



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลและพัฒนาการที่เกี่ยวข้อง
ชื่อผู้แต่ง: ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง

การอ้างอิงที่แนะนำ: ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลและพัฒนาการที่เกี่ยวข้อง,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49, ฉบับที่ 4, 788 (2563)

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

 **SAIJO DENKI**
ผู้นำเทคโนโลยีความมั่นคงสู่อนาคตและพลังงาน

ผู้สนับสนุนร่วม



CSBC
LAW OFFICES
www.csbc.law

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลและ พัฒนาการที่เกี่ยวข้อง*

Legal Problems Relating to Access to Digital Assets and Its Developments

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Piyabutr Bunaramrueang

Assistant Professor, Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 23 มิถุนายน 2563; วันที่แก้ไขบทความ 5 สิงหาคม 2563; วันที่ตอบรับบทความ 19 สิงหาคม 2563

บทคัดย่อ

ที่ผ่านมการจัดการสินทรัพย์เป็นการจัดการสินทรัพย์ที่จับต้องได้ต่าง ๆ สินทรัพย์ทางการเงินและอสังหาริมทรัพย์ เป็นประเภทหลัก แต่ปัจจุบันขอบเขตของสินทรัพย์ต่าง ๆ ได้ขยายขอบเขตรวมถึงสิ่งที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และทำให้บริบทของการจัดการสินทรัพย์นั้นเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง ปัจจุบันการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล (Access to Digital Assets) เป็นประเด็นโต้แย้งสิทธิกันมากขึ้นเรื่อย ๆ เพราะบุคคลที่สามที่มีสิทธิตามกฎหมายหรือคำพิพากษาจำเป็นจะต้องเข้าถึงบัญชีสินทรัพย์ดิจิทัลของเจ้าของที่อาจเสียชีวิตไป หรือถูกบังคับคดีในพฤติการณ์ต่าง ๆ แต่ไม่อาจทำได้เพราะในหลายประเทศมักมีกฎหมายเดิมที่ห้ามการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตเอาไว้ และพัฒนาเป็นกฎหมายต้นแบบอย่าง RUFADAA ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน เพื่อให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciaries) มีสิทธิตามกฎหมายที่จะจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ได้ในทำนองเดียวกันเท่าที่จะเป็นไปได้กับที่สามารถดำเนินการกับสินทรัพย์ที่มีตัวตนและบัญชีทางการเงิน และเพื่อให้ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (custodians) มีสิทธิ

* บทความนี้ปรับปรุงมาจากเนื้อหาส่วนหนึ่งของ โครงการศึกษาเรื่องการบังคับคดีกับสินทรัพย์ดิจิทัล โดยศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2561).

ตามกฎหมายที่จะดำเนินการใด ๆ กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการ ขณะเดียวกันก็รักษาความเป็นส่วนตัวของการสื่อสารส่วนบุคคลตามที่ผู้ใช้บริการจะคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผล

คำสำคัญ: สินทรัพย์ดิจิทัล ผู้ดูแลผลประโยชน์ ผู้ดูแลสินทรัพย์ RUFADAA UADFA

Abstract

In the past, asset management focuses on tangible properties like money, movable and immovable properties. Today scope of assets has changed. It expanded to cover all things digital and electronics. This brought us a new context of asset management; access to digital assets was controversial. Especially where a third party requires a right to access a digital account of the deceased or the debtor in question, but it is prohibited. This is normal because most countries today have a law prohibit unauthorized access to computer data and systems. And service providers must abide by it. This brought us a new legal development like RUFADAA which was controversial. Having been revised, it is generally accepted to provides access to digital assets for fiduciaries to have a right to access in order for asset management and electronic communications as much as possible in the same way with financial and bank accounts, and for custodians to have a right to deal with the fiduciaries and at the same time to maintain reasonable expectation of privacy of the users.

Keywords: Digital Assets, Fiduciaries, Custodians, RUFADAA, UADFA

1. การเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล (Access to Digital Assets)

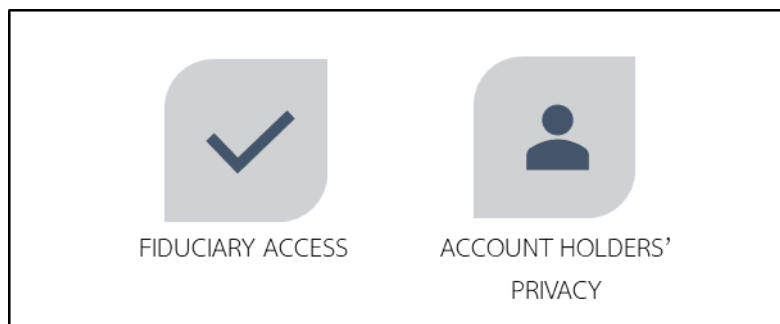
ปัจจุบันเราทุกคนใช้งานเทคโนโลยีดิจิทัลเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันโดยอาจเรียกได้ว่าเราทุกคนต่างมีสินทรัพย์ดิจิทัล¹ ทั้งในเรื่องการติดต่อสื่อสาร การสมัครและชำระค่าใช้บริการ การถ่ายภาพ และอื่น ๆ อีกมากมาย อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีไม่ได้มีกฎหมายรองรับการเข้าถึงไฟล์และบัญชีการใช้งานต่าง ๆ โดยตรงโดยเฉพาะในกรณีที่เจ้าของบัญชีกลายเป็นไม่มีความสามารถหรือเสียชีวิตไป ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวประสงค์จะดำเนินการใด ๆ แก่สินทรัพย์เมื่อเสียชีวิตหรือไร้ความสามารถ เช่น ต้องลบแก้ไข หรือส่งต่อ บัญชีใช้งานดังกล่าวให้แก่บุคคลในครอบครัวหรือบุคคลที่รัก ก็ไม่สามารถทำและมีผลรับรองให้มีผลได้ตามกฎหมายโดยตรง โดยเฉพาะว่าไม่สามารถอ้างฐานตามกฎหมายที่ตั้งเดิมเทียบเคียงได้กับสิทธิพื้นฐานของเจ้าของสินทรัพย์เดิมนั้น ทำนองเดียวกันกับการจัดการมรดก วิธีการที่จะดำเนินการได้ในทางปฏิบัติมีหนทางเดียวคือ จะต้องส่งมอบรหัสเข้าใช้บัญชี (username & passwords) ดังกล่าวเอาไว้ ทายาทหรือผู้รับประโยชน์จะไม่สามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลใด ๆ ได้โดยไม่มีรหัสเข้าใช้บัญชีดังกล่าว ส่วนใหญ่แล้วจะนำไปสู่การลบบัญชีและสินทรัพย์ดิจิทัลที่ไม่มีการใช้งานในที่สุด หรือปล่อยให้บัญชีนั้นค้างอยู่ต่อไปโดยที่ไม่มีใครสามารถเข้าถึงได้แม้แต่ครอบครัวและทายาทของเขาเอง ประเด็นนี้เป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันและสร้างความทุกข์ให้แก่ครอบครัวและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบัญชีออนไลน์ของผู้เสียชีวิตในต่างประเทศจำนวนมาก นำมาซึ่งการแก้ไขกฎหมายที่เป็นแนวทางที่กำลังเริ่มปรับใช้กันทั่วโลก

ที่ผ่านมาการจัดการสินทรัพย์ในกองมรดกเป็นการจัดการสินทรัพย์ที่จับต้องได้ต่าง ๆ สินทรัพย์ทางการเงิน และอสังหาริมทรัพย์ เป็นประเภทหลัก แต่ปัจจุบันขอบเขตของสินทรัพย์ต่าง ๆ ได้ขยายขอบเขตรวมถึงสิ่งที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และทำให้บริบทของการจัดการสินทรัพย์นั้นเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง ปัจจุบันการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล (Access to Digital Assets) เป็นประเด็นโต้แย้งสิทธิกันมากขึ้นเรื่อย ๆ เพราะบุคคลที่สามที่มีสิทธิตามกฎหมายหรือคำพิพากษาจำเป็นต้องเข้าถึงบัญชีสินทรัพย์ดิจิทัลของเจ้าของที่อาจเสียชีวิตไปหรือถูกบังคับคดีในพหุติการณต่าง ๆ แต่ไม่อาจทำได้เพราะในหลายประเทศมักมีกฎหมายเดิมที่ห้ามการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตเอาไว้ อย่างไรก็ตามเรื่องนี้ยังเป็นเรื่องใหม่หลายประเทศกำลังพิจารณาออกกฎหมาย

¹ โดยทั่วไป “สินทรัพย์ดิจิทัล” มีความหมายค่อนข้างกว้างโดยหมายถึง “สิ่งใดก็ตามไม่ว่าจะเป็นตัวหนังสือหรือสื่อต่าง ๆ ที่ถูกจัดเก็บในรูปแบบดิจิทัลและสามารถเข้าใช้งานได้” และมีเนื้อหาครอบคลุมกิจกรรมที่หลากหลาย โดยอย่างน้อยอาจแบ่งประเภทสินทรัพย์ดิจิทัลออกได้เป็น 3 ประเภทได้แก่ (1) สินทรัพย์ดิจิทัลทางธุรกิจที่มีมูลค่าทางการเงิน เช่น เงินเสมือน อีเมล ไฟล์งาน หรือระบบงานดิจิทัลทั้งหลาย ที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจ เป็นต้น; (2) สินทรัพย์ดิจิทัลส่วนบุคคลที่มีมูลค่าทางการเงิน เช่น เงินเสมือน เป็นต้น และ (3) สินทรัพย์ดิจิทัลส่วนบุคคลที่มีมูลค่าทางจิตใจ เช่น ภาพ เสียง วิดีโอ หรือบัญชีสังคมออนไลน์ เป็นต้น. See Albert van Niekerk, “Strategic management of media assets for optimizing market communication strategies, obtaining a sustainable competitive advantage and maximizing return on investment: An empirical study,” *Journal of Digital Asset Management*, Vol. 3, 89, pp.89-98 (2007): “A digital asset is any item of text or media that has been formatted into a binary source that includes the right to use it.”

เรื่องนี้อยู่ เช่น รัฐนิวยอร์ก ประเทศออสเตรเลีย กำลังพิจารณาออกกฎหมายลักษณะนี้² ฝรั่งเศสกำหนดเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายดิจิทัลของตนเฉพาะกรณีสิทธิดิจิทัลของผู้ตาย³ ในขณะที่สหภาพยุโรปเริ่มมีการพิจารณาศึกษาเรื่องนี้⁴ โดยสหรัฐอเมริกาและแคนาดาเป็น 2 ประเทศหลักที่มีกฎหมายเรื่องนี้เป็นกรณีเฉพาะ

ภาพแสดงหลักการ 2 ประการเพื่อการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล



สำหรับประเทศไทยประเด็นการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลเริ่มมีการรับรู้และถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องดำเนินการเพิ่มมากขึ้นในขณะนี้ โดยเฉพาะการบังคับคดีภาครัฐเมื่อมีประเด็นการบังคับคดีสินทรัพย์ดิจิทัลแบบบิตคอยน์ที่ภาครัฐไม่สามารถดำเนินการได้เช่นเดียวกับสินทรัพย์ทั่วไป ผู้กระทำความผิดสามารถย้ายสินทรัพย์ดิจิทัลออกนอกประเทศได้ง่าย และภาครัฐไม่สามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดังกล่าวได้⁵ และความพยายามของภาครัฐที่จะกำกับดูแลเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ แต่ก็ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างเห็นผล เพราะผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอาจปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินการ⁶

² David Marchese, “What Happens to your Emails, Music and Social Media Accounts when you Dies?,” ABC News (2018), accessed 31 July 2018, from <http://www.abc.net.au/news/2018-03-27/nsw-to-review-digital-asset-laws-for-after-death/9589390>.

³ Axelle Lemaire, “The Digital Republic Bill - Overview République Numérique,” accessed 31 July 2018, from <https://www.republique-numerique.fr/pages/in-english>

⁴ “Death on Facebook: Lawyers push for EU rules on digital inheritance,” EURACTIV.COM (2017), accessed 31 July 2018, from <https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/death-on-facebook-lawyers-push-for-eu-rules-on-digital-inheritance/>.

⁵ ดู เชิงอรรถที่ Error! Bookmark not defined..

⁶ Patpicha Tanakasempipat. “Thai Minister Threatens Facebook with Legal Action over Restriction Requests,” *Reuters*, (August 3, 2020) accessed 5 August 2020, from <https://www.reuters.com/article/us-thailand-facebook-idUSKBN24Z1RA>.

2. พัฒนาการต้นแบบของสหรัฐอเมริกา

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายการจัดเก็บข้อมูลการสื่อสาร หรือที่เรียกว่า Stored Communications Act (SCA)⁷ อันมีผลเป็นการสร้างสถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัลขึ้นมาโดยกำหนดให้การเข้าถึงระบบการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่ได้รับอนุญาต (unauthorized access) เป็นความผิดอาญา⁸ แต่กฎหมายดังกล่าวกลายเป็นอุปสรรคเพราะไม่ได้ระบุเกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหากเจ้าของสินทรัพย์นั้นตายหรือกลายเป็นผู้ไร้ความสามารถ ทำให้ไม่สามารถเข้าถึงบัญชีออนไลน์โดยไม่ได้รับอนุญาตได้แม้จะมีข้อมูลเพื่อการล็อกอินก็ตาม⁹ ข้อนี้เป็นผลมาจากเจตนาแรกเริ่มของ SCA ที่ต้องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการจากเข้าถึงบัญชีออนไลน์โดยหน่วยงานของรัฐ อย่างไรก็ตาม SCA เปิดช่องเอาไว้ว่าผู้ให้บริการอาจเปิดเผยข้อมูลของผู้ใช้บริการได้ในกรณีที่กำหนด¹⁰ ความข้อนี้ทำให้ผู้ให้บริการโดยเฉพาะกลุ่ม ISP ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้อาศัยเป็นข้อต่อสู้เพื่อที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้ใช้บริการ และทำให้ต้นทุนการดำเนินการของเอกชนที่เกี่ยวข้องเพิ่มสูงขึ้น โดยอ้างข้อตกลงการใช้บริการของตนเอง หรือที่เรียกว่า TOS (Terms of Service) ที่กำหนดห้ามไม่ให้ผู้อื่นเข้าถึงบัญชีของผู้ใช้บริการ¹¹

สหรัฐอเมริกายังมีกฎหมายการกระทำความผิดและการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ หรือที่เรียกว่า Computer Fraud and Abuse Act (CFAA)¹² ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลทำนองเดียวกันโดยกำหนดให้การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือทำเกินกว่าที่ได้รับมอบหมายและได้มาซึ่งข้อมูลที่มีมาตรการป้องกันเอาไว้เป็นความผิดอาญา ทำให้เกิดประเด็นเรื่องการได้รับอนุญาต (authorization) ว่าการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) จะถือว่าได้รับอนุญาตหรือไม่ เพราะหากไม่มีหลักฐานแสดงให้เห็นเป็นหนังสือก็ยากที่ศาลจะวินิจฉัยไปในทางที่ถือว่าได้รับอนุญาตได้ ยิ่งไปกว่านั้นในหลายกรณีอาจจำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากผู้ให้บริการ เช่น ISP อีกด้วย¹³

ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2014 ที่ประชุมคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเพื่อความสอดคล้องกันของกฎหมายมลรัฐ (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) หรือที่รู้จักกันในชื่อ Uniform Law Commission (ULC) ได้ออกกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการเข้าถึง

⁷ 18 U.S.C. §§ 2701-2712.

⁸ 18 U.S.C. § 2701.

⁹ Elizabeth Sy, "The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology?" *Touro Law Review*, Vol. 32, No. 3, 647, p.657 (2016), citing "Estate Planning for Your Digital Assets," LOEB & LOEB LLP (2015), from <https://www.loeb.com/publication-clientreport-20150408-estateplanningdigitalassets>.

¹⁰ 18 U.S.C. § 2702(b) and (c).

¹¹ กรณีตัวอย่างในเรื่องนี้ได้แก่ *Ajemian v. Yahoo!, Inc.*, 84 N.E.3d 766 (Mass. 2017) และ *In re Facebook*, 923 F. Supp. 2d 1204 (N.D. Cal. 2012).

¹² 18 U.S.C. § 1030.

¹³ James D Lamm et al., "The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property," *University of Miami Law Review*, Vol. 68, 385, p.398 (2014)

สินทรัพย์ดิจิทัล หรือที่เรียกว่า Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (UFADAA) เพื่อแก้ไขปัญหการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ดูแลผลประโยชน์ในยุคข้อมูลข่าวสาร โดย ULC เล็งเห็นปัญหาของ TOS ที่ทำให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ไม่สามารถเข้าถึงสินทรัพย์ของผู้ตายได้ โดยกำหนดให้สามารถ เข้าถึง ลบ รักษา และจำหน่ายได้ตามที่เหมาะสม UFADAA จึงให้อำนาจแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์อย่างกว้างขวางเทียบเท่ากับสินทรัพย์ประเภทอื่น ๆ และหากผู้ดูแลผลประโยชน์ไม่มีข้อมูลผู้ใช้และรหัสผ่านเพื่อการเข้าถึงก็อาจร้องขอต่อ ISP ให้ดำเนินการให้ก็ได้ UFADAA ได้รับการเสนอออกเป็นกฎหมายใน 26 มลรัฐ แต่มีเพียงมลรัฐเดลาแวร์เท่านั้นที่ออกเป็นกฎหมาย¹⁴

แต่ UFADAA ก็ทำให้เกิดความกังวลเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวของผู้ตาย เพราะผู้ดูแลผลประโยชน์จะสามารถเข้าถึงข้อมูลทุกอย่างได้ จึงมีการเสนอกฎหมายทางเลือกได้แก่ PEAC (Privacy Expectation Afterlife Choice Act) โดยเสนอให้ผู้ดูแลผลประโยชน์สามารถเข้าถึงเพื่อดูเนื้อหาบางรายการของบัญชีออนไลน์เท่านั้น เช่น ข้อมูลผู้ส่งและผู้รับของอีเมล เพื่อที่จะสามารถรู้ได้ว่าจะต้องติดต่อใครต่อไปเพื่อที่จะปิดบัญชี โดยมี Internet Coalition ให้การสนับสนุน PEAC ซึ่งเป็นสมาคมประกอบด้วยองค์กรขนาดใหญ่ เช่น Amazon, Google และ Facebook เป็นต้น

American Civil Liberties Union (ACLU), Electronic Frontier Foundation (EFF), Consumers Union และ Center for Democracy & Technology (CDT) ได้ออกแถลงการณ์ร่วมกันเพื่ออธิบายถึงปัญหาความเป็นส่วนตัวของผู้ตายโดยระบุว่า หากให้สิทธิอย่างเต็มที่ในการเข้าถึงบัญชีออนไลน์ของผู้ตายเป็นหลักจะทำให้ไม่สอดคล้องกับลักษณะพิเศษของเนื้อหาที่จัดการในรูปแบบดิจิทัล และสร้างปัญหาความเป็นส่วนตัวอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) สินทรัพย์ดิจิทัลไม่สามารถเทียบเคียงได้กับสินทรัพย์ทางกายภาพ เพราะบัญชีออนไลน์นั้นโดยหลักเข้าถึงได้ด้วยรหัสผ่านซึ่งมีความเป็นส่วนตัวสูง จึงเป็นไปได้ที่ผู้ใช้บริการจะคาดหวังให้ผู้อื่นเข้าถึงบัญชีออนไลน์ของตน เว้นแต่ตนเองจะได้อนุญาตและให้ข้อมูลเอาไว้ นอกจากนี้สินทรัพย์ดิจิทัลยังมีความแตกต่างจากสินทรัพย์ทางกายภาพ 3 ประการ

- บัญชีออนไลน์มักจัดเก็บเนื้อหาตามค่าเริ่มต้นที่กำหนดไว้ (default) ไม่ใช่การกำหนดเลือกของบุคคล (active choice)

- โดยทั่วไปไม่มีค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บเนื้อหาดิจิทัลอันเป็นการลดภาระของการจัดการข้อมูลส่วนบุคคลปริมาณมาก

- ประเภทของสินทรัพย์ดิจิทัลกับความคาดหวังของผู้ใช้บริการมีความหลากหลายและแตกต่างกันมาก การกำหนดกฎหมายแบบไม่มีเงื่อนไขจึงไม่สามารถใช้งานได้จริงในทางปฏิบัติ

(2) สินทรัพย์ดิจิทัลมีความสัมพันธ์กันกับความเป็นส่วนตัวของบุคคลภายนอกอย่างสำคัญ เพราะการเปิดโอกาสให้เข้าถึงเนื้อหาของการสื่อสารมีผลเป็นการก้าวล่วงไปยังความเป็นส่วนตัวของบุคคลภายนอกที่สื่อสารมาหาผู้ตาย

(3) ผู้ดูแลผลประโยชน์ไม่ควรได้เข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ตาย เพราะเขามีบทบาทหน้าที่ทางการเงินหรือทางสุขภาพในการช่วยเหลือผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

¹⁴ Elizabeth Sy, *supra* note 9, p.664.



(4) ข้อเสนอ UFADAA ขัดต่อ Electronic Communications Privacy Act (ECPA)¹⁵ เพราะกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์สามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลอย่างเต็มที่โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ดูแลผลประโยชน์นั้นเป็นตัวแทนตามความหมายของ ECPA หรือไม่¹⁶

ข้อต่อสู้ข้างต้นมีผลกระทบอย่างมากต่อเนื้อหาของ UFADAA ต่อมาเดือนกันยายน ค.ศ. 2015 ULC ได้มีการทบทวน UFADAA อีกครั้งหนึ่งและออกเป็น Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA) โดยครั้งนี้ RUFADAA ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและออกเป็นกฎหมายใน 42 มลรัฐ และกำลังอยู่ระหว่างการพิจารณา 5 มลรัฐ¹⁷

RUFADAA จึงมีวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ

(1) เพื่อให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciaries) มีสิทธิตามกฎหมายที่จะจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ได้ในทำนองเดียวกันเท่าที่จะเป็นไปได้กับที่สามารถดำเนินการกับสินทรัพย์ที่มีตัวตนและบัญชีทางการเงิน

(2) เพื่อให้ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (custodians) มีสิทธิตามกฎหมายที่จะดำเนินการใด ๆ กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการ ขณะเดียวกันก็รักษาความเป็นส่วนตัวของการสื่อสารส่วนบุคคลตามที่ผู้ใช้บริการจะคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผล¹⁸

วัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นไปตามแนวทางดั้งเดิมของทรัสต์และกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของบุคคลที่ดำเนินการตามเจตนาของเจ้าของบัญชีเดิม และส่งเสริมให้ผู้ดูแลผลประโยชน์สามารถจัดการทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวไปตามหน้าที่ตามกฎหมายของตน โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ขจัดอุปสรรคในการเข้าถึงรายการทางบัญชีและทรัพย์สินอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่กระทบถึงข้อกำหนดอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มีอยู่เดิมนั้นห้ามมิให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ละเมิดต่อหน้าที่ความรับผิดชอบของตน เช่น การเปิดเผยข้อมูลที่ตนได้รับ ในขณะที่ทำหน้าที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของตนนั้น โดย RUFADAA ได้กำหนดนิยามที่สำคัญไว้ดังนี้

“สินทรัพย์ดิจิทัล (digital asset) หมายถึง รายการอิเล็กทรอนิกส์ที่บุคคลมีสิทธิหรือมีส่วนได้เสียอยู่ ความหมายนี้ไม่รวมถึง สินทรัพย์หรือหนี้สินที่ใช้อ้างอิง (underlying asset or liability) เว้นแต่ตัวสินทรัพย์หรือหนี้สินนั้นจะเป็นรายการอิเล็กทรอนิกส์”¹⁹

เมื่อพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวส่วนตัวของ SCA ทำให้สามารถแบ่งประเภทสินทรัพย์ดิจิทัลตามขอบเขตของกฎหมายได้ดังนี้

(1) ข้อมูลรายการการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (catalogues) ซึ่งถือเป็นข้อมูลของข้อมูล (metadata) ที่อาจเปิดเผยได้ตามหน้าที่ของผู้ให้บริการ

(2) เนื้อหาการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (contents) ซึ่งถือเป็นเนื้อหาการสื่อสารที่โดยหลักห้ามไม่ให้เปิดเผย

¹⁵ 18 U.S.C. § 2510 et seq.

¹⁶ Elizabeth Sy, *supra* note 9, p.664-665.

¹⁷ ข้อมูล ณ เดือนกันยายน ค.ศ. 2018

¹⁸ RUFADAA, Prefatory Note.

¹⁹ RUFADAA § 2(10).

(3) สินทรัพย์ดิจิทัลอื่น ๆ ซึ่งถือว่าไม่อยู่ภายใต้ SCA

ภาพแสดงสินทรัพย์ดิจิทัล 3 ประเภทตาม SCA และ RUFADAA



นอกจากนี้ RUFADAA ได้กำหนดนิยามที่สำคัญไว้ดังนี้

“ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัล (custodian) หมายถึง บุคคลที่ นำส่ง, รักษา, ประมวลผล, รับ หรือ จัดเก็บ สินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ใช้บริการ”²⁰

“ผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) หมายถึง ผู้แทนของผู้ตาย (personal representative), ผู้ปกครอง (conservators), ผู้แทนตามที่ได้รับมอบหมาย (agents) หรือทรัสต์ (trustees) ทั้งที่เป็น โดยแต่เดิม หรือโดยเพิ่มเติม หรือโดยการสืบทอดมาก็ตาม”²¹

ขอบเขตของกฎหมายนี้ใช้บังคับแก่ กรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) ทำหน้าที่ ตามพินัยกรรมหรือหนังสือมอบอำนาจ หรือกรณีที่ผู้แทนของผู้ตายทำหน้าที่ หรือทรัสต์ทำหน้าที่ เพื่อทรัสต์ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ลูกจ้างใช้ประโยชน์ในสินทรัพย์ดิจิทัลของนายจ้างตามปกติทางธุรกิจ

ภาพแสดงผู้ดูแลผลประโยชน์ 4 ประเภท ของ RUFADAA



²⁰ RUFADAA § 2(8).

²¹ RUFADAA § 2(8).



RUFADAA กำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) 4 ประเภท

(1) ผู้แทนตามที่ได้รับมอบหมาย (agents) โดยมีเงื่อนไขการเข้าถึงได้เพียงรายการการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (catalogues) เท่านั้น²² เว้นแต่จะได้มีการให้ความยินยอมเอาไว้ให้เข้าถึงเนื้อหา (contents) โดยชัดแจ้ง²³

(2) ผู้แทนของผู้ตาย (personal representative) โดยมีเงื่อนไขการเข้าถึงได้เพียงรายการการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (catalogues) เท่านั้น²⁴ เว้นแต่จะได้มีการให้ความยินยอมเอาไว้ให้เข้าถึงเนื้อหา (contents) ได้ หรือมีความจำเป็นต่อการจัดการกองทรัพย์สิน²⁵

(3) ผู้ปกครอง (conservators) โดยมีเงื่อนไขการเข้าถึงได้เพียงรายการการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (catalogues) เท่านั้น เว้นแต่มีคำสั่งศาลหรือได้มีการให้ความยินยอมเอาไว้ให้เข้าถึงเนื้อหา (contents) ได้ หรือในกรณีที่ผู้ปกครองทั่วไป (general authority) อาจขอให้ระงับหรือยกเลิกบัญชีออนไลน์ได้ตามสมควร²⁶

(4) ทรัสตี (trustees) โดย

- กรณีที่ทรัสตีเป็นเจ้าของบัญชีออนไลน์ย่อมมีสิทธิในการเข้าถึงบัญชีของตนทั้งรายการ (catalogues) และเนื้อหา (contents)²⁷

- กรณีที่ทรัสตีไม่ใช่เจ้าของบัญชีออนไลน์ย่อมมีสิทธิเข้าถึงได้เพียงรายการการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (catalogues) เท่านั้น²⁸ เว้นแต่จะได้มีการให้ความยินยอมเอาไว้ให้เข้าถึงเนื้อหา (contents) โดยชัดแจ้ง²⁹

โดยไม่รวมถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของนายจ้างที่ลูกจ้างได้ใช้ประโยชน์หรือได้รับมอบหมายให้ดำเนินการตามปกติธุรกิจของนายจ้าง³⁰ เช่น นาย ก ตายในขณะที่เป็นลูกจ้างบริษัท X โดยระบบอีเมลภายในบริษัทนั้นให้เฉพาะพนักงานบริษัทใช้ในงานปกติของบริษัทเท่านั้น นาย ข เป็นผู้แทนของนาย ก ผู้ตายเชื่อว่านาย ก ได้ใช้อีเมลของบริษัทในการทำธุรกรรมทางการเงินบางรายการซึ่งนาย ข ไม่สามารถดำเนินการเข้าถึงได้โดยวิธีการอื่น นาย ข จึงขอให้บริษัท X อนุญาตให้นาย ข เข้าถึงอีเมลดังกล่าว กรณีนี้บริษัท X ไม่ใช่ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัล (custodian) ตามความหมายของกฎหมายต้นแบบนี้ เพราะผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลจะต้องเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ ส่ง, รักษา หรือจัดเก็บ สินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ใช้บริการ และผู้ให้บริการจะต้องมีบัญชีที่นิติสัมพันธ์ตาม TOS แต่กรณีนี้บริษัท X ไม่มี TOS กำหนดเงื่อนไขการใช้บริการเอาไว้กับนาย ก ดังนั้นบริษัท X จึงไม่ใช่ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลตาม

²² RUFADAA § 10.

²³ RUFADAA § 9.

²⁴ RUFADAA § 8.

²⁵ RUFADAA § 7(4), (5)(C)(iv).

²⁶ RUFADAA § 14.

²⁷ RUFADAA § 11.

²⁸ RUFADAA § 13.

²⁹ RUFADAA § 12.

³⁰ RUFADAA § 3.

ความหมายนี้ กรณีจะแตกต่างไปหากบริษัท X เป็นผู้ให้บริการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ด้วย กล่าวคือ เป็นผู้ให้บริการตาม ECPA ที่ให้บริการแก่นาย ก นอกเวลางานด้วย นาย ก จึงได้ใช้บริการดังกล่าว ที่บริษัทได้ให้บริการแก่ประชาชนทั่วไปด้วยเหมือนกัน ทำให้บริษัท X มีหน้าที่ต้องปฏิบัติในฐานะที่เป็น ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัล (custodian) ตามความหมายของกฎหมายต้นแบบนี้³¹

การให้ความยินยอม 3 ระดับ (Three-tier System)

โดย RUFADAA กำหนดโครงสร้างการอนุญาตไว้เป็น 3 ระดับ ได้แก่

(1) ผู้ใช้บริการอาจใช้เครื่องมือออนไลน์ (online tool) เพื่อกำหนดให้ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัล (custodian) ต้องอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้บุคคลที่กำหนดได้เข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของตนเองบางส่วน หรือทั้งหมด ซึ่งรวมถึงเนื้อหาของการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ หากเครื่องมือออนไลน์ดังกล่าวเปิดช่อง ให้ผู้ใช้บริการอาจแก้ไขหรือลบคำสั่งได้โดยตลอด คำสั่งเกี่ยวกับการให้อนุญาตโดยเครื่องมือออนไลน์ ให้มีผลเป็นการแก้ไขคำสั่งอย่างอื่นที่ทำโดยพินัยกรรมหรือการมอบอำนาจหรือเอกสารหลักฐานอื่นใด

(2) หากผู้ใช้บริการไม่ได้ใช้เครื่องมือออนไลน์ตามวรรคก่อน หรือผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้ จัดให้มีเครื่องมือออนไลน์เอาไว้ ผู้ใช้บริการอาจอนุญาตหรือไม่อนุญาตเอาไว้ในพินัยกรรมหรือการมอบ อำนาจหรือเอกสารหลักฐานอื่นใด ให้บุคคลที่กำหนดได้เข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของตนเองบางส่วนหรือ ทั้งหมด ซึ่งรวมถึงเนื้อหาของการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้ส่งหรือได้รับโดยผู้ใช้บริการ

(3) คำสั่งของผู้ใช้บริการตามวรรคก่อนจะมีผลเป็นการแก้ไขข้อกำหนดอย่างอื่นใน TOS ที่ไม่ได้กำหนดให้ผู้ใช้บริการต้องกระทำโดยขัดแย้งต่างหากจากข้อตกลง TOS ที่ผู้ใช้บริการได้ยอมรับ เอาไว้³² ส่งผลให้ข้อกำหนดอื่น ๆ ที่ไม่มีกำหนดไว้ตามวรรคก่อน ย่อมต้องบังคับตาม TOS

ภาพแสดงการอนุญาต 3 ระดับ (Three-tier System) ของ RUFADAA



Online tool



Will, trust, power of attorney, etc.



TOS (Terms of Service)

³¹ RUFADAA § 3, Comment.

³² RUFADAA § 4.

ภาพตัวอย่างเครื่องมือออนไลน์ (Online Tool) ของ Facebook.com

Manage Account

Your Legacy Contact

A legacy contact is someone you choose to manage your account after you pass away. They'll be able to do things like pin a post on your timeline, respond to new friend requests and update your profile picture. They won't post as you or see your messages. [Learn more.](#)

We'll send your legacy contact an email explaining what this means. You'll also have the option to send them a message right away. They won't be notified again until your account is memorialized.

If you don't want a Facebook account after you pass away, you can request to have your account permanently deleted instead of choosing a legacy contact.
[Request account deletion.](#)

Deactivate your account

Deactivating your account will disable your profile and remove your name and photo from most things you've shared on Facebook. Some information may still be visible to others, such as your name in their friends list and messages you sent. [Learn more.](#)

[Deactivate your account.](#)

ที่มา: https://www.facebook.com/settings?tab=account§ion=account_management&view

3. พัฒนาการต้นแบบของแคนาดา

ที่ประชุมเพื่อการพัฒนากฎหมายที่สอดคล้องกันของแคนาดา หรือที่รู้จักกันในชื่อ Uniform Law Conference of Canada (ULCC) ได้ออกกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล หรือที่เรียกว่า Uniform Access to Digital Assets by Fiduciaries Act (UADFA) เมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2016 โดยมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับ RUFADAA กล่าวคือ เพื่อแก้ไขปัญหาทางข้อกฎหมายให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciaries) สามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของบุคคลไร้ความสามารถหรือผู้ตาย ขณะเดียวกันก็เพื่อคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเจ้าของบัญชีออนไลน์ ดังนั้นเมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์เข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล อันเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของเจ้าของบัญชีออนไลน์ จึงไม่ถือเป็นการละเมิดกฎหมายคุ้มครองความเป็นส่วนตัว เพราะผู้ดูแลผลประโยชน์ย่อมมีหน้าที่ต้องเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวเพื่อทำหน้าที่ของเขา³³ อย่างไรก็ตามการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวอาจกระทบความเป็นส่วนตัวของบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงนั้น และอาจเป็นการละเมิดกฎหมายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวที่ผู้ให้บริการ

³³ UADFA § 5, Comment.

ในฐานะที่เป็นผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัล (custodian) ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กรณีนี้ย่อมมีข้อจำกัดในการเข้าถึงดังกล่าวโดยเฉพาะกรณีที่สินทรัพย์ดิจิทัลนั้นได้แก่ อีเมลหรือสื่อสังคมออนไลน์ เป็นต้น³⁴

แม้ UADFA จะมียุทธศาสตร์การทำงานเดียวกันกับของ RUFADAA ของสหรัฐอเมริกาที่ออกเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลสำหรับใช้ประกอบกับกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่เดิม แต่เนื่องจากหลักการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและเจตนาของเจ้าของบัญชีออนไลน์ ทำให้หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องกำหนดเป็นหลักการใหม่ขึ้น ปัจจุบันมีเพียงรัฐแอลเบอร์ตา (Alberta, Canada) ที่ออกกฎหมายเรื่องนี้แต่ก็เฉพาะสำหรับกรณีตายเท่านั้น

UADFA §1 กำหนดนิยาม

“สินทรัพย์ดิจิทัล หมายถึง รายการที่ถูก สร้าง บันทึก ส่ง หรือจัดเก็บ ในรูปแบบดิจิทัลหรือรูปแบบที่ไม่มีรูปร่างอื่นใดด้วยวิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์ แม่เหล็กไฟฟ้า หรือแสง หรือโดยวิธีการอื่นในทำนองเดียวกัน”

โดยมีข้อสังเกตว่าสินทรัพย์ดิจิทัล รวมถึง ประเภทการจัดเก็บข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ เช่น

- ข้อมูลใด ๆ ที่จัดเก็บบนคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ดิจิทัลอื่น ๆ
- เนื้อหาที่อัปโหลดไปยังเว็บไซต์ รวมถึงตั้งแต่ รูปภาพ จนถึง เอกสารต่าง ๆ และ
- สิทธิทางดิจิทัล เช่น โดเมนเนม หรือสิทธิดิจิทัลใด ๆ ที่ได้มาจากเกมออนไลน์และสิ่งใด

ที่สร้างขึ้นออนไลน์

- ทั้งนี้รวมถึงสินทรัพย์ทางกายภาพใด ๆ ที่อาจมีการอ้างอิงไปถึง (underlying assets)

UADFA กำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) 4 ประเภท

- (1) ผู้แทนตามที่ได้รับมอบหมาย (attorney)
- (2) ผู้แทนของผู้ตาย (personal representative)
- (3) ผู้ปกครอง (guardian)
- (4) ทrust (trustees)

³⁴ Faye Woodman, “Fiduciary Access to Digital Assets: A Review of the Uniform Law Conference of Canada’s Proposed Uniform Act and Comparable American Model Legislation,” *Canadian Journal of Law and Technology* (2017), from <https://papers.ssrn.com/abstract=3064057>; กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของแคนาดา เช่น Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5 [PIPEDA], Personal Information Protection Act, S.B.C. 2003, c. 63 [BC PIPA], Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5 [AB PIPA], Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165, Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25.



ภาพแสดงผู้ดูแลผลประโยชน์ 4 ประเภท ของ UADFA



ผู้ปกครอง (guardian) ตามความหมายของ UADFA ไม่รวมถึงผู้ปกครองของผู้เยาว์ที่ยังมีชีวิตอยู่ และทรัสต์ (trustee) ไม่รวมถึงทรัสต์ตามความหมายของกฎหมายล้มละลาย³⁵ นอกจากนี้ยังไม่รวมถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของนายจ้างที่ลูกจ้างได้ใช้ประโยชน์หรือได้รับมอบหมายให้ดำเนินการตามปกติธุรกิจของนายจ้าง หรือระบบอีเมลภายในของนายจ้าง³⁶ ซึ่งโดยปกติแล้วลูกจ้างไม่ใช่เจ้าของบัญชีออนไลน์ เพราะนายจ้างไม่ได้ถือเอาสินทรัพย์ดิจิทัลของลูกจ้างตาม TOS

โดยหลัก UADFA กำหนดให้ TOS ที่จำกัดการเข้าถึงของผู้ดูแลผลประโยชน์นั้นเป็นโมฆะเว้นแต่เจ้าของบัญชีออนไลน์นั้นจะได้อนุญาตโดยชัดแจ้งต่างหากจากการให้ความยินยอมต่อ TOS³⁷ และถือว่าสินทรัพย์ดิจิทัลทุกประเภทสามารถเข้าถึงได้เหมือนกัน ข้อนี้แตกต่างจากตัวอย่างของสหรัฐอเมริกาที่มีการแบ่งประเภทสินทรัพย์ดิจิทัลออกได้เป็น 3 ประเภทเพราะมีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ อีกทั้ง UADFA ยังระบุด้วยว่าไม่ถือเป็นการละเมิดกฎหมายอาญาที่กำหนดให้เป็นความผิดฐานใช้คอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต (unauthorized use) เฉพาะกรณีที่เป็นการฉ้อโกงและโดยปราศจากมูลเหตุอันสมควรที่จะทำได้ (without colour of right)³⁸

การให้ความยินยอมระดับเดียว (One-tier System)

ประการต่อมาในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความยินยอมให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ทำหน้าที่แทนเจ้าของบัญชีออนไลน์ UADFA ไม่ได้กำหนดลำดับชั้นของวิธีการให้ความยินยอมเอาไว้ในทำนองเดียวกันกับ RUFADAA ของสหรัฐอเมริกาด้วยเหตุที่ยังมีความลังเลว่าจะเป็น การเสื่อมเสียแก่การแสดงเจตนาของเจ้าของบัญชีออนไลน์ จึงกำหนดให้ถือเอาการให้ความยินยอมล่าสุดเป็นหลัก³⁹

³⁵ UADFA § 1, Comment.

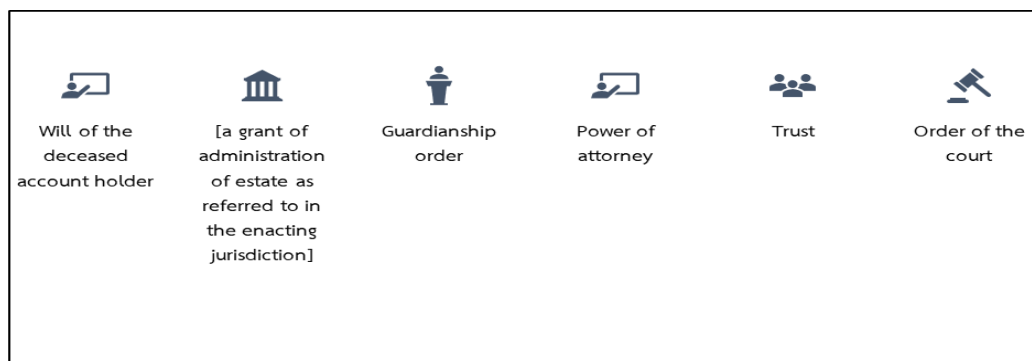
³⁶ UADFA § 2(2), Comment.

³⁷ UADFA § 5(2).

³⁸ Canada Criminal Code § 342.1.

³⁹ UADFA § 3(4).

ภาพแสดงวิธีการให้ความยินยอมของ UADFA



UADFA จึงมีหลักการที่กำหนดให้มีการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลได้มากกว่า RUFADAA ที่กำหนดให้มีการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลได้จำกัดกว่า โดยมีข้อแตกต่างที่สำคัญได้แก่

- ประเภทของสินทรัพย์ดิจิทัลตาม RUFADAA มีลักษณะที่จำกัดมากกว่าตาม SCA
- RUFADAA กำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์มีความสามารถในการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภท
- RUFADAA รับรองข้อตกลงตาม TOS ให้มีผลบังคับใช้ได้ เว้นแต่จะได้ให้ความยินยอมเป็นการเฉพาะเอาไว้
- RUFADAA รับรองให้มีการใช้เครื่องมือออนไลน์ในการกำหนดให้บุคคลเป็นผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลได้ นอกเหนือไปจากผู้ดูแลผลประโยชน์ทั่วไป (fiduciary)

4. พัฒนาการในที่อื่นและข้อสังเกตสำหรับประเทศไทย

ในสหภาพยุโรปเริ่มมีการตระหนักรู้และตื่นตัวในเรื่องนี้ค่อนข้างดี และกำลังมีการศึกษาในเรื่องดังกล่าวโดย European Law Institute (ELI) โดยได้รับอิทธิพลจาก RUFADAA ของสหรัฐอเมริกา และ UADFA ของแคนาดา แต่ไม่ได้มีเป้าหมายที่จะจัดทำร่างกฎหมายต้นแบบเช่นเดียวกันกับตัวอย่างของทั้งสองประเทศ เพราะมองว่าน่าจะต้องมีหลักกฎหมายในระดับ EU Directive ที่สามารถใช้ได้ในระดับสหภาพยุโรปและอาจปรับใช้ได้เป็นสากลทั่วโลก ในขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถปรับใช้หลักการดังกล่าวได้ตามความเหมาะสม⁴⁰

นอกจากนี้ในเดือนกันยายน ค.ศ. 2015 ฝรั่งเศสในเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยสาธารณรัฐดิจิทัล (Digital Republic Bill) เพื่อรับฟังความเห็น โดยมีเนื้อหาสำคัญเป็นการเปลี่ยนผ่านรัฐและนโยบายเศรษฐกิจของประเทศเข้าสู่ยุคดิจิทัลทั้งด้านโครงสร้างพื้นฐานของประเทศและผลกระทบต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน และประเด็นหนึ่งในนั้นก็เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลภายหลัง

⁴⁰ European Law Institute, "Access to Digital Assets," European Law Institute, accessed August 5, 2020, from <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/access-to-digital-assets/>.

การเสียชีวิต โดยในร่างมาตรา 20 กำหนดให้บุคคลสามารถกำหนดวิธีการจัดการข้อมูลส่วนบุคคลไปที่ French Data Protection Authority (CNIL) หรือผู้ควบคุมข้อมูล (Data Controller) เพื่อแต่งตั้งบุคคลที่จะดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าว และ ISPs จะต้องแจ้งผู้ใช้บริการว่าจะเกิดอะไรขึ้นต่อข้อมูลของเขาเมื่อเสียชีวิตและเปิดโอกาสให้เลือกที่จะโอนข้อมูลดังกล่าวไปยังบุคคลที่ต้องการหรือไม่⁴¹

สำหรับประเทศไทยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กำหนดให้การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบเป็นความผิด ได้แก่

“มาตรา 5 ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

...

มาตรา 7 ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ได้กำหนดนิยามที่สำคัญเอาไว้ดังนี้

“ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

“ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของบริการ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์นั้น

แม้ประเทศไทยจะยังไม่มีที่ใดกำหนดนิยามของ “สินทรัพย์ดิจิทัล” ตามความหมายในที่นี้เอาไว้ มีเพียงพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ที่ได้กำหนดนิยามเฉพาะเรื่องเอาไว้ว่าหมายถึง “คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล” เท่านั้น แต่ด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดนิยามของ “ระบบคอมพิวเตอร์” และ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” เอาไว้ประกอบกับบทบัญญัติตามมาตรา 5 (unauthorized access to computer system) และมาตรา 7 (unauthorized access to computer data) ที่กำหนดให้

⁴¹ French Government, “Consultation du projet Projet de loi pour une République numérique République Numérique,” République française (2015) accessed 3 November 2018, from <https://www.republique-numerique.fr/project/projet-de-loi-numerique/consultation>.

การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบเป็นความผิด ทำให้ประเด็นการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของไทยย่อมมีลักษณะเดียวกันกับสหรัฐอเมริกาและแคนาดา กล่าวคือ

(1) ผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) จะเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้ตามกฎหมาย ในลักษณะเดียวกันกับ SCA ของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของแคนาดา

(2) ไม่มีที่ใดกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการในฐานะที่เป็นผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัล (custodian) ให้ดำเนินการในลักษณะใดเอาไว้ ทั้งในแง่ของการให้ความยินยอมหรือการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แม้ว่าได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แล้วแต่ก็มีการเลื่อนการบังคับใช้ออกไป⁴² อีกทั้งสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะเข้าถึงข้อมูลของตนก็เป็นคนละประเด็นกับปัญหาในที่นี้ สถานะปัจจุบันของผู้ให้บริการในแง่จึงค่อนข้างเป็นอิสระและอ้างอิงการให้บริการตาม TOS เท่านั้น

(3) อย่างไรก็ดีมีเพียงมาตรา 18 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้กรณีเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นกรณีคดีอาญานั้น พนักงานเจ้าหน้าที่อาจเรียก “ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” จากผู้ให้บริการได้ ซึ่งเทียบได้กับ “รายการของข้อมูล” (catalogues) ตาม SCA เท่านั้น⁴³

ที่ผ่านมาการจัดการสินทรัพย์ในกองมรดกเป็นการจัดการสินทรัพย์ที่จับต้องได้ต่าง ๆ สินทรัพย์ทางการเงิน และอสังหาริมทรัพย์ เป็นประเภทหลัก แต่ปัจจุบันขอบเขตของสินทรัพย์ต่าง ๆ ได้ขยายขอบเขตรวมถึงสิ่งที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และทำให้บริบทของการจัดการสินทรัพย์นั้นเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง ปัจจุบันการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล (Access to Digital Assets) เป็นประเด็นโต้แย้งสิทธิกันมากขึ้นเรื่อย ๆ เพราะบุคคลที่สามที่มีสิทธิตามกฎหมาย หรือคำพิพากษาจำเป็นจะต้องเข้าถึงบัญชีสินทรัพย์ดิจิทัลของเจ้าของที่อาจเสียชีวิตไปหรือถูกบังคับคดีในพฤติการณ์ต่าง ๆ แต่ไม่อาจทำได้เพราะในหลายประเทศมักมีกฎหมายเดิมที่ห้ามการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตเอาไว้ และพัฒนาเป็นกฎหมายต้นแบบอย่าง RUFADAA ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน โดยมีหลักการที่สำคัญ 2 ประการ

(1) เพื่อให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciaries) มีสิทธิตามกฎหมายที่จะจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ได้ในทำนองเดียวกันเท่าที่จะเป็นไปได้กับที่สามารถดำเนินการกับสินทรัพย์ที่มีตัวตนและบัญชีทางการเงิน

(2) เพื่อให้ผู้ดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (custodians) มีสิทธิตามกฎหมายที่จะดำเนินการใด ๆ กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการ ขณะเดียวกันก็รักษาความเป็นส่วนตัวส่วนตัวของการสื่อสารส่วนบุคคลตามที่ผู้ใช้บริการจะคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผล

⁴² พระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานและกิจการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2563

⁴³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 18(2).



ประเทศไทยก็มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ที่มีบทบัญญัติเป็นการกำหนดให้การเข้าถึงข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิด ดังนั้นจึงสมเหตุสมผลที่จะคาดหมายได้ว่าจะเกิดเป็นปัญหาในลักษณะเดียวกันที่ไม่สามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลได้ตามกฎหมาย และจำเป็นต้องมีการออกเป็นกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งอย่างน้อยมีความเป็นไปได้ 2 แนวทาง

- (1) ออกเป็นกฎหมายใหม่ในทำนองเดียวกันกับ RUFADAA หรือ UADFA
- (2) แก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560