

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 :
ศึกษาความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

นางสาวสุวิภา อ่อนพึ้ง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2554
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

THE ENFORCEMENT OF COMPUTER RELATED CRIME ACT B.E. 2007 : A CASE
STUDY OF OFFENCE RELATING TO DISSEMINATION OF INFORMATION REGARDING
THE SECURITY OF THE KINGDOM

MISS SUVICHAPA ONPUENG

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด
เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษาความผิดเกี่ยวกับการ
เผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

โดย

นางสาวสุวิภา อ่อนพึ้ง

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโยภาส)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร. ดล บุนนาค)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(พันตำรวจเอก ญาณพล ยั่งยืน)

สุวิภา อ่อนพื้ง : ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษาความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร. (THE ENFORCEMENT OF COMPUTER RELATED CRIME ACT B.E. 2007 : A CASE STUDY OF OFFENCE RELATING TO DISSEMINATION OF INFORMATION REGARDING THE SECURITY OF THE KINGDOM) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ผศ.ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์, 160 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาใน ความผิดเกี่ยวกับ การเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรที่กระทำโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

จากการศึกษาพบว่า การบังคับใช้พระราชบัญญัติ ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ต่อกรณีนี้ยังคงมีปัญหาอยู่ทั้งในเรื่องการตีความให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งควรมีการแบ่งประเภทของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กำหนดความรับผิดและข้อจำกัดความรับผิดให้สอดคล้องกับภาระหน้าที่และความใกล้ชิดกับข้อมูล รวมถึง มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นมาตรการทางเทคนิคที่ควรมีขั้นตอนที่ชัดเจนและเป็นธรรมต่อทั้งผู้ใช้อินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้แล้วการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวรวมกับ บทกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ยังส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในการเข้าถึงและรับรู้ข้อมูล ข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสาร ของประชาชน ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ผู้เขียนจึงได้ ศึกษาวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางในการปรับ รุ่งแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เพื่อทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการควบคุมอาชญากรรม อย่างมีประสิทธิภาพ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิติ.....
ปีการศึกษา.....2554.....ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5386068634 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : INTERNET / CONTENT / DISSEMINATION / NATIONAL SECURITY / SECURITY OF THE KINGDOM / COMPUTER ACT

SUVICHAPA ONPUENG : THE ENFORCEMENT OF COMPUTER RELATED CRIME ACT B.E. 2007 : A CASE STUDY OF OFFENCE RELATING TO DISSEMINATION OF INFORMATION REGARDING THE SECURITY OF THE KINGDOM. ADVISOR : ASST. PROF. PAREENA SRIWANIT, S.J.D., 160 pp.

This thesis is aimed to study the offence relating to dissemination of information relating to security of the Kingdom which is committed by using computer as instrumentality of a crime and considered as offences under Computer Related Crime Act B.E. 2007.

From the study, it is found that the problems regarding enforcement of Computer Related Crime Act B.E. 2007 on the said matter still remain. For instance, the interpretation of law in accordance with the spirit of the law thereof, the liability of internet service providers where there should be a stipulation of liability and its limitation according to the internet service providers' obligation and proximity to the information, the technical preventive measures against the widespread of computer information which should be enforced with a clear and fair process for both, the internet user and internet service providers. Besides, the enforcement of such law together with the provisions regarding the offence relating to the national security under Criminal Code shall affect the Freedom of Expression, Right to Know and Access to Information and Right to Communicate which are secured by the Constitution. The author, therefore, has studied, analyzed and proposed a guideline to the amendment of Computer Related Crime Act B.E. 2007 in order to balance effective crime control procedure and protection of rights and freedom of the citizens

Field of Study :LAWS..... Student's Signature

Academic Year :2011..... Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งจากผู้มีพระคุณหลายท่าน

กราบขอบพระคุณ ผศ .ดร. ปารีณา ศรีวนิชย์ ที่สละเวลา อำนวยคำรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยตลอดระยะเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์ท่านได้เมตตา โดยให้คำปรึกษาและ แนะนำ แนวทางที่ถูกต้องในการเขียนวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้ความช่วยเหลือและการสนับสนุนในทุกขั้นตอน

กราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส ที่สละเวลาอำนวยการเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดระยะเวลาที่ศึกษา ทั้งในระดับปริญญาตรีและโท ท่านได้มอบความรัก และเมตตาให้แก่ลูกศิษย์คนนี้ และในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านอาจารย์ได้กรุณาแนะนำประเด็นที่สำคัญและคอยช่วยเหลือเสมอมา ทำให้ผู้เขียนได้ทั้งความรู้และความสุขในการทำวิทยานิพนธ์

กราบขอบพระคุณ ท่านดร . ตล บุนนาค และพันตำรวจเอก ญาณพล ยั่งยืน ที่สละเวลาอำนวยการ รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ แนะนำประเด็นในการวิเคราะห์ ตรวจสอบและแก้ไขข้อผิดพลาด ให้ ความเมตตาแก่ข้าพเจ้าในทุกครั้ง ึ่งที่ไปเรียนขอคำ ปรึกษา ทั้งยังมอบความรู้ ข้อคิดและถ่ายทอด ประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์ทั้งในการเรียนและการดำเนินชีวิต และกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุก ท่านที่ประสิทธิประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของคณะนิติศาสตร์ที่ให้ความช่วยเหลือ เป็นอย่างดีในทุกขั้นตอน

กราบขอบพระคุณ นายประชุม และ นางจันทร์วิภา อ่อนพึ้ง บิดามารดา ผู้มีพระคุณ ที่อบรมสั่ง สอนดูแลและให้การสนับสนุนในทุกเรื่องๆเสมอมา รวมถึงในการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้ง ในความรักความห่วงใยและ ผู้เขียน จะตอบแทนพระคุณด้วยความกตัญญู ขอบคุณ รุ่นพี่รุ่นน้องและ เพื่อนๆของข้าพเจ้าทุกคนที่มีอาจกล่าวถึงในนี้ได้ทั้งหมด สำหรับ บกกำลังใจและความห่วงใยที่มีให้กัน เสมอมา

สุดท้ายนี้หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ต่อการศึกษาและสังคม ผู้เขียนขอมอบคุณงาม ความดีทั้งหมดให้แก่ผู้มีพระคุณทุกท่านของผู้เขียน หากมีข้อผิดพลาดหรือความขาดตกบกพร่องประการ ใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่	
1	บทนำ..... 1
1.1	ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 1
1.2	วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย..... 5
1.3	สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย..... 5
1.4	วิธีการดำเนินการวิจัย..... 5
1.5	ขอบเขตของการวิจัย..... 6
1.6	ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย..... 6
2	การเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร..... 7
2.1	แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและการจำกัดสิทธิเสรีภาพ..... 7
2.1.1	สิทธิและเสรีภาพ..... 7
2.1.2	หลักในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ..... 11
2.1.3	เสรีภาพในการแสดงออก..... 15
2.1.4	สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร..... 19
2.1.5	สิทธิในการสื่อสารและสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต..... 23
2.1.6	ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา..... 29
2.1.6.1	ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม..... 30
2.1.6.2	ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม..... 31
2.2	อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ในรูปแบบของการเผยแพร่ข้อมูลบน อินเทอร์เน็ต..... 33
2.2.1	การใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดโดยการ เผยแพร่ข้อมูลผิดกฎหมาย..... 34

2.3.1.1	ความหมายของข้อมูลและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูล.....	34
2.3.1.2	รูปแบบของการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต.....	35
1)	เว็บไซต์.....	35
2)	จดหมายอิเล็กทรอนิกส์.....	36
3)	กระดานข่าวสาธารณะ.....	36
4)	บล็อก.....	37
5)	เครือข่ายสังคมออนไลน์.....	38
6)	การสนทนาผ่านระบบอินเทอร์เน็ต.....	38
7)	การสื่อสารทางเสียงผ่านระบบอินเทอร์เน็ต.....	38
2.3	ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร.....	39
2.3.1	ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร.....	39
2.3.2	ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย.....	48
2.3.3	ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech).....	50
2.4	มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรบนอินเทอร์เน็ตตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.....	53
2.4.1	ความผิดฐานเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย.....	54
2.4.2	ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ตามมาตรา 15.....	58
2.4.3	การระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 20.....	62
2.4.4	พนักงานเจ้าหน้าที่และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง.....	67
3	มาตรการดำเนินการกับข้อมูลที่อาจกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรของต่างประเทศ.....	69
3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	70
3.2	ประเทศเยอรมนี.....	84
3.3	ประเทศจีน.....	95

4	วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่ง ราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.....	104
4.1	สิทธิและเสรีภาพบนอินเทอร์เน็ต.....	104
4.2	คุณภาพของเสรีภาพในการแสดงออกกับการคุ้มครองความมั่นคงแห่ง ราชอาณาจักร.....	106
4.2.1	วิเคราะห์เปรียบเทียบการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดย เหตุผลเพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร.....	107
4.2.2	เสรีภาพในการแสดงออกในประเทศไทยกับกฎหมายอาญาเรื่อง ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร.....	109
4.3	ความรับผิดของตัวการผู้เผยแพร่ข้อมูลตามมาตรา 14.....	112
4.3.1	การใช้ถ้อยคำและการตีความตัวบทกฎหมาย.....	112
4.3.2	การพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิดของผู้เผยแพร่หรือส่งต่อ ข้อมูล.....	114
4.4	หน้าที่และความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ตามมาตรา 15.....	115
4.4.1	หน้าที่ ความรับผิดและข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตในแต่ละประเภท.....	116
4.4.2	วิเคราะห์เปรียบเทียบหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกับผู้ ให้บริการข้อมูลในสื่อกระแสหลัก.....	121
4.4.3	ปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์เจตนาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	122
4.4.4	การกำหนดโทษของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต.....	125
4.4.5	มาตรการป้องกันการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์.....	126
4.5	มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 20....	127
4.5.1	สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสาร กับการคุ้มครองความมั่นคงของรัฐ.....	128
4.5.2	ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้มาตรการ ระงับการแพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์.....	128
4.5.2.1	การตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน”	129

4.5.3	ประสิทธิภาพของการใช้มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์กับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม.....	131
4.5.4	ข้อจำกัดของการบังคับใช้มาตรการระงับการแพร่หลายซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย.....	132
4.5.5	การบังคับใช้กฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่.....	133
4.5.6	ความร่วมมือกับภาคประชาชนและการแจ้งข้อเท็จจริงให้ ประชาชนทราบ.....	134
4.5.7	วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการระงับการแพร่หลายซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์กับการกำกับดูแลข้อมูลของสื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุ และโทรทัศน์.....	136
4.6	วิเคราะห์มาตรการทางสังคมที่เกิดขึ้นเมื่อมีการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อ ความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร.....	139
5	บทสรุปแลข้อเสนอแนะ.....	141
5.1	บทสรุป.....	141
5.2	ข้อเสนอแนะ.....	143
	รายการอ้างอิง.....	150
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	160

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบัน เทคโนโลยีเป็นสิ่งสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์เป็นอย่างมาก ทั้งการติดต่อสื่อสารแบบไร้สาย การใช้คอมพิวเตอร์ และ เครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า อินเทอร์เน็ต (Internet) ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกรรม ติดต่อสื่อสาร ค้นคว้าข้อมูล เผยแพร่ภาพ เสียง ข้อความ ทั้งที่เป็นสาระและความบันเทิง ล้วนแล้วแต่มีประโยชน์ทั้งสิ้น ด้วยการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศที่เติบโตอย่างรวดเร็ว ทำให้ทั่วโลกมีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตมากขึ้น ซึ่งในประเทศไทย มีสถิติผู้ใช้อินเทอร์เน็ตปี 2553 สูงกว่า 20 ล้านราย เติบโตขึ้นกว่าปีก่อนถึงร้อยละ 27 และคาดว่าจะเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง¹

การติดต่อสื่อสารกันระหว่างผู้ใช้อินเทอร์เน็ตร่วมกันนี้เป็นการสื่อสารที่มีระบบคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลาง หรือที่เรียกว่า Computer-mediated Communication : CMC คือการสื่อสารโดยมีคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตเป็นตัวกลางระหว่างผู้ส่งสารและผู้รับสาร ลักษณะของการสื่อสารที่สามารถมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันในแนวราบซึ่งแตกต่างจากการเผยแพร่ข้อมูลในแนวตั้งจากสื่อมวลชนกระแสหลัก (mainstream media)² อย่างเช่น วิทยุ โทรทัศน์ หรือหนังสือพิมพ์ ที่เป็นการสื่อสารแบบทางเดียว (one-way communication) ทำให้ผู้รับสารถูกจำกัดการรับข่าวสารและไม่สามารถโต้ตอบไปยังผู้ส่งสารได้ การสื่อสารผ่านทางคอมพิวเตอร์นี้ ถือว่าเป็นสื่อใหม่ (new media) หรือ สื่อทางเลือก (Alternative Media)³ ที่เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้ใช้บริการมีอิสระเสรีในการเลือกรับข่าวสารหรือเผยแพร่ข่าวสารเองโดยผ่านกระบวนการที่ง่ายและสะดวก สื่อทางเลือกชนิดนี้ไม่ได้มีเป้าหมายเพื่อการค้าหรือเพื่อแสวงหากำไรสูงสุด แต่มีขึ้นเพื่อส่งเสริมมนุษยชน วัฒนธรรมและการศึกษา มีความเป็นอิสระจากการควบคุมโดยตรงจากรัฐ และระดับ การแพร่กระจายของสื่อมีความหลากหลายทั้งใน

¹ สถิติผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตปี 2553 โดยผู้ให้บริการตรวจสอบและประมวลผลสถิติการเยี่ยมชมเว็บไซต์ประเทศไทย, <http://truehits.net>.

² Susan O'Donnell, *Small media, big network : Alternative media and social movement on the internet*. Ph.D Thesis School of Communication Dublin City University page 75 [online] <http://www.susanodonnell.info/downloads/ODonnell2000-PhD.pdf>

³ Alinta Thornton, *Does internet create democracy* [online] <http://www.zipworld.com.au/~athornto/thesis2.htm>

ระดับท้องถิ่นชุมชน ภูมิภาค ระดับชาติ ถือว่าเป็นสื่อในสังคมประชาธิปไตยอย่างแท้จริงจึงทำให้การสื่อสารผ่านทางคอมพิวเตอร์นี้ได้รับความสนใจและถูกเลือกใช้เป็นตัวกลางในการสื่อสารระหว่างผู้คนในสังคมอย่างกว้างขวาง จนเกิดการรวมตัวกันของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่ เรียกว่า “สังคมออนไลน์” ซึ่งมีลักษณะเป็น “สังคมเสมือน” (Virtual Community) ซึ่ง Prof. Howard Rheingold ได้กล่าวไว้ว่า “สังคมที่เกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตคือเครือข่ายความสัมพันธ์ส่วนตัวในโลกไซเบอร์ เกิดขึ้นเมื่อประชาชนจำนวนหนึ่งเข้าร่วมการสนทนาสาธารณะเป็นระยะเวลาหนึ่ง”⁴ ชุมชนเสมือนมีธรรมชาติของชุมชนที่ประกอบด้วยสมาชิกที่อยู่ต่างที่ บางครั้งสมาชิกเหล่านี้ก็รวมตัวกันเป็นกลุ่มเล็กๆ บ้างก็อยู่คนเดียว ชุมชนนี้มีได้มีลักษณะร่วมทางพื้นที่ที่ตั้งตามความเป็นจริง แต่มีลักษณะร่วม มกัณของชุมชนตามความสนใจและผลประโยชน์ บุคคลที่จะมีปฏิสัมพันธ์กันในระหว่างที่ออนไลน์ นั้นนี้ ต้องมีคุณสมบัติสำคัญคือมีความสนใจและเป้าหมายที่ตรงกันมากกว่าการบังเอิญเจอกัน⁵ อินเทอร์เน็ตจึงเปรียบเสมือนเป็น พื้นที่สาธารณะที่เปิดกว้างให้ทุกคนสามารถเข้าถึง เผยแพร่ และแลกเปลี่ยนข้อมูลได้อย่างอิสระ⁶ ความเป็นพื้นที่สาธารณะบนอินเทอร์เน็ตนี้คือการเชื่อเชิญให้ทุกคนเข้ามาร่วมได้อย่างเสรี ซึ่งตรงกับแนวคิดของฮาเบอร์มาส ว่าการเป็นพื้นที่สาธารณะจะต้องเปิดกว้างเต็มที่และตอบรับการเข้ามาของคนทุกกลุ่มอย่างไม่มีอคติ การควบคุมการส่งข่าวสารเป็นเรื่องที่ เป็นไปได้ยากเพราะช่องทางการสื่อสารเป็นแบบแนวราบ ประชาชนจึงสามารถเข้ามาอภิปรายและร่วมกันตัดสินใจในประเด็นสาธารณะต่างๆได้ สังคมบนอินเทอร์เน็ตนี้จึงอาจถือได้ว่าเป็นระบบประชาธิปไตยโดยตรงที่ปราศจากการผ่านตัวแทน (Direct democracy rather than representative)⁷ ที่ประชาชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างเต็มที่และเสรี ประกอบไปด้วยเสรีภาพในการแสดงออกหรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการรับรู้ และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสารและเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ซึ่งทั้งสิทธิเสรีภาพทั้งสามประเภทนี้เกี่ยวเนื่องเชื่อมโยง กัน หากขาดสิ่งใดสิ่งหนึ่งไปการใช้สิทธิเสรีภาพอื่นๆในการปกครองระบอบประชาธิปไตยก็จะเป็นไปไม่ได้

⁴ Howard Rheingold [1993] defines virtual communities as "social aggregations that emerge from the Net when enough people carry on those public discussions long enough, with sufficient human feeling, to form webs of personal relationships in cyberspace."

⁵ Licklider (1968): "In most fields they will consist of geographically separated Members, sometimes may be grouped in small clusters and sometimes Working individually, They will be Communities not of common location, but of Common interest . . . life will be happier for the online individual because the people with whom one interacts most strongly will be Selected more by commonality of interests and goals than by accidents of proximity." Virtual communities - exchanging ideas through computer bulletin board [online] http://findArticles.com/p/Articles/mi_m1510/is_n57/ai_6203867/

⁶ Howard Rheingold, *The Virtual Community : Homesteading on the Electronic Frontier* (Canada : A William Patrick Book, 1993) Page 5.

⁷ กาญจนา แก้วเทพ. มองสื่อใหม่ มองสังคมใหม่ : การสื่อสารกับพื้นที่สาธารณะ ทัศนะของ Habermas (กรุงเทพมหานคร : เอ็ดดิสันเพรสโปรดักส์, 2543), หน้า 185-186.

อย่างไรก็ตาม สังคมบนอินเทอร์เน็ตก็เป็นเป้าหมายหนึ่งในการก่ออาชญากรรมโดยอาชญากรที่กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หนึ่งในหลายประเภทของความสัมพันธ์ระหว่างคอมพิวเตอร์กับอาชญากรรมคือ การใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรม (Computer as “Instrumentality” of Crimes) เช่น การใช้คอมพิวเตอร์ในการโอนเงินจากบัญชีธนาคารจากบัญชีหนึ่งไปเข้าอีกบัญชีหนึ่งโดยมีเจตนาทุจริต ใช้คอมพิวเตอร์ในการเป็นเจ้าของรับพนันเอาทรัพย์สิน หรือใช้คอมพิวเตอร์ในการเผยแพร่เอกสาร สิ่งพิมพ์ รูปภาพ โฆษณาวัตถุลามกอนาจาร หรือข้อมูลที่ผิดกฎหมายอื่นๆ⁸ วิวัฒนาการของอาชญากรรมประเภทนี้ในสังคมออนไลน์ เดิมคือการเผยแพร่ภาพหรือข้อมูลที่มีลักษณะลามกอนาจาร การเขียนข้อความซึ่งเป็นการหมิ่นประมาท ต่อมาเมื่อเกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองขึ้น สื่อมวลชนกระแสหลัก เช่น สิ่งพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ถูกจำกัดเสรีภาพในการนำเสนอข้อมูล ประชาชนจึงหันมาอภิปรายประเด็นสาธารณะในพื้นที่บนอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นบน เว็บไซต์ที่ให้บริการกระดานสนทนาสาธารณะ (Webboard) เว็บไซต์เอกชนต่างๆ หรือ พื้นที่ส่วนตัวบนเครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Network) เช่น Facebook, Twitter, MySpace, หรือ Friendster เป็นต้น เนื้อหาของข้อมูลที่เผยแพร่อาจแบ่งได้เป็นสองระดับ คือ การเผยแพร่ข้อมูลที่อยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพในการแสดงออกตามหลักประชาธิปไตย โดยสุจริตใจ และ ข้อมูลหรือการแสดงความคิดเห็นที่เป็นการกระทำความผิดเนื่องจาก เนื้อหาของข้อมูลนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยหรือเป็นอันตรายต่อสังคม กระทั่ง ได้ก้าวล่วงไปพาดพิงถึงสถาบันชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์ หรือมีเนื้อหาเกี่ยวกับการ ก่อการร้าย ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะฉะนั้น รัฐในฐานะตัวแทนใช้อำนาจของประชาชน และมีหน้าที่ดูแลความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงต้องเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้าง เครื่องมือในการควบคุมสังคม โดยการกำหนด มาตรการ ทั้งมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการทางเทคนิคเพื่อ ป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความผิดดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกันรัฐก็มีหน้าที่ ในการ คัดกรองเสรีภาพในการแสดงออก บนอินเทอร์เน็ต หากเป็นกรณีที่เป็นการแสดง ความเห็นโดยสุจริตที่อยู่บนพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย เพราะฉะนั้นหากรัฐจะบัญญัติกฎหมายใด เพื่อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว กฎหมายที่จะบัญญัติขึ้น นั้นจึงต้องเป็นกฎหมายที่ สร้างดุลยภาพระหว่างหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับการใช้อำนาจรัฐในการควบคุมอาชญากรรม

ปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความ มั่นคงแห่งราชอาณาจักรบนอินเทอร์เน็ตคือ ประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความ มั่นคงแห่งราชอาณาจักร และ ลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเนื้อหาข้อมูล และ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.

⁸ ญาณพล ยั่งยืน, อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Computer Related Crime), <http://202.29.53.20/4000108/HUM07/topic1/linkfile/print5.htm>.

2550 ซึ่งกำหนดฐานความผิด กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดี การสืบสวนสอบสวน รวมถึง มาตรการในการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายหรือไม่เหมาะสมไว้ด้วย ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ดังกล่าวยังมีปัญหาและมีข้อบกพร่องในการบังคับใช้ใน เรื่องของ การตีความถ้อยคำตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ไม่ชัดเจน การใช้อำนาจและดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการตามกฎหมาย การกำหนดความรับผิดของ ผู้กระทำความผิดและ ผู้ที่เป็นสื่อกลาง ในการเผยแพร่ข้อมูลซึ่งหมายถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่บ่อยครั้งในการดำเนินคดี โดยจับกุมผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้บังคับใช้กฎหมายไม่ได้พิจารณาถึงความเกี่ยวเนื่องของ หน้าที่ ผู้ให้บริการในการควบคุมดูแลระบบคอมพิวเตอร์และเนื้อหาของข้อมูลที่มีผู้ใช้บริการมาเผยแพร่ และไม่ได้พิจารณาถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต รวมถึงประเด็นสำคัญคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพบนอินเทอร์เน็ต ทั้งเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารและเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ในกรณีที่มีการระงับการ ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลหรือโดยทั่วไปเรียกว่า การปิดกั้นหรือบล็อกเว็บไซต์ (Block website) ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจรัฐใช้มาตรการทางเทคนิค โดยผ่านการขออนุญาตจากศาลเพื่อให้เจ้าหน้าที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารตัดการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตเพื่อระงับการ เข้าถึงข้อมูลบนเว็บไซต์ ที่มีข้อวิพากษ์วิจารณ์จากภาคประชาชนว่าไม่สามารถแก้ปัญหาที่ต้นเหตุได้ และเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ อีกทั้ง หากมีขั้นตอนที่ไม่ชัดเจนแล้วอาจทำให้มีการบังคับใช้มาตรการนี้ไปในทางที่มีขอบเพื่อผลประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะต้องศึกษามาตรการทางกฎหมายที่บังคับใช้กับกรณีการเผยแพร่ข้อมูลที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ทั้งของ ประเทศไทยและต่างประเทศรวมถึง แนวคิดและทฤษฎีในเรื่องสิทธิเสรีภาพบนอินเทอร์เน็ตและหลัก กในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมในการ แก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาลักษณะและรูปแบบของการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรบนอินเทอร์เน็ต
2. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็นบนอินเทอร์เน็ต
3. เพื่อศึกษามาตรการของรัฐในการดำเนินการกรณีเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรของประเทศไทย เปรียบเทียบกับมาตรการของต่างประเทศ
4. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและข้อบกพร่องของมาตรการทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในความผิดฐานเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร
5. เพื่อกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

1.3 สมมุติฐานของการศึกษาวิจัย

การบังคับใช้กฎหมายต่อกรณีการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น ควรได้รับการปรับปรุง อาทิ การ กำหนดความรับผิด และขั้นตอนการดำเนินการ ให้ชัดเจน และกำหนดมาตรการ ควบคุมข้อมูลที่ไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินความจำเป็น จะทำให้การบังคับใช้กฎหมาย มีประสิทธิภาพในแง่ของการควบคุมอาชญากรรมโดยไม่เป็นการลิดรอนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย

การดำเนินการวิจัยในเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้ารวบรวม ข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย ตำราหนังสือ งานวิจัย เอกสารอื่นๆที่เกี่ยวข้อง รวมถึงข้อมูลจากระบบ อินเทอร์เน็ตของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการประกอบการวิเคราะห์วิจัย วิเคราะห์เปรียบเทียบถึงข้อดีและข้อเสีย เพื่อกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

1.5 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้มุ่งศึกษาถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เป็นการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร โดยศึกษาทฤษฎีแนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพ และหลักในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ทั้งเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสารและเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประชาชนที่ได้รับการรับรองในระดับสากลและโดยกฎหมายสูงสุดของประเทศ ศึกษาข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร โดยจะศึกษาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและ การก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา การดำเนินการกรณี การเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต ความรับผิดชอบของผู้เผยแพร่ข้อมูล ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและ มาตรการ ควบคุมข้อมูล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 รวมถึงมาตรการอื่นๆ เช่น มาตรการทางเทคนิค หรือ มาตรการทางสังคม ของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ทราบถึงลักษณะและรูปแบบของการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรบนอินเทอร์เน็ต
2. ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็นบนอินเทอร์เน็ต
3. ทราบถึงมาตรการของรัฐในการดำเนินการกรณีเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและ วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อดีข้อเสียของมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ
4. สามารถชี้ให้เห็นถึงประเด็นทางกฎหมายที่มีปัญหาและข้อบกพร่องในการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ต่อกรณีการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร
5. สามารถกำหนดกระบวนการที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

บทที่ 2

การเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรบนอินเทอร์เน็ต

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ

การพิจารณาความรับผิดชอบเนื่องจากการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรนั้น จะต้องพิจารณาเรื่องหลักสิทธิเสรีภาพประกอบ โดยเฉพาะการใช้สิทธิเสรีภาพบนอินเทอร์เน็ต เพราะบุคคลทั่วไปมีสิทธิและเสรีภาพที่จะแสดงความคิดเห็นหรือเผยแพร่ข้อมูลใดๆ บนพื้นที่ส่วนตัวหรือพื้นที่สาธารณะได้ รวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสารและการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต

2.1.1 สิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพมีมาตั้งแต่สมัยยุคโบราณกาล ย้อนไปสมัยกรีกโรมัน สิทธิเสรีภาพของมนุษย์ในยุคดังกล่าวถือเป็น “สิทธิตามธรรมชาติ” (Natural Rights)¹ คือสิทธิที่เป็นความชอบธรรมพื้นฐานที่มีอยู่ตามธรรมชาติพร้อมกับการเกิดของมนุษย์ มีความเชื่อว่ามนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกันและมนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย ทั้งเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันและไม่มีผู้ใดที่จะละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ ซึ่งสิทธิตามธรรมชาตินี้เป็นสิ่งที่สืบเนื่องมาจากแนวความคิดเรื่อง “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) ที่มีลักษณะพิเศษคือ เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดยุคสมัยหรือเวลา ใช้ได้ทุกหนทุกแห่งไม่จำกัดสถานที่ว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง และอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ ทั้งปวง กล่าวคือรัฐจะบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ เพราะถือว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายอุดมคติที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นเอง หากกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายธรรมชาตีก็นับว่าไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย² สิทธิเสรีภาพของประชาชนในยุคนี้จึงได้รับการคุ้มครองอย่างมีนัยยะสำคัญที่แม้แต่รัฐเองก็มีข้อจำกัดสูงในการพรากสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไปจากปัจเจกชน

¹ Evan Luard, *The Origins of International Concern over Human Rights. The International Protection of Human Rights*, edited by Evan Luard (New York, Fredrick A. Praeger, 1967) page 7. อ้างถึงใน กุลพล พลวัน, *พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538) หน้า 25.

² หุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2545) หน้า 142-143.

แนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพได้รับการพัฒนาและเจริญรุ่งเรืองอย่างมากในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็น “ยุคแห่งการรู้แจ้ง” (Age of Enlightenment) คือยุคแห่งการแสวงหาเหตุผลใหม่มาคัดค้านความเชื่อเดิมของ “ทฤษฎีอำนาจนิยม” (Authoritarian Theory) ที่เชื่อว่าอำนาจเป็นของรัฐ รัฐต้องมีอำนาจมากกว่าปัจเจกชนและสนับสนุนการให้สิทธิเด็ดขาดแก่รัฐในการออกคำสั่งจนทำลายสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน คนชั้นกลางจึงขยายฐานความคิดของตนเพราะต้องการต่อต้านการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของรัฐจึงเกิดแนวความคิดใหม่ที่เริ่มมีอิทธิพลในสังคม คือ “ทฤษฎีอิสรภาพนิยม” (Libertarianism Theory) หรือ “ทฤษฎีเสรีนิยม” (Liberalism Theory) แนวความคิดอิสรภาพนิยมหรือเสรีนิยมนั้นหมายถึง ความต้องการความเป็นอิสระของมนุษย์ในการคิดการ แสดงออกโดยปราศจากอำนาจภายนอกมาควบคุมแทรกแซง หรือความต้องการสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ได้แก่ เสรีภาพที่จะมีชีวิตอยู่อย่างอิสระ เสรีภาพในการมีทรัพย์สิน รวมไปถึงเสรีภาพในทางการเมืองและการมีส่วนร่วมใน การปกครองบ้านเมือง ซึ่งเสรีภาพดังกล่าวต้องปราศจากการกดขี่ทั้งปวง³

แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติและอิสรภาพนิยมหรือเสรีนิยมได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายซึ่งพัฒนาการของแนวความคิดดังกล่าวถูกปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและจารีตประเพณีการปกครองของแต่ละสังคม กระทั่งในศตวรรษที่ 20 เกิดคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ขึ้น มีผู้ให้ความหมายว่า “สิทธิมนุษยชน คือสิทธิทั้งหลายซึ่งเป็นที่ยอมรับในประเทศที่มีอารยธรรมว่าเป็นสิทธิพื้นฐานในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ เป็นสิทธิที่มีการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายอย่างเป็นพิเศษสมกับความสำคัญของสิทธิดังกล่าว ”⁴ สิทธิมนุษยชนมีความเป็นรูปธรรมและได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรในระดับสากลโดยการที่ตัวแทนจากรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติในรูปแบบของ คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Commissions on Human Rights : CHR) ซึ่งปัจจุบันคือ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Human Rights Council : HRC) ได้ร่วมกันทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration Of Human Rights : UDHR) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948⁵ ซึ่งแม้ปฏิญญาดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายแก่รัฐภาคีสมาชิกที่ร่วมลงนามรับรอง แต่ก็ถือได้ว่าปฏิญญานี้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ

³ ดิเรก ชัยนาม, ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เล่มที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2511) หน้า 32.

⁴ วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงจันทร์การพิมพ์, 2531) หน้า 54-55.

⁵ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553) หน้า 92.

ที่ประเทศทั้งหลายพึงใช้เป็นแนวทางในการจัดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนในสังคมให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลต่อไป⁶

ความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ

คำว่า “สิทธิ” หากพิจารณาในแง่เนื้อหา สิทธิหมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนงเหนือบุคคลอื่น แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของวัตถุประสงค์ สิทธิหมายถึงประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองไม่ให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิหากมีการละเมิดด้วย⁷ อย่างไรก็ตามมีผู้ให้ความหมายในมุมกว้างของสิทธิว่า เป็นความชอบธรรมที่บุคคลใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงได้ของบุคคลนั้น⁸ สิทธินั้นย่อมต้องพิจารณาคู่กับหน้าที่ “หน้าที่” ในทางกฎหมาย คือความผูกพันให้บุคคลต้องตกอยู่ในสถานะจะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือยอมให้ผู้อื่นกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่นที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้และรวมไปถึงหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิของผู้อื่นด้วย⁹

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง เป็นอำนาจที่บุคคลสามารถเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง มีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตนโดยปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจของบุคคลอื่น¹⁰ และไม่มีอุปสรรคขัดขวาง แต่จะต้องใช้เสรีภาพโดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น

ความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบ

ประชาธิปไตย

สิทธิเสรีภาพเป็นพื้นฐานสำคัญของการอยู่ร่วมกันในรัฐ โดยเฉพาะนิติรัฐและรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดอิสราฟานิยมหรือเสรีนิยม และทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ประชาชนแสดงเจตจำนงร่วมกันมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนรัฐ รวมถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ อธิปไตยโดยแยกอำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และอำนาจนิติบัญญัติเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลกัน

⁶ รุ่งพงษ์ ชัยนาม, รวมบทความสิทธิมนุษยชน ประวัติศาสตร์ และภาษา (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2554) หน้า 29

⁷ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 225-226.

⁸ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540) หน้า 119.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

¹⁰ วรพจน์ วิศวพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543) หน้า 47-48.

ซึ่งเป็นหลักของการพัฒนาการปกครองสู่ระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริงซึ่งเป็นระบอบการปกครองที่อำนาจการปกครองของรัฐบาลมาจากการยินยอมของประชาชนส่วนใหญ่ การยินยอมนี้มาจากการที่ประชาชนได้รับและใช้อำนาจโดยสม่ำเสมอ เสรี ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน หลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยคือสิทธิเสรีภาพของประชาชน ที่รวมถึงเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการพูด สิทธิในการได้รับข้อมูล การสมาคม และมีส่วนร่วมในทางการเมือง¹¹ ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมีการแสดงออกซึ่งความเป็นประชาธิปไตยโดยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเพื่อบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สิทธิเสรีภาพ ตามที่ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ ถือว่าเป็นสิทธิ เสรีภาพ ตามกฎหมายมหาชน ที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับ รัฐ หมายถึง การที่รัฐธรรมนูญ ในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติ รับรองคุ้มครองอำนาจของปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐ สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครอง สิทธิมนุษยชน และสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ¹²

ประเทศไทยมีการบัญญัติถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้เป็นครั้งแรก หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองสู่ระบอบประชาธิปไตย ในกฎหมายสูงสุดของประเทศคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

มาตรา 12 ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนาหรือลัทธิใดๆและมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน¹³ และ

มาตรา 13 ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อม มีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ”¹⁴

¹¹ ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัยการติดตามและประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่อง การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการทำงานของรัฐบาลและองค์กรอิสระ (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยสถาบันพระปกเกล้า, 2546) หน้า 58.

¹² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552) หน้า 49.

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 49 หน้า 537 (วันที่ 10 ธันวาคม 2475), มาตรา 12.

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 49 หน้า 537 (วันที่ 10 ธันวาคม 2475), มาตรา 13.

และนับแต่นั้นเป็นต้นมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ ก็ได้ยึดหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นประการสำคัญเสมอ โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พุทธศักราช 2550 ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นการทั่วไป ว่า

มาตรา 27 “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

มาตรา 28 “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

2.1.2 หลักในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

ตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ สิทธิเสรีภาพนั้นมีมาอยู่ก่อนที่จะเกิดการรวมตัวกันของกลุ่มคนเป็นสังคม สิทธิเสรีภาพเป็นสิ่งประจำตัวของมนุษย์ที่ไม่อาจพรากหรือโอนไปจากเจ้าของได้ แต่อย่างไรก็ตามสิทธิเสรีภาพนี้ก็ได้ไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) จึงอาจถูกจำกัดการใช้ได้ในบางกรณี ซึ่งการที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพ รัฐจึงจำต้อง มีเหตุผลในการจำกัดที่เหมาะสมและได้สัดส่วน ทั้งต้องอธิบายเหตุผลของการจำกัดขอบเขตไว้อย่างชัดแจ้งด้วย¹⁵

แนวคิดที่ยอมรับให้รัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพ คือ แนวคิดตาม ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) โดยฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศสผู้เป็นเจ้าของทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ได้กล่าวถึงสภาพของมนุษย์นับตั้งแต่ยุคที่มีอารยธรรมและมีกฎเกณฑ์ของสังคมเป็นเครื่องกำหนดวิถีชีวิตว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรี

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 49.

และในขณะเดียวกันมนุษย์ตกอยู่ในเครื่องพันธนาการ ”¹⁶ ซึ่งเป็นการยอมรับการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน โดยรัฐว่าสามารถทำได้แต่จะต้องไม่ขัดกับเจตจำนงหลักของประชาชนและจะต้องไม่ พრაกสิทธิมนุษยชนที่เป็นสิทธิขั้น พื้นฐานของมนุษย์ ความมุ่งหมายในการจำกัดขอบเขตของสิทธิ เสรีภาพอาจแยกได้เป็น 2 ประการ คือ¹⁷ การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นปัจเจกชน เพราะการอยู่ร่วมกันในสังคมย่อมเป็นไปได้ที่ปัจเจกชนจะให้ สิทธิเสรีภาพของตนอย่างเต็มที่อาจมีการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของกันและกันรัฐจึงต้องเข้าคุ้มครอง และจัดระเบียบสังคม และ อีกประการหนึ่งคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยมีความมุ่งหมายเพื่อ ผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ซึ่งรวมถึงความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมด้วย

หลักการทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพปรากฏ ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ มนุษยชน ข้อ 29(2) มีหลักว่า¹⁸

“ในการใช้สิทธิและเสรีภาพ บุคคลอาจตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดภายใต้กฎหมายที่ กำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประกันว่าจะได้มีการนับถือและเคารพสิทธิเสรี ภาพของผู้อื่น และ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันเป็นธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของสังคม และสวัสดิการ โดยทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย”

นอกจากนี้ยังมี บรรทัดฐานของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่ได้รับการยอมรับจาก คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ สำหรับพิจารณาการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดย รัฐว่าขัดต่อหลักการของสิทธิมนุษยชนหรือไม่ มีดังนี้

- การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องกระทำโดยกฎหมายหรือสอดคล้องกับกฎหมาย
- กฎหมายนั้นต้องมีความชอบธรรม และมีความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย
- วิธีการที่ใช้ในการจำกัดนั้นจะต้องมีสัดส่วนที่สมเหตุสมผลต่อเป้าประสงค์ของความ จำเป็นซึ่งอาจมีปัญหว่าความจำเป็นของสังคมหนึ่งอาจจะต่างจากความจำเป็นของ อีกสังคมหนึ่งจะพิจารณาอย่างไร กรณีนี้ถือได้ว่าเป็นดุลพินิจของศาลภายในประเทศ ตามทฤษฎี Margin of Appreciation โดยศาลภายในประเทศนั้นเองตัดสินว่า กฎหมายนั้นมีความจำเป็นหรือไม่¹⁹

¹⁶ รุ่งพงษ์ ชัยนาม, *รวมบทความสิทธิมนุษยชน ประวัติศาสตร์ และภาษา*, หน้า 25.

¹⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, หน้า 216

¹⁸ Article 29(2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitation as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

¹⁹ วิชัย ศรีรัตน์, *สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย, โครงการเผยแพร่กฎหมายที่น่ารู้สำหรับประชาชน ลำดับที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2543) หน้า 13.*

หลักในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช

2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน”

1) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น หมายความว่าไม่มีบุคคลใด สามารถที่จะแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ แนวคิดนี้พัฒนามาจากเรื่องกฎหมายธรรมชาติว่ามนุษย์ มีสิทธิเสรีภาพอย่างอิสระและเท่าเทียมกัน ไม่มีผู้ใดมีอำนาจเหนือกว่าในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เพราะฉะนั้นรัฐจึงมีสิทธิจะใช้มาตรการไม่ว่าทางบริหาร นิติบัญญัติหรือตุลาการ เพื่อปฏิเสธการกระทำของบุคคลใดก็ตามที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นและเพื่อเยียวยาสิทธิของบุคคลที่สามที่ถูกละเมิด คำว่า “สิทธิของบุคคลอื่น” หมายถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลในทางแพ่งซึ่งไม่รวมถึงผลประโยชน์ กล่าวคือการกระทำตามสิทธิเสรีภาพนั้นๆย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แม้การกระทำนั้นจะกระทบต่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่นก็ตาม²⁰

2) การใช้สิทธิและเสรีภาพจะต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศอันเกิดจากเจตจำนงของประชาชนร่วมกัน ดังนั้นการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงต้องกระทำโดยไม่เป็นไปในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึง การกระทำที่มีความมุ่งหมายในอันที่จะทำให้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือส่วนใดส่วนหนึ่งไม่มีผลใช้บังคับ หรือเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อทำให้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ต้องไม่ใช่ไปในทางเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ หรือเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หรือต้องไม่ใช่ไปเพื่อล้มล้างตัวรัฐธรรมนูญหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ²¹ แต่มีได้หมายความว่า จะใช้ไปในทางแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้ถูกต้องหรือดีขึ้นตามเจตนารมณ์หรือหลักการพื้นฐานดังกล่าวไม่ได้ ตัวอย่างบทบัญญัติที่มีลักษณะห้ามมิให้ทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเช่น มาตรา 291 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจะเสนอมิได้²²

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 216-217

²¹ ชนินทร ดิชาวัน, สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย [ออนไลน์] <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1236>.

²² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 224

3) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แท้จริงแล้ว ศีลธรรมอันดีของประชาชนถือเป็นตัวกำหนดขอบเขตโดยรวมของกฎหมายภายในทั้งหลาย ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน เห็นว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายถึงทัศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยตามกาลเวลา และแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม ซึ่งการที่จะบัญญัติว่าสิ่งใดถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีให้เป็นบรรทัดฐานนั้น อาจทำได้ไม่ถูกต้องนัก ในทางปฏิบัตินั้นศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้นๆเป็นหลัก ซึ่งเป็นสิ่งที่ยาก นอกจากนี้ “หลักศีลธรรมอันดี” โดยทั่วไปมีความหมายใกล้เคียงกับ “หลักความสงบเรียบร้อย” จนอาจกล่าวได้ว่าเรื่องใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน²³

นอกจากนี้ หากรัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเงื่อนไข ดังต่อไปนี้²⁴

- เฉพาะเพื่อการ (ตามเงื่อนไข) ที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้เท่านั้น
- เฉพาะเท่าที่จำเป็นและเป็นไปตาม หลักความได้สัดส่วน หมายถึงดุลยภาพระหว่างความเสียหายของเอกชนกับประโยชน์อันสังคมพึงได้รับจากมาตรการที่รัฐบังคับใช้ ซึ่งฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุดและการใช้มาตรการนั้นสามารถบรรลุเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสังคมของกฎหมายนั้น
- จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้
- จะต้องตราเป็นกฎหมาย
- กฎหมายที่จำกัดสิทธิต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายใช้เฉพาะจงกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง
- ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นไว้ด้วย

ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทมีสาระสำคัญแตกต่างกันซึ่งทำให้ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพแต่ละประเภทต้องคำนึงถึงการปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิเสรีภาพนั้นๆที่รัฐธรรมนูญรับรองและตั้งข้อจำกัดไว้ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไป

²³ , เรื่องเดียวกัน, หน้า 217-219

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 29.

2.1.3 เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression)

เสรีภาพในการ แสดงออกเป็นสิทธิมนุษยชนและ มีความสำคัญใน การปกครอง ระบบประชาธิปไตย ถือว่าเป็นเงื่อนไขขั้นต้นของความก้าวหน้าและพัฒนาการของมนุษย์²⁵ การ แสดงออกซึ่ง ความรู้สึกหรือ ความคิดเห็นที่มีต่อสิ่งรอบตัว เป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่มักมีปฏิกิริยาที่ ตอบรับ เห็นด้วย โต้แย้ง หรือมี ข้อวิพากษ์วิจารณ์ใดๆใน ข้อมูลหรือสิ่งที่ตนได้รับรู้มา การปิดกั้นการ แสดงออกจึงเปรียบเสมือนการปิดกั้นจินตนาการ และจำกัดธรรมชาติของมนุษย์ ทั้งนี้ ความหมาย โดยทั่วไปของเสรีภาพในการแสดงออกนั้นไม่ได้หมายถึง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยการพูด เพียงอย่างเดียว แต่หมาย ความรวมถึงการแสดงออกในทางอื่นๆด้วยเช่น การเขียน การพิมพ์ การ แสดงออกทางวิชาการ การสมาคม การรวมตัวกันโดยสันติด้วย เป็นต้น²⁶

เหตุผลพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการแสดงออกในทางทฤษฎี²⁷

1. เสรีภาพในการแสดงออกเป็นการแสวงหาเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริง พัฒนามาจาก แนวคิดทางปรัชญาที่สนับสนุนแนวคิดเสรีนิยมของ John Stuart Mill (1806-1866) ในเรื่อง “The Market Place of Ideas” ซึ่งเห็นว่าเสรีภาพในการแสดง ออกนี้เป็นสิ่งที่สำคัญในตลาดทางความคิด การเปิดให้มีการแข่งขันทางการแสดงความคิดเห็นจะนำมาซึ่งความคิดหรือข้อเท็จจริงที่ดี กว่าเสมอ²⁸ อีกทั้งยังเสนอข้อโต้แย้งในการจำกัดเสรีภาพด้วยว่าไม่มีผู้ใดผูกขาดหรือเป็นเจ้าของความจริง ได้แต่เพียงผู้เดียวและประชาชนทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเท่าเทียมกัน การ แสดงออกซึ่งความคิดเห็นอย่างเท่าเทียมทำให้ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยเสนอความคิดเห็น โต้แย้งได้ และเปิด โอกาสให้ผู้อื่นสามารถพิสูจน์ความจริงหรือความถูกต้องของความคิดเห็นนั้นได้ด้วยลายลักษณ์อักษร เป็นการตีพิมพ์ หรือในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่ออื่นๆตามที่ตนเลือก

2. เสรีภาพในการ แสดง ออกเป็นพื้นฐานของการปกครองตนเอง (Self Government) การคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการมีส่วนร่วมทางการเมือง Meiklejohn กล่าวว่า เสรีภาพในการแสดงออกนั้นเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับ

²⁵ Henry J. Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context Law, Politics , Morals. Text and Materials* (New York : Oxford University Press, 1996) page 615. อ้างถึงใน วิชัย ศรีรัตน์, *สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย. โครงการเผยแพร่กฎหมายที่นำรู้สำหรับประชาชน ลำดับที่ 5*, หน้า 41.

²⁶ รุณพงษ์ ทอนฮามแก้ว, *เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 29.

²⁷ Thomas Emerson, *The system of freedom of expression* (New York : Random House, 1970) page 2-6.

²⁸ http://nahmodlaw.com/2010/01/19/an_introduction_to_freedom_of_speech.

ประชาชนในรัฐที่มีการปกครอง ระบอบประชาธิปไตยซึ่งประชาชนปกครองตนเอง (Self-governing Citizen)²⁹

3. เสรีภาพในการแสดงออกทำให้มนุษย์สามารถบรรลุความสมประสงค์ของตนเอง (Self-fulfillment) การแสดงออกทางความคิดเป็นเรื่องของจิตวิญญาณของมนุษย์ที่แสดงออกซึ่งจิตวิญญาณของตนเอง ไม่จำกัดเพียงแต่การแสดงข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการแสดงออกทางความคิด ความเชื่ออื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่เรื่องทางการเมือง และรวมถึงการแสดงออกทางศิลปะด้วย

การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก

1. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

(The Universal Declaration on Human Rights 1948, UDHR)

ปฏิญญานี้ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสดงออก ในข้อที่ 19 ว่า³⁰ “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพในความคิดเห็นและแสดงออกซึ่งความคิดเห็นนั้นอย่างเสรี สิทธิดังกล่าวนี้รวมถึง เสรีภาพที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และมีสิทธิที่จะแสวงหา รับ และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารหรือความคิดใดผ่านสื่อ ใด ๆ ได้อย่างไรพรมแดน ” คือไม่ได้จำกัดเฉพาะข้อมูลข่าวสารภายในประเทศหรือการแสดงออกภายในประเทศเท่านั้น

ปฏิญญานี้เป็นการกำหนดมาตรฐานให้ประเทศต่าง ๆ นำไปปฏิบัติโดยไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ไม่มีผลผูกมัดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบหากไม่ได้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของปฏิญญา³¹ สหประชาชาติจึงมีแนวคิดที่จะทำให้สิทธิต่างๆตามปฏิญญาได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการ โดยให้มีผลผูกพันกับประเทศภาคีสมาชิก จึงได้จัดทำกติกาเพิ่มขึ้น 2 ฉบับคือ

- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

(International Covenant on Economic Social and Cultural Rights : ICESCR)

- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

(International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) พร้อมทั้ง พิธีสารเลือกรับแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

²⁹ Alexander Meiklejohn, *Political Freedom*, 2nd edition (New York, 1965) page 79.

³⁰ Article 19 “Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”.

³¹ นพนิติ สุริยะ, *สรุปคำบรรยายวิชาสิทธิมนุษยชน* (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537) หน้า 11

(Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights : OPCCPR) เพื่อให้แต่ละประเทศภาคีเลือกว่าต้องการผูกพันต่อตัวกติกาเพียงใด

2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
(International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

กติกานี้มีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี ผูกพันประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกโดยการให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ให้การรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2509 และมีผลบังคับใช้เมื่อ 23 มีนาคม 2519 โดยประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการ ภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540

กติกาได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลไว้ใน ข้อ 19 ว่า³²

1. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิแห่งเสรีภาพในการแสดง ออก สิทธิดังกล่าวนี้รวมถึง เสรีภาพในการแสวงหา รับ และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารหรือความคิดทุกประเภทได้อย่างไร้พรมแดน ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นการตีพิมพ์ หรือในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่ออื่น ๆ ตามที่ตนเลือก

แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการ **แสดงออกตาม** กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ไม่ได้ถูกรับรองและคุ้มครองในฐานะเป็น “สิทธิเด็ดขาด” (Absolute) สิทธิในเสรีภาพดังกล่าวจึงสามารถตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดได้ ซึ่งข้อจำกัดนี้จะต้องมีขอบเขตที่แคบ ชัดเจน แน่นนอนและจะต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธินั้น³³ กติกาจึงได้บัญญัติถึงเหตุในการกำหนดข้อจำกัดไว้ว่า “การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ต้องเป็นไปโดยมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวจึงอาจตกอยู่ใต้ข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย และจำเป็นแก่การเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือ การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรม”³⁴

³² Article 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

³³ <http://www.Article19.org/pages/en/limitations.html>

³⁴ The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this Article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

3. การรับรองโดยมติประจำปีเรื่องเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เมื่อ วันที่ 2 ตุลาคม 2009³⁵ โดยมีใจความในการให้ความสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกและการแสดงความคิดเห็น ในสื่อต่างๆทุก รูปแบบทั้งสื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์และอินเทอร์เน็ต โดยไม่ควรใช้กฎหมายหรืออำนาจรัฐคุกคามผู้ที่ใช้เสรีภาพในการแสดงออกโดยถูกกฎหมาย และไม่สมควรจำกัด เสรีภาพดังกล่าวโดยอ้างความมั่นคงหรือการป้องกันการก่อการร้าย โดยไม่เป็นธรรมหรือไม่สุจริตเป็นต้น

เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 45 ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน ไม่ว่าจะกระทำ ด้วยวิธีการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นๆ รัฐจะใช้อำนาจในการสั่งปิดกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่น เพื่อลิดรอนเสรีภาพในการแสดงออกไม่ได้ รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการนำเสนอข่าวไม่ได้ หรือแม้แต่การนำข่าวหรือบทความไปให้เจ้าหน้าที่ตร วจสอบก่อนที่นำไปเผยแพร่ในสื่อหนังสือพิมพ์หรือสื่ออื่นๆก็ไม่สามารถกระทำได้เช่นกัน เว้นแต่จะอยู่ในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม โดยการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกนี้ต้องกระทำตามที่บัญญัติมาตรา 45 วรรค 2 ได้วางหลักไว้คือ การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่ กรณีดังต่อไปนี้

1. เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เช่น สถานการณ์บ้านเมืองขณะนั้นไม่มีความปลอดภัย อยู่ในภาวะฉุกเฉิน หรืออยู่ในระหว่างประกาศใช้กฎอัยการศึก ก็อาจมีกฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพได้³⁶
2. เพื่อคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลจากการใช้เสรีภาพที่ไม่ระมัดระวังหรือเจตนาที่จะละเมิดสิทธิของผู้อื่น
3. เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการแสดงความคิดเห็นที่มีเนื้อหาผิดศีลธรรมหรืออาจก่อให้เกิดปัญหาอาชญากรรมต่างๆตามมา³⁷
4. เพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

(a) For respect of the rights or reputations of others;

(b) For the protection of national security or of public order (order public), or of public health or morals.

³⁵ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G09/166/89/PDF/G0916689.pdf?OpenElement>

³⁶ สุภาภรณ์ ศรีดี, กฎหมายสื่อมวลชน (กรุงเทพมหานคร : จรัสสินทวงศ์การพิมพ์, 2551), หน้า 38.

³⁷ เรื่องเดียวกัน

เสรีภาพในการแสดงออกนั้น เป็นสิ่งที่สำคัญในการดำรงอยู่ของความเป็นประชาธิปไตยในประเทศ ทั้งยังเป็นสิทธิเสรีภาพที่ทำให้ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมกับประเด็นต่างๆ ในสังคม แต่เสรีภาพดังกล่าวจะไม่ใช่ประโยชน์อันใดเลยหากปราศจาก “สิทธิในการรับรู้หรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร”³⁸ ซึ่งจะต้องมีอยู่ควบคู่กันไปเพราะ สิทธิในการรับรู้หรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นเป็น “สิทธิที่จะได้รู้” (Right to know : Input) แต่สิทธิในการแสดงความคิดเห็นนั้น เป็น “เสรีภาพในการแสดงออก” (Freedom of Expression : Output)³⁹

2.1.4 สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (Right to Know and Access to Information)

สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร เป็นสิทธิประเภทหนึ่งของสิทธิมนุษยชน โดยได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในข้อ 19 และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 19 ได้แก่ “สิทธิในการแสดงออก...นี้ รวมถึงการ มีสิทธิที่จะแสวงหา รับ และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารหรือความคิดใดผ่านสื่อต่างๆ ได้อย่างไรพรหมแดน” โดยมีข้อจำกัดเช่นเดียวกับการใช้สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อีกทั้งยังเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมืองและในการปกครองประเทศ ซึ่งหมายถึงการที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลสามารถมีการกระทำใดที่มีอิทธิพลต่อการเลือกสรรผู้นำทางการเมืองหรือรัฐบาลทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น และมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะ⁴⁰ เนื่องจากการปกครองของรัฐมีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง การที่รัฐจะใช้อำนาจในการบริหารราชการหรือออกกฎหมายใดๆ จึงต้องโปร่งใส และเพื่อให้การใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวได้รับการตรวจสอบและควบคุมโดยประชาชน ประชาชนจึงต้องสามารถรับรู้ที่รัฐใช้อำนาจในการปกครองอย่างไรและประชาชนได้หรือเสียสิทธิประโยชน์คุ้มค่ากับผลที่ได้รับจากการดำเนินการตามนโยบายของรัฐหรือไม่⁴¹ นอกจากนั้นหากรัฐจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนก็ควรมีการแจ้งให้ประชาชนทราบล่วงหน้าตามสมควรว่า สิทธิหรือเสรีภาพของ

³⁸ พิศิษฐ์ ขวลาธวัช, กฎหมายและจริยธรรมสื่อสารมวลชน ฉบับแก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2553 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดบ้านหนังสือโกสินทร์) หน้า 132.

³⁹ วุฒรา ไชยสาร, สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม) หน้า 5.

⁴⁰ ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัยการติดตามและประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่อง การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการทำงานของรัฐบาลและองค์กรอิสระ (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยสถาบันพระปกเกล้า, 2546) หน้า 58.

⁴¹ วุฒรา ไชยสาร, สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ, 10-11.

ตนถูกจำกัดลงอย่างไร เพื่อที่ประชาชนจะสามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นพลเมืองที่ดีได้ถูกต้องตามกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับต่างๆที่รัฐออกมาใช้ในการปกครองบ้านเมือง⁴²

สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารจึงเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้ประชาชนสามารถควบคุม ตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของรัฐได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารนี้เป็น “เครื่องชี้วัด” ระดับการพัฒนาการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของประเทศ⁴³

สำหรับประเทศไทย สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยแบ่งเป็น

1. สิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะ รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่า ทุกคนมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชนหรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งข้อยกเว้นนี้ต้องเป็นไปตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้⁴⁴

2. สิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือก่อนจะมีการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับประชาชนหรือชุมชนท้องถิ่น บุคคลที่อาจได้รับผลกระทบนั้นย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และ เหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นและมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้การวางแผนพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การวางผังเมือง การกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ที่ดิน และการออกกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ให้รัฐจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึงก่อนดำเนินการ⁴⁵

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

นอกจากรัฐธรรมนูญที่รับรอง สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารแล้ว รัฐยังได้ออกกฎหมายในรูปแบบของพระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มี

⁴² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อิสระของข่าวสาร (Freedom of Information), วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 3 ปีที่ 9 พ.ศ. 2521, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521) หน้า 138. อ้างถึงใน พิเศษฐ์ ชาลาธวัช, กฎหมายและจริยธรรม สื่อสารมวลชน ฉบับแก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2553, หน้า 135.

⁴³ วุชรา ไชยสาร, สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ, หน้า12.

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 56.

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 57.

ผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2549 เพื่อให้ประชาชนได้มีโอกาสอย่างกว้างขวางในการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินกิจการต่างๆของรัฐอันเป็นการส่งเสริมให้มีความเป็นรัฐบาลโดยประชาชนมากยิ่งขึ้น ดังนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยมีข้อยกเว้นอันไม่ต้องเปิดเผยที่กำหนดไว้อย่างแจ่มชัดและจำกัดเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติหรือต่อประโยชน์ที่สำคัญของเอกชน⁴⁶ และกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในหลายวิธี เช่น การประกาศในราชกิจจานุเบกษา การจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของทางราชการไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดู หรือ ให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องขอข้อมูลข่าวสารเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีได้ที่หน่วยงานที่เป็นเจ้าของครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้นๆ⁴⁷

“ข้อมูลข่าวสาร” (Information) หมายความว่า สิ่งสื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือ สิ่งใดๆ ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดย สภาพของสิ่งนั้นเองหรือโดยผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปแบบของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือโดยวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งที่บันทึกไว้นั้นปรากฏได้

หลักในการจำกัดสิทธิในการรับรู้หรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร⁴⁸

1. ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จะเปิดเผยไม่ได้โดยเด็ดขาด⁴⁹
2. ข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเป็นการเสียหายหรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือการป้องกันประเทศ หรือ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ
3. ข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเป็นการเสียหายหรือกระทบกระเทือนต่อระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ
4. ข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเป็นการเสียหายหรือกระทบกระเทือนต่อการบังคับใช้กฎหมาย (โดยส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นถึงการบังคับใช้กฎหมายในทางอาญา)⁵⁰ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ หรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ ไม่ว่าจะ เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดี การป้องกัน การปราบปราม การทดสอบ การตรวจสอบ การรู้แหล่งที่มาของข้อมูลข่าวสาร

⁴⁶ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

⁴⁷ พิศิษฐ์ ขวลาธรวัช และคณะ, รัฐกับสิทธิได้รับรู้ข้อมูลหรือข่าวสารของราชการฉบับคดีตัวอย่าง(กรุงเทพมหานคร : อักษราพิพัฒน์, 2545) หน้า 1-3

⁴⁸ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540, มาตรา15.

⁴⁹ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540, มาตรา14.

⁵⁰ เจริญชัย ณ นคร, สมุดปกขาว ฉบับที่11ร่างพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ..... เอกสารสำหรับคณะกรรมการสิทธิการของรัฐสภา(กรุงเทพมหานคร : มาสเตอร์เพลส, 2536), หน้า 3.

5. ข้อมูลข่าวสารที่เป็นความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะที่ เกี่ยวกับการปฏิบัติงาน ภายในส่วนราชการเว้นแต่เป็นความเห็นหรือข้อเสนอแนะเพื่อประกอบการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการ และ รายงานวิชาการ

6. ข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเป็นการเสียหายหรือกระทบกระเทือนต่อ “สิทธิส่วนบุคคล”⁵¹ หรือเกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใด

7. ข้อมูลข่าวสารที่ได้รับการคุ้มครองตามจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ เช่น วิชาชีพ กฎหมาย วิชาชีพแพทย์ หากการเปิดเผยนั้นจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร

8. ข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายห้ามมิให้เปิดเผยหรือกำหนดวิธีการเปิดเผยไว้ โดยเฉพาะ

9. ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้า การพาณิชย์ อุตสาหกรรม หรือ เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ที่ส่วนราชการได้รับจากเอกชน และเป็นที่ยุติใจในระหว่างกัน ว่าส่วนราชการจะไม่นำมาเปิดเผยกับบุคคลอื่น

10. กรณีอื่นๆที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา

ข้อมูลที่มีเนื้อหาตาม ข้อ 1 ห้ามเปิดเผยเด็ดขาด ข้อมูลตามข้อ 2-10 หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่สามารถใช้ดุลพินิจไม่เปิดเผยได้

ข้อจำกัดของสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารจะมีมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับว่า รัฐได้ให้การยอมรับอำนาจประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมค วบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐเพียงใด

ประเทศไทยได้สร้างหลักประกันในสิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารไว้ ทั้งในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทและมีลำดับศักดิ์สูงสุด และในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ .ศ. 2540 ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสากลที่รับรองเรื่องสิทธิมนุษยชนและการมีส่วนร่วมในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่สิ่งที่จะต้องคำนึงถึงเป็นสำคัญอีกสองประการเพื่อทำให้การใช้สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนมีผลในทางปฏิบัติจริง คือ หนึ่ง การที่ส่วนราชการต้องมีการจัดเก็บข้อมูลที่เป็นระบบ มีกระบวนการเผยแพร่หรือเปิดเผยข้อมูลที่ไม่สร้างความยุ่งยากหรือสร้างภาระแก่ประชาชนผู้ใช้สิทธิเกินสมควร และสองคือการอำนวยความสะดวกในกระบวนการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคแห่งเทคโนโลยีที่สังคมเชื่อมต่อกันทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือ อินเทอร์เน็ต รัฐจึงต้องสนับสนุน การเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประชาชน และให้ประชาชนได้ใช้ “สิทธิในการสื่อสารรวมถึงสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต” ให้เท่าเทียมกัน

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

2.1.5 สิทธิในการสื่อสารและสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต (Right to Communicate and Right to Internet Access)

สิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต เป็นสิทธิประเภทหนึ่งของสิทธิในการสื่อสาร (Right to Communicate) ซึ่งเป็นแนวคิดที่พัฒนามาจากการที่นักวิชาการตะวันตกกลุ่มหนึ่งเชื่อว่า เสรีภาพในการแสดงออกหรือเสรีภาพในการพูด และเสรีภาพในการรับรู้เข้าถึงข้อมูลข่าวสาร จำต้องคำนึงถึงสิทธิในการสื่อสารของบุคคลและชุมชน⁵² อีกทั้งสิทธิในการสื่อสารนี้ยังมีรากฐานมาจาก ข้อ 19 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพราะการใช้เสรีภาพในการแสวงหา รับ หรือส่งต่อข้อมูลข่าวสาร จะไม่มีความหมายหากไร้ซึ่งสิทธิในการสื่อสาร

พัฒนาการของสิทธิในการสื่อสารและสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต

ผู้ทริเริ่มเสนอแนวคิดในเรื่องสิทธิในการสื่อสาร ในปี 1969 คือ Jean d' Archy โดยมีแนวคิดว่าการติดต่อสื่อสารกันเป็นธรรมชาติของมนุษย์ ดังนั้นสิทธิในการสื่อสารก็ควรได้รับการรับรอง การสื่อสารในที่นี้หมายถึงการที่บุคคลต้องสามารถรับและส่งข้อมูลและมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันได้ (interactivity) ฉะนั้นการเผยแพร่ข้อมูลแนวคิดในทิศทางเดียวโดยไม่มีความหลากหลายของข้อมูล หรือการเผยแพร่ข้อมูลที่มาจากแหล่งข้อมูลเพียงไม่กี่แห่งไม่ใช่ความหมายของการสื่อสาร⁵³ สิทธิการสื่อสารนั้นประกอบไปด้วย สิทธิในการมีส่วนร่วมหรือการสมาคม สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร สิทธิในความเป็นส่วนตัวและสิทธิอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม ครอบคลุมถึงสิทธิทุกอย่างในกระบวนการสื่อสาร และการใช้สื่อสารสาธารณะทุกประเภท นอกจากนี้ L.S. Harms ศาสตราจารย์ภาควิชาการสื่อสารของมหาวิทยาลัยฮาวาย ยังได้กล่าวเพิ่มเติมว่า การใช้สิทธิในการสื่อสารนี้จะสัมฤทธิ์ผลได้ สังคมจะต้องมีความพร้อมด้านทรัพยากรในการสื่อสารให้เพียงพอต่อความต้องการในการสื่อสารของมนุษย์อีกด้วย⁵⁴

ในยุคแรกเริ่มของการพัฒนาสิทธิในการสื่อสารมีการรณรงค์เพื่อสิทธิการสื่อสารเรื่อง “ระเบียบโลกใหม่ว่าด้วยสารสนเทศและการสื่อสาร” (New World Information and Communication Order : NWICO) โดยองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่ง

⁵² อุบลรัตน์ ศิริยุวศักดิ์, สิทธิในการสื่อสารของประชาชนกับสิทธิมนุษยชน : วาทะกรรมการต่อสู้ในเวทีสากล ใน สันติสุข โสภณศิริ, กฎหมายและสิทธิมนุษยชน, วิถีสังคมไทย สรรนิพนธ์ทางวิชาการเนื่องในวาระหนึ่งทศวรรษ ปรีดี พนมยงค์ ชุดที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการดำเนินงานฉลอง100ปี ชาตกาล นายปรีดี พนมยงค์ รัฐบุรุษอาวุโสภาคเอกชน,2544)หน้า 16.

⁵³ Jean d'Arcy Edited by L. S. Harms, Right to Communicate, [online]
<http://www.righttocommunicate.org/viewDocument>.

⁵⁴ L.S. Harms and Desmond Fisher, International Commission for the study of communication problems : The Right to Communicate concept and Toward Definition,
<http://unesdoc.unesco.org/images/0003/000342/034290eb.pdf>

สหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization : UNESCO) ในปี 1980's NWICO เป็นการเคลื่อนไหวของกลุ่มประเทศโลกที่สามหรือกลุ่มประเทศที่ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด Non-Aligned Movement NAM (กลุ่มประเทศไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดก่อตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1961 ปัจจุบันในปี 2011 มีสมาชิกทั้งหมด 120 ประเทศ ซึ่งรวมถึงประเทศไทยและ 17 ประเทศผู้สังเกตการณ์⁵⁵ ซึ่งริเริ่มจากความคิดที่ว่าประเทศสมาชิกและประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลายควรหันมาให้ความร่วมมือกันในการสื่อสารมวลชนเพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นซึ่งกันและกัน โดยใช้นโยบาย “กระแสข่าวสารเสมอภาคและสมดุล” equal and balanced flow of information เพื่อต่อต้านเรื่องกระแสการไหลของข่าวสารที่ มักเป็นกระแสทางเดียวจากประเทศโลกตะวันตกที่มีสำนักข่าวใหญ่ๆผูกการเสนอข่าวต่อประชาคมนานาชาติ⁵⁶

การรับรองสิทธิเป็นลายลักษณ์อักษร

UNESCO ได้รับรองสิทธิในการสื่อสารเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยรัฐต้องจัดให้มีการให้บริการในพื้นที่ให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ เพื่อให้ประชาชนในชุมชนทุกระดับสามารถเข้าถึงสื่อได้ โดยปราศจากความเหลื่อมล้ำและไม่มีอุปสรรคด้านพื้นที่ทางภูมิศาสตร์⁵⁷

การประชุมสุดยอดว่าด้วยสังคมสารสนเทศ “World Summit of Information Society : WSIS (Geneva 2003 , Tunis 2005) ที่จัดขึ้นโดย สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union) ซึ่งสมาชิกผู้เข้าร่วมประชุมได้แถลงปฏิญญาร่วมกันว่า “พวกเรามีความมุ่งหวังและมีความรับผิดชอบร่วมกันในการสร้างและพัฒนาสังคมสารสนเทศที่มีประชาชนเป็นศูนย์กลาง (people-centered) ในสังคมสารสนเทศทุกคนสามารถสร้าง เข้าถึง ใช้ ประโยชน์ และเผยแพร่ข่าวสารและความรู้ต่างๆได้ โดยปัจเจกชน หรือชุมชนต้องสามารถบรรลุ ประสิทธิภาพในการพัฒนาและปรับปรุงคุณภาพชีวิตของพวกเขาให้ดีขึ้น ทั้งนี้ตามความมุ่งหมายของหลักการขององค์การสหประชาชาติและเพื่อสนับสนุนและเคารพต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน”⁵⁸

⁵⁵ www.nam.gov.za/background/background.htm

⁵⁶ อุบลรัตน์ ศิริยุคศักดิ์, สิทธิในการสื่อสารของประชาชนกับสิทธิมนุษยชน : วาจากรรมการต่อสู้ในเวทีสากล ใน สันติสุข โสภณสิริ,กฎหมายและสิทธิมนุษยชน, วิถีสังคมไทย สรรนิพนธ์ทางวิชาการเนื่องในวาระหนึ่งทศวรรษ ปรีดี พนมยงค์ ชุดที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการดำเนินงานฉลอง100ปี ชาตกาล นายปรีดี พนมยงค์ รัฐบาลสุโขทัย,2544)หน้า 6.

⁵⁷ Universal Service Principle : States should promote universal services where to the extent possible given the different national and regional circumstances and resources the new media shall be accessible at community level by all individuals on a non-discriminatory basis regardless of geographic location

⁵⁸ Preliminary Report : Study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the internet (2010, Nov) page 6-7, [online] ,<http://www.osce.org/fom/73725>.

การรับรองสิทธิในการสื่อสารขององค์กรระดับนานาชาตินี้เป็นการขยายขอบเขตของเสรีภาพและสิทธิมนุษยชนเพื่อส่งเสริมความเป็นประชาธิปไตยในสังคมโลกให้มีมากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ทุกวันนี้⁵⁹ แนวความคิดเรื่องสิทธิในการสื่อสาร คือการเน้นความเสมอภาคของทุกฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการสื่อสาร ต้องเปิดให้มีความหลากหลายของวัฒนธรรมและทิศทางการสื่อสารซึ่งประกอบด้วย การรับและการส่งหรือการแสดงออกควบคู่กันไป (two-way flow or interactive)⁶⁰ โดยปราศจากการควบคุม แทรกแซง หรือ ปิดกั้น เว้นแต่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์พิเศษแห่งชาติ (national interest)⁶¹ ทั้งนี้รวมถึง สิทธิในการเข้าถึงการสื่อสารซึ่งต้องมีให้มากที่สุดและเท่าเทียมกันด้วย

ในปัจจุบันนี้ นอกจากสื่อดั้งเดิมในรูปแบบหนังสือพิมพ์ และสื่อวิทยุโทรทัศน์แล้ว การสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสื่อสาร ไม่ว่าจะเป็นโดยสื่อมวลชนหรือการสื่อสารระหว่างบุคคล จึงเริ่มมีแนวคิดในการผลักดันให้มีการกำหนดให้สิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดย GLOBESCAN ได้จัดทำการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ในช่วงปลายปี 2552 ถึงต้นปี 2553 โดยสำรวจผู้ใหญ่ทั้งที่เป็นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตและไม่ได้ใช้ 27,000 คน ใน 26 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย ผลสำรวจปรากฏว่า ร้อยละ 87 ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้สิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และ มากกว่า ร้อย ละ 70 ของผู้ที่ไม่ได้ใช้อินเทอร์เน็ตเห็นว่าพวกเขาควรมีสิทธิในการเข้าถึงเว็บไซต์ต่างๆได้ ในส่วนของประเทศไทยในแถบเอเชียก็ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตอย่างมากเช่นกันก็คือ เกาหลีใต้ โดยชาวเกาหลีใต้ให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตร้อยละ 96 ชาวเกาหลีใต้ร้อยละ 94 เห็นว่าอินเทอร์เน็ตเป็นแหล่งการเรียนรู้ที่ดี และชาวเกาหลีใต้ร้อยละ 72 ระบุว่าอินเทอร์เน็ตมีคุณค่ามากที่สุดในการเป็นแหล่งสารสนเทศ อีกประเทศหนึ่งคือ ญี่ปุ่น โดยชาวญี่ปุ่นร้อยละ 95 ระบุว่าอินเทอร์เน็ต เป็นแหล่งการเรียนรู้ที่ดีร้อยละ 94 ระบุว่าอินเทอร์เน็ตทำให้ตนมีอิสรภาพมากขึ้น และร้อยละ 84 ระบุว่าไม่สามารถอยู่ได้ถ้าปราศจากอินเทอร์เน็ต

สำหรับผลสำรวจของประเทศไทย⁶² ร้อยละ 91 เห็นว่าสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตควรเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ร้อยละ 83 เห็นด้วยว่าการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นการส่งเสริมการใช้

⁵⁹ Desmond Fisher, *The Right to Communicate : A Statue Report* (Paris : UNESCO Press,1982) page 12 (ebook).

⁶⁰ Ibid, p.12

⁶¹ Ibid, p. 7

⁶² สำรวจในจังหวัด กรุงเทพมหานคร, เชียงใหม่, ชลบุรี, ขอนแก่น, ลำปาง, นครปฐม นครราชสีมา นครศรีธรรมราช นนทบุรี ปทุมธานี ระยอง สมุทรปราการ และ สงขลา ทั้งหมดคิดเป็น ร้อยละ 13 ของประชากรที่เป็นผู้ใหญ่ของประเทศ

สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของพวกเขา แต่ ร้อยละ 58 ยังคงคิดว่าอินเทอร์เน็ตไม่ใช่สถานที่ที่ปลอดภัยในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของตนอย่างเสรี⁶³

ปัจจุบันนี้ในหลายประเทศได้รับรองให้สิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์เช่น ประเทศ ฟินแลนด์ ประเทศเอสโตเนีย ประเทศฝรั่งเศส ประเทศกรีซ และประเทศสเปน⁶⁴

ประเทศแรกๆที่ประกาศให้การเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน และออกกฎหมายมารองรับคือประเทศฟินแลนด์เมื่อเดือนกรกฎาคม 2552 กระทรวงคมนาคมและการสื่อสารได้ให้บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงแก่ประชาชนด้วยความเร็วอย่างน้อย 1 เมกะบิตต่อวินาที และคาดว่าในปี พ.ศ. 2558 จะมีบริการอินเทอร์เน็ตที่มีความเร็วสูงเพิ่มขึ้นเป็นร้อยเท่า นั่นคือ คาดว่าจะมีอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง 100 เมกะบิตต่อวินาทีให้ชาวฟินแลนด์ได้ใช้อย่างทั่วถึง ซึ่งจากการที่ฟินแลนด์ประกาศให้สิทธิการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทำให้ชาวฟินแลนด์ที่อยู่ในชนบทได้มีโอกาสเข้าถึงอินเทอร์เน็ตมากขึ้น⁶⁵ ต่อมาในปี 2554 จากรายงานของผู้ตรวจการพิเศษว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพในความคิดเห็นและการแสดงออก ของนาย Frank La Rue ที่เสนอต่อการประชุมของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนในปี สหประชาชาติได้ยอมรับและเห็นด้วยว่าควรกำหนดให้สิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งรัฐควรส่งเสริมให้ประชาชนในทุกๆพื้นที่ของสังคม ซึ่งรวมถึงผู้พิการ หรือ ชนกลุ่มน้อยในสังคม สามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้อย่างกว้างขวางในราคาเหมาะสมที่ทุกคนสามารถจ่ายได้⁶⁶

แม้ว่าการใช้อินเทอร์เน็ตจะทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่างๆได้รวดเร็วและมีประโยชน์ต่อการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน แต่ยังคงมีบางประเทศที่รัฐบาลได้อำนาจความมั่นคงของชาติเพื่อจำกัดสิทธิการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประชาชนซึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบคอมมิวนิสต์ รัฐบาลหรือผู้มีอำนาจทางการเมืองซึ่งเห็นว่าหากให้สิทธิในการใช้อินเทอร์เน็ตแก่ประชาชนอย่างเสรีอาจมีผลกระทบต่อเสถียรภาพทางการเมืองการปกครองของประเทศได้ ซึ่งการจำกัดสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต เท่ากับเป็นการลดทอนเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชน

⁶³ Four in Five Regard Internet Access as a Fundamental Right : Global Poll by GLOBESCAN [online], http://www.worldpublicopinion.org/pipa/Article/btjusticehuman_rightara/661.php.

⁶⁴ United Nations Declares Internet Access a Basic Human Right, <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/06/united-nations-declares-internet-access-a-basic-human-right/239911/>

⁶⁵ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันที่ 19 ตุลาคม 2552 <http://www.thairath.co.th/content/tech/40568>

⁶⁶ Conclusion and Recommendations (B), United Nations General Assembly : Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression by Frank La Rue, (2011), page 22.

นอกจากนี้บางประเทศยังออกกฎหมายที่ จำกัด สิทธิการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประชาชน โดยการตัดหรือระงับการเชื่อมต่อระบบอินเทอร์เน็ต โดยมีหลักในการจำกัดสิทธิคือ การที่มีข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบ เช่น

ประเทศนิวซีแลนด์ มีกฎหมาย The Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2011 ให้อำนาจแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Providers : ISPs) หรือ (Internet protocol address provider : IPAP) สามารถตัดการเชื่อมต่อทางอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้บริการ ได้หากมีการแจ้งเตือน (Enforcement Notice) ว่าผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต รายนั้นมีกระทำความ หรือการเผยแพร่ข้อมูล ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถึง 3 ครั้ง⁶⁷

ประเทศฝรั่งเศสรัฐบาลได้ผ่านร่างกฎหมายเพื่อต่อต้านการละเมิดลิขสิทธิ์ที่จัดตั้งหน่วยงาน Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet หรือ HADOPI⁶⁸ ซึ่งมีหน้าที่ดูแลตรวจตรา (monitor) ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตจากการดาวน์โหลดข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์และให้อำนาจในการตัดการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตของประชาชนได้ หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์⁶⁹ แต่ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีคำตัดสินว่ากฎหมายนี้อาจเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจากสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและความคิด (might deprive many internet users of the right to receive information and ideas)⁷⁰ ซึ่งขัดต่อ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง 1789 ข้อที่ 11 ที่กำหนดว่า สิทธิในการสื่อสารทางความคิดและความคิดเห็นอย่างเสรี เป็นหนึ่งในสิทธิที่มีค่าสำหรับมนุษย์ พลเมืองทุกคนจึงสามารถ รวดพิง เขียน หรือเผยแพร่ได้อย่างเสรี เว้นแต่เมื่อมีกฎหมายกำหนดว่าเสรีภาพดังกล่าวถูกใช้ในทางที่ผิด⁷¹ และยังประกาศอีกว่า สิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นสิทธิมนุษยชน⁷²

⁶⁷ The Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011, [online], <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2011/0011/latest/DLM2764312.html>

⁶⁸ In English : The High Authority for Transmission of Creative Works and Copyright Protection on the Internet.

⁶⁹ Nicola Lucchi, Access to network services and protection of constitutional rights : Recognizing the essential role of internet access for the freedom of expression (2011), Page 6 [online], http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1756243##

⁷⁰ The Constitutional Council Decision n 2009-508 of June 10th 2009 : Act furthering the diffusion and protection of creation on the Internet, page 9. [online], http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf.

⁷¹ Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789, Article 11 "The free communication of ideas and opinions is one of the most precious rights of man. Every citizen may thus speak, write and publish freely, except when such freedom is misused in cases determined by Law".

⁷² TOP FRENCH COURT DECLARES INTERNET ACCESS 'BASIC HUMAN RIGHT, 2009 [online], <http://www.foxnews.com/story/0,2933,525993,00.html>

การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประเทศต่างๆดังกล่าว ได้รับการต่อต้านจากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่รวมไปถึงสหประชาชาติซึ่งแสดงความกังวลว่าอาจเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน จึงมีคำแนะนำให้ประเทศต่างๆที่จำกัดสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเพราะเหตุผลเมิดสิทธิของผู้ใช้ ทบทวนกฎหมายของตนหรือนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ให้น้อยที่สุด เพราะหากข้อจำกัดไม่ได้สัดส่วนหรือไม่มีความจำเป็นแล้วจะเป็นการละเมิดหลักในข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง⁷³ และหลักสิทธิมนุษยชน

ประเทศไทยกับสิทธิในการสื่อสารและการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองสิทธิในการสื่อสารของประชาชนไว้ในมาตรา 36 ว่าบุคคลมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย และในมาตรา 47 เกี่ยวกับการพัฒนากิจการโทรคมนาคม ให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ การดำเนินการจัดสรรคลื่นความถี่และการกำกับการประกอบกิจการต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น ต้องมีการแข่งขันเสรีอย่างเป็นธรรม และจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อสารมวลชนสาธารณะ⁷⁴ อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังมีหลักเพื่อป้องกันการผูกขาดอย่างไม่เป็นธรรมคือ การกำกับการประกอบกิจการจะต้องมีมาตรฐานเพื่อป้องกันมิให้มีการควบรวม ครอบงำไม่ว่าระหว่างสื่อด้วยกันเองหรือจากบุคคลอื่น และห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นเจ้าของหรือถือหุ้นในกิจการไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม⁷⁵ ซึ่งจะมีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือปิดกั้นการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน

หน่วยงานภาครัฐต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการเทคโนโลยีสารสนเทศ มีการกำหนดนโยบายหรือแผนยุทธศาสตร์ในการส่งเสริมสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประชาชน เช่น สำนักงานกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (ซึ่งปัจจุบันได้เปลี่ยนเป็น สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ตาม พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 ธันวาคม 2553) ได้ประกาศแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2551-2553 เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย โดยในประเด็น

⁷³ Conclusion and Recommendations A(4), United Nations General Assembly : Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression by Frank La Rue, (2011), page 21.

⁷⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 47.

⁷⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 48.

เรื่องการส่งเสริมสิทธิในการสื่อสารและสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตโดยมุ่งส่งเสริมให้มีการบริการโทรคมนาคมพื้นฐานให้ครอบคลุมและทั่วถึง โดยเฉพาะในท้องถิ่นชนบทที่ห่างไกลและผู้ด้อยโอกาส เพื่อยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน ส่งเสริมการใช้โทรคมนาคมเพื่อการบริการสาธารณะ พัฒนาการศึกษ การสาธารณสุข โดยให้มีคุณภาพและราคาที่เหมาะสมอีกทั้งให้เพียงพอต่อความต้องการ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศชาติและประชาชนโดยรวมเป็นสำคัญ⁷⁶ นอกจากนี้ยังมีกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ได้จัดทำแผนพัฒนาสังคมแห่งความเท่าเทียมด้วย ICT เพื่อให้ผู้ด้อยโอกาส ผู้พิการ และผู้สูงอายุสามารถครอบครอง เข้าถึง มีทักษะและใช้เทคโนโลยีสารสนเทศโดยเฉพาะอินเทอร์เน็ตได้ซึ่งเป็นการเพิ่มโอกาสทางสังคมให้แก่กลุ่มคนเหล่านี้ โดยมุ่งดำเนินการเพื่อลดข้อจำกัดในการเข้าถึงเว็บไซต์ เพิ่มการใช้เทคโนโลยีเพื่อเป็นสื่ออำนวยความสะดวก และเพิ่มแหล่งเข้าถึงอินเทอร์เน็ต⁷⁷

ประเทศไทยนั้นก็เป็นประเทศหนึ่งที่ส่งเสริมนโยบายทางการสื่อสารโทรคมนาคมให้แก่ประชาชนโดยมีเป้าหมายการให้บริการแก่อย่างทั่วถึงในทุกพื้นที่และทุกกลุ่มสังคม ในราคาที่สามารถใช้ได้ ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นเป็นไปได้ยากสำหรับประเทศที่มีความเหลื่อมล้ำของสังคมทั้งในด้านเศรษฐกิจ และการศึกษา ซึ่งนำไปสู่ช่องว่างในการเข้าถึงเทคโนโลยีและข้อมูลข่าวสาร (Digital divide) ทั้งนี้จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องกำหนดนโยบายพื้นฐานเพื่อส่งเสริมและสร้างความเท่าเทียมกันแก่คนในสังคมเพื่อพัฒนาสิทธิดังกล่าวต่อไป

2.1.6 ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice System Theory)

การที่รัฐบัญญัติกฎหมาย โดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน ความสงบเรียบร้อยของสังคมและปราบปรามผู้กระทำความผิดนั้น อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่เมื่อเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อคุ้มครองความสงบสุขของสังคมแล้ว รัฐจึงสามารถทำได้โดยกำหนดการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งคือการบัญญัติกฎหมายกำหนดว่าการกระทำใดที่สมควรถือว่าเป็นความผิดและได้รับโทษทางอาญา และกำหนดกระบวนการต่างๆในการดำเนินคดีให้เหมาะสมกับการกระทำนั้น รวมถึงการกำหนด วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการกระทำ ความผิดและสภาพของสังคม⁷⁸ การดำเนิน คดีในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยรัฐนั้นเริ่ม ตั้งแต่

⁷⁶ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2551-2553) ราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 125 ตอนพิเศษ 65ง หน้า 44 วันที่ 1 เมษายน 2551

⁷⁷ แผนพัฒนาสังคมแห่งความเท่าเทียมด้วย ICT ปี 2551-2553 โดยสำนักงานปลัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร หน้า 2-4 [online] <http://www.equitable-society.com/Download/plan.pdf>

⁷⁸ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California : Standford University Press, 1968), page 150.

การสืบสวนสอบสวนผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาในชั้นตำรวจ การสั่งฟ้องและการต่อสู้คดีของโจทก์จำเลย ในชั้นอัยการ การสืบพยานหลักฐานเพื่อการพิจารณาและพิพากษาของ ศาล ไปจนถึงการลงโทษตาม คำพิพากษาและปล่อยตัวของหน่วยงาน ราชทัณฑ์ ในขณะเดียวกัน ในการดำเนินกระบวนการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ในแต่ละขั้นตอน รัฐก็ยังคงคำนึงถึงหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของ ประชาชนที่ รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ด้วยซึ่ง หากสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือของผู้ต้องหานั้นถูก พรากไปเกินกว่าความจำเป็นเพื่อป้องกันสังคมโดยรวมแล้ว ก็ย่อมถือว่ารัฐบกพร่องในหน้าที่และเป็นผู้ ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสียเอง

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือ ระบบงานยุติธรรมทางอาญานั้นมีวัตถุประสงค์สำ คัญ หลายประการ คือ การลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาโดยการพิจารณาตัดสินโดยศาล ยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรม การนำตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายออกไป จากสังคมเพื่อไม่ให้ประชาชนที่อยู่ในชุมชนหรือสังคมนั้นเกิดความไม่รู้สึกปลอดภัยหรือเป็นอุปสรรค ต่อการดำเนินชีวิต การสอดส่องดูแลและป้องกันมิให้มีการประกอบอาชญากรรม ทั้งการป้องกันผู้อื่น ไม่ให้เอาเยี่ยงอย่าง และป้องกันการกระทำความผิดซ้ำจากผู้กระทำความผิดคนเดิมที่จะต้องได้รับโทษ อย่างสาสม การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี และการเยียวยาสังคม มิให้กลับมาเป็น ปกติสุขเหมือนเดิม⁷⁹

การกำหนดนโยบาย ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ของแต่ละประเทศมีแนวคิด ให้ ความสำคัญในการควบคุมครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม ต่างกัน โดยใช้ 2 ทฤษฎี ซึ่งเป็นหลักในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ Herbert L. Packer ได้เขียนไว้ในเรื่อง Two Models of the Criminal Process ในหนังสือชื่อ The Limits of the Criminal Sanction คือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และทฤษฎีกระบวนการ นิติธรรม (Due Process) ทั้งสองทฤษฎีนี้มีคุณค่าและหลักการที่แตกต่างกัน เมื่อหลั กการแตกต่าง มาตรฐานในการควบคุมอาชญากรรมและมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อม แตกต่างกันไปด้วย

2.1.6.1 ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control)

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมนี้เป็นทฤษฎีที่เน้นประสิทธิภาพของการ บังคับใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุม ระวัง ปราบปรามอาชญากรรมเป็น หลัก การดำเนินคดีเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้อย่างสม่ำเสมอ โดยจะต้องดำเนินการโดยผู้เชี่ยวชาญ เกี่ยวกับงานนั้นๆที่เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานรัฐ เริ่มตั้งแต่การสืบสวนก่อนทำการจับกุม

⁷⁹ Clemens Bartollas, *Invitation to Corrections*, (Boston : Allyn and Bacon, 2002) pages 71-72 อ้างถึงใน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชาการบริหารงานยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2552) หน้า 1-25.

การจับกุม การสอบสวนภายหลังการจับกุม การฟ้องคดีต่อศาล การพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำ ความผิด และการปล่อยจำเลย ดังนั้นการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆต้องมีความรวดเร็วและแน่นอน กล่าวคือต้องมีวิธีปฏิบัติที่เป็นแบบแผนและผู้กระทำ ความผิดมีโอกาสน้อยที่จะหลุดพ้นจากการถูกศาล พิพากษาลงโทษ ฉะนั้นตามทฤษฎีนี้จึงมีการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องสงสัยได้กระทำความผิดขึ้นจริง ตามข้อกล่าวหา⁸⁰ นอกจากนี้ยังถือว่าขั้นตอนที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดได้แก่ การวินิจฉัย ข้อเท็จจริง ในคดีให้เสร็จไป ตั้งแต่ขั้นตอนต้นๆ ได้แก่ในชั้น การสืบสวนสอบสวนของ ตำรวจและอัยการ ข้อดีของ การพยายามให้การค้นหาข้อเท็จจริงนั้นเสร็จสิ้นไปในขั้นนี้ ก็เพื่อถ่วงดุลผู้บริสุทธิ์ออกจาก กระบวนการทำให้ผู้ต้องสงสัยหรือผู้บริสุทธิ์ได้รับการปลดปล่อยโดยเร็ว การวินิจฉัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการ กระทำความผิดให้เสร็จโดยเร็วนี้ ก่อให้เกิดผลดีต่อการบังคับใช้กฎหมาย 2 ประการคือ การ ดำเนินคดีต่อผู้ต้องหาที่มีพยานหลักฐานแน่นแฟ้นเพียงพอหรือการที่ผู้ต้องหาไร้สารภาพ และการ ปลดปล่อยผู้ต้องหาผู้บริสุทธิ์โดยเร็ว⁸¹

หลักการของ ทฤษฎีนี้ สอดคล้องกับความเป็นจริงในหลายๆประเทศที่มี อาชญากรรมเกิดขึ้นได้ทุกที่ทุกเวลาในขณะที่ทรัพยากรของรัฐทั้งด้ านบุคคลากรและเครื่องมือเพื่อ อำนาจความสะกดกั้นมีอยู่อย่างจำกัดและไม่เพียงพอ ทฤษฎีนี้ มองว่าแม้จะมีกฎหมาย แต่หากการ บังคับใช้กฎหมายนั้นไม่มีประสิทธิภาพพอที่จะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนี้ได้แล้ว ก็ เปรียบเสมือนว่าความสงบเรียบร้อยของสังคมถูกทำลายลงและเงื ่อนไขสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนผู้ เคารพกฎหมาย (law-abiding citizen) ได้รับความกระทบกระเทือน ซึ่งจะทำให้ ประชาชนผู้บริสุทธิ์ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมมากขึ้น ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายนี้อาจวัด ได้จากสถิติการจับกุมและลงโทษผู้กระทำความผิดโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งต้องแสดงด้วยว่า จำนวนผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษนั้นมีจำนวนมากกว่าถ้าเทียบกับสัดส่วนของจำนวนพนักงาน เจ้าหน้าที่รัฐที่มีจำกัด⁸²

2.1.6.2 ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process)

ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม มีคุณค่าและหลักการตรงกันข้ามกับการ ควบคุมอาชญากรรมในแง่ของกระบวนการดำเนินคดี โดยยึดการดำเนินคดีตามกฎหมาย ที่เป็นระบบ และมีเหตุผล เป็นหลัก หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา หรือ ผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ โดยการดำเนินการ ในขั้นตอนต่างๆตั้งแต่ขั้นตำรวจ อัยการ ศาลหรือ ราชทัณฑ์ จะต้องไม่มีอุปสรรคขัดขวาง ทำให้ผู้ต้องหาถูกส่งผ่านไปยังขั้นตอนต่างๆในกระบวนการ

⁸⁰ วีระพงษ์ บุญโญภาส, อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552) หน้า 423.

⁸¹ ประธาน วัฒนวานิช, “ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการ นิติธรรม”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กันยายน – พฤศจิกายน, 2520), หน้า 150.

⁸² Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction, page 158-159.

ยุติธรรมอย่างสะดวก⁸³ ทฤษฎีนี้ไม่เห็นพ้องกับการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่เป็นทางการ โดยไม่ได้ผ่านกระบวนการวินิจฉัยตัดสินของศาล ตาม ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Informal nonadjudicative fact-finding) โดยเฉพาะในชั้นตำรวจและอัยการที่เน้นหนักในการปราบปรามอาชญากรรม เพราะมองว่า มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความผิดพลาดสูง เนื่องจากระบบที่ไม่เป็นทางการอาจทำให้มีการข่มขู่ให้รับสารภาพหรือยอมรับในข้อเท็จจริงบางประการที่ผู้ต้องสงสัยจำยอมต่อการข่มขู่ที่นั่นทั้งๆที่ไม่ใช่ความจริง และพยานอาจเกิดอคติจากการได้รับผลประโยชน์พิเศษได้ แต่ตามทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมนี้ เห็นว่าจะต้องมีการพิจารณาไต่สวนข้อกล่าวหาของผู้ถูกกล่าวหาอย่างเป็นทางการและเปิดเผยในศาลยุติธรรม ผู้ถูกกล่าวหาต้องมีโอกาสในการต่อสู้คดี และเบิกความเพื่อลดความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน อย่างเต็มที่ ทฤษฎีนี้จึงถือว่าบุคคลจะไม่ถูกกล่าวหาว่าประกอบอาชญากรรมเพียงเพราะเขาได้กล่าวว่าเขาได้กระทำการนั้นขึ้นหรือมีพยานหลักฐานว่าเขาได้กระทำเช่นนั้นเท่านั้น แต่จะมีความผิดต่อเมื่อผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งหมายถึงศาลยุติธรรม วินิจฉัยข้อเท็จจริงและพิพากษาชี้ขาดแล้วว่าเขาก่อทำความผิด นอกจากนี้เขาจะต้องได้รับการพิจารณาในข้อเท็จจริงหรือองค์ประกอบของการกระทำความผิดตามหลักกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น เรื่องเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ว่าศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาคดีของเขาหรือไม่และมีอำนาจในท้องที่ที่เกิดการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ (Venue) เรื่องอายุความหรือระยะเวลาการบังคับตามกฎหมายตั้งแต่ความผิดได้กระทำลง (Statute of Limitations) เรื่องสิทธิที่จะต้องไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำสองในการกระทำความผิดครั้งเดียว (Double Jeopardy) และเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาว่าเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริต หรือได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างไรหรือไม่ (Criminal Responsibility)⁸⁴ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ตามความเห็นของ Packer เห็นว่าแม้ การดำเนินกระบวนการยุติธรรม มุ่งให้ความเป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็ตาม แต่หากพิจารณาในอีกแง่หนึ่ง ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมนี้เป็นอุปสรรคหนึ่งในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เนื่องจากเป็นการวางหลักการที่ขัดต่อธรรมชาติของการใช้อำนาจของรัฐในการคุ้มครองความสงบสุขของสังคม

ข้อแตกต่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนระหว่าง 2 ทฤษฎีนี้คือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมยึดถือจุดหมายเป็นหลักสำคัญ คือการลดจำนวนอาชญากรรมโดยการที่ผู้กระทำความผิดถูกจับกุมและลงโทษ ส่วนทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมนั้น ยึดวิธีการเพื่อไปสู่จุดหมายในการลดจำนวนอาชญากรรมเป็นสำคัญ หากวิธีการนั้นเป็นไปอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่นการสอบสวนมิชอบ ผู้ต้องหารับสารภาพเพราะเกิดจากโดยเินมน้าวข่มขู่ หรือพยานหลักฐานได้มาโดยมิชอบ จะถือว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดและลงโทษจำเลยไม่ได้ ในปัจจุบันหลายประเทศส่วนใหญ่นิยมใช้ทั้ง 2 ทฤษฎีผสมกัน ประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบคอมมิวนิสต์มักให้ความสำคัญในการควบคุม

⁸³ วีระพงษ์ บุญโญภาส, *อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ*, หน้า 423

⁸⁴ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, page 163-165.

อาชญากรรมเป็นหลัก เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย ส่วน ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมักให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่า โดยรัฐจะพยายามสร้างนโยบายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมให้เกิดความสมดุลกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในขณะเดียวกัน ความผิดบางเรื่องนี้อาจส่งผลกระทบร้ายแรงหรือเป็นอันตรายต่อสังคมหรือความมั่นคงของประเทศแล้วรัฐจึงต้องกำหนดนโยบายในการป้องกันและปราบปรามเป็นหลัก

2.2 อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ในรูปแบบของการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต

อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Computer Crime, Cybercrime, Computer Related Crime, Computer Misuse) โดยหลักแล้วหมายถึงการกระทำความผิดที่ใช้หรือมีคอมพิวเตอร์เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดนั้น ซึ่งมีหลายความหมายคือ⁸⁵

1. การก่ออาชญากรรมโดยมีคอมพิวเตอร์เป็นเป้าหมาย (Computer as a target of crime) เช่น การลักทรัพย์เครื่องคอมพิวเตอร์ หรือ ชิ้นส่วนของเครื่องคอมพิวเตอร์ (ชิป หรือ ส่วนประกอบต่างๆ) โดยเฉพาะที่มีขนาดเล็กแต่มีราคาแพง หรือการขโมยข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่สำคัญ

2. คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องอำนวยความสะดวก ในการก่ออาชญากรรมในรูปแบบ "ดั้งเดิม" (Facilitation of "Traditional" Crimes) เช่น ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในการเก็บข้อมูลลูกค้ายาเสพติด หรือ ในกรณี UNABOMBER ซึ่งอาชญากรใช้คอมพิวเตอร์ในการกำหนดตัวเหยื่อ จาก On-line Address แล้วส่งระเบิดแสวงเครื่องไปทางไปรษณีย์ โดยวัตถุประสงค์เพื่อสังหารบุคคลที่ชอบเทคโนโลยีขั้นสูง

3. อาชญากรรมที่เกิดกับคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ (Computer-unique Crime) เช่น การสร้างให้ไวรัสคอมพิวเตอร์ (Computer Virus) แพร่ระบาดไปในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์โดยมีเจตนาที่จะสร้างความเสียหาย, การลักลอบเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ (Hacking /Cracking), การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (Violation of Computer Intellectual Properties)

4. คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรม (Computer as "Instrumentality" of Crimes) เช่น การใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในการโอนเงินจากบัญชีธนาคาร จากบัญชีหนึ่งไปเข้าอีก บัญชีหนึ่ง โดยมีเจตนาทุจริต , ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในการเป็นเจ้าของรับพนันเอา

⁸⁵ ญาณพล ยั่งยืน, อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์(Computer-related Crime), [ออนไลน์]

ทรัพย์สินหรือ ใช้คอมพิวเตอร์ในการเผยแพร่เอกสาร สิ่งพิมพ์ รูปภาพ หรือ โฆษณาที่มีเนื้อหาผิดกฎหมาย เช่น หมิ่นประมาท ลามกอนาจาร

ซึ่งอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์นี้ ต้องใช้ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์มาประกอบการกระทำผิด และต้องใช้ผู้มีความรู้ทางคอมพิวเตอร์ ในการสืบสวน ติดตาม รวบรวม พยานหลักฐาน เพื่อการดำเนินคดี

2.2.1 การใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำผิดโดยการเผยแพร่ข้อมูลผิดกฎหมาย

ประเด็นที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องกา รนำเสนอก็คือการกระทำผิดโดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือ โดยการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายผ่านทางอินเทอร์เน็ตที่เชื่อมต่อด้วยระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งลำพังตัวข้อมูลนั้นมีเนื้อหาที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว แต่เพราะเป็นการกระทำผิดโดยใช้คอมพิวเตอร์ เป็นเครื่องมือซึ่งมีลักษณะพิเศษหลายประการที่แตกต่างจากการสื่อสารแบบธรรมดา จึงต้องมีมาตรการพิเศษในการดำเนินการกับความผิดนี้ เพราะฉะนั้นจำเป็นต้องศึกษาเบื้องต้นในเรื่องของการทำงานของระบบและวิธีการเผยแพร่ข้อมูล เพื่อให้สามารถมีมาตรการที่เหมาะสมกับสภาพของการกระทำ

2.3.1.1 ความหมายของข้อมูลและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูล

ความหมายของ “ข้อมูล” ในประเด็นที่วิทยานิพนธ์นี้นำเสนอ หมายความว่า ข้อมูลในทุกรูปแบบที่สามารถแสดงผลผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ตได้ (Digital Data) หมายถึงข้อมูลที่มีเนื้อหาที่สามารถสื่อความหมายและแสดงออกในรูปแบบของรูปธรรมได้ และตัวข้อมูลนี้ ไม่ได้หมายความว่า เฉพาะตัวอักษรที่เป็นข้อความต่างๆ เท่านั้น แต่รวมถึง รูปภาพ การบันทึกเสียง การบันทึกภาพเคลื่อนไหวหรือ วิดีโอที่สามารถสื่อให้ทราบถึงความหมายได้หรือที่เรียกว่า มัลติมีเดีย (Multimedia)⁸⁶ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงข้อมูล สารสนเทศ ที่อยู่ในระบบการทำงานทางเทคนิคของคอมพิวเตอร์ ในการรับและส่งข้อมูลโดยอัตโนมัติ หรือ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ (Traffic Data)

⁸⁶ The history and development of multimedia, [online], <http://people.ucalgary.ca/~edtech/688/hist.htm>.

การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ตนั้นเป็นระบบที่ซับซ้อน และมีบุคคลที่เกี่ยวข้องในการเผยแพร่ข้อมูลหลายฝ่าย ซึ่งแต่ละฝ่ายมีหน้าที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจแบ่งประเภทของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูลได้เป็น 2 ประเภทหลัก คือ

1) ผู้ที่เผยแพร่ข้อมูลขั้นต้น (Primary publisher or disseminator) คือ ผู้จัดทำข้อมูลขึ้น หรือผู้ส่งต่อข้อมูล (forwarder) อาจ copy จากหน้าเว็บไซต์ของผู้อื่นที่มีอยู่แล้ว หรือ download จากบริการเช่น บริการการโอนถ่ายข้อมูล (File Transfer Protocol – FTP) แล้วนำมาเผยแพร่ต่อ โดยการ paste หรือ upload ข้อมูลนั้นเข้าสู่เว็บไซต์ นอกจากนี้ การส่งต่อข้อมูล อาจทำได้โดยการทำลิ้งค์ (hyperlink) ซึ่งเป็นการเผยแพร่ที่อยู่ของข้อมูลนั้นไม่แสดงแสดงตัวเนื้อหาของข้อมูล โดยการโพสต์ Hypertext คือคำหรือวลีพิเศษที่เชื่อมโยงแหล่งข้อมูลปลายทางโดยเป็นการค้นหาข้อมูลผ่าน URL เรียกว่าวิธีการเชื่อมโยงในลักษณะนี้ว่า Hyperlink ซึ่งจะเปรียบเสมือนเมฆนำไปสู่ข้อมูลปลายทางเพื่อโอนย้ายมายังคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้พร้อมแสดงข้อมูลบนหน้าเว็บเบราว์เซอร์⁸⁷ ปกติแล้ว hypertext จะมีลักษณะพิเศษต่างไปจากข้อความอื่นๆ มักเป็นตัวอักษรสีฟ้ามีเส้นขีดใต้ข้อความ สังเกตง่าย ๆ ได้จากรูปตัวชี้ของเมาส์จากลูกศรเปลี่ยนเป็นรูปมือ

2) ผู้เผยแพร่ข้อมูลลำดับสอง (Secondary publisher or disseminator) คือ หรือตัวกลางในการส่งผ่านข้อมูล (intermediary) หรือผู้ให้บริการในการส่งผ่านข้อมูล เช่น จัดหาช่องทางในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต บริการพื้นที่ในการแสดงข้อมูล ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดต่อไป

2.3.1.2 รูปแบบของการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต

การเผยแพร่ข้อมูลสามารถทำได้ในหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับว่าผู้กระทำความผิดจะเลือกกระทำผ่านโปรแกรมที่ให้บริการใดบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งในแต่ละโปรแกรมมีวิธีการและขั้นตอนแตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของประเภทการให้บริการ ดังนี้

1) เว็บไซต์ (Web site)

เว็บไซต์เป็นการให้บริการ พื้นฐานแบบเครือข่ายเวิลด์ไวด์ (world-wide web) ที่ผู้ใช้บริการสามารถสร้างพื้นที่ของตนเองบนอินเทอร์เน็ต โดยให้บริการแบบมัลติมีเดีย (Multimedia) ทั้งตัวอักษร เสียง ภาพ และภาพเคลื่อนไหวแบบวิดีโอ อีกทั้งยังสามารถเชื่อมต่อไปยังข้อมูลอื่นๆ ทั้งในเว็บไซต์เดียวกันหรือเว็บไซต์ของผู้อื่นได้ด้วย Hypertext⁸⁸ ผู้ที่ต้องการสร้างเว็บของตัวเองต้องไปจดทะเบียนโดเมน (Domain name) และจะได้ URL (Uniform Resource Locator)

⁸⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Hyperlink>

⁸⁸ Tim Berners-Lee and Robert Cailliau, *World-wide Web*, [online], <http://www.freehep.org/chep92www.pdf>.

ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นที่ตั้งของพื้นที่ในการเผยแพร่ข้อมูลมาเป็นของตัวเอง ปัจจุบันมีทั้งเว็บไซต์สาธารณะ และเว็บไซต์เอกชน ที่หน่วยงานเอกชนสร้างขึ้นมาเพื่อใช้ในหน่วยงานของตนเอง หรือเว็บไซต์ส่วนบุคคล

2) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronics mail : Email)

การให้บริการ Email ได้รับความนิยมมากจากสถิติ ในปี 2010 มี account ทั้งหมดมากกว่า 2.9 billion account⁸⁹ เพราะสามารถรับส่งข้อมูลถึงกันได้ในเวลาไม่กี่วินาทีและเสียค่าใช้จ่ายน้อย Email คือ จดหมายหรือข้อความที่ส่งถึงกันผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ต การนำส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เปลี่ยนรูปแบบจากการใช้บุรุษไปรษณีย์มาเป็นโปรแกรม และเปลี่ยนจากการใช้เส้นทางจราจรปกติมาเป็นการสื่อสารระหว่างเครือข่ายแทน จดหมายอิเล็กทรอนิกส์นี้อาจส่งถึงบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลก็ได้ตามแต่ความต้องการของผู้ส่งทางผู้รับก็สามารถเลือกที่จะดำเนินการกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นการอ่าน การเขียนตอบ ลบทิ้ง หรือเก็บจดหมายไว้ในรูปของแฟ้มข้อมูลเพื่อพิมพ์ออกมาอ่านในภายหลังได้⁹⁰ สำหรับการใช้งานบริการต้องสมัครเป็นสมาชิกเว็บเซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการ โดยกรอกข้อมูลและกำหนด Username และ Password ซึ่ง username@domain name เป็นที่อยู่(Address) ที่ผู้อื่นสามารถส่งข้อมูลถึงเรา

โครงสร้างโดยทั่วไปของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ แบ่งออกเป็น 3 ส่วนดังนี้

- หัวเรื่อง (Subject) หัวเรื่องของจดหมาย บอกให้ผู้รับได้ทราบถึงประเด็นในจดหมายนั้น
- เนื้อความ เป็นส่วนของเนื้อหาในจดหมาย
- การส่งสำเนา (Carbon Copy : CC) สำเนาข้อความในจดหมายสำหรับส่งไปให้ผู้รับรายอื่น

3) กระดานข่าวสาธารณะ (Bulletin Board or Newsgroup)

การให้บริการกระดานข่าวสาธารณะ ตัวเว็บมี Usenet server คือเครื่องคอมพิวเตอร์หลักที่ทำหน้าที่เก็บรวบรวมข้อมูลทุกอย่างที่ผู้ใช้บริการที่เป็นสมาชิกส่งเข้ามาเพื่อเผยแพร่ข้อมูลหรือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกัน โดยมี Administrators (Admin) ซึ่งเป็นผู้ดูแลและควบคุมระบบและตรวจสอบผู้ใช้บริการตามที่ระบบวางเงื่อนไขการใช้บริการไว้ (Term of Service) ในระยะเริ่มแรกการใช้บริการเป็นลักษณะของกลุ่มข่าว newsgroups ต่อมาได้ขยายกว้างขึ้น โดยส่วน

⁸⁹ Sara Radicati, Email Statistics report, 2010 ,[online] <http://www.radicati.com/wp/wp-content/uploads/2010/04/Email-Statistics-Report-2010-2014-Executive-Summary2.pdf>

⁹⁰ สมนึก ศิริโต สุรศักดิ์ สงวนพงษ์ สมชาย นำประเสริฐชัย, เปิดโลกอินเทอร์เน็ต (กรุงเทพมหานคร : บริษัทซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัดมหาชน, 2521) หน้า 31-32

ใหญ่จะสร้างเป็นเว็บบอร์ดเฉพาะเรื่อง (Topic) เช่นในเว็บไซต์ Pantip.com/cafe มี “ห้องกันครัว” สนทนาเกี่ยวกับเรื่องอาหารการกิน “ห้องกล้อง” สำหรับผู้ที่ชอบการถ่ายภาพและสนใจกล้อง “ห้องบลูพลาเน็ต”(Blue Planet) เกี่ยวกับกิจกรรมการท่องเที่ยว สถานที่ท่องเที่ยวและสิ่งแวดล้อม หรือ “ห้องราชดำเนิน” เพื่อเปิดประเด็นทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและกฎหมาย เป็นต้น⁹¹ การใช้พื้นที่บนเว็บบอร์ดทำให้ทุกคนสามารถแสดงความคิดเห็นและโต้ตอบการแสดงความคิดเห็นของบุคคลอื่นได้อย่างเสรี ทำให้เกิดการสร้างกระแสขึ้นอย่างง่ายดาย

4) บล็อก (blog) หรือ เว็บบล็อก (Weblog)

โปรแกรมการให้บริการบล็อก มาจากคำว่า web และ log รวมกันเป็น Blog บล็อกเป็นบริการบนอินเทอร์เน็ตที่ได้รับความนิยม ซึ่งจากสถิติผู้ใช้บริการ บล็อกสาธารณะ จนถึงวันที่ 17 ตุลาคม 2011 มีผู้ใช้บริการบล็อกทั่วโลกสูงถึง 174,131, 502 คน ผู้ที่ริเริ่มให้บริการบล็อกคือ Bruce Ableson โปรแกรมเมอร์ชาวอเมริกัน ผู้สร้าง “Open Diary” ในปี 1998 โดยเขามีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้คนได้พบปะกันและรวมตัวกัน (Community) และสามารถรวบรวมงานเขียนต่างๆ ของตนได้ไว้ในที่เดียว⁹² นอกจากนี้ก็มี Meg Hourihan (Pyra Labs) ผู้สร้าง blogger.com ในเดือนสิงหาคมปี 1999 ปัจจุบันบริหารงานโดย google⁹³ ซึ่งเป็นผู้ให้บริการบล็อกที่ได้รับความนิยมมากในปัจจุบัน สำหรับประเทศไทย บล็อกที่ได้รับความนิยมจากผู้ให้บริการ เช่น BlogGang และ OKNation เป็นต้น

การให้บริการบล็อกมีทั้งแบบเสียค่าใช้จ่าย และแบบไม่เสียค่าใช้จ่าย หากต้องการใช้บริการสามารถทำได้โดย การสมัครเข้าเป็นสมาชิกเพื่อขอรับพื้นที่ส่วนตัวบนเว็บไซต์ โดยกรอกข้อมูลส่วนตัว ชื่อผู้ใช้ (username) และรหัสผ่าน (password) เพื่อเข้าสู่ระบบ เมื่อได้รับการยืนยันจากผู้ให้บริการ จึงสามารถสร้าง บล็อกของตัวเองได้ตามความต้องการ การเขียนบล็อกมีความเป็นทางการน้อยกว่าการทำเว็บไซต์ เป็นพื้นที่ที่สามารถบันทึกเรื่องราวต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นข่าวสารชีวิตประจำวันของเจ้าของบล็อก การแสดงความคิดเห็นหรือทัศนะเพื่อสะท้อน ความสนใจและตัวตนของเจ้าของบล็อกผ่านเนื้อหาของข้อมูลที่โพสต์หรือรูปแบบของการออกแบบบล็อกของตนได้⁹⁴ อีกทั้งยังมีพื้นที่ให้บุคคลทั่วไปที่เข้ามาอ่านสามารถแสดงความคิดเห็นบนบล็อก (Leave Comments) ของเจ้าของได้ และมี Link (Hypertext) ที่สามารถเชื่อมโยงไปยังแหล่งข้อมูลอื่นๆ หรือบล็อกของคนอื่นได้ โดยเป็นการให้บริการแบบมัลติมีเดีย

⁹¹[http:// www.pantip.com/cafe](http://www.pantip.com/cafe)

⁹² [Bruce Ableson's Open Diary page \(The DiaryMaster\).](http://www.opendiary.com/entrylist.asp?authorcode=C100003&mode=date)

<http://www.opendiary.com/entrylist.asp?authorcode=C100003&mode=date>

⁹³ <http://en.wikipedia.org/wiki/Blog>

⁹⁴ Sylvia Mercado-Kierkegaard, *Blog, lies and the doocing : The next hotbed of litigation in Computer Law & Security Report (2006)* page 128 [online], www.sciencedirect.com

5) เครือข่ายสังคมออนไลน์ (Online Social Network)

เครือข่ายสังคมออนไลน์ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) ได้กลายเป็นปรากฏการณ์ของการเชื่อมต่อการสื่อสารระหว่าง บุคคลบนโลก อินเทอร์เน็ต โดยเป็นการสร้างชุมชนออนไลน์ที่มีสมาชิกในชุมชนซึ่งมีรสนิยม ประโยชน์ กิจกรรมหรือ ความสนใจในเรื่องเดียวกัน สมาชิกสามารถแลกเปลี่ยน แบ่งปันข้อมูลกันได้อย่างเสรี⁹⁵ และสามารถ แสดงตัวตนสู่พื้นที่สาธารณะได้ โปรแกรมที่ได้รับความนิยมคือ Hi5, Facebook, twitter, Friendster, MySpace จุดเด่นคือมีโปรแกรมหรือลูกเล่นต่างๆให้ผู้ที่ เป็นเพื่อนกันสามารถสร้าง ปฏิสัมพันธ์กันได้มากกว่า การใช้บล็อกหรือเว็บบอร์ด เช่น การกด LIKE ข้อความที่คนอื่นโพสต์ หรือ แสดงความคิดเห็น (comment) การ Tag รูปให้เพื่อนๆคนอื่น ซึ่งจะทำให้รูปนั้นไปปรากฏที่หน้า ส่วนตัวของเพื่อน หรือ การ share รูปหรือข้อความ หรือลิงค์ซึ่งจะทำให้ข้อมูลจากแหล่งที่ตั้งอื่นมา ปรากฏที่หน้าส่วนตัวของเรา

6) การสนทนาผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Relay Chat : IRC)

การสนทนาผ่านโปรแกรมสนทนาออนไลน์ เป็นการพัฒ นาซอฟต์แวร์ให้ สามารถโต้ตอบได้ในทันที (Live Chat หรือ Real-time Chat) ในระหว่างสมาชิกผู้ใช้บริการที่ ออนไลน์อยู่ในขณะนั้น มีทั้งแบบสนทนากันอย่างเสรี ในการให้บริการแบบสาธารณะ กับแบบต้องมี บัญชีส่วนตัว (account) ของคนที่เราต้องการสื่อสารด้วย เช่น MSN Messenger, AOL, ICQ(I seek you) เป็นต้น

7) การสื่อสารทางเสียงผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

(Voice over Internet Protocol : VoIP)

การให้บริการการสื่อสารผ่านเสียงและมัลติมีเดียต่างๆผ่าน ระบบ อินเทอร์เน็ตแทนที่จะผ่านสายโทรศัพท์ ทำให้สามารถคุยกันได้แม้ว่าจะอยู่ ห่างกันแค่ไหนโดยไม่ต้อง จ่ายค่าโทรศัพท์ระหว่างประเทศ⁹⁶ เช่น Skype มีทั้งแบบไม่เสียค่าใช้จ่ายซึ่งใช้ติดต่อกันได้ระหว่างผู้ใช้ โปรแกรมSkype ที่ออนไลน์พร้อมกันเท่านั้นโดยไม่สามารถติดต่อไปยังเครื่องโทรศัพท์พื้นฐานได้และ แบบเสียค่าใช้จ่ายโดยต้องซื้อเครดิตจากทางเว็ บไซต์ซึ่งสามารถติดต่อไปยังเครื่องโทรศัพท์พื้นฐานได้ ทั้งภายในและภายนอกประเทศขึ้นอยู่กับอัตราที่ผู้ให้บริการกำหนดไว้⁹⁷

⁹⁵ ภัทรา เรื่องสวัสดิ์ รูปแบบการดำเนินชีวิตและพฤติกรรมการใช้เครือข่ายสังคมออนไลน์ของคนวัยทำงานในเขต กรุงเทพมหานคร รายงานโครงการเฉพาะบุคคล วารสารศาสตรมหาบัณฑิต คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553 หน้า 1

⁹⁶ VoIP <http://www.techterms.com/definition/voip>

⁹⁷ <http://www.skype.com/int/en/prices/>

2.3 ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

วิทยานิพนธ์เล่มนี้นำเสนอความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดซึ่งจะทำให้ข้อมูลแพร่กระจายไปในวงกว้างอย่างรวดเร็ว จึงจำต้องพิจารณาว่าเรื่องใดที่รัฐให้ความสำคัญและกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรไทย

ความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร (National Security) หมายความว่า การที่ประเทศชาติมีเอกราช อธิปไตย บุรณภาพแห่งเขตอำนาจรัฐ มีความอยู่รอดปลอดภัยจากภัยคุกคามทุกรูปแบบ⁹⁸ ทั้งทางการเมือง ทางทหาร เศรษฐกิจ สังคมวิทยา วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี การขนส่งการสื่อสาร พลังงาน สิ่งแวดล้อมและทางอื่นๆ อันเกิดจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สงบสุข ทำลายหรือทำความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐ⁹⁹ การมีความเจริญก้าวหน้า มีเกียรติมีศักดิ์ศรีเป็นที่ยอมรับนับถือของนานาชาติ รวมถึงการที่ประเทศดำรงอยู่ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและประชาชนมีความรักสามัคคี มีคุณภาพชีวิตและความเป็นอยู่ที่มั่นคงปลอดภัย¹⁰⁰

นอกจากนี้การกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรของประเทศไทยนั้น อาจพิจารณาได้จากประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด ลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และ ลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ซึ่งข้อมูลอันเป็นความผิดต่อความมั่นคง ตามประมวลกฎหมายอาญามักมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

2.3.1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

การดูหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 112

บทบัญญัติมาตรา 112 ตามประมวลกฎหมายอาญานี้อยู่ในหมวด ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งมีแนวความคิดมาจากการปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์หรือประมุขแห่งรัฐจากการกระทำอันไม่เหมาะสม

“lèse majesté” เป็นคำที่มีรากฐานจากภาษาลาติน คือ “laesa maiestas” หรือภาษาอังกฤษคือ “injured majesty” ซึ่งหมายถึงอาชญากรรมที่เป็นการดูหมิ่นหรือทำร้ายกษัตริย์อัน

⁹⁸ สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ, นโยบายความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2550-2554, หน้า 23 (เอกสารตีพิมพ์เผยแพร่)

⁹⁹ คณะกรรมการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติ, แผนป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติ 2553-2557 : การป้องกันและบรรเทาภัยด้านความมั่นคง, หน้า 219 (เอกสารตีพิมพ์เผยแพร่)

¹⁰⁰ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติชาวกรองแห่งชาติ มาตรา 4

เป็นการกระทำโดยประสงคร้ายต่อเกียรติของ ประมุขแห่งรัฐ หรือ ต่อรัฐ (the crime of violating majesty, an offence against the dignity of a reigning sovereign or against a state) ในยุคโรมันโบราณการกระทำดังกล่าวถูกจัดว่าเป็นความผิดทางอาญา ที่กระทบต่อเกียรติยศของสาธารณรัฐโรมัน ในยุคนั้นพระจักรพรรดิมีความหมายเป็นตัวแทนของรัฐเพราะโรมันมีการปกครองแบบสาธารณรัฐ แต่มิได้เป็นสถาบันกษัตริย์อย่างเป็นทางการถึงแม้ผู้ปกครองจะมีสถานะเท่ากับ *princeps civitatis* ซึ่งหมายถึงพลเมืองหมายเลขหนึ่งของประเทศก็ตาม ในช่วงแรกพระจักรพรรดิถูกบูชา เสมือนเป็นสมมุติเทพหลังจากที่สวรรคตไปแล้ว แต่ต่อมารวมถึงจักรพรรดิที่ครองราชย์อยู่ในปัจจุบันด้วย อีกทั้งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในหมวดของความ เป็นเทพเจ้า ต่อมาเมื่อศาสนาคริสต์เข้ามามีอิทธิพลก็มีการยอมรับการปกครองระบบกษัตริย์อย่างเป็นทางการ ในยุคกลางของยุโรปซึ่งปกครองระบอบศักดินาอาชญากรรมหลายประเภทถูกจัดว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ถึงแม้ไม่มีเจตนามุ่งร้ายต่อสถาบันโดยตรงก็ตาม เช่น การปลอมแปลงเหรียญกษาปณ์ เนื่องจากบนเหรียญปรากฏพระบรมฉายาลักษณ์หรือเครื่องหมายของตระกูลขุนนาง อย่างไรก็ตามตั้งแต่มีการยกเลิกการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ความผิด *lèse majesté* นี้ก็ถูกมองว่าเป็นอาชญากรรมน้อยลง แต่หากเป็นการกระทำที่ประสงคร้ายก็อาจถูกจัดว่าเป็นการก่อกบฏได้¹⁰¹

การกำหนดให้การกระทำบางประการเป็นความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรของไทยเพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งประมุขของรัฐมีฐานะเป็น “สถาบัน” และเป็น “ผู้แทนรัฐหรือประเทศ” ต่างไปจากบุคคลทั่วไป ประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในหลายประเทศเป็นระบบรัฐสภา คือพระมหากษัตริย์ไม่ได้ทรงบริหารราชการแผ่นดิน แต่ทรงทำตามคำแนะนำของรัฐบาลที่มาจาก การเลือกตั้ง จึงไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง จึงมีคำพูดที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงปกเกล้าฯ” (The King reigns) แต่ไม่ได้ทรงปกครอง (but not rules) เช่น ประเทศอังกฤษ เบลเยียม สเปน นอร์เวย์ ญี่ปุ่น และไทย แต่ในบางประเทศพระมหากษัตริย์ก็ทรงปกเกล้าฯและปกครองบริหารประเทศไปด้วย ส่วนใหญ่ในประเทศกลุ่มมุสลิม เช่น ประเทศซาอุดีอาระเบีย บรูไน เป็นต้น¹⁰²

หลักการคุ้มครองพระมหากษัตริย์ของไทยนั้นสอดคล้องกับสภาพสังคมที่สะท้อนวัฒนธรรมและจริยธรรมไทย โดยเฉพาะการที่สังคมไทยยึดถือสถานะและความสัมพันธ์ของบุคคล ตัวอย่างเช่นการกำหนดโครงสร้างความรับผิดชอบหมิ่นประมาทในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแบ่งได้เป็นสามกลุ่ม คือ การหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นบุคคลธรรมดา ดูหมิ่นเจ้าพนักงานหรือศาล และ หมิ่นประมาท ดูหมิ่น แสดงความอาฆาตมาดร้ายสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งรวมถึง ประมุขของรัฐ

¹⁰¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Lese-majesty#cite_note-1

¹⁰² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ : เอกลักษณะประชาธิปไตยไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2552), หน้า 5.

ต่างประเทศและผู้แทนรัฐต่างประเทศที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาสู่ราชสำนักด้วย¹⁰³ เพราะสังคมไทยถือว่าสถาบันพระมหากษัตริย์มีบทบาทสำคัญ และองค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ¹⁰⁴ หรือจะใช้สิทธิเสรีภาพให้เป็นปฏิกิริยาในทางหนึ่งทางใดมิได้ ทั้งรัฐและประชาชนมีหน้าที่ต้องรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ให้ดำรงอยู่คู่ประเทศตลอดไป¹⁰⁵ และด้วยความรักและความเทิดทูนที่คนไทยมีต่อพระมหากษัตริย์ ตอบแทนที่ท่านทรงเมตตาพวกเราเหมือน “ลูกของพ่อ” ทุกคนจึงยอมรับหลักการที่ต้องมีการปกป้องคุ้มครองสถาบันอันเป็นที่รักยิ่งของปวงชนชาวไทย

ความผิดตามมาตรา 112 นี้ นิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า ความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ซึ่งก็หมายความถึง การกระทำอันเป็นการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นองค์พระมหากษัตริย์¹⁰⁶ โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 บัญญัติว่า “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

การวินิจฉัยความรับผิดตามมาตรา 112 นี้ไม่ใช่วินิจฉัยผลของการกระทำ¹⁰⁷ แต่วินิจฉัยลักษณะแห่งการกระทำว่าผิดกฎหมายหรือไม่ จึงต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของความผิด และลักษณะของการกระทำความผิด ดังต่อไปนี้

“หมิ่นประมาท” (Defamation) ความผิดฐานหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326¹⁰⁸ ซึ่งมีลักษณะของการกระทำคือการใส่ความ การกล่าวหาเรื่องร้ายให้ผู้อื่น ซึ่งคือผู้เสียหายอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ ให้ได้รับความเสียหาย โดยอาจกระทำด้วยวาจา เขียน เป็นลายลักษณ์อักษร โฆษณา หรือกระทำโดยประการใดๆที่ทำให้ปรากฏซึ่งความหมาย และการใส่ความดังกล่าวต้องเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงนั้นด้วย การใส่ความจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทจะต้องกระทำต่อบุคคลที่สามซึ่งมิใช่เป็นตัวผู้ถูกใส่ความนั่นเอง กล่าวคือหากกระทำต่อผู้ถูกใส่ความโดยตรงโดยไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่นนี้ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท (แต่อาจเป็นความผิดฐานดูหมิ่นได้) และ การมีบุคคลที่สามเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น บุคคลที่สามต้องอยู่ในฐานะที่เข้าใจข้อความ ที่ใส่ความได้ เช่น หากพูดให้เด็กไร้เดียงสา หรือคนหูหนวกฟัง ก็ไม่ถือว่าเป็นบุคคลที่สาม การหมิ่นประมาทนี้ต้องเป็นการ

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

¹⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 8.

¹⁰⁵ คำพิพากษาฎีกา 2345/2531

¹⁰⁶ พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด อรุณการพิมพ์, 2544) หน้า 359

¹⁰⁷ คำพิพากษาฎีกา 861/2521

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 “ผู้ใดใส่ความบุคคลอื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท”

กระทำอันน่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง คือเสียคุณค่าหรือราคาที่มีมนุษย์มีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ในทางศีลธรรมหรือทางสังคม ถูกดูหมิ่น เหยียดหยาม สบประมาท ไม่นับถือ หรือถูกเกลียดชัง คือทำให้คนอื่นไม่ชอบถึงขนาดรังเกียจ ซึ่งการถูกใส่ความเช่นนี้แม้ผู้ถูกใส่ความ จะยังไม่เสียชื่อเสียง หรือถูกเกลียดชัง ก็เป็นความผิดแล้ว เพราะกฎหมายใช้คำว่า น่าจะ จึงไม่ต้องคำนึงถึงผลของการกระทำหรือผลของการใส่ความ ทั้งนี้ภา รกระทำดังกล่าวผู้กระทำต้อง มีเจตนาโดยพิจารณาตาม เจตนาตาม ประมวลกฎหมายอาญา โดยประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล

ดูหมิ่น (Insult) หมายความว่า ถูกเหยียดหยามผู้อื่น¹⁰⁹ การทำให้อับอาย เสียหาย สบประมาท กล่าวจาด้วยคำหยาบคาย หรือคำ ซึ่งอาจมีการแสดงออกด้วยวาจา ข้อความ รูปภาพสัญลักษณ์ หรือกริยาท่าทางอย่างไรอย่างหนึ่ง ความผิดฐานดูหมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดลหุโทษ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 393 ว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณาต้องระวางโทษ ...” มีความแตกต่างจากความผิดฐานหมิ่นประมาทตรงที่การดูหมิ่นไม่จำเป็นต้องกล่าวต่อหน้าบุคคลที่สามอย่างเช่นการหมิ่นประมาท อาจกระทำโดยซึ่งหน้า หรือต่อหน้าผู้ถูกดูหมิ่น หรือกระทำด้วยการโฆษณาโดยการทำให้ข้อความที่ดูหมิ่นแพร่หลาย

แสดงความอาฆาตมาดร้าย หมายถึงแสดงว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายในอนาคต ไม่ว่าจะมีความเจตนาตามที่อยู่จริงๆหรือไม่¹¹⁰

พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จ ราชการแทนพระองค์ ในที่นี้ ย่อมหมายความรวมถึง สถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งแม้มิได้กล่าวออกนามโดยตรง เพียงแต่กล่าวถึงสิ่งที่มีความเกี่ยวพันกับสถาบันพระมหากษัตริย์ เช่นพระบรมหาราชวัง ซึ่งอาจแปลเจตนาได้ว่ากล่าว กระทบถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ ก็เพียงพอที่จะหมายถึงการกระทำความผิดตามมาตรานี้แล้ว¹¹¹ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 2354/2531 จำเลยกล่าวว่า “ถ้าผมเลือกเกิดเองได้ ผมจะไปเลือกเกิดทำไมเป็น ลูกชวานาจังหวัดสงขลา จะไปเลือกเกิดอย่างนั้นทำไม ถ้าเลือกเกิดได้ก็เลือกเกิดมันใจกลาง พระบรมหาราชวังนั้น ออกมาเป็นพระองค์เจ้าวีระชะก็หมดเรื่อง ไม่จำเป็นต้องออกมาขึ้นตากแดด พุดให้พี่น้องฟัง เวลาอย่างนี้เที่ยงๆ ก็เข้าห้องเย็น เสวยเสร็จก็บรรทมไปแล้ว ตื่นอีกที่ก็บ่ายสามโมง ที่มายืนกลางแดดอยู่ทุกวันนี้ ก็มันเลือกเกิดไม่ได้ ” ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเป็นการเปรียบเทียบว่า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระนางเจ้าฯ พระบรมราชินีนาถ และสมเด็จพระบรมโอรสาธิราชฯ สยามมกุฎราชกุมาร องค์รัชทายาท ทรงมีความเป็นอยู่สุขสบาย ไม่ต้องปฏิบัติพระราชภารกิจใดๆ เวลาเที่ยงเสวยเสร็จก็บรรทมไปจนถึงเวลาบ่ายสามโมง ตกเย็นก็เสวยน้ำจิ้ม อย่างสบายอกสบายใจ ต่างกับจำเลยซึ่งเป็นลูกชวานาต้องทำงานหนัก มีแต่ความยากลำบากเพราะเลือกเกิดไม่ได้

¹⁰⁹ พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด อรุณการพิมพ์, 2544) หน้า 160.

¹¹⁰ หุตุย แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “บรรณาธิการ”, กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 26.

¹¹¹ คำพิพากษาฎีกา 2354/2531.

ซึ่งข้อความที่จำเลยกล่าวมานั้นไม่เป็นความจริง เพราะข้อเท็จจริงเป็นที่ประจักษ์แก่ประชาชนทั้งประเทศ ทั้งสามพระองค์ทรงปฏิบัติพระราชภารกิจและทรงประกอบพระราชกรณียกิจมากมาย นานับการเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนและความเจริญมั่นคงของประเทศชาติโดยมิได้ทรงย่อท้อต่อความเหนื่อยยาก ศาลจึงวินิจฉัยว่าเป็นข้อความที่อาจเอื้อไม่บังควรอย่างยิ่งและเป็นข้อความที่ระคายเคืองต่อเบื้องพระยุคลบาท จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 นอกจากนี้ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1294/2521 วินิจฉัยว่าขณะเปิดเพลงสรรเสริญพระบารมี ประชาชนยืนตรง จำเลยกล่าวว่า “เสี้ยเปิดเพลงอะไรโวย ฟังไม่รู้เรื่อง” และไม่ยืนตรง ถ้อยคำที่กล่าวเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112¹¹² เพราะกล่าวถ้อยคำที่แสดงความไม่เคารพสถาบันพระมหากษัตริย์อย่างชัดเจน ทั้งเป็นการกระทำในที่สาธารณะที่ทุกคนแสดงความเคารพกันทั้งหมด มีเพียงจำเลยที่ไม่กระทำทั้งยังกล่าวถ้อยคำดังกล่าว

มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า มาตรา 112 นี้กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดเฉพาะพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เท่านั้น ไม่ได้รวมไปถึงการกระทำต่อพระบรมวงศานุวงศ์พระองค์อื่น ดังนั้นหากมีผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายต่อพระบรมวงศานุวงศ์พระองค์หนึ่งพระองค์ใด จึงต้องบังคับใช้บทบัญญัติฐานดูหมิ่นตามมาตรา 393 หรือความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา¹¹³

นอกจากนี้การกระทำความผิดตามมาตรา 112 นี้จะยกประมวลกฎหมายอาญา ตามมาตรา 329 หรือ 331 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท มาแก้ตัวให้พ้นผิดไม่ได้¹¹⁴ กล่าวคืออ้างว่า เป็นการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตกระทำไปเพื่อ อความชอบธรรม เพื่อป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม กระทำในฐานะเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่ ตีชมบุคคลหรือสิ่งอันใดด้วยความเป็นธรรมอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ แจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม หรือดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุมไม่ได้

การขู่เชิญว่าจะประทุษร้ายเพื่อ ล้มล้างอำนาจอธิปไตยและการปกครอง

ตามมาตรา 113

ความผิดตามมาตรา 113 นี้เป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ซึ่ง หากเป็นการเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นความผิดตามมาตรานี้จะต้องเป็น ข้อมูลที่มีเนื้อหาเป็น การขู่เชิญ

¹¹² คำพิพากษาฎีกา 1294/2521

¹¹³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ลับมาก เรื่อง การดำเนินคดีในความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นรัชทายาท ตามมาตรา 112 และในความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 แห่งประมวลกฎหมายอาญา,” มิถุนายน 2532. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) อ้างถึงใน ศีโรจน์ ทองคำ ความผิดอาญาฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาท : ศึกษาเปรียบเทียบตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา(วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549) หน้า 120

¹¹⁴ คำพิพากษาฎีกา 51/2503

คือการแสดงออกให้ทราบว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายในอนาคต ไม่ว่าจะขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้ใด เพราะมาตรานี้ไม่จำกัดบุคคลผู้ถูกระทำ กล่าวคือไม่ว่าจะเป็นเจ้าพนักงาน ตำรวจ ทหาร หรือบุคคลธรรมดาก็ได้ และไม่คำนึงว่าผลจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ความสำคัญอยู่ที่มูลเหตุชักจูงใจพิเศษที่บัญญัติไว้ คือ¹¹⁵

- 1) ล้มล้างรัฐธรรมนูญ คือการทำให้รัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่บังคับใช้ไม่ได้ เช่นยึดอำนาจการปกครองและประกาศเลิกสถาบันต่างๆของรัฐธรรมนูญ แม้ยกเลิกฉบับนั้นแล้วเอารัฐธรรมนูญฉบับอื่นมาใช้ก็เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญแล้ว¹¹⁶ หรือ เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ คือคงรูปรัฐธรรมนูญเดิมไว้แต่ได้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นบางมาตรา
- 2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ ล้มล้างอำนาจบริหาร ล้มล้างอำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ คือการกระทำต่อองค์กร หรือ สถาบัน เช่นยกเลิกศาลยุติธรรม ยกเลิกสภานิติบัญญัติ บังคับให้รัฐบาลทั้งคณะในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารพ้นจากตำแหน่ง อย่างไรก็ตามรัฐบาลนี้หมายความว่ารวมถึงรัฐบาลที่ถูกต้องตามความเป็นจริงแม้ได้อำนาจมาจากการปฏิวัติก็ตาม¹¹⁷ แต่หากเป็นเพียงให้รัฐมนตรี ข้าราชการ ผู้พิพากษาบางคนพ้นจากตำแหน่งไม่เข้ามาตรานี้¹¹⁸ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หมายถึง ขัดขวางไม่ให้สถาบันที่ใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ไม่ได้ เช่น ขัดขวางมิให้สภานิติบัญญัติประชุมในการร่างกฎหมาย หรือมิให้คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดิน หรือขัดขวางมิให้ศาลยุติธรรมดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ไม่ว่าการขัดขวางจะกระทำโดยวิธีใด
- 3) แบ่งแยก ราชอาณาจักร หรือคำสามัญคือการแบ่งแยกดินแดน แยกประเทศไทยออกเป็นหลายประเทศหรือแยกเป็นรัฐ หรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร คือการยึดอำนาจการปกครองในพื้นที่ส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักรเอาไว้แล้วตั้งรัฐบาลอิสระ

การยุยงราษฎรให้เป็นกบฏ มาตรา 114

มาตรา 114 บัญญัติว่า ผู้ใดสะสมกำลังพลหรืออาวุธ ตรีเตรียมการอื่นใด หรือสมคบกันเพื่อเป็นกบฏ หรือกระทำความผิดใดๆอันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการ เพื่อเป็นกบฏ หรือยุยงให้ราษฎรเป็นกบฏ หรือรู้อยู่แล้วว่ามีผู้จะกบฏแล้วกระทำการใดอันเป็นการช่วยปิดไว้ ต้องระวางโทษ

¹¹⁵ หยุต แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “บรรณาธิการ”, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 27

¹¹⁶ คำพิพากษาฎีกา 1512-1515/2497

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกา 1512-1515/2497

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกา 143/2485

การยุยงทหารหรือตำรวจให้หนีราชการ ให้ละเลย ไม่กระทำการตามหน้าที่ หรือให้
ก่อการกำเริบ มาตรา 115

การกระทำความตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำ ที่มีลักษณะยุยงทหารหรือตำรวจ
ให้หนีราชการ ให้ละเลย ไม่กระทำการตามหน้าที่ หรือให้ก่อการกำเริบซึ่งถ้าความผิดนั้นได้กระทำลง
โดยมุ่งหมายจะบ่อนให้วินัยและสมรรถภาพของกรมกองทหารหรือตำรวจเสื่อมทรามลง ผู้กระทำ
จะต้องรับโทษหนักขึ้น

การก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม มาตรา 116

มาตรา 116 นี้เป็นการมุ่งเอาผิดแก่การโฆษณาบางประการให้ปรากฏต่อประชาชน
ไม่ว่ากระทำด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใด ซึ่งหมายความรวมถึง การใช้อินเทอร์เน็ต ที่ไม่ได้เป็นการ
กระทำตามความมุ่งหมายตามรัฐธรรมนูญ (การกระทำภายในความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญเช่น การ
ใช้เสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาลที่อยู่ในกรอบของกฎหมาย การโฆษณา
ให้ประชาชนไปใช้สิทธิเลือกตั้ง) หรือไม่ได้กระทำไปเพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต โดยมี
มูลเหตุชักจูงใจพิเศษ คือ¹¹⁹

- 1) โดยมุ่งหมายเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดิน ซึ่งคือกฎหมาย
รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆที่บังคับใช้อยู่ หรือในรัฐบาลที่บริหารราชการแผ่นดิน โดยใช้
กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งหากเป็นการชักจูงใจให้แก่ใจเพิ่มเติมกฎหมายตาม
วิถีทางของรัฐธรรมนูญก็ไม่มีผิด
- 2) โดยมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องซึ่งหมายถึงการไม่
ยอมรับนับถือการปกครองของรัฐ ไม่ฟังคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ทำให้เกิด
ความไม่สงบในหมู่ประชาชน และต้องถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร
- 3) โดยมุ่งหมายให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็กฎหมายมหาชน
หรือกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรานี้เพียงแต่กระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนก็เป็ นความผิดสำเร็จแล้ว ผลจะ
เกิดขึ้นสมกับความมุ่งหมายหรือไม่ ไม่สำคัญ ตัวอย่างเช่น การริเริ่มชี้ชวนคนมาร่วมชุมนุมกัน กล่าว
โจมตีผู้ว่าราชการจังหวัดจนคนเหล่านั้นรวมตัวกันหลายพันคน ก่อความวุ่นวายเผาจวนผู้ว่าราชการ
จังหวัด¹²⁰

¹¹⁹ หยุด แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “บรรณาธิการ”, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 31-32.

¹²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2034-2041/2527.

การยุยงหรือจัดให้เกิดการร่วมหยุดงาน มาตรา 117

การยุยงหรือจัดให้เกิดการร่วมกันหยุดงาน การร่วมกันปิดงานงดจ้าง หรือการร่วมกันไม่ยอมค้าขายหรือติดต่อทางธุรกิจ กับบุคคลใดๆ โดยมีมูลเหตุจงใจเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดิน เพื่อบังคับรัฐบาล หรือเพื่อข่มขู่ประชาชน ผู้ใดทราบความมุ่งหมายดังกล่าว และสร้างข้อมูลที่เป็นการ ขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายหรือทำให้หวาดกลัวด้วยประการใด ๆ เพื่อให้บุคคลเข้ามีส่วนหรือเข้าช่วยในการร่วมกันหยุดงาน การร่วมกันปิด งานงดจ้างหรือการร่วมกันไม่ยอมค้าขายหรือติดต่อทางธุรกิจกับ บุคคลใด ๆ นั้นก็ต้องรับผิดชอบเดียวกัน

การกระทำอันไม่เหมาะสมต่อธงชาติหรือเครื่องหมายอันหมายถึงรัฐ มาตรา 118

ธงชาติหมายถึง ธงที่มีความหมายถึงประเทศและชาติใดชาติหนึ่ง¹²¹ ซึ่งธงชาติไทยคือ ธงที่มีความหมายถึงประเทศไทยและชาติไทย มีลักษณะเป็นรูปสี่เหลี่ยมผืนผ้า กว้าง 6 ส่วน ยาว 9 ส่วน ด้านกว้างแบ่งเป็น 5 แถบตลอดความยาวของพื้นธง ตรงกลางเป็นแถบสีน้ำเงินแก่กว้าง 2 ส่วน ต่อจากแถบสีน้ำเงินแก่กว้างออกไปทั้ง สองข้างเป็น แถบสีขาวข้างละ 1 ส่วน ต่อจากแถบสีขาวออกไปทั้งสองข้าง เป็นแถบสีแดงกว้างข้างละ 1 ส่วน ธงชาตินี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ธงไตรรงค์”¹²² มีความหมายโดย สีแดงหมายถึงชาติและความสามัคคี สีขาวหมายถึงศาสนาซึ่งเป็นเครื่องอบรมจิตใจ และสีน้ำเงินหมายถึงพระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขของประเทศ ก่อนนี้ในอดีตธงชาติไทยเป็นรูปช้างเผือกกลางธงสีแดง จนกระทั่งได้มีการเปลี่ยนแปลงในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว¹²³

เครื่องหมายอันมีความหมายถึงรัฐ หมายถึงความถึงเครื่องหมายที่รัฐได้ใช้เป็นตราแผ่นดิน เช่น ตราครุฑที่กระทรวงทบวงกรมใช้ติดอยู่บนหน้าสถานที่ทำงาน

เนื้อหาของ ข้อมูลที่เป็นความผิดตามมาตรา 118 นี้ต้องเป็นการกระทำต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดที่แสดงความหมายถึงรัฐ โดยมีมูลเหตุจงใจเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ กรณีที่อาจถือว่าเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามมาตรานี้เช่น กรณีการตัดต่อภาพธงชาติไทยให้ปรากฏในทางเสื่อมเสีย การเผยแพร่ภาพของนางแบบซึ่งใช้ธงชาติห่มร่างเปลือยของตน เป็นการถ่ายแบบโดยช่างภาพชาวต่างชาติโดยที่นางแบบไทยได้ทักท้วงแล้วแต่ไม่สามารถปฏิเสธได้ โดยบริษัทนิตยสารใหญ่

¹²¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, หน้า 549.

¹²² พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ,มาตรา 5(1)

¹²³ สายเมือง วิรัชศิริ ธงชาติไทย หนังสือพิมพ์สยามรัฐ 5 พฤศจิกายน 2551 หน้า 8

ในต่างประเทศเป็นผู้เผยแพร่ภาพ ซึ่งกระทรวง ICT ได้ทำการปิดกั้นเว็บดังกล่าว¹²⁴ กรณีที่มีภาพธงชาติไทยที่นำข้อความ “WELCOME TAKSIN” ไปติดลงบนผืนธงชาติไทยแขวนไว้ที่สนามฟุตบอลแมนเชสเตอร์ซิตีซึ่งเป็นทีวี่พากษ์วิจารณ์กันว่าไม่เหมาะสม¹²⁵ หรือกรณีที่เป็นประเด็นในสังคมออนไลน์ในเรื่องการใช้รูปธงชาติเป็นรูปประจำตัว (profile picture) เพื่อไว้อาลัยแด่ทหารที่เสียชีวิตจากเหตุเฮลิคอปเตอร์ตก ณ พื้นที่แก่งกระจาน ว่าไม่เหมาะสมและเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติธงชาติ พ.ศ. 2552 ซึ่งกรณีนี้ได้มีประกาศจากพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติไทย ธงไตรรงค์ ว่าการแสดงรูปธงชาติเพื่อแสดงความไว้อาลัยไม่มีความผิดแต่อย่างใด¹²⁶ ตามพระราชบัญญัติธงชาติ พ.ศ. 2552 นั้นได้บัญญัติถึงการแสดงธงชาติว่า การประดิษฐ์รูป ตัวอักษร ตัวเลข หรือเครื่องหมายอื่นใดในผืนธง รูปจำลองของธง หรือในแถบสีธงนอกจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น หรือการแสดงผลธงชาติ รูปจำลองของธงชาติหรือแถบสีธงชาติไว้ ณ ที่หรือโดยวิธีการอันไม่เหมาะสม หรือกระทำการใดๆอันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยามต่อธง¹²⁷ ต้องระวางโทษทางอาญา¹²⁸

การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ มาตรา 124

มาตรา 124 นี้เป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร เพื่อป้องกันและปราบปรามการเผยแพร่หรือเปิดเผยความลับที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ จึงกำหนดความรับผิดสำหรับ ผู้ที่กระทำการใด ๆ เพื่อให้ผู้อื่นล่วงรู้หรือได้ไป ซึ่งข้อความ เอกสารหรือสิ่งใด ๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ และถ้าความผิดนั้นได้กระทำในระหว่างประเทศอยู่ในการรบหรือการ สงครามผู้กระทำความต้องระวางโทษหนักขึ้นและถ้าความผิดดังกล่าว ได้กระทำเพื่อให้รัฐต่างประเทศได้รับประโยชน์ ผู้กระทำ ต้องระวางโทษถึงประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

การหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงอาฆาตมาดร้ายราชาธิบดี ราชาินี ราชสามี รัชทายาท หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศมาตรา 133 และ การหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนักมาตรา 134

¹²⁴ วรสิทธิ์ หมิ่นธงชาติใช้ถ้อยคำวิหิงสาแบบเปลือย หนังสือพิมพ์ข่าวสด 6 กรกฎาคม 2551 หน้า 1 และ 15

¹²⁵ วชิรินทร์ สังสีแก้ว ธง...ธงชาติ หนังสือพิมพ์มติชน 14 พฤษภาคม 2551 หน้า 6

¹²⁶ สำนักนายกรัฐมนตรี เอกสารสำคัญที่ นร ๐๑๐๖/๑๖๑๕ ลงวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๕๔ ซึ่งแจ้งเรื่องการแสดงธงชาติไทยในระบบอินเทอร์เน็ต

¹²⁷ พระราชบัญญัติธงชาติ พ.ศ. 2552 มาตรา 54

¹²⁸ พระราชบัญญัติธงชาติ พ.ศ. 2552 มาตรา 53

ความผิดตามสองมาตรานี้ เป็นความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ เป็นการบัญญัติเพื่อคุ้มครองด้านชื่อเสียงและเกียรติยศของประมุขของรัฐ ต่างประเทศ มีแนวคิดเช่นเดียวกับการคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยตามมาตรา 112 ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดคล้ายคลึงกันโดยเป็นการกระทำที่มีลักษณะ หมิ่นประมาท ดูหมิ่น แสดงความอาฆาตมาดร้าย ซึ่งมีความหมายดังที่อธิบายมาแล้วในมาตรา 112 โดยต้องกระทำต่อบุคคลคือ

ราชาธิบดี หมายถึง กษัตริย์ของต่างประเทศที่ยังทรงครองราชย์ รวมทั้งราชินี
 รัชทายาท หมายถึงผู้สืบราชสันตติวงศ์ของราชาธิบดีต่างประเทศ ซึ่งได้มีการแต่งตั้งแล้วให้เป็นรัชทายาท

ประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ หมายความว่า ประมุขที่ทำหน้าที่เป็นประมุขของรัฐ (Head of State) อยู่ในขณะที่กระทำความผิด

ผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก หมายความว่ารวมถึงคณะทูตซึ่งรวมถึงทูตทหารและกงสุลด้วย¹²⁹

ตัวอย่างเช่น การเขียนบทความลงหนังสือพิมพ์กล่าวพาดพิงเอกอัครราชทูตแห่งสหรัฐอเมริกาว่า “มันช่างสอนกันดีจริงวะ เพราะคบกับก๊วยมะริกนี่ยังงั้นเองถึงได้มาเสียคนมี “ชื่อเสียงที่ไม่เรียบร้อย” เอาเมื่อตอนแก่จะเข้าโลง” ซึ่งศาลเห็นว่าจำเลยมีเจตนาให้ประชาชนทั่วไปเข้าใจว่าเอกอัครราชทูตสหรัฐอเมริกาเป็นบุคคลเลวทรามต่ำช้า มีความประพฤติไม่ดีเป็นที่รังเกียจเหยียดหยาม¹³⁰ โดยผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาธรรมดา คือทราบว่าเป็นบุคคลที่ตนกล่าวถึงเป็น ราชาธิบดี ราชินี ราชสามี รัชทายาท หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 133 หรือทราบว่าเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 134

การกระทำอันไม่เหมาะสมต่อธงหรือเครื่องหมายอันมีความหมายถึงรัฐต่างประเทศ
มาตรา 135

กระทำการใดๆ ต่อธง หรือเครื่องหมายอื่นใดที่มีความหมายถึงรัฐต่างประเทศซึ่งมีสัมพันธ์ไมตรี หมายถึงมีสัมพันธ์ทางทูตกับประเทศไทย¹³¹ โดยมีมูลเหตุจูงใจ เพื่อเหยียดหยามรัฐนั้น

2.3.2 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย

¹²⁹ หยุด แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “บรรณาธิการ”, กฎหมายอาญามาตรา 2-3, หน้า 46

¹³⁰ คำพิพากษาฎีกา 785/2501

¹³¹ หยุด แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “บรรณาธิการ”, กฎหมายอาญามาตรา 2-3, หน้า 45.

ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ซึ่งในประเด็นเรื่องเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการก่อการร้าย แม้เป็นแค่การเผยแพร่ข้อมูลโดยมิได้ใช้กำลังประทุษร้ายใดก็อาจเป็นความผิดได้ เพราะอาจส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคม

การก่อการร้ายมีเหตุผลหลักคือ “ความแตกต่าง” ไม่ว่าจะทางด้านความคิด วัฒนธรรม ค่านิยม หรืออุดมการณ์ ในสถานการณ์ที่มวลชนกลุ่มหนึ่งมีความคิดเห็นแตกต่างจากฝ่ายตรงข้ามหรือรัฐ การก่อการร้ายมักเป็นการพัฒนาขอบเขตจากการชุมนุมประท้วง การก่อจลาจล การเคลื่อนไหวต่างๆที่ไม่ได้รับการตอบสนองจากรัฐ แก้ไขด้วยการเจรจาหรือประนีประนอม ไปสู่การก่อการร้ายทางการเมือง¹³² นอกจากการก่อการร้ายภายในแล้ว ภัยคุกคามใหม่ที่ทั่วโลกมีความกังวลคือการขยายตัวของ การก่อการร้ายสากลและการก่ออาชญากรรมข้ามชาติที่เกิดขึ้นไปพร้อมๆกับกระแสการขยายตัวของ กลุ่มก่อการร้ายทางศาสนา (Religion Terrorism) ซึ่งเป็นปัญหาเรื้อรังปัจจุบันของประเทศไทย ในภาคใต้ ซึ่งนอกจากกลุ่มก่อการร้ายจะมีการโจมตีทางกายภาพโดยการก่อการร้ายแล้ว ยังอาจมีการก่อความวุ่นวายโดยผ่านสังคมอินเทอร์เน็ตด้วย เช่นการปลุกกระดม หรือการส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายต่างๆ

ความหมายของการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง¹³³

- 1) การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต การกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือเสรีภาพของบุคคล
- 2) กระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ ระบบการขนส่งสาธารณะ ระบบโทรคมนาคม หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ
- 3) การกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของรัฐหนึ่งรัฐใด หรือของบุคคลใด หรือต่อสิ่งแวดลอม อันก่อให้เกิดหรือน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างสำคัญ

โดยมีความมุ่งหมายเพื่อ

- 1) ชุ่เชิญหรือบังคับรัฐบาลไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ ให้กระทำหรือไม่กระทำการใดอันจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง
- 2) สร้างความปั่นป่วนเพื่อให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน

ทั้งนี้หากเป็นการเดินขบวน ชุมนุม ประท้วง โต้แย้ง หรือเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้รัฐช่วยเหลือ หรือให้ได้รับความเป็นธรรม โดยเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ¹³⁴ อันเป็นการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย

¹³² ความหมายของการก่อการร้ายในเชิงสากล นิตยสาร Military and Law enforcement Magazine เล่มที่ 32, มิถุนายน 2553, หน้า 26

¹³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา135/1.

การกระทำความผิดฐานก่อการร้ายตามมาตรา 135/2 ที่มีลักษณะการกระทำโดยการเผยแพร่ข้อมูล คือ ชูเชิญว่าจะกระทำการก่อการร้าย โดยมีพฤติการณ์อันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะกระทำการตามที่ชูเชิญ จริง หรือ การตระเตรียมการ สมคบกันเพื่อการก่อการร้าย หรือการยุยงประชาชนให้เข้ามามีส่วนในการก่อการร้าย โดยผู้สนับสนุนการกระทำความผิดฐานก่อการร้าย ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 135/3

2.3.3 ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง หรือ Hate speech หมายถึง¹³⁵ การแสดงออกในรูปแบบต่างๆที่เป็นการเผยแพร่ ยั่วยุปลุกปั่น ประชาสัมพันธ์ หรือแสดงให้เห็นถึงความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ความหวาดกลัวคนต่างชาติ การต่อต้านชาวยิว หรือรูปแบบต่างๆที่แสดงออกถึงความเกลียดชังที่มีพื้นฐานมาจากการไม่ยอมรับความแตกต่างและความคิดที่แตกต่างที่เกิดจากแนวคิดชาตินิยม การแบ่งแยก และการมุ่งร้ายต่อชนกลุ่มน้อย ชนชาวอพยพ หรือผู้คนที่มาจากถิ่นที่มีการอพยพ¹³⁶ โดยหลักแล้วมักเกี่ยวข้องกับความแตกต่างทางด้านสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา เพศและสามารถขยายให้รวมถึง ชนชั้น ฐานะทางเศรษฐกิจ และอุดมการณ์ด้วย¹³⁷

การเผยแพร่ ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง หรือ Hate speech (ซึ่งต่อไปจะขออนุญาตเรียกว่า Hate speech อย่างเดียว) ในอดีตจะใช้ใบปลิวหรือการปาฐกถาทางสื่อต่างๆ แต่ปัจจุบันอินเทอร์เน็ตเป็นวิธีการหนึ่งที่กลุ่มองค์กรหรือบุคคลเลือกใช้ในการเผยแพร่ข้อมูลที่เป็น Hate Speech หรือประชาสัมพันธ์เชิญชวนเข้าร่วมทำกิจกรรมต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแสดงความเกลียดชัง โดยข้อมูลจากเว็บไซต์ <http://www.hatedirectory.com> ที่ปรับปรุงล่าสุดเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2554 ได้แสดงถึงเว็บไซต์ blog Mail List ที่เผยแพร่ข้อมูล hate speech ไว้เป็นจำนวนมากถึง 170

¹³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550, มาตรา 63

¹³⁵ Council of Europe Recommendation No. R(97)20 of the committee of ministers to member states on Hate Speech page 107 [online] [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf)

¹³⁶ "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.

¹³⁷ ชาญชัย ชัยสุขโกศล, Hate speech และข้อมูลที่อันตราย : ทางเลือกวิธีตอบโต้ทางการเมือง เป็นส่วนหนึ่งของรายงานโครงการวิจัยเรื่อง ความลึกลับของข้อมูลข่าวสาร : ความรุนแรงและการไม่ใช้ความรุนแรงทางการเมืองในศตวรรษที่ 21 ของไทย, มหาวิทยาลัยมหิดล , ศูนย์ศึกษาและพัฒนาสันติวิธี [ออนไลน์], <http://chaisuk.files.wordpress.com/2011/06/hate-speech-alternative-respond-full-report-may0311.pdf>

หน้ากระดาษ¹³⁸ แสดงให้เห็นว่าผู้คนหันมาใช้สื่อทางอินเทอร์เน็ตในการโจมตีมากกว่า การกระทำทางกายภาพ

สำหรับประเทศไทย ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ บัญญัติถึงการห้ามกระทำการอันเป็นการเหยียดหยามหรือแบ่งแยกทางเชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ หรือกำหนดคำจำกัดความของ Hate Speech โดยตรง แต่มีการวางหลักในเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ที่บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความ แตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคล สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

เห็นได้ชัดว่าการเลือกปฏิบัติโดยมีปัจจัยที่แตกต่างกันย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามเหตุการณ์ต่างๆที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติหรือการถูกเกลียดชังยังคงพบเห็นได้อยู่ เช่น การสร้างความเกลียดชังทางการเมือง มีให้เห็นอยู่เป็นประจำไม่ว่าตามสื่อต่างๆ หรือแม้แต่ในอินเทอร์เน็ตโดยการเปิดเว็บไซต์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นการลดความน่าเชื่อถือและโจมตีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือแม้กระทั่งในเว็บบอร์ดสาธารณะที่มีการทะเลาะเบาะแว้งกันเองระหว่างสองฝ่ายสาเหตุสำคัญเกิดจากการแบ่งขั้วทางการเมือง ฝ่ายที่สนับสนุนรัฐบาลและฝ่ายที่ต่อต้านรัฐบาล การประท้วงต่างๆ รวมถึงเหตุการณ์ทางการเมืองที่มีการชุมนุมเรียกร้องและมีการสลายการชุมนุมทำให้ความไม่พอใจของแต่ละฝ่ายทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ซึ่งหากมีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นก็อาจปรับใช้กฎหมายอื่นๆได้ เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท¹³⁹ ความผิดฐานดูหมิ่น ความผิดฐานก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้นซึ่งกระจัดกระจายกันออกไป ซึ่งเมื่อไม่มีความชัดเจน ก็เกิดช่องว่างในการดำเนินการตามกฎหมายและผู้กระทำความผิดก็มักยกเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่รัฐธรรมนูญรับรองขึ้นมาโต้แย้ง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การเผยแพร่ Hate speech นี้ อาจเป็นจุดเริ่มต้นของความบาดหมางซึ่งนำไปสู่ความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นและกระทบต่อความสงบในสังคม โดยเฉพาะการเผยแพร่ข้อความผ่านทางอินเทอร์เน็ตซึ่งมีคุณลักษณะพิเศษที่สามารถเผยแพร่ไปได้อย่างกว้างขวางและรวดเร็ว

¹³⁸ <http://www.hatedirectory.com/hatedir.pdf>

¹³⁹ พิงรกรอง งามสุด วัฒนันนท์, การเมืองกับการสื่อสารที่สร้างความเกลียดชัง [ออนไลน์], http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/opinion/pirongrong_r/20110621/396762/

ในระดับสากลนั้น ให้ความสำคัญกับการเผยแพร่ Hate speech เป็นอย่างมากโดยมีแนวคิดว่าการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่ขัดต่อกฎหมายก็ควรถูกกำหนดต้องห้ามไว้ ซึ่งหนึ่งในข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพนี้ก็คือ Hate Speech โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ได้กำหนดไว้ในข้อ 20 ว่า “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง ควรกำหนดให้เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย”¹⁴⁰

นอกจากนี้ยังมี อนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination : CERD) โดยที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ ในปี 1965 ซึ่งเป็นวางหลักการเกี่ยวกับ hate speech ในข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นฉบับแรก โดยวางหลักไว้ใน Article 4 ว่า¹⁴¹ รัฐภาคีควรประกาศว่าการกระทำต่อไปนี้มิชอบด้วยกฎหมาย

1. การเผยแพร่แนวคิดที่เกี่ยวกับการดูถูกทางชาติกำเนิดหรือความเกลียดชังที่มีพื้นฐานมาจากความแตกต่างทางชาติกำเนิด การกระทำที่รุนแรงทั้งหลาย หรือ การยั่วยุให้เกิดการกระทำเพื่อต่อต้านกลุ่มคนที่มีเชื้อชาติ ชาติกำเนิด สีผิวที่แตกต่าง รวมถึงการสนับสนุนไม่ว่าเป็นการเข้าร่วมกิจกรรมหรือการสนับสนุนทางการเงินก็ตาม
2. การกระทำขององค์กรหรือสมาคมที่ประชาสัมพันธ์เผยแพร่แนวคิดหรือกิจกรรมที่เป็นการสนับสนุนการแบ่งแยกเชื้อชาติ รวมถึงผู้ที่เข้าร่วมกิจกรรมดังกล่าวก็ควรมีบทบัญญัติว่าต้องรับโทษเช่นกัน
3. ไม่ควรอนุญาตให้องค์กรของรัฐ หรือสถาบันสาธารณะไม่ว่าระดับชาติหรือท้องถิ่น เผยแพร่หรือสนับสนุนให้เกิดการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ

¹⁴⁰ Article 20 (2). Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law

¹⁴¹ (a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another color or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

(b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;

(c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.

ในหลายประเทศที่มีระบบกฎหมายที่พัฒนาแล้ว เล็งเห็นว่า Hate speech นำไปสู่อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) จึงบัญญัติให้การเผยแพร่ Hate speech เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น ประเทศเยอรมนี ห้ามเผยแพร่ hate speech ในบางประเภท เช่น เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับลัทธิ Nazi หรือกำหนดให้การปฏิเสธว่าการล้างชาติไม่ได้เกิดขึ้น (Holocaust Denial) เป็นสิ่งผิดกฎหมาย เป็นต้น ขณะที่สหรัฐให้ความคุ้มครอง hate speech ในฐานะ free speech ซึ่งเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออก แต่จะดำเนินคดีเฉพาะกรณีที่ hate speech เข้าข่ายคำพูดที่ยั่วยักทำให้เกิดการใช้ความรุนแรง (fighting words) เท่านั้น¹⁴²

2.4 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรบนอินเทอร์เน็ต

ในกรณีทั่วไปผู้ที่เผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาเป็นความผิด ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษทางอาญาตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ อยู่แล้ว เช่น หากเป็นข้อความหมิ่นประมาท ผิดประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 11 หมวด 3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญากฎ 2 ลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย แต่กรณีที่เป็นการเผยแพร่ข้อมูลผ่านทางโปรแกรมที่ให้บริการในรูปแบบต่างๆ บนระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ต มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากการเผยแพร่ข้อมูลทางกายภาพในการสื่อสารประเภทอื่นๆ กล่าวคือการเผยแพร่ข้อมูลผ่านระบบคอมพิวเตอร์จะทำให้ข้อมูลสามารถไปถึงตัวผู้รับสารได้อย่างรวดเร็วและเป็นวงกว้าง สามารถส่งต่อข้อมูลได้สะดวก อีกทั้งการควบคุมข้อมูลที่ผิดกฎหมายบนระบบคอมพิวเตอร์จำเป็นต้องใช้มาตรการทางเทคนิคพิเศษ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นการเฉพาะที่ใช้บังคับแก่กรณีการกระทำความผิดโดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ความเป็นมาและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เริ่มต้นร่างขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2541 โดยคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ คณะผู้ร่างได้พิจารณาร่างกฎหมายโดยอาศัยหลักจากอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (Convention on Cyber Crime 2001) ของสภายุโรป, Computer Misuse Act 1993 ของประเทศสิงคโปร์, Computer Misuse

¹⁴² รายละเอียด โปรดดู บทที่ 3

Act 1997 ของประเทศมาเลเซีย, Unauthorized Computer Access Law 2000 ของประเทศญี่ปุ่น, The Information Technology Act 2000 ของประเทศอินเดีย, German Penal Code United States Code ของประเทศสหรัฐอเมริกาในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายคอมพิวเตอร์ ผ่านขั้นตอนของกระบวนการนิติบัญญัติเสร็จสิ้น ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 16 มิถุนายน พ.ศ. 2550 และกฎหมายมีผลบังคับใช้ในวันที่ 18 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 เป็นต้นไป¹⁴³

2.4.1 ความผิดฐานเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย ตามมาตรา 14 (Dissemination of illegal contents)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- (1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน
- (2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน
- (3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง แห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา
- (4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้
- (5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ(4) ”

การกระทำที่เป็ นความผิดตามบทบัญญัตินี้ มีหลักความผิดพื้นฐาน จากประมวลกฎหมายอาญา แต่มีลักษณะของการกระทำความผิดโดยเป็นการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์หรือระบบอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ¹⁴⁴ โดยการเผยแพร่ (Dissemination or Distribution) หรือ การส่งต่อ (Forward) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิด

¹⁴³ มานิตย์ จุมปา คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554) หน้า 22-23

¹⁴⁴ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม, 2550) หน้า 21.

การกระทำความผิดตามมาตรา ๓ คือการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้นิยามคำศัพท์คำว่า ระบบคอมพิวเตอร์ และ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้ดังนี้

“ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่ เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงาน ให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ¹⁴⁵

ระบบคอมพิวเตอร์ ตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง บรรดาอุปกรณ์ หรือชุดอุปกรณ์ที่มีชุดคำสั่ง (ซอฟต์แวร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทต่างๆซึ่งโปรแกรมก็คือ ชุดคำสั่งที่ทำให้คอมพิวเตอร์ทำงานได้)¹⁴⁶ ซึ่งชุดคำสั่งดังกล่าวสามารถทำให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ที่มีลักษณะเชื่อมต่อกันได้นั้นประมวลผล (process) ข้อมูลดิจิทัล (Digital Data) ในการป้อนหรือ รับเข้าข้อมูล (input) การนำออกหรือแสดงข้อมูล (output) หรือ เก็บบันทึกข้อมูล (store and record) ได้เองโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมที่มีการกำหนดไว้โดยไม่มีการแทรกแซงโดยตรงจากมนุษย์¹⁴⁷ เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีโปรแกรม operating system เช่น Microsoft Window หรือ Mac OSX โปรแกรม อาจกล่าวได้โดยง่ายว่า ระบบคอมพิวเตอร์ก็คือเครื่องคอมพิวเตอร์ที่คนทั่วไปใช้งานกันอยู่ ไม่ว่าจะ เป็น PC (Personal Computer) เช่น notebook netbook หรือ เครื่องคอมพิวเตอร์ เซิร์ฟเวอร์ (Computer Server) นั่นเอง นอกจากนี้แล้ว ระบบคอมพิวเตอร์ยังหมายความรวมถึง อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ หรือเครื่องมือสื่อสารทุกประเภทที่มีโปรแกรมซอฟต์แวร์เฉพาะที่สามารถทำให้อุปกรณ์ดังกล่าวสามารถประมวลผลข้อมูลคอมพิวเตอร์เองได้โดยอุปกรณ์เหล่านี้จะมีหน่วยความจำ (Memory Chip) อยู่ในตัวเครื่อง เช่น โทรศัพท์มือถือ , อุปกรณ์มัลติมีเดียแบบพกพา , เครื่องคอมพิวเตอร์แบบพกพา (Personal digital assistants : PDA) เช่น Palm หรือ Pocket PC และ เครื่องโทรสาร (Fax) เป็นต้น¹⁴⁸ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์บางประเภท โดยสภาพก่อนถูกใช้งานอาจไม่ใช่ ระบบคอมพิวเตอร์เพราะ ไม่สามารถประมวลผลได้เอง แต่เมื่อมีการใช้งานอุปกรณ์ดังกล่าวโดย เชื่อมต่อกับเครื่องคอมพิวเตอร์และมีโปรแกรมที่สามารถเรียกข้อมูลมาอ่านซึ่งจะทำให้ อุปกรณ์ ดังกล่าวสามารถประมวลผลข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้ อุปกรณ์เหล่านั้นจึงเป็น “ระบบคอมพิวเตอร์” ตาม ความหมายของคำนิยามตาม พระราชบัญญัตินี้ เช่น ฮาร์ดดิสก์แบบพกพา (Portable hard disk) อุปกรณ์ที่ใช้บันทึกข้อมูลในรูปแบบของไฟล์ต่างๆ เช่น flash drive หรือ thumb drive

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, มาตรา 3.

¹⁴⁶ ไพจิตร สวัสดิ์สาร, การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ขอนิมพ์ 50 จำกัด, 2550) หน้า 14.

¹⁴⁷ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการ รุกรกรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ , แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร : NECTEC, 2546), หน้า 16

¹⁴⁸ ไพบูลย์ อมรปัญญาเกียรติ , คำอธิบายพ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โปรวิชั่น จำกัด , 2553) หน้า 12-15

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายถึง ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ ระบบคอมพิวเตอร์สามารถประมวลผลได้ และให้ หมายความว่ารวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ด้วย¹⁴⁹ ทั้งนี้เพื่อให้ ครอบคลุมถึงข้อมูลประเภทอื่น ๆ ที่อาจสร้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ในอนาคตที่ไม่ใช่ เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ก็ได้ หากพิจารณาความหมายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ประกอบกับเจตนารมณ์ ของมาตรา 14 แล้ว อาจพิจารณาได้ว่า เป็นข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่อยู่ใน รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะข้อมูลนั้นจะถูกจัดเก็บไว้ในรูปแบบของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ชุดคำสั่ง โค้ด แพ้มข้อมูล ข้อความ ภาพ เสียง ภาพเคลื่อนไหว ข้อความมัลติมีเดีย หรือรูปแบบใด ๆ ก็ตาม หาก ระบบคอมพิวเตอร์สามารถประมวลผลข้อมูลดังกล่าวได้ ก็ถือว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามกฎหมาย นี้¹⁵⁰

“การนำเข้าสู่” (Upload) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้ให้นิยามไว้ แต่พิจารณาจากความหมายทั่วไป คือการ upload ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในรูปแบบใดๆเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดอาจ เป็นผู้จัดทำข้อมูลคอมพิวเตอร์และเป็นคนนำข้อมูลดังกล่าวสู่ระบบคอมพิวเตอร์ หรือผู้กระทำ ความผิดอาจไม่ได้เป็นผู้จัดทำ ข้อมูลคอมพิวเตอร์แต่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ก็ได้ ถ้าพึงจัดทำข้อมูลขึ้นอย่างเดียวนั้นไม่เป็นความผิด เพราะความผิดจะเกิดเมื่อมีการนำข้อมูลที่ผิดเข้าสู่ ระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น¹⁵¹

สรุปได้ว่าวิธีการกระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นการนำข้อมูลต่างๆที่ อยู่ในรูปแบบ ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะเป็น ข้อความ ภาพ เสียง คำสั่ง ไฟล์ หรือสิ่งอื่นใด เข้าสู่ระบบ คอมพิวเตอร์ หรือเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถประมวลผลแสดงข้อมูลให้เราทราบและรับรู้ได้

การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความ ผิดตามมาตรา 14 ข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต้องมีเนื้อหาหรือสื่อความหมายดังต่อไปนี้

(ก) ข้อมูลปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลเท็จ โดยการนำข้อมูล ดังกล่าวเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ อาจก่อให้เกิดความเสียหาย หรือจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอม นั้น NECTEC หรือศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และ คอมพิวเตอร์แห่งชาติได้อธิบายว่า เปรียบเทียบได้กับความผิดฐานปลอมเอกสารตามประมวล กฎหมายอาญา ซึ่งเกี่ยวกับการยืนยันตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของเอกสารและความถูกต้องแท้จริงของ เอกสารนั้น โดยการปลอมแปลงอาจทำได้โดยการนำเข้าสู่ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องแต่เริ่มแรก หรือเป็นข้อมูลที่ไม่ ถูกต้องแล้วมาปลอมแปลงภายหลัง รวมไปถึงการลบข้อมูลโดยย้ายข้อมูลออกจากสิ่งที่บันทึกไว้จนทำ

¹⁴⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, มาตรา 3.

¹⁵⁰ ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, คำอธิบายพ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, หน้า 16.

¹⁵¹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, หน้า 95.

ให้ข้อมูลผิดไปจากต้นฉบับ¹⁵² หรือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ คือที่ไม่ใช่ข้อมูลจริง กล่าวคือความเป็นจริงอย่างหนึ่งแต่นำเสนอข้อมูลอีกอย่างหนึ่งที่ไม่ตรงต่อความเป็นจริง¹⁵³ โดยการนำข้อมูลดังกล่าวเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ อาจก่อให้เกิดความเสียหาย หรือจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดว่า ข้อมูลที่ตนนำเข้าสู่ระบบนั้นปลอมหรือเท็จ กรณีที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา นี้ เช่น กรณีการเปิดเว็บไซต์ปลอมซึ่งเป็นการแสดงตัวตนที่ผิดไปจากความเป็นจริง เป็นต้น

(ข) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นเท็จ เช่น บรรดาข่าวลือต่างๆซึ่งยังไม่ได้รับการพิสูจน์ นำเข้าสู่ระบบ คอมพิวเตอร์ที่ผู้ใช้คอมพิวเตอร์สามารถเข้ามาดูข้อมูลดังกล่าวได้ และลักษณะหรือเนื้อหาของข้อมูลนั้น น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ คือด้านการเมือง การทหาร เศรษฐกิจ สังคม¹⁵⁴ หรือแม้พิจารณาได้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจริง แต่หากข้อมูลนั้นก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน (ซึ่งต้องเป็นเกิดความตื่นตระหนกขึ้นจริง) โดยพิจารณาจากมาตรฐานวิญญูชนคนทั่วไปว่าตื่นตระหนกกับข้อมูลนั้นหรือไม่ ก็เป็นความผิดตามมาตรา นี้เช่นเดียวกัน¹⁵⁵ กรณีที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา นี้ เช่น มีผู้โพสต์ข้อความไม่เป็นมงคลเกี่ยวกับพระสุขภาพของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวที่ทรงทูลหนักในเว็บไซต์ประชาไท ทำให้ราคาหุ้นตกติดต่อกัน 3 วันสร้างความเสียหายให้ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย¹⁵⁶

(ค) ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 1

หมวดที่ 1 ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

หมวดที่ 2 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร

หมวดที่ 3 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร

หมวดที่ 4 ความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ และ

ลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

(ง) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

นอกจากกำหนดให้ผู้ให้นำข้อมูลเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ต้องมีควา มรับผิด แล้ว ผู้ที่ส่งต่อข้อมูล หรือนำข้อมูลไปเผยแพร่ต่อ forward ก็ต้องมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกัน หากปรากฏว่า ผู้

¹⁵² สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการคุ้มครองทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์, หน้า 32.

¹⁵³ เรื่องเดียวกัน

¹⁵⁴ เฟื่องฟ้า เป็นศิริ, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550) หน้า 25

¹⁵⁵ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, หน้า 97.

¹⁵⁶ จ้อออกหมายจับพระโพสัดข้อความทพหุ้น, หนังสือพิมพ์โพสัดทูเดย์ 20 พฤษภาคม 2552 หน้า a6

นี้รู้ว่าข้อมูลดังกล่าวมีเนื้อหาที่เป็นความผิดตาม 1-4 ซึ่งผู้ส่งตอนนี้ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้ที่เผยแพร่ข้อมูลที่เป็นผู้กระทำความผิดขั้นต้น¹⁵⁷ อย่างไรก็ตามการเผยแพร่หรือส่งตอนนี้หมายความว่าเฉพาะถึง การเผยแพร่และส่งต่อผ่านระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น ไม่รวมถึงการส่งต่อทางกายภาพ ซึ่งกรณีนี้อาจผิดตามกฎหมายอื่นมิใช่ตามพระราชบัญญัตินี้¹⁵⁸

2.4.2 ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามมาตรา 15 (Internet Service Provider : ISP Liability)

โดยทั่วไปผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะมีความสามารถในการดูแลระบบที่ตนให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการจึงควรมีหน้าที่ในการสอดส่องดูแลและป้องกันการกระทำความผิดรวมทั้งให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 จึงบัญญัติว่า “ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 14¹⁵⁹

การจงใจสนับสนุนหรือยินยอม หมายถึง การที่ผู้ให้บริการรู้ถึงการกระทำอันเป็นความผิดในระบบของตน แต่ไม่ยอมจัดการปิดกั้นหรือลบข้อมูลในโอกาสแรกที่อยู่และสามารถจัดการลบได้¹⁶⁰ หรือเมื่อเจ้าพนักงานได้แจ้ง ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบเพื่อทำการปิดกั้นเว็บไซต์ดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามที่เจ้าพนักงานแจ้งก็อาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกระทำความผิดข้างต้นโดยใช้บริการของผู้ให้บริการกระทำความผิดนั้น ซึ่งอาจถือได้ว่าผู้ให้บริการให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดอันเข้าข่ายเป็นผู้สนับสนุนให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามมาตรา ๘๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับคำว่า “จงใจ” นั้นปกติไม่ใช่ถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายอาญา ซึ่งส่วนใหญ่ใช้คำว่า “เจตนา” แต่ก็เป็นการเน้นถึงการกระทำโดยเจตนาว่าผู้ให้บริการต้องรู้ไม่ว่าตัวเองหรือโดยการแจ้งจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่ามีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 คือการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย ใน

¹⁵⁷ เฟื่องฟ้า เป็นศิริ, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง, หน้า 27.

¹⁵⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, หน้า 24.

¹⁵⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, มาตรา 15.

¹⁶⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ 258/2549, หน้า 15.

ระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน แต่ผู้ให้บริการไม่ดำเนินการใดๆอย่างเหมาะสมกับข้อมูลดังกล่าว จึงทำให้ต้องรับผิด¹⁶¹

ความหมายของ “ผู้ให้บริการ”

1. ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

2. ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น¹⁶²

เพื่อให้เข้าใจความหมายของ ผู้ให้บริการ ตามพระราชบัญญัตินี้มากขึ้น ผู้เขียนจึงได้อธิบายความหมายและขยายความ โดยแบ่งประเภทของผู้ให้บริการตามประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ฉบับลงวันที่ 23 สิงหาคม 2550 ดังต่อไปนี้¹⁶³

1. ผู้ให้บริการแก่บุคคลทั่วไปในการเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

ซึ่งจำแนกได้ 4 ประเภท ดังนี้

1.1 ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม และกิจการกระจายภาพและเสียง (Telecommunication and Broadcast Carrier) เช่น

- 1) ผู้ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐาน (Fixed Line Service Provider) เป็นผู้ให้บริการคู่สายโทรศัพท์ที่ต้องใช้ต่อกับโมเด็มเพื่อเชื่อมต่อสู่ระบบอินเทอร์เน็ต
- 2) ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Service Provider)
- 3) ผู้ให้บริการวงจรรงเช่า (Leased Circuit Service Provider) เช่น ผู้ให้บริการ Leased Line, ผู้ให้บริการสายเช่า Fiber Optic, ผู้ให้บริการ ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), ผู้ให้บริการ Frame Relay, ผู้ให้บริการ ATM (Asynchronous Transfer Model), ผู้ให้บริการ MPLS (Multi Protocol Label Switching) เป็นต้น

¹⁶¹ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, หน้า 25.

¹⁶² พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550, มาตรา 3.

¹⁶³ ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ฉบับลงวันที่ 23 สิงหาคม 2550

4) ผู้ให้บริการดาวเทียม (Satellite Service Provider)

1.2 ผู้ให้บริการการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Access Service Provider)

เช่น

- 1) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) ทั้งมีสายและไร้สาย ผู้ให้บริการจะดำเนินการจัดเตรียมช่องทาง (gateway) ในการเชื่อมต่อเครื่องคอมพิวเตอร์กับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งต้องเป็นผู้ให้บริการที่ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจากหน่วยงานของรัฐ ส่วนใหญ่จัดตั้งในรูปแบบของบริษัทในเชิงพาณิชย์
- 2) ผู้ประกอบการซึ่งให้บริการในการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ให้ห้องพัก ห้องเช่าโรงแรม หรือร้านอาหาร และเครื่องดื่ม ในแต่ ละกลุ่มอย่างหนึ่งอย่างใด เพราะฉะนั้นหาก ก . เป็นเจ้าของร้านกาแฟที่ให้บริการ free-wifi นาย ก. ก็อยู่ในฐานะผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้
- 3) ผู้ให้บริการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์สำหรับองค์กร เช่น หน่วยงานราชการ บริษัท หรือสถาบันการศึกษา เช่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1.3 ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์เพื่อโปรแกรมประยุกต์ต่างๆ (Hosting Service Provider) เช่น

- 1) ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ (Web Server)
- 2) ผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนแฟ้มข้อมูล (File Server หรือ File Sharing) มี FTP (File Transfer Protocol Server) ในการจัดเก็บไฟล์ข้อมูลต่างๆ
- 3) ผู้ให้บริการเข้าถึงจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Mail Server Service Provider)
- 4) ผู้ให้บริการศูนย์รับฝากข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (Internet Data Center)

1.4 ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต

- 1) ผู้ให้บริการร้านอินเทอร์เน็ต (Internet Café)
- 2) ผู้ให้บริการร้านเกมออนไลน์ (Game Online)

2. ผู้ให้บริการในการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์ เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ได้แก่ผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านแอปพลิเคชันต่างๆ (Content and Application Service Provider) เช่น

2.1 ผู้ให้บริการเว็บบอร์ด (Web board) หรือผู้ให้บริการบล็อก (Blog) ผู้ให้บริการเว็บ (Webmaster)

2.2 ผู้ให้บริการการทำธุรกรรมทางการเงินทางอินเทอร์เน็ต (Internet Banking) และผู้ให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Payment Service Provider)

2.3 ผู้ให้บริการเว็บเซอร์วิส (Web Services)

2.4 ผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์(e-Commerce) หรือธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-Transactions)

ผู้ให้บริการตามความหมายกฎหมายฉบับนี้มีหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้ 2 ประการ คือ

1) มีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่รับ- ส่งผ่านระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนเอง (Monitoring Obligation)¹⁶⁴

2) มีหน้าที่ต้องจัดเก็บข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ (Traffic Data Preservation) ไว้ไม่น้อยกว่า 90 วัน นับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์¹⁶⁵ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการระบุ และหาตัวผู้กระทำความผิดและในการสืบสวนสอบสวนในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติ¹⁶⁶ เช่น การจัดเก็บข้อมูลที่สามารถระบุตัวบุคคล ข้อมูลที่สามารถติดตามแหล่งต้นทางและปลายทางของการติดต่อสื่อสารด้วยระบบคอมพิวเตอร์ เวลาของการเข้าใช้และเลิกใช้ บริการ หมายเลขเครื่อง IP Adress ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตบนเครื่องผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ข้อมูลที่เกิดจากการโต้ตอบกันโดยการ Chat เป็นต้น¹⁶⁷

ความหมายของ “ผู้ให้บริการ” ตามพระราชบัญญัตินี้ ถูกตีความกว้างและครอบคลุมผู้ให้บริการหลายประเภท ซึ่งความรับผิดชอบตามกฎหมายของผู้ให้บริการแต่ละประเภทยังแตกต่างกันออกไป สำหรับ มาตรา 15 ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการมีความรับผิดชอบหาก ใจใสสนับสนุนหรือยินยอม จึงเป็นการกำหนดภาระหน้าที่ความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้บริการในการควบคุมดูแลการใช้งานของผู้ใช้บริการ การกำหนดความรับผิดชอบและการดำเนินคดีนั้นต้องผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายจำต้องพิจารณาอำนาจของผู้ให้บริการในการควบคุมดูแลข้อมูลหรือเนื้อหาด้วย เพื่อความเป็นธรรม

¹⁶⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, มาตรา 15.

¹⁶⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, มาตรา 26.

¹⁶⁶ ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 [online] <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2550/E/102/5.PDF>

¹⁶⁷ เฟื่องฟ้า เป็นศิริ, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) หน้า 44-46.

2.4.3 การระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 20

มาตรการนี้เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการใช้เทคโนโลยีเพื่อปิดกั้นหรือตัดการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต เป็นอีกหนึ่งวิธีนอกระบบการบังคับใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญา เอาผิดกับผู้เผยแพร่เนื้อหา การบังคับใช้มาตรการนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การบังคับใช้ในภาคเอกชน คือการสนับสนุนให้ผู้ประกอบการและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตใช้เทคโนโลยีหรือโปรแกรมในการปิดกั้นหรือกลั่นกรองซึ่งเป็นการกำกับดูแลตัวเอง และอีกรูปแบบหนึ่งคือการบังคับใช้จาก ภาครัฐ คือการออกคำสั่งโดยการควบคุมของรัฐบาลเพื่อปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจากประชาชน

เมื่อเกิดการระงับการกระทำผิดโดย การเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายลงในระบบคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะหากเป็นข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรด้วยแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อสถาบันและสังคมโดยรวม กฎหมายจึงต้องกำหนดมาตรการที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการยับยั้งหรือควบคุมข้อมูลดังกล่าว เรียกว่า มาตรการระงับ การทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือ มาตรการปิดบล็อกเว็บไซต์ ซึ่งเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยแก้ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งเป็น ปัญหาที่เกิดจากคุณลักษณะของพื้นที่บนโลกอินเทอร์เน็ต (Cyber Space) ที่ไม่มีพรมแดน ไม่มีอาณาเขต ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในระหว่างหลายประเทศเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ปัญหาการขัดกันของกฎหมาย ” เพราะแต่ละประเทศต่างมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง การออกกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายจึงอยู่ในอาณาเขตประเทศของตนเอง ในขณะที่เว็บไซต์นั้นสามารถอัปโหลด (upload) เนื้อหาไปยังเซิร์ฟเวอร์ที่อยู่ต่างประเทศได้ ตัวอย่างเช่น เว็บไซต์ ก. อัปโหลดรูปลามกอนาจารจากแฟ้มข้อมูลในเซิร์ฟเวอร์ที่ตั้งอยู่ที่สหรัฐอเมริกา เนื้อหาในเว็บไซต์อาจไม่ผิดกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่เมื่อมาปรากฏที่ประเทศไทยจึงเป็นเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย จึงเกิดปัญหาว่าควรใช้กฎหมายของประเทศใดเป็น หลักการพิจารณา (แต่ในทางปฏิบัติแล้วมีการยอมรับกันโดยทั่วไปว่า “เป็นไปได้ที่เว็บไซต์หนึ่งเว็บไซต์จะให้บริการหรือขายสินค้าที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายในทุกประเทศทั่วโลก”)¹⁶⁸

1) ปัญหาเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี (Jurisdiction) เมื่อเกิดข้อพิพาททางกฎหมายขึ้นบนอินเทอร์เน็ต ปัญหาคือศาลของประเทศใดที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลของประเทศที่มีความเสียหายเกิดขึ้น หรือ ศาลของประเทศที่จำเลยมีภูมิลำเนา

2) ปัญหาการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลหรือคำสั่งทางปกครอง (Legal Enforcement) ในกรณีเว็บไซต์ที่เผยแพร่เนื้อหาที่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย แต่เจ้าของเว็บไซต์มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศหรือเครื่อง server อยู่ที่ต่างประเทศ ซึ่งคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งจากกระทรวงไอซีทีที่ไม่สามารถมีผลบังคับใช้นอกเขตประเทศไทยได้

¹⁶⁸ <http://www.paiboon.biz/uploads/7/5/8/0/7580433/blockweb.pdf>

จากช่องว่างทางกฎหมาย หลายประเทศจึงนิยมใช้มาตรการทางอิเล็กทรอนิกส์ (Lex Electronica) ในการปิดบล็อกเว็บไซต์ที่มีการเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมาย โดยหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ให้บล็อกเว็บไซต์ ซึ่งมาตรการนี้สามารถปิดได้ทั้งเว็บไซต์ที่อยู่ในประเทศและมาจากต่างประเทศ เพราะไม่ใช้การออกคำสั่งไปยังแหล่งเผยแพร่ข้อมูล แต่เป็นการออกคำสั่งไปยังตัวกลางที่ให้บริการเชื่อมต่อกับข้อมูลนั้นๆ¹⁶⁹

ประเทศไทยนำมาตรการปิดบล็อกเว็บไซต์มาใช้โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ว่า “ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในภาคสองลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้อง พร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้”

บทบัญญัตินี้มีการยกเว้นเพิ่มเติมในชั้นการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพราะเห็นว่าควรต้องมีมาตรการที่รวดเร็วในการระงับการกระทำความผิดที่เข้าข่ายเป็นการกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีที่กระทบต่อความรู้สึกร่วมของคนในสังคม จึงบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหาร คือกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร หรือกระทรวงไอซีทีในการปิดหรือบล็อกเว็บไซต์หรือเว็บเพจที่ผิดกฎหมายได้¹⁷⁰

โดยมีการดำเนินการดังต่อไปนี้¹⁷¹

- 1) พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องพบว่ามีการกระทำความผิดเฉพาะที่ระบุในพระราชบัญญัตินี้
- 2) ต้องเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งคำว่า "การทำให้แพร่หลาย" หมายถึง การทำให้แพร่ออกไปสู่สาธารณะในที่ที่ประชาชนอาจเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ เป็นที่รับรู้ทราบกันทั่วไปได้ ถึงแม้การแพร่หลายนั้นจะเป็นการ

¹⁶⁹ ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, คำอธิบายพ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, หน้า 121-122.

¹⁷⁰ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ....สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ...., หน้า 90-91

¹⁷¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, มาตรา 20.

เผยแพร่กันแค่ภายในกลุ่มปิด เช่น การนำภาพลามก ไว้ในเว็บไซต์ที่เปิดรับเฉพาะสมาชิกเท่านั้น ถือว่าเป็นการแพร่หลายเช่นกัน¹⁷² โดยข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ทำให้แพร่หลายนั้นต้องมีเนื้อหา คือ

- 2.1) ข้อมูลที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร เฉพาะที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 1 ความผิดต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และ ลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว
- 2.2) ข้อมูลที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งตามแนวคำพิพากษาหมายถึง ข้อมูลลามกอนาจาร ข้อมูลเกี่ยวกับการพนัน ข้อมูลเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ ค้าทาส

3) พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่มีการเผยแพร่ข้อมูลตามข้อ 2 ผ่านทางเว็บไซต์หรือ าระบบคอมพิวเตอร์ใดๆที่เป็นความผิดตามข้อ 2 เพื่อเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงไอซีทีเพื่อพิจารณา

4) เมื่อรัฐมนตรีเห็นชอบว่าการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวเป็นความผิดจริงและมีเหตุอันสมควร จึงสามารถยื่นแสดงคำร้องและพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่า ฝ่าฝืนหรือไม่

5) หากศาลพิจารณาจากพยานหลักฐานว่าการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และการกระทำครบองค์ประกอบของมาตรา 20 ศาลจึงมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ดังกล่าวโดยการปิดบล็อกเว็บไซต์ได้ โดยให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตระงับก็ได้ แต่หากพิจารณาแล้วว่ามีพยานหลักฐานไม่เพียงพอหรือการกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิดศาลก็จะไม่อนุญาตให้มีการปิดบล็อกเว็บไซต์ดังกล่าว

สำหรับผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 200,000 บาท และปรับเป็นรายวันอีกวันละไม่เกิน 5,000 บาท จนกว่าจะปฏิบัติตาม มาตรา 27

สถานการณ์การปิดกั้นเว็บไซต์ก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ
ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีหลายหน่วยงานได้ดำเนินการปิดกั้นเว็บไซต์ที่ผิดกฎหมาย จึงมีปัญหว่าหน่วยงานนั้น มีอำนาจดำเนินการหรือปิดกั้นหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจ

¹⁷² เที่ยบเคียงจาก คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๒๑๓/๒๕๒๖น. ๒๕๓๓ การมีวิดีโอเทปภาพลามกไว้ให้เช่าหรือแลกเปลี่ยนกับสมาชิกเป็นความผิด ฐานค้าวัตถุลามก ตามมาตรา ๒๘๗ ประมวลกฎหมายอาญา

สั่งปิดเว็บไซต์ที่มีการเผยแพร่ภาพลามกอนาจารหรือมีการกระทำความผิดกฎหมายอย่างอื่น เนื่องจากพบว่าไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจไว้ จึงไม่อาจปิดกั้นเองหรือขอให้ศาลสั่งปิดได้ แต่อาจแจ้งให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติในฐานะผู้ควบคุมและผู้อนุญาต ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมดำเนินการเพิกถอนใบอนุญาตการให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ เพื่อปกป้องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁷³

เมื่อปีพ.ศ. 2545 กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้ก่อตั้งขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมสนับสนุนศักยภาพด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของประเทศไทย ในด้านการกำกับดูแลเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมนั้น กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้จัดตั้งโครงการ สารวัตรอินเทอร์เน็ต (Cyber Inspector) สังกัดคณะกรรมการสืบสวน ป้อง กันและปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วย กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร กระทรวงวัฒนธรรม กระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงยุติธรรม สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน การสื่อสารแห่งประเทศไทย และบริษัท ทศท .คอร์ปอเรชั่น จำกัด มหาชน สารวัตรอินเทอร์เน็ตนี้มีหน้าที่หลักคือ การดำเนินตรวจสอบ ติดตาม ป้องกันและสกัดกั้นการเข้าชมเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสม เมื่อมีมติของคณะกรรมการ 2 ใน 3 เห็นควรว่าให้ปิดกั้นเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสมได้ คณะทำงานทางด้านเทคนิคจะส่งรายชื่อและรายละเอียดเป็นหนังสือให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และหน่วยงานเซิร์ฟเวอร์อื่นๆที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องทำตามที่เจ้าหน้าที่ร้องขอ การปิดกั้นเว็บไซต์ในยุคนั้นจึงเป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในลักษณะการขอความร่วมมือ โดยมีคณะกรรมการสารวัตรอินเทอร์เน็ตคอยตรวจสอบและออกคำสั่ง ซึ่งหากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามที่ร้องขอจะมีมาตรการลงโทษโดยการจำกัดแบนวิธ (Bandwidth) ซึ่งส่งผลต่อการจำกัดรายได้ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรืออาจถูกยกเลิกใบอนุญาต ลักษณะการดำเนินการเช่นนี้ไม่มีกฎหมายใดรับรองหรือให้อำนาจดังกล่าว รวมถึงไม่มีกำหนดระยะเวลาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องทำการบล็อกหรือปิดกั้นภายในกี่วันและไม่มีบทกำหนดโทษที่ชัดเจน¹⁷⁴

จนกระทั่งเกิดการปฏิรูปการปกครองวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 มีคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่ 5/2549 เรื่อง ควบคุมการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยมอบอำนาจให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ดำเนินการควบคุม ยับยั้ง สกัดกั้น และทำลายการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารในระบบสารสนเทศ ผ่านระบบเครือข่ายการสื่อสารทั้งปวง ที่มีบทความ ข้อความ คำพูด หรืออื่นใด

¹⁷³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ต และของพนักงานสอบสวนตามมาตรา ๑๓๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรื่องเสรีจที่ 343/2549

¹⁷⁴ สัมภาษณ์ผู้อำนวยการกองกฎหมายส่งเสริมการสอบสวน สารวัตรอินเทอร์เน็ต, <http://neotrez.exteen.com/20041023/ict>

อันอาจส่งผลกระทบต่อการปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข¹⁷⁵ ทำให้ ณ เวลานั้นมีเว็บไซต์ต่างๆถูกปิดเป็นจำนวนมาก

สถานการณ์การปิดกั้นเว็บไซต์ ในระหว่างมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

เมื่อเดือนมีนาคมถึงเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2553 ที่ผ่านมาได้มีการชุมนุมของแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) ในวาระการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ของนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ คณะรัฐมนตรีมีมติออกประกาศให้พื้นที่กรุงเทพมหานครและปริมณฑลเป็นพื้นที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และประกาศการเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารตามกฎหมายรวม 18 ฉบับ ซึ่งรวมถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ด้วย โดยให้อำนาจกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารควบคุมการจัดทำหรือเผยแพร่ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ตและระบบสารสนเทศต่างๆ สามารถสั่งเอาผิด หรือให้ยุติการเผยแพร่ หรือปิดกั้นสัญญาณ โดยถือเป็นการผิดอาญา¹⁷⁶ ซึ่งในรายงานข่าวกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้ยื่นเรื่องขออำนาจต่อศาลปิดทั้งหมดกว่า 9,000 URL¹⁷⁷

ต่อมาการสถานการณ์รุนแรงขึ้น รัฐบาลจึงได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และมีการปิดกั้นเว็บไซต์โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 9 ข้อที่ 3 ที่บัญญัติว่า “ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร ” บทบัญญัตินี้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ปิดบล็อกเว็บได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลก่อน ผลคือมีการปิดบล็อกเว็บไซต์เป็นจำนวนมากโดยอ้างเหตุผลด้านความมั่นคง นับถึงวันที่ 25 พฤษภาคม จำนวน 1,150 เว็บไซต์ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเว็บไซต์หมิ่นพระบรมเดชานุภาพและที่มีเนื้อหาในการปลุกระดม¹⁷⁸

¹⁷⁵ คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่ 5/2549 เรื่อง ควบคุมการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ

¹⁷⁶ เปิดกฎหมาย 18 ฉบับ สกัดมือบเสื้อแดง ดาบในมืออภิสิทธิ์, วันที่ 10 มีนาคม 2553
http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1268200423&gpid=01&catid=00

¹⁷⁷ <http://www.komchadluek.net/detail/20100409/55306/>

¹⁷⁸ www.thairath.co.th/content/tech/85150

2.5.3 พนักงานเจ้าหน้าที่และหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่

พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการต่างๆตามพระราชบัญญัตินี้ต้องได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีโดยจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้และความชำนาญเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ และมีคุณสมบัติตามที่รัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานหลักของรัฐที่เกี่ยวข้องอีกคือ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี และกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

1) กรมสอบสวนคดีพิเศษ

กรมสอบสวนคดีพิเศษก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม พ.ศ. 2545 ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ใช้ชื่อภาษาอังกฤษว่า “Department of Special Investigation (DSI)” อยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงยุติธรรม โดยมีกลุ่มงานที่รับผิดชอบคดีเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีโดยตรงคือ “สำนักคดีเทคโนโลยีและสารสนเทศ” มีอำนาจหน้าที่ในการป้องกันปราบปราม สืบสวน สอบสวน และดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทางเทคโนโลยีและสารสนเทศ รวมถึงการวิเคราะห์ พิสูจน์ เก็บรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด¹⁷⁹ นอกจากนี้ยังมีโครงการพิเศษคือ “DSI Cyber Force, Detective Volunteer Network” จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างเครือข่ายภาคประชาชนรวมถึงนักเรียนนักศึกษาในการแจ้งเบาะแสอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ต่างๆทางอินเทอร์เน็ต¹⁸⁰

2) กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับ อาชญากรรมทางเทคโนโลยี

กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี หรือชื่อภาษาอังกฤษว่า “Technology Crime Suppression Division (TCSD)” จัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552 และ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552 โดยมีหน่วยราชการย่อยคือ กองกำกับการ 3 มีหน้าที่และความรับผิดชอบโดยตรงในความผิดเกี่ยวกับการ

¹⁷⁹ <http://www.dsi.go.th/>

¹⁸⁰ <http://cyberforce.dsi.go.th/dsi.php>

นำเข้าหรือเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ระบุว่าเป็นความผิด ตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือกฎหมายอาญา และมีช่องทางในการรับแจ้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีคือ “Cyber Patrol โครงการสายตรวจอินเทอร์เน็ต”¹⁸¹

3) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม พ.ศ. 2545 ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางแผนส่งเสริม พัฒนา และดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร การอุดมศึกษา และการสถิติ และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ให้อำนาจกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในการบังคับใช้มาตรการระงับการ ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะเว็บไซต์ที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ซึ่งเป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาลที่ต้องปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ การดำเนินเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยจะจัดตั้งศูนย์ปฏิบัติการเฝ้าระวังภัยคุกคามด้านเทคโนโลยีสารสนเทศขึ้น โดยใช้งบประมาณ จำนวน 45 ล้านบาท เพื่อจัดซื้ออุปกรณ์และจัดจ้างเจ้าหน้าที่เฝ้าระวังตลอด 24 ชั่วโมง ในลักษณะ WAR ROOM โดยจะประสานความร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้ง ทหาร ตำรวจ อัยการสูงสุด เป็นต้น เพื่อติดตามเฝ้าระวังภัยดังกล่าวอย่างเข้มงวดยิ่งขึ้น¹⁸²

¹⁸¹ http://www.tcsd.in.th/about_us.php

¹⁸² http://www.mict.go.th/ewt_news.php?nid=1558

บทที่ 3

มาตรการดำเนินการกับข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรใน ต่างประเทศ

การศึกษามาตรการดำเนินการกับข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรของ
ต่างประเทศ ผู้เขียนให้ความสำคัญในประเด็นดังต่อไปนี้

1. การรับรองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่วาง
หลักไว้ให้ประเทศที่เป็นสมาชิกลงไปปฏิบัติ
2. ข้อมูลที่แต่ละประเทศได้ให้ความสำคัญว่าเป็นข้อมูลที่อาจกระทบต่อความมั่นคง แห่ง
ราชอาณาจักร ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงข้อมูลที่เป็นความลับของประเทศ ข้อมูลที่เป็นการ
สร้างความเสียหายแก่อำนาจของรัฐ ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในหมู่ประชาชน
การก่อการร้าย หรือข้อมูลที่กระทบต่อเรื่องที่เกี่ยวข้องของแต่ละประเทศ เป็นต้น
นอกจากนี้ผู้เขียนได้ศึกษาว่าแต่ละประเทศมีการกำหนด Hate Speech เป็นความผิดใดๆ
หรือไม่ อย่างไร
3. ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ศึกษาในภาพรวมสำหรับข้อมูลที่เป็นความผิด
ต่างๆ โดยให้ความสำคัญกับการแบ่งประเภทตามสภาพของการให้บริการ
4. มาตรการการปิดกั้นเว็บไซต์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต ทั้งตามกฎหมาย
หรือมาตรการพิเศษที่แต่ละประเทศเลือกใช้

สำหรับประเทศที่ผู้เขียนเลือกมาศึกษาคือ

1. ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ รับรองเสรีภาพ
ในการแสดงออกอย่างกว้างขวางทั้งในรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาล
2. ประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย มีการแบ่งประเภท
และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างชัดเจน
3. ประเทศจีน ซึ่งเป็นประเทศที่เข้มงวดกับการใช้อินเทอร์เน็ตของประชาชน กำหนด
ภาระหน้าที่ให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหลายประการ

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพเป็นอันดับต้นๆของโลก โดยเฉพาะเสรีภาพในการแสดงออก มีหลักการสำคัญที่เรียกว่า การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารอย่างเสรี (Free Market of Ideas and Information) จึงทำให้การเข้าถึงและการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตมีข้อจำกัดน้อยจากการที่ศาลได้มีคำพิพากษาคัดสินมาตลอดว่าห้ามรัฐออกกฎหมายใดๆที่เป็นการจำกัดสิทธิในการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต¹ แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่ารัฐจะไม่มีข้อจำกัดสิทธิในการแสดงข้อมูลที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสังคมหรือทางการเมือง แต่สำหรับการกระทำความผิดพื้นฐานซึ่งต่อมาได้ใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดนั้น ก็ถูกผลักดันให้มีการออกกฎหมายเพื่อเอาผิด เช่น การมีไว้ในครอบครองหรือเผยแพร่ภาพโป๊เด็ก การละเมิดลิขสิทธิ์ ข้อมูลที่อันตราย หรือ การพนัน เป็นต้น²

3.1.1 การรับรองเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression)

เสรีภาพในการแสดงออกนี้ถูกรับรองไว้ใน American Convention on Human Rights 1969 Article 13 เพื่อเป็นหลักปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา ว่า³

บุคคลทุกคน มีสิทธิในทางความคิดและการแสดงออกอย่างเสรี รวมไปถึงการแสวงหา ได้รับ ส่งต่อข้อมูลข่าวสารหรือความคิดเห็นต่างๆอย่างเสรีโดยไม่มีข้อจำกัดทางเขตแดน ทั้งนี้ไม่ว่าโดยการเขียน พิมพ์ การแสดงออกทางศิลปะ หรือทางๆใดก็ตามแต่บุคคลนั้นจะเลือก การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ห้ามมิให้มีการตรวจสอบก่อน แต่ยังคงมีข้อจำกัดซึ่งต้องกำหนดไว้โดยกฎหมายเพื่อเป็นการประกัน การคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลอื่น การปกป้องความมั่นคงแห่งชาติ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือสุขภาพของประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม ความบันเทิงต่างๆสามารถถูกตรวจสอบก่อนการเผยแพร่ได้ เพื่อเป็นการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลสำหรับเด็กและเยาวชนเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดี (เช่น การเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร) รวมไปถึงควรกำหนดให้การโฆษณาในเรื่องสงคราม หรือเป็นการสนับสนุนความเกลียดชังแก่คนชาติ สัญชาติหรือศาสนาใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความ รุนแรงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำในทำนองเดียวกัน แก่บุคคล กลุ่ม

¹ Freedom of the Net 2011 : A Global Assessment of Internet and Digital Media By Freedom House, UNDEF, page 345 [online] <http://www.freedomhouse.org/uploads/fotn/2011/FOTN2011.pdf>.

² Ibid, page 349.

³ American Convention on Human Rights, Article 13 [online] http://www.hrcr.org/docs/American_Convention/oashr4.html

บุคคลโดยมีพื้นฐานมาจากความแตกต่างด้านเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา ถิ่นที่อยู่ เป็นความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมาย

ไม่ควรมีการจำกัดสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี โดยวิธีทางอ้อม เช่นการใช้อำนาจของรัฐบาล หรือการควบคุมโดยเอกชนในสื่อสิ่งพิมพ์ คลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์ หรือเครื่องมืออื่น ๆ ในการแพร่กระจายข่าวสาร หรือโดยวิธีการอื่น ๆ ที่เป็นการขัดขวางการสื่อสารหรือการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสาร⁴

นอกจากนี้ยังได้รับรองในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 และ 14 (First Amendment of the Constitution of the United States) ว่า ห้ามมิให้รัฐสภาออกกฎหมายเกี่ยวกับการสถาปนาศาสนา หรือห้ามการปฏิบัติเกี่ยวกับศาสนาอย่างเสรี การลิดรอนเสรีภาพในการแสดงออก การแพร่ข่าวสาร หรือสิทธิในการร่วมชุมนุมโดยสงบของประชาชน และที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องให้รัฐจัดความเดือนร้อนของประชาชน⁵ และ ฉบับที่ 14 รับรองสิทธิของพลเมืองทุกคนที่เกิดหรือแปลงสัญชาติและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของสหรัฐอเมริกาจะได้รับการปกป้องและคุ้มครองอย่างเสมอภาคภายใต้กฎหมาย มลรัฐจะตราหรือบังคับใช้กฎหมายใดๆที่จำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการและวิถีทางตามกฎหมายไม่ได้ มลรัฐจะปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดได้รับการปกป้องโดยเสมอภาคตามกฎหมายไม่ได้⁶

⁴ Freedom of Thought and Expression

1. Everyone has the right to freedom of thought and expression. This right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one's choice.

2. The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability, which shall be expressly established by law to the extent necessary to ensure: a. respect for the rights or reputations of others; or b. the protection of national security, public order, or public health or morals.

3. The right of expression may not be restricted by indirect methods or means, such as the abuse of government or private controls over newsprint, radio broadcasting frequencies, or equipment used in the dissemination of information, or by any other means tending to impede the communication and circulation of ideas and opinions. 4. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 above, public entertainments may be subject by law to prior censorship for the sole purpose of regulating access to them for the moral protection of childhood and adolescence.

5. Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law.

⁵ First Amendment Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

⁶ Fourteen Amendment Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall

แม้จะเป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพให้แก่ประชาชนมากที่สุด แต่ ก็ยังมีการจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงออก โดยพบได้จากคำพิพากษาที่ศาลวางหลักไว้ เช่น

สื่อลามกอนาจารหรือหยาบโลน (Obscene and indecent)⁷ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมาย เกี่ยวกับภาพลามกอนาจารไว้โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้เยาว์เป็นหลัก เช่น Communications Decency Act of 1996 (CDA) Children's Internet Protection Act of 2000 (CIPA), การหมิ่นประมาท (Defamation) ซึ่งครอบคลุมถึงการหมิ่นประมาทโดยการพูด (Slander) และโดยการเขียนหรือโฆษณา (libel)⁸ ซึ่งต้องพิสูจน์ถึงเจตนาอันชั่วร้าย (Actual Malice) ต้องรู้ว่าข้อความที่กล่าวนั้นไม่เป็นความจริง (knowledge that the information was false)⁹, ข้อมูลที่กระทบต่อความมั่นคง ซึ่งให้ความสำคัญกับข้อมูลหรือเอกสารที่เป็นความลับหรือข่าวกรองของสหรัฐอเมริกา, ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate speech) ที่เป็นคำพูดที่ก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรง (Fighting word) หรือ ข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น

3.1.2 ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายที่ระบุความรับผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติบนอินเทอร์เน็ตไว้โดยตรง แต่มีกฎหมายที่ควบคุมการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นบทบัญญัติทั่วไปซึ่งครอบคลุมถึงการเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตด้วย โดยทั่วไปแล้วสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับเรื่องการก่อการร้ายและความมั่นคงของชาติในด้านอื่นๆ ซึ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ข้อมูลที่เป็นความลับของประเทศ (National Security Leaks) หรืออาจกระทบต่อการความมั่นคงของชาติ (National Security Information)

กฎหมาย Espionage Act 1917 ซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหรัฐ (Federal Law) ปัจจุบันปรากฏอยู่ใน 18 U.S.C. § 793-799 เป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการรักษาและปกป้องประเทศภายใน Section 793(e) : Gathering, transmitting or losing defense information วาง

make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁷ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844(1997)

⁸ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

⁹ http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.html

หลักว่า บุคคลใดมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันประเทศไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งผู้ครอบครองข้อมูลดังกล่าวต้องเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่า ข้อมูลนั้นสามารถใช้เพื่อทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเสียหาย หรือสามารถใช้เพื่อเป็นประโยชน์แก่ รัฐต่างประเทศ จงใจติดต่อสื่อสาร เผยแพร่หรือส่งข้อมูลหรือพยายามกระทำการดังกล่าวไปยังบุคคลใดก็ตามที่ไม่มีอำนาจในการรับข้อมูลนั้น หรือจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้โดยไม่ส่งมอบให้เจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจ เป็นความผิด¹⁰

ตัวอย่างคดี *Scheck v. United States*¹¹ *Scheck* ถูกดำเนินคดีตาม Espionage Act 1917 เพราะเขาส่งใบปลิว 15,000 ฉบับเพื่อต่อต้านและประณามการทำสงคราม ยุยงให้นายทหารแข็งข้อต่อผู้บังคับบัญชาในขณะที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม

ทั้งนี้ความผิดตามมาตรา¹² เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ว่า เป็นบทบัญญัติที่คลุมเครือ โดยไม่มีการระบุว่าข้อมูลชนิดใดบ้างที่อยู่ภายใต้คำจำกัดความว่าเป็น “ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันประเทศ” (information relating to the national defense)¹² นอกจากนั้นในการพิจารณา รัฐบาลต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้กระทำความผิด เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าข้อมูลนั้นสามารถใช้เพื่อทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเสียหายหรือเพื่อเอื้อประโยชน์แก่รัฐต่างประเทศ และในบางคดี¹³ ศาลกำหนดให้รัฐบาลต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาไม่สุจริต (bad faith) ในการทำให้ประเทศเสียหายหรือเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่รัฐต่างประเทศ ซึ่งเป็นการกำหนดภาระการพิสูจน์ ที่หนักเกินไป (heavy burden of proof)¹⁴

อีกกรณีหนึ่งที่โด่งดังและเกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตโดยตรง คือ กรณีเว็บไซต์ Wikileaks ในปี 2010 Wikileaks โดยผู้ก่อตั้งคือ จูเลียน แอสซานจ์ (Julian Assange) เปิดเผยเอกสารลับทางทหารของสหรัฐ เกือบ 77,000 หน้า เกี่ยวกับสงครามในอัฟกานิสถาน ซึ่งทำให้ทราบรายละเอียดเกี่ยวกับพลเมืองที่ตกเป็นเหยื่อความรุนแรงและแนวโน้มความเชื่อมโยงของปากีสถานกับกลุ่มตาลีบัน นอกจากนี้ยังเปิดเผยวิดีโอที่ฉายให้เห็นถึงภาพที่หดหู่ในสงครามอิรักและภาพ

¹⁰ 18 U.S.C. § 793 (e) Whoever having unauthorized possession of, access to, or control over any document, writing, code book, signal book, sketch, photograph, photographic negative, blueprint, plan, map, model, instrument, appliance, or note relating to the national defense, or information relating to the national defense which information the possessor has reason to believe could be used to the injury of the United States or to the advantage of any foreign nation, willfully communicates, delivers, transmits or causes to be communicated, delivered, or transmitted, or attempts to communicate, deliver, transmit or cause to be communicated, delivered, or transmitted the same to any person not entitled to receive it, or willfully retains the same and fails to deliver it to the officer or employee of the United States entitled to receive it; or

¹¹ *Scheck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)

¹² Mary-Rose Papandrea, *The Publication of National Security Information in the Digital Age*, (Journal of National Security Law & Policy, 2011), page 128 [online] http://www.jnslp.com/wp-content/uploads/2011/06/03_Papandrea.pdf

¹³ *United States v. Rosen*, 445 F. Supp. 2d 602 (E.D. Va. 2006). หรือ *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971)

¹⁴ *Ibid*, page 127

เฮลิคอปเตอร์ของกองทัพสหรัฐอเมริกาที่โจมตีกรุงแบกแดด ทำให้ผู้บริสุทธิ์รวมถึงคนในสำนักข่าวรอยเตอร์เสียชีวิต ซึ่งในวิดีโอดังกล่าวมีเสียงสนทนาระหว่างนักบินและผู้ควบคุมภาคพื้นดินที่กล่าวว่า กลุ่มผู้ที่อยู่บนถนนเป็นกลุ่มติดอาวุธและขออนุญาตยิง Wikileaks เผยว่าได้ว่าวิดีโอนี้มาจากนักเปิดโปงในกองทัพ¹⁵ การเปิดโปงนี้สร้างความไม่พอใจอย่างมากให้แก่กระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกา ซึ่งหลังจากได้รับแรงกดดันจากฝ่ายรัฐบาล ในที่สุด Amazon ผู้ให้บริการพื้นที่บนอินเทอร์เน็ตก็ยุติการให้บริการเซิร์ฟเวอร์แก่ Wikileaks ทำให้ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในอเมริกาไม่สามารถเข้าถึงเว็บ wikileaks ได้¹⁶

หลังจากกรณีของ WikiLeaks วุฒิสมาชิก Joseph Lieberman ได้เสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่ต่อรัฐสภาสหรัฐ ชื่อว่า SHIELD Act (Securing Human Intelligence and Enforcing Lawful Dissemination) เพื่อเอาผิดคนที่เผยแพร่ชื่อของแหล่งข่าว ในข่าวกรองของทางการสหรัฐ กฎหมายนี้เป็นการแก้ไขกฎหมาย Espionage Act เดิม ซึ่งห้ามเผยแพร่ข่าวกรองของสหรัฐอยู่แล้ว แต่เพิ่มหมวด HUMINT (human intelligence) หรือแหล่งข่าวที่เป็นบุคคลในระบบข่าวกรองเพื่อปกป้องบุคลากรเหล่านี้ที่ปกป้องข้อมูลเพื่อความมั่นคงของสหรัฐ อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้จะไม่มีผลต่อ WikiLeaks หรือผู้ก่อตั้งอย่าง Julian Assange เพราะเข้าข่ายความผิดตามกฎหมายอาญาของสหรัฐอยู่แล้ว แต่จะมีผลต่อนักข่าวหรือผู้ที่นำข้อมูลเหล่านี้ไปรายงานในสื่อต่างๆ¹⁷

กรณีของ Wikileaks นี้อาจเปรียบเทียบกับ กรณี Pentagon Papers¹⁸ ซึ่งเป็นเอกสาร "ลับ" (Classified information) ของกระทรวงกลาโหมสหรัฐเกี่ยวกับสงครามเวียดนาม เขียนโดย เจ้าหน้าที่ที่กระทรวงกลาโหมสหรัฐ Robert McNamara ในปี 1967 เพื่อเป็นบันทึกประวัติศาสตร์และตั้งใจจะเก็บไว้เป็นความลับ แต่ ในที่สุดก็ถูกนำมาเผยแพร่โดย Daniel Ellsberg และตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ The New York Times และ Washington Post ปรากฏว่า Pentagon Papers เป็นข้อมูลจริงของสงคราม ที่ไม่ตรงกับข้อมูลที่รัฐบาลประกาศต่อสาธารณะ¹⁹ รัฐบาลฟ้อง NYT โดยใช้กฎหมาย Espionage Act of 1917 Section 793(e) ซึ่งศาลสูงของสหรัฐตัดสินให้ NYT ชนะ เพราะเป็นการใช้เสรีภาพของสื่อ (Freedom of Press) ตาม First Amendment ของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา²⁰

¹⁵ วิกิลีกส์ จอมแฮกอินเทอร์เน็ตครองเมือง เนชั่นสุดสัปดาห์ 1 พฤศจิกายน 2553 หน้า 80-81

¹⁶ US Pressures Amazon Into Kicking Wikileaks Off Its Cloud, [online]

http://www.osnews.com/story/24086/US_Pressures_Amazon_Into_Kicking_Wikileaks_Off_Its_Cloud

¹⁷ Lieberman Introduces Anti-WikiLeaks Legislation, 2010, [online]

<http://www.wired.com/threatlevel/2010/12/shield/>.

¹⁸ New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971),

¹⁹ The Pentagon Paper : the Introduction [online] <http://www.nnn.se/vietnam/pentpapers.pdf>

²⁰ New York Times Co. v. United States, (1971), [online] <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar25.html>

ในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลนั้น สหรัฐอเมริกายังมีกฎหมาย The Communications Assistance for Law Enforcement Act (CALEA) ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้บริการการติดต่อสื่อสาร เช่น โทรศัพท์ บอร์ดแบนด์ บริการโทรศัพท์ผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต VoIP มีระบบการให้บริการที่ง่ายแก่การให้หน่วยงานของรัฐสามารถดักฟังได้เมื่อมีอำนาจตามกฎหมายในการค้นหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมหรือความมั่นคงของชาติ และในสมัยของประธานาธิบดีโอบามา ได้แนะนำให้สามารถขยายบทบัญญัตินี้ไปถึงการสื่อสารผ่านทาง Gmail Skype หรือ Facebook ได้ และมีหน่วยงานความมั่นคงของชาติ (National Security Agency : NSA) ที่สามารถดักฟังการสื่อสาร Wiretapping ได้²¹

ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย

นับตั้งแต่เหตุการณ์ประวัติศาสตร์ 11 กันยายน 2001 ที่อาคาร World Trade Center และ Pentagon ซึ่งมีจุดประสงค์ทางการเมืองต้องการที่จะทำลายประเทศและทำให้สหรัฐอเมริกากลายเป็นประเทศที่น่าหวาดกลัวในสายตาชาวโลก (Fearful state of mind in an audience)²² เป็นจุดเปลี่ยนแปลงสำคัญที่ทำให้โลกเข้าสู่ยุคแห่งการก่อการร้ายและการทำสงครามต่อต้านการก่อการร้าย

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้นิยามของการก่อการร้ายไว้ใน U.S. Code Title 22 ว่าเป็นปฏิบัติการรุนแรงที่มีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง มีการเตรียมการไว้ล่วงหน้า กระทำต่อเป้าหมายที่ไม่สามารถต่อสู้ได้และกระทำเป็นขบวนการ โดยกลุ่มที่มีได้เป็นของชาติ (subnational groups) หรือกลุ่มที่เป็นสายลับ²³ นอกจากนี้ ตามมาตรา 802 แห่ง H.R. 3162, USA PATRIOT Act ยังได้อธิบายความหมายของการก่อการร้ายภายในประเทศ ว่าหมายถึงการกระทำที่เป็นอันตรายต่อชีวิต อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาแห่งรัฐหรือสหรัฐฯ ภายในอาณาเขตของประเทศสหรัฐฯ และเป็นการกระทำที่ปรากฏเจตนาว่า เป็นการขู่เข็ญคุกคามหรือข่มขู่ประชาชน หรือสร้างอิทธิพล ต่อนโยบายรัฐบาลโดยการขู่เข็ญคุกคามหรือข่มขู่ หรือเพื่อให้มีผลกระทบต่อการดำเนินงานของรัฐบาลโดยการทำลายล้างที่รุนแรง การลอบสังหาร หรือการลักพาตัว²⁴

²¹ Freedom of the Net 2011 : A Global Assessment of Internet and Digital Media By Freedom House, UNDEF, page 353-354

²² Charles L. Ruby, Analyses of Social Issues and Public Policy : The Definition of Terrorism, 2002, page 13 [online] <http://www.asap-spssi.org/pdf/asap019.pdf>

²³ U.S. Code Title 22, Ch.38, Para. 2656f(d) (2) the term "terrorism" means premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by subnational groups or clandestine agents

²⁴ 'domestic terrorism' means activities that—
(A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State;

รัฐบาลสหรัฐตระหนักว่าอินเทอร์เน็ตนั้นอาจเป็นทางหนึ่งที่อยู่ก่อการร้ายใช้ในการติดต่อหรือส่งข้อมูลให้แก่กันอย่างลับๆ หลังจากเกิดเหตุการณ์ September 11 รัฐสภาจึงผ่านกฎหมาย USA PATRIOT ACT 2001 (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001) โดยมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่หน่วยงานความมั่นคงของรัฐใช้เทคโนโลยีในการตรวจตราสอดส่อง (surveillance) การสื่อสารผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ อีกทั้งยังสามารถแทรกแซงการสื่อสารได้ (interception)²⁵

Hate speech

Hate crime หรือ Bias Crime อาชญากรรมแห่งความเกลียดชังหรือที่เกิดจากความอคติของคนในสังคม เป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการเผยแพร่ Hate Speech กล่าวคือ hate speech นั้นสามารถนำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การก่อการร้าย การฆาตกรรมหมู่ สร้างผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกกระทำโดยการข่มขู่หรือดูถูกความเป็นมนุษย์จนอาจทำให้เกิดปัญหาทางจิตใจและฆ่าตัวตาย²⁶ เหล่านี้คืออันตรายของ hate speech ที่รัฐตระหนักว่าควรมีการควบคุมโดยเป็นเหตุผลที่สามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้

Hate speech ในสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่มีพื้นฐานมาจากความแตกต่างทางด้านสีผิวและเชื้อชาติ คดีที่เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องนี้คือ *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) ซึ่งศาลสูงของสหรัฐตัดสินว่า กฎหมายมลรัฐที่ให้แยกโรงเรียนรัฐบาลสำหรับคนผิวขาว และคนผิวดำนั้น ก่อให้เกิดการแบ่งแยกและขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ที่วางหลักว่า บุคคลทุกคนได้รับการปกป้องอย่างเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายซึ่งมลรัฐจะตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ได้ (equal protection)²⁷ นอกจากการเหยียดผิวแล้ว ยังมีสาเหตุจากการต่อต้านและเกลียดกลัวอิสลามที่เพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็วภายหลัง

(B) appear to be intended

(i) to intimidate or coerce a civilian population;

(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or

(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and

(C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.'

²⁵ OpenNet Initiative, A Starting Point : Legal Implications of Internet Filtering ,2004 page 7 [online] http://opennet.net/docs/Legal_Implications.pdf

²⁶ Thomas J. Webb, Verbal Poison—Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and a Proposal for the American System page 481 [online] <http://www.washburnlaw.edu/wlj/50-2/Articles/webb-thomas.pdf>

²⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954),

จากเหตุการณ์ 9/11 ในสหรัฐอเมริกา คนมุสลิมและคนที่ดูภายนอกคล้ายพวกมุสลิมตกเป็นเป้าโจมตีด้วยวิธีการหลายประเภท เช่น ใช้ถ้อยคำดูหมิ่น ดูถูก หรือพ่น Graffiti บนผนังของมัสยิด²⁸

หลักที่ศาลสหรัฐอเมริกาใช้ในการพิจารณาว่า Hate speech รูปแบบใดที่ไม่ควรได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ คือ หลัก “Clear and Present Danger” test โดยพิจารณาว่าหากคำพูดนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายในขณะนั้นอย่างชัดเจนต่อสาธารณชนหรือก่อให้เกิดความรุนแรง การแสดงออกดังกล่าวไม่ได้รับการคุ้มครอง หลักนี้ปรากฏครั้งแรกในคดี *Scheck v. United States*²⁹ *Scheck* ถูกดำเนินคดีตาม Espionage Act 1917 เพราะเขาส่งใบปลิว 15,000 ฉบับเพื่อต่อต้านและประณามการทำสงคราม ยุยง .ให้นายทหารแข็งข้อต่อผู้บังคับบัญชาในขณะที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม ผู้พิพากษา Oliver Wendell Holmes กล่าวว่าหากเป็นเวลาอื่นที่ประเทศไม่ได้อยู่ในภาวะสงครามการแสดงออกก็อาจได้รับความคุ้มครอง แต่ไม่ใช่ในขณะนี้ เพราะการกระทำนี้ก็ไม่ต่างอะไรกับการตะโกนว่า “ไฟไหม้” ในโรงหนังซึ่งทำให้เกิดความวุ่นวาย³⁰

นอกจากนี้ การแสดงออกในรูปแบบของคำพูดที่ก่อให้เกิดความรุนแรง (Fighting word) ก็ไม่ได้รับความคุ้มครอง เพราะเป็นการแสดงออกที่สร้างความเสียหาย และเป็นการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความไม่สงบ (inflict injury or tend to incite immediate breach of peace)³¹ เช่น การกล่าวในที่สาธารณะในเชิงด่าทอเจ้าหน้าที่รัฐว่าเป็นพวกเผด็จการในลัทธิ Fascist ในคดี *Chaplinsky v State of New Hampshire* 315 U.S. 586 (1940) หรือหากคำกล่าวโดยยู่หรือก่อให้เกิดการกระทำผิดกฎหมายที่คาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นในระยะเวลายันใกล้ (incitement to imminent lawless action) เช่นในการชุมนุมของกลุ่มเชิดชูชาวผิวขาว Ku Klux Klan ตัวแทนกลุ่มได้วิจารณ์ชาวผิวดำและชาวยิวในทางที่เสียหาย ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าเป็นคำพูดที่ยุยงให้เกิดความรุนแรง ในคดี *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)³²

อีกคดีหนึ่งที่เป็นการเผยแพร่ Hate speech บนอินเทอร์เน็ต คือ *Beauharnais v. Illinois* นาย Joseph Beauharnais ชายชาวอเมริกันผิวขาวที่มีตำแหน่งเป็นประธานชมรมคนผิวขาวแห่งอเมริกา (President of the white circle league of America) ได้เผยแพร่ข้อความที่มีเนื้อหาเหยียดคนผิวดำลงบนใบปลิว โดยข้อความนี้มีเนื้อหาโดยสรุปว่า คนผิวขาวนี้ต้องตกอยู่ภายใต้ความ

²⁸ European Monitoring Centre on racism and Xenophobia (EUMC), “Summary report on Islamophobia in the EU after 11 September 2011” อ้างถึงใน ชาญชัย ชัยสุขโกศล Hate Speech และข้อมูลที่อันตราย : ทางเลือกวิธีตอบโต้ทางการเมือง หน้า 13 <http://chaisuk.files.wordpress.com/2011/06/hate-speech-alternative-respond-full-report-may0311.pdf>

²⁹ *Scheck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) [online] <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar37.html>

³⁰ Yaman Akdeniz, Clive Walker and David Wall, *The Internet, Law and Society* (United Kingdom: Pearson Education Limited, 2000) page 254.

³¹ *Ibid*, page 255

³² Xinyi WANG "Freedom of Speech" in the United States Constitution *Perspectives, Vol. 2, No. 5* http://www.oycf.org/Perspectives2/11_043001/freedom.htm

หวาดกลัวจากการกระทำต่างๆของคนผิวดำเช่น การข่มขืน การปล้นจี้ การใช้อาวุธปืนและมีด รวมถึง ยาเสพติด นอกจากนี้แล้ว ก็ยังได้โพสต์ข้อความดั่งกล่าวลงบนอินเทอร์เน็ตว่า “รักษาและปกป้องชาวผิวขาวจากการรุกรานอย่างต่อเนื่อง การละเมิด และการก่อความรำคาญของพวกเขา กิโกร”³³ คดีนี้ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิดตามกฎหมายเพราะพิจารณาแล้วเห็นว่าการแสดงความเห็นนี้เป็นการใช้ถ้อยคำที่ทำร้ายความรู้สึก และสร้างความโกรธแค้นให้แก่ชาวผิวดำเป็นอย่างมาก และอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายได้ (fighting words) ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย 1st and 14th amendment

3.1.3 ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีประชากรที่ใช้บริการอินเทอร์เน็ตร้อยละ 78 ของประชากรทั้งหมด ซึ่งอินเทอร์เน็ตได้มีบทบาททางสังคมในแง่ของการเป็นตัวกลางทำให้เกิดการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสาร³⁴ และเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาและเสริมสร้างการเติบโตให้กับเศรษฐกิจของประเทศ ภาครัฐจึง สนับสนุนการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างเสรีแก่ประชาชน ด้วยเหตุนี้เอง ภาครัฐจึงออกกฎหมายเพื่อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและสร้างภาระหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการให้น้อยที่สุด เพื่อไม่ให้เกิดภาวะหยุดชะงัก (Chilling effect) ต่อการให้บริการและเสรีภาพในการแสดงออก

Communication Decency Act 1995 (CDA)

กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เข้าถึงวัสดุลามกอนาจารหรือ ข้อความรุนแรงอื่นๆบนอินเทอร์เน็ต แต่ต่อมาศาลตัดสินให้ระงับการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการตั้งข้อจำกัดในการเข้าถึงลามกอนาจารเพราะขัดต่อเสรีภาพในการแสดงออก และการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติอื่นๆตามกฎหมายนี้ส่งผลให้เกิดการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (United State Code)

กฎหมายนี้มีข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งคุ้มครองผู้ให้บริการระบบคอมพิวเตอร์ที่สามารถโต้ตอบกันได้ (Provider of interactive computer service) ซึ่งเป็นการให้บริการข้อมูลข่าวสาร หรือการเข้าถึงโปรแกรมต่างๆที่ผู้ให้บริการหลายคนสามารถเข้าใช้บริการ

³³ Jeremy Waldron, WHY CALL HATE SPEECH GROUP LIBEL? page 10-11 [online] http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website__news__media/documents/documents/ecm_pro_063312.pdf

³⁴ freedom of the net 2011 : A Global Assessment of Internet and Digital Media By Freedom House, UNDEF <http://www.freedomhouse.org/uploads/fotn/2011/FOTN2011.pdf> page 345

ได้ในเวลาเดียวกัน³⁵ เช่น ผู้ให้บริการบล็อก กระดานข่าวสาธารณะ³⁶ ร้านหนังสือออนไลน์³⁷ การประมูลออนไลน์³⁸ ให้ไม่ต้องรับผิดในฐานะผู้พิมพ์หรือผู้เผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย หากผู้ให้บริการดังกล่าวไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมข้อมูลนั้นๆ³⁹ เพราะผู้ให้บริการเป็นเพียงตัวกลางในการส่งผ่านข้อมูลเท่านั้น

บทคุ้ม ครองบุคคลที่ช่วยเหลือในการปิดกั้นและตรวจสอบข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰ (Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material)

1. กำหนดว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต (Interactive computer service) ไม่ต้องมีความรับผิด เช่นเดียวกับผู้เผยแพร่ (Publisher) หรือผู้นำเสนอข้อมูล (Speaker) ที่ผู้ให้บริการข้อมูลอื่นจัดทำขึ้น ซึ่งหมายความว่าผู้บริการที่ไม่รู้เนื้อหาของข้อมูลไม่ต้องรับผิดในข้อมูลที่จัดทำขึ้นโดยบุคคลอื่น แต่ผู้ที่ต้องรับผิดนั้นย่อมเป็นผู้ที่ทำให้ข้อมูลแพร่ออกไปหรือผู้ที่นำเสนอข้อมูลนั้น
2. ในเรื่องความรับผิดในทางแพ่งนั้น กฎหมายกำหนดว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องมีความรับผิด หากได้กระทำการโดยสมัครใจและสุจริต เพื่อจำกัดการเข้าถึงหรือการใช้ประโยชน์จากข้อมูลจากผู้ให้บริการหรือผู้ใช้บริการ เห็นว่าเป็นข้อมูลที่ลามกอนาจาร ยั่วยุต้อนหา หยาดบคาย แสดงถึงความรุนแรง ก่อความรำคาญ หรือข้อมูลอื่นๆในทำนองเดียวกัน ไม่ว่าข้อมูลดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับความรับผิดของ ผู้ให้บริการการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการพื้นที่ (Access provider and host service provider) ตาม 47 USC s 223 (e) กำหนดว่าเมื่อเป็นเพียงผู้ให้บริการเชื่อมต่อกับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือให้บริการพื้นที่จัดเก็บข้อมูลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการจัดทำข้อมูลขึ้น ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆต่อความผิดที่เกิดขึ้นบน เครือข่ายอินเทอร์เน็ต เว้นแต่ เป็นผู้จัดทำหรือมีส่วนร่วมในการจัดทำข้อมูลนั้น รู้อยู่แล้วแต่ยังคงเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาผิดกฎหมาย หรือ ผู้ให้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นเจ้าของหรือควบคุมระบบเอง แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้

³⁵ Title 47 USC Section 230 (f) (2) Interactive computer service

³⁶ Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997)

³⁷ Schneider v. Amazon.com, Inc., 108 Wash. App. 454, 31 P.3d 37 (2001)

³⁸ Gentry v. eBay, Inc., 99 Cal.App.4th 816, 121 Cal.Rptr.2d 703 (2002)

³⁹ ศิริจันทร์ บินศิริวานิช, อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : การบังคับใช้กฎหมายในคดีหมิ่นประมาทบนระบบเครือข่ายเฉพาะเรื่องชื่อเสียง (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 88

⁴⁰ Title 47 USC Section 230(c)

บริการไม่ต้องรับผิดชอบหากได้ใช้มาต รการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมในการจำกัดการเข้าถึงข้อมูล เหล่านั้นจากเด็ก เช่น การใช้ระบบรหัสผ่าน⁴¹

ทั้งนี้ความรับผิดของผู้ให้บริการตามกฎหมายนี้ไม่รวมถึง ความรับผิดตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์และความรับผิดทางอาญา ต้องพิจารณาถึงเจตนาที่ชัดเจนในการกระทำความผิดตามกฎหมาย อาญา

The Digital Millennium Copyright Act 1998 : DCMA

The Digital Millennium Copyright Act 1998 DCMA เป็นกฎหมายที่กำหนด ความรับผิดเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เป็นการแก้ไข U.S. Code Title 17 ซึ่งมี บทบัญญัติที่น่าสนใจเกี่ยวกับการกำหนดความรั บผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีข้อจำกัดความ รับผิดที่เรียกว่าหลัก Safe Harbor และกระบวนการปิดกั้นหรือนำข้อมูลที่จะละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ออกจากระบบ ที่เรียกว่า Notice and Take Down

ข้อจำกัดความรับผิด (Exclusion Of Liability of Service Providers)

หลัก Safe Harbor คือหลักการทั่วไปว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทที่เป็นเพียง จัดหาช่องทางในการเชื่อมต่อระบบ (access provider) ไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย หลักนี้ปรากฏใน § 512. Limitations on liability relating to material online ซึ่งแบ่งความรับผิดตามประเภท ของผู้ให้บริการดังนี้

1) การส่งผ่านข้อมูลบนเครือข่ายแบบชั่วคราว (Transitory digital network Communication)⁴² หรือผู้ให้บริการประเภทรับส่ง กำหนดเส้นทาง ให้การเชื่อมต่อกับข้อมูลที่ผ่าน ระบบหรือเครือข่ายที่ควบคุมหรือดำเนินการโดยผู้ให้บริการ หรือ ผู้ให้บริการ ประเภทที่เป็นตัวกลาง ในการส่งผ่านข้อมูลหรือจัดเก็บข้อมูลไว้ชั่วคราว ผู้ให้บริการจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อ

1.1) ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มหรือสั่งให้มีการส่งข้อมูล การส่งผ่านข้อมูล การกำหนดเส้นทาง บริการเชื่อมต่อหรือจัดเก็บข้อมูลเป็นไปตามกระบวนการทาง เทคนิคโดยอัตโนมัติ ไม่ได้มีการกำหนดข้อมูลที่ส่งผ่านโดยผู้ให้บริการ

1.2) ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้กำหนดผู้รับข้อมูล เว้นแต่เป็นการตอบสนอง แบบอัตโนมัติตามคำขอของผู้อื่น

1.3) ผู้ให้บริการไม่ได้สำเนาข้อมูลและเก็บไว้ในระบบหรือเครือข่ายที่ บุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่ผู้รับข้อมูลสามารถเข้าถึงได้ และไม่ได้เก็บสำเนาข้อมูลไว้นาน

⁴¹ Title 47 USC section 223 (e)

⁴² Title 17 USC Section 512 (a)

เกินกว่าระยะเวลาที่จำเป็นตามสมควรเพื่อส่งผ่าน กำหนดเส้นทางหรือให้บริการ
เชื่อมต่อดังกล่าว

1.4) ไม่มีการปรับเปลี่ยนแก้ไขข้อมูลที่ส่งผ่านระบบหรือเครือข่ายของผู้
ให้บริการ

2) การให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (cache)⁴³ ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการ
จัดเก็บข้อมูลชั่วคราวบนระบบหรือเครือข่าย โดยการจัดเก็บเป็นไปแบบอัตโนมัติซึ่งผู้อื่นสามารถ
เข้าถึงข้อมูลนี้แบบออนไลน์ได้ ผู้ให้บริการจะได้รับความคุ้มครอง เมื่อ

2.1) ไม่มีการปรับเปลี่ยนแก้ไขข้อมูลขณะที่ผู้ให้บริการส่งผ่านข้อมูลให้แก่
ผู้ให้บริการ

2.2) ผู้ให้บริการทำตามระเบียบเกี่ยวกับการจัดทำข้อมูลให้ใหม่และ
ทันสมัยอยู่เสมอ (refresh reload and update) โดยการนำข้อมูลใหม่จากแหล่ง
เดิมตามที่เจ้าของข้อมูลเดิมระบุไว้

2.3) ผู้ให้บริการไม่ได้แทรกแซงเทคโนโลยีที่ เป็นตัวกลางในการส่งผ่าน
ข้อมูลระหว่างผู้จัดทำข้อมูลและผู้ให้บริการ หากเทคโนโลยีนั้นเป็นไปตาม
มาตรฐานที่กำหนดและ ไม่ได้ตัดทอนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับจำนวนครั้งที่ผู้ใช้เข้าถึงข้อมูล
ของผู้จัดทำข้อมูลเดิม ที่อยู่ในระบบหรือเครือข่ายของตน

2.4) หากผู้จัดทำข้อมูลเดิม มี เงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูล เช่นต้องเสีย
ค่าธรรมเนียม ต้องมีรหัสผ่านหรือข้อมูลอื่นๆก่อน ผู้ให้บริการต้องกำหนดเงื่อนไข
ดังกล่าวให้แก่ผู้ใช้บริการข้อมูลปฏิบัติเช่นเดียวกับเงื่อนไขที่ผู้จัดทำข้อมูลเดิม
กำหนดไว้

2.5) หากผู้จัดทำข้อมูลให้บริการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ ได้รับอนุญาตจาก
เจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการต้องลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลนั้น เมื่อข้อมูลนั้นถูก
ลบหรือระงับการเข้าถึงจากแหล่งเดิม ศาลมีคำสั่ง หรือได้รับแจ้งจากคู่กรณี

3) ผู้ให้บริการที่จัดเก็บข้อมูลตามคำสั่งของผู้ใช้บริการไว้บนระบบหรือเครือข่าย⁴⁴
(information storage on a system or network at the direction of a user) ได้รับประโยชน์
จากข้อจำกัดความรับผิดชอบเมื่อ

3.1) ไม่รู้ทราบและไม่สามารถคาดหมายได้จากพฤติการณ์ว่ามีข้อมูลที่ผิด
กฎหมายหรือมีการใช้ข้อมูลที่ผิดกฎหมายในระบบหรือเครือข่ายของตน หรือหาก
ทราบหรือคาดหมายได้ว่ามีข้อมูลที่ผิดกฎหมายก็ได้ดำเนินการลบหรือระงับการ
เข้าถึงข้อมูลนั้นอย่างรวดเร็ว

⁴³ Title 17 USC Section 512 (b)

⁴⁴ Title 17 USC Section 512 (c)

- 3.2) หากผู้ให้บริการมีสิทธิและสามารถควบคุมข้อมูลได้ ต้องปรากฏว่า
ไม่ได้รับประโยชน์ทางทรัพย์สินจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น
- 3.3) กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับแจ้งว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้
ให้บริการได้ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลนั้นอย่างรวดเร็ว
- 3.4) การให้บริการระบุแหล่งข้อมูล
- 4) ผู้ให้บริการเชื่อมต่อข้อมูลโดยใช้เครื่องมือระบุแหล่งข้อมูล (Information
location tools or Search engine)⁴⁵ รวมถึงเครื่องมืออื่นที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกัน เช่น การใส่
reference หรือ hypertext ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ต่อเมื่อ
- 4.1) ไม่ทราบและไม่อาจคาดหมายได้ว่าข้อมูลนั้นละเมิดลิขสิทธิ์ หรือหาก
ทราบหรือคาดหมายได้แล้วลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างรวดเร็ว
- 4.2) หากผู้ให้บริการมีสิทธิและสามารถควบคุมข้อมูลได้ ต้องปรากฏว่า
ไม่ได้รับประโยชน์ทางทรัพย์สินจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น
- 4.3) กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับแจ้งว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้
ให้บริการได้ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลนั้นอย่างรวดเร็ว

มาตรการการแจ้งและลบออก หรือ Notice and Take Down Procedure (NTD)

การแจ้งและลบออก หรือมาตรการ Notice and Take Down คือ การที่ผู้ให้
บริการอินเทอร์เน็ตได้รับแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่า มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นในการให้บริการของ
ตน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องปิดกั้นหรือดำเนินการลบข้อมูลนั้นออกจากระบบ เพื่อป้องกัน
การเผยแพร่หรือใช้ประโยชน์จากข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ซึ่ง Section 512(c)(2) กำหนดให้ผู้
ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องตั้งตัวแทนซึ่งทำหน้าที่รับการแจ้ง โดยตัวแทนเช่นนี้ต้องจัดเตรียม
ช่องทางสำหรับการแจ้งที่สะดวกแก่บุคคลทั่วไป นอกจากนี้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องแจ้งชื่อ ที่
อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ อีเมลของตัวแทนและข้อมูลอื่นๆให้แก่สำนักงานลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นหน่วยงาน
ภาครัฐทราบ

1) การแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงตัวแทนของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยจะต้อง
ระบุข้อมูลที่เพียงพอในการแสดงให้เห็นว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นจริง⁴⁶ เช่น ลายเซ็นของตัว
แทนที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่อ้างว่ามีการละเมิด รายละเอียดของข้อมูลที่มีลิขสิทธิ์
ข้อมูลที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตำแหน่งของข้อมูลเพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถเข้าไป

⁴⁵Title 17 USC Section 512 (d)

⁴⁶Title 17 USC Section 512 (c)(3)(A)

ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลได้ ข้อมูลของผู้แจ้งเพื่อการติดต่อกลับเช่นที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อีเมล รวมถึงข้อความที่ระบุว่าผู้แจ้งมีเจตนาโดยสุจริต ข้อความที่แจ้งเป็นข้อความที่ถูกต้องภายใน และผู้แจ้งเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่อ้างว่ามีการละเมิด ทั้งนี้รายละเอียดดังกล่าวต้องครบถ้วนในสาระสำคัญ (substantially comply) มิฉะนั้นจะไม่มีผลบังคับเป็น การแจ้ง (Notice) ตามบทบัญญัติ⁴⁷

2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องแจ้งไปยังผู้ใช้บริการที่ละเมิด ให้ทราบว่า จะมีการดำเนินการปิดกั้นหรือลบข้อมูลนั้นๆออก เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล (take down) ข้อมูลที่อ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะไม่มีผลบังคับ รับผิดชอบต่อบุคคลใดๆไม่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ใช้บริการ⁴⁸

3) ในกรณีที่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตเห็นว่าไม่ได้เป็นข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการสามารถทำหนังสือโต้แย้ง (Counter notice) ไปยังตัวแทนของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องแจ้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์ถึงกรณีดังกล่าวและแจ้งว่าจะทำนำข้อมูลกลับมาสู่สภาพเดิมและยุติมาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูล ภายใน 10 วันทำการ⁴⁹

4) หลังจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับหนังสือโต้แย้ง (counter notice) แล้ว ให้ดำเนินการนำข้อมูลที่ถูกลบกลับคืนสู่สภาพเดิมและยุติมาตรการระงับการเข้าถึงภายใน 10-14 วันทำการ เว้นแต่เจ้าของลิขสิทธิ์ ได้ร้องขอต่อศาลให้ยับยั้งผู้ใช้บริการจากการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ดังกล่าวนั้น⁵⁰ (เป็นหน้าที่ของเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องไปร้องต่อศาลภายใน 10วัน)

การจำกัดความรับผิดชอบตามบทบัญญัตินี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการรักษาสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของผู้ใช้ บริการอินเทอร์เน็ตที่เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวควบคู่ไปกับการปราบปรามการกระทำผิดซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ในขณะเดียวกันมาตรการนี้ก็พยายามไม่เข้าไปแทรกแซงการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสาร⁵¹

3.1.4 การปิดกั้นเว็บไซต์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ปัจจุบันสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายใดที่ให้อำนาจรัฐในการปิดกั้นเว็บไซต์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลใดๆบนอินเทอร์เน็ต มีเพียงแต่กฎหมายที่กำหนดและให้อำนาจผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นผู้ลบหรือระงับการเข้าถึงเนื้อหาที่ผิดกฎหมายนั้นๆ โดยมุ่งไปที่การคุ้มครองเยาวชนจากการเผยแพร่ข้อมูลลามกอนาจารหรือข้อมูลที่อันตรายและการละเมิดลิขสิทธิ์ การควบคุมเนื้อหา

⁴⁷ Title 17 USC Section 512(c)(3)(B)

⁴⁸ Title 17 USC Section 512(g)

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ivan Hoffman, The Notice and Takedown Provision of the DMCA [online]

บนอินเทอร์เน็ตและใช้บริการอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่ เน้นการกำกับดูแลตนเอง (self regulation) ทั้งในภาคเอกชนที่เป็นบริษัทให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการเว็บไซต์ต่างๆ โรงเรียน ห้องสมุด ด หรือภายในครอบครัว มาตรการต่างๆเหล่านี้อยู่ในรูปแบบทางเทคนิคคือการให้โปรแกรม ที่กั้นกรองเนื้อหา(Filtering) เช่น Firewall ในบางมลรัฐเช่น แอริโซนา เคนทักก็ มีซูรี โอไอโอ เวอร์จิเนีย มีกฎหมายมลรัฐกำหนดให้โรงเรียนและห้องสมุดต้องมีมาตรการในการกั้นกรองเนื้อหาไม่ให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลที่ไม่เหมาะสมได้⁵² นอกจากนี้แล้วยังใช้มาตรการทางเทคนิคหากรัฐบาลต้องการปิดกั้น เช่น กรณีของ Wikileaks รัฐบาลได้ขอให้บริษัทที่ให้บริการความปลอดภัยทางอินเทอร์เน็ต (Fidelis Security Systems) ติดตั้งโปรแกรม Firewall เพื่อป้องกันการเข้าถึงข้อมูลของ Wikileaks ไม่ว่าจะข้อมูลนั้นจะถูกจัดเก็บไว้ที่ใดก็ตาม⁵³

3.2 สมาพันธรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)

ประเทศเยอรมนีเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่กำหนดแนวทางเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และความรับผิดชอบต่างๆเป็นไปตามที่สหภาพยุโรปได้วางหลักไว้ ผู้เขียนจึงได้ศึกษาการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่สหภาพยุโรปได้วางหลักไว้ก่อน ดังต่อไปนี้

แนวทางการกำหนดมาตรการควบคุมข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปมี การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้ ประเทศสมาชิกมีหลักกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน ทำให้กฎหมายเป็นเอกภาพซึ่งมีประโยชน์ในด้านความร่วมมือระหว่างประเทศในการบังคับใช้กฎหมายหรือการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมต่างๆ โดยเฉพาะอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจเป็นความผิดเกี่ยวพันกันในระหว่างหลายประเทศ ในประเด็นเรื่อง การเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ตก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่สหภาพยุโรปได้วางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางให้แต่ละประเทศนำไปพิจารณาและปรับกับกฎหมายภายในประเทศของตัวเอง ทั้งนี้ คณะกรรมการสหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญกับ การสร้างสมดุลระหว่าง การไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารโดยอิสระ (free flow of information) และการปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ

⁵² Children and the Internet Laws Relating to Filtering, Blocking and Usage Policies in Schools and Libraries <http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=13491>

⁵³ Feds Seek Computer Firewall to Block WikiLeaks 'Pollution' [online] <http://www.aolnews.com/2010/12/20/feds-seek-computer-firewall-to-block-wikileaks-pollution/>

(protection of the public interest)⁵⁴ โดยมีการกำหนดขอบเขตของเนื้อหาที่ผิดกฎหมายและเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมใน Communication on Illegal and Harmful Content on the Internet 1996 โดย คณะกรรมการสหภาพยุโรป European Commission (ซึ่งขณะนั้นมีประเทศที่เป็นสมาชิกคือ ประเทศออสเตรีย ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ) พิจารณาเนื้อหาของข้อมูลที่ครอบคลุมถึงหลักกฎหมายทั้งในระดับประเทศและนานาชาติ เช่น⁵⁵

- ความมั่นคงแห่งชาติ เช่น ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ กิจกรรมของกลุ่มก่อการร้าย วิธีการทำระเบิด การผลิตยาเสพติด
- การคุ้มครองเยาวชน จากข้อมูลที่มีเนื้อหารุนแรง ภาพลามกอนาจาร รูปแบบการตลาดที่เป็นอันตราย
- การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จากข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ หรือการแบ่งแยกชนชาติ
- ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ เช่น การหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต หรือการปลอมแปลงบัตรเครดิต
- การคุ้มครองข้อมูล จากการถูกลักลอบเจาะระบบหรือแฮค (hack)
- การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล จากการถูกก่อกวนทางอิเล็กทรอนิกส์หรือการนำข้อมูลส่วนตัวไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต
- การคุ้มครองชื่อเสียงจากการถูกหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นและการโฆษณาเพื่อเปรียบเทียบแบบไม่เป็นธรรม(unlawful comparative advertising)
- การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่นการเผยแพร่ข้อมูลอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต เช่นเพลงหรือซอฟต์แวร์

สหภาพยุโรปกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ประเทศต่างๆมีแนวทางเดียวกัน ใน Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market โดยกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการแต่ละประเภทดังต่อไปนี้

1. ผู้ให้บริการที่เป็นตัวกลางในการส่งผ่านข้อมูล (Mere conduit)⁵⁶ หมายถึง ผู้ให้บริการการเข้าถึงเครือข่ายโทรคมนาคม และผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราวในระหว่างการส่งโดย

⁵⁴ Commission of the European Communities, Illegal and harmful content on the Internet (Brussels, 1996), page 4 [online] <http://aei.pitt.edu/5895/>

⁵⁵ Ibid, pages 3 and 10

⁵⁶ Directive 2000/31/EC, Article 12

อัตโนมัติโดยมีจุดประสงค์เพื่อส่งไปยังเครือข่ายโทรคมนาคมและข้อมูลดังกล่าวไม่ได้ถูกเก็บไว้เกินระยะเวลาเท่าที่จำเป็นตามสมควรเพื่อส่งข้อมูลนั้นไป

ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อมูลที่ตนได้ส่งผ่าน หากว่าตนไม่ได้เป็นผู้เริ่มต้นในการส่งข้อมูลนั้น ไม่ได้กำหนดผู้รับการส่ง และไม่ได้กำหนดข้อมูลหรือแก้ไขข้อมูลในการส่งนั้น

2. ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (Cache)⁵⁷ หมายถึง ผู้จัดเก็บข้อมูลชั่วคราวโดยอัตโนมัติระหว่างการส่ง ตามคำสั่งของผู้รับข้อมูลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งข้อมูลตามที่ผู้ใช้บริการร้องขอในครั้งต่อไปมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (caching) หากผู้ให้บริการไม่ได้แก้ไขข้อมูล ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลและกฎระเบียบเกี่ยวกับการทำข้อมูลให้ทันสมัย และผู้ให้บริการไม่ได้แทรกแซงหรือรบกวนการใช้เทคโนโลยีเพื่อรับข้อมูลนั้น อีกทั้งหากผู้ให้บริการให้ความร่วมมืออย่างรวดเร็วในการลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล เมื่อทราบว่าข้อมูลดังกล่าวได้ถูกลบออกจากแหล่งข้อมูลเดิมหรือการเข้าถึงข้อมูลเดิมนั้นได้ถูกระงับ หรือเมื่อมีคำสั่งของศาลหรือคำสั่งทางปกครองให้ลบหรือระงับ

3. ผู้ให้บริการเช่าพื้นที่ในการจัดเก็บข้อมูล (Hosting Service)⁵⁸ คือให้บริการพื้นที่บนเครือข่ายในการจัดเก็บข้อมูลของผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อมูลที่ถูกรวบรวมไว้ตามคำร้องขอของผู้ใช้บริการ หากไม่รู้ว่าข้อมูลผิดกฎหมายหรือการกระทำผิดเกิดขึ้นและไม่อาจคาดหมายถึงเหตุการณ์ว่ามีข้อมูลหรือการกระทำผิดนั้น และ หากผู้ให้บริการได้ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลอย่างรวดเร็วเมื่อทราบว่าข้อมูลผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้บริการยังคงต้องรับผิดชอบหากผู้ให้บริการทำตามคำสั่งหรืออยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ให้บริการ

ทั้งนี้ Article 15 ได้วางหลักว่าไม่ควรกำหนดภาระหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการทั้งสามประเภทที่กล่าวมาในการตรวจตรา (monitor) ข้อมูลต่างๆที่ส่งผ่านหรือจัดเก็บไว้ในบริการของตนหรือหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ใดๆที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำความผิดต่างๆเกิดขึ้นในระบบของตน แต่สามารถกำหนดหน้าที่ให้ต้องแจ้งต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหากมีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือหน้าที่ที่ผู้ให้บริการต้องจัดส่งเนื้อหาของข้อมูล หรือข้อมูลที่สามารถระบุตัวตนของผู้ใช้บริการถ้าตามคำขอของหน่วยงานที่มีอำนาจนั้น⁵⁹

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าตามหลักเกณฑ์ของ Directive 2000/31/EU ของกลุ่มสหภาพยุโรป ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการในการส่งผ่านข้อมูล (Mere conduit) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (Caching) หรือ ผู้ให้บริการเช่าพื้นที่ในการจัดเก็บข้อมูล (Hosting service) ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในข้อมูลที่ผู้ใช้บริการได้เผยแพร่หรือจัดทำขึ้นด้วยวิธีใดๆ ที่ไม่ต้องมี

⁵⁷ Directive 2000/31/EC, Article 13

⁵⁸ Directive 2000/31/EC, Article 14

⁵⁹ Directive 2000/31/EC, Article 15

หน้าที่ในการตรวจสอบข้อมูลต่างๆที่อยู่ในระบบของตน แต่ผู้ให้บริการอาจต้องรับผิดชอบ หากเป็นผู้จัดทำข้อมูลนั้นขึ้นเองหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด รู้หรือควรรู้ว่ามี การกระทำความผิด หรือไม่ลบ หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลอย่างรวดเร็วหลังจากทราบด้วยตนเองหรือรับแจ้งมา

นอกจากนี้ยังกำหนดเป็นแนวทางในมีแถลงการณ์ร่วมของตัวแทนองค์การว่าด้วยความมั่นคงและความร่วมมือยุโรป และองค์ กรผู้สื่อข่าวไร้พรมแดน ว่าด้วยการรับประกันเสรีภาพสื่อ บนอินเทอร์เน็ต (Joint Declaration of the OSCE Representative on Freedom of the Media and Reporters sans Frontières on Guaranteeing Media Freedom on the Internet)

ข้อ 4 วางหลักว่าผู้ที่ให้บริการทางเทคนิค ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในการส่งผ่านข้อมูล หรือให้บริการพื้นที่แก่อินเทอร์เน็ต (hosting) เว้นแต่ผู้ให้บริการนั้นปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งศาล การตัดสินว่าเว็บไซต์ใดถูกกฎหมายหรือผิดกฎหมายจะต้องกระทำโดยผู้พิพากษาเท่านั้น ไม่ใช่หน้าที่ของผู้ให้บริการ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวต้องรับประกันความโปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และมีสิทธิในการอุทธรณ์⁶⁰ และตามข้อ 5 ว่าการดำเนินการทางกฎหมายใดๆต่อเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตต้องใช้หลัก ต้นกำเนิดของเนื้อหานั้นซึ่งก็คือพื้นที่ที่มีการ นำเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต upload rule มีใช้พื้นที่ที่มีการ download⁶¹

3.2.1 เสรีภาพในการแสดงออก (Meinungsfreiheit)

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ระบอบแบบประชาธิปไตยเช่นเดียวกับประเทศไทย และ เสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนในประเทศเยอรมนีได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์รัฐเยอรมนีหรือ Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) ในมาตรา 5 ว่า⁶²

⁶⁰ Article 4. A technical service provider must not be held responsible for the mere conduit or hosting of content unless the hosting provider refuses to obey a court ruling. A decision on whether a website is legal or illegal can only be taken by a judge, not by a service provider. Such proceedings should guarantee transparency, accountability and the right to appeal.

⁶¹ Article 5. All Internet content should be subject to the legislation of the country of its origin (“upload rule”) and not to the legislation of the country where it is downloaded.

⁶² Article 5 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany

1. Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing, and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the

“ทุกคนมีสิทธิอย่างเสรีที่จะแสดงออกหรือเผยแพร่ความคิดเห็นของเขาไม่ว่าจะเป็นด้วยวาจา การเขียน หรือรูปภาพ นอกจากนี้ยังรับรองให้สามารถใช้สิทธิในการได้รับข้อมูลข้อมูลข่าวสารต่างๆ จากแหล่งที่สามารถเข้าถึงได้อย่างไม่มีอุปสรรค เสรีภาพของสื่อมวลชนและเสรีภาพในการรายงานข่าวโดยผ่านการออกอากาศทางวิทยุโทรทัศน์และภาพยนตร์ได้รับการรับรอง และการเซ็นเซอร์เป็นสิ่งที่จะต้องห้าม

สิทธิและเสรีภาพที่ได้กล่าวมานี้ต่างมีข้อจำกัดในบทบัญญัติตามกฎหมายทั่วไป ในบทบัญญัติที่เป็นการปกป้องเยาวชนและ การเคารพสิทธิและศักดิ์ศรีของผู้อื่น”

3.2.2 ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งสมาพันธรัฐเยอรมนี

ข้อจำกัดของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกปรากฏอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB) กฎหมายมลรัฐที่คุ้มครองเยาวชนจากการสื่อสารมวลชน State Treaty on Media Protection of Young Persons (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag : JMStV) เป็นต้น ซึ่งเนื้อหาหลักที่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาเปรียบเทียบกับข้อมูลที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรของประเทศไทยได้ คือข้อมูลที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีและข้อมูล hate speech ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับลัทธิชาตินิยมหรือสนับสนุนความรุนแรง ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี (ฉบับแก้ไขใหม่วันที่ 5 พฤศจิกายน 2551) ในหมวดพิเศษ (Special Part) บทที่ 1 ประกอบด้วย การกระทำความผิดต่อความสงบสุขแห่งรัฐ การกระทำความผิดฐานกบฏการกระทำอันเป็นภัยอันตรายต่อหลักการประชาธิปไตยแห่งรัฐภายใต้ความเป็นนิติรัฐ บทที่ 6 ว่าด้วยการขัดขืนอำนาจรัฐและบทที่ 7 ว่าด้วยความสงบสุขของประชาชน (ผู้เขียนได้อธิบายข้อมูล Hate speech รวมกันไป ณ ที่นี่)

1) ข้อมูลที่เป็นการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่น

1.1) ประมุขแห่งรัฐ (head of state) ซึ่งประมุขแห่งรัฐของเยอรมนีก็คือประธานาธิบดี โดยเป็นการคุ้มครองจากการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่น (Disparagement of the Federal President)⁶³ ผู้ที่ดูหมิ่นประธานาธิบดีแห่งสมาพันธรัฐอย่างเปิดเผย ไม่ว่าจะทำในที่ประชุม

press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship.

2. These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons, and in the right to personal honor.

⁶³German Criminal Code, section 90 Disparagement of the Federal President

หรือกระทำโดยเปิดเผยด้วยวัสดุสิ่งพิมพ์ใดๆ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี และต้องระวางโทษหนักขึ้นหากเป็นการหมิ่นประมาทโดยเจตนา หรือมีเจตนาสนับสนุนการพยายามต่อต้านการดำรงอยู่ของสมาพันธ์รัฐเยอรมนี หรือเป็นการต่อต้านหลักการตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้กระทำความผิดจะถูกดำเนินคดีก็แต่โดยได้รับการอนุญาตและได้รับมอบอำนาจจากประธานาธิบดีแห่งสมาพันธ์รัฐเท่านั้น

1.2) การดูหมิ่นหรือกระทำการอันไม่เหมาะสมต่อ รัฐและสัญลักษณ์ของรัฐ (Disparagement of the State and its Symbols)⁶⁴ ซึ่งกำหนดให้การดูหมิ่นหรือพูดให้ร้ายแก่ประเทศ รวมทั้งการกระทำที่ไม่สมควรต่อสี ธงชาติ สัญลักษณ์ หรือเพลงชาติเป็นความผิด

1.3) การหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นที่กระทำต่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญ นูญรัฐบาล หรือศาลรัฐธรรมนูญ (Anti-Constitutional Disparagement of Constitutional Organs)⁶⁵

มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ประเทศเยอรมนีได้บัญญัติแยกความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือการกระทำอันไม่เหมาะสมต่อประมุขแห่งรัฐ ต่อรัฐหรือสัญลักษณ์ของรัฐ หรือต่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้ แยกต่างหากจากการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นคนธรรมดา ซึ่งอยู่ในบทที่ 14 ว่าด้วยการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาและหมิ่นประมาทด้วยวาจา (Libel and Slander) เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

2) การห้ามเผยแพร่ จัดทำ นำเข้าส่งออก หรือทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึง ข้อมูลที่เป็นการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับ บงกักรที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือองค์กร ไม่ได้รับการยอมรับให้มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เพราะมีวัตถุประสงค์ขัดต่อรัฐธรรมนูญ รวมถึงองค์กรที่มีจุดประสงค์หรือสนับสนุนลัทธิชาตินิยม⁶⁶ ทั้งนี้รวมถึงการใช้เครื่องหมายขององค์กรที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย⁶⁷

3) ข้อมูลที่เป็นการยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระทำความผิด หรือก่ออาชญากรรม ผู้ที่เผยแพร่ข้อความนั้นไม่ว่าในการชุมนุมหรือโดยการเขียนต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะทำให้มีผู้กระทำความผิดกฎหมายขึ้นจริงๆหรือไม่⁶⁸

4) ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความปั่นป่วนในหมู่ประชาชน คือ การยุยงให้เกิดความ ก่อกวน ซึ่งเรียกร้องให้ใช้ความรุนแรงหรือใช้มาตรการแบบเผด็จการกับบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือเป็นการ

⁶⁴ German Criminal Code, section 90a Disparagement of the State and its Symbols

⁶⁵ German Criminal Code, section 90b Anti-Constitutional Disparagement of Constitutional Organs

⁶⁶ German Criminal Code, Section 86 Dissemination of Means of Propaganda of Unconstitutional Organization

⁶⁷ German Criminal Code, Section 86a Use of Symbols of Unconstitutional Organizations

⁶⁸ German Criminal Code, Section 111 Public Incitement to Crime

ทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยการดูหมิ่น หมิ่นประมาท ใส่ร้ายบุคคลกลุ่มใด เพื่อทำลายความสงบสุขของประชาชน หรือการเผยแพร่ข้อมูลไม่ว่าโดยการเขียน แสดงด้วยภาพหรือสื่อ ینگบันทึกภาพ และเสียง ประกาศด้วยวาจา⁶⁹ กระทำการใดๆให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ ซึ่งรวมถึงการใช้อินเทอร์เน็ต เผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาก่อให้เกิดความเกลียดชังแก่คนกลุ่มหนึ่งที่มี เชื้อชาติ ศาสนา หรือประเพณีที่แตกต่าง⁷⁰

5) ข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงความโหดร้ายรุนแรง การแสดงความทารุณต่อมนุษย์ เพื่อเป็นการสรรเสริญเชิดชูการกระทำดังกล่าว หรือเพื่อทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁷¹ รวมทั้ง ข้อมูลที่เป็นการเผยแพร่วิธีการกระทำความผิด เช่น ฆาตกรรม ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะเผยแพร่หรือจัดให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้ด้วยวิธีใดก็ตาม⁷²

ข้อมูลที่มีเนื้อหาผิดกฎหมายที่ประเทศเยอรมนีให้ความสำคัญเป็นพิเศษคือ ข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ ในเชิงคุ้มครองความสงบสุขของประชาชน องค์กรที่ใช้อำนาจการปกครองตามรัฐธรรมนูญและศาล รวมถึงให้ความคุ้มครองประธานาธิบดีในฐานะประมุขแห่งรัฐจากการหมิ่นประมาทดูหมิ่นโดยแยกบทบัญญัติจากการหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา เช่นเดียวกับประเทศไทย อีกทั้งกำหนดให้ Hate Speech ที่ยุยงให้เกิดความเกลียดชังเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

ในประเด็นเรื่องการเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายบนระบบอินเทอร์เน็ต ประเทศเยอรมนีมีหน่วยงานที่รับผิดชอบคือ Internet Content Task Force (ICTF) ที่ก่อตั้งขึ้นในปี 1996 โดย การรวมกลุ่มกันระหว่างผู้ประกอบการและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในนาม Electronic Commerce Forum (ECO) หน่วยงานนี้มีหน้าที่วางมาตรฐานของเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตและสนับสนุนการดำเนินงานของหน่วยงานจัดอันดับความเหมาะสมของข้อมูล (Internet Rating Content Association)⁷³

3.2.3 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

⁶⁹ German Criminal Code, Section 11 Subsection (3) Audio and visual recording media, data storage media, illustrations and other images shall be the equivalent of writings in those provisions which refer to this subsection.

⁷⁰ German Criminal Code, Section 130 Agitation of the people

⁷¹ German Criminal Code, Section 131 Representation of Violence

⁷² German Criminal Code, Section 130a Instructions for Crimes

⁷³ https://www.consultix.net/Consultix/Certifications/ECO_Membership.aspx?l=2

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่มีการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ตามความพัฒนาของการให้บริการในระบบที่ปัจจุบันมีอย่าง หลากหลาย โดยมี Act on the Utilization of Teleservices หรือ Teleservice Act (Teledienstegesetz : TDG) เป็นส่วนหนึ่งของ Information and Communication Service Act มีผลบังคับใช้ 1 สิงหาคม 1997⁷⁴ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมที่ให้บริการติดต่อสื่อสารหรือส่งข้อมูลทางวิธีอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งรวมถึงการให้บริการอินเทอร์เน็ต และ กฎหมาย Teleservice Data Protection Act (Teledienstedatenschutzgesetz) เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่นับตั้งแต่ปี 2007 รัฐบาลได้ออกกฎหมายใหม่ชื่อว่า The German Telemedia Act 2007 (Telemediengesetz) เป็นการครอบคลุมถึงการให้บริการข้อมูลต่างๆบนอินเทอร์เน็ต และมีการแบ่งประเภทความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามการบริการ

ตามกฎหมายนี้เรียกรับการบริการข้อมูลและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic information and communication service) ทุกประเภทรวมกันว่า “Telemedia” ซึ่งหมายความรวมถึงการให้บริการต่างๆบนอินเทอร์เน็ต เช่น เว็บขายของออนไลน์ บริการค้นหาข้อมูล (search engine) กระดานข่าวสาธารณะ(Newsgroup) บริการอีเมล บริการดาวโหลดเพลง หรือวิดีโอ (Video on demand: VOD) หรือบริการห้องสนทนา เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงการถ่ายทอดสด รายการวิทยุโทรทัศน์หรือวิดีโอทางอินเทอร์เน็ตและไม่รวมถึงบริการโทรศัพท์ผ่านทางอินเทอร์เน็ต (Voice Over Internet Protocol : VoIP - internet telephony)⁷⁵

Telemedia Act กำหนดนิยามของผู้ให้บริการว่า⁷⁶ หมายถึงบุคคลหรือนิติบุคคลที่ให้บริการข้อมูลและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ของตนเองหรือของผู้อื่น หรือให้บริการการเข้าถึงบริการดังกล่าว และวางหลักว่าผู้ให้บริการไม่มีหน้าที่ต้องตรวจตรา (monitor) ข้อมูลที่ส่งผ่านหรือที่จัดเก็บในการบริการของตนหรือ ไม่มีหน้าที่ต้องค้นหาสถานการณ์ใด ๆ ที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น⁷⁷

ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการตาม Telemedia Act มีดังนี้

⁷⁴ <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/TDG.htm#6>

⁷⁵ <http://dataprotectionthinker.blogspot.com/2007/04/telemedia-act-2007.html>

⁷⁶ Telemedia Act , section 2(1)

⁷⁷ Telemedia Act , section 7(2)

1) ความรับผิดของเจ้าของข้อมูล (liability for one's own content) กำหนดความรับผิดหลักเดิมว่าผู้ให้บริการต้องรับผิดในข้อมูลที่ตนจัดทำขึ้นเพื่อการใช้ประโยชน์ ตามบทบัญญัติทั่วไป⁷⁸ กล่าวคือผู้ที่จัดทำข้อมูลขึ้นเองไม่ว่าจะบันทึกข้อมูลไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ของตัวเองหรือระบบของผู้อื่น หากข้อมูลนั้นผิดกฎหมายก็ต้องรับผิด รวมถึงหากไม่ได้มีมาตรการควบคุมการเข้าถึงข้อมูลเช่น โปสต์ภาพลามกอนาจารไว้แล้วไม่มีมาตรการจำกัดการเข้าถึงทำให้เยาวชนสามารถเข้าไปดูข้อมูลนั้นได้ บุคคลที่โปกส์นั้นอาจต้องรับผิด⁷⁹

2) ความรับผิดของผู้ให้บริการส่งผ่านข้อมูลหรือบริการการเข้าถึงข้อมูล (transmit or access provider)⁸⁰ เช่นบริษัทการสื่อสารโทรคมนาคมที่ใช้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตผ่านสายโทรศัพท์ ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิดในข้อมูลของบุคคลที่สามที่ตนทำหน้าที่ส่งผ่านข้อมูลนั้นหรือให้บริการการเข้าถึงข้อมูลนั้น หากไม่ได้เป็นผู้เริ่มการส่งผ่านข้อมูลนั้น ไม่ได้เป็นผู้กำหนดตัวผู้รับข้อมูลปลายทาง และไม่ได้เป็นผู้คัดเลือกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่มีการส่ง

อย่างไรก็ตามข้อจำกัดความรับผิดนี้รวมถึงกรณีที่ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราวในระหว่างการส่งโดยอัตโนมัติโดยมีจุดประสงค์เพื่อส่งไปยังเครือข่ายโทรคมนาคมและข้อมูลดังกล่าวไม่ได้ถูกเก็บไว้เกินระยะเวลาเท่าที่จำเป็นตามสมควรเพื่อส่งข้อมูลนั้นไป ซึ่งการจำกัดความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการประเภทนี้ ผู้ร่างกฎหมายได้เล็งเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้ให้บริการต้องเสี่ยงที่จะมีความรับผิดซึ่งเป็นการสร้างภาระที่มากเกินไป เพราะสภาพการให้บริการเป็นการส่งผ่านเครื่องมือโครงสร้างพื้นฐานของบริษัททำให้การควบคุมเป็นไปได้ยากในทางเทคนิค⁸¹

3) ความรับผิดของผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (proxy-cache provider)⁸² ซึ่งให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราวโดยอัตโนมัติเพื่อให้การเข้าถึงข้อมูลตามผู้ใช้บริการร้องขอในครั้งต่อไปมีประสิทธิภาพมากขึ้น ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิดหาก

3.1) ไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล

3.2) ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูล เช่น หากการเข้าถึงข้อมูลจากแหล่งเดิมต้องใส่รหัสผ่านก่อน ผู้ให้บริการต้องมีมาตรการเดียวกันในการเข้าถึงข้อมูลที่จัดเก็บไว้ (ข้อมูลที่cacheมา)

3.3) ปฏิบัติตามกฎหมายระเบียบเกี่ยวกับการทำข้อมูลให้ทันสมัย

⁷⁸ Telemedia Act, section 7(1)

⁷⁹ Dieter Dörr* & Steffen Janich, The Criminal Responsibility of Internet Service Provider in Germany (Mississippi Law Journal, 2011) page 1253 [online] <http://mslj.law.olemiss.edu/supra/volume80/Doerr.pdf>

⁸⁰ Telemedia Act, section 8 Acting as a conduit of information

⁸¹ Dieter Dörr* & Steffen Janich, The Criminal Responsibility of Internet Service Provider in Germany, page 1256

⁸² Telemedia Act section 9 Temporary storage for the accelerated transmission of information

3.4) ผู้ให้บริการไม่ได้แทรกแซงเทคโนโลยีที่ระบุจำนวนการเข้าถึงข้อมูลจากแหล่งเดิม (data collection technologies)

3.5) ผู้ให้บริการได้ลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลทันทีหากทราบว่า ข้อมูลนั้นได้ถูกลบออกหรือถูกระงับการเข้าถึงจากแหล่งข้อมูลเดิม หรือมีคำสั่งศาลสั่งเช่นนั้น หมายความว่าหากผู้ให้บริการรู้ว่าการลบแต่ตนไม่ยอมลบสำเนาข้อมูลที่ cache มาที่อยู่ในเซิร์ฟเวอร์ของตน ผู้ให้บริการอาจต้องรับผิดชอบในข้อมูลนั้น

4) ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเช่าพื้นที่เพื่อจัดเก็บข้อมูล (host provider)⁸³ ซึ่งผู้ให้บริการสามารถ จัดเก็บข้อมูลไว้ในพื้นที่หรือเซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการ ซึ่งข้อมูลในเซิร์ฟเวอร์ดังกล่าวมีจำนวนมหาศาลและเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วซึ่งหากต้องมาตรวจสอบจะทำให้การพัฒนาเทคโนโลยีเป็นไปอย่างล่าช้า⁸⁴ ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่มีความรับผิด หากไม่ทราบถึงการกระทำผิดหรือข้อมูลที่ผิดกฎหมาย และไม่สามารถคาดหมายได้ถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำผิดหรือข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้น หรือ เมื่อทราบว่ามีการกระทำผิดหรือข้อมูลที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้นผู้ให้บริการได้ลบหรือจำกัดการเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยทันที แต่อย่างไรก็ตามผู้ให้บริการยังคงต้องรับผิดชอบหากผู้ให้บริการทำตามคำสั่งหรืออยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ให้บริการ

สังเกตได้ว่าข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภทตาม กฎหมาย Telemedia service act 2007 มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับ directive 2000/31/EU อีกทั้งผู้ร่างยังให้ความสำคัญกับการพัฒนาเทคโนโลยีในระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งไม่ต้องการสร้างภาระความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการเกินหน้าที่หรือตามสภาพการให้บริการของเขา

3.2.4 มาตรการการปิดกั้นหรือบล็อกเว็บไซต์

การปิดกั้นเว็บหรือการระงับการเข้าถึงข้อมูลในประเทศเยอรมนี เน้นการกำกับดูแลจากภาคเอกชนดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลทันทีที่ทราบว่าข้อมูลผิดกฎหมายมิฉะนั้นจะมีความรับผิดในข้อมูลที่ตนไม่ได้จัดทำขึ้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่ยังให้ความร่วมมือกับภาครัฐในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่ผิดกฎหมาย เช่น ในปี 2009 บริษัทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายใหญ่ในประเทศ คือ Deutsche Telekom's T-Online, Vodafone's Arcor, Kabel Deutschland, Telefonica's O2 and Alice's Hansenet ได้เซ็น

⁸³ Telemedia Act section 10 Storing of information

⁸⁴ Dieter Dörr* & Steffen Janich, The Criminal Responsibility of Internet Service Provider in Germany, page 1259

ข้อตกลงให้ความร่วมมือกับภาครัฐในการติดตั้งโปรแกรมเพื่อระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ลามกอนาจาร
เด็ก⁸⁵

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายมลรัฐว่าด้วยการให้บริการสื่อสารมวลชน Interstate Agreement on Media Service Provider (MediendiensteStaatsvertrag : MDStV) มีบทบัญญัติที่ว่าด้วย “สื่อบริการที่ต้องห้ามเผยแพร่” และ “มาตรการดำเนินการกับสื่ออื่น” โดยแต่ละมลรัฐสามารถสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปิดกั้นการเข้าถึงสื่อใดๆที่มีเนื้อหาผิดกฎหมายได้

ตัวอย่างการปิดกั้นเว็บไซต์ rotten.com, front.org, nazi-lauck-nsdapao.com และ stormfront.org โดยผู้ว่าการเมืองดุสเซลดอร์ฟ Dusseldorf แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์เวสฟาเรล North-Rhine-Westphalia อาศัยอำนาจตาม MDStV สั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปิดกั้นเว็บไซต์ดังกล่าว เพราะมีเนื้อหาเกี่ยวกับลัทธิฝ่ายขวารุนแรง ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สนับสนุนการทำสงคราม ซึ่งเป็นภัยต่อเด็กและเยาวชนและรบกวนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ภายหลังการปิดกั้นประชาชนจำนวนมากออกมาต่อต้าน ทำจดหมายประท้วง และฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบคำสั่งของผู้ว่าฯ อย่างไรก็ตามศาลปกครองสูงสุดแห่งเมืองมินส์เตอร์ ตัดสินยืนยันว่าคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ ในปี 1996 ปิดเว็บที่มีเนื้อหาฝ่ายซ้ายหัวรุนแรง และในปี 2006 ช่วงฟุตบอลโลกได้ปิดเว็บการพนันผิดกฎหมาย (Bwin)⁸⁶ ปัจจุบันนี้มาตรการปิดกั้นเว็บไซต์ในประเทศเยอรมนีเป็นมาตรการสุดท้ายที่รัฐจะเลือกใช้ มาตรการปิดกั้นนี้จะใช้ต่อเมื่อมีข้อมูลที่ผิดกฎหมายถูกจัดเก็บไว้ใน เซิร์ฟเวอร์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือที่อยู่ในประเทศแต่ไม่ยอมปิดกั้นเอง เนื่องจากกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศนำมาซึ่ง ความลำบากในการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเช่น การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับนาซีเป็นความผิดตามกฎหมายของ เยอรมนี แต่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นเสรีภาพในการแสดงออกของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งหากได้ร้องขอไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือเจ้าของข้อมูลแล้วไม่เป็นผล จึงจำเป็นต้องใช้มาตรการปิดกั้นเว็บไซต์นั้นๆเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ⁸⁷

สำหรับประเทศ เยอรมนี ความรับผิดชอบในการเผยแพร่ข้อมูลผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต เป็นไปตามกฎหมายเดิมที่กำหนดว่าข้อมูลนั้นเป็นความผิด ไม่ได้กำหนดไว้ซ้ำซ้อนอย่างในมาตรา 14 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยบัญญัติกฎหมายที่จำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ต่างหาก ซึ่งการกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นมีความชัดเจน และตรงตามที่สหภาพยุโรป (EU) ได้วางหลักไว้ และแม้

⁸⁵ Major German online companies agree to block child porn websites [online], <http://www.dw-world.de/dw/Article/0,,4185666,00.html>

⁸⁶ รายงานสถานการณ์การควบคุมและปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐ โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน [ออนไลน์] http://www.boell-southeastasia.org/downloads/ilaw_report_TH.pdf

⁸⁷ Freedom of the Net 2011 : A Global Assessment of Internet and Digital Media By Freedom House, page 150

ประเทศเยอรมนีจะมีกฎหมายให้อำนาจรัฐในการปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลที่ผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต แต่ก็มีกรณีที่ใช้มาตรการดังกล่าวบ่อยครั้งและสามารถตรวจสอบได้

3.4 สาธารณรัฐประชาชนจีน (People's Republic of China)

อินเทอร์เน็ตในประเทศจีนนั้นมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจและการเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของเศรษฐกิจโลก แต่ในขณะเดียวกันการที่ข่าวสารต่างๆสามารถแพร่กระจายผ่านอินเทอร์เน็ตได้อย่างรวดเร็วทำให้รัฐบาลประสบปัญหาในการกำกับดูแลและทำให้การกำหนดวาระข่าวสาร (agenda setting) ที่รัฐบาลต้องการนำเสนอต่อประชาชนลำบากมากขึ้น ทั้งยังเห็นว่าอินเทอร์เน็ตกลายเป็นพื้นที่สาธารณะที่อันตรายในการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองเกี่ยวกับความเป็นประชาธิปไตย (Public sphere of dangerously democratic ideas) ซึ่งจะกระทบอำนาจและการปกครองของรัฐบาล⁸⁸ รัฐบาลจึงจำกัดสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและสิทธิในการแสดงออกของประชาชนโดยมีเหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศชาติและรัฐบาลจีนเป็นหลัก

3.4.1 เสรีภาพในการแสดงออกในประเทศจีน

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (Constitution of the People's Republic of China) บัญญัติว่า⁸⁹

ข้อ. 35 พลเมืองของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีเสรีภาพในการพูด การแสดงออกทางความคิดเห็น การแจ้งข้อมูลข่าวสาร การชุมนุม การรวมตัวกันเป็นสมาคม การเดินขบวน และการประท้วง

ข้อ. 41 พลเมืองของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีสิทธิในการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลและเสนอแนะแนวทางการทำงานให้แก่หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ

3.4.2 ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

⁸⁸ Steven Gan, James Gomez and Uwe Johannsen, Asian Cyberactivism Freedom of Expression and Media Censorship (Bangkok : Friedrich Naumann Foundation, 2004) page 266.

⁸⁹ Article 35 Citizens of the People's Republic of China enjoy freedom of speech , of the press , of assembly , of association , of procession and of demonstration

Article 41 Citizens of the People's Republic of China have the right to criticize and make suggestions to any state organ functionary...

รัฐบาลได้ให้ความสำคัญกับความมั่นคงของชาติ ความมั่นคงของรัฐบาล และการปกครองแบบสังคมนิยมเป็นอย่างมาก ประเทศจีนจึงมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดให้การกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงทางด้านต่างๆ เป็นความผิดร้ายแรง ทั้งนี้รวมถึงการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนหรือสื่อด้วย เช่น กฎหมายอาญาบทบัญญัติพิเศษว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติ และความลับของประเทศ (Chinese Criminal Law of 1997 PART II Special Provisions Chapter I Crimes of Endangering National Security และ Chapter II Crimes of Endangering Public Security) เช่น มาตรา 105 บัญญัติความรับผิดชอบสำหรับผู้ที่ยั่วยุทำลายอำนาจรัฐหรือการปกครองแบบสังคมนิยม ซึ่งการเป็นการปล่อยข่าวลือ กล่าวให้ร้ายจะมีโทษจำคุกสูงถึง 5 ปี มาตรา 111 เกี่ยวกับการขโมยหรือเผยแพร่ความลับของรัฐ ซึ่งหากเป็นกรณีร้ายแรงมีโทษสูงถึงจำคุกตลอดชีวิต เป็นต้น⁹⁰

นอกจากนี้ยังมีกฎหมาย State Security Law of the People's Republic of China of 1993 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ โดย Article 4 ได้กำหนดคำนิยามและขอบเขตของ “การกระทำที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศ ” โดยกฎหมายนี้มุ่งบังคับใช้กับ บุคคล องค์กร สถาบันต่างๆ ที่อยู่นอกอาณาเขตประเทศจีน หรือ บุคคล องค์กร สถาบันที่อยู่ในภายในประเทศแต่ได้รับการสนับสนุนจากต่างประเทศ ในการวางแผนเพื่อล้มล้างรัฐบาล ล้มล้างระบบสังคมนิยมหรือแบ่งแยกดินแดน รับมอบภารกิจหรือเข้าร่วมกับองค์กรที่จารกรรมข้อมูลของประเทศ

⁹⁰ Chinese Criminal Law, Article 105 Whoever organizes, plots, or acts to subvert the political power of the state and overthrow the socialist system, the ringleaders or those whose crimes are grave are to be sentenced to life imprisonment, or not less than 10 years of fixed-term imprisonment; active participants are to be sentenced from not less than three years to not more than 10 years of fixed-term imprisonment; other participants are to be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment, criminal detention, control, or deprivation of political rights. Whoever instigates the subversion of the political power of the state and overthrow the socialist system through spreading rumors, slandering, or other ways are to be sentenced to not more than five years of fixed-term imprisonment, criminal detention, control, or deprivation of political rights; the ringleaders and those whose crimes are grave are to be sentenced to not less than five years of fixed-term imprisonment. *Censorship (Bangkok : Friedrich Naumann Foundation, 2004) page 266.*

Chinese Criminal Law, Article 111 Whoever steals, spies into, buys or unlawfully supplies State secrets or intelligence for an organ, organization or individual outside the territory of China shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than 10 years; if the circumstances are especially serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment; if the circumstances are minor, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years, criminal detention, public surveillance or deprivation of political rights.

ลักลอบขโมย ขยายหรือเผยแพร่ความลับของประเทศ หรือก่อการกบฏ หรือวินาศกรรมที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ต้องได้รับโทษตามกฎหมายอาญาของประเทศจีน⁹¹

3.4.3 กฎหมายที่ควบคุมการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตและกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ประเทศจีนออกกฎหมายที่ควบคุมการสื่อสารซึ่งรวมถึงการสื่อสารผ่านทางอินเทอร์เน็ต โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายถึงการห้ามจัดทำ หรือเผยแพร่โดยวิธีใดๆ ซึ่งข้อมูลที่เป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งชาติ หรือความสงบสุขของสังคม

Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulation 1997

ประกาศใช้วันที่ 30 ธันวาคม 1997 จุดประสงค์เพื่อกำกับดูแลการใช้อินเทอร์เน็ตมิให้เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ มีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่องค์กรความมั่นคง The Public Security Organization หรือ The Computer Management and Supervision Organization สังกัดกระทรวงความมั่นคงสาธารณะ ให้เป็นผู้รับผิดชอบตามบทบัญญัตินี้

ห้ามมิให้หน่วยง านหรือบุคคลใดใช้อินเทอร์เน็ตในการทำลายความมั่นคงแห่งชาติ เปิดเผยความลับของประเทศ ทำลายผลประโยชน์ของประเทศ ของสังคม หรือของกลุ่มในกลุ่มหนึ่ง สิทธิตามกฎหมายของประชาชน หรือเข้าร่วมในการก่ออาชญากรรม⁹²

⁹¹ Article 4 Any organization or individual that has committed any act endangering the State security of the People's Republic of China shall be prosecuted according to law.

"Act endangering State security" as referred to in this Law means any of the following acts endangering the State security of the People's Republic of China committed by institutions, organizations or individuals outside the territory of the People's Republic of China, or, by other persons under the instigation or financial support of the afore-mentioned institutions, organizations or individuals, or, by organizations or individuals within the territory in collusion with institutions, organizations or individuals outside the territory:

- (1) plotting to subvert the government, dismember the State or overthrow the socialist system;
- (2) joining an espionage organization or accepting a mission assigned by an espionage organization or by its agent;
- (3) stealing, secretly gathering, buying, or unlawfully providing State secrets;
- (4) instigating, luring or bribing a State functionary to turn traitor; or
- (5) committing any other act of sabotage endangering State security.

⁹² Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulation 1997, Article 4

ห้ามมิให้หน่วยงานหรือบุคคลใดใช้อินเทอร์เน็ตในการสร้าง ทำซ้ำ แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเผยแพร่ข้อมูลดังต่อไปนี้

- 1) ข้อมูลที่กระตุ้นให้เกิดการต่อต้านหรือกระทำผิดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎระเบียบต่างๆ ของรัฐที่ต้องนำไปปฏิบัติ
- 2) ข้อมูลที่กระตุ้นให้เกิดการล้มล้างอำนาจรัฐบาลหรือระบบสังคมนิยม
- 3) ข้อมูลที่กระตุ้นให้เกิดการแบ่งแยกหรือเป็นอันตรายต่อความเป็นเอกภาพของชาติ
- 4) ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังหรือการแบ่งแยกระหว่างชนชาติหรือเป็นอันตรายต่อความเป็นน้ำหนึ่งอันเดียวกันของคนชาติทั้งหลาย
- 5) ข้อมูลที่เป็นการหลอกลวง บิดเบือนข้อเท็จจริง กระจายข่าวลือ หรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม
- 6) ข้อมูลที่สนับ สนุนความเชื่อมงาย ลามกอนาจาร การพนัน ความรุนแรง การฆาตกรรม
- 7) ข้อมูลที่เป็นความผิดการก่อการร้ายหรือยุยงปลุกปั่นให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญา ตูณกจาบจ้วงหรือบิดเบือนความจริงเพื่อใส่ร้ายผู้อื่น
- 8) ข้อมูลที่เป็นการทำลายชื่อเสียงของหน่วยงานของรัฐ
- 9) การกระทำอันใดที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ กฎหมาย หรือกฎระเบียบทางปกครอง⁹³

หากองค์กรความมั่นคงสาธารณะ (the public security) พบว่ามีข้อมูลที่มีลักษณะตาม Article 5 ในเว็บไซต์ สารบบ หรือเซิร์ฟเวอร์ จะต้องแจ้งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการลบทิ้งหรือปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูล⁹⁴ โทษของการฝ่าฝืน Article 5 ในขั้นแรกจะได้รับการเตือนและริบรายได้ที่เกิดจากการกระทำผิดถ้าหากมี นอกจากนี้ยังมีโทษปรับ กำหนดจำนวนตามความร้ายแรงของการกระทำผิด ในกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง เครื่องข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นจะถูกปิดกั้นเป็นเวลา 6 เดือน และอาจถูกเพิกถอนทะเบียนการ ไร้เครือข่าย อย่างไรก็ตามหากความผิดนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ ผู้ให้บริการก็ต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัตินั้นๆด้วย⁹⁵

กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ว่าต้องอยู่ภายใต้การควบคุม การตรวจสอบและคำแนะนำจากกระทรวงความมั่นคงสาธารณะ (Public Security Bureau)⁹⁶ ต้องส่งรายงานประจำเดือนซึ่งประกอบไปด้วย จำนวนผู้ใช้บริการ จำนวนหน้าเว็บที่มีการเข้าถึง และข้อมูล

⁹³ Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulation 1997, Article 5

⁹⁴ Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulation 1997, Article 18

⁹⁵ Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulation 1997, Article 20

⁹⁶ Computer Information Network and Internet Security Protection and Management Regulation 1997, Article 8

ส่วนตัวของผู้ใช้บริการ ต่อกระทรวง อีกทั้งมีหน้าที่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการสอบสวน แสวงหาพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดใดๆในเครือข่าย และหากมีการกระทำความผิดขึ้น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบที่กล่าวมาในย่อหน้าที่แล้ว⁹⁷

State Secrets Protection Regulations For Computer Information Systems On The Internet 2000

กฎหมายนี้เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งออกมากำกับดูแลการใช้อินเทอร์เน็ต โดยย้ำหลักเดิมคือการรักษาความลับของประเทศ โดยกำหนดความรับผิดชอบอยู่บนหลักว่า ผู้ที่แสดงข้อมูลต้องรับผิดชอบต่อข้อมูลนั้น “whoever places materials on the Internet takes the responsibility” ซึ่งข้อมูลที่จะถูกแสดงบนเว็บไซต์จะต้องได้รับการตรวจสอบและรับรองเสีย ก่อน⁹⁸ นอกจากนี้ยังกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการกระดานสนทนา (bulletin board) ห้องสนทนา (chat room) หรือกระดานข่าว (Newsgroup) ต้องมีมาตรการดูแลและตรวจตราข้อมูลที่อยู่ในการให้บริการของตนอย่างเข้มงวด โดยเฉพาะการให้บริการแบบสาธารณะ และหากพบว่ามีข้อมูลเกี่ยวกับความลับของประเทศจะต้องใช้มาตรการปิดกั้นและรายงานหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันความลับของประเทศในระยะเวลาที่เหมาะสม

สำหรับผู้ให้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต (Internet Access Providers) ต้องจัดทำข้อตกลงวิธีใช้บริการเกี่ยวกับการรักษาความลับระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกับผู้ควบคุมช่องสัญญาณ (Controllers of national trunk lines) และผู้ให้บริการ⁹⁹ ทั้งนี้ผู้ควบคุมช่องสัญญาณผู้ให้บริการในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการต้องยอมรับและให้ความร่วมมือในการตรวจตรา ระบบ ตามคำสั่งของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับ ต้องช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกแก่หน่วยงานในการสอบสวนการกระทำที่ผิดกฎหมาย และต้องลบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความลับของประเทศตามคำสั่งของหน่วยงานนั้น¹⁰⁰

⁹⁷ Right & Democracy International Centre for Human Rights and Democratic Development, Review of China's Internet Regulations and Domestic Legislation [online]

<http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/globalization/legislationInternetChinaEng.pdf>

⁹⁸ State Secrets Protection Regulations For Computer Information Systems On The Internet 2000, Article 8

⁹⁹ State Secrets Protection Regulations For Computer Information Systems On The Internet 2000, Article 10

¹⁰⁰ State Secrets Protection Regulations For Computer Information Systems On The Internet 2000, Article 15

Measure for Managing Internet Information Service 2000

กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับดูแลผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต Internet Information Service (IIS) ซึ่งตามกฎหมายแบ่งประเภทของผู้ให้บริการเป็น 2 ประเภท คือ¹⁰¹

- 1) ผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตในเชิงพาณิชย์ หมายถึง ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารต่างๆผ่านทางอินเทอร์เน็ตโดยมีค่าตอบแทน หรือให้บริการสร้างเว็บเพจ ผู้ให้บริการประเภทนี้ต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการ
- 2) ผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ หมายถึง ผู้ให้บริการข้อมูลที่เปิดให้ผู้ใช้บริการเข้าถึงและใช้ข้อมูลข่าวสารร่วมกันได้ผ่านทางอินเทอร์เน็ต โดยไม่คิดค่าบริการ ผู้ให้บริการประเภทนี้จะต้องรายงานการประกอบกิจการและลงทะเบียนกับทางราชการ

Article 15 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต จัดทำ ทำซ้ำ แสดง หรือเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

- 1) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นการต่อต้านหลักการพื้นฐานที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญ
- 2) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งชาติ การเปิดเผยความลับของประเทศ การโค่นล้มรัฐบาล หรือทำลายความเป็นปึกแผ่นของชาติ
- 3) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นการทำลายเกียรติและผลประโยชน์ของประเทศ
- 4) ข้อมูลข่าวสารที่ยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการแบ่งแยกชาติพันธุ์ หรือที่ทำลายความเป็นปึกแผ่นของชาติ
- 5) ข้อมูลข่าวสารที่ทำลายนโยบายของประเทศด้านศาสนา หรือเป็นการประกาศคำสอนลัทธิความเชื่อที่ชั่วร้าย หรือเป็นการสนับสนุนความเชื่อเรื่องศักดินาหรือสิ่งเทนื่อธรรมชาติ
- 6) การเผยแพร่ข่าวลือ ข้อมูลที่รบกวนความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือทำลายเสถียรภาพทางสังคม
- 7) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นการเผยแพร่ภาพหรือวัตถุลามกอนาจาร การพนัน ความรุนแรง การฆาตกรรม หรือการก่อการร้าย หรือที่เป็นการกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม
- 8) การหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นบุคคลอื่น หรือที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและประโยชน์ตามกฎหมายของประชาชน
- 9) ข้อมูลข่าวสารอื่นๆที่ต้องห้ามตามกฎหมายหรือข้อบังคับทางปกครอง¹⁰²

¹⁰¹ Measure for Managing Internet Information Service of 2000, Article 2 and Article 3 and 4

¹⁰² Measure for Managing Internet Information Service of 2000 Article 15

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามกฎหมาย Measure for Managing Internet Information Service of 2000 วางหลักว่า หากผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตพบข้อความที่มีเนื้อหาตามมาตรา 15 ในเว็บไซต์ของตัวเอง ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องจัดการระงับการส่งผ่านข้อมูลนั้นและจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องไว้ รวมถึงต้องรายงานเหตุการณ์ ณ์นั้นต่อหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง¹⁰³ หากไม่ปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าว ในกรณีที่ร้ายแรงผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตในเชิงพาณิชย์อาจถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการ ส่วนผู้ให้บริการที่มีไม่เชิงพาณิชย์อาจถูกสั่งให้ปิดเว็บไซต์¹⁰⁴

ความรับผิดชอบสำหรับผู้จัดทำ ทำ ซ้ำ แสดงหรือเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่มีเนื้อหาตามมาตรา 15 หากก่อให้เกิดอาชญากรรมขึ้น ผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบทางอาญาในการเกิดอาชญากรรมนั้น แต่หากไม่ก่อให้เกิดอาชญากรรมขึ้น ก็ต้องถูกลงโทษโดยหน่วยงานรัฐที่ทำหน้าที่รักษาความมั่นคงตามกฎหมายหรือระเบียบทางปกครอง ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายที่ควบคุมและลงโทษความผิดต่อแผ่นดิน PRC Regulations for Controlling and Penalizing Public Offences หรือ มาตรการเพื่อการป้องกันและจัดการความปลอดภัยของเครือข่ายข้อมูลคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต Measures for Protecting and Managing the Security of Computer Information Networks and the Internet สำหรับผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตในเชิงพาณิชย์ หน่วยงานที่อนุมัติใบอนุญาตประกอบกิจการอาจมีคำสั่งให้ระงับการประกอบกิจการในระหว่างที่ดำเนินการแก้ไขหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการ ผู้ให้บริการที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ จะถูกสั่งให้ปิดเว็บไซต์ชั่วคราวหรือถาวร¹⁰⁵ และถ้าในกรณีที่มีการดำเนินการของผู้ให้บริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับอื่น ผู้ให้บริการก็อาจถูกลงโทษตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องนั้นๆ อีกด้วย

3.4.4 การควบคุมดูแลการใช้อินเทอร์เน็ตและการปิดกั้นเว็บไซต์

ในอดีตรัฐบาลจีนสามารถควบคุมการเสนอข้อมูลข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้อย่างง่ายดาย โดยจำกัดเฉพาะข้อมูลทางการที่มาจากภาครัฐเท่านั้นที่สามารถนำเสนอได้ผ่านช่องสัญญาณทีวี CCTV (China Central Television) หนังสือพิมพ์ และวิทยุที่รัฐเป็นเจ้าของ ซึ่งนอกจากจะมีข่าวประจำวันแล้วรัฐบาลยังสอดแทรกเนื้อหาเกี่ยวกับนโยบายหลักของพรรคเพื่อการหาเสียงอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ทำให้ในสมัยนั้นประชาชนได้รับข่าวสารตรงตามความต้องการของรัฐบาล แต่ปัจจุบันนี้ผู้ชมช่องสัญญาณทีวีดังกล่าว กลับให้ความสนใจรับชมข้อมูลข่าวสารที่ผ่านทางเว็บไซต์หรือเคเบิลทีวีมากกว่า โดยเฉพาะกลุ่มคนรุ่นใหม่ที่จะนำข้อมูลจากหลายๆ แหล่งเข้ามา

¹⁰³ Measure for Managing Internet Information Service of 2000 Article 16

¹⁰⁴ Measure for Managing Internet Information Service of 2000 Article 23

¹⁰⁵ Measure for Managing Internet Information Service of 2000 Article 20

เปรียบเทียบกันโดยไม่ปักใจเชื่อว่าข่าวสารที่รัฐบาลนำเสนอฝ่ายเดียว¹⁰⁶ รัฐบาลจึงมีมาตรการต่างๆในการควบคุมการใช้อินเทอร์เน็ตมากมายและเข้มงวด เหมือนกับว่ามีรัฐบาลล่องหน (invisible Big Brother) จับตาผู้ใช้บริการอยู่ทุกฝีก้าว ซึ่งนอกจากการใช้อำนาจตามกฎหมายต่างๆสั่งให้ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตปิดกั้นข้อมูลแล้วยังมีมาตรการทางเทคนิคอื่นๆด้วย¹⁰⁷ การควบคุมการใช้อินเทอร์เน็ตของประชาชนชั้นแรก คือกำหนดให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทุกคนต้องลงทะเบียนการใช้กับสำนักงานตำรวจภายใน 30 วันนับแต่เข้าใช้อินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการ ซึ่งผู้ให้บริการหลักในประเทศจีนมีอยู่เพียง 4 แห่ง คือ ChinaNet, CERNet, GBNet และ CSTNet และผู้ให้บริการเหล่านี้รัฐเป็นเจ้าของทั้งสิ้น¹⁰⁸ สำหรับการควบคุมเนื้อหา รัฐได้พัฒนาโปรแกรมเพื่อเซ็นเซอร์และสอดส่องเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย โปรแกรมดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า The Great Firewall of China หรือ Golden Shield Project ทำหน้าที่จัดเก็บข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ (internet traffic) ทั้งหมดที่ถูกส่งเข้ามาหรือส่งออกไปภายนอกประเทศไว้เพื่อตรวจสอบ และทำหน้าที่กั้นกรองข้อมูล (filtering) ซึ่งหากพบข้อมูลที่ผิดกฎหมายก็จะปิดกั้นการเข้าถึง domain name นั้นทันที¹⁰⁹ นอกจากนี้ยังมี โปรแกรม Sniffer หรือ Packet Analyzer ซึ่งเป็นโปรแกรมดักจับข้อมูลไว้เพื่อการตรวจวิเคราะห์ เพื่อปิดกั้นการเข้าถึงแหล่งข้อมูลต่างๆ¹¹⁰ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับลัทธิฝ่าหลุนกง (Falun Gong)¹¹¹ ข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิวัติในทิเบต (Tibetan uprising) กรณีนองเลือดที่จัตุรัสเทียนอันเหมิน (Tiananmen Massacre) การวิพากษ์วิจารณ์ระบอบสังคมนิยม หรือรัฐบาล หรือเรื่องเสรีภาพในการแสดงออกในประเทศจีน เป็นต้น¹¹²

การเข้าถึงเว็บไซต์สำนักข่าวของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เช่น BBC และ CNN หรือ Search Engine อย่าง google.com และ Yahoo! ก็เคยถูกปิดกั้นเช่นกัน โดยเว็บไซต์ Google ถูกปิดกั้นทั้งเว็บไซต์ เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2002 เพราะเป็นที่เชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์ที่ขัดต่ออำนาจรัฐและไม่ยอมกั้นกรองข้อมูลตามมาตรฐานที่ประเทศจีนกำหนดไว้ หลังจาก Google ถูกปิดก็มีกระแสต่อต้านจากประชาชนมากมายผ่านทาง เว็บบอร์ด หรือห้องสนทนาต่างๆ และหลังจากนั้น 2 สัปดาห์

¹⁰⁶ Steven Gan, James Gomez and Uwe Johannsen, *Asian Cyberactivism Freedom of Expression and Media Censorship*, page 237

¹⁰⁷ Zixue Tai, *The Internet in China Cyberspace and Civil Society* (New York : Taylor & Francis Group, 2006), 98

¹⁰⁸ Ibid, page 102.

¹⁰⁹ Pippa Norris, *Public sentinel: news media & governance reform* (Washington D.C. : The International Bank for Reconstruction and Development/World Bank, 2010), page 360

¹¹⁰ Steven Gan, James Gomez and Uwe Johannsen, *Asian Cyberactivism Freedom of Expression and Media Censorship* (Bangkok : Friedrich Naumann Foundation, 2004) page 21

¹¹¹ Falun Gong เป็นกลุ่มที่เผยแพร่คำสอนทางจิตวิญญาณ ถูกรัฐบาลจีนสั่งให้เป็นลัทธิที่ผิดกฎหมายมาตั้งแต่ปี 2542 หลังจากที่สาวกลัทธิฝ่าหลุนกงหลายพันคนรวมตัวกันประท้วงรอบที่ทำการพรรคคอมมิวนิสต์จีน ซึ่งลัทธิฝ่าหลุนกงอ้างว่านักเผยแพร่คำสอนของลัทธิฝ่าหลุนกงกว่า 3,300 คนต้องเสียชีวิตหลังจากต้องโทษจำคุกและถูกทรมานในเรือนจำ

¹¹² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/Article/2006/02/18/AR2006021800554.html/> และ <http://www.conceptdoppler.org/badwords.html>

Google ก็สามารถกลับมาให้บริการดังเดิมได้ และตั้งแต่ปี 2006 จนถึงปัจจุบัน Google ได้หันมาให้ความร่วมมือในการเซ็นเซอร์เนื้อหาที่ผิดกฎหมายตามมาตรฐานที่รัฐบาลจีนกำหนด และให้บริการ www.google.cn ซึ่งปรับปรุงเป็นพิเศษเพื่อจีนโดยเฉพาะ¹¹³ แต่อย่างไรก็ตาม Google เคยกล่าวถึงกรณีนี้ว่า “ทั้งๆที่การลบผลการค้นหาข้อมูลออกไปนั้น เป็นสิ่งที่ขัดกับภารกิจของ Google แล้ว แต่การที่ Google ไม่สามารถแสดงข้อมูลใดๆได้เลยเป็นสิ่งที่แยกว่า”¹¹⁴

กรณีตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ.2000 นาย Huang Qi ผู้ดูแลเว็บไซต์ www.6-tianwang.com ถูกทางการจับกุมในข้อหาล้มล้างอำนาจรัฐ เพราะได้โพสต์บทความที่เกี่ยวกับเหตุการณ์นองเลือดที่ จัตุรัสเทียนอันเหมิน เกี่ยวกับลัทธิฝ่าหลุนกง และการทุจริตของในวงราชการของประเทศจีนลงบนเว็บไซต์ของเขา Huang Qi ถูกตัดสินลงโทษจำคุก 5 ปีในปี ค.ศ. 2003¹¹⁵

จีนนับว่าเป็นประเทศที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกน้อยมาก แม้จะมีรัฐธรรมนูญรับรองไว้แต่รัฐบาลกลับออกกฎหมายและใช้มาตรการทางเทคนิคต่างๆเพื่อปิดกั้นข้อมูลข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น โดยเหตุผลหลักที่รัฐอ้างคือเพื่อความปลอดภัยและมั่นคงของชาติ ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ มีบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตของเนื้อหาที่ผิดกฎหมายกว้างและครอบคลุม นอกจากนี้ยังกำหนดให้ภาคอุตสาหกรรมอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการการเข้าถึงเครือข่าย ผู้ให้บริการข้อมูลผ่านทางอินเทอร์เน็ตต้องรับภาระและความรับผิดชอบที่สูงมาก ทั้งความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา โทษปรับ ทรัพย์สิน ปิดกั้นเครือข่าย เพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า จีนได้มีกฎหมายสำหรับผู้ให้บริการข้อมูลผ่านทางอินเทอร์เน็ต แยกออกมาอย่างชัดเจน ทำให้ผู้ให้บริการแต่ละรายทราบว่าตนต้องมีมาตรการในการควบคุมการใช้อินเทอร์เน็ตของผู้ใช้บริการมากแค่ไหน และควรต้องระมัดระวังในเรื่องใดบ้าง

¹¹³ Zixue Tai, *The Internet in China Cyberspace and Civil Society* (New York : Taylor & Francis Group, 2006), page 101

¹¹⁴ “ while removing search results is inconsistent with Google’s mission, providing no information is more inconsistent with our mission” Pippa Norris, *Public sentinel: news media & governance reform*, page 360

¹¹⁵ Zixue Tai, *The Internet in China Cyberspace and Civil Society*, page 102.

บทที่ 4

วิเคราะห์การดำเนินการกรณีเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่ง ราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

4.1 ลิทธิและเสรีภาพบนอินเทอร์เน็ต

คุณลักษณะพิเศษของพื้นที่ในอินเทอร์เน็ตคือการให้บริการในรูปแบบของพื้นที่สาธารณะ ที่มีข้อมูลไหลเวียนผ่านเข้ามาในระบบมากมายในเวลาอันรวดเร็ว และเปิดโอกาสให้ผู้ใช้บริการทุกคนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีสามารถมีปฏิสัมพันธ์โต้ตอบกันได้ แตกต่างไปจากสื่อกระแสหลักที่เป็นการนำเสนอข้อมูลฝ่ายเดียว การมีปฏิสัมพันธ์กันโดยการสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลางทำให้เกิดสังคมย่อยๆ ขึ้นที่เรียกว่าสังคมออนไลน์ ตามแนวคิดเรื่องชุมชนเสมือน ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทหลักได้แก่

1) ชุมชนเสมือนกลุ่มใหญ่คือภาพรวมทั้งหมดของสังคมออนไลน์ ในที่นี้หมายถึงผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตทุกคน ที่มีความแตกต่างหลากหลาย แต่ทุกคนจะแสดงความเป็นตัวตนผ่านการแสดงความคิดเห็น หรือเผยแพร่ข้อมูลที่ตัวเองสนใจ

2) ชุมชนเสมือนกลุ่มย่อย หรือกลุ่มผลประโยชน์ (Interest group) ที่รวบรวมคนที่มีทัศนคติความชอบ ความสนใจในเรื่องเดียวกัน หรือมีความคิดเห็นไปในทิศทางเดียวกัน คนในชุมชนนี้จะมีการกำหนดวาระข่าวสาร หรือตีกรอบประเด็นตามความสนใจของกลุ่ม เปิดรับเฉพาะสมาชิกที่มีความสนใจในเรื่องเดียวกัน และกีดกันผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับความคิดของตน ชุมชนกลุ่มย่อยนี้เห็นได้ชัดจากการแบ่งประเภทเว็บไซต์ตามความสนใจของสมาชิก หรือการก่อตั้งเว็บไซต์ขึ้นเอง เช่น เว็บไซต์ของผู้ที่ชื่นชอบพรรคการเมือง ก . มีการเผยแพร่ข้อมูลเชิงบวกเกี่ยวกับพรรคการเมือง ก .และโจมตีพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้าม ในขณะเดียวกันหากมีผู้ที่เผยแพร่ข้อมูลแสดงความคิดเห็นในเชิงลบต่อพรรคการเมือง ก. ผู้นั้นจะถูกประณามและถูกกีดกันออกจากสังคมออนไลน์นั้นในที่สุด

การเปิดกว้างของพื้นที่ในสังคมออนไลน์และความหลากหลายของ โปรแกรมการให้บริการข้อมูลต่างๆ เป็นปัจจัยที่ส่งเสริม ความเป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริง¹ และทำให้คนหันมาใช้บริการอินเทอร์เน็ตมากขึ้น เช่น การให้บริการ บล็อก (Blog) เป็นสิ่งที่สะท้อนความเป็นประชาธิปไตยบนอินเทอร์เน็ตโดยการเผยแพร่ตีพิมพ์ประเด็นเพื่อให้ผู้ใช้บริการอื่นๆมาร่วมวิจารณ์หรือแสดงความ

¹ Peter M. Shane, *Democracy Online : The Prospects for Political Renewal Through the Internet*, (New York : Routledge, 2004), page 9.

คิดเห็น ทั้งนี้ เพราะพื้นที่ในอินเทอร์เน็ต ผู้ใช้บริการสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพในเชิงบวกได้ กล่าวคือสามารถใช้สิทธิเสรีภาพโดยปราศจากการควบคุมบังคับ แทรกแซง หรือปิดกั้นจากรัฐบาล ประชาชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อมีส่วนร่วมในประเด็นต่างๆของสังคม ซึ่งหมายถึง เสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสารและการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต สิทธิเสรีภาพทั้งสามประการนี้มีความสัมพันธ์และเกี่ยวเนื่องกันหากขาดสิทธิใดสิทธิหนึ่งไปแล้วจะไม่มีคุณสมบัติเป็นสิทธิมนุษยชน และสิทธิ เสรีภาพที่ได้รับการรับรองในทั้งระดับสากลและรัฐธรรมนูญซึ่งเป็น กฎหมายสูงสุด อย่างไรก็ตามไม่มีสิทธิเสรีภาพใดที่สามารถใช้ได้เสรีไม่มีขอบเขต จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมบังคับในอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยรัฐผ่านทาง การบัญญัติกฎหมาย หรือการใช้มาตรการทางเทคนิค เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด หรือระงับยับยั้งการกระทำความผิดไม่ให้ขยายวงกว้าง ซึ่งมาตรการทางกฎหมายนั้น ต้องมีการตีความอย่างเคร่งครัด ให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิใช่ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้ใช้กฎหมายและต้องมีการบังคับใช้อย่างถูกต้องเพื่อให้คงสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นๆที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

สิทธิและเสรีภาพบนอินเทอร์เน็ตเป็นประเด็นที่องค์การสหประชาชาติให้ความสำคัญ เนื่องจากตระหนักถึงความจำเป็นในการใช้อินเทอร์เน็ตในโลกยุคปัจจุบันและมาตรการต่างๆของแต่ละประเทศที่มีต่อการจำกัดสิทธิเสรีภาพบนอินเทอร์เน็ต ในการประชุมสมัยที่ 17 วาระที่ 3 เรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม รวมถึงสิทธิในการพัฒนา (Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development) ได้มีการเสนอรายงานของผู้ตรวจการพิเศษว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และแสดงออก (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression) โดยนาย Frank La Rue ซึ่งนำเสนอ 2 ประเด็นสำคัญคือ การควบคุมเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตโดยภาครัฐหรือโดยภาคเอกชนที่ได้รับแรงกดดันจากนโยบายของรัฐ และการส่งเสริมโครงสร้างพื้นฐานของเทคโนโลยีที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ในมุมมองของผู้ตรวจการพิเศษที่เสนอรายงาน มีความเห็นว่า การเผยแพร่ข้อมูลหรือการแสดงความคิดเห็นเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งจะนำไปสู่การส่งเสริมสิทธิมนุษยชนด้านอื่นๆ เช่น สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง การศึกษาหรือวัฒนธรรม จึงควรมีข้อจำกัดที่น้อยที่สุด ทั้งนี้ต้องเป็นไปตาม ข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ผู้เสนอรายงานไม่เห็นด้วยและเรียกร้องให้ยกเลิก การปิดกั้นหรือการเซ็นเซอร์ ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต การจำกัดการเข้าถึงข้อมูลในระยะเวลาหนึ่งที่มีเหตุการณ์ทางการเมือง เช่นการบล็อกเว็บไซต์ทางการเมือง ในขณะที่มีการประท้วงรัฐบาลโดยประชาชน การตัดการเชื่อมต่อ ทางอินเทอร์เน็ต เพราะนอกจากจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกแล้ว ยังเป็นการปิดกั้นประชาชนจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และขัดต่อสิทธิในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่ผู้เสนอรายงานเห็นว่าเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐบาล

ต้องจัดเตรียมโครงสร้างโทรคมนาคมให้แก่ประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อลดความเหลื่อมล้ำหรือที่เรียกว่า “ช่องว่างทางดิจิทัล” (Digital Divide) เป็นต้น² จากรายงานดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ในระดับสากลนั้นยอมรับการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันและ ถือว่าอินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้คนสามารถพัฒนาศักยภาพของตัวเอง ผ่านการใช้สิทธิเสรีภาพต่างๆ และเรียกร้องให้นานาประเทศคำนึงถึงการคุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ต ทั้งในแง่ของการจำกัดเสรีภาพ ที่ไม่ได้สัดส่วนกับความจำเป็น จากการตัดการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต หรือ ในแง่ของการทำให้ การใช้เสรีภาพ ในการแสดงออกมี สภาวะหยุดชะงัก (chilling effect) โดยการกำหนดให้มีการตรวจสอบข้อมูลก่อนการเผยแพร่ในระบบ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในสังคมออนไลน์ก็มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากโลกแห่งความเป็นจริง อีกทั้งระบบอินเทอร์เน็ตมีการทำงานที่ซับซ้อนและมีผู้ที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย เพราะฉะนั้นการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพและกฎหมายเพื่อป้องกันปราบปรามการกระทำความผิด โดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือ อินเทอร์เน็ต นั้น ต้องบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษโดยเฉพาะโดยการกำหนดความรับผิด มาตรการดำเนินการต่อตัวผู้กระทำความผิด หรือมาตรการระงับยับยั้งการกระทำความผิด คำนึงถึงความ สอดคล้องกับการทำงานของระบบอินเทอร์เน็ต การใช้งานของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วย และนอกจากการบัญญัติกฎหมายแล้ว การปฏิบัติงานของผู้บังคับใช้กฎหมายก็ต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ บัญญัติไว้ รวมถึงการรับรู้และความเข้าใจของประชาชนในเรื่องสิทธิเสรีภาพของตนและกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็ เป็นสิ่งสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน รัฐจึงต้องให้การสนับสนุนโดยบริสุทธิ์ใจในการใช้สิทธิเสรีภาพ ตามกฎหมายของประชาชน ทั้งโดยการบัญญัติกฎหมายที่เป็นธรรมและการบังคับใช้กฎหมายให้ ถูกต้องเที่ยงตรง

4.2 คุณภาพของเสรีภาพในการแสดงออกกับการคุ้มครองความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

การบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคงในบางประเด็นนั้นมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล แต่ก็สามารถทำได้ เมื่อมีมติของคนในสังคมส่วนใหญ่เห็น ว่า หากมีการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นๆโดยไม่มีการจำกัดแล้วจะเกิดผลร้ายต่อสังคม (Social consensus : harmful to the society) และเมื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่จะกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของประเทศแล้ว รัฐจึงสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้อย่างชอบธรรม

² Frank La Rue, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, [online]
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

การบัญญัติกฎหมายและการกำหนดมาตรการดำเนินการต่างๆของรัฐนี้มีแนวคิดที่เชื่อมโยงรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา 2 รูปแบบเข้าด้วยกันซึ่งพัฒนามาจากทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process) ในประเทศที่มีความเป็นประชาธิปไตยนั้นมักใช้ทั้งสองทฤษฎีนี้ผสมผสานกันไป โดยรัฐพยายามสร้างสมดุลระหว่างการควบคุมอาชญากรรมที่มีประสิทธิภาพผ่านการบัญญัติกฎหมายและการดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดอย่างเข้มงวด ในขณะที่เดียวกันในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่กันไปด้วย อย่างไรก็ตามในประเด็นของการกระทำความผิดบางประการที่รัฐเห็นว่าหากปล่อยให้มีการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นหรือยังไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้แล้ว จะเกิดผลกระทบหรืออันตรายร้ายแรงต่อประเทศชาติ รัฐจึงต้องพิจารณาใช้ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมโดยให้ความสำคัญกับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่นในเรื่องความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ซึ่งกระทบต่อการดำรงอยู่ของประเทศ อำนาจอธิปไตย และประชาชน แต่อย่างไรก็ตามการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมของรัฐจำเป็นต้องกำหนดมาตรการต่างๆโดยวิธีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและการบังคับใช้มาตรการหรือกระบวนการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษต้องเป็นการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม

4.2.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดยเหตุผลเพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

ทุกประเทศมีกฎหมายและมาตรการเพื่อคุ้มครองความมั่นคง จากการศึกษาพบว่าประเด็นที่แต่ละประเทศถือว่าการกระทบต่อความมั่นคงนั้นแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับนโยบายแห่งรัฐ สังคม วัฒนธรรม ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รวมไปถึงประวัติศาสตร์ นโยบายหลักด้านความมั่นคงที่ทุกประเทศให้ความสำคัญ คือการป้องกันการรุกรานอำนาจอธิปไตยจากภายนอก การก่อการร้าย และการล้มล้างอำนาจการปกครองหรือทำลายความเป็นน้ำหนึ่งอันเดียวกัน จากคนภายในชาตินั้นเอง ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างเต็มที่ มีการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนโดย First Amendment และการวางหลักคุ้มครองโดยคำพิพากษาของศาล แต่อย่างไรก็ตามในมิติของการคุ้มครองความมั่นคง สหรัฐอเมริกานั้นให้ความสำคัญในการป้องกันการก่อการร้ายอย่างเข้มงวด ทั้งนี้ เป็นผลจากเหตุการณ์ 9/11 ที่สร้างความเสียหายทั้งแก่พลเมือง และความเชื่อมั่น ของประเทศ ซึ่งสหรัฐอเมริกาเชื่อว่าเป็นการก่อการร้ายข้ามชาติ จึงมีการบัญญัติกฎหมาย The Patriot Act ซึ่งให้อำนาจรัฐในการแทรกแซงการติดต่อสื่อสารผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันการติดต่อกับสื่อที่อาจคุกคามต่อความมั่นคงของประเทศ นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังให้ความสำคัญในเรื่องความลับของประเทศซึ่งส่วนใหญ่เป็นข้อมูลเกี่ยวกับ

การทหารและสงคราม โดยผู้ที่เผยแพร่ข้อมูลลับไม่สามารถอ้างการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตาม First Amendment ได้

ประเทศจีนเป็นประเทศสังคมนิยม ประชาชนถูกจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกมาก เพราะรัฐบาลต้องการให้ประชาชนรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่มาจากฝ่ายรัฐบาลเท่านั้น ในเรื่องของความมั่นคงรัฐบาลให้ความสำคัญในประเด็นของ การล้มล้างระบอบการปกครองแบบสังคมนิยมและ การเปิดเผยความลับ ซึ่งอาจกระทบต่อความมั่นคงมากที่สุด เห็นได้จากการวางมาตรการและ การตรากฎหมายที่เข้มงวดในการป้องกันความลับของประเทศและเอาผิดแก่ผู้เผยแพร่ข้อมูลลับ เช่น กฎหมาย State Secrets Protection Regulations for Computer Information Systems on The Internet 2000 และ Measure for Managing Internet Information Service 2000 ที่บังคับใช้กับอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะ

สำหรับประเทศ เยอรมนี ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดโดยบัญญัติชัดเจนว่าการเซ็นเซอร์เป็นสิ่งต้องห้าม ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศ เยอรมนีมีบทบัญญัติในหมวดพิเศษ (Special Part) ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ซึ่งประกอบไปด้วย

- การหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นประมุขแห่งรัฐ รัฐหรือสัญลักษณ์ของรัฐ และองค์การตามรัฐธรรมนูญ
- การห้ามเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับองค์กรที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ
- การยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระทำความผิด
- การเผยแพร่ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง
- การเผยแพร่ข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงความทารุณโหดร้าย การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

การที่ประเทศเยอรมนีบัญญัติการห้ามเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นการชวนเชื่อในองค์กรที่ขัดรัฐธรรมนูญ ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังซึ่งรวมถึงการเหยียดนาซี และข้อมูลที่แสดงถึงความทารุณโหดร้ายการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญามหัตพิเศษ ส่วนหนึ่ง นั้นเพราะประวัติศาสตร์การพัฒนาของการปกครองประเทศเยอรมนีที่มีเคยมีการปกครองแบบชาติสังคมนิยม มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว เพื่อทำให้เป็นชาติเยอรมนีนิยมโดยนาซี ทำให้ประชาชนต้องตกอยู่ในความหวาดกลัว ประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนมากในสังคมคน เยอรมนี กฎหมายจึงบัญญัติห้ามการกระทำที่เป็นการเผยแพร่หรือยุยงปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชังหรือการไม่เคารพกฎหมาย

ในขณะที่ประเทศไทยก็มีประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมประจำชาติ ซึ่งตัวบทกฎหมายเองก็พัฒนามาจากการนำเอาจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร การนำเอาเรื่องการทำความผิดเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์มาบัญญัติเป็น ความผิดตามกฎหมายอาญา ก็คือการสะท้อนวัฒนธรรมของสังคมที่ให้ความสำคัญต่อสถาบันสูงสุด นอกจากนี้แล้วประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งเปลี่ยนแปลงมาจากการ

ปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ นับแต่ปี พ.ศ. 2475 ซึ่งทำให้ประชาชนมี สิทธิเสรีภาพโดยมีกฎหมายสูงสุดรับรองคือรัฐธรรมนูญ และอำนาจรัฐอยู่ที่ประชาชน ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรจึงมีบทบัญญัติเรื่องความผิดเกี่ยวกับการประทุษร้ายเพื่อล้มล้างอำนาจอธิปไตยและการปกครอง ความผิดเกี่ยวกับการยุบให้ราษฎรเป็นกบฏ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันอำนาจอธิปไตยและดำรงไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

จากการศึกษาเปรียบเทียบ เห็นได้ว่าทุกประเทศให้ความสำคัญในเรื่องความมั่นคงของชาติแตกต่างกันไปตามประเด็นที่ละเอียดอ่อนและตามนโยบายของรัฐ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการนำเอาบรรทัดฐานในการบัญญัติกฎหมายของประเทศหนึ่งมาวางเป็นมาตรฐานให้ทุกประเทศต้องปฏิบัติตาม จึงเป็นไปได้

4.2.2 เสรีภาพในการแสดงออกในประเทศไทยกับกฎหมายอาญาเรื่อง ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายเป็นบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบางมาตราเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน จากสถิติการจับกุม ฟ้องร้องดำเนินคดี การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในประเด็นของการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร มีการบังคับใช้กับกรณีของมาตรา 112 มากที่สุด ประกอบกับบทบัญญัตินี้ เป็นที่สนใจของ สังคมมากในเรื่องขอบเขตของการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ผู้เขียนจึงเลือกประเด็นความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามมาตรา 112 มาวิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

มาตรา 112 บัญญัติว่า “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

มาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งมีองค์พระมหากษัตริย์เป็นสัญลักษณ์แห่งสถาบัน รวมถึง บุคคลผู้มีความใกล้ชิดกับพระองค์คือ พระราชินีและรัชทายาท รวมถึงผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ โดยให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ และบัญญัติกฎหมายต่างหากจาก การหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นบุคคลธรรมดา อย่างไรก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้มีบทบัญญัติเพื่อ คุ้มครองแต่พระมหากษัตริย์ ที่พิเศษแตกต่างจากการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นบุคคลธรรมดา เท่านั้น แต่มีบทบัญญัติที่คุ้มครองราชาธิบดี ราชาินี ราชสามี รัชทายาท หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ในมาตรา 133 และผู้แทนรัฐต่างประเทศ ในมาตรา 134 ในหมวดความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีต่างประเทศ ซึ่งรวมอยู่ในลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรเช่นเดียวกับมาตรา 112 ทั้งยังมีความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงานซึ่งกระทำตามหน้าที่

หรือเพราะได้กระทำตามที่ ตามมาตรา 136 หรือ การดูหมิ่นศาล หรือผู้พิพากษาในการพิจารณา หรือพิพากษาคดี หรือกระทำการขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาล ตามมาตรา 198 บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นพิเศษด้วย

ปัจจุบัน เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ในสังคม ทั้งในเรื่องของการดำเนินคดีและการพิพากษาลงโทษ บางฝ่ายเห็นว่าการฟ้องร้องนี้เป็นการกลั่นแกล้งทางการเมือง ควรยกเลิก ควรแก้ไข บางฝ่ายคิดต่างกันว่าในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้นที่มีปัญหา หาใช่การบัญญัติตัวบทไม่ ทั้งนี้ ผู้เขียนได้สรุปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น และข้อเรียกร้องของผู้ต้องการให้แก้ไข ดังต่อไปนี้

ฝ่ายที่เห็นว่ามาตรา 112 ควรได้รับการยกเลิกหรือแก้ไข

กลุ่มที่แสดงออกชัดเจนในประเด็นเรื่องการเรียกร้องให้แก้ไขคือ กลุ่มคณะนิติราษฎร์ เกิดจากการรวมตัวกันของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และนักวิชาการ โดยอ้างว่ากลุ่มของตนมี จุดประสงค์และอุดมการณ์ เพื่อให้อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย และสร้างความเสมอภาคเพราะเห็นว่ามนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ³ ข้อเสนอของคณะนิติราษฎร์และคณะรณรงค์แก้ไขมาตรา 112 โดยสรุปมีดังนี้⁴

1) ยกเลิกบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 เพราะเป็นมาตราที่บัญญัติขึ้นมาโดยคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินจึงถือว่าเป็นกฎหมายของคณะรัฐประหารจึงขาดความชอบธรรม

2) เพิ่มเติม ความผิดเกี่ยวกับพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และเกียรติยศของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ โดยแบ่งแยกความรับผิดชอบผู้ถูกระทำเป็นพระมหากษัตริย์มาตรา หนึ่ง พระราชินีมาตราหนึ่ง รัชทายาทมาตราหนึ่ง และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์อีกมาตราหนึ่ง และบัญญัติไว้ในลักษณะอื่น นอกจากลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร เพราะเห็นว่าไม่มีสภาพร้ายแรงทำให้ถึงขนาดกระทบกระเทือนต่อการดำรงอยู่ของบูรณภาพและความมั่นคงของราชอาณาจักร

3) กำหนดให้ความผิดไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ และลดอัตราโทษขั้นสูงลงมา

4) เพิ่มเติมเหตุยกเว้นความผิด เมื่อติชม แสดงความเห็น แลดงข้อความโดยสุจริต เพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ เพื่ออ้างไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

³ <http://www.enlightened-jurists.com/about>

⁴ <https://docs.google.com/viewer?url=http://www.enlightened-jurists.com/download/67&chrome=true>

5) เพิ่มเติมเหตุยกเว้นโทษ เมื่อพิสูจน์ได้ว่า ข้อความที่กล่าวเป็นความจริง แต่ ถ้าข้อกล่าวหานั้นเป็นเรื่องความเป็นอยู่ส่วนพระองค์และการพิสูจน์นั้นไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน ห้ามมิให้พิสูจน์

6) ห้ามบุคคลทั่วไปกล่าวโทษ แต่ให้เป็นหน้าที่ของสำนักพระราชเลขานุการ เพื่อป้องกันการนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองหรือนำไปใช้โดยไม่สุจริต

ฝ่ายที่เห็นว่าไม่ควรยกเลิกหรือแก้ไขและคัดค้านการแก้ไขมาตรา 112

ในที่นี้ผู้เขียนจะขอเสนอในบางทัศนะของ ความเห็นของนักวิชาการ นักการเมือง บางท่าน รวมถึงกลุ่มในสังคมออนไลน์ที่ตั้งขึ้นมา มีชื่อว่า คนไทยร่วมใจลงชื่อคัดค้านการแก้ไขมาตรา 112⁵ ซึ่งสามารถสรุปถึงเหตุผลที่ไม่ควรมีการยกเลิกหรือแก้ไขมาตรา 112 ได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มีไว้เพื่อคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ โดยสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันที่อยู่คู่กับคนไทยมาช้านาน มีความผูกพันกับประชาชน ประชาชนให้ความเคารพเทิดทูน การบัญญัติมาตรา 112 เป็นการรับรองบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ การบัญญัติเช่นนี้ก็ไม่ต่างกับประเทศ อื่นในโลกที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้ความคุ้มครองประมุขแห่งรัฐเช่นเดียวกัน ซึ่งถ้าหากไม่ไปแตะต้อง ไม่ทำผิด กฎหมายก็ไม่ได้ทำให้ใครเดือดร้อน การอ้างหรือเรียกร้องสิทธิเสรีภาพโดยไม่พิจารณาถึงบริบทของวัฒนธรรม จารีต ความรู้สึกนึกคิดร่วมกันของคนในสังคมเป็นสิ่งที่เบ้ นไปไม่ได้ การใช้สิทธิเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตก็เป็นไปไม่ได้เช่นกัน เพราะฉะนั้นจึงอาจสรุปได้ว่ามาตรา 112 นี้เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ถูกต้องเหมาะสมสอดคล้องกับวัฒนธรรมไทยและตรงตามหลักนิติธรรมอยู่แล้ว⁶ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นอาจอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมายซึ่งควรต้องมีการแก้ไขในเชิงปฏิบัติต่อไป

ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายมาตรา 112 เป็นสิ่งที่ไม่ก่อให้เกิดข้อจำกัดที่ไม่เป็นธรรมใดๆ ต่อการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของคนไทย เมื่อพิจารณาจาก ข้อจำกัดสิทธิที่บัญญัติไว้ชัดเจนตามกฎหมาย และ เหตุผลในการจำกัดเสรีภาพ พแล้วพบว่า เป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงของบุคคลซึ่งเป็นที่เคารพของปวงชนชาวไทยคือพระมหากษัตริย์ซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีสถานะในสังคมสูงกว่าคนธรรมดา เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่ง ตรงตามกติกาข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ที่บัญญัติไว้ว่า “การใช้สิทธิต้องเป็นไปโดยมีหน้าที่และความรับผิดชอบควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิจึงอาจตกอยู่ใต้ข้อจำกัดบางประการ ทั้งนี้ข้อจำกัดสิทธิ

⁵ <http://www.petitiononline.com/royal112/petition.html>

⁶ <http://thaipublica.org/2012/03/lese-majeste-disagree/>

ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย และจำเป็น แก่การเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือ การรักษา ความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรม ” เพราะฉะนั้นจึงไม่ อาจอ้างได้ว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ขัดต่อหลักกฎหมายต่างประเทศ หรือหลักสิทธิ มนุษยชน การที่กฎหมายไทยกำหนดให้ควา มผิดเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ เป็นความผิด เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นเรื่องของการใช้อำนาจนิติ บัญญัติ ซึ่งเป็น หนึ่งในอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย สอดคล้องกับการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อีกทั้ง การที่ประชาชนคนไทย เทิดทูนสถาบัน พระมหากษัตริย์ และพร้อมที่จะปกป้องเมื่อมีผู้กระทำการใดที่มีเจตนาร้ายต่อพระองค์ ทำให้มาตรา 112 เป็นกฎหมายที่ สะท้อนความจงรักภักดีที่ต้องการให้กฎหมายคุ้มครองสถาบันพระมหากษ ัตริย์ และสะท้อนความรู้สึกนึกคิดและเอกลักษณ์ของความเป็นคนไทยตามจริยธรรมและวัฒนธรรมไทย

4.3 ความรับผิดของตัวการผู้เผยแพร่ข้อมูลตามมาตรา 14

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ .ศ. 2550 กำหนด มาตรการทางกฎหมายในการดำเนินการกับตัวการผู้เผยแพร่และส่งต่อข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคง แห่งราชอาณาจักรไว้ใน มาตรา 14(3) และ (5)

มาตรา 14บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้า ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง แห่งราชอาณาจักร หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (3)”

4.3.1 การใช้ถ้อยคำและการตีความตัวบทกฎหมาย

เจตนารมณ์ของมาตรา 14 นี้ต้องการเอาผิดกับผู้ที่จะเจตนาเผยแพร่ ข้อมูลที่ผิด กฎหมายผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อให้ผู้อื่นสามารถรับรู้ข้อมูลนั้นๆได้ การที่ มาตรา 14 ใช้ ถ้อยคำ “การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ” ซึ่งเป็นการกำหนดพฤติการณ์ของ การกระทำความผิดไว้อย่างกว้างจึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่า การกระทำเช่นไรจึงเป็นความผิด ตามมาตรานี้

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “การนำเข้าสู่อินเทอร์เน็ต” ไว้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนำเข้าสู่อินเทอร์เน็ต คือการป้อนข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบหรือ “upload” เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่ง คำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หมายความว่า “อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยมีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์ หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ” ซึ่งหมายความรวมถึง เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีการเชื่อมต่อเครือข่ายและเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อสัญญาณอินเทอร์เน็ตด้วย ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าการตีความคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามมาตรา 14 นี้ควรหมายถึงเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีการเชื่อมต่อกับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือระบบทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดที่ทำให้สามารถติดต่อกันได้เท่านั้น นอกจากนี้ การที่มาตรา 14 บัญญัติเพียงว่า การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะตามมาตรา 14 นั้น เป็นความผิด ไม่สะท้อนเจตนารมณ์ของกฎหมายที่หมายถึงการเผยแพร่ข้อมูลนั้นๆ ให้ไปสู่บุคคลอื่นเลย ผู้เขียนจึงมีความเห็น ว่า ควรต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำ ว่า “การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ... และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชน ทั่วไปอาจเข้าถึงได้” ซึ่งกรณีพิจารณาเทียบเคียงจาก ความผิดฐานฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ที่เป็นการหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน โดยการพิจารณาเจตนานั้นดูจาก พฤติกรรมที่แสดงแก่ ประชาชน ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า การแสดงข้อความเท็จต่อประชาชนใน ความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามมาตรา 341 นั้น หาได้ถือเอาจำนวนผู้เสียหายที่ถูกหลอกลวงมาก หรือน้อยเป็นหลักไม่ แต่ถือเอาเจตนาแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนเป็นสำคัญ⁷ ส่วนคำว่า ประชาชนนั้นหมายถึง บุคคลทั่วไป และไม่ถือเอาจำนวนน้อยเป็นสำคัญ

สำหรับมาตรา 14(5) ซึ่งเป็นความรับผิดของผู้ที่นำข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้นไปเผยแพร่ต่อ หรือส่งต่อ โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลที่ผิดกฎหมาย กรณีนี้เป็นที่แน่ชัดว่าการส่งต่อหรือนำไปเผยแพร่ต่อต้องทำในระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้นเช่น การคัดลอกข้อความจากบล็อก (Blog) ไปโพสต์ไว้ในเว็บบอร์ด หรือการส่งอีเมลต่อ (Forward mail) ไม่รวมถึงการส่งต่อทางกายภาพ เช่น บันทึกใส่เครื่องบันทึกข้อมูลแบบพกพา (Thumb drive) แล้วส่งต่อให้กัน แต่ยังคงมีปัญหาเรื่อง การตีความของคำว่า “เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูล” ว่าการเผยแพร่ลิงค์ (Hyperlink) เพื่อเชื่อมโยงไปสู่ที่ตั้งของข้อมูล หรือการแบ่งปันข้อมูล (share) ใน Social Network เช่น Facebook ซึ่งจะทำให้ข้อมูลของผู้อื่นที่เราแบ่งปันข้อมูล (share) ปรากฏอยู่บนกระดานในหน้าส่วนตัวของเรา เป็นความผิดตามมาตรา 14 หรือไม่ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการวางแนวทางหรือบรรทัดฐานอย่างชัดเจนเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมาย ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ผู้เผยแพร่ลิงค์หรือแบ่งปัน

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1867/2523, 2645/2527 และ 1663/2535

ข้อมูล อาจต้องรับผิดชอบเพราะเป็นการเผยแพร่ที่ตั้งของข้อมูลที่ผิดกฎหมาย หากมีเจตนาที่จะเผยแพร่ ลิงค์หรือแบ่งปันข้อมูลนั้นโดยรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลตามที่เชื่อมโยงจากลิงค์นั้นเป็นข้อมูลที่ผิดกฎหมาย

4.3.2 การพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิดของผู้เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูล

เนื่องจากโปรแกรมซอฟต์แวร์ของการให้บริการอินเทอร์เน็ตในรูปแบบต่าง ๆ นั้น พัฒนาอยู่ตลอดเวลาเพื่อความสะดวกสบายและ เพื่อให้ตรงต่อความต้องการของผู้ใช้บริการ จึงเกิดวิธีการใหม่ ๆ ในการร่วมมือปฏิสัมพันธ์หรือแสดงความคิดเห็นกับข้อความที่ผู้อื่นเผยแพร่ เช่น การกดถูกใจ “Like” ข้อความ รูปภาพ วิดีโอ หรือลิงค์ในโปรแกรมเฟซบุ๊ก (Facebook) หรือการติดตาม “Follow” ในโปรแกรมทวิตเตอร์ (Twitter) ปัญหาอาจเกิดขึ้นเมื่อมีผู้ใช้บริการกด “Like” ข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือ “Follow” ผู้ที่เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว ควรพิจารณาว่าผู้ใช้บริการเหล่านี้ควรมีความรับผิด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือไม่ ถ้าหากมี ควรมีความรับผิดมากน้อยเพียงใด การตั้งข้อสังเกตนี้เกิดขึ้นเนื่องจาก ข่าวใน วันที่ 23 พ.ย.54 น.อ.อนุดิษฐ์ นาคทรพรพ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร กล่าวว่าผู้ที่กด Like หรือ Follow เพจหมิ่นอาจเข้าข่ายต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550⁸ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจแบ่งได้เป็นสองกรณีคือ กรณีที่หนึ่งการกดถูกใจ หรือ Like ในเฟซบุ๊ก คือการแสดงเจตนาเห็นด้วยสอดคล้องกับข้อมูลที่ผู้โพสต์ได้เผยแพร่ ผู้ที่กดถูกใจหรือ Like อาจต้องรับผิดชอบเป็นผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 โดยอาจเปรียบเทียบได้กับ คำพิพากษาฎีกา 382/2512 ที่เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกโดยการใช้คำพูด เพื่อยุยง สนับสนุน เราใจให้ ผู้กระทำความผิดมีความหนักแน่นยิ่งขึ้น⁹ กรณีที่สองคือการติดตามหรือ Follow ในโปรแกรมทวิตเตอร์ (Twitter) คือการติดตามความเคลื่อนไหวของเจ้าของบัญชีทวิตเตอร์นั้น โดยไม่ได้เป็นการ แสดงความเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วย ไม่ได้มีเจตนาที่เป็นการสนับสนุนแต่อย่างใด จึงไม่ควรมีความรับผิดใดๆหากเจ้าของบัญชีทวิตเตอร์นั้นโพสต์ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้บริการไม่ควรกด Like หรือ Follow เพราะเป็นการสร้างกระแสและเพิ่มสถิติการเข้าถึงข้อมูล (Rating) ทำให้ ข้อมูลนั้นๆได้รับความสนใจจากจำนวนผู้ที่ถูกใจหรือติดตาม และเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าสิ่งที่ตนทำอยู่ได้รับการยอมรับจากสังคม หรือเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว แต่หากผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตพบเห็น เว็บเพจใดที่มีข้อความผิดกฎหมายก็ควรแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบเพื่อการดำเนินคดีต่อไป

⁸ รมว.ไอซีทีเดือนประชาชน อย่ากด Like Comment เว็บหมิ่นสถาบัน [online] <http://news.mthai.com/general-news/142656.html>

⁹ คำพิพากษาฎีกา 328/2512

4.4 หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ตามมาตรา 15

การทำงานของระบบอินเทอร์เน็ต ต้องอาศัย “ตัวกลาง” เป็นจำนวนมากในการเชื่อมต่อและแสดงข้อมูล ภาระหน้าที่ของตัวกลางแต่ละ ประเภทย่อมแตกต่างกันออกไป เพราะฉะนั้นการแบ่งประเภทของตัวกลางหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นมีความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบ เพราะต้องพิจารณาด้วยว่ามีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดมากน้อยเพียงใด

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดนิยามความหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไว้ในมาตรา 3

มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้... “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

- (1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น
- (2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น”

นอกจากนี้ยังมี ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ฉบับลงวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ซึ่งแบ่งประเภทของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ รายละเอียดโปรดดู บทที่ 2 หัวข้อ 2.5.1.2 แต่ไม่ได้มีการแบ่งความรับผิดชอบตามประเภทของผู้ให้บริการไว้

การให้คำนิยามคำว่า “ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต” ตามกฎหมายและประกาศนั้นมีความหมายกว้างมาก และครอบคลุมถึงผู้ให้บริการหลายประเภท โดยไม่ได้คำนึงถึง หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ที่กำหนดไว้ในตามมาตรา 15 ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย อาจเกิดข้อสงสัยว่า เมื่อมีการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรบนอินเทอร์เน็ตขึ้น ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตรายใดบ้างที่ควรต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบ เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้เป็นผู้จัดทำและเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย แต่เป็นข้อมูลที่เผยแพร่โดยบุคคลอื่นที่อาศัยการให้บริการ ทำให้การกระทำความผิดนั้นสะดวกสบายขึ้น โดยหลักแล้วจึงไม่ควรมีความรับผิดชอบใดๆต่อความผิดที่ตนไม่ได้กระทำขึ้น แต่ถ้าเมื่อใดที่ผู้ให้บริการสนับสนุนหรือรู้ว่ามี การกระทำความผิดแล้วยังเพิกเฉย ผู้ให้บริการผู้นั้นก็ควรต้องมีความรับผิดชอบ ในความเป็นจริงคงเป็นไปได้ที่ผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องในการให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะต้องมีความรับผิดชอบทุกคน เพราะผู้ให้บริการแต่ละประเภทมีความใกล้ชิดกับข้อมูลต่างกัน บางประเภทให้บริการในทางเทคนิคเท่านั้น แต่บางประเภทมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อมูลในระบบของตน กฎหมายจึงควรกำหนดหน้าที่ ความรับผิดชอบและข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภทให้ชัดเจน

4.4.1 หน้าที่ ความรับผิดชอบและข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในแต่ละประเภท

ในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบนี้ ผู้เขียนได้จำแนกประเภทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพื่อวิเคราะห์หน้าที่ ความรับผิดชอบ และข้อจำกัดความรับผิดชอบ โดยอาศัยการแบ่งประเภทตามตัวอย่างในประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ฉบับลงวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2550 และการแบ่งประเภทตามกฎหมายต่างประเทศเป็นหลักในการวิเคราะห์ ดังนี้

1) ผู้ให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมพื้นฐาน คือผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม และกิจการกระจายภาพและเสียง (Telecommunication and Broadcast Carrier)

โดยหลักเป็นผู้ให้บริการในทางเทคนิคในการจัดวางโครงข่ายที่จำเป็นในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตทั้งสัญญาณดาวเทียม การเชื่อมต่อสายโทรศัพท์หรือสัญญาณโทรศัพท์เท่านั้น ซึ่งหมายถึงผู้ให้บริการช่องสัญญาณดาวเทียม ผู้ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐาน (Fixed Line) เช่น องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ปัจจุบันคือ บริษัททีโอที จำกัด มหาชน) ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile) เช่น บริษัททรูคอร์ปอเรชั่น , บริษัทแอดวานซ์ อินโฟ เซอร์วิส (AIS), บริษัทโทเทิลแอนด์เคสคอมมูนิเคชั่น (DTAC) ผู้ให้บริการวงจรเช่า (Leased line) หรือผู้ให้บริการช่องสัญญาณหรือกิจการโทรคมนาคมพื้นฐานอื่นๆ ผู้ให้บริการประเภทนี้ ไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อมูล ไม่มีอำนาจเข้าถึงข้อมูลในระบบการให้บริการเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล มีความใกล้ชิดกับข้อมูลน้อยที่สุดจากผู้ให้บริการทุกประเภท เพราะเป็นเพียง “ท่อนำส่งข้อมูล” (Mere conduit) เท่านั้น โดยหลักแล้วไม่ควรมีความรับผิดชอบใดๆต่อข้อมูลของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตที่เผยแพร่ รับส่ง หรือสื่อสารระหว่างกัน

2) ผู้ให้บริการการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Access Service Provider) ทั้งแบบมีสายและไร้สาย (LANs or Wireless)

ผู้ให้บริการในการเชื่อมต่อกับระบบอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการมีหน้าที่จัดเตรียมช่องทาง (gateway) ในการเชื่อมต่อเครื่องคอมพิวเตอร์กับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Network) ผู้ที่ต้องการใช้บริการต้องสมัครเป็นสมาชิกและเสียค่าธรรมเนียมเป็นแบบรายเดือนสำหรับการใช้บริการและการติดตั้ง เครื่องรับสัญญาณ และจะได้รับชื่อในการเชื่อมต่อ (username) และรหัสผ่าน (password) เพื่อการใช้งาน หรือการเสียค่าธรรมเนียมแบบรายชั่วโมง ผู้ให้บริการส่วนใหญ่จัดตั้งเป็นบริษัทในเชิงพาณิชย์และต้องได้รับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมจากหน่วยงานของรัฐก่อน ตัวอย่างผู้ให้บริการเช่น บริษัท ทริเปิ้ลที บรอดแบนด์ จำกัด มหาชน , บริษัท ทีโอที จำกัด มหาชน (ในส่วนของบริการอินเทอร์เน็ต) บริษัท ซี.เอส. อินเทอร์เน็ต จำกัด , บริษัท ล็อกซ์เลย์ อินฟอร์เมชั่น จำกัด เป็นต้น ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่มีหน้าที่และอำนาจเหนือข้อมูล

เพราะทำหน้าที่เป็นเพียง “ท่อนำส่งข้อมูล” (Mere conduit) เช่นเดียวกับผู้ให้บริการประเภทแรก ตาม 1) จึงไม่ควรมีความรับผิดชอบต่อข้อมูลที่ผู้อื่นจัดทำหรือเผยแพร่เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ตามประกาศของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารฯ ยังได้ กำหนด ตัวอย่างของผู้ประกอบประเภทนี้ อีก คือ ผู้ประกอบการซึ่งให้บริการในการเข้าถึงระบบ เครือข่ายคอมพิวเตอร์ในห้องพัก ห้องเช่า โรงแรม หรือร้านอาหารและเครื่องดื่ม ในแต่ละกลุ่มอย่างใด อย่างหนึ่ง และผู้ให้บริการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์สำหรับองค์กร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มีหน้าที่ ต่างออกไปจากผู้ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตดังที่กล่าวมา เพราะเป็นการให้บริการพื้นที่สำหรับ ผู้ใช้บริการมากกว่าการเชื่อมต่อในทางเทคนิค แต่มีการให้บริการที่คล้ายคลึงกับ ผู้ให้บริการร้าน อินเทอร์เน็ตตาม ข้อ 5) จึงสมควรนำไปรวมอยู่ในประเภทดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์

ข้อสังเกตสำหรับผู้ให้บริการผู้ประกอบการโทรคมนาคม และกิจการกระจายภาพ และเสียง และ ผู้ให้บริการการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ตาม 1) และ 2) ผู้เขียนเห็นว่าการที่ กำหนดให้ผู้ให้บริการอาจต้องมีความรับผิดชอบ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายของ ผู้ใช้บริการนั้น ไม่สมควร เพราะเป็นการสร้างภาระเกินควรในการหามาตรการเพื่อสอดส่องหรือ ป้องกันการกระทำความผิดซึ่งเป็นไปได้ยากในทางเทคนิค ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับข้อกำหนดความ รับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของต่างประเทศ พบว่าตาม Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market ของสหภาพยุโรป กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ให้บริการที่เป็นตัวกลางในการส่งผ่านข้อมูล (Mere conduit) ซึ่งหมายถึงผู้ให้บริการการเข้าถึง เครือข่ายโทรคมนาคม หรือจัดเก็บ ข้อมูลชั่วคราวใน ระหว่างการส่งโดยอัตโนมัติ ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อมูลที่ตนได้ส่งผ่าน อีกทั้งกฎหมาย Telemedia Act ของประเทศ เยอรมนี ก็กำหนด ว่าผู้ให้บริการส่งผ่านข้อมูลเช่น บริษัทการสื่อสารโทรคมนาคม ที่ ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ไม่ต้องมีความรับผิดชอบใดๆในข้อมูลของบุคคลที่สามที่ตนทำหน้าที่ส่งผ่าน ข้อมูลนั้นหรือให้บริการการเข้าถึงข้อมูลนั้น เนื่องจากเป็นการสร้างภาระหน้าที่เกินควร

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้ให้บริการทั้งสองประเภทนี้เป็นผู้ กำหนดการรับส่ง สัญญาณเชื่อมต่อระบบอินเทอร์เน็ต อาจมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้หากมีการกำหนด ตัวผู้รับส่งสัญญาณหรือกำหนดตัวข้อมูล กรณีนี้กฎหมาย The Digital Millennium Copyright Act 1998 หรือ DMCA จึงกำหนดพื้นที่ปลอดภัย (Safe Harbor) ให้แก่ผู้ให้บริการประเภทนี้ โดยกำหนด ว่า ผู้ให้บริการประเภทรับส่ง กำหนดเส้นทาง หรือให้การเชื่อมต่อกับข้อมูลผ่านระบบหรือเครือข่ายที่ ตนควบคุมหรือดำเนินการ จะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อ การส่งผ่านข้อมูล การกำหนดเส้นทาง การ เชื่อมต่อ และการจัดเก็บข้อมูลเป็นไปตามกระบวนการทางเทคนิคโดยอัตโนมัติ โดยที่ ผู้ให้บริการไม่ได้ เป็นผู้ริเริ่มการส่งข้อมูลหรือสั่งให้มีการส่งข้อมูล ไม่ได้กำหนดผู้รับข้อมูล ไม่ได้สำเนาและเก็บข้อมูลไว้

เกินกว่าระยะเวลาที่จำเป็นตามสมควรเพื่อการส่งผ่าน และกฎหมาย Telemedia Act ก็กำหนดข้อจำกัดไว้ในทำนองเดียวกันว่า ถ้าไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูล เช่นกำหนดการส่งข้อมูลหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลแล้ว ผู้ให้บริการหลุดพ้นจากความรับผิด

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง สำหรับ ประเทศจีนผู้ให้บริการการเชื่อมต่อและเข้าถึงอินเทอร์เน็ต จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการจากรัฐบาลเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่กฎหมายของประเทศจีนไม่มีการกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้ เพราะ ตามกฎหมาย Temporary Regulation for the Management of Computer Information Network International Connection 1996 รัฐบาลกลางของจีนมีอำนาจเหนือผู้ให้บริการ ประเภทนี้เบ็ดเสร็จ โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องส่งข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ทั้งหมดผ่านไปยังการให้บริการของ ChinaNet, GBNet, CERNET และ CSTNET ซึ่งมีการติดตั้ง Firewall คัดกรอง อีกทั้งยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับของประเทศ มีกฎหมายเฉพาะคือ State Secret Protection Regulations for Computer Information Systems on The Internet 2000 กำหนดให้ผู้ให้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตต้องจัดทำข้อตกลงกับผู้ควบคุมข้อมูลและผู้ใช้บริการ ว่าต้องยอมรับและให้ความร่วมมือในการตรวจตราระบบตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐด้วย มิเช่นนั้นจะมีความผิด

3) ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์เพื่อให้บริการโปรแกรมประยุกต์ต่างๆ (Hosting Service Provider)

ผู้ให้บริการประเภทนี้ ให้บริการพื้นที่ในการจัดเก็บหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลกันเองระหว่างผู้ใช้บริการ เช่นผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนแฟ้มข้อมูล (file sharing) ซึ่งมี FTP (file transfer protocol server) ในการจัดเก็บข้อมูลเพื่อประโยชน์แก่ผู้ใช้บริการในการ เข้าถึงข้อมูลเพื่อ download หรือ upload หรือแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน, ผู้ให้บริการศูนย์รับฝากข้อมูล (Internet Data Center), ผู้ให้บริการเข้าถึงจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Mail Server Service Provider) ผู้ให้บริการประเภทนี้ให้บริการเฉพาะ “พื้นที่บนอินเทอร์เน็ตในการจัดเก็บข้อมูล ” เท่านั้นโดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำข้อมูลขึ้น จึงไม่ควรกำหนดภาระให้ต้องสอดส่องการกระทำคามผิดหรือควบคุมดูแลข้อมูล เพราะเป็นการสร้างภาระและสร้างความล่าช้าในการทำงานโดยอัตโนมัติของระบบซึ่งไม่ตรงตามความต้องการของผู้เช่าพื้นที่เพื่อให้บริการ แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ให้บริการเป็นผู้ควบคุมดูแลระบบเอง อาจจะต้องมีความรับผิดเพราะมีอำนาจในการควบคุมดูแลข้อมูล จึงต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำคามผิด เช่นจำกัดการเข้าถึงข้อมูลในระบบ

ตามกฎหมาย Telemedia Act ของประเทศเยอรมนี และ Directive 2000/31/EU กำหนดให้ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิด เนื่องจากคำ ึ่งถึงข้อมูลที่ผ่านเข้าออกในเซิร์ฟเวอร์ที่มีจำนวนมากมายมหาศาลและเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว หากกำหนดให้มีการตรวจสอบจะทำให้การพัฒนาเทคโนโลยีเป็นไปอย่างล่าช้าและไม่ตรงตามสภาพของการให้บริการ

สำหรับข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเข้าพื้นที่ในการจัดเก็บข้อมูลนี้ตาม Telemedia Act กำหนดว่า ผู้ให้บริการไม่มีความรับผิดชอบเมื่อไม่ทราบถึงการกระทำความผิด หรือไม่อาจคาดหมายได้ถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำความผิด ซึ่งหมายความว่าผู้ให้บริการควรต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่และสภาพการให้บริการ และหากทราบว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นต้องลบหรือจำกัดการเข้าถึงข้อมูล นั้นในทันที รวมถึงตามหลัก Good Samaritan กำหนดว่าหากผู้ให้บริการเข้าพื้นที่นี้เป็นเจ้าของหรือผู้ควบคุมระบบเสียเอง แม้รู้ว่ามีข้อมูลที่ผิดกฎหมายของผู้อื่นก็อาจจะไม่ต้องรับผิดชอบ หากได้ทำการลบหรือปิดกั้นและมีมาตรการจำกัดการเข้าถึงที่เหมาะสม เช่น การใช้ระบบรหัส ผ่านเพื่อจำกัดเยาวชนในการเข้าถึงข้อมูลลามกอนาจาร เป็นต้น

4) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว (Cache Provider)

ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราวนี้ เป็นสื่อกลางในการจัดเก็บข้อมูลบนเครือข่ายโดยผ่านวิธีการทางเทคนิค โดยอัตโนมัติ ตามคำสั่งของผู้รับข้อมูล วัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งข้อมูลตามที่ผู้ใช้บริการร้องขอในครั้งต่อไปรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากขึ้น การให้บริการโดยอัตโนมัติ เช่นนี้ผู้ให้บริการไม่สามารถรับรู้เนื้อหาของข้อมูลที่จัดเก็บเอาไว้ จึงไม่ควรกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน ตามกฎหมาย The Digital Millennium Copyright Act 1998 และ Telemedia Act Section 9 ของประเทศเยอรมนี กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อมูลที่ผิดกฎหมายของบุคคลอื่นหากไม่ทราบถึงข้อมูลหรือการกระทำผิดกฎหมายที่เกิดขึ้นในระบบของตนหรือไม่อาจคาดหมายถึงสถานการณ์ต่างๆที่บ่งชี้ว่ามีการกระทำความผิด

ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว ตามหลัก Safe Harbor ใน DMCA และ Telemedia Act นั้นมีหน้าที่ในการจัดทำข้อมูลให้ทันสมัยอยู่เสมอและต้องแก้ไขข้อมูลให้เป็นไปตามแหล่งข้อมูลเดิมที่ cache มา มีหน้าที่ในการกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลที่ cache กับข้อมูลตามแหล่งเดิมให้เหมือนกันด้วยเงื่อนไขเดียวกัน และมีหน้าที่ในการลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงพื้นที่ที่ข้อมูลเดิมถูกลบหรือถูกระงับการให้บริการ ซึ่งหากผู้ให้บริการทำหน้าที่ครบถ้วน ไม่ได้เข้าแทรกแซงเทคโนโลยีที่ระบุจำนวนการเข้าถึงข้อมูลจากแหล่งเดิม (data collection technology) และไม่ได้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับข้อมูลโดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆแล้ว ผู้ให้บริการประเภทนี้ย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด

5) ผู้ประกอบการร้านอินเทอร์เน็ต และผู้ประกอบการซึ่งให้บริการในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตในห้องพัก โรงแรมร้านอาหาร หรือ ในองค์กร

การให้บริการร้านอินเทอร์เน็ตและเกมส์ออนไลน์เป็นการ ให้บริการเชื่อมต่อในพื้นที่ของตนทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเข้าถึงระบบอินเทอร์เน็ตได้ โดยผู้ประกอบการร้านอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่จัดเตรียมเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีการเชื่อมต่อ อินเทอร์เน็ต และสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นๆไว้บริการ ส่วนการให้บริการอินเทอร์เน็ตในห้องพักโรงแรม ร้านอาหาร หรือองค์กร คือการให้ลูกค้าหรือ

สมาชิกในองค์กรสามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ของตนเชื่อมต่อกับสัญญาณอินเทอร์เน็ตที่จัดเตรียมไว้ได้ เช่นการที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ลัยมีการให้บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงไร้สาย (Nirasnet) ให้แก่อาจารย์ นิสิตและบุคลากรของมหาวิทยาลัย ผู้ประกอบการประเภทนี้ถูกจัดให้อยู่ในความหมายของผู้ให้บริการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ตามประกาศของกระทรวงฯ ซึ่ง เมื่อพิจารณาแล้วผู้ให้บริการนี้ไม่มีหน้าที่หรืออำนาจเหนือข้อมูลใดๆ เพราะให้บริการพื้นที่ในการเชื่อมต่อเท่านั้น จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศก็ไม่มีประเทศใด กำหนดความรับผิดของเจ้าของร้านอินเทอร์เน็ตหรือผู้ประกอบการให้ต้องรับผิดในข้อมูลของลูกค้า ผู้ใช้บริการแต่อย่างใด

6) ผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านแอปพลิเคชันต่างๆ (Content and Application Service Provider)

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้ ตามตัวอย่างในประกาศของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารฯ คือ ผู้ให้บริการ เว็บบอร์ด ผู้ให้บริการบล็อก ผู้ให้บริการเว็บเซอร์วิส ผู้ให้บริการการทำธุรกรรมทางการเงินหรือให้บริการชำระเงินทางอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ผู้ให้บริการประเภทนี้ ให้บริการประเภทเนื้อหาโดย การให้บริการเว็บบล็อก เป็นบริการที่ให้ผู้ให้บริการสามารถสร้างพื้นที่ส่วนตัวเปรียบ เสมือนไดอารี่ออนไลน์ การให้บริการเว็บบอร์ดมีพื้นที่บนเว็บให้บริการข่าวสารข้อมูลในเรื่องต่างๆซึ่งเปิดโอกาสให้คนทั่วไปสามารถแสดงความคิดเห็นได้ ระบบการให้บริการส่วนใหญ่คือการตั้งกระทู้ขึ้น เพื่อให้มีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็น มีตั้งแต่เว็บบอร์ดสาธารณะที่มีผู้ใช้ บริการมากมายเช่น Pantip/café.com จนถึงเว็บบอร์ดขนาดเล็ก เฉพาะกลุ่มตามความสนใจของสมาชิกผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการที่เป็นเว็บมาสเตอร์หรือผู้ดูแลระบบ มีความเกี่ยวข้องและใกล้ชิดกับข้อมูลมากกว่าผู้ให้บริการประเภทอื่นๆ เพราะเป็นผู้ควบคุมและมีหน้าที่โดยตรงในการจัดระเบียบเนื้อหาในระบบคอมพิวเตอร์ จึงควรมีหน้าที่บางประการในการป้องกันการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามจำนวนข้อมูลที่เข้ามาในระบบจำนวนมาก เป็นอุปสรรคสำคัญในการตรวจสอบการกระทำความผิด จึงควรต้องกำหนดหน้าที่และข้อจำกัดความรับผิดที่ชัดเจน เพื่อไม่เพิ่มภาระแก่ผู้ให้บริการมากเกินไป ไม่เช่นนั้นผู้ที่ต้องการเปิดเว็บบอร์ดเพื่อให้บริการคงลดลงเพราะกลัวว่าตนเองเสี่ยงที่จะต้องรับผิดในความผิดที่ตนไม่ได้กระทำ

ในประเทศจีนมีกฎหมายเฉพาะเพื่อกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้คือ ตามกฎหมาย State Secret Protection Regulations for Computer Information Systems on The Internet 2000 ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับของประเทศโดยเฉพาะ กำหนดหน้าที่ให้กับผู้ให้บริการประเภท กระดานข่าว หรือห้องสนทนาเป็นพิเศษว่าต้องมีมาตรการดูแลและตรวจตราข้อมูลในระบบอย่างเข้มงวด โดยเฉพาะการให้บริการแบบสาธารณะหากพบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความลับของประเทศต้องปิดกั้นการเข้าถึงทันทีและแจ้งให้หน่วยงานรัฐทราบ กฎหมาย Measure for

Managing Internet Information Service 2000 กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบผู้ให้บริการประเภทให้บริการข้อมูลข่าวสารต่างๆ

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น ผู้ให้บริการเว็บบอร์ด ผู้ดูแลระบบ (admin.) หรือผู้ให้บริการบล็อก อาจกลายเป็นผู้เผยแพร่ข้อมูลหรือตัวการได้ในกรณีที่เป็นผู้เผยแพร่หรือโพสต์ข้อมูลด้วยตนเอง และในขณะเดียวกัน ผู้ใช้บริการบล็อกหรือเจ้าของบล็อก หรือผู้ให้บริการโปรแกรมเฟซบุ๊ก (Facebook) ก็อาจกลายเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ เมื่อมีผู้อื่นมาแสดงความคิดเห็นในบล็อกหรือหน้ากระดาน (Wall) ของเรา เพราะตามกฎหมายถือว่า “เป็นผู้ให้บริการแก่ผู้อื่นให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์”

4.4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกับผู้ให้บริการข้อมูลในสื่อกระแสหลัก

การให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการข้อมูลในสื่อกระแสหลัก คือ หนังสือพิมพ์ วิทยุและโทรทัศน์ มีผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องในการเผยแพร่ข้อมูลหลายฝ่ายซึ่งแต่ละฝ่ายมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลและความรับผิดชอบแตกต่างกัน ซึ่งอาจเปรียบเทียบกันได้ดังนี้

1) ผู้โพสต์เนื้อหาหรือแสดงความคิดเห็นด้วยตัวเอง ซึ่งหมายถึงเจ้าของเว็บไซต์ ผู้ตั้งกระทู้และผู้แสดงความคิดเห็นในเว็บบอร์ด หรือโปรแกรมอื่นๆ เจ้าของบัญชีผู้ใช้ (Account) ในการให้บริการในรูปแบบของ Social Network หรือเจ้าของบล็อก (Blog) เปรียบเสมือนผู้ตีพิมพ์หรือเผยแพร่ข้อมูลของตนเองจึงต้องรับผิดชอบในข้อมูลนั้น

2) ผู้ให้บริการเว็บบอร์ด ผู้ให้บริการกระดานข่าว หรือผู้ดูแลระบบ (admin.) เปรียบเสมือน ผู้รวบรวมหรือเรียบเรียงข้อความของบุคคลอื่น ก่อนการตีพิมพ์ เช่นบรรณาธิการ สื่อหนังสือพิมพ์ ที่มีหน้าที่จัดวางบทความต่างๆให้เป็นระบบและคัดกรองข้อความที่ไม่เหมาะสมออกก่อนการตีพิมพ์ แต่แตกต่างกันที่ผู้ให้บริการเว็บบอร์ดหรือผู้ดูแลระบบมีข้อมูลอยู่ในความดูแลมากมายจึงไม่สามารถตรวจตราได้ทุกข้อมูล เพราะขัดกับสภาพการทำงานโดยอัตโนมัติของระบบ การกำหนดความรับผิดชอบจึงไปคล้ายกับบรรณาธิการที่มีหน้าที่ตรวจสอบการโฆษณาของบุคคลที่สามซึ่งมีจำนวนมาก จึงมีข้อผ่อนคลายเป็นความรับผิดชอบที่นุ่มนวลอย่างตรวจได้ โดยใช้ความระมัดระวังที่สื่อมวลชนพึงมีตามความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในเชิงเศรษฐกิจ

3) ผู้ให้บริการด้านเทคนิคทางโปรแกรมในการเผยแพร่ข้อมูล (Internet Service Provider) และผู้ให้บริการโครงข่ายในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต (Internet Access Provider) จัดเตรียมช่องทาง โทรคมนาคมในการเชื่อมต่อคอมพิวเตอร์กับสัญญาณอินเทอร์เน็ต (Gateway) เช่น ผู้ให้บริการเครือข่ายหรือจัดหาคู่สายโทรศัพท์ในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ตัวอย่างเช่น บริษัท

TOT, CAT Telecom ทำหน้าที่เหมือนเจ้าหน้าที่ทางเทคนิคในการเชื่อมต่อสัญญาณออกอากาศทางวิทยุโทรทัศน์หรือโรงพิมพ์สื่อสิ่งพิมพ์ต่างๆ

4) ผู้ให้การสนับสนุนพื้นที่ในการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลผ่านทางอินเทอร์เน็ต เช่น ร้านอินเทอร์เน็ต ร้านเกมออนไลน์ ร้านอาหารหรือโรงแรมที่มีการให้บริการอินเทอร์เน็ตแก่ลูกค้า ผู้ให้บริการเหล่านี้ไม่สามารถรู้ถึงข้อมูลใดๆที่ ผู้ใช้บริการเผยแพร่หรือแม้แต่ข้อมูลต่างๆที่ส่งผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการประเภทนี้เปรียบเสมือนร้านขายหนังสือ หรือห้องสมุดที่มีบรรณารักษ์คอยควบคุมดูแล หรือร้านขายหนังสือทั่วไป ซึ่งไม่สามารถทราบถึงเนื้อหาในสิ่งพิมพ์ทั้งหมดเช่นกัน การที่ผู้ประกอบการต้องตรวจสอบข้อมูลทุกข้อมูลของผู้ใช้บริการจึงเป็นไปได้ การที่คนขายต้องอ่านหนังสือทุกเล่มก่อนจำหน่ายก็เป็นไปไม่ได้เช่นเดียวกัน

4.4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์เจตนาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

เนื่องจากการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นการดำเนินคดีอาญา การพิสูจน์ เจตนาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตั้งใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่ตนควบคุมดูแลหรือไม่ จึงเป็นไปตามบทบัญญัติที่ระบุในประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพราะในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นอย่างอื่น การพิสูจน์เจตนาเป็น อำนาจหน้าที่ของศาล พิจารณาจาก พยานหลักฐานต่างๆประกอบ ซึ่งรวมถึงกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการลบข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากระบบด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมายในการกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหลายรายที่ถูกจับกุมโดยข้อหาตามมาตรา 14 และ มาตรา 15 เช่นกรณีของ นายศิริพร สุวรรณพิทักษ์ เว็บมาสเตอร์ 212cafe ซึ่งตามกฎหมายถือว่าเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ถูกจับกุมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 และมาตรา 15 เนื่องจากปล่อยให้ข้อมูลที่เป็นภาพไม่เหมาะสมปรากฏอยู่ในเว็บบอร์ดที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน ข้อเท็จจริงจาก นายศิริพรกล่าวว่า ได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ลบภาพไม่เหมาะสมออกโดยเจ้าหน้าที่ไม่ได้มีโทรสารหรือจดหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อแจ้งที่อยู่ URL ทำให้เว็บมาสเตอร์ต้องใช้เวลาค้นหา ประกอบกับในเวลาที่ได้รับแจ้ง เว็บมาสเตอร์ไม่ได้ปฏิบัติงานอยู่หน้าคอมพิวเตอร์ แต่ก็ได้ทำการลบข้อมูลออกทันทีเมื่อค้นหาข้อมูลพบ ทั้งนี้อาจล่าช้าจากวันที่ได้รับแจ้งประมาณ 7 วัน แต่ต่อมาก็ถูกเรียกตัวไปเพื่อทราบข้อกล่าวหาตามหมายจับ พร้อมฝากขังและคัดค้านการประกันตัวทำให้อาจต้องถูกขังเป็นเวลา 1 คืนและศาลตัดสินให้รอลงอาญา

จากปัญหาที่เกิดขึ้นพบว่าสาเหตุมาจากการตีความคำว่า “จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิด” ของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เห็นว่าหากลบข้อมูลล่าช้าเกินระยะเวลาอันสมควรที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นเองแล้ว แสดงให้เห็นถึงการจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว เพราะฉะนั้นเพื่อความมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบว่าเขาต้องปฏิบัติตัวอย่างไรเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิด ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดวิธีการ “แจ้งและลบออก” ให้ชัดเจน โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบจากมาตรการ Notice and Take down ตามกฎหมาย The Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA), Title 17 USC Section 512 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

1) พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่แจ้ง

เนื่องจากตามมาตรการ Notice and Take down เป็นมาตรการสำหรับลบข้อมูลที่มีเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการแจ้งคือตัวแทนหรือเจ้าของผลงานที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การนำมาตรการนี้มาใช้ในกฎหมายไทย นั้นเป็นการบังคับใช้ในกรณีของข้อมูลที่ผิดกฎหมาย เพราะฉะนั้นควร กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ ของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งควรเป็นเจ้าหน้าที่ในกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เพื่อ ความสอดคล้องกับการดำเนินการระงับการ ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายตามคำสั่งศาล

2) วิธีการแจ้ง

ควรกำหนดให้มีการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เนื่องจาก การแจ้งโดยโทรศัพท์มีลักษณะไม่เป็นทางการและไม่มีหลักฐานในการยืนยันว่าได้แจ้งให้ทราบแล้ว ทั้งนี้ควรกำหนดรายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับข้อมูล ให้ชัดเจนเพื่อประโยชน์และความรวดเร็วในการ ค้นหาข้อมูลและลบออกจากระบบ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรโดยทำเป็นหนังสือ จากพนักงานเจ้าหน้าที่จะทำให้ชัดเจนและมีความครบถ้วนในรายละเอียด

3) รายละเอียดที่ควรระบุในเอกสารการแจ้ง

การแจ้งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบเพื่อดำเนินการลบข้อมูลออกนั้นจำเป็นต้อง กำหนดรายละเอียดอย่างชัดเจนเพื่อความสะดวกของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการปฏิบัติตามคำสั่ง ของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จากการศึกษามาตรการ Notice and Take down พบว่ารายละเอียดที่สำคัญที่ควรต้องระบุไว้ในการแจ้ง คือ

- ตำแหน่งที่อยู่ URL ของข้อมูลที่ต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลบออก เพราะเป็นสิ่งที่สำคัญมาก เนื่องจากข้อมูลที่อยู่ในระบบผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นมีมากมายและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา
 - รายละเอียดของข้อมูลที่ผิดกฎหมาย ว่าเป็นข้อความเขียน ใ่ว่างอย่างไร เป็นรูปภาพที่มีลักษณะอย่างไร หรือเป็นคลิปวิดีโอที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องใด รวมถึงข้อมูลดังกล่าวเป็นการโพสต์เพื่อเผยแพร่โดยตั้งหัวข้อเป็นกระทู้หรือเป็นการแสดงความคิดเห็นในกระทู้
 - หมายเลขหรือหมายเลขตามหมายเลขตามคำร้องขอให้ระงับการ ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์
 - รายละเอียดของบทบัญญัติตามกฎหมายที่อ้างว่าการเผยแพร่ข้อมูลนั้นเป็นความผิด เช่น ระบุมาตราของกฎหมายให้ชัดเจน พร้อมทั้งคำอธิบายโดยสรุปเพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้าใจในเบื้องต้น
 - กำหนดระยะเวลาการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานที่สั่งให้ปิดกั้นหรือลบข้อมูลที่ไม่เหมาะสมออกจากระบบคอมพิวเตอร์
 - ข้อมูลของผู้แจ้งเพื่อการติดต่อกลับ เช่น ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อีเมล อย่างชัดเจน เพราะมีความจำเป็นหากมีข้อสงสัยหรือเหตุขัดข้องในการปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่
 - ความรับผิดชอบทางอาญาหรือความรับผิดอื่น ๆ ที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องได้รับ หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่
 - ลายมือชื่อของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้แจ้ง พร้อมกับลงวันที่แจ้ง
- ทั้งนี้ตาม DMCA ยังกำหนดว่า อย่างไรก็ตาม รายละเอียดที่ระบุอยู่ในเอกสารการแจ้ง ต้องครบถ้วนในสาระสำคัญ มิเช่นนั้นจะไม่มีผลเป็นการแจ้ง ซึ่งทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้แจ้งอ้างไม่ได้ว่ามีการแจ้งแล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรนำมาเงื่อนไขมาระบุไว้ด้วยเช่นกันเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต

4) ขั้นตอนการบอกกล่าวไปยังผู้ใช้บริการ

ตามกฎหมาย DMCA กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องบอกกล่าวไปยังผู้ใช้บริการเจ้าของข้อมูลผิดกฎหมายนั้นว่าจะมีการดำเนินการปิดกั้นหรือลบข้อมูลของเขาออกจากระบบ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในข้อนี้ไม่มีความจำเป็นต้องบอกกล่าวโดยระบุเฉพาะผู้เผยแพร่ข้อมูล แต่เห็นว่าควรบอกกล่าวในระบบการให้บริการของตนเอง ในลักษณะของประกาศว่าจะมีการลบข้อมูลออกตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ผู้ใช้บริการท่านอื่นได้รับรู้ความเป็นไปของข้อมูลในระบบที่เขาเป็นสมาชิก และเพื่อเป็นตัวอย่างว่าไม่ควรมีการเผยแพร่ข้อมูลใดๆที่มีลักษณะดังกล่าวอีก

5) การหลุดพ้นจากความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ทั้งนี้หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ลบข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากระบบตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ควรกำหนดไว้ในกฎหมายว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิดในข้อมูลที่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตเผยแพร่อย่างสิ้นเชิง

4.4.4 การกำหนดโทษของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน ต้องรับโทษเท่ากับผู้กระทำความผิด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรดูพฤติการณ์จากการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือปฏิบัติแล้วแต่ไม่ครบถ้วนหรือไม่เป็นไปตามที่กำหนดระยะเวลา เพียงอย่างเดียว จำต้องพิจารณาเจตนา ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และองค์ประกอบความผิดในทางอาญา และพฤติการณ์อื่นเป็นกรณีๆไปประกอบ ด้วย เพราะความรับผิดในกรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ มีกำหนดไว้ชัดเจนใน มาตรา 27 แล้วซึ่งมีเพียงโทษปรับจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีหนังสือของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ตช. 0031.212/2408 ลงวันที่ 10 เมษายน 2549 ถึงคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายว่า กรณีเจ้าพนักงานตำรวจแจ้งไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพื่อให้ปิดกั้นเว็บไซต์ที่มีการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร แต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ทำการปิดกั้นเว็บดังกล่าว จะถือว่าผู้ ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดในเรื่องนั้นหรือไม่ เห็นว่า ในกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเปิดเว็บไซต์เพื่อเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร เพื่อให้มีการเล่นพนันโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเพื่อกระทำความผิดอย่างอื่น ถ้าการกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบความ ผิดอาญาอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจได้แจ้งให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบเพื่อทำการปิดกั้นเว็บไซต์ดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตาม ก็อาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตกระทำความผิด โดยอาศัยใช้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกระทำความผิดนั้น ซึ่งอาจถือได้ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด อันเข้าข่ายเป็นผู้สนับสนุนให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁰

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 “ ผู้ใดกระทำด้วยประการใดอันเป็นช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด..”

4.4.5 มาตรการป้องกันการกระทำผิดในระบบคอมพิวเตอร์

นอกจากการกำหนดข้อจำกัดความรับผิดและขั้นตอนในการปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ชัดเจนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การสนับสนุนให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีมาตรการในการป้องกันการกระทำผิดในระบบของตนเองก็เป็นสิ่งที่สำคัญ เนื่องจากเป็นการป้องกันในเบื้องต้น ในปัจจุบันมีการพัฒนาโปรแกรมต่างๆ มากมายเพื่อเป็นตัวช่วยในการสอดส่องดูแล การกระทำผิด ผู้ให้บริการจึงควรนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์ ดังนี้

- โปรแกรมกั้นกรองเนื้อหา กั้นกรองข้อความหรือถ้อยคำที่ไม่เหมาะสม คำหยาบ คำแสลงที่มีความหมายไม่สุภาพ ด้วยการตั้งโปรแกรมเพื่อเซ็นเซอร์กลุ่มคำที่ต้องการปิดกั้นก่อนแสดงหน้าเว็บ แม้โปรแกรมนี้อาจกั้นกรองหรือควบคุมถ้อยคำที่ไม่เหมาะสมได้ทั้งหมด เพราะผู้ใช้บริการอาจหลีกเลี่ยงไปใช้คำทับศัพท์ หรือคำที่ใกล้เคียงแทน แต่ก็ถือว่าเป็นการกั้นกรอง ในเบื้องต้นซึ่งจะช่วยลดภาระให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้
- การจัดให้มีการแสดงตัวตน การลงทะเบียนสมัครสมาชิกในระบบที่ให้บริการ เช่น ในเว็บบอร์ด หรือ Social Network เพื่อแสดงความเป็นผู้ใช้งานตัวจริงและป้องกันการใช้นามแฝงซ้ำกันหรือการอ้างอิงนามแฝงของผู้อื่นมาใช้ในทางที่เสียหาย เป็นการวางระบบเพื่อง่ายต่อการตรวจสอบและติดตามในกรณีที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้นในระบบ
- วางระบบแจ้งลบข้อความหรือรูปภาพไม่เหมาะสมที่ได้โพสต์ลงเผยแพร่ในเว็บไซต์แล้วโดยสามารถให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตคนอื่นสามารถแจ้งลบได้ เพื่อเป็นการสอดส่องดูแลกันเองในระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วยกัน
- กำหนดกฎ กติการมายาทในการใช้งานอินเทอร์เน็ต ทุกเว็บไซต์ที่มีการให้บริการเผยแพร่ข้อมูลหรือแลกเปลี่ยนการแสดงความคิดเห็นควรกำหนดกติกาในการใช้งานไว้ โดยอาจมีเนื้อหาหรือรายละเอียดหลัก เช่น การใช้ข้อความที่สุภาพ ห้ามใช้ข้อความที่เป็นการวิพากษ์วิจารณ์ หรือพาดพิงสถาบันพระมหากษัตริย์ ข้อความที่ส่อไปในทางอนาจารเกินกว่าเหตุ หรือมีผลยั่วยุทางกามารมณ์ ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดซึ่งอาจนำไปสู่การทะเลาะเบาะแว้ง หรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย ข้อความที่มีเนื้อหาขัดต่อกฏหมายหรือศีลธรรมอันดีของสังคม ข้อความที่พาดพิงบุคคลที่สามในทางหมิ่นประมาท เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า การติดตั้งโปรแกรม คัดกรอง การวางระบบแสดงตัวตน การวางระบบให้มีการแจ้งลบข้อความและการจัดทำกติกาในการใช้งานนี้ เป็นมาตรการหนึ่งที่ต้องกำหนดให้ผู้ให้บริการมีไว้ในเว็บไซต์ของตน โดยเฉพาะในเว็บไซต์สาธารณะที่ผู้ให้บริการทุกคนสามารถเข้ามาแสดง

ความคิดเห็นได้ เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ให้บริการได้ตระหนักถึงการป้องกันการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้น และผู้ให้บริการสนองรับต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐในการควบคุมการใช้งาน อีกทั้ง เห็นว่าไม่ได้เป็นการเพิ่มภาระเกินควรแก่ผู้ให้บริการ

4.5 มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 20

การปิดกั้นหรือ การบล็อกเว็บไซต์เป็นการตัดสัญญาณการเชื่อมต่อสู่หน้าเว็บไซต์ ที่แสดงข้อความที่ผิดกฎหมาย โดยวิธีการทางเทคนิค ทำให้ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถรับข้อมูลดังกล่าวได้ มาตรการนี้ถือเป็น มาตรการทางเทคนิคที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่กระทำได้โดยชอบ ตามมาตรา 20 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เรียกมาตรการบล็อกเว็บไซต์นี้ว่า มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์

มาตรา 20 บัญญัติว่า “ในกรณีที่การกระทำผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในภาคสองลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้อง พร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้”

การระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 20 นี้เป็นการใช้อำนาจของศาลเพื่อมีคำสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปิดกั้นหรือลบข้อมูลที่ผิดกฎหมาย ออกจากระบบ มาตรการนี้ไม่ใช่การใช้อำนาจของศาลที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามปกติ แต่เป็นการใช้อำนาจศาลเพื่อป้องกันผลกระทบจากการที่มีข้อมูลผิดกฎหมายเผยแพร่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งจะส่งผลร้ายหรืออันตรายแก่สังคมอย่างร้ายแรง เพราะการที่ศาลใช้อำนาจดังกล่าวไม่ได้เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งตัวผู้กระทำความผิดเพื่อดำเนินคดี และไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ความผิดหรือลงโทษ ดังนั้นการตีความบทบัญญัติในมาตรา 20 นี้ จำต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสังคมในเรื่องความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นหลัก ซึ่งอาจแตกต่างกับการตีความกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

4.5.1 สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสาร กับการคุ้มครองความมั่นคงของรัฐ

การบังคับใช้มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือการบล็อกเว็บไซต์นี้เป็นการใช้อำนาจศาลในเชิงลบที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับระบบคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต ทั้งที่บุคคลเหล่านั้นไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ทำให้ประเทศที่มีความเป็นเสรีประชาธิปไตย และให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีปกติจะไม่ให้อำนาจแก่ศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่อื่นๆในการบล็อกเว็บไซต์ใดๆได้ ซึ่งเป็นการห้ามรัฐเข้าขัดขวางการใช้สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสารของประชาชน แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีการบังคับใช้มาตรการบล็อกเว็บไซต์อยู่โดยหน่วยงานที่เกี่ยวกับความมั่นคง ซึ่งจะบังคับใช้เฉพาะ แต่ในกรณีเรื่องของความมั่นคงซึ่งเป็นประเด็นที่จำกัดเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันประเทศไทยเองแม้ไม่ได้มีการคุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเสรีอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีกฎหมายที่กำหนดให้มีการบล็อกเว็บไซต์ได้ และประเทศจีน ก็มีการกำหนดไว้ชัดเจนว่ารัฐบาลมีอำนาจเด็ดขาดในการกำกับดูแลการใช้อินเทอร์เน็ตของประชาชนรวมถึงการบล็อกเว็บไซต์ด้วย ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยอ้าง ความมั่นคงนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดว่า สามารถควบคุม แทรกแซง หรือปิดกั้นการใช้สิทธิเสรีภาพได้ หากเป็นไปเพื่อผลประโยชน์พิเศษแห่งชาติ (National Interest)

ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการบังคับใช้มาตรการบล็อกเว็บไซต์ในประเทศไทย การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นในการคุ้มครองสังคมส่วนใหญ่ การใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการตัดสินใจว่าจะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบล็อกเว็บไซต์ใดๆ ต้องเป็นการใช้ดุลยพินิจไปในทางที่สุจริตและเป็นธรรมโดยปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายรัฐบาลหรือกลุ่มอิทธิพลใดกลุ่มหนึ่งในสังคม เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้ว การบังคับใช้กฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่จะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองมิใช่เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความมั่นคงของสังคมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

4.5.2 ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20 กำหนดประเภทของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่สามารถดำเนินการบล็อกได้ ดังนี้

1. ข้อมูลที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามที่กำหนดไว้ในภาคสองลักษณะ 1 และลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
2. ข้อมูลที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า มาตรการบล็อกเว็บไซต์เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐจึงต้องบังคับใช้เท่าที่จำเป็นแก่กรณีและเพื่อคุ้มครองสังคมส่วนใหญ่ ทั้งนี้ผู้เชี่ยวชาญเห็นว่า ข้อมูลที่อาจกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นข้อมูลที่หากเผยแพร่ออกไปแล้วจะทำให้ประเทศเกิดความไม่สงบสุข หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือสถาบันอันเป็นที่เคารพของประชาชน การกำหนดให้มีการบล็อกได้หากข้อมูลดังกล่าว แพร่หลายออกไปจึงเป็นการสมควรและสมเหตุผลแล้ว

แต่ในขณะเดียวกัน การใช้มาตรการบล็อกข้อมูลที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนยังคงมีปัญหาในเรื่องของการตีความว่า ข้อมูลใดจะถือว่าเป็นข้อมูลที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือขัดต่อศีลธรรมอันดี ของประชาชนจนถึงขนาดที่ต้องมีการบล็อก ผู้เขียนจึงได้วิเคราะห์ในประเด็นนี้ดังต่อไปนี้

4.5.2.1 การตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ตามความหมายโดยทั่วไป ของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ” นั้นหมายถึงความสงบสุข ความปลอดภัยในการดำรงชีวิตของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในประเทศ และส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์อันสำคัญของประชาชน การใดก็ตามที่ขัดต่อผลประโยชน์และความสงบสุขของประชาชนส่วนใหญ่แล้ว ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน ” หมายถึงจริยธรรม ธรรมเนียม ประเพณีวัฒนธรรม ความรู้สึกนึกคิดทางจิตใจหรือค่านิยมของคนในสังคม การใดที่สร้างขึ้นแล้วทำให้คนในสังคมส่วนใหญ่รู้สึกไม่เห็นดีเห็นงาม รู้สึกเกลียดชัง หรือไม่ยอมรับ ด้วยเหตุผลเพราะขัดต่อจริยธรรม ธรรมเนียม ประเพณี หรือศาสนา การนั้นย่อมขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ยังมีความเห็นอีกว่า แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมักเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและแตกต่างกันในแต่ละสังคมประเทศ การกำหนดกฎหมายที่แน่นอนว่าสิ่งใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ย่อมไม่ อาจกระทำได้จึงต้องให้อำนาจแก่หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมในการใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นกรณีๆไป

ถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ” นั้น นอกจากปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แล้ว ยังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใน เรื่องนิติกรรม มาตรา 150 ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ ” การตีความตามมาตรานี้เป็นการตีความตามกฎหมายแพ่งซึ่งพิจารณาจากเจตนาในการเข้าทำสัญญาว่ามีวัตถุประสงค์อย่างไร

ตัวอย่างนิติกรรมที่ถือว่ามั่ววัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามคำพิพากษาฎีกา เช่น การทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ให้พนักงาน

เจ้าหน้าที่ใช้ตำแหน่งหน้าที่ช่วยเหลือเพื่อบำเหน็จสินจ้างหรือมี ข้อตกลงให้สินบน เพราะเป็นการกระทำอันมีวัตถุประสงค์ในทางทุจริตและขัดต่อกฎหมายอาญา การทำสัญญาฮั้วประมูลกับทางราชการ เพื่อแบ่งผลประโยชน์ระหว่างกันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจเป็นการบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต การตกลงกันเพื่อให้หญิงอื่นมาเป็นภริยาทั้งๆที่ฝ่ายชายมีภริยาอยู่แล้ว ก่อให้เกิดความแตกร้างในครอบครัว ข้อตกลงเหล่านี้จึงเป็นโมฆะ

การตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ให้ตรงตามเจตนารมณ์ของมาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 20

ดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่ามาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสังคมและสกัดกั้นการกระทำความผิดชั่วคราว ไม่ได้กำหนดให้มีการจับกุมผู้กระทำความผิดและลงโทษทางอาญา การตีความจึงจำเป็นต้องตรงตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครอง รongสังคมอย่างแท้จริง กล่าวคือ ต้องเป็นสังคมส่วนรวมและส่วนใหญ่ในประเทศไทยมิใช่เพื่อคุ้มครองกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือคุ้มครองผลประโยชน์ในทางการเมือง อีกทั้งผลกระทบจากการปล่อยให้อำนาจที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแพร่หลายในระบบอินเทอร์เน็ตนั้นจะต้องร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้สังคมส่วนใหญ่ หรือประเทศชาติเสียหายในระดับที่อาจกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร เช่นเดียวกับการเผยแพร่ข้อมูลที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรด้วย เช่น

เว็บไซต์ที่เกี่ยวกับ การพนัน และการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต ที่นำเอาศาสนาเข้ามาเกี่ยวข้องเช่น นำถ่ายภาพเปลือยโดยมีพระพุทธรูปประกอบฉาก ก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและขัดต่อความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคมส่วนใหญ่ ซึ่งนอกจากจะ ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของคนในสังคม แล้ว ยังส่งผลกระทบต่อสถาบันศาสนาของชาติด้วย เว็บไซต์ที่ปรากฏข้อมูลเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ของชาติไทยที่บิดเบือนจากความเป็นจริงที่จะส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศ หรือที่เกี่ยวกับองค์กรที่สนับสนุนการก่อการร้ายหรือกบฏ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม การแสดงความคิดเห็นที่อยู่ในกรอบของกฎหมายและไม่ละเมิดสิทธิ สิทธิภาพของผู้อื่น นั้น ไม่ควรถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นการแสดงออกทางการเมืองที่อยู่ในกรอบของกฎหมายโดยมีหลักกว่าการทำงานของรัฐบาลสามารถวิพากษ์วิจารณ์ได้ นโยบายของรัฐที่มีผลกระทบต่อประชาชน ประชาชนสามารถไม่เห็นด้วยหรือแสดงการคัดค้านได้ การแสดงออกเช่นนี้เป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญตราบใดที่ไม่ได้แสดงออกเลยกรอบของกฎหมาย เช่นยุยงให้มีการร่วมกันกระทำความผิดเพื่อล้มล้างอำนาจรัฐ หรือศีลธรรมอันดีแล้ว เว็บไซต์ที่เผยแพร่ข้อมูลเหล่านี้ไม่สมควรถูกล็อกโดยการใช้อำนาจที่ไม่สุจริตของรัฐบาล มิเช่นนั้นจะ จะเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองมากกว่าการใช้อำนาจตาม

กระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายและ เป็นการปิดหูปิดตาประชาชนจนไม่มีสิทธิเสรีภาพใดๆตามที่สังคมที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยควรมี

4.5.3 ประสิทธิภาพของการใช้มาตรการระงับการ ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์กับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

เนื่องจากตามเจตนารมณ์ของมาตรา 20 คือการป้องกันสังคมจากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการเผยแพร่ข้อมูล โดยการระงับการเข้าถึงข้อมูลนั้นๆโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น โดยไม่มีการดำเนินการทางกฎหมายใดๆต่อตัวผู้กระทำความผิดที่เผยแพร่ข้อมูล และไม่มีการดำเนินการใดๆต่อตัวข้อมูลที่ยังคงมีอยู่ มาตรการนี้จึงไม่มีประสิทธิภาพใดๆในการป้องกันและปราบปรามการอาชญากรรม ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อีกทั้งมาตรการนี้เป็นการป้องกันเพียงชั่วคราว เพราะในความเป็นจริงเทคโนโลยีที่ พัฒนาอย่างรวดเร็วทำให้สามารถสร้างโปรแกรมที่เจาะการปิดกั้น (Circumvention) ได้ ซึ่งโปรแกรมดังกล่าวสามารถดาวน์โหลดได้ทั่วไปจากอินเทอร์เน็ต ผู้เขียนเห็นว่าหากการบังคับใช้ มาตรการนี้มีประสิทธิภาพในแง่ของการปราบปรามอาชญากรรมด้วยแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมเป็นอ ย่างยิ่ง จึงควรต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อปราบปรามการกระทำความผิดหลังจากมีการใช้มาตรการทางเทคนิคเพื่อระงับการกระทำความผิดแล้ว

มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 20 เป็นการใช้อำนาจของศาลเพื่อระงับการเข้าถึงข้อมูลเท่านั้น โดยเป็นการตัดการเชื่อมต่อหรือทำให้ข้อมูลนั้นๆไม่สามารถเข้าถึงได้โดยเปลี่ยนแปลง วิธีการเชื่อมต่อไปยังหน้าที่ปรากฏ ภาพดวงตาและ ข้อความของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร แต่ตัวข้อมูลที่ผิดกฎหมายก็ยังคงอยู่ในตำแหน่งเดิม ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากเพิ่มเติมมาตรการในการกำจัดข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้นโดยการกำหนดให้ต้องลบออกจากเว็บไซต์ที่ถูกระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลแล้ว ก็จะทำให้การบังคับใช้มาตรการนี้ไม่ได้เป็นไปอย่างชั่วคราว เพราะข้อมูลได้ถูกลบออกโดยไม่สามารถเข้าถึงได้อีกโดยวิธีการอื่นๆ การกำหนดให้ลบข้อมูลนั้นต้องเป็นคำสั่ง ที่ผ่านการพิจารณาของศาลแล้ว และต้องเป็นการลบข้อมูลที่มีเนื้อหาผิดกฎหมายเท่านั้น

เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีการดำเนินการใดๆกับตัวผู้กระทำความผิดที่เผยแพร่ข้อมูล จึงเปรียบเสมือนการปล่อยให้อาชญากรสามารถกระทำความผิดขึ้นได้อีก ประกอบกับการใช้อินเทอร์เน็ตเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายนั้นสามารถทำได้ง่ายโดยหากเว็บไซต์แรกถูกปิดไป ก็สามารถเปิดเว็บไซต์ใหม่โดยย้ายเครื่องเซิร์ฟเวอร์หรือเปลี่ยนโดเมนเนมใหม่ได้อย่างง่ายดายภายในเวลาอันรวดเร็ว การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องรวบรวมหลักฐานเพื่อยื่นคำร้องต่อศาลในทุกครั้งที่มีการกระทำความผิดโดยผู้กระทำคนเดิมจึงเป็นการสิ้นเปลืองเวลาและทรัพยากรโดยเปล่าประโยชน์ มาตรการนี้จึงขาดประสิทธิภาพเพราะไม่สามารถป้องกัน การกระทำความผิดซ้ำ ได้ ผู้เขียนจึงมี

ความเห็นว่าคุณมีการกำหนดเพิ่มเติมไว้ในกฎหมาย ถึง การดำเนินการหลังจากที่มีการบล็อกข้อมูลที่ผิดกฎหมายแล้วดังต่อไปนี้

1. กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจติดตามความเคลื่อนไหวของผู้เผยแพร่ข้อมูล ซึ่งหากมีการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย ในลักษณะเดียวกัน อีก ไม่ว่าโดยการสร้างเว็บไซต์ขึ้นใหม่หรือโพสต์ข้อมูลไว้ในกาให้บริการใดๆ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจบล็อกข้อมูลดังกล่าวได้ทันทีโดย อาศัยคำสั่งเดิมของศาล และ ไม่ต้องยื่นคำร้องต่อศาลตามมาตรา 20 อีกครั้ง เพื่อประหยัดเวลา และทรัพยากร เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการความรวดเร็วในการระงับ การทำให้แพร่หลายของข้อมูลที่ผิดกฎหมาย โดยมีข้อสำคัญคือ ต้องเป็นผู้เผยแพร่รายเดียว กันและเนื้อหาข้อข้อมูลมีลักษณะเช่นเดียวกับข้อมูลก่อนที่เคยได้เผยแพร่ไว้
2. กำหนดระยะเวลาให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องติดตามจับกุมตัวผู้กระทำความผิดเพื่อบำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมต่อไป ซึ่งจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมมากขึ้น

อย่างไรก็ตามเมื่อได้จับกุมตัวผู้กระทำความผิดเพื่อดำเนินคดีและได้ทำการลบข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากเว็บไซต์แล้ว การปิดบล็อกเว็บไซต์ดังกล่าวจึงไม่มีประโยชน์ใดๆอีก จึงควรต้องกำหนดให้มีการยกเลิก คำสั่งศาลที่ให้มี การระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือ บล็อกเว็บไซต์เพื่อเป็นการให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกจำกัดไว้กลับคืนมา โดยอาจกำหนด ระยะเวลาหรือเงื่อนไขการสิ้นสุดผลของคำสั่งการบล็อกเว็บ เพิ่มเติมว่า เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้จับกุมตัวผู้กระทำความผิดและได้รายงานถึงขั้นตอนการดำเนินคดีต่อศาลแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกการระงับ การทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าว เป็นต้น

4.5.4 ข้อจำกัดของการบังคับใช้มาตรการระงับการ ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย

การดำเนินการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือบล็อกเว็บไซต์จะทำได้ต่อเมื่อ

1. กรณีที่เป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550
2. การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์
3. ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นต้องมีลักษณะที่อาจกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากตามองค์ประกอบของกฎหมายแล้ว พบว่าเป็นข้อจำกัด ในการดำเนินการ ที่แคบเกินไป เพราะกฎหมายกำหนดให้ต้องเป็นกรณี ที่เป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น เพราะฉะนั้น การเปิดเว็บไซต์ให้เล่นพนัน การเปิดเว็บไซต์เพื่อบริการค้าประเวณี หรือการเปิดเว็บไซต์เพื่อบริการทำแท้ง แม้จะพิจารณาว่ามีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีลักษณะเป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงข้อมูลได้แล้ว แต่ ศาลก็ไม่สามารถใช้อำนาจสั่งให้ บล็อกเว็บไซต์ดังกล่าวได้เพราะ การเปิดเว็บไซต์เหล่านี้ไม่ได้เป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ตามองค์ประกอบของกฎหมาย การบังคับใช้มาตรการนี้จึงมีข้อจำกัด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากมีการแก้ไข คุ้มครองถึงการกระทำความผิดอื่นๆด้วยแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์มากขึ้น

4.5.5 การบังคับใช้กฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่

ในทางปฏิบัติ การที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารใช้อำนาจบล็อกหรือตัดสัญญาณการเชื่อมต่อกับเว็บไซต์ที่มีข้อมูลผิดกฎหมาย พบว่า ในบางครั้งเป็นการบล็อกโดยไม่ได้สัดส่วนกับข้อมูลผิดกฎหมายที่มีอยู่ในเว็บ ดังเช่นกรณีการบล็อกเว็บไซต์ยูทูป (www.youtube.com) ทั้งเว็บเนื่องจากมีสมาชิกผู้ใช้บริการใช้นามแฝงว่า “paddidda” โปสต์คลิปที่มีเนื้อหาเป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น แสดงความอาฆาต มาตราร้ายต่อพระมหากษัตริย์ ซึ่งจากข้อเท็จจริงตามข่าว เจ้าหน้าที่ได้ขอความร่วมมือไปยังผู้ให้บริการเว็บไซต์ youtube แล้ว แต่ไม่ได้รับการตอบสนองจึงต้องบล็อกเว็บดังกล่าว และยกเลิกการบล็อกเมื่อ youtube ยอมลบคลิปดังกล่าวออก¹¹ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ประกอบกับเทคโนโลยีสมัยนี้ทำให้สามารถเลือกบล็อกเฉพาะเว็บเพจที่มีปัญหาได้ โดยไม่จำเป็นต้องปิดกั้นเว็บไซต์ทั้งระบบ จึงเห็นว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ควรมีกรอบการใช้ดุลพินิจในการบล็อกที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด

อีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจ คือการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในลักษณะของการขอความร่วมมืออย่างไม่เป็นทางการไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ให้บล็อกหรือลบข้อมูล มากกว่าทำตามกระบวนการตามกฎหมาย ทั้งๆที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้แล้ว เช่น กรณีเว็บ hi-thaksin.net โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต บริษัท CS LOGINFO ได้ให้ความร่วมมือกับรัฐในการปิดกั้นเว็บไซต์ดังกล่าว โดย กรรมการผู้จัดการบริษัทได้กล่าวว่า บริษัทสามารถปิดกั้นได้เพราะไม่ยอมมีปัญหาเกี่ยวกับทางภาครัฐ แต่ยังมีผู้ใช้บริการสามารถเข้าถึงเว็บดังกล่าวได้อยู่ เพราะเส้นทางของการเข้าถึง

¹¹ “บล็อก ยูทูป” หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันที่ 7 เมษายน 2550, หน้า 20.

ระบบ สามารถเข้าถึงได้จากหลายทาง ซึ่งผู้ให้บริการรายอื่นนั้นอาจมีมุมมองทางด้านกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้ที่แตกต่างกัน¹² กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากปล่อยให้มีการขอความร่วมมืออย่างไม่เป็นทางการเช่นนี้ จะทำให้เสี่ยงต่อการใช้มาตรการโดยไม่ชอบ เพราะไม่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ผ่านกลั่นกรองดุลพินิจอีกชั้นหนึ่งจากศาล และประชาชนไม่สามารถตรวจสอบได้ เพราะไม่มีข้อมูลบันทึกไว้ในสารบบอย่างเป็นทางการ

4.5.6 ความร่วมมือกับภาคประชาชนและการแจ้งข้อเท็จจริงให้ประชาชนทราบ

การดูแล สอดส่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นวิธีหนึ่งที่จะช่วยเสริมการดำเนินการของภาครัฐให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังนั้นกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารควรเปิดช่องทางรับแจ้งเว็บไซต์ที่มีข้อมูลที่ไม่เหมาะสมและประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนทราบ เพื่อเป็นการอาศัยความร่วมมือจากภาคประชาชนในการกำกับดูแลกันเอง ปัจจุบัน มีช่องทาง ได้แก่ <http://www.mict.go.th> และ Call Center 1212 และอีกหลายช่องทางตามเว็บไซต์ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างๆ เช่น กรมสอบสวนคดีพิเศษ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ แต่เมื่อแจ้งแล้วไม่มีการตอบรับหรือชี้แจงความคืบหน้าของการดำเนินการใดๆ ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการแจ้งประชาชนทราบถึงความคืบหน้าว่า พนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับเรื่องแล้วหรือยัง มีการดำเนินการใดๆหรือไม่ และเว็บไซต์ดังกล่าวถูกบล็อกไปแล้ว เมื่อ วันที่เท่าไร หรือไม่สามารถบล็อกได้เพราะเหตุอะไร เป็นต้น การชี้แจงข้อมูลต่างๆเช่นนี้จะทำให้ประชาชนคลายความสงสัยว่า มาตรการการ บล็อกเว็บไซต์ซึ่งเป็นหน้าที่ของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ในการขออำนาจบล็อกจากศาล เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่

การแจ้งให้ประชาชนทราบถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลในการบล็อกเว็บไซต์ ก็เป็นอีกประการหนึ่งที่มีความสำคัญในแง่ของความโปร่งใส โดยหากบุคคลหนึ่งต้องการจะเข้าเว็บไซต์ที่เขาเข้าไปแสดงความคิดเห็นอยู่เป็นประจำ แต่มาวันหนึ่งไม่อาจเข้าได้อีกต่อไปเพราะการบังคับใช้มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของรัฐ เท่ากับบุคคลนั้นเสียสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร เขาจึงควรได้ทราบข้อเท็จจริงและเหตุผลในการจำกัดสิทธิจากฝ่ายรัฐมากกว่าการเปิดเว็บไซต์มาแล้วเห็นแต่ข้อความ “The Internet Explorer Cannot Display the Webpage” หรือปรากฏภาพดวงตาของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารและข้อความที่แสดงเพียงว่า “ขอภัยเว็บไซต์นี้เป็นเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสม กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารโดยได้รับความร่วมมือจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจำเป็นต้องปิดกั้นเว็บไซต์นี้” แม้ข้อความดังกล่าวจะเป็นการแจ้งแก่ประชาชนว่าเว็บไซต์นี้ได้ถูกระงับการเข้าถึงแล้ว

¹² “ซีเอส” ปวดหัว บล็อกเว็บฉาว หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน ฉบับวันที่ 16 มกราคม 2551, หน้า 6.

แต่การแจ้งเช่นว่านั้นไม่ได้ปรากฏรายละเอียดใดๆที่แสดงถึงเหตุผลที่ชัดเจนในการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูล ไม่ปรากฏคำสั่งศาลหรือหมายเลขคำสั่งศาล ที่จะแสดงให้เห็น ว่าการบังคับใช้มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นได้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20 กล่าวคือต้องเป็นการใช้อำนาจของศาล

ในประเทศเยอรมนีหากมีคำสั่งของศาลให้บล็อกเว็บไซต์ก็จะปรากฏข้อความที่แสดงถึงคำสั่งของศาล ผู้ร้อง และเหตุผลที่หน้าของเว็บไซต์ที่มีการบล็อก เช่น

“By virtue of an interim injunction ordered by the Lübeck state court dated November 13, 2008, upon the request of Lutz Heilmann (Member of Parliament – “Die Linke” party), Wikipedia Germany is hereby enjoined from continuing linking from the Internet address wikipedia.de to the Internet address de.wikipedia.org, as long as under the address de.wikipedia.org certain propositions concerning Lutz Heilmann remain visible. The service of wikipedia.de in its current form must therefore discontinue until further notice...”¹³

ผู้เขียนจึงมีความเป็นไปได้ในการบังคับใช้มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงควรแจ้งข้อมูล ให้แก่ประชาชนทราบโดยชัดเจน ซึ่งข้อมูลที่รัฐควรต้องแจ้งให้แก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตทราบคือ เหตุผลในการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ในเว็บไซต์นั้นๆ ว่าเนื้อหาของข้อมูลเป็นความผิดตามกฎหมายใด มาตราใด และ หมายเลขหรือหมายเลขตามคำสั่งศาล เพื่อที่ประชาชนจะสามารถตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้

แต่อย่างไรก็ตาม การแจ้งเหตุผลในการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูล ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร เท่านั้นที่ไม่จำเป็นต้องแจ้งรายละเอียดเพราะ สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้ หากการเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สถาบันพระมหากษัตริย์หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคง แห่งราชอาณาจักร หากเปิดเผยแล้วอาจเป็นช่องทางให้นำที่อยู่เว็บไซต์ (address) ไปเข้าโปรแกรม “Circumvention” เพื่อปลดบล็อกหรือเจาะการปิดกั้น (unblock) ทำให้สามารถเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ในเว็บไซต์ที่ถูกระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลนั้นได้ซึ่งปัจจุบันไม่ใช่เรื่องยาก

¹³ Blocking Wikipedia.de due to the offending Article, [online] <http://cyberlaw.stanford.edu/node/5928>.

4.5.7 วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการระงับการ ทำให้ แพร่หลายซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์กับการกำกับดูแลข้อมูลของสื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุและโทรทัศน์

การกำกับดูแลสื่อมวลชนแขนงต่างๆสามารถแบ่งได้ตามยุคสมัยโดยอาศัยองค์กร หรือกลุ่มบุคคลที่กำกับดูแลเป็นเกณฑ์ได้ดังนี้¹⁴

ยุคระบอบกึ่งเผด็จการ (พ.ศ. 2498-2518) การเซ็นเซอร์หรือการตรวจสอบเนื้อหา ก่อนการออกอากาศเป็นเรื่องปกติ เนื้อหาของราย การหรือบทความส่วนใหญ่เน้นสาระบันเทิง หรือ หากเป็นเนื้อหาอื่น ๆ ด้านข่าวสารก็จะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือนโยบายของรัฐบาล

ยุคคณะกรรมการบริหารวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (กบว.)(พ.ศ. 2518-2535) ภายหลังจากเหตุการณ์วันที่ 14 ตุลาคม 2516 รัฐบาลของ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช ได้ปฏิรูประบบ วิทยุโทรทัศน์ โดยจัดตั้งคณะกรรมการบริการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ขึ้น และออก กฎระเบียบการบริหารวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ขึ้นเพื่อควบคุมการขออนุญาตจัดตั้งสถานี และควบคุมเนื้อหาของรายการ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของอนุกรรมการ การตรวจเซ็นเซอร์ การ วิชาจารย์วิจารณ์ทางการเมืองและทางสังคมทั้งในรายการบันเทิง รายการข่าวหรือ โฆษณาเป็นสิ่ง ต้องห้าม นอกจากนี้ภายหลังจากเหตุการณ์รัฐประหาร 6 ตุลาคม 2519 การดำเนินงานของ กบว. ยิ่ง เข้มงวดขึ้นโดยกำหนดให้รายการต่างๆต้องนำเสนอเนื้อหาที่ส่งเสริมความรักชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และห้ามนำเสนอเนื้อหาที่ส่งเสริมลัทธิคอมมิวนิสต์ทั้งทางตรงและทางอ้อม

ยุคคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ (กกช.)(พ.ศ. 2535-2540)หลังจากเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ .ศ. 2535 ที่มีการบิดเบือนการนำเสนอข่าวสารของ สื่อมวลชน ประชาชนและนักวิชาชีพสื่อสารมวลชนแขนงต่างๆได้เรียกร้องให้มีการปฏิรูปสื่อเพื่อให้มี เสรีภาพในการนำเสนอข่าวสารและความคิดเห็น ต่อมาจึงมีการออกระเบียบว่าด้วยวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2535 โดยมีสาระสำคัญ คือให้มีคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและ วิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ (กกช.) และยกเลิกการตรวจเซ็นเซอร์เนื้อหาของรายการ โดยให้คณะกรรมการ ของสถานีวิทยุโทรทัศน์ตรวจสอบตนเอง แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากสื่อยังไม่เป็นอิสระจากรัฐซึ่งเป็น เจ้าของคลื่นความถี่ในการออกอากาศ และในทางปฏิบัติรัฐก็ยังคงมีการตรวจสอบเนื้อหาเพื่อ ตอบสนอง ความต้องการของรัฐมากกว่าประโยชน์สาธารณะ การกำกับดูแลสื่อมวลชนในยุคนี้จึงยังไม่มีความเป็น อิสระและมีเสรีภาพอย่างแท้จริง

ยุคแห่งการปฏิรูปสื่อ (พ.ศ. 2540 – ปัจจุบัน) เนื่องจากการเรียกร้องให้มีการปฏิรูป สื่อและการเมือง รวมถึงการรณรงค์ในเรื่องสิทธิเสรีภาพ พหุและสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 จึงสร้างหลักประกันสิทธิเสรีภาพในการนำเสนอ ข่าวสารและความเห็นต่างๆของสื่อ โดยให้ประชาชนได้กลับเข้ามาเป็นเจ้าของกิจการ มีกฎหมายห้าม

¹⁴ พิรงรอง งามสูตร วัฒนันท์ และศศิธร ยูโกศล, งานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง การกำกับดูแลเนื้อหาของสื่อวิทยุและ โทรทัศน์ในประเทศไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2546 หน้า v-vi.

รัฐเข้าแทรกแซงการทำงานของสื่อหรือเข้าเป็นเจ้าของ กิจการสื่อ สื่อในยุคปัจจุบันจึงมีความเป็นสื่อสาธารณะมากกว่ายุคที่ผ่านมา การเซ็นเซอร์โดยหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับอนุญาตให้มีขึ้น แต่เน้นการกำกับดูแลกันเองในสถานีโทรทัศน์ซึ่งมีการวางมาตรฐานโดยสมาคมผู้ประกอบการ จึงอาจถือได้ว่ารัฐนั้นมีบทบาทในการควบคุมสื่อโดยการออกกฎหมาย แต่ไม่มีอำนาจปิดกั้นหรือเซ็นเซอร์โดยใช้ดุลพินิจเองอีกต่อไป

การกำกับดูแลด้านเนื้อหาในสื่อสิ่งพิมพ์ มีกฎหมายคือ พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดมาตรการหากมีการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรไว้¹⁵ โดย ให้ผู้บัญชาการ ตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ห้ามมิให้การส่งเข้าหรือนำเข้าสิ่งพิมพ์ใดที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะกำหนดเวลาห้ามไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ห้ามมิให้นำข้อความที่มีลักษณะที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนมาแสดงไว้ด้วย อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ห้ามนำเข้าหรือเผยแพร่ในประเทศไทย ห้ามนำสื่อสิ่งพิมพ์เข้ามา ห้ามนำข้อความมาตีพิมพ์เผยแพร่ ทั้งนี้สิ่งพิมพ์ดังกล่าวผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ มีอำนาจจับหรือทำลายได้ เป็นอำนาจเฉพาะของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันการเผยแพร่สิ่งพิมพ์ที่มีเนื้อหาที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

สำหรับสื่อวิทยุโทรทัศน์นั้น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 37 วางหลักห้ามมิให้ออกอากาศที่มีเนื้อหาที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่ง ผู้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการ (หมายถึงผู้กำกับดูแลในสถานีแต่ละช่องหรือแต่ละคลื่นความถี่) มีหน้าที่ตรวจสอบและให้ระงับการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาดังกล่าว ซึ่งหากผู้ ได้รับใบอนุญาต ประกอบกิจการ ไม่ดำเนินการ ให้กรรมการซึ่งคณะกรรมการการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์มอบหมาย มีอำนาจสั่งด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือให้ระงับการออกอากาศรายการนั้นได้ทันที และให้คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าวทันที เมื่อคณะกรรมการสอบสวนแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเกิดจากการละเลยของผู้รับใบอนุญาต ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการดังนี้ คือแก้ไขตามที่สมควรหรือพักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต แต่อย่างไรก็ตามยังมีมาตรการควบคุม และตรวจสอบโดยส่วนงานกำกับมาตรฐานเนื้อหาโทรทัศน์และวิทยุกระจายเสียง สังกัดสำนักงานกิจการกระจาย

¹⁵ พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550, มาตรา 10

เสียงและกิจการโทรทัศน์ ทำหน้าที่ตรวจสอบ (monitor) รายการต่างๆ รายการที่ออกอากาศทุกช่องทุกเวลาที่มีการออกอากาศของสถานี เพื่อเป็นการกำกับดูแลอีกชั้นหนึ่ง¹⁶

หากเปรียบเทียบกับยุคสมัยแห่งการ กำกับดูแลสื่อมวลชนกับการ กำกับดูแลอินเทอร์เน็ตก็อาจกล่าวได้ว่า ในประเด็นของการบัญญัติกฎหมายนั้นพัฒนาไปในทางที่ดีขึ้น กล่าวคือ มีการบัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจในการ ใช้มาตรการทางเทคนิคอย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แตกต่างจากสถานการณ์ก่อนบังคับใช้กฎหมายที่รัฐมีอำนาจและดุลพินิจเต็มที่ในการเลือกที่จะปิดบล็อกเว็บไซต์บางซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในทางปฏิบัติ แล้วยังมีข้อพิจารณาต่อไปว่าเหตุใดถึงยังมีข้อผิดพลาดในการบล็อกเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ทั้งๆที่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว

จากการศึกษาพบว่า ไม่ว่าจะป็นสื่อสิ่งพิมพ์หรือวิทยุโทรทัศน์ล้วนแล้วแต่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐในการตรวจสอบและสั่งห้ามเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะที่อาจกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร มีข้อสังเกตว่าส่วนใหญ่แล้วเป็นการตรวจสอบหรือเซ็นเซอร์ก่อนการออกอากาศหรือตีพิมพ์เผยแพร่ซึ่งกระทำโดยภาครัฐกิจผู้ประกอบกิจการสื่ออื่นๆจึงเปรียบเสมือนการกำกับดูแลตนเอง ทั้งนี้ในวงการสื่อสารมวลชนในแต่ละแขนงยังมีการจัดตั้งและรวมตัวกันเป็นสมาคมเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ เช่น สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย สมาคมนักข่าว วิทยุและโทรทัศน์ไทย อีกทั้งมีการกำหนดแนวปฏิบัติของกลุ่มวิชาชีพเพื่อกำหนดบรรทัดฐานและจรรยาบรรณของสื่อ เพราะเหตุนี้จึงทำให้การกำกับดูแลเนื้อหาที่สื่อกระแสหลักนำเสนอสามารถควบคุมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตามด้วยธรรมชาติของการใช้งานอินเทอร์เน็ต หากกำหนดให้มีการตรวจสอบเนื้อหาของข้อมูลก่อนการแสดงผลในระบบอินเทอร์เน็ตเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะมีข้อมูลมากมายผ่านเข้าสู่ระบบอย่างรวดเร็ว เช่น หากเว็บไซต์ใดมีการตรวจสอบทุกข้อมูล (ของผู้ใช้บริการที่ต้องการโพสต์) จะขัดต่อหลักการไหลเวียนของข้อมูล (Free Flow Information) ซึ่งทำให้การใช้งานในเว็บไซต่นั้นไม่ได้รับความนิยม ด้วยเหตุนี้จึงต้องนำมาตราทางเทคนิคในการบล็อกเว็บไซต์ที่ผิดกฎหมายมาใช้ในการควบคุมข้อมูลที่ผิดกฎหมายในระบบอินเทอร์เน็ต เพื่อระงับการกระทำความผิดภายหลังเกิดการกระทำความผิดแล้ว

¹⁶ สัมภาษณ์ นางสาวพนิดา เกตุศิริ เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายประจำสำนักงานกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ วันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2554.

4.6 วิเคราะห์มาตรการทางสังคมที่เกิดขึ้นเมื่อมีการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

ในระหว่างกลุ่มผู้ใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต อาจถือได้ว่าการรวมกลุ่มกันบนเครือข่ายดังกล่าวมีลักษณะเป็นสังคม เมื่อมีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตมาก เท่ากับว่ามีประชากรเพิ่มขึ้นในสังคม อาณาเขตของสังคมได้ขยายกว้างขึ้น สิ่งที่ตามมาคือปัญหาการอยู่ร่วมกัน ดังนั้นสังคมทุกสังคมซึ่งรวมถึงสังคมออนไลน์ จึงมีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่วางแนวทางปฏิบัติให้คนในสังคมไว้ เพื่อให้สมาชิกในสังคมสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข ซึ่งนอกจากกฎเกณฑ์ในรูปแบบของกฎหมายหรือกฎระเบียบที่ออกโดยรัฐแล้ว คนในสังคมจึงพึงทราบถึงมารยาทในการอยู่ร่วมกันบนสังคมออนไลน์ด้วย เช่น การใช้งานในระบบที่ต้องระบุตัวตน (Authentication gateway) โดยใช้งานในนามของตนเองเท่านั้น และไม่ให้ผู้อื่นใช้รายชื่อของตัวเอง หรือบอกรหัสผ่านให้ผู้อื่นรู้หรือเนื้อหาของการโพสต์ หรือการแสดงความคิดเห็นที่เหมาะสม ซึ่งไม่ควรมีข้อความหรือประโยคที่แสดงถึงความก้าวร้าว ทุบายคาย ส่อเจตนาไปในทางที่เสื่อมเสีย ไม่ใช่ข้อความที่กำกวมสองแง่สองง่าม ดำเนินให้ร้ายผู้อื่นไปในทางที่เสียหาย พึงระลึกไว้เสมอว่าผู้ที่เผยแพร่เนื้อหาเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่เผยแพร่¹⁷

เมื่อมีการกระทำผิดกฎระเบียบ ก็จะมีการพิจารณาระดับของความผิดว่ามีมากน้อยเพียงใด นับตั้งแต่การตักเตือนหรือการลงโทษเบาจนถึงขั้นรุนแรงตามความร้ายแรงของความผิดตามกฎระเบียบนั้น ในสังคมอินเทอร์เน็ตก็เช่นเดียวกัน การใช้งานเครือข่ายในแต่ละรูปแบบก็มีการพิจารณาระดับของความผิดและการลงโทษที่แตกต่างกัน เช่น หากความผิดไม่ร้ายแรง ผู้ให้บริการเว็บไซต์ (webmaster หรือ admin.) ก็จะแจ้งเตือนทางอีเมล หากยังกระทำความผิดอยู่อีกหรือกระทำความผิดซ้ำก็อาจพิจารณาพักการใช้งานในระบบตามกำหนดเวลา หรือหากกระทำความผิดร้ายแรงก็อาจพิจารณาถึงขั้น ยกเลิกการให้บริการ

ปฏิบัติการล่าแม่มดและเสียประจาน

เมื่อมีผู้เผยแพร่ประเด็นหรือความคิดใดๆ ผ่านทางสื่ออินเทอร์เน็ต ประเด็นความคิดนั้นก็จะถูกแพร่ไปยังผู้คนอีกมากมายในเวลาอย่างรวดเร็ว และหากว่าประเด็นนั้นถูกใจหรือสอดคล้องกับทัศนคติของผู้รับสารอื่นๆ ที่ออนไลน์อยู่แล้ว ก็จะมีการส่งต่อๆ กันไปและได้รับความสนใจจนกลายเป็นประเด็นที่มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง แต่หากมีประเด็นใดที่ไม่เป็นที่ถูกใจของสังคมหรือคนหมู่มาก สังคมออนไลน์ก็จะมีมาตรการทางเพื่อสกัดกั้นความคิดนั้นหรือเพื่อลงโทษผู้ที่เผยแพร่ความคิดนั้นที่เรียกว่า “Social Sanction” หรือ “ปฏิบัติการล่าแม่มด” และ “เสียประจาน” ซึ่งเป็นคำศัพท์ที่ใช้

¹⁷ สมนึก ศิริโต สุรศักดิ์ สงวนพงษ์ สมชาย นำประเสริฐชัย, เปิดโลกอินเทอร์เน็ต (กรุงเทพมหานคร : บริษัทซีเอ็ดยูเคชั่น จำกัดมหาชน, 2521) หน้า 140-141.

อย่างไม่เป็นทางการหรือแสดงที่ใช้กันบนอินเทอร์เน็ต ซึ่ง คือการนำหน้าเว็บเพจที่แสดงข้อความที่ไม่เหมาะสมของผู้โพสต์ รวมถึงในบางครั้งนำประวัติส่วนตัวของผู้นั้นมาประจานในเว็บสาธารณะต่างๆ เช่นในเฟซบุ๊ก (Facebook)¹⁸ เพื่อให้สังคมในอินเทอร์เน็ตได้รับรู้และร่วมกันประณาม ปฏิบัติการนี้เกิดขึ้นจากการร่วมกันสอดส่องดูแลสังคมในอินเทอร์เน็ตให้ปราศจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะการกระทำที่กระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ เช่น ตัวอย่าง กรณีนายรเวศย์ เศรษฐวิวงศ์ ถูกเจ้าหน้าที่กรมสอบสวนคดีพิเศษ จับกุมในข้อหาหมิ่นพระบรมเดชานุภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 และ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกรำทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เนื่องจากคัดลอกข้อความที่เป็นการหมิ่นสถาบันพระมหากษัตริย์จากเว็บไซต์ฟ้าเดียวกันไปใส่ใน blog ของตน หลังจากนั้นก็ถูกระแสวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักให้ มีการดำเนินคดี มีการส่งข้อมูลส่วนตัวของอดีตนักศึกษารายนี้ต่อกันไปเพื่อประจานบนสังคมออนไลน์ จนเป็นที่มาของการดำเนินคดี¹⁹

มาตรการทางสังคมชนิดนี้นอกจากจะส่งผลกระทบต่อ การถูก กีดกันออกจากสังคมออนไลน์แล้วยังส่งผลกระทบต่อสังคมโลกแห่งความเป็นจริงด้วย ในหลายกรณีที่ทำให้ผู้ที่ถูกใช้มาตรการนี้หมดอนาคต เช่น กรณีของ นาย วิทวัส ทำคำลือ หรือ มาร์ค v11 แห่ง Academe Fantasia Season 8 ที่ถูกให้ออกจากการแข่งขันประกวดร้องเพลง เพราะเคยใช้ถ้อยคำรุนแรง “ประเภทสัตว์เลื้อยคลานและอวัยวะเพศ” วิจารย์นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และ โปสตัดข้อความว่า “เป๊อๆ(censor)...เมื่อไหร่จะปลดรูปให้หมดทุกบ้านวะ” ลงใน Facebook ของตัวเอง ซึ่งทำให้ผู้ชมส่วนมากไม่พอใจและกดดันให้มีการลงโทษ²⁰ และกรณีของคุณ “ก้านรูป” ซึ่งสอบติดคณะอักษรศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร ในปีการศึกษา 2553 แต่ถูกตัดสิทธิ์ในการเข้าเรียน เนื่องจากมีผู้ส่งข้อมูลมาให้ทางมหาวิทยาลัยว่า เด็กคนนี้เคยมีประวัติหมิ่นสถาบันเบื้องสูงทั้งใน Facebook และเว็บไซต์ต่างๆ โดยทางมหาวิทยาลัยชี้แจงว่าขาดคุณสมบัติในข้อที่ว่านักศึกษาต้องมีความจงรักภักดีต่อสถาบันหลักของประเทศ จึงจำเป็นต้องตัดสิทธิ์²¹

การใช้มาตรการทางสังคมนี้อาจถือได้ว่าเป็นวิธีหนึ่งที่ภาคประชาชนจะคอยสอดส่องการกระทำผิด รายงานการกระทำความผิดจนนำไปสู่การดำเนินการทางกฎหมาย การใช้ปฏิบัติการล่าม่มดและเสียบประจานนี้จะส่งผลโดยตรงต่อสถานะทางสังคมของผู้ที่ถูกประณาม

¹⁸ <http://th-th.facebook.com/SocialSanctions>

¹⁹ รวบรวมคดี ม.ดงหมิ่นเบื้องสูง ไร้สำนึกคืนของประกันจันทรนี้ ผู้จัดการรายวัน, 8 สิงหาคม 2554, หน้า 4.

²⁰ แม้ว-มาร์ค นักล่าฝันที่เลว อย่าเอาเยี่ยงอย่าง ผู้จัดการรายวัน, 15 กรกฎาคม 2553, หน้า 2.

²¹ กรณีศึกษา “ก้านรูป” ทำไม่ม.ศิลปากร(ต้อง)ตัดสิทธิ์ มติชนสุดสัปดาห์, 4 มิถุนายน 2553, หน้า 18.

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

ปัจจุบันนี้การใช้อินเทอร์เน็ตกลายเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินชีวิตประจำวันของคนส่วนใหญ่ ทั้งในการค้นหาข้อมูลและการติดต่อสื่อสาร เพราะมีความสะดวก ประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย การขยายตัวของธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างต่อเนื่อง เป็นอยู่ในปัจจุบัน เป็นการเพิ่มพื้นที่และเพิ่มประชากรในโลกอินเทอร์เน็ตให้มากยิ่งขึ้น ก่อให้เกิดเป็นสังคมออนไลน์ ในสังคมออนไลน์นั้นเองก็จำเป็นต้องมีกฎกติกาเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคมนั้น แต่การกำหนดกฎกติกา ดังกล่าวอาจมีผลกระทบ ต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ต ซึ่งก็คือ เสรีภาพในการแสดงออกหรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นผ่านทางระบบการให้บริการเนื้อหาต่างๆ สิทธิในการรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และสิทธิในการสื่อสารหรือการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต จึงต้องเป็นการจำกัดโดยบัญญัติของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐ โดยที่ต่อบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนและกำหนดเท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วน ทั้งต้องไม่กระทบถึงสาระสำคัญแห่งสิทธินั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นในโลกอินเทอร์เน็ตคือการกระทำความผิดที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีหลายรูปแบบและมีวัตถุประสงค์แตกต่างกันไป การเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่งที่ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดมักมีเจตนาให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายดังกล่าวไปสู่ความรู้ของสังคมหรือคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งอาจสร้างผลกระทบต่างๆขึ้นไม่ว่าในแง่ของความสงบสุข กระทบต่อศีลธรรมอันดีหรือความรู้สึกนึกคิดของคนส่วนใหญ่ การยุยงให้ประชาชนกระทำความผิดหรือทำให้ประชาชนตื่นตระหนก หรือจนกระทั่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ประเทศต่างๆจึงมีการกำหนดให้การเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายดังกล่าวเป็นความผิดซึ่งอาจมีโทษทางอาญา สำหรับในประเทศไทย มีกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 ที่กำหนดการเผยแพร่ข้อมูลดังต่อไปนี้เป็นความผิด คือ

1. ข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ
2. ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน
3. ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

4. ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

นอกจากนี้แล้วยังกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือส่งต่อข้อมูลโดยที่รู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลที่ผิดกฎหมายตาม 1.- 4. ต้องมีความรับผิดชอบเท่ากับตัวการผู้เผยแพร่

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติตามมาตรา 14 นี้ยังมีปัญหาในการบังคับใช้อยู่มาก ซึ่งปัญหานี้เกิดจากการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายบางประการที่ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความ จึงทำให้การบังคับใช้ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย

นอกจากนี้ความรับผิด ของผู้เผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายยังเชื่อมโยงไปถึง บุคคลอื่นๆที่เกี่ยวข้องในการให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตหรือให้บริการพื้นที่ในการเผยแพร่ข้อมูล ซึ่งก็คือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีส่วนร่วมในการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย หรือรู้ถึงการกระทำความผิดนั้นแต่ไม่ดำเนินการใดๆซึ่งถึงว่าเป็นการยินยอมให้กระทำผิด ก็ควรกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นมีความรับผิดชอบ ด้วย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ว่าต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14 หากจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้จึงจำต้องพิจารณาถึง ความหมายของ “ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ” ว่ารวมถึงบุคคลใดบ้าง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าตามกฎหมายของไทย ทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ .ศ. 2550 และตาม ประกาศ ของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศ มีการกำหนดประเภทและหน้าที่ ยังไม่ชัดเจนและไม่สอดคล้องกับความรับผิด จึงอาจส่งผลให้ผู้ให้บริการที่ให้บริการเพียงการเชื่อมต่อสัญญาณหรือผู้ให้บริการที่ไม่มีอำนาจในการเข้าถึงหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลมี ความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดทางอาญาไปด้วย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจะทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับภาระหน้าที่มากเกินไป ควร ส่งผลให้ไม่มีใครต้องการเข้ามาเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วจะกระทบต่อการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารอย่างอิสระในระบบอินเทอร์เน็ตและเป็นการลดช่องทางการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของผู้ใช้บริการ อีกทั้ง จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ คือประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศ เยอรมนี พบว่าตามกฎหมายไทยยังไม่ มีการกำหนดข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภท โดยการกำหนดหน้าที่หรือเงื่อนไขให้ปฏิบัติ ดังเช่นกฎหมาย The Digital Millennium Copyright Act หรือ Telemedia Act ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นเพราะไม่มีผู้ใดต้องการรับผิดในความผิดที่ตน ไม่ได้กระทำขึ้น จึงควรมีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือกำหนดแยกต่างหากในกฎหมายลูก เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมาย

ปัจจุบันมีผู้ใช้บริการ อินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมาก การเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต นั้น อาจส่งผลกระทบต่อสังคม เพราะข้อมูลสามารถแพร่กระจายออกไปได้อย่างรวดเร็ว

รัฐจึงต้องใช้อำนาจเข้ามาระงับผลร้ายเพื่อปกป้องสังคมส่วนใหญ่ และด้วยการทำงานของระบบอินเทอร์เน็ตที่สามารถเผยแพร่หรือเข้าถึงข้อมูลได้จากประเทศหนึ่งสู่ประเทศหนึ่งได้อย่างรวดเร็ว จึงทำให้การใช้มาตรการทางกฎหมายมีข้อจำกัดในเรื่องของเขตอำนาจศาล ในหลายประเทศจึงเลือกใช้มาตรการทางเทคนิค คือการปิดกั้นหรือบล็อกเว็บไซต์ ที่เป็นการระงับการเข้าถึงข้อมูลจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก แต่อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสังคมแล้วจึงกำหนดให้มีการบังคับใช้ได้ จากการศึกษาพบว่า แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้หลักประกันทางสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากและไม่มีความหมายกำหนดให้มีการบล็อกเว็บไซต์หรือเซ็นเซอร์ข้อมูลใดๆในอินเทอร์เน็ตได้ แต่ในเรื่องของความมั่นคงและการก่อการร้ายแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดให้อำนาจแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความมั่นคงสามารถใช้มาตรการทางเทคนิคแทรกแซงการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือบล็อกข้อมูลในระบบอินเทอร์เน็ตได้ สำหรับประเทศไทยมีการกำหนดให้ใช้มาตรการบล็อกเว็บไซต์ได้ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20 กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา หรือข้อมูลที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ ปัจจุบันหน้าที่ในการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลตามคำสั่งของศาลคือกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือการสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลบหรือบล็อกข้อมูลเอง ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่า การใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการบล็อกเว็บไซต์ที่ไม่ปฏิบัติตาม เจตนารมณ์ของกฎหมาย และไม่สามารถตรวจสอบได้ จึงมีความกังวลจากภาคประชาชนว่าจะมีการใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่ชอบ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการวางแนวทางปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ชัดเจน นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่า หากการใช้มาตรการทางเทคนิคนี้สามารถส่งผลให้การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมมีประสิทธิภาพมากขึ้น จากเดิมที่เป็นการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองสังคมเพียงชั่วคราวแล้ว จะก่อให้เกิดผลดี ต่อสังคมเป็นอย่างมาก จึงควรกำหนดการดำเนินการภายหลังจากการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลนั้นแล้วด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่างๆ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.2.1 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14(3) และมาตรา 14(5) ดังนี้

มาตรา 14(3) “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆอันเป็นความผิด เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมาย อาญา และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนอาจเข้าถึงได้”

มาตรา 14(5) “เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4) ทั้งนี้รวมถึงการเผยแพร่ หรือส่งต่อ ที่อยู่ทาง อิเล็กทรอนิกส์เพื่อการเชื่อมโยงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวด้วย”

5.2.2 ข้อเสนอแนะให้กำหนดความรับผิดและข้อจำกัดความรับผิดของผู้ ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามประเภทการให้บริการ โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติว่า ด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 หรือออกเป็นกฎหมายฉบับ ย่อย ดังนี้

1) ผู้ให้บริการที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูล : ผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคม ผู้ ให้บริการเชื่อมโยงเครือข่ายพื้นฐาน ผู้ให้บริการการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ระบบอินเทอร์เน็ต หรือ ระบบการเชื่อมต่ออื่นใด

ผู้ให้บริการประเภท นี้ไม่มีความรับผิดใดๆในข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น ถ้าหากการทำงานในฐานะสื่อกลางในการนำส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเป็นไปตามกระบวนการทางเทคนิค โดยอัตโนมัติ และ

- ไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มการส่งข้อมูล หรือเป็นผู้ออกคำสั่งให้มีการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ นั้น
- ไม่ได้เป็นผู้กำหนดเส้นทาง หรือกำหนดตัวผู้รับข้อมูล
- ไม่ได้สำเนาและเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้เกินกว่าระยะเวลาที่จำเป็นตาม สมควรเพื่อการส่งผ่าน

2) ผู้ให้บริการที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลในทางเทคนิค : ผู้ให้บริการเช่าระบบ คอมพิวเตอร์เพื่อให้บริการโปรแกรมประยุกต์ต่างๆ ผู้ให้บริการพื้นที่ในการจัดเก็บหรือแลกเปลี่ยน ข้อมูลระหว่างผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว

ผู้ให้บริการประเภทนี้ไม่มีความรับผิดใดๆในข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น ถ้าหาก การทำงานในฐานะสื่อกลางในการจัดเก็บและเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการเป็นไปตาม กระบวนการทางเทคนิคโดยอัตโนมัติ และ

- ไม่ทราบถึงการกระทำความผิดและไม่อาจคาดหมายได้จากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในระบบการให้บริการของตน
- ไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลหรือเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลจากแหล่งข้อมูลเดิม
- หากพบว่ามี การกระทำความผิดในระบบ ผู้ให้บริการได้จัดการลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลนั้นในทันที

3) ผู้ให้บริการที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับข้อมูล : ผู้ให้บริการกระดานสนทนา ผู้ให้บริการเว็บเซอร์วิส เว็บมาสเตอร์ ผู้ให้บริการอื่นใดที่มีลักษณะ ให้ผู้ใช้บริการสามารถเผยแพร่ รับ ส่งข้อมูล หรือแสดงความคิดเห็นในระบบการให้บริการ ของตน ทั้งนี้เฉพาะในกรณีที่ผู้ให้บริการมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขข้อมูล

ผู้ให้บริการประเภทนี้ ไม่มีความรับผิดชอบใดๆในข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น หากทำหน้าที่ในการตรวจตราและกำกับดูแลข้อมูลในระบบเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพของการให้บริการและความเป็นไปได้แล้ว และ

- ไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล
- มีมาตรการป้องกันกระทำผิดในระบบตามสมควรกับการให้บริการ เช่น โปรแกรมกั้นกรองเนื้อหา ระบบแสดงตัวตน ระบบแจ้งลบ กฎกติกา มารยาทในการใช้งาน เป็นต้น
- หากพบว่ามี การกระทำความผิดในระบบ ผู้ให้บริการได้จัดการลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลนั้นทันที

5.2.3 ข้อเสนอแนะ ในการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20

“ในกรณีที่มีการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในภาคสอง ลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ และให้ลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ นั้นได้

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ และลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือ

สั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ นั้นก็ได้ และให้เป็นหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรแก่ผู้ให้บริการ ให้ลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน

ในประเด็น การดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ภายหลังจากบังคับใช้ มาตรการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูล ควรกำหนดเพิ่มเติมว่า

“หลังจากที่พนักงานเจ้าหน้าที่ระงับการทำให้แพร่หลายหรือสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ และลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามคำสั่งศาลแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและรายงานให้ศาลทราบ ภายในกำหนดระยะเวลา...วัน” และ

ในประเด็นของการยกเลิกคำสั่งศาลที่สั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ควรกำหนดเพิ่มเติมว่า

“ในกรณีที่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่งได้ถูกลบออกจาก ระบบคอมพิวเตอร์แล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งต่อศาลและให้ ศาลมีคำสั่งให้ยกเลิก คำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นโดยเร็ว”

5.2.4 ข้อเสนอแนะในการกำหนดแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการแจ้งให้ผู้บริการอินเทอร์เน็ตลบหรือระงับการ ทำให้แพร่ หลายซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ที่ผิดกฎหมายในระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งควรมีขั้นตอนดังต่อไปนี้

1) พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนอำนาจในการแจ้งต้องเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

2) การแจ้งต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรส่งให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือตัวแทนของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

3) ในเอกสารการแจ้งต้องปรากฏรายละเอียดดังต่อไปนี้

- ตำแหน่งของข้อมูลหรือ URL ที่ต้องการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลบออกหรือระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลนั้น
- รายละเอียดหรือลักษณะของข้อมูลดังกล่าว เช่น เป็นข้อความ ภาพ เสียง หรือภาพเคลื่อนไหว หรือในลักษณะอื่นๆ
- รายละเอียดว่าข้อมูลดังกล่าวผิดตามกฎหมายใด เพราะเหตุใด
- หมายเลขที่ระบุคำสั่งศาลให้มีการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลดังกล่าว
- กำหนดระยะเวลาการปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่

- ความรับผิดชอบหากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตาม
- รายละเอียดตามสมควรเพื่อการติดต่อกลับ เช่น ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อีเมลล์
- ลายมือชื่อของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้แจ้งและวันที่แจ้ง

4) พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนให้ครบถ้วนในสาระสำคัญ หากไม่ได้เป็นไปตามขั้นตอนที่กล่าวมาแล้ว ให้ถือว่าไม่มีการแจ้งใดๆต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

5) กำหนดอย่างชัดเจนว่า เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ปฏิบัติตามขั้นตอนภายในกำหนดระยะเวลาแล้ว ให้ถือว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหลุดพ้นจากความรับผิด

นอกจากนี้เมื่อกำหนดแนวปฏิบัติอย่างชัดเจนแล้ว ต้องประกาศให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบเพื่อจะได้ปฏิบัติตามให้ถูกต้อง

5.2.5 ข้อเสนอแนะในการบังคับใช้กฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่

1) พนักงานเจ้าหน้าที่ควรมุ่งจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าการจับกุมผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และหันมาร่วมมือกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการติดตามตัวผู้กระทำความผิดแทนที่จะจับกุมผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเสียเอง

2) พนักงานเจ้าหน้าที่ควรปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดและไม่ควรใช้วิธีขอความร่วมมืออย่างไม่เป็นทางการในการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล

3) พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการ ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลตามคำสั่งศาล ควรใช้ดุลพินิจในการบล็อกเฉพาะหน้าเว็บเพจที่แสดงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

4) หลังจากที่ได้ลบข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากระบบคอมพิวเตอร์แล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตทราบว่า ได้บล็อกเว็บไซต์ดังกล่าวด้วยเหตุผลใด รวมทั้งแสดงคำสั่งศาล

5.2.6 ข้อเสนอแนะในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรม

จัดอบรมเรื่องการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทุกฝ่าย ทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้ง

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เจ้าหน้าที่ตำรวจในหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร พนักงานอัยการและผู้พิพากษา เพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย สร้างความรู้และความเข้าใจของการทำงานจากระบบคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต ให้ทราบถึง แนวทางปฏิบัติในการบังคับใช้ มาตรการทางกฎหมาย มาตรการทางเทคนิคและมาตรฐานในการใช้ดุลพินิจต่างๆ เป็นต้น

5.2.7 ข้อเสนอแนะอื่นๆสำหรับผู้ใช้อินเทอร์เน็ต

1) ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตควร ระลึกอยู่เสมอว่า อินเทอร์เน็ตคือพื้นที่สาธารณะ มีสมาชิกผู้ให้บริการที่มีความแตกต่างหลากหลาย การใช้บริการโปรแกรมใดๆจำเป็นต้องให้ความเคารพสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและเคารพกฎหมาย รวมถึงกฎ กติกา มารยาทในการใช้อินเทอร์เน็ตด้วย

2) ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตต้องมีสติและใช้ความคิดก่อนที่จะเผยแพร่ข้อมูลหรือแสดงความคิดเห็นใดๆในระบบอินเทอร์เน็ต ต้องไตร่ตรองว่าข้อมูลนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ไม่เหมาะสม หยาดคาย ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือเผยแพร่ไปแล้วจะเป็นผลดีต่อสังคมและตัวเราเองหรือไม่อย่างไร อย่าคิดว่าการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายในระบบอินเทอร์เน็ตนั้นปลอดภัยเพราะเราปิดบังตัวตนได้ แต่ในความเป็นจริง นั้นเจ้าหน้าที่สามารถใช้เทคโนโลยี การสืบย้อนหลัง ติดตามหาตัวผู้กระทำความผิดได้โดยไม่ใช้เรื่องยาก

3) ร่วมมือกันสอดส่องดูแลและรายงานการกระทำความผิดต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเจตนาสุจริต เพราะเป็นหนึ่งในหน้าที่ของพลเมืองดี เพื่อให้สมาชิกในสังคมออนไลน์อยู่ร่วมกัน ได้ด้วยความสงบสุข

4) หากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตพบเจอการเผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรในเครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Network) เช่น หากพบเพจใดใน Facebook ที่เผยแพร่ข้อมูลอันกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ควร ไปกด Like หรือ Share หรือ Comment เพราะแม้ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด แต่การกระทำทั้งหลายนั้นเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่ผู้กระทำความผิดและเป็นการทำให้ข้อความนั้นเป็นที่สนใจจากจำนวนคนที่กด Like หรือ Shared อีกทั้งไม่ควรไปโต้ตอบหรือด่าทอด้วยอารมณ์โกรธแค้น เพราะไม่มีประโยชน์อันใด แต่สิ่งที่ควรทำคือการรายงานการกระทำความผิดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทราบเพื่อการปราบปรามตามกฎหมายต่อไป

5) ร่วมมือกันปลูกฝังจิตสำนึกที่ดีในการเคารพเทิดทูนสถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นที่รักยิ่งของปวงชนชาวไทย ด้วยการ เผยแพร่ข้อมูล ทั้งที่เป็นบทความ ภาพ หรือคลิปวิดีโอที่เกี่ยวกับพระราชจริยวัตรอันงดงาม พระราชกรณียกิจ โครงการในพระราชดำริ หรือเรื่องราวอันดีงามอื่นๆของพระมหากษัตริย์ พระราชินีและพระบรมวงศานุวงศ์ เพื่อรณรงค์และปลูกฝังให้สังคมสำนึกใน

พระมหากรุณาธิคุณ ให้คนรุ่นหลัง ได้ทราบถึงจริยธรรมและวัฒนธรรมที่ดั่งงามอันเป็นเอกลักษณ์ของ
คนไทย แทนการแสดงความคิดเห็นหยาบคายด้วยอารมณ์โกรธแค้น

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กิตติ กันภัย . มองสื่อใหม่ มองสังคมใหม่ : การสื่อสารผ่านคอมพิวเตอร์ในสังคมยุคสารสนเทศ .

กรุงเทพมหานคร: เอ็ดดิสันเพรสโปรดักส์, 2543.

กุลพล พลวัน. พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

กาญจนา แก้วเทพ . มองสื่อใหม่ มองสังคมใหม่ : การสื่อสารกับพื้นที่สาธารณะ ทัศนะของ

Habermas. กรุงเทพมหานคร: เอ็ดดิสันเพรสโปรดักส์, 2543.

คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงาน. บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่าง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. เรื่องเสรีจที่

258/2549

คณะกรรมการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยแห่งชาติ. แผนป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย

แห่งชาติ 2553-2557: การป้องกันและบรรเทาภัยด้านความมั่นคง. เอกสารตีพิมพ์

เผยแพร่.

คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พ.ศ.... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ . รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการ

กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. เอกสารตีพิมพ์เผยแพร่.

ความหมายของการก่อการร้ายในเชิงสากล. นิตยสาร Military and Law enforcement Magazine

32 (มิถุนายน 2553)

คำพิพากษาฎีกา 143/2485.

คำพิพากษาฎีกา 1512-1515/2497.

คำพิพากษาฎีกา 785/2501.

คำพิพากษาฎีกา 51/2503.

คำพิพากษาฎีกา 382/2512.

คำพิพากษาฎีกา 861/2521.

คำพิพากษาฎีกา 1294/2521.

คำพิพากษาฎีกา 2354/2521.

คำพิพากษาฎีกา 2034-2041/2527.

คำพิพากษาฎีกา 1867/2523, 2645/2527, 1663/2535.

คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครอง อิงในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่

5/2549 เรื่อง ค ควบคุมการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ

จ่อออก หมายจับพระโพสต์ข้อความทูปหุ้น , โพสท์ทูเดย์ (20 พฤศจิกายน 2552):7.

ชินินทร์ ติชาววัน . สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1236>.

ชาญชัย ชัยสุขโกศล. Hate speech และข้อมูลที่อันตราย : ทางเลือกวิธีตอบโต้ทางการเมือง ส่วนหนึ่งของรายงานโครงการวิจัยเรื่อง ความถี่ลับของข้อมูลข่าวสาร : ความรุนแรงและการ ไม่ใช้ความรุนแรงทางการเมืองในศตวรรษที่ 21 ของไทย, มหาวิทยาลัยมหิดล, ศูนย์ศึกษา และพัฒนาสันติวิธี [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://chaisuk.files.wordpress.com/2011/06/hate-speech-alternative-respond-full-report-may0311.pdf> [1 สิงหาคม 2554]

ญาณพล ยั่งยืน. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ .Computer Related Crime. [ออนไลน์].

แหล่งที่มา: <http://202.29.53.20/4000108/HUM07/topic1/linkfile/print5.htm>. [18 สิงหาคม 2554]

ฐนาพงษ์ ทอนฮามแก้ว. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112.

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

ดิเรก ชัยนาม. ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เล่มที่ 1 .กรุงเทพมหานคร : สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2511.

ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ชุดโครงการวิจัยการติดตามและประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่อง การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการทำงานของรัฐบาลและองค์กรอิสระ .กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย สถาบันพระปกเกล้า, 2546.

เชียรชัย ณ นคร. สมุดปกขาว ฉบับที่ 11 ร่างพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.....

เอกสารสำหรับคณะกรรมการสิทธิการของรัฐธรรมนูญ.กรุงเทพมหานคร : มาสเตอร์เพลส, 2536.,

นคร พจนวรวงษ์ และ อุกฤษ พจนวรวงษ์. ความผิดฐานหมิ่นประมาท .กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2553.,

นพนิตี สุริยะ. สรุปคำบรรยายวิชาสิทธิมนุษยชน . กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537.

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ต และของพนักงานสอบสวนตาม มาตรา ๑๓๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรื่องเสร็จที่ 343/2549

บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. ความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ : เอกลักษณะประชาธิปไตยไทยในกระแส

- ประชาชาติไต่โลก. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2552.,
 ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจรทาง
 คอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ฉบับลงวันที่ 23 สิงหาคม 2550
 ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่องหลักเกณฑ์การเก็บรักษาข้อมูลจราจร
 ทางคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ พ.ศ. 2550 [ออนไลน์] .2550. แหล่งที่มา: [http://
 www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2550/E/102/5.PDF](http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2550/E/102/5.PDF) [1 สิงหาคม 2554]
 ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม ฉบับที่ 2 .
 พ.ศ.2551-2553. ราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 125 ตอนพิเศษ 65ง หน้า 44 วันที่ 1 เมษายน
 2551
 ประธาน วัฒนวานิช. ระบบความยุติธรรมทางอาญา :แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรม
 และกระบวนการยุติธรรม. วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 9 (กันยายน –
 พฤศจิกายน 2520) : 21-25.
 ปริญญา จิตรการณที. ความผิดฐานหมิ่นประมาท-ดูหมิ่นซึ่งหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
 นิติธรรม, 2537.
 แผนพัฒนาสังคมแห่งความเท่าเทียมด้วย ICT ปี 2551-2553 โดยสำนักงานปลัดกระทรวงเทคโนโลยี
 สารสนเทศและการสื่อสาร [ออนไลน์] แหล่งที่มา: [http://www.equitable-
 society.com/Download/plan.pdf](http://www.equitable-society.com/Download/plan.pdf) [18 สิงหาคม 2554]
 พิรงรอง รามสูต อดิชนันท์. การเมืองกับการสื่อสารที่สร้างความเกลียดชัง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
[http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/opinion/pirongrong_r/2
 0110621/396762/](http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/opinion/pirongrong_r/20110621/396762/) [1 สิงหาคม 2554]
 พิรงรอง รามสูต อดิชนันท์. รายงานเรื่อง สื่อภาคประชาชน โครงการปฏิรูปสื่อ : การกำกับดูแล
 เนื้อหาโดยรัฐ การกำกับดูแลตนเอง และสื่อภาคประชาชน สำนักงานกองทุนสนับสนุนการ
 วิจัย 2547
 พิรงรอง รามสูต อดิชนันท์ และศศิธร ยุวโกศล . งานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง การกำกับดูแลเนื้อหา
 ของสื่อวิทยุและโทรทัศน์ในประเทศไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2546
 พิเศษ ชวลาธวัช . กฎหมายและจริยธรรม สื่อสารมวลชน ฉบับแก้ไขปรับปรุง พ .ศ. 2553 .
 กรุงเทพมหานคร : บ้านหนังสือโกสินทร์,2553.
 พิเศษ ชวลาธวัช และคณะ . รัฐกับสิทธิได้รับข้อมูลหรือข่าวสารของราชการฉบับคดีตัวอย่าง .
 กรุงเทพมหานคร : อักษราพิพัฒน์, 2545.
 พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.
 2550. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม, 2550.
 ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ . คำอธิบายพ .ร.บ. คอมพิวเตอร์ พ .ศ. 2550 .กรุงเทพมหานคร : โป
 รวิชั่น, 2553.

ไพจิตร สวัสดิสาร. การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่

4 . กรุงเทพมหานคร: ชวนพิมพ์, 2550.

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550.

พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540.

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2544.

เฟื่องฟ้า เป็นศิริ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550.

ภัทรา เรื่องสวัสดิ์. รูปแบบการดำเนินชีวิตและพฤติกรรมการใช้เครือข่ายสังคมออนไลน์ของคนวัยทำงานในเขตกรุงเทพมหานคร. รายงานโครงการเฉพาะบุคคลปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553

มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

รายงานสถานการณ์การควบคุมและปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐโครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน. [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.boell-southeastasia.org/downloads/ilaw_report_TH.pdf [1 สิงหาคม 2554]

รุ่งพงษ์ ชัยนาม. รวมบทความสิทธิมนุษยชน ประวัติศาสตร์และภาษา. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2554.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 49 .วันที่ 10 ธันวาคม 2475.รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ลิขิต ธีรเวคิน. กฎหมายกับความยุติธรรมที่แท้จริง. ผู้จัดการรายวัน (13 มกราคม 2548) :6.

เลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และ คอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ , สำนักงาน. แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์. กรุงเทพมหานคร : NECTEC, 2546.

วีระ โลจายะ. กฎหมายสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร :แสงจันทร์การพิมพ์, 2531.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 .

กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

วิชัย ศรีรัตน์. สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย, โครงการเผยแพร่กฎหมายที่น่ารู้สำหรับประชาชน ลำดับที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2543.

วัชรวิชัย ไชยสาร. สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม.

ศิริจันทร์ บิณศิริวานิช. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : การบังคับใช้กฎหมายในคดีหมิ่นประมาทบนระบบเครือข่ายเฉพาะเรื่องชื่อเสียง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

ศิระ บุญภินันท์. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.immigration.go.th/forum/index.php?action=printpage;topic=664.0>

สุภาภรณ์ ศรีดี. กฎหมายสื่อมวลชน. กรุงเทพมหานคร: จรัสสินทวงศ์การพิมพ์, 2551.

สภาความมั่นคงแห่งชาติ, สำนักงาน. นโยบายความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2550-2554. เอกสารตีพิมพ์เผยแพร่.

สำนักนายกรัฐมนตรี เอกสารสำคัญที่ นร ๐๑๐๖/๑๖๑๕ ลงวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๕๔ ชี้แจงเรื่อง การแสดงธงชาติไทยในระบบอินเทอร์เน็ต

สายเมือง วิริยศิริ. ธงชาติไทย. สยามรัฐ (5 พฤศจิกายน 2551) : 4.

สมยศ เชื้อไทย. กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.

สมนึก ศิริโต สุรศักดิ์ สงวนพงษ์ สมชาย นำประเสริฐชัย. เปิดโลกอินเทอร์เน็ต. กรุงเทพมหานคร : บริษัทซีเ็ดเคชั่นจำกัดมหาชน, 2521.

ศิริโรจน์ ทองคำ. ความผิดอาญาฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาท : ศึกษาเปรียบเทียบตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : ประกายพริก, 2545.

หยุด แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “บรรณาธิการ”. กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 . กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.,

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันที่ 19 ตุลาคม 2552

หนังสือพิมพ์ข่าวสด ฉบับวันที่ 6 กรกฎาคม 2551

หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันที่ 14 พฤษภาคม 2551

หนังสือพิมพ์เนชั่นสุดสัปดาห์ ฉบับวันที่ 1 พฤศจิกายน 2553

อุบลรัตน์ ศิริยุวศักดิ์. สิทธิในการสื่อสารของประชาชนกับสิทธิมนุษยชน : วาทะกรรมการต่อสู้ในเวทีสากล ใน สันติสุข โสภณสิริ,กฎหมายและสิทธิมนุษยชน, วิถีสังคมไทย สรรนิพนธ์ทางวิชาการเนื่องในวาระหนึ่งทศวรรษ ปรีดี พนมยงค์ ชุดที่ 6. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการดำเนินงานฉลอง100ปี ชาตกาล ปรีดี พนมยงค์ รัฐบุรุษอาวุโสภาคเอกชน, 2544.

อุดมศักดิ์ สีนธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 4 .กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

ภาษาอังกฤษ

Alexander Meiklejohn. Political Freedom. 2nd edition. New York, 1965.

Alexander Romiszowski and Robin Mason. Computer-mediated communication.

[online]. Available from : <http://www.aect.org/edtech/15.pdf> [2011, August 1]

Alinta Thornton. Does internet create democracy. [online]. Available from :

<http://www.zipworld.com.au/~athornto/thesis2.htm> [2011, August 18]

American Convention on Human Rights [online]. Available from :

http://www.hrcr.org/docs/American_Convention/oashr4.html [2011, August 18]

Bruce Ableson's Open Diary page .The DiaryMaster. [online]. Available from :

<http://www.opendiary.com/entrylist.asp?authorcode=C100003&mode=date>

[2011, September 7]

Charles L. Ruby. Analyses of Social Issues and Public Policy : The Definition of

Terrorism[online]. 2002. Available from : [http://www.asap-](http://www.asap-spssi.org/pdf/asap019.pdf)

[spssi.org/pdf/asap019.pdf](http://www.asap-spssi.org/pdf/asap019.pdf) [2011, September 2]

Children and the Internet Laws Relating to Filtering, Blocking and

Usage Policies in Schools and Libraries[online]. Available from :

<http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=13491> [2011, August 1]

Commission of the European Communities, Illegal and harmful content on the

Internet .Brussels [online]. 1996. Available from : <http://aei.pitt.edu/5895/>

[2011, August 1]

Computer-mediated communication[online]. Available from :

http://www2.unesco.kz/tutor/2Design/content/_autogen/page49.html

[2011, September 7]

Council of Europe Recommendation No. R.97.20 of the committee of ministers to

member states on Hate Speech [online]. Available from :

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec.97.20_en.pdf)

[lgbt_docs/CM_Rec.97.20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec.97.20_en.pdf) [2011, August 9]

Desmond Fisher. The Right to Communicate : A Statue Report .Paris : UNESCO

Press, 1982.

Dieter Dörr* & Steffen Janich. The Criminal Responsibility of Internet Service Provider

in Germany .Mississippi Law Journal [online]. 2011. Available from :

<http://mslj.law.olemiss.edu/supra/volume80/Doerr.pdf> [2011, August 17]

Feds Seek Computer Firewall to Block WikiLeaks 'Pollution [online]. 2010. Available from : <http://www.aolnews.com/2010/12/20/feds-seek-computer-firewall-to-block-wikileaks-pollution> [2011, August 1]

Four in Five Regard Internet Access as a Fundamental Right : Global Poll by GLOBESCAN. [online]. Available from : http://www.worldpublicopinion.org/pipa/Article/btjusticehuman_rightara/661.php [2011, August 18]

Freedom of the Net 2011 : A Global Assessment of Internet and Digital Media By Freedom House, UNDEF[online]. 2011. Available from : <http://www.freedomhouse.org/uploads/fotn/2011/FOTN2011.pdf>. [2011, August 1]

Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction .California : Standford University Press, 1968.

Ivan Hoffman. The Notice and Takedown Provision of the DMCA. [online]. Available from : <http://www.ivanhoffman.com/dmca.html> [2011, August 1]

James W. Dearing and Everett M. Roger. Agenda Setting .California : SAGE Publicatioins, 1996.

Jean d'Arcy Edited by L. S. Harms. Right to Communicate. [online]. Available from : <http://www.righttocommunicate.org/viewDocument>. [2011, August 7]

Jeremy Waldron. WHY CALL HATE SPEECH GROUP LIBEL?. [online]. Available from : http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website__news__media/documents/documents/ecm_pro_063312.pdf [2011, August 18]

Licklider ." Virtual communities - exchanging ideas through computer bulletin board. [online]. Available from : http://findArticles.com/p/Articles/mi_m1510/is_n57/ai_6203867/[2011, September 7]

Lieberman Introduces Anti-WikiLeaks Legislation[online]. 2010. Available from : <http://www.wired.com/threatlevel/2010/12/shield/> [2011, August 18]

L.S. Harms and Desmond Fisher. International Commission for the study of communication problems : The Right to Communicate concept and Toward Definition. [online]. Available from : <http://unesdoc.unesco.org/images/0003/000342/034290eb.pdf> [2011, August 1]

Major German online companies agree to block child porn websites [online]. Available from : <http://www.dw-world.de/dw/Article/0,,4185666,00.html> [2011, August 18]

- Marilyn Roberts, Wayne Wanta, Tzong-Horng Dzwon. Agenda Setting and Issue Salience Online, Communication Research, Vol 29 No. 4 August 2002 .California: SAGE Publications [online]. Available from :
http://rcirib.ir/Articles/pdfs/cd1%5CIngenta_Sage_Articles_on_194_225_11_89/Ingenta847.pdf [2011,September 7]
- Mary-Rose Papandrea. The Publication of National Security Information in the Digital Age , Journal of National Security Law & Policy [online]. 2011. Available from : http://www.jnslp.com/wp-content/uploads/2011/06/03_Papandrea.pdf [2011,August1]
- Nicola Lucchi. Access to network services and protection of constitutional rights : Recognizing the essential role of internet access for the freedom of expression [online]. 2011. Available from : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1756243#[2011, August 1]
- OpenNet Initiative, A Starting Point : Legal Implications of Internet Filtering [online]. 2011. Available from : <http://opennet.net/docs/Legal.pdf> [2011,August 8]
- Pippa Norris. Public sentinel: news media & governance reform .Washington D.C. : The International Bank for Reconstruction and Development/World Bank, 2010
Preliminary Report : Study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the internet [online]. 2010. Available from : <http://www.osce.org/fom/73725> [2011,August 1]
- Right & Democracy International Centre for Human Rights and Democratic Development, Review of China's Internet Regulations and Domestic Legislation [online]. Available from : <http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/globalization/legislationinternetChinaEng.pdf> [2011,August 16]
- Sara Radicati. Email Statistics report [online]. 2010. Available from : <http://www.radicati.com/wp/wp-content/uploads/2010/04/Email-Statistics-Report-2010-2014-Executive-Summary2.pdf> [2011,August17]
- Steven Gan, James Gomez and Uwe Johannsen. Asian Cyberactivism Freedom of Expression and Media Censorship .Bangkok : Friedrich Naumann Foundation, 2004.

- Susan O'Donnell. Small media, big network : Alternative media and social movement on the internet, Doctoral dissertation School of Communication Dublin City University.[online]. Available from : <http://www.susanodonnell.info/downloads/ODonnell2000-PhD.pdf> [2011, August 18]
- Sylvia Mercado-Kierkegaard. Blog, lies and the doocing : The next hotbed of litigation in Computer Law & Security Report [online]. 2006. Available from : www.sciencedirect.com [2011, August 18]
- The Constitutional Council Decision n 2009-508 of June 10th 2009 : Act furthering the diffusion and protection of creation on the Internet [online]. 2009. Available from : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bankdownload/2009-580DC-2009_580dc.pdf. [2011, October 18]
- The Copyright Infringing File Sharing Amendment Act 2011, [online]. 2011. Available from : <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2011/0011/latest/DLM2764312.html> [2011, August 7]
- The history and development of multimedia[online]. Available from : <http://people.ucalgary.ca/~edtech/688/hist.htm>. [2011, August 2]
- The Pentagon Paper : the Introduction [online]. Available from : <http://www.nnn.se/vietnam/pentpapers.pdf> [2011, August 18]
- Tim Berners-Lee and Robert Cailliau. World-wide Web, [online]. Available from : <http://www.freehep.org/chep92www.pdf>. [2011, October 1]
- Thomas J. Webb. Verbal Poison—Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and a Proposal for the American System. [online]. Available from : <http://www.washburnlaw.edu/wlj/50-2/Articles/webb-thomas.pdf> [2011, October 1]
- Thomas Emerson. The system of freedom of expression .New York : Random House, 1970.
- TOP FRENCH COURT DECLARES INTERNET ACCESS 'BASIC HUMAN RIGHT [online]. 2009. Available from : <http://www.foxnews.com/story/0,2933,525993,00.html> [2011, August 11]
- United Nations Declares Internet Access a Basic Human Right. [online]. 2011. Available from : <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/06/united-nations-declares-internet-access-a-basic-human-right/239911/> [2011, August 11]

- United Nations General Assembly : Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression by Frank La Rue[online].2011. Available from : http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf [2011,July 25]
- US Pressures Amazon Into Kicking Wikileaks Off Its Cloud [online]. 2011. Available from : http://www.osnews.com/story/24086/US_Pressures_Amazon_Into_Kicking_Wikileaks_Off_ItsCloud [2011,August18]
- VoIP [online]. <http://www.techterms.com/definition/voip> [2011,September7]
- Xinyi WANG. "Freedom of Speech" in the United States Constitution. Perspectives, Vol. 2, No. 5. [online]. Available from : http://www.oycf.org/Perspectives2/11_043001/freedom.htm [2011,August 18]
- Yaman Akdeniz Clive Walker and David Wall. The Internet, Law and Society .United Kingdom: Pearson Education Limited, 2000.
- Zixue Tai. The Internet in China Cyberspace and Civil Society. New York : Taylor & Francis Group, 2006.
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Hyperlink> [2011,August 18]
- <http://www.hatedirectory.com/hatedir.pdf> [2011,August 18]
- <http://www.Article19.org/pages/en/limitations.html> [2011August, 2]
- <http://www.nam.gov.za/background/background.htm> [2011,August 18]
- http://nahmodlaw.com/2010/01/19/an_introduction_to_freedom_of_speech. [2011,August 18]
- <http://www.skype.com/intl/en/prices> [2011,September7]
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Blog> [2011,September7]
- <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/TDG.htm#6> [2011,September 7]
- <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar37.html> [2011,September 7]
- <http://chaisuk.files.wordpress.com/2011/06/hate-speech-alternative-respond-full-report-may0311.pdf> [2011,August 11]
- <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar25.html> [2011,September7] http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.html [2011,August 18]
- <http://dataprotectionthinker.blogspot.com/2007/04/telemedia-act-2007.htm> [2011,August 18]

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ชื่อ-นามสกุล	นางสาวสุวิภา อ่อนพึ้ง
วันเกิด	วันที่ 23 เมษายน พ.ศ. 2531
ที่อยู่ปัจจุบัน	127/1 ซอยสุขโขทัย15 ถนนสุขโขทัย เขตดุสิต กรุงเทพมหานคร 10300
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2553 (เกียรตินิยมอันดับสอง)