

ปัญหาในการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์



พันตำรวจโทหญิง อณิษฐา พิไล เงินวิจิตร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

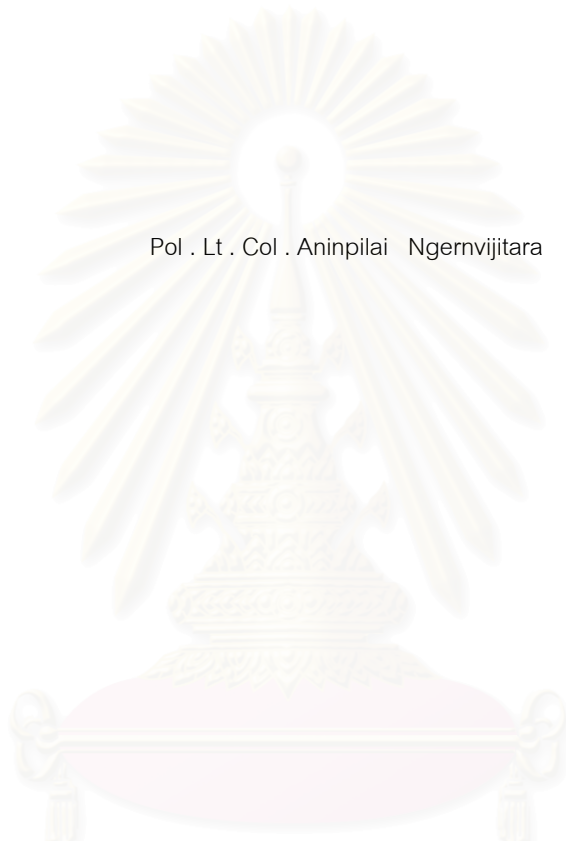
ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-17-0638-3

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL PROBLEMS ON SEARCH AND SEIZURE OF ELECTRONIC EVIDENCE

Pol . Lt . Col . Aninpilai Ngernvijitara



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974-17-0638-3

สถาบันนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาในการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์
โดย พันตำรวจโทหญิง อณัญพิไล เงินวิจิตร
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม (ถ้ามี) อาจารย์ กฤษณะ ช่างกล่อม


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบัณฑิต

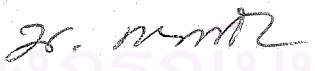
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิตีพันธ์ุ์ เชื้อบุญชัย)


คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(รองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม (ถ้ามี)
(อาจารย์ กฤษณะ ช่างกล่อม)

..... กรรมการ
(อาจารย์ นันทชัย เพียรสนอง)

..... กรรมการ
(พันตำรวจเอก ญาณพล ยั่งยืน)

พันตำรวจโทหญิง อณิญาพิไล เงินวิจิตร : ปัญหาในการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ (LEGAL PROBLEMS ON SEARCH AND SEIZURE OF ELECTRONIC EVIDENCE) อ.ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส , อ.ที่ปรึกษาร่วม : อาจารย์กฤษณะ ช่างกล่อม , 113 หน้า. ISBN 974 - 17- 0638 – 3

ความผิดที่กระทำบนอินเทอร์เน็ตก่อให้เกิดปัญหามากมายในการสืบสวนโดยเฉพาะในขั้นตอนการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากสภาพที่แท้จริงของสิ่งที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานไม่อยู่ในสถานะที่มนุษย์สามารถมองเห็นและเข้าใจได้ทั้งยังมีการเคลื่อนไหวที่รวดเร็วแต่ไม่คงทนถาวร จึงมีปัญหาเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน ปัญหาดังกล่าว ยิ่งทวีความรุนแรงขึ้นเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ตอบรับกระแสเรียกร้องในเรื่องสิทธิส่วนบุคคลโดยบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญพร้อมกับสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิ ดังกล่าว ซึ่งส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ลักษณะที่สวนกระแสกันเช่นนี้ ก่อให้เกิดความสับสนในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจอย่างมาก

การปรับปรุงกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงต้องศึกษาแนวความคิดในเรื่องการรักษาดุลยภาพระหว่างสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนกับการใช้อำนาจของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และใช้วิธีศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งประสบกับปัญหาดังกล่าวมาแล้ว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนได้เสนอแนวทางว่าในระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมาย อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ใช้บังคับควรรับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีอยู่เท่าที่พอใช้บังคับได้ โดยกำหนดกรอบอำนาจเจ้าพนักงานในการค้นหาหลักฐานตลอดจนกำหนดระเบียบวิธีการยึดและเก็บรักษาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ และผู้เขียนยังเสนอ แนวทางในการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการค้นและ การยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีประสิทธิภาพสอดคล้องกับแนวทางที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติ.....

ปีการศึกษา.....2544..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

สถาบันนิติวิทยาปริกการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4186158034 MAJOR LAWS

KEY WORD : SEARCH AND SEIZURE / ELECTRONIC EVIDENCE

ANINPILAI NGERNVIJITARA , POL.LT.COL. : LEGAL PROBLEMS ON SEARCH AND SEIZURE OF ELECTRONIC EVIDENCE . THESIS ADVISOR : ASSOC.PROF.VIRAPHONG BOONYOBHAS,CO-ADVISOR KRISSANA CHANGGLOM ,112 PP. ISBN 974-17-1638-3

Commission of offenses on Internet cause a lot of problems especially in the searching and seizing of evidence on Internet . As the matter of fact the nature of this kind of evidence is unseen and difficult to understand . Moreover these kinds of evidence usually change time to time and not stable . This bring to the problem of weight of evidence . The said problem face with more troublesome when the Thai Constitutional Law 2540 strongly accepts on Private Rights and also built the legal machanism for protection of the said right which effect to the law enforcers . This situation make a lot of confusion to the law enforcers as well .

Revising law to solve these problems on the base of keeping balance between Private Right and Power of state by comparative study with United States are the opinion of the researcher . The suggestion of thesis is that while there is no Computer Law in Thailand , the revising Criminal Procedure Law is needed by setting the scope of officer's authority on searching and seizing together with method of keeping the electronic evidences . Moreover the researcher suggested to revise the Criminal Procedure Law in searching and seizing electronic evidences to fit with the Thai Constitutional Law B.E. 2540

Field of study.....Laws..... Student's Signature

Academic Year.....2001..... Advisor's Signature

Co-Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีโดยความกรุณาจากท่าน รองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญเฏฐภาส ที่ให้ความเมตตาตลอดเวลาเข้ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาทั้งแนะแนวความคิดและสนับสนุนโครงร่างวิทยานิพนธ์ตั้งแต่แรกเริ่มจนเสร็จสมบูรณ์ และขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ กฤษณะ ช่างกล่อม ที่กรุณาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมและได้ให้ข้อคิดในการทำวิทยานิพนธ์อย่างยิ่ง

ผู้เขียนใคร่ขอขอบพระคุณท่าน รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ นันทชัย เพียรสนอง และท่านอาจารย์ พ.ต.อ. ญาณพล ยั่งยืน เป็นอย่างสูง ที่นอกจากจะสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้วยังกรุณาให้คำแนะนำตลอดจนให้ข้อมูลที่มีค่าในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อีกด้วย และผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านที่กรุณาประสิทธิประสาทความรู้ก่อให้เกิดประโยชน์ในการศึกษาตลอดจนเจ้าหน้าที่ทุกหน่วยงานในคณะนิติศาสตร์ ที่เป็นกำลังใจให้การสนับสนุนวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นอย่างดี

ผู้เขียนขอโน้มรำลึกถึงพระคุณ คุณพ่อบัณฑิตย์ เงินวิจิตร ดวงแก้วผู้ล่วงลับไปแล้ว ของลูก คุณแม่ผาณิตา เงินวิจิตร ดวงใจของลูกผู้เป็นกำลังใจอย่างสำคัญที่ยังสนับสนุนลูกใน ทุก ๆ ด้าน ขอขอบคุณอย่างยิ่งต่อคุณ อภิรดี เงินวิจิตร น้องสาวแสนประเสริฐผู้ทุ่มเทกำลังทั้งกายและใจช่วยเหลือและขอบคุณ คุณ วัชวัตดี เงินวิจิตร น้องสาวที่น่ารักที่ช่วยเหลือด้านการพิมพ์ทั้งที่มีเวลาเพียงน้อยนิด และขอขอบคุณทุกคนที่อยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวเงินวิจิตรที่แสนอบอุ่น

สุดท้ายนี้ ขอขอบคุณโรงเรียนนายร้อยตำรวจและผู้บังคับบัญชาทั้งในอดีตและปัจจุบันที่ให้โอกาสผู้เขียนได้ศึกษาหาความรู้ ณ ที่นี้ รวมตลอดถึงเพื่อน ๆ พี่ ๆ น้อง ๆ ทุกท่านที่ไม่อาจกล่าวได้หมดในเวลานี้ ที่ให้การสนับสนุนและเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนในการศึกษาเสมอมา

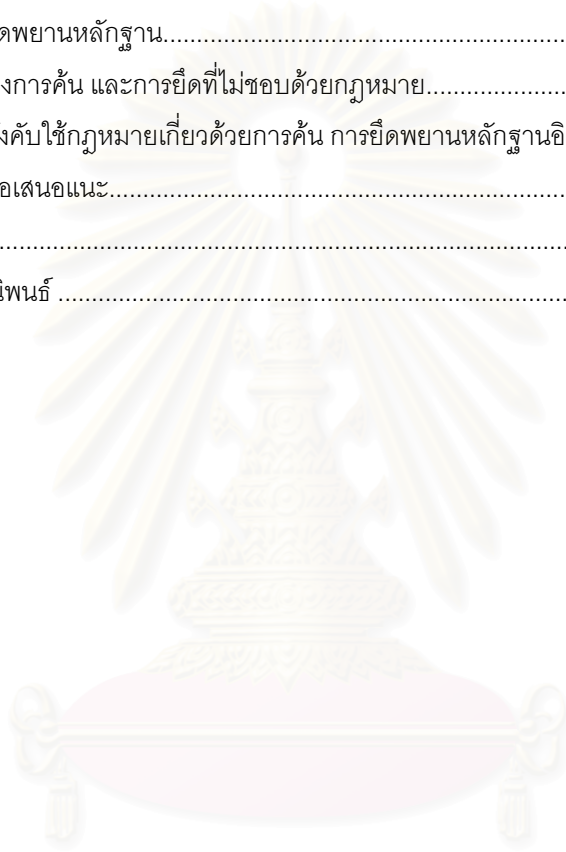
หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาต่อไปในภายหน้า ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้กับ บิดา มารดา ผู้ให้กำเนิด ครูบาอาจารย์ที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาการศึกษาให้ รวมตลอดถึงผู้มีพระคุณทั้งหมดที่ได้เอ่ยนามไปแล้วและที่ไม่สามารถเอ่ยนามได้ ณ ที่นี้ ส่วนข้อผิดพลาดและข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอโน้มรับไว้แต่ผู้เดียว

พันตำรวจโทหญิง อณิญาพิไล เงินวิจิตร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฉ
สารบัญภาพ.....	ญ
บทที่	
1 บทนำ	1
1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2. วัตถุประสงค์.....	8
1.3. สมมติฐาน.....	8
1.4. ขอบเขตการวิจัย	9
1.5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย	9
1.6. วิธีการวิจัย	9
2 ปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการค้นและการยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์	10
2.1. การกระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ต	14
2.2. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	34
2.3. หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการค้น และการยึดพยานหลักฐาน.....	36
2.3.1 การค้นหาพยานหลักฐาน	36
2.3.2 การยึดพยานหลักฐาน.....	42
2.3.3 การรับฟังพยานหลักฐาน.....	46
3 แนวความคิดในการใช้หลักนิติธรรมควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน.....	49
3.1. แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับการใช้อำนาจของรัฐ	50
3.2. การรักษาคุณภาพพระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิกับการใช้อำนาจของรัฐ	55
4 ปัญหาและอุปสรรคในการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์.....	63
4.1. ปัญหาเรื่องความรวดเร็วในการปฏิบัติงานค้นหาพยานหลักฐาน	64
ทางอิเล็กทรอนิกส์	64
4.2. ปัญหาการปรับใช้กฎหมายกับสังคมยุคใหม่.....	65
4.3. ปัญหากฎหมายวิธีสบัญญัติ.....	66
4.3.1. กรณีการค้นโดยมีหมายค้น.....	68
4.3.2. กรณีการค้นโดยไม่มีหมายค้น.....	71
4.3.3. กรณีการยึด.....	72

	หน้า
4.3.4. การรวบรวมพยานหลักฐาน.....	73
4.4 ปัญหาที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ.....	74
5 แนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	78
5.1 การให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนประเทศสหรัฐอเมริกา.....	78
5.2 การบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับการค้น.....	
การยึดพยานหลักฐาน.....	83
5.3 ผลของการค้น และการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.....	86
5.4 การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการค้น การยึดพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์..	87
6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	94
รายการอ้างอิง.....	105
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	113



สารบัญตาราง

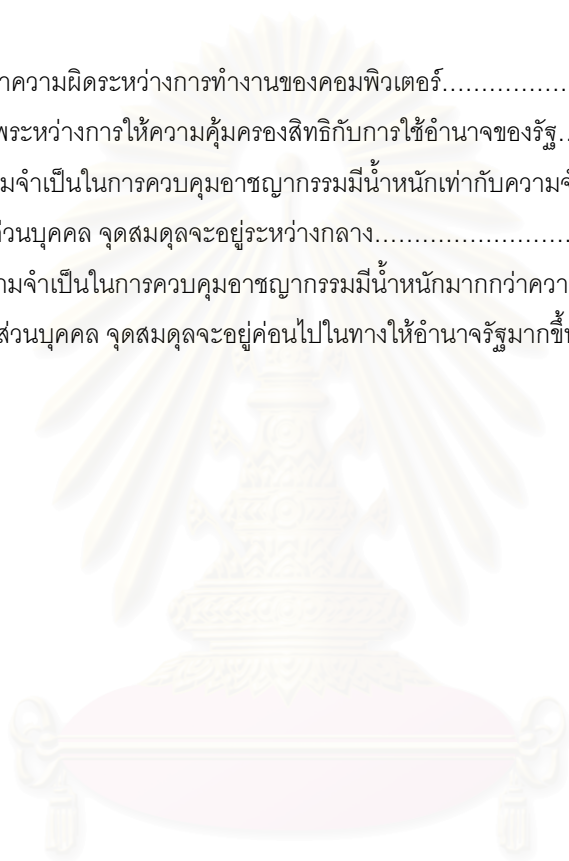
ตาราง	หน้า
1. ตารางเปรียบเทียบลักษณะของพยานหลักฐานคดีปกติ : พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์คดีอาชญากรรมไซเบอร์.....	21
2. ตารางเปรียบเทียบลักษณะอาชญากรรมพื้นฐาน : อาชญากรรมไซเบอร์.....	22



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญภาพ

ภาพประกอบ	หน้า
1. ขั้นตอนการกระทำความผิดระหว่างการทำงานของคอมพิวเตอร์.....	16
2. การรักษาคุณภาพระหว่างการใช้ความคุ้มครองสิทธิกับการใช้อำนาจของรัฐ.....	55
- รูปที่ 1 เมื่อความจำเป็นในการควบคุมอาชญากรรมมีน้ำหนักเท่ากับความเป็น ในการรักษาสิทธิส่วนบุคคล จุดสมดุลจะอยู่ระหว่างกลาง.....	55
- รูปที่ 2 เมื่อความจำเป็นในการควบคุมอาชญากรรมมีน้ำหนักมากกว่าความจำเป็น ในการรักษาสิทธิส่วนบุคคล จุดสมดุลจะอยู่ค่อนไปทางให้อำนาจรัฐมากขึ้น....	56



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โลกปัจจุบันเป็นโลกของเทคโนโลยีสารสนเทศ การใช้เทคโนโลยีในการพัฒนาระบบคมนาคมและข้อมูลข่าวสาร เป็นการลดระยะทาง เวลา รวมถึงค่าใช้จ่ายในการติดต่อระหว่างประเทศ อันเป็นคุณประโยชน์ต่อการพัฒนาสังคมทุกด้านโดยเฉพาะอย่างยิ่งมีประโยชน์ต่อวงการวิชาการ โดยทำให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร สินค้าและบริการ ตลอดจนการไปมาหาสู่กันมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามในขณะที่เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และสารสนเทศได้ถูกพัฒนาให้มีความรวดเร็วด้วยต้นทุนที่ลดน้อยลง ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีได้ง่ายและสามารถมีเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีสมรรถนะสูงมาใช้ในราคาที่ไม่แพงจึงทำให้บุคคลหรือองค์กรต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงบรรดาอาสาสมัครทั้งหลายต่างมุ่งหน้าเข้าสู่ปริมาณแหล่งเครือข่ายข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยพร้อมเพรียงกัน

ดังคำกล่าวที่ว่าที่ใดมีคุณอนันต์ที่นั่นย่อมมีโทษมหันต์ ผลจากการพัฒนาการอย่างรวดเร็วของคอมพิวเตอร์ทำให้อาชญากรรมที่กระทำบนอินเทอร์เน็ตมีองค์ประกอบความผิดทางอาญาที่ไม่ชัดเจน หรือเป็นอาชญากรรมรูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถปรับให้เข้ากับกฎหมายอาญาได้ในปัจจุบัน ทั้งการกระทำความผิดดังกล่าวมีความยุ่งยากซับซ้อนยากแก่การสืบสวนดำเนินคดี นอกจากนี้ยังมีแนวโน้มที่จะเพิ่มจำนวนสูงขึ้นอย่างรวดเร็วและทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ ทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชนอาจตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมคอมพิวเตอร์ได้ทั้งสิ้นไม่เว้นแม้กระทั่งหน่วยงานด้านการรักษาความมั่นคงของประเทศ เช่น ตำรวจ หรือ ทหาร

ปัญหาเรื่องอาชญากรรมคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะอินเทอร์เน็ตเป็นเรื่องของการหาทางบังคับใช้กฎหมายเพื่อไล่ตามเทคโนโลยีอย่างแท้จริง เพราะเทคโนโลยีปัจจุบันก่อให้เกิด อาชญากรรมรูปแบบใหม่ที่มีลักษณะพิเศษ คือ การกระทำความผิดที่ไม่มีการกระทำทางกายภาพ แต่ผลของการกระทำเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเพียงแค่เสี้ยววินาที ทั้งยังมีความสลับซับซ้อนยากแก่การติดตามค้นหา ทำให้การสืบสวน สอบสวนเป็นไปอย่างยากลำบาก อุปสรรคสำคัญที่เป็นปัญหาในการสอบสวนคือการจะเข้าทำการค้นข้อมูลหรือยึดพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลในคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่มียุติการใด แม้แต่ขั้นตอนการออกหมายค้นที่จะต้องระบุตัววัตถุ และสถานที่ที่จะทำการค้นก็ทำได้ยาก นอกจากนี้อาชญากรรมคอมพิวเตอร์มีได้ก่อให้เกิดความเสียหายจำกัดเฉพาะภายในประเทศเท่านั้น หากแต่สภาพไร้พรมแดนของวิวัฒนาการด้านการสื่อสารทำให้การกระทำความผิดสามารถเกิดขึ้นได้ในสถานที่ต่าง ๆ ทั่วโลกพร้อมกันกลายเป็นเรื่องของอาชญากรรมระหว่างประเทศที่จำต้องคำนึงถึงปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ความต่างกันของระบบกฎหมายที่จะใช้บังคับ ตลอดจนความร่วมมือระหว่างประเทศในการติดตามค้นหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เช่นเดียวกับปัญหาเกี่ยวกับยาเสพติด และอาชญากรรมข้ามชาติอื่น ๆ

ปัจจุบันประเทศที่มีการพัฒนาทางเทคโนโลยีสูงต่างมีความตื่นตัวและพยายามหาทางหยุดยั้งอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยการบัญญัติกฎหมายพิเศษโดยเฉพาะสำหรับ ความผิดเกี่ยวกับ

คอมพิวเตอร์เนื่องจากการกระทำความผิดและการสืบสวนสอบสวนคดี ดังกล่าวจะต้องมีการละเมิด สิทธิส่วนบุคคลบางประการโดยเฉพาะสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Privacy Right) และการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดตำแหน่งเจ้าพนักงานผู้ทำการสืบสวนสอบสวนคดีเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไว้โดยเฉพาะ เพราะเจ้าพนักงานตำแหน่งนี้จะต้องมีความรู้ความชำนาญทาง เทคโนโลยีเฉพาะด้านเป็นอย่างดี และเพื่อให้การสืบสวนสอบสวนเป็นไปโดยเร็วจำเป็นต้องให้อำนาจพิเศษบาง ประการแก่เจ้าหน้าที่ดังกล่าว โดยมีกฎหมายรองรับให้ต่างจากการดำเนินการตามกฎหมายอาญาทั่วไป โดยเฉพาะอำนาจในการ “ ค้น และยึดพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากคอมพิวเตอร์ ”

สำหรับประเทศไทยแม้จะเพิ่งเริ่มต้นตัวในเรื่องเทคโนโลยี แต่พลังแห่งโลกาภิวัตน์ทำให้เกิดการเรียนรู้ อย่างรวดเร็วและเท่าเทียมกันทั่วโลกดังนั้นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย จึงเกิดขึ้นได้ทัดเทียมกับ นานาอารยประเทศ จากการติดตามและรวบรวมกรณีปัญหาเฉพาะที่เกิดขึ้นในประเทศหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลใน ชาติไว้ โดย นายันนทชัย เพียรสนอง ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ และ พ.ต.อ.ญาณพล ยั่งยืน รอง ผู้บังคับการ ศูนย์ข้อมูลสารสนเทศ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ได้พบการกระทำที่อาจเรียกได้ว่าเป็นอาชญา กรรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบต่าง ๆ กัน คือ

การทุจริตด้านบัตร ATM

เป็นกรณีที่คนร้ายใช้วิธีการต่าง ๆ ในการลักลอบเอาเงินของเจ้าของบัตร เช่น คนร้ายซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิด กับเจ้าของบัตรจนสามารถรู้รหัส ATM และได้ขโมยบัตร ATM นั้นไปกดเอาเงินจากเครื่อง ATM โดยตรง แล้วนำ บัตรมาคืนโดยเจ้าของบัตรไม่รู้ตัวเลยว่าเงินในบัญชีถูกลักไปหมดแล้ว หรือ กรณีที่คนร้ายแอบเอาหมากฝรั่งหรือ ใช้ไม้จิ้มฟันไปปิดกั้นไว้ที่ช่องรับเงิน เมื่อผู้ใช้บริการ ATM กดรหัสเรียบร้อยแล้ว เงินจะไปค้างอยู่ในตำแหน่งที่คน ร้ายปิดกั้นไว้ และบัตร ATM ก็จะไม่คืนออกมาด้วยเนื่องจากเครื่องทำงานไม่ครบวงจรจากนั้นคนร้ายจะทำที่หวัง ดีบอกเจ้าของบัตรว่า เครื่องอาจเสียให้ลองกดซ้ำอีกที ซึ่งคนร้ายจะจำเลขรหัสไว้ เมื่อเจ้าของบัตรไปแจ้งเรื่อง บัตรถูกยึด คนร้ายจะแกะสิ่งที่ใช้ปิดกั้นออกเพื่อเอาเงินและบัตรที่ค้างอยู่ไปใช้ต่อไป

การทุจริตด้านบัตรเครดิต

จากรายงานการวิจัยของบริษัทศูนย์วิจัยกสิกรไทยจำกัด ปีที่ 2 ฉบับที่ 273 วันที่ 23 สิงหาคม 2539 เรื่อง“ทุจริตบัตรเครดิต : ปัญหาที่ต้องเร่งแก้ไข” ได้รายงานว่าการทุจริตบัตรเครดิตเกิดจากกรณีดังต่อไปนี้

- เกิดจากผู้ถือบัตรเองมีเจตนากระทำการทุจริต โดยการปลอมแปลงเอกสารหลักฐานในการสมัคร และเมื่อได้รับการอนุมัติให้เป็นผู้ถือบัตรแล้วก็นำไปใช้จ่ายจนเกิดความเสียหายต่อธนาคารผู้ออกบัตร หรืออาจ จะมีกรณีแจ้งหายแล้วนำไปใช้ต่อเอง
- เกิดจากการกระทำของกลุ่มคนร้าย โดยเจ้าของบัตรไม่ทราบจนกระทั่งมีใบเรียกเก็บหนี้แจ้งมาว่ามี การใช้จ่ายด้วยบัตรเครดิตเกิดขึ้น ซึ่งกรณีนี้สามารถเกิดขึ้นได้โดยเกิดจากบัตรหายเพราะลืมทิ้งไว้ในร้านค้า , ลืม กระเป๋าทิ้งไว้ในห้องน้ำ , ทำบัตรหล่นหายโดยไม่รู้ตัว , หรือเกิดจากบัตรถูกขโมยโดยบุคคลใกล้ชิดนำไปใช้ , ถูก

ล้างหรือถูกรีดกระดาษ , ถูขโมยจากห้องพักรหัส Locker , หรือเกิดจากบัตรที่ส่งไปจากธนาคารไม่ถึงผู้รับโดยเจ้าหน้าที่ธนาคารทุจริต เจ้าหน้าที่ส่งเอกสารทุจริต หรือเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์ทุจริต เป็นต้น

จากรายงานสถิติของกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ(สศค.)พบว่า ในปี พ.ศ. 2538 มีคดีทุจริตเกี่ยวกับบัตรเครดิตเกิดขึ้น 76 คดี จับผู้ต้องหาได้ 68 คน และมีมูลค่าความเสียหายทั้งสิ้น 49.46 ล้านบาท โดยมีรูปแบบการทุจริต ดังนี้

- โดยการขโมยบัตรของเจ้าของบัตรไปใช้โดยตรง
- โดยการปลอมแปลงของร้านค้าที่รับบัตรโดยเจตนาทุจริต ลอกเลียนจากรหัสตัวเลขตามใบรายการที่ลูกค้าใช้บริการ ไปทำตัวหนุนลงบนบัตรพลาสติกเปล่า จากนั้นร้านค้าจะรูบบัตร และปลอมลายเซ็นของเจ้าของบัตร แล้วนำไปรายการไปขึ้นเงินจากธนาคาร
- เป็นการปลอมแปลงบัตรของกลุ่มมิจฉาชีพ หรือร้านค้า โดยการนำบัตรที่หมดอายุแล้วไปผ่านความร้อนเพื่อรีดรหัสบนตัวบัตรออกแล้วพิมพ์รหัสตัวเลขหนุนขึ้นใหม่ให้เหมือนกับบัตรของเจ้าของบัตรรายอื่นที่ยังไม่หมดอายุ แล้วนำไปใช้รับบริการกับร้านค้า
- การปลอมแปลงลายเซ็น โดยพนักงานรับจ่ายเงินของร้านค้าและห้างที่รับบัตรเครดิตจ่ายแทนเงินสดรูบบัตรไว้หลาย ๆ ใบ
- การใช้บัตรเครดิตผ่านเครือข่าย Internet ทำให้คนร้ายที่สามารถเข้าถึงระบบ สามารถทราบรหัสในบัตรชื่อเจ้าของบัตร แล้วนำข้อมูลไปใช้ทำบัตรปลอมขึ้นใหม่ได้

การทำลายเครื่อง ATM

ถือเป็นอาชญากรรมที่กระทำต่อเครื่องคอมพิวเตอร์โดยตรง เพราะเครื่อง ATM ก็เป็นเครื่องคอมพิวเตอร์เช่นกัน เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2539 มีคนร้ายขับรถจักรยานยนต์หย่อนระเบิด ใส่ตู้ ATM ของธนาคารกรุงศรีอยุธยา ซึ่งตั้งอยู่ที่หน้าโรงงานบริษัท ชัมมิท ฟุตแวร์ แอนด์ ชีท จำกัด ตำบลบางไฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ แรงระเบิดทำให้ตู้ ATM พังยับเยิน แต่คนร้ายไม่สามารถเอาเงินไปได้ เพราะยามรักษาการณ์ของบริษัทเข้าไปขัดขวางไว้ได้ทัน

การจูนโทรศัพท์มือถือ

การจูนโทรศัพท์มือถือสามารถกระทำได้ 3 ลักษณะคือ

1. ร้านค้าแอบจูนจากลูกค้าที่มาใช้บริการจูนเลขหมายของตนเองกรณีต้องเปลี่ยนเครื่องใหม่เนื่องจากเครื่องเก่าชำรุดหรือล้าสมัยโดยใช้เครื่องลูกข่ายนอกระบบ
2. การแอบจูนจากลูกค้าที่นำเครื่องลูกข่ายไปซ่อมหรือตรวจเช็คกับร้านค้าย่อย

3. การแอบจูนโดยอาศัยเครื่องดักสัญญาณเพื่อดักคลื่นโทรศัพท์ของผู้ใช้ที่เปิดใช้อยู่ และนำไปจูนเครื่องใหม่ให้แก่ลูกค้ารายอื่น ๆ ต่อไป ระบบโทรศัพท์ที่ถูกจูนมากที่สุดคือ ระบบ Analog เพราะเป็นระบบที่ไม่ยุ่งยาก และเครื่องโทรศัพท์ชนิดนี้มีการลักลอบนำเข้ามาจากต่างประเทศมาก¹

กรณีการแอบอ้างขอแก้ไขข้อมูลเว็บไซต์เพื่อให้เกิดความเสียหาย

กรณีที่มีชาวเรือการแอบอ้างชื่อเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงเว็บหนึ่งแจ้งขอแก้ไข IP address ที่หน่วยงาน InterNic ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวนั้นใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานรับข้อมูลและแก้ไข แบบอัตโนมัติแทนคนทั้งหมด ในลักษณะ Robot โดยได้แก้ไขเป็น IP หมายเลขอื่น ๆ ที่ไม่มีตัวตนจริง หลังจากนั้น InterNic จะกระจายข้อมูลไปยัง Root ต่าง ๆ ให้เปลี่ยนแปลง ดังนั้นเมื่อคนทั้งโลก จะเข้าเว็บดังกล่าว เช่น Sanook.com ก็จะไปยัง IP ปลอม ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถเข้าเว็บจริงได้ทั้ง ๆ ที่เว็บดังกล่าวนั้นยังเปิดให้บริการอยู่ตามปกติ

หรือกรณีการแอบอ้างเป็นเจ้าของเว็บไซต์ที่มีเจ้าของอยู่แล้ว แจ้งต่อ InterNic ขอแก้ไขหมายเลขโทรศัพท์และที่ติดต่อเพื่อไม่ให้ติดต่อกลับได้แต่ยังใช้ชื่อเจ้าของเดิม ขึ้นต่อมาได้แจ้งให้เปลี่ยนชื่อเจ้าของเป็นชื่อที่ตนเองตั้งขึ้นใหม่ และที่อยู่ใหม่ โดยอ้างว่าได้ซื้อ Domain Name นั้นมาจากเจ้าของเดิมแล้วตั้งเว็บใหม่บนเครื่องใหม่ เมื่อเจ้าของเดิมทักท้วงก็อ้างว่าได้ซื้อมาโดย ถูกต้องและพร้อมจะขายคืนให้ในราคาเดิมคือ 5 ล้านบาท และได้ส่งเอกสารการซื้อขายบัตรประชาชนปลอมของเจ้าของเดิม (บัตรเป็นภาษาอังกฤษ) และหนังสือยืนยันรับรองมีตราประทับของหน่วยราชการ (ไม่มีตัวตน) ไปให้ InterNic จนในที่สุดที่เจ้าของเดิมจะแสดงหลักฐานต่าง ๆ ยืนยันพร้อมคำรับรองของบริษัทผู้รับฝากเว็บในสหรัฐไปให้ InterNic จนได้โดเมนนั้นกลับคืนมา เจ้าของเดิมไม่อาจใช้เว็บนั้นได้ประมาณ 1 เดือนเศษ

กรณี ISP แห่งหนึ่ง ถูกพนักงานเดิมที่ไล่ออกไป แก้ไขเว็บ

ISP แห่งหนึ่งในประเทศไทย เมื่อได้ไลพนักงานกลุ่มหนึ่งออกไปแล้วปรากฏว่าเว็บไซต์ ของ ISP รายนั้นได้ถูกเพิ่มเติมข้อมูลกลายเป็นเว็บลามกอนาจารและได้ใช้ชื่อ E-mail ของผู้บริหารส่งไปดูหมิ่นผู้อื่น

กรณี แอบใช้ Account InterNet ของผู้อื่น

การแอบลักลอบใช้ Account Internet ของผู้อื่น ทำให้ผู้นั้นต้องจ่ายค่าชั่วโมงมากขึ้นหรือเสียเวลาชั่วโมงการใช้งาน (คล้ายกับการจูนโทรศัพท์มือถือของผู้อื่น)

กรณี อาจารย์ในสถานศึกษา ถูกแอบขโมยข้อมูลตำราและข้อสอบ

มีอาจารย์ในสถานศึกษาแห่งหนึ่ง ได้ใช้เวลากว่า 3 ปี เขียนตำราไว้รวมเกือบ 1,000 ไฟล์ รวมทั้งข้อสอบ ข้อเฉลย และคะแนนสอบ เก็บไว้ในเครื่อง PC ของตนในห้องทำงานส่วนตัวแต่เนื่องจากการต่อเชื่อมโยง

¹ เล็ก เกตุกาญจน์, "ลักลอบจูนมือถือเกลื่อน ทุกข์ของว่าที่เศรษฐียุคใหม่," เดลินิวส์, (วันที่ 2 มกราคม 2540): 8.

เป็นเครือข่าย LAN ไว้ทั้งสถานศึกษา จึงทำให้มีบุคคลอื่นสามารถเข้ามาดึงข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลทั้งหมดที่มีไปได้

กรณี การฉ้อโกงในการประมูลขายสินค้าบนเว็บ

เว็บไซต์ที่เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปประกาศขายสินค้าโดยการประมูลบนเว็บ ปรากฏว่ามีบุคคลในประเทศไทยได้เข้าไปในเว็บดังกล่าว และพบว่ามีชายชาวอเมริกัน ได้ประกาศขายเครื่องโทรทัศน์ใช้แล้ว ขนาดจอภาพ 50 นิ้ว เกิดความสนใจจึงได้เข้าไปร่วมประมูล ต่อมาชายชาวอเมริกันดังกล่าวได้ส่ง E-mail ว่าเป็นผู้ชนะการประมูลขอให้ส่งเงินเข้าบัญชีเป็นจำนวน 266,000 บาท หลังจากนั้นบุคคลในประเทศไทยได้รับกล่องพัสดุขนาดใหญ่จากบริษัทขนส่ง Fedex ที่กล่องเขียนว่าเป็นอิเล็กทรอนิกส์แต่เมื่อเปิดกล่องดูพบว่าเป็นเพียงตุ๊กตาและเครื่องแก้วที่แตกแล้ว

กรณี การแอบอ้างใช้ชื่อ และข้อมูลของบุคคลอื่น เพื่อขอ Free E-mail

มีการแอบอ้างใช้ชื่อและข้อมูลของบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้มีชื่อเสียงไปขอใช้ Free E-mail แล้วใช้ E-mail เข้าไปลงทะเบียนเล่นเกมออนไลน์ และส่ง E-mail ไปยังผู้อื่นโดยอ้างว่าเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้นจริง ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นดูแคลนหรือลดความเชื่อถือศรัทธา

กรณี พนักงานบริษัทรับงานนอกแต่แอบอ้างผลงานของบริษัทฯ

บริษัทชั้นนำแห่งหนึ่งที่รับออกแบบและพัฒนาเว็บไซต์ซึ่งมีลูกค้าทั้งในและต่างประเทศ ได้ถูกพนักงานในบริษัทนั้นแอบไปรับงานนอกโดยใช้ทรัพยากร อุปกรณ์เครื่องมือ Software และเทคโนโลยีต่าง ๆ ของบริษัทใช้ในการพัฒนา และแอบอ้างผลงานของบริษัทฯ ว่าเป็นผลงานของตนเองในการเสนอขอทำงาน

กรณีการกระทำมิชอบต่าง ๆ บนเครือข่าย

เช่น การส่งไวรัส หรือส่ง Nuke ไปตามระบบเครือข่าย ทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์หรือ ข้อมูลของผู้ใช้ระบบดังกล่าวเสียหาย

ส่ง E-mail ขนาดใหญ่จำนวนมาก เพื่อให้ Mail-box ของผู้นั้นเต็ม จนไม่อาจรับเมลล์ของผู้อื่นได้จนกว่าจะลบเมลล์นั้นออก

การส่งโปรแกรมมาฝังตัวไว้ในเครื่องผู้อื่น เพื่อให้รายงานกลับไปได้ว่าเขากำลังทำอะไรหรือป้อนรหัสลับว่าจะอะไร เช่น โปรแกรม NetBus

การลักลอบแอบเข้าระบบของ Hacker เพื่อเข้าไปดูข้อมูล ลบ แก้ไข ทำลายข้อมูล หรือ Copy ข้อมูล

การแอบดักจับข้อมูลส่วนตัว เช่น Password หรือข้อมูลความลับอื่นๆ ในเครือข่าย

Denial of Service เป็นการหลอกให้เครื่อง Server ทำงานประมวผลทำงาน อย่างหนักจนทำให้เครื่องทำงานช้า เสมือนมีลูกค้ามาใช้งานจำนวนมาก (ทั้ง ๆ ที่ความจริงมีน้อย) ทำให้ไม่สามารถบริการลูกค้าตัวจริงได้อย่างรวดเร็ว

กรณี การกระทำความผิดตามกฎหมาย ดั้งเดิมที่กระทำบนอินเทอร์เน็ต

เช่นการจัดทำเว็บการพนัน ต่าง ๆ การเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การติดต่อภาพดาราดาราเป็นภาพลามกอนาจาร บางเว็บเสมือนเป็นธุระจัดหาหญิงหรือชายเพื่อการค้าประเวณี การโฆษณาเป็นภาษาไทย ขายเทป วีดีโอ CD ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือเป็นภาพลามกอนาจาร เผยแพร่ข้อมูล หมิ่นประมาทใส่ร้ายบุคคลอื่นบนเว็บ หรือ Webboard ส่งภาพลามก ภาพติดต่อทาง E-mail ในห้อง Chat หรือใน Webboard

การทำเว็บไซต์ ของกลุ่มก่อการร้าย ที่กระทบต่อความมั่นคงของชาติ

จัดทำให้ Download ภาพ เพลง MP 3 ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น

การทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญด้วยการเผยแพร่ข้อมูล หรือใน Webboard ที่อ้างว่าบ้านหนึ่งจะขาย ที่วี โทรศัพท์มือถือ พระเครื่อง เครื่องเพชร ฯลฯ ในราคาถูก ทำให้มีผู้อื่นโทรศัพท์มาติดต่อตั้งวันทั้งคืน เป็นต้น

กรณีตัวอย่างข้างต้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริงและได้เกิดแล้วในเมืองไทยแต่ยังไม่สามารถดำเนินการอย่างใดต่อไปได้เนื่องจากเมื่อพิจารณาในแง่องค์ประกอบความผิดอาจไม่พบในประมวลกฎหมายอาญา หรือพบว่าเป็นความผิดแต่ไม่กล้าดำเนินการอย่างใดต่อไปเพราะติดขัดปัญหาข้อขัดข้องจากระเบียบวิธีการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งจะได้กล่าวต่อไป อย่างไรก็ตามคดีที่เจ้าพนักงานตำรวจสามารถจับได้ซึ่งหน้าโดยผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพแต่โดยดีเพราะจำนนต่อหลักฐานก็ได้ทำการจับกุมและดำเนินคดีไปบ้างแล้วโดยพยายามปรับให้เข้ากับข้อกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาที่พอรับฟังได้เพื่อให้สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดได้ เช่น

กรณีผู้กระทำความผิดตั้งใจจดทะเบียน Domain Name ให้มีชื่อคล้ายคลึงกับบริษัทหรือองค์กรที่มีชื่อเสียง เช่น Worldphon 1800.Com , Worldphon800.Com , IBM-Thailand.Com แล้วเสนอขายชื่อ Domain Name ให้ในราคาชื่อละ 100,000 บาท หากไม่ซื้อก็ขู่ว่าจะทำเป็นเว็บลามก ทำให้เสียชื่อเสียง กรณีนี้ได้ทำการจับกุมแล้วในข้อหา พยายามกรรโชกทรัพย์

กรณีพนักงานของบริษัทคอมพิวเตอร์แห่งหนึ่งซึ่งได้รับการว่าจ้างจากธนาคารแห่งหนึ่งให้ดูแลระบบตู้ ATM ได้แอบเขียนโปรแกรมซ่อนไว้เพื่อจัดเก็บข้อมูลในบัตรเครดิต หรือบัตร ATM พร้อมรหัสลับที่มีผู้มาใช้บริการ หลังจากนั้นได้จัดทำบัตรขึ้นมาใหม่โดยใช้ข้อมูลที่ได้บันทึกลงไป และนำไปใช้พร้อมรหัสลับ กรณีนี้ได้ทำการจับกุมแล้วเช่นกัน

สำหรับประเทศไทยแม้ผลของการกระทำยังไม่เห็นเด่นชัดนักเนื่องจากบุคคลในระดับปัญญาชนที่มีศักยภาพเพียงพอที่จะใช้คอมพิวเตอร์ได้ยังจำกัดอยู่ในวงแคบ อย่างไรก็ตามมีแนวโน้มว่าการกระทำความผิดจะแพร่ขยายกว้างขวางและรุนแรงขึ้น ดังนั้นก่อนที่จะเกิดความเสียหายมากไปกว่านี้ควรเตรียมพร้อมหามาตรการที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมยับยั้งรวมทั้งปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวให้ได้ผล โดยการศึกษาวเคราะห์ปัญหาและแสวงหา ความรู้เพื่อหาแนวทางแก้ไขจากประเทศที่ได้พบปัญหาเช่นเดียวกันนี้มา

ก่อนจนได้มีการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้เป็นพิเศษเฉพาะคดีแล้วเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการ สืบสวน และแสวงหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยวิธีการ “ค้น และยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ” ต่อไป

1.2. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

- เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการรักษาดุลยภาพระหว่างการใช้อำนาจโดยรัฐและการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในรัฐ
- เพื่อศึกษาสภาพปัญหา ข้อขัดข้องในการสืบสวน การค้นหาและการยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์
- เพื่อศึกษากฎหมายและแนวทางในการปฏิบัติงานสืบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา
- เพื่อค้นหาขอบเขตแนวทางแก้ไข ปรับปรุง พัฒนาปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมไทยเพื่อควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ในอนาคต

1.3. สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

การสืบสวนและการแสวงหาพยานหลักฐานสำหรับการกระทำความผิดด้วยคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะการค้นหาและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบันกระทำได้ยาก เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังไม่มีการแก้ไขให้ทันกับความเจริญก้าวหน้าในเรื่องการค้นหาข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทำให้พนักงานสอบสวนทำการสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะการค้นหาและยึดอย่างลำบาก ซึ่งมีผลจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังครอบคลุมไปไม่ถึง ดังนั้นการแสวงหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้สอดคล้องทันกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจะเป็นทางแก้ปัญหาที่ดีที่สุด

1.4. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษาจะพิจารณาแนวความคิดและทฤษฎีในการรักษาดุลยภาพระหว่างการใช้อำนาจโดยรัฐในการสืบสวนแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาและการให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ และศึกษากฎหมายวิธีสบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกาเฉพาะในเรื่องการค้นหาและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ เปรียบเทียบกับกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย

1.5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อทราบแนวคิดและทฤษฎีในการรักษาคุณภาพระหว่างการใช้อำนาจโดยรัฐและ การให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในรัฐ
2. เพื่อทราบปัญหาข้อกฎหมายเรื่องการสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย
3. เพื่อทราบกฎหมายและแนวทางปฏิบัติในการสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะในเรื่องการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์
4. สามารถกำหนดแนวทางการดำเนินการแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องการสืบสวนและการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเฉพาะในเรื่องการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์

1.6. วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

วิธีวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะได้มาโดยการค้นคว้าจากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานต่าง ๆ รวมทั้งหน่วยงานของเอกชน รายงานการสัมมนา รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลจากเครือข่ายคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ต

บทที่ 2

ปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการค้นและการยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์

ปัจจุบันคอมพิวเตอร์มีอิทธิพลในชีวิตประจำวันของบุคคลเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้คอมพิวเตอร์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตามผลในทางลบจากพัฒนาการเทคโนโลยีสารสนเทศนั้นได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยต่อการถูกประทุษร้ายไม่ว่าทางทรัพย์สิน ชื่อเสียงหรือแม้กระทั่งต่อชีวิตร่างกายจากการสื่อสารทางเทคโนโลยีดังกล่าวมากมาย ภัยจากเทคโนโลยีสารสนเทศนี้แม้จะเกิดขึ้นใกล้ตัวแต่เหยื่อมักจะไม่รู้จนกว่าความเสียหายปรากฏขึ้นแล้วพบว่าหมดหนทางแก้ไขเยียวยาเสียแล้ว การไม่รู้หรือไม่รู้ถึงภัยอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนี้ทำให้เกิดกระแสต่อต้านการพยายามเข้ามาควบคุมดูแลระบบการสื่อสารบนอินเทอร์เน็ตจากรัฐบาลเนื่องจากถือว่า ดินแดนในไซเบอร์สเปซเป็นดินแดนที่อยู่นอกเหนือการควบคุมโดยกฎหมายบนโลกที่เป็นดินแดนทางภูมิศาสตร์ การปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์จึงขึ้นอยู่กับ การสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสำคัญและกระทำต่อเมื่อความผิดได้เกิดขึ้นแล้วซึ่งกระทำได้ยากมากเนื่องจากสภาพที่แท้จริงของหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ใช่สิ่งเดียวกับที่ปรากฏแก่สายตามนุษย์ จะทำอย่างไรให้เชื่อได้ว่าสิ่งที่นำเสนอปรากฏแก่สายตาเป็นเอกสารพยานหลักฐานนั้น เป็นสิ่งเดียวกันกับสิ่งที่เจ้าพนักงานสืบสวนหามาได้ ดังนั้นสิ่งที่ปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อความสำเร็จในการสืบสวนคดีอาชญากรรมไซเบอร์ จึงมีอยู่ 2 ส่วน ส่วนแรก คือ ลักษณะเฉพาะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์รวมทั้งเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และส่วนที่สอง คือ กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานทำการค้นและยึดสิ่งของที่จะใช้เป็นพยานหลักฐาน ซึ่งได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการค้น การยึด และการรับฟังพยานหลักฐาน

แต่ก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาลักษณะและระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์และเครือข่าย อินเทอร์เน็ต เพื่อการสื่อให้เข้าใจความหมายได้ถูกต้องตรงกัน จึงขอกำหนดคำนิยามศัพท์ที่จะใช้เฉพาะในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสียก่อน

คำนิยามศัพท์

คอมพิวเตอร์ ในความหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้ในความหมายอย่างกว้างรวมถึงอุปกรณ์ทุกชนิดที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคอมพิวเตอร์ หมายถึงอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์และชุดอุปกรณ์ที่ทำหน้าที่ร่วมกันโดยทำงานภายใต้การควบคุมของคำสั่งที่บรรจุในหน่วยความจำ สามารถรับข้อมูลที่ป้อนเข้าไปและประมวลผลโดยวิธี

การทางคณิตศาสตร์และหลักเหตุผล และสามารถสร้าง ผลงานที่เกิดจากการประมวลผลและเก็บรักษาผลไว้ใช้ในอนาคตได้ แต่ไม่รวมถึงเครื่องพิมพ์อักษรอัตโนมัติ หรือเครื่องติดตั้งตัวอักษร หรือคำนวณตัวเลขแบบพกพา

ข้อมูล หมายความว่า สิ่งที่เป็นข้อเท็จจริง เช่น ข้อความ จำนวนเลข เสียงและภาพ ซึ่งแสดงในรูปแบบที่คอมพิวเตอร์สามารถประมวลผลได้

ข้อมูลส่วนบุคคล หมายถึงข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะทางการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือ มีหมายเลข รหัสหรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึก ลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่ายและให้ความหมายรวมถึงข้อมูลและข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึง แก่กรรมแล้วด้วย¹

ระบบข้อมูล หมายความว่า กระบวนการประมวลผลด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ สำหรับสร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

การประมวลผลข้อมูล หมายถึง การดำเนินการใดๆกับข้อมูลส่วนบุคคล โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการอัตโนมัติ หรือวิธีการอื่นใดในการเก็บ รวบรวม บันทึก จัดหมวดหมู่ เก็บรักษา ให้รายละเอียด แก้ไขเปลี่ยนแปลง คัดเลือก เลือกรข้อมูลจากระบบ เปรียบเทียบ ใช้ประโยชน์ เชื่อมโยง ระวังการใช้ชั่วคราวเปิดเผยข้อมูลโดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยทั่วไป ลบหรือทำลายข้อมูล²

สารสนเทศ หมายความว่า ข้อมูลที่ได้รับการจัดระบบหรือประมวลผลโดยคอมพิวเตอร์แล้ว และสามารถนำเสนอให้เข้าใจความหมายได้ชัดเจน ในรูปแบบต่างๆ เช่น ข้อความ จำนวนเลข เสียงและภาพ

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษาหรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์หรือโทรสาร

การสื่อสารข้อมูล (Data Communications) หมายถึงการสื่อสารข้อมูลระหว่างคอมพิวเตอร์ที่ต่อเชื่อมถึงกันผ่านสัญญาณทางอิเล็กทรอนิกส์ เข้าสู่ตัวกลางรับส่งข้อมูลประเภทต่างๆ เช่น สายโทรศัพท์ เส้นใยนำแสง (Fiber Optics) หรือดาวเทียม โดยเชื่อมโยงจากระบบคอมพิวเตอร์ผ่านจุดต่อเชื่อมระบบสื่อสารสู่อุปกรณ์สื่อสารข้อมูลและเข้าสู่ตัวกลางส่งผ่านสัญญาณทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อนำข้อมูลไปสู่คอมพิวเตอร์ปลายทาง การส่งผ่านข้อ

¹ ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ตามคำสั่งคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ที่ 13/2542 สั่ง ณ วันที่ 8 ตุลาคม 2542

² เรื่องเดียวกัน

มูลไม่ว่าจะเป็นข้อมูลในลักษณะตัวอักษร ภาพ หรือเสียง สามารถกระทำได้ในเวลาที่รวดเร็ว มีความถูกต้องน่าเชื่อถือ และสามารถที่จะเก็บบันทึกตลอดจนนำมาใช้งานใหม่ได้โดยสะดวก

เครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Computer Network) หมายถึง การสื่อสารข้อมูลระหว่างคอมพิวเตอร์ที่ต่อเชื่อมเข้าด้วยกันเป็นกลุ่มหรือเป็นเครือข่าย มีคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่เป็นศูนย์กลางในการจัดเก็บและประมวลผลข้อมูล คอมพิวเตอร์ศูนย์กลาง เรียกว่า “แม่ข่าย” (Host)

เครือข่าย คอมพิวเตอร์ แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ

เครือข่ายบริเวณเฉพาะที่ (LAN : Local Area Network) เป็นเครือข่ายพื้นฐานซึ่งเป็นที่นิยมกันอย่างแพร่หลาย

เครือข่ายบริเวณกว้าง (WAN : Wide Area Network) เป็นเครือข่ายระยะไกลสำหรับองค์กรขนาดกลางถึงขนาดใหญ่ หรือเป็นเครือข่ายที่เกิดจากการต่อเชื่อมระหว่างเครือข่ายบริเวณเฉพาะที่ที่อยู่ต่างพื้นที่หลาย ๆ เครือข่าย³

อินเทอร์เน็ต หรือ เครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) หมายถึง ระบบการสื่อสารผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์หลาย ๆ เครือข่ายรวมกันเป็นเครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่ต่อเชื่อมกันทั่วโลกด้วยสายโทรศัพท์ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยอาศัยการสื่อสารด้วยระเบียบวิธีในการสื่อสารกันระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรฐานการรับส่งข้อมูลแบบเดียวกันคือ โปรโตคอล TCP/IP

ไซเบอร์สเปซ (Cyberspace) เดิมเป็นคำที่มาจากนวนิยายวิทยาศาสตร์ เรื่อง Neuromancer ประพันธ์โดย William Gibson เป็นคำที่กล่าวถึงโลกเสมือนจริงที่เกิดจากการสร้างของคอมพิวเตอร์ ในโลกเสมือนจริงดังกล่าวที่มองดูเหมือนกับเป็นพื้นที่ว่างเปล่าที่ความจริงมีข้อมูลมากมายมหาศาลล่องลอยอยู่ บุคคลใด ๆ ก็สามารถต่อเชื่อมเข้าสู่ระบบได้ก็สามารถค้นหาข้อมูลนั้นมาใช้ประโยชน์ได้ และเมื่อเข้าสู่ระบบเครือข่ายได้แล้วจะรู้สึกเสมือนหนึ่งเข้าไปในสถานที่อีกแห่งหนึ่งซึ่งไม่มีอยู่จริงบนพื้นโลก แต่สามารถติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่น ทำธุรกิจและประกอบการต่าง ๆ ได้เช่นเดียวกับบนพื้นโลกแต่สะดวกกว่ามากมายหลายเท่า และในโลกเสมือนจริงนี้ยังสามารถกระทำการผิดกฎหมายได้ด้วย

คำว่า “ไซเบอร์สเปซ” ในวิทยานิพนธ์นี้ หมายถึง พื้นที่ในอุดมคติที่เกิดจากการต่อเชื่อมกันของคอมพิวเตอร์ในระบบอินเทอร์เน็ต

³ เลิศชาย สุธรรมพร , “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : ศึกษากรณีความปลอดภัยของข้อมูล” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541) , หน้า 13 – 14 .

เวิลด์ ไวด์ เว็บ หรือเว็บ (World Wide Web หรือ WWW) ไม่ใช่อินเทอร์เน็ต แต่เป็นวิธีหนึ่งในการค้นหาข้อมูลที่มีอยู่ในอินเทอร์เน็ต ที่พัฒนามาจากการรวมระบบการค้นหาข้อมูลแบบเก่าและบริการต่าง ๆ ที่ใช้อยู่บนอินเทอร์เน็ต เช่น UseNet FTP(File Transfer Protocol) หรือ Gopher

WWW จะทำหน้าที่เป็นแหล่งที่รวมของเอกสารที่เรียกว่า Web Page เก็บไว้ในเว็บเซิร์ฟเวอร์ (WWW - Server) หรือระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางภายในเครือข่ายทั่วโลก ข้อมูลใน Web Page อาจอยู่ในรูปข้อความ (Text) รูป (Graphic) ภาพวิดีโอ และเสียง โดยแต่ละ Web Page จะระบุที่อยู่ของตัวเองและผู้ใช้คอมพิวเตอร์สามารถดึงข้อมูลใน Web Page มาใช้ได้โดย ระบุ URL ของ Web Page ดังกล่าว ในการค้นหา

ในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกคำว่า อินเทอร์เน็ต ไสเบอร์สเปซ และ เวิลด์ ไวด์ เว็บ รวม ๆ ว่า อินเทอร์เน็ต

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider (ISP)) ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้เป็นคำรวมระหว่างผู้ให้บริการ 3 ประเภท ต่อไปนี้ คือ

- ผู้ให้บริการการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต (Internet Access Provider)
- ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) เป็นผู้ให้บริการเพิ่มเติมจากการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต เช่น บริการเก็บ (Host) ข้อมูลที่ผู้ให้บริการ หรือผู้ใช้ หรือบุคคลที่สามจัดทำขึ้น
- ผู้ให้บริการออนไลน์ (Online Service Provider) เป็นผู้ให้บริการข้อมูลแก่สมาชิกในระบบปิดของตน ในปัจจุบันผู้ให้บริการออนไลน์มักให้บริการการเข้าใช้อินเทอร์เน็ตด้วย

ผู้จัดทำข้อมูล (Content Provider) หมายถึงผู้สร้างข้อมูลให้ปรากฏบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยอาจเป็นผู้ประพันธ์ฐานข้อมูล ผู้ประพันธ์เรื่อง หรือผู้พิมพ์ผู้โฆษณาซึ่งตัดทอนข้อความจากนิตยสารของตนลงสู่อินเทอร์เน็ต หรือบริษัทซึ่งลงโฆษณาในเว็บ ตลอดจนบุคคลทั่วไปที่ส่ง ข้อความลงในกลุ่มข่าว หรือจัดทำ Web Page ของตนเอง

2.1 การกระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ต

การกระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ตเป็นการกระทำโดยอาศัยช่วงเวลาสารสนเทศที่อยู่บน พื้นฐานการกระทำผิดโดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นสำคัญ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องรู้รูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิดด้วยคอมพิวเตอร์เสียก่อนจึงจะเข้าใจลักษณะการกระทำผิดบนอินเทอร์เน็ต

การกระทำความผิดโดยใช้คอมพิวเตอร์

1.) Asynchronous Attack เนื่องจากการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์เป็นการทำงานแบบ Asynchronous คือสามารถทำงานได้หลาย ๆ อย่างพร้อมกัน โดยการประมวลผลข้อมูลเหล่านั้น จะเสร็จไม่พร้อมกัน ผู้ใช้งานจะทราบว่างานที่ประมวลผลเสร็จหรือไม่ก็ต่อเมื่อเรียกงานนั้นมาดู ระบบดังกล่าวก่อให้เกิดจุดอ่อน โดยผู้

กระทำผิดจะฉวยโอกาสในระหว่างเครื่องกำลังทำงานเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกระทำการอื่นใดโดยที่ผู้ใช้ไม่ทราบว่ามี การทำความผิดเกิดขึ้น

2.) Data Diddling คือการเปลี่ยนแปลงข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต ก่อนที่จะบันทึกหรือระหว่างที่บันทึก ข้อมูลลงในระบบคอมพิวเตอร์ เช่น พนักงานบันทึกเวลาทำการกลับแกลังพนักงาน คนอื่นโดยแก้ไขชั่วโมงทำงานให้ น้อยลง เป็นต้น

3.) Data leakage หมายถึงการทำข้อมูลให้รั่วไหลออกไป เช่น คอมพิวเตอร์จะมีการแผ่รังสีของคลื่นแม่เหล็ก ในขณะที่เครื่องทำงานคนร้ายอาจตั้งเครื่องรับสัญญาณเพื่อรับข้อมูลตามที่ตนต้องการ

4.) Trap Doors เป็นการเขียนโปรแกรมที่เลียนแบบคล้ายหน้าจอกปติของคอมพิวเตอร์ เพื่อลวงให้ผู้ เปิดใช้ลงรหัสประจำตัวและรหัสผ่าน และโปรแกรมจะเก็บข้อมูลไว้ในไฟล์ลับซึ่งสามารถมาเปิดดูได้ภายหลัง

5.) Trojan Horse เป็นการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในโปรแกรมที่มีประโยชน์ เมื่อถึงเวลาโปรแกรม ที่เขียนไว้ก็จะปรากฏเพื่อทำให้เกิดความเสียหายขึ้นตามเจตนาที่ประสงค์ร้าย เช่น ทำลายข้อมูล หรือระบบ คอมพิวเตอร์ ปัจจุบันรู้จักกันในนามของ Virus Computer

6.) Salami Techniques เป็นวิธีปิดเศษเงิน เช่นกำหนดให้ทศนิยมตัวที่ 3 ในการคำนวณเงินของธนาคาร มาใส่ในบัญชีของตนหรือผู้อื่น เนื่องจากการคำนวณดอกเบี้ยของธนาคารจะปิดเศษทิ้ง ซึ่งจะทำให้ผลรวมทางบัญชี ยังคงสมดุล และอาจนำไปใช้กับระบบตรวจนับในคลังสินค้า

7.) Scavenging คือวิธีการที่จะได้ข้อมูลที่ทิ้งไว้ในระบบคอมพิวเตอร์หลังจากเสร็จการใช้งาน เช่นค้นหา จาก Recycle Binary ที่อาจมีข้อมูลสำคัญหรือรหัสผ่านหลงเหลืออยู่ หรืออาจใช้เทคโนโลยีทำการหาข้อมูลที่อยู่ใน เครื่องหลังจากที่ผู้ใช้เลิกการใช้งานแล้ว

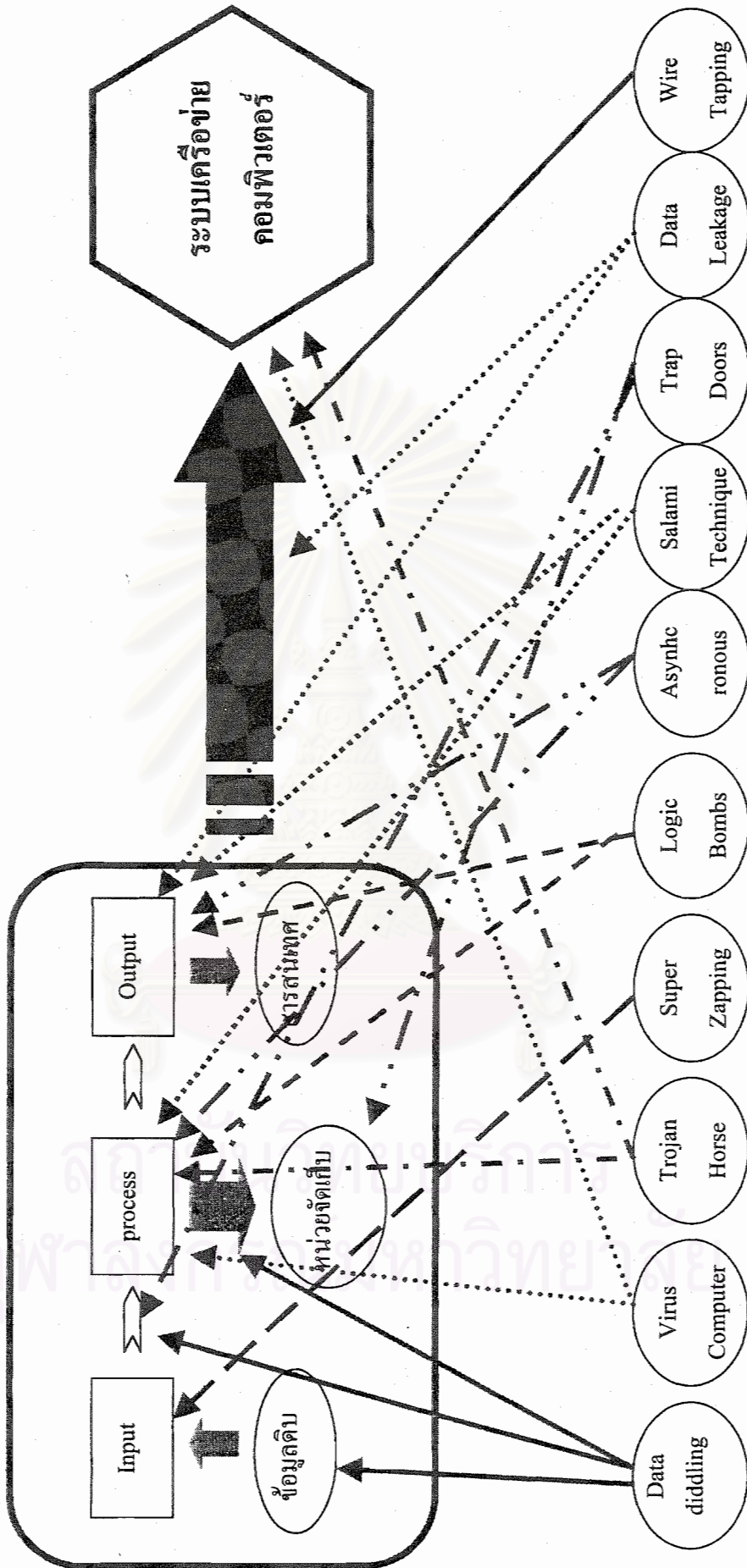
8.) Superzapping มาจากโปรแกรม Superzap ที่ใช้ในศูนย์คอมพิวเตอร์ของบริษัท IBM เป็นเครื่องมือ ที่สามารถเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ได้ในกรณีฉุกเฉิน คล้ายกับกุญแจสำรองที่นำมาใช้ในกรณีที่กุญแจดอกอื่นสูญ หาย หากผู้อื่นได้ไปก็อาจเกิดความเสียหายได้เช่นกัน

9.) Wire Tapping เป็นการลักลอบดักฟังสัญญาณการสื่อสารโดยเจตนาที่จะได้รับประโยชน์จากการเข้า ถึงข้อมูลผ่านเครือข่ายการสื่อสาร หรือที่เรียกกันว่าโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศ

10.) Piggybacking เป็นวิธีการลักลอบเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ที่มีระบบรักษาความปลอดภัยและ ใช้สายสื่อสารเช่นสายเคเบิลหรือโมเด็มเดียวกันกับผู้มีอำนาจใช้หรือได้รับอนุญาตให้ใช้วิธีการคือคนร้ายจะรอให้ผู้มี อำนาจหรือได้รับอนุญาตให้ใช้ประตูที่มีระบบรักษาความปลอดภัย ดังกล่าว เมื่อประตูเปิดและบุคคลนั้นได้เข้าไป แล้ว คนร้ายจะฉวยโอกาสตอนที่ประตูยังปิดไม่สนิทแอบเข้าไป

ขั้นตอนการกระทำความผิดระหว่างการทำงานของคอมพิวเตอร์ ปรากฏดังรูปภาพต่อไปนี้

ขั้นตอนการกระทำความผิดระหว่างการทำงานของคอมพิวเตอร์



เอกสารประกอบการสัมมนา

โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยี

อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ

การกระทำคามผิดบนอินเทอร์เน็ต

การกระทำคามผิดบนอินเทอร์เน็ต แตกต่างจากอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ธรรมดาตรงที่มักจะใช้ช่วงเวลาสารสนเทศหรือการสื่อสารทางระบบเป็นสำคัญ เช่น การขโมยเวลา ขโมยคำผ่าน (Password) เพื่อใช้เวลาหรือลักลอบเข้าไปใช้บริการสาธารณะฟรี เช่น โทรศัพท์ฟรี ใช้น้ำ ไฟ ฟรี หรือใช้ความสามารถพิเศษของอินเทอร์เน็ตขยายความสามารถของอาชญากรรมดั้งเดิม เช่น ใช้ E-mail หรือ IRC ในการติดต่อนัดหมายเพื่อกระทำคามผิดเนื่องจากสามารถปกปิดตัวตนที่แท้จริงได้ กลบเกลื่อน ปกปิดร่องรอยได้ง่าย ทั้งยังสามารถเข้ารหัสลับ (Encryption) ทำให้ไม่สามารถรู้ถึง ข้อมูลที่ติดต่อถึงกันได้ นอกจากนี้ความสะดวกรวดเร็วและง่ายในการค้นหา ตัดต่อและคัดลอก ข้อมูล ความสามารถในการปลอมแปลงหรือปกปิดตัวตนที่แท้จริง ความซับซ้อนของการส่งรหัสแบบพิเศษ ที่เรียกว่าการเข้ารหัสลับ (Encryption) การปกปิดร่องรอยที่ทำได้อย่างแนบเนียน แต่การตรวจสอบทำได้ยากลำบากเพราะไม่มีหลักฐานหลงเหลือให้สืบค้น ตลอดจนความเร็วในการส่งผ่านข้อมูลเป็นแรงจูงใจอย่างมากต่อผู้มีจิตคิดชั่วร้ายที่จะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อกลั่นแกล้งให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือเพื่อความสะใจของตนเอง เช่น การหมิ่นประมาททาง E-mail การตัดต่อภาพโดยมิชอบ การแพร่ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบอื่น ๆ ปัจจุบันได้มีการประกอบอาชญากรรมโดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำคามผิดรูปแบบใหม่ขึ้นในประเทศไทย เช่น แชร่ลูกโซ่ทางอินเทอร์เน็ต การค้าเงินเถื่อนผ่านอินเทอร์เน็ต การกระทำทุจริตต่อ E-money , เซ็คเคิล์กรอนิกส์ และบัตรเครดิตทางอินเทอร์เน็ต

ระบบอินเทอร์เน็ตได้เริ่มแทรกซึมเข้าไปในหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน ดังจะเห็นได้จากการที่หน่วยงานต่าง ๆ ทั้งธุรกิจเอกชนและหน่วยงานราชการต่างมีเว็บไซต์ของตนเองเพื่อให้บุคคลภายนอกติดต่อสอบถามจากโปรแกรมอัตโนมัติของหน่วยงานได้อย่างสะดวกสบาย และนับวันก็จะยิ่งแพร่หลายเพิ่มเป็นทวีคูณตามจำนวนคอมพิวเตอร์ที่เพิ่มกำลังผลิตรายวัน ไม่ว่าจะสถาบัน การเงิน การธนาคาร แม้แต่ระบบสาธารณูปโภคของรัฐ เช่น ไฟฟ้า ประปา หรือการสื่อสาร โทรคมนาคม ในขณะที่ฐานข้อมูลในคอมพิวเตอร์ของหน่วยงานต่าง ๆ ไม่ว่าจะธุรกิจเอกชนหรือราชการก็ตามต่างก็นิยมใช้ระบบฐานข้อมูลสำเร็จรูปที่สามารถเข้าถึง (Access) ได้โดยง่ายไม่จำเป็นต้องอาศัย การเขียนโปรแกรมให้ยุ่งยาก การลักลอบเข้าถึงข้อมูลหรือการเข้าถึงข้อมูลโดยปราศจากอำนาจ (Unauthorized Access) เพื่อทำการคัดลอก ทำลายหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลดังกล่าว จึงสามารถทำได้โดยสะดวกและเมื่อข้อมูลดังกล่าวสามารถเข้าถึงได้ด้วยเครือข่ายอินเทอร์เน็ต การลักลอบกระทำการอันมิชอบดังกล่าวยิ่งกระทำได้อย่างสะดวกสบายไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นบุคคลภายในหรือภายนอกหน่วยงานก็ตาม ดังนั้น ทุกองค์กรไม่ว่าภาครัฐหรือเอกชนอาจตกเป็นเหยื่อของ อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ได้ทั้งสิ้น

การทำงานทั่วไปของอินเทอร์เน็ต

ระบบอินเทอร์เน็ตในปัจจุบันเป็นระบบการสื่อสารข้อมูลที่เชื่อมต่อกับคอมพิวเตอร์เข้าด้วยกันในลักษณะเครือข่ายของเครือข่าย (Network of Network) โดยมีลักษณะที่สำคัญคือ การที่ระบบไม่มี จุดศูนย์กลาง แต่ให้คอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องเป็นโหนด (Node) ในระบบรับ เก็บและส่งต่อข้อมูลโดยที่สถานีต้นทางกับปลายทางไม่ต้อง

ต่อถึงกันขณะส่งข่าวสาร (Connectionless)⁴ เนื่องจากใช้วิธีฝากข่าวส่งต่อกันเป็นทอด ๆ ไปตามสายส่งในลักษณะกระจายข้อมูล (Packet Switching) ตามแนวราบลักษณะเหมือนกับใยแมงมุม คอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องที่เชื่อมโยงในระบบอินเทอร์เน็ตจะทำหน้าที่ ทั้งรับและส่งข้อมูลในขณะเดียวกัน ด้วยมาตรฐานการส่งผ่านข้อมูลระบบ TCP/IP Protocol การค้นหาเครื่องคอมพิวเตอร์เป้าหมายใช้ IP Address หรือ ระบบโดเมนเนม (Domainname System)

IP Address หรือ Domain Name คือ ที่อยู่ของเครื่องปลายทางที่ต้องการส่งข้อมูลไปถึง เปรียบเสมือนกับเลขที่บ้านทางไปรษณีย์ปกติ เมื่อการติดต่อสื่อสารบนอินเทอร์เน็ตทั้งหมดใช้ Protocol TCP/IP เป็นมาตรฐานของเครื่องคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องจึงต้องมีหมายเลขประจำเครื่องหรือ IP Address ไว้เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นอ้างอิงหรือติดต่อได้เหมือนกับชื่อเรียกขานของบุคคล แต่ IP Address โดยปกติจะมีลักษณะเป็นชุดตัวเลขที่มีลักษณะที่จดจำยาก จึงมีการคิดค้นระบบการแปลงกลไกการแทนที่ตัวเลขดิจิทัลอลแปดหลักขึ้นมาแทนที่ชื่อคอมพิวเตอร์ โดยจดจำเป็นตัวอักษรภาษาอังกฤษแทน (Name to IP Address) เรียกว่าระบบ DNS (Domain Name System) เมื่อมีโปรแกรมอ้างอิงชื่อ Domain Name บนเครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่ง ก็จะมีการสอบถามไปที่ฐานข้อมูลในคอมพิวเตอร์เครื่องที่ทำหน้าที่เป็นคอมพิวเตอร์ตัวหลัก (Name Server) เครื่องคอมพิวเตอร์หลักก็จะเรียกดูในฐานข้อมูลของตน ถ้าพบชื่อที่ต้องการก็จะจัดการแปลงชื่อ Domain Name เป็นหมายเลข IP ที่ถูกต้อง อย่างไรก็ตามเนื่องจากในระบบอินเทอร์เน็ต ผู้ใช้บริการหรือเจ้าของเว็บไซต์ต่าง ๆ ไม่มีคอมพิวเตอร์ Server หลักเป็นของตนเองเพราะต้องใช้ค่าใช้จ่ายสูงจึงเกิดหน่วยให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ที่เรียกว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือ ISP (Internet Service Provider) ให้บริการดูแลให้ผู้ใช้บริการทั่วไปสามารถใช้ชื่อ ที่อยู่ หมายเลข Server ได้ และดูแล IP Address ให้แก่สมาชิกผู้ให้บริการดังกล่าว⁵

ลักษณะพิเศษของอินเทอร์เน็ตที่มีผลกระทบต่อ การสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐาน

อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อที่มีลักษณะพิเศษกว่าสื่อประเภทอื่นคือ การเป็นเครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่ต่อเชื่อมกันทั่วโลก (Global Network) ไม่ว่าผู้ติดต่ออยู่ในเครือข่ายจะใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ชนิดใดก็สามารถติดต่อสื่อสารส่งผ่านข้อมูลกันได้ตลอดเวลา ทำให้การโฆษณาเผยแพร่ ข้อมูลต่าง ๆ สามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายในวงกว้างโดยเสียค่าใช้จ่ายไม่มาก ทั้งข้อมูลด้านการศึกษา บันเทิง หรือการดำเนินการทางธุรกิจต่าง ๆ นอกจากนี้การติดต่อสื่อสารสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็ว เช่น การติดต่อทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail : E-mail) การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange : EDI)

⁴ เลอสรอ ธนสุกาญจน์ , จิตตภัทร เครือวรรณ , สุธรรม อยู่ไพธรรม , กฎหมายสำหรับบริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2541) , หน้า 9 – 12 .

⁵ ไพบูลย์ อมรเกียรติภิญโญ , “การคุ้มครองทางกฎหมายของชื่อโดเมนเนมบนอินเทอร์เน็ต,” บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 3 (กันยายน , 2542) : 14 – 18 .

การเป็น Decentralize Network ที่ไม่มีจุดศูนย์กลาง แต่แผ่กระจายออกในแนวราบ อันเป็นลักษณะพื้นฐานตอนสร้าง ARPANet เพื่อป้องกันการทำลายระบบการสื่อสารข้อมูลในขณะเกิดสงคราม หากมีการทำลายเครือข่ายส่วนใดส่วนหนึ่งส่วนอื่นจะยังทำงานติดต่อกันได้⁶ ทำให้ข้อมูลที่ส่งผ่านทางระบบไม่สามารถถูกทำลายและสามารถไปถึงที่หมายได้เสมอตราบเท่าที่สายสื่อสารไม่ถูกตัดขาดทั้งหมด นอกจากนี้ความเป็น Global Network หรือเครือข่ายไม่มีพรมแดน ทำให้สามารถประกอบอาชีพการมาได้ทุกแห่งบนโลกโดยที่ไม่ต้องมีการเดินทางออกนอกประเทศแต่อย่างใด⁷ ที่สำคัญที่สุดคือ อินเทอร์เน็ต เป็น Interactive ต่างจากสื่อวิทยุหรือโทรทัศน์ซึ่งเป็นสื่อทางเดียว⁸ อินเทอร์เน็ตเป็นผู้รับในขณะเดียวกันก็สามารถเป็นผู้ส่งได้ด้วย การเผยแพร่ข้อมูลต่าง ๆ จึงสามารถทำได้อย่างรวดเร็วโดยปราศจากการควบคุม นอกจากนี้ในการประกอบอาชีพการมปกติ เช่น การค้า ยาบ้า (เมทแอมเฟตามีน) ซึ่งใช้อินเทอร์เน็ตในการติดต่ออย่างอาจใช้เทคโนโลยีในการส่งข้อมูลพิเศษโดยการ “เข้ารหัสลับ” ทำให้ไม่สามารถจับได้ว่ากำลังคุยกันด้วยข้อความว่าจะไร

ลักษณะพิเศษต่าง ๆ เหล่านี้กลายเป็นสิ่งจูงใจให้บุคคลทั่วไปอยากลองกระทำความผิดเพราะกระทำได้ง่ายได้ผลตอบแทนสูงและที่สำคัญการสืบจับทำได้ยากมากเพราะต้องกระทำด้วยความรวดเร็วและเป็นความลับ การระแคะระคายว่ากำลังมีการสืบจับการกระทำผิดโดยอยู่จะทำให้พยานหลักฐานที่พอลงเหลืออยู่ถูกทำลายไปอย่างรวดเร็ว ความยากลำบากในการสืบสวน อาชญากรรมที่เกิดจากวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีดังกล่าวประกอบกับข้อขัดข้องจากปัญหา ข้อกฎหมายที่จะกล่าวต่อไปทำให้การดำเนินคดีอาชญากรรมไซเบอร์ในปัจจุบันไม่ประสบความสำเร็จ ผลกระทบคือการกระทำความผิดด้วยอินเทอร์เน็ตในปัจจุบันมีการแพร่กระจายขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวางด้วยความรวดเร็วจนน่าเป็นห่วง

ลักษณะของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในระบบคอมพิวเตอร์ที่มีผลกระทบต่อการรวบรวมและนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล

นอกจากลักษณะการทำงานของคอมพิวเตอร์และระบบอินเทอร์เน็ตดังกล่าวที่ทำให้การ สืบสวนกระทำได้ยากแล้ว ลักษณะของข้อมูลหลักฐานที่เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ยังมีผลโดยตรงต่อการรับฟังพยานหลักฐานในชั้นศาลอีกด้วย เพราะธรรมชาติของสื่ออิเล็กทรอนิกส์จากคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่มีความลับซับซ้อนละเอียดอ่อนมากกว่าพยานหลักฐานธรรมดา กล่าวคือพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลักฐานประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตามนุษย์ ทั้งสภาพที่แท้จริงของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมไซเบอร์เป็นคนละ

⁶ กฤษณะ ช่างกล่อม , “รายงานการสัมมนาทางวิชาการ โครงการ “เวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย”เรื่อง “ กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : แนวทางแก้ไขปัญหาอาชญากรรมยุคไอที ”, บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 2 (มีนาคม , 2542) : 199 .

⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 199.

⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 199.

เรื่องกับสิ่งที่ปรากฏให้เห็นในลักษณะที่มนุษย์สามารถเข้าใจได้ เพราะสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นเพียงคลื่น แม่เหล็กไฟฟ้าที่ผ่านการแปลงสัญญาณให้เป็นภาษาที่เครื่องคอมพิวเตอร์เข้าใจได้ในระบบเลขฐานสอง และต้องผ่านการแปลงสัญญาณอีกครั้งหนึ่งเพื่อเปลี่ยนสภาพเลขฐานสองให้เป็นสื่อในลักษณะที่มนุษย์สามารถมองเห็นและเข้าใจได้ การที่ต้องผ่านกรรมวิธีการแปลงสัญญาณด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานย่อมเกิดความไม่ไว้นั่นเชื่อใจในพยานหลักฐานที่ได้แสดงออกมาจากคอมพิวเตอร์นั้น ซึ่งต่างกับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ อื่น ๆ เช่น เทป V.D.O หรือเทป Cassette ที่แม้จะมีลักษณะเป็นคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเหมือนกัน แต่การนำเสนอสามารถเปิดดูได้จากตัวสื่อนั้นได้เองโดยตรง

นอกจากนี้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเคลื่อนย้ายข้อมูลคอมพิวเตอร์สามารถกระทำได้อย่างง่ายดายใช้เวลาเพียงเสี้ยววินาที ข้อมูลหลักฐานที่ได้มาจากลายสภาพเป็นสิ่งที่ไม่ประโยชน์หรือ ถูกเปลี่ยนแปลงโยกย้ายไปเสียแล้ว ซึ่งสื่ออิเล็กทรอนิกส์ชนิดอื่น ๆ เช่น เทป V.D.O หรือเทป Cassette ดังกล่าวข้างต้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบทิ้งเพื่อทำลายหลักฐานจะทำได้ยากและต้องใช้เวลามากกว่าหลายเท่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือการทำลายหลักฐานได้อย่างรวดเร็วและง่ายดายเช่นนี้จะส่งผลกระทบต่อน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์จากคอมพิวเตอร์ที่ถูกยึด และเก็บรักษาโดยเจ้าพนักงานของรัฐว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใดว่าพยานหลักฐานดังกล่าวจะไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือถูกทำให้สูญหายทำลายไปเสียก่อน

ตารางเปรียบเทียบลักษณะของพยานหลักฐานคดีปกติ : พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์คดีอาชญากรรมไซเบอร์

พยานหลักฐานปกติ	พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์
ลักษณะรูปร่าง	
- เป็นวัตถุที่มีรูปร่างจับต้องได้ หรือเป็นเอกสารที่แสดงความหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง	- เป็นคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่ไม่มีรูปร่าง จับต้องไม่ได้ มองด้วยตาเปล่าไม่เห็น ต้องผ่านการแปลงสัญญาณด้วยคอมพิวเตอร์เสียก่อนจึงจะมองเห็นและเข้าใจได้
การเคลื่อนย้ายเปลี่ยนที่ทาง	
- ต้องใช้แรงทางกายภาพของมนุษย์ในการเคลื่อนย้ายหลักฐาน - การเคลื่อนย้ายหลักฐานข้ามประเทศต้องใช้เวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย	- เพียงนั่งกดปุ่มคอมพิวเตอร์อยู่ในห้องส่วนตัว ก็สามารถทำการเคลื่อนย้ายหลักฐานข้ามประเทศได้อย่างง่ายดาย รวดเร็วไม่ถึงนาทีและไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย
การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักฐาน	
- ต้องใช้เวลาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง - มักจะมีร่องรอยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่พอมองเห็นหรือจับสังเกตได้	- ใช้เวลาเพียงเสี้ยววินาทีในการกดปุ่มบนคีย์บอร์ด - กลับเคลื่อนร่องรอยได้อย่างแนบเนียน ยกเว้นจะตามรอยได้

ตารางเปรียบเทียบลักษณะอาการพื้นฐาน : อาการซึมเศร้า

อาการพื้นฐาน	อาการซึมเศร้า
<ul style="list-style-type: none"> ● มีการกระทำทางกายภาพ - ครอบงำประกอบความผิดอาญา - สามารถเข้าจับตาสังเกตพฤติกรรมการกระทำผิดได้โดยการเฝ้าติดตามความเคลื่อนไหวของอาชญากร 	<ul style="list-style-type: none"> ● ไม่มีการกระทำทางกายภาพ - เท่ากับไม่มีการกระทำตามกฎหมายอาญา - การกระทำผิดไม่สามารถจับสังเกตได้ และเป็นการกระทำภายในสถานที่ส่วนตัวโดย ไม่มีใครเคลื่อนไหวให้เห็นจากภายนอก
<ul style="list-style-type: none"> ● ลักษณะของอาชญากรพอสังเกตได้ - เป็นคนจมีแรงจูงใจในการกระทำผิดเพื่อหาเงินประทังชีวิต - อยู่ในแหล่งมั่วสุมหรือสถานที่ที่เหมาะสมแก่การประกอบอาชญากรรม 	<ul style="list-style-type: none"> ● ลักษณะของอาชญากรสังเกตยาก - ถ้าเป็นเด็กมักจะมีฐานะพอที่จะมีคอมพิวเตอร์หรือเรียนรู้เรื่องคอมพิวเตอร์ โดยมีแรงจูงใจในการกระทำผิดคือความอยากรู้อยากเห็นและอยากรทดสอบความสามารถของตนเอง ดังนั้นจึงมักจะเป็นเด็กที่อยู่ในวัยเรียน จนถึงวัยรุ่น - ถ้าเป็นผู้ใหญ่มักจะอยู่ในแวดวงธุรกิจชั้นสูงหรือเป็นผู้ที่ได้รับการไว้วางใจทำงานด้าน การเงิน - ไม่มีแหล่งให้สังเกตโดยเฉพาะ เพราะจะกระทำผิดหน้าจอคอมพิวเตอร์ซึ่งมัก จะอยู่ในห้องส่วนตัว
<ul style="list-style-type: none"> - สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้ทั้งพยานบุคคล พยานวัตถุและพยานเอกสาร จากแหล่งต่าง ๆ - พิจารณาประกอบกันจนเชื่อว่าจำเลยกระทำผิด 	<ul style="list-style-type: none"> - พยานหลักฐานที่จะชี้ว่าจำเลยกระทำผิดมีเพียงสิ่งเดียวคือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จำเลยใช้ - พยานหลักฐานอื่นใช้ได้เพียงเป็นหลักฐานประกอบความน่าเชื่อถือเท่านั้น

อาชญากรรมพื้นฐาน	อาชญากรรมไซเบอร์
<ul style="list-style-type: none"> ● ไม่มีลักษณะพิเศษ 	<ul style="list-style-type: none"> ● มีลักษณะพิเศษ <ul style="list-style-type: none"> - สามารถเคลื่อนย้ายหลักฐานไปไว้ที่ใดก็ได้ ทั่วโลก (Global Network) - ข้อมูลมีการเลือกเส้นทางได้โดยอิสระและอัตโนมัติ ไม่สามารถสกัดกั้นหรือไม่สามารถกำหนดเส้นทาง ดักจับสัญญาณได้อย่างแน่นอน (Decentralize Network) - ลักษณะสื่อสองทางทำให้สามารถกระจายความผิดได้อย่างรวดเร็วมาก (Interactive) - สามารถเข้ารหัสลับ แม้เจ้าพนักงานจะดักสัญญาณได้ก็ไม่สามารถรู้ข้อความที่ตกมา ได้นั้น (Encryption)

จากตารางดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของอาชญากรรมและพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ว่ามีความละเอียดอ่อนไม่เสถียรภาพ มีความรวดเร็วยากแก่การสืบสวนติดตามค้นหามากกว่าพยานหลักฐานในคดีปกติ ที่สำคัญที่สุดคือไม่มีสภาพทางกายภาพที่มองเห็นได้ด้วยตาซึ่งจุดนี้มีผลต่อความเชื่อถือในความถูกต้องแท้จริง ตลอดจนความสมบูรณ์ของสิ่งที่เจ้าพนักงานค้น และยึดมาเป็นพยานหลักฐานในคดี ซึ่งถ้าเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันอาจทำให้พยานหลักฐานที่พยายามสืบหาค้นหาได้ด้วย ความยากลำบากไม่สามารถนำมาใช้เพื่อพิสูจน์ความผิดในชั้นพิจารณาคดีได้ ทั้งอาชญากรรมไซเบอร์ยังมีลักษณะพิเศษดังนั้นก็มีความจำเป็นที่จะต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายพิเศษเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการค้น และการยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐจะต้องพิจารณาให้รอบคอบ เพราะการใช้อำนาจของรัฐนั้นย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเสมอ ดังได้กล่าวมาแล้วว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากอย่างไม่เคยมีมาก่อน เมื่อจะพิจารณากฎหมายในเรื่องการค้น และการยึดสิ่งของซึ่งเป็นกฎหมายที่ล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคลอย่างมากเช่นกัน จึงควรต้องพิจารณาถึงแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการจำกัดสิทธิดังกล่าวโดยรัฐว่ากระทำได้หรือไม่ ถ้าได้จะกระทำอย่างไรและต้องพิจารณาอะไรบ้าง และก่อนที่พิจารณาเรื่องการสืบสวนโดยการค้นและยึดพยานหลักฐานที่เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จากคอมพิวเตอร์ต่อไป ควรต้องคำนึงถึงการกระทำผิดบนอินเทอร์เน็ตกับองค์ประกอบคดีอาญาเสียก่อน เพราะการใช้คอมพิวเตอร์ในการกระทำผิดที่ดี การใช้ระบบการสื่อสารช่วยในการกระทำผิดที่ดี ทำให้มี

ลักษณะการกระทำที่ผิดเพี้ยนไปจากการกระทำผิดพื้นฐานอื่น ๆ ถ้าเจ้าพนักงานทำการสืบสวนไปแล้วปรากฏว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน การลงทุนลงแรงไปในการสืบสวนดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำที่สูญเปล่าไปอย่างน่าเสียดาย

รูปแบบของการกระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ตกับองค์ประกอบคดีอาญา

การกระทำความผิดที่ใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือจะมีรูปแบบและองค์ประกอบความผิดที่เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเทียบกับองค์ประกอบตามฐานความผิดของกฎหมายอาญาเดิมอันเนื่องมาจากการทำงานที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะของคอมพิวเตอร์ เช่น

ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามกฎหมายอาญาเดิมผู้กระทำต้องมีการพรากเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปจากความครอบครอง แต่การลักทรัพย์ข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ ผู้กระทำสามารถเอาไปซึ่งข้อมูล สารสนเทศโดยวิธีคัดลอก (Copy) ไปใช้ประโยชน์ได้โดยไม่ต้องเคลื่อนย้ายข้อมูลเดิม หรือพรากเอาไปแต่อย่างใดซึ่งถ้าเป็นการคัดลอกข้อมูลที่เป็นวรรณกรรม หรือเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ยังอาจปรับให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ถ้าเป็นข้อมูลส่วนตัวหรือข้อมูลความลับอื่น ๆ ยังเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องมีกระบวนการ Criminalization พฤติกรรมให้เป็นความผิดทางอาญา คือสร้างฐานความผิดฐาน ลักขโมยข้อมูลขึ้นมา⁹

ความผิดฐานบุกรุก ตามกฎหมายอาญาเดิมผู้กระทำต้องมีการรุกรุกเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น แต่การบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ ผู้กระทำสามารถเข้าไปดู แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือทำซ้ำข้อมูลที่อยู่ในคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นได้โดยไม่ต้องเข้าไปในอาคารของผู้นั้นเลย ในกรณีที่ ผู้บุกรุก (Hacker) ทำการบุกรุก (Hack) เข้าไปในแฟ้มข้อมูลของผู้อื่นเพื่อสำรวจจุดบกพร่องของระบบรักษาความปลอดภัยโดยมิได้ทำความเสียหายกับไฟล์นั้นเลย ยังเป็นปัญหาอยู่ว่าควรจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่

ความผิดฐานฉ้อโกง ตามกฎหมายอาญาเดิมผู้กระทำต้องมีการหลอกลวงผู้อื่นเป็นสำคัญ แต่การฉ้อโกงหรือหลอกลวงทางคอมพิวเตอร์ ผู้กระทำอาจได้ทรัพย์สินของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นเงินหรือ ข้อมูลโดยมิได้มีการหลอกลวงบุคคลเลย หากแต่เป็นการหลอกลวงคอมพิวเตอร์ เช่น การเขียนโปรแกรมให้คอมพิวเตอร์ปิดเศษเงินโดยกำหนดให้เครื่องปิดเศษตามคำสั่ง¹⁰ หรือทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์ฉ้อโกงเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วยกันเอง

ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามกฎหมายอาญาเดิมผู้กระทำต้องทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้อื่น ส่วนการทำให้เสียทรัพย์ทางคอมพิวเตอร์ ผู้กระทำสามารถใช้วิธีการที่ซับซ้อนทาง

⁹ กฤษณะ ช่างกล่อม , “รายงานการสัมมนาทางวิชาการ โครงการ “เวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย” เรื่อง “กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : แนวทางแก้ไขปัญหาอาชญากรรมยุคไอที ,” บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 2 (มีนาคม , 2542) : 185 .

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 186 .

เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ซึ่งไม่สามารถมองเห็นได้ และยากที่จะพบความเสียหายได้ในเวลาที่รวดเร็วและก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะกับโปรแกรมหรือข้อมูลสารสนเทศอย่างกว้างขวาง เช่น การแพร่ไวรัสคอมพิวเตอร์ หรือการเขียนโปรแกรมทำลายต่าง ๆ

นอกจากนี้การกระทำมิชอบบางอย่างที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจากการใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต ยังทำให้เกิดปัญหาการตีความการกระทำนั้นว่าเป็นความผิดอาญาเดิมที่กระทำในรูปแบบใหม่ หรือเป็นการกระทำที่ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดอาญาในปัจจุบัน เช่น

การกระทำที่เรียกว่า Cybersquatting คือการจดทะเบียนเนมที่เป็นสัญลักษณ์ทางการค้าของผู้อื่นเอาไว้เพื่อขายโดยมีเจตนาทุจริต เป็นข้อโกงหรือเป็นความผิดเกี่ยวกับการค้า การแอบใช้ Account E-mail หรือการแอบอ่าน E-mail ของผู้อื่น การส่ง Spam Mail ฯลฯ การแอบใช้ข้อมูลบัตรเครดิต การแอบคัดลอกข้อมูลความลับของผู้อื่น หรือการบุกรุกเข้าไปในคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยปราศจากอำนาจ เป็นต้น

ลักษณะของการกระทำผิดอาญาบางประเภทที่ผิดเพี้ยนไปจากการกระทำลักษณะเดิม เพราะไม่มีการกระทำทางกายภาพดังกล่าว จึงก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายต่ออาชญากรรมรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้น แยกออกเป็น 3 ลักษณะ คือ การกระทำความผิดรูปแบบดั้งเดิมที่กระทำบนอินเทอร์เน็ต การกระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ตที่มีองค์ประกอบความผิดทางอาญาไม่ชัดเจน และการกระทำบนอินเทอร์เน็ตรูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถปรับให้เข้ากับองค์ประกอบความผิดทางอาญาปัจจุบัน

1. การกระทำความผิดรูปแบบดั้งเดิมที่กระทำบนอินเทอร์เน็ต เป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาดั้งเดิม เช่น การกรรโชก การแพร่ภาพลามก การค้ายาเสพติด การพนัน ฯลฯ แต่ได้กระทำบนอินเทอร์เน็ต ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเดิมชัดเจน อยู่แล้ว แต่ใช้ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อความสะดวก รวดเร็ว และทำให้แพร่หลายได้มากขึ้น การสืบสวน สอบสวนคดีประเภทนี้สามารถกระทำได้ตามกฎหมายเดิม ซึ่งต่างประเทศเรียกกลุ่มกฎหมายดั้งเดิมที่สามารถปรับใช้กับอาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ตว่า Net Law หรือ Cyber Law ซึ่งจะเป็นส่วนที่จะใช้วิเคราะห์ต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

2. การกระทำผิดบนอินเทอร์เน็ตที่มีองค์ประกอบความผิดทางอาญาไม่ชัดเจน เป็นการกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำที่อยู่บนฐานความผิดเดิมอันพอจะอนุโลมปรับให้เข้า องค์ประกอบความผิดอาญาได้ แต่จำเป็นต้องสร้างขอบเขตและกำหนดกรอบของการกระทำผิดให้ครอบคลุมถึงและชัดเจนขึ้น เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ข้อมูลตามตัวอย่างที่กล่าวข้างต้น ถ้าสามารถตีความกฎหมายอาญาในความหมายของคำว่า “ทรัพย์” ให้สามารถครอบคลุมถึง “ข้อมูล” (Information) ในคอมพิวเตอร์ด้วย หรือการตีความการ “เอาไป” ใช้ประโยชน์โดยมิชอบให้เป็นลักษณะที่ไม่จำเป็นต้องพรากเอาไปจากการครอบครอง ก็จะทำให้การลักทรัพย์ข้อมูลสามารถเข้า องค์ประกอบความผิดเดิมเป็นความผิดอาญาที่สามารถดำเนินคดีได้ ซึ่งอาจทำได้โดยการปรับปรุงกฎหมายอาญาใน

ปัจจุบัน หรือกระทำโดยวิธีอื่น ๆ แต่ถ้าไม่สามารถตีความให้ครอบคลุมถึงดังกล่าว เพราะตีปัญหาจากเรื่อง “ การตีความโดยเคร่งครัดของกฎหมายอาญา” ก็จะทำให้การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินขาดองค์ประกอบความผิดไปโดยปริยาย การลักทรัพย์ข้อมูลก็จะเป็นความผิดอาญาอันกลายเป็นช่องว่างของกฎหมายที่รอคอยการแก้ไขปรับปรุง หรือบัญญัติเป็นกฎหมายใหม่เช่นเดียวกับที่กล่าวในหัวข้อ อาชญากรรมรูปแบบใหม่

นอกจากความผิดฐานลักทรัพย์ข้อมูลแล้ว ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการทำซ้ำ คัดลอก แก้ไข เปลี่ยนแปลง ลบ ทำลาย ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในคอมพิวเตอร์ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ ความผิดฐานลักกระแสไฟฟ้า หรือการจู่โจมโทรศัพทที่มีถือ ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันคือ การเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่การกระทำความผิดดังกล่าวก็ได้มีการแก้ปัญหามาโดยร่างเป็นกฎหมายต่างหากแล้วในปัจจุบัน

ดังนั้นจุดสำคัญของหัวข้อนี้คือการตีความ การสืบสวน สอบสวนอาชญากรรมประเภทนี้จะสามารถทำได้ ถ้าสามารถตีความการกระทำให้เข้าองค์ประกอบความผิดอาญาได้เพียงแต่การสอบสวนอาจเกิดปัญหาตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 แต่ถ้าไม่สามารถตีความให้ครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าว ก็อาจต้องแก้ปัญหามาโดยบัญญัติเป็นกฎหมายใหม่ ตามแนวทางของประเทศที่ประสบกับปัญหาเดียวกันนี้มาก่อน ดังจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

3. การกระทำบนอินเทอร์เน็ตรูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถปรับให้เข้ากับองค์ประกอบความผิดทางอาญาปัจจุบัน อาชญากรรมรูปแบบใหม่นี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากปัญหาเรื่องการไม่มีลักษณะทางกายภาพของการกระทำผิดที่เกิดขึ้นเฉพาะบนเครือข่ายคอมพิวเตอร์เท่านั้น เช่นการบุกรุกเข้าไปในฐานข้อมูลของผู้อื่นโดยมิได้มีการทำลายหรือทำให้เสียหายแต่ประการใด แต่เป็นการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต (Hacker) หรือการสร้างไวรัสคอมพิวเตอร์ (Virus) เข้าไปทำลายข้อมูลหรือโปรแกรมของผู้ใช้คอมพิวเตอร์ทั่วไป อันเป็นเรื่องที่เป็นช่องว่างกฎหมายอยู่ในปัจจุบัน จำเป็นต้องสร้างกฎหมายใหม่เพื่อบังคับใช้กับอาชญากรรมในยุคไอทีนี้โดยเฉพาะคือสร้างฐานความผิดอาญาทางคอมพิวเตอร์เป็นลักษณะเฉพาะคือเป็นทรัพย์สินเฉพาะที่เป็นข้อมูล¹¹ ที่ต่างประเทศเรียกว่า Computer Crimes หรือพัฒนากฎหมายเดิมแต่ให้ครอบคลุมไปถึงอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

จุดสำคัญของหัวข้อนี้คือ ปัจจุบันอาชญากรรมรูปแบบดังกล่าวไม่สามารถทำการสืบสวน สอบสวนเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดได้ เพราะยังไม่เป็นความผิดอาญาอย่างแน่นอนจนกว่าจะมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย ดังนั้นการกระทำตามหัวข้อนี้จะกล่าวในบทต่อไปแต่เพียงสังเขปเท่านั้น

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 186.

ประเภทของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ต

การแบ่งประเภทของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์อาจกระทำได้อย่างหลากหลายแล้วแต่ จุดมุ่งหมาย โดยการแบ่งประเภทจะแยกตามลักษณะการจัดกลุ่ม เช่นกลุ่มที่แบ่งประเภทของ อาชญากรรมตามลักษณะการ ปฏิบัติการต่อคอมพิวเตอร์เพื่อกระทำความผิด เช่นการแบ่งประเภทการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด คอมพิวเตอร์เป็นวัตถุที่ถูกกระทำความผิด และ สุดท้ายคือ การใช้คอมพิวเตอร์หาประโยชน์โดยไม่ได้รับ อนุญาต หรือแบ่งตามลักษณะความผิดซึ่งอาจแยกประเภทตามลักษณะของการกระทำได้ ดังนี้ คือ

การลักลอบหรือขโมยใช้บริการสารสนเทศ (Theft of Information Service) เป็นการขโมยข้อมูล เพื่อที่จะใช้ประโยชน์ในการลักลอบเข้าไปใช้บริการโทรคมนาคม เช่น การขโมยข้อมูลเกี่ยวกับศูนย์โทรศัพท์เพื่อที่จะ สามารถควบคุมการใช้โทรศัพท์ของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งโดยเอาข้อมูลนั้นมาเป็นประโยชน์แก่ตน เช่น การ แอบใช้โทรศัพท์ฟรี นอกจากนี้ยังรวมถึงการขโมยข้อมูลจาก Internet Service Provider หรือผู้ให้บริการ (ISP) หรือผู้ที่มีเว็บไซต์ในอินเทอร์เน็ตเพื่อขโมยใช้บริการสารสนเทศ เป็นต้น

การใช้ อินเทอร์เน็ต ในการอำนวยความสะดวกแก่การประกอบอาชญากรรมรูปแบบดั้งเดิม (Communications in Furtherance of Criminal Conspiracies) คือ การที่อาชญากรนำเอาการสื่อสารผ่านทาง คอมพิวเตอร์มาขยายความสามารถในการกระทำความผิด ของตน เช่น อาชญากรรมรวมตัวไปที่ทำผิดเกี่ยวกับการ ขนหรือค้ายาเสพติด ใช้การสื่อสารผ่านทางคอมพิวเตอร์ติดต่อกับเครือข่ายอาชญากรรมของตนเพื่อขยายความ สามารถในการประกอบ อาชญากรรม ซึ่งรวมไปถึงการใช้คอมพิวเตอร์ปกปิด กลบเกลื่อนการกระทำของตนไม่ให้ ผู้อื่นล่วงรู้ได้ด้วยการใช้เทคโนโลยีที่เรียกว่า Encryption หรือการตั้งรหัสการสื่อสารขึ้นมาเฉพาะระหว่างหมู่ อาชญา กรด้วยกันซึ่งผู้อื่นไม่สามารถเข้าใจได้

การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา (Telecommunications Piracy) คือการกระทำอย่างใดอย่าง หนึ่งอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การปลอมแปลง ไม่ว่าจะเป็นการปลอมแปลงเซ็ค การปลอมแปลงรูป เสียง หรือการ ปลอมแปลงสื่อทางคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่ามัลติมีเดีย รวมทั้งการปลอมแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์

การเผยแพร่สิ่งผิดกฎหมาย (Pornography and Other Offensive Content) การ ใช้ คอมพิวเตอร์และการสื่อสารผ่านทางคอมพิวเตอร์ซึ่งมีเครือข่ายทั่วโลกเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร รวมถึงข้อมูลที่ไม่ สมควร ซึ่งการจะเป็นภาพลามกอนาจารหรือไม่สมควรนั้นอาจจะมีปัญหาคุณค่าวัฒนธรรมของแต่ละสังคมว่าจะรับ ได้หรือไม่ รวมทั้งการใช้คอมพิวเตอร์บอกกล่าวข้อมูลที่ไม่สมควรที่จะเผยแพร่ เช่นวิธีการในการก่ออาชญากรรม หรือสูตรในการผลิตระเบิด

การฟอกเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Money Laundering) ซึ่งใช้อุปกรณ์ทางคอมพิวเตอร์ และการสื่อสารเป็นเครื่องมือทำให้สามารถกลบเกลื่อนอำพรางตัวตนของผู้กระทำความผิดได้ง่ายขึ้น

การทำลายและการก่อการร้ายทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Vandalism and Terrorism) (Electronic Vandalism and Terrorism) อันธพาลทางคอมพิวเตอร์ หรือพวกก่อการร้าย ซึ่งไม่เพียงแต่เฉพาะผู้มีจิตใจชั่วร้ายเป็นอาชญากรเท่านั้นที่ทำการเหล่านี้เพื่อรบกวนผู้ใช้บริการ แต่ยังมีพวกชอบทำหายทางเทคนิคอยากรู้ อยากเห็นว่าสามารถเข้าไปแทรกแซงระบบข้อมูล คอมพิวเตอร์ ของผู้อื่นได้มากน้อยเพียงใด

อันธพาลทางคอมพิวเตอร์ เปรียบได้กับเด็กเถรตามท้องถนนที่ชอบวาด ฟนสีให้เลอะเทอะ อันธพาลดังกล่าวจะทำเช่นเดียวกันคือเข้าไปในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ แล้วทำลายข้อมูลหรือตัดต่อ ดัดแปลงภาพ หรือทำสิ่งไม่สมควรต่าง ๆ นานา เพื่อรบกวนผู้อื่น

การก่อการร้ายทางอินเทอร์เน็ต (Terrorist) คือการเผยแพร่ข้อมูลข่มขู่บุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง รวมถึงการเข้าไปแทรกแซงทำลายระบบเครือข่ายของสาธารณูปโภค เช่น การจ่ายน้ำ จ่ายไฟ หรือการจลาจล

การหลอกลวงในการขายสินค้าและการลงทุนผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Telemarketing Fraud) คือการหลอกลวงค้าขายหรือชวนลงทุนจอมปลอมผ่านทางเครือข่าย คอมพิวเตอร์โดยไม่ได้ให้บริการจริง หรือชักชวนให้เข้าร่วมลงทุนแต่ไม่ได้มีกิจการเหล่านั้นจริง ๆ ซึ่งบางครั้งจะเห็นว่าโฆษณาหลายอย่างดีเกินไปกว่าที่จะเป็นของจริง

การสกัดหรือดักเอาข้อมูลมาใช้ประโยชน์โดยมิชอบ (Illegal Interception of Information) เป็นการเข้าแทรกแซงข้อมูล และนำเอาข้อมูลเหล่านั้นมาเป็นประโยชน์ต่อตนโดยมิชอบ เช่น การที่สามารถผ่าอินเทอร์เน็ตเข้าไปแล้วเข้าไปเจาะล้วงเอาความลับเกี่ยวกับรหัสหมายเลขของบัตรเครดิตเพื่อนำมาเป็นประโยชน์ในการก่ออาชญากรรมต่อไป หรือแม้กระทั่งการล้วงความลับ ทางการค้าซึ่งสามารถทำได้โดยผ่านทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจเป็นลักษณะของการดักฟังข้อมูลเพื่อที่จะนำมาเป็นประโยชน์กับกิจการของตนเอง

การฉ้อโกงในการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Frauds Transfer Crime) ทำได้โดยเมื่อสามารถเข้าไปในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของธนาคารได้แล้วจะใช้เทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์ไปเปลี่ยนแปลง ดัดแปลงข้อมูล และโอนทรัพย์สินหรือเงินจากบัญชีหนึ่งเข้าไปอีกบัญชีหนึ่งได้โดยที่ไม่ได้มีการเปลี่ยนถ่ายทรัพย์สินกันจริง แต่ผลคือสามารถได้ทรัพย์สินนั้นมาด้วยการผ่านทางคอมพิวเตอร์

การทราบประเภทและรูปแบบของอาชญากรรมข้างต้นนี้มีประโยชน์ต่อการเตรียมการ สืบสวน การเตรียมบุคลากร และวางแผนในการรวบรวมหลักฐาน นอกจากนี้ยังเป็นข้อมูลเบื้องต้น ในการขอหมายค้นจากศาลอีกด้วย

บุคคลและสถาบันที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ต

การสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ตนี้ บางครั้งจำเป็นต้องประสานขอความร่วมมือไปยังสถาบันหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการให้บริการหรือเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมรหัสต่าง ๆ ที่ใช้

ในการติดต่อสื่อสาร บางกรณีอาจต้องเชิญบุคคลต่าง ๆ เหล่านี้ ช่วยเป็นพยานในฐานะผู้เชี่ยวชาญในคดีอีกด้วย ในขณะที่เดียวกันบุคคลเหล่านี้ก็อาจเป็นผู้ต้องสงสัยอันดับแรกในฐานะที่อยู่ใกล้ชิดกับฐานข้อมูลมากที่สุด

วัตถุประสงค์ของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตคือ การติดต่อสื่อสารแลกเปลี่ยนข้อมูล สืบค้นข้อมูลที่เป็นประโยชน์อันได้แก่ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาทุกสาขาวิชา ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ธุรกิจการค้า ข่าวสารและการบันเทิง ฯลฯ ดังนั้นสถาบันที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตจึงเป็นสถาบันหรือ องค์กรต่าง ๆ ที่มีระบบเครือข่ายเชื่อมต่อเข้ากับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ อินเทอร์เน็ตจึงเป็นบุคคลที่ต้องการใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรืออาจจะเป็นสมาชิกของสถาบันที่มีระบบคอมพิวเตอร์เชื่อมกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

สถาบันที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ต ประกอบด้วยสถาบันการศึกษาทั้งของรัฐและเอกชน ซึ่งได้แก่ มหาวิทยาลัยและวิทยาลัยต่าง ๆ กระทรวงและองค์กรของรัฐบาล สถาบันการค้าและธุรกิจประเภทต่าง ๆ รวมถึงสถาบันครอบครัว ซึ่งรวมแล้วเท่ากับว่าเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเกี่ยวข้องกับบุคคลในเกือบทุกสถาบันที่อยู่ในวงการแต่กลุ่มที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตมากเป็นลำดับต้น ๆ คือ สถาบันการศึกษา¹²

ถึงแม้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะเป็นเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ไม่ศูนย์กลาง ไม่มีการควบคุม ไม่มีการปกครอง และไม่มีใครเป็นเจ้าของอินเทอร์เน็ตอย่างแท้จริง แต่การพัฒนาเครือข่ายยังต้องมีการกำหนดมาตรฐาน การวางแผนที่วิวัฒนาการของระบบและการแก้ปัญหาพิเศษในบางกรณีจึงต้องมีการรวมตัวเป็นรูปคณะกรรมการ คณะทำงานและสมาคมเพื่อดำเนินการประสานให้การทำงานพัฒนาการเป็นไปด้วยความเรียบร้อย รวดเร็ว และมีรูปแบบที่เหมาะสม

บรรดาหน่วยงานบริหารเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และความสัมพันธ์ของหน่วยงานต่าง ๆ มิได้ รู้กันเป็นที่แพร่หลายในหมู่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ทั้งในแง่การสืบสวนสอบสวนอาจต้องเชิญบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ร่วมทำการสืบสวนสอบสวน หรือนำสืบเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยเฉพาะหน่วยงานที่มีความรับผิดชอบโดยตรงเกี่ยวกับการแก้ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต จึงสมควรนำมากล่าวไว้ ณ ที่นี้

หน่วยงานบริหารเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

- คณะกรรมการกิจกรรมอินเทอร์เน็ต (The Internet Activity Board , IAB)

เดิมคือกลุ่มนักวิชาการผู้วางแนวทางการพัฒนาโปรโตคอลต่าง ๆ เรียกว่า Internet Control Board (ICCB) ต่อมาสำนักงานโทรคมนาคมป้องกันประเทศ (Defense Communication Agency) ซึ่งเป็นหน่วยงานของกระทรวงกลาโหมสหรัฐมีหน้าที่ดูแลกำกับการทำงานของ ARPANET ได้กำหนดให้ TCP / IP เป็นโปรโตคอลมาตรฐาน

¹² วิทยา เรื่องพรวิสุทธิ , คู่มือการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต สำหรับผู้เริ่มต้น (2539) , หน้า 22-23 .

ฐานสำหรับ ARPANET ในปี ค.ศ. 1983 และปรับปรุง ICCB ใหม่ ให้ประกอบด้วยคณะทำงาน 2 คณะ คือ คณะทำงานวิศวกรรมอินเทอร์เน็ต (IETF) และคณะทำงานวิจัยอินเทอร์เน็ต (IRTF) เพื่อพิจารณาประเด็นทางเทคนิคของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต แล้วเปลี่ยนชื่อจาก ICCB เป็น IAB (The Internet Activity Board) มีหน้าที่ประสานงานในการออกแบบวางระบบ และจัดการเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้เพื่อเตรียมการให้อินเทอร์เน็ต สามารถให้บริการได้มากขึ้นและเร็วขึ้นเรื่อย ๆ

หน้าที่ของ IAB ที่สำคัญคือ กำหนดมาตรฐานต่างๆของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต วางแผน ยุทธศาสตร์สำหรับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และเป็นหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบแก้ปัญหาทางเทคนิค ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะทำงานวิศวกรรมอินเทอร์เน็ต (IETF) และคณะทำงานวิจัย อินเทอร์เน็ต (IRTF) ที่สำคัญคือเป็นผู้ประสานงานนโยบายทางเทคนิคระหว่างประเทศและเป็นตัวแทนของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

1. Federal Networking Council (FNC) Federal Research Internet Coordinating Committee (FRICC)

เกิดจากการรวมตัวกันอย่างไม่เป็นทางการของเหล่าผู้ประสานงานจากหน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐเพื่อการพัฒนาเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ตั้งเป็นคณะกรรมการประสานงานวิจัยของรัฐบาลกลางเกี่ยวกับอินเทอร์เน็ต (Federal Research Internet Coordinating Committee , FRICC) เพื่อประสานงานระหว่างหน่วยงาน

ต่อมาหน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ขายและยกฐานะของ FRICC เป็น Federal Networking Council (FNC) มีหน้าที่ประสานงานระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาที่ให้ความสนับสนุนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

2. Coordinating Committee for Intercontinental Research Networks (CCIRN)

เป็นหน่วยงานระดับนานาชาติในการวางแผนความร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานวิจัย เครือข่ายคอมพิวเตอร์ในอเมริกาและยุโรป สมาชิกของ CCIRN ประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น FNC และ EARN (European Association of Research Networks)

3. หน่วยงานกำหนดตัวเลขที่ใช้ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Assigned Numbers Authority , IANA)

เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจาก FNC และ ISOC ให้เป็นศูนย์ประสานงานกลาง (Clearing house) ในการกำหนดค่าพารามิเตอร์ (Parameters) ต่างๆที่จำเป็นต้องใช้กับอินเทอร์เน็ตโปรโตคอล รวมทั้ง IP Address และ Domain Name ด้วย

4. อินเทอร์เน็ต (InterNIC)

เป็นโครงการบริหารจัดการเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ที่ได้รับความสนับสนุนทางการเงินจาก National Science Foundation (NSF) ของสหรัฐฯ เพื่อให้บริการหลายอย่าง เช่นเป็นศูนย์กลางของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่างๆที่ใช้กับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

5. แอปนิค (APNIC)

เป็น Non – profit Corporation ที่ให้บริการแจกจ่ายแบ่งปันและจดทะเบียนทรัพยากร อินเทอร์เน็ต เช่น IP Address และ Domain Name ในภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิก

6. ไอซอค หรือสมาคม อินเทอร์เน็ต (Internet Society , ISOC)

เป็นองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ (Non–governmental International Organization) เพื่อความร่วมมือและประสานงานกันทั่วโลกเกี่ยวกับกิจการอินเทอร์เน็ต รวมทั้ง เนทเวอร์คเทคโนโลยีและการนำไปใช้งาน

หน่วยงานย่อยของ ISOC ที่เกี่ยวข้องกับปัญหา Internet Domain Name มีอยู่ 2 หน่วย คือ

- คณะกรรมการสถาปัตยกรรมอินเทอร์เน็ต (Interne Architecture Board , IAB) เป็นหน่วยงานของ ISOC ที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการวางผังสถาปัตยกรรมระบบทั้งหมดของเครือข่าย อินเทอร์เน็ต และยังทำหน้าที่ในการระบข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานอินเทอร์เน็ตด้วย

- คณะกรรมการระหว่างประเทศเฉพาะกิจ (International Ad – Hoc Committee , IAHC) เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นใหม่ โดย ISOC เมื่อกลางปี ค.ศ. 1996 เพื่อพิจารณาข้อเสนอในการปรับปรุง Internet Domain Name System ¹³

2.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ประเทศไทยนับได้ว่าเป็นประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ใช้ “หลักนิติรัฐ” เช่นเดียวกับนานาอารยประเทศ และนับตั้งแต่การปฏิวัติ พ.ศ. 2475 มาจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญ มาแล้วถึง 15 ฉบับ ปัจจุบันนับเป็นฉบับที่ 16 แต่ละฉบับต่างมุ่งประเด็นเพื่อเข้าสู่ความเป็นประชาธิปไตยทั้งสิ้น เกณฑ์การวินิจฉัยความเป็นประชาธิปไตยได้อย่างหนึ่งคือ การให้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน(Fundamental Rights and Liberties) แก่ประชาชน ซึ่งจากเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้ความสำคัญและพยายามปฏิรูปให้มีกลไกในการรับ

¹³ เลอสรร ธนสุกาญจน์ , จิตตภัทร เครือวรรณ , สุธรรม อยู่ในธรรม , กฎหมายสำหรับบริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2541) , หน้า 17 – 26 .

รองสิทธิพื้นฐานและขยายการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้กว้างขึ้นกว่าเดิม คือจากเดิมที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 รองรับไว้เพียง 30 มาตรา รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ขยายและเพิ่มสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคเป็น 53 มาตรา ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลมากที่สุด

ในส่วนของ การปฏิรูปแนวทางในการบริหารยุติธรรมทางอาญาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการปรับเปลี่ยนรูปแบบแนวคิดในการใช้ทฤษฎีเกี่ยวกับระบบงานยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice System) โดยการบังคับใช้กฎหมายให้ดำเนินการตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process) ที่มุ่งเน้นความถูกต้องชอบธรรม แทนทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) เดิมที่มุ่งโดยตรงต่อประสิทธิภาพการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมโดยเน้นที่ความรวดเร็วและแน่นอนของกระบวนการยุติธรรมขั้นต้น

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้สร้างหลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชนให้พ้นจากการถูกตรวจค้นโดยไม่เป็นธรรม ดังปรากฏในมาตรา 34 ที่ว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัวเกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง ...” และ มาตรา 35 ที่ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน ...บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย”

ส่วนข้อยกเว้นที่ให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ปรากฏในมาตรา 29 ที่ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และ จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” นอกจากนี้ในเรื่องการค้นยังกำหนดไว้เป็นพิเศษใน หมวด 8 มาตรา 238 ที่กำหนดว่า “ในคดีอาญา การค้นในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะมีคำสั่ง หรือหมายของศาล หรือมีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่ง หรือหมายของศาล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าโดยปกติรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน แต่มีข้อยกเว้นให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้บางประการตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ แต่ทั้งนี้ต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 35 ซึ่งเป็นบทที่ว่าด้วยสิทธิในเคหสถาน บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน . . . บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ประกอบกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 238 ที่บัญญัติว่า “ในคดีอาญา การค้นในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมี คำสั่งหรือหมายศาล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ต้องการให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัว การอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานของ

ปัจเจกชนโดยปกติสุข ในเมื่อเจ้าพนักงานมีความจำเป็นต้องลงมือเข้าไปรบกวนในแดนสิทธิดังกล่าวด้วยกระบวนการค้น จึงต้องมีการกำหนดกรอบอำนาจหรือขอบเขตในการปฏิบัติหน้าที่ของ เจ้าพนักงานโดยกำหนดให้การค้นดังกล่าวกระทำได้อต่อเมื่อมี “หมายค้น” เพราะหมายค้นดังกล่าวจะกำหนดขอบเขตการค้นของเจ้าพนักงานให้ทำการค้นได้เฉพาะที่ระบุไว้ในหมายเท่านั้น การปฏิบัติภารกิจเกินไปกว่าที่กำหนดในหมายถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีขอบ หรือในกรณีฉุกเฉินหรือเหตุวิสัยที่จะขอหมายค้นได้ทัน กฎหมายยังเปิดช่องให้สามารถทำการค้นโดยไม่มีหมายได้ แต่การใช้ดุลพินิจของ เจ้าพนักงานดังกล่าวต้องอยู่ภายในหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดกรอบไว้ ดังนั้น “หมายค้น” ดังกล่าว และกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานที่กำหนดไว้ในกฎหมายจึงเป็นจุดที่สร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและการใช้อำนาจในการค้นของเจ้าพนักงานอย่างเหมาะสมในช่วงเวลาหนึ่ง

แต่ปัจจุบันนี้สังคมเปลี่ยนแปลงไป มีการใช้คอมพิวเตอร์ในชีวิตประจำวันมากขึ้นจนแทบจะเรียกได้ว่าคอมพิวเตอร์เป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของคนส่วนใหญ่ในสังคม และอาชญากรรมไซเบอร์ในปัจจุบันนับวันก็จะทวีความรุนแรงก่อให้เกิดความเสียหายมากขึ้นทั้งเป็นอันตรายที่เกิดขึ้นใกล้ตัวยิ่งกว่าอาชญากรรมพื้นฐาน เพราะผู้กระทำความผิดสามารถกระทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลได้โดยไม่จำเป็นต้องบุกรุกเข้าไปในบ้านของเหยื่อเลย การป้องกันหรือปราบปรามอาชญากรรมในรูปแบบปกติเริ่มไม่มีประสิทธิภาพทั้งยังอาจกลายเป็นอุปสรรคในการสืบสวนหาตัวคนร้ายหรือกลายเป็นปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำเข้าสู่คดีไป เพราะการปฏิบัติตามกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาในลักษณะเดิมคือใช้รูปแบบ Crime Control อาจถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ที่ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี ก่อนที่จะพิจารณาว่าข้อกฎหมายในจุดใดที่เป็นอุปสรรคต่อการสืบสวนและ แสวงหาพยานหลักฐานโดยเฉพาะการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์จากคอมพิวเตอร์ ควรพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้นและการยึดที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเสียก่อน

2.3 หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการค้น และการยึดพยานหลักฐาน

2.3.1 การค้นหาพยานหลักฐาน

หลักทั่วไป การค้นในที่รโหฐานต้องมีหมายค้น

ดังที่กล่าวในตอนต้นว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ส่วนหนึ่งมุ่งประสงค์ต่อการให้ความคุ้มครองประชาชนในการครอบครองสิ่งหาปริมาณโดยปกติสุขหรือกล่าวง่าย ๆ คือเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของบ้านไม่ให้ถูกรบกวนแม้แต่จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานจะเข้าไปตรวจค้นบ้านที่พักของบุคคลอันเป็นการรบกวนการครอบครอง ดังกล่าว จะต้องมีความหมายค้นจากศาลเพื่อเป็นการตรวจสอบมิให้มีการใช้อำนาจเข้าไปตรวจค้นโดยพลการ หรือมีเหตุให้ค้นได้ภายใต้อำนาจกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่รองรับให้อำนาจไว้ในมาตรา 92 (1)-(5) นั้นเอง

การค้นที่รโฐาน

ความหมายของคำว่าที่รโฐาน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (13) ให้คำนิยามคำว่า “ที่รโฐาน” ว่า หมายความว่าถึงที่ต่าง ๆ ซึ่งมีใช้ที่สาธารณสถานตั้งบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา และเมื่อพิจารณาคำว่า “สาธารณสถาน” ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3) ที่ให้คำนิยามไว้ว่า “สถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้” ดังนั้นที่รโฐานจึงหมายถึงที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ ซึ่งหมายถึงเป็นสถานที่ซึ่งเจ้าของแสดงเจตนาหวงกันไว้เป็นสถานที่ส่วนตัว อันได้แก่ เคหสถาน สำนักงานหรืออสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในความครอบครองโดยปกติสุขของผู้อื่น การแสดงเจตนาหวงกันชัดแจ้งทางกายภาพได้แก่การล้อมรั้ว สร้างกำแพง ฯลฯ หรือการแสดงเจตนาหวงกันโดยปริยายหรือโดยสภาพแห่งสถานที่นั้น ๆ เอง เช่น บริเวณเคหสถานบ้านเรือนของบุคคลใด ๆ ปกติย่อมเป็นที่รโฐานอยู่ในตัว

ในเรื่องการค้นสถานที่ เจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งคุ้มครองสถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยของบุคคลเป็นสำคัญ ทั้งนี้เพื่อเป็นการเคารพสิทธิของบุคคลในการที่จะอยู่อาศัยในเคหสถานด้วยความปกติสุข ปราศจากการรบกวนจากบุคคลภายนอก เว้นแต่การค้นนั้นจะได้รับความยินยอมจากผู้ครอบครองตั้งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 ที่ว่า “... การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่าถ้าผู้ครอบครองสถานที่นั้นยินยอมให้เข้าตรวจค้นด้วยความสมัครใจ เพื่อแสดงความบริสุทธิ์ว่าไม่มีสิ่งผิดกฎหมายใด ๆ ซุกซ่อนอยู่ เจ้าพนักงานอาจเข้าไปตรวจค้นได้โดยไม่ต้องใช้หมายค้นจากศาล แต่การยินยอมดังกล่าวต้องเป็นไปด้วยใจสมัครจริง ๆ หากความยินยอมนั้นเกิดขึ้นเพราะความเกรงกลัวเนื่องจากการขู่เข็ญของเจ้าพนักงาน หรือเป็นเพราะถูกล่อลวงอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิได้เกิดจากใจสมัครจริง ๆ ดังนี้ไม่ถือเป็นความยินยอมตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว

การค้นตามหมายค้น

เหตุที่ออกหมายค้น

หมายค้นเป็นเครื่องมือในการสืบหาพยานหลักฐานคดีอาญาที่อยู่ในที่รโฐาน เหตุที่จะออกหมายค้นปรากฏตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 คือ เพื่อหาพยาน หลักฐาน เพื่อหาของกลาง เพื่อช่วยบุคคล เพื่อจับบุคคล และเพื่อพบและยึดสิ่งของตามคำพิพากษา ในการค้นหาพยานหลักฐานหรือหาของ

กลางนั้น เจ้าพนักงานผู้จะทำการค้นสิ่งของดังกล่าวต้องมี เหตุอันควรเชื่อ (Probable Cause) ว่าสิ่งของที่จะใช้เป็นหลักฐานจะอยู่ในสถานที่ที่จะเข้าไปค้น แต่ไม่ถึงกับต้องแน่ใจว่ามีสิ่งของที่ต้องการในนั้น

Probable Cause หรือเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้น ต้องปรากฏให้เห็นในหมายค้นด้วย ดังจะเห็นได้จากแบบของหมายค้นตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 60 (3) ที่ต้องระบุ “เหตุที่ต้องออกหมาย” และ มาตรา 60 (4) (ค) ที่บัญญัติว่า “ในกรณีออกหมายค้น ให้ระบุสถานที่ที่จะค้น กำหนดวัน เวลาที่จะทำการค้น และ ชื่อกับตำแหน่งของเจ้าพนักงานผู้จะทำการค้นนั้น”

ข้อยกเว้นการค้นโดยไม่มีหมายค้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 238 ตอนท้ายที่เปิดช่องให้ เจ้าพนักงานสามารถทำการค้นโดยไม่มีหมายค้นได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้น ... แต่ได้ กำหนดข้อยกเว้นไว้ในอนุมาตรา (1) - (5) ที่ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสามารถเข้าทำการค้นในที่รโหฐานได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ใช้อนุมาตรา (2),(4) และ (5) คือ

(2) เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในที่รโหฐาน ความผิดซึ่งหน้าในที่นี้ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นประเภทตามที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ต้องเป็นความผิดซึ่งหน้าที่ปรากฏต่อเจ้าพนักงานเอง หมายถึง กำลังกระทำต่อหน้าเจ้าพนักงาน

(4) เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าสิ่งของที่ได้มาโดยกระทำผิดได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้น ประกอบทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเนื่องจากการกระทำนั้นซ้ำกว่าจะเอาหมายค้นมาได้สิ่งของนั้นจะ ถูกโยกย้ายเสียก่อน

ข้อยกเว้นการเข้าค้นตามอนุมาตรานี้จะต้องปรากฏความจริงทั้งสองประการ คือ (1) มีความสงสัยว่าสิ่งของได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้น และ (2) มีเหตุอันควรเชื่อว่าการที่จะดำเนินการในออกหมายค้น จะเกิดความชักช้า อันอาจทำให้มีการโยกย้ายสิ่งของจากที่รโหฐานนั้นเสียก่อนได้

ข้อสังเกต ข้อยกเว้นตามมาตรา 92(4)นี้จำกัดเฉพาะกรณี “สิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำผิด” เท่านั้น อันหมายถึงทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิด เช่น ทรัพย์สินที่ถูกลักหรือปล้นมา ถ้าเป็น อาชญากรรมคอมพิวเตอร์อาจเป็นข้อมูลความลับทางการค้า หรือข้อมูลส่วนตัวของบุคคลอื่นที่ลักลอบ คัดลอกมาเก็บไว้ใช้ประโยชน์โดยมิชอบ ส่วนสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิด และสิ่งของที่ได้ใช้ในการกระทำ

ผิด เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการนัดหมายเพื่อประกอบอาชญากรรม หรือใช้คอมพิวเตอร์ในการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลอื่นโดยมิชอบ แม้จะเป็นสิ่งของที่จำเป็นต้องยึดเพื่อประกอบไว้ในสำนวนแต่ไม่ทำให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าค้นได้โดยไม่มีหมายค้น อย่างไรก็ตามอาจเป็นเหตุให้ออกหมายค้นได้ตามมาตรา 69 (2)

(5) เมื่อที่รโหฐานนั้นผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าบ้านและกรจับนั้นมีหมายจับหรือจับตาม มาตรา 78 เป็นการค้นภายหลังการจับกุมบุคคลฐานประกอบอาชญากรรมโดยชอบแล้ว ซึ่งต้องเป็นการค้นทันทีทันใดเพื่อป้องกันการทำลายพยานหลักฐานในภายหลัง

ผู้มีอำนาจออกหมายค้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 238 บัญญัติว่า “ในคดีอาญา การค้นในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะมีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายของศาล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ปัจจุบันนี้อำนาจในการออกหมายค้นจึงเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะเท่านั้น (นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา)¹⁴ เพราะถือว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 238 ได้ยกเลิกหลักการที่ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ออกหมายค้นตาม มาตรา 58 (3) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจออกหมายค้นได้ ดังนั้นการให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ค้นด้วยตนเองโดยไม่ต้องมีหมายค้นในกรณีนี้อาจออกหมายค้นได้จึงเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 238 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 16 ดังนั้น เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่จึงไม่สามารถใช้ตนเองเป็นหมายได้อีกต่อไป¹⁵

ผู้มีอำนาจค้น ตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนด ได้แก่

1. พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ (มาตรา 92)
2. พนักงานสอบสวน (มาตรา 132 (2))

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ประกาศใช้เมื่อ วันที่ 11 ตุลาคม 2540

¹⁵ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตอบข้อหารือกรมตำรวจ (ปรากฏในหนังสือ ที่ 2/2541 ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2541 คำวินิจฉัยของนาย เชาวร์ สายเชื้อ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ เรื่อง กระทรวงมหาดไทยให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่านายตำรวจชั้นผู้ใหญ่สามารถค้นที่รโหฐานด้วยตนเองโดยไม่ต้องมีหมายค้น

ผู้มีอำนาจทำการค้ำจะต้องเป็นเจ้าของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเท่านั้น ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92¹⁶ และหากเป็นการค้ำโดยมีหมาย มาตรา 97 กำหนดไว้ว่า เจ้าพนักงานผู้มีชื่อในหมายค้ำ หรือผู้รักษาการแทนเท่านั้นมีอำนาจเป็นหัวหน้าไปจัดการตามหมายค้ำ ทั้งนี้แสดงว่าหมายค้ำต้องระบุตัวเจ้าพนักงานว่าผู้ใดจะเป็นผู้ทำการค้ำ ดังนั้น เจ้าพนักงานอื่น ๆ อาจค้ำได้ในฐานะเป็นผู้ช่วยในการค้ำเท่านั้นเอง

กรณีการค้ำโดยไม่มีหมายค้ำ ผู้มีอำนาจค้ำคือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่มีเหตุให้ค้ำได้ตามมาตรา 92 (1) - (5) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการค้ำโดยไม่มีหมายค้ำ

ในส่วนของพนักงานสอบสวน มีอำนาจค้ำได้ในฐานะเจ้าพนักงานตำรวจตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 92 ในตัวอยู่แล้ว แต่ มาตรา 132 (2) ยังให้อำนาจพิเศษในฐานะพนักงานสอบสวนทำการค้ำเพื่อพบสิ่งของซึ่งมีไว้เป็นความผิด หรือได้มาโดยการกระทำผิด หรือได้ใช้ หรือสงสัยว่าได้ใช้ในการกระทำผิด หรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการค้ำนั้นก็คือ ถ้าค้ำในที่หรือฐานต้องมีหมายค้ำ นอกจากเข้าข้อยกเว้นดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

ข้อยกเว้นให้ราษฎรร่วมไปกับเจ้าพนักงานในการค้ำ

โดยทั่วไปกฎหมายมิได้ให้อำนาจราษฎรทำการค้ำใด ๆ นอกจากกรณีค้ำตัวผู้หญิงจึงจะให้ ผู้หญิงเป็นผู้ทำการค้ำ¹⁷ กับในกรณีค้นหาสิ่งของที่หายที่ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสิ่งนั้น หรือผู้แทนของเขาไปกับเจ้าพนักงานในการค้ำนั้น¹⁸ เพื่อความสะดวกในการค้ำและตรวจสอบว่าสิ่งของนั้นเป็นของของตนที่หายไปใช่หรือไม่ การตรวจสอบของเจ้าพนักงานโดยลำพังอาจประสบความสำเร็จยากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ครอบครองสถานที่ขณะนั้นได้แย่งกรรมสิทธิ์จะได้ทำการยืนยันถึงกรรมสิทธิ์ได้อย่างแน่นอน และอีกประการหนึ่งยังเป็นการป้องกันข้อกล่าวอ้างได้ด้วยว่าสิ่งของนั้นแตกหัก บุปสลายไปเพราะการกระทำของเจ้าพนักงานหรือไม่ ดังนั้นนอกจากการค้ำตัวผู้หญิงและการค้นหาสิ่งของหายแล้วกฎหมายไม่อนุญาตให้มีบุคคลที่มีใจเจ้าพนักงานตามที่กำหนดไว้มาช่วยทำการค้ำทั้งสิ้น

ในคดีอาชญากรรมไซเบอร์แม้จะมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้บุคคลภายนอกในการช่วยสืบค้นข้อมูลซึ่งบุคคลภายนอกดังกล่าวอาจอยู่ในฐานะเป็นผู้เกี่ยวข้องหรือใกล้ชิดกับข้อมูล หรือเป็นผู้เชี่ยวชาญพิเศษด้าน

¹⁶ มาตรา 92 ห้ามมิให้ค้ำในที่หรือฐานโดยไม่มีหมายค้ำ เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้ำ...

¹⁷ มาตรา 85 วรรคสอง การค้ำนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้ำผู้หญิงต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้ำ

¹⁸ มาตรา 95 ในกรณีค้นหาสิ่งของที่หาย ถ้าพอทำได้จะให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสิ่งนั้น หรือผู้แทนของเขาไปกับเจ้าพนักงานในการค้ำนั้นด้วยก็ได้

คอมพิวเตอร์ แต่ในเมื่อกฎหมายมิได้เปิดช่องในส่วนนี้ไว้การค้นหาหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์จึงต้องอาศัยความสามารถจากพนักงานสืบสวนแต่เพียงฝ่ายเดียวซึ่งอาจไม่ได้ ผลเต็มประสิทธิภาพ

เวลาที่ทำการค้น

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 96 บัญญัติไว้ว่า “การค้นในที่สาธารณะต้องกระทำระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นและตก” อีกนัยหนึ่งเป็นที่เข้าใจว่าจะทำการค้นในเวลากลางวันคืนมิได้นั่นเอง แต่มีข้อยกเว้นคือ

- (1) เมื่อลงมือค้นแต่ในเวลากลางวัน ถ้ายังไม่เสร็จจะค้นต่อในเวลากลางคืนก็ได้

เมื่อเจ้าพนักงานเข้าค้นในเวลากลางวันแล้วยังหาบุคคลหรือสิ่งของที่ต้องการไม่พบ หรือค้นได้สิ่งของบ้างแล้วแต่ยังไม่ครบตามที่ต้องการและเชื่อว่าถ้าค้นต่อไปอาจจะพบหรือได้จนครบถือได้ว่าการค้นยังไม่เสร็จเจ้าพนักงานมีอำนาจค้นต่อไปในเวลากลางคืนได้ แต่การค้นนั้นต้องกระทำโดยติดต่อกันไปตลอด หากการค้นเวลากลางวันไม่พบแล้วกลับไปแล้วจะกลับเข้าไปค้นใหม่ในเวลากลางคืนย่อมทำไม่ได้

- (2) ในกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง หรือซึ่งมีกฎหมายอื่นบัญญัติให้ค้นได้เป็นพิเศษจะทำการค้นในเวลากลางคืนก็ได้

กรณีฉุกเฉินอย่างยิ่ง หมายความว่าถ้าไม่ทำการค้นในเวลากลางคืนจะเกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคลที่ต้องการค้นให้พบตัว หรือบุคคลนั้นอาจจะหลบหนีไปเสียก็ได้ หรือพยาน หลักฐานอาจจะ ถูกทำลาย ทั้งคดีนั้นจะต้องมีลักษณะร้ายแรงไม่ใช่คดีเล็ก ๆ น้อย ๆ ด้วย¹⁹

ในกรณีที่มีกฎหมายพิเศษเฉพาะให้อำนาจเจ้าพนักงานค้นในเวลากลางคืนได้ เจ้าพนักงานย่อมทำได้ตามเงื่อนไขของกฎหมายพิเศษนั้น เช่น พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็น

¹⁹ หยุด แสงอุทัย , ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา , หน้า 706 .

คอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495 มาตรา 20²⁰ พระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2497 มาตรา 112 เป็นต้น²¹

2.3.2 การยึดพยานหลักฐาน

“พยานหลักฐานที่ดี” จะต้องสามารถทำให้ศาลเชื่อโดยปราศจากสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง (Prove Beyond Reasonable Doubt) ซึ่งพยานหลักฐานที่ศาลจะรับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้จะต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายและสามารถพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยได้²² รวมถึงมาตรการในการยึดสิ่งของและกระบวนการในการเก็บรักษา สิ่งของที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานนั้น เพื่อให้ศาลไว้วางใจว่าเป็นพยานหลักฐานที่ถูกต้องแท้จริงปราศจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²³ บัญญัติให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจยึดไว้ซึ่ง สิ่งของที่ค้นพบ หลักกฎหมายดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่า เมื่อพนักงานสอบสวนพบเครื่อง คอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล ตามหมายค้น แต่สิ่งที่พนักงานสอบสวนต้องการคือข้อมูลภายในเครื่อง คอมพิวเตอร์นั้น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ดังกล่าวจะเป็น “สิ่งของ” ที่อยู่ในอำนาจของพนักงานสอบสวนที่จะทำการยึดเพื่อรวบรวมไว้เป็นหลักฐานได้หรือไม่

ซึ่งเมื่อพิจารณานิยามคำว่า “สิ่งของ” ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (18) “สิ่งของ” หมายถึง สิ่งหามทรัพย์ซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ ฯลฯ แต่ข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์เป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง แต่อยู่ในรูปของแม่เหล็กไฟฟ้าและไม่ใช่ทรัพย์ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ดังนั้นหากพิจารณาลักษณะของข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์อาจไม่เข้ากับคำนิยามศัพท์ดังกล่าว อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ต้องตีความเคร่งครัดเหมือนประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชา

²⁰ ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495 แล้ว คือ พระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495 พ.ศ. 2543 (117 ร.จ.ก ตอนที่ 51 ก. วันที่ 2 มิถุนายน 2543)

²¹ คณิ่ง ภาไชย , กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2543), หน้า 258.

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

²³ มาตรา 132 บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจ...

(4). ยึดไว้ซึ่งสิ่งของที่ค้นพบ หรือส่งมา ดังกล่าวไว้ในอนุมาตรา (2)และ(3)

ชน เมื่อเป็นเช่นนี้ การตีความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงอาจใช้วิธีการตีความโดยเทียบเคียง (Analogy)²⁴ ได้ ดังนั้นพนักงานสอบสวนจึงน่าจะมีอำนาจยึดข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในฐานะที่เป็น “สิ่งของ” ที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานได้

เมื่อพนักงานสอบสวนสามารถเข้าถึงข้อมูลที่ต้องสงสัยได้แล้ว จะต้องปฏิบัติการด้วยความระมัดระวัง โดยคำนึงถึงกรรมวิธีที่ถูกต้องเพื่อกักหรือล็อกข้อมูลนั้นไว้ให้อยู่และยึดพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องอย่างอื่นให้อยู่ในสภาพที่เป็นจริงที่สุด เพื่อให้สิ่งทั้งหลายที่ยึดมานั้นมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ กำหนดวิธีการเก็บรักษาสิ่งของที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา คือ

สิ่งของที่ยึดได้ในการค้นให้หรือบรรจู่หีบห่อตราไว้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 101 บัญญัติว่า “สิ่งของที่ยึดได้ในการค้น ให้หรือ บรรจู่หีบห่อตราไว้ หรือให้ทำเครื่องหมายไว้เป็นสำคัญ” ความมุ่งหมายในข้อนี้ก็เพื่อป้องกันการกลั่นแกล้งสับเปลี่ยนสิ่งของที่ค้นได้²⁵ ดังนั้นการยึดข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากเครื่องคอมพิวเตอร์ก็อยู่ในความมุ่งหมายดังกล่าวนี้ด้วย

การหีบห่อตราสิ่งของที่ใช้เป็นพยานหลักฐานในกรณีปกติ แม้เจ้าพนักงานละเว้นไม่ปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ก็ตาม ศาลอาจใช้ดุลพินิจรับฟังประกอบพยานบุคคลของโจทก์ว่าเจ้าพนักงานค้นของกลางนั้นมาได้จริงและอาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อลงโทษจำเลยได้²⁶ แต่คดีอาชญากรรมไซเบอร์ การบรรจู่หีบห่อดังกล่าวยังมีผลต่อความเชื่อถือของศาลด้วยว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ยึดไว้ดังกล่าวเป็นข้อมูลที่ได้มาจากสถานที่นั้นและต้องเป็นข้อมูลที่อยู่ในสภาพสมบูรณ์ไม่มีการแก้ไขหรือเกิดการเสื่อมสภาพจากสภาวะแวดล้อม เนื่องจากพยานหลักฐานที่เป็นคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้านี้มีความละเอียดอ่อนง่ายต่อการถูกเปลี่ยนแปลง นอกจากการเปลี่ยนแปลงด้วยการกระทำของมนุษย์แล้ว ความร้อน ความชื้น และคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ๆ ที่เข้ามาใกล้ก็อาจทำให้พยานหลักฐานดังกล่าว

²⁴ Analogy หมายความว่า การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกันมีความหมายเช่นเดียวกัน, ดูสมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 174.

²⁵ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2543), หน้า 263.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 263.

เปลี่ยนแปลงไปได้ การบรรจุหีบห่อพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงมีความสำคัญและต้องกระทำด้วยความพิถีพิถันกว่าพยานหลักฐานในคดีปกติ

บันทึกรายละเอียดแห่งการค้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 103 วรรคแรก บัญญัติว่า “ให้เจ้าพนักงานผู้ค้นบันทึกรายละเอียดแห่งการค้น และสิ่งของที่ค้นได้นั้นต้องมีบัญชีรายละเอียดไว้

บันทึกการค้นและบัญชีสิ่งของนั้น ให้อ่านให้ผู้ครอบครองสถานที่ บุคคลในครอบครอง ผู้ต้องหา จำเลย ผู้แทน หรือพยานฟัง แล้วแต่กรณี แล้วให้ผู้นั้นลงลายมือชื่อรับรองไว้”

ส่งบันทึกพร้อมกับสิ่งของที่ยึดได้ไปยังผู้ออกหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 104 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานที่ค้นโดยมีหมายต้องรับส่งบันทึกและบัญชีดังกล่าวในมาตราก่อนพร้อมด้วยสิ่งของที่ยึดมาถ้าพอจะส่งได้ไปยังผู้ออกหมายหรือเจ้าพนักงานอื่นตามที่กำหนดไว้ในหมาย

ในกรณีที่ค้นโดยไม่มีหมาย โดยเจ้าพนักงานอื่นซึ่งมิใช่พนักงานสอบสวน ให้ส่งบันทึกบัญชี และสิ่งของไปยังพนักงานสอบสวน หรือเจ้าหน้าที่ใดซึ่งต้องการสิ่งเหล่านั้น”

กล่าวคือ วิธีปฏิบัติเมื่อมีการค้นแล้ว สิ่งของที่จะยึดไว้เป็นพยานหลักฐานจะต้องมีการบรรจุหีบห่อตีตรา และทำเครื่องหมายไว้เป็นสำคัญเพื่อป้องกันการแอบสับเปลี่ยนพยานหลักฐาน และให้บันทึกรายละเอียดในการค้นตลอดจนทำบัญชีรายละเอียดสิ่งของที่ทำกรยึดไว้ประกอบสำนวน โดยบันทึกดังกล่าวจะต้องอ่านให้ผู้ที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 103 ฟัง และให้บุคคลนั้นลงลายมือชื่อรับรองเป็นการยืนยันความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานที่ได้ยึดมานั้น จากนั้นต้องรับส่งบันทึกและบัญชีสิ่งของที่ยึดมาได้พร้อมด้วยหีบห่อที่บรรจุหลักฐานดังกล่าวถ้าพอส่งได้ไปยังผู้ออกหมายซึ่งปัจจุบันคือ ศาล ในกรณีที่ต้องมีการตรวจพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง เช่น สิ่งของที่ยึดมานั้นมีลักษณะคล้ายเมทแอมเฟตามีน ก็อาจส่งสิ่งนั้นไปยังเจ้าหน้าที่กองวิทยาการของตำรวจ หรือกองพิสูจน์หลักฐานเพื่อตรวจพิสูจน์และรับรองยืนยันก่อน ในกรณีที่ เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีความจำเป็นที่จะต้องส่งมาตรวจพิสูจน์ก่อนเสมอเพราะดังที่กล่าวไว้แล้วว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากเครื่องคอมพิวเตอร์ไม่สามารถมองเห็นด้วยตามนุษย์ ต้องมีการแปลงสัญญาณด้วยคอมพิวเตอร์เสียก่อนมนุษย์จึงสามารถมองเห็นและเข้าใจได้ ดังนั้นสิ่งที่นำเสนอต่อศาลจึงเป็นสิ่งที่ต้องผ่านกระบวนการ

ประมวลผลด้วยคอมพิวเตอร์ การนำเสนอพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากเครื่องคอมพิวเตอร์จึงเป็นการนำเสนอการประมวลผลของเครื่องคอมพิวเตอร์ประกอบคำรับรองของผู้ทำการประมวลผลข้อมูลนั้น

บทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับเอกสารทางไปรษณีย์ โทรเลข

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 37 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

โดยปกติ จดหมาย ไปรษณีย์โทรเลข สิ่งพิมพ์ หรือเอกสารอื่น ซึ่งส่งทางไปรษณีย์และ โทรเลข จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ถ้าเจ้าพนักงานซึ่งมีหน้าที่ในการไปรษณีย์โทรเลขหรือโทรศัพท์ เปิดเผยหรือยอมให้ผู้อื่นเปิดจดหมายเอกสารหรือสิ่งอื่นใดที่ส่งโดยทางนั้น หรือส่งให้แก่บุคคลอื่นที่มีใช้ผู้รับหรือผู้ที่ควรรับซึ่งจดหมาย เอกสาร หรือสิ่งนั้น จะต้องถูกลงโทษตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 163²⁷ แต่อย่างไรก็ตามการคุ้มครองดังกล่าว รัฐธรรมนูญได้เปิดช่องให้เจ้าพนักงานสามารถยึดสิ่งของดังกล่าวได้หากเป็นการกระทำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวนี้คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 105 นั้นเอง²⁸

²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 163 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ในการไปรษณีย์โทรเลขหรือโทรศัพท์ กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) เปิด หรือยอมให้ผู้อื่นเปิด จดหมายหรือสิ่งอื่นที่ส่งทางไปรษณีย์หรือโทรเลข
- (2) ...
- (4) เปิดเผยข้อความที่ส่งทางไปรษณีย์ ทางโทรเลขหรือทางโทรศัพท์

ต้องระวางโทษ . . .

²⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 105 บัญญัติว่า “ จดหมาย ไปรษณีย์บัตร โทรเลข สิ่งพิมพ์หรือเอกสารอื่นซึ่งส่งทางไปรษณีย์และโทรเลขจากหรือถึงผู้ต้องหาหรือจำเลย และยังมีได้ส่ง ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้อง พิเคราะห์ หรือการกระทำอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ ให้ขอคำสั่งจากศาลถึงเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์โทรเลขให้ส่งเอกสารนั้นมา . . .”

ดังนั้น การอาศัยอำนาจในการตรวจ กัก เอกสาร ซึ่งทางไปรษณีย์ และโทรเลขตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 105 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์ยังมิได้ส่งสิ่งของนั้นไปยังผู้รับ ตามมาตรานี้เป็นอำนาจทำนอง อาศัย การส่งจดหมายไว้ก่อน ก็ยังคงสามารถทำได้ต่อไป เพราะการดำเนินการดังกล่าวนั้นจะเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวนไต่สวนมูลฟ้อง การพิจารณาและเป็นการกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เปิดช่องให้สามารถดำเนินการได้ แต่ถ้าเป็นเอกสารติดต่อระหว่างผู้ต้องหาหรือจำเลยกับทนายความของผู้นั้นไม่สามารถกระทำได้ เพราะถือว่าเป็นเอกสิทธิ์โดยทั่วไปอยู่แล้วที่ผู้ใดไม่อาจก้าวล่วงได้

2.2.3 การรับฟังพยานหลักฐาน

พยานหลักฐานที่ได้มาโดยกระบวนการต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นจะต้องนำมาเสนอต่อศาล ในกระบวนการนี้ ความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด ทำอย่างไรศาลจึงจะเชื่อว่าพยานหลักฐานที่นำมาเสนอนั้นเป็นข้อมูลหรือหลักฐานที่มีได้เปลี่ยนแปลงแก้ไข และทำให้พยานประเภทนี้มีความน่าเชื่อถือพอที่ศาลจะฟังลงโทษจำเลยได้ ต้องพิจารณาหลักการและกฎหมาย ดังต่อไปนี้ คือ

ต้องเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นบทตัดพยานอย่างหนึ่งของกฎหมายไทย ได้บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน” ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 ที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการหลอกลวง หรือชูเชิญ หรือให้สัญญากับผู้ต้องหาเพื่อจงใจให้เขาให้การอย่างใด ๆ ในเรื่องที่ต้องหา”

ในกรณีที่พนักงานสอบสวนได้พยานหลักฐานใดมาด้วยการกระทำที่ผิดด้วยสองมาตรา ดังกล่าวข้างต้น ถือว่าสิ่งเหล่านั้นเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบ ซึ่งหมายความว่าถ้าหากพยานหลักฐานเหล่านั้นได้มาโดยมิชอบแล้ว ศาลจะรับฟังพยานนั้น ๆ ไม่ได้²⁹

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

²⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ , “หลักประกันจากการถูกจับกุม ตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 (2523) : 462.

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นแก่จำเลย” หมายถึง การแสดงให้เห็นด้วยพยานหลักฐานถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริง โดยปราศจากความสงสัย³⁰ หากมีความเคลือบแคลงแม้แต่เพียงเล็กน้อยจากพยานหลักฐานว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ก็ต้องยกฟ้องโจทก์ปล่อยตัวจำเลยไป

ต้องเป็นพยานหลักฐานซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์

ในหลักนี้มีความหมายว่าในคดีอาญานั้นไม่ว่าจะเป็นพยานวัตถุ พยานเอกสารหรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์แล้ว คู่ความสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ทั้งสิ้นเป็นการเปิดโอกาสอย่างกว้างขวางที่จะให้โจทก์และจำเลยสามารถนำพยานเข้ามาในคดีได้อย่างเต็มที่³¹

พยานผู้เชี่ยวชาญ

พยานผู้เชี่ยวชาญถือเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง ซึ่งจะมาเบิกความในประเด็นปัญหาซึ่งคนธรรมดาไม่อาจตัดสินได้โดยใช้ความรู้ ความสามารถ หรือประสบการณ์ในชีวิตประจำวันของ วิทยุชน เพราะประเด็นนั้นเกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือวิทยาการเฉพาะแขนงซึ่งจะ ตัดสินได้ก็แต่เฉพาะโดยผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น³² ความรู้ความชำนาญนี้อาจจะได้มาจากการศึกษา เล่าเรียนจนได้ปริญญา หรือประกาศนียบัตรหรือหนังสือรับรองอื่น ๆ หรืออาจได้มาจากการทำงานในสาขานั้นมาเป็นเวลานานจนมีความชำนาญก็ได้³³ พยานผู้เชี่ยวชาญจะมีความสำคัญมากในคดีอาชญากรรมไซเบอร์เพราะจะเป็นผู้รับรองความถูกต้องแท้จริงและความสมบูรณ์ของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เจ้าพนักงานยึดมาได้

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁰ คณิต ญ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2542), หน้า 6-7 .

³¹ จิตติ เจริญจำ , พยานในคดีอาญา (โรงพิมพ์ ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร , 2538) , หน้า 59 .

³² เข็มชัย ชุตินวงศ์ , กฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2538) , หน้า 202 .

³³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 203 .

บทที่ 3

แนวความคิดในการใช้หลักนิติธรรมควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน

การกระทำความผิดรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคมยุคสารสนเทศนี้จำเป็นต้องใช้กฎหมาย รูปแบบใหม่ที่เหมาะสมในการป้องกันและปราบปรามมิให้การกระทำความผิดดังกล่าวแพร่ขยายก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม แต่การบัญญัติหรือการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถทำได้ตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้เพราะปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทมีการปฏิรูปกลไกในการรับรองสิทธิพื้นฐานมากของประชาชนขึ้นกว่าเดิม มีมาตรการเกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิ การปรับปรุงสภาพบังคับของสิทธิตลอดจนการกำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในหลายมาตรา กฎหมายใดก็ตามที่ออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับไม่ได้

เมื่อความผิดที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมีลักษณะที่ยากต่อการป้องกันและปราบปรามและเป็น ความผิดรูปแบบใหม่ที่มีลักษณะเฉพาะต่างกับความผิดพื้นฐานในรูปแบบดั้งเดิม การปฏิบัติงานของ เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมมีความจำเป็นต้องมีการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลมากขึ้น โดยเฉพาะตำรวจเป็นเจ้าพนักงานในหน่วยงานกระบวนการยุติธรรมเบื้องต้นที่อยู่ใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุด มีความจำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายที่หลายครั้งอาจต้องกระทบกระทั่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้รับเอกราชและเสรีภาพให้คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชนจนสร้างหลักประกันการถูกรบกวนสิทธิส่วนบุคคลทั้งจากภาครัฐและเอกชนด้วยกันในลักษณะที่สวนกระแสกันเช่นนี้ จึงต้องพิจารณาอย่างเร่งด่วนว่าทำอย่างไรให้เจ้าพนักงานมีเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ในขณะที่คนสังคมส่วนใหญ่ยังมีความสุขและมีความปลอดภัยในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของรัฐต่อปัจเจกชน

สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก คือ ดุลยภาพระหว่างขอบเขตการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานกับการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยพิจารณาตั้งแต่แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการมีสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การให้ความคุ้มครองสิทธิและการจำกัดสิทธิดังกล่าวโดยรัฐ ตลอดจนการจำกัดอำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิของประชาชน

3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับการใช้อำนาจของรัฐ

การใช้คอมพิวเตอร์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงและกว้างขวางแต่การสืบสวนคดีดังกล่าวกระทำได้ยาก เพราะต้องใช้ความรวดเร็วและความคล่องตัวสูง ทั้งอาจต้องใช้กรรมวิธีพิเศษบางประการในการสืบจับการกระทำผิด เช่น การเฝ้าดักจับสัญญาณ หรือการต้องเข้าถึงข้อมูลของผู้อื่นเพื่อค้นหาหลักฐาน ซึ่งตามปกติถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญอันอาจส่งผลต่อการรับฟังพยานหลักฐาน

นั้นในศาล แต่เมื่อมีความจำเป็นต้องกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม จึงต้องพิจารณาถึงสัดส่วนของการรักษาดุลยภาพระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญกับการใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมอาชญากรรม

การให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

การให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั่วไปส่วนใหญ่มักจะเกิดจากแนวความคิดในเรื่องศักดิ์ศรีแห่งการเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ตามลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งคำสอนของลัทธิดังกล่าวนี้ มีอยู่ว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมจะปรากฏตัวออกมาให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง (Self-determination) หนึ่ง มนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถ เช่นว่านี้ได้จริงก็ต่อเมื่อ แต่ละคนมี “ แดนแห่งเสรีภาพ ” (Sphere of Individual Liberty) ภายในแดนแห่งเสรีภาพของตนนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำอะไรก็ได้ได้อย่างอิสระ ปลอดภัยจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ปกครอง¹

ความคิดในเรื่องสิทธิเสรีภาพที่มีติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดนี้มีมาตั้งแต่สมัยปลายยุคกรีก โดยสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) และได้รับการพัฒนาตลอดมาจนถึงศตวรรษที่ 18 นักปราชญ์ในสำนักกฎหมายธรรมชาติ คือ John Locke มีแนวความคิดว่า ก่อนที่มนุษย์จะเข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอย่างทุกวันนี้ มนุษย์แต่ละคนมีความเป็นอิสระในการดำรงชีวิตในสภาวะ ธรรมชาติ (State of Nature) มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในอันที่จะเลือกแนวทางการใช้ชีวิต การใช้สอยทรัพย์สิน ตลอดจนการหาความสุขจากกิจการต่าง ๆ ได้ตามที่ตนเห็นสมควรเอง ซึ่งความเห็นตาม สมควรนี้มีขอบเขตเพียงใดมนุษย์สามารถรู้ได้เองด้วยเหตุผล (Reason) ที่มีอยู่ในตัวมนุษย์เอง ความสามารถในการคิดหาเหตุผลของมนุษย์ทำให้มนุษย์ตระหนักว่า ทุกคนเกิดมามีอิสระมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ตลอดจนทรัพย์สินของผู้อื่น ถ้ามีการละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้อื่น ผู้ถูกละเมิดนั้นมีโอกาสที่จะผู้ละเมิดได้ตามที่เห็นสมควร กรอบการกระทำตามที่เห็นสมควรโดยการให้เหตุผลของมนุษย์นี้เอง คือ “หลักกฎหมายธรรมชาติ” ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของ Cicero ที่ว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง ...” (True Law is Right Reason . . .)

ต่อมาเมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันมากขึ้นกลับพบว่าการดำรงชีวิตอย่างอิสระมีความไม่สะดวก และเสี่ยงต่อการถูกละเมิดได้ตลอดเวลา มนุษย์เริ่มมีความไม่มั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและ ทรัพย์สิน มนุษย์เริ่มตระหนักว่าความเสมอภาคเท่าเทียมกันที่มนุษย์พึงมีตามธรรมชาติ คือ สิทธิที่ตนมีอยู่เท่านั้น แต่ความสามารถในการรับรู้ถึงเหตุผลหรือความเข้าใจในกฎหมายธรรมชาติมีไม่เท่าเทียมกันจึงก่อให้เกิดการละเมิดฝ่าฝืนกันอยู่เสมอ นอกจากนี้

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , รายงานการวิจัยเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้เหมาะสม (2538) , หน้า 40 .

การลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายธรรมชาติคือการลงโทษโดยผู้ได้รับความเสียหายเองมักจะเป็นการลงโทษที่รุนแรงเกินกว่าเหตุซึ่งมักจะก่อให้เกิดการแก้แค้นต่อเนื่องกันไปไม่สิ้นสุด และมีความไม่เป็นธรรมเพราะเท่ากับว่าให้ผู้พิพากษาซึ่งมีส่วนได้เสียในคดีเป็นผู้ตัดสินความ ปัญหาความไม่มั่นคงปลอดภัยในการดำรงชีวิตอย่างอิสระตลอดจนปัญหาความสับสนไร้ระเบียบเหล่านี้ทำให้มนุษย์ตัดสินใจหันหน้าเข้าหากันเพื่อตกลงทำสัญญา ประชาคมก่อตั้งสังคมเป็นรัฐขึ้น

เมื่อรัฐหรือสังคมในรัฐมิได้มีความผูกพันตามธรรมชาติเหมือนความสัมพันธ์ในสังคม ครอบครัว หากแต่การก่อตั้งเป็นสังคมรัฐเกิดขึ้นจากเจตจำนงร่วมกันของบรรดาผู้ที่ต้องการเข้ามาร่วมเป็นสังคมโดยร่วมกันทำสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social Contract) ดังนั้นเพื่อให้เกิด ประสิทธิภาพในการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินมากขึ้น แต่ละคนต้องยอมสละอำนาจในการดำเนินการตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่รัฐที่ตนตกลงเข้าทำสัญญาด้วย เพื่อให้รัฐสามารถคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อย และสามารถควบคุมความรุนแรงอันเกิดจากการแก้แค้นระหว่างกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตามสิ่งที่มนุษย์ตกลงสละให้กับรัฐคืออำนาจในการดำเนินการตามกฎหมาย ธรรมชาติเท่านั้น ส่วนสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของตนเองนั้นหาได้สละไปด้วยไม่ มนุษย์ยังคงสงวนไว้กับตนเอง ดังนั้นรัฐจึงมีอำนาจจำกัดเพียงเท่าที่ได้รับจากบุคคลในปกครองเท่านั้น เมื่อรัฐใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางล่วงล้ำสิทธิของประชาชนที่อยู่ในปกครองอย่างอำเภอใจเท่ากับรัฐกระทำการเกินขอบเขตอำนาจของตน ประชาชนจึงไม่จำเป็นต้องเคารพเชื่อฟังรัฐอีกต่อไป

แนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติและควมหวั่นเกรงต่อการใช้อำนาจเกินขอบเขตของรัฐ ทำให้เกิดการแสวงหามาตรการในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐให้กระทำภายในขอบเขตรวมทั้งความพยายามในการยืนยันถึงการมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ มาตรการดังกล่าวจึงได้ ค่อย ๆ ก่อตัวขึ้นในรูปของเอกสารความตกลงที่ประเทศต่าง ๆ ต้องยอมรับนำไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญภายในประเทศของตน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองมีอยู่ด้วยกันหลายประเภท ทั้งที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและที่เป็นการรับรองโดยปริยาย ซึ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวที่ รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนี้ มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ โดยตรง (Self-executing) ซึ่งองค์การของรัฐทุกองค์จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง แต่การให้ความคุ้มครองมากหรือน้อยย่อมขึ้นอยู่กับสภาพสังคม เศรษฐกิจ สถานการณ์ภายในประเทศและ ความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาการต่าง ๆ ซึ่งโดยทั่วไปการรับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวกระทำใน 2 ลักษณะด้วยกัน คือ

การรับรองอย่างสัมบูรณ์ (Absolute) คือการรับรองเด็ดขาด ไม่มีเงื่อนไขข้อยกเว้นใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งการรับรองอย่างสัมบูรณ์นี้กระทำเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในทางความคิด หรือที่เรียกว่า สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Freedom of Convince) เท่านั้น เช่น การรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา รัฐจะบังคับให้ราษฎรนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะ หรือห้ามมิให้ราษฎรนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้ ทั้งนี้เพราะรัฐไม่อาจล่วงรู้ไปถึงความรู้สึกนึกคิดในจิตใจของประชาชน ในเมื่อความรู้สึกภายในจิตใจไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นรัฐจึงไม่อาจสร้างกฎเกณฑ์เข้าไปจำกัดหรือกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพื่อบังคับภายในจิตใจของประชาชนได้

การรับรองอย่างสัมพัทธ์ (Relative) คือรัฐให้การรับรอง ค้ำครองสิทธิเสรีภาพตามที่ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แต่มีข้อสงวนในการให้อำนาจรัฐในการจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นใน ภายหลังได้ ซึ่งการรับรองอย่างสัมพัทธ์นี้กระทำเฉพาะสิทธิและเสรีภาพทางการกระทำ (Freedom of Action) เท่านั้น เพราะการใช้สิทธิและเสรีภาพทางการกระทำของปัจเจกชนนั้นจะใช้โดยอิสระจนเกินเลยไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่ได้ การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์บางอย่างเพื่อรักษาระเบียบวินัยให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องยอมรับอำนาจของรัฐในการกำหนดการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพบางประการในการกระทำของปัจเจกชน ทั้งนี้ด้วยเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวมอีกด้วย

การใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมอาชญากรรม

ในมุมมองของผู้มีอำนาจปกครองหรือรัฐาธิปัตย์ กลับมองการทำสัญญาประชาคมของมนุษย์ว่าเป็นการยกอำนาจให้รัฐาธิปัตย์เพื่อคุ้มครองให้แต่ละคนมีชีวิตอยู่รอด Thomas Hobbes นักปราชญ์แห่งสำนักกฎหมายบ้านเมืองชาวอังกฤษ เชื่อในทฤษฎีการอยู่ร่วมกันในสังคมว่า เกิดจากการที่แต่ละคนยังคงมีลักษณะของสัตว์เดรัจฉานทั่วไปที่มีการต่อสู้ทำร้ายกันตลอดเวลา การเข้ามาทำสัญญาประชาคมจึงเป็นการมอบอำนาจให้รัฐาธิปัตย์คุ้มครองให้ความมั่นคงในชีวิตร่างกายและ ทรัพย์สิน ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าวนี้เป็นการมอบอำนาจแบบสวามิภักดิ์หรือมอบอำนาจอย่าง เด็ดขาด

Jean Bodin นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสผู้สร้างแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ตามความหมายของสมัยปัจจุบันว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเด็ดขาดและถาวร (Sovereignty is Absolute and Perpetual)” ซึ่งหมายถึงว่าเป็นอำนาจสูงสุดที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ใด ๆ ... คุณลักษณะสำคัญของอธิปไตย คือ อำนาจนิติบัญญัติ ผลของความคิดนี้ทำให้รัฐมีอำนาจอธิปไตยกฎหมายได้”²

² สมยศ เฑียรไทย ,ความรับผิดปรัชญาเบื้องต้น (กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2538), หน้า

แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อแนวคิดในเรื่องกฎหมายของประเทศไทยด้วยดังที่ปรากฏในคำสอนกฎหมายของไทยที่ว่า “เราจะตั้งระวางอย่าคิดเอากดหมายไปปนกับความดี ความชั่ว ฤๅความยุติธรรม กดหมายเป็นคำสั่ง เป็นแบบที่เราต้องประพฤติตาม แต่กดหมายนั้นบางทีก็ชั่วได้ ฤๅไม่เป็นยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดี อะไรชั่ว ฤๅอะไรเป็นยุติธรรม มีป้อที่จะเกิดขึ้นหลายแห่งเช่น ตามศาสนาต่างๆ แต่กดหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือจากผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน ฤๅที่ผู้ปกครองว่าการแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น”³ ซึ่งเป็นความคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Postivism) ในแนวทฤษฎีของ John Austin ที่อธิบายคำว่า “กฎหมาย” คือ “คำสั่งของ รัฐอธิปัตย์” (Sovereign) นั่นเอง

เมื่อรัฐใช้แนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองมองกฎหมายว่าเป็น “คำสั่งของรัฐอธิปัตย์” ดังนั้นรัฐอธิปัตย์ จึงสามารถบัญญัติกฎหมายอย่างไรก็ได้เพราะเป็นเจตจำนง (Will) หรือเป็นอำนาจ (Power) ของรัฐที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะโดยมุ่งประสงค์โดยตรงต่อประสิทธิภาพในการรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของมหาชน หรือสังคมส่วนรวมโดยปัจเจกชนไม่อาจโต้แย้งได้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เจตจำนงของรัฐในการบัญญัติหรือการตีความกฎหมายนั้นมักจะคำนึงถึงความปลอดภัยและประโยชน์สาธารณะมากกว่าการมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน

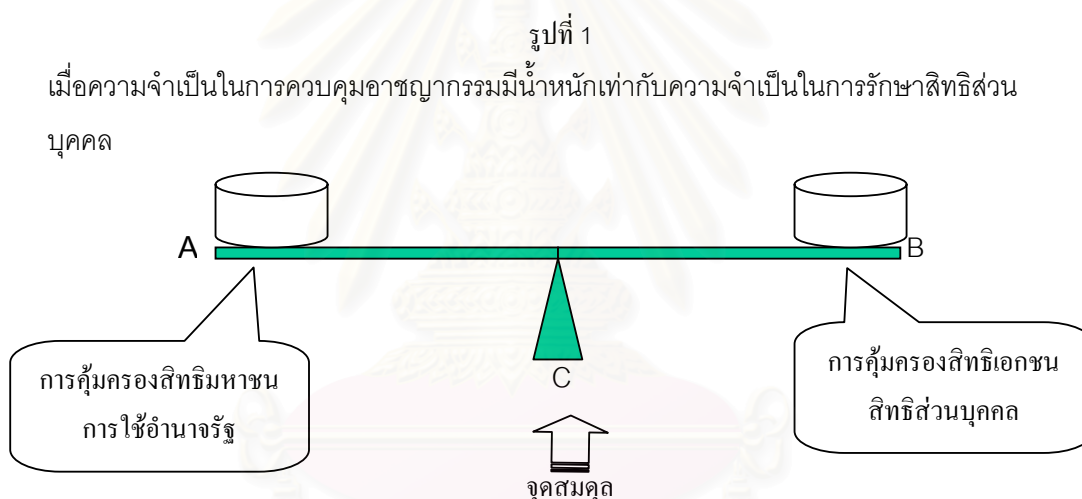
อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาทั้งสองแนวความคิดในลักษณะประนีประนอมประกอบกับพิจารณาเจตนารมณ์ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้รับเอาระแสการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติทั้งจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และตราสารว่าด้วยสิทธิพลเมืองมาเปลี่ยนแปลงหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรขึ้นพื้นฐานอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 มาตรา 24 ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพียงว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหมายความว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด ส่วนใดที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหรือรับรองไว้ รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดอย่างไรก็ได้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 29 กำหนดว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและ เสรีภาพนั้นมิได้ ...” ซึ่งหมายความว่าประชาชนมีสิทธิเสรีภาพ และรัฐมีหน้าที่ตาม รัฐธรรมนูญ ในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นหลัก รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นและในการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวจะกระทำมิได้เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชน (Public Interest) เท่านั้น ดังนั้นรัฐจึงยังมีอำนาจบังคับให้ปัจเจกชนกระทำหรือไม่ให้

³ เลคเชอร์กฎหมาย ของพระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร) .

กระทำการใดได้ทราบเท่าที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการบังคับนั้นกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การให้อำนาจในการค้น การยึดสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของบุคคลเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา เป็นต้น

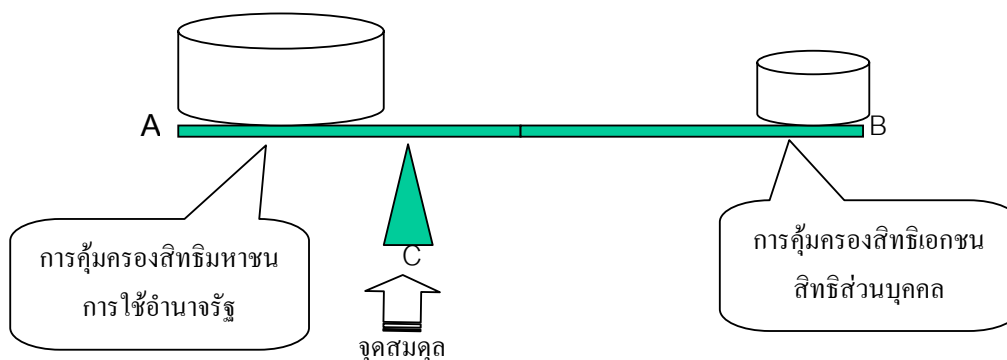
3.2 การรักษาดุลยภาพระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิกับการใช้อำนาจของรัฐ

ความขัดแย้งระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นมานานแล้วและยังคงมีอยู่ต่อไป เพราะการใช้อำนาจรัฐถือว่าเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดเพราะสามารถคุกคามสิทธิของประชาชนได้ตลอดเวลา ในขณะที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นผู้ปกครองรัฐมองว่าเป็นภัยคุกคามต่อประสิทธิภาพการรักษาความมั่นคง และความสงบเรียบร้อยของรัฐ จึงเป็นความขัดแย้งที่เกิดขึ้นมานับแต่มนุษย์ทำสัญญาประชาคมรวมตัวกันเป็นรัฐ ความขัดแย้งส่วนใหญ่เกิดจากการหาจุดสมดุลระหว่างการให้น้ำหนักของการคุ้มครองรักษาประโยชน์ของมหาชน (การใช้อำนาจรัฐ) กับการคุ้มครองรักษาสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน (สิทธิส่วนบุคคล) นั่นเอง ดังรูปภาพต่อไปนี้



รูปที่ 2

เมื่อความจำเป็นในการควบคุมอาชญากรรมมีน้ำหนักมากกว่าความจำเป็นในการรักษาสิทธิส่วนบุคคล
จุดสมดุลจะอยู่ก่อนไปในทางให้อำนาจรัฐมากขึ้น



ในสังคมปัจจุบันอาชญากรรมที่เกิดขึ้นมีลักษณะที่รุนแรงและกว้างขวาง แต่การสืบจับกลับกระทำได้ยากกว่าเดิมจากสาเหตุที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ทำให้ความจำเป็นในการใช้อำนาจในการควบคุมอาชญากรรมมีน้ำหนักมากกว่าเดิมการรักษาคุณภาพในการควบคุมอาชญากรรมดังกล่าวจึงค่อนข้างเป็นไปได้ในทางให้อำนาจรัฐมากขึ้น อย่างไรก็ตามแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะสามารถกำหนดเงื่อนไขในการให้อำนาจรัฐในการควบคุมอาชญากรรมผ่านทางเจ้าพนักงานของรัฐได้ แต่ต้องไม่ลืมคำกล่าวที่ว่า “Power Corrupts , Absolute Power Corrupts Absolutely” (อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเลวลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเลวลงอย่างถึงที่สุด)⁴ เพราะอำนาจก่อให้เกิดความมัวเมา ลุ่มหลงและหลงในอำนาจ เมื่อมีอำนาจแล้วบุคคลนั้นมักจะใช้อำนาจที่มีไปในทางที่เกินเลยไปโดยกระทำการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจเสมอ (Arbitrary)

โดยหลักการแล้ว “หลักนิติรัฐ”(Rechtsstaatsprincip) หรือ “หลักนิติธรรม”(The Rule of Law) เป็นมาตรฐานการหนึ่งที่ได้ว่าเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรให้พ้นจากการถูกกดขี่จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐได้ ดังคำกล่าวที่ว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง จะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลัก นิติรัฐ”⁵ โดยหลักการดังกล่าวถือว่าเจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการภายใต้อำนาจบริหารของรัฐบาลจะกระทำการใด ๆ ในหน้าที่ซึ่งอาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของปัจเจกชนองค์กรของเอกชนหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งและจะกระทำได้เฉพาะแต่ภายในขอบเขตเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แม้ว่าการกระทำเช่นนั้นของเจ้าพนักงานจะกระทำไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่นหรือประโยชน์ของมหาชนโดยรวมก็ตาม

หลักนิติรัฐมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of the Legality of Administrative Action)⁶ และ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Principle of the Constitutionality of Legislation)⁷

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า “ฝ่ายปกครอง (Administration) ซึ่งได้แก่ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของรัฐบาล(Government) จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบ

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ,สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2543) , หน้า 16 .

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , รายงานการวิจัยเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ได้อย่างเหมาะสม (2538) , หน้า 40 อ้างถึง Michel FROMONT, Alfred RIEG,op.Cit.,.13.

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2543) , หน้า 67 .

⁷ เรื่องเดียวกัน ,หน้า 111.

กระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชน – แม้การกระทำนั้น ๆ จะเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม - ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น”⁸ หลักแห่งรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองตาม “หลักนิติรัฐ” ที่สำคัญ คือ

1. หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของผู้อยู่ใต้อำนาจของตนอย่างพอประมาณ (Moderation)⁹ ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกัน คือ

1.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) เป็นการบังคับให้ฝ่าย ปกครองพิจารณาเลือกใช้มาตรการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะต้องวิเคราะห์ความสัมพันธ์เชิงเหตุ (Cause) และผล (Effect) นั่นคือถ้ามาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางเพิ่มประสิทธิภาพ ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองแต่ประการใด ย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่ไร้ความหมาย ถ้าฝ่ายปกครองยังยืนยันที่จะใช้มาตรการดังกล่าวย่อมเข้าข่ายเป็น “การใช้อำนาจโดยมิชอบ” (Abuse of Power)

1.2 หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายถึงถ้าฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หลายช่องทาง ฝ่ายปกครอง จะต้องเลือกช่องทางที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเท่านั้น

1.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality Stricto Sensu) หมายถึงมาตรการใดก็ตามที่นำมาใช้บังคับแก่ประชาชนย่อมมีทั้งประโยชน์และโทษในเวลาเดียวกัน ดังนั้นมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนจะต้องปรากฏว่า มีสัดส่วน ของการได้ประโยชน์มากกว่าโทษ

2. หลักความเสมอภาค (Principle of Equality before the Law) หมายถึงสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน แต่หลักแห่งความเสมอภาคนี้มีได้หมายความว่าต้องปฏิบัติต่อทุกคน หรือทุกข้อเท็จจริงเหมือนกันหมด หากแต่เป็นการบังคับให้เจ้าพนักงาน ของรัฐจะต้องปฏิบัติเหมือนกันต่อบุคคลที่เหมือนกันและมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกัน และปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันหรือมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน เพราะในความเป็นจริงบุคคลมีความแตกต่างกันได้มาก เช่น ความแตกต่างระหว่างผู้เยาว์กับผู้ใหญ่ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือความแตกต่างระหว่างข้าราชการชั้นผู้ใหญ่กับขอทานริมถนน เป็นต้น แต่มีใช้หมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหญิง หรือต่างกันทางเชื้อชาติศาสนา เพราะบุคคลเหล่านี้ถือว่าเท่าเทียมกัน

⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 254 (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2543) , หน้า 68 .

⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 85 , อ้างถึง Paul MULLER , Le principe de la proportionnalite , Revue de droit suisses , Bale , 1978 , p. 198 .

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นเรื่องของการบัญญัติกฎหมายให้ สอดคล้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะ “กฎหมาย คือคำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตาม ตามธรรมดาต้องโทษ”¹⁰ ต่อบทกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญทั้งในด้านการให้ความคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชน และการให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้วางข้อจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายไว้ หลายประการ ซึ่งอาจเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของราษฎร”¹¹

เงื่อนไขของกฎหมายที่จำกัด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต้องมีลักษณะ 5 ประการประกอบกัน คือ

1. กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนบัญญัติว่า “กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน”¹² ไม่ได้มีความหมายว่าต้องมีผลใช้บังคับกับทุกคนเหมือนกันหมด แต่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง เช่นเดียวกับหลักแห่งความเสมอภาคที่ได้กล่าวไปแล้ว

2. กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน เพราะบุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจใช้สิทธิหรือ เสรีภาพกระทำการใด ๆ ลงไป ถ้าหากไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้น ๆ ของตนจะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์¹³ แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า กฎหมายที่มีความแน่นอนชัดเจนถึงขนาดสามารถจัดดุลพินิจให้หมดสิ้นไปได้นั้นไม่มีอยู่จริง เพราะในทางปฏิบัติความต้องการส่วนรวมของประชาชนไม่ได้มีความคงที่ แต่มีความผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะเศรษฐกิจและสังคมในแต่ละช่วงเวลา จึงเป็นการเหลือวิสัยที่จะตรากฎหมายให้แน่นอนชัดเจนตายตัวได้อย่างสมบูรณ์

ความจำเป็นในการให้อำนาจเจ้าพนักงานสามารถใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมาย แม้ว่าจะเห็นว่าดุลพินิจเป็นสิ่งเลวร้าย (Evil) แต่ก็เป็นสิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น (Necessary Evil) เพราะข้อเท็จจริงในเรื่องตัวบุคคล สิ่งของ

¹⁰ เลคเชอร์กฎหมาย ของพระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร)

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , รายงานการวิจัยเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ที่เหมาะสม (2538) , หน้า 114 .

¹² ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนและของพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 6 บัญญัติว่า “Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law.”

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , รายงานการวิจัยเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ที่เหมาะสม (2538) , หน้า 70 .

และเหตุการณ์ต่าง ๆ ย่อมต้องมีความต่างกันไปในแต่ละช่วงเวลา แม้บางครั้งจะมีลักษณะที่คล้ายกันแต่ก็หาได้เหมือนกันหมดทุกแง่มุมไม่ ดังนั้นการนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งซึ่งปรากฏว่ากรณีนั้นมีข้อเท็จจริงที่เพิ่มขึ้นจึงอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ต่อบุคคลในภาวะเช่นนั้นได้ ดังนั้นเพื่อป้องกัน “ความอยุติธรรมเฉพาะกรณี” กฎหมายจึงต้องเปิดช่องให้เจ้าพนักงานมีดุลพินิจในการใช้บังคับกฎหมายได้บ้าง เพราะเป็นวิธีเดียวที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้อย่างยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตามการให้ดุลพินิจแก่เจ้าพนักงานจำเป็นต้องมีการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจ มิฉะนั้นอาจมีผลเสมือนการออกเช็คให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไปโดยไม่ระบุจำนวนเงิน (Blank Cheque) และปล่อยให้ผู้ทรงเช็คนั้นระบุจำนวนเงินเอาได้ตามใจชอบ

3. กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง หมายความว่ากฎหมายที่จะออกมาบังคับใช้จะต้องมีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นให้ราษฎรทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษา เสียก่อนเสมอ และการบังคับใช้กฎหมายจะต้องบังคับแก่การกระทำที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดแล้ว ก่อนวันที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายนั้น

4. กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติกำหนดหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ไว้อย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร แต่หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจนับได้ว่าเป็น หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป ซึ่งต้องพิจารณา หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ประกอบด้วยเสมอ

5. กฎหมายนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสภารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ แม้ว่ารัฐสภาจะมีอำนาจตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ตามต้องเป็นการกระทำเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ และการจำกัดสิทธิดังกล่าวอาจทำถึงขนาดตัดหรือ เพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปเลยไม่ได้

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า มาตรการหรือกฎหมายที่รัฐจะนำมาใช้ในการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนได้ มาตรการหรือกฎหมายนั้นจะต้องมีเหตุผลในความจำเป็นที่จะต้องออกเพื่อใช้รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม กล่าวคือถ้าไม่มีกฎหมายดังกล่าวสังคมจะเกิดความระส่ำระสายวุ่นวายจนรัฐไม่สามารถควบคุมรักษาความปลอดภัยให้สังคมนั้นได้อีกต่อไป นอกจากนี้ยังต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในขณะเดียวกันจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชนน้อยที่สุด ซึ่งหมายความว่ามาตรการอันใดถ้ากระทำแล้วก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายจากการถูกล่วงล้ำสิทธิของปัจเจกชนหรือสังคมโดยรวม มาตรการนั้นย่อมถือได้ว่าขัดต่อ “หลักนิติรัฐ”(Rechtsstaatsprincip) หรือ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) และมาตรการดังกล่าว จะต้อง มีลักษณะที่ใช้ได้ทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง ทั้งต้องมีความแน่นอนชัดเจนไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังและที่สำคัญที่สุด ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสภารัตถะของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น คือ จะตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปเลยไม่ได้

ทั้งหมดที่กล่าวมานี้สรุปได้ว่า การจะพิจารณาคุณภาพระหว่างกรให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กับอำนาจของรัฐในการใช้กฎหมายอันละเมิดต่อสิทธิดังกล่าว โดยหลัก แล้วจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก่อนเป็นหลัก ส่วนอำนาจของรัฐในการปฏิบัติ หน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ในส่วนที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจจำกัดหรือลวงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้ภายใต้กฎหมายที่กำหนดนั้นต้องถือเป็นข้อยกเว้น โดยข้อยกเว้นนี้จะมีเพียงใดต้องพิจารณาทั้งในแง่ความชอบของการกระทำทางปกครอง และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบกัน กล่าวคือ ในส่วนของฝ่ายปกครองจะกระทำกรใด ๆ ที่อาจมีในทางละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของปัจเจกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและกระทำได้เฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้นก่อนที่จะปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง จะต้องถามตัวเองก่อนเสมอว่ากรกระทำเช่นนี้มีกฎหมายฉบับใด มาตราใดให้อำนาจกระทำได้หรือไม่ และอำนาจนั้นใช้ได้เพียงใด และในด้านตัวบทกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติเองเชื่อว่า จะออกกฎหมายมาได้ตามอำเภอใจ หากต้องคำนึงถึงเงื่อนไขและเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรด้วยในลักษณะที่ต่างฝ่ายต่างต้องคำนึงถึงซึ่งกันและกัน และหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำกรที่มีชอบด้วยหลักกรดังกล่าวย่อมถือได้ว่าการใช้อำนาจของรัฐเช่นนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ อันส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งหมดที่ได้ดำเนินกรมา



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปัญหาและอุปสรรคในการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้รับเอากระแสการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและตราสารว่าด้วยสิทธิพลเมืองตามกระแสโลกาภิวัตน์ในปัจจุบันมาเปลี่ยนแปลงหลักการในการบริหารประเทศใหม่ โดยปฏิรูปแนวทางในการบริหาร ยุติธรรมทางอาญาให้มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น ซึ่งเดิมรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 มาตรา 24 ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพียงว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” หมายความว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีเพียงเท่าที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด ส่วนใดที่กฎหมายรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหรือรับรองไว้รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดอย่างไรก็ได้ แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติไว้ในมาตรา 29 ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้...” หมายความว่ารัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ นอกจากมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานต้องดูว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้หรือไม่ หากไม่ให้อำนาจไว้ก็ไม่สามารถทำได้โดยเฉพาะในส่วนของกฎหมายระเบียบ หรือข้อบังคับที่ออกมาก่อนกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะประกาศใช้ต้องพิจารณาว่าขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่นำมาใช้ปฏิบัติได้ ตัวอย่างของกฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนแล้วมีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแล้วมีผลให้ต้องยกเลิกไปคือ อำนาจการออกหมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 เนื่องจากขัดกับมาตรการทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักประกันในการคุ้มครองประชาชนจากการถูกจับกุมและตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรมซึ่งกำลังเป็นปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ยังปรับเปลี่ยนรูปแบบการใช้ทฤษฎีเกี่ยวกับระบบงานยุติธรรมทางอาญา(Criminal Justice System)โดยการบังคับใช้กฎหมายให้ดำเนินการตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process) ที่มุ่งเน้นความถูกต้องชอบธรรมแทนทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) เดิมที่มุ่งโดยตรงต่อประสิทธิภาพการ ควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมโดยเน้นที่ความรวดเร็วและแน่นอนของกระบวนการยุติธรรม ขึ้นต้นอีกด้วย

หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ.2540 ดังกล่าวแล้วปรากฏว่าได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานสอบสวนหลายประการ สำหรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ในส่วนที่กระทบต่องานสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานโดยเฉพาะในเรื่องการค้น และการยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ คือ

4.1 ปัญหาเรื่องความรวดเร็วในการปฏิบัติงานค้นหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์

เมื่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีผลให้ต้องยกเลิกประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 58 และมาตรา 92 วรรคท้าย ในส่วนของอำนาจในการออกหมายค้นของพนักงาน ฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ทำให้เจ้าพนักงานที่จะต้องทำการค้นต้องดำเนินการขอ หมายค้นต่อศาลซึ่งมีขั้นตอนในการแสดงเหตุผลต่าง ๆ ในการขอหมายค้นหลายประการ ซึ่งแม้จะมีผลดีในแง่การให้ความมั่นใจในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยศาล แต่การกระทำความคิดรูปแบบใหม่ที่กระทำด้วยคอมพิวเตอร์รับอินเทอร์เน็ต คนร้ายสามารถคุกคามก่อให้เกิดความเสียหายแก่เหยื่อได้โดยมีต้องคำนึงถึงสิทธิต่างๆของเหยื่อที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย ดังกล่าวเช่น เจ้าพนักงาน ทั้งยังเป็นอาชญากรรมที่ล่องล้าแอบแฝงซ่อนเร้นเข้ามาในสิทธิส่วนบุคคลมากกว่าอาชญากรรมดั้งเดิม เหยื่อที่ถูกกระทำไม่รู้ตัวจนกว่าความเสียหายปรากฏขึ้นแล้วซึ่งเมื่อถึงเวลานั้นหมายความว่าเหยื่ออาจสูญเสียทรัพย์สินหมดตัวถึงขั้นล้มละลายหรือ เสียชื่อเสียงจากการกระทำชั่วร้ายที่แอบอ้างเป็นการกระทำของเหยื่อหรือผู้เสียหาย หรือเกิดความสูญเสียในลักษณะต่าง ๆ ได้อีกมากมาย ซึ่งการกระทำต่าง ๆ นี้เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วและปกปิดร่องรอยได้แนบเนียนยากที่จะสังเกตเห็น และยังสามารถทำลายหลักฐานทั้งหมดได้ทันทีที่ ระแคะระคายว่าถูกติดตาม การปราบอาชญากรรมในรูปแบบใหม่นี้จึงต้องอาศัยความรวดเร็วและการซ่อนเร้นอำพรางตัวดูกัน

แต่เมื่อกระแสการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน มีผลทำให้เจ้าพนักงานขาดความคล่องตัวในการติดตามร่องรอยและค้นหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยการที่เจ้าพนักงานต้องยื่นคำร้องขอหมายค้นต่อศาลซึ่งมีระเบียบปฏิบัติและเงื่อนไขในการแสดงเหตุผลมากมาย ทั้งยังเป็นการเปิดตัวให้ผู้ต้องสงสัยตัวล่องหน้าว่ากำลังถูกติดตามอีกด้วย

ปัญหานี้จึงเป็นปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในส่วนของ การค้นโดยมีหมายในมาตรา 60 และ 69 อย่างเร่งด่วนให้สามารถดำเนินการออก หมายค้นได้เร็วขึ้น และเพิ่ม เหตุฉุกเฉินกรณีการค้นโดยไม่มีหมายในมาตรา 92 สำหรับการค้นพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งนี้ต้อง คำนึงถึงการรักษาคุณภาพพระหว่างการให้ความ คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยรัฐกับการให้อำนาจรัฐในการ รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมให้เหมาะสมด้วย

4.2 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายกับสังคมยุคใหม่

เมื่อความผิดอันเกิดจากการใช้คอมพิวเตอร์รับอินเทอร์เน็ตสามารถก่อให้เกิดผลเสียหายได้ภายใน เวลาเพียงเสี้ยววินาที การบังคับใช้กฎหมายอาญาในยุคดิจิทัลอลความเร็วเท่ากับแสงนี้ จึงควรต้องกระทำด้วย ความรวดเร็วฉับไวดูกัน แต่อย่างไรก็ดีต้องไม่ลืมว่า โทษทางอาญา มีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินและเสรีภาพของประชาชน ความรวดเร็วฉับไว ในการบังคับใช้กฎหมายแม้จะมีความจำเป็นเพื่อ ผลในทางป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม แต่ขณะเดียวกันอาจเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชา ชนด้วยจึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง

อนึ่ง การบัญญัติกฎหมายให้การกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาต้องมีความชัดเจน แน่ นอน ปราศจากความคลุมเครือเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจเลือก ปฏิบัติต่อบุคคลได้โดยไม่มีขอบเขต นอกจากนี้ความที่กฎหมายอาญา มีลักษณะที่บังคับเข้ากับเนื้อตัวร่าง

กาย ตลอดจนสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชน การตีความกฎหมายในลักษณะที่เป็นโทษเช่นนี้จึงต้องเคร่งครัดตามตัวอักษร ซึ่งหมายความว่าเมื่อรัฐได้ออกบทบัญญัติที่แจ้งชัดระบุนว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดทางอาญาแล้วก็ต้องถือว่าการกระทำตามที่ระบุไว้ในกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นความผิด จะนำบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) , จารีตประเพณีท้องถิ่น หรือ หลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้ถูกต้องหาว่ากระทำความผิดไม่ได้¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติรับรองในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อมิให้ต้องถูกลงโทษทางอาญาอย่างไม่เป็นธรรมดังกล่าวข้างต้น ในมาตรา 32 ที่ว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” และประมวลกฎหมายอาญา ก็ได้บัญญัติยืนยันหลักการดังกล่าวเช่นเดียวกัน ในมาตรา 2 ที่ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญาหากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองหลักการเช่นนี้มีผลในทางกฎหมาย คือ รัฐไม่อาจออกกฎหมายใด ๆ มาลงโทษในกรณี “ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย” ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะเท่ากับเป็นการลบล้างหลักของรัฐธรรมนูญเอง และหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นยัง สอดคล้องรับกับหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ ที่เรียกในภาษาละตินว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime nor punishment without law” หมายความว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” หรือที่เรียกกันในภาษาอังกฤษว่า “Principle of Legality”²

ปัญหาคือ เทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์และการสื่อสารสมัยใหม่โดยเฉพาะการสื่อสารโดยใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต อาจทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดรอดจากการดำเนินคดีตามกฎหมาย ได้ด้วยสาเหตุที่ไม่สามารถปรับบทกฎหมายให้เข้ากับการกระทำความผิดในรูปแบบที่เป็นอยู่ ในปัจจุบัน เมื่อการกระทำมิชอบดังกล่าวไม่เป็นความผิดเสียแล้วจึงไม่มีประโยชน์ที่จะดำเนินกระบวนการยุติธรรมต่อไป

4.3 ปัญหากฎหมายวิธีสบัญญัติ

พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์จากคอมพิวเตอร์มีลักษณะที่ละเอียดอ่อนง่ายต่อการ แก้ไขเปลี่ยนแปลง ไม่มีเสถียรภาพ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวอาจมีการผิดพลาดคลาดเคลื่อนได้จากปัจจัยต่าง ๆ มาก

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ , คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2542) , หน้า 18 - 24 .

² เรื่องเดียวกัน , หน้า 14 .

มา ย กระทบการสืบค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งต้องใช้ความเร็วและคล่องตัวเป็นพิเศษมากขึ้นกว่าการค้นและยึดพยานหลักฐานในคดีปกติ ทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันก็เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นในยุคเทคโนโลยี สมัยเก่า การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงเป็นไปตามกลไกของสภาพสังคมในยุคนั้น เมื่อสังคมเปลี่ยนไปเนื่องจากเทคโนโลยีสารสนเทศสมัยใหม่ แนวทางการคุ้มครองสิทธิของ ประชาชนจึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสังคมนั้นด้วย

ปัจจุบันแม้รัฐธรรมนูญจะให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนเพิ่มขึ้นอย่างมากมาก็ตาม แต่การคุ้มครองดังกล่าวเป็นการให้ความคุ้มครองในลักษณะสัมพัทธ์ ซึ่งหมายความว่ารัฐ ยังสงวนสิทธิที่จะจำกัดสิทธิดังกล่าวได้หากปรากฏว่าสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในเรื่องใดเป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยของมหาชน อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิดังกล่าวมิใช่จะกระทำได้ตามอำเภอใจ หากแต่ยังต้องคำนึงถึงสัดส่วนระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์ของมหาชนเสมอ

บทบัญญัติในเรื่องการค้นและการยึดพยานหลักฐานตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมก้าวล่วงเข้าไปใน แดนแห่งสิทธิส่วนบุคคลอย่างมาก แต่การก้าวล่วงดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นที่รัฐธรรมนูญยินยอมให้กระทำได้ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ทั้งนี้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะต้องกระทำตามที่กำหนดในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอย่างเคร่งครัดเพื่อผลในทางคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชนด้วย เมื่อย้อนกลับมาพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน พบว่าเมื่อนำมาปรับใช้กับการสืบค้นพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์แล้วเกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการด้านเทคโนโลยีสารสนเทศที่นับวันก็จะยิ่งพัฒนาความเร็วในการประมวลผลและการสื่อสารจนเสมือนกับการประมวลผลนั้นสำเร็จในทันทีทันใดที่พิมพ์คำสั่งเสร็จ ดังนั้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือการลบทำลายข้อมูลจึงกระทำได้ง่ายและรวดเร็วมาก การเคลื่อนย้ายข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งไปสู่อีกเครื่องหนึ่งกระทำได้ในเวลาไม่ถึงนาที ถ้าการเชื่อมโยงคอมพิวเตอร์ดังกล่าวใช้สายใยแก้วนำแสง (Fiber Optic) ด้วยแล้ว การเคลื่อนย้ายข้อมูลดังกล่าวจะใช้ความเร็วเท่ากับความเร็วแสงเลยทีเดียว ดังนั้นความเร็วจึงเป็นประเด็นหลักในการพิจารณาพิเคราะห์ความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในการสืบสวน ค้นพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายข้อมูลหลบหนี หรือทำลายหลักฐานไปเสียก่อน

ดังได้กล่าวแล้วในตอนต้นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นในยุคเทคโนโลยีสมัยเก่าเมื่อนำมาประยุกต์ใช้กับสิ่งที่เป็นพยานหลักฐาน ทางอิเล็กทรอนิกส์จึงเกิดปัญหาในทางปฏิบัติมากมาย ดังนั้นจึงควรพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบันที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการค้นหาและการยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ตัวอย่างเช่น การต้องระบุเกี่ยวกับรูปพรรณสัณฐานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และการต้องระบุขอบเขตของสถานที่ที่จะทำการค้น เป็นต้น

4.3.1 กรณีการค้นโดยมีหมายค้น

ปัญหาการออกหมายค้นโดยศาล

หมายค้นของศาล ถือเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ดี ที่สุดในยุคหนึ่ง เพราะกระบวนการออกหมายค้นเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน มิให้กระทำการเกินเลยไปกว่าความจำเป็น ดังได้กล่าวไปแล้วว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 238³ มีผลให้ต้องยกเลิกประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 58⁴ และมาตรา 92 วรรคท้าย⁵ ซึ่งหมายถึงยกเลิกการให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ชั้นผู้ใหญ่ในการออกหมายค้นโดยกำหนดให้ศาลแต่ฝ่ายเดียวที่มีอำนาจออกหมายค้นผลของ รัฐธรรมนูญข้อนี้ทำให้เจ้าพนักงานเกิดปัญหาในทางปฏิบัติในเรื่องการขอหมายค้นจากศาลคือ

ประการแรก เนื่องจากการค้นในที่รโหฐานต้องขอหมายค้นจากศาลเท่านั้น ในขณะที่สำนักงานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมต่าง ๆ ของไทย มีเขตที่ตั้งอยู่อย่างกระจัดกระจายมิได้อยู่ภายในขอบเขตเดียวกันเช่นต่างประเทศ การขอหมายจากศาลจึงต้องใช้เวลาในการเดินทาง และช่วงระยะเวลาในการเดินทางไปขอหมายจากศาลนี้อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือทำลายพยานหลักฐานไปทั้งหมดแล้วก็ไม่ได้ นอกจากนี้อาจกล่าวได้ว่า หมายค้นของศาลในคดีอาชญากรรม ไชเบอร์จะมีได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้นเพราะเมื่อคนร้ายหรือผู้สมคบกันกระทำความผิดรู้ตัวว่า จะถูกค้นก็จะทำลายพยานหลักฐานทั้งหมดได้ภายในพริบตาเดียว

ประการที่สอง ความรู้ความเข้าใจของศาลในคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมไชเบอร์มีผลต่อการออกหมายค้นของศาลเป็นอย่างมาก หากศาลไม่เข้าใจลักษณะคดีว่ามีความละเอียดอ่อนและจำเป็นต้องใช้ความรวดเร็วดังกล่าว อาจทำให้ศาลไม่เห็นความสำคัญในการต้องออกหมายค้นนั้น

ปัญหาเกี่ยวกับการระบुरายละเอียดในหมายค้น

หมายค้นถือเป็นหลักประกันการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานมิให้กระทำการล่วงอำนาจตามอำเภอใจหรือลุแก่อำนาจ การที่ศาลจะออกหมายค้นในกรณีใดจะต้องปรากฏเหตุที่จะออกหมายค้นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 69 คือ เพื่อหาพยาน หลักฐาน เพื่อหาของกลาง เพื่อช่วยบุคคล เพื่อจับบุคคล และเพื่อพบและยึดสิ่งของตาม คำพิพากษา เหตุที่จะออกหมายค้นส่วนหนึ่ง

³ รัฐธรรมนูญ มาตรา 238 “ในคดีอาญา การค้นในที่รโหฐานจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุให้ค้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งหรือหมายศาล ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 58 “เจ้าพนักงานและศาลมีอำนาจออกหมายอาญาได้ภายในเขตอำนาจดังต่อไปนี้ . . . (3) ถ้าเป็นหมายค้น ได้แก่ ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่”

⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 วรรคท้าย “เมื่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ค้นด้วยตนเอง ไม่ต้องมีหมายค้นก็ได้ แต่ต้องเป็นในกรณีที่อาจออกหมายค้นหรือค้นได้ตามประมวลกฎหมายนี้”

ปรากฏแก่ศาลจากคำร้องขอของเจ้าพนักงาน โดยเจ้าพนักงานผู้จะทำการค้นมีเหตุอันควรเชื่อ (Probable Cause) ว่าสิ่งของที่จะใช้เป็นหลักฐานจะอยู่ในสถานที่ที่จะเข้าไปค้น

ปัญหาคือ Probable Cause หรือเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้น ต้องปรากฏให้เห็นในหมายค้นด้วย ตามแบบของหมายค้นที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 60 (3) และ (4) (ค) คือการให้ระบุสถานที่ที่จะค้น และลักษณะสิ่งของที่ต้องการค้น กำหนดวัน เวลาที่จะทำการค้น และชื่อกับตำแหน่งของเจ้าพนักงานผู้จะทำการค้นนั้น

ในกรณีของการขอหมายค้นจึงมีปัญหา 2 ประการคือ

1. การระบุสิ่งของที่จะค้น
2. การระบุสถานที่ที่จะค้นในคำร้องขอหมายค้นจากศาล

ข้อมูลคอมพิวเตอร์บางกรณีไม่อาจจะระบุได้ว่าอยู่ในรูปแบบใด ประกอบด้วยสิ่งใดบ้าง เพราะข้อมูลดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียงคลื่นกระแสไฟฟ้า และรหัสโปรแกรมที่ไม่สามารถจับต้องได้ทางกายภาพ และไม่สามารถระบุได้ว่าเก็บไว้ที่ใด ในระบบอินเทอร์เน็ตข้อมูลดังกล่าวอาจอยู่ต่างประเทศ หรือมีการบันทึกข้อมูลต้นทางที่ต่างประเทศ แต่สถานที่ Download ข้อมูลอาจอยู่ที่ประเทศไทยก็เป็นได้

ปัญหาเรื่องผู้มีอำนาจค้น

ผู้มีอำนาจทำการค้นจะต้องเป็นเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเท่านั้น⁶ ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 กฎหมายไม่เปิดช่องให้บุคคลอื่นที่มีไซ้เจ้าพนักงานทำการช่วยเหลือในการค้นไม่ว่ากรณีใด ๆ แต่อาชญากรรมไซเบอร์นั้นจำเป็นต้องให้ ผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่ต้องการเป็นผู้ช่วยในการค้นหา เพราะลำพังเจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายเดียวอาจไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะทำการค้นพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีความสลับซับซ้อนและต้องใช้เทคโนโลยีสูง

เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์เป็นเรื่องใหม่ที่เจ้าพนักงานบังคับใช้กฎหมายยังขาดความรู้ความเข้าใจ บุคลากรที่มีความรู้ความชำนาญยังมีอยู่จำกัด ทำให้การป้องปรามอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ยังขาดประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นธรรมดาอยู่เองเมื่อผู้ปฏิบัติไม่มีความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์แต่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติงานในสิ่งที่ตนเองไม่รู้จักและยังไม่มี ขั้นตอนที่ชัดเจนให้ปฏิบัติตาม ผู้ปฏิบัติก็ขาดความกล้าที่จะเข้าไปทำการสืบสวน สอบสวน และหากว่าผู้นั้นเข้าไปดำเนินการสืบสวน สอบสวนด้วยความจำเป็นเพราะสถานการณ์บังคับ เขาผู้นั้นอาจกลายเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรูปคดีหรือเป็นผู้ที่ทำลายพยานหลักฐานสำคัญทางคดีเสียเองเนื่องจากความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานพยายามที่จะปิดเครื่องหรือดึงปลั๊กไฟ

⁶ มาตรา 92 ห้ามมิให้ค้นในที่สาธารณะโดยไม่มีหมายค้น เว้นแต่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้น

เพียงเพื่อจะยึดตัวเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นหลักฐานประกอบคดีอาจทำให้ข้อมูลต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่บนหน้าจอ ในหน่วยความจำ และเส้นทางการส่งผ่านข้อมูลไปตามเครือข่ายต้อง สูญหายไปโดยไม่อาจเรียกคืนมาได้อีก

ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขเวลาที่ทำการค้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 96 บัญญัติไว้ว่า “การค้นในที่รโหฐานต้องกระทำระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นและตก” หรืออีกนัยหนึ่งคือการค้นกระทำได้เฉพาะเวลากลางวันเท่านั้น ซึ่งมีข้อยกเว้นเพียง 2 ประการ คือ

- (1) เมื่อลงมือค้นแต่ในเวลากลางวัน ถ้ายังไม่เสร็จจะค้นต่อในเวลากลางคืนก็ได้
- (2) ในกรณีฉุกเฉินอย่างยิง หรือซึ่งมีกฎหมายอื่นบัญญัติให้ค้นได้เป็นพิเศษจะทำการค้นในเวลากลางคืนก็ได้

แต่อาชญากรรมไซเบอร์มีการกระทำความผิดได้ตลอด 24 ชั่วโมง และผลของการกระทำความผิดสร้างความเสียหายให้แก่บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อได้โดยไม่เลือกเวลา และดังที่กล่าวแล้วว่าการปราบอาชญากรรมไซเบอร์นี้ต้องใช้ความรวดเร็วให้ทันกับการกระทำความผิดเพื่อ ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเช่นกัน ดังนั้นการต้องรอให้พระอาทิตย์ขึ้นจึงมีอำนาจทำการค้นได้จึงเป็นปัญหาอีกประการหนึ่งที่ทำให้การปราบปรามการกระทำความผิดอาชญากรรมไซเบอร์ไม่มีประสิทธิภาพ

4.3.2 กรณีการค้นโดยไม่มีหมายค้น

ปัญหาเรื่องการกระทำความผิดซึ่งหน้าและขอบเขตในการค้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ค้นในที่รโหฐานโดยไม่มีหมายค้น . . . แต่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ในอนุมาตรา (1) - (5) ที่ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสามารถเข้าทำการค้นในที่รโหฐานได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น ในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ใช้อนุมาตรา (2),(4)และ(5) คือ

- (2) เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำลงในที่รโหฐาน

การที่เจ้าพนักงานพบอาชญากรรมไซเบอร์โดยบังเอิญขณะใช้บริการอินเทอร์เน็ตอยู่นั้น ถือเป็นความผิดซึ่งหน้าที่จะกระทำการค้นในทันทีได้หรือไม่ เช่น เข้าไปในห้องสนทนา (Chat Room) แล้วพบข้อความเชิญชวนในลักษณะเสนอขายบริการทางเพศอย่างโจ่งแจ้ง ดังนี้ โดยหลักธรรมดาแล้วไม่ถือว่าเป็นความผิดซึ่งหน้า เพราะเจ้าพนักงานมิได้พบในขณะที่กระทำความผิด แต่พบเมื่อความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว กรณีเช่นนี้ถ้าต้องดำเนินการตามปกติคือเดินทางไปขอหมายค้นต่อศาลก่อน ซึ่งมีทางเป็นไปได้มากกว่าเมื่อเจ้าพนักงานกลับมายัง Chat Room ดังกล่าวแล้วพบว่า ข้อความดังกล่าวถูกลบทิ้งไปแล้ว

(4) เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าสิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำผิดได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้นประกอบทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าเนื่องจากการกระทำนั้นซ้ำกว่าจะเอาหมายค้นมาได้สิ่งของนั้นจะถูกโยกย้ายเสียก่อน

ข้อยกเว้นการเข้าค้นตามอนุมาตรานี้จะต้องปรากฏความจริงทั้งสองประการ คือ

1. มีความสงสัยว่าสิ่งของได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้น และ
2. มีเหตุอันควรเชื่อว่าการที่จะดำเนินการในการออกหมายค้นจะเกิดความชักช้า อันอาจทำให้มีการโยกย้ายสิ่งของจากที่รื้อฐานนั้นเสียก่อนได้

ซึ่งข้อยกเว้นตามมาตรา 92 (4) นี้จำกัดเฉพาะกรณี “สิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำผิด” เท่านั้น อันหมายถึงทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิด เช่น ทรัพย์สินที่ถูกลักหรือปล้นมา ถ้าเป็น อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ อาจเป็นข้อมูลความลับทางการค้า หรือข้อมูลส่วนตัวของบุคคลอื่น ที่ลักลอบคัดลอกมาเก็บไว้ใช้ประโยชน์โดยมิชอบ ส่วนสิ่งของที่มีไว้เป็นความผิด และสิ่งของที่ได้ใช้ในการกระทำผิด เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการนัดหมายเพื่อประกอบอาชญากรรม หรือใช้คอมพิวเตอร์ในการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลอื่นโดยมิชอบ แม้จะเป็นสิ่งของที่จำเป็นต้องยึดเพื่อประกอบไว้ในสำนวน แต่ไม่ทำให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าค้นได้โดยไม่มีหมายค้น อย่างไรก็ตามอาจเป็นเหตุให้ออกหมายค้นได้ตามมาตรา 69 (2)

“สิ่งของที่ได้มาโดยการกระทำผิด” ในคดีอาชญากรรมไซเบอร์โดยสภาพแล้วไม่สามารถบอกได้อย่างแน่นอนว่าอยู่ที่ไหน เพราะสภาพของคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่สามารถเคลื่อนย้ายไปตามเครือข่ายที่เชื่อมโยงได้อย่างไม่มีข้อจำกัด ทั้งยังอาจปรากฏอยู่ในสถานที่ต่าง ๆ หลาย ๆ แห่งในเวลาเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน ความสงสัยว่าสิ่งของได้ซ่อนหรืออยู่ที่ใดจึงเป็นปัญหาต่อ เจ้าพนักงานที่ไม่สามารถระบุได้อย่างชัดเจน ทั้งยังอาจมีได้หลายแห่งหรือเกินบริเวณกว้างจนไม่สามารถกำหนดขอบเขตได้

4.3.3 กรณีการยึด

ดังได้กล่าวแล้วว่า “พยานหลักฐานที่ดี” จะต้องสามารถทำให้ศาลเชื่อโดยปราศจากสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิด (Prove Beyond Reasonable Doubt) ซึ่งพยานหลักฐานที่ศาลจะรับฟังโทษจำเลยได้จะต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายและสามารถพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยได้ รวมถึงมาตรการในการยึดสิ่งของและกระบวนการในการเก็บรักษาสิ่งของที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานนั้น เพื่อให้ศาลไว้วางใจว่าเป็นพยานหลักฐานที่ต้องแท้จริงปราศจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁷ บัญญัติให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจยึดไว้ซึ่งสิ่งของที่ค้นพบ หลักกฎหมายดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่า เมื่อพนักงานสอบสวนพบเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลตามหมายค้น สิ่งที่พนักงานสอบสวนต้องการคือข้อมูลภายในเครื่องคอมพิวเตอร์นั้น ซึ่งเมื่อพนักงานสอบสวนสามารถเข้าถึงข้อมูลที่ต้องสงสัยได้แล้ว จะต้องปฏิบัติการด้วยความระมัดระวังโดยคำนึงถึงกรรมวิธีที่

⁷ มาตรา 132 บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจ 4). ยึดไว้ซึ่งสิ่งของที่ค้นพบ หรือส่งมา ดังกล่าวไว้ในอนุมาตรา (2) และ (3)

ถูกต้องเพื่อกักหรือลิดลข้อมูลนั้นไว้ให้อยู่และยึดพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องอย่างอื่นให้อยู่ในสภาพที่เป็นจริงที่สุด เพื่อให้สิ่งทั้งหลายที่ยึดมานั้นมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดวิธีการเก็บรักษาสิ่งของที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา คือ

ปัญหาเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน

กรณีอาชญากรรมไซเบอร์ สภาพที่แท้จริงของสิ่งที่ใช้เป็นพยานหลักฐานคือคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่เคลื่อนไหวอยู่ภายในเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งไม่สามารถมองเห็นแต่มีความละเอียดอ่อน และไม่เสถียรภาพดังกล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 นอกจากนี้การรวบรวมพยานหลักฐานทางคอมพิวเตอร์จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณะของข้อมูล เช่น การถ่ายโอนข้อมูลมาเก็บไว้ในแผ่นดิสก์ การพิมพ์ออกมาบนกระดาษโดยใช้เครื่องพิมพ์ ปัญหาในขั้นตอนการยึดและเก็บรักษาพยานหลักฐานนี้คือ ทำอย่างไรจึงจะสร้างความเชื่อถือได้ว่า

1. สิ่ง que เจ้าพนักงานนำเสนอ นั้นถูกต้องแท้จริงและเป็นสิ่งเดียวกันกับที่ยึดมาได้ ในสถานที่เกิดเหตุ
2. สิ่ง que เจ้าพนักงานนำเสนอ นั้นมีความครบถ้วนบริบูรณ์เช่นเดียวกับวันที่ทำการยึด

4.3.4 การรวบรวมพยานหลักฐาน

ลักษณะการกระทำความผิดของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ตไม่มีการกระทำทางกายภาพ ไม่มีการเดินทางออกจากบ้านหรือสถานที่ตั้งคอมพิวเตอร์ ไม่มีข้อสังเกตหรือพิกัดให้เห็นในบริเวณที่กระทำผิดหรือบริเวณใกล้เคียง ผู้กระทำผิดเพียงแค่นั่งอยู่หน้าจอคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อกับเครือข่าย WWW อยู่ในบ้านหรือสำนักงาน การกระทำความผิดก็สามารถเกิดได้ทั่วทุกมุมโลก สิ่งที่เป็นเครื่องพิสูจน์ความผิดคือที่แท้จริงคือสัญญาณคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นคลื่นกระแสไฟฟ้าและรหัสโปรแกรมที่ไม่สามารถจับต้องได้ ถ้าเจ้าพนักงานใช้วิธีการรวบรวมพยานหลักฐานเช่นเดียวกับอาชญากรรมธรรมดา โดยมองข้ามไม่ได้ให้ความสนใจที่จะเก็บบันทึกข้อมูลที่ปรากฏอยู่บนจอหรือในหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นข้อมูลที่อยู๋ อินเทอร์เน็ต (หรือ URL) บนข้อมูลเกี่ยวกับการเชื่อมต่อกับเครื่องคอมพิวเตอร์หลัก (Host) และเครือข่าย WWW ในเวลา que ผู้ต้องหากระทำความผิด และร่องรอยเส้นทางการส่งผ่านข้อมูล (Audit Trail) ไว้เป็นหลักฐาน ก็จะสามารถตรวจสอบการรวบรวมพยานหลักฐานที่สำคัญเพื่อประกอบคดี เพราะเครื่องมือในการกระทำความผิดในที่เกิดเหตุที่เจ้าพนักงานจะได้มา มีเพียงเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประกอบการทำงานของเครื่องเท่านั้น ดังนั้นแม้จะจับตัว อาชญากรคอมพิวเตอร์ได้ในกากระทำผิดซึ่งหน้าก็ยากที่จะหาหลักฐานมายืนยันพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่กล่าวหาจริง

นอกจากปัญหาอันเกิดจากการรวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าวแล้ว การรับฟังพยาน หลักฐานชั้นศาลก็มีความสำคัญต่อการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอย่างมาก กล่าวคือ ข่าวสาร ข้อมูลที่มีการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณะไปแล้วเช่นการถ่ายโอนข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์ สู่แผ่นดิสก์ หรือการพิมพ์

ข้อมูลออกมาบนกระดาษจากเครื่องพิมพ์ ข้อมูลจากแผ่นดิสก์ก็ดี เอกสารข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ก็ดี ศาลจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพียงใด

4.4 ปัญหาที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ

ปัญหาอันเกิดจากสภาพไร้พรมแดนของอาชญากรรม

ปรัชญาหรือหลักการเบื้องต้นของกฎหมายที่ว่าแท้จริงแล้วกฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง และเป็นสื่อที่แสดงให้เห็นถึงความมีเอกภาพเหนือดินแดนและประชาชนของรัฐ องค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญอันอาจถือเป็น “ธรรมชาติ” ของกฎหมายใด ๆ ก็คืออาณาเขตดินแดนในการปกครอง โดยกฎหมายจะมีอำนาจเหนือประชาชนเฉพาะเพียงภายในอาณาเขตดินแดนของประเทศหรือพูดอีกนัยหนึ่งก็คืออำนาจตามกฎหมายถูกกำหนดโดยเขตพรมแดนทางภูมิศาสตร์ของรัฐนั้น ๆ นั่นเอง

แต่ลักษณะ “ธรรมชาติ” ของอินเทอร์เน็ตคือการปราศจากขีดจำกัด และไร้พรมแดนทางภูมิศาสตร์ บุคคลไม่ว่าจะอยู่จุดใดในโลกสามารถใช้ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะอยู่ส่วนใดในโลก ได้โดยไม่ถูกสกัดกั้นด้วยพรมแดน หรืออาณาเขตพื้นที่ เมื่อบุคคลเข้าสู่อินเทอร์เน็ตก็เปรียบเสมือนอยู่ในดินแดนที่เกินกว่าขอบเขตอำนาจของกฎหมายแห่งดินแดนจะเข้าไปได้ถึง ที่เรียกว่า “ไซเบอร์สเปซ” (Cyber Space) ความแตกต่างกันระหว่างพื้นฐานของกฎหมายดั้งเดิมกับลักษณะธรรมชาติของอินเทอร์เน็ตก่อให้เกิดช่องโหว่ในการบังคับใช้กฎหมาย คือ

- ปัญหาเขตอำนาจศาล

อาชญากรรมคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ต มีความยุ่งยากและซับซ้อน เนื่องจากระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นระบบที่เปิดกว้างอย่างเสรี ไม่มีข้อจำกัดเหนือกฎเกณฑ์ใดเข้าไปควบคุมการใช้บริการได้เลยคนจากทั่วทุกมุมโลกสามารถใช้บริการอินเทอร์เน็ต ได้อย่างทั่วถึงบริการต่าง ๆ บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมีตั้งแต่การค้าขายทางพาณิชย์ การให้บริการทางข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ ซึ่งการให้บริการในลักษณะดังกล่าวไม่มีกำหนดเวลา ปิด-เปิด การให้บริการ จากลักษณะเด่นใน ข้อนี้เองแสดงให้เห็นว่าในโลกของอินเทอร์เน็ต คือ โลกที่ไร้พรมแดน โดยมีเครือข่ายของระบบ ดังกล่าวแพร่หลายไปทั่วโลก

จากลักษณะเครือข่ายที่แพร่หลายดังกล่าว เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งการอาศัยเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นคือ หากเป็นความผิดที่มีลักษณะเกี่ยวพันระหว่าง 2 ประเทศขึ้นไป ประเทศใดควรมีเขตอำนาจศาล หรือเขตอำนาจในการดำเนินคดีนี้ กล่าวคือความผิดเกิดขึ้นเมื่อใด และที่ประเทศใด นอกจากนี้ประเทศหนึ่งอาจจะระบุว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด แต่อีกประเทศหนึ่งอาจไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำ ดังกล่าวเป็นความผิดก็ได้

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าเป็นปัญหาในเรื่องของอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศ เนื่องจากอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความเป็นรัฐ ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการให้ความช่วยเหลือ หรือให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ เนื่องจากจากรัฐต่าง ๆ มีอำนาจอธิปไตยและสามารถใช้อำนาจดังกล่าวภายในรัฐของตนได้โดยถือเป็นสิทธิเด็ดขาดของรัฐ

ในการออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ภายในรัฐของตน อำนาจในการจัดการระเบียบบริหารองค์กรต่าง ๆ ของรัฐเพื่อความคงอยู่ของรัฐ และรัฐสามารถที่จะแสดงถึงอำนาจเหล่านี้ของตนในดินแดนของรัฐอื่นหรือในองค์กรระหว่างประเทศได้ โดยที่รัฐอื่นไม่มีอำนาจละเมิดหรือขัดขวางการใช้สิทธิดังกล่าวได้⁸

หลักกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการแบ่งอำนาจของรัฐที่เกี่ยวกับกฎหมาย ดังนี้

1. อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย (Jurisdiction to Prescribe)
2. อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย (Jurisdiction to Enforce)
3. อำนาจในการดำเนินคดี (Jurisdiction to Adjudicate)

จากหลักอธิปไตยดังกล่าวจะเห็นว่ารัฐมีอำนาจในการออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายเหนืออาณาเขต (Territory) และเหนือคนชาติ (Nationals) ของตนคือ รัฐมีความชอบธรรมที่จะออกกฎหมายบังคับแก่การกระทำใด ๆ ที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐนั้น ๆ และเมื่อมี ผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐนั้นย่อมสามารถบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้ฝ่าฝืนได้ เช่น จับกุมและฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลนั้นตามกฎหมายภายในของตนได้

จากลักษณะของเครือข่ายที่ไร้พรมแดนของอินเทอร์เน็ตประกอบกับหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐแสดงให้เห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นเรื่องที่ลึกซึ้ง เนื่องจากการกระทำผิดที่เกี่ยวกับประเทศต่าง ๆ ตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไป ดังนั้นเพื่อลดปัญหาเรื่องอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ จึงควรที่จะให้มีการจัดทำความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศขึ้น เนื่องจากเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องนำมาใช้ป้องกันการกระทำผิดดังกล่าวโดยอาจจะมีการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ในเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางด้านปัญหา อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ โดยความร่วมมือดังกล่าวจะต้องมีหลักการที่ครอบคลุมและทันสมัย และมีเทคโนโลยีติดต่อสื่อสารระหว่างประเทศที่ทันสมัยด้วย เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการ แลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งกันและกันต่อไป

- ปัญหาความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินคดี

ในประเทศไทยมีพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 ใช้บังคับโดยประเทศผู้ร้องขอจะมีคำร้องขอความช่วยเหลือในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนิน การสืบสวน สอบสวน ฟ้องคดี ริบทรัพย์สินและดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาได้ โดยมีหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 (2) คือ การกระทำซึ่งเป็นมูลกรณีของความช่วยเหลือนั้นเป็น ความผิดที่มีโทษฐานใดฐานหนึ่งตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่ประเทศไทยกับประเทศ ผู้ร้องขอมีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทาง

⁸ ปารีชาติ มุสิกะปาน , “มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน : ศึกษากรณีเทคโนโลยีสารสนเทศในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตกับการฟอกเงิน”(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2543), หน้า 44 .

อาญาต่อกัน โดยประเทศ ผู้ร้องขอจะต้องทำคำร้องขอความช่วยเหลือส่งไปยังผู้ประสานงานกลาง ซึ่งได้แก่ อัยการสูงสุดหรือ ผู้ได้รับมอบหมาย และดำเนินการต่างที่ร้องขอนั้นจะต้องดำเนินการตามกฎหมายไทย

ปัญหาที่คือพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 แต่ละขั้นตอนต้องใช้เวลาในการดำเนินการประสานงานวิเคราะห์ข้อกฎหมาย บรรดาหลักฐานเอกสารข้อมูลต่าง ๆ ในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์อาจจะสูญหาย หรือถูกโยกย้ายทำลายไป เสียก่อน หรือในกรณีที่ยานหลักฐาน เช่นว่านั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคล หรือนิติบุคคลที่ร่วมสมคบหรือสนับสนุนการกระทำผิดอยู่ เขาเหล่านั้นอาจนำเอาหลักฐานนั้นไปซุกซ่อน ดังนั้นเพื่อประโยชน์แห่งการรวบรวมพยานหลักฐาน และเป็นการรักษาความสงบสุขของโลกโดยรวม เฉพาะในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ควรรให้อำนาจพนักงานสืบสวน สอบสวน เข้าดำเนินการได้ทันทีโดยอ้างเหตุฉุกเฉินเพราะพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อาจถูกลบ ทำลาย แก้ไข หรือทำลายได้ง่าย ซึ่งในสภาวะเช่นนี้ เจ้าพนักงานไม่สามารถดำเนินการขอหมายได้ทัน

- ปัญหาความต่างกันของกฎหมาย

มาตรฐานทางวัฒนธรรม ศีลธรรมของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน อันทำให้กฎหมายทางอาญาของแต่ละประเทศแตกต่างกันได้ เช่นประเทศหนึ่งกำหนดความผิดเรื่องการเผยแพร่ภาพลามก และการพนัน แต่อีกประเทศหนึ่งไม่กำหนดความผิดดังกล่าว ดังนั้นหากประเทศที่กำหนดความผิดต้องการดำเนินคดีความผิดนั้นกับบุคคลที่อยู่ในประเทศที่มีได้กำหนดความผิดย่อมเกิดปัญหาการขอความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา หรือการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศที่มีได้กำหนดความผิด

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกานับว่าเป็นประเทศเสรีประชาธิปไตยที่มีการต่อสู้เพื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมายาวนาน แนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนของสหรัฐจึงเป็น แนวความคิดทางกฎหมายธรรมชาติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างสูง และเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำทางด้านเทคโนโลยีทั้งคอมพิวเตอร์และระบบ อินเทอร์เน็ตที่มีการแพร่ขยายอย่างกว้างขวาง เทคโนโลยีดังกล่าวนำความสะดวกสบายมาสู่ชีวิต ประจำวันทำให้สังคมของประเทศสหรัฐเป็นสังคมที่มีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศนี้อย่างมากมาแทบทุกสาขาอาชีพ

อาชญากรรมไซเบอร์ที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในปัจจุบันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมหาศาลนับประการ โดยรัฐไม่สามารถเข้าไปจัดการควบคุมได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากกำแพงแห่งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากรัฐธรรมนูญดังกล่าว ประเทศสหรัฐจึงเริ่มต้นตัวหวนกลับมาพิจารณา ทบทวนจุดสมดุลแห่งความขัดแย้งระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับอำนาจบังคับใช้กฎหมายของรัฐอีกครั้ง

การศึกษาแนวทางการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเป็นการศึกษาการวางจุดสมดุลเพื่อรักษาดุลยภาพในความขัดแย้งระหว่างการ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐในยุคเทคโนโลยี สารสนเทศอันเป็นการศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งการศึกษาจากประเทศที่ประสบปัญหามาก่อนและได้หาหนทางแก้ไขแล้วจะเป็นทางลัดในการนำไปสู่แนวทางการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรม ไซเบอร์ที่จะเกิดขึ้นในประเทศไทยได้เป็นอย่างดี

5.1 การให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนมิให้ถูกละเมิดโดยรัฐบาลที่เรียกว่า Bill of Rights ถึง 10 บท ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำหรือจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทั้งในระดับสหพันธรัฐและมลรัฐ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายซึ่งได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ศาลสูงสุดได้วางไว้เท่านั้น

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในการค้นและการยึดพยานหลักฐาน คือ บทแก้ไขที่ 4 (The Fourth Amendment) ซึ่งว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลของเอกชน ที่บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่จะมีความปลอดภัยมั่นคงในร่างกาย เคหสถาน เอกสารและวัตถุสิ่งของ ต่อการค้น การยึด และการจับที่ไม่มีเหตุอัน

ควร ซึ่งได้มาโดยการสาบาน หรือปฏิญาณตน และหมายนั้นจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ที่จะถูกค้น ตัวบุคคลที่จะถูกจับ และสิ่งของที่ถูกต้อง”¹

The Fourth Amendment นี้เกิดมาจากความตั้งใจของคณะผู้ร่างบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิต่างๆ ที่จะป้องกันมิให้รัฐบาลใช้อำนาจผิด ๆ ในการค้นและจับเอกชน ค้นบ้านและทรัพย์สินของเขา² โดยตั้งเป็นแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล อันได้แก่สิทธิที่จะปลอดภัยจากการรุกรานเสรีภาพ ความมั่นคงและทรัพย์สินโดยไม่มีเหตุผลและไม่จำเป็น³ ซึ่งถือเป็นสิ่งที่สำคัญมากสำหรับประชาชนชาวสหรัฐอเมริกา

The Fourth Amendment คุ่มครองทรัพย์สินของบุคคลให้พ้นจากการค้นและการยึดที่ไม่มี เหตุผล และไม่มีความหมาย แต่ไม่ได้ห้ามการค้นและการยึดเสียทั้งหมด และไม่ได้บังคับให้มีหมายในทุกกรณี แต่ถ้าจะมีการค้นหรือยึดทรัพย์สินโดยไม่มีหมาย The Fourth Amendment บังคับว่าการกระทำเหล่านี้จะต้องมีเหตุผลและมีหลักฐานเพียงพอ⁴

การค้นและยึดทรัพย์สินในกรณีที่ต้องมีหมาย

โดยหลักแล้ว การค้นและการยึดทรัพย์สินจะต้องมี “หมาย” ซึ่งกระบวนการออกหมาย (Warrant Process) นี้ถือเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลได้ส่วนหนึ่ง เพราะเป็น มาตรการในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายในการค้นและยึด เพื่อเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารจะไม่ทำการค้นและยึดพยานหลักฐานโดยผิดกฎหมายอันเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ “หมาย” นั้นจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเท่านั้น คือ ผู้พิพากษาหรือมาจิสเตรต ไม่ใช่ นายตำรวจ⁵ และ “หมาย” จะออกได้ต่อเมื่อ “มีเหตุอันควรเชื่อ” ภายใต้คำสาบานจากเจ้าพนักงานผู้ที่จะทำการค้นว่ามีสิ่งของที่ต้องการใช้เป็นพยานหลัก

¹ “The rights to be secured in their persons , their house , their papers , and their other property , from all unreasonable searches and seizures , shall not be violated by warrants issued without probable cause , supported by oath or affirmation , or not particularly describing the places to be searched , or the persons or things to be seized . ”

² กระมล ทองธรรมชาติ , สมบูรณ์ สุขสำราญ , เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา , หน้า 94 .

³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 94.

⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 98 .

⁵ Johnson v. United States , 333 U.S. 10, 1948 .

ฐานอยู่ในสถานที่นั้นจริง ๆ นอกจากนี้ข้อความใน“หมาย”ยังต้องระบุทรัพย์สินและอธิบายลักษณะอย่างเฉพาะเจาะจงของทรัพย์สินที่จะทำการค้นและยึดนั้น อันเป็นการกำหนดขอบเขตแห่งอำนาจที่เจ้าพนักงานสามารถกระทำได้ภายในกรอบที่กำหนดไว้เท่านั้น

กรณีจะขอ “หมาย” เพื่ออาศัยอำนาจตาม “หมาย” ในการสำรวจหาหลักฐานเองไม่ได้ เช่น คำร้องขอหมายค้นบ้านของนายจอห์นโด โดยในคำร้องอ้างคำยืนยันจากเพื่อนบ้านนายจอห์นโดว่า “นายจอห์นโดกำลังทำบางสิ่งบางอย่างที่น่าสงสัยในบ้านของเขา” ดังนี้คำกล่าวอ้างในคำร้องนั้นเป็นเพียงการสงสัยธรรมดาทั่ว ๆ ไป ยังไม่ถึงว่า “มีเหตุอันควรเชื่อ” ว่ามีการกระทำความผิดอาญา

หมายค้นที่ถูกต้องสมบูรณ์จะต้องลงนามโดยผู้พิพากษาที่มีอำนาจเท่านั้น แม้ “หมาย” นั้นจะ “มีเหตุอันควรเชื่อ” ว่ามีการกระทำความผิดภายใต้คำสาบานของเจ้าพนักงานผู้จะทำการค้นจริง ก็ตาม ถ้าการลงนามไม่ถูกต้อง “หมายค้น” นั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ ในทางกลับกันถ้าการ “มีเหตุอันควรเชื่อ” ไม่ถูกต้องสมบูรณ์ แม้จะลงนามโดยผู้พิพากษาและมีหลักฐานแห่งความเชื่อภายใต้คำสาบานของเจ้าพนักงานผู้จะทำการค้นก็ตาม “หมายค้น” นั้นก็ไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น “หมายค้น” ที่สามารถใช้บังคับได้ตามรัฐธรรมนูญจะต้องปรากฏให้เห็นถึงการ “มีเหตุอันควรเชื่อ” ประกอบคำสาบานของเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้น และต้องมีการลงนามโดยผู้พิพากษาที่มีอำนาจเท่านั้นจึงจะเป็น “หมายค้น” ที่ใช้การได้ตามกฎหมาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การค้นที่จะถือว่ามี Probable Cause ต้องมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ⁶

1. ต้องมีข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ที่เจ้าพนักงานรู้ และทำให้เจ้าหน้าที่เชื่อโดยสุจริต เพียงพอว่าจะออกหมายได้ และจะต้องเชื่อว่าสิ่งของหรือบุคคลในสถานที่นั้น แต่ไม่ถึงกับต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยหรือพิสูจน์ว่ามีมูล พิสูจน์เพียงพอให้ทราบแหล่งที่อยู่ของพยานเท่านั้น คำว่า “เจ้าพนักงานเชื่อโดยสุจริต” หมายความว่า ตัวเจ้าพนักงานเชื่อว่าเป็นไปได้ที่จะมีสิ่งของอยู่ในสถานที่นั้น

2. ต้องมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่วิญญูชนทั่ว ๆ ไปพอจะเห็นได้ว่าเป็นไปได้ที่สิ่งนั้นจะอยู่ในสถานที่นั้น

ข้อมูลที่จะนำมาสนับสนุนว่ามีเหตุอันควร (Probable Cause) อาจเป็นข้อมูลโดยตรง (Direct Information) เช่น เจ้าหน้าที่ได้รู้ได้เห็นเองมาโดยตรง หรือเป็นข้อมูลบอกเล่า (Hearsay Information) ก็ได้ แต่ต้องแสดงความน่าเชื่อถือกับความมีน้ำหนักของพยานหลักฐานว่าได้ข้อมูลมาอย่างไรและมีน้ำหนักน่าเชื่อถืออย่างไร ซึ่ง

⁶ จิรนิติ หะวานนท์, สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 25. อ้างถึง คดี Brinegar v. U.S., 338 U.S. 160, 1949, Beck v. Ohio, 379 U.S. 89, 1964 และ คดี Florida v. Royer, 460 U.S. 491, 1983.

รายละเอียดของเหตุการณ์จะทำให้เกิดน้ำหนักของตัวพยานขึ้นมา (Self Verifying Detail) และรายละเอียดของข้อมูลจะช่วยพิสูจน์ความน่าเชื่อถือ⁷

การค้นและยึดทรัพย์สินโดยไม่มีหมาย

The Fourth Amendment ไม่ได้บังคับว่าการค้นจะต้องมีหมายทุกกรณี มีบางกรณีที่โดยสภาพการณบางอย่างอาจทำให้มีเหตุผลเพียงพอที่จะทำการค้น และยึดทรัพย์สินโดยไม่มีหมายได้ แต่สภาพการณดังกล่าวมีอยู่จำกัดโดยศาลจะตรวจสอบข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเพื่อชี้ขาดว่าการค้นเฉพาะรายนั้นมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ อย่างไรก็ตามในกรณีต่อไปนี้อาจถือว่ามีความเพียงพอที่จะเข้าทำการค้นและยึดได้โดยไม่มีหมาย คือ

1. การได้รับความยินยอม

การยินยอมให้ค้น ถือเป็นกรณขละสิทธิ์ที่จะได้รับการคุ้มครองตาม The Fourth Amendment ทำให้เจ้าพนักงานเข้าทำการค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย แต่การยินยอมดังกล่าวจะต้องเป็นการยินยอมด้วยใจสมัคร กล่าวคือถ้าบุคคลนั้นไม่รู้ว่าตนมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ให้มีการค้นหรือยึดก็ตี ยินยอมเพราะถูกข่มขู่จากเจ้าพนักงานก็ตี ดังนั้นไม่ถือว่าเป็นการยินยอมที่แท้จริง การค้นโดยฝ่าฝืนการยินยอมดังกล่าวถือเป็นกรณค้นที่มิชอบ

2. การค้นบันทึกสาธารณะ

ในกรณีที่บุคคลถูกบังคับให้เก็บรักษาบันทึกบางอย่างที่กฎหมายบังคับว่าบันทึกเช่นนั้นต้องจัดไว้ให้ตรวจได้เสมอ เช่นบันทึกการสั่งยาเสพติดของแพทย์หรือเภสัชกร บันทึกเช่นนั้นถือเป็น “บันทึกสาธารณะ” ไม่อยู่ในความคุ้มครองตาม The Fourth Amendment ดังนั้น เจ้าพนักงานจึงสามารถขอตรวจค้น “บันทึกสาธารณะ” ได้เสมอโดยไม่ต้องใช้หมายค้น

3. ในสภาพการณที่มีเหตุผล

สภาพการณที่มีเหตุผลที่ไม่สามารถขอมหายค้นได้ เช่น กรณการค้นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ เช่น การค้นรถยนต์นั่ง ทั้งนี้เพราะโดยสภาพการณแล้วรถยนต์อาจเคลื่อนที่จากที่หนึ่งไปอีกที่หนึ่งได้อย่างรวดเร็ว ทำให้ไม่สามารถขอมหายค้นได้ทันการ

กรณที่สอง การค้นที่เกี่ยวข้องกับการจับกุม (Search of Premised Incidental to Arrest) ภายหลังจากเมื่อได้มีการจับกุมบุคคลฐานประกอบอาชญากรรมอย่างถูกต้องแล้ว เป็นการค้นหาอาวุธหรือเครื่องมือประกอบอาชญากรรม หรือสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด ซึ่งการค้นในลักษณะนี้อาจเลยไปค้นสถานที่ที่ผู้กระทำความ

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26 - 27.

ผิดถูกจับกุมด้วยได้ แต่การค้นสถานที่ที่ถูกระบุดังกล่าว ต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยเหตุผลตามข้อเท็จจริง เฉพาะเรื่องด้วย

4. การค้นในทางปกครอง

การค้นในทางปกครอง แตกต่างไปจากการค้นตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพราะ มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ แต่เป็นการค้นเพื่อคุ้มครองประชาชนให้พ้นภัยที่จะเกิดแก่สุขภาพหรือความปลอดภัย แต่อย่างไรก็ดีการค้นในทางปกครองก็อยู่ภายใต้บังคับของ The Fourth Amendment ด้วย จึงต้องมีสภาพการณ์พิเศษ หรืออยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินและต้องมีมาตรฐานของการมีเหตุผลอยู่ด้วยเช่นกัน

กรณีที่สามารถค้นได้โดยไม่ต้องมีหมาย (When a Search Can Be Made without a Warrant) นี้ คู่มือว่าด้วยการค้นและยึดของกระทรวงยุติธรรม (Handbook on the Law of Search and Seizure) ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการค้นเคหสถานได้โดยไม่ต้องมีหมายในกรณีดังต่อไปนี้⁸

- กรณีฉุกเฉิน กรณีไม่มีเวลาเพียงพอที่จะขอหมายและจะต้องกระทำโดยพลัน
- การติดตามโดยพลัน เจ้าพนักงานอาจทำการค้นหากเขากำลังไล่ตามผู้ต้องสงสัยที่กำลังหนีหรือไล่ตามบุคคลที่กำลังจะหลบหนี
- สืบค้นลักลอบ เจ้าพนักงานอาจเข้าทำการค้นได้ หากรู้ว่าสืบค้นลักลอบดังกล่าวเสี่ยงต่อการเคลื่อนย้ายหรือทำลายได้โดยพลัน
- เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการจับโดยชอบ เจ้าพนักงานอาจทำการค้นในกรณีที่ได้ทำการจับกุมโดยชอบ หากจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันตนเอง ป้องกันการหลบหนี หรือต้องการรักษาหลักฐาน

5.2 การบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับการค้น การยึดพยานหลักฐาน

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติกำหนดระเบียบวิธีปฏิบัติ ในกรณีที่เจ้าพนักงานจะทำการค้น หรือยึดพยานหลักฐานภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งสอดคล้องกับ The Fourth Amendment ที่ศาลได้ตีความวางเป็นหลักไว้ดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ

⁸ Handbook on the law of Search and Seizure , Prepared by the Legislation and Special Project Section Criminal Division Department of Justice , February 1971 (revised) , อ้างถึงโดย จุติ ธรรมมนโนวานิช , หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติว่าด้วย การจับและแจ้งข้อหา , การควบคุมและฝากขัง , การค้น และการปล่อยชั่วคราว , 2537 .

การขอหมายค้น จะต้องมีเหตุอันควรหรือมีความสมเหตุสมผลที่จะขอให้ศาลออกหมาย กรณีนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องสาบานตนต่อผู้พิพากษา (Magistrate) ว่ามีเหตุอันควร (Probable Cause) ที่จะขอให้ออกหมายค้นในที่รโหฐาน ตามที่บัญญัติใน มาตรา 4 c (1) และ (2) ที่ว่า

มาตรา 4 c (1) และ (2) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอ “หมายค้น” ของเจ้าพนักงานว่า

“ (1) เจ้าหน้าที่ผู้ร้องขอให้ศาลออกหมายต้องสาบานตน...

(2) เจ้าหน้าที่ผู้สาบานตน ต้องมีเหตุผลน่าเชื่อว่าสิ่งของหรือบุคคลที่ต้องการค้นมีอยู่ในที่นั้น

..... ฯลฯ.....

และในหมายค้นต้องระบุสิ่งของ หรือบุคคล และระบุสถานที่ที่จะทำการค้น...”

ผู้มีอำนาจออกหมายค้น ได้แก่ ศาล Magistrate ดังที่กำหนดไว้ใน มาตรา 41 (a) ที่ว่า “เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหรือพนักงานอัยการต้องขอหมายค้น...”

“(1) หมายค้นต้องออกโดยศาล Magistrate ของมลรัฐ หรือศาลของสหรัฐอเมริกา สำหรับการค้นสิ่งของหรือค้นหาบุคคลในเขตอำนาจศาล

(2) หมายค้นต้องออกโดยศาล Magistrate สำหรับกรณีการค้นสิ่งของหรือ ค้นหาบุคคลในเขตอำนาจศาล หรือ ค้นสิ่งของที่ถูกโยกย้ายหรือบุคคลหลบหนีออกนอกเขตก่อนจะถูกดำเนินการตามหมาย”

เหตุที่จะออกหมายค้น และยึดหลักฐาน ต้องปรากฏเหตุตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 41(b) ที่ว่า

“(b) เหตุที่จะออกหมายค้นได้ก็เพื่อที่จะค้นและยึด

(1) สิ่งของที่ใช้ประกอบการกระทำความผิด ที่อยู่ในความครอบครองของบุคคล ที่ใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบการสอบสวน

สิ่งของที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย หรือมีไว้เป็นความผิด

สิ่งของที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าได้ใช้ หรือตั้งใจจะใช้ในการกระทำความผิด

เพื่อพบบุคคลที่มีหมายจับ”

วัตถุที่จะถูกค้นและยึด ได้แก่ “ผลที่เกิดจากการกระทำความผิดและเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิด” รวมทั้ง “ของที่มีไว้เป็นความผิด” ย่อมถูกยึดได้ในขณะที่ทำการค้นโดยชอบด้วยกฎหมาย⁹ หมายความว่า การค้นเพื่อยึดสิ่งของใช้เป็นพยานหลักฐานได้ 3 ประเภท คือ

1. สิ่งของซึ่งได้มาจากการกระทำความผิด
2. สิ่งของที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด
3. สิ่งของที่มีไว้เป็นความผิด

ส่วน “สิ่งที่เสมือนเป็นหลักฐาน” เช่น ผ้าเปื้อนเลือดซึ่งอาจจะใช้พิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาได้ในครั้งแรก ถือว่ายึดไม่ได้ แต่ต่อมาศาลได้เล็งลึกความแตกต่างระหว่างพยานหลักฐานชนิดต่าง ๆ¹⁰ โดยอนุญาตให้ยึด “สิ่งที่เสมือนเป็นหลักฐาน” เช่น หมวกแก๊ป เสื้อแจ็คเก็ต และกางเกง เสื้อผ้าที่มีลักษณะคล้ายกับเสื้อผ้าที่ขโมยใส่ ที่ได้ใช้เป็นหลักฐานในการชี้ตัวจำเลยได้ โดยให้เหตุผลว่าการแยกความแตกต่างระหว่าง “สิ่งที่เสมือนเป็นหลักฐาน” กับ “ผลที่เกิดจากอาชญากรรม” เป็นสิ่งที่ไม่มี เหตุผล พร้อมกับกล่าวว่า “ไม่มีข้อความตอนใดของ The Fourth Amendment ที่สนับสนุนความ แตกต่างระหว่าง “สิ่งที่เสมือนพยานหลักฐาน” และเครื่องมือประกอบอาชญากรรม ผลที่เกิดจากอาชญากรรม หรือของต้องห้าม การค้นที่กระทำต่อวัตถุที่เป็นหลักฐานแท้ ๆ ไม่ได้เป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวมากไปกว่าการค้นที่กระทำต่อ “เครื่องมือ ผลได้หรือของต้องห้าม”¹¹ ดังนั้นจึงสามารถยึด “สิ่งที่เสมือนเป็นหลักฐาน” ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะได้ใช้เป็นพยานหลักฐานจริงหรือไม่

นอกจากนี้ทรัพย์สินที่สามารถช่วยในการจับกุม หรือลงโทษผู้ต้องหา ก็สามารถยึดได้หาก เจ้าพนักงานผู้ทำการค้นมีเหตุผลที่จะอ้างในการที่จะยึดได้เพียงพอ

ในเรื่องที่ว่า จะค้นอะไรได้บ้าง (What May be Searched for) นี้ คู่มือว่าด้วยการค้นและยึดของกระทรวงยุติธรรมได้วางหลักไว้ว่า

เมื่อทำการค้นโดยชอบแล้ว เจ้าพนักงานอาจค้นเพื่อหาสิ่งของดังต่อไปนี้

- อาวุธ
- สินค้าลักลอบ

⁹ Gouled v. United States , 255 U.S. 298 .

¹⁰ Warden v.vHayden , 387 U.S. 294 , 1967 .

¹¹ Warden v.vHayden , 387 U.S. 294 , 301-302 ,1967 .

- สิ่งของที่ได้มาจากการกระทำผิด
- สิ่งของที่ใช้ในการกระทำผิด
- หลักฐานอื่น ๆ

เงื่อนไขในการค้น การค้นของประเทศสหรัฐอเมริกาติดเงื่อนไขที่ค้นได้เฉพาะแต่เวลากลางวันทำงานของเดียวกับกฎหมายไทย แต่เข้มงวดกว่าเพราะกำหนดให้ต้องค้นให้เสร็จสิ้นภายใน 10 วัน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 (c) (2) ที่ว่า

“(2) ...การค้นหาข้อมูล หรือสิ่งของในสถานที่ที่ระบุในหมายค้นต้องค้นให้เสร็จสิ้นภายใน 10 วัน และการค้นต้องค้นโดยจัดหาเวลาที่เหมาะสมและต้องค้นในเวลากลางวัน...”

5.3 ผลของการค้น และการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีปัญหาในเรื่องการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน หรือการกระทำ การเกินกว่าอำนาจหน้าที่ ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้เช่นกัน ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พยายามคิดค้นวิธีแก้ปัญหาดังกล่าวหลายวิธีในที่สุด พบว่า วิธีที่ส่งผลกระทบมากที่สุดที่ทำให้ The Fourth Amendment ใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การกระทำให้การละเมิดบทบัญญัติว่าด้วยการค้นและการยึดไร้ประโยชน์เสียโดยถือว่าพยานหลักฐาน ที่ได้มาโดยวิธีการค้นและการยึดที่ผิดรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถให้ลงโทษได้ เจ้าพนักงานผู้ใช้บังคับกฎหมายก็ยอมไม่มีแรงจูงใจที่จะทำการค้นหรือยึดโดยผิดกฎหมาย ศาลได้พัฒนากฎไม่ยอมรับ (The Exclusionary Rule) ขึ้นกล่าวคือ หลักฐานซึ่งได้มาโดยละเมิด The Fourth Amendment จะใช้ในศาลไม่ได้¹²

ต่อมาศาลได้เพิ่มความเข้มงวดในการใช้ The Exclusionary Rule เพิ่มขึ้นอีกเมื่อศาล ได้พิจารณาถึง การที่เจ้าพนักงานใช้หลักฐานที่ถูกยึดมาโดยผิดกฎหมาย “พุดน้ำ”หรือ“ส่งเสริม” ให้ผู้ต้องหาสารภาพในอาชญากรรมนั้นเมื่อไม่สามารถนำหลักฐานนั้นมาใช้ในศาลได้โดยตรง กรณีนี้ศาลห้ามมิให้กระทำการเช่นนั้นโดยกล่าวถึงพยานหลักฐานที่ได้มาโดยทางอ้อมว่าเป็น “ผลของต้นไม้มีพิษ” คือ ถ้าต้นไม้ตัวเองเป็นพิษเสียแล้วผลของมันย่อมเป็นพิษไปด้วย ดังนั้นจึงลงความเห็นว่าหลักฐานซึ่งเกิดจากหลักฐานที่ได้มาโดยผิดกฎหมายไม่สามารถใช้ในศาลของรัฐบาลกลาง ต่อมากฎนี้ได้ใช้บังคับในระดับมลรัฐด้วย

¹² Boyd v. United States , 116 U.S. 616 , 1886 .

อย่างไรก็ดี ในคดี Hoffa v. United States , 385 U.S. 293 , (1966). ศาลสูงสุดลงความเห็นว่ายานหลักฐานที่รัฐบาลได้โดยวิธีใช้ผู้ให้ข่าวไม่เป็นการละเมิด The Fourth Amendment ต่อมาจึงถือว่ายานหลักฐานของผู้ให้ข่าวสามารถใช้ได้ในการพิจารณาความผิดของผู้ต้องหา โดยกล่าวว่า “ศาลนี้หรือสมาชิกของศาลนี้ไม่เคยแสดงความเห็นว่า The Fourth Amendment ให้ความคุ้มครองกับความเชื่ออย่างผิด ๆ ของผู้กระทำผิดว่า บุคคลที่เขายกความลับในการกระทำผิดให้ด้วยความสมัครใจนั้นจะไม่เปิดเผยในภายหลัง”¹³

ปัจจุบันหลัก The Exclusionary Rule ได้มีการผ่อนคลายนลงมากเนื่องจากวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีที่รุกเข้ามาในความเป็นส่วนตัวของบุคคลมากขึ้นทุกขณะ จะเห็นได้ว่ากฎหมายใหม่ ๆ ที่ออกมาโดยความยินยอมของศาลสูงมีลักษณะให้อำนาจเจ้าพนักงานล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิบุคคลมากขึ้น ดังจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

5.4 การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการค้น การยึดยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

เมื่อสังคมอเมริกันพัฒนาเป็นสังคมเทคโนโลยี วิทยาการสมัยใหม่ได้สร้างวิธีการสำหรับ บุกรุกความเป็นส่วนตัวของเอกชนจนไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปที่จะต้องเข้าไปในบ้านของคน เพื่อทราบว่ามีอะไรอยู่ในนั้น ในยุคแรกการบุกรุกทางเทคโนโลยีคือการดักฟังการสนทนาด้วยเครื่องมือดักฟังไฟฟ้า ซึ่งในยุคนั้นเป็นข้อโต้เถียงกันมากกว่าการดักฟังเช่นนี้เป็นการละเมิด The Fourth Amendment มากเท่า ๆ กับการฟังประตูเข้าไปในบ้าน

ในที่สุดศาลได้ตัดสินว่า การขโมยต่อสายโทรศัพท์เพื่อดักฟังการสนทนา¹⁴ และการใช้เครื่องอัดเสียงซ่อนได้ซึ่งเจ้าพนักงานใช้¹⁵ ไม่เป็นการละเมิด The Fourth Amendment เพราะไม่มีการบุกรุกเข้าไปในความเป็นส่วนตัวเฉพาะของบ้าน แต่ถ้าเป็นการใช้ “ลำโพงเดือยแหลม” ใส่เข้าไปในกำแพงบ้านที่อยู่ติดกันเพื่อแอบฟัง¹⁶ กรณีนี้ถือเป็นการละเมิด The Fourth Amendment เนื่องจากมีการแทรกเข้าไปในบ้านจริง ๆ

จากการตัดสินดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า หลักการรัฐธรรมนูญที่เป็นการวางหลักโดยศาล ได้มีวิวัฒนาการไปที่ละน้อย จนในที่สุด ปี 1967 มีการวางหลักใหม่อย่างชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายของ มลรัฐที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานทำการค้นโดยเครื่องมือไฟฟ้าว่า กฎหมายนั้น

1. ต้องบังคับให้มีความเชื่ออย่างแน่นนอนว่าได้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว หรือกำลังเกิดขึ้น ซึ่งหมายถึงต้องมี “เหตุอันควรเชื่อ” นั้นเอง

¹³ Hoffa v. United States , 385 U.S. 293 , 302 , (1966).

¹⁴ Olmstead v. United States , 277 U.S. 438 , (1928).

¹⁵ Lopez v. United States , 373 U.S. 427 , (1963).

¹⁶ Silverman v. United States , 365 U.S. 505 , (1961).

2. ต้องบรรยายให้ชัดเจนถึงการสนทนาที่ต้องการอย่างเจาะจง รวมทั้งสถานที่ที่จะให้มีการใช้เครื่องมือดังกล่าวอย่างชัดเจน
3. ต้องมีการกำหนดวันที่แน่นอน รวมทั้งวันที่สิ้นสุดการแอบฟังด้วย
4. ต้องมีการแสดงเหตุฉุกเฉินอันได้แก่การมีอยู่ของข้อเท็จจริงพิเศษที่จะเอามาหักล้าง ข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลที่ “ถูกแอบฟัง” นั้นจะไม่สังเกตเห็น เหมือนกับที่เขาจะสังเกตได้ถ้าใช้หมายค้นแบบเก่า
5. ต้องจัดให้มีเจ้าพนักงานอื่นที่เป็นกลางทำการตรวจสอบผลที่แอบฟังด้วย เพื่อมิให้ เจ้าพนักงานผู้ต้องการแอบฟังสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่

การที่ศาลอนุญาตให้มัลรัฐออกกฎหมายให้เจ้าพนักงานสามารถทำการดักฟังได้ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความอ่อนคลายหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล และให้อำนาจ เจ้าพนักงานทำการล่วงละเมิดสิทธิของประชาชนได้มากขึ้นเรื่อย ๆ ที่เป็นเช่นนี้เพราะเทคโนโลยีทำให้โลกแคบลง โอกาสที่จะเกิดการกระทบกระทั่งสิทธิส่วนบุคคลมีมากขึ้น ยิ่งวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีเจริญก้าวหน้ามากขึ้นเท่าใดจุดสมดุลระหว่างอำนาจรัฐกับสิทธิส่วนบุคคลยิ่งเลื่อนเข้าไปในทางอำนาจรัฐมากขึ้นเท่านั้น

การค้นโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์อื่นในการช่วยค้น ได้มีการวางแนวทางปฏิบัติไว้ตามคู่มือว่าด้วยการค้นและยึดของกระทรวงยุติธรรม คือ ในกรณีการเฝ้าสังเกตตัวอาคารและบริเวณอาคารทำได้โดยไม่ต้องมีหมายโดยกระทำภายนอกบริเวณ โดยอาจใช้กล้องกล้องส่องทางไกล หรือเครื่องมืออื่น ๆ ตรวจจับที่ไม่มีกรบุกรุกเข้าไปในบริเวณ ถ้าเป็นการดักฟังการสนทนาหรือเสียงอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นในเคหสถานหรือบริเวณ อาจทำได้โดยไม่ต้องใช้หมายหากไม่มีกรบุกรุกเข้าไปในบริเวณ และหากไม่มีการใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ หากจำเป็นต้องบุกรุกเข้าไปหรือจำเป็นต้องใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ ก็ต้องใช้หมาย

จากหลักการข้างต้นอาจสรุปได้ว่าการค้นหาหลักฐานที่แม้จะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ถ้าต้องเข้าไปค้นในที่พักหรือสำนักงานของผู้ต้องสงสัยเนื่องจากคาดว่าจะพบหลักฐานที่เป็นแผ่นดิสเก็ต หรือ ซีดีรอม หรือวัสดุอุปกรณ์อื่น ๆ ที่คาดว่าจะใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดได้ก็จะต้องมีหมายค้นที่ออกโดยศาล Magistrate ของมลรัฐหรือศาลของสหรัฐอเมริกาเสมอ โดยเจ้าพนักงานต้องมีเหตุอันควรแสดงให้ศาลเห็นว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีแหล่งที่อยู่ ณ สถานที่ที่ต้องการค้น การแสดงเหตุอันควรอาจจะต้องนำพยานหลักฐานมาให้ศาลดู แต่ต้องอ้างอิง

พยานหลักฐานให้เพียงพจนศาล เชื่อว่าของสิ่งนั้นอยู่ในสถานที่นั้น (Mere Evidence)¹⁷ หรือมีพยานหลักฐาน เชื่อมโยงให้เห็น (Nexus) ถึงแหล่งที่อยู่ หรือสื่อให้เห็นได้ว่ามีสิ่งของชิ้นนั้นอยู่ในสถานที่นั้น หรือใช้หลักความเป็นไปได้ (Fair Probability) คือ มีโอกาสเป็นไปได้ที่สิ่งของชิ้นนั้นจะอยู่ที่นั้น การพิสูจน์ Probable Cause ไม่ใช่ การพิสูจน์ความผิด ดังนั้นจึงอาจใช้พยานบอกเล่าอ้างอิงในชั้นตอนนี้ได้

ปัจจุบันกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (Federal Code Related to Cybercrime) อีกหลายลักษณะ เช่น

1. บทบัญญัติเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

18 U.S.C. : CHAPTER 47 - FRAUD AND FALSE STATEMENTS

Sec. 1029. Fraud and related activity in connection with access devices

Sec. 1030. Fraud and related activity in connection with computers

18 U.S.C. : CHAPTER 65 - MALICIOUS MISCHIEF

Sec. 1362. Communication lines, stations or systems

2. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

Copyright Offenses

17 U.S.C. : 506

18 U.S.C. : 2318

18 U.S.C. : 2319

Copyright Management Offenses

17 U.S.C. : 1201

17 U.S.C. : 1202

17 U.S.C. : 1203

17 U.S.C. : 1204

17 U.S.C. : 1205

¹⁷ จิรนิติ หะวานนท์ , สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543) , หน้า 25.

Bootlegging Offenses

18 U.S.C. : 2319A

Trademark Offenses

18 U.S.C. : 2320

Trademark Secret Offenses

18 U.S.C. : 1831

18 U.S.C. : 1832

18 U.S.C. : 1833

18 U.S.C. : 1834

18 U.S.C. : 1835

18 U.S.C. : 1836

18 U.S.C. : 1837

18 U.S.C. : 1838

18 U.S.C. : 1839

Offenses Relating to the Integrity of IP Systems

17 U.S.C. : 506 (c-d)

17 U.S.C. : 506 (e)

18 U.S.C. : 1497

35 U.S.C. : 1292

Offenses Relating to the Misuse of Dissemination Systems

18 U.S.C. : 1341

18 U.S.C. : 1343

18 U.S.C. : 2512

47 U.S.C. : 553

47 U.S.C. : 605

3. บทบัญญัติเกี่ยวกับคั่นและยึดคอมพิวเตอร์

18 U.S.C. : CHAPTER 119 - WIRE AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS INTERCEPTION
AND INTERCEPTION OF ORAL COMMUNICATIONS

Sec. 2510. Definitions

Sec. 2511. Interception and disclosure of wire, oral, or electronic communications prohibited

18 U.S.C. : CHAPTER 121 - STORED WIRE AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS AND TRANSACTIONAL RECORDS ACCESS

Sec. 2701. Unlawful access to stored communications

Sec. 2702. Disclosure of contents

Sec. 2703. Requirements for governmental access

Sec. 2705. Delayed notice

Sec. 2711. Definitions for chapter

42 U.S.C. : CHAPTER 21A - PRIVACY PROTECTION

Sec. 2000aa. Searches and seizures by government officers and employees in connection with investigation or prosecution of criminal offenses

The USA Patriot Act of 2001

Sec. 202 Authority to Intercept Voice Communications in Computer Hacking Investigations

Sec. 209 Obtaining Voice-mail and Other Stored Voice Communications

Sec. 210 Scope of Subpoenas for Electronic Evidence

Sec. 211 Clarifying the Scope of the Cable Act

Sec. 212 Emergency Disclosures by Communications Providers

Sec. 216 Pen Register and Trap and Trace Statute

Sec. 217 Intercepting the Communications of Computer Trespassers

Sec. 220 Nationwide Search Warrants for E-mail

Sec. 814 Deterrence and Prevention of Cyberterrorism

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ เกิดจากพัฒนาการทางกฎหมายที่คลี่คลายหลัก The Exclusionary rule โดยการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวนี้ส่วนหนึ่งจะเป็นการกำหนดฐานความผิดและกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีสำหรับความผิดนั้นๆ โดยเฉพาะ คือ Copyright Offenses , Copyright Management Offenses , Bootlegging Offenses , Trademark Offenses , Trademark Secret Offenses , Offenses Relating to the Integrity of IP Systems , Offenses Relating to the Misuse of Dissemination Systems

อีกส่วนหนึ่งเป็นเพิ่มอำนาจให้กับเจ้าพนักงานในคดีอาชญากรรมพื้นฐานที่ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด คือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการค้นและการยึดคอมพิวเตอร์ที่แทรกอยู่ใน Title ต่าง ๆ ที่แสดงไว้ข้างต้น ทั้งนี้ด้วยความเห็นชอบจากศาลสูงที่ได้วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการกระทำผิดด้วยคอมพิวเตอร์และได้วางเป็นหลักการไว้ก่อนแล้ว

อย่างไรก็ตามการพัฒนากฎหมายที่ใช้สำหรับการค้นและการยึดคอมพิวเตอร์ของประเทศสหรัฐอเมริกาคงไม่สิ้นสุดอยู่เพียงเท่านี้ เพราะโครงร่างกฎหมายของอเมริกาส่วนใหญ่มีหลักการแตกต่างกันระหว่างเทคโนโลยีการสื่อสารใช้เสียง เช่น โทรศัพท์ กับการสื่อสารที่ไม่ใช้เสียง เช่น Fax หรือ E-mail จึงมีหลักการในการควบคุมและคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Rights) แตกต่างกัน แต่ปัจจุบันปรากฏว่าข้อมูลและเสียงอาจปรากฏอยู่ร่วมกันในการสื่อสารหนึ่งในระบบเครือข่าย อินเทอร์เน็ต ซึ่งกฎหมายเดิมไม่ได้ครอบคลุมถึง ดังนั้นกฎหมายของอเมริกาจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนต่อไปเช่นที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใน The USA Patriot Act of 2001 เพื่อให้อำนาจเจ้าพนักงานมีอำนาจในการดักฟังการสื่อสารในเทคโนโลยีรูปแบบใหม่นั้นเอง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความผิดที่กระทำบนอินเทอร์เน็ตก่อให้เกิดปัญหามากมายในการสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐาน ทั้งนี้เพราะสภาพปกติของสิ่งที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานซึ่งอยู่ในระบบเครือข่าย อินเทอร์เน็ตเป็นเพียงคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า จึงไม่อยู่ในสถานะที่มนุษย์สามารถมองเห็นและเข้าใจได้ จำต้องอาศัยคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการแปลงสัญญาณคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเหล่านั้นให้ออกมาเป็นรูปภาพหรือตัวอักษรที่มนุษย์สามารถเข้าใจได้ กระบวนการที่ใช้ในการแปลความหมาย ดังกล่าวเมื่ออยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานจึงเกิดปัญหาความไม่เชื่อใจในความถูกต้อง แท้จริงของสิ่งที่นำมากล่าวอ้างเป็นหลักฐาน และสิ่งที่เจ้าพนักงานใช้เป็นเครื่องมือในการแปล เนื่องจากไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาและกลัวว่าอาจมีการตั้งโปรแกรมไว้ล่วงหน้าให้คอมพิวเตอร์แปลผลออกมาอย่างที่ต้องการ โดยเฉพาะไม่มั่นใจในความครบถ้วนบริบูรณ์ของ ข้อมูลที่เจ้าพนักงานยึดมาได้เนื่องจากข้อมูลที่เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายทั้งจากการกระทำของมนุษย์และสภาวะแวดล้อมที่ไม่เหมาะสม เช่น ความชื้นหรือสนามแม่เหล็ก ที่อาจเป็นตัวแปรทำให้ข้อมูลที่เก็บไว้โดยไม่มี การป้องกันการรบกวนดังกล่าวเกิดความผิดเพี้ยนหรือสูญหายไป

นอกจากนี้ความสามารถในการเลือกเส้นทางส่งผ่านข้อมูลในลักษณะ Decentralize การค้นหาเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เป็นเป้าหมายในการแสดงผลในระบบอินเทอร์เน็ตด้วย TCP/IP Protocol การแพร่กระจายความผิดในลักษณะ Interactive ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรวดเร็วและรุนแรงในวงกว้าง รูปแบบการสื่อสารในลักษณะปกปิดตัวตนรวมทั้งการเข้ารหัสลับ (Encryption) ในการติดต่อ ตลอดจนความสามารถในการเคลื่อนย้ายหรือทำลายหลักฐานที่กระทำได้ง่ายถึงขนาดสามารถตั้งโปรแกรมให้คอมพิวเตอร์เปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือลบข้อมูลทิ้งได้ด้วยตัวของมันเอง ลักษณะพิเศษของอินเทอร์เน็ตต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแต่เป็นปัจจัยที่ทำให้การ สืบสวนติดตามร่องรอยการกระทำ ความผิดกระทำได้ยาก ทั้งยังบีบบังคับให้เจ้าพนักงานต้อง ปฏิบัติการด้วยความรวดเร็วเร่งด่วนกว่าปกติอีกด้วย

สภาพไร้การกระทำทางกายภาพอันเนื่องมาแต่ความสามารถของคอมพิวเตอร์ส่งผลให้ลักษณะของการกระทำ ความผิดบางประเภทเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม หรือเกิดความผิดรูปแบบใหม่ซึ่งไม่สามารถปรับให้เข้ากับองค์ประกอบตามหลักกฎหมายอาญาเดิมที่มีอยู่ ทั้งลักษณะการ เชื่อมโยงและส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบอินเทอร์เน็ต ได้สร้างโลกเสมือนจริงซึ่งมีอาณาเขตดินแดนหนึ่งเดียวครอบคลุมไปทั่วโลกเหลือมซ้อนอยู่กับดินแดนบนโลกที่มีการแบ่งอาณาเขตทางภูมิศาสตร์ โดยผลของการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นในโลกเสมือนจริงหรือไซเบอร์สเปซนี้สามารถ ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงในดินแดนบนโลก ดังนั้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ในทั้งสองดินแดน จึงต้องพยายามหาทางจัดการกับผู้ร้ายที่อาศัยโอกาสจากการเหลือมซ้อนดังกล่าวแสวงหาประโยชน์ใส่ตน หรือกลั่นแกล้งผู้อื่นโดยมิชอบ โดยการนำตัวผู้กระทำความผิดนั้นมาลงโทษตามกฎหมายให้ได้

แต่กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันเป็นกฎหมายที่เกิดในยุคเทคโนโลยีสมัยเก่าที่คำนึงถึงการให้หลักประกันสิทธิส่วนบุคคลสูง มีขั้นตอนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจมากมายจึงไม่เอื้อต่อการบังคับใช้กับความผิดที่เกิดขึ้นในอีกมิติหนึ่งซึ่งต้องการการปฏิบัติงานในลักษณะที่รวดเร็วและ แน่นนอน เพื่อค้นหาและกักเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานให้ปลอดภัยและมีความสมบูรณ์อยู่จนถึงเวลานำเสนอต่อศาล ทำอย่างไรจึงจะปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้ เจ้าหน้าที่งานสามารถปฏิบัติการได้อย่างรวดเร็ว สอดคล้องกับวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีโดยไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่รัฐประกาศไว้กับประชาชนตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ในการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวนี้ กระทำโดยการศึกษาแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐ ประกอบกับแนวความคิดในการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยพิจารณาดุลยภาพระหว่างการรักษาประโยชน์ของปัจเจกชนกับการรักษาประโยชน์ของมหาชน ซึ่งผลจากการศึกษาพบว่าจุดสมดุล ในการรักษาดุลยภาพดังกล่าวสามารถเลื่อนไปมาได้ตามความเหมาะสมขึ้นอยู่กับสถานะของสังคมในเวลานั้น ถ้าสังคมเปลี่ยนไปจุดสมดุลดังกล่าวก็จะเลื่อนตามไปด้วย และจากการศึกษาดังกล่าวยังพบอีกว่าพัฒนาการสังคมเปลี่ยนแปลงไปตามวิวัฒนาการทางเทคโนโลยี เช่น จากยุคที่เดินทางด้วยเท้าเปลี่ยนมาเป็นเดินทางด้วยเกวียนแล้วพัฒนาการมาเป็นรถยนต์ จนกระทั่งยุคของการสื่อสารทางสาย เช่น โทรศัพท์ และการสื่อสารด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ สังเกตได้ว่าแต่ละยุคจะมีกฎหมายออกมาเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งหมายถึงจุดสมดุลถูกเลื่อนไปทางให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น

เทคโนโลยีทำให้สังคมแคบลง ยิ่งสังคมแคบลงเท่าใดโอกาสที่สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดก็มีมากขึ้นเท่านั้น กรอบแห่งการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลจึงถูกจำกัดให้แคบลงเพื่อลดการกระทบกระทั่งระหว่างบุคคลอันเป็นกลไกธรรมชาติในการปรับพฤติกรรมในสังคมเอง แต่เนื่องจากบุคคลมีความเข้าใจในการใช้สิทธิเสรีภาพของตนภายในขอบเขตที่ไม่เท่ากัน รัฐจึงต้องกำหนดขอบเขตแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวให้ชัดเจนขึ้นโดยกำหนดเป็นกฎหมาย ซึ่งถือเป็นข้อสงวนสิทธิของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนในลักษณะสัมพัทธ์ แต่การที่กฎหมายจะมีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่าง ๆ ได้โดยชอบ ต้องเป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเท่านั้น กฎหมายที่ก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคลเกินกว่าความจำเป็นย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบ

ปัจจุบันวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้ากลายเป็นยุคแห่งการสื่อสาร โทรคมนาคม โลกแคบลงจนทำให้อาณาเขตดินแดนหมดความหมาย พฤติกรรมในสังคมไซเบอร์รวมทั้งการประกอบอาชญากรรมไม่มีการกระทำทางกายภาพ พยานหลักฐานเพียงอย่างเดียวที่จะชี้ให้เห็นได้ว่ามีกระทำความผิดเกิดขึ้นคือคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่เคลื่อนที่ไปมาในรูปของข้อมูลสารสนเทศหรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การค้นหาและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุค ข้อมูลข่าวสารจึงมีความสำคัญต่อการพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลย เมื่อพยานหลักฐาน ดังกล่าวมีลักษณะพิเศษเกินกว่าที่จะค้นหาและยึดได้โดยวิธีปกติได้ จึงเป็นการสมควรที่จะมีกฎหมายในลักษณะใหม่ที่เอื้อต่อการปฏิบัติการดังกล่าว ทั้งนี้แม้จะต้องก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคลเพิ่มขึ้นเช่นการให้อำนาจเจ้าพนักงานในการดักสัญญาณหรือเข้าถึงแฟ้มข้อมูลส่วนบุคคล และลดหลัก

ประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนลงเพื่อความคล่องตัวในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ก็ตาม เมื่อเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและ ความปลอดภัยให้เกิดขึ้นในสังคมอันเป็นการรักษาประโยชน์สาธารณะ จึงถือเป็นกฎหมายที่ชอบ

เมื่อกลับมาทบทวนกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน พบว่ามีหลาย ขั้นตอนที่ทำให้เกิดความล่าช้าในการค้นและการยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากความประสงค์ของรัฐที่มุ่งจะให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล จึงสร้างหลักประกันสิทธิของ ประชาชนด้วยการกำหนดมาตรการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานโดยองค์การศาล ทั้งนี้ยังได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 238 อีกด้วย เพื่อป้องกันมิให้มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดมาขัดหรือแย้งได้ ซึ่งเป็นผลทำให้ต้องยกเลิกกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 58 และมาตรา 92 วรรคท้าย ในส่วนของอำนาจในการออกหมายค้นของพนักงาน ฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ไป เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลแต่ผู้เดียวเท่านั้นมีอำนาจออกหมายค้น แม้แต่การค้นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้อุปกรณ์เชื่อมต่อคอมพิวเตอร์เข้าไปค้นหาหลักฐานข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ต้องสงสัยโดยไม่มีการรुक้าเข้าไปในทรัพย์สินก็ควรใช้หมายค้นเช่นเดียวกันเพราะถือว่ามี การลวงล้าเข้าไปในพื้นที่อันสงวนไว้เป็นสิทธิส่วนตัวแล้ว “กระบวนการออกหมายค้นโดยศาล” จึงเป็นขั้นตอนหนึ่งที่ก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้า เนื่องจากเจ้าพนักงานขาดความคล่องตัวในการปฏิบัติหน้าที่

ปัญหาเรื่องการค้น

“หมายค้น” แม้จะเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ดีที่สุดเพราะเป็นกลไกการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานมิให้กระทำการเกินเลยไปกว่าความจำเป็น แต่กระบวนการออกหมายค้นที่นอกจากทำให้เสียเวลาเดินทางไปศาลแล้ว ปัญหาในเรื่องการระบุนายละเอียดในหมายค้นก็เป็นปัญหาใหญ่ที่ควรคำนึงถึง เพราะการที่จะร้องขอหมายค้นจะต้องทำให้ศาลเชื่อว่าสิ่งของที่จะเป็นพยานหลักฐานอยู่ในสถานที่นั้น การแสดง “เหตุอันควรเชื่อ” เช่นนั้นในคดีอาชญากรรมไซเบอร์ถือว่าเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก เพราะพยานหลักฐาน อิเล็กทรอนิกส์เป็นสิ่งที่มองไม่เห็นได้ด้วยตา จะแสดงให้ศาลเชื่อได้อย่างไรว่าพยานหลักฐาน อิเล็กทรอนิกส์ ที่ต้องการนั้นอยู่ในสถานที่นั้น

เจตนารมณ์ของ “หมายค้น” อีกประการหนึ่งคือ เป็นตัวกำหนดขอบเขตในการค้นของ เจ้าพนักงาน เพราะ “หมายค้น” เป็นสิ่งที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานลวงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้ด้วยการค้น แต่ขณะเดียวกันก็เป็นกรอบในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานมิให้เกินเลยไปกว่าที่กำหนดไว้ในหมายสิ่งที่ต้องกำหนดไว้ในหมายคือ ลักษณะของสิ่งของที่ จะค้น และสถานที่ที่จะทำการค้น แต่อย่างทีกล่าวแล้วว่าพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นเพียงคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าไม่สามารถระบุได้ว่าอยู่ในรูปแบบใดและเก็บอยู่ที่ใด ซึ่งแม้จะรู้ว่าอยู่ที่ใด แต่การที่พยานหลักฐานดังกล่าวมีการเคลื่อนไหวโยกย้ายที่ไ้รวดเร็วทำให้กระบวนการค้นอาจกินวงกว้างเกินกว่าจะระบุในหมายได้

นอกเหนือจากปัญหาเรื่องหมายค้นแล้ว ยังมีข้อกฎหมายที่ทำให้การค้นมีความล่าช้าอีก คือ “เงื่อนไขเวลาในการค้น” เพราะกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้เจ้าพนักงานทำการค้นได้เฉพาะเวลากลางวัน แต่บริการบนอินเทอร์เน็ตเปิดให้บริการตลอด 24 ชั่วโมง ดังนั้น การกระทำความผิดจึงอาจเกิดขึ้นได้

ตลอด 24 ชั่วโมงเช่นกัน ในขณะที่เจ้าพนักงานต้องรอจนกว่า พระอาทิตย์ขึ้นจึงจะทำการค้นได้ และข้อกฎหมายที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจค้นต้องเป็น “เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ” เท่านั้น โดยไม่เปิดช่องให้ผู้อื่นสามารถเข้ามาช่วยเจ้าพนักงานทำการตรวจค้นได้เลยนั้น นอกจากทำให้การค้นหายานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ล่าช้าเนื่องจากไม่มีความรู้ความชำนาญแล้ว ตัวเจ้าพนักงานผู้ค้นเองที่อาจกลายเป็นผู้ทำลายพยานหลักฐานโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

ปัญหาเรื่องการยึด

การยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์จะประสบปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เพราะธรรมชาติของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีความไม่คงทนถาวร ทั้งสภาพที่แท้จริงของพยานหลักฐานเป็นคนละเรื่องกับสภาพที่ปรากฏแก่สายตา ความไม่ไว้วางใจจึงเกิด ในทุกขั้นตอนที่มีการถ่ายโอนข้อมูล และการเก็บรักษา ดังนั้นปัญหาสำหรับขั้นตอนการยึดคือ ทำอย่างไรจึงจะสร้างความเชื่อถือว่า สิ่งที่เจ้าพนักงานนำเสนอนั้นถูกต้องแท้จริงและเป็นสิ่งเดียวกันกับที่ยึดมาในสถานที่เกิดเหตุ และสิ่งนั้นยังคงสภาพครบถ้วนสมบูรณ์อยู่จนถึงวันที่ นำเสนอต่อศาล

ปัญหาเรื่องพยานหลักฐาน

พยานหลักฐานสิ่งเดียวที่จะชี้ถึงการกระทำความผิดในคดีอาชญากรรมไซเบอร์ได้คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ต้องหาและของบุคคลอื่นที่ผู้ต้องหาใช้ในการ ส่งผ่านข้อมูล ถ้าเจ้าพนักงานใช้วิธีการรวบรวมพยานหลักฐานเช่นเดียวกับอาชญากรรมธรรมดา แม้เป็นการกระทำความผิดซึ่งหน้าก็ยากที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้เนื่องจากเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ที่ยึดมาไม่สามารถบ่งชี้การกระทำความผิดของผู้ต้องหาได้ ปัญหาเรื่องบุคลากรที่จะทำการค้นหายานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์จึงมีความสำคัญเช่นเดียวกัน

นอกจากปัญหาเรื่องการรวบรวมพยานหลักฐานข้างต้นแล้ว ยังมีปัญหาล่าสุดท้ายคือปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานชั้นศาลว่าข้อมูลที่มีการเปลี่ยนรูปลักษณะไปแล้วนั้นศาลจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพียงใด

แนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับแนวทางการบังคับใช้กฎหมายในเรื่อง การค้นและการยึดพยานหลักฐาน ทางอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น อาจกล่าวได้ว่ามีแนวโน้มที่จะผ่อนคลายจากหลัก The Exclusionary Rule ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลสูงได้วางไว้เพื่อให้ The Fourth Amendment มีประสิทธิภาพในการเป็นหลักประกันสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนชาวสหรัฐอเมริกาให้พ้นจากการล่วงละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานโดยไม่มีเหตุผลและไม่จำเป็น โดยการที่ศาลจะไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นและการยึดอันมิชอบด้วยกฎหมายรวมทั้งพยาน หลักฐานโดยอ้อมอันสืบเนื่องมาจากพยานหลักฐานที่มีชอบนั้น

The Fourth Amendment เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลของเอกชน อันได้แก่สิทธิที่จะปลอดภัยจากการรุกรานเสรีภาพ ความมั่นคงและทรัพย์สินโดยไม่มีเหตุผลและไม่จำเป็น ซึ่งถือเป็นเรื่องที่สำคัญมากสำหรับประชาชนชาวสหรัฐอเมริกา “กระบวนการออกหมาย” (Warrant Process) จึงถือเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่ดีได้ส่วนหนึ่ง เพราะจะต้องผ่านการตรวจสอบจากผู้พิพากษามาจิสเตรต ในเรื่อง “มีเหตุอันควรเชื่อ”(Probable Cause) ภายใต้คำสาบานของเจ้าพนักงานผู้ที่จะทำการค้น

แต่ The Fourth Amendment ไม่ได้บังคับว่าการค้นต้องมีหมายทุกกรณี เพราะสภาพการณ์บางอย่างอาจทำให้มีเหตุผลเพียงพอที่จะทำการค้น และยึดทรัพย์สินโดยไม่มีหมายได้ เช่นการได้รับความยินยอมจากผู้ครอบครองทรัพย์สิน การค้นบันทึกสาธารณะและในสภาพการณ์ที่มี เหตุผลความจำเป็นอื่น ๆ เช่น การค้นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ หรือการค้นภายหลังการจับเพื่อค้นหาอาวุธหรือ สิ่งของในการกระทำความผิดต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งสภาพการณ์ที่มีเหตุผลดังกล่าว ส่วนหนึ่งเกิดจากเทคโนโลยีที่เจริญก้าวหน้าขึ้น เหตุที่จะทำการค้นโดยไม่ต้องมีหมายจึงเพิ่มขึ้น ทุกที่ตามกระแสการวิวัฒนาการทางเทคโนโลยี ซึ่งได้รับการยอมรับโดยคำพิพากษาของศาลสูงสุด จุดสมดุลในการรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของสหรัฐอเมริกา ด้วย The Exclusionary Rule จึงค่อย ๆ เคลื่อนห่างออกมาจากประโยชน์ของปัจเจกชน แต่กลับเคลื่อนเข้าไปใกล้ด้านการใช้อำนาจรัฐในการรักษาประโยชน์ของมหาชนมากขึ้น ซึ่งมีผลทำให้รัฐสามารถล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนได้มากขึ้นทุกทีโดยไม่รู้ตัวว่าเป็นการคุกคามสิทธิส่วนบุคคลดังกล่าวในตอนต้นนั่นเอง

เมื่อ The Exclusionary Rule ผ่อนคลายลง กฎหมายใหม่ ๆ ที่ออกมาโดยความยินยอมของศาลสูง จึงมีลักษณะให้อำนาจเจ้าพนักงานล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลได้มากขึ้น เช่นกฎหมาย เกี่ยวกับการดักฟัง เป็นต้นซึ่งปัจจุบันได้มีบทบัญญัติเพิ่มเติมการให้อำนาจในการดักฟังได้มากขึ้น เรื่อย ๆ แต่มิใช่เป็นการให้อำนาจเด็ดขาด หากเป็นการให้อำนาจเจ้าพนักงานกระทำการภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เช่น จะต้องไม่เป็นการดักฟังในลักษณะที่รุุกเข้าไปในความเป็นส่วนสัดเฉพาะของบ้านหรือใช้เครื่องมือ “ลำโพงเต๋อยแหลม” ใสเข้าไปในบ้านติดกันเพื่อแอบฟัง เป็นต้น

ปัจจุบันการค้นกระทำได้ง่ายขึ้นด้วยเครื่องมืออุปกรณ์ที่ช่วยในการค้นในหลายประเภท โดยเฉพาะการค้นทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งแม้ว่า The Exclusionary Rule จะผ่อนคลายเป็นมากแล้ว ก็ตาม หากแต่ยังคงต้องกระทำการภายใต้บังคับแห่ง The Fourth Amendment ซึ่งหมายความว่า การใช้เครื่องมือใด ๆ ช่วยในการค้นก็แล้วแต่หากมีการบุกรุกเข้าไปในในแดนอันเป็นสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชนแล้วการค้นนั้นจะต้องมีหมายค้นเสมอ

กรณีการค้นหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่ง The Fourth Amendment เช่นกัน ไม่มีข้อยกเว้นซึ่งหมายความว่าในการค้นหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นถ้าต้องการการรุุกเข้าไปในเคสสถานอันเป็นแดนแห่งสิทธิส่วนบุคคลเพื่อค้นหา หลักฐานดังกล่าวจากเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวัสดุอื่นที่อยู่ภายในบ้านนั้น ต้องใช้หมายค้นเสมอ

แต่ปัญหาคือกรณีการต่อสายเชื่อมโยงเพื่อค้นหาพยานหลักฐานจากเครื่องคอมพิวเตอร์ ที่อยู่ในบ้าน หรือการเข้าไปในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อค้นหาหลักฐานจากแฟ้มข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่มี การบุกรุกเข้า

ไปในเคสสถานเลขก็ต้องใช้หมายค้นด้วย เพราะกรณีนี้ศาลสูงสุดได้วินิจฉัย รับรองว่า แดนแห่งสิทธิส่วนบุคคลในกรณีนี้ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดย The Bill of Rights เช่นกัน แต่ถ้าเป็นการค้นภายในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในส่วนที่เปิดเป็นบริการสาธารณะอย่างนี้ ไม่ต้องใช้หมายค้นเพราะไม่มีการบุกรุกล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิส่วนบุคคลของผู้ใด

กล่าวโดยสรุปในเรื่องการค้นของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็คือ ถ้าการค้นนั้นมีการล่วงล้ำ เข้าไปในแดนแห่งสิทธิส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุกรุกเข้าไปค้นภายในเคสสถาน หรือบุกรุกเข้าไปในระบบเพิ่มข้อมูลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่มีการเข้าไปในเคสสถานเลขก็ตาม การค้นในลักษณะเช่นนี้ต้องมีหมายค้นเสมอ

จากการที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการค้น และการยึดพยานหลักฐานทาง อิเล็กทรอนิกส์ ทั้งกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เขียน ขอเสนอแนะแนวทางการแสวงหาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ในขั้นตอนการค้น และการยึดข้อมูลที่อยู่ในคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ต ดังนี้

กรณีค้นโดยมีหมายค้น

1. ควรกำหนดให้ผู้มีอำนาจค้นในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์คือคณะทำงานสืบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ เพื่อความปลอดภัยในการค้นและยึดข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคณะทำงานชุดหนึ่งต้องประกอบด้วยทีมสอบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจ และทีมผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ โดยแต่ละทีมต้องมีลูกทีมคือ

1.1 ทีมสอบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจอย่างน้อยที่สุดต้องประกอบด้วย

-หัวหน้าพนักงานสอบสวน ทำหน้าที่หัวหน้าคณะทำงานฯ

-เจ้าหน้าที่ประสานงานระหว่างตำรวจ อัยการ และศาล เพื่อทำหน้าที่ประสานงานเรื่องต่าง ๆ เช่น การขอหมายค้น การรับคำสั่งปฏิบัติการจากหัวหน้าพนักงานสอบสวน รวมทั้งการประสานงานกับบุคคลภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับการค้นหา หลักฐานเช่น ISP

1.2 ทีมผู้เชี่ยวชาญอย่างน้อยที่สุดจะต้องประกอบด้วย

- ชุดผู้เชี่ยวชาญด้านการค้นหา ประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ด้าน ตรวจสอบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDP Auditor) และ/หรือนักวิเคราะห์ระบบ (Computer System Analyst) อย่งใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสอง อย่างน้อย 1 คน และผู้เชี่ยวชาญทางการรักษาความปลอดภัย (Security Specialist) อีกอย่างน้อย 1 คน เพื่อทำการค้นหาและป้องกันความเสียหายของข้อมูลในขณะค้นหาและจัดเก็บ

- ชุดผู้เชี่ยวชาญการรับรองความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ในห้องปฏิบัติการ

2. กำหนดให้ทีมสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเป็นพิเศษเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานปราบปรามยาเสพติด โดยให้มีอำนาจการเข้าถึง ข้อมูลในระบบการสื่อสารคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่าย ดักฟังตรวจจับสัญญาณ การล่อให้กระทำความผิด การติดตั้ง Pen Register เป็นต้น ภายใต้อำนาจสั่งการของศาล

3. ควรเพิ่มกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการระบุสถานที่ที่จะค้น และลักษณะสิ่งของที่ต้องการค้น ตามมาตรา 60 (4)(ค) โดยให้เพิ่มกรณีออกหมายค้นพยาน หลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ ออกมาต่างหากเป็น มาตรา 60 (4)(ง) และให้ระบุเป็นบริเวณหรือสถานที่ที่จะค้นโดยไม่ต้องเจาะจงมากนัก ในกรณีสุดท้ายที่เจ้าพนักงานจะกำหนดขอบเขตได้ ควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญที่อยู่ในทีมค้นหาเป็นผู้ระบุรายละเอียดโดยอ้างอิงหลักการทางคอมพิวเตอร์ประกอบคำร้องขอ

ส่วนลักษณะของสิ่งที่ต้องการค้นในกรณีที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้กำหนดกว้าง ๆ ว่าเป็นข้อมูลประเภทใด หรือเกี่ยวกับเรื่องใดอย่างกว้าง ๆ และกำหนดให้การอนุญาตมีความหมายเลยไปถึงการยึดหลักฐานที่ตรวจพบ และการให้อำนาจผู้เชี่ยวชาญในทีมงานตรวจค้นกู้ ข้อมูลที่ถูกลบทิ้งให้กลับคืนมาได้ด้วย

4. กำหนดให้คณะทำงานสืบสวนฯ มีอำนาจเรียกให้ราษฎรช่วยทำการค้นได้ตามความเหมาะสม โดยราษฎรนั้นต้องมีคุณสมบัติในการเป็นผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการค้นและยึดพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ กรณีแรก ราษฎรนั้นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์โดยจะเป็นผู้ที่อยู่ในบัญชีรายชื่อของศาลหรือไม่ก็ได้ หรือกรณีที่สอง อาจเป็นเอกชนหรือหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสืบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ภาคเอกชน เช่น Thaicert หรือเป็นผู้มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่จะทำการค้น เช่น ISP หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลตามที่กล่าวไปในบทที่ 2 แต่ทั้งนี้ราษฎรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่เพียงเท่าที่พนักงานสอบสวนมอบหมายเท่านั้น และจะบังคับให้เขาช่วยเหลือจนอาจเป็นผลร้ายต่อตนเองหรืออาชีพของเขาไม่ได้ เปรียบเทียบกับกรณีราษฎรช่วยเหลือเจ้าพนักงานตามคำร้องขอตามมาตรา 82

กรณีราษฎรที่เป็นผู้เชี่ยวชาญต้องกำหนดให้ใช้พยานผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ ในสาขาต่างๆ ที่จะประกอบเป็นชุดสอบสวนคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ข้างต้นจากบัญชีที่ศาล แต่งตั้งไว้ และให้มีอำนาจในการร่วมค้นหาพยานหลักฐานกับคณะทำงานสืบสวนฯ ตลอดจน การยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

กรณีที่ราษฎรที่จะเข้ามาช่วยไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ ราษฎรนั้นต้องปรากฏว่าเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่จะทำการค้นนั้น

5. กำหนดมาตรการในการเรียก ISP หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการอินเทอร์เน็ต มาสอบถามหรือขอให้ความร่วมมือในการตรวจค้น โดยจำกัดข้อมูลในการสอบถามหรือตรวจค้นให้ชัดเจนภายใต้อำนาจสั่งการของศาล เพื่อมิให้ ISP ต้องรับภาระหรือต้องถูกฟ้องร้องฐานละเมิดกรณีไม่รักษาข้อมูลความลับของผู้ใช้บริการ

กรณีการค้นโดยไม่ต้องมีหมาย

1. กำหนดให้การพบการกระทำความผิดโดยใช้คอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะเป็นอันตรายต่อสังคมร้ายแรงหรือก่อให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวาง เช่น การคบคิด ก่อการร้าย หรือการปล่อยไวรัสคอมพิวเตอร์เป็นความผิดร้ายแรงเป็นการกระทำความผิดซึ่งหน้าตามนัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 80 วรรคสอง ซึ่งกำหนดไว้เป็นบัญญัติความผิดโดยไม่ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์อื่นๆ อีก เพื่อให้เจ้าพนักงานสามารถอ้างเหตุฉุกเฉิน และจำเป็นเร่งด่วนเพราะพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อาจถูกกลบ แก้ไข กำจัดทำลายได้ง่าย และในสภาวะการฉุกเฉินเช่นนี้เจ้าพนักงานไม่สามารถดำเนินการขออนุญาตค้นได้ทัน

ในเรื่องการยึด

1. กำหนดอำนาจให้เจ้าพนักงานสามารถใช้ดุลพินิจทำการยึดพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในที่เกิดเหตุได้โดยทันที ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ทำการสอบสวนเห็นว่า

(1) มีความจำเป็นเร่งด่วน ไม่สามารถขออนุญาตค้นได้ทัน เช่น พบการกระทำความผิด ซึ่งหน้า หรือกรณีที่มีข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้มาโดยผิดกฎหมาย เช่น ข้อมูลความลับทางการค้า ข้อมูลส่วนบุคคล หรือข้อมูลบัตรเครดิตต่าง ๆ

(2) มีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ที่กำลังจะกระทำผิด เช่น กำลังตั้งใจจะใช้คอมพิวเตอร์ส่ง E-mail เพื่อกระจายภาพของบุคคลที่ถูกติดต่อเป็นภาพลามกอนาจารให้แพร่หลาย หรือกำลังจะส่งไวรัสคอมพิวเตอร์ลงบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้บุคคลนั้นจะต้องมีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำผิด เช่น ดิสเก็ตต์ที่ใช้เก็บข้อมูลภาพ หรือซีดีรอมที่เก็บโปรแกรม ไวรัสดังกล่าวอยู่ในความครอบครองในขณะที่ค้นนั้น

(3) ทำเลที่ตั้งพยานหลักฐานหรือที่เสมือนจะเป็นพยานหลักฐานเป็นอันตรายหรือเสี่ยงต่อการสูญหาย และ

(4) พยานหลักฐานดังกล่าวกำลังจะถูกทำลาย

กรณีต่าง ๆ เหล่านี้อาจจะถือเป็นเหตุอันควรที่เจ้าพนักงานอาจจะมีอำนาจยึดข้อมูลไว้ก่อน โดยไม่ต้องขออนุญาตค้นข้อมูลได้ โดยอ้างเหตุฉุกเฉิน

2. กำหนดระเบียบปฏิบัติการยึดข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 101 โดยกำหนดให้ต้องมีการทำสำเนาหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อย่างน้อย 2 ชุด เพื่อเป็นการยืนยันพิสูจน์ความถูกต้องของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยเก็บไว้ที่พนักงานสอบสวน 1 ชุด อีก 1 ชุด หรือมากกว่า โดยให้เก็บไว้ที่ศาลชุดหนึ่ง ชุดที่เหลืออาจเก็บไว้ที่องค์กรกลางที่เป็นเอกชนผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยว

ข้องกับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยแต่ละชุดต้องมีการหีบห่อดีตราหรือทำเครื่องหมายไว้เป็นสำคัญด้วยเพื่อเป็นการรับรองความ ถูกต้อง

3. กำหนดเป็นระเบียบปฏิบัติในการยึด และเก็บรักษาพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ในเรื่อง การจัดเก็บ การหีบห่อดีตรา รวมทั้งวิธีการนำส่งห้องปฏิบัติการให้ชัดเจนเป็นแนวทางเดียวกัน เพื่อสร้างความ น่าเชื่อถือในความครบถ้วนสมบูรณ์ของพยานหลักฐาน กับกำหนดระเบียบปฏิบัติในการแก้ห่อที่บรรจุพยาน หลักฐานดังกล่าวในห้องปฏิบัติการโดยอาจกำหนดให้มีพยาน ยืนยัน หรือให้เปิดต่อหน้าผู้ต้องหาหรือผู้แทน เพื่อความมั่นใจในเรื่องความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐาน

ข้อเสนอแนะอื่น ๆ

1. ควรปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการรับฟังพยาน หลักฐานใน มาตรา 226 โดยกำหนดลักษณะและสถานภาพของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ให้ชัดเจน และกำหนดวิธี การนำเสนอพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ต่อศาลเป็นการเฉพาะ เพื่อมิให้ขัดกับหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The Best of Evidence) กับหลักการรับฟัง พยานบอกเล่า (Hear Say) โดยกำหนดเป็นข้อยกเว้นของการ เป็นพยานบอกเล่าในกรณีเป็นพยานหลักฐานคอมพิวเตอร์ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดใน ปัจจุบันและจะเกิดต่อไปในอนาคต

2. ควรปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาของศาลโดย กำหนดให้คดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์มีการพิจารณาคดีอย่างต่อเนื่อง เพื่อความรวดเร็วเป็นการป้องกันมิให้ พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องถูกนำมาแสดงซ้ำแล้วซ้ำเล่า อันอาจเป็นเหตุให้เกิดการเสื่อมสภาพอันเป็น ผลร้ายต่อรูปคดีได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กฤษณะ ช่างกล่อม . รายงานการสัมมนาทางวิชาการ โครงการ"เวทีความคิดเพื่อการพัฒนา
กระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : แนวทางแก้ไข
ไขปัญหาอาชญากรรมยุคไอที . บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 2 (มีนาคม 2542) : 185.
กระมล ทองธรรมชาติ , สมบูรณ์ สุขสำราญ เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของ
สหรัฐอเมริกา : หน้า 94 .
- กฤษณรัตน์ รัตนสิงห์ . สาระน่ารู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ . 2541 : หน้า 2-3.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2531.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2540 .
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 . กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2542.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ . หลักการไม่ยอมรับพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ
การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา . วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 3, 9 (2520) :
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ . ระเบียบการดำเนินคดีอาญากับเสรีภาพของประชาชน . วารสารทนาย
ความ ฉบับพิเศษ (20 กุมภาพันธ์ 2524) :
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ . หลักประกันจากการถูกจับกุม ตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม . วารสาร
นิติศาสตร์ 3, 11 (2523) : 462.
- เข็มชัย ชูติวงศ์ . กฎหมายลักษณะพยาน . กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2538.
- คณิต ณ นคร . การยกประโยชน์แห่งความสงสัยและการเลือกลงโทษ . วารสารอัยการ (4 มีนาคม
2524) : 57.
- คณิต ณ นคร . กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา . พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม . กรุงเทพฯ : สำนัก
พิมพ์นิติธรรม , 2542.
- คณิง ภาไชย . กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 . กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2543.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ . จับคน : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน . วารสาร
อัยการ 13 , 2 (มกราคม 2522) : 61 – 71.

- เค็นเน็ธ เอส. โรเซนแบร์ต แปลโดย รศ.ดร.สมพร สุตินันท์โอภาส . อาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีขั้นสูง. ชานไฮเซ : สำนักพิมพ์ เคเอสเค .
- จรงค์ จุฑานนท์ . การคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการถูกจับกุมและตรวจค้นที่ไม่ชอบธรรม . วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.
- จิตราภรณ์ วันสพงศ์. อินเทอร์เน็ต : เทคโนโลยีใหม่ทำร้ายเด็ก . บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : 55 – 67 .
- จิตติ เจริญจำ . พยานในคดีอาญา โรงพิมพ์ ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร , 2538 .
- จิตติ ดิงศภักย์ . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1 . พิมพ์ครั้งที่ 5 . กรุงเทพฯ : แสงทองการพิมพ์ , 2516.
- จิรนิติ หวานนท์ . หลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน . วารสารดุลพินิจ 3, 31 (พฤษภาคม – มิถุนายน 2537) : 34 - 52 .
- จิรนิติ หะวานนท์ . สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ . กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิญญูชน , 2543.หน้า 19 - 43 .
- ญานี มโนไพโมกษ์ . หลักการตีความในกฎหมายไทย . วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2521.
- ณรงค์ ใจหาญ . ระเบียบการดำเนินคดีอาญากับเสรีภาพของประชาชน . วารสารทนายความ . ฉบับพิเศษวันทนายความ (กุมภาพันธ์ 2528) .
- ดร.ณ ไสดีพันธ์ . การบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา . วารสารอัยการ (มีนาคม 2525) : 45 – 57 .
- ทวีศักดิ์ กอนันตกุล . อาชญากรรมในยุคโลกาภิวัตน์ . บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : 26 – 39.
- ทวีศักดิ์ กอนันตกุล . รายงานการสัมมนาทางวิชาการ โครงการ"เวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย" เรื่อง "กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : แนวทางแก้ไขปัญหาอาชญากรรมยุคไอที" . บทบัญญัติ เล่ม 55 ตอน 2 (มีนาคม 2542) : 191.
- ทวีศักดิ์ กอนันตกุล . Computer – Related Crime Issues and Trends . ในเอกสารประกอบการสัมมนาของกรมตำรวจ , ระหว่างวันที่ 24 – 30 พฤศจิกายน 2539 , พัทยา .

ทวิศักดิ์ กอนันตกุล. กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : แนวทางในการแก้ไขปัญหา
อาชญากรรมยุคไอที ” , ในรายงานการสัมมนาทางวิชาการ , บทบัณฑิตย์ เล่ม 55
ตอน 1 มีนาคม 2542 : 156 – 215 .

ธรรมศักดิ์ วิชาระยะ , พันตำรวจเอก . อาชญากรรมร่วมสมัย . เอกสารส่งเสริมวิชาการ
ตำรวจ (มีนาคม 2540) : หน้า 34 – 43 .

นพมาศ ประสิทธิ์มณฑล .กฎหมายใหม่ออสเตรเลีย: อาชญากรรมไซเบอร์ (Cybercrime Act
2001 (Cth)) จากอินเทอร์เน็ต

นันทชัย เพียรสนอง . การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศกับผลกระทบทางกฎหมาย . งานวิจัยในการ
อบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) วิทยาลัยการยุติ
ธรรม กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2539 : หน้า 36 – 40 .

นันทชัย เพียรสนอง . เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ . วารสารดุลพินิจ 33 (กันยายน –
ตุลาคม 2529) : 13 – 33 .

บันลือ เรื่องตระกูล . หลักการสอบสวนคดีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3 พระนคร : โรงพิมพ์ตำรวจ
.2501.

ประธาน วัฒนวานิชย์ . แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติ
ธรรม.: วารสารนิติศาสตร์ 2, 9 (กันยายน - พฤศจิกายน) : 142 .

ประเสริฐ เมฆมณี .ตำรวจและกระบวนการยุติธรรม . กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พิพิธ จำกัด ,
2519 .

ปาริชาติ มุสิกะปาน . มาตรการในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน : ศึกษากรณี
เทคโนโลยีสารสนเทศในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตกับการฟอกเงิน. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2543 .

พรชัย เหลียวพัฒนพงศ์. ความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2537 .

ไพฑูริย์ เนติโพธิ์ . เรื่องของหมาย . วารสารกฎหมาย 3, 7 (กุมภาพันธ์ 2526) .

ไพฑูริย์ อมรเกียรติวิญญู.การคุ้มครองทางกฎหมายของชื่อโดเมนเนมบนอินเทอร์เน็ต.

บทบัณฑิตย์ เล่ม 55 ตอน 3 (กันยายน , 2542) : 14 – 18 .

ไพฑูริย์ อมรเกียรติวิญญู.การคุ้มครองทางกฎหมายของชื่อโดเมนเนมบนอินเทอร์เน็ต . 2544 :

ภานุ รั้งสีสหัส .การกระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ .วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,
2533.

มโนช ต้นตระเถียร .อาชญากรรมในยุคโลกาภิวัตน์ : จากการพนันบอลทางอินเทอร์เน็ต ถึง
อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ผู้ปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมไทยพร้อมหรือยัง.
บทบัณฑิตย เล่ม 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : 40 – 53 .

เย็น ภูสุวรรณ .เล่าเรื่องประวัติความเป็นมาของอินเทอร์เน็ต. INTERNET LITERACY ฉบับที่ 19
(ธันวาคม 2540) :33.

เลิศเชอร์ภุมมาภาย ของพระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์.กรุงเทพฯ:โรงพิมพ์โสภณพิ
พรรฒธนากร.

เลอสรอ ธนสุกาญจน์ ,จิตตภัทร เครือวรรณ , สุธรรม อยู่ในธรรม .กฎหมายสำหรับบริการอิน
เทอร์เน็ตในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2541.

เลิศชาย สุธรรมพร .อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : ศึกษากรณีความปลอดภัยของข้อมูล. (วิทยา
นิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย , 2541 .

เลิศลักษณ์ ปานเลิศ . การใช้เอกสารจากคอมพิวเตอร์เป็นพยานในศาล (ปีการศึกษา 2531) .
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย , 2531 .

เล็ก เกตุกาญจน์ .ลัทธิลอบจูนมือถือเคลื่อน ทุกข์ของว่าที่เศรษฐกิจยุคใหม่. เดลินิวส์ (วันที่ 2
มกราคม 2540): 8.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ .รายงานการวิจัยเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญศึกษารูปแบบการ
จำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้เหมาะสม (2538). หน้า 40 .

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ .สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.
กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2543 .

วัลลิกา ชุ่นศรี .ปัญหาการรวบรวมและพิสูจน์พยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในคดี
อาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2544 .

วัล ดิงสมิตร .กฎหมายศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ . พิมพ์ครั้งที่ 2
กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2544 .

วิทยา เรื่องพรวิสุทธิ .คู่มือการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต สำหรับผู้เริ่มต้น . 2539 : หน้า 22-23.

วีระพงษ์ บุญโญภาส . อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ วารสารธรรมนิติ 7 (กรกฎาคม 2531) : 103 – 105 .

วีระพงษ์ บุญโญภาส .รายงานการสัมมนาทางวิชาการ โครงการ"เวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย. เรื่อง "กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : แนวทางแก้ไขปัญหาอาชญากรรมยุคไอที. บทบัณฑิตย เล่ม 55 ตอน 2 (มีนาคม 2542) : 175.

ศรีศักดิ์ จามรมาน . การแก้ไขปัญหาคี้อาณาเขต อินเทอร์เน็ต . วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา . เล่มที่ 3 (ธันวาคม 2543) : 30-31.

ศรีศักดิ์ จามรมาน , กนกวรรณ ว่องวัฒนะสิน . การใช้กฎหมายที่มีอยู่กับอินเทอร์เน็ต. ใน เอกสารประกอบการสัมมนาระดมความคิดเรื่องกฎหมายอิเล็กทรอนิกส์คอมเมิร์ซ : จากแนวคิดสู่รูปธรรม . วันที่ 5 มิถุนายน 2541 , กรุงเทพมหานคร .

ศิริระ บุญภินนท์. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในการกระทำผิดทางอาญาของผู้ใช้บริการ : ตัวอย่างจากสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. บทบัณฑิตย เล่ม 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : 68 – 88 .

ศิริระ บุญภินนท์ .สื่อลามกและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต : มะเร็งร้ายที่ทำลายเยาวชนไทย. เอกสารประกอบการเสวนาทางวิชาการ วันที่ 16 กรกฎาคม 2541 หน้า 1.

สมยศ เชื้อไทย .ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น .กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2538.

สมยศ เชื้อไทย . คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1 . พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน . 2543 .

สรารุช เบญจกุล .การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์. ดุลพาท 43, 3 (กรกฎาคม – กันยายน 2539) : 75-76 .

สิทธิชัย ประสานวงศ์ . Internet ปฏิบัติ . กรุงเทพมหานคร : บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด , 2540.

สุนตี คงเทพ. การไม่มีอำนาจเข้าสู่ระบบประมวลผล (Hacking) . บทบัณฑิตย เล่ม 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : 123 – 155 .

สุรพันธ์ มั่นคงดี . พยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541 .

สุรินทร์ ถั่วทอง .การจับ หมายจับ และเสรีภาพในร่างกายของบุคคล . วารสารอัยการ ฉบับที่ 49 ปีที่ 5 (มกราคม 2525) :

สุวัฒน์ ปุณณชัยยะ , ต้น ต้นท์สุทธิวงศ์ และสุพจน์ ปุณณชัยยะ . เปิดโลกของ TCP/IP กรุงเทพฯ : โปรวิชั่น, 2543 .

หยุด แสงอุทัย . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา . พระนคร : โรงพิมพ์บูลกิจ , 2495.

หยุด แสงอุทัย . การบังคับใช้กฎหมายหมายถึง . คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย .
หน้า 92 – 94

อมร จันทรสมบุรณ์ . อำนาศสืบสวน สอบสวน ฟ้องร้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
ของไทย . บทบัญญัติ เล่ม 30 ตอน 4 (2516) : 618 – 637 .

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ , บุญทิพย์ ผ่องจิตรแลนแกรฟ , ประธาน วัฒนวานิชย์ . สิทธิมนุษยชนและ
กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย . กรุงเทพฯ:เจริญวิทย์การพิมพ์ ,2529.

โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสาร
สนเทศแห่งชาติ . เรื่องประเทศไทยกับการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ .
หน้า 24 .

ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ตามคำสั่งคณะกรรมการเทคโนโลยีสาร
สนเทศแห่งชาติ ที่ 13/2542 สั่ง ณ วันที่ 8 ตุลาคม 2542

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดี
ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 7.

ภาษาอังกฤษ

Barrett , D.J. ,“ Bandits on the Information Superhighway (What You Need to Know)” ,
(O'Reilly & Associates : 1996) .

Brinegar v. U.S.,338 U.S. 160 , 1949 , Beck v. Ohio , 379 U.S. 89 , 1964 และ คดี Florida
v. Royer , 460 U.S. 491 , 1983 .

Boyd v. United States , 116 U.S. 616 , 1886 .

Clack , F. , Diliberto , K. , Geberth V.J. , Investigating Computer Crime (CRC Series in
Practical Aspects of Criminal and Forensic Investigations) , (CRC Press :
1996) .

David Icove , Karl Seger , and Williem Von Storch , “Fighting Computer Crime”
Computer Crime : A Crimefighters Handbook . ถ่ายข้อมูลจากเครือข่ายอิน
เทอร์เน็ต .

- David Icove, Karl Seger & William VonStorch . Computer Crime : A Crimefighter's Handbook . 1st Edition August 1995. Available from : www.oreilly.com/catalog/crime/chapter/cr_i_02.html
- German Law ."Criminal Law". Available from : <http://www.pcng.co.uk/~drsolly/laws/germany.txt>, 2000.
- Gouled v. United States , 255 U.S. 298 .
- Handbook on the law of Search and Seizure , Prepared by the Legislation and Special Project Section Criminal Division Department of Justice , February 1971 (revised),
- Hoffa v. United States , 385 U.S. 293 , 302 , (1966).
- Johnson v. United States , 333 U.S. 10, 1948 .
- Kenneth S. Rosenblatt. High – Technology Crime . Investigating Cases Involving Computers . San Jose , CA : KSK Publication , 1995 .
- Kenneth Rosenblatt , High-Technology Crime . California : O'Reilly & Associates . 1995 . p. 100 - 192 .
- Lopez v. United States , 373 U.S. 427 , (1963).
- Manfred Mohrenschrager . "Computer Crimes and Other Crimes Against Information Technology in Germany ." (National Report) . International Review of Penal Law . (Association Internationale de Droit Penal . 1993) . p. 330 - 331 .
- Michael Pattison . Copyright Protection of Computer Technology : The Importance of Distinguishing Hardware and Software . (1991 X 4EIPR 146 .)
- Olmstead v. United States , 277 U.S. 438 , (1928).
- Richard J. Bernes , Supervisory Special Agent . FBI High Technology Crime Unit , San Jose , California , U.S.A.
- Sanford H. Kadisk , " Computr crime " , in Encyclopedia of Crime and Justice New York : The Free Press , A Division of Mcmillan Inc . , 1983 .
- Silverman v. United States , 365 U.S. 505 , (1961).

“The rights to be secured in their persons , their house , their papers , and their other property , from all unreasonable searches and seizures , shall not be violated by warrants issued without probable cause , supported by oath or affirmation , or not particularly describing the places to be searched , or the persons or things to be seized . ”

Ulrich Sieber ."Computer Crime and Criminal Information Law . " Available from

:<http://www.jura.uni_wuerzburg.de

1st/seiber/mitis/comCriCri.Inf.htm>,1998.

Warden v.vHayden , 387 U.S. 294 , 1967 .

Warden v.vHayden , 387 U.S. 294 , 301-302 ,1967 .



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ชื่อ	พันตำรวจโทหญิง อณิญาพีไล เงินวิจิตร
วัน เดือน ปีเกิด	15 สิงหาคม 2504
สถานที่ทำงานปัจจุบัน	ส่วนวิชากฎหมาย กองบังคับการวิชาการ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ
ประวัติการศึกษา	<ul style="list-style-type: none"> - ระดับมัธยมต้น โรงเรียนราชินีบน - ระดับมัธยมปลาย โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา - ระดับอุดมศึกษา คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง รุ่น 13 - เนติบัณฑิตไทย รุ่น 44
ตำแหน่งและประวัติการรับราชการ	<ul style="list-style-type: none"> - รองสารวัตร แผนกประวัติชั้นประทวน กองกำกับการ 2 กองกำลังพล - สารวัตรภาควิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ ส่วนวิชากฎหมาย กองบังคับการวิชาการ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ
ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง	อาจารย์ (สบ.3) ภาควิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ ส่วนวิชากฎหมาย กองบังคับการวิชาการ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย