

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล กับการรับข้อความหลอกลวงผ่านทางข้อความสั้น

เนื่องจากในปัจจุบันโทรศัพท์เคลื่อนที่กลายเป็นเทคโนโลยีที่ถือว่ายังใหม่ในประเทศไทย ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย และกฎระเบียบที่อาจทำให้นักกลางบางกลุ่มฉวยโอกาส โดยการล่วงละเมิด หลอกลวงเอาข้อมูลส่วนบุคคลผ่านทางข้อความสั้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคที่เป็นผู้ใช้บริการในกิจการโทรคมนาคมและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน หรือแม้กระทั่งจิตใจของผู้บริโภคที่ถูกหลอกลวงเองด้วย ปัญหาการหลอกลวงผ่านทางข้อความสั้นนี้ ถือเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่ในสังคมไทย เพราะโดยส่วนใหญ่แล้วปัญหาการส่งข้อความสั้น มักจะเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับการส่งข้อความที่ไม่พึงประสงค์ และปัญหาที่กล่าวมานั้น ไม่ได้เกิดเฉพาะแต่ในประเทศไทยเท่านั้น ในต่างประเทศได้เกิดปัญหาในลักษณะนี้ขึ้นมาแล้ว ซึ่งแต่ละประเทศ รูปแบบการแก้ปัญหา โดยการออกกฎหมายกฎระเบียบหรือจัดตั้งหน่วยงานคุ้มครองผู้บริโภคที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการส่งข้อความสั้นในลักษณะการหลอกลวงได้ เพราะการส่งข้อความดังกล่าวนี้ ถือเป็นหนึ่งในบริการของการส่งข้อความที่ไม่พึงประสงค์ด้วยเช่นกัน ซึ่งอาจมาในรูปแบบของการส่งข้อความบริการ เป็นต้น

จากการศึกษาระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันพบว่า ไม่มีกฎหมายใดที่จะคุ้มครองผู้บริโภคในสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิส่วนบุคคล จากการส่งข้อความสั้นในลักษณะการหลอกลวงไว้เป็นการเฉพาะ แม้ว่าในปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้อง และสามารถนำมาปรับใช้เพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกรบกวนสิทธิจากปัญหาการส่งข้อความหลอกลวง อาทิ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยฉ้อโกง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคม เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อถึงกัน โดยทางโทรคมนาคม และ

ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนและพิจารณาเรื่องร้องเรียนและพิจารณาร้องเรียนผู้ให้บริการ

ผู้เขียนจึงได้สรุปกรณีที่เป็นปัญหาจากการส่งข้อความสั้นในลักษณะการหลอกลวงในประเทศไทย ดังกรณีต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล

จากการศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่อาจนำมาบังคับใช้ได้กับกรณีการล่วงละเมิดโดยการส่งข้อความสั้น ในลักษณะการหลอกลวงพบว่า บทบัญญัติกฎหมายของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่มีบทกฎหมายใดที่สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรงจุด และมีประสิทธิภาพ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองสิทธิส่วนบุคคลไว้ในมาตรา 35 ว่า “สิทธิบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครองการไขข่าวหรือแพร่หลาย ซึ่งข้อความ หรือภาพ ไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำได้เว้นแต่ กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ และบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ตามกฎหมายบัญญัติ” และตามที่ มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารถึงบุคคลติดต่อถึงกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลาย ที่บุคคลมีติดต่อถึงกันจะกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

เมื่อพิจารณาตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติไว้เช่นนี้แล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคล และการติดต่อสื่อสารถึงกันของประชาชน ซึ่งการส่งข้อความดังกล่าว เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ใดจะละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัวด้วยการกล่าวหรือไขข่าว แพร่หลาย ไม่ว่าด้วยข้อความ หรือภาพ หรือด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชนหาได้ไม่ เว้นแต่จะเป็นประโยชน์แก่สาธารณะเท่านั้น แต่การที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดก็จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายที่มารองรับ การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในปัจจุบันบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองและลงโทษผู้กระทำความผิด กรณีการส่งข้อความสั้นในลักษณะการหลอกลวง ยังไม่ครอบคลุมถึงปัญหาได้โดยตรง ทำให้ความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ

ขอบเขตของความหมายของคำว่า ข้อมูลส่วนบุคคล หมายถึง เรื่องที่เกี่ยวกับตัวบุคคล อันได้แก่ ชื่อ ที่อยู่ อาชีพ ประวัติครอบครัว รูปภาพ ภาพถ่าย ประวัติทางการศึกษา ข้อมูลทางการแพทย์ การบัญชีการเงิน บันทึกประวัติการทำงาน ข้อมูลทางภาษีอากร ประวัติอาชญากร ข้อมูลสถิติ เป็นต้น

“ข้อมูลส่วนบุคคล” ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นข้อเท็จจริงส่วนบุคคล ทำให้สามารถระบุตัวตนบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม หรือข้อมูลที่ประกอบด้วยข่าวสารที่เกี่ยวกับการดำเนินชีวิตส่วนตัว ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นได้จากข่าวสารและการสนทนาอื่นๆ รวมถึงการแสดงออกซึ่งความเห็นใดๆ เกี่ยวกับความเป็นส่วนตัว แต่ไม่มีเครื่องบ่งชี้ใดๆ แสดงถึงเจตนาของผู้ใช้ข้อมูลในประการที่เป็นส่วนตัวนั้น

ตามประกาศของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคม เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในการสื่อสารกันโดยทางโทรคมนาคม ข้อ 1 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลผู้ใช้หมายเลขโทรคมนาคม ข้อเท็จจริง รายละเอียด เกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่สามารถระบุตัวผู้ใช้บริการหรืออาจจะระบุตัวผู้ใช้บริการนั้นได้ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ข้อมูลการใช้บริการเลขหมายโทรคมนาคมของผู้ใช้บริการแต่ไม่รวมถึงข้อมูลทางเทคนิคที่ใช้ได้เท่าที่จำเป็น เพื่อประโยชน์ในการบริหาร โครงข่ายโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์ในการติดต่อสื่อสารและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจภาพรวมของผู้รับใบอนุญาต

ดังนั้น ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้แก่ ข้อมูลผู้ใช้เลขหมายโทรคมนาคม ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับรายละเอียดผู้ใช้บริการที่สามารถระบุตัวผู้ใช้บริการ หรืออาจจะระบุตัวผู้ใช้บริการนั้นได้ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ข้อมูลการใช้บริการเลขหมายโทรคมนาคม รวมทั้งพฤติกรรมการใช้บริการ โทรคมนาคมของผู้ใช้บริการ จึงถือว่าเป็นสิทธิส่วนตัวของบุคคลนั้น

และในปัจจุบันภาครัฐได้ดำเนินการยกร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน โดยมีการร่างเป็นพระราชบัญญัติแต่ยังไม่ออกเป็นกฎหมาย ซึ่งร่างกฎหมายฉบับนี้พูดถึงการรักษาข้อมูลส่วนตัว มิให้ถูกแพร่ออกไป (เช่น หมายเลขโทรศัพท์) แต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงการแก้ไขปัญหาคาการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการส่งข้อความหลอกลวงเข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่อย่างใด

ปัญหาการส่งข้อความหลอกลวงเข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นการล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล ด้วยวิธีการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปแสวงหาผลประโยชน์ หรือเปิดเผยโดยไม่ได้รับความยินยอมของบุคคล ซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูล จนสร้างความเดือดร้อนหรือสร้างความรำคาญใจและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกหลอกลวง ตัวอย่างเช่น การหลอกลวงที่ให้ผู้รับข้อความส่งข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลทางการเงินที่สามารถใช้ทำธุรกรรมได้ (Phishing) คือ การหลอกให้

คลิกลิงค์ดาวน์โหลดติดตั้งโปรแกรมธุรกรรมทางการเงิน ซึ่งเป็นการหลอกลวงและธนาคารเองไม่มีนโยบายให้ติดตั้งผ่านลิงค์ผ่าน SMS ดังกล่าว เพราะได้เกิดกรณีที่มีผู้ถูกขโมยเงินในบัญชี ที่ภายหลังตรวจพบว่า มีโปรแกรมประเภท Torjan ทำหน้าที่แอบส่งข้อมูลความลับ รหัสต่างๆ ไปให้คนร้ายติดตั้งอยู่ในเครื่อง โดยที่เจ้าของบัญชีไม่รู้ตัว บางรายสูญเงินไปหลายแสนบาท หรือในกรณีการหลอกลวงจาก SMS ว่าเป็นเรื่องด่วนจากธนาคารว่าบัญชีที่ใช้งานจะหมดอายุหรือหลุดด้วยวิธีการให้ผู้รับ SMS เปิดเผยข้อมูลทางการเงินหรือข้อมูลส่วนตัวอื่นๆ โดยให้ Click Link ในอีเมลล์ หรือ SMS ดังกล่าว ซึ่งจะเชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์ปลอม (Phishing Website) ที่มีลักษณะเหมือนกับหน้าจอ K-Cyber Banking ทุกประการโดยเป็น URL ที่ไม่ใช่ของธนาคารหรือชื่ออื่นๆ ที่อาจจะมีชื่อคล้ายคลึงกับ URL ของธนาคาร หรืออาจอยู่ในรูปแบบการหลอกลวงโดยเก็บค่าบริการ SMS โดยผู้ใช้โทรศัพท์มือถือทั้งแบบเติมเงินและแบบจ่ายรายเดือน อาจถูกตัดเงินอัตโนมัติโดยไม่รู้ตัว เพียงเพราะสัมผัสถูกแบนเนอร์ในเว็บไซต์ต่างๆ ที่มีการวางโปรแกรมซ่อนเอาไว้ บางกรณีอาจอยู่ในรูปแบบของการโทรศัพท์ เข้ามายังเครื่องของผู้รับในระยะเวลาสั้นๆ เพื่อให้เกิด Miss Call คือ ทำให้เกิด (SMS) โทรกลับ เมื่อผู้รับโทรกลับต้องเสียค่าโทรในอัตราพิเศษ การหลอกลวงในกรณีนี้จะสะกิดโชว์เบอร์มา เช่น การทำให้เราเข้าใจว่าเป็นเบอร์พวก Voip หรือ โทรราคาถูกจากต่างประเทศ

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น ถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบางเรื่อง แต่ก็เป็นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นการทั่วไป ไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ใช้บริการในการถูกรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวงได้

4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีหน่วยงานเฉพาะในการควบคุมและกำกับดูแลเกี่ยวกับการรับข้อความหลอกลวงผ่านทางข้อความสั้น

ปัญหาการไม่มีหน่วยงาน ในการควบคุมและกำกับดูแล เป็นปัญหาที่สำคัญสำหรับประเทศไทย เนื่องจากในปัจจุบัน ยังไม่มีหน่วยงาน องค์กรใดที่มีอำนาจในการควบคุม และกำกับดูแลเกี่ยวกับการส่งข้อความในลักษณะหลอกลวงเป็นการเฉพาะ ซึ่งในทางปฏิบัติหากผู้บริโภคได้รับข้อความหลอกลวงเข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่อาจสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ตนเอง หากผู้บริโภคต้องการที่จะร้องเรียนเรื่องดังกล่าว ต้องนำเรื่องร้องเรียนต่อสองหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง คือ

- 1) ร้องเรียนต่อ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.)
- 2) ร้องเรียนต่อ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในกิจการโทรคมนาคม สถาบันคุ้มครองผู้บริโภค (สบท.)

4.2.1 การร้องเรียนต่อ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.)

โดยการร้องเรียนต่อ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้กำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ทำหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์และดำเนินการตามกฎหมาย มีหน้าที่รับเรื่องร้องเรียนจากผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการใน 3 ด้าน คือ คุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา คุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลาก และคุ้มครองผู้บริโภคโฆษณา โดยขั้นตอนการร้องเรียนนั้นสามารถทำได้ด้วยตนเอง กรณีที่ผู้ร้องเรียนมีที่อยู่ในกรุงเทพฯ ให้ร้องเรียนด้วยตนเองที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ศูนย์ราชการ ถนนแจ้งวัฒนะ ส่วนผู้ร้องเรียนที่มีที่อยู่ต่างจังหวัดให้ร้องเรียนได้ที่สำนักงานอนุกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำจังหวัด ที่ศาลากลางจังหวัด หรือขอคำปรึกษาการร้องเรียนของ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ได้ที่ร้านสะดวกซื้อเซเว่นอีเลฟเว่น หรือ ร้านแฟมมิลีมาร์ท ทุกสาขา แล้วกรอกข้อมูลให้ครบถ้วน พร้อมหลักฐานและส่งโทรสาร หรือส่งทางไปรษณีย์ไปที่ สคบ. หรือ ทางเว็บไซต์ <http://www.ocpb.go.th> หรือ โทรสายด่วน สคบ. ที่หมายเลข 1166 โดยผู้ร้องเรียนจะต้องชี้แจงปัญหาอย่างละเอียดว่ามีปัญหาอย่างไร และมีความต้องการที่จะแก้ปัญหาอย่างไร พร้อมทั้งแนบหลักฐานที่สำคัญ เช่น ใบเสร็จรับเงิน ใบส่งซ่อม บัตรประจำตัวประชาชน ทะเบียนบ้าน หากทาง สคบ. ได้รับเรื่องร้องเรียนเรียบร้อยแล้ว ก็จะทำการนัดให้ผู้บริการ กับผู้ร้องเรียนมาเจรจากันเพื่อหาข้อยุติ โดยจะใช้ระยะเวลาในการไกล่เกลี่ยกัน ประมาณ 1 สัปดาห์ และจะนัดเวลาที่แน่นอนอีกครั้ง โดยมีขั้นตอนและระยะเวลาการปฏิบัติราชการ นับตั้งแต่ประชาชนยื่นคำขอ รับคำขอ/ตรวจสอบเอกสารหลักฐาน (2 ชั่วโมง) กองฯ ที่รับผิดชอบ มีหนังสือ (แจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของผู้ร้องขอทราบข้อเท็จจริงเพิ่มเติม และเชิญคู่กรณีมาเจรจาไกล่เกลี่ยและแจ้งผลให้ผู้ร้องเรียนทราบ (ภายใน 5 วัน) (กรณีเจรจา ไกล่เกลี่ยไม่ได้ กรณีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแจ้งผล) เสนอคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง/คณะอนุกรรมการ เพื่อพิจารณา เสนอผู้บังคับบัญชาเพื่อพิจารณา (กรณีเจรจาไกล่เกลี่ยไม่ได้/กรณีฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522) เสนอผู้บังคับบัญชาเพื่อพิจารณา (ภายใน 5 วัน) เสนอคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อพิจารณามีมติ (ภายใน 10 วัน) แจ้งกองฯ ที่รับผิดชอบ (ภายใน 7 วัน) แจ้งผลให้ผู้ร้องเรียนทราบ (ภายใน 7 วัน) ส่งเรื่องให้กองนิติกร (กรณีฟ้องคดีแทน) (ภายใน 7 วัน) เมื่อทางสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ได้รับเรื่องร้องเรียนเรียบร้อยแล้ว ก็จะทำการนัดผู้บริการกับผู้ร้องเรียน มาเจรจาเพื่อหาข้อยุติ ซึ่งระยะเวลาตั้งแต่ยื่นคำร้องไปจนมีหนังสือเชิญคู่กรณีมาเจรจาไกล่เกลี่ยกัน ก็จะใช้เวลาประมาณ 1 สัปดาห์ และจะนัดเวลาที่แน่นอนอีกครั้งหนึ่ง

ปัญหาการส่งข้อความสั้นที่กระทำในลักษณะหลอกลวง ถือว่าเป็นการส่งข้อความที่ไม่พึงประสงค์อย่างหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดความรำคาญและอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้บริโภค ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) นำมาใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค มีเจตนาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการโฆษณาเกินจริง หรือผลิตภัณฑ์ที่เป็นอันตราย หรือการบริการที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อาจนำมาใช้ได้กับกรณีการส่งข้อความไม่พึงประสงค์อยู่ใน มาตรา 22 วรรคสอง (5) และเป็นกรณีการส่งข้อความไม่พึงประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการชิงรางวัลหรือชิงโชค ซึ่งอาจเข้าข่ายโฆษณาที่กำหนดไว้ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 5 วรรคสอง (5) ที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณา บัญญัติว่า การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่ไม่เป็นธรรม ต่อผู้บริโภคที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้น จะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือ ลักษณะของสินค้า หรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้า หรือ บริการ

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ มุ่งคุ้มครองการส่งข้อความไม่พึงประสงค์ในรูปแบบของการโฆษณาเกินจริง ผลิตภัณฑ์ที่เป็นอันตราย หรือ การบริการที่ไม่เป็นธรรม เพียงเท่านั้น แต่การส่งข้อความไม่พึงประสงค์ในลักษณะการหลอกลวง บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ยังไม่ได้ครอบคลุมได้อย่างทั่วถึงถึง และอาจเป็นช่องว่างทางกฎหมาย ที่ทำให้นुकคบบางกลุ่มฉวยโอกาสสร้างความเสียหายและความเดือดร้อนรำคาญใจแก่ผู้บริโภคได้

จากการส่งข้อความโดยผู้ประกอบการเข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามที่บัญญัติ ไว้ในมาตรา 23 อาจเข้าข่ายโฆษณาที่ก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค แต่ถ้าหากเป็นการส่งข้อความโดยบุคคลภายนอกไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรานี้ ทั้งนี้ การที่จะสามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมาย จะพิจารณาว่าการส่งข้อความไม่พึงประสงค์เข้าโทรศัพท์จะเข้าข่ายเป็นการโฆษณาตามกฎหมายหรือไม่

จากการศึกษาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) นำมาใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค นั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีเจตนาคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ใน 3 ด้าน คือ คุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา คุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลาก และ คุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา ถึงแม้ว่าการส่งข้อความสั้นในลักษณะหลอกลวงนั้น จะเข้าข่ายการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา เพราะถือว่าเป็นหนึ่งในการส่งข้อความไม่พึงประสงค์ แต่ก็ไม่สามารถที่นำบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวมาใช้ได้อย่างตรงจุด และมีประสิทธิภาพ เพราะบทบัญญัติดังกล่าว มิได้มีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองปัญหาเรื่องการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวง แต่เป็นเรื่องคุ้มครองโดยทั่วไป ซึ่งไม่ได้เจาะจงเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเพียงเท่านั้น

เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เป็นกฎหมายใกล้เคียงที่จะนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นได้ แต่ก็ใช้ได้เฉพาะกรณีส่งข้อความไม่พึงประสงค์ในด้านการโฆษณาการเกินจริง หรือผลิตภัณฑ์ที่เป็นอันตราย หรือ การบริการที่ไม่เป็นธรรมเพียงเท่านั้น จะให้มีผลบังคับครอบคลุมในเรื่องการหลอกลวงดังกล่าว จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการส่งข้อความสั้นในลักษณะการส่งข้อความหลอกลวงไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อที่จะได้เข้าถึงปัญหาและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างตรงจุดและมีประสิทธิภาพต่อไป

อีกทั้ง การที่ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคไม่ทราบว่าตนมีสิทธิตามมาตรา นี้ จึงได้แต่ร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการให้ระงับการส่งข้อความ SMS ที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ส่งโดยตรง ซึ่งหากเป็นข้อความที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ส่งโดยตรงก็จะทำให้ระงับการส่งให้ได้ แต่หากเป็นบุคคลอื่น เช่น บริษัท ห้างร้านอื่นๆ หรือผู้ประกอบการอื่นก็ไม่สามารถที่จะระงับให้ได้ จึงก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ หรือในบางกรณีอาจทำให้เสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้ใช้บริการ อันเป็นการรบกวนสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคในกิจการ โทรคมนาคม

4.2.2 การร้องเรียนต่อ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม (สบท.)

กรณีที่ผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ยื่นร้องเรียนต่อคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม (สบท.) เป็นกรณีที่ผู้บริโภค ซึ่งเป็นผู้ใช้บริการในกิจการโทรคมนาคม ดำเนินการร้องเรียนต่อ สบท. ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยทำหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์และดำเนินการตามกฎหมาย เพื่อให้ดำเนินการตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ข้อที่ 17 ที่ผู้ใช้บริการอาจร้องเรียนกับกรณีถูกละเมิดสิทธิเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม โดยให้เป็นไปตามกระบวนการรับเรื่องร้องเรียน และพิจารณาเรื่องร้องเรียนของผู้ใช้บริการ

เมื่อยื่นเรื่องร้องเรียนต่อ สบท. หลังจาก สบท. ตรวจสอบและรับเรื่องร้องเรียนแล้วต้องออกหนังสือแจ้งการรับเรื่องร้องเรียนให้ผู้ร้องเรียนทราบภายใน 7 วัน โดยให้ สบท. ดำเนินการแก้ไขเรื่องร้องเรียนระหว่างผู้ร้องเรียนและผู้ให้บริการ ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน กรณีได้ข้อยุติให้ สบท. ให้ความช่วยเหลือแก่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ กรณีไม่ได้ข้อยุติให้ สบท. สรุปข้อเท็จจริง พยานหลักฐาน และข้อพิจารณาเสนอต่อ กรมสถาบันวินิจฉัย และ

นำเสนอต่อ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เพื่อพิจารณาต่อไป หากเป็นเรื่องที่อยู่ระหว่างการดำเนินการของผู้ให้บริการ เรื่องที่ผู้ให้บริการได้แก้ไขปัญหาคงผู้ร้องเรียนพอใจแล้ว เรื่องที่ กทช. ได้วินิจฉัย หรือระงับข้อพิพาทแล้ว หรืออยู่ระหว่างการพิจารณาคดีในศาล สบท. จะไม่รับไว้พิจารณาและทำการแจ้งผู้ร้องเรียนต่อไป

แต่เนื่องจากผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภค ไม่ทราบว่าตนมีสิทธิที่จะร้องเรียนเกี่ยวกับกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยทางโทรคมนาคม เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 17 จึงได้แต่ร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการ ให้ระงับการส่งข้อความ SMS เข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ของตน ซึ่งหากเป็นข้อความที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ส่ง โดยตรงก็จะทำการระงับการส่งให้ได้ ในแต่ละครั้งที่ร้องเรียน หรือจะขอให้ระงับการส่งให้ตลอดไปให้ได้ แต่ถ้าหากเป็นบุคคลอื่น เช่น บริษัท ห้างร้านอื่นๆ หรือผู้ประกอบการอื่น ไม่สามารถที่จะระงับให้ได้ จึงก่อให้เกิดความเสียหายต่างๆ ตามมา ไม่ว่าจะทางทรัพย์สิน หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อน รำคาญ อันเป็นการรบกวนสิทธิของผู้บริการ ซึ่งเป็นผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมแสดงให้เห็นว่า หน่วยงานนี้ไม่มีอำนาจที่จะไปห้ามมิให้เอกชนส่งข้อความสั้นในลักษณะหลอกลวง เข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการได้

ดังนั้น การไม่มีหน่วยงานเฉพาะ ในการควบคุมกำกับดูแล เกี่ยวกับการส่งข้อความสั้นในลักษณะหลอกลวง ส่งผลกระทบต่อ การควบคุมและการกำกับดูแลเกี่ยวกับระบบการส่งข้อความสั้น และความสามารถในการให้ความคุ้มครองผู้ใช้บริการ ได้อย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ

จากที่ได้ทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศ หากทำการเปรียบเทียบกันพบว่า จะมีการกำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่ดูแลไว้แตกต่างกัน สามารถแยกประเภท ขององค์กรเป็นองค์กรด้านกิจการโทรคมนาคม (การสื่อสารและโทรคมนาคม) องค์กรด้านการค้า (การค้าที่ไม่เป็นธรรม) และองค์กรด้านข้อมูลข่าวสาร (ข้อมูลส่วนตัวของผู้บริโภค) เช่น

ประเทศสหรัฐอเมริกา หน่วยงานมีหน้าที่ป้องกันและปราบปรามเกี่ยวกับเรื่องนี้ มี 3 หน่วยงาน คือ คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางสหรัฐ เป็นองค์กรหลักการดูแลปัญหา คณะกรรมการกลางกำกับดูแล กิจการสื่อสารของประเทศสหรัฐอเมริกา มีหน้าที่ออกช่วยเหลือทางด้านเทคนิค และกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย และบทลงโทษที่เป็นส่วนที่เป็นคดีอาญา

ประเทศฝรั่งเศส มีองค์กรอิสระชื่อว่า คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการประมวลผลข้อมูลและเสรีภาพ ทำหน้าที่หลักในการควบคุมกำกับดูแลให้กระทำการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนตัวของบุคคล รวมถึงมีอำนาจลงโทษปรับผู้ฝ่าฝืนรัฐบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศ

นอกจากนี้ ยังมีคณะกรรมการแห่งชาติ ว่าด้วยการประมวลผลข้อมูลและเสรีภาพ เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการควบคุม ดูแลการสื่อสารทางไปรษณีย์ และการ โทรคมนาคม โดยกำหนดมาตรการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้บริการ เครือข่ายและบริการของระบบ โทรคมนาคมเอาไว้ และมีอำนาจในการรับเรื่องร้องเรียน ออกคำสั่งให้หยุดการกระทำที่เป็นการ ละเมิดสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคม รวมไปถึงการลงโทษผู้ฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

สหราชอาณาจักร มี สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของสหราชอาณาจักร เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประชาสัมพันธ์ทาง โทรคมนาคมทุกชนิด เช่น โทรศัพท์ โทรสาร อีเมล เป็นต้น และยังมีหน้าที่กำกับดูแลข้อมูลส่วนตัวของผู้บริโภค เช่น การรักษาความลับ และการข้อมูลระบุตัวตนผู้บริโภค การนำข้อมูลจราจร (Traffic Data) ไปใช้ประมวลผล รวมถึงการ เอาผิดผู้ที่โทรศัพท์รบกวนอีกด้วย นอกจากนี้ สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร เป็น คณะกรรมการอิสระของรัฐที่ไม่ขึ้นกับระบบกระทรวง ทำหน้าที่กำกับดูแลข้อมูลข่าวสารของทั้ง ประชาชน เป็นหน่วยงานของรัฐบาล และเป็นองค์กรอิสระที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมมีฐานะ ใกล้เคียงกับคณะกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) แต่ดูแลเรื่องสื่อสารมวลชน เช่น วิทยุ โทรทัศน์ และกระจายเสียงด้วย

ประเทศออสเตรเลีย มี Australian Communication & Media Authority (ACMA) เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลกิจการ โทรคมนาคมและสื่อสารมวลชนของประเทศออสเตรเลีย ในกรณีของ SMS Spam นั้น ACMA มีหน้าที่ตามกฎหมาย Spam Act of 2003 ในการบังคับใช้ และ ลงโทษผู้ฝ่าฝืน แต่ ACMA ยังมีบทบาทในการช่วยเหลือผู้บริโภคเพิ่มเติม เช่น เปิดศูนย์รับแจ้ง Spam โดยเชิญชวนให้ผู้บริโภคส่งข้อความ Spam ไปที่ศูนย์รับแจ้ง Spam เพื่อให้ ACMA มีฐานข้อมูล Spam ที่ครบถ้วนยิ่งขึ้น

เขตปกครองพิเศษฮ่องกง มี Office of The Telecommunication Authority (OFTA) เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลกิจการ โทรคมนาคมและสื่อสารมวลชนของเขตปกครองพิเศษ ฮ่องกง ก่อตั้งเมื่อ ค.ศ. 1993 ตามกฎหมายโทรคมนาคม (Telecommunication Ordinance) มีหน้าที่ กำกับดูแลกิจการด้านการสื่อสารทุกชนิด เช่น การจัดสรรคลื่นความถี่ การสร้างการแข่งขันที่เป็นธรรม ในอุตสาหกรรมโทรคมนาคม รวมถึงการกำกับดูแลปัญหา Spam

ดังนั้นปัญหาการไม่มีหน่วยงานในการควบคุมและกำกับดูแล จึงเป็นปัญหาที่สำคัญ สำหรับประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรใดที่มีอำนาจในการควบคุมและ กำกับดูแลเกี่ยวกับการส่งข้อความสั้น ในลักษณะของการหลอกลวงเป็นการเฉพาะ

ดังนั้นเมื่อเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร และ ประเทศออสเตรเลีย ที่มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับเรื่องการส่งข้อความไม่พึงประสงค์

ได้อย่างเป็นระบบและชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการจัดตั้งหน่วยงานที่มีอำนาจในการควบคุมและการกำกับดูแลเกี่ยวกับการส่งข้อความสั้น ในลักษณะของการหลอกลวงไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากการที่ผู้บริโภคไปร้องเรียนต่อ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) หรือ สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม (สบท.) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ไม่มีอำนาจหน้าที่การกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ จึงทำให้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองผู้บริโภคได้โดยตรง และมีประสิทธิภาพ

4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีมาตรการในการควบคุมดูแลเกี่ยวกับกรณีการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวง

จากการศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายไทย ที่อาจนำมาใช้บังคับ ได้กับกรณีถูกล่วงละเมิดโดยการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวงนั้น พบว่าบทบัญญัติกฎหมายของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่สามารถนำมาปรับใช้กับการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวงได้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรองรับสิทธิส่วนบุคคล ไว้ในมาตรา 35 ว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับการคุ้มครอง” แต่ในปัจจุบันการการทำธุรกิจต่างๆ ตลอดจนการกระทำผิดโดยการหลอกลวง มักอาศัยประโยชน์จากการส่งข้อความสั้นกระทำการหลอกลวงเอาข้อมูลส่วนบุคคล ทำให้เสียหาย แก่ทรัพย์สิน หรืออาจสร้างความรำคาญใจให้แก่ผู้ถูกลอกลวงได้ เนื่องจากการส่งข้อความสั้น มีค่าใช้จ่ายน้อย และสามารถส่งถึงแก่ผู้รับโดยตรง และผู้รับจะต้องอ่านข้อความก่อนทำการลบทิ้งเสมอ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เอง ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และก่อความรำคาญกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้โทรศัพท์

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะได้รองรับสิทธิส่วนบุคคล ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่การที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดก็จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายที่มารองรับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองและลงโทษผู้กระทำความผิด กรณีการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวง ยังไม่มี ดังนั้น จึงทำให้ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมนั้น แม้การส่งข้อความสั้นจะเป็นหนึ่งกิจการโทรคมนาคมอันอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)

แต่จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553 บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองกรณีที่ผู้ประกอบการ ในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม ดำเนินการใดๆ ตามหลักเกณฑ์ที่ กสทช. กำหนด ที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค แต่ไม่ได้คุ้มครองกรณีที่บุคคลภายนอกเป็นผู้กระทำการเอาเปรียบผู้บริโภคดังกล่าว เช่น ในกรณีที่บุคคลภายนอกเป็นผู้ส่งข้อความสั้นไปทำการหลอกลวงผู้ใช้บริการ กรณีนี้ไม่อยู่ในความคุ้มครอง ซึ่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553 นี้ จะคุ้มครองในกรณีที่ผู้ประกอบการเป็นผู้ส่งเพียงเท่านั้น

ส่วนพระราชบัญญัติประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคม และถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิของผู้ใช้บริการที่บัญญัติให้ ผู้ใช้บริการที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาจากการ ให้บริการ โทรคมนาคม มีสิทธิร้องเรียนได้ แต่เป็นแค่เพียงการร้องเรียนเพียงเท่านั้น ยังไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่จะนำมาใช้เพื่อลงโทษส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวงได้

ส่วนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่อาจนำมาใช้กับการส่งข้อความสั้น ในลักษณะของการหลอกลวง ดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำต่อผู้หลอกลวงโดยทั่วไป หรือเป็นการหลอกลวงต่อประชาชน ฉะนั้นผู้เขียนจึงนำหลักกฎหมายความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามมาตรา 343 ประมวลกฎหมายอาญามาวิเคราะห์ ดังนี้

องค์ประกอบข้อที่หนึ่ง ผู้ใดแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งต่อประชาชน การแสดงข้อความอันเป็นเท็จสามารถกระทำได้หลายวิธีการ จะเป็นทางวาจา อากากรกิริยา ข้อความ อีเมลล์ หรือแม้แต่ ทาง SMS ซึ่งในที่นี้ผู้กระทำความผิดจะส่ง SMS โดยไม่ระบุว่าเป็นผู้ใด และหลอกลวงโดยการใช้ข้อความต่างๆ นานา ใน SMS เพื่อชักจูงใจผู้ถูกหลอกลวงให้หลงเชื่อ ซึ่งข้อความที่ระบุใน SMS ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อว่าเป็นจริง ประกอบกับการส่งข้อความเข้าโทรศัพท์มือถือ เพื่อหลอกให้ผู้รับข้อความ คลิ๊กลิงค์ดาวน์โหลดติดตั้งโปรแกรมธุรกรรมทางการเงิน ซึ่งถือว่าเป็นการหลอกลวงและธนาคารเองไม่มีนโยบายให้ติดตั้งผ่านลิงค์ผ่าน SMS ดังกล่าว เพราะได้เกิดกรณีที่มีผู้ถูกขโมยเงินในบัญชี ที่ภายหลังตรวจพบว่า มีโปรแกรมประเภท Trojan ทำหน้าที่แอบส่งข้อมูลความลับ รหัสต่างๆ ไปให้คนร้ายติดตั้งอยู่ในเครื่องโดยที่เจ้าของบัญชีไม่รู้ตัว หรือในกรณีการหลอกลวงจาก SMS ว่าเป็นเรื่องด่วนจากธนาคารว่าบัญชีที่ใช้งานจะหมดอายุหรือหลอกด้วยวิธีการให้ผู้รับ SMS เปิดเผยข้อมูลทางการเงินหรือข้อมูลส่วนตัวอื่นๆ โดยให้ Click Link ในอีเมลล์ หรือ SMS ดังกล่าวซึ่งจะเชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์ปลอม (Phishing Website) ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับหน้าจอ K-Cyber Banking ทุกประการ โดยเป็น URL ที่ไม่ใช่ของธนาคาร

หรือชื่ออื่นๆ ที่อาจจะมีชื่อคล้ายคลึงกับ URL ของธนาคาร หรืออาจอยู่ในรูปแบบการหลอกลวง โดยเก็บค่าบริการ SMS โดยผู้ใช้โทรศัพท์ที่มีต่อทั้งแบบเติมเงินและแบบจ่ายรายเดือน อาจถูกตัดเงินอัตโนมัติโดยไม่รู้ตัว เพียงเพราะสัมผัสลูกแบนเนอร์ในเว็บไซด์ต่างๆ ที่มีการวางโปรแกรมซ่อนเอาไว้ บางกรณีอาจอยู่ในรูปแบบของการโทรศัพท์ เข้ามายังเครื่องของผู้รับในระยะเวลาสั้นๆ เพื่อให้เกิด Miss Call คือ ทำให้เกิด SMS โทรกลับ เมื่อผู้รับโทรกลับต้องเสียค่าโทรในอัตราพิเศษ การหลอกลวงในกรณีนี้ จะสะกดโชว์เบอร์มา เช่นการทำให้เราเข้าใจว่า เป็นเบอร์พวก Voip หรือโทรราคาถูกจากต่างประเทศ

การหลอกลวงดังกล่าวข้างต้น อาจทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อว่าเป็นจริง ซึ่งกรณีการหลอกลวงด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จแก่ประชาชนโดยทั่วไป ถึงแม้ว่าคนที่ทราบข้อความอันเป็นเท็จมีกี่คนที่ทราบกันโดยทั่วไปหรือไม่ก็ไม่สำคัญ ถ้ามีผู้ใดผู้หนึ่งในบรรดาประชาชนทราบหลงเชื่อจนได้ทรัพย์สินไป ก็เป็นความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน

ถ้าการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหลอกลวงได้กระทำต่อนุคคลหลายคน โดยกระทำเป็นหลายกรรมต่างกัน ก็ให้เป็นความผิดหลายกระทงได้ ความสำคัญอยู่ที่เป็นการกระทำโดยแสดงเจตนาเดียวกันหรือไม่ เปรียบได้กับการส่ง SMS ไปยังบุคคลทั่วไปโดยไม่ระบุชื่อ แต่จะมีบุคคลหนึ่งหรือหลายคนในกลุ่ม SMS เหล่านั้น ที่ถูกหลอกและหลงเชื่อ จนมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้หลอกลวงไป จึงเข้าองค์ประกอบความผิดในข้อนี้

องค์ประกอบข้อที่สอง การแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งต่อประชาชนต้องเป็นการกระทำต่อนุคคล โดยการหลอกลวงทาง SMS นี้ เมื่อผู้กระทำความผิดส่ง SMS ไปยังผู้ถูกหลอกลวงที่เปิดอ่าน SMS ไม่ว่าจะเป็นการหลอกโดยการคลิกลิงค์ดาวน์โหลดให้ติดตั้งโปรแกรมธุรกรรมทางการเงิน หรือโดยให้ Click Link ในอีเมลล์ หรือ SMS ดังกล่าว ซึ่งจะเชื่อมต่อไปยังเว็บไซด์ปลอม (Phishing Website) ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับหน้าจอ K-Cyber Banking ทุกประการ โดยเป็น URL ที่ไม่ใช่ของธนาคาร หรือเพราะสัมผัสลูกแบนเนอร์ในเว็บไซด์ต่างๆ ที่มีการวางโปรแกรมซ่อนเอาไว้ หรืออาจจะสะกดโชว์เบอร์มา เช่น การทำให้เราเข้าใจว่าเป็นเบอร์พวก Voip หรือโทรราคาถูกจากต่างประเทศ จึงแสดงให้เห็นว่า วัตถุประสงค์การกระทำเป็นการหลอกลวงบุคคล จึงเข้าองค์ประกอบความผิดที่ว่า “หลอกลวงผู้อื่น”

องค์ประกอบข้อที่สาม เมื่อเข้าองค์ประกอบข้อแรกและข้อที่สองแล้ว การหลอกลวงโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งต่อประชาชน มีผลทำให้ผู้หลอกลวงได้ไป ซึ่งทรัพย์สินจากประชาชนผู้ถูกหลอกลวง และการหลอกลวงทาง SMS ในกรณีนี้จะทำการหลอกลวงด้วยการส่งข้อความอันเป็นเท็จ เพื่อให้ผู้ถูกหลอกลวงหลงเชื่อ และ

คลิกลิงค์ดาวน์โหลดเพื่อติดตั้งโปรแกรมธุรกรรมทางการเงิน หรือ Click Link ในอีเมลล์ หรือ SMS หรือเพียงเพราะสัมผัสถูกแบนเนอร์ในเว็บไซต์ต่างๆ ที่ได้มีการวางโปรแกรมซ่อนเอาไว้ หรือเป็นการส่งข้อความมาหลอกกว่าเป็นเบอร์พวก Voip หรือโทรราคาถูกจากต่างประเทศ แล้วให้โทรกลับไปที่ความเป็นจริงกลับโทรไปในราคาที่แพงกว่า ซึ่งการส่ง SMS หลอกหลวงดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า ผู้หลอกหลวงประสงค์ต่อทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกหลวง และในกรณีการหลอกหลวงได้ไป ซึ่งหมายเลขบัตรเครดิต หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน หรือข้อมูลอย่างใดๆ ที่เป็นข้อมูลส่วนตัว ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า สิ่งเหล่านี้เป็นวัตถุไม่มีรูปร่างและอยู่ในรูปของอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถประมวลผลได้ อีกทั้ง เป็นสิ่งที่มีคุณค่าสำหรับเจ้าของข้อมูล จึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินด้วยเช่นกัน

ส่วนการหลงเชื่อทำให้ผู้ถูกหลอกหลวงส่งมอบทรัพย์สินของตน หรือของบุคคลที่สามนั้น จะต้องเป็นการส่งมอบให้ในลักษณะการโอนกรรมสิทธิ์ กล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่าเป็นการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เจ้าของข้อมูลนั้นจะไม่สามารถใช้ข้อมูลเหล่านั้นได้อีก จึงจะเข้าความผิด ลักษณะความผิดฐานฉ้อโกง หากข้อมูลที่ได้ไปนั้นเจ้าของข้อมูลยังสามารถใช้ข้อมูลเหล่านั้นได้ (ยังไม่ถูกตัดกรรมสิทธิ์) จึงเป็นการเอาไปซึ่งการครอบครองในทรัพย์สินเท่านั้นและไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกงประชาชนซึ่งจะเป็นความผิดดังกล่าวนี้ได้ ต้องเป็นการได้ไปในลักษณะการโอนกรรมสิทธิ์ก่อน

องค์ประกอบข้อที่สี่ เจตนาภายใน คือ เจตนาธรรมดาและมูลเหตุจูงใจโดยทุจริต เมื่อผู้กระทำส่ง SMS เพื่อหลอกหลวง รวมถึงสร้าง SMS ปลอมขึ้นมา จะเห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะได้ข้อมูลของผู้ถูกหลอกหลวง อีกทั้งรู้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดฐานฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 ในประมวลกฎหมายอาญา

จึงสรุปได้ว่า การลวงละเมิดโดยการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกหลวงนี้ จะเป็นการผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับเจตนาและองค์ประกอบความผิดข้อที่สาม ดังนี้

1) ถ้ากรณีผู้หลอกหลวงได้ไปซึ่งข้อมูล เช่น หมายเลขบัตรเครดิต หรือเลขที่บัตรประชาชน ถ้าเจ้าของข้อมูลไม่สามารถใช้ข้อมูลนั้นได้อีก จึงถือว่าเป็นการเอาไปลักษณะการโอนกรรมสิทธิ์ ส่วนกรณีที่เจ้าของข้อมูลนั้น ยังสามารถใช้ข้อมูลดังกล่าวนี้ได้ไม่เป็นการได้ไปในลักษณะการโอนกรรมสิทธิ์ จึงไม่เป็นการผิดฐานฉ้อโกงประชาชน

2) กรณีการที่ผู้หลอกหลวงได้ไปซึ่งทรัพย์สิน ถ้าเป็นกรณีผู้หลอกหลวงได้ไปซึ่งทรัพย์สินก็ถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน แต่ถ้าผู้หลอกหลวงยังไม่ได้ทรัพย์สินดังกล่าวไปจากผู้ถูกหลอกหลวงถือได้ว่า ยังไม่เป็นการผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ซึ่งในบางกรณีการส่ง SMS เพื่อหลอกหลวงนั้น ผู้หลอกหลวงอาจไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินก็จริง แต่ก็เป็นการก่อความรำคาญให้กับผู้ถูก

หลอกลวง ซึ่งเป็นกรรบกรนการใช้ชีวิตความเป็นอยู่ และอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินตามมาอีกด้วย

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรจะบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยเฉพาะโดยกำหนดให้มีบทลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา ซึ่งการหลอกลวงบางกรณีที่ถูกหลอกลวงไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน ไป ก็อาจก่อความรำคาญแก่ผู้ถูกหลอกลวงซึ่งถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความส่วนตัวของประชาชน

ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นสรุปได้ว่า กฎหมายที่มีโทษทางอาญาของไทยที่เกี่ยวข้องกับกรณีการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวง ยังขาดประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะที่บัญญัติให้ส่งข้อความสั้น หลอกลวงผู้อื่น ให้เขาเสียหายแก่ทรัพย์สินเป็นความผิดตามกฎหมาย คงมีแต่บทบัญญัติกฎหมายของอาญาซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 343 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการหลอกลวงประชาชน ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้ ยังไม่คุ้มครองผู้ที่ถูกหลอกลวงจากการส่งข้อความสั้นในลักษณะหลอกลวงได้อย่างตรงจุดและมีประสิทธิภาพเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในกรณีนี้ได้ ซึ่งถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่สมควรได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน

ส่วนในกรณีการฟ้องคดีทางแพ่ง การหลอกลวงโดยการส่งข้อความสั้นนั้น ถือเป็นการล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลอย่างหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิด ความเดือดร้อนรำคาญหรืออาจทำให้เสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวง แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ส่วนในกรณีการฟ้องคดีทางแพ่ง การหลอกลวงโดยการส่งข้อความสั้นนั้น ถือเป็นการล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลอย่างหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรืออาจทำให้เสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวง และการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลดังกล่าว ได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้บริโภคโดยทั่วไป ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้ได้มีการร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่รับเรื่องร้องเรียนต่างๆ แต่รัฐไม่อาจใช้มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองได้ เพราะยากต่อการตรวจสอบหรือพิสูจน์หลักฐานว่าใครเป็นผู้ส่งข้อความหลอกลวงดังกล่าวอันเป็นการรบกวนต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวนั้น

ในกรณีการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการหลอกลวง เป็นการกระทำที่เกิดขึ้น โดยมีเจตนาหลอกลวงบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้เสียหายแก่ทรัพย์สิน ซึ่งการหลอกลวงดังกล่าวนี้ อาจทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ถูกหลอกลวงหรือไม่ก็ได้ และถ้าเป็นกรณีที่ผู้ถูกหลอกลวงเสียหายซึ่งทรัพย์สิน

จะถือได้ว่า เป็นการกระทำละเมิด แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สินก็จะ เป็นเพียงแค่การ รบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งก่อให้เกิดความรำคาญ เพราะ การส่งข้อความในลักษณะนี้ โดยส่วนมากมักจะไม่ได้ระบุถึงแหล่งที่มาของข้อความ และการส่งจะมีลักษณะการส่งมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งยากต่อการตรวจสอบและยากต่อการที่จะยกเลิกการส่งข้อความดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองด้านกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่อง ละเมิดนั้น เป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ เพราะถ้ามีการกระทำผิดเกิดขึ้นก็เพียงแค่ฟ้องคดีเรียก ค่าสินไหมทดแทนเพียงเท่านั้น น่าจะมีบทลงโทษเกี่ยวกับเรื่องการส่งข้อความสั้นในลักษณะของ การหลอกลวงดังกล่าวนี้ไว้เป็นการเฉพาะ

นอกจากนี้ จากการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาใช้บังคับกับกรณีที่มีการส่งข้อความสั้น ในลักษณะหลอกลวงได้ในบางกรณี แต่ไม่สามารถครอบคลุมการส่งข้อความสั้นในลักษณะ หลอกลวงได้ทั้งหมด กล่าวคือ

อย่างไรก็ดี รูปแบบการทำงานของบริการรับส่งข้อความสั้นของโทรศัพท์มือถืออื่น นั้น ถือไม่ได้ว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เพราะรูปแบบการทำงานของบริการ รับส่งข้อความสั้นของโทรศัพท์มือถืออื่น เป็นการงานของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่งเท่านั้น มิได้มีอุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการ กำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ ทำหน้าที่ ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ ตามกำนิยามของ “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำนองเดียวกับที่เครื่องโทรสารมิได้เป็น “ระบบคอมพิวเตอร์” แต่เป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่ง เท่านั้น

ส่วนมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ใช้กับการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ รบกวนการใช้คอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น โดยปกติสุข โดยมาตรา 11 บัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือเปลี่ยนแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวน การใช้ระบบข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุขต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1 แสนบาท” ซึ่งความผิดตามมาตรา 11 นี้ เป็นการบัญญัติเอาผิดแก่การกระทำที่ปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มา ในการส่งข้อความ อันเป็นการรบกวนการใช้คอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยปกติสุข จากองค์ประกอบ ของความผิดของมาตรานี้ คือ

- 1) ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่น เมื่อคำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบ

คอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้ให้นิยามของ “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อมูลที่ได้สร้าง ส่ง เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือ โทรสาร และคำว่า “จดหมายอิเล็กทรอนิกส์” ก็อยู่ในความหมายของ “ระบบข้อมูลทางคอมพิวเตอร์” ด้วย แต่ที่มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะนั้น ก็เพื่อให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ดังนั้นการส่งข้อความสั้น การส่งข้อความสั้นในลักษณะล่อกลวงจึงถือเป็นการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ แก่บุคคลอื่นด้วยเช่นกัน

2) โดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว คือการ กระทำใดๆ ที่ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล และส่งผลให้ไม่อาจตรวจสอบได้ทางระบบข้อมูลการจราจรทางคอมพิวเตอร์ มิใช่การปกปิดหรือปลอมแปลง โดยการใช้ชื่อจริงหรือใช้นามแฝง

ดังนั้น การส่งข้อความสั้นในลักษณะล่อกลวง อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ หากผู้ส่งข้อความได้กระทำการใดๆ ที่ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล และส่งผลให้ไม่อาจตรวจสอบได้ทางข้อมูลระบบจราจรทางคอมพิวเตอร์

3) อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข

ดังนั้น หากเป็นการส่งข้อความสั้นในลักษณะของการล่อกลวง ไปรบกวนผู้อื่นที่มีความรุนแรงโดยใช้มาตรฐานของวิญญูชนในการวัด จึงถือได้ว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้

สรุป คือ ผู้ที่ส่งข้อความสั้นในลักษณะล่อกลวง โดยปกปิด หรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว ถือเป็นการผิดตามมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ส่วนมาตรา 14 พระราชบัญญัติด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น ได้ระบุว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งมีข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับกฎหมายความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะเป็นลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้”

จากองค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้ จะได้ว่าทุกอนุมาตราของความผิดตามมาตรานี้ ต้องเป็นการ “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์” หมายถึง การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือ โปรแกรม ซอร์ฟแวร์ต่างๆ เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่จากที่ได้ทำศึกษาข้างต้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า รูปแบบการทำงานของบริการรับส่งข้อความสั้นของโทรศัพท์มือถือชิ้นนั้น เป็นการทำงานของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่งเท่านั้น มิได้มีอุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ ที่เชื่อมต่อการทำงานเข้าด้วยกัน โดยมีได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานใช้ อุปกรณ์ หรือ ชุดอุปกรณ์ที่ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติตามคำนิยามของ “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

ดังนั้น การส่งข้อความสั้น ไม่ว่าจะส่งทางอินเทอร์เน็ต โดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือโดย Palm หรือ Pocket หรือ PC หรือ Ipod Touch หรือโทรศัพท์มือถือบางรุ่นที่สามารถประมวลผลข้อมูลได้ ไม่ถือว่าเป็น “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัตินี้

ฉะนั้น เมื่อความผิดตามมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ต้องมีลักษณะเป็นการ “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ” แต่การส่งข้อความสั้นนี้ เป็นการส่งหรือนำข้อมูลเข้าสู่รูปแบบการรับส่งข้อความสั้นของโทรศัพท์มือถือ ไม่ถือเป็นระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น การส่งข้อความสั้นในลักษณะล่อกลวงจึงไม่สามารถนำมาใช้เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และเขตการปกครองพิเศษฮ่องกง พบว่าประเทศดังกล่าว ได้กำหนดให้การส่งข้อความสั้นไม่พึงประสงค์เป็นความผิดตามกฎหมาย โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือ

1) ประเทศ สหรัฐอเมริกา

ได้กำหนดไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้ใช้โทรศัพท์ (Telephone Consumer Protection Act 1991 -- TCPE) และกฎหมายควบคุมโฆษณาสื่อลามกที่ไม่พึงประสงค์ (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act-CAN-SPAM Act) ในปี ค.ศ. 2003 โดยมีคณะกรรมการกลางการค้า (Federal Trade Commission-FTC) เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลภายใต้ CAN-SPAM Act of 2003

(1) กฎหมายคุ้มครองผู้ใช้โทรศัพท์ (Telephone Consumer Protection Act 1991 -- TCPE) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำการตลาดทางโทรศัพท์ไว้ โดยกำหนดว่า ห้ามการโทรโดยการต่อสายอัตโนมัติ และการใช้เสียงบันทึกไว้ใน TCPE ดังนั้น ตามกฎหมาย TCPE การส่งข้อความสั้นจะต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งล่วงหน้าจากผู้รับเสียก่อน คือ หลักการเลือกที่จะรับ (Opt-In) ซึ่งคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการสูงกว่าระบบเลือกที่จะไม่รับ (Opt-Out)

(2) กฎหมายควบคุมโฆษณาที่ลามกที่ไม่พึงประสงค์ (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing Act-CAN-SPAM Act) ในปี ค.ศ. 2003 เป็นกฎหมายระดับรัฐบาลกลางโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมปัญหาสแปม โดยกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้แทนกฎหมายสแปมในระดับมลรัฐกว่า 35 มลรัฐ

จุดอ่อนของกฎหมาย CAN-SPAM Act คือ ออกแบบมาสำหรับการส่งอีเมลล์ทางอินเทอร์เน็ตเป็นหลัก แต่ไม่สามารถใช้กับกรณีการส่งข้อความสั้นจากโทรศัพท์มือถือเครื่องหนึ่งไปยังอีกเครื่องหนึ่งได้

กฎหมายฉบับนี้ เลือกที่จะใช้ระบบ “เลือกที่จะไม่รับ” คือ ให้บริโกลแก่ไปยังผู้ส่งว่าไม่ประสงค์จะรับข้อความนั้นอีก ซึ่งทำให้ผู้ส่งข้อความใช้ช่องว่างทางกฎหมายส่งข้อความได้จนกว่าผู้รับข้อความจะเป็นเลือกที่จะไม่รับข้อความที่ถือว่าเป็นสแปมนั่นเอง

ส่วนการเลือกใช้หลักการ “เลือกที่จะไม่รับ” (Opt-Out) ผู้รับข้อความต้องส่งข้อความกลับเพื่อแจ้งว่าตนไม่ประสงค์ที่จะรับข้อความอีกต่อไป ดังนั้นผู้ส่งรายอื่นย่อมสามารถส่งข้อความไม่จบสิ้น นอกจากนี้ ยังทำให้กลายเป็นเรื่องถูกกฎหมายไปจนกว่าผู้รับจะเป็นคนบอกละเลิก

โทษตามกฎหมาย CAN-SPAM Act บุคคลทั่วไปที่ได้รับการโทรที่ฝ่าฝืน TCPE สามารถดำเนินคดีได้ด้วยตัวเอง และเรียกค่าเสียหายได้ 500 เหรียญสหรัฐ ต่อการฝ่าฝืนแต่ละครั้ง และศาลสามารถให้ค่าเสียหายเพิ่มถึงสามเท่า หากเห็นโดยชัดแจ้งว่าการฝ่าฝืนนั้นกระทำโดยการจงใจ

ส่วน CAN-SPAM Act นั้น กำหนดว่า หลังจากที่ผู้รับเลือกที่จะไม่รับข้อความอีกต่อไปการส่งข้อความมายังผู้รับนั้น ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย CAN-SPAM Act และต้องเสียค่าปรับตามที่กฎหมายกำหนด

2) ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่งที่มีการออกกฎหมายภายในของตนเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1978 ว่าด้วยประมวลผลข้อมูลเอกสารและเสรีภาพ เป็นกฎหมายเฉพาะที่มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล กฎหมายฉบับนี้ได้จัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นมาองค์กรหนึ่งมีชื่อว่า คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการประมวลผลข้อมูลและเสรีภาพ (La Commission Nationale de l' Informatique et Des Libertes-CNIL) ทำหน้าที่หลักในการควบคุมดูแล

ให้การกระทำการใดๆ ที่เกี่ยวข้องข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปตามรัฐบัญญัติในส่วนของ การส่งข้อความที่ไม่พึงประสงค์ อันเป็นการคุกคามความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล เช่น E-mail address หรือหมายเลขโทรศัพท์ส่วนตัวนั้น ในระยะแรกเลือกใช้วิธีเลือกที่จะไม่รับ (Opt-Out) ต่อมาเลือกวิธีที่จะรับ (Opt-In) แทน

อาจกล่าวได้ว่า ในภาพรวมนั้นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลเป็นสำคัญ ซึ่งสะท้อนจากมาตรการเลือกที่จะรับ (Out -In System) ที่ถูกใช้เป็นมาตรการหลักในการโฆษณา สินค้าและบริการต่างๆ ผ่านเทคโนโลยีโทรคมนาคมสมัยใหม่ แต่ก็ยังมีช่องว่างจากการบัญญัติ ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนซึ่งอาจเป็นผลมาจากความยากลำบากที่ไม่สามารถหาถ้อยคำมาใช้ในการปกป้อง คุ้มครองสิทธิของบุคคลจากเทคโนโลยีโทรคมนาคมที่รุดหน้าอย่างไม่หยุดยั้งได้

3) สหราชอาณาจักร

กฎหมายของสหราชอาณาจักรมีกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับความเป็นส่วนตัวในกิจการโทรคมนาคม คือ กฎหมายว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ Privacy and Electronic Communications Regulations 2003 หรือ (PECR) เป็นกฎหมายระดับรองที่เรียกว่า Statutory Instrument ซึ่งเทียบเท่าพระราชกำหนดของประเทศไทย โดยมี Information Commissioner's Office (ICO) หรือสำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารเป็นองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว

เนื่องจากสหราชอาณาจักรเป็นหนึ่งในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป จึงได้รับอิทธิพลทางนโยบายมาจาก (Directive on Privacy and Electronic Communications) หรือ E-Privacy Directive ทำให้มีแนวทางจัดการปัญหาแบบ Opt-In ซึ่งต่างจากแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาและใกล้เคียงกับประเทศอื่นๆ ของยุโรปมากกว่า

โดยเนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้ เกี่ยวข้องกับการประชาสัมพันธ์ทางโทรคมนาคมทุกชนิด เช่น โทรศัพท์ โทรสาร อีเมล เป็นต้น นอกจากนี้ ยังกำกับดูแลข้อมูลส่วนตัวอื่นๆ ของผู้บริโภคด้วย เช่น การรักษาความลับและข้อมูลส่วนตัวของผู้บริโภค ถึงแม้ว่าใน PECR จะไม่มีบทบัญญัติข้อใดที่กล่าวถึง ข้อความสั้น โดยตรง แต่มันถูกนับรวมอยู่ในนิยามของไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเขียนไว้ว่า “ข้อความ เสียง หรือรูปภาพ ที่ส่งผ่านเครือข่ายการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์สาธารณะฯ” จึงทำให้กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับอีเมลสามารถใช้กับข้อความสั้นได้ด้วย และกฎหมายว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือ PECR ยังใช้หลักการเลือกที่จะรับ (Opt-In) ซึ่งคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการสูงกว่าระบบเลือกที่จะไม่รับ (Opt-Out) มาใช้กับการรับข้อความไม่พึงประสงค์อีกด้วย ในกฎหมาย PECR ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประชาสัมพันธ์

ผ่านโทรศัพท์และโทรสาร ซึ่งใช้แนวทาง Opt-Out PECR ได้กำหนดให้ Ofcom เป็นผู้ดูแลฐานข้อมูลเลขหมายที่ไม่ต้องการประชาสัมพันธ์ผ่านโทรศัพท์และโทรสาร (Telephone Preference Service หรือ TPS) ซึ่งเทียบได้กับ Do-Not-Call List ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ส่วนกฎหมายปกป้องข้อมูลส่วนตัว (Data Protection Act of 1998 หรือ DPA) มีผลบังคับใช้เมื่อ ค.ศ. 2000 มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับปกป้องข้อมูลส่วนตัวของปัจเจกบุคคลที่อยู่ในความครอบครองขององค์กรหรือบุคคลอื่น โดยครอบคลุมทั้งข้อมูลที่อยู่ในรูปกระดาษและข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

นอกจากนี้ ยังมีองค์กรอิสระที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม (Office of Communication (Ofcom)) มีฐานะใกล้เคียงกับคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)

4) ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียใช้กฎหมาย Spam Act of 2003 กฎหมายฉบับนี้ถูกตราขึ้นเพื่อกำกับดูแลปัญหา Spam โดยเฉพาะ มีเนื้อหาครอบคลุมทั้ง E-Mail SMS MMS และ Instant Message (IM) แต่ไม่รวมถึงการสนทนาทางโทรศัพท์และโทรสาร และทางรัฐบาลออสเตรเลียได้ออกประกาศเพิ่มเติมชื่อ Spam Regulations 2004 เพื่อระบุนั้นตอนในการบอกเลิกข้อความว่าห้ามคิดค่าใช้จ่ายในการบอกเลิกและต้องใช้ช่องทางที่สะดวกและเป็นที่ยอมรับกันได้โดยทั่วไป

สำหรับการละเมิดข้อห้ามของ Spam Act of 2003 หนึ่งครั้ง (นับจดหมาย 1 ฉบับ มีโทษปรับ 20 หน่วย) โดยสามารถกำหนดโทษปรับได้ไม่เกิน 1000 หน่วย โทษสูงสุดที่ MCMA เคยสั่งปรับอยู่ที่ 22 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย ถือเป็นประเทศที่มีข้อกำหนดและนโยบายด้าน Spam ที่ก้าวหน้าและครบถ้วนที่สุดในบรรดาประเทศทั้งหมดที่ทำการศึกษา โดยครอบคลุมถึงการสื่อสารผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์เกือบทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็น E-Mail SMS MMS และ IM แต่ไม่รวมการสนทนาทางโทรศัพท์และโทรสาร แนวทางของประเทศออสเตรเลียคือ Opt-In แต่ใช้ชื่อเรียกว่า Inferred Consent ตามกฎหมาย Spam Act of 2003 ของออสเตรเลียระบุเงื่อนไขชัดเจนว่า ผู้ส่งต้องไม่ปิดบังตัวตน และต้องมีช่องทางการบอกเลิก การรับข้อความด้วย ซึ่งต้องดำเนินการยกเลิกให้แล้วเสร็จโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังมีมาตรการเชิงรุกต่างๆ เช่น เปิดศูนย์รับแจ้ง Spam

5) เขตปกครองพิเศษฮ่องกง

เขตปกครองพิเศษฮ่องกง ใช้แนวทางแบบ Opt-In ครอบคลุมถึง E-Mail SMS MMS โทรสาร และ เทปบันทึกเสียง ที่ใช้สนทนาทางโทรศัพท์ โดยผู้ส่งต้องระบุชื่อ ตัวตน และแจ้ง

วิธีการบอเลิกการรับข้อความ รวมทั้งมีศูนย์ข้อมูลลงทะเบียน Do-Not-Call Registration สำหรับผู้ที่ไม่ต้องการรับข้อความ เพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการส่ง Spam ไปยังหมายเลขที่ลงทะเบียน

ดังนั้น ปัญหาการไม่มีมาตรการในการควบคุมดูแลความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการ ซึ่งเป็นผู้บริโภคในกิจการ โทรคมนาคมเป็นการเฉพาะนั้น เมื่อเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และเขตปกครองพิเศษฮ่องกง ซึ่งทั้ง 5 ประเทศ มีการบัญญัติกฎหมาย และมีมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่าเป็นระบบและชัดเจน ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการบัญญัติกฎหมาย เพื่อเป็นการดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการส่งข้อความสั้น ในลักษณะหลอกลวงที่เป็นการเฉพาะ เพื่อใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพและตรงจุดต่อไป