

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ ที่จะเกิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว*

Legal Measures for Controlling Commercial Telephone Use Infringing on Privacy

ศุจนารถ โพธิ์ทอง**
Dudjanart Pothong

บทคัดย่อ

การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ เป็นการนำโทรศัพท์มาเป็นเครื่องมือในการประกอบธุรกิจที่เกินขอบเขตโดยที่ผู้รับไม่ได้เรียกร้องเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่น เช่น โทรเพื่อการพาณิชย์โดยไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้รับมาก่อน การโทรซ้ำกันหลายครั้ง เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทกฎหมายใดโดยเฉพาะในการที่จะเอาผิดกับผู้กระทำการละเมิดสิทธิดังกล่าว แม้จะมีการนำเอาโทษทางแพ่งเกี่ยวกับละเมิดมาใช้แก้ไขเยียวยาความผิดที่เกิดขึ้น แต่ก็ไม่สามารถที่จะใช้บังคับแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิได้อย่างครอบคลุมในทุกกรณี ดังนั้นประเทศไทยจึงควรบัญญัติกฎหมายเฉพาะไว้ให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา พร้อมทั้งควรจัดให้มีมาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ เช่น มาตรการจัดตั้งบัญชีผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์ ทั้งนี้ด้วยการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป

Abstract

The phenomenon of “unsolicited phone calls” is regarded as the use of the telephone as a commercial device for taking excessive rights over other persons or as an invasion of privacy. This would include the making of commercial phone calls without knowing the individual receiver, repeating phone calls, etc. At present, Thailand has no legislation that clearly specifies a penalty provision to be

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่จะละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว.

**นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาบริหารงานยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

enforced against those who make unsolicited phone calls of this type. In fact, the penalty provision under tort law has been adopted as the closest law to remedy damages caused by such unsolicited phone calls. As a result, Thailand should initiate government legislation specifying that such acts are criminal offenses, together with penalties. These measures should be taken to protect the rights of telephone users, and should include provisions for the registration of blacklisted numbers. This could be facilitated by conducting comparative study on the communication laws of the United States of America and the European Federation.

คำสำคัญ: โทรรบกวน โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ โทรศัพท์ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

Keywords: Disturbing Phone Calls, Unsolicited Commercial Phone Calls, Privacy Infringed Calls

บทนำ

การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ เป็นการใช้โทรศัพท์ติดต่อสื่อสารไปยังผู้ใช้บริการโทรศัพท์ซึ่งเป็นผู้บริโภค เพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณาหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการพาณิชย์อย่างเกินขอบเขตจนไปกระทบสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น ซึ่งการใช้โทรศัพท์เพื่อทำการพาณิชย์ที่อยู่ในขอบเขตความพอดีและเหมาะสมโดยปกติสามารถทำได้ ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ให้การรับรองไว้ตามมาตรา 36 วรรคแรก ความว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย” แต่ทั้งนี้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ตามมาตรา 28 วรรคแรก เท่านั้น

สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งทั่วโลกให้การรับรองในระดับกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้มีการรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิมนุษยชน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948)¹ ข้อ 12 ที่กำหนดไว้ว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกสอดโดยพลการในความเป็นส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถานหรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบลู่ในเกียรติยศชื่อเสียง บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายต่อการแทรกสอดหรือการลบลู่ดังกล่าว”²

¹United Nations General Assembly Resolution 217A (III), United Nations Doc. A/810 at 71 (1948).

²Universal Declaration of Human Rights, Article 12.

No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

ประเทศไทยได้รับเอาหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 ระบุว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง” ซึ่งในทางวิชาการ สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) หมายความว่า สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง โดยปลอดจากการแทรกสอดในความเป็นอยู่ส่วนตัว ทำให้ได้รับความอับอาย เดือดร้อนรำคาญใจ หรือนำภาพหรือชื่อไปใช้ประโยชน์ในทางแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ³

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบการพาณิชย์ใช้โทรศัพท์เป็นเครื่องมือในการติดต่อสื่อสารไปยังผู้ใช้บริการโทรศัพท์ ทั้งในรูปแบบของการโทรด้วยตัวบุคคล (พนักงานขายทางโทรศัพท์) หรือการส่งข้อความสั้น (Short Message Service: SMS) เพื่อจุดประสงค์ในการโฆษณาหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการ ด้วยการโทรไปยังหมายเลขต่าง ๆ หลายครั้ง SMS ซ้ำ ๆ กัน หรือโทรโดยไม่เลือกช่วงเวลาที่เหมาะสม หรือโทรโดยใช้ระบบการต่อสายอัตโนมัติ ซึ่งผู้ใช้บริการโทรศัพท์ที่ไม่ได้เรียกร้องให้มีการโทร (Unsolicited calling) จึงเป็นการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่น ซึ่งเป็นปัญหาที่สร้างความเดือดร้อนรำคาญใจให้แก่ผู้รับสายเป็นอย่างมากในปัจจุบัน

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายใดที่คุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการละเมิดโดยการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ไว้เป็นการเฉพาะ จะมีก็แต่เพียงการนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้โดยอนุโลมเป็นเรื่องๆ ไป ซึ่งไม่สามารถปรับใช้ได้ในทุกกรณี ทำให้ยังมีการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วยวิธีการนี้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าสหภาพยุโรปหรือประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการใช้โทรศัพท์เพื่อโฆษณาหรือขายสินค้าหรือบริการไว้แล้ว ด้วยการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและมีการกำหนดโทษไว้ทำให้ปัญหาดังกล่าวลดจำนวนลงมาก ทั้งสามารถลงโทษผู้ละเมิดสิทธิและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิได้ด้วย และเนื่องจากรูปแบบของการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้บริการในกิจการโทรคมนาคมของไทย สหรัฐอเมริกาและประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความคล้ายคลึงกันมาก ผู้ศึกษาจึงได้วิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ และปัญหาข้อขัดข้องในการนำกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้ พร้อมทั้งเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ด้วยการศึกษาเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์กรณีปัญหาใน 4 ประเด็น สามารถสรุปได้ดังนี้

³กุลพล พลวัน, “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว กับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย,” หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, 13 กันยายน 2548, ปีที่ 28 ฉบับที่ 10048.

1. ปัญหาการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์เพื่อการโฆษณาหรือการเสนอขายสินค้าหรือบริการ

เมื่อโทรศัพท์ได้กลายมาเป็นอุปกรณ์ที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตประจำวันและอยู่ใกล้ชิดติดตัวคนในสังคมปัจจุบันมากที่สุด จึงเป็นช่องว่างให้ผู้ค้าบางรายฉวยโอกาสใช้โทรศัพท์เพื่อประกอบกิจกรรมส่งเสริมการขายอย่างเกินขอบเขตซึ่งถือเป็นการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมเป็นอย่างมาก ก่อให้เกิดสภาพปัญหาของการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์หลากหลายรูปแบบ ดังนี้

1.1 ปัญหาเรื่องความมีนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้โทรและผู้รับ การใช้โทรศัพท์เพื่อทำการพาณิชย์นั้นมีการใช้กันอย่างแพร่หลายและมีจำนวนผู้ใช้เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งการใช้โทรศัพท์ในเชิงพาณิชย์นี้ควรจำกัดไว้แต่เฉพาะผู้ที่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน หรือผู้ที่ได้อนุญาตไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่าให้สามารถติดต่อเพื่อเชิงพาณิชย์ได้ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดการโทรนั้นไปละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้รับ แต่เนื่องจากปัจจุบันมีการใช้โทรศัพท์เพื่อทำการพาณิชย์อย่างไร้ขอบเขตจำกัด จึงทำให้เกิดผลกระทบและสร้างความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้ที่ไม่ต้องการรับสายเชิงพาณิชย์ดังกล่าว

1.2 ปัญหาเรื่องความถี่และจำนวนครั้งในการโทร ผู้ใช้โทรศัพท์บางรายต้องรับสายโทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์จากบริษัทหรือองค์กรที่ทำการตลาดทางโทรศัพท์ทุกวัน หลาย ๆ ครั้งซ้ำกัน ผ่านทางพนักงานขายทางโทรศัพท์ และผ่านข้อความสั้น (SMS) เพื่อให้เปิดใช้งานเพลงรอสาย ดูดวง เป็นต้น เนื่องจากระบบของโทรศัพท์ไม่สามารถปฏิเสธที่จะไม่รับสายหรือข้อความนั้นได้ และถึงแม้ว่าเจ้าของโทรศัพท์จะไม่เปิดอ่านข้อความโฆษณาเหล่านั้น ก็จะต้องเสียเวลาลบข้อความดังกล่าวออกจากโทรศัพท์ ทำให้เกิดความหงุดหงิดรำคาญ อาจถึงขนาดที่ผู้ใช้โทรศัพท์บางรายไม่สามารถดำเนินชีวิตประจำวันอย่างปกติสุขได้

1.3 ปัญหาเรื่องช่วงเวลาที่ใช้ทำการโทรศัพท์เชิงพาณิชย์ การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ส่วนใหญ่จะใช้วิธีการโฆษณาประชาสัมพันธ์เพื่อกระตุ้นการขายของตนทุกเวลาที่ทำได้ ผู้ประกอบการบางรายได้ทำการพาณิชย์ผ่านโทรศัพท์โดยไม่รู้จักกาลเทศะ เช่น โทรมาในยามวิกาลหรือในช่วงเวลาที่ไม่เหมาะสม ผู้รับสายบางรายต้องยอมทำตามข้อเสนอเพื่อตัดความรำคาญ หรือเปลี่ยนเบอร์โทรศัพท์เพื่อหนีจากสายที่ไม่พึงประสงค์เหล่านั้น

1.4 ปัญหาเรื่องการต่อสายโทรศัพท์โดยระบบอัตโนมัติ ปัญหานี้จะมีลักษณะของการต่อสายโดยผู้โทรจะทำการอัดเสียงสนทนาไว้ก่อน แล้วจึงทำการต่อสายโทรศัพท์โดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์มาเป็นตัวต่อสายแทนพนักงานขายทางโทรศัพท์ ปัญหาที่เกิดจากการต่อสายอัตโนมัตินี้คือมักจะมีการทิ้งสายให้ผู้รับต้องเสียเวลารอ บางกรณีผู้รับโทรศัพท์ต้องจ่ายเงินจากเวลาที่รอสายนั้นด้วยวิธีการต่อสายอัตโนมัติสามารถติดต่อผู้ใช้บริการโทรศัพท์ได้จำนวนมากในเวลาอันจำกัดทำให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนจำนวนมากได้ในระยะเวลาดังกล่าว

1.5 ปัญหาเรื่องการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน ปัจจุบันองค์กรเอกชนหลายหน่วยงานมีข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าของตนไว้ในความครอบครอง โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้นั้นทั้งหมดรวมถึงหมายเลขโทรศัพท์ด้วย ปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัวนี้เกิดจากบุคลากรที่อยู่ในองค์กรเอกชนซึ่งมีหน้าที่จัดเก็บและดูแลข้อมูล เช่น ข้อมูลของลูกค้าธนาคาร ลูกค้าผู้ใช้บริการโทรศัพท์ เป็นต้น ผู้มีหน้าที่เหล่านี้เป็นผู้ทำการเปิดเผยโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลเพราะต้องเดือดร้อนรำคาญจากการรับสายพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์และไม่ได้เรียกร้องดังกล่าว ซึ่งปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายใดวางหลักในการคุ้มครองและควบคุมดูแลให้มีการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของเอกชนไว้

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของผู้ใช้โทรศัพท์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองผู้ใช้โทรศัพท์ (Telephone Consumer Protection Act 1991: TCPA)⁴ โดยจัดให้มีมาตรการคุ้มครองสิทธิด้วยการจัดให้มีการลงทะเบียนหมายเลขโทรศัพท์ในบัญชีผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์แห่งชาติ (the National Do-not-Call list) และมีการกำหนดให้ผู้ทำการตลาดทางโทรศัพท์ต้องจัดให้มีบัญชีผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์ของตนเอง มีการกำหนดช่วงเวลาในการทำการพาณิชย์ไว้ว่าจะสามารถทำได้เฉพาะเวลาระหว่าง 8 นาฬิกาจนถึง 9 นาฬิกาหลังเที่ยง อีกทั้ง การโทรเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าจะสามารถทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมล่วงหน้าโดยชัดแจ้งเท่านั้น ส่วนผู้ที่ทำการตลาดทางโทรศัพท์ก็จะต้องแจ้งชื่อที่อยู่ของตนเองต่อผู้รับสาย และห้ามไม่ให้ใช้อุปกรณ์เรียกสายอัตโนมัติในการติดต่อโดยไม่ได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งในบางพื้นที่และห้ามไม่ให้บันทึกข้อความหรือเสียงสังเคราะห์ในการติดต่อไปยังที่พักอาศัย และห้ามส่งโฆษณาทางแฟกซ์โดยไม่ได้รับอนุญาต

อีกทั้งในส่วนของการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ที่อยู่ในความครอบครองของเอกชนนั้น จากการศึกษพบว่าสหภาพยุโรปได้มีการวางมาตรการอย่างจริงจังในการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล (Personal data) ไว้ใน Directive 95/46/EC⁵ โดยมีหลักการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการประมวลผลโดยธุรกิจขายตรงนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 14 ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิที่จะคัดค้าน (Right to object) โดยมีหลักการว่า บุคคลมีสิทธิที่จะคัดค้านโดยปราศจากค่าธรรมเนียม

⁴Telephone Consumer Protection Act 47 U.S.C. § 227 [Online], available URL: <http://transition.fcc.gov/cgb/policy/TCPA-Rules.pdf>, 2012. (November, 1).

⁵Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. **Official Journal of the European Communities**, Article 14 (b), 1995 (November 23), pp. 31-50.

ใด ๆ ต่อการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลของตนซึ่งผู้ควบคุมข้อมูลคาดหมายว่าจะถูกประมวลสำหรับวัตถุประสงค์ในการตลาดทางตรง หรือมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งก่อนที่ข้อมูลส่วนบุคคลของตนจะถูกเปิดเผยเป็นครั้งแรกต่อบุคคลที่สาม หรือถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของการตลาดทางตรง อีกทั้งมีสิทธิที่จะคัดค้านการเปิดเผยหรือการใช้ข้อมูลดังกล่าวนั้นโดยปราศจากค่าธรรมเนียมใด ๆ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรจัดให้มีการตรากฎหมายคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวส่วนตัวของผู้ใช้บริการโทรศัพท์เป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการสื่อสารโทรคมนาคม โดยมีหลักเกณฑ์สำคัญในทำนองดังต่อไปนี้ กล่าวคือ ควรกำหนดบทนิยามคำว่า “การโทร” ให้ชัดเจนว่าให้หมายความรวมถึงการโทรไปด้วยตัวบุคคล การโทรโดยระบบอัตโนมัติ และการส่งข้อความสั้น รวมทั้งกำหนดกฎเกณฑ์ไว้ด้วยว่า ห้ามการโทรศัพท์โดยใช้ระบบโทรศัพท์อัตโนมัติไปยังหมายเลขใด ๆ เว้นแต่การโทรศัพท์เพื่อวัตถุประสงค์ฉุกเฉินหรือได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งจากผู้รับ และห้ามโทรศัพท์ไปยังหมายเลขใด ๆ ด้วยจุดประสงค์เพื่อการพาณิชย์โดยที่ผู้รับไม่ได้เรียกร้อง เว้นแต่การโทรศัพท์ที่ได้กระทำลงไปโดยผู้รับโทรศัพท์นั้นได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนแล้ว หรือโทรศัพท์ที่ผู้รับมิได้เรียกร้องซึ่งโทรโดยองค์กรไม่แสวงหากำไร (Non-Profit Organization) หรือโทรศัพท์ที่ผู้รับมิได้เรียกร้องซึ่งโทรโดยบุคคลหรือองค์กรที่ผู้รับโทรศัพท์ได้มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจอยู่ก่อนแล้ว (Established business relationship) นอกจากนี้ควรกำหนดให้มีการจัดตั้งบัญชีรายชื่อผู้ไม่ประสงค์รับหรือบัญชีรายชื่อห้ามโทรรบกวนในระดับประเทศและเปิดให้ประชาชนสามารถนำหมายเลขโทรศัพท์บ้านและหมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่มาลงทะเบียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ทั้งนี้จะต้องกำหนดให้การโทรศัพท์เชิงพาณิชย์ไปยังหมายเลขที่ได้ลงทะเบียนไว้ในบัญชีรายชื่อห้ามโทรรบกวนแล้วนั้นเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าควรกำหนดเป็นโทษปรับในอัตราสูงพอสมควรต่อการกระทำความผิดแต่ละครั้งรวมถึงจะต้องมีข้อกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตและผู้ประกอบกิจการที่ใช้โทรศัพท์เพื่อเชิงพาณิชย์จะทำการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ใช้บริการไว้แล้วเท่านั้น

2. ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบการเอกชนอันเนื่องมาจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น

การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์จนถึงขั้นกระทำความผิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นเป็นการใช้สิทธิที่ขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดโทษเอาไว้ และเนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ไว้เป็นการเฉพาะ จึงไม่ได้มีการกำหนดเรื่องโทษไว้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่สิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงต้องมีการนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้โดยอนุโลมเป็นเรื่อง ๆ ไป เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาก็พบว่า ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดในประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวถึงความผิดที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ หรือ

เป็นความผิดจากการโทรโดยที่ผู้รับไม่ได้เรียกร้องไว้เลย เมื่อไม่เข้าองค์ประกอบของฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ จึงไม่สามารถใช้บทกำหนดโทษในประมวลกฎหมายอาญามาลงโทษผู้ทำการพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์นั้นได้

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544⁶ เป็นกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับเรื่องกิจการโทรคมนาคมโดยตรง ก็ไม่มีการกำหนดโทษจากการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้เช่นกันมีแต่เพียงวิธีการร้องเรียนเท่านั้นที่เป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ โดยมีข้อจำกัดว่ากรณีที่ได้รับความสะดวกหรือสามารถร้องเรียนได้ ก็แต่เฉพาะความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของผู้รับใบอนุญาตเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีและผู้ประกอบการพาณิชย์เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายด้วย จึงไม่อาจนำกฎหมายที่มีอยู่มาใช้ในการกำหนดโทษแก่เอกชนผู้กระทำการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นได้

แต่ในกฎหมายของสหภาพยุโรป ได้มีการกำหนดให้รัฐสมาชิกมีอำนาจในการกำหนดโทษได้เองด้วยบทบัญญัติกฎหมายภายในที่เป็นผลจากการอนุวัติการตาม Directive 2002/58/EC (E-Privacy Directive)⁷ ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการบัญญัติบทกำหนดโทษจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้ใช้โทรศัพท์ (TCPA) ซึ่งหลักการของ TCPA นี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายสหรัฐ บรรพที่ 47 โดยในมาตรา 227 (b) (3)⁸ ได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการดำเนินคดีว่า ผู้ได้รับผลกระทบจากการละเมิดสิทธิอาจเรียกร้องความเสียหายทางการเงินที่แท้จริง (Actual monetary loss) จากการถูกรบกวนทางโทรศัพท์ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนี้ หรือค่าสินไหมทดแทน 500 เหรียญสหรัฐสำหรับการฝ่าฝืนหนึ่งครั้งแล้วแต่จำนวนใดจะมากกว่ากัน นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายเพิ่มได้อีก โดยหากศาลเห็นว่า จำเลยได้มีเจตนากระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลอาจกำหนดเพิ่มค่าสินไหมทดแทนอีกไม่เกิน 3 เท่าของจำนวนที่กำหนดไว้ข้างต้น และการดำเนินคดีนั้นมลรัฐอาจดำเนินคดีแทนบุคคลธรรมดาได้แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีการโทรศัพท์เข้าไปในหมายเลขที่ขึ้นทะเบียนไว้ในบัญชีผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์ หรือการโทรศัพท์เข้าไปปลอมแปลงเลขหมายของผู้โทร จะมีโทษปรับสูงถึง 11000 เหรียญสหรัฐต่อการโทรศัพท์อันฝ่าฝืนต่อกฎหมายหนึ่งครั้ง⁹ และตามกฎหมายการควบคุมโฆษณาและสื่อลามกไม่พึงประสงค์ (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and

⁶“พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544,” ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 123 ตอนที่ 5 ก (20 มกราคม 2549): 9-10.

⁷ศุจิตา อังนาคิตติ, ศันสนีย์ จ้อยเจริญ และลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี, “กฎหมายเกี่ยวกับการส่งข้อความไม่พึงประสงค์เข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ (anti-sms spam law): การจัดสมดุลระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับการส่งเสริมการทำตลาดระบบอิเล็กทรอนิกส์,” วารสาร กทข. 1, 2 (มกราคม-ธันวาคม 2553), 149-172.

⁸Us Code, Title 47, Telegraphs, Telephones, and Radio Telegraphs, Chapter 5, Wire or Radio Communication, Subchapter II, Part I, 227, Restriction on use of Telephone equipment.

⁹Do-Not-Call Improvement Act of 2007.

Marketing Act: CAN-SPAM Act) ที่กำหนดว่าหลังจากที่ผู้เลือกที่จะไม่รับข้อความอีกต่อไป การส่งข้อความมายังหมายเลขของผู้รับอีกภายหลังจากนั้น ผู้ส่งต้องเสียค่าปรับตามที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น เมื่อผู้ศึกษาเสนอว่าควรจัดให้มีบทบัญญัติเฉพาะที่กำหนดให้การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์เป็นความผิด ก็ต้องกำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย ทั้งนี้ ผู้ศึกษาขอเสนอให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) มีอำนาจในการออกประกาศให้ผู้ประกอบกิจการเอกชนที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด จัดทำบัญชีรายชื่อห้ามโทรรบกวนในระดับกิจการ (Company Specific Do-not-Call list) ของตนเอง ขึ้นโดยต้องนำรายชื่อของผู้ที่ลงทะเบียนไว้ในบัญชีรายชื่อห้ามโทรในระดับชาติไปใส่ไว้ในบัญชีรายชื่อในระดับกิจการของแต่ละองค์กร โดยจะต้องมีการอัปเดตรายชื่อปรับปรุงให้เป็นปัจจุบันทุก ๆ 31 วัน และให้มีอำนาจออกคำสั่งเพื่อกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ให้บริการโทรศัพท์นั้นจัดทำบัญชีรายชื่อของผู้ประกอบการพาณิชย์ซึ่งเป็นคู่ค้าของตนทั้งหมดไว้ เพื่อให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์ได้รู้ในขณะเข้าทำสัญญาใช้บริการโทรศัพท์ว่าเครือข่ายที่ตนจะเข้าทำสัญญาด้วยมีผู้ประกอบการธุรกิจประเภทไหนบ้าง โดยจะต้องให้โอกาสแก่ผู้ใช้บริการโทรศัพท์ว่าจะเลือกให้มีสายพาณิชย์โทรเข้ามาในหมายเลขโทรศัพท์ของตนหรือไม่ ถ้าผู้ใช้บริการโทรศัพท์ไม่ต้องการให้มีการติดต่อเพื่อการพาณิชย์เข้าไปเลย ผู้รับใบอนุญาตจะต้องดำเนินการให้ทันที และหากมีผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่ค้ารายใหม่เข้ามาก็จะต้องแจ้งให้ผู้ใช้บริการทราบก่อนว่าจะยินยอมให้ผู้ประกอบการรายนั้นทำการต่อสายเพื่อการพาณิชย์ได้หรือไม่ หากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม กล่าวคือผู้รับใบอนุญาตยังคงยินยอมให้คู่ค้าของตนโทรศัพท์เชิงพาณิชย์ไปยังหมายเลขที่ลงทะเบียนไว้ในบัญชีรายชื่อห้ามติดต่อของผู้รับใบอนุญาตแล้ว ก็จะมีผลมีความผิดและต้องโทษทางอาญา ซึ่งผู้ศึกษาขอเสนอให้ใช้โทษปรับ 11,000 บาท ต่อการกระทำหนึ่งครั้ง ซึ่งเป็นอัตราโทษที่สูงพอสมควร เพราะน่าจะใช้ควบคุมผู้ประกอบการพาณิชย์ได้ดีและเห็นผลที่รวดเร็วกว่าโทษประเภทอื่น

3. ปัญหาความเหมาะสมของกฎหมายไทยในการจัดการปัญหาการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติให้การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นเป็นความผิดและไม่ได้กำหนดโทษไว้ การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลจึงต้องนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาตีความและบังคับใช้โดยอนุโลมเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งไม่สามารถใช้แก้ไขปัญหาได้อย่างครอบคลุมทุกกรณี เนื่องจากมีข้อขัดข้องและมีความไม่เหมาะสมของกฎหมาย ดังนี้

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่สามารถจะนำมาใช้ในการป้องกันปัญหาและแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ได้อย่างเป็นรูปธรรม เนื่องจากกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่วางหลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้

อย่างกว้าง ๆ แต่ไม่ได้รูปแบบและรายละเอียดของความผิดนั้นไว้อีกทั้งไม่ได้มีการกำหนดโทษจากการกระทำความผิดนั้นไว้ด้วยจึงจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายระดับรองมาบัญญัติคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้อย่างชัดเจนอีกชั้นหนึ่ง แต่จากการศึกษาพบว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายระดับรองเรื่องใดที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ

3.2 ประมวลกฎหมายอาญาเนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติขึ้นนานแล้ว อีกทั้งยังเป็นการกำหนดฐานความผิดและกำหนดโทษไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงไม่สามารถนำมาประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้กับการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่นี้ได้ ซึ่งแม้ว่าการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวจะทำให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญใจ ก็ไม่ได้เป็นการทำอันตรายต่อจิตใจ ตามมาตรา 295 และผู้ประกอบการเชิงพาณิชย์ที่เป็นเอกชนกระทำการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นความผิดฐานเปิดเผยความลับที่ได้มาจากอาชีพหรือหน้าที่ หรือจากการศึกษาอบรม เพราะพนักงานขายทางโทรศัพท์หรือผู้ประกอบการการค้าไม่ใช่อาชีพที่กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้ อีกทั้งยังไม่ผิดตามมาตรา 397 เนื่องจากการทำการพาณิชย์ทางโทรศัพท์เป็นการติดต่อไปยังเครื่องโทรศัพท์ซึ่งเป็นการติดต่อในลักษณะส่วนตัวไม่ได้เป็นการทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานทำให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา

3.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความผิดลักษณะละเมิด มาตรา 420 และมาตรา 421 ได้ถูกนำมาใช้ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลได้ในระดับหนึ่ง เนื่องจากสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่มาตรา 420 ได้รับรองไว้ ดังนั้น หากผู้ประกอบการพาณิชย์ได้โทรศัพท์ไปเพื่อจงใจให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในความเป็นส่วนตัว และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย เช่น การโทรไปข่มขู่ให้ชื่อของ ผู้กระทำละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำนั้น อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดไม่สามารถนำมาใช้กับการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ได้ทุกกรณี เนื่องจากการกระทำนี้แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้น แต่เมื่อในปัจจุบันไม่มีกฎหมายกำหนดให้การใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์เป็นความผิด การกระทำในบางกรณีจึงไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดที่จะได้รับความคุ้มครอง

3.4 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัตินี้เป็นการกำหนดให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาแต่การให้บริการโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาต ผู้นั้นมีสิทธิร้องเรียนต่อคณะกรรมการได้โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อสำนักงาน ตามมาตรา 45 เท่ากับว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งคุ้มครองเฉพาะกรณีที่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวถูกละเมิดจากผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์เท่านั้น แต่ไม่อาจตีความให้รวมถึงความเสียหายที่ผู้ประกอบการการค้าได้ใช้บริการโทรคมนาคมเพื่อละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วยการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ด้วยอีกทั้งพระราชบัญญัตินี้มีเพียงการกำหนดวิธีการร้องเรียน

ไว้ แต่ไม่ได้กำหนดโทษสำหรับการทำละเมิดนั้นไว้ด้วย จึงไม่อาจใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาใช้แก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนที่เกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรมและครอบคลุมทุกกรณี

3.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัตินี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับปัญหานี้เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ได้ เนื่องจากการโฆษณาขายสินค้าหรือบริการผ่านทางโทรศัพท์โดยผู้รับไม่ได้เรียกร้อง ไม่ใช่วิธีการโฆษณาที่จะอยู่ในความคุ้มครองของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 24 เนื่องจากการคุ้มครองตามมาตรา 24 ได้เน้นเฉพาะกรณีที่สินค้าในการโฆษณายายเป็นสินค้าที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้บริโภคเท่านั้น เป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองด้านสุขภาพแก่ผู้บริโภคไม่ได้ให้การคุ้มครองการโฆษณาขายสินค้าหรือบริการที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่สิทธิของผู้บริโภคด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์จะจัดเป็นผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมที่ควรจะได้รับ ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้แต่มีความขัดข้องในประเด็นข้อกฎหมายเรื่องการร้องเรียน เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 ได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่ถูกกฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้นในบางกรณีที่การโฆษณาหรือขายสินค้าและบริการผ่านทางโทรศัพท์มีองค์ประกอบความผิดตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ ผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมซึ่งมีพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บัญญัติเรื่องการร้องเรียนไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงไม่สามารถใช้วิธีการร้องเรียนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้

3.6 ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง การลงทะเบียนบัตรประจำตัวของผู้ใช้บริการ (ซิมการ์ด)¹⁰ เนื่องจากประกาศฉบับนี้ไม่ได้มีการบังคับใช้อย่างจริงจัง มีเพียงการบังคับใช้ในช่วงแรก ๆ ที่เกิดเหตุการณ์ความไม่สงบขึ้นในจังหวัดชายแดนใต้เท่านั้น อีกทั้งยังไม่มี การกำหนดโทษไว้ ส่งผลให้ไม่ได้รับความร่วมมือทั้งจากผู้รับใบอนุญาต ผู้ประกอบการพาณิชย์ และผู้ใช้บริการโทรศัพท์ ในที่สุดจึงไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างจริงจังและมีประสิทธิภาพเพียงพอ ซึ่งหากสามารถบังคับใช้ประกาศฉบับนี้ได้อย่างจริงจังก็จะทำให้สามารถรู้ตัวเจ้าของหมายเลขโทรศัพท์ที่โทรมาทำการพาณิชย์ จนสามารถนำไปสู่การลงโทษผู้ใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ได้

จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายคุ้มครองผู้ใช้โทรศัพท์ (TCPA) และได้เปิดให้มีการลงทะเบียนหมายเลขในบัญชีผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์แห่งชาติ (National do-not-call list) และยังมี การกำหนดให้ผู้ทำการฝ่าฝืนกฎหมายนี้ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ถูกรบกวนจากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์นี้สูงถึงครั้งละ 500 เหรียญสหรัฐ และให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่า

¹⁰“ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง การลงทะเบียนบัตรประจำตัวของผู้ใช้บริการ (ซิมการ์ด),” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 122 ตอนพิเศษ 128 ง (12 พฤศจิกายน 2548): 9-10.

เสียหายเชิงลงโทษแก่ผู้กระทำการละเมิดได้ถึงสามเท่าของจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง หากศาลเห็นว่าการละเมิดนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาและการโทรศัพท์เข้าไปในหมายเลขที่ขึ้นทะเบียนไว้ในบัญชีผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์ หรือการโทรศัพท์เข้าไปปลอมแปลงเลขหมายของผู้โทร จะมีโทษปรับสูงถึง 11000 เหรียญสหรัฐ ต่อการโทรศัพท์อันฝ่าฝืนต่อกฎหมายหนึ่งครั้ง¹¹

ผู้ศึกษามีความเห็นว่ นอกจากประเทศไทยควระกำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการละเมิดสิทธิผ่านการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ก็ยังคงมีความจำเป็นในการแก้ไขกฎหมายหลักที่มีอยู่ในปัจจุบันให้สามารถแก้ไขเยียวยาปัญหานี้ได้ด้วย ซึ่งขณะนี้มึร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 (ฉบับที่...) พ.ศ. ...¹² ที่ได้บัญญัติขึ้นใหม่ ความตามวรรคหนึ่งว่า “มาตรา 397 ผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สามารถแก้ไขเยียวยาให้แก่ผู้ที่ถูกละเมิด และสามารถลงโทษผู้กระทำละเมิดได้ทุกกรณี ดังนั้น รัฐจึงควรดำเนินการเร่งรัดให้ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... มาตรา 397 มีผลบังคับใช้ให้เร็วที่สุด พร้อมกันนี้ควรนำมาตรการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้ควบคู่กัน เช่น การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพตามมาตรา 50 ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำอีก และควรจัดให้มีการปรับปรุงแก้ไขประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง การลงทะเบียนบัตรประจำตัวของผู้ใช้บริการ (ซิมการ์ด) ในส่วนของการกำหนดโทษสำหรับผู้ที่ไม่ดำเนินการจดทะเบียนซิมการ์ดโดยกำหนดโทษไว้ทั้งในส่วนของผู้รับใบอนุญาตและในส่วนของผู้ให้บริการ ทั้งนี้ ควรกำหนดโทษปรับไว้ในอัตราที่สูงพอสมควร

4. ปัญหาองค์กรผู้รับผิดชอบในการกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้บริการโทรศัพท์จากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์

ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งเป็นฉบับที่แก้ไขล่าสุด ได้มีการกำหนดให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม ตามความในมาตรา 27 (13) และตามพระราชบัญญัติ

¹¹คณาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยธุรกิจขายตรง,” บทบัณฑิตย 66, 4 (ธันวาคม 2553): 46-80, 56-60.

¹²ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (ร่างที่ ส.ค.ก. ตรวจสอบพิจารณาแล้ว เรื่องเสร็จที่ 716/2551).

การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ก็ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการไว้ในมาตรา 45 และมาตรา 50 จึงจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับได้ให้อำนาจเต็มแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมในการจัดให้มีการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้วยการให้ผู้รับเรื่องร้องเรียน และเป็นผู้จัดทำมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคม เท่ากับเป็นการให้อำนาจแก่ กสทช. เพียงหน่วยงานเดียวที่จะเป็นผู้ออกมาตรการในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว แต่ปัญหาการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์เป็นเรื่องที่มีผู้ประกอบการพาณิชย์หรือองค์กรธุรกิจเป็นผู้กระทำการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ การให้ กสทช. กำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้ใช้บริการโทรศัพท์เพียงองค์กรเดียวจึงอาจเป็นการจำกัดสิทธิในการทำการค้าอย่างเสรีจนเกินสมควร

จากการศึกษาพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้มืองค์กรผู้มีส่วนที่กำกับดูแลและรับผิดชอบในการป้องกันและปราบปรามการคุกคามสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม ไว้ด้วยกัน 3 หน่วยงาน¹³ คือ คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางสหรัฐ (FTC) คณะกรรมการการสื่อสารของรัฐบาลกลางสหรัฐ (FCC) และกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา (DOJ) ในส่วนของการจัดทำมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้บริการโทรศัพท์นั้นและเพื่อจัดทำมาตรการในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวให้เป็นธรรมที่สุดจึงได้มีการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์ระดับชาติ โดยกำหนดให้ FTC ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองผู้บริโภคและควบคุมดูแลมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า และ FCC ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระที่กำกับดูแลการดำเนินงานตามพระราชบัญญัติโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นหน่วยงานที่ดูแลกิจการที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารทั้งหมด ก่อตั้งขึ้นมาโดย รัฐบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 1934 (The Communication Act 1934¹⁴ เทียบได้กับคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ของประเทศไทย สองหน่วยงานนี้ได้ร่วมกันกำหนดบัญชีรายชื่อไว้เพื่อเป็นฐานข้อมูลหลักในการดำเนินการเปิดให้มีการลงทะเบียนหมายเลขผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์แห่งชาติ ซึ่งหลังจากได้เปิดให้มีการลงทะเบียนหมายเลขผู้ไม่ประสงค์รับโทรศัพท์แล้วทำให้จำนวนของสายพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ลดจำนวนลงไปได้

¹³บริษัทสยามอินเทลลิเจนซ์ยูนิค จำกัด, รายงานผลการศึกษา เรื่อง ระบบคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม, 2553), หน้า 19-20.

¹⁴ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติและสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, รายงานผลการศึกษา เรื่อง แนวทางในการให้บริการโทรคมนาคมสำหรับคนพิการและผู้สูงอายุในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม, 2552), หน้า 11.

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าการที่ประเทศไทยจะกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ใช้บริการโทรศัพท์จากการใช้โทรศัพท์เชิงพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ให้มีประสิทธิภาพที่สุด เช่น การออกมาตรการห้ามต่อสายอัตโนมัติ หรือการจัดให้มีการลงทะเบียนในบัญชีรายชื่อห้ามโทร (Do-not-call list) ควรจะกำหนดให้มีหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลเรื่องการค้า ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ เช่น หน่วยงานในกระทรวงพาณิชย์ คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้าและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของกระทรวงพาณิชย์ เข้าร่วมเป็นคณะกรรมการในการออกมาตรการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยเพื่อที่จะทำให้กฎหมายหรือมาตรการที่ออกมานั้นยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการสื่อสารในขณะเดียวกันก็ยังคงไว้ซึ่งการได้รับความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองไว้ให้เป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายมากที่สุด

บรรณานุกรม

- กุลพล พลวัน. “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว กับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย.” *หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน*, 13 กันยายน 2548, ปีที่ 28 ฉบับที่ 10048.
- คณาธิป ทองรวิวงศ์. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษากรณีการบงกชสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยธุรกิจขายตรง.” *บทบัญญัติ* 66, 4 (ธันวาคม 2553): 46-80.
- บริษัทสยามอินเทลลิเจนซ์ยูนิค จำกัด. *รายงานผลการศึกษา เรื่อง ระบบคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม, 2553.
- ศุจิตา อัจฉนาภิตติ, ศันสนีย์ จ้อยเจริญ และลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี. “กฎหมายเกี่ยวกับการส่งข้อความไม่พึงประสงค์เข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Anti-sms Spam Law): การจัดสมดุลระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับการส่งเสริมการทำการตลาดระบบอิเล็กทรอนิกส์.” *วารสารกทข.* 1, 2 (มกราคม-ธันวาคม 2553): 149-172.
- ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติและสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. *รายงานผลการศึกษา เรื่อง แนวทางในการให้บริการโทรคมนาคมสำหรับคนพิการและผู้สูงอายุในประเทศไทย*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม, 2552.