

การกระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์กับกฎหมายอาญาของไทย

ปัญหาของไวรัสคอมพิวเตอร์ เป็นการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้น จากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ความจำเป็นที่ต้องมีการใช้คอมพิวเตอร์ และมีการนำเครื่องมือชนิดนี้ไปใช้อย่างกว้างขวาง

ประสิทธิภาพของไวรัสคอมพิวเตอร์ ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการทำให้หน่วยความจำไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้ การฟอร์แมตแผ่นดิสก์ (Format) ซึ่งทำให้ข้อมูลที่เก็บไว้ถูกลบออกไปทั้งหมด หรือทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานช้าลง เป็นต้น ซึ่งผลจากการกระทำของไวรัสคอมพิวเตอร์เหล่านี้ ล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ทั้งสิ้น

ดังนั้นจึงเป็นที่น่าสนใจว่า ตามกฎหมายอาญาของไทย จะมีความผิดหรือไม่ที่จะครอบคลุม ถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์นี้

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้บัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินไว้หลายมาตรา เช่น

มาตรา 142 "ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ขอนเร้น เอาไปเสียหรือทำให้สูญหาย หรือไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินหรือเอกสารใดๆ อันเจ้าพนักงานได้ยึด..."

มาตรา 158 "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ... ทำให้สูญหายหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินหรือเอกสาร..."

มาตรา 334 "ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย..."

นอกจากนี้ยังมีมาตราอื่นที่บัญญัติการกระทำที่เป็นความผิด อันเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินอีกหลายมาตรา คือ มาตรา 159 , 163 , 184 , 190 , 217 , 218

222 , 223 , 237 , 242 , 264 , เป็นต้น และยังมีบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนของความผิดลหุโทษ อีกจำนวนหนึ่ง

ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติที่ใกล้เคียงและสามารถที่จะนำมาวิเคราะห์ได้ดี ที่สุด คือ มาตรา 358 ในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ซึ่งบัญญัติว่า

"ผู้ใดทำให้เกิดความเสียหาย ทาลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้รับประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สิน ของผู้อื่น หรือผู้เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

4.1 ความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" ตามกฎหมายอาญาของไทย

เนื่องจาก "โปรแกรมหรือข้อมูล" เป็นสิ่งซึ่งไม่มีรูปร่างและไม่สามารถที่จะมองเห็นได้ด้วย ทางการกายภาพ และความเสียหายที่เกิดขึ้น ก็ไม่สามารถที่จะรับรู้ได้ด้วยทางการกายภาพ หรือความรู้สึก

จึงมีข้อหาที่จะต้องพิจารณาว่า "โปรแกรมหรือข้อมูล" เป็น "ทรัพย์สิน" ตามมาตรา 358 หรือไม่

มาตรา 358 ในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ซึ่งได้บัญญัติว่า

"ผู้ใดทำให้เกิดความเสียหาย ทาลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้รับประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สิน ของผู้อื่น หรือผู้เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ดังนั้นหาก "โปรแกรมหรือข้อมูล" มิใช่ทรัพย์สิน ตามมาตรา 358 แล้ว ก็จะไม่มีการที่จะต้องพิจารณาถึง ความเสียหาย ทาลาย เสื่อมค่าหรือรับประโยชน์ เพราะขาดองค์ประกอบของความผิด

ซึ่งคำว่า "ทรัพย์สิน" ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามความหมายของคำนี้ไว้เป็นพิเศษจึงทำให้เห็นเจตนาที่จะให้ถือตามความหมาย ตามที่นิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาดิชย์ 1

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง"

เมื่อถือเอาความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นนี้แล้ว "โปรแกรมหรือข้อมูล" ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่รูปร่าง จึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 ผู้ใส่โปรแกรมไวรัสคอมพิวเตอร์ เข้าไปหรือทำให้เกิดความเสียหาย แก่โปรแกรมหรือข้อมูลในคอมพิวเตอร์จึงไม่มีความผิดฐานทำให้เกิดเสียหาย เพราะขาดองค์ประกอบของความผิด

แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 ได้พิพากษาในความผิดฐานลักทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ไปถึงสิ่งซึ่งไม่มีรูปร่าง อย่างเช่น กระแสไฟฟ้า ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า "ข้อกำหนดที่จำเลยที่ 1 ฎีกาขึ้นมาว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งออกใช้อยู่ในเวลานี้ ไม่มีบัญญัติว่าทรัพย์สินคืออะไร จึงต้องใช้กฎหมายแห่งวินิจฉัย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิเคราะห์ว่า ทรัพย์สินได้แก่วัตถุอันมีรูปร่าง แต่กระแสไฟฟ้าเป็นพลังงาน มิใช่วัตถุมีรูปร่างและเมื่ออาจหยิบถือเอาเขาไม่ได้ ทั้งนี้อาจคิดเป็นราคาซื้อขายกันได้ จึงไม่เป็นทรัพย์สินที่ลักกันได้ บัญหาข้อนี้ศาลฎีกาเคยที่ประชุมมาหนึ่งมีมติว่า การลักกระแสไฟฟ้าย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 หรือ 335 แล้วแต่กรณี"

ตามคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า ศาลได้ตีความของการ "ลักทรัพย์สิน" ไปถึงการ "ลักทรัพย์สิน" ด้วย

ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน หมายความว่า ความรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคา และอาจถือเอาได้"

โดยศาลมิได้แยกใช้ความหมายของคำว่า "ทรัพย์สิน" และ "ทรัพย์สิน" ต่างหากจากกัน โดยเคร่งครัด

แต่ตามแนวคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ ได้มีนักกฎหมายหลายท่าน ที่มีแนวความคิดไปอีกด้านหนึ่งว่า ความหมายของ"ทรัพย์" คือวัตถุที่มีรูปร่าง านเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน" ดังนั้นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่มีราคาและอาจถือเอาได้ จึงไม่ใช่ทรัพย์ที่ลักกันได้

และการที่ศาลพิพากษาว่าการลักกระแสไฟฟ้า มีความผิดตามมาตรา 334 ทั้งนี้โดยการขยายความคำว่า "ทรัพย์" ตามมาตรา 334 ให้รวมถึงทรัพย์สินด้วย จึงเป็นการเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียง ทั้งนี้เพราะกระแสไฟฟ้านั้นเป็น "วัตถุไม่มีรูปร่าง" ดังนั้นคำพิพากษาฎีกานี้จึงขัดต่อหลักในมาตรา 2 เพราะเป็นการนำบทกฎหมายใกล้เคียง มาใช้ลงโทษแก่การกระทำซึ่งไม่ควรเป็นความผิด เพราะไม่มีกฎหมายห้าม 2

และจะโดยตั้งใจหรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตาม ถ้าจะถือหลักการตีความโดยเคร่งครัดตามความคิดเห็นของกฎหมายไทยแล้ว ไม่มีทางที่จะแปลได้เลยว่า กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยพิจารณาจากผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาว่า กระแสไฟฟ้าเป็น"ทรัพย์"หรือไม่ ซึ่งนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ก็กล่าวว่าเป็นไม่ใช่³

อย่างไรก็ตาม แม้ตามแนวคำพิพากษาฎีกา จะตัดสินว่าการลักกระแสไฟฟ้า เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้ ก็เป็นการพิพากษาในความผิดฐาน"ลักทรัพย์"เท่านั้น จะให้ตีความของคำว่า "ทรัพย์" ในความผิดฐาน"ทำให้เสียทรัพย์" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 ให้หมายถึง "ทรัพย์สิน" ด้วยไม่ได้ เพราะความผิดฐานลักทรัพย์และเสียทรัพย์ มีข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายที่ต่างกัน นอกจากนี้คำพิพากษาฎีกาก็มิใช่กฎหมาย ซึ่งคดีหรือความผิดอื่นจะต้องเดินตามคำพิพากษาที่มีมาก่อน

2. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 21

3. การแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ตอนที่ 10, คณะกรรมการกฤษฎีกา

ดังนั้นการที่จะตีความว่าความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ จะรวมไปถึงสิ่งซึ่งไม่มีรูปร่างด้วยหรือไม่ จึงต้องตีความตามหลักกฎหมายทั่วไป คือจะต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมาย

เนื่องจาก "โปรแกรมหรือข้อมูล" เป็นสิ่งซึ่งไม่มีรูปร่างและไม่สามารถที่จะมองเห็นได้โดยทางกายภาพ และความเสียหายที่เกิดขึ้น ก็ไม่สามารถที่จะรับรู้ได้โดยทางกายภาพ หรือความรู้สึก

ซึ่งคำว่า "ทรัพย์" ประมวลกฎหมายอาญามีคำให้คำนิยามความหมายของคำนี้ไว้เป็นพิเศษจึงทำให้เห็นเจตนาที่จะให้ถือตามความหมาย ตามที่นิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 " ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง "

ดังนั้นเมื่อ "โปรแกรมหรือข้อมูล" เป็นสิ่งซึ่งไม่มีรูปร่าง จึงมิใช่ "ทรัพย์" ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ ซึ่งก่อให้เกิด "โปรแกรมหรือข้อมูล" ทางคอมพิวเตอร์เสียหาย จึงไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ เพราะขาดองค์ประกอบความผิด

นอกจากนี้ในบทมาตรานอื่น ในเรื่องทรัพย์บางแห่งก็ใช้ คำว่า "ทรัพย์สิ้น" เช่น มาตรา 337 "ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่น ให้ยอมให้หรือยอมจะให้ตนหรือผู้อื่น ได้ประโยชน์ในลักษณะที่เบ็ดเสร็จสิ้น... โดยใช้อำนาจประทุษร้าย..."

มาตรา 338 "ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่น ให้ยอมให้หรือยอมจะให้ตนหรือผู้อื่น ได้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิ้น โดยขู่เบ็ดเสร็จจะเปิดเผยความลับ..."

มาตรา 341 "ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ... โดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สิ้น จากผู้ถูกหลอกลวง..."

มาตรา 353 "ผู้ใดได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สิ้น ของผู้อื่นหรือทรัพย์สิ้น ซึ่งผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใด ๆ โดยทุจริต..."

และยังมีมาตราอื่นๆ อีกเช่น มาตรา 346 , 347 , 352 วรรค 2 , 254 เป็นต้น แสดงให้เห็นชัดขึ้นอีกว่าประมวลกฎหมายอาญาได้ตั้งใจใช้คำว่า "ทรัพย์" กับ "ทรัพย์สิ้น" โดยความหมายต่างกัน และคงใช้ตามความหมายต่างกันดัง บราภฎาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴

การที่จะตีความว่า การกระทำต่อ "โบราณหรือข้อมูล" เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ด้วย โดยถือเอาความหมายของ "ทรัพย์สิ้น" ซึ่งหมายถึงทรัพย์และวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง จึงเป็นการตีความขัดต่อหลักกฎหมายอาญา ที่จะต้องตีความโดยเคร่งครัด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย เพราะ "โบราณหรือข้อมูล" ไม่ใช่ "ทรัพย์" อันจะลงโทษฐานทำให้เสียทรัพย์ได้ การที่จะลงโทษผู้ที่กระทำต่อ "โบราณหรือข้อมูล" จึงเป็นการลงโทษต่อบุคคลซึ่งกฎหมายมิได้บัญญัติว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด ซึ่งผิดต่อหลักกฎหมายนี้

แต่อย่างไรก็ตามก็มีนักกฎหมายบางท่านได้กล่าวว่า ความหมายในประมวลกฎหมายอาญาของคำว่า "ทรัพย์" และ "ทรัพย์สิ้น" หาได้แยกกันโดยเคร่งครัดเสมอไปไม่ ซึ่งผู้เขียนคิดว่าคงมิใช่เช่นนั้น เพราะว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด การกระทำใดที่ไม่เป็นความผิดจะตีความโดยไปเอาคานียามของอีกคำหนึ่งมาใช้ เพื่อให้การกระทำนั้นเป็นความผิดไม่ได้ เพราะจะทำให้การนิยามความหมายของกฎหมายไร้ความหมาย

ดังนั้นจากการตีความข้างต้น ได้ผลว่า "โบราณหรือข้อมูล" ไม่ใช่ทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 การก่อให้เกิดความเสียหายจากการกระทำโดยไวรัสคอมพิวเตอร์ต่อ "โบราณหรือข้อมูล" ย่อมขาดองค์ประกอบของความผิดคือ "ทรัพย์" ในอันที่จะฟ้องร้องเพื่อลง

4. จิตติ ติงศกัทธิ์ , เรื่องเดิม.

โทษผู้ที่กระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

4.2 ความหมายของคำว่า "เสียหายหรือถูกทำลาย" ตามกฎหมายอาญาของไทย

ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 นอกจากสิ่งนั้นจะต้องเป็น "ทรัพย์" อันเป็นองค์ประกอบความผิดหนึ่งแล้ว

"ความเสียหาย หรือ การถูกทำลาย" ก็เป็นอีกองค์ประกอบความผิดประการหนึ่งที่จะขาดมิได้

ดังนั้นสิ่งหนึ่งที่น่าจะพิจารณาว่า "ความเสียหาย หรือ การทำลายทางอาญา" มีความหมายเพียงใด

"โปรแกรมหรือข้อมูล" เป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้โดยทางกายภาพ ดังนั้นการสร้าง ความเสียหายหรือการทำลาย โดยไวรัสคอมพิวเตอร์ซึ่งได้กระทำต่อ "โปรแกรมหรือข้อมูล" จึงเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถมองเห็นได้โดยทางกายภาพ

ความเสียหายหรือการทำลายซึ่ง "ไม่สามารถมองเห็นได้โดยทางกายภาพ หรือรับรู้ได้โดยความรู้สึก" จะถือว่าเป็นความเสียหายทางอาญาหรือไม่ ซึ่งปัญหานี้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติไว้ และไม่เคยมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาวางบรรทัดฐานไว้

อีกทั้งเมื่อมองไปถึงเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้มีการพิจารณาออก ร่างกฎหมาย จนกระทั่งออกเป็นกฎหมายในปี พ.ศ. 2499 บัญหาเกี่ยวกับความเสียหายต่อสิ่งซึ่งไม่มีรูปร่างยังไม่มี คงมีแต่เฉพาะปัญหาเรื่องกระแสไฟฟ้าเท่านั้น ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่ในขณะนั้น ก็มี ความเห็นว่า "กระแสไฟฟ้า" ไม่ใช่ทรัพย์ และประสงค์ที่จะให้เป็นความผิดเกี่ยวกับการลักกระแสไฟฟ้าขึ้นต่างหากด้วยซ้ำ เนื่องจากเห็นว่ากระแสไฟฟ้าเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง สมควรที่จะแยกออกไปเป็นความผิดอีกฐานหนึ่งต่างหาก⁵

5. การแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ตอนที่ 10 , คณะกรรมการกฤษฎีกา

หากพิจารณาความหมายของ "ความเสียหายทางอาญา" ของต่างประเทศแล้ว Smith และ Hogan ได้ให้ความหมายของ "การทำให้เกิดความเสียหายหรือทำลายทางอาญา" ว่าหมายถึง การทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้เลวลงทางกายภาพ ซึ่งสามารถที่จะรับรู้ได้โดยความรู้สึก⁶

แต่อย่างไรก็ตามมันไม่แน่ชัดว่าจะต้องเกิดความเสียหายทางกายภาพ เป็นจำนวนเท่าใดที่จะถือว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้น ในอดีตศาลของอังกฤษเคยมีการตัดสินว่า ต้นหญ้าสามารถที่จะถูกทำให้เกิดความเสียหายได้โดยการเหยียบย่ำ แต่ปัจจุบันมิได้คิดไปถึงขนาดนั้น เพียงแค่งอตะปูเหล็กก็ยังถือว่า เป็นความเสียหายทางอาญา⁷

ในการร่างประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้น ประเทศไทยได้นำตัวอย่างกฎหมายอาญาของ ประเทศอื่น มาเป็นแบบอย่างในการออกกฎหมายอาญา ความหมายของ "ความเสียหายทางอาญา" ก็น่าที่จะเป็นไปในรูปแบบเดียวกัน ที่ว่าความเสียหายทางอาญานั้น หมายถึงการทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้เลวลงทางกายภาพ ซึ่งสามารถรับรู้ได้โดยความรู้สึก

นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์ ต่างมุ่งเน้นที่ตัวทรัพย์ที่มีรูปร่าง และกระทำต่อทรัพย์ซึ่งสังเกตได้ทางกายภาพ ความเสียหายทางอาญาก็น่าที่จะต้องสามารถที่จะรับรู้ได้โดยทางกายภาพ หรือสามารถรับรู้ได้โดยความรู้สึก

ดังนั้นการที่ไวรัสคอมพิวเตอร์ ก่อให้เกิด "ความเสียหาย หรือทำลาย" ต่อ "โปรแกรม หรือข้อมูล" แล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการทำลายหรือทำความเสียหายทางอาญา ผู้กระทำเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์จึงไม่สามารถที่จะถูกลงโทษ ทั้งนี้เพราะขาดองค์ประกอบของความผิด

6. J.C. Smite and Brian Hogan, Criminal Law (sixth edition) (England : Butterworth & co-(Publisher) Ltd.), p.56

7. Matin Wasik, Crime and the Computer (Great Britain : Biddles Ltd. ,1991), p.139.

อย่างไรก็ตาม แม้ตามเหตุผลข้างต้นเพื่อประสงค์ที่จะชี้ให้เห็นว่า ความผิดฐานทำให้เสียหาย ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้กับการก่อให้เกิดความเสียหายหรือทำลายของไวรัสคอมพิวเตอร์ แล้วก็ตาม

แต่ศาลเป็นผู้หนึ่งที่ใช้กฎหมาย และมีอำนาจในอันที่จะตีความกฎหมายเพื่อปรับใช้กับคดี ซึ่งเราไม่อาจที่จะหยั่งรู้ได้ว่า ศาลจะตีความออกมาในแนวทางใด

แม้ศาลจะตีความว่าการกระทำเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ ไม่เป็นความผิด ก็จะไม่แสดงให้เห็นว่า ปัจจุบันกฎหมายอาญาของไทยไม่สามารถที่จะครอบคลุม ถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ จึงเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้อง เสนอกฎหมายออกมา เพื่อที่จะรองรับการกระทำดังกล่าว

และหากศาลจะตีความไปอีกแนวทางหนึ่งว่า ความผิดฐานทำให้เสียหาย ที่มียู่ในปัจจุบัน ครอบคลุมถึงการกระทำของไวรัสคอมพิวเตอร์ด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากขั้วหากการตีความที่ขัดต่อการตีความตามลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว รูปแบบองค์ประกอบของความผิดฐานทำให้เสียหาย ก็ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ เพราะ

ด้านพยานหลักฐาน ที่จะนำมาผูกมัดผู้กระทำความผิดมีน้อยและหายาก อันเนื่องมาจากขาดคำให้การของประจักษ์พยาน ซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาล เชื่อโดยปราศจากเหตุอันสงสัยว่า ผู้นั้นได้กระทำความผิดองค์ประกอบของการกระทำความผิดอาญา ทั้งนี้เพราะการกระทำความผิดสามารถกระทำได้โดยเพียงปลายนิ้วสัมผัส และกระทำได้โดยเงียบเชียบ รวดเร็ว น้อยคนที่จะรู้ว่าเขากำลังทำอะไรอยู่ ซึ่งต่างจากการกระทำความผิดในรูปแบบอื่นที่จะต้องมีการแสดงออกทางกายภาพ

นอกจากนี้เมื่อใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์ เข้าไปข้างใน ไวรัสคอมพิวเตอร์ยังมีได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมาทันที แต่จะก่อให้เกิดความเสียหายตามที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่กำหนด ซึ่งอาจจะสร้างความเสียหายขึ้น ภายหลังจากที่ใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์เมื่อใดก็ได้ อาจจะเป็น 1 เดือนหรือ 1 ปี ดังนั้นเมื่อความเสียหายเกิดขึ้น ย่อมเป็นการยากที่จะนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เพราะขณะเกิดความเสียหายผู้ที่ใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์ อาจจะไม่อยู่ในหน่วยงานนั้นแล้วก็ได้ และแม้

จะมีการใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์เข้าไป แต่เมื่อไวรัสคอมพิวเตอร์ยังมีได้ปฏิบัติการ ความเสียหายก็ยังไม่เกิดขึ้น ฉะนั้นหากจะนำประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ ก็จะต้องรอให้เกิดความเสียหายขึ้นมาก่อน ซึ่งเป็นเมื่อใดก็ไม่อาจจะทราบได้ จึงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่เหมาะสมต่อการกระทำความผิดที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงอย่างในปัจจุบัน

และโดยคุณสมบัติของไวรัสคอมพิวเตอร์ ที่สามารถแพร่ขยายไปยังระบบคอมพิวเตอร์หรือข่ายงานคอมพิวเตอร์อื่นๆ ได้แล้ว จึงเป็นการยากที่จะสืบสวนให้ได้ความว่าไวรัสคอมพิวเตอร์ถูกใส่จากคอมพิวเตอร์เครื่องใด มาจากไหน หรือติดตามได้อย่างไร เพื่อที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

ไวรัสคอมพิวเตอร์เมื่อใส่เข้าไปแล้ว ผู้ใส่เข้าไปไม่สามารถที่จะควบคุมไวรัสคอมพิวเตอร์ได้อีก เพราะผู้ใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์เข้าไปย่อมมีเจตนาร้ายที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย ความเชื่อมโยงหรือติดต่อกันระหว่างไวรัสคอมพิวเตอร์กับผู้ใส่เข้าไปจึงไม่มี เป็นผลให้ไม่สามารถที่จะสืบสวนไปถึงผู้กระทำความผิดได้ และไวรัสคอมพิวเตอร์สามารถแพร่ขยายไปสู่คอมพิวเตอร์อื่นๆ ได้อย่างรวดเร็ว ออกไปได้ระยะทางไกลจากจุดเริ่มต้น

จากเหตุผลที่กล่าวมานี้ เป็นปัญหาที่สำคัญ เพื่อที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาล เชื่อโดยปราศจากเหตุอันสงสัยว่า ผู้นั้นเป็นผู้ใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์นั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ยังต้องมีหน้าที่พิสูจน์เจตนาของผู้กระทำความผิด หากมีผู้ใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์เข้าไป และก่อให้เกิดความเสียหายต่อข้อมูลหรือโปรแกรม ซึ่งโดยลักษณะของไวรัสคอมพิวเตอร์เมื่อถูกปล่อยเข้าไป ผู้ปล่อยไม่สามารถที่จะควบคุมได้นั้น จะถือว่าผู้ปล่อยไวรัสคอมพิวเตอร์มีเจตนาที่จะกระทำต่อข้อมูลหรือโปรแกรมนั้นหรือไม่

เจตนาในการกระทำความผิด แบ่งได้ออกเป็น เจตนาโดยประสงค์ต่อผล และเจตนาโดยเล็งเห็นผล

การที่ผู้ใส่ไวรัสคอมพิวเตอร์ เพื่อที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อโปรแกรมหรือข้อมูล ผู้กระทำไม่สามารถที่จะควบคุมไวรัสคอมพิวเตอร์ได้ อีกทั้งผู้กระทำมิได้มีเจตนาโดยเฉพาะเจาะจงว่า จะกระทำต่อโปรแกรมหรือข้อมูลใด ดังนั้นการพิสูจน์เจตนาในกรณี "เจตนาโดยประสงค์ต่อผล"

จึงมีโอกาสน้อยกว่า "เจตนาโดยเล็งเห็นผล"

แต่ในการพิสูจน์เจตนาโดยเล็งเห็นผล นักกฎหมายบางท่านกล่าวว่า ผลที่เกิดขึ้นจากเจตนาโดยเล็งเห็นผล ผลที่จะเกิดขึ้นจะต้องมีความแน่นอนยิ่งกว่าเจตนาโดยประสงค์ต่อผล เพราะเจตนาโดยเล็งเห็นผล ผู้กระทำมิได้มีเจตนาที่จะกระทำต่อสิ่งนั้น แต่มีความแน่นอนว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นได้มาก จากการกระทำของตน กฎหมายจึงถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาด้วย⁸

แต่ไวรัสคอมพิวเตอร์นั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นยังไม่มีมีความแน่นอนว่า ไวรัสคอมพิวเตอร์จะก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นเมื่อใด ต่อข้อมูลหรือโปรแกรมใด และเสียหายเพียงใด ซึ่งอาจจะไม่เกิดขึ้นเลยก็ได้ หากไม่มีเงื่อนไขที่กำหนด หรือมีเหตุบางประการที่ทำให้ไวรัสคอมพิวเตอร์ไม่อาจปฏิบัติการได้

ดังนั้นจึงเป็นการยากในการที่จะพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำความคิด ว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อ "โปรแกรมหรือข้อมูล" ที่ได้รับความเสียหายนั้น

รวมถึงว่าตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าไวรัสคอมพิวเตอร์ที่ผู้กระทำผิดใส่เข้าไปนั้น เป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ต่อโปรแกรมหรือข้อมูลที่ได้รับ ความเสียหายนั้น ซึ่งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ในสิ่งซึ่งมองไม่เห็น และความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ไม่สามารถที่จะมองเห็นได้อย่างเช่น "โปรแกรมหรือข้อมูล" และหากภายในคอมพิวเตอร์มีไวรัสคอมพิวเตอร์มากกว่า 2 ชนิดขึ้นไปอยู่ภายในเครื่อง ก็ยิ่งสร้างความลำบากมากยิ่งขึ้นในการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลมาจากการกระทำของไวรัสคอมพิวเตอร์ตัวใด

ทั้งหมดนี้เป็นเหตุผลที่จะชี้ให้เห็นว่า แม้จะตีความว่ากฎหมายอาญา สามารถที่จะครอบคลุมถึงการกระทำเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ก็ตาม แต่เป็นการยากที่จะนำผู้กระทำความคิดมาลงโทษ เนื่องจากกฎหมายอาญาที่มีอยู่ไม่เหมาะสมและไม่มีประสิทธิภาพ ที่จะใช้ต่อการกระทำที่อาศัยเทคโนโลยีขั้นสูงในปัจจุบัน ซึ่งสมควรที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อที่จะรองรับการกระทำความคิดที่อาศัยเทคโนโลยีขั้นสูงในปัจจุบัน

8. จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1 (แก้ไขเพิ่มเติมพิมพ์ครั้งที่ 5) (แสงทองการพิมพ์, 2516), หน้า 188.

4.3 วิเคราะห์การทำให้เสียหายตามกฎหมายอาญาต่อกรณีไวรัสคอมพิวเตอร์

รูปแบบของการกระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ เป็นปรากฏการณ์ใหม่ของการกระทำความผิดโดยใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดความเสียหาย แก่ วงการต่าง ๆ ที่นำคอมพิวเตอร์มาใช้

ประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนา ได้มีการนำคอมพิวเตอร์มาใช้เมื่อประมาณ 20 กว่าปีมานี้ การนำคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย ได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว จำนวนเครื่องคอมพิวเตอร์ เพิ่มจากประมาณ 60 เครื่อง ในปี พ.ศ.2517 เป็นสองเท่า คือประมาณ 120 เครื่อง ในปี พ.ศ. 2520 และเพิ่มอีกมากกว่าเท่าตัว เป็นประมาณ 330 เครื่อง ในปี พ.ศ.2523⁹ จนปัจจุบันเรียกได้ว่า แทบทุกหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนต่างได้นำคอมพิวเตอร์มาใช้

ซึ่งจากกรณีที่มีการนำคอมพิวเตอร์เป็นจำนวนมากขึ้นในประเทศไทย ก็ได้ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ขึ้น และปัจจุบันเป็นที่รู้จักกันทั่วไป โดยไวรัสคอมพิวเตอร์มีทั้งที่ติดมาจากต่างประเทศ หรือที่คนไทยสร้างขึ้นเอง ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ข้อมูลและโปรแกรมเป็นจำนวนมาก รวมทั้งการต้องเสียค่าใช้จ่ายในการแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น และติดตั้งอุปกรณ์ในการป้องกันต่าง ๆ

จึงมีปัญหากฎหมายว่า จะมีกฎหมายอาญาใดหรือไม่ที่สามารถจะนำมาปรับใช้ได้กับรูปแบบการกระทำเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ โดยจะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น

1. การวิเคราะห์การทำให้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา
2. การวิเคราะห์ความผิดอาญาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

9. ศรีศักดิ์ จามรมาน , " อาชญากรรมคอมพิวเตอร์และการป้องกัน," เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการด้านคอมพิวเตอร์ สมาคมคอมพิวเตอร์แห่งประเทศไทย , 2524

4.3.1 การวิเคราะห์การทำให้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หรือเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ขึ้นมาแก้ปัญหาดังกล่าวโดยเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องนำกฎหมายอาญาที่มีอยู่มาใช้ หากการกระทำดังกล่าวครบองค์ประกอบของการกระทำความผิด ซึ่งบทบัญญัติที่ใกล้เคียงที่จะนำมาวิเคราะห์ คือ ความผิดฐานทำให้เสียหาย ตามมาตรา 358

มาตรา 358 "ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ความผิดฐานทำให้เสียหาย ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4.1 และ 4.2 ถึงความหมายของคำว่า "เสียหาย" และ "ทรัพย์สิน" ทางอาญา ว่าไม่สามารถที่จะนำมาปรับใช้ได้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลของความหมายของการทำให้เกิดความเสียหาย หรือทรัพย์สิน รวมถึงเจตนาในการกระทำต่อข้อมูลหรือโปรแกรม

ผลของการที่กฎหมายอาญาไม่สามารถปรับใช้ได้กับไวรัสคอมพิวเตอร์ อาจเรียกได้ว่า ได้เกิดมีช่องว่างแห่งกฎหมาย (Gap in the Law)¹⁰ ที่เป็นเช่นนี้ เพราะผู้ร่างกฎหมายไม่สามารถจะคาดการณ์ล่วงหน้าถึงรูปแบบที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ ชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์ลึกซึ้งมากกว่าที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายได้ รวมทั้งกิจการของมนุษย์และเหตุการณ์ในอนาคตซึ่งความเจริญก้าวหน้าในวิทยาศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม นับว่าเป็นเรื่องยากต่อการคาดการณ์ในภายหน้าได้ว่าจะเกิดอะไรขึ้น ซึ่งในกรณีนี้ก็รวมถึงการกระทำเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ ซึ่งขณะร่างกฎหมายอาญาที่ใช้ในปัจจุบันยังไม่มีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้น

ดังนั้นการที่จะตีความว่า การกระทำโดยไวรัสคอมพิวเตอร์ ซึ่งกระทำต่อข้อมูลหรือโปรแกรม เป็นความผิดฐานทำให้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 358 จึงเป็น

10. ญาณี มโนพิโมกษ์ , หลักการตีความในกฎหมายไทย, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาค วิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521, หน้า 133

การตีความที่ขัดต่อหลักกฎหมายอาญาที่ว่า จะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้ ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้น เป็นความผิด มีผลอยู่ในตัวเองว่ากฎหมายที่บัญญัติความผิดเช่นนั้น จะต้องบัญญัติ โดยชัดแจ้งว่า การกระทำอย่างใดเป็นความผิด การตีความในกฎหมายนั้นจึงต้องพิจารณาตามตัวอักษร จะขยายความในบทกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ระบุไว้ให้ชัดว่าเป็นความผิดด้วยไม่ได้¹¹

4.3.2 การวิเคราะห์การกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

จากการวิเคราะห์ความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์ ตามประมวลกฎหมาย อาญารัฐานทำให้เสียหาย ซึ่งไม่สามารถที่จะครอบคลุมถึงความผิดในลักษณะนี้

ปัจจุบันเทคโนโลยีทางด้านคอมพิวเตอร์ มีการพัฒนาไปอย่างมาก มีการพัฒนาไปไกลเกินกว่าผู้ร่างกฎหมายต่าง ๆ ในอดีตจะคาดเห็นได้ เช่นเดียวกัน เทคโนโลยีด้านคอมพิวเตอร์ ก็ถูกนำมาใช้เพื่อพัฒนาเทคโนโลยีด้านการติดต่อสื่อสาร ให้มีความรวดเร็ว ทั่วถึง และกว้างไกล

อุปกรณ์ด้านคอมพิวเตอร์ได้ถูกนำมาติดตั้งกับอุปกรณ์ด้านการสื่อสาร ซึ่งมีการพัฒนาตั้งแต่การติดต่อกันโดยทางสายโทรศัพท์ ในระยะทางใกล้ๆ จนขยายออกไปไกลและเมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีมากขึ้น การสื่อสารสามารถติดต่อกันได้โดยไม่จำเป็นต้องส่งสัญญาณไฟฟ้าไปตามสาย แต่ในระยะแรกนั้นขอบเขตการส่งคลื่นวิทยุ สามารถรับส่งได้ในวงจำกัด แต่ปัจจุบันประเทศไทยได้นำดาวเทียมมาใช้ ซึ่งทำให้มีขีดความสามารถที่จะติดต่อสื่อสาร ได้ครอบคลุมทั่วทั้งประเทศ

และจากการที่อุปกรณ์การสื่อสารเหล่านี้ ได้มีการนำคอมพิวเตอร์มาใช้ ความเสียหายที่เกิดจากไวรัสคอมพิวเตอร์ ก็เป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้นจะมีกฎหมายอื่นนอกเหนือจากประมวลกฎหมายอาญา ที่อาจจะนำมาปรับใช้กับความผิดในลักษณะนี้หรือไม่ ซึ่งมีกฎหมายที่ใกล้เคียงที่จะนำมาวิเคราะห์ต่อกรณีเช่นนี้ 2 ฉบับ คือ

11. จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1 (แสงทองการพิมพ์, 2516), หน้า 41.

1. พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477

2. พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ.2498

1. พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477

พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477 มีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับการพาณิชย์ของประเทศซึ่งได้เจริญขึ้น จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายต่างๆ เกี่ยวกับโทรเลขและโทรศัพท์ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ให้สมบูรณ์ขึ้นโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้กับ "เครื่องโทรเลขหรือเครื่องโทรศัพท์" ซึ่งหมายถึง เครื่องโทรเลขหรือเครื่องโทรศัพท์ชนิดใช้กำลังไฟฟ้า รวมทั้งเครื่องใช้และเครื่องสำหรับส่งหรือทำการโทรเลขโทรศัพท์ หรือการคมนาคมอย่างอื่นโดยใช้กำลังไฟฟ้า¹²

ดังนั้นหากผู้ใดใช้อุปกรณ์อย่างใด ๆ โดยมีขอบข่ายกฎหมาย เพื่อล่วงรู้หรือติดต่อกันซึ่งเนื้อความในข่าวสาร โทรเลขโทรศัพท์¹³ หรือ ขว้างปา เส่า สายโทรเลขหรือโทรศัพท์ ลูกถ้วยหลักอาณัติสัญญาณ ฟัน หรือสัมภาระอย่างอื่นสำหรับใช้ในการโทรเลขหรือโทรศัพท์ด้วยก้อนหิน หรือของแข็งกระด้างอย่างใด ๆ หรือของโสโครก หรือเครื่องขว้างปาอย่างอื่น ๆ หรือยิงด้วยอาวุธปืน หรือด้วยเครื่องมืออย่างใด ๆ ต่อสิ่งเหล่านั้น ย่อมมีความผิด¹⁴

จากหลักเกณฑ์กฎหมายข้างต้นนี้ ได้มีการกระทำความผิดแนวใหม่ ซึ่งได้รับผลกระทบมาจากความเจริญทางด้านเทคโนโลยี คือ "การจารกรรมข้อมูลทางแพคเกจ"¹⁵ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นความลับทางธุรกิจการค้า ซึ่งมีมูลค่ามหาศาล การจารกรรมด้วยวิธีการเช่นนั้นก็คือ การต่อ

12. พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พุทธศักราช 2477, มาตรา 4(1)

13. เรื่องเดิม, มาตรา 24

14. เรื่องเดิม, มาตรา 35

15. วีระพงษ์ บุญโญภาส, "อาชญากรรมทางเศรษฐกิจในทศวรรษที่ 90," วารสารกฎหมาย

พวงเครื่องที่ 2 คร่อมกับคู่สายโทรศัพท์เดิมที่ใช้งานกับเครื่องแฟกซ์ ด้วยหลักการนี้เครื่องแฟกซ์ที่ต่อพวงก็พร้อมที่จะดูเอกสาร หรือข้อมูลได้ทันทีที่เปิดเครื่อง

เครื่องแฟกซ์หรือเครื่องโทรสารนี้ น่าจะถือได้ว่าเป็น"เครื่องโทรเลขหรือเครื่องโทรศัพท์" ตามคานิยามของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่ให้หมายความรวมถึงเครื่องใช้สำหรับการคมนาคมอย่างอื่นโดยใช้กำลังไฟฟ้า การจารกรรมข้อมูลโดยวิธีนี้จึงเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อล่วงรู้หรือติดต่อกันซึ่งเนื้อความในข่าวสาร โทรเลขโทรศัพท์ย่อมมีความผิด ซึ่งโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ จำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คดีนี้เป็นการกระทำความผิดในรูปแบบซึ่งอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ ซึ่งสามารถปรับใช้ได้กับกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้น อาจจะคาดเห็นได้ถึงการที่จะมีการลักลอบกระทำการเพื่อให้ล่วงรู้ถึงเนื้อความในข่าวสาร จึงได้ออกกฎหมายมาเพื่อป้องกันปัญหานี้

แต่รูปแบบของการกระทำความผิด เกี่ยวกับการโทรเลขและโทรศัพท์ ซึ่งมีเครื่องคอมพิวเตอร์มาช่วยในการเพิ่มประสิทธิภาพในการสื่อสารนั้น ไวรัสคอมพิวเตอร์อาจถูกใส่เข้าไป มีผลทำให้การสื่อสารด้านโทรเลขหรือโทรศัพท์ ได้รับความเสียหาย เช่น ข่าวสารที่ส่งไปอาจจะถูกเปลี่ยน ความชัดเจนของข่าวสารอาจจะน้อยลง หรือข่าวสารที่ส่งไปอาจจะหล่นหายไปบนระหว่างทาง ความเสียหายเหล่านี้จะลงโทษผู้กระทำความผิด ตามพระราชบัญญัติได้หรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงจะมีความแตกต่างจากการจารกรรมทางแฟกซ์ ซึ่งข้อมูลที่ถูกลักลอบต่อสายโทรศัพท์นั้นมิได้รับความเสียหายแต่ประการใด และวิธีการกระทำก็ต่างกัน

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 กฎหมายฉบับนี้ได้พยายามที่จะกำหนดคานิยามของ "เครื่องโทรเลขหรือเครื่องโทรศัพท์" ให้มีความหมายกว้างที่สุด จึงนิยาม ให้รวมถึง "เครื่องใช้สำหรับการคมนาคมอื่น ๆ ซึ่งใช้กำลังไฟฟ้า" เพื่อที่จะให้ผู้กระทำความผิด ที่กระทำต่อเครื่องมือเหล่านี้ ต้องถูกลงโทษตามกฎหมายดังกล่าว

แต่รูปแบบของการที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย อันจะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องเป็นการขวางปาเสาสายโทรเลขหรือโทรศัพท์ ลुकถ้วย หลักกอนัดดีสัญญาณ ทุ่น หรือ สัมภาระอย่างอื่นสำหรับใช้ในการโทรเลข หรือโทรศัพท์ ด้วยก้อนหินหรือของแข็งกระด้างอย่างใด ๆ หรือด้วยของโสโครก หรือเครื่องขวางปาอย่างอื่น ๆ หรือยิงด้วยอาวุธปืนเท่านั้นจึงจะมีความผิด

ซึ่งล้วนแต่กระทำต่อสิ่งซึ่งมีรูปร่าง โดยอุปกรณ์ซึ่งจับต้องได้ และการกระทำก็สามารถที่จะมองเห็นได้โดยทางกายภาพ แต่หาได้คุ้มครองถึงการก่อให้เกิดความเสียหายต่อข้อมูลหรือข่าวสาร ที่เกิดขึ้นโดยไวรัสคอมพิวเตอร์ ซึ่งไม่สามารถมองเห็นและขณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายก็ไม่อาจที่จะมองเห็นได้ทางกายภาพ ทั้งความเสียหายก็เกิดจากการทำงานของอุปกรณ์การส่งโทรเลขโทรศัพท์นั่นเอง

ดังเหตุผลที่กล่าวมา แม้พระราชบัญญัติฉบับนี้จะได้นิยามคำว่า "โทรเลขและโทรศัพท์" ไว้กว้างพอสมควร แต่ขณั้ร่างกฎหมายผู้ร่างมิได้คาดเห็นถึง วิธีการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายในรูปแบบอื่น เช่นการกระทำจากไวรัสคอมพิวเตอร์ ดังนั้นหากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์เกิดขึ้น ซึ่งเกี่ยวข้องกับโทรเลขหรือโทรศัพท์ พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ไม่สามารถที่จะนำไปลงโทษผู้กระทำผิดนี้ได้

2. พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498

พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 ได้ออกมาเพื่อมุ่งหวังที่จะให้การวิทยุคมนาคม มีความเจริญและการวิวัฒนาการไปตามกาลสมัย ซึ่งแต่เดิมนั้นได้มีกฎหมายเกี่ยวกับวิทยุสื่อสาร ซึ่งได้มีการเพิ่มเติมมาแล้วถึง 6 ครั้ง ดังนั้นเพื่อความเหมาะสม จึงได้ปรับปรุงรวมไว้ในพระราชบัญญัตินี้ เพียงฉบับเดียว

โดยพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับกับ "การวิทยุคมนาคม" ซึ่งได้ให้นิยามว่า หมายถึง การส่ง หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ภาพ และเสียงหรือการอื่นใด ซึ่งสามารถทำให้เข้าใจความหมายได้ ด้วยคลื่นเฮตซ์เซียน¹⁶ (คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่มีความถี่ระหว่าง 10 กิโลไซเคิลต่อวินาที และเสียง 3,000,000 เมกกาไซเคิลต่อวินาที) ด้วยเครื่องวิทยุคมนาคม แต่ไม่รวมถึงเครื่องรับวิทยุกระจายเสียงและเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์

กฎหมายฉบับนี้ห้ามมิให้ ผู้ใดกระทำ "การรบกวนหรือขัดขวาง" ต่อการวิทยุคมนาคม โดยมีได้เจตนา เจ้าพนักงานมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นระงับการกระทำนั้นได้ ตามมาตรา 15 แต่หาก

16. พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 , มาตรา 4

เป็นการจงใจกระทำให้เกิดการ"รบกวนหรือขัดขวาง" ต่อการวิทยุคมนาคม ต้องรับโทษปรับไม่เกิน หนึ่งหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 26

การรบกวนหรือขัดขวางดังกล่าว มีความหมายเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้คณะกรรมการ กฤษฎีกาได้ตีความ ตามข้อเสนอบนของกระทรวงคมนาคม เกี่ยวกับการรบกวนขัดขวางต่อการวิทยุคมนาคม ตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม ซึ่งกระทรวงคมนาคมกล่าวว่า ได้มีเอกชนกำลังสร้าง ตึก ซึ่งหากโครงการดังกล่าวขึ้นชั้น 3 แล้ว จะบังแนวทางวิทยุไมโครเวฟ ซึ่งจะทำให้การข่าวดัง หมด และการควบคุมจราจรทางอากาศชะงักลงทันที

ซึ่งกรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา มีความเห็นว่า มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติ วิทยุ พ.ศ. 2498 มีเจตนารมณ์เพียงเพื่อป้องกัน มิให้ผู้ใดกระทำการส่งสัญญาณคลื่นวิทยุหรือ คลื่นเสียง อื่นใด อันเป็นการรบกวน(jamming) หรือขัดขวาง(interfering) โดยไม่เจตนา คลื่นแฮตเขียนซึ่งใช้ในการรับและส่งวิทยุคมนาคมเท่านั้น หากได้มีความประสงค์ให้คลุมไปถึงการบัง แนววิทยุไมโครเวฟ อันเกิดจากการสร้างอาคารด้วยไม้¹⁷

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา "การรบกวนหรือขัดขวาง" จึงหมายถึงการ ส่งสัญญาณ คลื่นวิทยุหรือคลื่นเสียง อันเป็นการรบกวนหรือขัดขวาง คลื่นแฮตเขียนซึ่งใช้ในการรับ และส่งวิทยุคมนาคม จึงจะมีความผิด

ดังนั้นการกระทำความผิดเกี่ยวกับ "การรบกวนหรือขัดขวาง" นี้ จะครอบคลุมถึงรูปแบบของ การกระทำเกี่ยวกับไวรัสคอมพิวเตอร์หรือไม่ ซึ่งไวรัสคอมพิวเตอร์นี้เป็นโปรแกรมหรือ คำสั่ง ที่จะถูกใส่เข้าไป ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งทำงานปกติ ก่อให้เกิดการทำงานที่ผิดปกติใน คอมพิวเตอร์นั่นเอง ทั้งนี้ได้เป็นการส่งคลื่นเข้าไปรบกวนหรือขัดขวางคลื่นแฮตเขียน ดังนั้นตาม พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 จึงไม่สามารถที่จะครอบคลุม การกระทำความผิดในรูปแบบของไวรัสคอมพิวเตอร์ได้

17. หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ สร. 0903/7354 ลงวันที่ 10

จากการวิเคราะห์ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา และ
กฎหมายอาญาอื่นที่เกี่ยวข้อง ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่สามารถที่จะครอบคลุมถึงการกระทำเกี่ยวกับ
ไวรัสคอมพิวเตอร์ แต่อย่างไรก็ตามปัญหานี้คงจะต้องรอคำพิพากษาของศาล ว่าจะพิพากษาว่า
อย่างไรต่อกรณีเช่นนี้ และถึงแม้ในอนาคตศาลฎีกาจะได้วินิจฉัยว่า การทำให้เสียหายหรือทำลาย
โดยไวรัสคอมพิวเตอร์ จะเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 358 หรือกฎหมายอื่นที่
เกี่ยวข้องก็ตาม แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่จะต้องสะท้อนให้เห็นว่า ความผิดประเภทนี้ควรที่จะได้มีการบัญญัติ
ให้เป็นความผิดเฉพาะเรื่อง เนื่องจากเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ที่อาศัยเทคโนโลยี
ขั้นสูง และความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมูลค่ามหาศาล มากกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ใน
ลักษณะอื่น



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย