

บทที่ 2

ความเป็นมา แนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัว และการรับข้อความผ่านระบบมือถือ ในลักษณะของการหลอกลวง

ในบทนี้จะทำการศึกษาแนวคิดทฤษฎี เกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลในความเป็นส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสาร ปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล และ การรับข้อความผ่านระบบมือถือ ในลักษณะของการหลอกลวงตลอดจนการบริการโทรคมนาคม ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 สิทธิและเสรีภาพ

2.1.1 สิทธิส่วนบุคคลในความเป็นส่วนตัว

เนื่องจากปัญหาการส่งข้อความที่บุคคลบางกลุ่มฉวยโอกาสใช้การประกอบกิจการทางการตลาด อาจอยู่ในรูปแบบของการหลอกลวงเอาข้อมูลหรืออยู่ในรูปแบบอื่นๆ ส่งไปยังผู้รับข้อความผ่านระบบมือถือ นั้น ถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวอย่างหนึ่ง ดังนั้นในส่วนนี้ จึงได้ทำการศึกษาถึงความหมายของสิทธิความเป็นส่วนตัวและแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว เพื่อนำไปใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการรับข้อความผ่านระบบมือถือที่ไม่พึงประสงค์ต่อไป

สิทธิความเป็นส่วนตัว เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ได้รับการคุ้มครอง แต่เนื่องจากปัจจุบันเทคโนโลยีด้านโทรคมนาคมมีการพัฒนาขึ้น ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเคลื่อนย้ายได้ในปริมาณมหาศาลและในเวลาอันรวดเร็ว ทำให้ปัญหาเรื่องสิทธิส่วนบุคคลเป็นปัญหาในหลายๆ ประเทศ สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นหลักขั้นพื้นฐานของกฎหมายไทย อันจะเห็นได้จากการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้ถูกยอมรับจากนานาอารยประเทศ จึงถือได้ว่ามีสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ปัจจุบันมีการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวมากขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวในส่วนของการใช้เทคโนโลยีในสารสนเทศ และการสื่อสารเป็นอย่างมากทั่วทุกมุม โลกโดยเน้นหนักไปในส่วนของการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต การสื่อสารแบบไร้สาย และการละเมิดสิทธิเหล่านี้ในวันจะทวีความรุนแรงเพิ่มขึ้นอยู่ตลอดเวลา

สิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy)¹ ถือว่าเป็นแขนงหนึ่งของสิทธิมนุษยชน (Human Right) ซึ่งเป็นสิทธิที่ทุกคนอยู่ในฐานะความเป็นมนุษย์ ไม่ต้องทำอะไรทั้งสิ้นเพื่อให้ได้มา ขอเพียงให้เกิดเป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิมนุษยชน โดยมีทั้งสิทธิตามกฎหมายและสิทธิที่มีอยู่ โดยไม่ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมาย แต่เป็นสิทธิที่เกิดจาก มาตรฐานเพื่อความถูกต้อง ความเป็นธรรม และสิทธิส่วนบุคคลอาจแบ่งย่อยออกเป็นสิทธิต่างๆ ได้อีกหลายประการ เช่น สิทธิในการดำเนินชีวิต กำหนดความเป็นตัวตนของตนเอง สิทธิที่จะสมรส หรือสร้างครอบครัว สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะเลือกศาสนา และการเมือง สิทธิที่จะอยู่โดยปราศจากการรบกวน เป็นต้น

กฎหมายระหว่างประเทศได้บัญญัติรับรองเรื่องสิทธิส่วนบุคคล ไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Universal Declaration of Human Right 1948) ข้อ 3 ของ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระบุว่า “คนทุกคนมีสิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพ และ ความมั่นคงแห่งตัวตน” และข้อ 12 ว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการ ในความเป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถานหรือในการสื่อสารหรืออาจไม่ถูกลบหลู่ในเกียรติยศชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย ต่อการแทรกแซงสิทธิเช่นว่านั้น” ต่อมาได้มีการจัดทำกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง

2.1.2 แนวคิด ว่าด้วย “ความเป็นส่วนตัว” (Privacy)

แนวความคิดของความเป็นส่วนตัวได้มีการพัฒนามาโดยตลอดตั้งแต่สมัยโบราณ แต่จะมากบ้างน้อยบ้างขึ้นอยู่กับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมในช่วงเวลานั้นๆ แต่อย่างไรก็ดี พัฒนาการครั้งสำคัญที่เห็นว่ามีผลชัดเจนในการพัฒนาแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวมากที่สุดคือ เมื่อการเผยแพร่บทความ “The Privacy” โดย Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis บทความดังกล่าวเป็นผลสะท้อนของการพัฒนาเทคโนโลยีในช่วงปี ค.ศ. 1980 เป็นช่วงที่มีการเกิดขึ้นของโทรเลข โทรศัพท์ มีแท่นพิมพ์หนังสือและการคิดค้นเครื่องมือเครื่องใช้ใหม่ๆ และการพัฒนาระบบเศรษฐกิจซึ่ง Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis กล่าวว่า ความก้าวหน้าดังกล่าวนี้ ทำให้มีความจำเป็นต้องมีความคุ้มครองแก่บุคคล เพราะพัฒนาการของเทคโนโลยีดังกล่าวทำให้เกิดการคุกคามของสิทธิประโยชน์ของบุคคลอย่างน่ากลัว

ความหมายของคำว่าความเป็นส่วนตัว (Privacy) เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในนิยามหนึ่งของสิทธิส่วนบุคคล (Personal Right) เป็นการย้ำให้เห็นถึงความสำคัญที่มนุษย์ทุกคนต้องปฏิบัติต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคล ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของมนุษย์

¹ คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2552). *มาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น. หน้า 33.

ในสมัยโบราณความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับ “ความเป็นส่วนตัว” คือการไม่ร่วมอยู่กับคนอื่นหรือการปลีกตัวออกจากสังคม

ความเป็นส่วนตัวในประเทศไทย² ในประเทศไทยเรื่องของสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ก่อนข้างจะเป็นแนวความคิดที่แปลกใหม่ ทั้งนี้ เนื่องจากไม่เคยมีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวในอดีต ประกอบกับฝ่ายนิติบัญญัติในประเทศไทยยังมีได้บัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิประเภทนี้ไว้โดยเฉพาะ

2.1.3 ลักษณะของสิทธิความเป็นส่วนตัว

1) สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิส่วนบุคคลหรือปัจเจกชน

มนุษย์ทุกคนมีชีวิตและร่างกาย รูปร่าง หน้าตา เพศ ผิวพรรณความคิด จิตใจ นิสัย รสนิยม ฯลฯ ทั้งที่เหมือนกันและแตกต่างกันไปตามลักษณะสภาพครอบครัว ชุมชน สังคม ชนชาติ ศาสนา ภาษา การศึกษา และอาชีพ ฯลฯ ลักษณะและสภาพดังกล่าวนี้เป็นสาเหตุ เจือใจ และปัจจัย กำหนดความเป็นตัวตนของแต่ละคน มีตัวตนและบุคลิกภาพอย่างไร ก็จะดำเนินชีวิตไปในทางที่สอดคล้องกับตัวตนเช่นนั้น เช่น ผู้มีร่างกายแข็งแรงมักชอบเล่นกีฬา คนหน้าตาดีอยากเป็นนักแสดง คนมีการศึกษาทางด้านสังคมศาสตร์จะสนใจปัญหาทางด้านสังคมและการเมือง คนรวยจะชอบใช้ของแพง สิทธิความเป็นส่วนตัวจึงเป็นเรื่องของความเป็นตัวตน ความเป็นอิสระ มีศักดิ์ศรี บุคลิกภาพ และนิสัยใจคอ อันเป็นที่มาของความสุขและความทุกข์ประจำวันของเรา

2) สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิทางวัฒนธรรม

อย่างแรกเป็นวัฒนธรรมที่เป็นจิตใจ คือ ความคิดเห็นความเชื่อทางคุณค่าของสังคม และความรักความผูกพันต่อครอบครัวและท้องถิ่น ฯลฯ ประการต่อมาเป็นวัฒนธรรม ทางวัตถุ คือ อาหารการกิน การตั้งบ้านเรือน การมีเครื่องอำนวยความสะดวกสบายของชีวิต การแต่งกาย การเสพ ศิลปะบันเทิง การเข้าสมาคม ฯลฯ

2.1.4 เนื้อหาของสิทธิความเป็นส่วนตัว

เนื้อหาของสิทธิความเป็นส่วนตัว ประกอบด้วย

1) เสรีภาพการแสดงความรู้สึกและการใช้ชีวิตอย่างเป็นส่วนตัว

คือ เสรีภาพที่จะคิดจะฝัน หรือที่จะรักใครชอบใคร เสรีภาพในการสมรส เสรีภาพที่จะชอบหรือไม่ชอบสิ่งใด จะมีสิ่งของเครื่องใช้ใดๆ เสรีภาพในการแต่งกาย การดูหนังฟังเพลง การพักผ่อนหย่อนใจ การเดินทาง เสรีภาพในการเลือกการศึกษา เลือกอาชีพ เสรีภาพที่จะมีความคิดเห็น

² กิตติพันธุ์ เกียรติสุนทร. (2538). *มาตรการทางอาญาในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 37-40.

ทางการเมือง เป็นสมาชิกสมาคม และพรรคการเมือง ความเชื่อทางศาสนา รสนิยมทางเพศ เลือกว่าจะเป็นเพศหญิงเพศชาย ฯลฯ

2) สิทธิในครอบครัวและเคหะสถาน

เป็นสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลทุกคนในครอบครัวเสรีภาพในการใช้ชีวิตกับครอบครัว กับบิดา มารดา สามี ภรรยา และบุตร ทั้งในบ้านและนอกบ้าน เสรีภาพการสร้างบ้านและตกแต่งบ้านตามใจชอบ และมีสิทธิบริบูรณ์ในเคหะสถานของตน

3) สิทธิในข้อมูลส่วนตัวที่เรียกว่าข้อมูลส่วนบุคคล

ตั้งแต่ตั้งชื่อ นามสกุล อายุ สีผิว ส่วนสูง น้ำหนัก กลุ่มเลือด การศึกษา ความสามารถ อาชีพ สัญญาจ้าง เงินเดือน รายได้ ทรัพย์สิน เครดิต และหนี้สิน บัญชีเงินฝาก การเสียภาษี สมาชิกองค์กร อาชีพ สภาพแรงงาน สุขภาพอนามัย โรคประจำตัว ประวัติอาชญากรรม ฯลฯ ซึ่งบุคคลอื่นจะล่วงรู้หรือเปิดเผยไม่ได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลดังกล่าว

2.1.5 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ประเทศต่างๆ เริ่มให้ความสำคัญและได้พัฒนาความเป็นธรรมทางข้อมูล (Fair Information Principles) เพื่อกำกับดูแลการใช้ข้อมูลส่วนต่างๆ โดยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนี้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิส่วนบุคคล (Privacy-Personality Rights) จึงเป็นมาตรการทางกฎหมายหลักในการป้องกันจดหมายโฆษณาที่ไม่พึงประสงค์ (Spam Mail) เนื่องจากกฎหมายเหล่านี้ จะทำให้เหล่าสแปมเมอร์ (Spammer) เข้าถึงข้อมูลที่ระบุตัวบุคคลยากขึ้น โดยในสหภาพยุโรปได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งตามบทบัญญัติข้อมูลต่างๆ เช่น รายละเอียดของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง และตาม Directive 95/ 46/ EC on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data: Data Protection Directive ได้กำหนดหลักการในการปฏิบัติเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลใน Article 6 ว่า จะต้องกระทำด้วยความเป็นธรรมและชอบด้วยกฎหมาย การเก็บรวบรวมข้อมูลจะกระทำได้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายชัดเจนเฉพาะเจาะจง และไม่ประมวลข้อมูลนอกจากวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ และผู้รวบรวมข้อมูลจะต้องแจ้งวัตถุประสงค์การประมวลผลข้อมูลให้แก่เจ้าของข้อมูล 'ได้ทราบด้วย' โดยการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Processing of Personal Data) ที่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลและต้องกระทำด้วยความเป็นธรรมและถูกต้องตามกฎหมาย การประมวลผลจะต้องกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ ในการปฏิบัติตามสัญญา หรือเป็น

³ สุนันทา เอกไพศาลกุล. (2550). มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมจดหมายสแปม. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 27.

การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ครอบครองข้อมูล หรือเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังกำหนดให้เจ้าของข้อมูลมีสิทธิในการคัดค้านการประมวลผลข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์ในการตลาดแบบขายตรง หรือปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลที่สามเพื่อการขายตรง⁴ ในสหราชอาณาจักร ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลปี ค.ศ. 1998 และกฎข้อบังคับเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ปี ค.ศ. 2003 ซึ่งครอบคลุมเรื่องระบบการโทรอัตโนมัติ ในการบันทึกข้อความเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการขายตรง และการร้องเรียนเกี่ยวกับการโฆษณา หรือบริการขายสินค้าทางโทรศัพท์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ สำนักงานการสื่อสาร (Office of Communication-Ofcom)⁵ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ ดังนี้⁶

- 1) ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องใช้วิธีการจัดเก็บที่เป็นธรรมและชอบด้วยกฎหมาย
- 2) ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้มาเพียงวัตถุประสงค์เดียว หรือเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และจะต้องไม่นำไปใช้กระทำการในวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์นั้น
- 3) ข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีความเหมาะสม เชื่อมโยงและไม่มากเกินไปที่จะใช้ในการประมวลผลต่อไป
- 4) ข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีความถูกต้องและเป็นปัจจุบัน
- 5) ข้อมูลส่วนบุคคลที่นำไปใช้ในการประมวลผลเพื่อวัตถุประสงค์ใดจะต้องไม่เก็บไว้ในระยะเวลาอันเกินควร
- 6) ข้อมูลส่วนบุคคลที่นำไปใช้ในการประมวลผลจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่มีสิทธิในข้อมูลภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ปี ค.ศ. 1998
- 7) จะต้องมีมาตรการทางกฎหมายและเทคนิคที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการนำข้อมูลใช้โดยไม่ยินยอม หรือการประมวลผลข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการสูญเสียโดยไม่ตั้งใจ

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

⁵ Office of Communications หรือ Ofcom เป็นหน่วยงานอิสระที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการสื่อสารโทรคมนาคม และสื่อในสหราชอาณาจักร ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (Communications Act 2003) โดยมีหน้าที่รับผิดชอบในภาพรวมของอุตสาหกรรมสื่อสารโทรคมนาคม.

⁶ ปิตุภูมิ นิตยานันตะ. (2553). มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม: มาตรการป้องกันการถูกละเมิดสิทธิ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 80.

8) ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่ถูกส่งไปยังประเทศหรืออาณาเขตนอกบริเวณเขตเศรษฐกิจยุโรป ถ้าประเทศหรืออาณาเขตเหล่านั้นไม่มีระดับการป้องกันข้อมูลส่วนบุคคลที่เหมาะสมเพียงพอ

ในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนี้ นานาประเทศต่างๆ ให้ความสำคัญเฉพาะในประเทศกลุ่มที่พัฒนาแล้วเท่านั้น ดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เช่น กลุ่มประเทศในทวีปแอฟริกาได้ให้ความสำคัญกับประเด็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ก็ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลเช่นกัน โดยสมาคมกำกับดูแลข้อมูลและการสื่อสารเพื่อแอฟริกาตะวันออก และแอฟริกาได้ร่วมกับผู้ให้บริการในตลาดได้ร่วมมือกันพัฒนามาตรฐานกฎเกณฑ์สำหรับอุตสาหกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ ดังนี้⁷

1) ข้อมูลของผู้บริโภคจะต้องใช้วิธีการประมวลผลที่เป็นธรรมและชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลเท่านั้น ความยินยอมต้องทำด้วยใจสมัครและปราศจากการข่มขู่

2) ข้อมูลของผู้บริโภคจะต้องประมวลผลด้วยวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะเจาะจง และต้องเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะที่ชอบด้วยกฎหมาย

3) ข้อมูลของผู้บริโภคที่จะใช้ในการประมวลผลต้องไม่มากเกินไปจนเกินความจำเป็น

4) ข้อมูลของผู้บริโภคจะต้องมีความถูกต้องและเป็นปัจจุบัน

5) ข้อมูลของผู้บริโภคจะต้องไม่เก็บไว้เป็นระยะเวลานานเกินกว่าวัตถุประสงค์ที่จะใช้ประมวลผล

6) สิทธิของผู้บริโภคในข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องถูกคุ้มครองด้วยการเอาใจใส่

7) ข้อมูลของผู้บริโภคจะต้องถูกเก็บรักษาอย่างปลอดภัยเพื่อป้องกันการนำไปใช้ทางที่ผิดหรือความป้องกันการสูญหายโดยไม่ตั้งใจ

8) ข้อมูลของผู้บริโภคจะต้องไม่ถูกส่งไปยังประเทศที่ไม่มีหลักประกันในการคุ้มครองข้อมูลที่เหมาะสมและเพียงพอ

2.2 เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกันกับบุคคลอื่น

การสื่อสาร เป็นรากฐานสำคัญในการที่มนุษย์ใช้ถ่ายทอดความคิด ความรู้สึก ทัศนคติ หรือข่าวสารจากบุคคลหนึ่งไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง โดยผ่านสื่อใดสื่อหนึ่ง การสื่อสารเป็นสิทธิตาม

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

ธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด อย่างไรก็ตาม การที่มนุษย์เป็นสัตว์สังคม และต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของสังคมใดสังคมหนึ่ง ทำให้สิทธิการสื่อสารของมนุษย์ในสังคมที่ต่างกันมีความแตกต่างกันมีความแตกต่างกันไปด้วย อย่างไรก็ตาม ในสังคมที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ได้มีการรับรองสิทธิการสื่อสารไว้ สิทธิการสื่อสารเป็นสิทธิที่ได้ยอมรับกันว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในอันที่จะช่วยให้บุคคลและชุมชนสามารถเลือกที่จะคิดและเชื่อในเรื่องศาสนา การเมือง แบบอย่างการดำเนินชีวิต หรือความเชื่อทางเศรษฐกิจ การรักษาเอกลักษณ์และความหลากหลายทาง ภาษา และศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ทั้งยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิอันชอบธรรม ที่จะดำรงความเชื่อของตนไว้ด้วยการสื่อสารถ่ายทอดความคิด ความเชื่อของตนออกไป ซึ่งย่อหมายถึงความว่า ต้องเข้าถึงทรัพยากรด้านการสื่อสารได้อย่างเสมอภาค คือ มีสิทธิเข้าถึงมีความรู้ความสามารถในการใช้และมีโอกาสทางเศรษฐกิจเท่าเทียมกันที่จะสื่อสารทั้งหลายเพื่อแสดงและยืนยันความคิดเห็นของตนหรือโต้แย้งแสดงเหตุผลกับฝ่ายที่คัดค้าน⁸ โดยการสื่อสารข้างต้น เป็นวาทกรรม (Discourse) ใหม่ หลังจากการโต้แย้งในเวทีโลกเพื่อตีความสิทธิการสื่อสาร โดยเป็นการเคลื่อนย้ายมาที่ “สิทธิ (ในเสรีภาพ) การสื่อสารของพลเมืองและชุมชน” ซึ่งแม้จะกล่าวไว้เมื่อ 2 ทศวรรษที่ผ่านมา หากแต่ในบริบทของสังคมไทยปัจจุบัน ความหมายของสิทธิการสื่อสารดังกล่าว กลับเฟื่องปรากฎเป็นรูปธรรมภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

แนวคิดเรื่องสิทธิในการสื่อสาร (Right to Communicate) นี้พัฒนาขึ้นจากการที่นักวิชาการชาวอเมริกัน และนักวิชาการตะวันตกกลุ่มหนึ่งนำโดย ฌอง อาร์ซี (Jean D' Arcy), ฮาร์มส์ (Stan Haarms), ริคส์ตัด (Jim Richstad), ฟิชเชอร์ (Desmond Fisher), และมาร์ตแลงก์ (Tomo Martelanc) ซึ่งเชื่อว่า การกล่าวถึงเรื่องเสรีภาพทางการพูดและแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech and Freedom of Opinion) ตลอดจนเสรีภาพของข่าวสาร (Freedom of Information) ที่จำเป็นต้องคำนึงถึงปัญหาในเรื่องของสิทธิในการสื่อสารของปัจเจกบุคคลและชุมชนด้วยซึ่งเป็นการตีความเพิ่มเติมจากเดิมที่เห็นว่า (The Press) คือ ตัวแทนอันชอบธรรมในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยทั่วไป ดังนั้น สิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน จึงเป็นสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

เนื่องจากนักวิชาการกลุ่มนี้ เชื่อว่า ภายใต้บริบทของสังคมข้อมูลข่าวสาร หรือสังคมสารสนเทศ การตีความสิทธิเสรีภาพในรูปแบบไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในสภาพการณ์ใหม่อีกต่อไป พวกเขาเชื่อว่าเสรีภาพนั้นเป็นสภาพอุดมคติ ในขณะที่สิทธิเป็นหลักประกันของเสรีภาพ จึงได้เสนอกรอบของการปฏิบัติไปสู่เสรีภาพเช่นว่าไว้ ดังนี้

⁸ สันติสุข โสภณศิริ. (2544). *กฎหมายและสิทธิมนุษยชน*. วิถีสังคมไทย สรรนิพนธ์ทางวิชาการเนื่องในวาระหนึ่งศตวรรษ ปรีดี พนมยงค์ ชุดที่ 6. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการดำเนินงานฉลอง 100 ปี ชาตกาล นายปรีดี พนมยงค์ รัฐบาลอาวุโสเอกชน. หน้า 584.

สิทธิในการสื่อสาร เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน สิทธินี้มีได้อยู่โดดๆ แต่ต้องอยู่ร่วมกับ แนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบ ความเสมอภาค การสนทนาหลายฝ่าย การเข้าถึง (ข้อมูลข่าวสาร และช่องทางของสื่อ) การมีส่วนร่วม การโต้ตอบ การพัฒนา ความรักในเพื่อนมนุษย์ และความ สมานฉันท์ สิทธิในการสื่อสารมีความพิเศษตรงที่มันไม่ได้เป็นเพียงการประกาศหลักการของสิทธิ ประเภทใหม่ แต่เป็นกระบวนการที่ออกแบบมาเพื่อให้หลักการแห่งคำประกาศสิทธิปรากฏเป็นจริง ขึ้นมา⁹ สิทธิในการสื่อสารจึงครอบคลุมถึงบรรดาสิทธิต่างๆ ที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการสื่อสาร ทั้งหมด ตลอดจนการใช้การสื่อสารสาธารณะทุกประเภทเพื่อถ่ายทอดความคิดเห็น ความหวัง และ ปัญหาต่างๆ ด้วยมนุษย์ทุกคนมีภาษา มีความจำเป็นในการติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่นตลอดเวลา วิธีพื้นฐานในการติดต่อสื่อสาร คือ การพูดคุย สนทนา โทรศัพท์ เขียนจดหมาย ไปรษณีย์บัตร โทรเลข โทรสาร ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ สื่อสารข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต หรือวิธีการอื่นๆ การจะสื่อสารกับใคร ด้วยวิธีการใดๆ เป็นเสรีภาพส่วนบุคคล และสิทธิความเป็นส่วนตัวของมนุษย์ทุกคน¹⁰

มาตรา 35 สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง การกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยัง สาธารณชนอันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ บุคคลย่อม มีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ¹¹ แนวความคิดการในคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจัดเป็นแนวปัจเจกนิยม (Individualism) ซึ่งเห็นว่าบุคคลมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์¹² โดยแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลนั้น สืบเนื่องมาจากแนวความคิดสิทธิมนุษยชนและ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ใช้ข้างต้นได้ ทั้งต่อภาครัฐและภาคประชาชนโดยทั่วไป กล่าวคือ สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นรากฐานสำคัญของชีวิตมนุษย์ บุคคลใน ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ คุณค่าสูงสุดของมนุษย์ คือ การดำรงชีวิตอยู่อย่างมีชีวิตและศักดิ์ศรี และ ด้วยคุณค่าดังกล่าวจึงไม่อาจมีบุคคลใดหรือแม้กระทั่งรัฐจะสามารถพรากหรือล่วงละเมิดสิทธิ ดังกล่าวให้ลดน้อยถอยลงไปได้

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 601-602.

¹⁰ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. (2552). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 27-28.

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 35.

¹² ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มิตรนราการพิมพ์. หน้า 110-118.

การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว สิทธิส่วนบุคคลนี้ นับวันจะยิ่งถูกละเมิดสิทธินี้มากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นจากฝ่ายรัฐเองหรือจากเอกชนก็ตาม ซึ่งมีตัวอย่างของการกระทำอันเป็นการละเมิดอาทิ เช่น

- 1) การเข้าไปดูข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และการบันทึกข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ รวมทั้งการบันทึกแลกเปลี่ยนข้อมูลที่บุคคลเข้าไปใช้บริการเว็บไซต์และกลุ่มข่าวสาร
 - 2) การใช้เทคโนโลยีในการติดตามความเคลื่อนไหวหรือพฤติกรรมของบุคคล เช่น บริษัทใช้คอมพิวเตอร์ในการตรวจจับหรือเฝ้าดูการปฏิบัติงานการให้บริการของพนักงาน ถึงแม้ว่าจะเป็น การติดตามการทำงานเพื่อการพัฒนาคุณภาพการให้บริการ แต่กิจกรรมหลายอย่างของพนักงานก็ถูกเฝ้าดูด้วย ทำให้พนักงานสูญเสียความเป็นส่วนตัว ซึ่งการกระทำเช่นนี้ ถือเป็น การผิดจริยธรรม
 - 3) การใช้ข้อมูลของลูกค้าจากแหล่งต่างๆ เพื่อผลประโยชน์ในการขยายตลาด
 - 4) การรวบรวมหมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่ อีเมล หมายเลขบัตรเครดิต และข้อมูลส่วนตัวอื่นๆ เพื่อนำไปสร้างฐานข้อมูลประวัติลูกค้าขึ้นมาใหม่แล้วนำไปขายให้กับบริษัทอื่น
- ที่ได้กล่าวมาข้างต้น เป็นเพียงตัวอย่างบางส่วนซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดขึ้นในสังคมทุกพื้นที่ของโลก

2.2.1 เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารและขอบเขตของเสรีภาพการสื่อสาร

คำว่า “เสรีภาพ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง การที่กระทำการกิจการใดๆ ได้ตามที่ตนปรารถนา โดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ความมีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น¹³

สิทธิในการสื่อสารก็เช่นกัน เป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในอันที่ช่วยให้บุคคลและชุมชนสามารถเลือกที่จะคิด และเชื่อในเรื่องศาสนา การเมือง แบบอย่างในการดำเนินชีวิต หรือความเชื่อในทางเศรษฐกิจ การรักษาเอกลักษณ์ และความหลากหลายทางภาษา และศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ทั้งนี้ ยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิอันชอบธรรมที่จะดำรงความเชื่อของตนไว้ ด้วยการสื่อสารการถ่ายทอดความคิดความเชื่อของตนออกไป ย่อมหมายความว่าต้องเข้าถึงทรัพยากรด้านการสื่อสารได้อย่างเสมอภาค คือ มีสิทธิเข้าถึง มีความรู้ความสามารถในการใช้ และมีโอกาสทางเศรษฐกิจเท่าเทียมกันที่จะใช้สื่อทั้งหลายเพื่อแสดงและยืนยันความคิดเห็นของตนหรือโต้แย้งแสดงเหตุผลกับฝ่ายที่คัดค้าน อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้วจะพบความไม่เท่าเทียมกันและ

¹³ ราชบัณฑิตยสถาน. (2546). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพิมพ์นานมีบุ๊คส์. หน้า 1193.

การครอบงำของสิทธิการสื่อสารของบุคคลและกลุ่มคนในสังคมไทยและระหว่างสังคมไทยและประเทศมหาอำนาจของโลก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย” จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว “เสรีภาพในการสื่อสาร” หมายถึง ภาวะของบุคคลที่สามารถจะสื่อสารอย่างไรก็ได้ โดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้อื่น มีอำนาจที่จะคิดที่จะทำการสื่อสารด้วยวิธีการใดๆ ได้ตามที่ตนปรารถนามีอำนาจที่จะเลือกด้วยตนเองว่าจะสื่อสารหรือไม่ก็ได้

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 กำหนดให้บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสาร แต่เสรีภาพในการสื่อสารนั้นหากมีความอิสระมากเกินไปโดยมิได้กำหนดขอบเขตเอาไว้ ย่อมที่จะกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือไปกระทบกับความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้

ดังนั้น เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยจึงจำเป็นต้องมีการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารไว้ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 36 วรรคสองว่า “การตรวจ การกัก หรือ การเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลาย ที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ดังนั้น เหตุผลในการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร จึงแบ่งออกเป็น 3 กรณี คือ

1) เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น การจำกัดสิทธิของบุคคลอาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่เงื่อนไขดังกล่าวยังไม่ใช่เงื่อนไขที่เพียงพอในการทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายเพื่อให้บุคคลเป็นผู้ได้รับประโยชน์ได้ ในกรณีเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้อำนาจในทางได้ให้อำนาจในทางกฎหมายแก่บุคคล เพื่อบุคคลนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายในผลประโยชน์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองได้ แต่เฉพาะกรณีที่ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ในกรณีดังกล่าวจึงเป็น “สิทธิของบุคคลอื่น” ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีขอบธรรมในการจำกัดขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ถ้าหากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี หรือในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงผลสะท้อนจากแก่นแท้ของกฎหมายก็ดี ในกรณีนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความชอบธรรมต่อฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตัวอย่างของการจำกัด

สิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยเหตุผลเพื่อการคุ้มครอง “สิทธิของบุคคลอื่น” ตามที่ปรากฏใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น

มาตรา 45 “บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น...”

มาตรา 58 “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อ ส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น....”

2.2.2 เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ

1) การดำรงอยู่ของรัฐ

รากฐานในการทำหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ ถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาคมนั้น ความมั่นคงของรัฐเป็นผลมาจากการที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ตามแนวความคิดของนักกฎหมายธรรมชาติ ความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและความสามารถในการทำหน้าที่ และภาระหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลได้ การย้อนกลับไปพิจารณาการทำภาระหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐกับความมั่นคงปลอดภัยของสิทธิของปัจเจกบุคคลนั้นเป็นการแสดงถึงความเกี่ยวพันของความชอบธรรมในยุคดั้งเดิมที่ยังคงมีผลมาจนถึงปัจจุบันนี้ แต่อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นพื้นฐานของความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้รับการอธิบายให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยการอธิบายถึงเนื้อหาของความชอบธรรมของภาระหน้าที่ของรัฐที่มีความหลากหลาย

2) ความสามารถในการทำหน้าที่ของรัฐ

ความสามารถในการทำหน้าที่ของรัฐนั้น ได้รับการยอมรับว่าเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งกำหนดรูปแบบของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้แก่พลเมืองของตน เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ในการเสียภาษี หรือ การกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ต่างๆ เป็นต้น

3) เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(1) ประโยชน์สาธารณะ

“ประโยชน์สาธารณะ” ถือว่าเป็นเหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ประโยชน์สาธารณะ เป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจมหาชน เป็นวิธีการดำเนินงานที่รัฐมีอำนาจเหนือปัจเจกชนเพื่อดำเนินการให้สำเร็จตามเป้าหมายดังนั้น หัวใจของกฎหมายมหาชนจึงอยู่ที่วัตถุประสงค์ของกิจกรรมของรัฐที่ต้องเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ซึ่งต่างจากกิจกรรมของเอกชนที่มุ่งตอบสนองความต้องการส่วนตัวของตนเอง จริงอยู่แม้ว่ากฎหมายเอกชนตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในกฎหมายเอกชนประโยชน์สาธารณะเป็นปลายเหตุต้นเหตุ คือ การให้เครื่องมือแก่เอกชนแต่ละคนที่จะตอบสนองความต้องการส่วนตัวให้ดีที่สุด

(2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การที่ปัจเจกบุคคลได้ทำข้อตกลงมอบอำนาจให้แก่รัฐในการที่จะดูแลความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งหากสังคมดำรงอยู่อย่างสงบเรียบร้อย ปัจเจกบุคคลแต่ละคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างสมบูรณ์ แต่หากสังคมตกอยู่ในภาวะของความจลาจลวุ่นวายมากเพียงใด การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจถูกจำกัดได้มากเพียงนั้น สังคมที่มีความสงบเรียบร้อยจึงเป็นสภาพการณ์ที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจดำรงอยู่อย่างสมบูรณ์ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไปดังนั้น เพื่อให้สภาพการณ์ดังกล่าวดำรงอยู่อย่างต่อเนื่อง รัฐจึงต้องมีความชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁴

2.3 หลักความยินยอม

เมื่อมนุษย์ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน แน่อนบุคคลเหล่านั้นต้องใช้สิทธิเสรีภาพของตนที่มีอยู่ ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้ อาจจะก่อให้เกิดการกระทบกระทั่งสิทธิซึ่งกันและกัน ดังนั้น หัวข้อต่อไปจะทำการศึกษาในเรื่องความยินยอม ซึ่งสิทธิในการสื่อสารนั้น ก่อนที่จะใช้สิทธิดังกล่าว จะต้องได้รับความยินยอมจากอีกบุคคลหนึ่งก่อนเสมอ ซึ่งความยินยอมดังกล่าวนี้ อาจจะเป็นความยินยอมที่ถือเป็นความผิด หรือไม่ถือว่าเป็นความเป็นความผิดก็ได้ ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 221-223.

2.3.1 แนวคิดที่เกี่ยวกับหลักความยินยอม

หลักความยินยอม คือ การแสดงเจตนาของผู้เสียหาย หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อความเสียหาย โดยการจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวาง เป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้น

ลักษณะทางกฎหมายของหลักความยินยอม เช่น ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอม โดยวิธีการให้ความยินยอมอาจแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเอง หรือให้ผู้อื่นกระทำแทนตน ซึ่งทำให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่กรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้น ที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่เป็นที่เข้าใจกัน โดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ และผลของความยินยอม คือ ถ้ามีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นจากการกระทำผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไม่ได้

2.3.2 ความหมายของหลักความยินยอม

นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมาย “ความยินยอม” (Volenti Non fit Injuria) ไว้ ดังนี้ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์¹⁵ ให้ความหมายว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะทำให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่ง โดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้น เป็นการยินยอม การแสดงออกซึ่งความประสงค์ อันถือเป็นการยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ¹⁶ ให้ความหมายว่า เป็นเรื่องและผู้เสียหายยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ทำให้การ

¹⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452* (พิมพ์ครั้งที่ 4) แก้ไขเพิ่มเติม. โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ. (2546). *คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539* (พิมพ์ครั้งที่ 6) แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ.

กระทำนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับการกระทำอย่างไร และได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นอย่างไรก็ตาม

อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ¹⁷ ให้ความหมายว่า การที่ผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจต่อการกระทำประทุษร้ายหรือผู้เสียหายสมัครใจเข้าสู่อันตรายเอง ไม่ว่าจะยินยอมให้การกระทำต่อร่างกาย ทรัพย์สินหรือสิทธิของตน และเป็นการยินยอมของผู้ที่สามารถให้ความยินยอม ทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิด ความยินยอมของผู้เสียหายมิใช่เป็นสิทธิของผู้กระทำ แต่เป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำ ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด

เมื่อพิจารณาความเห็นของนักวิชาการ หลายท่านที่กล่าวในตอนต้นพอสรุปได้ว่า ความยินยอม คือ การแสดงเจตนาของผู้เสียหาย หรือผู้มีอำนาจกระทำแทนผู้เสียหายที่จะเป็นการยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อนให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใดของผู้เสียหาย ในต่างประเทศได้นำหลัก “Volenti Non Fit Injuria” ไปใช้เป็น 3 แนวทาง คือ

1) ผู้เสียหายให้ความยินยอมในการทำละเมิด ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว การกระทำที่เกิดจากความยินยอม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยตามคำอธิบายของกฎหมายเยอรมัน

2) เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมในการทำละเมิดแล้ว ถือได้ว่าผู้เสียหายประสงค์ให้ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตน และเมื่อผู้เสียหายต้องการเช่นนั้น จะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้ ซึ่งผู้ที่ได้รับความเสียหายอันจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนมีแต่เฉพาะตัวผู้ให้ความยินยอมเท่านั้น ประชาชนหรือสังคมไม่อาจใช้สิทธิดังกล่าวได้ ไม่ต้องนำเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณาตามคำอธิบายของกฎหมายฝรั่งเศส

3) ถ้าผู้เสียหายให้ความยินยอมในทางแพ่งแล้ว จำเลยสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นปฏิเสธความรับผิดชอบของตนได้ โดยไม่ต้องคำนึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือว่าเป็นความต้องการของผู้เสียหายเองตามคำอธิบายของกฎหมายอังกฤษและศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดี

2.3.3 ลักษณะทางกฎหมายของหลักความยินยอม

ลักษณะทางกฎหมายของหลักความยินยอม ประกอบไปด้วย

1) ผู้ให้ความยินยอมซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอม คือ เข้าใจหยั่งรู้ถึงการกระทำนั้น (Raisnable) และรู้คุณค่าของการกระทำว่าดีหรือไม่

¹⁷ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. (2548). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง*. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีสมบัติ จำกัด.

เข้าใจธรรมชาติของการกระทำนั้นได้ และต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นจากประสบการณ์ของตนซึ่งจะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร (Maturity)

2) วิธีการให้ความยินยอม กฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้ จึงอาจให้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายและการนั่งถือว่าเป็นการให้ความยินยอมได้ถ้าตามพฤติการณ์ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการให้ความยินยอม

3) เงื่อนไขของความสมบูรณ์ของความยินยอม พิจารณาจาก

(1) ระยะเวลาการให้ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยต้องมีในขณะที่กระทำ และมีอยู่ตลอดการกระทำ

(2) ผู้กระทำต้องให้แก่ผู้ถูกระทำโดยตรง

(3) การให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยความสมัครใจปราศจากการกระทำโดยฉ้อฉล หลอกลวง ข่มขู่ หรือสำคัญผิด

(4) การให้ความยินยอมสิ่งหนึ่งไม่หมายความรวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มหรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือ โดยผู้เสียหายไม่ทราบถึง

(5) ความยินยอมไม่มีเงื่อนไข

(6) ผู้กระทำต้องทราบถึงความยินยอมและได้กระทำด้วยความยินยอมในความคิดที่อ้างความยินยอมได้ ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ทราบความยินยอมของผู้เสียหายและได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมที่ตนไม่ทราบเป็นข้ออ้างได้

4) ผลของความยินยอม เมื่อการให้ความยินยอมได้กระทำโดยผู้ให้ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมาย และใช้วิธีการให้ความยินยอมตลอดจนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของความยินยอมถูกต้องครบถ้วนตามหลักความยินยอมที่ได้กล่าวในตอนแล้ว ข่อมทำให้ผลของความยินยอมเป็นไปโดยสมบูรณ์ ซึ่งผู้กระทำสามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดได้

5) ข้อยกเว้นหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด อาจมีกรณีที่เกิดการประทุษกรรมโดยไม่ได้รับความยินยอม แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดได้แก่

(1) กรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้นอย่างแท้จริงและแจ้งชัด จำเป็นต้องกระทำก่อนได้รับความยินยอม เช่น การจับคนที่จะฆ่าตัวตายด้วยการกระโดดจากที่สูง โดยมีคัมม็อดเท้าขังไว้ในห้อง

(2) ในกรณีเช่นนั้นวิญญูชนยอมให้ความยินยอม เช่น มีคนโยนระเบิดเข้ามาและระเบิดกำลังจะระเบิดจึงผลักผู้อยู่ข้างๆ ให้ล้มเพื่อหลบแรงระเบิด การผลักเพื่อให้ผู้นั้นได้รับบาดเจ็บไม่ต้องรับผิด

(3) ผู้กระทำไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลควรรู้ว่าผู้ถูกระทำไม่ให้ความยินยอมถ้ามีโอกาสถามบุคคลนั้น เช่น แพทย์นำคนเจ็บซึ่งสลบออกจากอุบัติเหตุเข้าทำการผ่าตัดเพื่อช่วยเหลือ

2.3.4 บทบาทของหลักความยินยอม

แนวคิดของบทบาทของหลักความยินยอมในทางแพ่ง

ความยินยอมของผู้เสียหายปรากฏเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่งและทางอาญา การนำหลักความยินยอมมาใช้ จึงอาจนำมาใช้ได้ทั้งในทางแพ่งและทางอาญาด้วยเช่นกันซึ่งมีความแตกต่างในเรื่องวัตถุประสงค์ของการเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย โดยในทางแพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นผู้ก่อความเสียหายต้องเยียวยาความเสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ในทางอาญา มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของบุคคลในสังคม

ในระบบกฎหมายของไทยได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ได้ในทางแพ่งและทางอาญาซึ่งมีหลักการคล้ายกัน คือ การนำความยินยอมของผู้เสียหายมาอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบซึ่งผู้กระทำก่อขึ้นอย่างไรก็ตาม การนำมาใช้ในทางแพ่งและทางอาญายังมีความแตกต่างกันในเรื่องความเข้มงวดของการปรับใช้ กล่าวคือ ในทางแพ่งโดยทั่วไปจะพิจารณาว่าผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความยินยอมหรือไม่โดยไม่คำนึงถึงว่ามีการขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีหรือไม่ ส่วนในทางอาญา จะพิจารณาว่าความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายนั้น จะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี มิเช่นนั้นผู้กระทำผิดย่อมผิดกฎหมายอาญา

1) บทบาทของหลักความยินยอมในทางแพ่ง

การพิจารณาหลักความยินยอมในทางแพ่งนั้นในส่วนนิติกรรมและละเมิดนั้นจะต้องพิจารณาจากหลัก

- (1) ความสามารถของบุคคลจึงต้องให้บุคคลอื่นให้ความยินยอมด้วย เช่น ผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต และบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (2) ทำนิติกรรมต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งด้วยกฎหมายเป็นการพันวิสัย หรือ เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (3) ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำ หรือการเสี่ยงเข้ารับความเสียหาย อันถือได้ว่าเป็นการยินยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง
- (4) การให้ความยินยอมจะต้องให้ก่อนหรือขณะการกระทำผิด
- (5) ต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง
- (6) โดยสมัครใจปราศจากการทำฉ้อฉล หลอกลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิด
- (7) เมื่อผู้กระทำเข้าใจในผลแห่งความยินยอมแล้ว แม้ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีไม่เป็นละเมิดในทางแพ่ง
- (8) ความยินยอมอาจถอนได้ก่อนมีการกระทำ ถึงแม้มีความยินยอมของผู้เสียหาย

(9) ผู้กระทำอาจรับผิดฐานละเมิดได้ ถ้าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอันมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผู้อื่น

2) บทบาทของหลักความยินยอมในทางอาญา

การพิจารณาหลักความยินยอมในทางอาญา จะต้องพิจารณาจากหลัก

(1) มีกฎหมายบัญญัติเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจนว่าแม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมการกระทำก็ยังเป็นความผิด

(2) กรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ แต่เห็นได้ว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย

(3) กรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ แต่โดยสภาพของความผิดน่าจะเป็นความผิดเมื่อผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอม

(4) กรณีที่กฎหมายลงโทษโดยไม่คำนึงว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมในการกระทำนั้นหรือไม่

(5) ความยินยอมจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ความยินยอมที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน หรือเป็นที่เห็นได้โดยสภาพของความผิดว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ความผิดไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมาย คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล

2.4 การคุ้มครองผู้บริโภค

2.4.1 ความหมายของการคุ้มครองผู้บริโภค

คำว่าผู้บริโภค มีบุคคลให้คำจำกัดความหลายความหมาย เช่น

ธงชัย สันติวงศ์ และ ฉายศิลป์ เชี่ยวชาญพิพัฒน์ ได้แสดงทัศนะว่า “ทราบใดที่เราทุกคนต้องใช้สินค้าหรือบริการใดสิ่งหนึ่งเสมอนั้นเราควรมีฐานะเป็นผู้บริโภคด้วย จึงหมายถึงใครก็ตามที่จ่ายเงินเพื่อซื้อสินค้าและบริการมาเพื่ออุปโภคบริโภคตอบสนองความต้องการของตนทั้งที่เป็นความต้องการทางร่างกายและเพื่อความพึงพอใจ”¹⁸

วิวัฒน์ โชติเลิศศักดิ์ และสุริยะ เจียมประชาชนรากรณ์ ให้ความหมายของผู้บริโภคว่า “หมายถึงใครก็ตามที่มีความเห็นต้องการที่จะกินหรือใช้สินค้าบริการมาสนองความต้องการตนไม่ว่าจะเป็นความต้องการทางร่างกาย เช่น การกินอาหาร การรักษา โรคภัยไข้เจ็บ ความต้องการ

¹⁸ ธงชัย สันติวงศ์ และฉายศิลป์ เชี่ยวชาญพิพัฒน์กุล. (2524). *เศรษฐศาสตร์ผู้บริโภค* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 3.

ทางด้านจิตใจ เช่นการพักผ่อนหย่อนใจ การใช้สิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ก็ตาม ฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่าทุกคน ทุกอาชีพ ทุกเพศ ทุกวัยเป็นผู้บริโภคทั้งนั้นเพราะตราบไคที่มนุษย์มีชีวิตอยู่ย่อมต้องกินหรือต้องใช้สินค้าและบริการ”¹⁹

ยุทธนา ธรรมเจริญ ได้กล่าวถึงความหมายของผู้บริโภคว่า หมายถึง บุคคลหนึ่ง หรือหลายคนที่แสดงออกซึ่งสิทธิที่จะต้องการ และใช้สินค้าและบริการที่ถูกเสนอขายในตลาด²⁰

ชาลส์เกลน วอลเตอร์²¹ ได้ให้ความหมายของผู้บริโภคคือ บุคคลที่ซื้อ หรือความสามารถในการซื้อสินค้าและบริการที่ตลาดเสนอขายเพื่อตอบสนองความต้องการของตนของผู้บริโภค อาจเป็นบุคคลที่กำลังซื้อสินค้าและบริการในปัจจุบันหรือตัดสินใจจะซื้อในอนาคตก็ได้เป็นต้น

Ralph Nadre ซึ่งเป็นพหุศาสตร์ผู้บริโภคนิยม กล่าวว่า ผู้บริโภคควรทำเท่ากับว่าพลเมือง (Citizen) และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคควร ถือว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิของพลเมือง

2.4.2 สิทธิของผู้บริโภค

สิทธิ (Right) คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรองรับและคุ้มครองให้หมายความว่าเป็นประโยชน์เท่ากฎหมายรองรับว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือคุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย²² หรือโดยทั่วไป “สิทธิ” หมายถึง การเรียกร้องซึ่งได้รับการสนับสนุนจากมาตรฐานหรือกฎหมายทั่วไปบางอย่างที่เป็นที่ยอมรับกัน สิทธิแบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ สิทธิตามกฎหมาย และสิทธิตามธรรมชาติ²³

สิทธิตามกฎหมาย คือ ข้อเรียกร้องซึ่งได้รับการยินยอมหรือสนับสนุนจากระบบกฎหมาย เป็นสิทธิที่แสดงอำนาจและประโยชน์ที่บุคคลได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายของรัฐ ดังนั้น สิทธิตามกฎหมายของแต่ละบุคคลย่อมแตกต่างกันตามที่กฎหมายของแต่ละบุคคลนั้นอยู่ในรัฐประเทศนั้น

¹⁹ วิวัฒน์ โชติเลอศักดิ์ และสุริยะ เขียมประชาชนรากรณ์. (2533). *เศรษฐศาสตร์ผู้บริโภค*. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ส่งเสริมวิชาการ. หน้า 4.

²⁰ ยุทธนา ธรรมเจริญ. (2530). *พฤติกรรมผู้บริโภค*. กรุงเทพมหานคร: ศรีบุญอุตสาหกรรมการพิมพ์. หน้า 1.

²¹ เฉลิมศรี วิวัฒน์วานิชกุล. (2536). *การศึกษามโนทัศน์เกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์ผู้บริโภคของนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายกรุงเทพมหานคร*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชามัธยมศึกษา, คณะคุรุศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 20.

²² หยุต แสงอุทัย. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 187-188.

²³ ทศนิษฐ์ วีระกันต์. (2541). *การดำเนินการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษาเฉพาะกรณีศูนย์รับเรื่องราวร้องทุกข์มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค*. วิทยานิพนธ์สังคมศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9-10.

สิทธิตามธรรมชาติ คือ สิทธิที่มีลักษณะเป็นเอกเทศโดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ของสังคมใดสังคมหนึ่งจึงเป็นสิทธิที่ขึ้นอยู่กับความถูกต้องหรือความยุติธรรม สิทธิตามธรรมชาติที่เป็นสิทธิพื้นฐานอันชอบธรรมขั้นสูงสุดสำหรับมนุษย์ คือ สิทธิมนุษยชน

สิทธิทั้งสองประการนี้ มีข้อแตกต่างกันที่สำคัญอยู่สองประการ คือ

ประการแรกสิทธิตามกฎหมายจะมีบทบังคับให้ผู้มีสิทธิกระทำได้ตามสิทธิที่ตนมีอยู่ แต่ตามสิทธิทางธรรมชาติหรือสิทธิทางธรรมไม่จำเป็นต้องมีผลบังคับใช้เสมอไป เรามักจะคิดถึงสิทธิตามธรรมชาติ เมื่อเราไม่ได้รับการยินยอมอย่างที่เราคิดควรจะได้การพิจารณาตัดสิทธิทางธรรมชาติมักอยู่ในลักษณะที่ว่า สิทธินั้นเป็นองค์ประกอบของชีวิตที่ดีหรือเป็นวิถีทางที่จะนำไปสู่ชีวิตอันพึงปรารถนา

ประการที่สอง สิทธิตามกฎหมายเป็นสิ่งที่เราสามารถทราบได้ว่ามีหรือไม่มีลักษณะและผลอย่างไร โดยดูจากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้หรือที่มีใช้ยอมรับกันในสังคม และสอบถามได้จากนักกฎหมาย แต่สิทธิทางธรรมชาติไม่มีแหล่งอ้างอิงอันเป็นที่ยอมรับกันอย่างชัดเจนเช่นนั้น²⁴ ดังนั้น ผู้บริโกลโดยแท้จริงแล้ว คือ มนุษย์คนหนึ่ง ซึ่งการบริโกลของเขาอาจมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้น บุคคลใดจะมาล่วงละเมิดหรือทำให้เสียหายมิได้

การป้องกันสิทธิของผู้บริโกล ได้เริ่มจากแนวคิดของผู้บริโกลที่จะดำรงชีวิตอยู่ได้โดยไม่เสียเปรียบผู้ประกอบการ และมีการรวมกลุ่มของผู้บริโกลเพื่อทำให้เกิดน้ำหนักในการเรียกร้องต่อมาได้ใช้ในความหมายว่าเป็นการรวมตัวกันของผู้บริโกลก่อให้เกิดเป็นพลังในสังคม เพื่อต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งมาตรฐานที่ดีในการดำรงชีพของผู้บริโกล ในการเผชิญหน้ากับฝ่ายผู้ประกอบการตามวิถีทางแห่งกฎหมาย ศิลธรรมและพลังแห่งเศรษฐกิจ รวมทั้งให้มีการแก้ไขชดใช้ และสภาพอันไม่น่าจะพึงพอใจที่ผู้บริโกลประสบอยู่ ในแง่หลังนี้สิทธิผู้บริโกลนิยมจึงมีจุดมุ่งหมายในทางเพื่อสร้างความเข้าใจ และความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการและฝ่ายผู้บริโกล แต่ปัญหา คือ การประสานผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายให้เข้ากันจะกระทำได้เพียงใด กล่าวคือ ถ้าบรรดาผลผลิตต่างๆ ที่ทำขึ้นนั้นได้ทำขึ้นเพื่อการบริโกลของผู้บริโกล แต่ในขณะที่เดียวกันระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น ยึดการแข่งขันและกำไรเป็นหลัก ซึ่งกำไรเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการกระตุ้นให้ผู้ประกอบการแข่งขันกัน ถ้าทำดีมากไปกำไรจะน้อย ถ้าอยากได้กำไรมากผลิตผลก็ไม่สามารถจะทำให้ดีได้กรณีจึงขัดกันโดยสภาพ แต่สิ่งที่สำคัญเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโกลจึงได้มีการพัฒนามาจนถึงขั้นเป็น “สิทธิของผู้บริโกล”

²⁴ สุขุม สุภนิคย์. (2532). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์. หน้า 10-11.

องค์กรต่างๆ ของรัฐ ได้กำหนดนโยบายสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้บริโภคและเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ไว้ 4 ประการ คือ²⁵

1) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย (The Right of Safety)

เป็นสิทธิประการหนึ่งที่สืบเนื่องมาจากสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในฐานะผู้บริโภค เป็นมนุษย์คนหนึ่ง กล่าวคือ ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยในร่างกาย ชีวิตและทรัพย์สิน ที่บุคคลอื่นจะมาล่วงละเมิด ดังนั้น สินค้าหรือบริการ ควรจะมีความปลอดภัยและมาตรฐานเหมาะสมกับผู้บริโภคที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย ชีวิต และทรัพย์สินของผู้บริโภค และสิทธิที่ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองนี้ครอบคลุมถึงอันตรายทั้งหมดที่เกิดจากการบริโภคหรือการบริการ โดยตรงหรือทางอ้อม

2) สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร (The Right to be Informed)

สิทธิข้อนี้กล่าวถึงหลักการที่ว่า ผู้บริโภคต้องมีสิทธิเพียงพอในการรับข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการ เพื่อเป็นข้อมูลในการตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการนั้นๆ โดยมีให้ผู้ประกอบการ หลอกลวงผู้บริโภค ทั้งผู้บริโภคจะได้สินค้าหรือบริการถูกต้องตรงตามความต้องการ ซึ่งสิทธิประเภทนี้มีผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยดังกล่าวข้างต้นด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าของสินค้าที่จะขายสินค้าให้และผู้บริโภคไม่ได้ให้ข่าวสารคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้านั้น จึงเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งของผู้บริโภค

3) สิทธิที่จะเลือกสินค้าหรือบริการ (The Right to Choose)

สิทธิประเภทนี้มุ่งคุ้มครองความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาที่จะซื้อสินค้าหรือได้รับการบริการของผู้บริโภค ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์จะมีเสรีภาพในการตัดสินใจกระทำการสิ่งใดที่ผู้อื่นจะมาควบคุม บังคับ ชูเชิญ หรือชักจูง โดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ เพื่อป้องกันการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ

4) สิทธิที่จะได้รับการฟัง (The Right to be Heard)

สิทธิข้อนี้กล่าวถึงการที่ผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าวมาแล้วข้างต้น สามารถเรียกร้องสิทธิของตนรวมทั้งการให้ผู้ประกอบการธุรกิจจ่ายค่าชดเชยค่าเสียหายจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ

²⁵ ทศนิยม วีระกัน. อ้างแล้ว. หน้า 10-11.

2.5 การบริการโทรคมนาคม

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การให้บริการ โทรคมนาคมเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยเฉพาะเมื่อสังคมในปัจจุบันต้องพึ่งพาระบบเทคโนโลยีและสารสนเทศ เพื่ออำนวยความสะดวกในการดำรงชีวิตทำให้การบริการโทรคมนาคมยิ่งทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้นทั้งปัจจุบันและอนาคต ก่อนหน้านี้ในเกือบทุกประเทศถือกันว่าในกิจการโทรคมนาคมเป็นบริการพื้นฐานของรัฐหรือองค์กรที่กำกับดูแลโดยรัฐทำหน้าที่ให้บริการตั้งแต่กิจการไปรษณีย์ โทรเลขและโทรศัพท์ ทำให้การบริการมีลักษณะผูกขาดโดยผู้ให้บริการรายเดียว ซึ่งก็เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้การบริการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยธรรมชาติ แต่จากการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยี เศรษฐกิจและสังคม ได้ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลง แนวความคิดที่มีต่อระบบการให้บริการ โทรคมนาคม ทำให้ในหลายประเทศเปลี่ยนบทบาทในการทำให้การบริการโทรคมนาคม จากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับผู้ใช้อาธารณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้บริโภค โดยรัฐเปลี่ยนบทบาทเป็นผู้ดูแลแทนและยอมให้มีผู้ให้บริการหลายรายโดยรัฐทำหน้าที่เป็นผู้รักษาผลประโยชน์แก่ผู้บริโภค²⁶ ตลอดจนมีการเปิดให้มีการแข่งขันเสรีเกิดขึ้นในภาคการให้บริการโทรคมนาคมส่งผลให้เป้าหมายหลักของการกำกับดูแลเปลี่ยนแปลงจากการจำกัดอำนาจ ในทางที่ผิดของผู้ให้บริการมาสู่เป้าหมายการกำกับดูแลเพื่อประกันว่ากลไกตลาดจะสามารถทำหน้าที่ของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถส่งผ่านประโยชน์ที่เกิดขึ้น ไปยังผู้บริโภคได้ ในท้ายที่สุดภายใต้บริบทใหม่นี้ มีความเชื่อว่าการกำกับดูแลหรือภาครัฐไม่ควรที่จะเข้ามาแทรกแซงการทำงานของกลไกตลาด เว้นแต่มีความล้มเหลวของกลไกตลาดเกิดขึ้นในกรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น²⁷

2.5.1 ความหมายของการให้บริการโทรคมนาคม

ในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กำหนดคำนิยามในมาตรา 4 ว่า “โทรคมนาคม” หมายความว่า การส่ง การแพร่ การรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือ สิ่งอื่นใดซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้ด้วยคลื่นความถี่

²⁶ ศุภวัฒน์ มิ่งประเสริฐ. (2538). *แนวความคิดที่เกี่ยวกับกฎหมายกำกับการให้บริการโทรคมนาคมในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 1.

²⁷ ศุภวัฒน์ วัฒนรัตน์. (2552). “การคุ้มครองและเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับผู้บริโภค: ตัวแปรที่สำคัญในการเปิดเสรีการให้บริการโทรคมนาคม”. *วารสารกทช. 2552: NTC Annual Review 2000*. หน้า 237 .

ในพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดค่านิยมใน มาตรา 4 ว่า “กิจการโทรคมนาคม” หมายความว่า กิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

ดังนั้นจากค่านิยมข้างต้น กิจการโทรคมนาคมจึงหมายความว่า กิจการที่เป็นการรับหรือส่งโดยใช้สายหรือคลื่น หรือสิ่งอื่นใดเพื่อให้เข้าใจความหมายที่ต้องการรับหรือส่งนั้นได้

2.5.2 การคุ้มครองเนื้อหาของบริการและป้องกันการหลอกลวง

ปัจจุบันความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีโทรคมนาคมเข้าถึงเทคโนโลยีได้ง่าย ทั้งถึง และในราคาที่ต่ำลงมากขึ้น อย่างไรก็ตาม เทคโนโลยีที่ก้าวหน้านี้นี้เป็นช่องทางให้เกิดบริการที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งไม่เหมาะสมกับผู้ใช้บริการบางกลุ่ม และเป็นช่องทางให้มีฉ้อฉลใช้ในการหลอกลวงหรือฉ้อโกงผู้ใช้บริการในหลากหลายวิธีเช่นกัน ซึ่งเป็นปัญหาที่ทุกประเทศต่างประสบและเร่งดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) การทำการตลาดโดยใช้ช่องทางการให้บริการโทรคมนาคม

การติดต่อสื่อสารถึงกันผ่านทางโทรคมนาคม ทั้งจากบุคคลไปยังบุคคล และไปยังกลุ่มบุคคลต่างๆ มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างมาก โดยอาศัยช่องทางอินเทอร์เน็ตซึ่งสามารถกระทำได้อย่างกว้างขวางไปยังทุกสถานที่ และมีต้นทุนเพียงเล็กน้อยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เสรีภาพของการติดต่อสื่อสารเหล่านี้ก่อให้เกิดผลกระทบไปยังประชาชนหลายพันล้านคนทั้งด้านดีและด้านที่เป็นผลเสีย ซึ่งหนึ่งในด้านเสียของเรื่องดังกล่าวคือ จดหมายโฆษณาที่ไม่พึงประสงค์ (Spam Mail) ซึ่งเป็นการโฆษณาชวนเชื่อผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตไปยังผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตอื่นๆ ในจำนวนมากโดยไม่ต้องแสดงตัวหรือให้ข้อมูล เกี่ยวกับผู้ส่งไม่ถูกต้อง ทั้งนี้มีการประเมินว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปมีลักษณะเป็นข้อความโฆษณาที่ไม่พึงประสงค์ คิดเป็น ร้อยละ 80 และมีแนวโน้มว่าจะเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ โดยปัจจุบันปัญหาลักษณะดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นอย่างมากในการใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เช่นเดียวกัน²⁸

นอกจากการใช้ช่องทางโทรคมนาคมในรูปแบบของจดหมายหรือการส่งข้อความแล้วยังพบว่าการโทรศัพท์ไปยังผู้บริโภคเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการเช่นกัน โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคผู้ใช้บริการโทรศัพท์ (Telephone Consumer Protection Act 1991-TCPA) กำหนดให้การใช้โทรศัพท์ติดต่อ เพื่อทำการตลาดหรือทำการโฆษณาไปยังประชาชนทั่วไปโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือไม่ได้รับความสัมพันธ์ทางธุรกิจมาก่อนเป็นสิ่งผิดกฎหมาย และในปี 1992 FCC ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติม ดังนี้

- (1) ผู้ที่ทำการตลาดทางโทรศัพท์จะต้องจัดให้มีบัญชีเลขหมายห้ามติดต่อของตนเอง

²⁸ ปิณฑุมิ นิตยานันทะ. อ่างแล้ว. หน้า 82-87.

(2) ช่วงเวลาที่ทำการตลาดได้เฉพาะระยะเวลา 8.00-21.00 น.

(3) ผู้ที่ทำการตลาดจะต้องแจ้งชื่อ ที่อยู่ ของตนเองต่อผู้รับสาย

(4) ห้ามมิให้ใช้อุปกรณ์เรียกสายอัตโนมัติในการติดต่อโดยไม่ได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งในบางพื้นที่ รวมถึงเลขหมายฉุกเฉินในสถานพยาบาลต่างๆ

(5) ห้ามมิให้ใช้บันทึกข้อความ หรือเสียงสังเคราะห์ในการติดต่อไปยังที่พักอาศัย และห้ามส่งโฆษณาทางเครื่องโทรสาร โดยไม่ได้รับอนุญาต

ต่อมาปัญหาการทำตลาดทางโทรศัพท์เพิ่มมากขึ้น ทำให้ FCC จัดให้มีการลงทะเบียนห้ามการติดต่อทั่วประเทศขึ้นในปี ค.ศ. 2003 จึงได้มีกฎหมายเกี่ยวกับเลขหมายห้ามติดต่อ กำหนดให้ FCC และ FTC ร่วมกันออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกัน โดยมีสาระสำคัญ คือ จัดให้มีฐานข้อมูลบัญชีเลขหมายห้ามติดต่อที่เป็นหนึ่งเดียวและให้โอกาสผู้บริโภคในการเลือกตั้งนี้

(1) เลือกลงทะเบียนกับบัญชีเลขหมายห้ามติดต่อทั่วประเทศ

(2) เลือกลงทะเบียนกับบัญชีของบริษัททำการตลาดต่อไป

(3) เลือกลงทะเบียนกับบัญชีเลขหมายห้ามติดต่อทั่วประเทศ พร้อมทั้งระบุชื่อบริษัทที่อนุญาตให้มีการติดต่อ โดยมีข้อยกเว้นดังนี้

(3.1) การทำตลาดที่ได้มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน

(3.2) การทำตลาดที่ได้รับอนุญาตอย่างชัดแจ้ง

(3.3) การทำตลาดของหน่วยงานที่ไม่แสวงหาผลกำไรที่ได้รับการยกเว้นภาษี

2) การใช้บริการโทรคมนาคมเป็นช่องทางในการหลอกลวงหรือฉ้อโกง

จากการพัฒนาของเทคโนโลยีต่างๆ ที่ทำให้การบริการโทรคมนาคมเอื้ออำนวยความสะดวกให้กับผู้ใช้บริการเป็นอย่างมาก ทำให้มีจำนวนของผู้ใช้บริการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตามพบว่าการก่ออาชญากรรมโดยนำบริการโทรคมนาคมเป็นช่องทางการหลอกลวงหรือฉ้อโกง (Fraud on the Internet) ผ่านเทคโนโลยีสมัยใหม่เช่นกัน ซึ่งนอกจากปัญหาดังกล่าวจะเกิดขึ้นกับผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์แล้ว ยังพบปัญหาดังกล่าวในผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่อีกด้วย เนื่องจากเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นทำให้การให้บริการทางอินเทอร์เน็ตผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ทำได้ง่ายรวดเร็วและมีราคาถูกมากขึ้น โดยปัจจุบันมีจำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นเครื่องอำนวยความสะดวกในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว

การหลอกลวงหรือการฉ้อโกงผ่านทางช่องทางการให้บริการโทรคมนาคมในปัจจุบันพบว่ามีหลากหลายรูปแบบ เช่น การส่งจดหมายลูกโซ่ การหลอกลวงให้ลงทุนโดยแจ้งว่าจะให้ผลกำไรมากในระยะสั้น การหลอกลวงให้ทำธุรกิจที่บ้าน การหลอกลวงว่าจะได้แพ็คเกจทองเที่ยว

การหลอกลวงให้ประมวลสินค้าและให้ผู้บริโภคชำระราคาก่อน แต่ไม่จัดส่งสินค้าให้ผู้บริโภค โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการเคเบิลทีวี จะเสนอเช็คในราคาที่มีมูลค่าต่ำกว่า 5 เหรียญสหรัฐ และเมื่อผู้บริโภคมีการเบิกเงินตามเช็ค จะถือว่าเป็นการสมัครเป็นสมาชิกโดยไม่รู้ตัว และบริษัท เหล่านั้นจะดำเนินเรียกเก็บค่าบริการรายเดือนผ่านการเรียกเก็บค่าบริการโทรศัพท์ และเมื่อผู้บริโภค จะยกเลิกบริการและขอเงินคืนค่าบริการก็ทำได้ยาก การที่หลายเว็บไซต์ออกแบบรายการส่งเสริม การขายที่มีลักษณะหลอกลวง เช่น เว็บไซต์ของผู้ให้บริการ โทรศัพท์บางรายส่งข้อเสนอไปยังธุรกิจ ขนาดเล็กหรือองค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไรว่าจะให้หน้าเว็บไซต์โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย แต่กลับเรียก ค่าบริการรายเดือน การหลอกลวงให้ชำระค่าบริการผ่านบัตรเครดิต โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตบางราย โดยเฉพาะเว็บไซต์สำหรับผู้ใหญ่จะเรียกค่าบริการผ่านบัตรเครดิต หรือผ่านค่าบริการโทรศัพท์โดย ผู้บริโภคไม่ได้ให้ความยินยอม²⁹ นอกจากการหลอกลวงในรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว แนวคิด เบื้องต้นด้านความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม ยังให้นิยามของ Spam บนโทรศัพท์มือถือที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงผ่านระบบมือถือ เช่น การส่งข้อความทาง SMS หรือ MMS ที่ล่อหลอกให้ผู้รับโทรเข้าไปยังหมายเลขที่คิดราคาค่าโทรในราคาที่สูงไปจากปกติ เช่น ระบุว่าผู้รับเป็นผู้โชคดีที่ได้รับรางวัลและต้องโทรเข้าไปยังหมายเลขพิเศษเพื่อยืนยันการรับรางวัล ข้อความลวง (Phishing) ที่หลอกลวงให้ผู้รับ ส่งข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลทางการเงินที่สามารถ ใช้ทำธุรกรรมได้ และในบางกรณีอาจอยู่ในรูปแบบของโทรศัพท์ เข้ามายังเครื่องของผู้รับใน ระยะเวลาสั้นๆ เพื่อให้เกิด Missed Call เมื่อผู้รับโทรกลับต้องเสียค่าโทรในอัตราพิเศษ³⁰ ซึ่งปัญหา เรื่องการล่อลวงหรือฉ้อ โกงผ่านอินเทอร์เน็ตดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถูกตรวจสอบโดยศาล และการบัญญัติกฎหมายซึ่งแบ่งเป็นประเด็นสำคัญได้ ดังนี้

- (1) จากการเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างมากของอาชญากรรมผ่านเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต เช่น การหลอกลวง ฉ้อ โกง กฎหมายจะทำอย่างไรบ้าง
- (2) เพื่อรับมือกับการก่ออาชญากรรมในปัจจุบัน จำเป็นจะต้องมีกฎหมายใหม่ หรือ กระบวนการกฎหมายใหม่ใดๆ หรือไม่
- (3) การหลอกลวงผ่านอินเทอร์เน็ต มีลักษณะเฉพาะที่ไม่สามารถแก้ไขได้โดย กฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

²⁹ ปิตุภูมิ นิตยานันตะ. อ้างแล้ว. หน้า 92.

³⁰ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. (2554). *ระบบคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม ของต่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. หน้า 10.

(4) กฎหมายอาญาในปัจจุบันตอบสนองจำนวนของคดีอาญาที่กระทำผ่านอินเทอร์เน็ต ในจำนวนที่เพิ่มมากขึ้นหรือไม่ หรือมีลักษณะเฉพาะที่กฎหมายอาญาในปัจจุบันไม่สามารถแก้ไขได้หรือไม่

จำนวนของอาชญากรรมที่เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากนี้ ประกอบกับความไร้พรมแดนของบริการอินเทอร์เน็ตทำให้หน่วยงานคุ้มครองผู้บริโภคเกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย โดย 29 ประเทศทั่วโลก ได้ร่วมมือกันจัดตั้งเครือข่ายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการตลาด ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของเครือข่ายดังกล่าว คือ การแลกเปลี่ยนข้อมูล แจ้งคำเตือนเกี่ยวกับการหลอกลวงข้ามพรมแดนระหว่างประเทศและให้คำแนะนำในการรับมือกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การหลอกลวงผ่านอินเทอร์เน็ต 10 อันดับแรก ประเทศต่างๆ ที่เป็นสมาชิกของเครือข่ายดังกล่าว เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศฟินแลนด์ ประเทศเยอรมนี ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศนอร์เวย์ สหราชอาณาจักร และประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ ยังรวมถึงกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมของสหราชอาณาจักร และสำนักงานการค้าที่เป็นธรรม และคณะกรรมการสมาพันธ์การค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา องค์กร และหน่วยงานคุ้มครองผู้บริโภคจากประเทศดังกล่าวเป็นต้น โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาการมีศูนย์รับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (The Internet Crime Complaint Center-IC3) ตั้งขึ้น โดยความร่วมมือระหว่างหน่วยสอบสวนคดีอาญา (Federal Bureau of Investigation-FBI) และ National White Collar Crime Center (NW3C) เพื่อดำเนินการรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต ทำการวิจัย พัฒนา และนำข้อร้องเรียนขึ้นไปสู่การพิจารณาระหว่างมลรัฐ หรือการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ และหน่วยงานที่ทำหน้าที่สอบสวนคดีที่สนใจ โดย IC3 มุ่งหมายที่จะให้ความสำคัญกับการช่วยเหลือให้สามารถบังคับใช้กฎหมายโดยกว้างขวางซึ่งรวมทั้งภายในรัฐท้องถิ่น และหน่วยงานระหว่างประเทศ³¹

2.6 การรับข้อความผ่านระบบมือถือในลักษณะของการหลอกลวง

2.6.1 การหลอกลวง

1) ความหมายของการหลอกลวง

คำว่า การหลอกลวงนั้น สามารถรวมความหมายได้ทั้งหมด หมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่เป็นการปฏิเสธ คัดค้าน ไม่ยอมรับ แต่อย่างไรก็ตาม คำจำกัดความหมายที่ดีที่สุดของคำว่าหลอกลวง

³¹ ปิตุภูมิ นิตยานันตะ. อ่างแก้ว. หน้า 93-94.

คือ ทำให้เกิดการเข้าใจผิด ด้วยเจตนาที่จะเป็นสาเหตุทำให้เกิดความผิดพลาดในการกระทำใดๆ ที่ทำให้เข้าใจผิด หลงผิด หรือสำคัญผิดในสาระสำคัญ

สาระสำคัญของการแสดงข้อความอันเป็นเท็จมีอยู่ 3 ประการ คือ

(1) ลักษณะของข้อความเท็จ ที่ว่าเป็นเท็จนั้น แสดงว่าต้องมีการเปรียบเทียบข้อความ 2 ประการ กล่าวคือ ต้องมีข้อความอันใดอันหนึ่งอยู่แล้วซึ่งเป็นข้อความจริง และเปรียบเทียบกับอีกข้อความหนึ่งซึ่งเป็นข้อความที่กล่าวอ้าง ซึ่งถ้าไม่ตรงกับข้อความจริง เรียกว่าเป็นข้อความเท็จ ฉะนั้นจึงถือหลักว่า ที่จะเป็นเท็จได้ต้องเป็นเหตุการณ์ในอดีตหรือปัจจุบันเท่านั้น ถ้าผิดไปจากที่เป็นข้อความจริง เรียกว่าเป็นข้อความเท็จ ส่วนการกล่าวถึงเหตุการณ์ข้างหน้าที่ยังไม่เกิดขึ้นจึงไม่มีทางเป็นเท็จได้ แต่อาจเป็นเพียงคำมั่นสัญญา ซึ่งการผิดคำมั่นสัญญาไม่ใช่มูลของความผิด

(2) วิธีการแสดงข้อความเท็จ ไม่จำกัดวิธีโดยอาจจะกระทำด้วยวาจา โดยการกระทำหรืออาจทำโดยลายลักษณ์อักษรก็ได้

(3) ประเภทของข้อความเท็จอาจเป็นข้อเท็จจริงภายนอกหรือข้อเท็จจริงที่สามารถเห็นได้ ยิน สัมผัส หรือคมได้ หรือข้อเท็จจริงภายใน คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแก่เจตนาหรือความคิดเห็นของผู้กระทำ เช่น ทำเป็นแผนการ หรือความต้องการ ถ้าขณะแสดงข้อความนั้น ไม่ตรงกับที่ตนแสดงเจตนาหรือมีความคิดไว้ก็เป็นข้อความเท็จ³²

การหลอกลวงนั้น ความหมายอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ผู้ใดโดยทุจริตหลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความ อันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งและโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สามหรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอนหรือทำลายเอกสารสิทธิ ดังนั้น การหลอกลวงจึงมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) มีการกระทำ คือ การหลอกด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือมีการกระทำ คือ ปกปิดความจริงที่ควรบอกให้ผู้ถูกหลอกลวงทราบโดยชัดแจ้ง

(2) ข้อความนั้นต้องเป็นเท็จและต้องเป็นเหตุการณ์ในอดีตหรือปัจจุบัน ไม่ใช่เหตุการณ์ในอนาคต

(3) ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่า ข้อความที่กล่าวนั้นเป็นความเท็จ และต้องเป็นการกล่าวยืนยันข้อความนั้น ไม่ใช่เป็นการแสดงความคิดเห็นหรือคาดคะเนหรือเพียงให้คำมั่นสัญญา แม้จะไม่ตรงกับความจริงก็ไม่ใช่ความผิดฐานฉ้อโกง

³² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 128-130.

(4) การแสดงข้อความเท็จนั้นอาจเป็นเท็จเพียงบางส่วนก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเท็จทั้งหมด การหลอกลวงนั้นต้องกระทำก่อนที่จะได้ทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม

(5) การแสดงข้อความอันเป็นเท็จนั้น อาจกระทำได้ด้วยทางวาจา กิริยาท่าทาง ลายลักษณ์อักษร เครื่องขยายเสียง วิทยุ โทรทัศน์ หรืออื่นๆก็ได้ กฎหมายไม่จำกัดเฉพาะทางวาจาเท่านั้น

(6) การปกปิดความจริงที่ควรบอกให้แจ้ง กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ความจริงแล้วหนึ่งเสียไม่ยอมบอกให้เขาทราบ เพื่อจะให้ได้ทรัพย์สิน อาจกระทำโดยกิริยาท่าทางหรืออย่างอื่นก็ได้ การแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้ง³³

2) ลักษณะของการหลอกลวง

ลักษณะของการหลอกลวง ในกรณีต่างๆ มีดังต่อไปนี้

(1) ลักษณะของการกระทำผิดระหว่างคนต่อคน

สิ่งที่แสดงออกในการกระทำความผิดจากการกระทำของคนและวัตถุที่เป็นเป้าหมายของการกระทำความผิดเป็นการกระทำต่อคนโดยใช้ถ้อยคำอันเป็นเท็จหรือได้ทำการปกปิดข้อเท็จจริงบางประการที่ควรบอกให้แจ้งไม่ว่าการหลอกลวงนั้นจะได้ใช้วิธีการอย่างไรก็ตาม เช่น การหลอกลวงทางโทรศัพท์ การหลอกลวงทางอีเมล การหลอกลวงอาศัยการพิมพ์ข้อความบนเว็บบอร์ดของเว็บไซต์หนึ่งทางอินเทอร์เน็ต

(2) ลักษณะการกระทำผิดระหว่างคนต่ออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

กรณีที่มีการแสดงออกในการกระทำความผิดจากการกระทำของคน และวัตถุที่เป็นเป้าหมายของการกระทำความผิด คือ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นเครื่องบริการ (Server) โดยอาศัยช่องทางการสื่อสารทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ส่วนใหญ่แล้วอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เครื่องแม่ข่ายอาจจะเป็นคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งหรือหลายๆ เครื่องเชื่อมต่อเข้ากันโดยลักษณะของการกระทำความผิดที่จะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้สร้างโปรแกรมเข้าไปฝังตัวในตัวเครื่องเป้าหมายเพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งทำหน้าที่เป็นเครื่องบริการ นอกจากนี้ยังรวมถึงการกรอกข้อมูลอันเป็นเท็จทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นประมวลผลผิดพลาด เป็นผลให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดดังกล่าว

(3) ลักษณะการกระทำผิดระหว่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่ออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์

³³ พิมพ์พล แสงเมือง. (2554). *กฎหมายหลายทุกซ์ (กฎหมายฉ้อโกง)*. กรุงเทพมหานคร: สำนักข่าวทีนิวส์. หน้า 269.

กรณี que การทำงานโดยโปรแกรมของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นเครื่องแม่ข่ายที่มีการสั่งการไปยังอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นเครื่องแม่ข่าย ซึ่งเป็นวัตถุในการกระทำความคิด จึงอาจกล่าวได้ว่า การกระทำความคิดในลักษณะนี้ มักจะเป็นการกระทำความคิดระหว่างเครื่องแม่ข่ายกับเครื่องแม่ข่ายซึ่งมีการดำเนินการทำงานโดยโปรแกรมที่ตั้งไว้ เช่นกรณีการติดตั้งโปรแกรมการส่งข้อความโดยอัตโนมัติ ถ้าจำนวนหนังสือในสต็อกเหลือเพียง 10 เล่ม โดยที่คนไม่ต้องคลิกปุ่มใดๆ หรือไม่ต้องมีการกระทำทางกายภาพอื่นใด ลักษณะของการกระทำความคิดจะเป็นกรณีที่ได้มีการสร้างและติดตั้งโปรแกรมโดยผู้ไม่ประสงค์ ซึ่งได้มีการสร้างเงื่อนไขให้มีการทำงานโดยอัตโนมัติ จึงไม่จำเป็นต้องอาศัยแรงกายภาพของคน การกระทำความคิดในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นได้ แต่ค่อนข้างเกิดขึ้นน้อยมากเพราะเป็นการกระทำระหว่างเครื่องแม่ข่ายกับเครื่องแม่ข่าย (Server)³⁴

(4) ลักษณะการกระทำความคิดผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ

ปัจจุบันสังคมมีความสลับซับซ้อนอาชญากรรมหรือการกระทำความคิดได้เปลี่ยนรูปแบบไปตามสภาพความเป็นไปของสังคม จากการกระทำความคิดในรูปแบบของทางกายภาพ คือ อาศัยกำลังกายของบุคคล ไม่มีเทคโนโลยีใดๆ เข้ามาช่วย เข้าสู่ยุคการกระทำความคิดโดยอาศัยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือเทคโนโลยีสมัยใหม่กระทำความคิด ทั้งนี้ เนื่องจากว่าเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ นอกจากที่จะใช้ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางที่ถูกต้องแล้ว ยังสามารถใช้เป็นสื่อกลางในการประกอบความคิดได้เป็นอย่างดี เพราะการใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการกระทำความคิด เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์จะเป็นสื่อกลาง ที่ช่วยให้การกระทำความคิดได้ง่ายและสะดวกขึ้น. และ การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการกระทำความคิดจะทำให้หาตัวผู้กระทำความคิดได้ยากขึ้น ดังต่อไปนี้

(4.1) การกระทำความคิดผ่านทางโทรศัพท์

ปัญหาการหลอกลวงผ่านทางโทรศัพท์ในประเทศไทย เป็นปัญหาที่พบอย่างต่อเนื่องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การหลอกลวงผ่านทางโทรศัพท์ในประเทศไทยนั้น เกิดขึ้นหลายรูปแบบ เช่น การโทรศัพท์ไปหาผู้อื่นซ้ำๆ โดยมีเจตนาารบกวนติดต่อกันในช่วงระยะเวลาหนึ่ง การโทรศัพท์ไปยังหมายเลขฉุกเฉิน 191 โดยไม่มีเหตุผลจำเป็นหรือแจ้งข้อมูลอันเป็นเท็จต่อเจ้าหน้าที่เพื่อความสนุกสนาน หรือกรณีการขายสินค้าผ่านทางโทรศัพท์ โดยใช้วิธีการโทรศัพท์ติดต่อลูกค้าติดต่อกันซ้ำๆ หลายครั้งของในแต่ละวันจนกว่าลูกค้าจะตกลงซื้อสินค้าของตนเพราะรำคาญใจ³⁵

³⁴ ปัทมาภรณ์ กฤษณายุทธ. (2552). *ความคิดต้องโกง: ศึกษากรณีการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7-9.

³⁵ กนกลักษณ์ จุ่มณี. (2554). *การคุกคามสิทธิส่วนบุคคลผ่านทางข้อความสั้น (SMS)*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 32-33.

(4.2) การกระทำความผิดผ่านทางข้อความสั้น

ข้อความสั้นหรือ SMS (Short Message Service) คือ การบริการรับส่งข้อความสั้นๆ ผ่านทางโทรศัพท์มือถือ โดย SMS และ MMS (Multimedia Messaging Service) จัดเป็นบริการเสริมของโทรศัพท์ประเภท Non-Voice Service เช่นเดียวกัน ซึ่ง SMS จะใช้ในเรื่องการดาวน์โหลดเสียง (Ring Tone) หรือการดาวน์โหลดรูปโลโก้ (Logo) หรือการส่งข้อความสั้นๆ ส่วน MMS จะใช้การส่งภาพและเสียงแบบสื่อผสมผสานไปพร้อมกันโดย SMS ได้รับความนิยมจากผู้บริโภคมากกว่า MMS เนื่องจาก MMS เป็นเทคโนโลยีใหม่ เครื่องโทรศัพท์ถูกขายยังเป็นข้อจำกัดอยู่ ผู้บริโภคต้องเปลี่ยนเครื่องใหม่เพื่อการใช้งาน MMS ทำให้การรับส่งข้อความสั้น SMS ยังคงเป็นบริการที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายอยู่อย่างต่อเนื่อง บริการการรับส่งข้อความสั้นจะรับส่งข้อความในรูปแบบภาษาลาตินได้ไม่เกิน 160 ตัวอักษร ต่อการส่งข้อความหนึ่งครั้ง ซึ่งการส่งข้อความสั้น (SMS) ครั้งแรกคือ การส่งข้อความจากเครื่องคอมพิวเตอร์ไปยังโทรศัพท์มือถือถูกขายไวคาโฟน³⁶

ซึ่งเป็นเครือข่ายโทรศัพท์มือถือระบบจีเอสเอ็ม ในประเทศอังกฤษ เมื่อเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 1992³⁷ ในยุคแรกๆ การส่งข้อความสั้น จะมีแต่การส่งข้อความเป็นภาษาอังกฤษเท่านั้น ต่อมาได้มีการคิดค้นวิธีการส่งข้อความรูปแบบใหม่ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้สัญลักษณ์ต่างๆ ที่อยู่ในเครื่อง มาทำเป็นตัวการ์ตูน หรือหน้าคนที่แสดงอารมณ์ต่างๆ (Emotion) และเริ่มมีการใช้ “คำย่อ” เพื่อเป็นการประหยัดเนื้อที่ในการส่งข้อความสั้น จนในปัจจุบันนี้การส่งข้อความสั้นสะดวกมากขึ้น เพราะมีรูปแบบรองรับภาษาไทยไว้อย่างสมบูรณ์ โดยจะรับส่งข้อความได้ไม่เกิน 70 ตัวอักษร รวมสระและเว้นวรรคต่อการส่งข้อความ 1 ครั้ง ทำให้ผู้ใช้โทรศัพท์มือถือสามารถส่งข้อความสั้นได้อย่างง่ายดาย

จุดเด่นของการติดต่อสื่อสารผ่านทางข้อความสั้น คือ การส่งข้อความสั้นมีความสะดวก เช่น เมื่อผู้สื่อสารอยู่ในสภาพที่ไม่อยากคุยหรือไม่สะดวกที่จะคุย การส่งข้อความสั้นจะทำได้สะดวกกว่า ไม่ต้องรบกวนกันเป็นแค่การแจ้งให้ทราบเฉยๆ และการส่งข้อความสั้นราคาจะถูกกว่าเมื่อเทียบกับการบริการสื่อสาร โทรคมนาคมด้านอื่นๆ จึงเป็นที่นิยมของผู้บริโภค ทำให้การบริการรับส่งข้อความสั้น จัดเป็นรูปแบบบริการเสริมที่ทำรายได้ให้กับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่อย่างมาก ทั้งระบบการใช้งานของข้อความสั้น จะง่าย ไม่ซับซ้อน รวดเร็ว ทันใจ มีประสิทธิภาพสูง มีรายงานแจ้งผลการส่ง โดยเมื่อส่งข้อความไปแล้วผู้รับจะได้รับข้อความทันที และผู้รับยังสามารถส่งข้อความที่ได้รับต่อไปยังหมายเลขอื่นๆ ได้อย่างไม่จำกัดอีกด้วย

³⁶ ไวคาโฟน คือ ผู้ให้บริการระบบมือถือของต่างประเทศ.

³⁷ วสันต์ เจริญทองกุล. (2546). พฤติกรรมการรับส่งข้อความสั้น (SMS) ทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ของนักเรียน นิสิต นักศึกษาในกรุงเทพมหานคร. วิทยานิพนธ์วารสารศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 5-14.

นอกจากนั้น การส่งข้อความสั้น เป็นเทคโนโลยีดิจิทัล ทุกครั้งที่รับส่งข้อความสั้น ข้อความสั้นนั้น จะยังไม่ถูกส่งไปยังโทรศัพท์ปลายทาง แต่จะถูกส่งไปยังศูนย์ข้อความสั้น (SMS Center) ที่มีเครื่องคอมพิวเตอร์ เซิร์ฟเวอร์ (Server) คอยจัดบริการเรื่องการรับและส่งต่อเมื่อผู้รับไม่พร้อม เช่น กรณีโทรศัพท์ของผู้รับปิดอยู่หรืออยู่นอกพื้นที่ให้บริการข้อความสั้นจะถูกเก็บอยู่ในศูนย์ข้อความสั้น (SMS Center) ก่อนที่จะจัดส่งไปยังผู้รับต่อไป³⁸

ดังนั้น การส่งข้อความสั้นจึงสามารถที่จะส่งได้ทุกที่ทุกเวลา โดยไม่ต้องกังวลเลยว่า พื้นที่ของผู้รับสายนั้นจะมีสัญญาณหรือไม่ ขณะเดียวกันหากปลายทางผู้รับข้อความสั้นไม่มีสัญญาณ ระบบจะเก็บข้อมูลไว้จนกว่าปลายทางจะมีสัญญาณ จากนั้นระบบจะทำการส่งข้อมูลไปทันที ซึ่งการกระทำความคิดผ่านทางข้อความสั้นนั้น อาจจะกระทำในรูปแบบของการหลอกลวงผู้ใช้บริการ

ทั้งนี้ แม้การส่งข้อความสั้น จะทำให้การติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมเป็นไปอย่างง่ายดายและสะดวกรวดเร็ว แต่การส่งข้อความสั้น ก็เปรียบได้กับดาบสองคม การส่งข้อความสั้น มิได้ถูกนำมาใช้ในเชิงคุณประโยชน์เท่านั้น แต่อาจถูกนำมาใช้เป็นช่องทางและเครื่องมือ ในการหลอกลวงและคุกคามสิทธิบุคคลของผู้อื่นอีกด้วย³⁹

3) องค์ประกอบความผิดของการหลอกลวง

จากการหลอกลวงในรูปแบบต่างๆ นี้ มีวัตถุประสงค์ที่จะหลอกลวงบุคคลทั่วไป จึงถือว่าเป็นการหลอกลวงต่อประชาชนจึงนำหลักของความผิดฐานฉ้อ โกงประชาชนตามมาตรา 343 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาวิเคราะห์ ดังนี้

(1) ผู้ใดกระทำการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้ง การหลอกลวงนั้น เป็นการทำให้ผู้อื่นหลงผิดตามที่กล่าวอ้างซึ่งการแสดงข้อความอันเป็นเท็จนั้นจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นอดีตหรือปัจจุบันอันเป็นสาเหตุให้ผู้หลอกลวงได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง จึงถือว่าเป็นการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน

(2) การหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งนั้น จะต้องกระทำต่อบุคคลซึ่งอาจเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือไม่เจาะจงตัวบุคคล (ประชาชน) ในกรณีนี้ได้กระทำการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน ซึ่งจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อ โกงประชาชน

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

³⁹ กนกลักษณ์ จุ่มณี. อ้างแล้ว. หน้า 39-42.

(3) เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดในข้อที่หนึ่งและสอง แล้วจึงมาพิจารณาต่อไปว่า ด้วยการหลอกลวงนั้น ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ถูกลอกหรือบุคคลที่สาม ซึ่งการกระทำด้วยความยินยอมของบุคคลเหล่านี้ เพราะการได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลวง หรือบุคคลที่สามนั้น เป็นจุดแบ่งแยกระหว่างความผิดสำเร็จกับการพยายามกระทำความผิด

(4) เจตนาภายใน คือ เจตนาธรรมดาและมูลเหตุจูงใจโดยทุจริต ฉะนั้น หากครบองค์ประกอบความผิดดังกล่าวแล้วถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 343⁴⁰

2.6.2 การรับข้อความผ่านระบบมือถือในลักษณะของการหลอกลวง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าโทรศัพท์มือถือกลายเป็นช่องทางหลักในการสื่อสารของคนไทย ในยุคปัจจุบัน ซึ่งถือว่ามีจำนวนมาก ในการสื่อสารถึงกัน ดังนั้น จึงก่อให้เกิดช่องว่างในการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวสำหรับการใช้โทรศัพท์กันมากขึ้นและก่อให้เกิดความเสียหายตามมา และการรับข้อความผ่านระบบมือถือ ก็ถือว่าเป็นการบริการโทรคมนาคมอย่างหนึ่งซึ่งการบริการโดยการส่งข้อความผ่านระบบมือถือดังกล่าวนี้ ผู้ส่งอาจมีเจตนาในการส่งข้อความเพื่อที่จะเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากผู้ให้บริการ ในรูปแบบของการหลอกลวงเอาข้อมูลของผู้ใช้บริการ

1) ลักษณะของการรับข้อความผ่านระบบมือถือในลักษณะของการหลอกลวง

(1) ต้องส่งผ่านอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเกือบทุกประเทศหมายถึงอีเมลเป็นหลัก แต่ในกฎหมายของบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ครอบคลุม SMS ด้วย และในบางประเทศอย่างประเทศออสเตรเลีย ยังรวม MMS และ Instant Messaging (IM) เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีของบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ครอบคลุมถึงอีเมลเพียงอย่างเดียว

(2) ผู้รับไม่ยินยอมพร้อมใจ (Unsolicited) กรณีส่วนมากผู้รับไม่ต้องการรับข้อความเหล่านี้ และทำให้เกิดความรำคาญใจในเรื่อง Spam ทางแก้ไข คือ การระบุในกฎหมายว่าให้สิทธิควบคุมแก่ผู้รับ ซึ่งแต่ละประเทศมีแนวทางที่แตกต่างกันออกไป

(3) ส่งพร้อมกันครั้งละหลายๆ (Mass Communication) ผู้ส่ง Spam ส่วนมากเป็นองค์กร และมีการส่งข้อความเดียวกันครั้งละเป็นจำนวนมากๆ อย่างไรก็ตาม มีกรอบที่แน่ชัดว่าจำนวนเท่าไรจึงจะเป็น Spam (กรณี SMS ย่อมมีจำนวนน้อยกว่า E-mail)

(4) ส่งถึงผู้รับที่เป็นบุคคล (Personal) กลุ่มเป้าหมายของข้อความหรือประชาสัมพันธ์มักเป็นบุคคลมากกว่าประชาสัมพันธ์ การส่งข้อความแบบส่งถึงบัญชีหรือเลขหมายส่วนบุคคล ซึ่งกฎหมายในบางประเทศอย่างกลุ่มประเทศยุโรป ไม่นับการส่งข้อความผ่านช่องทางกระจายเสียง (Broadcasting Service) ว่าเป็น Spam⁴¹

⁴⁰ ปัทมาภรณ์ กฤษณายุทธ. อ้างแล้ว. หน้า 76.

⁴¹ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. อ้างแล้ว. หน้า 32.

2) รูปแบบการรับข้อความผ่านระบบมือถือในลักษณะของการหลอกลวง รูปแบบการรับข้อความผ่านระบบมือถือในลักษณะของการหลอกลวงมีรูปแบบดังต่อไปนี้

(1) การหลอกลวงที่ทำให้ผู้รับข้อความส่งข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลทางการเงินที่สามารถใช้ทำธุรกรรมได้ (Phishing)

จากการเปิดเผยข้อมูลล่าสุดที่ค้นพบ โดยทีมนักวิจัยด้านระบบความปลอดภัยได้รายงานว่ามีจุดอ่อนด้านความปลอดภัยใน iOS⁴² ทุกเวอร์ชัน ที่อาจปล่อยให้เกิดการปลอมแปลง SMS ซึ่งทำให้ผู้รับเชื่อว่าข้อความถูกส่งมาจากผู้ส่งที่เชื่อถือได้ ทั้งที่ความเป็นจริงถูกส่งมาจากผู้ไม่หวังดี ประเด็นนี้เกี่ยวเนื่องกับการจัดการข้อมูล User Data Header (UDH) ของ iOS ในส่วนของ Textpayload ที่ยอมให้ผู้ใช้กำหนดค่าข้อมูลที่มองไม่เห็นได้ อาทิ เช่น การเปลี่ยนแปลงหมายเลขตอบกลับ (Reply-to Number) ให้เป็นหมายเลขอื่นที่ไม่ใช่หมายเลขผู้ส่ง ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้รับข้อความตกเป็นเป้าหมายของการส่ง SMS หลอกลวงได้ไม่ยากและทางผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือส่วนใหญ่ไม่ได้มีการตรวจสอบส่วนนี้ตัวอย่างการหลอกลวงที่อาจเกิดขึ้น เช่น การล้วงข้อมูลส่วนตัวของผู้รับ โดยการส่ง Link ให้รับเข้าไปกรอกข้อมูลส่วนตัวโดยอ้างตัวใน Web เป็นธนาคารหรือหน่วยงานต่างๆ ซึ่งอาจกระทำในลักษณะดังต่อไปนี้

(1.1) SMS ส่งข้อความลวงให้ติดตั้ง App ด้านธุรกรรมออนไลน์ จากกรณีมีการแจ้งจากธนาคารว่าขณะนี้มีการโจรกรรมในรูปแบบการส่ง SMS โดยใช้หมายเลข Call Center ของธนาคารเป็นผู้ส่ง หลอกให้คลิกลิงค์ดาวน์โหลดติดตั้งโปรแกรมธุรกรรมทางการเงิน ซึ่งเป็นการหลอกลวงและธนาคารไม่มีนโยบายให้ติดตั้งผ่านลิงค์ผ่าน SMS ดังกล่าว คำเตือนนี้ น่าจะถูกส่งออกมาเพราะได้เกิดกรณีที่มีผู้ถูกขโมยเงินในบัญชี ที่ภายหลังตรวจพบว่า เรื่องของผู้เสียหาย มีโปรแกรมประเภท Trojan⁴³ ทำหน้าที่แจ้งข้อมูลความลับรหัสต่างๆ ไปให้คนร้ายติดตั้งอยู่ในเครื่องโดยที่เจ้าของบัญชีไม่รู้ตัว บางรายสูญเงินไปหลายแสนบาท

สำหรับกรณีที่เพิ่งเกิดขึ้นในประเทศไทยเร็วๆ นี้ ผู้เชี่ยวชาญด้านความปลอดภัยสารสนเทศและประธานบริษัท A CIS Professional Center ได้อธิบายคำว่า กรณีที่คนร้ายส่ง SMS เข้าเครื่องของเหยื่อ โดยแสดงเบอร์ผู้ส่งเป็นเบอร์ Call Center ของธนาคารนั้น ในปัจจุบันมีโปรแกรมที่สามารถทำให้การส่ง SMS โดยระบุเบอร์ผู้ส่งเป็นเบอร์โทรศัพท์ ซึ่งทำได้โดยง่ายในปัจจุบัน โดยเฉพาะระบบปฏิบัติการ Android ที่มี Application เปลี่ยนเบอร์ผู้ส่ง โดยคนร้ายจะใช้

⁴² ไอโอเอส (iOS) ในชื่อเดิมคือ ไอโฟนโอเอส (iPhone OS) เป็นระบบปฏิบัติการสำหรับสมาร์ตโฟนของบริษัทแอปเปิล.

⁴³ Trojan หมายถึง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกบรรจุเข้าไปในคอมพิวเตอร์เพื่อลอบเก็บข้อมูลของคอมพิวเตอร์เครื่องนั้น เช่น ข้อมูลชื่อผู้ใช้ และข้อมูลส่วนบุคคลอื่นๆ.

วิธีการส่ง SMS ปลอมเป็นเบอร์ธนาคาร พร้อมกับแนบ Link ให้ Click เมื่อทำการ Click แล้วก็จะทำการติดตั้งโปรแกรมประเภท Trojan ไว้ในมือถือของเหยื่อ ซึ่งตรงนี้มีจุดสังเกตที่สำคัญว่าไม่ใช่ URL ของธนาคาร โดยตัวอย่างดังกล่าวนี้ คือ K-Cyberbank.info⁴⁴ ที่ไม่เกี่ยวกับธนาคารและไม่ใช่ที่อยู่เว็บไซต์ของธนาคาร ซึ่งจะไม่ปลอดภัยหากได้ทำการ Login หรือ เมื่อพลั้งเผลอ Click ไป และถ้าหากทำการติดตั้งสำเร็จ โปรแกรมดังกล่าวจะเปิดหน้าต่างให้ใส่ Username Password ไว้แต่สำหรับ Internet Banking ของเหยื่อซึ่งในขั้นตอนนี้ Username, Password ที่เหยื่อกรอกไปตามจริงจะสามารถส่งไปให้คนร้ายได้ โดยวิธีการนี้ คือ Phishing โดยทั่วไป และทางธนาคารจะทำการปฏิเสธความรับผิดชอบเพราะเท่ากับเป็นการแจ้ง Username Password ให้คนร้ายไปด้วยความสมัครใจ แต่ปัญหาดังกล่าวไม่ได้จบเพียงเท่านั้น เพราะโดยปกติแม้คนร้ายจะได้ Username Password ไปแล้ว แต่เมื่อการทำธุรกรรมทางการเงินโดยการส่งโอนเงิน ธนาคารจะส่งรหัสอีกอย่างหนึ่งที่เรียกว่า OTP หรือ One Time Password มาทาง SMS ให้ทำการกรอกยืนยัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ไม่ปลอดภัย เพราะมีแต่เจ้าของเบอร์เท่านั้นที่จะได้รับ Password แต่โปรแกรม Trojan ที่ได้ติดตั้งไว้แล้วนั้นจะทำการรูดักจับ SMS ที่ส่งมา ซึ่งก็รวมกับ OTP หรือ One Time Password ของทางธนาคารที่ส่งมาทาง SMS แล้วก็จะทำการส่ง SMS นี้ต่อไปยังคนร้ายทันทีอีกด้วย โดยที่เจ้าของเครื่องจะไม่เห็นเลยว่ามี SMS เข้ามาที่เครื่องของตนเพราะถูกส่งต่อยังคนร้ายแล้วจึงทำให้เจ้าของบัญชีไม่ทราบว่ามีธุรกรรมทางการเงินโดยการส่งโอนเงินเกิดขึ้น คนร้ายจึงส่งโอนเงินได้โดยง่ายตาย เพราะได้ทั้ง Login, Password และ OTP ของเหยื่ออย่างครบถ้วน

จากการสืบค้นพบว่า หนึ่งในกรณีที่เกิดขึ้นมา SMS ที่ส่งเข้ามาในเครื่องผู้เสียหาย จะถูกส่งต่อไปยังประเทศรัสเซีย และมีการสั่งให้โอนเงินจากบัญชีของเหยื่อ เข้าบัญชีบุคคลหนึ่งในประเทศไทย และเงินจำนวนดังกล่าวนี้จะถูกโอนต่อไปยังต่างประเทศทันที

Trojan ในลักษณะนี้ยังสามารถแฝงตัวมากับ Application⁴⁵ อื่นๆ ได้อีกด้วย เช่น การดาวน์โหลด Application Play Store⁴⁶ หรือ Apple App Store⁴⁷ ถึงแม้จะเป็นแหล่งดาวน์โหลดที่ไว้ใจได้ แต่ก็ยังมีโอกาสเจอ Application ที่แฝงจาก Trojan ทำการแจ้งข้อมูลบนโทรศัพท์มือถือของเหยื่อไปให้คนร้ายได้เช่นกัน

⁴⁴ บริการ K-Cyber Banking เป็นช่องทางในการทำธุรกรรมทางการเงินผ่านอินเทอร์เน็ต ของธนาคารกสิกรไทย.

⁴⁵ Application คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับรูปแบบหนึ่งรูปแบบใด.

⁴⁶ Play Store (เดิมชื่อ Android Market) เป็นแหล่งรวม โปรแกรม หรือ Application ที่เราเรียกกันสั้นๆ กันว่า Apps ของระบบปฏิบัติการ Android.

⁴⁷ App store เป็น แอปพลิเคชัน ที่มากับ iPod, iPhone หรือ iPad ใช้ในการ ดาวน์โหลด Application ของ ipad ได้ ในการจะเข้าไปใน App store นั้น เราจำเป็นต้องมี Apple ID.

จากกรณีการส่ง OTP ทาง SMS สามารถถูกดักขโมยระหว่างทางได้ จึงศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมพบว่า การทำ Internet Banking ในหลายประเทศไม่ใช้วิธีการส่ง One Time Password ทาง SMS โดยให้ลูกค้าใช้อุปกรณ์ที่เรียกว่า Hard Token⁴⁸ ในการดูรหัสสำหรับทำ Internet Banking แทนซึ่ง Token จะกำหนดรหัสใหม่ทุกครั้งที่เกิดดู โดยไม่มีการส่งข้อมูลหากันกับ Server ธนาคาร ทำให้ไม่สามารถดักจับรหัสระหว่างทางได้ และเมื่อนำไปกรอกบนเว็บทาง Server ของธนาคารจะคำนวณดูว่าเป็นรหัสที่ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งเป็นระบบที่ปลอดภัยกว่า SMS มาก แต่การเปลี่ยนไปใช้ระบบ Token จะเพิ่มต้นทุนให้กับธนาคารขนาดใหญ่และในปัจจุบันธนาคารมากกว่าหนึ่งแห่งตกเป็นเป้าหมายแล้ว และผลที่เกิดขึ้นสามารถทำให้เงินเก็บทั้งชีวิตของผู้เคราะห์ร้ายหายไปชั่วข้ามคืน กระทั่งชีวิตสมาชิกในครอบครัว ถึงเวลาแล้วที่ทุกฝ่ายจะต้องร่วมมือกันหามาตรการป้องกันในยุคที่ใช้เทคโนโลยีแพร่หลายความสะดวกรวดสบายที่มาพร้อมความเสี่ยงและอันตรายที่เพิ่มขึ้น⁴⁹

(2) การหลอกลวงจาก SMS ว่าเป็นเรื่องด่วนจากธนาคารว่าบัญชีที่ใช้งานจะหมดอายุหรือหลอกด้วยวิธีการให้ผู้รับ SMS เปิดเผยข้อมูลทางการเงินหรือข้อมูลส่วนตัวอื่นๆ

เนื่องจากในปัจจุบันมีอีเมลหลอกลวงจากมิจฉาชีพส่งถึงบุคคลทั่วไป โดยแจ้งว่าบัญชีของท่านมีปัญหา หรือธนาคารมีการพัฒนาระบบรักษาความปลอดภัยใหม่ และให้ท่านทำรายการแก้ ปัญหาหรือให้ดาวน์โหลดและติดตั้งซอฟต์แวร์รักษาความปลอดภัยบน โทรศัพท์มือถือ Smart Phone⁵⁰ โดยให้ Click Link ในอีเมลหรือ SMS ดังกล่าวซึ่งจะเชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์ปลอม (Phishing Website) ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับหน้าจอ K-Cyber Banking ทุกประการโดยเป็น URL⁵¹ ที่ไม่ใช่ของธนาคาร หรือชื่ออื่นๆ ที่อาจจะมียี่ห้อคล้ายคลึงกับ URL ของธนาคาร

⁴⁸ Hardware TOKEN หรือเรียกอีกอย่างว่า Hard TOKEN/H-TOKEN มีลักษณะเป็นอุปกรณ์ขนาดเล็กทำงานโดยแบตเตอรี่และมีหน้าจอสำหรับแสดงรหัสผ่าน เป็นอุปกรณ์มาตรฐานที่ใช้ในการสร้างรหัสผ่านแบบใช้ครั้งเดียว.

⁴⁹ ไอที 24 ชั่วโมง เปิดโลกไอทีสู่ชีวิตที่ดีกว่า. (2556). *ระวังภัยจرائمในรูปแบบ SMS*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.it24hrs.com/2013/sms-fake-app-fake-mobile-banking>. [2556, มกราคม 9].

⁵⁰ Smart Phone หมายถึง โทรศัพท์มือถือที่มีความสามารถพิเศษเพิ่มเติมของ PDA (PDA ย่อมาจาก Personal Digital Assistant คือ อุปกรณ์คอมพิวเตอร์พกพาขนาดเล็ก ซึ่งช่วยอำนวยความสะดวกในการจดบันทึก เก็บข้อมูล เข้าไป ทำให้สามารถมีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่น รับส่งอีเมล มีปฏิทิน จัดทำตารางนัดหมาย และ Contact เป็นต้น.

⁵¹ URL คือ ที่อยู่ของไฟล์หรือเว็บไซต์บนอินเทอร์เน็ต ถูกย่อมาจากคำว่า Uniform Resource Locator เป็นเสมือนที่อยู่ (Address) เพื่อการระบุตำแหน่งของเอกสารข้อมูลต่างๆ สำหรับเข้าถึงที่ตั้งทรัพยากร ไฟล์หรือเว็บไซต์บนอินเทอร์เน็ต (Internet) เหล่านั้น ซึ่งไฟล์ข้อมูลแต่ละอันจะมี URL เป็นของตัวเอง โดยแต่ละส่วนของ URL จะเป็นสิ่งที่ใช้ระบุข้อมูลเกี่ยวกับที่ตั้งของเอกสารนั้น.

(3) การหลอกลวงโดยเก็บค่าบริการ SMS โดยผู้ใช้โทรศัพท์มือถือทั้งแบบเติมเงินและแบบจ่ายรายเดือน อาจถูกตัดเงินอัตโนมัติโดยไม่รู้ตัว เพียงเพราะสัมผัสถูกแบนเนอร์ในเว็บไซต์ต่างๆ ที่มีการวางโปรแกรมซ่อนเอาไว้

ขณะนี้ก็มีกลลวงเรียกเก็บค่า SMS ไม่ว่าจะ เป็น SMS ดูวงใบเลขเด็ด ทำนายผลฟุตบอล ฯลฯ โดยที่เจ้าของเบอร์ไม่ทราบมาก่อนว่าได้สมัครไว้ ถูกตัดเงินอัตโนมัติ ทั้งมือถือและแบบเติมเงินและแบบจ่ายรายเดือน ซึ่งบริษัทที่เรียกเก็บค่า SMS เหล่านี้มีเงินสะพัดนับหลายสิบล้านบาทต่อเดือน

เนื่องจากการถูกเรียกเก็บเงินค่า SMS ใบห้วเลขเด็ดติดต่อกัน 3 เดือน เดือนละ 36 บาท ทั้งที่ไม่ได้มีการสมัครรับข่าวสารดังกล่าวมาก่อน จากนั้นจึงเริ่มตรวจสอบข้อมูลเพราะคิดว่าอาจติดไวรัส Torjan แต่กลับพบว่า กำลังถูกกลลวงด้วยกรรมวิธีแฝงแบนเนอร์ไว้ตามเว็บไซต์ต่างๆ ทั้งนี้ ก่อนการใช้บริการ SMS ส่วนใหญ่ บริษัทผู้ให้บริการจะทำการส่ง SMS เข้ามือถือตัวอย่างเช่น “คุณได้รับสิทธิดูวงฟรี 15 วันสมัครกด *234#” (ข้อมูลสมมติ) หากเจ้าของเบอร์ต้องการจะสมัคร เพียงแค่กดเบอร์ตามที่ระบุไว้แล้วโทรออก บางบริษัทก็จะเรียกเก็บเงินตามที่ระบุไว้ใน SMS แต่ในปัจจุบันเมื่อมีคนเริ่มใช้บริการกันน้อยลงบริษัทเหล่านี้จึงได้คิดกรรมวิธีใหม่ๆ ด้วยวิธีการแฝงแบนเนอร์ (ป้ายโฆษณา) ไว้ตามเว็บไซต์ เพราะในปัจจุบันคนหันมาใช้สมาร์ตโฟนกันมากขึ้น ไม่ว่าจะ เป็นแบบแอนรอยด์หรือ IOS ก็ตาม

โดยเจ้าของแบนเนอร์จะทำการตกลงกับเครือข่ายมือถือ หากมีผู้สมัครใช้บริการทางเครือข่ายก็จะดึงข้อมูลเบอร์โทรศัพท์มือถือส่งไปยังบริษัทเจ้าของแบนเนอร์ และทำการแบ่งส่วนแบ่งให้ 50 เปอร์เซ็นต์ จากรายได้ทั้งหมดซึ่งเจ้าของแบนเนอร์จะทำการจ้างบริษัทจัดหาพื้นที่โฆษณาเพื่อนำแบนเนอร์บริการ SMS ไปวางไว้หน้าเว็บไซต์ต่างๆ ซึ่งในกรณีนี้ลูกค้าเครือข่ายมือถือแบบรายเดือนคงไม่ทราบถึงสัญญาข้อหนึ่งที่ว่าบริษัทสามารถนำข้อมูลไปเผยแพร่ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตได้

สิ่งที่พบในระบบแบนเนอร์ดังกล่าวคือ มีการวางโปรแกรมที่เรียกว่า Hack Jaeking ซ่อนอยู่กับตัวแบนเนอร์ นั่นคือภายใต้ภาพที่คลิกจะถูกซ่อนด้วยปุ่มยืนยันการสมัครไว้แล้วทั้งที่การสมัคร SMS จะต้องทำการสมัคร 2 ขั้นตอน คือ กดไปที่แบนเนอร์ก่อน แล้วค่อยกดยืนยันการสมัครข่าวสาร แต่สำหรับกรณีนี้ คือ หากทำการคลิกไปสัมผัสภาพก็กลายเป็นการสมัครใช้ SMS ไปโดยไม่รู้ตัวทั้งที่ยังไม่ได้กดยืนยัน กรณีนี้มีโอกาสเกิดขึ้นสูง เพราะสมาร์ตโฟนเป็นมือถือระบบสัมผัส ซึ่งสามารถผลอไปสัมผัสแบนเนอร์ได้ตลอดเวลา

เมื่อข้อความจากบริษัทเหล่านี้ส่งเข้ามา ก็จะถูกเรียกเก็บค่าบริการไปเรื่อยๆ ทุกเดือนบุคคลใดที่ใช้บริการเครือข่ายมือถือแบบรายเดือนอาจไม่ทันทราบถึงเรื่องดังกล่าวเพราะถูกคิด

ยอดเงินโดยอัตโนมัติทุกเดือนยกเว้นผู้ที่ใช้ระบบเติมเงินหากมีการตรวจสอบยอดเงินเป็นประจำ ก็จะพบความผิดปกตินี้และรีบโทรสอบถามทางเครือข่ายที่ใช้บริการเพื่อยกเลิก การรับข้อความดังกล่าวได้

เรื่องนี้ถือเป็นปัญหาระดับชาติที่ทางบริษัทเจ้าของแบนเนอร์ และเครือข่ายโทรศัพท์มือถือกำลังเอาเปรียบผู้บริโภค เพราะการสมัคร SMS ต้องมาจากการสมัครใจ โดยหากคิดมูลค่าความเสียหายต่อคน ค่าบริการ SMS เหล่านี้จะอยู่ที่ 19-49 บาทต่อเดือน แต่บริษัทเหล่านี้สามารถหาลูกค้าได้จำนวนหลักแสนถึงหนึ่งล้านคนต่อเดือน ดังนั้นมูลค่ารวมที่ได้จึงนับเป็นหลายล้านบาท

อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของมือถือได้รับความเสียหายโดยการเรียกเก็บค่าบริการตามที่ได้อ้างว่า สามารถโทรไปที่ Call Center ของเครือข่ายที่ใช้บริการ เพื่อแจ้งขอยกเลิก SMS และขอเรียกคืนเงินจากทางเครือข่ายได้

นอกจากนี้ ใน www.pantip.com ได้มีสมาชิกตั้งกระทู้หลังจากได้รับความเดือดร้อน และได้มีการนำเรื่องดังกล่าวไปเรียน คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เพื่อให้ดำเนินการเอาผิดกับผู้ให้บริการแบนเนอร์ต่อไป⁵²

(4) บางกรณีอาจอยู่ในรูปแบบของการโทรศัพท์ เข้ามายังเครื่องของผู้รับในระยะเวลาสั้นๆ เพื่อให้เกิด Miss Call คือ ทำให้เกิด SMS โทรกลับ

เมื่อผู้รับโทรกลับต้องเสียค่าโทรในอัตรา พิเศษการหลอกลวงในกรณีนี้ จะกระทำในลักษณะสะกดใจเบอร์มา ห้ามโทรกลับโดยเด็ดขาด เช่นการทำให้เราเข้าใจว่า เป็นเบอร์พวก Voip⁵³ หรือโทรราคาถูกจากต่างประเทศ ซึ่งบางทีอาจขึ้นต้นด้วย หมายเลข 02 และมีเลขลงท้ายด้วย 00 มักจะมาในรูปแบบขอของ Miss Call หรือพูดในภาษาทั่วไป คือ สะกดให้โทรกลับหรือยิงมานั่นเอง ซึ่งจะทำให้เสียเวลา และเสียเงินในที่สุด

2.6.3 ผลกระทบจากการรับข้อความผ่านระบบมือถือในลักษณะของการหลอกลวง

ปัญหาการลวงละเมิดในการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวง ก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้ใช้และอาจยังสร้างปัญหาการหลอกลวงให้เสียทรัพย์สินทางโทรศัพท์มือถือได้อีกด้วย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น ผลกระทบจึงมีดังต่อไปนี้

1) ผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากการลวงละเมิดสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ของผู้ถูกหลอกลวง ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการสื่อสารหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว

⁵² ผู้จัดการออนไลน์. (2556). การหลอกลวงโดยเก็บค่าบริการ SMS. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.manager.co.th/mwebboard/listcomment.aspx?Mbrowse=20&QNumber=346464>. [2556, มกราคม 9].

⁵³ VoIP ย่อมาจาก Voice over Internet Protocol คือ การสื่อสารทางเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต.

กล่าวคือ โดยปกติแล้ว บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะติดต่อสื่อสารถึงใครโดยวิธีการใดๆ ก็ได้ และการส่งข้อความเป็นหนึ่งในวิธีการสื่อสารที่จะว่าไปแล้วถือเป็นวิธีการสื่อสารที่เป็นที่นิยม เนื่องจาก สะดวก ง่าย และราคาไม่สูง ส่งถึงผู้รับได้ครั้งละหลายๆ คน และสามารถส่งข้อความได้ทั้งจากโทรศัพท์มือถือและผ่านทางเว็บไซต์ แต่เมื่อการส่งข้อความนั้นถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการหลอกลวงผู้บริโภค และ สิทธิความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารของบุคคลซึ่งผู้ใช้โทรศัพท์อาจได้รับความเสียหายจากการส่งข้อความลวงดังกล่าว ทำให้บุคคลไม่สามารถที่จะใช้สิทธิในการสื่อสารได้อย่างเสรีอีกต่อไป อีกทั้งสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารของผู้ถูกหลอกลวง ได้ถูกละเมิด โดยที่ไม่มีกฎหมายใด ที่จะมาป้องกันหรือปราบปรามหรือยับยั้งได้

2) ผลกระทบต่อชีวิตและร่างกาย ในบางครั้งการหลอกลวงโดยการส่งข้อความนี้อาจทำให้ผู้ถูกหลอกลวงเกิดความเครียดอาจจะส่งผลเสียต่อระบบต่างๆ ของร่างกาย หรือในกรณีผู้ถูกหลอกลวงมีโรคประจำตัว เช่น โรคหัวใจ หรือ เป็นผู้สูงอายุ อาจส่งผลกระทบต่อร่างกายอย่างรุนแรง และเมื่อได้อ่านข้อความที่หลอกลวงแล้วอาจทำให้ตื่นตกใจ ผู้ที่เป็นโรคหัวใจอาจจะหัวใจวายตายจนถึงขั้นเป็นอันตรายต่อชีวิตได้

3) ผลกระทบต่อจิตใจ การหลอกลวงโดยการส่งข้อความนั้น ที่ทำให้ผู้อื่นอึดอัดใจหรือเกิดความรำคาญใจ ล้วนมีผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกหลอกลวงกันโดยตรงเนื่องจากสภาพจิตใจของคนเรานั้นโดยปกติจะหวาดกลัวสิ่งที่ตนไม่รู้ หรือไม่แน่ใจและการหลอกลวงนั้นอาจสร้างความเสียหายและความเดือดร้อนตามมาอีกด้วย⁵⁴

⁵⁴ กนกลักษณ์ จุ่มณี. อ้างแล้ว. หน้า 48-50.