

ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเกี่ยวกับการแจ้งเตือน
การระงับการทำให้ข้อมูลแพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์
และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์

นางสาวชญาณีศรี พิมพ์ทนดี

เอกัตศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2561

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของเอกัตศึกษาที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของเอกัตศึกษาที่ส่งผ่านทางคณะที่สังกัด

The abstract and full text of individual study in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)
are the individual study authors' files submitted through the faculty.

หัวข้อเอกัตศึกษา ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเกี่ยวกับการแจ้งเตือน
การระงับการท ให้ข้อมูลแพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และ
การนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์

โดย นางสาวชฎานิษฐ์ พิมพทนต์

รหัสประจำ ตัว 608 61709 34

หลักสูตร ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หมวดวิชา กฎหมายเศรษฐกิจ

อาจารย์ที่ปรึกษา อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์

ปีการศึกษา 2561

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้เอกัตศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ

ลงชื่อ.....อาจารย์ที่ปรึกษา
(อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์)

บทคัดย่อ

ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับ การทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561 ที่ออกตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ยังไม่มีการกำหนดการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการในแต่ละประเภท อีกทั้ง ผู้ให้บริการในแต่ละประเภทมีลักษณะของการให้บริการที่แตกต่างกัน แต่กลับต้องใช้มาตรการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ หรือการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ในรูปแบบเดียวกัน โดยไม่ได้คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของแต่ละบริการหรือความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเนื้อหา ซึ่งผู้ให้บริการเนื้อหาควรมีความรับผิดชอบต่อนเนื้อหา ในขณะที่ผู้ให้บริการทางด้านเทคนิคโดยแท้ไม่ควร มีความรับผิดใด ๆ ต่อนเนื้อหา

ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมดังกล่าว อาจทำให้ผู้ให้บริการต้องแบกรับภาระ มากเกินไป ทั้งในแง่งบประมาณ บุคลากร รวมถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวกับความรับผิด ซึ่งเรื่องเหล่านี้อาจจะ ไม่เป็นอุปสรรคสำหรับสื่อขนาดใหญ่ แต่เป็นอุปสรรคสำคัญสำหรับเว็บไซต์ประเภทที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ สร้างเนื้อหา (user generated content) และเว็บไซต์ขนาดเล็ก ซึ่งผลกระทบที่เกิดขึ้นอาจทำให้ ผู้ให้บริการดังกล่าวเกิดการเซ็นเซอร์ตัวเอง (Self-censorship) ยิ่งขึ้น มิเช่นนั้นก็ต้องใช้วิธีการอื่นใด เพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย การดำเนินการดังกล่าวอาจจะส่งผลกระทบต่อพัฒนาการทางเทคโนโลยี สารสนเทศในภาพรวมของประเทศได้ เพราะแรงจูงใจในการประกอบการในประเทศไทยมีน้อยลง

เอกัตศึกษานี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษามาตรการทางกฎหมายของ Communications Decency Act (CDA), Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา และ EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป พร้อมนำมาปรับใช้กับประเทศไทยเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นในการบังคับใช้กฎหมายต่อนักลงทุนด้านอิเล็กทรอนิกส์

กิตติกรรมประกาศ

เอกัตศึกษานี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยความเมตตาอย่างยิ่งจาก อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาเอกัตศึกษา โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา แนวความคิด และกรอบในการศึกษาวิจัย รวมถึงได้เสนอแนะแนวทางในการเรียบเรียงเนื้อหาและ แนวทางการแก้ไขปัญหาในการจัดทำเอกัตศึกษาให้แก่ข้าพเจ้า ข้าพเจ้าจึงขอกราบขอบพระคุณท่าน เป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

นอกจากนี้ ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้อันทรงคุณค่าให้แก่ข้าพเจ้า จนข้าพเจ้าสามารถนำวิชาความรู้ นั้นไปต่อยอดและประยุกต์ใช้ในการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และที่ขาดไม่ได้คือ ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่คอยให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำต่าง ๆ นานาตลอดระยะเวลาที่ ข้าพเจ้าศึกษาในหลักสูตรนี้

สุดท้ายนี้ ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณ นายทม พิมพ์ทนต์ และนางฐิติรัตน์ พิมพ์ทนต์ ผู้เป็นบิดา มารดาของข้าพเจ้าที่คอยเลี้ยงดู สนับสนุน และให้กำลังใจแก่ข้าพเจ้าเสมอมาอย่างไม่เคยขาดตก บกพร่อง และขอขอบคุณนายพันยุทธ วิเศษปัดสา ผู้เป็นสามีที่คอยสนับสนุนและเป็นกำลังใจให้กับ ข้าพเจ้าในทุกช่วงเวลาของชีวิตจนสามารถก้าวข้ามพันอุปสรรคมาได้ รวมถึงขอบคุณเพื่อน พี่ น้อง ที่สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) และสถาบันสารสนเทศทรัพยากรน้ำ (องค์การ มหาชน) ที่คอยให้คำแนะนำ ให้กำลังใจ และให้โอกาสในการสละเวลาการทำงานในบางช่วงเพื่อให้ ข้าพเจ้าได้เข้ารับการศึกษาในหลักสูตรนี้

ข้าพเจ้าจึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่าเอกัตศึกษานี้จะเป็นประโยชน์ในทางวิชาการให้แก่ผู้ที่ได้ศึกษา ค้นคว้า หากเอกัตศึกษานี้มีข้อบกพร่องหรือมีความผิดพลาดประการใด ข้าพเจ้าขอน้อมรับไว้แต่เพียง ผู้เดียว

ชฎานิสฺฐ์ พิมพ์ทนต์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐาน.....	3
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดาเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม การตรวจสอบหรือการระงับข้อมูล หรือ เนื้อหาที่เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต.....	5
2.1 หลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง (Manila Principle on Intermediary Liability).....	6
2.1.1 ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง.....	7
2.1.2 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง.....	7
2.1.3 หลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง.....	8
2.2 การควบคุม การตรวจสอบ หรือการระงับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต....	13
2.2.1 ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง.....	13
2.2.2 การควบคุมข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่.....	14
2.2.3 การตรวจสอบข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่.....	15
2.2.4 การระงับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่.....	15
2.3 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง.....	15
2.4 การลดทอนความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง.....	16
บทที่ 3 กฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และ การนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย.....	19
3.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม	19
3.1.1 ความเป็นมา.....	19

3.1.2	ความหมายของระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และผู้ให้บริการ.....	20
3.1.3	ผู้ให้บริการสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14.....	22
3.1.3.1	องค์ประกอบความผิด	22
3.1.3.2	ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย.....	24
3.1.4	การยกเว้นโทษให้แก่ผู้ให้บริการ.....	26
3.2	ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับ การทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจาก ระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560	27
3.2.1	ผู้ให้บริการประเภทต่าง ๆ.....	28
3.2.2	มาตรการการแจ้งเตือนและระงับการเผยแพร่หรือ นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจาก ระบบคอมพิวเตอร์.....	29
3.2.2.1	ขั้นตอนการแจ้งเตือน	29
3.2.2.2	การแจ้งเตือนของผู้ให้บริการ	29
3.2.2.3	วิธีการการระงับการเผยแพร่หรือ นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบ คอมพิวเตอร์.....	30
3.2.2.4	การโต้แย้ง	30
บทที่ 4	กฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และ การนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของต่างประเทศ	32
4.1	สหรัฐอเมริกา	32
4.1.1	Communications Decency Act.....	32
4.1.1.1	ความเป็นมา.....	32
4.1.1.2	การยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการ	33
4.1.1.3	ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย.....	34
4.1.2	Digital Millennium Copyright Act	35
4.1.2.1	ความเป็นมา.....	35
4.1.2.2	ผู้ให้บริการตามกฎหมาย	35
4.1.2.3	การยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการ.....	35

4.1.2.4 ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย	36
4.1.3 การเปรียบเทียบระหว่าง CDA กับ DMCA.....	37
4.2 สหภาพยุโรป	37
4.2.1 ความเป็นมา	38
4.2.2 ผู้ให้บริการตามกฎหมาย.....	38
4.2.3 การยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการ	41
4.2.4 ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย	42
บทที่ 5 แนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย	43
5.1 การเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยและ ต่างประเทศ	44
5.2 การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย	45
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	47
6.1 บทสรุป	47
6.2 ข้อเสนอแนะ	50
บรรณานุกรม	52

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตถือเป็นสิ่งสำคัญในการศึกษา การเรียนรู้ และการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร การใช้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์จึงถือเป็นปัจจัยที่สำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ อย่างไรก็ตาม อาจมีบุคคลกระทำการเพื่อนำข้อมูลอันเป็นเท็จเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน การรักษาความมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือเป็นข้อมูลที่มีลักษณะอันลามกอนาจาร ที่เข้าข่ายการกระทำความผิดตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ดังกล่าว นอกจากผู้กระทำความผิดที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมายแล้ว ยังส่งผลถึงผู้ให้บริการตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ด้วย ซึ่งผู้ให้บริการอาจต้องรับผิดชอบสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ตามที่กำหนดในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ดังนั้น หากผู้ให้บริการมิได้จัดการลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ในทันทีที่รู้และสามารถจัดการลบได้ในโอกาสแรก จะต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14 จึงมีผู้เปรียบไว้ว่าผู้ให้บริการซึ่งเป็นตัวกลางทางอินเทอร์เน็ต (Internet Intermediary) ก็เหมือนสวนสาธารณะที่มอบพื้นที่ให้ผู้คนมาทำกิจกรรมกัน บางกิจกรรมก็เป็นไปในทางสร้างสรรค์ แต่ก็มีบางกลุ่มที่แอบทำกิจกรรมที่ผิดกฎหมายในสวนสาธารณะดังกล่าวซึ่งผู้ดูแลสวนสาธารณะนั้นมิได้เห็นด้วย ถึงแม้ว่าผู้ดูแลสวนจะดำเนินการตรวจตราและรักษาความปลอดภัยสวนสาธารณะแล้ว แต่ผู้ใช้บริการสวนสาธารณะก็มากเกินกว่าที่ผู้ดูแลสวนจะดำเนินการได้อย่างทั่วถึง เมื่อพบว่ามีกิจกรรมที่ผิดกฎหมายและเจ้าหน้าที่ตำรวจเลือกที่จะจับกุมผู้ดูแลสวนดังกล่าวแทน ก็จะส่งผลให้ผู้ดูแลสวนสาธารณะอาจเลือกที่จะปิดสวนสาธารณะเพราะไม่ต้องการเสี่ยงต่อการรับผิดชอบในสิ่งที่ตนควบคุมไม่ได้ หรือเลือกที่จะตรวจตราผู้ที่เข้ามาใช้สวนสาธารณะมากยิ่งขึ้นทำให้ต้องใช้เวลา บุคลากร และต้นทุนที่เพิ่มมากขึ้นจนไม่อาจที่จะดูแลสวนสาธารณะนั้นได้อีก

ในต่างประเทศมีกฎหมายกำหนดให้การคุ้มครองผู้ให้บริการที่เป็นตัวกลางทางอินเทอร์เน็ต (Internet Intermediary) ตามหลักการยกเว้นความรับผิด (safe harbor) สำหรับประเทศไทยมีการปรับแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ซึ่งมีการปรับปรุง

มาตรา 15 โดยเพิ่มให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ คือ ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือนการระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561

ตามที่ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561 ที่ออกตามความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง (Intermediary) ผู้ให้บริการที่เก็บหรือพักข้อมูลคอมพิวเตอร์ชั่วคราว (system caching) ผู้ให้บริการซึ่งเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการซึ่งผู้ให้บริการดำเนินการจัดการข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วยตนเอง (Information Residing on systems or network at direction of users) และผู้ให้บริการทางเทคนิคเพื่อเป็นที่ตั้งหรือที่พักของแหล่งข้อมูล (Information Location Tools) ต้องมีมาตรการแจ้งเตือน และระงับการเผยแพร่หรือนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อไม่ต้องรับโทษนั้น บริบทของกฎหมายดังกล่าวยังคงกำหนดให้ผู้ให้บริการเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 อยู่ หากเพียงแต่ผู้ให้บริการสามารถพิสูจน์ได้ว่าได้ดำเนินการตามมาตรการที่กำหนดในประกาศดังกล่าวแล้วจึงไม่ต้องรับโทษฐานให้ความร่วมมือ ให้ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจอันเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 14

อย่างไรก็ดี ผู้ให้บริการดังกล่าวข้างต้นในแต่ละบริการมีลักษณะของการให้บริการที่แตกต่างกัน แต่กลับต้องเข้ามาตราการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ หรือการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ในรูปแบบเดียวกัน โดยมีได้คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของแต่ละบริการหรือความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเนื้อหา ซึ่งผู้ให้บริการเนื้อหาควรมีความรับผิดชอบต่อเนื้อหา ในขณะที่ผู้ให้บริการทางด้านเทคนิคโดยแท้ไม่ควรมีความรับผิดชอบใด ๆ ต่อเนื้อหา เว้นแต่เข้าเงื่อนไขบางประการ เช่น พิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการเป็นผู้คัดเลือก ปรับปรุง หรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่เผยแพร่ นั้น อีกทั้ง ประกาศดังกล่าวยังกำหนดให้ผู้ให้บริการที่พบการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 สามารถแจ้งผู้ให้บริการระงับการเผยแพร่หรือนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้ ด้วยการแจ้งรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูลที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 14 ลงในแบบฟอร์มข้อร้องเรียนของผู้ให้บริการ (Complain Form) พร้อมบันทึกประจำวันที่มีรายละเอียดความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ให้บริการหรือบุคคลภายนอก เมื่อผู้ให้บริการได้รับข้อร้องเรียนดังกล่าวจะต้องดำเนินการลบหรือแก้ไข

เปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อไม่ให้แพร่หลายต่อไปโดยทันที หรือระงับการแพร่หลาย ข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยเร็วที่สุด ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้ให้บริการในการ พิจารณาระงับการเผยแพร่หรือลบข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ด้วยตนเอง โดยไม่มีมาตรฐานหรือ หลักเกณฑ์ใด ๆ รองรับ และไม่ผ่านกระบวนการทางยุติธรรม การกระทำของผู้ให้บริการอาจจะกระทบ ต่อสิทธิเสรีภาพต่อผู้ใช้บริการรายอื่นที่ถูกระงับการเผยแพร่หรือลบ ข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้

ดังนั้น ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมดังกล่าว อาจทำให้ผู้ให้บริการ ต้องแบกรับภาระมากเกินไป ทั้งในแง่งบประมาณ บุคลากร รวมถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวกับความรับผิด ซึ่งเรื่องเหล่านี้อาจจะไม่เป็นอุปสรรคส าหรับสื่อขนาดใหญ่ แต่เป็นอุปสรรคส าคัญส าหรับเว็บไซต์ประเภท ที่ผู้ใช้บริการเป็นผู้สร้างเนื้อหา (user generated content) และเว็บไซต์ขนาดเล็ก ผลกระทบที่เกิดขึ้น คือทำให้ผู้ให้บริการดังกล่าวเกิดการเซ็นเซอร์ตัวเอง (Self-censorship) ยิ่งขึ้น มิเช่นนั้นก็ต้องใช้วิธีการ อื่นใดเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย เช่น ย้ายเซิร์ฟเวอร์ไปยังต่างประเทศ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอาจจะ ส่งผลกระทบต่อพัฒนาการทางเทคโนโลยีสารสนเทศในภาพรวมของประเทศได้ เพราะแรงจูงใจในการ ประกอบการในประเทศไทยมีน้อยลง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาการบังคับใช้ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอน การแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการลบข้อมูลออกจากระบบ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561

1.2.2 เพื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลาย ของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการลบ ข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์

1.2.3 เพื่อก าหนดแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดต่าง ๆ ของผู้ให้บริการ

1.3 สมมติฐาน

ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับ การทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการลบข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561 ที่ออกตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ยังไม่มีการกำหนดการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการในแต่ละประเภท ดังนั้น จึงควรมามาตรการ ตามกฎหมาย Communications Decency Act (CDA) และ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา รวมถึง EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรปมาใช้ เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นในการบังคับใช้กฎหมายต่อนักลงทุนด้านอิเล็กทรอนิกส์

1.4 ขอบเขตการศึกษา

เอกัตศึกษานี้มุ่งศึกษาการกำหนดมาตรการและความรับผิดชอบที่แตกต่างกันตามลักษณะของผู้ให้บริการตามประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับ Communications Decency Act (CDA) และ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา รวมถึง EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป เพื่อหาแนวทางในการกำหนดมาตรการและความรับผิดชอบต่าง ๆ ของผู้ให้บริการมาปรับใช้กับประเทศไทย

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

เอกัตศึกษานี้ทำการศึกษาค้นคว้าเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยดำเนินการศึกษาค้นคว้า รวบรวมข้อมูลจากเอกสารและต ราชูวิชาการที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กฎหมายของประเทศไทย กฎหมายของต่างประเทศ รวมถึงบทความ วิทยานิพนธ์ เอกัตศึกษา และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง โดยใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องช่วยค้นหา เพื่อสามารถวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับประเทศไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ได้ทราบถึงหลักการบังคับใช้ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561

1.6.2 ได้ทราบถึงหลักการกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์

1.6.3 สามารถกำหนดแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบต่าง ๆ ของผู้ให้บริการ

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม การตรวจสอบ หรือการระงับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต

การสื่อสารที่มีประสิทธิภาพเป็นกระบวนการโต้ตอบที่เกี่ยวข้องกันระหว่างผู้ที่มีบทบาทและหน้าที่ที่แตกต่างกัน ซึ่งการสื่อสารมีทั้งการพูด การฟัง การตอบสนอง การค้นหา และการเผยแพร่ จึงไม่แปลกที่องค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจะมุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารผ่านช่องทางต่าง ๆ ทั้งจากมุมมองของผู้พูดและผู้ฟัง รวมไปถึงผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางด้วย โดยที่การสื่อสารข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ตจะมีวิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนแตกต่างกันไป ตัวอย่างเช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (internet service providers) ผู้ให้บริการประมวลผลข้อมูลและรับฝากข้อมูล (data processing and web hosting providers) ผู้ให้บริการค้นหา (search engines) และผู้ให้บริการแพลตฟอร์มสื่อสังคมออนไลน์ (social media platforms)¹

หากการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ประชาชนจะมีอิสระในการใช้งานอินเทอร์เน็ตหรือไม่ จึงเป็นวาระที่สำคัญขององค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในช่วงต้นศตวรรษที่ 21 ในการถกเถียงกันถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นจากการใช้งานอินเทอร์เน็ตดังกล่าว²

โดยที่ปฏิญญาสากลของสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ได้ระบุให้ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (the right to freedom of opinion and expression) โดยปราศจากการแทรกแซง และสามารถค้นหา ได้รับ หรือส่งต่อข้อมูลและความคิดเห็นจากสื่อต่าง ๆ ได้อย่างไม่จำกัดพื้นที่เขตแดน ทั้งนี้ จากแถลงการณ์ร่วมกันของ the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), the Organization of American States และ the African Commission on Human and Peoples' Rights ได้ให้การสนับสนุนในการนำเสนอเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกสามารถมาใช้ในการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต เช่นเดียวกับการสื่อสารในรูปแบบอื่น³ ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกเป็นการถ่วงดุลกับสิทธิของรัฐที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเพื่อรักษาศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และสวัสดิภาพของสังคม

¹ Maya Hertig Randall, [Freedom of Expression in the Internet](#). [Online]. 2016. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

² Ivar A. Hartmann, [A Right to Free Internet: On Internet Access and Social Rights](#). [Online]. 2013. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

³ Patrick Ford, [Freedom of Expression through Technological Networks: Accessing the Internet as a Fundamental Human Right](#). [Online]. 2014. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

ถึงแม้ว่าอินเทอร์เน็ตจะเป็นช่องทางที่ยกระดับโอกาสในการสื่อสารและการแสดงความคิดเห็นได้อย่างมากมายมหาศาล แต่ในขณะเดียวกันอินเทอร์เน็ตก็อาจนำมาซึ่งความอันตรายมากกว่าช่องทางสื่อสารอื่น ๆ เท่าที่เคยมีมา ทั้งนี้ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกก็มาพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบที่อาจจะต้องถูก จำกัดโดยกฎหมายเพื่อเป็นการปกป้องสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเป็นการปกป้องความสงบสุขหรือศีลธรรมอันดีของชาติ ดังนั้น การกำหนดให้มีการควบคุม การตรวจสอบ หรือการระงับของข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์อาจเป็นการสร้างอุปสรรคในการแสดงออกและการพัฒนานวัตกรรมต่าง ๆ บนอินเทอร์เน็ต รวมถึงกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกอันเป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ ภาครัฐจึงควรมีแนวทางในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว

ในปี ค.ศ. 1998 สหภาพยุโรปมีการกำหนดแผนในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นอันตรายบนอินเทอร์เน็ต โดยในแผนดังกล่าวมีการใช้จ่ายงบประมาณเป็นจำนวน 7 – 10 ล้าน ECUs เพื่อการพัฒนาตัวกรองและระบบการจัดอันดับที่มีความเกี่ยวข้องกับ การดำเนินการตามกฎหมายภายใน 3 ปี⁴

2.1 หลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง (Manila Principle on Intermediary Liability)

หลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลางได้รับการพัฒนาจากการทำงานร่วมกันของกลุ่มประชาสังคมและผู้เชี่ยวชาญจากทั่วโลก ได้แก่ the Electronic Frontier Foundation (EFF, USA), the Centre for Internet and Society (CIS, India), Article 19 (UK), KICTANET (Kenya), Derechos Digitales (Chile), Asociación por los Derechos Civiles (ADC, Argentina) และ Open Net (South Korea) เพื่อกำหนดแนวนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลความรับผิดชอบของสื่อตัวกลางกรณีที่เป็นเนื้อหาของบุคคลที่สามที่อาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญาหรือความเสียหายทางแพ่ง ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับแรงบันดาลใจจากหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนกับการสอดแนมการสื่อสาร (The International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance)⁵

โดยหลักการนิลาดังกล่าวได้รับการเผยแพร่ในระดับนานาชาติโดย the United Nations Organization for Education, Science and Culture (UNESCO), the World Intellectual Property Organization (WIPO), the United Nations Special Rapporteur on the promotion

⁴ Yaman Akdeniz, The European Union and Illegal and Harmful Content on the Internet. 1998. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

⁵ The Manila Principles on Intermediary Liability, Background Paper [Online]. 2015. Available from: <https://www.manilaprinciples.org/th> [2019, April 14]

and protection of the right to freedom of opinion and expression และ the United Nations Department of Economic and Social Affairs (UNDESA)

2.1.1 ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง

โดยที่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง (Intermediary) ตามหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง หมายถึง ตัวกลางทางอินเทอร์เน็ตในการประสานงานหรืออำนวยความสะดวกระหว่างบุคคลที่สามบนอินเทอร์เน็ต ในลักษณะของการให้บริการการเข้าถึง การให้บริการแม่ข่าย การให้บริการส่งผ่าน และการให้บริการดัชนีเนื้อหา รวมถึงผลิตภัณฑ์หรือบริการที่จัดทำขึ้นโดยบุคคลที่สามบนอินเทอร์เน็ตหรือการให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยบุคคลที่สาม⁶ ได้แก่

- 1) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Providers: ISPs)
- 2) ผู้ให้บริการค้นหา (Search engines)
- 3) ผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์ (Social network)
- 4) ผู้ให้บริการคลาวด์ (Cloud service providers)
- 5) ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-commerce platforms)
- 6) ผู้ให้บริการเว็บโฮสติ้ง (Web hosting companies)
- 7) ผู้ให้บริการโดเมนเนม (Domain name registrars)
- 8) ผู้ให้บริการรวบรวมเนื้อหา (Content aggregators)
- 9) ผู้ที่เปิดใช้งานจุดกระจายสัญญาณอินเทอร์เน็ตไร้สายส่วนตัว (Individuals who run open Wi-Fi hotspots, Tor nodes, etc.)

2.1.2 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง

ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางในบริบทของหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลางจะกล่าวถึงความรับผิดชอบตามกฎหมายของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางทางอินเทอร์เน็ตที่เนื้อหาหรือกิจกรรมที่จัดทำขึ้นโดยบุคคลที่สาม ซึ่งจะไม่รวมถึงการที่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเป็นผู้สร้างเนื้อหาเอง และกรณีอื่น เช่น ภาระทางภาษี การทุจริต หรือการผิดสัญญา และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางต่อผู้ใช้บริการกรณีที่เป็นผู้ดูแลข้อมูลของผู้ใช้บริการ⁷

⁶ The Manila Principles on Intermediary Liability, Background Paper. P.6

⁷ The Manila Principles on Intermediary Liability, Background Paper. P.8

2.1.3 หลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง⁸

หลักการที่ 1 ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากความรับผิดที่เกิดจากเนื้อหาของบุคคลที่สาม

เพื่อรักษาสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก รวมถึงการให้อำนาจผู้ใช้บริการหรือองค์กรต่าง ๆ ในการสร้างสรรค์นวัตกรรมใหม่ ๆ บนอินเทอร์เน็ต รัฐบาลควรให้การคุ้มครองด้านกฎหมายแก่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง ด้วยการยกเว้นความรับผิดจากเนื้อหาของบุคคลที่สามที่ให้บริการเครือข่ายหรือแพลตฟอร์มของผู้ให้บริการ ซึ่งควรมีการกำหนดเนื้อหาในกฎหมายเพื่อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอย่างน้อย ดังนี้

a. กฎใด ๆ ที่กำกับดูแลความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งต้องมีความถูกต้อง ความชัดเจน และสามารถเข้าถึงได้

b. ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรได้รับความคุ้มครองจากความรับผิด กรณีที่เนื้อหาเป็นของบุคคลที่สาม โดยที่พฤติการณ์ของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหานั้นแต่อย่างใด

c. ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไม่ต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่ถูกควบคุมตามกฎหมาย

d. ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไม่ต้องรับผิดชอบกรณีรับฝากเนื้อหาที่ผิดกฎหมายของบุคคลที่สาม รวมถึงไม่ควรกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาดังกล่าว

หลักการที่ 2 เนื้อหาจะต้องไม่ถูกควบคุมโดยปราศจากคำสั่งจากผู้มีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมาย

กฎหมายไม่ควรกำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางดำเนินการใด ๆ เพื่อสั่งหรือร้องขอเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหาโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลซึ่งเป็นผู้นำเข้าเนื้อหานั้นทางออนไลน์ เว้นแต่ผู้มีส่วนได้เสียจะร้องขอให้เนื้อหานั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์โดยผู้มีอำนาจในการพิจารณาคดีตามกฎหมายที่มีความอิสระและเป็นกลาง กล่าวคือ

a. ไม่กำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเป็นผู้ควบคุมเนื้อหา เว้นแต่มีคำสั่งจากผู้มีอำนาจในการพิจารณาคดีตามกฎหมายที่มีความอิสระและเป็นกลางที่ได้ตัดสินว่าเนื้อหานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁸ The Manila Principles on Intermediary Liability, Background Paper. P.18

b. คำสั่งในการควบคุมเนื้อหาต้องมีรายละเอียด ดังนี้

- (1) กำหนดว่าเนื้อหานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในเขตอำนาจศาลที่พิจารณาคดี
- (2) ระบุตัวตนของผู้เข้าเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตและบรรยายถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหานั้น

(3) มีการอ้างอิงพยานหลักฐานที่เพียงพอแก่การออกคำสั่งตามกฎหมาย

(4) กำหนดระยะเวลาบังคับใช้ที่เหมาะสมแก่การควบคุมเนื้อหา

c. ความรับผิดชอบใด ๆ ที่กำหนดไว้สำหรับผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางจะต้องเหมาะสมและสอดคล้องกับพฤติการณ์ที่ผู้ให้บริการไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งที่กำหนดให้ควบคุมเนื้อหานั้น

d. ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไม่ต้องรับผิดชอบต่อคำสั่งใด ๆ ที่กำหนดวิธีการฝ่าฝืนต่อหลักการนี้

หลักการที่ 3 คำร้องขอให้ควบคุมเนื้อหาจะต้องชัดเจน ไม่คลุมเครือ และเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการที่ 2 ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไม่ควรเป็นผู้ควบคุมเนื้อหาโดยปราศจากคำสั่งจากผู้มีอำนาจในการพิจารณาตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนร้องขอให้ศาลมีคำสั่งควบคุมเนื้อหาล่วงหน้าจะต้องปฏิบัติตามหลักการ ดังนี้

a. ต้องไม่กำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางประเมินความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของบุคคลที่สาม

b. คำร้องขอให้ควบคุมเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องมีความละเอียดอย่างน้อย ดังนี้

- (1) ตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น
- (2) ระบุตัวตนของผู้เข้าเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตและบรรยายถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหานั้น

(3) การพิจารณาถึงข้อจำกัด ข้อยกเว้น และข้อต่อสุจริตที่เนื้อหานั้นจัดทำขึ้นโดยผู้ให้บริการ

(4) ข้อมูลของผู้ร้องขอหรือตัวแทนสำหรับติดต่อ เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(5) มีการอ้างอิงพยานหลักฐานตามกฎหมายที่เพียงพอแก่การร้องขอ

(6) ผู้ร้องขอต้องแสดงเจตนาโดยสุจริตว่าข้อมูลตามคำร้องขอนั้นเป็นความจริง

c. คาร้องขอให้ควบคุมเนื้อหาตามนโยบายการควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการ ในฐานะสื่อกลางจะต้องมีรายละเอียดอย่างน้อย ดังนี้

(1) เหตุที่ทำให้เนื้อหานั้นออกโดยไม่ชอบด้วยนโยบายการควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง

(2) ระบุตัวตนของผู้นำเข้าเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตและบรรยายถึงการละเมิดนโยบายการควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางของเนื้อหานั้น

(3) ข้อมูลของผู้ร้องขอหรือตัวแทนสำหรับติดต่อ เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(4) ผู้ร้องขอต้องแสดงเจตนาโดยสุจริตว่าข้อมูลตามค ร้องขอนั้นเป็นความจริง

d. กฎหมายอาจกำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางที่ให้บริการรับฝากเนื้อหา ตอรับค าขอให้ควบคุมเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหากมีการส่งค ร้องขอที่ชอบด้วยกฎหมายไปยัง ผู้ใช้บริการที่จัดทำเนื้อหา หรือแจ้งให้ผู้ร้องขอทราบถึงเหตุที่ไม่สามารถดำเนินการตามที่ร้องขอได้ ทั้งนี้ กฎหมายไม่ควร กำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางต้องยืนยันตัวตนผู้ใช้บริการดังกล่าว

e. ในการส่งต่อค ร้องขอให้ควบคุมเนื้อหานั้น ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางจะต้อง อธิบายถึงสิทธิของผู้ใช้บริการที่จัดทำเนื้อหาไว้โดยละเอียด รวมถึงกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการ ต้องควบคุมเนื้อหาด้วยการแจ้งเป็นหนังสือ หรือกระบวนการอุทธรณ์

f. ในกรณีที่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางดำเนินการควบคุมเนื้อหาตามค ร้องขอ ผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตามหลักการที่ 6 ด้วยความโปร่งใสและความรับผิดชอบ

g. คาร้องขอให้ควบคุมเนื้อหาที่ละเมิดกฎหมายหรือมาจากเจตนาที่ไม่สุจริตควรได้รับ การลงโทษ

หลักการที่ 4 กฎหมายและค าสั่งหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหาจะต้อง เป็นไปหลักความจ าเป็นและความได้สัดส่วน กล่าวคือ

a. การควบคุมเนื้อหาใด ๆ ควรด าเนินการเฉพาะเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

b. ควรใช้มาตรการที่จ าเป็นที่สุดในการควบคุมเนื้อหา

c. ในกรณีที่มีการควบคุมเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในพื้นที่ใด และหาก ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางได้ให้บริการเนื้อหานั้นในพื้นที่อื่นด้วย ให้จำกัดการควบคุมเนื้อหาเฉพาะ พื้นที่ที่มีการควบคุมนั้น

d. ในกรณีที่มีการควบคุมเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง การควบคุมเนื้อหานั้นต้องไม่เกินระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ ต้องมีการทบทวนค าสั่งควบคุมเนื้อหาเพื่อให้ ค าสั่งดังกล่าวยังคงมีผลบังคับใช้อยู่

หลักการที่ 5 กฎหมายและคำสั่งหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหาจะต้องเป็นไปตามกระบวนการที่ขบด้วยกฎหมาย ดังนี้

a. ก่อนที่เนื้อหาใด ๆ จะถูกควบคุมตามคำสั่งหรือคำร้องขอ ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางและผู้ให้บริการที่จัดทำเนื้อหาจะต้องได้รับทราบถึงสิทธิของตนตามกฎหมาย เว้นแต่เป็นเหตุยกเว้นซึ่งโดยพฤติการณ์มีการทบทวนคำสั่งและให้คำสั่งนั้นมีผลใช้บังคับในทันที

b. กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางจะต้องกำหนดสิทธิให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางและผู้ให้บริการที่จัดทำเนื้อหาสามารถอุทธรณ์คำสั่งที่ควบคุมเนื้อหาได้

c. ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรมีกลไกให้ผู้ให้บริการที่จัดทำเนื้อหาสามารถทบทวนคดีตัดสินในการควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการได้ ในกรณีที่ผู้ให้บริการที่จัดทำเนื้อหาละเมิดนโยบายการควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง

d. ในกรณีที่ผู้ให้บริการที่จัดทำเนื้อหาชนะการอุทธรณ์คำสั่งการควบคุมเนื้อหาภายใต้หลักการที่ 5 ข้อ b. หรือเมื่อมีการพิจารณาทบทวนคดีตัดสินในการควบคุมเนื้อหาในข้อ c. แล้วผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรคืนสถานะเนื้อหานั้นให้กลับคืนมาดังเดิม

e. ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไม่ควรเปิดเผยข้อมูลที่แสดงถึงตัวตนของผู้ให้บริการโดยไม่มีคำสั่งจากผู้มีอำนาจพิจารณาดีตามกฎหมาย ทั้งนี้ไม่ควรกำหนดให้ระบบความรับผิดชอบของผู้ให้บริการสามารถเปิดเผยข้อมูลของผู้ให้บริการโดยไม่มีคำสั่งจากผู้มีอำนาจพิจารณาดีตามกฎหมาย

f. การจัดทำหรือการบังคับใช้นโยบายการควบคุมเนื้อหา ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนด้วย เชกเช่นเดียวกับหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบให้นโยบายการควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน

หลักการที่ 6 การกำหนดหลักความโปร่งใสและความรับผิดชอบไว้ในกฎหมายและคำสั่งหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหา

หลักความโปร่งใสและความรับผิดชอบเป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งหลักการมโนลาได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้กับหน้าที่ของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางที่ต้องคอยอำนวยความสะดวกในการให้บริการต่าง ๆ ถึงแม้ว่าหลักการมโนลาจะไม่ได้กำหนดห้ามให้ผู้ให้บริการรับฝากเนื้อหาที่มีการละเมิดกฎหมาย แต่การให้บริการก็ต้องตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานของความโปร่งใสและความรับผิดชอบ กล่าวคือ

a. หน่วยงานของรัฐจะต้องเผยแพร่กฎหมาย นโยบาย คำพิพากษา และกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางในช่วงเวลาที่เป็นปัจจุบันทันสมัยและสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย

b. หน่วยงานของรัฐต้องไม่ใช่มาตรการอื่นนอกเหนือจากการใช้สิทธิทางศาลในการควบคุมเนื้อหา รวมถึงการไม่บังคับให้ผู้ให้บริการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเงื่อนไขการให้บริการเพื่อส่งเสริมหรือให้เกิดความสมัครใจในการผูกขาดทางการค้า หรือเป็นการยับยั้งไม่ให้มีการเผยแพร่เนื้อหา

c. ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรเผยแพร่นโยบายการควบคุมเนื้อหาด้วยถ้อยคำที่ชัดเจนและสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย รวมถึงปรับปรุงนโยบายดังกล่าวให้เป็นปัจจุบันและแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนโยบายดังกล่าว

d. เพื่อให้เกิดความโปร่งใส หน่วยงานของรัฐควรเผยแพร่คำสั่งหรือ ารัสขอที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเนื้อหาให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางรับทราบ

e. เพื่อให้เกิดความโปร่งใส ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรเผยแพร่การดำเนินการควบคุมเนื้อหาที่ดำเนินการโดยผู้ให้บริการ รวมถึงการดำเนินการควบคุมเนื้อหาตามคำร้องขอของหน่วยงานของรัฐ ค าสั่งศาล ค ารัฐเรียน หรือจากการบังคับใช้นโยบายการควบคุมเนื้อหา

f. ในกรณีที่มีการควบคุมเนื้อหาบนผลิตภัณฑ์หรือบริการใดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง เมื่อมีผู้พยายามที่จะเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าว ผู้ให้บริการจะต้องแสดงข้อความแจ้งเตือนที่ชัดเจนโดยอธิบายถึงเหตุในการควบคุมเนื้อหา

g. หน่วยงานของรัฐ ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง และภาคประชาสังคมจะต้องร่วมกันพัฒนาและรักษาไว้ซึ่งความอิสระ ความโปร่งใส และความเป็นธรรมเพื่อกำกับดูแลมาตรการในการควบคุมเนื้อหา

h. กรอบและกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรมีการกำหนดขั้นตอนการทบทวนให้กฎหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวมีความทันสมัย มีประสิทธิภาพ และไม่สร้างภาระแก่ผู้ให้บริการจนเกินควร ทั้งนี้ การทบทวนดังกล่าวควรคำนึงถึงกลไกการปฏิบัติและผลกระทบจากการรวบรวมพยานหลักฐาน การค านวณค่าเสียหาย ประโยชน์ที่สามารถค านวณนับได้และหลักสิทธิมนุษยชน

หลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลางจะเป็นกรอบในการวางกฎหมาย นโยบาย บรรทัดฐาน หรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางในการกลั่นกรอง การควบคุม การเอาออก และการปิดกั้นเนื้อหาของบุคคลที่สาม ซึ่งจะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศต่อไป

2.2 การควบคุม การตรวจสอบ หรือการระงับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต

การพัฒนาอินเทอร์เน็ตให้เป็นเครือข่ายระดับโลกที่สามารถเข้าถึงและเผยแพร่ข้อมูล เนื้อหา หรือบริการต่าง ๆ โดยไม่มีการจำกัดพื้นที่และเวลา ซึ่งการสื่อสารบนอินเทอร์เน็ตดังกล่าวต้องอาศัยช่องทางต่าง ๆ ของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง ดังนั้น ผู้ให้บริการดังกล่าวจึงมีบทบาทที่สำคัญในการอำนวยความสะดวกต่อการแสดงออกข้อมูลหรือเนื้อหาของผู้เผยแพร่

2.2.1 ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง

ในปี ค.ศ. 2010 รายงานขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้ระบุว่าความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเกิดขึ้นพร้อมกับคานิยามของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง โดยที่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางคือผู้อำนวยความสะดวกในการทราจกรรมระหว่างบุคคลที่สามารถบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งเน้นความสำคัญไปที่เศรษฐกิจสมัยใหม่บนโลกออนไลน์⁹

โดยที่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไม่ใช่ประเภทใดประเภทหนึ่งของการให้บริการ แต่เป็นการเรียกชื่อโดยรวมของผู้ให้บริการ โดยมีกิจกรรมพื้นฐานของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางอยู่ 4 กิจกรรม¹⁰ คือ

กิจกรรมที่หนึ่ง การให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นการสร้างการเชื่อมต่อพื้นฐานระหว่างบุคคลและอินเทอร์เน็ตเพื่อให้สามารถดาวน์โหลดและอัปโหลดเนื้อหาใด ๆ ได้

กิจกรรมที่สอง การให้บริการรับฝากเนื้อหา (hosting services) ซึ่งการให้บริการรับฝากเนื้อหานี้ไม่ใช่เพียงการเข้าถึงอย่างเดียว แต่ผู้ให้บริการจะต้องมีเครื่องเซิร์ฟเวอร์สำหรับรองรับการจราจรข้อมูลชั่วคราวด้วย โดยที่การจัดเก็บข้อมูลนั้นจะมากหรือน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับผู้ให้บริการนั้น

กิจกรรมที่สาม การให้บริการหน่วยเก็บความจำ (caching) จากการถ่ายโอนข้อมูล หมายถึงการสร้างสำเนาข้อมูลชั่วคราวของเนื้อหาโดยอัตโนมัติเพื่อให้สามารถเข้าถึงเนื้อหานั้นได้ง่ายและรวดเร็วเนื่องจากเนื้อหาของเว็บไซต์ไม่ได้เปลี่ยนแปลงข้อมูลทั้งหมดจะมีเพียงบางส่วนเท่านั้นที่เปลี่ยนไปในแต่ละวัน

⁹ Yan Mei Ning, Internet Intermediary Liability in Online Defamation Lawsuits: The Case of Mainland China. 2016. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

¹⁰ Judit Bayer, Liability of Internet Service Providers for Third Party Content. 2008. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

กิจกรรมที่สี่ การให้บริการค้นหา (searching) เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการการใช้งานอินเทอร์เน็ต อีกทั้งยังคงรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายและการแข่งขัน ซึ่งผู้ใช้งานสามารถรับข้อมูลต่าง ๆ จากสื่อออนไลน์ผ่านเครื่องมือค้นหา

ในขณะที่การแพร่หลายของเทคโนโลยีได้มีการนำข้อมูลมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจและการศึกษา ซึ่งนำไปสู่การสร้างหรือการเผยแพร่ข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอันจะก่อให้เกิดอันตรายหรือกระทบสิทธิของผู้อื่น การนำเสนอข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผิดกฎหมายหรือที่เป็นอันตรายบนโลกออนไลน์จึงยากแก่การกำจัด ทำให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางได้รับแรงกดดันจากภาครัฐในการทำหน้าที่เป็นผู้เฝ้าประตูการสื่อสาร (gatekeepers) เพื่อตัดสินใจว่าข้อมูลหรือเนื้อหาใดควรที่จะอยู่ในอินเทอร์เน็ตต่อไป ภาครัฐจึงกำหนดหน้าที่และขั้นตอนในระบบกฎหมายให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเป็นผู้ดำเนินการควบคุม ตรวจสอบ หรือระงับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่ นั้น โดยมีลักษณะเช่นเดียวกับระบบกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลการธนาคารและหลักทรัพย์¹¹

2.2.2 การควบคุมข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่

ในการจำกัดความสามารถในการใช้งานอินเทอร์เน็ตของประชาชนโดยผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางมักจะมีขอบเขตในการควบคุมกิจกรรมที่เกี่ยวกับเหตุผลความมั่นคงของชาติ การต่อต้านการก่อการร้าย และสื่อลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก รวมถึงรสนิยมทางเพศ ซึ่งขึ้นอยู่กับอำนาจการออกกฎหมายของภาครัฐเพื่อให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางให้ความร่วมมือไม่ว่าจะสมัครใจหรือไม่ก็ตามในการกรองหรือการตรวจตราข้อมูล รวมถึงเปิดเผยตัวตนของผู้ใช้บริการ¹²

ผู้ที่มีบทบาทหลักในการควบคุมเนื้อหามักจะเป็นภาครัฐ ซึ่งเป็นผู้กำหนดว่าควรมีการควบคุมเนื้อหาแบบใด และผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรต้องรับผิดชอบต่อการคัดกรองเนื้อหาอย่างไร โดยอาจเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของภาครัฐหรือเป็นการกำกับดูแลตนเองของผู้ใช้งานบางกลุ่ม อย่างเช่น พ่อแม่ต้องการให้นโยบายเกี่ยวกับเนื้อหาที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นมาใช้เพื่อคุ้มครองลูก ๆ ของตน มาตรการจัดระดับเนื้อหาในหลายรูปแบบช่วยให้พ่อแม่ค้นพบเนื้อหาเว็บไซต์ที่เป็นมิตรกับเด็ก เบราวน์เซอร์อินเทอร์เน็ตรุ่นใหม่ ๆ ก็มักมีตัวเลือกการคัดกรองที่หลากหลาย บริษัทเอกชนและมหาวิทยาลัยก็มีบทบาทในการควบคุมเนื้อหา ในบางกรณีมีการควบคุมเนื้อหาผ่านชุดของซอฟต์แวร์

¹¹ Jyoti Panday, J. Carlos Lara, Kyun S Park, Kelly Kim. Jurisdictional Analysis [Online]. 2015. Available from: <https://www.manilaprinciples.org/th> [2019, April 14]

¹² Anne Cheung; Rolf H. Weber, Internet Governance and the Responsibility of Internet Service Providers. 2008. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

ต่าง ๆ เช่น กรณีของลัทธิไซเอนโทโลจี ซึ่งมีการเผยแพร่ซอฟต์แวร์ไซโนซิตีเตอร์ (Scienositter) ให้สมาชิกเพื่อป้องกันไม่ให้การเข้าถึงเว็บไซต์ที่วิพากษ์วิจารณ์ลัทธิไซเอนโทโลจี¹³

2.2.3 การตรวจสอบข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่

การตรวจสอบข้อมูลหรือเนื้อหาจะมีลักษณะที่แตกต่างจากระบบการกรองข้อมูลหรือเนื้อหา กล่าวคือ วิธีการปฏิบัติในการตรวจสอบนั้น ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางจะสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้ในวงกว้าง ซึ่งจะสามารถตรวจดูได้ว่าผู้ใช้บริการคนใดกำลังใช้บริการของตนอยู่และสามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ใช้บริการนั้นแสดงความคิดเห็นใด ๆ บนพื้นที่ของตนเอง

ปัญหาที่สำคัญของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางในบทบาทของผู้ตรวจสอบข้อมูลหรือเนื้อหา คือ การเป็น “ตำรวจลับ” บนอินเทอร์เน็ต ดังเช่นกรณีของ Yahoo! ที่หันมาให้ข้อมูลเกี่ยวกับ Shi Tao ผู้สื่อข่าวของจีนต่อเจ้าหน้าที่ของจีน จากการที่ Shi Tao ได้ส่งอีเมลล์ข้อมูลที่เป็นความลับของรัฐบาลนอกประเทศผ่าน Yahoo!¹⁴

2.2.4 การระงับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่

เหตุผลในการระงับข้อมูลหรือเนื้อหามักจะคลุมเครือและเป็นเรื่องทางการเมือง ดังนั้นเมื่อมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางต้องกรองข้อมูลหรือเนื้อหาจนเกินความจำเป็น จึงส่งผลให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเลือกที่จะใช้วิธีการตอบสนองที่รวดเร็วและเป็นวิธีการที่ถูกที่สุด คือ การปิดกั้นเพื่อไม่ให้ผู้ใช้บริการเข้าถึงข้อมูลหรือเนื้อหาดังกล่าวนั้นเลย¹⁵

2.3 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น ต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดหรือไม่ ซึ่งการกระทำหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคืออยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ ดังนั้นการกระทำจะต้องมีการคิด ตกลงใจ กระทำไปตามที่ตกลงใจอันเนื่องมาจากความคิด เว้นแต่การกระทำของเด็กทารกไร้เดียงสา คลวิกลจริต คนละเมอ คนเป็นลมบ้าหมู ผู้ที่ร่างกายกระตุกไม่รู้ตัว ผู้ที่ถูกผลัก ผู้ที่ถูกสะกดจิต หรือผู้ที่ร่างกายเคลื่อนไหวด้วยแรงธรรมชาติ ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำ ที่การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายเป็นผลมาจากการตกลงใจสืบเนื่องมาจากความคิดแต่อย่างใด

¹³ เคอร์บาลีจา, โจวาน. เปิดประตูสู่การธรรมาภิบาลอินเทอร์เน็ต(กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่ออินเทอร์เน็ตและวัฒนธรรมพลเมือง), 2560.

¹⁴ Anne Cheung; Rolf H. Weber, Internet Governance and the Responsibility of Internet Service Providers.

¹⁵ Anne Cheung; Rolf H. Weber, Internet Governance and the Responsibility of Internet Service Providers.

อย่างไรก็ดีการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท¹⁶ คือ

1) การกระทำโดยดเว้น หมายถึงการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ทั้ง ๆ ที่บุคคลมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ ไม่ว่าจะ เป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ หน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเจาะจง หน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตน หรือหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เป็นพิเศษ เฉพาะเรื่อง ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวจะต้องกระทำ เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น

2) การกระทำโดยละเว้น เกิดจากกฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องกระทำการบางอย่าง หากไม่กระทำจะถือว่าเป็นความผิด ซึ่งในบางกรณีกฎหมายได้บัญญัติให้บุคคลกระทำการใด เพื่อช่วยเหลือบุคคลที่ต้องตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต หากช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตัวเองหรือผู้อื่นแต่ไม่ช่วยเหลือก็จะมี ความผิดและต้องรับโทษ การไม่ช่วยเหลือเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายที่เป็นการละเว้นไม่กระทำ นั่นเอง

นอกจากการรับผิดชอบทางอาญาอันเกิดจากการกระทำดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติให้บุคคลอาจต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) กล่าวคือ ความรับผิดชอบที่เกิดจากการกำหนดให้บุคคลหนึ่งต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของอีกคนหนึ่ง ในสถานการณ์ที่บุคคลนั้นมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งหนึ่งในเหตุผลของทฤษฎี Vicarious Liability คือ การที่กฎหมายมุ่ง หนดความรับผิดไปยังบุคคลที่ไม่สามารถควบคุมผู้ที่อยู่ในความดูแลไม่ให้เกิดการละเมิดกฎหมายได้ เช่น ผู้ปกครองต้องรับผิดชอบจากการกระทำของลูก ครูต้องรับผิดชอบจากการกระทำของนักเรียนที่อยู่ในความดูแลในขณะนั้น หรือผู้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบจากการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา¹⁷

เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดทั้งที่เกิดจากการกระทำของบุคคลหรือการที่บุคคลต้องรับผิดชอบในทางอาญาในการกระทำ ของบุคคลอื่นแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางมิได้เป็นผู้กระทำความผิดด้วยตัวเอง เนื่องจากไม่มีการกระทำใด ไม่ว่าจะ เป็นการงดเว้นหรือละเว้นการกระทำ ที่จะทำให้เกิด ข้อมูลหรือเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายปรากฏในสื่อสังคมออนไลน์ ด้วยเหตุที่ผู้ให้บริการเป็นเพียงผู้ให้บริการพื้นที่ดังกล่าวเท่านั้น ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลหรือเนื้อหาดังกล่าว จึงเป็นไปได้ว่า กฎหมายต้องมี การกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางตามทฤษฎี Vicarious Liability

2.4 การลดทอนความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง

อย่างไรก็ดี มีการกำหนดกลไกในการควบคุม การตรวจสอบ หรือการระงับข้อมูลหรือเนื้อหา ที่ได้รับการรับรองจากภาครัฐและผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางว่ามีความเหมาะสมและสามารถป้องกันการแสดงออกของผู้ใช้งาน อีกทั้ง ไม่เป็นการสร้างภาระความรับผิดที่เกินสมควรและไม่ได้สัดส่วนให้แก่

¹⁶ ดร.เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คาติบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป(กรุงเทพมหานคร: ส นักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

¹⁷ J. W. Neyers, A Theory of Vicarious Liability. [Online]. 2005. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

ผู้ให้บริการ เพื่อเป็นการลดทอนความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางตามกฎหมาย โดยเรียงลำดับจากความรับผิดขบ้น้อยที่สุดไปมากที่สุด¹⁸ ดังนี้

1) การควบคุมเนื้อหาที่ไม่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความเป็นอิสระของมนุษย์

การที่ให้ผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์อนุญาตให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถใช้แอปพลิเคชันหรือระบบเพื่อจัดการกับสื่อลามกอนาจาร สแปม หรือการละเมิดต่าง ๆ ได้โดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวต้องอาศัยหลักความยินยอมของผู้ให้บริการด้วย ซึ่งจะแตกต่างกับการใช้เครื่องมืออัตโนมัติในการบล็อกและลบเนื้อหาหรือจำกัดการเข้าถึงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการ

2) การลบเนื้อหาโดยผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเพียงฝ่ายเดียว

ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางมีสิทธิที่จะลบเนื้อหาออกตามคำร้องขอของบุคคลที่สามโดยที่ไม่มีการบังคับใช้กฎหมายได้ หากเนื้อหานั้นเป็นเนื้อหาที่มีความรุนแรงและขัดต่อนโยบายการให้บริการ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้อัปโหลดเนื้อหาทราบและไม่ต้องเยียวยาความเสียหายจากการนำเนื้อหาดังกล่าวออก

3) กลไกการแจ้งเตือนและการลบออก (Notice and Takedown mechanisms)

กลไกการบังคับใช้ข้อร้องเรียนและหนังสือแจ้งเตือนเพื่อให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางลบเนื้อหาออก โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการหรือคำสั่งจากผู้ที่อำนาจในการพิจารณาคดี เช่นเดียวกับที่ใช้ในกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวมีผลต่อต้นทุนและแรงจูงใจในการนำเนื้อหาออก รวมถึงยังนำมาซึ่งข้อพิพาทจากการนำเนื้อหาที่อาจชอบด้วยกฎหมายออกด้วย

4) ระบบการแจ้งเตือนและแจ้งเตือน (Notice and notice regimes)

ในระบบการแจ้งเตือนและแจ้งเตือนเป็นต้นแบบในการสร้างแรงจูงใจให้สังคมมีความเข้มแข็ง เนื่องจากกำหนดให้ผู้ให้บริการสามารถตัดสินใจได้ว่า จะลบเนื้อหาที่ได้รับรายงานว่าเป็นเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายออกโดยการแจ้งไปยังเจ้าของเนื้อหานั้น หรือใช้สิทธิทางศาลเพื่อดำเนินการดังกล่าว ซึ่งระบบดังกล่าวมีการนำไปใช้ในประเทศแคนาดาเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ และในประเทศอังกฤษเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท

¹⁸ The Manila Principles on Intermediary Liability, Background Paper.

5) ระบบการแจ้งเตือนและการลบออกโดยกระบวนการทางศาล (Notice and judicial takedown regimes)

ระบบการแจ้งเตือนและการลบออกโดยกระบวนการทางศาลจะต้องมีผู้ร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเป็นผู้ลบเนื้อหาออก ซึ่งมีการใช้ระบบดังกล่าวในประเทศชิลีเกี่ยวกับบริบทของลิขสิทธิ์เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างผู้ใช้บริการและผู้มีส่วนได้เสียที่ร้องขอในควบคุมเนื้อหา แต่ก็มีกรณีพิพาทพิจารณาถึงการนำไปปฏิบัติจริงและความเหมาะสม

ดังนั้น การที่จะกำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางเป็นผู้ดำเนินการควบคุม ตรวจสอบ หรือระงับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เผยแพร่ ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้เป็นที่แน่ชัดว่าข้อมูลหรือเนื้อหาประเภทใดหรือรูปแบบใดที่จะต้องถูกควบคุมหรือระงับการเผยแพร่ ไม่ควรมีลักษณะเป็นการให้อานาจผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางในการใช้ดุลพินิจของตนเองเพื่อดำเนินการดังกล่าว เนื่องจากผู้ให้บริการบางรายจะมีลักษณะเป็นผู้ให้บริการเครือข่ายหรือผู้ให้บริการส่งผ่านข้อมูลซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดทําเนื้อหาที่เผยแพร่

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย

ในประเทศไทยมีการกำหนดขั้นตอนการระงับและการนำข้อมูลหรือเนื้อหาออกไว้ในประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2561 ที่ออกตามความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยการระงับและการนำข้อมูลหรือเนื้อหาออกไม่ได้กำหนดเพียงเฉพาะบริการบนอินเทอร์เน็ตเท่านั้น แต่หมายความรวมไปถึงระบบคอมพิวเตอร์ทั้งหมดด้วย

3.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ระบบคอมพิวเตอร์เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถดำเนินการตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขของประชาชน จึงมีการตราพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามมาตรการดังกล่าว

3.1.1 ความเป็นมา

กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เกิดจากการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ตามที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเสนอ โดยศึกษาจากกฎหมายของหลายประเทศทั่วโลก อย่างเช่น อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Convention on Cyber-crime) ของคณะมนตรีแห่งยุโรป (The Council of Europe), Computer Fraud and Abuse Act 1986 ของสหรัฐอเมริกา และ Computer Misuse Act 1990 ของอังกฤษ¹⁹

¹⁹ นายสุนทร เป็ลยีสี่, ส. นักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. แนวความคิดและหลักการของกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. [Online]. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th>[1 กุมภาพันธ์ 2562]

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติความผิดบางประการที่ไม่ถึงกับเป็นการประกอบอาชญากรรมและร่างกฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นที่การคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์และระบบคอมพิวเตอร์เป็นสำคัญ มิได้มีแต่บทบัญญัติที่เป็นการประกอบอาชญากรรมโดยใช้คอมพิวเตอร์เสียทั้งหมด ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงได้ชื่อใหม่ว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.”

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer Data) และระบบคอมพิวเตอร์ (Computer System) โดยมีบทบัญญัติในการรักษาความลับ (Confidentiality) ความถูกต้องสมบูรณ์ (Integrity) และความพร้อมในการทำงาน (Availability) ของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และระบบคอมพิวเตอร์ นอกจากนั้นยังเอาผิดกับการเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่เหมาะสมในระบบคอมพิวเตอร์ รวมทั้ง กำหนดอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ตามร่างพระราชบัญญัตินี้

3.1.2 ความหมายของระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และผู้ให้บริการ

ก. “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้ความหมายไว้ว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ

จากความหมายของคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ข้างต้น ระบบคอมพิวเตอร์ จึงได้แก่ฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ที่พัฒนาขึ้นเพื่อประมวลผลข้อมูลดิจิทัล (digital data) อันประกอบด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์รอบข้าง (peripheral) ต่าง ๆ ในการรับเข้าหรือป้อนข้อมูล (input) นานาออกหรือแสดงผลข้อมูล (output) และบันทึกหรือเก็บข้อมูล (store and record) ดังนั้น ระบบคอมพิวเตอร์จึงอาจเป็นอุปกรณ์เพียงเครื่องเดียว หรือหลายเครื่องอันมีลักษณะเป็นชุดเชื่อมต่อกัน โดยอาจผ่านระบบเครือข่าย และมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมที่กำหนดไว้ และไม่มี การแทรกแซงโดยตรงจากมนุษย์ ส่วนโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะหมายถึงชุดคำสั่งที่ทำหน้าที่สั่งการให้คอมพิวเตอร์ทำงาน²⁰

ข. “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้ความหมายไว้ว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

²⁰ นายสุนทร เปลี่ยนสี, แนวความคิดและหลักการของกฎหมายว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์.

จากความหมายของคำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ข้างต้น ไม่ใช่เฉพาะตัวอักษรหรือข้อความที่สื่อความหมาย และอ่านเข้าใจได้ที่หน้าจอภาพ (monitor) เท่านั้น แต่เป็นข้อมูลดิจิทัลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์และอยู่ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้²¹ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

โดยความจริงแล้ว “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ย่อมอยู่ในความหมายของข้อมูลคอมพิวเตอร์อยู่แล้ว ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ให้ความหมายคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ไว้ว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรสาร อย่างไรก็ตามคงประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์จะเชื่อมโยงองค์ประกอบความผิด “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” กับ “ระบบคอมพิวเตอร์” เข้าด้วยกัน ดังนั้น กรณีของโทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรสาร หากเป็นความผิดที่ต้องเชื่อมโยงกับระบบคอมพิวเตอร์เช่นการดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามมาตรา 8 นั้น จะต้องเป็นกรณีที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ด้วย²²

ค. “ผู้ให้บริการ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้ความหมายไว้ว่า (1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

โดยความหมายทั่วไป “ผู้ให้บริการ” จะหมายถึง service provider แต่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ย่อมหมายถึงบุคคลประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ผู้ประกอบการโทรคมนาคมไม่ว่าโดยระบบโทรศัพท์ ระบบดาวเทียม ระบบวงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย , ผู้ให้บริการเข้าถึงระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ไม่ว่าโดยอินเทอร์เน็ตทั้งผ่านสายและไร้สาย หรือในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ภายในที่เรียกว่าอินทราเน็ต (Intranet) ที่จัดตั้งขึ้นในเฉพาะองค์กรหรือหน่วยงาน และผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ หรือให้เช่าบริการโปรแกรมประยุกต์ (host service provider) ส่วนผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นตาม (2) นั้น หมายถึงผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านแอปพลิเคชัน (application) ต่าง ๆ ที่เรียกว่า

²¹ นายสุนทร เปลี่ยนสี, แนวความคิดและหลักการของกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์.

²² นายพรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบี๋ย, 2550), หน้า 5

content provider เช่น ผู้ให้บริการเว็บบอร์ด (web board) หรือเว็บเซอร์วิส (web service)²³

3.1.3 ผู้ให้บริการสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14

โดยที่มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14

บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้เพื่อเอาผิดกับผู้ให้บริการ ทำให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำ ของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) แม้ว่าผู้ให้บริการจะไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลหรือเนื้อหาที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 เลยก็ตาม

ความผิดฐานนี้มีการเพิ่มเติมหลักการเข้ามาในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการซึ่งรู้ถึงการกระทำอันเป็นความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนหากมิได้จัดการลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ในทันที ซึ่งได้แก่โอกาสแรกทีรู้และสามารถจัดการลบได้ ต้องรับผิดชอบทางอาญา โดยมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการจะมีความผิดเมื่อรู้ว่ามีข้อมูลที่มีความผิดตามมาตรา 14 อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของตน ต่อมาได้มีการปรับแก้ในชั้นการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อแสดงให้เห็นเจตนาที่ว่าการให้ผู้ให้บริการมีส่วนรับผิดชอบตรวจสอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 จึงเปลี่ยนถ้อยคำ จาก “รู้ถึง” เป็น “จงใจสนับสนุนหรือยินยอม” เพื่อให้ชัดเจนถึงเจตนาในการกระทำ ผิด²⁴

3.1.3.1 องค์ประกอบความผิด

ความผิดของผู้ให้บริการตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 สามารถแยกองค์ประกอบความผิด²⁵ ได้ ดังนี้

- (1) ผู้ให้บริการ ซึ่งได้บรรยายความหมายไว้แล้วในข้อ 3.1.2 ค.
- (2) จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14

²³ นายพรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, หน้า 6

²⁴ ส. นันทกนคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกส. นันทกนคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ 258/2548, หน้า 12. อ้างใน รองศาสตราจารย์มานิต จุ่มปา, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์(กรุงเทพมหานคร: ส. นักพิมพ์วิญญูชน,2553), หน้า 101

²⁵ นายพรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, หน้า 30

การใช้ถ้อยคำ “จงใจ” ซึ่งเป็นคำที่เพิ่มขึ้นมาจาก “เจตนา” โดยกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะเน้นให้เห็นว่า “จงใจ” นั้นหมายถึงต้องรู้ว่ามี การกระทำความผิดตาม มาตรา 14 เช่น มีการเตือนหรือแจ้งให้ทราบแล้วว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายตาม บทบัญญัติมาตรา 14²⁶ เมื่อผู้ให้บริการปล่อยให้มีการแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดในระบบ คอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ก็ถือได้ว่าเป็นการจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระหา ความผิด

(3) ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน

แม้กฎหมายจะบัญญัติเอาผิดเฉพาะผู้ให้บริการที่กระทำความผิดในระบบ คอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม หากมีการสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ไม่ว่าจะในระบบคอมพิวเตอร์ของตนหรือของผู้ใดก็อาจต้องรับผิดชอบ ตามหลักเรื่องตัวการ หรือผู้สนับสนุนตามหลักในประมวลกฎหมายอาญาได้

(4) เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

ถึงแม้ว่ามาตรา 15 จะได้บัญญัติองค์ประกอบความผิดว่า “จงใจ” แล้ว ก็ตาม แต่ผู้กระหาจะต้องมีเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59²⁷ ด้วย ซึ่งแม้จะดูเป็น องค์ประกอบความผิดที่ซ้ำซ้อนกัน แต่คณะกรรมการในชั้นพิจารณาร่างกฎหมายเห็นควรให้คงไว้ เพื่อเน้นย้ำว่าการที่จะเอาผิดกับผู้ให้บริการตามมาตรานี้ได้จะต้องเป็นเรื่องที่ผู้ให้บริการรู้อยู่แล้วว่าข้อมูล ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในความควบคุมของตนเป็นข้อมูลที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 แล้ว ยังยินยอมหรือสนับสนุนให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของตนอยู่

²⁶ มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระหา าคติเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

“ผู้ใดกระหา ความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจ คุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจ ทั้งปรับ
(1) น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็น แท้จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นแท้จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคง ของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชน ทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเปนข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)”

²⁷ มาตรา 59 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระหา โดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระหา าโดยประมาท ในกรณีทีกฎหมาย บัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระหา โดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีทีกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้ กระหา าโดยไม่มีเจตนา”

3.1.3.2 ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย

การกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้บริการตามมาตรา 15 ดังกล่าวได้กำหนดโทษให้แก่ผู้ให้บริการไว้เท่ากับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14 ซึ่งเป็นการกำหนดโทษที่ไม่สมเหตุสมผลและไม่ได้สัดส่วนต่อความผิดที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 ได้กำหนดโทษสำหรับผู้สนับสนุนไว้เพียงสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น จึงทำให้ผู้ให้บริการเกิดการเซ็นเซอร์ตัวเอง (Self-censorship) มากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่างเช่น

ก. ในกรณีของเว็บไซต์ Pantip เป็นพื้นที่สาธารณะสำหรับแสดงความคิดเห็น ชื่อตัวอย่างเว็บไซต์ Pantip (www.pantip.com) โดยนายวันฉัตร ผดุงรัตน์ ผู้ก่อตั้งเว็บไซต์ Pantip ได้ให้สัมภาษณ์กับประชาชาติธุรกิจไว้ว่า “ตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 ก็ส่งผลให้ผู้ให้บริการเว็บไซต์อย่าง Pantip เป็นผู้ให้บริการตามคานียามของพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงมักโดนทางเลขกลายเป็นจาเลยร่วมในความผิดฐาน “จงใจหรือยินยอม” ตามมาตรา 15 เนื่องจากมีสมาชิกเข้ามาโพสต์รูปหรือข้อความที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงได้ยากเพราะ Pantip เป็นพื้นที่สาธารณะและในแต่ละวันมีคนเข้ามาโพสต์รูปและข้อความจำนวนมาก จึงทำให้ต้องคิดให้มากขึ้น จนบางครั้งรู้สึกเสียดายประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีข้อยกเว้นเรื่องหมิ่นประมาทเหมือนที่ประมวลกฎหมายอาญาเปิดช่องให้ทำได้ในเรื่องความเสียหายของผู้บริโภคอันเป็นการถ่วงดุลระหว่างการหมิ่นประมาทกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น จึงกลายเป็นความลักลั่นด้านการแสดงความคิดเห็น อีกทั้งโทษหมิ่นประมาทตามพระราชบัญญัติดังกล่าวยังสูงกว่าด้วย จากบทเรียนที่ผ่านมาทำให้ Pantip ตั้งกฎเหล็ก 3 ข้อ ไว้รับมือกับพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ (1) การคงข้อมูลเอาไว้ต้องเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ (2) กระทั่งนั้นต้องติดต่อผู้โพสต์ข้อความได้ ซึ่งทางทนายความของ Pantip จะส่งหนังสือให้ผู้โพสต์ยืนยันว่าเป็นเรื่องจริงว่าเคยใช้บริการแล้วเกิดความเสียหายจริง เพื่อใช้ต่อสู้ในชั้นศาลว่าเป็นการวิพากษ์วิจารณ์โดยสุจริต เพราะตนเองมีส่วนได้เสีย และเป็นสิทธิอันชอบธรรมที่พึงกระทำตามกฎหมายอาญา มาตรา 329 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ และ (3) Pantip ยังมีเงินเหลือสำหรับการต่อสู้คดีในช่วงนั้นหรือไม่ เพราะแต่ละปีจะมีโควตากันไปสำหรับสู้คดีในศาลได้สามคดี”²⁸

ข. ในกรณีของเว็บไซต์หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท (prachatai.com) ที่ได้รับความนิยมมากในช่วงหลังเหตุการณ์รัฐประหารในปี 2549 เนื่องจากเว็บไซต์ข่าวต่าง ๆ มีการ

²⁸ ประชาชาติธุรกิจออนไลน์. 5 ปี ร.บ.คอมพ์ ถอดบทเรียนเว็บดัง "Pantip ปิดคอม" [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: https://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1363511634&grpId=09&catid=06&subcatid=06

กากับดูแลเนื้อหาอย่างเข้มงวด นอกจากนี้ เว็บไซต์พันทิปซึ่งเป็นชุมชนออนไลน์ยอดนิยมยังตัดสินใจปิดเว็บบอร์ดราชดาเนินอันเป็นชุมชนออนไลน์ขนาดใหญ่ที่สนทนากันเรื่องการเมืองโดยชั่วคราว ทำให้ผู้ที่สนใจเรื่องการเมืองจำนวนมากย้ายมาใช้บริการที่เว็บบอร์ดประชาไทแทน จนกระทั่งมีการตั้งกระทู้ที่มีข้อความหมิ่นสถาบันพระมหากษัตริย์ในเว็บบอร์ดของเว็บไซต์ประชาไทที่อยู่ในความควบคุมของนางสาวจิรนุช เปรมชัยพร ผู้อำนวยการประชาไท เป็นระยะเวลาเกินกว่า 20 วัน จึงจะมีการลบกระทู้หรือข้อความที่เกี่ยวข้องออก ถึงแม้ว่าในมาตรา 15 จะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนเกี่ยวกับระยะเวลาว่าควรมีระยะเวลาเท่าใดจึงจะถือว่าผู้ให้บริการยินยอมให้มีการกระทำความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน นอกจากนี้ กฎหมายก็ได้กำหนดระยะเวลาในการแจ้งเตือนให้ผู้ดูแลเว็บไซต์ให้ดำเนินการแก้ไขกรณีที่มีการนำข้อความที่ไม่เหมาะสมเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการ เพื่อให้ผู้ให้บริการดำเนินการปรับปรุงแก้ไขข้อมูลที่ไม่เหมาะสมในกรณีที่ผู้ใช้บริการเป็นผู้โพสต์ โดยในทางพิชิตศาลเห็นว่า “การพิจารณาว่านางสาวจิรนุชฯ “จงใจ” หรือไม่นั้นเป็นไปได้ยากจึงต้องพิจารณาจากประจักษ์พยานแวดล้อมเพื่อเป็นเครื่องชี้เจตนา ด้วยเห็นว่าในช่วงเวลาของการกระทำในคดีนี้เป็นช่วงหลังการรัฐประหาร ปี 2549 มีผู้แสดงความคิดเห็นทางการเมือง และลงหรือโพสต์ข้อความในลักษณะที่รุนแรงและมีข้อความหมิ่นสถาบันพระมหากษัตริย์ในเว็บบอร์ดของเว็บไซต์ประชาไทเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก สุ่มเสี่ยงต่อการกระทำความผิดกฎหมาย และกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ย่อมเป็นหน้าที่ของนางสาวจิรนุชฯ ซึ่งเป็นผู้ให้บริการและกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารที่จะต้องช่วยกันตรวจสอบความน่าเชื่อถือและคุณภาพของข้อมูลที่ไหลเวียนอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ตของนางสาวจิรนุชฯ ว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายและในแนวทางที่แสดงความรับผิดชอบต่อสังคมหรือไม่ กับช่วยกันให้ความรู้แก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต และบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในทางที่ไม่เหมาะสมหรือกระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด ภายใต้หลักการที่จะไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการรับและการแสดงออกของผู้ซึ่งอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ต เมื่อศาลพิจารณาระยะเวลากับความสำคัญของกระทู้ดังกล่าวแล้ว ย่อมนับได้ว่ามีเวลานานเกินเวลาอันสมควรที่ควรจะได้จากการตรวจสอบข้อมูลอันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมดูแลได้ จึงเป็นเหตุให้นางสาวจิรนุชฯ ถูกศาลพิพากษาให้จำคุก 8 เดือน ปรับ 20,000 บาท โดยโทษจำคุกให้รอลงอาญาเป็นเวลา 1 ปี ในความผิดฐานยินยอมสนับสนุนให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550”²⁹ ซึ่งผลการตัดสินคดีของนางสาวจิรนุช เปรมชัยพร และหนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไทได้นำไปสู่การสร้างบรรทัดฐานของการกากับดูแล และการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่ย่อมจะส่งผลต่อตัวกลางผู้ประกอบการด้านอินเทอร์เน็ตในไทย สังคมผู้ใช้นีตไทย และสถานการณ์เสรีภาพในการแสดงออกของประเทศไทยอย่างมีนัยยะสำคัญ

²⁹ iLaw, ฐานข้อมูลคดี. จิรนุช เปรมชัยพร:ผอ.ประชาไท[ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <https://freedom.ilaw.or.th>

จากข้อเท็จจริงของทั้งสองกรณีจะเห็นได้ว่าการบังคับใช้มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทาให้ผู้ดูแลเว็บไซต์มีหน้าที่ในการตรวจสอบกิจกรรมต่าง ๆ รวมถึงการตัดสินใจที่จะนำเสนอหรือไม่นำเสนอสิ่งใดบนเว็บไซต์ ดังนั้น หากในแต่ละวันมีปริมาณกระทู้มากเท่าไร ก็เป็นหน้าที่ของผู้ดูแลเว็บไซต์ที่จะต้องจัดหาบุคลากร เพื่อดำเนินการตรวจสอบหรือเพิ่มมาตรการการเข้าถึงเว็บไซต์มากยิ่งขึ้น ซึ่งหากมองในมุมมองของผู้ให้บริการแล้วก็เป็นการเพิ่มภาระต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่า เว็บไซต์ใดที่มีขนาดเล็กและแบกปริมาณค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวไม่ไหวก็ต้องทยอยปิดตัวลงไป คงเหลือเพียงแต่ผู้ให้บริการที่มีศักยภาพทางการเงินเท่านั้น และก็เป็นที่น่าสังเกตว่า ผู้ให้บริการรายใหญ่อย่าง Facebook, Youtube, Line หรือ Google จึงไม่มีการวางเครื่องเซิร์ฟเวอร์ไว้ในประเทศไทย มีเพียงแต่บริษัทที่ดำเนินการด้านโฆษณาและอำนวยความสะดวกบริการในรูปแบบภาษาไทยเท่านั้น แต่หากมองในมุมมองของผู้ใช้บริการแล้วก็นับว่าเป็นการปิดกั้นโอกาสและสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือการแลกเปลี่ยนความเห็นตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

3.1.4 การยกเว้นโทษให้แก่ผู้ให้บริการ

ด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีบทบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสมต่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน ซึ่งมีรูปแบบการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนมากขึ้นตามพัฒนาการทางเทคโนโลยีซึ่งเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว และโดยที่มีการจัดตั้งกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งมีการก้าวก้าวตามมาตรฐานและมาตรการในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ รวมทั้งการเฝ้าระวังและติดตามสถานการณ์ด้านความมั่นคงปลอดภัยของเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของประเทศ จึงมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อปรับปรุงบทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งรวมถึงการปรับปรุงกระบวนการและหลักเกณฑ์ในการระงับการทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อเป็นเหตุยกเว้นโทษให้แก่ผู้ให้บริการด้วย

โดยที่การปรับปรุงมาตรา 15³⁰ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อเน้นย้ำว่าการที่จะเอาผิดกับผู้ให้บริการตามมาตรานี้จะต้อง

³⁰ มาตรา 15 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

“ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14

ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสองผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

เป็นกรณีให้ผู้ให้บริการรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในความควบคุมของตนเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 แล้วยังให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ของตนอยู่ นอกจากนี้ ยังเพิ่มเติมหลักการการยกเว้นโทษให้แก่ผู้ให้บริการที่ได้ปฏิบัติตามประกาศก าหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการท ำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อจูงใจให้ผู้ให้บริการให้ความร่วมมือกับรัฐในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดตามมาตรา 14³¹ ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 และเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ให้บริการในการประกอบกิจการด้วย³²

3.2 ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560

ผู้ให้บริการอาจไม่ต้องรับโทษฐานให้ความร่วมมือ ให้ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจ อันเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 15 ที่แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 หากผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติตามมาตรการและขั้นตอนที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ก าหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน

-
- ³¹ มาตรา 14 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจ คุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจ คุก ทั้งปรับ (1) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา (2) น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน (3) น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา (4) น ำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ (5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็ข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4) ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง (1) มิได้กระทำ ต่อประชาชน แต่เป็นการกระทำ ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้กระทำ ำ ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต้องระวางโทษจ คุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจ คุก ทั้งปรับ และให้เป็นความผิดอันยอมความได้”

³² ส านักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ., หนังสือส านักงานชกรัฐมนตรีที่ นร 0503/15561 ลงวันที่ 26 เมษายน 2559

การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560

3.2.1 ผู้ให้บริการประเภทต่าง ๆ

นอกจากการให้ความหมายของผู้ให้บริการที่ได้อธิบายไว้ในข้อ 3.1.2 ค. แล้ว ประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ยังแบ่งผู้ให้บริการออกเป็น 4 ประเภท คือ

(1) ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง (Intermediary) ซึ่งให้บริการรับส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านเครือข่ายหรือระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการอำนวยความสะดวกในการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านเส้นทางจราจรทางคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ต (routing) หรือจัดให้บริการคอมพิวเตอร์อุปกรณ์คอมพิวเตอร์หรือระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์เพื่อทำให้เกิดการรับส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Transitory Communication – mere conduit) เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider: ISP) และผู้ให้บริการมือถือ (Mobile Operator: MO) โดยที่ผู้ให้บริการดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะในการกำหนด คัดเลือก หรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลหรือเนื้อหา รวมถึงไม่ดำเนินการเก็บหรือทาสายข้อมูลหรือเนื้อหาไว้

(2) ผู้ให้บริการที่เก็บหรือพักข้อมูลคอมพิวเตอร์ชั่วคราว (system caching) เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั่วไป (Online Service Provider: OSP) โดยที่ผู้ให้บริการดังกล่าวจะต้องไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลหรือเนื้อหา

(3) ผู้ให้บริการซึ่งเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการซึ่งผู้ใช้บริการดำเนินการบริหารจัดการข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วยตัวเอง (Information Residing on systems or network at direction of users) ได้แก่ ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล computer clouding หรือ data center เช่น Dropbox, google drive, iCloud โดยที่ผู้ให้บริการดังกล่าว ต้องไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดกฎหมายของผู้ใช้บริการหรือบุคคลภายนอก รวมถึงไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์ใด ๆ จากการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าว

(4) ผู้ให้บริการทางเทคนิคเพื่อเป็นที่ตั้งหรือแหล่งพักข้อมูล (information Location Tools) เช่น เว็บไซต์ต่าง ๆ และสื่อสังคมออนไลน์ (social media) โดยที่ผู้ให้บริการดังกล่าว ต้องไม่เชื่อมโยง (Linking) ไปยังข้อมูลที่ผิดกฎหมาย หรือเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดกฎหมายของผู้ใช้บริการหรือบุคคลภายนอก รวมถึงไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือประโยชน์ใด ๆ จากการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าว

ทั้งนี้ แม้ว่าการให้บริการจะไม่เข้า (1) – (4) แต่ผู้ให้บริการได้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันได้โดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ก็ถือว่าเป็นผู้ให้บริการตามประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ด้วย

3.2.2 มาตรการการแจ้งเตือนและระงับการเผยแพร่หรือนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีมาตรการแจ้งเตือนและระงับการเผยแพร่หรือนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ตามที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 เพื่อไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 15 ดังต่อไปนี้

3.2.2.1 ขั้นตอนการแจ้งเตือน

ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีมาตรการแจ้งเตือนโดยจัดทำเป็นหนังสือแจ้งเตือน (Take Down Notice) เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบของแบบฟอร์มข้อร้องเรียน (Complaint Form) เพื่อแจ้งเตือนให้ผู้ให้บริการระงับการแพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายออกจากระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมดูแลของผู้ให้บริการ ซึ่งแบบฟอร์มข้อร้องเรียนจะต้องมีรายละเอียดอย่างน้อย ดังนี้

- รายละเอียด ชื่อนามสกุล ที่อยู่ ของผู้ร้องเรียน รวมถึงลายมือชื่อของผู้ร้องเรียนหรือตัวแทนผู้รับมอบ นางของผู้ร้องเรียน
- รายละเอียดข้อมูลของการกระทำความผิดตามมาตรา 14
- รายละเอียด ที่อยู่ติดต่อได้ของผู้ให้บริการ
- รายละเอียดความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ให้บริการหรือบุคคลภายนอก
- คำรับรองว่าข้อความที่แจ้งดังกล่าวเป็นความจริง

3.2.2.2 การแจ้งเตือนของผู้ใช้บริการ

ในกรณีที่ผู้ให้บริการพบว่าผู้ให้บริการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 14 ผู้ใช้บริการสามารถแจ้งเตือนผู้ให้บริการเพื่อขอให้ระงับการแพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายออกจากระบบคอมพิวเตอร์ผ่านแบบฟอร์มข้อร้องเรียนตามข้อ 3.2.2.1 พร้อมเอกสารบันทึกประจำวันหรือหลักฐานแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนหรือ

เจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 14 และรายละเอียดความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ให้บริการหรือบุคคลภายนอก

3.2.2.3 วิธีการการระงับการเผยแพร่หรือนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์

เมื่อผู้ให้บริการได้รับข้อร้องเรียนและเอกสารที่เกี่ยวข้องจากผู้ให้บริการตามข้อ 3.2.2.2 เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้ให้บริการต้องดำเนินการลบหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อไม่ให้แพร่หลายต่อไปโดยทันที และจัดทำสำเนาข้อร้องเรียนและเอกสารที่เกี่ยวข้องส่งให้แก่ผู้ให้บริการหรือสมาชิกหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยทันที

โดยที่การระงับซึ่งการแพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ผู้ให้บริการต้องดำเนินการโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ตามความเหมาะสมและขึ้นอยู่กับสภาพของการให้บริการแต่ละประเภท แต่ต้องไม่เกินกำหนดระยะเวลา ดังนี้

1) กรณีเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชนที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 (1) ผู้ให้บริการต้องดำเนินการภายใน 7 วัน นับแต่วันที่รับข้อร้องเรียน

2) กรณีเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 (2) หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 (3) ผู้ให้บริการต้องดำเนินการภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่วันที่รับข้อร้องเรียน

3) กรณีเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14 (4) ผู้ให้บริการต้องดำเนินการภายใน 3 วัน นับแต่วันที่รับข้อร้องเรียน

3.2.2.4 การโต้แย้ง

เจ้าของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกกระงับการทำให้แพร่หลาย อาจโต้แย้งการระงับดังกล่าว โดยการแจ้งรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกกระงับการเผยแพร่ตามมาตรา 14 พร้อมยื่นเอกสารบันทึกประจำวันหรือหลักฐานแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกกระงับการเผยแพร่ตามมาตรา 14 รวมถึงรายละเอียดความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนเอง ให้แก่ผู้ให้บริการ เพื่อขอให้ยกเลิกการระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ทั้งนี้ เมื่อผู้ให้บริการได้รับการโต้แย้งดังกล่าว ผู้ให้บริการ

ดาเนินการยกเลิกการระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นตามความเหมาะสมและขึ้นอยู่กับสภาพของการให้บริการแต่ละประเภท

ถึงแม้ว่าจะมีการปรับปรุงมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่แก้ไขโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อเพิ่มหลักการยกเว้นโทษให้แก่ผู้ให้บริการ และกำหนดการแจ้งเตือนการระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ไว้ในประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 แล้วก็ตาม แต่การดาเนินการดังกล่าวก็ยังไม่สอดคล้องกับหลักการสากลที่มีการกำหนดการยกเว้นความรับผิด (safe harbor) ให้แก่ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง (Intermediary) และข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผู้ใช้บริการเป็นผู้สร้าง (user generated content) ดังนั้น ตามตัวบทกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขดังกล่าวยังคงถือว่าผู้ให้บริการที่ถูกดาเนินคดีตามมาตรา 15 เป็นผู้กระทำความผิดอยู่ เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษเมื่อพิสูจน์ได้ว่าตนได้ดาเนินการตามมาตรการที่กำหนดไว้แล้ว อีกทั้ง มาตรการที่กำหนดไว้ตามประกาศดังกล่าว ก็ไม่ปรากฏว่าต้องดาเนินการโดยใช้กระบวนการทางศาลยุติธรรมในการพิจารณาการระงับการแพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ แต่ให้อำนาจผู้ให้บริการดาเนินการระงับการแพร่หลายได้ทันทีเมื่อผู้ร้องขอดาเนินการครบตามที่ประกาศกำหนด ซึ่งอาจเป็นเครื่องมือของผู้ที่ไม่ประสงค์ดีใช้ในการกลั่นแกล้งกันบนโลกออนไลน์ได้

บทที่ 4

กฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของต่างประเทศ

ในประเทศที่อินเทอร์เน็ตมีความเจริญรุ่งเรืองมากจะเป็นประเทศที่มีการจำกัดความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาให้แก่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง ซึ่งในช่วงยุคต้นของการพัฒนาอินเทอร์เน็ต ทั้งสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปได้รับเอากรอบนโยบายในการป้องกันผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการรับฝากเนื้อหา หรือผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางประเภทอื่น ๆ จากการเผยแพร่หรือการรับฝากเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้จัดทำ ขึ้นโดยบุคคลที่สาม³³

4.1 สหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกามีการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางไว้เป็นรูปธรรมในกฎหมายสองฉบับ คือ Section 230 แห่ง Communications Decency Act และ Section 512 แห่ง Digital Millennium Copyright Act โดยมีสาระสำคัญดังนี้

4.1.1 Communications Decency Act

ในอดีตมีปัญหาเกี่ยวกับการแสดงออกที่เป็นอันตรายบนอินเทอร์เน็ตที่ให้บริการโดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะต้องมีการจำกัดเพื่อยุติผลที่เกิดการใช้งานดังกล่าว เช่น ผู้ใช้บริการต้องยอมรับข้อตกลงอันเป็นเงื่อนไขการใช้งานอินเทอร์เน็ตซึ่งมีการสงวนสิทธิ์ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดำเนินการแก้ไขหรือลบเนื้อหาที่ก่อให้เกิดความรุนแรงในกระดานข่าวหรือห้องสนทนาได้ นอกจากนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตยังสามารถติดตั้งโปรแกรมสำหรับคัดกรองเว็บเพจต่าง ๆ ที่มีคำหรือวลีที่หยาบคาย แต่ก็มีปัญหาว่าผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่มีการควบคุมคำพูดที่หมิ่นประมาทหรือหยาบคายซึ่งไม่อยู่ในโปรแกรมคัดกรองดังกล่าวหรือไม่³⁴

4.1.1.1 ความเป็นมา

สภาองเกรสแห่งสหรัฐอเมริกาค้นพบว่าการพัฒนาอินเทอร์เน็ตและบริการคอมพิวเตอร์ปฏิสัมพันธ์ (interactive computer service) เป็นประโยชน์กับชาวอเมริกาในการสืบค้น

³³ the Center for Democracy & Technology, EU and U.S. Policies Protect Intermediaries from Liability [Online]. 2010. Available from: <https://cdt.org/insight/protecting-internet-platforms-for-expression-and-innovation/> [2019, April 24]

³⁴ Paul Ehrlich, Communications Decency Act 230. [Online]. 2002. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

ข้อมูล การศึกษา การแสดงทัศนะทางการเมือง การพัฒนาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม การใช้พื้นที่ในการ ท ากิจกรรมที่พัฒนาทักษะด้านต่าง ๆ รวมถึงการเข้าถึงความบันเทิง ซึ่งบริการดังกล่าวเหล่านั้นล้วนแต่มี ระดับการควบคุมการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่ดีตลอดจนมีศักยภาพในการควบคุมการพัฒนาเทคโนโลยี ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต อันเนื่องมาจากก าหนดกฎระเบียบขั้นต้น ของรัฐ

สหรัฐอเมริกาจึงมีนโยบายในการสนับสนุนการพัฒนาอินเทอร์เน็ตและการ บริการคอมพิวเตอร์ปฏิสัมพันธ์ รวมถึงสื่อที่มีการโต้ตอบในรูปแบบอื่น ๆ (interactive media) ให้เกิด การแข่งขันในตลาดได้อย่างเสรีโดยไม่ถูกจำกัดจากกฎระเบียบของรัฐบาลกลางหรือมลรัฐ อันเป็นการลด อุปสรรคในการพัฒนาเทคโนโลยีส าหรับการควบคุม การป้องกัน และการกรองการรับข้อมูลข่าวสารและ การเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมกับเด็กและครอบครัว จึงมีการกำหนดความคุ้มครองให้แก่ ผู้ให้บริการทุกประเภทไว้ใน Section 230 แห่ง Communications Decency Act หรือ CDA ซึ่งเป็น กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสาร

4.1.1.2 การยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการ

ใน Section 230³⁵ แห่ง CDA ได้ก าหนดให้มีการปกป้องผู้ที่ช่วยป้องกันและ คัดกรองเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ Good Samaritan³⁶ ไว้ โดยให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการ ที่ไม่ได้เป็นผู้เผยแพร่หรือไม่ได้เป็นเจ้าของเนื้อหา ไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่อการกระทำ ด้วยวิธีใด ๆ

³⁵ section 230 (c) Communications Decency Act

“Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

(2) Civil liability

No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of

(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1)”

³⁶ หลักกฎหมายพลเมืองที่ดี (Good Samaritan Law) เป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ส าคัญส ำหรับการใช้จารีต ประเพณีแห่งท้องถิ่นเพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมาย อันเป็นแนวคิดที่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายโปเลียนที่บัญญัติไว้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1840 ถือเป็นหลักกฎหมายของฝรั่งเศสที่แพร่หลายและมีผลต่อระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรป หากดูจากรากฐานของกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายอาญา แนวคิดดังกล่าว ไม่ได้ที่จะคุ้มครองจากความรับผิดของผู้ให้ ความช่วยเหลือแต่มีเพื่อให้เป็นบทลงโทษกับผู้ที่ไม่ได้ให้ความช่วยเหลือต่อคนในสังคม คือ ให้เป็นบทบัญญัติพื้นฐานใน เรื่องของภาระการช่วยเหลือกันในสังคม (Duty To Rescue)

หรือวิธีการทางเทคนิคเพื่อจ ักัดการเข้าถึงเนื้อหาที่เห็นว่าเป็นสิ่งลามกอนาจาร มีการล่วงละเมิดทางเพศ และสิ่งอื่นที่เห็นว่าเป็นที่น่ารังเกียจ แต่ทั้งนี้ ผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์ปฏิสัมพันธ์จะต้องหาความตกลงกับ ผู้ใช้บริการก่อนเข้าใช้บริการคอมพิวเตอร์ปฏิสัมพันธ์เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถจัดการความเหมาะสม ของเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นอันตรายต่อผู้เยาว์ ไม่ว่าจะโดยวิธีการทางอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ ซอฟต์แวร์ หรือบริการกรองเนื้อหา

โดยหลักความคุ้มครองดังกล่าว เกิดจากค าพิพากษาของศาลฎีกาในนิวยอร์ก เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ในคดีระหว่าง Stratton Oakmont ธนาคารเพื่อการลงทุนด้าน หลักทรัพย์ กับ Prodigy Services Company ในกรณีที่มีการโพสต์เกี่ยวกับการกระทำความผิดทาง อาญาและการฉ้อโกงในการเสนอขายหุ้นของกรรมการในบริษัท Stratton Oakmont บนกระดานข่าว "Money Talk" ของ Prodigy โดยที่ศาลได้มีค าพิพากษาให้ Prodigy ไม่ต้องรับผิดชอบจากการโพสต์เนื้อหา จากบุคคลที่สาม เนื่องจากบรรณาธิการของ Prodigy มีการควบคุมเนื้อหาที่ได้โพสต์ลงกระดานข่าว โดยการใส่โปรแกรมตรวจสอบอัตโนมัติ อีกทั้งยังมีการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีและบุคคลในการลบ เนื้อหาออกจากระบบคอมพิวเตอร์แล้ว³⁷

4.1.1.3 ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย

ถึงแม้ว่าการกำหนดกฎหมายดังกล่าวจะเป็นกลไกในการปกป้องเสรีภาพ ในการแสดงออกและนวัตกรรมทางอินเทอร์เน็ต แต่ก็มีกรบิตเปื้อนการใช้กฎหมายเพื่อควบคุมเสรีภาพ ในการพูด (free speech) ดังบทความของ Electronic Frontier Foundation หรือ EFF ผู้สนับสนุนให้ มีการบริการคอนเทนต์อย่างเป็กลาง เกี่ยวกับการวิจารณ์บริษัทไอทีที่ด้านเว็บนาซีใหม่และอนาคตของ เสรีภาพในการแสดงออก จากกรณีเหตุปะทะระหว่างกลุ่มนิยมนคนชาวแบบสุดโต่งกับกลุ่มด้านการ เหยียดผิวที่ซาร์ลือตต์วิลล์ ทำให้ผู้ให้บริการอย่าง GoDaddy, Google, Discord, Facebook, Twitter, Apple และ Spotify พร้อมใจกันระงับการใช้งานเว็บนาซีใหม่ (neo-Nazi) หรือ Daily Stormer ประเด็นความรุนแรงที่เกิดขึ้นนี้ทำให้มีการหยิบยกเรื่องความเป็นกลางในการบริการคอนเทนต์ออนไลน์ และหลักการเรื่อง free speech เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายกลาง (federal law) ที่จะบังคับใช้กับ บริษัทเอกชนที่ปฏิเสธในการให้บริการแก่ผู้คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ แม้อาจมีกฎหมายในบางรัฐ ที่ห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่มีแนวคิดฝักใฝ่ทางการเมืองใด ๆ ก็ตาม ซึ่ง EFF เห็นว่าการปกป้อง สิทธิที่คนจะสามารถพูดอะไรก็ได้ตามที่บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 ระบุไว้ว่า สภาคองเกรสจะไม่ผ่านกฎหมายใด ๆ ที่บั่นทอนเสรีภาพในการพูด การพิมพ์ ซึ่งเป็นไปตามใน Section 230 แห่ง CDA ที่มีมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1996 ดังนั้น ผู้ทำหน้าที่เป็นสื่อตัวกลางดังกล่าว จึงควรมี กระบวนการทำงานที่ชัดเจน ไม่คลุมเครือ แม้ว่าจะมีเนื้อหาแบบใดก็ตามที่ทำให้ผู้เป็นสื่อตัวกลาง

³⁷ Andrew P. Bolson, Flawed but Fixable: Section 230 of the Communications Decency Act at 20.

[Online]. 2016. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

ต้องปฏิเสธการเผยแพร่ไม่ว่าจะถูก หนดโดยเงื่อนไขในการให้บริการ ไปจนถึงการกีดกันโดยรัฐเพื่อให้มีการเซ็นเซอร์อย่างลับ ๆ EFF ได้เสนอให้ทำตามแนวทางหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบสื่อตัวกลาง (Manila Principles on Intermediary Liability) เพื่อบรรเทาความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นได้ อีกทั้งยังเป็นการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกและคงไว้ซึ่งความต้องการระหว่างรัฐบาล ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง กลุ่มประชาสังคมต่าง ๆ ที่มีอยู่ทั่วโลก เพื่อให้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกรอบกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ³⁸

4.1.2 Digital Millennium Copyright Act

4.1.2.1 ความเป็นมา

ในปี ค.ศ. 1998 สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act หรือ DMCA โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ทันสมัยสอดคล้องกับการพัฒนา เทคโนโลยีทางด้านอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์จากปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต และขณะเดียวกันก็คุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะสื่อกลางจากการทะเลาะเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต

4.1.2.2 ผู้ให้บริการตามกฎหมาย

โดย section 512 แห่ง DMCA ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไว้ 4 ประเภท ได้แก่

- 1) ผู้ให้บริการในการส่ง และให้ช่องทางในการส่งข้อมูลโดยใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Transitory Digital Network Communications)
- 2) ผู้ให้บริการระบบหน่วยเก็บความจำ (System Caching)
- 3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากข้อมูลที่ถูกรวบรวมในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามคำสั่งของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต (Hosting)
- 4) ผู้ให้บริการอุปกรณ์ระบุตำแหน่งข้อมูล (Information Location Tools) เช่น เครื่องมือค้นหา (Search Engine)

4.1.2.3 การยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการ

ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางตามข้อ 4.1.2.2 อาจไม่ต้องรับผิดจากข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการกระทำของผู้ใช้บริการ หากผู้ให้บริการดังกล่าว

³⁸ Blognone, EFF วิจารณ์บริษัทไอทีที่ด้านเว็บนาซีใหม่ ทวงถามอนาคตเสรีภาพในการแสดงออก[ออนไลน์]. 2560. แหล่งที่มา: [https:// www.blognone.com/node/94864](https://www.blognone.com/node/94864)

ได้ดำเนินการตามมาตรการแจ้งเตือนและเอาออก (Notice and Takedown) ที่กำหนดไว้ใน section 512 แห่ง DMCA แล้ว ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ เรียกว่า พื้นที่ปลอดภัยของผู้ให้บริการ หรือ safe harbor โดยผู้ให้บริการที่ได้รับความคุ้มครองจากบทกฎหมายดังกล่าวจะไม่ต้องรับผิดชอบทางการเงิน ไม่ว่าจะป็นค่าเสียหาย ต้นทุน ค่าทนายความ หรือภาระทางการเงินอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และการบรรเทาสิ่งศาลสำหรับเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์

4.1.2.4 ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย

แม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นการรักษาความสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง แต่ก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ใช้บริการ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวให้เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ประเมินและตรวจสอบก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการว่าผู้ใช้บริการได้นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์มีเพียงภาระการพิสูจน์ว่าตนได้เชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้บริการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งการพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตมีมาตรฐานค่อนข้างต่ำและเป็นอัตวิสัย (Subjective) ประกอบกับการใช้มาตรการดังกล่าวไม่ต้องมีการฟ้องร้องในชั้นศาล จึงอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ตรวจสอบและประเมินผิดพลาดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว หรืออาจไม่ได้ตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอก่อนที่จะแจ้งไปยังผู้ให้บริการ จึงอาจสร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการและเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกได้³⁹

ในคดีความระหว่าง Michael J. Rossi กับ Motion Picture Ass'n of America ได้ส่งผลกระทบต่อการศึกษาว่า “knowingly⁴⁰” ใน section 512 แห่ง DMCA กล่าวคือ Michael J. Rossi เป็นผู้สร้างและดูแลเว็บไซต์ internetmovies.com ซึ่งมีลักษณะในการแสดงภาพจากภาพยนตร์ต่าง ๆ และมีการเชิญชวนให้ดาวน์โหลดภาพยนตร์ โดยใช้ถ้อยคำว่า “Full Length

³⁹ เอกรินทร์ วิริโย. มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษากลไกการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา[Online].2557.แหล่งที่มา: https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/july_dec_14/pdf/aw05.pdf

⁴⁰ Section 512 (f) Digital Millennium Copyright Act

“(f) Misrepresentations. Any person who knowingly materially misrepresents under this section

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys’ fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner’s authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.”

Downloadable Movies” และ “Join to download full length movies online now!” เมื่อพนักงานของ Motion Picture Ass’n of America เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ของ Motion Picture Ass’n of America จึงดำเนินการส่งหนังสือให้นายกภาพยนต์ของ Motion Picture Ass’n of America ออกจากเว็บไซต์ดังกล่าว แต่ Michael J. Rossi อ้างว่าตาม section 512 (f) แห่ง DMCA หนังสือแจ้งให้เอาออก (takedown notice) ต้องกระทำโดยอยู่บนพื้นฐานของเจตนาที่สุจริต (good faith) ซึ่งพนักงานของ Motion Picture Ass’n of America ไม่ได้ตรวจสอบให้แน่ชัดว่าวิดีโอดังกล่าวไม่สามารถดาวน์โหลดได้จริง จึงเป็นความผิดพลาดของ Motion Picture Ass’n of America ที่ไม่ใช้การรับรู้ (knowing) ตามที่กำหนดไว้ใน section 512 (f) โดยที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ผิดพลาดจากความไม่รู้ เนื่องจากการพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตเป็นอัตวิสัย⁴¹

4.1.3 การเปรียบเทียบระหว่าง CDA กับ DMCA

จากการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการคุ้มครองความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางในสหรัฐอเมริกา แสดงให้เห็นถึงวิธีการคุ้มครองผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางจากภาระการรับผิดที่แตกต่างกัน โดยที่บทบัญญัติใน Section 230 แห่ง CDA จะให้ความคุ้มครองที่กว้างขวางและไม่มีกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการต้องดำเนินการอันใดเพื่อให้ได้รับสิทธิความคุ้มครอง ในขณะที่ Section 512 แห่ง DMCA ผู้ให้บริการจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกกล่าวหาเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการตามมาตรการแจ้งเตือนและเอาออกแล้วเท่านั้น⁴²

หากมีการกำหนดให้ใช้มาตรการแจ้งเตือนและเอาออกใน Section 230 แห่ง CDA เช่นเดียวกับ Section 512 แห่ง DMCA แล้ว อาจทำให้ประชาชนแจ้งเรื่องร้องเรียนให้ระงับหรือเอาเนื้อหาของบุคคลที่สามออกเพราะเหตุที่ไม่ชอบผู้พูดหรือมุมมองดังกล่าวได้ ซึ่งกฎหมายจะไม่สามารถปกป้องผู้ที่แสดงออกบนอินเทอร์เน็ตได้อย่างแท้จริง

4.2 สหภาพยุโรป

ในสหภาพยุโรปเห็นถึงความจำเป็นในการปกป้องการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารให้เป็นไปอย่างเสรี เพื่อกระตุ้นการพัฒนาการค้าอิเล็กทรอนิกส์และส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีการสื่อสารให้มีความ

⁴¹ David A. Kluft, Toothless or Misunderstood - Getting to Know Section 512(f) of the Digital Millennium Copyright Act. [Online]. 2015. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

⁴² วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง และ สฤณี อาชวานันทกุล, ภาระรับผิดทางกฎหมายของตัวกลาง: ปกป้องพื้นที่อินเทอร์เน็ตเพื่อส่งเสริมการแสดงออกและสร้างสรรค์นวัตกรรม, แปลจาก “Intermediary Liability: Protecting Internet Platforms for Expression and Innovation”, Center for Democracy & Technology, เมษายน 2553 - <http://www.cdt.org/paper/intermediary-liability-protecting-internet-platforms-expression-and-innovation>, [Online]. 2554. แหล่งที่มา: <https://thainetizen.org/docs/cdt-intermediary-liability/>

ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น จึงให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางจากความรับผิดชอบใด ๆ ทั้งความเสียหายในทางแพ่งและการถูกลงโทษในทางอาญาที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมการให้บริการของผู้ให้บริการประเภทต่าง ๆ ที่เนื้อหาเป็นการโพสต์หรือส่งต่อโดยผู้ให้บริการ

4.2.1 ความเป็นมา

EU Directive on Electronic Commerce ประกาศใช้เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2000 โดยมีเป้าหมายหลักอยู่ 5 ส่วน⁴³ คือ

- 1) เพื่อป้องกันประเทศสมาชิกจากการนากฎหมายระดับชาติที่เกี่ยวกับการค้าอิเล็กทรอนิกส์ในการเลือกปฏิบัติกับสินค้าหรือบริการที่มีแหล่งกำเนิดจากที่อื่นในสหภาพยุโรป ทั้งยังเป็นการหลีกเลี่ยงการแยกส่วนของการตลาดภายใน
- 2) เพื่อสร้างข้อกำหนดด้านข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผู้ให้บริการออนไลน์และบทบัญญัติบางประการที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารเชิงพาณิชย์
- 3) เพื่อกำหนดเงื่อนไขบางประการสำหรับการก่อให้เกิดสัญญาออนไลน์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้บริโภค
- 4) เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางสำหรับการติดต่อสื่อสาร และการเก็บรักษาหรือการให้เข้าถึงข้อมูลข่าวสาร
- 5) เพื่อสร้างการปรับปรุงและการบังคับใช้กลไกและความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป

ซึ่งประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปมีระยะเวลา 18 เดือน นับจากวันที่ประกาศ EU Directive on Electronic Commerce เพื่อนามาตรการที่กำหนดใน EU Directive on Electronic Commerce ไปปรับใช้กับกฎหมายภายในประเทศของตน

4.2.2 ผู้ให้บริการตามกฎหมาย

โดย EU Directive on Electronic Commerce ได้กำหนดความคุ้มครองจากความรับผิดให้กับผู้ให้บริการ จำนวน 3 ประเภท ได้แก่

⁴³ Graham Pearce; Nicholas Platten, Promoting the Information Society: The EU Directive on Electronic Commerce.

1) ผู้ให้บริการประเภทท่อ (Mere conduit) ตาม Article 12⁴⁴ จะต้องไม่เป็น ผู้เผยแพร่ ไม่เป็นผู้คัดเลือกผู้รับข้อมูล และไม่เลือกหรือปรับแก้ไขข้อมูลในการเผยแพร่ ไม่ว่าจะเป็นการ ดาเนินการโดยอัตโนมัติหรือด้วยตนเอง และผู้ให้บริการต้องไม่เก็บข้อมูลไว้เกินระยะเวลาที่จําเป็น

ผู้ให้บริการประเภทท่อมักจะมีการให้บริการอยู่สองประเภท คือ ประเภทแรกเป็นการให้บริการรับส่งข้อมูลผ่านเครือข่ายสื่อสารซึ่งมีลักษณะเป็นช่องทางการสื่อสารข้อมูลไปยังบุคคลที่สามผ่านระบบเครือข่าย ประเภทที่สองนั้นเป็นการให้บริการที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายคือการให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตซึ่งรวมถึงการเข้าถึงแบบอัตโนมัติ การให้บริการในฐานะสื่อกลาง และการเก็บรักษาข้อมูลแบบชั่วคราวเพื่อวัตถุประสงค์ในการรับส่งข้อมูลผ่านเครือข่ายสื่อสารอย่างเดียวยังไม่เก็บไว้เป็นระยะเวลานานจนเกินไป⁴⁵

2) ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลชั่วคราว (Caching) ตาม Article 13⁴⁶ เป็นการให้บริการที่มี วัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการส่งต่อข้อมูลไปยังผู้ใช้บริการตามคําขอ ซึ่งผู้ให้บริการจะต้อง

⁴⁴ Article 12 แห่ง EU Directive on Electronic Commerce

"Mere conduit"

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

(a) does not initiate the transmission;

(b) does not select the receiver of the transmission; and

(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

⁴⁵ Pablo Asbo Baistrocchi, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce. 2002. Available from: HeinOnline [2019, May 4]

⁴⁶ Article 13 แห่ง EU Directive on Electronic Commerce

"Caching"

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall

ไม่ทำการแก้ไขข้อมูล และให้บริการข้อมูลที่สอดคล้องกับลักษณะของการเข้าถึงรวมถึงสอดคล้องกับ กฎที่เกี่ยวข้องกับการปรับปรุงข้อมูลด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่ข้อมูลจากแหล่งต้นทางถูกลบหรือถูกปิดใช้งาน ตามคำสั่งศาลผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการลบหรือปิดการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยเร็ว

การให้บริการเก็บข้อมูลชั่วคราวเป็นการลดความซ้ำซ้อนของการเรียกดูข้อมูลที่มี ปริมาณมหาศาลบนอินเทอร์เน็ตจากที่ตั้งของเซิร์ฟเวอร์ที่อยู่ในระยะไกล การจัดเก็บสำเนาข้อมูล บนพื้นที่เซิร์ฟเวอร์เฉพาะแห่งจะช่วยให้การจัดส่งข้อมูลไปยังผู้ที่ค้นหาได้อย่างรวดเร็ว เพราะข้อมูลจะใช้ ระยะเวลาเดินทางที่น้อยกว่าไปยังผู้ใช้บริการ ทั้งนี้ หากเป็นผู้ให้บริการเก็บข้อมูลชั่วคราวประเภทอื่น ที่ไม่ได้กล่าวไว้ใน EU Directive on Electronic Commerce นี้ จะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิด⁴⁷

3) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล (Hosting) ตาม Article 14⁴⁸ จะต้องไม่รู้ถึงข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ของกิจกรรมหรือข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ผู้ให้บริการทราบถึงความผิดปกติ

ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

- (a) the provider does not modify the information;
- (b) the provider complies with conditions on access to the information;
- (c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;
- (d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and
- (e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

⁴⁷ Pablo Asbo Baistrocchi, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce.

⁴⁸ Article 14 แห่ง EU Directive on Electronic Commerce

“Hosting”

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

ดังกล่าวจะต้องดำเนินการลบหรือปิดการเข้าถึงกิจกรรมหรือข้อมูลนั้น ทั้งนี้ ผู้ให้บริการจะต้องไม่อยู่ในอำนาจหรือความควบคุมของผู้ให้บริการ

การให้บริการรับฝากข้อมูลนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลสามารถเข้าพื้นที่จากผู้ให้บริการเพื่อโพสต์ข้อมูลใด ๆ ในช่วงเวลาใดก็ได้ ในราคาถูกไปจนถึงให้บริการฟรี รวมไปถึงการให้บริการกระดานข่าว (bulletin boards) และห้องสนทนา (chat rooms) ด้วย⁴⁹

4.2.3 การยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการ

EU Directive ดังกล่าวไม่ได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้ประโยชน์กับผู้ให้บริการในระบบความรับผิดแบบทั่วไป แต่ใช้สำหรับยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการที่ได้กล่าวถึงในข้อ 4.2.2 ซึ่งข้อจำกัดใน EU Directive on Electronic Commerce ใช้กับความรับผิดที่เกิดจากความเสียหายเท่านั้น เนื่องจากในย่อหน้าสุดท้ายของ Article 12, 13 และ 14 ของ EU Directive on Electronic Commerce กำหนดให้ประเทศสมาชิกสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะขอให้ศาลสั่งให้ผู้ให้บริการยุติหรือป้องกันเมื่อรู้ถึงการละเมิดได้⁵⁰

แต่อย่างไรก็ดี ใน Article 15⁵¹ แห่ง EU Directive on Electronic Commerce ไม่มีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการเป็นผู้ตรวจสอบข้อมูลที่เผยแพร่หรือที่ถูกจัดเก็บจากบริการต่าง ๆ

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

⁴⁹ Pablo Asbo Baistrocchi, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce.

⁵⁰ Pablo Asbo Baistrocchi, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce.

⁵¹ Article 15 แห่ง EU Directive on Electronic Commerce

“No general obligation to monitor

ของผู้ให้บริการในการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่าง ๆ จากกิจกรรมหรือข้อมูลที่อาจบ่งชี้ได้ว่า มีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.2.4 ผลจากการบังคับใช้กฎหมาย

ช่องว่างของ EU Directive on Electronic Commerce คือ กำหนดความครอบคลุมที่ค่อนข้างจำกัดในการแจ้งเตือนและขั้นตอนในการกีดกันเนื้อหา อิสรภาพในการแสดงออก และการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งความกังวลต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น เมื่อมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการลบเนื้อหาโดยอัตโนมัติ⁵² ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจาก (1) – (3) จะเห็นได้ว่า EU Directive on Electronic Commerce ไม่ครอบคลุมถึงเครื่องมือค้นหา (Search Engine) และเว็บไซต์ (web portal) ซึ่งมีการแปะลิงค์เว็บไซต์หรือข้อมูลต่าง ๆ เอาไว้ แต่ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปในหลายประเทศก็ได้ขยายความคุ้มครองให้กับผู้บริการเหล่านั้นด้วย เหตุเพราะมีความตระหนักถึงความสำคัญของสื่อตัวกลางในระบบการท างานของอินเทอร์เน็ต⁵³

-
1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.
 2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.”

⁵² Pablo Asbo Baistrocchi, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce.

⁵³ วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง และ สฤณี อาชวานันทกุล, ภาระรับผิดทางกฎหมายของตัวกลาง: ปกป้องพื้นที่อินเทอร์เน็ตเพื่อส่งเสริมการแสดงออกและสร้างสรรค์นวัตกรรม.

บทที่ 5

แนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย

ช่องว่างทางกฎหมายเกี่ยวกับเนื้อหาเป็นเหตุให้ภาครัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าควรมีการปิดกั้นเนื้อหาในรูปแบบใด เนื่องจากนโยบายเกี่ยวกับเนื้อหาเป็นประเด็นที่อ่อนไหวสำหรับทุกสังคม จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับเนื้อหา ซึ่งอาจเป็นการสนับสนุนการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้มากขึ้น และสามารถคลี่คลายปัญหาความคลุมเครือของบทบาทผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย และผู้เกี่ยวข้องอื่น ๆ⁵⁴

การกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการใช้งานอินเทอร์เน็ตจึงมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและความเชื่อมั่นในการลงทุนทางเทคโนโลยีเป็นอย่างมาก ซึ่งในปัจจุบันเราปฏิเสธไม่ได้ว่าการทำกิจกรรมหรือธุรกรรมแทบจะทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นการซื้อขาย การลงทุน การติดต่อสื่อสาร หรือแม้แต่ความบันเทิงต่าง ๆ ล้วนผ่านทางช่องทางออนไลน์ กฎหมายในประเทศไทยจึงควรกำหนดมาตรการในการควบคุมการใช้งานสื่อออนไลน์ต่าง ๆ ให้เป็นสากลและสร้างความน่าเชื่อถือมากกว่าความน่ากังวลในการใช้กฎหมาย

ในประเทศไทยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เพื่อควบคุมการกระทำความผิดทางอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งในกฎหมายนี้ได้บัญญัติรวมไปถึงความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางด้วย แม้ว่ากฎหมายจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อเพิ่มหลักการยกเว้นโทษให้แก่ผู้ให้บริการ โดยกำหนดให้มีการแจ้งเตือนและนำข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบคอมพิวเตอร์ แต่หลักการดังกล่าวนั้นยังคงไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอันเป็นที่ยอมรับตามหลักสากลทั่วไปที่ให้สิทธิประชาชนในการแสดงออกซึ่งความคิดและมีสิทธิที่จะรับรู้ข่าวสาร อีกทั้ง มาตรการและกลไกของวิธีการที่ได้นำมาใช้ยังไม่เป็นไปตามหลักการของการนำมาใช้อย่างแท้จริง ซึ่งการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์โดยผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางโดยไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาทางศาล ถือเป็น การรอนสิทธิของผู้ใช้บริการที่ได้โพสต์หรือเก็บข้อมูลนั้นไว้บนบริการของผู้ให้บริการนั้น ๆ แม้ว่าจะเป็นเนื้อหาหรือข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้ให้บริการก็มีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะได้รับการพิจารณาคดีหรือการชี้มูลความผิดตามกฎหมาย

⁵⁴ เคอร์บาลิจา, โจวาน. เปิดประตูสู่การธรรมาภิบาลอินเทอร์เน็ต.

5.1 การเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยและต่างประเทศ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของแต่ละประเทศและในแต่ละบริการล้วนมีที่มาจากบริบทของรูปแบบของการให้บริการและการบังคับใช้งานกฎหมายที่แตกต่างกันไป ดังรายละเอียดที่เปรียบเทียบในตาราง ดังนี้

รายการ	Communications Decency Act ของสหรัฐอเมริกา	Digital Millennium Copyright Act ของสหรัฐอเมริกา	EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป	พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550
1. การยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้บริการ	✓	✓	✓	X
2. ผู้ให้บริการตามกฎหมาย	ผู้ให้บริการทุกประเภท	1) ผู้ให้บริการในการส่ง และให้ช่องทางในการส่งข้อมูลโดยโซ่เครือข่ายอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Transitory Digital Network Communications) 2) ผู้ให้บริการระบบหน่วยเก็บความจำ (System Caching) 3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจากข้อมูลที่ถูกรักษาในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตามคำสั่งของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต (Hosting) 4) ผู้ให้บริการอุปกรณ์ระบุตำแหน่งข้อมูล (Information Location Tools)	1) ผู้ให้บริการประเภทท่อ (Mere conduit) 2) ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลชั่วคราว (Caching) 3) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล (Hosting)	1) ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง (Intermediary) 2) ผู้ให้บริการที่เก็บหรือพักข้อมูลคอมพิวเตอร์ชั่วคราว (system caching) 3) ผู้ให้บริการซึ่งเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการซึ่งผู้ใช้บริการดำเนินการบริหารจัดการข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วยตัวเอง (Information Residing on systems or network at direction of users) 4) ผู้ให้บริการทางเทคนิคเพื่อเป็นที่ตั้งหรือแหล่งพักข้อมูล (information Location Tools)
3. มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดให้ต้องดำเนินการ	กำหนดให้มีการปกป้องผู้ให้บริการที่ช่วยป้องกันและคัดกรองเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลัก Good Samaritan	กำหนดให้มีการจัดทำ มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก (Notice and Takedown) ตามหลัก safe harbor	ถึงแม้จะไม่มีข้อกำหนด มาตรการที่ต้องดำเนินการไว้ แต่กฎหมายก็กำหนดให้ผู้ให้บริการไม่มีหน้าที่ในการเป็นผู้ตรวจสอบข้อมูลที่เผยแพร่หรือที่ถูกจัดเก็บจากบริการต่าง ๆ	กำหนดให้มีการจัดทำ มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก (Notice and Takedown) โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการที่ดำเนินการตามมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ไม่ต้องรับโทษ

5.2 การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย

เมื่อเปรียบเทียบกับข้อกำหนดความรับผิดทางกฎหมายของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางของกฎหมายในต่างประเทศแล้ว ซึ่งในที่นี้กล่าวอ้างถึง Communications Decency Act (CDA) และ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา รวมถึง EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป จากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 และตารางเปรียบเทียบในข้อ 5.1 จะเห็นได้ว่ากฎหมายแต่ละฉบับจะให้ความคุ้มกัน (immunity) แก่ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางในประเภทต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับบริบทของกฎหมายและวัตถุประสงค์ในการจัดทำกฎหมายนั้นในทันที มิได้กำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางต้องเป็นผู้ที่ต้องมีความรับผิดก่อนเช่นเดียวกับกฎหมายไทย

โดยที่การแจ้งเตือนและเอาออก (Notice and Takedown) เป็นหนึ่งในมาตรการสำหรับการยกเว้นความรับผิด (safe harbor) ของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง ที่มีการบัญญัติไว้ใน Digital Millennium Copyright Act (DMCA) สำหรับการแจ้งเตือนเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนโลกออนไลน์ ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้นำมากำหนดไว้ในประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 เพื่อให้ผู้ใช้บริการหรือผู้มีส่วนได้เสียแจ้งแก่ผู้ให้บริการกรณีที่มี การกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในพื้นที่ของผู้ให้บริการ ซึ่งใช้กับผู้ให้บริการทุกประเภทที่กล่าวถึงในประกาศดังกล่าว โดยไม่ค่านิ่งถือว่าผู้ให้บริการจะมีความเกี่ยวข้องกับเนื้อหาหรือข้อมูลนั้นแต่อย่างใด

ในเวลาต่อมา กลุ่มประชาสังคมและผู้เชี่ยวชาญจากทั่วโลกได้ร่วมกันพัฒนาและกำหนดหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดของสื่อตัวกลาง (Manila Principle on Intermediary Liability) ขึ้นมา โดยคัดสรรข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็น Best Practices ของแต่ละประเทศ เพื่อกำหนดความรับผิดของสื่อตัวกลาง โดยมีการกำหนดหลักการที่สาคัญ 6 ประการ คือ

- (1) ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากความรับผิดที่เกิดจากเนื้อหาของบุคคลที่สาม
- (2) เนื้อหาจะต้องไม่ถูกควบคุมโดยปราศจากคำสั่งจากผู้มีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมาย
- (3) การร้องขอให้ควบคุมเนื้อหาจะต้องชัดเจน ไม่คลุมเครือ และเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (4) กฎหมายและคำสั่งหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหาจะต้องเป็นไปหลักความจ าเป็นและความได้สัดส่วน
- (5) กฎหมายและคำสั่งหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหาจะต้องเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย

(6) การกำหนดหลักความโปร่งใสและความรับผิดชอบไว้ในกฎหมายและคำสั่งหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหา

จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวเน้นความคุ้มครองผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางอันเกิดจากเนื้อหาของบุคคลที่สาม และไม่กำหนดให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางใช้ดุลพินิจในการควบคุมเนื้อหาหรือข้อมูลโดยปราศจากคำสั่งจากผู้มีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณา Communications Decency Act (CDA) และ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา รวมถึง EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรปแล้ว พบว่าบทกฎหมายดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง อาทิ Section 230 แห่ง Communications Decency Act (CDA) มีการกำหนดความคุ้มครองตามกฎหมายจากความรับผิดที่เกิดจากเนื้อหาของบุคคลที่สาม, Section 512 แห่ง Digital Millennium Copyright Act (DMCA) มีการกำหนดความคุ้มครองตามกฎหมายจากความรับผิดที่เกิดจากเนื้อหาของบุคคลที่สามและค ำร้องขอให้ควบคุมเนื้อหาต้องมีรายละเอียดที่ชัดเจน ไม่คลุมเครือ และเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ EU Directive on Electronic Commerce มีการกำหนดความคุ้มครองตามกฎหมายจากความรับผิดที่เกิดจากเนื้อหาของบุคคลที่สาม

ดังนั้น นอกจากการนำแนวทางและมาตรการของ Communications Decency Act (CDA) และ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา รวมถึง EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป มาประยุกต์ใช้กับประเทศไทยแล้ว จึงควรพิจารณาถึงการนำหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลางดังกล่าวมาใช้ในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศด้วย เพื่อถึงความน่าเชื่อถือของการบังคับใช้กฎหมายกลับคืนมาจากผู้ลงทุนด้านเทคโนโลยีสารสนเทศจากความหวาดกลัว (chilling effect) ที่จะต้องรับผิดตามกฎหมายแม้ว่าผู้ให้บริการนั้นจะมีได้เป็นผู้กระทำผิดนั้นเสีย (Vicarious Liability)

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ในประเทศไทยมีการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อเป็นเครื่องมือในการค้นหาข้อมูลทางการศึกษา การทำงาน และการใช้ชีวิตประจำวันอย่างมากมาย ดังนั้น ข้อมูลที่อยู่บนโลกอินเทอร์เน็ตจึงเต็มไปด้วยเรื่องราวที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความบันเทิง สุขภาพ ความสวยงาม งานบ้าน งานครัว งานเกษตร การเมือง เศรษฐกิจ เพศศึกษา เป็นต้น ซึ่งเรื่องราวต่าง ๆ เหล่านี้นี้อาจมีข้อมูลหรือมีการพูดคุยสื่อสารกันผ่านช่องทางต่าง ๆ ของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางที่มีลักษณะอันเป็นเท็จหรือกระทบต่อความมั่นคงหรือเป็นสิ่งลามกอนาจาร อันเป็นความผิดตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

การกำหนดในด้วยบทกฎหมายให้ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางต้องรับผิดชอบในกรณีที่ปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นความผิดตามมาตรา 14 ในพื้นที่ที่เป็นการให้บริการของผู้ให้บริการนั้น แม้กฎหมายจะมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ต้องการให้ข้อมูลที่เป็นความผิดนั้นแพร่หลายออกไปสู่สาธารณชน จนก่อให้เกิดความตื่นตระหนก ความวุ่นวาย หรือความเข้าใจผิดในสาระสำคัญของข้อมูล ซึ่งแต่เดิมตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะกำหนดให้ผู้ให้บริการที่รู้ถึงการกระทำอันเป็นความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนหากมิได้จัดการลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ในทันทีที่ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกับผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 14 ต่อมามีการแก้ไขมาตรา 15 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ซึ่งมีการนำเอาระบบการแจ้งเตือนและเอาออก (Notice and Takedown) มาใช้กับผู้ให้บริการเพื่อให้ผู้ให้บริการที่ได้ปฏิบัติตามสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ให้ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 15 ได้

บทบัญญัติตามมาตรา 15 ที่แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 แม้จะอ้างอิงหลักเกณฑ์และมาตรการตามหลักที่ใช้เป็นสากล แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีได้้น มาใช้ให้เป็นคุณกับผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง เนื่องจากผู้ให้บริการยังคงมีความผิดตามมาตรา 15 เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษหากพิสูจน์ได้ว่าตนได้ดำเนินการตามมาตรการที่กำหนดในประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 แล้ว

หลักการยกเว้นความรับผิด (safe harbor) ให้แก่ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง (Intermediary) ที่ข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผู้ใช้บริการเป็นผู้สร้างขึ้น (user generated content) ได้นำมาใช้กับกฎหมาย

ที่กล่าวถึงผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในหลายประเทศ อาทิ Communications Decency Act (CDA) และ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา รวมถึง EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป อีกทั้งยังเป็นเหตุผลหลักในการพัฒนาหลักการมะนิลา ว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง (Manila Principle on Intermediary Liability) เพื่อกำหนด แนวนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลความรับผิดชอบของสื่อตัวกลางกรณีที่เป็นเนื้อหาของผู้บุคคล ที่สามที่อาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญาหรือความเสียหายทางแพ่งด้วย ซึ่งกฎหมายดังกล่าว ในแต่ละประเทศมีการกำหนดประเภทของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางที่ได้รับการยกเว้นความรับผิด ไว้แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับบริบทของประเทศนั้น ๆ แต่สิ่งหนึ่งที่เหมือนกันคือ ผู้ให้บริการที่มีคุณสมบัติ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายจะได้รับการยกเว้นความรับผิดทันที

ระบบการแจ้งเตือนและเอาออก (Notice and Takedown) นามาใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของ สหรัฐอเมริกา คือ Digital Millennium Copyright Act เพื่อให้ผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแจ้งไปยัง ผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์บนพื้นที่ที่ให้บริการของผู้บริการนั้น ซึ่งผู้ให้บริการ จะต้องดำเนินการระงับหรือปิดการเข้าถึงข้อมูลหรือเนื้อหาตามที่ได้รับแจ้ง โดยที่วิธีการแจ้งเตือนและ เอาออกนี้จะใช้ได้เป็นผลดีก็ต่อเมื่อข้อมูลหรือเนื้อหาที่ได้แจ้งให้นำออกจากระบบคอมพิวเตอร์นั้น สามารถพิจารณาได้โดยง่ายว่าเป็นข้อมูลหรือเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นเนื้อหาหรือข้อมูลที่ ต้องอาศัยการตีความว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ก็จะไม่เป็นคุณกับผู้ให้บริการและเป็นการเพิ่ม ภาระการตรวจสอบหรือพิสูจน์ให้กับผู้ให้บริการ เช่น การตีความว่าเนื้อหาหรือข้อมูลมีผลกระทบกับ ความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ จึงอาจส่งผลให้ผู้ให้บริการหลุดพ้นจากพื้นที่ ปลอดภัยของผู้ให้บริการ หรือ safe harbor ได้

ในกรณีที่ประเทศไทยนำเอาระบบการแจ้งเตือนและเอาออกมากำหนดใช้ในประกาศกระทรวง ดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 โดยกำหนด ขั้นตอนการระงับการเผยแพร่หรือนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์เพียงกำหนดให้ผู้ให้บริการที่ ตรวจพบการกระทำความผิดตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ก็สามารถลงบันทึกประจำวันเพื่อเป็นหลักฐานและ นำเอกสารดังกล่าวพร้อมข้อร้องเรียน (Complaint Form) แจ้งผู้ให้บริการดำเนินการระงับการเผยแพร่ หรือนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการ ดำเนินการดังกล่าวไม่ผ่านขั้นตอนหรือกระบวนการทางศาลจึงอาจเป็นเครื่องมือให้เกิดการกลั่นแกล้งกัน บนโลกอินเทอร์เน็ต หรือเป็นช่องทางให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความ ผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือกฎหมายอื่นไม่ต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด

เนื่องจากมีความยุ่งยากและต้องผ่านลำดับขั้นมากมาย ดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 20⁵⁵ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทาผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

การที่กฎหมายไม่มีความชัดเจน สร้างภาระและต้นทุนให้กับผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางจนเกินควร อาจส่งผลต่อการสร้างแรงจูงใจในการคิดค้นนวัตกรรมดี ๆ ที่จะส่งเสริมเศรษฐกิจที่สร้างสรรค์ในอนาคตได้

⁵⁵ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทาผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

“ในกรณีที่มีการท ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ดังต่อไปนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่ โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นค ร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอ นาจอขอให้มี ค าสั่งระงับการท ทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้

1) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

2) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่ก หนดไว้ ในภาค 2 ลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา หรือกฎหมายอื่นซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้นหรือพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ร้องขอ

ในกรณีที่มีการท ทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการก ปรองข้อมูลคอมพิวเตอร์ จะมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นค ร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอ นาจอขอให้มีค าสั่ง ระงับการท ทำให้แพร่หลายหรือลบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้ ทั้งนี้ ให้ บัญญัติ ว่าด้วยคณะกรรมการที่มีอ ทาจต นิินการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองมาใช้บังคับกับการประชุมของคณะกรรมการก ปรองข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยอนุโลม

ให้รัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการก ปรองข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคสองขึ้นคณะหนึ่ง หรือหลายคณะ แต่ละคณะให้มีกรรมการจ านวนก าคันซึ่งสามในก าคันต้องมาจากผู้แทนภาคเอกชน ด้านสิทธิมนุษยชน ด้านสื่อสารมวลชน ด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือด้านอื่นที่เกี่ยวข้อง และให้กรรมการ ได้รับค าค่าตอบแทนตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรี

ก หนดได้ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง

การต านินการขอศาลตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้ น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาใช้บังคับโดยอนุโลม ในกรณีที่ศาลมีค าสั่งให้ระงับการท ทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง พนักงานเจ้าหน้าที่จะท ทาการระงับการท ทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ นั้นเองหรือจะสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการท ทำให้แพร่หลายหรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้ ทั้งนี้ ให้รัฐมนตรี ประกาศก หนดหลักเกณฑ์ ระยะเวลา และวิธีการปฏิบัติส หรับการระงับการท ทำให้แพร่หลายหรือ ลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ให้บริการให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันโดยค ึงถึงพัฒนาการ ทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป เว้นแต่ศาลจะมีค าสั่งเป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่มีเหตุจ านเป็นเร่งด่วน พนักงานเจ้าหน้าที่จะยื่นค ร้องตามวรรคหนึ่งไปก่อนที่จะได้รับ ความเห็นชอบจากรัฐมนตรี หรือพนักงานเจ้าหน้าที่โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการก ปรอง ข้อมูลคอมพิวเตอร์จะยื่นค ร้องตามวรรคสองไปก่อนที่รัฐมนตรีจะมอบหมายก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องรายงาน ให้รัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

6.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ใช้บริการในฐานะสื่อกลางยังไม่สอดคล้องกับแนวทางที่เป็นสากลและยังมีความคลุมเครือต่อการปฏิบัติตามนั้น ข้าพเจ้าเห็นว่าควรมีการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังนี้

1) กำหนดในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้มีการยกเว้นความรับผิด (safe harbor) แก่ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลาง (Intermediary) ที่มีได้เป็นผู้จัดทำข้อมูลหรือเนื้อหาอื่น (user generated content) ดังเช่นที่กำหนดใน Section 230 ของ Communications Decency Act (CDA), Section 512 ของ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา และหลักการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการใน EU Directive on Electronic Commerce ของสหภาพยุโรป รวมถึงหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดของสื่อตัวกลาง (Manila Principle on Intermediary Liability) ที่ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการในทันที โดยประเทศไทยควรดูจากบริบทของการให้บริการในแต่ละประเภทเป็นสำคัญ หากบริการใดที่ผู้ให้บริการไม่มีความเกี่ยวข้องกับเนื้อหาแล้ว ก็ควรยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการในทันที

2) ปรับปรุงมาตรการระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์และการนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ (Notice and Takedown) ตามประกาศกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เรื่อง ขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ให้สอดคล้องกับบริบทของความผิดที่น มาใช้

ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะนำแนวทางการจัดทามาตรการดังกล่าวมาจาก Section 512 ของ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา ที่ในสหรัฐอเมริกาใช้สำหรับการแจ้งเตือนเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น ซึ่งในการใช้ตัวบทกฎหมายดังกล่าวก็ยังคงไว้ซึ่งปัญหาการตีความกฎหมาย เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์มีเพียงภาระการพิสูจน์ว่าตนได้เชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้บริการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งการพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตมีมาตรฐานค่อนข้างต่ำและเป็นอัตวิสัย (Subjective) ประกอบกับการใช้มาตรการดังกล่าวไม่ต้องการฟ้องร้องในชั้นศาล จึงอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ตรวจสอบและประเมินผิดพลาดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว หรืออาจไม่ได้ตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอก่อนที่จะแจ้งไปยังผู้ให้บริการ จึงอาจสร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการและเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกได้

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรกำหนดวิธีการและขั้นตอนที่เป็นธรรมและไม่สร้างภาระให้แก่ผู้ให้บริการจนเกินควร รวมถึงสร้างความสมดุลระหว่างการใช้ดุลพินิจของผู้ให้บริการและการใช้สิทธิทางศาล ดังนี้

ก. ในขั้นตอนการแจ้งเตือน ควรมีหลักเกณฑ์สำหรับพนักงานสอบสวนหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อให้พิจารณาถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่ได้รับแจ้งจากผู้ให้บริการว่ามีความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 14 จริงหรือไม่

ข. ในขั้นตอนการระงับหรือนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ควรมีหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาว่าข้อมูลหรือเนื้อหาที่ได้รับแจ้งจากผู้ให้บริการนั้นเป็นความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 14 จริงหรือไม่ เพื่อป้องกันการใช้ช่องทางนี้ในการตัดโอกาสทางธุรกิจกันจากช่องทางการค้าขายออนไลน์หรือใช้เป็นการก่อกวนกันทางการเมือง หากผู้ให้บริการเห็นว่าเป็นข้อมูลหรือเนื้อหาที่ต้องใช้การตีความซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจของตนควรมีการใช้สิทธิทางศาลเพื่อเป็นผู้พิจารณาระงับหรือนำข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ค. ในขั้นตอนการโต้แย้ง ควรมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ใช้สิทธิทางศาลเพื่อเป็นผู้พิจารณาดังกล่าว เพื่อลดการใช้ดุลพินิจของผู้ให้บริการ ซึ่งอาจมีมาตรฐานของการพิจารณาที่แตกต่างกันจนก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันและไม่เป็นกลาง อีกทั้ง ยังคงต้องมีภาระการพิสูจน์ด้วยว่าเนื้อหาที่ได้รับแจ้งออกไปแล้วเหมาะสมแก่การนำลับเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์อีกหรือไม่

ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะข้างต้นมีความประสงค์ให้สอดคล้องกับหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง (Manila Principle on Intermediary Liability) ที่กำหนดให้การแจ้งเตือนการระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ต้องผ่านกระบวนการและขั้นตอนจากผู้มีอำนาจพิจารณาคดีตามกฎหมายหรือผ่านกระบวนการที่เป็นธรรมทั้งต่อตัวผู้ให้บริการและผู้ให้บริการด้วย

บรรณานุกรม

- Maya Hertig Randall, Freedom of Expression in the Internet. [Online]. 2016.
Available from: HeinOnline [2019, May 4]
- Ivar A. Hartmann, A Right to Free Internet: On Internet Access and Social Rights.
[Online]. 2013. Available from: HeinOnline [2019, May 4]
- Patrick Ford, Freedom of Expression through Technological Networks: Accessing the
Internet as a Fundamental Human Right. [Online]. 2014. Available from:
HeinOnline [2019, May 4]
- Yan Mei Ning, Internet Intermediary Liability in Online Defamation Lawsuits: The Case of
Mainland China. 2016. Available from: HeinOnline [2019, May 4]
- Judit Bayer, Liability of Internet Service Providers for Third Party Content. 2008.
Available from: HeinOnline [2019, May 4]
- Jyoti Panday, J. Carlos Lara, Kyun S Park, Kelly Kim. Jurisdictional Analysis [Online].
2015. Available from: <https://www.manilaprinciples.org/th> [2019, April 14]
- Anne Cheung; Rolf H. Weber, Internet Governance and the Responsibility of Internet
Service Providers. 2008. Available from: HeinOnline [2019, May 4]
- เคอร์บาลิจา, โจวาน. เปิดประตูสู่การธรรมาภิบาลอินเทอร์เน็ต(กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่ออินเทอร์เน็ต
และวัฒนธรรมพลเมือง), 2560
- ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ค าศึบายกฎหมายอาญาคาค 1 บทบัญญัติทั่วไป(กรุงเทพมหานคร:
ส านักพิมพ์ พลสยาม พรึนตึ๊ง (ประเทศไทย)), 2551.
- J. W. Neyers, A Theory of Vicarious Liability. [Online]. 2005. Available from: HeinOnline
[2019, May 4]
- นายสุนทร เปลึยนสึ, ส านักงานคณะกรรมการกฤษฎึกา. แนวความคิดและหลักการของกฎหมายว่าด้วย
การกระท าควมผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. [Online].แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th>
[1 กุมภาพันธ์ 2562]
- นายพรเพชร วิชิตชลชัย, ค าศึบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทาควมผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.
2550 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบ็ญ,2550)
- ส านักงานคณะกรรมการกฤษฎึกา, บันทึกส านักงานคณะกรรมการกฤษฎึกาประกอบร่างพระราชบัญญัติ
ว่าด้วยการกระทาควมผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. เรืองเสรีจที่ 258/2548, หน้า 12.
อั้งใน รองศาสตราจารย์มานิต จุมปา, ค าศึบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระท าควมผิด
เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์(กรุงเทพมหานคร: ส านักพิมพ์วิญญูชน,2553)

- ประชาชาติธุรกิจออนไลน์.5 ปี พ.ร.บ.คอมพ์ ถอดบทเรียนเว็บดั่ง "พันทิปดอตคอม"[ออนไลน์]. 2556.
แหล่งที่มา:https://www.prachachat.net/news_detail
- iLaw, ฐานข้อมูลคดี. จีรนุช เปรมชัยพร:ผอ.ประชาไท[ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา:
<https://freedom.ilaw.or.th>
- ส ำงำนเลขำชำการคณะรัฐมนตรี, บัณฑิตกหลักกำรและเหตุผลประกอบรำงพระรำชบัญญัติว่ำด้วยกำร
กระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ., หนังสือสำงำนำนายกรัฐมนตรีที่
นร 0503/15561 ลงวันที่ 26 เมษายน 2559
- the Center for Democracy & Technology, EU and U.S. Policies Protect Intermediaries
from Liability [Online]. 2010. Available from: <https://cdt.org/insight/protecting-internet-platforms-for-expression-and-innovation/> [2019, April 24]
- Paul Ehrlich, Communications Decency Act 230. [Online]. 2002. Available from:
HeinOnline [2019, May 4]
- Andrew P. Bolson, Flawed but Fixable: Section 230 of the Communications Decency
Act at 20. [Online]. 2016. Available from: HeinOnline [2019, May 4]
- Blognone, EFF วิจัยบริษัทไอทีที่ต้านเว็บโซเชียลใหม่ ทวงถามอนาคตเสรีภาพในการแสดงออก
[ออนไลน์]. 2560. แหล่งที่มา: <https://www.blognone.com/node/94864>
- เอกรินทร์ วิริโย. มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต:ศึกษากลไกการตรวจสอบการ
แจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา[Online].2557.แหล่งที่มา:
https://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/
- Graham Pearce; Nicholas Platten, Promoting the Information Society: The EU Directive
on Electronic Commerce. 2000. Available from: HeinOnline [2019, May 4]
- David A. Kluft, Toothless or Misunderstood - Getting to Know Section 512(f) of the
Digital Millennium Copyright Act. [Online]. 2015. Available from: HeinOnline [2019,
May 4]
- วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง และ สฤณี อาชวานันทกุล, ภาระรับผิดชอบทางกฎหมายของตัวกลาง: ปกป้องพื้นที่
อินเทอร์เน็ตเพื่อส่งเสริมการแสดงออกและสร้างสรรค์นวัตกรรม, แปลจาก “Intermediary
Liability: Protecting Internet Platforms for Expression and Innovation”, Center for
Democracy & Technology, เมษายน 2553 -<http://www.cdt.org/paper/intermediary-liability-protecting-internet-platforms-expression-and-innovation>,
[Online].2554.แหล่งที่มา: <https://thainetizen.org/docs/cdt-intermediary-liability/>
- Pablo Asbo Baistrocchi, Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on
Electronic Commerce. 2002. Available from: HeinOnline [2019, May 4]