนาเพื่อให้เกิดความงามทางศิลปะ หรือเพื่อการศึกษาทางวิชาการก็ต้องถือว่างานชิ้นนั้นไม่เป็นสิ่งลามก

4.2 ปัญหาทางกฎหมายกับการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต

ปัญหาที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ต ก็คือการบัญญัติกฎหมายในฐานะที่เป็นกระบวนการแก้ปัญหาของสังคมประการหนึ่ง ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาใดๆ ก็ตามมักเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายหลังการก่อตัวขึ้นของปัญหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาทางด้านเทคโนโลยีซึ่งเป็นปัญหาที่ซับซ้อนและส่วนใหญ่เป็นปัญหาทางเทคนิค ซึ่งในปัจจุบันพบว่าปัญหาของการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกต่างๆ ผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ตนั้นนับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้น ในขณะที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องและมีผลใช้บังคับกับปัญหาอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะนั้นยังไม่มี มีแต่กฎหมายดั้งเดิมที่อาจปรับใช้บังคับแก่กรณีดังกล่าวได้เท่านั้น เช่น กฎหมายอาญา, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ปัญหาที่ตามมาคือกฎหมายที่มีอยู่นั้นมีสภาพบังคับหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอหรือไม่ เพราะกฎหมายเหล่านั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในสมัยที่เทคโนโลยียังไม่มีความเจริญก้าวหน้าเทียบเท่ากับปัจจุบันนี้ จึงเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่ต้องศึกษาว่าปัญหาการก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่เกิดขึ้นนั้น กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้เพียงพอที่จะใช้รองรับกับปัญหาต่างๆ เหล่านี้ได้หรือไม่

4.2.1 กฎหมายสารบัญญัติกับการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต

ในปัจจุบันมีปัญหว่าการกระทำหรือการดำเนินการต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลและสังคม ที่เกิดขึ้นบนเครือข่ายคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ตนั้นเป็นความผิดหรือไม่ และปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาคือรูปแบบของการกระทำต่างๆ ที่เกิดขึ้นนั้นกฎหมายอาญาที่มีใช้บังคับในปัจจุบันจะมีผลครอบคลุมไปถึงหรือไม่ เช่น การตัดต่อภาพลามกแล้วนำไปเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตจะถือว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาหรือไม่ ซึ่งปัญหาต่างๆ เป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณากล่าวคือ เมื่อเป็นกรณีที่ไม่มียกเว้นกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะแล้วและจะอาศัยการตีความกฎหมายอย่างกว้างขวางหรือโดยการเทียบเคียงเพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่มีอยู่ครอบคลุมถึงการกระทำต่างๆ เหล่านั้นก็ไม่ได้ เพราะอาจจะเป็นการขัดกับหลักการตีความของกฎหมายอาญาอันเป็นหลักสากล ดังนั้นสิ่งที่ปัญหาที่ควรนำมาพิจารณาก็คือ

(1). ในการบัญญัติหรือสร้างกฎหมายขึ้นมาเพื่อรองรับกับปัญหาการก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะในส่วนของ การเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ตนั้น ควรจะแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา หรือ ร่างเป็นกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมา เพราะว่าการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทนั้นเป็นเรื่องยาก ซึ่งต้องอาศัยระยะเวลาอันนานและยุ่งยากจึงไม่ทันกับความต้องการของสังคม ซึ่งจำเป็นต้องมีกฎหมายฉบับใหม่เป็นการเฉพาะออกมาใช้บังคับแก่กรณีดังกล่าวให้ทันต่อเหตุการณ์ให้เร็วที่สุด ซึ่งวิธีการในการร่างหรือบัญญัติกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ คือ แบบที่พัฒนามาจากกฎหมายอาญาเดิมแล้วให้ครอบคลุมถึงอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และแบบที่สร้างหรือบัญญัติฐานความผิดของอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นลักษณะเฉพาะขึ้นมา เช่น ความผิดฐานผลิต เผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

(2). ในการบัญญัติฐานความผิดเพื่อใช้กับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ในส่วนของ การเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ตนั้น เพื่อเป็นการบัญญัติในลักษณะเสริมประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้วนั้น ควรเพิ่มเป็นเหตุเพิ่มโทษในการกระทำผิดอาญาฐานนั้น หรือแก้ไขเพิ่มเติมระวางโทษให้สูงขึ้น ถ้ากระทำผิดโดยอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์ถือเป็น “เหตุฉกรรจ์” ซึ่งเป็นผลให้ต้องเพิ่มอัตราโทษขึ้นหรือริบทรัพย์คืนที่เกี่ยวข้องด้วย หากกระทำผิดโดยอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น การหมิ่นประมาทหรือการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกโดยใช้อินเทอร์เน็ต ให้ระวางโทษหนักขึ้นและริบทรัพย์คืนที่ได้มาหรือที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทั้งหมด เป็นต้น เนื่องจากโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 นั้นมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 นั้น ก็มีระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท เท่านั้น และยังเป็นความผิดอันยอมความกันได้อีกด้วย จึงไม่สามารถที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย เพราะมีโทษเบา และศาลมักจะระอการลงโทษอยู่เสมอ อีกทั้งไม่สามารถที่จะลงโทษริบทรัพย์สินอื่นๆของผู้กระทำความผิดที่อาจได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต

(3). จำเป็นหรือไม่ที่ต้องบัญญัติกฎหมายเป็นพิเศษขึ้นมาสำหรับควบคุมกำกับดูแลการสร้างเว็บไซต์ต่าง ๆ รวมถึงการเผยแพร่เว็บไซต์เหล่านั้นทางอินเทอร์เน็ต ในขณะที่อินเทอร์เน็ตนั้น โดยตัวมันเองไม่ใช่เป็นสิ่งที่มิอันตรายหรือมีไว้เป็นความผิด แต่ขึ้นอยู่กับเจตนาการนำไปใช้ของผู้ใช้ ดังนั้นจึงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องมีการออกกฎหมายในลักษณะของการควบคุมตรวจสอบเว็บไซต์ต่างๆที่จะนำไปเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต โดยอาจต้องไปขออนุญาตจดทะเบียนหรือผ่านการตรวจสอบจากหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐก่อน

(4). หากจำเป็นต้องมีการตราพระราชบัญญัติขึ้นมาเป็นการเฉพาะ ควรมีทั้งกฎหมายที่บัญญัติฐานความผิดและกำหนดวิธีพิจารณาความรวมกันในฉบับเดียวเพื่อให้ง่ายต่อการบังคับใช้กฎหมายของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ และศาล

4.2.2 ขอบเขตและการบังคับใช้กฎหมายกับปัญหาการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต

ในเรื่องของเขตอำนาจในการดำเนินการตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นั้น โดยทั่วไปจะเป็นการใช้หลักเขตอำนาจเหนือของรัฐ (Jurisdiction of State) ทั้งในการพิจารณาคดีและในการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยที่การกระทำความผิดทางอาญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นลักษณะที่มีความไร้เขตแดนทางภูมิศาสตร์ (Cyberspace) หรือเรียกว่า "Cybercrime" และความสามารถในการก่ออาชญากรรมแบบนี้เกิดขึ้นได้รวดเร็วมากซึ่งในเวลา 1 วินาทีสามารถกระทำความผิดได้จำนวนมาก ซึ่งหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้วจะพบว่า กฎหมายบัญญัติให้ศาลไทยมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีดังนี้

(1). โดยอาศัยหลักเขตอำนาจเหนือตามหลักดินแดนตามที่บัญญัติไว้ ในมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(2). โดยอาศัยหลักเขตอำนาจเหนือตามหลักบุคคลตามที่บัญญัติไว้ ในมาตรา 8 มาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(3). โดยอาศัยหลักเขตอำนาจตามหลักป้องกันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7(1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(4). โดยอาศัยหลักเขตอำนาจเหนือตามหลักสากลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7(3) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งจะพบว่ากรณีศาลไทยมีเขตอำนาจเหนือในทางคดีอาญา เมื่อมีข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เข้าเงื่อนไขหรือองค์ประกอบทางกฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีเมื่อมีการกระทำผิด ซึ่งมีการกระทำนอกราชอาณาจักรไทย แต่ผลเกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทยไม่ว่าจะโดยประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ตาม ให้ถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดที่ได้กระทำในราชอาณาจักรไทย ศาลไทยมีเขตอำนาจเหนือในการพิจารณาคดีอาญานั้นโดยผลของมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ก. สำหรับกรณีการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งหากเป็นการจัดทำในต่างประเทศและภาพดังกล่าวมีลักษณะเป็นภาพลามกซึ่งผิดต่อกฎหมายไทย มีปัญหาว่าการที่ผู้ใช้บริการได้เข้าไปเปิดดูเว็บไซต์ดังกล่าว หรือมีการให้บริการแก่สมาชิกเพื่อเข้าไปเปิดดูเว็บไซต์ดังกล่าวในประเทศไทย ศาลไทยจะมีอำนาจดำเนินคดีหรือไม่ และจะอยู่ในขอบเขตของหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 5 และมาตรา 8 หรือไม่ เนื่องจากในประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดให้ความผิดฐานหมิ่นประมาทและฐานเผยแพร่ภาพลามก เป็นความผิดที่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดนอกราชอาณาจักรมาลงโทษในราชอาณาจักรได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำ ความผิดที่ทำการเผยแพร่ภาพลามกซึ่งต้องการขายภาพลามกเหล่านั้นโดยให้ผู้ซื้อดาวน์โหลด โดยมีการจ่ายเงินให้แก่เจ้าของเว็บไซต์ถือได้ว่าส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดฐานนี้มีการขายและมีผู้ซื้อที่อยู่ในประเทศไทย ดังนั้นจึงถือว่าการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งเกิดในประเทศไทย จึงน่าจะเข้ากรณีตามมาตรา 5 ที่ศาลไทยมีอำนาจลงโทษผู้ขายได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287

ข. สำหรับกรณีที่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตเข้าไปในเว็บไซต์เองเพื่อดูภาพลามกที่จัดโดยเซิร์ฟเวอร์ของต่างประเทศ เมื่อเซิร์ฟเวอร์อยู่ในต่างประเทศจึงต้องมีการนำเข้ามาในประเทศไทยโดยผ่านทาง ISP (Internet Service Provider) และทางองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ดังนั้นจึงมีกรณีที่ต้องมาพิจารณาถึงความรับผิดชอบของ ISP และองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยในฐานะผู้นำเข้าสิ่งลามกอนาจารซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ เนื่องจากเป็นการยากที่องค์การโทรศัพท์หรือ ISP จะทราบว่าผู้ใช้บริการในเว็บไซต์ลามกบ้าง

ค. สำหรับกรณีการติดต่อภาพและการแพร่ภาพติดต่อของบุคคลที่กระทำขึ้นในลักษณะลามกหรือการหมิ่นประมาทผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต นั้น เมื่อความผิดฐานนี้องค์ประกอบของความผิดส่วนหนึ่งคือ การใส่ความต่อบุคคลที่สามเมื่อบุคคลที่สามอยู่ในประเทศไทยหรือ

ข้อความหมิ่นประมาทนั้นปรากฏในอาณาเขตของประเทศไทย จึงอาจถือได้ว่าความผิดนั้นส่วนใดส่วนหนึ่งเกิดขึ้นในประเทศไทยจึงเป็นความผิดที่อาจสามารถลงโทษในราชอาณาจักรไทยได้ และถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยการโฆษณาด้วยภาพที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีการกระจายภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ประกอบมาตรา 328 ด้วย นอกเหนือจากจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 แล้ว

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ามีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีเรื่องเขตอำนาจศาลโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 4,5,6,7,8 และ 9 ซึ่งจะทำให้ศาลไทยมีเขตอำนาจเหนือในการพิจารณาคดีอาญา ถึงแม้ผู้กระทำผิดซึ่งเป็นเจ้าของเซิร์ฟเวอร์นั้นจะอยู่ในต่างประเทศก็ตาม และเมื่อเป็นความผิดที่สามารถลงโทษในประเทศไทยได้แล้ว ปัญหาประการต่อมาคือกรณีที่ต้องพิจารณาคดีในประเทศไทยจะใช้กฎหมายของประเทศใดในการพิจารณาคดีนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้วจะพบว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งรัฐเจ้าของดินแดนประสงค์จะลงโทษผู้กระทำผิดซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรหรือลงโทษคนชาติซึ่งกระทำผิดในต่างประเทศ ดังนั้นจึงต้องใช้ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

4.2.3 ผู้กระทำความผิดกับการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต

ในฐานความผิดแต่ละฐานตามประมวลกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีผู้กระทำความผิดซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาจะระบุว่า "ผู้ใด"และในความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกหรือการขายบริการทางเพศบนอินเทอร์เน็ต นอกจากผู้ที่กระทำความผิดโดยตรงซึ่งต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายแล้ว บุคคลต่างๆ เหล่านี้อาจต้องมีความรับผิดชอบด้วย กล่าวคือเจ้าของเว็บไซต์ซึ่งบางครั้งอาจมีเซิร์ฟเวอร์อยู่ต่างประเทศหรือในประเทศจะมีความรับผิดชอบหรือไม่และในฐานะใด, เว็บมาสเตอร์จะมีความรับผิดชอบหรือไม่ในฐานะใด และ ISP (Internet Service Provider) และองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยจะมีความรับผิดชอบในฐานะผู้นำเข้าเว็บไซต์ลามกต่างๆ เหล่านี้หรือไม่

ก. สำหรับเจ้าของเว็บไซต์ นั้น มีการให้ความเห็นว่า ควรให้มีความรับผิดชอบในฐานะเสมือนกับเจ้าของสำนักพิมพ์ในสื่อแบบดั้งเดิม

ข. สำหรับกรณีของเว็บมาสเตอร์ มีการให้ความเห็นว่าควรมีความรับผิดชอบเสมือนกับบรรณาธิการ แต่การที่จะให้เว็บมาสเตอร์มีความรับผิดชอบเสมือนกับเป็นบรรณาธิการหนังสือนั้น กล่าวคือเมื่อมีการหมิ่นประมาทเกิดขึ้นต้องให้บรรณาธิการรับผิดชอบ ซึ่งดูจะไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงและ

การปฏิบัติของนานาชาติ โดยเฉพาะในยุคของการสื่อสารไร้พรมแดน (Cyberspace) เพราะเหตุที่ว่า การติดต่อสื่อสารเป็นไปอย่างรวดเร็วมากและเป็นการกระจายแพร่หลายไปทั่วโลก จึงไม่มีผู้ใดจะสามารถเข้าไปควบคุมได้ทั้งหมด แต่เพื่อที่จะเป็นการแก้ปัญหาในเบื้องต้นจึงต้องมีมาตรการบางอย่าง กล่าวคือ เมื่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตพบว่า มีการแพร่ภาพและสื่อลามกต่างๆ เกิดขึ้นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้ว ได้มีการแจ้งไปยังเว็บมาสเตอร์ให้ทำการลบเว็บไซต์นั้นออกไปถ้าหากเว็บมาสเตอร์นั้นยังไม่มีการดำเนินการใดๆ เว็บมาสเตอร์นั้นก็ควรมีความรับผิดชอบตามกฎหมายด้วย

ค. สำหรับกรณีของ ISP ซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจผู้ให้บริการเชื่อมต่อสู่เครือข่ายอินเทอร์เน็ตและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าช่องสัญญาณนั้นมีผู้ให้ความเห็นว่า ในฐานะที่เป็นผู้ให้บริการสื่ออินเทอร์เน็ตก็ควรจะมีควมรับผิดชอบในฐานะผู้นำเข้าสื่อผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายทั่วไป คือประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 และกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ.2471 อย่างไรก็ตามก็มีปัญหาว่า ISP หรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับการใช้เช่าโทรศัพท์โดย ISP หรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเป็นผู้ให้เช่าและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เป็นผู้เช่าโทรศัพท์นั้นผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้เช่าหรือผู้ใช้โทรศัพท์ ซึ่งในเรื่องนี้เคยมีกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นคือ ในเจเนอวาเคยมีข่าวว่าผู้ว่าการองค์การโทรศัพท์ถูกศาลพิพากษาจำคุกเพราะต้องรับผิดชอบที่บริษัทหนึ่งได้มีคนใช้บริการเสียงที่ลามกในทางเพศมากกว่า 3 ปี โดยศาลให้เหตุผลว่าผู้ว่าการองค์การโทรศัพท์จะอ้างว่าไม่รู้เรื่องไม่ได้ในฐานะที่เป็นผู้บริหาร และการบริการก็เกิดขึ้นในความรับผิดชอบของตน

4.2.4 ปัญหาเรื่องการแจ้งความร้องทุกข์

ปัญหาเรื่องการแจ้งความร้องทุกข์ในกรณีของการติดต่อภาพลามกแล้วนำไปเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต โดยเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นกระบวนการแรกของการดำเนินคดีก็คือ การแจ้งความร้องทุกข์ ซึ่งปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นก็คือ ผู้เสียหายต้องไปร้องทุกข์ ณ ท้องที่ใด เนื่องจากการเผยแพร่ภาพลามกทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถเผยแพร่ได้ทั่วประเทศและทั่วโลก ไม่ว่าจะอยู่ที่ใดก็สามารถเปิดเข้าไปดูเว็บไซต์หรือภาพติดต่อลามกต่างๆเหล่านั้นได้ ซึ่งในกรณีของการแจ้งความร้องทุกข์ดังกล่าวนี้ ผู้เสียหายอาจร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจในท้องที่ที่พบเห็นความผิดนั้นได้ กล่าวคือ หากเว็บไซต์ติดต่อภาพลามกพบเห็นหรือปรากฏในท้องที่ใด เจ้าหน้าที่ตำรวจในท้องที่นั้นก็สามารถรับคำร้องทุกข์ได้ หรืออาจจะไปแจ้งความร้องทุกข์ที่กองปราบปรามซึ่งมีอำนาจสืบสวนสอบสวนทั่วราชอาณาจักร

อาณาจักร ปัญหาที่อาจจะตามมาก็คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจไม่ยอมรับคำร้องทุกข์ เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐานที่จะนำมาแสดงให้เห็นถึงการกระทำความผิดดังกล่าว ประกอบกับเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจขาดความรู้หรือความเข้าใจเกี่ยวกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต

4.2.5 ปัญหาเรื่องการสืบสวนสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิด

การค้นหาตัวผู้กระทำความผิดในระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นระบบ Cyberspace นั้น เป็นระบบที่เป็นการเชื่อมโยงเครือข่ายคอมพิวเตอร์หลายๆ เครือข่ายทั่วโลกซึ่งเชื่อมโยงถึงกันและกันแบบไร้พรมแดน ดังนั้นการติดต่อสื่อสารจึงไม่จำเป็นต้องเห็นหน้ากัน และด้วยเหตุนี้เองจึงไม่สามารถที่จะระบุได้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดนั้นเป็นใครและอยู่ที่ไหน เพราะผู้กระทำความผิดสามารถกระทำความผิดได้อย่างรวดเร็วโดยอาศัยเครือข่ายคอมพิวเตอร์และสามารถกระทำได้ในทุกสถานที่ไม่ว่าที่ใดก็ตาม นอกจากนั้นแล้วจากการที่ระบบนี้เป็นระบบที่เชื่อมโยงเครือข่ายไปทั่วโลกจึงเป็นการยากที่จะสืบเสาะหาตัวผู้กระทำความผิดว่าอยู่ที่ใด นอกจากว่าจะเป็นการขายภาพลามกหรือเป็นเว็บไซต์ที่เป็นการกระทำความผิดนั้นมีการระบุชื่อเว็บไซต์เฉพาะเจาะจง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเว็บไซต์ที่มี Code ชนิดพิเศษ ซึ่งจะทำให้การติดตามตัวผู้กระทำความผิดสามารถทำได้อย่างไม่ลำบากนัก นอกจากนี้ในปัจจุบันพบว่ามีการใช้กล้องถ่ายภาพที่ติดเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะทำให้เป็นภาพที่เป็น Real-time ซึ่งจะจับตัวไม่ได้ ถ้าหากผู้กระทำความผิดดำเนินการผ่านร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่ ก็จะไม่ทิ้งหลักฐานใดๆ ไว้ให้ค้นหาหรือสืบหาตัวได้ เพราะร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่นั้นจะไม่บันทึกอะไรไว้เป็นหลักฐานเลย ดังนั้นการสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจจำเป็นต้องอาศัยการติดตามอย่างละเอียดและต่อเนื่อง ซึ่งก็จะทำให้สามารถทราบข้อมูลแต่เพียงว่าสถานที่รับและส่งข้อมูลอยู่ที่ใด ส่วนการพิสูจน์ทราบตัวบุคคลผู้ส่งและผู้รับข้อมูลที่แน่นอนเป็นเรื่องยาก ซึ่งโอกาสจับกุมมีน้อยมากเพราะการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวมักจะกระทำในสถานที่ปกปิดมิดชิด เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงจำเป็นต้องมีหมายค้นเข้าไปตรวจสอบการกระทำความผิด ซึ่งกระบวนการในการขอหมายค้นจากศาลก็ต้องอาศัยระยะเวลาพอสมควร ซึ่งเป็นเวลาที่มากพอที่ผู้กระทำความผิดจะลบข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำได้ ซึ่งการแก้ปัญหาก็คือต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ทางด้านเทคนิค เพราะในการใช้อินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่จะมีการทิ้งร่องรอยไว้ แต่ก็มีในบางกรณีที่ผู้กระทำความผิดที่มีความเชี่ยวชาญและชำนาญจะไม่มีทิ้งร่องรอยใดๆ ไว้เลย โดยที่อาศัยระบบการส่งข่าวสารต่อแบบไม่จำเป็นต้องทิ้งชื่อไว้ (Anonymous Remailers) รวมทั้งการอาศัยประโยชน์จากโปรแกรมตัวอย่างให้เปล่าเพื่อการเข้าสู่เครือข่าย Internet ของบริษัทผู้ให้บริการในการเข้าสู่ระบบ Internet ซึ่งยัง

ไม่จำเป็นต้องแจ้งชื่อจริงเมื่อแรกเริ่มลองใช้โปรแกรมดังกล่าว ฉะนั้นการจัดรูปแบบใช้อินเทอร์เน็ตเสมือนการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ ที่เมื่อมีการโทรเข้าในเครื่องแล้วจะมีการทิ้งร่องรอยเบอร์โทรศัพท์ที่โทรเข้ามาไว้ในตัวเครื่อง ซึ่งจะนำไปใช้ในกรณีการเข้าไปในเว็บไซต์ต่างๆ ที่ต้องมีการทิ้งร่องรอยไว้ในระดับหนึ่ง นอกจากนี้ยังต้องอาศัยความร่วมมือของเจ้าของร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่ ซึ่งเมื่อมีผู้เข้ามาใช้บริการเช่าเครื่องก็น่าจะต้องมีการบันทึก ID Card ของผู้มาใช้เครื่องเอาไว้ ซึ่งในหลายๆ ประเทศทางยุโรปได้มีการพยายามหามาตรการต่างๆ ในการแก้ไขปัญหาเหล่านี้ ซึ่งก็ได้แก่

(1) มีแนวความคิดในการจัดตั้ง Virtual Court คือศาลที่จะใช้พิจารณาคดีบนอินเทอร์เน็ต โดยกระบวนการพิจารณาคดีทั้งหมดอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ตทั้งสิ้น แต่ยังไม่ประสบความสำเร็จ

(2) ในบางประเทศมีการตั้ง NGO (Non-Government Organization) บนอินเทอร์เน็ต เช่น Solo Net หรือ Robinhood Net ที่มีการตรวจสอบติดตามและนำตัวผู้กระทำความผิดในการล่อลวงเด็กหญิงไปข่มขืนโดยใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการล่อลวงออกมาลงโทษได้เป็นผลสำเร็จ

(3) อาศัยความร่วมมือของบรรดาเว็บมาสเตอร์ของแต่ละเว็บไซต์ กล่าวคือเมื่อมีการส่งข้อความหรือเผยแพร่ภาพลามกแล้วเกิดการฟ้องร้องดำเนินคดีขึ้นมา เว็บมาสเตอร์ที่เกี่ยวข้องและ ISP ต้องให้ความร่วมมือ โดยเว็บมาสเตอร์สามารถติดตั้งหรือวางระบบโปรแกรมให้ทำการเก็บอีเมล์แอดเดรส รวมถึงวันที่ เวลา ที่คนนั้นๆ Access หรือติดต่อเข้ามาได้ทุกรายการ สามารถเก็บและนำมาเรียกดูได้ ซึ่งเว็บมาสเตอร์สามารถรู้ได้ว่าใครเป็นผู้ส่งข้อความหรือภาพลามกนั้นๆ เข้ามา และทาง ISP ก็สามารถตรวจสอบข้อมูลได้ว่าอีเมล์แอดเดรสที่ให้ไปนั้นส่งมาจากหมายเลขโทรศัพท์ใด ก็สามารถที่จะค้นหาตัวผู้กระทำความผิดได้ในระดับหนึ่ง²⁰

(4) อาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการค้นหาตัวผู้กระทำความผิดซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้กระทำความผิดมักเป็นผู้ที่อยู่ในต่างประเทศ จึงจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือในทางระหว่างประเทศโดยอาศัยพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ซึ่งการให้ความช่วยเหลือแก่ต่างประเทศต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ ประเทศไทยอาจให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศผู้ร้องขอได้แม้ว่าไม่มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาระหว่างกัน แต่ประเทศผู้ร้องขอต้องแสดงว่าจะให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันเมื่อประเทศไทยร้องขอ และการกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความชวยเหลือนั้นเป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่ประเทศไทยกับประเทศผู้ร้องขอมีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือ

²⁰ อธิพิล ปรีดิประสงค์, "รายงานการเสวนาทางวิชาการเรื่อง การประทุษร้ายต่อสังคมบนเน็ต", วารสารนิติศาสตร์ 30 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2543) : 521.

ระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาต่อกันและข้อความในสนธิสัญญาระบุไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ความช่วยเหลือดังกล่าวต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ด้วย²¹

4.2.6 ปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐาน

ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นระบบการติดต่อสื่อสารแบบไร้พรมแดน ซึ่งการติดต่อสื่อสารเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและทั่วโลก ดังนั้นการกระทำผิดที่เกิดขึ้นจึงสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกสถานที่และทุกเวลา นอกจากนี้ยังเป็นเทคโนโลยีที่มีความรวดเร็วมาก อาจเกิดการกระทำผิดได้มากมายทั่วโลก และตามหลักของกฎหมายพยานหลักฐานในอันที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาคดีก็คือ จะต้องแสดงหลักฐานอันนำไปสู่ร่องรอยของการกระทำผิดจึงจะนำมาเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้ แต่เนื่องจากเทคโนโลยีทางด้านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตประกอบกับความรู้ความสามารถของผู้กระทำความผิดซึ่งมักจะกระทำความผิดโดยไม่ทิ้งร่องรอยให้ปรากฏแก่สายตาคนทั่วไป แต่ไม่ว่าจะมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอย่างไรก็ตาม การกระทำต่างๆ ก็มักจะมีการทิ้งร่องรอยไว้เช่นเดียวกันซึ่งต้องอาศัยตัวคอมพิวเตอร์เองเป็นตัวตรวจจับและเป็นแหล่งของพยานหลักฐานขั้นต้น จึงต้องอาศัยความร่วมมือของนักเทคนิคคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้ปัญหาที่ตามมาก็คือ พยานหลักฐานที่ได้มานั้นหากเป็นเพียงข้อมูลในระบบดิจิทัลจะเป็นพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้หรือไม่ หรือมีความน่าเชื่อถือเพียงใดว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลดังกล่าวก่อนนำเสนอต่อศาล กฎหมายในเรื่องพยานหลักฐานที่มีอยู่ในขณะนี้ยอมรับเรื่องพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลดิจิทัลหรือไม่เพียงใด ซึ่งหากยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนแน่นอนก็อาจจะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สามารถแก้ไขปัญหเหล่านี้ได้ทั้งในด้านการรับฟังและการป้องกันการเปลี่ยนแปลงข้อมูลดิจิทัลทางคอมพิวเตอร์

²¹ สมใจ เกษรสิริเจริญ และประพันธ์ โกวิท, "สนธิสัญญาแม่แบบว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา" วารสารยุติธรรม 17 ฉบับที่ 191 (มกราคม 2537) : 5-11.

4.2.7 ปัญหาการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษกับการกระทำความผิดอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อรู้ตัวผู้กระทำความผิดแล้วและเป็นกรณีที่สามารถลงโทษในราชอาณาจักรได้แต่การที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายก็เป็นปัญหาสำคัญเช่นกัน เพราะการจะนำตัวผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรมาดำเนินคดีในราชอาณาจักรได้ต้องพิจารณาตามหลักการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ความผิดที่จะถือว่าเป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อการดำเนินคดีหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาลงโทษ หรือตามคำสั่งกักขังได้ก็ต่อเมื่อความผิดนั้นสามารถลงโทษได้ตามกฎหมายของภาคีสัญญาทั้งสองประเทศ²² และหลักการเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญา ได้บัญญัติไว้ว่า การกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือนั้นต้องเป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่ประเทศไทยกับประเทศผู้ร้องขอมีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาต่อกัน และข้อความในสนธิสัญญาระบุไว้เป็นอย่างอื่น²³ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็คือ การจะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องเป็นกรณีที่เป็นความผิดของทั้งสองประเทศ (Double Criminality) คือต้องเป็นความผิดทั้งประเทศผู้ร้องขอและประเทศที่ได้รับการร้องขอ²⁴ ซึ่งหากไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าวก็ไม่สามารถส่งตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในราชอาณาจักรได้ อย่างกรณีของเว็บไซต์ที่เกี่ยวกับภาพลามกในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งสามารถทำได้ หากทำไว้เผยแพร่แก่คนอายุเกิน 18 ปี ก็ไม่เป็นความผิดทางอาญา ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ในขณะที่เป็นเรื่องที่ขบด้วยกฎหมายของสหรัฐอเมริกาแต่ตามกฎหมายไทยถือว่าเป็นความผิดฐานเผยแพร่ภาพลามกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 และพระราชบัญญัติปรามการทำให้เผยแพร่และการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 เมื่อมีความแตกต่างกันในเรื่องบทกฎหมายคือเป็นความผิดเฉพาะรัฐของผู้ร้องขอแต่ไม่เป็นความผิดของรัฐที่ได้รับการร้องขอ จึงเป็นกรณีที่ไม่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้จึงต้องมีการแก้ปัญหาโดยต้องอาศัยความร่วมมือระหว่าง

²² สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ฉบับลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2526, ข้อ 2.

²³ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535, มาตรา 9.

²⁴ ชัยเกษม นิตศิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน", บทบัญญัติ เล่มที่ 52 ตอน 4 (ธันวาคม 2539) : 189-190.

ประเทศเพื่อที่จะสามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษในราชอาณาจักรไทยโดยอาศัยสนธิสัญญาซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศอีกส่วนหนึ่ง

4.2.7.1 ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา

การเผยแพร่ภาพและสื่อลามกผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งจัดเป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ประเภทหนึ่งนั้น มีลักษณะไร้พรมแดนเกี่ยวพันกันหลายประเทศ ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย สถานที่เกิดการกระทำความผิดและสถานที่เกิดผลแห่งการกระทำความผิด ไม่จำเป็นต้องอยู่ในประเทศเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาว่าความผิดเกิดขึ้นในประเทศใด ศาลของประเทศใดควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี และประเทศใดมีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนในความผิดที่เกิดขึ้นนั้น ทั้งนี้สืบเนื่องจากปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลหากต้องมีการสืบสวน สอบสวน และดำเนินคดีในประเทศหนึ่ง จะขอความร่วมมือในทางคดีกับประเทศที่เกี่ยวข้องได้หรือไม่ และในขอบเขตมากน้อยเพียงใด ฉะนั้นเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องสำคัญ เพราะในเรื่องของเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐต่างๆ นั้น กฎหมายเดิมอยู่บนแนวคิดเรื่องพรมแดนทางภูมิศาสตร์ แต่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือ Cyberspace หรือ Information Infrastructure นั้นไม่มีพรมแดนทางด้านภูมิศาสตร์ ซึ่งเป็นปัญหาทางกฎหมายอย่างมาก

นอกจากนี้มาตรฐานทางศีลธรรม วัฒนธรรมของแต่ละประเทศนั้นก็มีความแตกต่างกัน อันทำให้กฎหมายทางอาญาของแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันได้ เช่น ประเทศหนึ่งกำหนดความผิดเรื่องการเผยแพร่ภาพและสื่อลามก แต่อีกประเทศหนึ่งไม่กำหนดความผิดในการกระทำดังกล่าว ดังนั้นหากประเทศที่กำหนดว่ากรกระทำดังกล่าวเป็นความผิดต้องการดำเนินคดีในความผิดนั้นกับบุคคลที่อยู่ในประเทศที่ไม่ได้กำหนดความผิดนั้นไว้ ย่อมเกิดปัญหาในการขอความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญา หรือการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศที่มีได้กำหนดให้การเผยแพร่ภาพและสื่อลามกเป็นความผิดตามกฎหมาย จึงก่อให้เกิดความยากลำบากในการบังคับใช้กฎหมายโดยเฉพาะเว็บไซต์หรือการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกต่างๆ ในอินเทอร์เน็ตนั้นส่วนใหญ่แล้วมีที่มาจากต่างประเทศแทบทั้งสิ้น ซึ่งศูนย์ใหญ่ของเว็บไซต์ทางเพศก็คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศในแถบทวีปยุโรป เพราะฉะนั้นความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาจึงเป็นสิ่งสำคัญในการที่จะดำเนินการกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์หรือทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพราะกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของแต่ละประเทศโดยลำพังไม่อาจป้องกันและปราบปรามได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศด้วย ซึ่ง

ประเภทของความช่วยเหลือ หรือความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาได้แก่ การสืบพยานบุคคล และการสอบปากคำบุคคล (Taking the Testimony and Statement of Persons), การจัดหาให้ซึ่งเอกสาร บันทึกรายการ พยานหลักฐาน (Providing Document Records and Evidence), การส่งเอกสาร (Serving Documents), การปฏิบัติตามคำร้องขอให้การค้นและการยึด (Executing Requests for Searches and Seizures), การโอนตัวบุคคลที่ถูกกักขังเพื่อการสืบหาพยานบุคคล (Transferring Persons in Custody for Testimonial Purposes), การสืบหาตัวบุคคล (Locationg Persons), การเริ่มกระบวนการทางอาญาตามคำร้องขอ (Initiating Proceedings upon Request) และการให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการริบทรัพย์สิน (Assisting in Forfeiture Proceedings)²⁵

สำหรับในประเทศไทยมีพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 ใช้บังคับโดยประเทศผู้ร้องขอ จะมีคำร้องขอความช่วยเหลือในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการสืบสวน สอบสวน ฟ้องคดี ริบทรัพย์สินและดำเนินการอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาได้ ซึ่งในเรื่องเงื่อนไขในการให้ความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า การจะให้ความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศจะกระทำได้ต่อเมื่อได้มีสนธิสัญญาก่อตั้งความร่วมมือไว้ ซึ่งหมายความว่าโดยปกติแล้วการที่จะให้ความร่วมมือแก่กันได้จะต้องมีความตกลงระหว่างประเทศเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในกรณีที่ประเทศผู้ร้องขอแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ประเทศไทยว่าจะให้ความร่วมมือในทำนองเดียวกันแก่ประเทศไทยเมื่อประเทศไทยร้องขอรับความร่วมมือจากประเทศนั้น ในกรณีนี้ประเทศไทยก็อาจให้ความร่วมมือแก่ประเทศผู้ร้องขอนั้นได้ แม้ไม่มีความตกลงกับประเทศดังกล่าวในเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญาต่อกันมาก่อนก็ตาม

ส่วนหลักเกณฑ์เรื่องที่ชอบความร่วมมือ โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปแล้วพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดว่าประเทศไทยจะให้ความร่วมมือแก่ต่างประเทศก็ต่อเมื่อการกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือทางอาญานั้นเป็นความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทยหรือเรียกตามหลักสากลว่า Double Criminality หรือ Dual Criminality เช่น สนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ประเทศคู่ภาคีอาจให้ความร่วมมือต่อกันได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นต้องเป็นความผิดต่อกฎหมายของทั้งสองประเทศ ทั้งนี้โดยระบุว่า การให้ความช่วยเหลือให้กระทำโดยจะต้องไม่คำนึงว่าการกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของการสืบสวนสอบสวนการฟ้องคดีหรือการดำเนินการทางอาญา

²⁵ พงศ์ธร บุญอารีย์, กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 223-224.

ในรัฐผู้ร้องจะต้องห้ามตามกฎหมายของรัฐผู้รับคำร้องขอ โดยประเทศผู้ร้องขอจะต้องทำคำร้องขอความช่วยเหลือส่งไปยังผู้ประสานงานกลาง ซึ่งได้แก่อัยการสูงสุดหรือผู้ได้รับมอบหมาย²⁶ และการดำเนินการตามที่ร้องขอนั้นจะต้องดำเนินการตามกฎหมายไทย

ดังนั้นการให้ความช่วยเหลือและการขอความช่วยเหลือจะต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา เว้นแต่ในกรณีที่ให้มีสนธิสัญญาหรือข้อตกลงหรือพันธกรณีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ก็ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงหรือพันธกรณีนั้นๆ ส่วนในกรณีที่ประเทศผู้ร้องขอไม่ได้ทำสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญากับประเทศไทย ประเทศผู้ร้องขอจะต้องแสดงว่าจะให้ความช่วยเหลือในทำนองเดียวกันเมื่อประเทศไทยร้องขอ

4.2.7.2 การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition)

การทำความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเป็นวิธีการที่สามารถลดปัญหาความขัดแย้งของการใช้เขตอำนาจรัฐกับผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐอื่นได้ ซึ่งส่วนใหญ่การขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนจะเป็นการทำความตกลงแบบทวิภาคี ใน 2 ลักษณะ คือ การส่งตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นคนสัญชาติเดียวกับรัฐผู้ขอหรือประเทศผู้ขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน และ การขอให้รัฐอื่นส่งตัวบุคคลที่กระทำความผิดต่อคนสัญชาติของรัฐผู้ขอมาดำเนินคดีที่รัฐผู้ร้องขอ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้มีสัญชาติรัฐผู้ขอให้ส่งตัวก็ตาม²⁷ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นใน 2 กรณี กล่าวคือ ในบางรัฐไม่มีนโยบายในการส่งตัวผู้กระทำความผิดที่มีสัญชาติของรัฐตนให้ไปถูกดำเนินคดีหรือถูกลงโทษในรัฐอื่น และความแตกต่างของระบบกฎหมายในประเทศผู้ขอและประเทศผู้ส่ง เนื่องจากหลักสำคัญที่รัฐส่วนใหญ่ใช้ในการพิจารณาเรื่องการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน คือการกระทำความผิดดังกล่าวต้องเป็นการกระทำความผิดทั้งในประเทศผู้ส่งและประเทศผู้รับ แต่เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ยังมีความแตกต่างกันอยู่ในการพิจารณาการกระทำความผิดทางอาญابนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทำให้การพิจารณาถึงการกระทำอย่างเดียวกันในระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอาจมีความแตกต่างกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการกระทำความผิดทางอาญابนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหลายกรณีนั้นเป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดไม่ได้เป็น

²⁶ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535, มาตรา 6.

²⁷ ชัยเกษม นิตศิริ, "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน", บทบัณฑิตย เล่มที่ 52 ตอน 4 (ธันวาคม 2539) : 192-196.

ความผิดในตัวเอง ซึ่งยิ่งทำให้เกิดอุปสรรคต่อการสร้างความร่วมมือในเรื่องการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเพิ่มมากขึ้น องค์การระหว่างประเทศที่กำลังดำเนินการเพื่อหาแนวทางร่วมกันในเรื่องดังกล่าว เช่น OECD, Council of Europe, United Nations ก็ยังไม่สามารถหาข้อสรุปที่แน่นอนชัดเจนในการพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิดทางอาญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตร่วมกันได้ ดังนั้นประเทศต่างๆ จึงควรใช้วิธีการเจรจาขอความร่วมมือจากรัฐที่เกี่ยวข้องและดำเนินการตามหลักต่างตอบแทนเป็นกรณีๆ ไปเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ

4.2.7.3 องค์การตำรวจสากล (International Criminal Police Organization)

องค์การตำรวจสากล เป็นองค์การความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาที่มีส่วนสำคัญ ในปี ค.ศ.1949 องค์การสหประชาชาติ (United Nations Organization) ได้รับรองฐานะขององค์การตำรวจสากลให้มีฐานะเทียบเท่าองค์การในเครือสหประชาชาติ โดยเป็นองค์การที่ปรึกษาคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม สำหรับประเทศไทยนั้นได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การตำรวจสากลเมื่อปี พ.ศ.2494 เพราะทุกๆ ประเทศจำเป็นต้องให้ความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ ความร่วมมือในทางอาญาขององค์การตำรวจสากลนั้นจัดอยู่ในระดับทางการบริหารเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร วิทยาการต่างๆ ตลอดจนเทคนิควิธีในการจับกุมตัวผู้ร้ายข้ามชาติ สำหรับความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศที่องค์การตำรวจสากลต้องการป้องกันปราบปรามคือ อาชญากรรมและการกระทำผิดทางอาญาที่กระทำต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ ซึ่งแบ่งออกได้ดังนี้²⁸

- (1).อาชญากรรมที่กระทำต่อความเป็นมนุษย์และสิทธิของมนุษย์ เช่น การก่อการร้าย การเอาคนไปเป็นทาส การค้าทาส การค้าหญิงและเด็ก และการค้ายาเสพติด
- (2).อาชญากรรมที่กระทบกระเทือนต่อศีลธรรมของรัฐและมนุษย์ เช่น การเผยแพร่วัตถุลามก หนังสือลามก และสิ่งอื่นๆ ที่เกี่ยวกับลามก เป็นต้น
- (3).อาชญากรรมที่กระทำต่อความเชื่อถือระหว่างประเทศ การค้าระหว่างประเทศ และการกระทำต่อวิถีทางหรือพาหนะของการสื่อสารคมนาคมระหว่างประเทศ เช่น โจรสลัด สลัดอากาศ การปลอมแปลงเงินตรา และการทำลายสร้างความเสียหายให้กับสายโทรเลขใต้น้ำ เป็นต้น

²⁸ พงศ์ธร บุญอารีย์, กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 208.

อาจกล่าวได้ว่าองค์การตำรวจสากล แม้จะไม่ได้มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญาโดยตรงก็ตาม แต่ก็อาจถือได้ว่าเป็นกลไกหรือตัวกลางที่สำคัญในการที่จะปฏิบัติการและบังคับการให้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้การปราบปรามผู้กระทำความผิดอาญาหรืออาชญากรรมระหว่างประเทศ รวมทั้งอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์หรือทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลยิ่งขึ้น

4.2.8 ปัญหาคำพิพากษาคดีและการรับฟังพยานหลักฐาน

ในปัจจุบันหลักของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานยังไม่มีกรับรองเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลดิจิทัลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์มากนัก ซึ่งในกฎหมายของไทยในเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัลนั้นปรากฏอยู่ในข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 ข้อ 33 ที่ว่าให้ศาลรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ ซึ่งความผิดทางอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นมักเป็นการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดหรือกระทำต่อระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ดังนั้นพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเหล่านี้จึงต้องนำมาจากระบบข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งบางครั้งอาจเป็นข้อมูลดิจิทัลซึ่งผ่านกระบวนการดาวน์โหลดลงบนแผ่นดิสเก็ต นอกจากนี้แล้วข้อมูลที่อยู่ในรูปของดิจิทัลก็สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยง่าย และในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหากเป็นการกระทำโดยผู้มีความรู้ความชำนาญแล้วก็อาจไม่มีการทิ้งร่องรอยของการแก้ไขข้อมูลให้ปรากฏแก่สายตาบุคคลทั่วไปหรือศาล จึงอาจเป็นสาเหตุให้ศาลไม่เชื่อพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลที่เป็นดิจิทัล ซึ่งจะมีผลเท่ากับว่าไม่มีพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อไม่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาเพราะไม่มีพยานหลักฐาน หรือมีแต่ใช้ไม่ได้เนื่องมาจากไม่มีความน่าเชื่อถือจึงไม่สามารถลงโทษผู้ถูกกล่าวหาได้²⁹ ซึ่งก็กลายเป็นปัญหาสำคัญในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกกล่าวหาได้ เพราะบุคคลเหล่านี้ก็จะพ้นข้อกล่าวหาอันเนื่องมาจากไม่มีพยานหลักฐานมาใช้ในการพิสูจน์การกระทำความผิดของบุคคลเหล่านี้ได้ ดังนั้นในกฎหมายของต่างประเทศจึงใช้วิธีการให้อำนาจเจ้าพนักงานยึดคอมพิวเตอร์ที่มีข้อมูลที่ใช้พิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาไว้ โดยมีกระบวนการที่เข้ามาทำให้มีความมั่นใจต่อศาลว่าข้อมูลที่ยึดได้นั้นจะไม่มีการเปลี่ยน

²⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 227.

แปลงแก้ไขก่อนนำเสนอต่อศาล ดังนั้นพยานหลักฐานดังกล่าวจึงมีความน่าเชื่อถือว่าเป็นความจริงเมื่อนำเสนอต่อศาลจึงมีน้ำหนักและสามารถรับฟังได้ ฉะนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาเหล่านี้จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับข้อมูลดิจิทัลที่อยู่ในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือข้อมูลที่อยู่ในแผ่นดิสเก็ต เพื่อให้สามารถนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการพิจารณาคดีทั้งในชั้นสืบสวนสอบสวนและในชั้นศาลได้

4.3 ปัญหาการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ตกับความรับผิดชอบทางอาญา

ศึกษาวิเคราะห์ว่าในการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ตนั้นบุคคลใดบ้างที่ควรจะต้องรับผิดชอบหรือจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาแค่ไหน เพียงใด

4.3.1 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิมในทางอาญา ซึ่งบริการของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิมแบ่งออกได้ดังนี้ คือ การแสดงข้อความของตนเอง, การรวบรวมและเรียบเรียงข้อความของบุคคลอื่น, การสนับสนุนด้านเทคนิคโดยตรงในการเผยแพร่ข้อความของบุคคลอื่น, การสนับสนุนด้านเทคนิคทางอ้อมโดยการขนส่งหรือส่งผ่านข้อความของบุคคลอื่น และการขายหรือให้เช่าสิ่งพิมพ์หรือวัตถุอื่นซึ่งมีข้อความของบุคคลที่สามอยู่ สำหรับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิมนั้นแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. สื่อสิ่งพิมพ์

- ผู้ประพันธ์ คือ ผู้แสดงความคิดเห็นของตนในบทความหรือลงโฆษณาในหนังสือพิมพ์ ซึ่งในทางอาญาต้องรับผิดชอบในเนื้อหาของข้อความดังกล่าวของตน ในกรณีเป็นข้อความหมิ่นประมาทหรือไม่ถูกต้องสามารถอ้างเหตุไม่ต้องรับผิดชอบว่าเป็นการปกป้องประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายและได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว

- ผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา และบรรณาธิการ เป็นผู้รวบรวมและนำเสนอข้อความของบุคคลอื่น โดยหลักมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ประพันธ์

- ผู้เรียงพิมพ์ โดยหลักแล้วไม่มีความรับผิดชอบ

- ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้นำเข้า โดยหลักไม่ต้องรับผิดชอบในข้อความในสิ่งพิมพ์ที่ตนขายหรือนำเข้า และไม่มีหน้าที่ต้องตรวจสอบข้อความในสิ่งพิมพ์ อย่างไรก็ตามก็อาจต้องรับผิดชอบเนื่องมาจากการ

ละเลยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะที่ห้ามเผยแพร่สิ่งพิมพ์ที่ขัดต่อศีลธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน หรือห้ามขาย หรือห้ามส่งแก่ผู้เยาว์

- บรรณารักษ์ เป็นบุคคลผู้ให้ยืมหนังสือซึ่งอาจมีข้อความผิดกฎหมายแก่บุคคลอื่น โดยหลักไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาในข้อความดังกล่าว เนื่องจากไม่รู้ข้อความในหนังสือดังกล่าวนั้น

ข. สื่อวิทยุและโทรทัศน์

- บรรณารักษ์การวิทยุและโทรทัศน์ได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะเสรีภาพในการพูด เสรีภาพของสื่อมวลชนและเสรีภาพของการกระจายเสียง

- เจ้าหน้าที่ทางเทคนิค ไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากไม่มีส่วนได้เสียอย่างเพียงพอในการกระทำความผิด หลักการนี้ยังใช้กับผู้อ่านข่าวซึ่งทำหน้าที่เพียงอ่านข้อความเท่านั้น

ค. สื่อไปรษณีย์และโทรคมนาคม เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์และโทรคมนาคมทำหน้าที่ส่งผ่านข้อความของบุคคลที่สามซึ่งข้อความดังกล่าวอาจผิดกฎหมาย โดยหลักแล้วหากเป็นเพียงผู้ขนส่งข้อความเท่านั้นจะไม่มีควมรับผิดชอบ

4.3.2 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดทางอาญาของผู้ใช้บริการ

การกระทำความผิดทางอาญาผ่านทางอินเทอร์เน็ตนั้นมีหลายประเภท หลายรูปแบบ การเอาผิดกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เป็นตัวการในการกระทำความผิดค่อนข้างเป็นเรื่องยาก โดยเฉพาะในประเด็นการสืบหาตัวผู้กระทำผิดดังกล่าว สำหรับในประเทศไทย การกระทำความผิดทางอาญาผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่เป็นข่าวแพร่หลายทางสื่อมวลชนนั้นส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของการเผยแพร่ภาพเปลือยหรือภาพลามกของดาราผู้มีชื่อเสียงอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็ภาพจริงของบุคคลดังกล่าวหรือภาพตกแต่งโดยคอมพิวเตอร์ ประเด็นที่มีการวิพากษ์วิจารณ์กันเมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้นแต่ละครั้งก็คือสามารถเอาผิดกับผู้เผยแพร่ภาพเหล่านั้นได้หรือไม่ อย่างไร แต่ไม่มีผู้ใดพิจารณาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องมีความรับผิดชอบอย่างไรหรือไม่ ซึ่งการให้เสรีภาพในอินเทอร์เน็ตโดยปราศจากการควบคุมกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหา หลายฝ่ายมองว่าเป็นเรื่องสำคัญและการจะเอาผิดทางอาญาควรจำกัดเพียงต่อผู้กระทำผิดโดยตรงเท่านั้น

ก. ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจะ

มิได้เข้าใช้อินเทอร์เน็ตโดยตรง แต่จะกระทำผ่านผู้ให้บริการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต (Access Provider) ซึ่งแบ่งออกเป็นผู้ให้บริการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต (Internet Access Provider), ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) เป็นผู้ให้บริการข้อมูลแก่สมาชิก เช่น บริการเก็บ (host) ข้อมูลที่ผู้ให้บริการหรือผู้ใช้หรือบุคคลที่สามจัดทำขึ้น และผู้ให้บริการออนไลน์ (On – line Service Provider) เป็นผู้ให้บริการข้อมูลแก่สมาชิกในระบบปิดของตน ผู้จัดทำข้อมูลดังกล่าวอาจเป็นผู้ให้บริการเอง หรือบุคคลที่สามที่มีสัญญากับผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการออนไลน์มักให้บริการเข้าใช้อินเทอร์เน็ตด้วย

ข. ผู้จัดทำข้อมูล (Content Provider) อาจเป็นผู้ประพันธ์ฐานข้อมูล ผู้ประพันธ์เรื่อง หรือผู้พิมพ์ผู้โฆษณา ซึ่งตัดทอนข้อความจากนิตยสารของตนเองลงสู่อินเทอร์เน็ตหรือบริษัทซึ่งลงโฆษณาในเว็บ ผู้ทำข้อมูลในอินเทอร์เน็ตมิได้จำกัดเฉพาะเพื่อการค้า กล่าวคือบุคคลทั่วไปสามารถเป็นผู้จัดทำข้อมูลในอินเทอร์เน็ตได้โดยส่งข้อความลงในกลุ่มข่าว หรือจัดทำเว็บเพจของตนเอง ซึ่งทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตสามารถเข้าถึงผู้อ่านหรือผู้ใช้ได้ทั่วโลก

ค. บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แบ่งออกได้ 5 ประเภท ดังนี้

- (1). ผู้จัดทำข้อมูล เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการจัดทำข้อมูลจึงมีอำนาจเต็มเหนือข้อมูลของตน
- (2). ผู้จัดการหรือคัดเลือกข้อมูลของบุคคลที่สาม ซึ่งผู้ให้บริการมีอำนาจอย่างจำกัดเหนือเนื้อหาของข้อมูลนั้น เช่น ในกรณีกลุ่มข่าวแบบจัดการซึ่งผู้ให้บริการเป็นผู้จัดการ ผู้ให้บริการจะควบคุมข้อมูลที่เก็บสะสมไว้และพิจารณาว่าข้อมูลใดควรเผยแพร่
- (3). บริการสนับสนุนด้านเทคนิคในการเผยแพร่ข้อมูลของบุคคลที่สาม ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้บริการเก็บข้อมูลนั้น โดยเฉพาะการดำเนินการ Mail – Server ซึ่งจะจัดส่งข้อความแก่กลุ่มข่าวอื่นๆ ใน News - Server ของตน
- (4). บริการส่งผ่านหรือขนส่ง ข้อมูลที่เก็บไว้ใช้ในกรณีคอมพิวเตอร์เพื่อการสื่อสารทางไกลกับ Proxy – Cache - Servers
- (5). บริการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต

ง. ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

- (1). ผู้จัดทำข้อมูล ซึ่งผู้จัดทำข้อมูลในอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบในข้อความที่ตนส่งเข้าสู่อินเทอร์เน็ต
- (2). ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ต้องแยกพิจารณาตามบริการที่ผู้ให้บริการกระทำดัง

ต่อไปนี้ กล่าวคือ หากเป็นผู้จัดทำข้อมูลในอินเทอร์เน็ตเองต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้จัดทำข้อมูล, หากเป็นผู้รวบรวมข้อความหรือความเห็นของบุคคลอื่นและมีการกระทำใดต่อข้อความ เช่น การเรียบเรียง ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบในข้อความที่ตนกระทำเช่นในกรณีผู้จัดการกลุ่มข่าว, หากเป็นการให้การสนับสนุนด้านเทคนิค เช่น การให้เวทีในการเผยแพร่ข้อความผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในข้อความดังกล่าว กรณีเช่นการให้บริการเก็บเว็บเพจ เก็บไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ และเก็บข่าว เป็นต้น และหากเป็นเพียงผู้ให้การสนับสนุนด้านเทคนิคในการส่งผ่านหรือขนส่งข้อมูล กล่าวคือเป็นผู้ให้บริการการเข้าถึงบริการต่างๆ ในอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการไม่มีความรับผิดชอบในข้อมูลนั้น เช่น ผู้ให้บริการ Mail - Server, Proxy - Cache - Server ให้บริการ Internet Relay Chat (IRC), Telnet

จ. ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในสหรัฐอเมริกา

ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอยู่ที่ฐานะของผู้ให้บริการว่าเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นต้น เช่นเดียวกับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียง หรือผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นสอง เช่นเดียวกับร้านขายหนังสือ หรือแผงขายหนังสือพิมพ์ ที่ไม่มีอำนาจหรือไม่มีโอกาสควบคุมเนื้อหางานพิมพ์ จึงเป็นเพียงผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นสองซึ่งต้องรับผิดชอบต่อเมื่อรู้หรือควรได้รู้ข้อความหมิ่นประมาทหากมีการควบคุม เช่น บรรณาธิการ ในข้อความบนกระดานข่าว จึงเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นต้น มีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาของหนังสือพิมพ์³⁰

ฉ. ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

คดีความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในปี 1995 ดำรวจเมืองมิวนิค ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันบุกเข้าตรวจค้นสำนักงานบริษัท CompuServe Deutschland ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัท CompuServe Inc. สหรัฐอเมริกา ในข้อหาเผยแพร่ภาพเปลือย ตำรวจตั้งข้อหาผู้จัดการทั่วไปของบริษัท CompuServe Deutschland เนื่องจากยอมให้ภาพเปลือยของเด็ก ภาพความรุนแรงทางเพศ และภาพการมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ จากกลุ่มข่าวเข้าถึงผู้ใช้บริการของ CompuServe Deutschland ซึ่งภาพดังกล่าวเก็บไว้ในกลุ่มข่าวและ New-Server ของ CompuServe Inc. ในสหรัฐอเมริกา ต่อมาอัยการเมืองมิวนิคได้ฟ้องผู้จัดการทั่วไปดังกล่าวต่อศาล คดีนี้เป็นคดีแรกที่รัฐบาลเข้าตรวจสอบหรือเซ็นเซอร์อินเทอร์เน็ต ซึ่งต่อมา CompuServe Inc. ของสหรัฐอเมริกาได้กั้นมิให้ผู้ให้บริการของตนจากทั่วโลกเข้าถึงกลุ่มข่าวที่ทางการเยอรมันเห็นว่าผิดกฎหมาย แต่เนื่องจากในทาง

³⁰ ศีระ บุญภินันท์, "ความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำผิดทางอาญาของผู้ใช้บริการ : ตัวอย่างจากสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน", บทบัญญัติ เล่มที่ 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : 75.

เทคนิคไม่อาจกันมิให้ผู้ให้บริการเฉพาะในเยอรมันเท่านั้นเข้าถึงกลุ่มข่าวดังกล่าวได้ ทำให้ผู้ใช้บริการชาวอเมริกาไม่พอใจและประท้วงการตรวจสอบกลุ่มข่าวของทางเยอรมัน จนในที่สุด CompuServe Inc. ก็ยกเลิกการกันมิให้เข้าถึงกลุ่มข่าวดังกล่าว และต่อมาศาลเมืองมิวนิคพิพากษาลงโทษจำคุกผู้จัดการทั่วไปของ CompuServe Deutschland แต่ให้รอการลงโทษไว้

บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถเทียบเคียงได้กับบริการในสื่อแบบดั้งเดิม จึงสามารถนำหลักกฎหมายหรือคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อแบบดั้งเดิมปรับใช้กับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ โดยหลักผู้จัดทำข้อมูลในอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดในข้อความของตนเช่นเดียวกับผู้ประพันธ์ในสื่อแบบดั้งเดิม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหากเป็นผู้จัดทำข้อมูลเองต้องรับผิดในข้อความของตน หากเป็นผู้รวบรวมข้อความของบุคคลอื่นและมีการเรียบเรียงข้อความนั้น ต้องรับผิดเช่นเดียวกับผู้ประพันธ์แต่หากเป็นผู้ให้การสนับสนุนด้านเทคนิคในการเผยแพร่ข้อความหรือส่งผ่านข้อมูลไม่ต้องรับผิด ซึ่งกฎหมาย TDG กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตว่าต้องรับผิดในข้อความของตน หากเป็นข้อความของบุคคลที่สามจะรับผิดต่อเมื่อรู้ข้อความ และสามารถกันการใช้ข้อความนั้นได้ในทางเทคนิคและสมเหตุสมผลในการกันนั้น แต่หากผู้ให้บริการเพียงแต่ให้บริการใช้อินเทอร์เน็ตก็ไม่ต้องมีความรับผิดใดๆ³¹

ดังนั้นจากกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมัน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องรับผิดในข้อความของผู้จัดทำข้อความต่อเมื่อได้รับรู้หรือมีอำนาจใดในข้อความ เช่น มีอำนาจเรียบเรียงข้อความนั้น

4.3.3 แนวความคิดในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

(ISP: Internet Service Provider)

ในเรื่องความรับผิดของ ISP หรือ Internet Service Provider ในต่างประเทศมีคดีเกิดขึ้นมาว่าถ้าส่งภาพไปบนอินเทอร์เน็ต ISP จะมีความรับผิดหรือไม่ ซึ่งมี 2 แนวความคิด โดยแนวความคิดแรกเห็นว่า ISP เป็นเพียงแค่ Messenger เท่านั้น เช่นเดียวกับไปรษณีย์ ไม่มีความผิดเพราะมีหน้าที่ส่งเท่านั้น อีกแนวความคิดเห็นว่า ISP เป็นบรรณาธิการ ถ้าข้อมูลที่มีอยู่ในอินเทอร์เน็ตอยู่ในความดูแลของ ISP รายใดก็ถือว่า ISP รายนั้นต้องรู้จึงต้องมีความผิดด้วย

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

ประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนี้ยังใหม่ต่อหลายๆ ประเทศ ซึ่งปัจจุบันยังมีการโต้แย้งถกเถียงเชิงกฎหมายของการจะให้ผู้ให้บริการเข้าถึงเครือข่ายอินเทอร์เน็ตร่วมรับผิดชอบต่อการเผยแพร่สื่อลามก อย่างไรก็ตามในขณะนี้ก็มีเพียงสองสามประเทศเท่านั้นที่ได้มีการให้หลักการหรือเสนอแนวทางด้านกฎหมายในเรื่องนี้ คือ สหรัฐอเมริกา เยอรมัน และสวีเดน ขณะที่ประเทศอื่นๆ พยายามใช้บทบัญญัติในกฎหมายอาญาเดิมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายโทรคมนาคม เพื่อที่จะครอบคลุมถึงความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีของผู้ให้บริการเข้าถึง Internet Provider โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่ปี 1997 เป็นต้นมา กฎหมายใหม่ๆ รวมทั้งคำวินิจฉัยของศาลและประเด็นทางด้านวิชาการถูกวิเคราะห์แจกแจงตามความแตกต่างของลักษณะการให้บริการขององค์กรธุรกิจต่างๆ ในเชิงอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็น ผู้ให้บริการด้านอินเทอร์เน็ตทั่วไป (Internet Service Provider), ผู้ให้บริการเข้าถึงเครือข่าย (Access Providers) หรือผู้ให้บริการเต็มรูปแบบด้านอินเทอร์เน็ต (Online Services) ซึ่งความแตกต่างของความรับผิดชอบนั้นถูกแบ่งอยู่ที่ว่า ผู้ให้บริการนั้นๆ ได้รับหรือเก็บรวบรวม (Storing) สื่อเนื้อหาใดๆ จากบุคคลที่สามไว้ใน Server ของตนเองหรือเพียงเป็นผู้ให้การเข้าถึงโครงข่าย (Access and Networks) ซึ่งให้เส้นทางในการนำสื่อเนื้อหาของบุคคลที่สามสู่ผู้ใช้บริการปลายทาง และให้บริการช่วยเหลือในเชิงเทคนิคต่างๆ แก่ผู้ใช้บริการปลายทาง ซึ่งกฎหมายก็มีแนวโน้มที่จะจำกัดความรับผิดชอบไว้เฉพาะหากผู้ให้บริการสามารถรู้ถึงการมีสื่อที่มีเนื้อหาผิดกฎหมายดังกล่าวไว้ใน Server ซึ่งสามารถลบข้อมูลเนื้อหาดังกล่าวออกจากเซิร์ฟเวอร์ของตัวเองได้ แต่ก็มีได้ทำ เช่น ในมาตรา 5(2) ของกฎหมายการให้บริการโทรคมนาคม The Govern Teleservices Act. ซึ่งระบุว่า "ผู้ให้บริการ (Providers) " มีต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่ผิดกฎหมายของบุคคลที่สาม ซึ่งสามารถส่งผ่านไปสู่อุปกรณ์ปลายทาง ถ้าผู้ให้บริการไม่สามารถล่วงรู้ถึงการมีเนื้อหาดังกล่าวในบริการของตน และไม่สามารถหรือไม่ได้รับรู้ถึงการที่จะต้องปิดกั้นการเข้าถึงเพื่อบริโภคสื่อเหล่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ในบางประเทศกลับจำกัดให้ผู้ให้บริการรับผิดชอบให้น้อยลงตามเงื่อนไขที่แจ้งเข้า ขณะที่บางประเทศก็มีแนวโน้มจะมีการสร้างระบบความรับผิดชอบที่เข้มงวดรุนแรงมากกว่า เช่นในเยอรมัน ตามมาตรา 5(3) ของกฎหมายว่าด้วยการให้บริการสื่อสาธารณะ (1997) ระบุว่า "การเก็บรวบรวมข้อมูลของบุคคลที่สามให้โดยอัตโนมัติ (Storage) แม้โดยชั่วคราว ตามที่ผู้ใช้ปลายทางต้องการให้ถือเป็นการอำนวยความสะดวกเข้าถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน"

4.3.4 แนวความคิดในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (System Operator)

ในการใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต ประเด็นสำคัญที่มีการให้ความสนใจกันมาก คือ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก โดยสภาพของเทคโนโลยีเครือข่ายอินเทอร์เน็ต สังคมเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้กลายเป็นสังคมที่ไม่มีเมืองคักรใดๆ ที่สามารถควบคุมสมาชิกหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้อย่างจริงจัง แนวความคิดว่าด้วยเสรีภาพการแสดงออกในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจึงอิงอยู่กับมาตรฐานการประกันสิทธิในการแสดงออก ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา (First Amendment) ซึ่งกำหนดห้ามรัฐสภาออกกฎหมายใดๆ จำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิด มักจะหมายถึงสิทธิบุคคลที่จะลงพิมพ์หรือพูดหรือแสดงออกโดยปราศจากการรบกวนจากรัฐ ซึ่งประโยชน์ที่สำคัญของหลักกฎหมายประกันเสรีภาพในการแสดงออกคือ หลักกฎหมายนี้ลดภาระของผู้ดูแลระบบบริการ ในอันที่จะรับผิดชอบเพื่อการละเมิด หรือการหมิ่นประมาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกฎหมายและศาลยอมรับว่าหากให้ผู้ดูแลระบบบริการ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดหรือหมิ่นประมาทที่กระทำผ่านเครือข่ายปฏิบัติการของตนแล้วจะมีผลให้ผู้ดูแลระบบบริการ ต้องทำการตรวจสอบข้อมูลและคำพูดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Speech) ของผู้ใช้ทุกราย ซึ่งอาจจะมีผลกระทบเสียหายต่อทั้งระบบเนื่องจากการกระทำเช่นนี้เป็นข้อกำหนดให้เอกชนตัดสิทธิในการแสดงออกระหว่างกันเอง³² รวมทั้งเป็นการลดความสำคัญของเครือข่ายที่ผู้ใช้ส่วนใหญ่คาดหวังว่าเป็นระบบเปิดหรือ (Free Internet) อันควรจะปลอดจากการรบกวนทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งทางตรงคือรัฐบาลเข้ามาเซ็นเซอร์ ส่วนทางอ้อมคือกฎหมายบังคับให้เอกชนเซ็นเซอร์กันเองโดยกำหนดให้ความรับผิดชอบทางแพ่งเพื่อละเมิดหรือหมิ่นประมาทตกแก่ผู้ดูแลระบบบริการ

หลักกฎหมายที่ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการ ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่ทำให้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเติบโตอย่างรวดเร็ว³³ ซึ่งหลักกฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการ นี้พัฒนามาจากการคุ้มครองสิทธิแสดงออกของหนังสือพิมพ์ใน

³² Caanazos, *op.cit.*: Lance Rose, Net Law: Your Rights in the On-Line World} Mc Graw Hill (Student Ed.) New York (1999).

³³ Lance Rose, *op.cit.* Mary Meeker and Chris Depecy, The Internet Report, Harper Business New York (1996).

คดี *New York Times v. Sullivan*³⁴ ซึ่งศาลได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญสำหรับหนังสือพิมพ์คือ หนังสือพิมพ์ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายเป็นพิเศษที่จะวิพากษ์วิจารณ์ให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับ ประเด็นสาธารณะโดยเต็มที่ และเปิดกว้างโดยลดภาระของหนังสือพิมพ์ที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงขอ สิ่งที่ลงพิมพ์อย่างละเอียด ดังนั้นหากหนังสือพิมพ์ หรือผู้พิมพ์ (Publisher) ไม่มีเจตนาร้ายหรือตั้งใจ บิดเบือนข้อเท็จจริงหรือประมาทอย่างร้ายแรง กฎหมายย่อมคุ้มครองสิทธิในการแสดงออกของหนังสือ พิมพ์และผู้พิมพ์เป็นพิเศษ ไม่ต้องถูกกฎหมายเซ็นเซอร์และไม่ต้องรับผิดเพื่อละเมิดหรือหมิ่นประมาท อันเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏในคดี *Sullivan* (*Sullivan Rule*) และในคดีต่อมาศาลได้วางหลักเพิ่มเติม ว่ามาตรฐานหรือหลัก *Sullivan Rule* ใช้เฉพาะกับกรณีที่ถูกเปิดเผยหรือเสียชื่อเสียงนั้นเป็นบุคคล สาธารณะ (Public Figure) แต่ถ้าเป็นบุคคลทั่วไปไม่ใช่บุคคลสาธารณะ หนังสือพิมพ์หรือผู้พิมพ์ย่อมไม่ สามารถอ้างหลัก *Sullivan Rule*³⁵ ได้ ต่อมาในคดี *Hustler Magazine v. Falwell*³⁶ ได้ขยายหลัก *Sullivan Rules* ให้ใช้กับภาพล้อเชิงลามกอนาจารด้วย กล่าวคือ จำเลยซึ่งเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา หนังสือผู้ใหญ่ (Adult Magazine) ได้วาดภาพล้อเลียนโจทก์ซึ่งเป็นพระกำลังกระทำชำเราแม่ตนเองใน โปสท์ ศาลฎีกาตัดสินว่าจำเลยได้รับความคุ้มครองตามหลัก *Sullivan Rules* เพราะศาลให้ความคุ้มครองแก่การกระทำที่หากเกิดแก่บุคคลธรรมดาที่ไม่ได้เป็นบุคคลสาธารณะ (Public Figure) ดังนั้นผู้ใช้ เครือข่ายอินเทอร์เน็ตและผู้ดูแลระบบบริการ ได้สนับสนุนให้มีการนำหลัก *Sullivan Rule* มาใช้กับผู้ดูแล ระบบบริการในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตด้วย โดยอ้างเหตุผลว่าในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตทุกคนเป็น "บุคคลสาธารณะ" ทั้งสิ้น เนื่องจากสังคมเครือข่ายเป็นสังคมที่มีลักษณะเป็นสาธารณะ ดังนั้นผู้ดูแล ระบบ จึงไม่ควรมีความรับผิดเช่นเดียวกับผู้พิมพ์ ผู้โฆษณาหนังสือพิมพ์ ไม่มีความรับผิด

ต่อมาใน ปี ค.ศ.1991 ศาลได้ตัดสินคดีเกี่ยวกับอินเทอร์เน็ต คือ คดี *Cubby V. Compuserve, Inc.*³⁷ ในคดีนี้ข้อเท็จจริงมีว่าจำเลยเป็นบริษัทบริการเครือข่ายติดต่อสื่อสารที่ใหญ่ที่สุดใน สหรัฐอเมริกาได้จัดให้มีบริการ Electronic Bulletin Board (BBS) หลายอัน หนึ่งใน BBS คือฐาน ข้อมูลของบริษัท Cameron Communications Inc (CCI) ซึ่งเป็นคู่สัญญากับจำเลยด้วย ตามสัญญา การให้บริการ BBS บริษัท CCI ได้จัดให้มีเวทีแลกเปลี่ยนความเห็นเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน บริษัท DFA เป็นผู้ลงพิมพ์ความเห็นของตนผ่าน BBS ของ CCI และได้ลงข้อความที่ทำให้บริษัท Cubby

³⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 us.254 (1964).

³⁵ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 us 323 (1974).

³⁶ *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 us 46, (1988).

³⁷ *Cubby v. Compuserve, Inc.*, 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y.1991)

เสื่อมเสียชื่อเสียงและเป็นข้อความเท็จ โจทก์ก็คือบริษัท Cubby จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลฟ้องบริษัท Compuserve ฐานทำให้โจทก์เสื่อมเสียชื่อเสียง จำเลยคือบริษัท Compuserve ยอมรับว่าข้อความที่ปรากฏใน BBS นั้นเป็นข้อความที่ทำให้โจทก์เสียหายจริงและเป็นเท็จ แต่อ้างว่าจำเลยไม่มีทางรู้ได้เลยว่าข้อความที่ลงใน BBS นั้นเป็นการทำลายชื่อเสียงโจทก์ หรือเป็นเท็จ จำเลยอ้างว่าบริการจำเลยเปรียบเสมือนร้านขายหนังสือพิมพ์ (Distributor) กล่าวคือจำเลยเป็นเพียงสื่อ (Conduit) เท่านั้น และจำเลยก็ไม่ใช่มือพิมพ์ตามความหมายของหลัก Sullivan Rules จำเลยอ้างว่าจำเลยไม่ควรจะต้องรับผิดชอบเนื่องจากจำเลยไม่มีอำนาจใดๆ ที่จะตรวจตราดูแลแก้ไข (Editorial Control) เนื้อหาของสิ่งที่ปรากฏใน BBS ตามสัญญาที่จำเลยทำไว้กับ CCI ศาลนิวยอร์กเห็นด้วยกับข้ออ้างของจำเลยที่ว่าจำเลยบริษัท Compuserve เป็นเพียงสื่อกลางคล้ายๆ กับร้านขายหนังสือหรือห้องสมุดที่ไม่ต้องรับผิดชอบ

หลักกฎหมายที่ผู้ดูแลระบบบริการยึดถือคือผู้ให้บริการเครือข่าย จะยึดถือตนเองเป็นเสมือนห้องสมุดหรือร้านขายหนังสือพิมพ์ (Distributor) และปฏิเสธที่จะดูแลหรือตรวจสอบข้อความที่ปรากฏหรือส่งผ่านเครือข่ายของตน แต่มีหลายกรณีที่มีผู้ร้องเรียนว่าผู้ดูแลระบบบริการได้ใช้สิทธิเกินส่วน โดยร้องเรียนมายังผู้ให้บริการเครือข่าย เช่น ร้องขอให้หยุดการโฆษณาที่ผิดกฎหมายหรือร้องเรียนให้เอาข้อความที่หมิ่นประมาทตนออกจาก BBS ที่ผู้ดูแลระบบบริการรับผิดชอบอยู่เสมอๆ และมีผู้ให้บริการหลายรายได้ถอนข้อความหรือรูปภาพที่ไม่เหมาะสมออกจาก BBS ของตน ต่อมาหลังจากคดี Cubby ได้มีคดีว่าด้วยควมรับผิดชอบของผู้ให้บริการเครือข่ายขึ้นมาอีกคดีหนึ่งคือคดี Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services, Co.,³⁸ ศาลได้ตัดสินว่า “บริษัทจำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการเครือข่ายรายใหญ่ เปรียบเสมือนบรรณาธิการผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา (Publisher) มีความรับผิดชอบสำหรับละเมิดและความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น” ในคดีนี้ลูกคำรายหนึ่งของ BBS ที่บริษัทจำเลยจัดขึ้น ได้กล่าวหาโจทก์ว่าฉ้อโกง โจทก์จึงฟ้องบริษัทจำเลยโดยอ้างว่าจำเลยมีนโยบายที่จะให้ลูกคำติดต่อกันอย่างมีมรรยาท หากจำเลยพบว่าข้อความดูหมิ่นหรือไม่สมควร จำเลยสงวนสิทธิที่จะถอนข้อความนั้นๆ ออกจากสารบบ นอกจากนี้จำเลยยังเขียนโปรแกรมซอฟต์แวร์ให้ตรวจสอบถ้อยคำหยาบโลน เสียดสี (Offensive Language) โดยอัตโนมัติ หากพบคำเหล่านี้ก็จะรายงานให้จำเลยทราบทันที ศาลจึงตัดสินว่าการที่จำเลยตรวจสอบและสอดส่องข้อความต่างๆ ที่ปรากฏใน BBS ทำให้จำเลยมีสภาพเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณา (Publisher) ดังนั้นศาลจึงกลับไปให้หลักทั่วไปและจำเลยต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิดต่อโจทก์ คดีนี้ศาลไปใช้หลักในคดี Braun v. Soldier of Fortune³⁹ ที่ลดขอบเขตของหลัก

³⁸ * Stratton Okkmont, Inc. V Prodiav Service. Co. N.Y.Supp. Ct. May 24, 1995.

³⁹ * Braun V. Soldier of Fortune. 506 us 107 (1993).

Sullivan Rule ซึ่งศาลตัดสินว่า ผู้พิมพ์ผู้โฆษณาที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมที่จะไม่ลงพิมพ์ข้อความที่อาจจะเกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น คือศาลใช้หลักความสมเหตุสมผลเข้ามาตัดสินโดยพิจารณาว่า ผู้พิมพ์ผู้โฆษณาควรจะรู้หรือไม่ว่าสิ่งที่ลงพิมพ์นั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หากรู้ก็ย่อมจะต้องร่วมรับผิดชอบเพื่อละเมิดด้วย ดังนั้นผู้ให้บริการเครือข่ายจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบได้หากตนทราบหรือควรทราบว่ามีการละเมิดเช่นว่านั้นอยู่ในเครือข่ายของตน ในระยะหลังผู้ดูแลระบบบริการจึงพยายามที่จะทำสัญญาที่เรียกว่า "Hand Off" กับผู้ให้บริการสารสนเทศ หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Information Service Provider:ISP) โดยกำหนดว่าผู้ให้บริการเครือข่ายเป็นเพียงสื่อกลาง (Conduit) ตามหลัก Cubby Rule แต่ก็มีผู้ให้บริการเครือข่ายหลายรายที่หันมาใช้หลัก Braun กล่าวคือ ให้ความพยายามที่จะระมัดระวังไม่ให้บุคคลอื่นนำเครือข่ายของตนไปใช้เป็นอันตรายต่อสาธารณะ แต่ก็มีผู้ให้บริการหลายรายได้ให้มาตรฐานอื่น เช่น หลัก Common Carrier ซึ่งเป็นหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หลักสถานที่สาธารณะ (Public Place Doctrine) หลัก Hold Out อันเป็นหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่กำหนดให้ผู้ที่แสดงตนว่ารับบริการสาธารณะต้องมีความรับผิดชอบต่อบางประการต่อบุคคลอื่น ซึ่งหลักกฎหมายที่นำมาเทียบกับการให้บริการอินเทอร์เน็ต คือ หลักสถานที่สาธารณะ โดยหลักนี้ถือว่าหากผู้ใดเปิดเผยหรือแสดงให้บุคคลอื่นทราบว่าสถานที่ของตนนั้นเป็นสถานที่สาธารณะ (Public Place) เจ้าของหรือผู้ดูแลย่อมต้องรับหน้าที่ที่จะต้องกระทำการเพื่อปกป้องประโยชน์ของผู้เข้ามาใช้สถานที่ที่สาธารณะนั้นเมื่อตนมีเหตุอันควรจะรู้หรือรู้ว่าจะมีความเสียหายแก่ผู้เข้ามาใช้สถานที่ของตน หากไม่ได้ดำเนินการใดๆ เพื่อขจัดเหตุนั้นๆ เจ้าของสถานที่ย่อมมีความรับผิดชอบร่วมด้วยเพราะถือว่าสนับสนุนการกระทำที่เป็นละเมิดนั้น⁴⁰

โดยหลักสถานที่สาธารณะนี้เมื่อนำมาใช้กับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ผู้บริการเครือข่ายเปรียบเสมือนผู้จัดให้มีเวทีสาธารณะ (Public Forum) ให้ผู้ใช้เข้ามาใช้บริการ (Resale) หรือรับบริการในเวทีที่จัดไว้ให้ เหตุผลที่ให้นำหลักนี้มาใช้กับอินเทอร์เน็ตก็เพราะลักษณะของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอนุญาตให้คนจำนวนมากสามารถติดต่อถึงกันได้โดยสะดวกเหมือนกับอยู่ในที่สาธารณะ ด้วยเหตุที่มีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมากและแต่ละคนอาจจะส่งจดหมายถึงกันโดยตรง หรือกระจายข่าว หรืออาจฝากข้อความไว้เพื่อให้บุคคลทั่วไปมาดึงเอาไปใช้ เช่น "FTP","Gopher",World Wide Web เครือข่ายอินเทอร์เน็ตจึงไม่ใช่เครือข่ายส่วนบุคคล (Private Network) ที่สามารถกีดกับบุคคลอื่นได้ แต่เป็นเครือข่ายสาธารณะที่ผู้ใช้ทุกคนสามารถเข้าถึงได้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยสถานที่สาธารณะ ดังนั้นผู้ดูแลระบบบริการจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องมิให้บุคคลที่สามเสียหาย โดยหากตนรู้หรือควรจะได้รู้โดย

⁴⁰ Hellar V. Bianco, 244 p.2d.757 (Cal.Ct.App.1952).

ใช้วิจารณ์ญาณที่สมเหตุสมผลว่าจะทำให้บุคคลที่สามเสียหายได้ ความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการ ไม่ได้เกิดเพียงเพราะว่ามีการทำละเมิดขึ้นในเครือข่ายที่ตนดูแล แต่เกิดขึ้นเมื่อตนละเลยหน้าที่ที่จะต้องปกป้องบุคคลที่สามไม่ให้เกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้น

4.3.4.1 ความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการ (System Operator) กับสิทธิในความเป็นส่วนตัว

ในส่วนของสิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) นั้น กฎหมายของประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายมักจะคุ้มครองสิทธินี้อย่างเต็มที่ เนื่องจากมีความคิดว่า รัฐบาลเป็นผู้ที่คอยลดรอนอำนาจของปัจเจกชน สิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้รัฐบาลเข้ามาแทรกแซงในชีวิตของปัจเจกชนในยุคของการติดต่อทางอิเล็กทรอนิกส์หรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ต กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปในหลายๆ ประเทศ เช่น ในกลุ่มสหภาพยุโรป กำลังออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อคุ้มครองฐานข้อมูลส่วนบุคคล (Database Protection Law) สหรัฐอเมริกาออกกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Communication Privacy Act 1986 หรือ ECPA 1986) เพื่อปกป้องความเป็นส่วนตัวของข้อมูลที่เกิดขึ้นในเครือข่าย โดยเฉพาะเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวนี้เป็นภาระที่ผู้ดูแลระบบบริการต้องรับภาระ เนื่องจากมักจะมีคำร้องขอจากฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่เสมอๆ ที่จะขอข้อมูลการติดต่อระหว่างผู้ใช้อินเทอร์เน็ตบางราย หลักความเป็นส่วนตัวนี้ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีขอบเขตกว้างขวางมากและใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปด้วย เพราะหลักกฎหมายถือว่าเป็น สิทธิ (Right) ซึ่งใช้ยับยั้งบุคคลอื่นและรัฐได้ ในขณะที่เสรีภาพการแสดงออกเป็นสิ่งที่ใช้ยับยั้งรัฐเท่านั้น และกฎหมายยังขยายไปคุ้มครองถึงกรณีเข้าไปดูข้อมูลของบุคคลอื่นในฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย⁴¹

ในเรื่องของสิทธิความเป็นส่วนตัวนี้ กฎหมายไทยว่าด้วยละเมิดสามารถนำเอามาใช้บังคับได้เหมือนเช่นกับที่ประเทศอื่นได้ขยายการคุ้มครองออกมาโดยกฎหมายละเมิด และโดยเหตุที่ผู้ดูแลระบบบริการเป็นผู้ที่รู้หรือสามารถรู้ข้อมูลการติดต่อของผู้ใช้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้ดีที่สุด เนื่องจากผู้ดูแลระบบบริการอาจจะดูข้อความใดเมื่อใดก็ได้หรืออาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอกสารที่ผู้ใช้บริการส่งให้แก่กันโดยผู้ใช้ไม่มีโอกาสรู้ได้ เว้นแต่ผู้ใช้บริการจะมีระบบเข้ารหัสที่ผู้ใช้บริการไม่สามารถเปิดดูได้ และการแอบดูหรือลักลอบเข้าฐานข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ดูแลระบบบริการก็ง่ายกว่าการติด

⁴¹ *Birnbaum v. U.S.*, 588 F.2d 319, (1978).

ต่อด้วยเอกสารธรรมดา มาก เนื่องจากข้อมูลสามารถทำซ้ำได้ง่ายและสามารถส่งล่วงหน้าได้ โดยที่ผู้ใช้ไม่สามารถป้องกันหรือลวงรู้ได้ ดังนั้นผู้ดูแลระบบบริการจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งการใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะได้รับประโยชน์สูงสุดเมื่อมีผู้ใช้มาก และผู้ใช้นั้นใจว่าการใช้เครือข่ายส่งผ่านข้อมูลนั้นได้รับความคุ้มครองจากการลักลอบหรือนำเอาข้อมูลไปใช้โดยบุคคลที่สาม โดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวกับการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จึงควรจะให้ความคุ้มครอง หรือรับรองสิทธิของผู้ใช้ในอันที่จะมีหรือใช้ระบบรักษาความปลอดภัย เช่น การเข้ารหัส เป็นต้น แนวโน้มในต่างประเทศปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจน เนื่องจากศักยภาพของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถใช้เป็นคุณและเป็นโทษได้เปรียบเสมือนดาบสองคม องค์การภาครัฐและหน่วยงานปราบปรามอาชญากรรม ยังคงต้องการจะสงวนสิทธิที่จะดูข้อมูลอาชญากรรมที่ส่งผ่านเครือข่ายและการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน แต่โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงหรือกฎหมายเกี่ยวกับการสืบสวนตรวจสอบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์หรือกฎหมายเซ็นเซอร์ มักจะเป็นกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล และมักจะมีผลทำให้ความเป็นส่วนตัวของบุคคลต้องตกอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าพนักงานของรัฐ ทำให้กฎหมายเหล่านี้ไม่ได้รับความนิยม มีหลายประเทศที่มีการทดลองออกกฎหมายต่างๆ หรือมีคดีที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอันเป็นความพยายามในการกำกับดูแลบริการอินเทอร์เน็ต

กฎหมายที่สหรัฐอเมริกาใช้ในการกำกับดูแลการติดต่อสื่อสารผ่านเครือข่าย คือ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หรือ Electronic Communications Privacy Act of 1986 (กฎหมาย ECPA 1986)⁴² ซึ่งเป็นกฎหมายสำหรับการคุ้มครองการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ กฎหมายนี้ได้นำมาใช้กับบริการอินเทอร์เน็ตด้วย เนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้โดยรวม คือ กฎหมายกำหนดให้การลักลอบดักฟังหรือรบกวนการสื่อสารระหว่างบุคคล โดยทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายและมีโทษทางอาญา⁴³ กฎหมายนี้มีบทบัญญัติที่นำมาใช้กับผู้ดูแลระบบบริการโดยกฎหมายกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดๆ เข้าไปใช้เครือข่ายคอมพิวเตอร์ และมีบทบัญญัติที่ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการไว้ ในกรณีที่ตนจำเป็นต้องเห็น ดู หรืออ่านข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งผ่านระหว่างบุคคลต่างๆ เพื่อสอดส่องดูแลความเรียบร้อยและสภาพการปฏิบัติงานของระบบ หากเป็นการดำเนินการโดยสุ่มตัวอย่างไม่เจาะเจาะจง การ

⁴² The Electronic Communication Privacy Act of 1986, 18 U.S.C.2510-2521 (Amended 1994).

⁴³ Section 2511. 18 USC 2510. (1994).

สื่อสารของบุคคลใดบุคคลหนึ่งและเป็นการกระทำตามปกติในทางการค้า หรือเพื่อปกป้องสิทธิหรือทรัพย์สินใดๆ ของผู้ให้บริการ

กฎหมาย ECPA 1986 ยังกำหนดเพิ่มเติมว่าห้ามมิให้บุคคลใดเปิดเผยข้อความที่ได้รับมาโดยเป็นการละเมิดต่อกฎหมายฉบับนี้ และห้ามผู้ดูแลระบบบริการเปิดเผยข้อความที่ตนได้มาแก่ผู้อื่นนอกเหนือไปจากบุคคลที่เป็นผู้รับตามคำสั่งที่มาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นๆ ดังนั้นภาระหน้าที่ของผู้ดูแลระบบบริการจึงเกิดโดยกฎหมายในอันที่จะต้องรักษาความลับของผู้ใช้เครือข่ายของตน ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะ “ลูกค้า” ของตนเท่านั้น แต่ต้องรักษาความลับของบุคคลที่สามทุกคนที่ผ่านหรือสื่อสารเข้ามาในเครือข่ายของตน กฎหมายฉบับนี้มีการแก้ไขในปี 1994 โดยได้กำหนดหน้าที่อย่างกว้างสำหรับผู้ให้บริการเครือข่ายเนื่องจากเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตได้พัฒนาไปก้าวหน้ากว่ากฎหมาย เพราะแต่เดิมนั้นกฎหมายใช้กับเทคโนโลยีการสื่อสารแบบจุดต่อจุด (Point-to-Point) ผู้ที่เข้ามาผ่านเครือข่ายจึงมักจะเป็นลูกค้าหรือผู้ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น แต่เมื่อเทคโนโลยีเครือข่ายอินเทอร์เน็ตพัฒนามาใช้ เครือข่ายสาธารณะ (PSTN) ซึ่งไม่ได้จำกัดเส้นทาง และไม่จำกัดผู้ใช้ ดังนั้นกฎหมายจึงมีการขยายภาระหน้าที่ของผู้ดูแลระบบบริการไปให้ ต้องเก็บความลับของบุคคลที่สามทุกคนที่ผ่านเข้ามาในระบบของตน แม้ว่าจะไม่มีสัญญาผูกพันที่จะรักษาความลับแก่บุคคลที่สามก็ตาม นอกจากนี้ กฎหมาย ECPA 1986 มีข้อยกเว้นที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ยอมให้รัฐบาลสามารถดักฟัง หรือตรวจสอบข้อมูลการติดต่อทางอิเล็กทรอนิกส์ได้โดยอนุญาตให้ผู้ให้บริการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจติดเครื่องมือดักฟังได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ กล่าวคือได้รับคำสั่งศาล ตามคำร้องขอของบุคคลที่กำหนดในกฎหมาย เช่น อัยการ เป็นต้น

4.3.4.2 ความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการ (System Operator) กับการใส่ความหรือดูหมิ่นบุคคลอื่น

การใส่ความหรือดูหมิ่นให้บุคคลอื่นเสียหายนั้น มาตรฐานตามกฎหมายทั้งทางอาญาและทางแพ่ง ในแต่ละประเทศแตกต่างกันอยู่มาก ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้มาตรฐานของหลัก Sullivan Rule คือ กำหนดให้มาตรฐานความรับผิดของหนังสือพิมพ์น้อยกว่ามาตรฐานทั่วไป ในขณะที่กฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีมาตรฐานพิเศษสำหรับหนังสือพิมพ์หรือผู้ดูแลระบบบริการ นอกจากนี้ยังไม่มีคดีอาญาเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือทางอินเทอร์เน็ต ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงหรือศาลฎีกา แต่หากใช้มาตรฐานของความผิดที่ใช้กับคดีหมิ่นประมาท

ตามประมวลกฎหมายอาญา⁴⁴ ก็คงจะมีผลทำให้ผู้ที่กล่าวถึงบุคคลอื่นในทางเสียหายละเว้นที่จะใช้ชื่อจริงของตน ซึ่งสามารถกระทำได้ง่ายในบริการ Anonymous เนื่องจากอาจสันนิษฐานได้ว่ามีเจตนาอันควรจะรู้อยู่แล้วว่าผู้อื่นจะต้องเสียหาย ซึ่งศาลฎีกาเคยตัดสินว่า การใส่ความด้วยการใส่ปากกับการใส่ความด้วยการโฆษณาต่างกัน คือ ใส่ความด้วยการใส่ปากมีคนฟังได้ยิน ส่วนการโฆษณานั้นเป็นที่เข้าใจอยู่แล้วว่า เจตนาให้คนทั่วไปได้รู้เห็น ไม่จำเป็นต้องยืนยันในฟ้องว่ามีใครรู้เห็นบ้าง⁴⁵ นอกจากนี้ข้อยกเว้นหลักตามกฎหมายอาญาของไทยยังแตกต่างจากมาตรฐานที่ยอมรับกันในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต กล่าวคือ ปัจจุบันนี้ยังไม่มีกฎหมายใดที่พอจะนำมาเทียบเคียงกับผู้ดูแลระบบบริการของไทยได้ เพราะผู้เป็นบรรณาธิการมีหน้าที่ตรวจตรา กำกับข่าวที่ตนเขียนก่อนการพิมพ์ ซึ่งศาลฎีกาได้เคยตัดสินว่าจำเลยเป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ ต้องรับผิดชอบในข้อความที่ตนรวบรวมเอามาลงพิมพ์ จะแก้ตัวว่าเป็นเจตนาของผู้อื่นส่งมาให้ลงพิมพ์นั้นไม่ได้ เมื่อตนเป็นผู้นำลงพิมพ์ก็ต้องรับผิดชอบผู้เขียนโดยไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้⁴⁶ ดังนั้น บรรณาธิการไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบได้เหมือนเช่นที่กฎหมายต่างประเทศนำมาเทียบเคียงใช้กับผู้ดูแลระบบบริการ จึงควรมีบทบัญญัติพิเศษที่อนุญาตให้ผู้ทำการเผยแพร่ข่าวสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่ได้ละเว้นการกระทำการเพื่อปกป้องสิทธิของบุคคลที่สาม ตามมาตรฐานที่ใช้อยู่ทั่วไปในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งกล่าวโดยสรุปความรับผิดชอบของผู้ดูแลระบบบริการต่างๆ ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือ System Operator นั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กรณีคือ⁴⁷

(1). กรณีความเสียหายที่บุคคลอื่นก่อให้เกิดขึ้นเพราะใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต ผู้ดูแลระบบบริการไม่มีความรับผิดชอบในเนื้อหาของข้อมูล เพราะเป็นเพียงทางผ่านอันเป็นไปตามหลักในคดี Cubby

(2). กรณีความเสียหายที่บุคคลได้รับเพราะการละเลยหรือไม่กระทำการของผู้ดูแลระบบบริการ เช่นการตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลที่จำเป็นที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP : Internet Service Provider) ได้ให้บริการผ่านเครือข่ายของผู้ดูแลระบบบริการ ซึ่งต้องรับผิดชอบในเนื้อ

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1033 / 2533.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1310 / 2500.

⁴⁷ เลอสรุ ธนสุกาญจน์, จิตตภัทร เครือวรรณ และสุธรรม อยุ่ในธรรม, กฎหมายสำหรับบริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541) หน้า 196-199.

หาของข้อมูลหรือเนื้อหาของสารสนเทศในลักษณะเดียวกับบรรณาธิการ อันเป็นไปตามหลักในคดี Sullivan

(3) หน้าที่ต่อบุคคลที่สามหรือผู้ใช้รายอื่น ผู้ดูแลระบบบริการต้องรับผิดชอบตามหลักสถานที่สาธารณะ (Public Forum) และจะต้องกระทำการบางอย่างหากได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ของรัฐในการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

4.3.5 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศ (Information Service Provider)

ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการข้อมูล ข่าวสารเช่นข้อมูลผิดพลาด เสียหายแก่บุคคลอื่น ผิดศีลธรรม ซึ่งลักษณะความรับผิดชอบของผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศนั้นอาจกล่าวได้ว่าไม่น่าจะแตกต่างจากผู้ดูแลระบบบริการ เนื่องจากผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศเป็นผู้จัดการด้านข้อมูลสารสนเทศ และเป็นผู้ที่จัดให้มีกระบวนการจัดระบบงานข้อมูล ซึ่งอาจจะมีลูกค้าที่ใช้บริการฐานข้อมูลจำนวนมาก โดยที่ผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศอาจไม่ทราบว่าเจ้าของฐานข้อมูลหรือเจ้าของซอฟต์แวร์ที่ใช้ผ่านเครือข่ายของตนนั้นได้ละเมิดสิทธิของผู้ใดบ้าง ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศอาจมีได้ในกรณีดังต่อไปนี้ เช่น รับผิดชอบต่อผู้ดูแลระบบบริการรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศรายอื่น, ผู้ใช้ทั่วไป, ลูกค้าของผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศเอง, การเก็บความลับของบุคคลอื่นที่เข้ามาในระบบ ซึ่งความรับผิดชอบของผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศนี้อาจสรุปได้ดังนี้

(1) ผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศ ไม่ต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาของข้อมูล เพราะเป็นทางผ่านอันเป็นไปตามหลักในคดี Cubby

(2) ผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศ ไม่ต้องรับผิดชอบต่อฐานะบรรณาธิการอันเป็นไปตามหลักในคดี Sullivan

(3) ผู้ให้บริการข้อมูลสารสนเทศ อาจจะต้องรับผิดชอบต่อหลักสถานที่สาธารณะ (Public Forum) และต้องกระทำการบางอย่างเมื่อได้รับการร้องขอจากเจ้าหน้าที่ของรัฐในการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

4.3.6 ความรับผิดชอบของผู้ใช้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (User)

ปัญหาสำคัญของการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ใช้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นคือ ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตมีจำนวนมาก และกระจัดกระจายอยู่ทั่วทุกมุมโลก โดยที่ผู้ใช้บริการรายเดียว

กันอาจเป็นทั้งผู้ใช้ (User) และผู้ให้บริการได้ในขณะเดียวกัน นอกจากนี้ผู้ใช้บริการยังสามารถเคลื่อนย้ายสถานที่ที่ขอเปิดบริการได้ตลอดเวลา ซึ่งในทางหลักการแล้วผู้ใช้ควรรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนก่อขึ้น ในบางกรณีผู้ใช้ไม่ทราบว่าการกระทำของตนเป็นผลเสียกับผู้อื่น ในกรณีเช่นนี้ควรมีกฎหมายกำหนดมาตรฐานการบริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือ ISP (Internet Service Provider) จะต้องให้ข้อมูลและความรู้กับผู้ใช้ว่าเรื่องอะไรบ้างที่ทำได้ หรือไม่ควรทำในการใช้งานระบบอินเทอร์เน็ต เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแทนที่จะแก้ไขเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว รวมทั้งอาจหาวิธีป้องกันปัญหาที่ทราบอยู่แล้วว่าอาจเกิดขึ้น หรือเคยเกิดขึ้นมาแล้วด้วย

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าสำหรับประเด็นของความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างกลุ่มผู้ใช้บริการเข้าถึงเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Service, Access and Network Providers) มีความแตกต่างกันอยู่มากในแต่ละประเทศ เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกลุ่มผู้ให้บริการเหล่านี้ว่าใครต้องรับผิดชอบส่วนใด อย่างไรก็ตามมีบางประเทศที่เริ่มมีการกล่าวถึงประเด็นความรับผิดชอบนี้อย่างจริงจังและพิจารณาถึงรายละเอียดทางเทคนิคและการทำงานของเครือข่ายข้อมูลข้ามชาติเหล่านี้ (International Data Networks) ขณะที่หลายๆ ประเทศเพิ่งจะเริ่มต้นพิจารณาประเด็นของผลได้ผลเสียและความถูกต้องที่ขัดแย้งเหล่านี้ ซึ่งประเด็นที่สำคัญที่ได้รับการถกเถียงมากนั้น ได้แก่ การพิจารณาว่าผู้ให้บริการนั้นๆ ทำหน้าที่เป็นเพียงผู้อำนวยสื่อและช่องทางหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับเนื้อหาและชิ้นงานที่ผิดกฎหมายด้วย หรือความสามารถในการรับรู้และร่วมรู้เห็นต่อการให้สื่อเนื้อหาที่ผิดกฎหมายนั้นๆ⁴⁸ ซึ่งสามารถวิเคราะห์แนวโน้มว่าการพัฒนากฎหมายทางด้านนี้ได้ว่า ผู้ให้บริการด้านอินเทอร์เน็ต (Service Provider) จะต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาข้อมูลที่อยู่ในเซิร์ฟเวอร์ของตนเอง ในกรณีที่ได้รู้ถึงข้อมูลนั้น ส่วนผู้ให้บริการเพียงเพื่อการเข้าถึงเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Access Providers) โดยทั่วไปแล้วไม่น่าที่ต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่ผิดกฎหมายของข้อมูลที่บุคคลที่สามเป็นผู้จัดทำขึ้น โดยตนเองเป็นเพียงผู้อำนวยช่องทางเพื่อเข้าถึงเครือข่ายของข้อมูล ซึ่งในระดับสากลแล้ว ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจนเกี่ยวกับมาตรการควบคุมพื้นฐานต่อการให้บริการของบริการอินเทอร์เน็ต รวมทั้งหน้าที่ต่างๆ ของเครือข่ายคอมพิวเตอร์สากล (International Computer Networks) ทั้งนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำประเด็นปัญหาอุปสรรคเหล่านี้ เข้าสู่เวทีสากลหรือระดับนานาชาติ เพื่ออย่างน้อยจะได้มีมาตรฐานที่แน่นอนแม้ในระดับต้นๆ ที่เป็นที่ยอมรับสากลในการที่จะเข้าใช้เครือข่ายคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ต

⁴⁸ A Regulatory Web : Free Speeech and the Globle Information Infrastructure,

<<http://www.mttr.org/voithree/foster.html>>.

ดังนั้นในส่วนของปัญหาการเผยแพร่ภาพและสื่อลามกต่างๆทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่กล่าวมาแล้วนั้นไม่ได้เป็นปัญหาเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น ประเทศต่างๆทั่วโลกต่างก็ประสบกับปัญหาดังกล่าวเช่นเดียวกัน และพยายามที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายและมาตรการเสริมต่างๆเข้ามาควบคุมกำกับดูแลกับปัญหาเหล่านั้นในระดับที่แตกต่างกัน อันเนื่องมาจากสาเหตุทางด้านศีลธรรม วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีและนโยบายการให้สิทธิเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประเทศต่างๆที่มีความแตกต่างกัน