

ความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ : ศึกษากฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

กฤษฎา อ้อยพันธุ์*

อัจฉริยา ชูตินันท์**

บทคัดย่อ

ปัจจุบันการพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ นับว่ามีคุณประโยชน์อันเนื่องมาจากการดำรงชีวิต และการดำเนินกิจกรรม ทั้งของหน่วยงานภาครัฐและเอกชน หากแต่ในขณะเดียวกันก็ได้มีการนำเอาเทคโนโลยีเหล่านั้นไปใช้ในทางมิชอบอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายกับสังคมได้เช่นกัน ทั้งนี้ ปัญหาหนึ่งที่เกิดผลกระทบต่อ การติดต่อสื่อสารและการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ได้แก่ การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)¹ อันเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มักเกิดจากการได้ ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่น แล้วมีการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ในการติดต่ออ้างเพื่อโฆษณา ประชาสัมพันธ์ขายสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อเชิญชวนเข้าร่วมกิจกรรมต่าง ๆ และในบางกรณีอาจมีการใช้เพื่อเผยแพร่ข้อมูลหรือภาพอันไม่เหมาะสม ตลอดจนอาจจะมีการนำข้อมูลที่ได้มานั้นไปใช้กระทำความผิดในรูปแบบต่างๆทุกวันนี้เราแทบจะปฏิเสธไม่ได้เลยว่า จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ได้กลายเป็นสิ่งสำคัญในการติดต่อสื่อสารของมนุษย์ในยุคโลกาภิวัตน์ (Globalization) เนื่องจากมีคุณสมบัติที่สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีความคิดที่จะแสวงหาประโยชน์โดยการใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นช่องทางในการสร้างกลยุทธ์ทางการตลาด ด้วยการโฆษณาไปยังผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยการส่งไปยังที่อยู่ของผู้ใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail Address)

เหตุจูงใจในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) พบว่ามีเหตุปัจจัย 3 ประการ² คือ

1. การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ถือเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดของการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

** อาจารย์ที่ปรึกษาหลัก

¹ Spam mail คือ ชื่อเรียกของการส่งข้อความที่ผู้รับไม่ได้ร้องขอ ผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยส่วนมากจะทำให้เกิดความไม่พอใจต่อผู้รับข้อความ

² องอาจ เทียนศิริณ. (2548). *อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : การกำหนดฐานความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำต่อคอมพิวเตอร์* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2. การเผยแพร่สื่อบริการ ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จะส่งภาพ หรือเนื้อหาลามกอนาจารให้แก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ต ซึ่งต่างจากการโฆษณาขายสินค้า หรือบริการทางเพศ เนื่องจากมิได้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

3. การเผยแพร่ลัทธิความเชื่อ บุคคลผู้มีความเชื่อทางความคิดหรืออุดมการณ์ทางการเมือง หรือศาสนาจะใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อเพื่อแสดงและเผยแพร่แนวความคิดของตนเองให้แก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชักจูงใจให้ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เข้าร่วมเป็นสมาชิกกับกลุ่มของตน หรือเพื่อรวบรวมบุคคลเพื่อก่อตั้งลัทธิความเชื่อขึ้นใหม่

ผลกระทบของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้นมีผลกระทบต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ใช้อินเทอร์เน็ตดังต่อไปนี้³

ก. ค่าใช้จ่ายจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) (Cost) เนื่องจากการส่งนั้นมีลักษณะที่ผลภาระค่าใช้จ่ายมายังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ใช้อินเทอร์เน็ต (Cost Shifting to ISP Costs and Consumer Costs) ซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการดาวน์โหลด (Download cost) ปัญหาเรื่องเนื้อที่ของการใช้ดิสก์ (Disk space) รวมถึงการเสียเวลาของลูกจ้างในการจัดการกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) (Employee time wasted)

ข. ความเป็นส่วนตัว (Privacy) การรวบรวมชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เพื่อใช้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) โดยผู้เป็นเจ้าของชื่อและที่อยู่นั้นไม่ทราบและไม่ได้ให้ความยินยอมนั้นถือเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัว

ค. การหลอกลวงโดยส่งจดหมายซึ่งใช้ที่อยู่หรือหัวเรื่องของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ปลอม (Spoofing) การส่งจดหมายโดยใช้ที่อยู่หรือหัวเรื่องของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ปลอมซึ่งบางครั้งก็ใช้ชื่อและที่อยู่หน่วยงานที่มีชื่อเสียงเพื่อที่จะหลอกให้ผู้รับสนใจที่จะเปิดจดหมายของตนหรือตอบกลับ

ง. เนื้อหาของจดหมายที่มีลักษณะหลอกลวงและขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดี (Content - Fraudulent & Deceptive Advertising) นอกจากนี้การโฆษณาสินค้าของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ส่วนใหญ่มีลักษณะฉ้อฉล เช่น โฆษณาว่ามี การแจกสินค้าฟรีหากส่งจดหมายนี้ต่อไปยังคนที่รู้จักอย่างน้อย 20 คน หรือมีการโฆษณาที่มีเนื้อหาขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีเช่น การโฆษณาเว็บไซต์ภาพลามก การพนัน เป็นต้น

³ อรรถยา สิงห์สงบ. (มปป.) ความพยายามทางกฎหมายกับการแก้ไขปัญหาจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ขยะ (Spam Mail).

จ. การบุกรุก (Trespass) มีการโต้แย้งกันว่าการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ถือเป็นการบุกรุกสังหาริมทรัพย์ของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)

เพื่อเป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นอย่างทวีคูณ จึงเห็นควรศึกษาและทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษ เพื่อเป็นการป้องกัน และแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยผู้เขียนเสนอแนะให้เพิ่มเติมมาตรการในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ พร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

1. บทนำ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น มีผลใช้บังคับในการกระทำความผิดต่าง ๆ โดยใช้อุปกรณ์ทางคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือ แต่ก็ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ โดยเฉพาะกรณีการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ซึ่งกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดไว้เพียงว่า การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อไม่เปิดเผยชื่อผู้ส่ง และการส่งนั้นเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ จึงไม่ช่วยแก้ปัญหาการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จากสภาพการณ์ปัจจุบันและปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย ทำให้การกระทำความผิดฐานส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นไปอย่างรุนแรงและควบคุมได้ยากยิ่งขึ้น เห็นควรศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายและบทกำหนดโทษ ตลอดจนการศึกษาดังแนวทาง ป้องกันแก้ไขอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ที่เกิดมาจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) อย่างเร่งด่วน

2. แนวคิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้น มีวัตถุประสงค์ในการส่งอย่างไร และส่งผลกระทบต่ออย่างไร แต่เกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มีแนวคิดหรือวิวัฒนาการอย่างไรจะได้กล่าวต่อไป

จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) คือการติดต่อสื่อสารกันโดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจใช้งานกันเฉพาะภายในองค์กร บริษัท หรือส่งออกไปภายนอกโดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต การรับและการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะต้องมีชื่อเรียกไว้สำหรับอ้างอิง เรียกว่าชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail Address) การกำหนดชื่อที่อยู่จดหมาย

อิเล็กทรอนิกส์จะแยกออกเป็นชื่อกล่องจดหมาย (mail box) โดยทั่วไปจะนิยมตั้งชื่อตามชื่อเจ้าของกล่องจดหมาย และส่วนที่สอง คือ ชื่อโดเมนเนม ซึ่งจะอยู่ตามหลังตัวอักษร “@” หรือที่เรียกว่า “แอทไซน์” เช่น cat@hotmail.com การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ช่วยให้สามารถติดต่อสื่อสารระหว่างกันได้ทั่วโลกมีความสะดวกรวดเร็วและสามารถสื่อสารถึงกันได้ตลอดเวลาโดยไม่ต้องคำนึงว่า ผู้รับจะอยู่ที่ใด จะใช้เครื่องคอมพิวเตอร์หรือไม่ เพราะจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะเก็บข้อความไว้ เมื่อผู้รับเข้าสู่ระบบเครือข่ายก็จะเห็นข้อความนั้นรออยู่ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นรูปแบบการสื่อสารที่ทันสมัยรูปแบบหนึ่งโดยมีความสำคัญ คือ

1. ทำให้การติดต่อสื่อสารทั่วโลกเป็นไปอย่างรวดเร็วทันที่ ระยะทางไม่เป็นอุปสรรค
 2. สามารถส่งจดหมายถึงผู้รับที่ต้องการได้ตลอดเวลาแม้ผู้รับจะไม่ได้อยู่ที่หน้าจคอมพิวเตอร์ก็ตาม
 3. กรณีที่ต้องการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นข้อความเดียวกันสามารถส่งจดหมายถึงผู้รับหลาย ๆ คนได้ในเวลาเดียวกัน โดยไม่ต้องเสียเวลาส่งทีละคน
 4. การส่งจดหมายทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ช่วยประหยัดเวลาในการเดินทางไปส่งจดหมายถึงตู้ไปรษณีย์หรือที่การไปรษณีย์ จึงประหยัดค่าใช้จ่ายในการส่ง
 5. จดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น ผู้รับจดหมายสามารถเรียกอ่านจดหมายได้ตลอดเวลาตามสะดวกโปรแกรมของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะแสดงให้เห็นทราบว่าในตู้จดหมายของผู้รับมีจดหมายกี่ฉบับ มีจดหมายที่อ่านแล้วและยังไม่ได้เรียกอ่านกี่ฉบับ เมื่ออ่านจดหมายฉบับใดแล้วหากต้องการลบทิ้งก็สามารถเก็บข้อความบางอย่างในจดหมายนั้นจากจอภาพแล้วส่งต่อไปยังผู้อื่นได้ด้วย
 6. จดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถที่จะถ่ายโอนแฟ้มข้อมูลแนบไปกับจดหมายถึงผู้รับได้
 7. ทำให้การแลกเปลี่ยนข่าวสารเป็นไปได้อย่างสะดวก รวดเร็ว ทันเวลา และทันเหตุการณ์⁴
- การรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นวิธีการที่นิยมมากที่สุด เนื่องจากเป็นช่องทางที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดแต่สามารถส่งถึงบุคคลได้จำนวนมากหากพิจารณาอีเมลที่มีการรับส่งผ่านอินเทอร์เน็ตจะพบว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) หรือที่เรียกว่าอีเมลขยะถึงร้อยละ 70 จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ขยะ (Junk Mail) เหล่านี้มีการเรียกกันหลายชื่อ ชื่อที่นิยมเรียกกันมาก คือ “สแปมเมล” ส่วนมากเนื้อหาของจดหมายขยะหรืออีเมลขยะจะเกี่ยวกับการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ และในบางครั้งอาจมีลักษณะการโฆษณาชวนเชื่อในลักษณะแชร์ลูกโซ่ หลอกให้จ่ายเงินล่วงหน้าเพื่อรับโชคก้อนใหญ่

การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เป็นการส่งอีเมลโดยตรงไปยังผู้ใช้อีเมล ซึ่งรายชื่อผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ส่วนใหญ่จะ

⁴ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์. สืบค้นวันที่ 10 มีนาคม 2557, จาก

นำมาจากผู้ที่เคยส่งข้อความในกระทู้หรือสมาชิกตามเว็บไซต์ที่มีการตั้งกระทู้ต่าง ๆ หรือเข้าไปชมรายการชื่อผู้ใช้อีเมลในกลุ่มผู้สนใจเฉพาะด้าน หรือเข้าไปหาอีเมลในเว็บไซต์⁵

เพื่อแก้ไขปัญหาในการดำเนินคดีอาญา จึงได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายอาญาในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) โดยกำหนดความผิดไว้ใน มาตรา 11 ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ บัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิด หรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของ บุคคลอื่นโดยปกติสุข” และบังคับใช้มาถึง 6 ปี แต่ไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้อย่างจริงจัง

ทั้งนี้หากพิจารณากฎหมายของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย การกำหนดความรับผิดเรื่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จะยึดโยงกับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลในเชิงพาณิชย์เป็นหลัก โดยมีหลักการสำคัญคือการกำหนดขอบเขตที่เข้มงวดในการเข้าถึงความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งผู้ให้บริการหรือผู้ที่ส่งข้อมูลหรือข้อความใดไปยังผู้รับข้อมูลจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้รับข้อมูลมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับข้อมูลหรือข้อความนั้น ๆ ได้ อีกทั้งยังมีการกำหนดหลักเกณฑ์และความรับผิดในเรื่องนี้อย่างชัดเจน

3. ความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ปรากฏประเด็นปัญหาการใช้บังคับในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะโดยผลของพัฒนาการทางเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว กล่าวคือ ฐานความผิดที่กำหนดในกฎหมายปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบการกระทำความผิดที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ปัจจุบันไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำที่ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนมากให้แก่ผู้อื่นได้ (Spam mail) เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้มีความผิดต่อเมื่อมีการปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาซึ่งเป็นช่องโหว่ที่กฎหมายไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ หรือโดยผลจากการบังคับใช้กฎหมายหรือการตีความกฎหมายที่อาจยังไม่สอดคล้องตรงตามเจตนารมณ์ ซึ่งทำให้มีการแจ้งความเพื่อดำเนินคดีจากความผิดฐานดังกล่าวเป็นจำนวนมาก เมื่อเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศในแต่ละประเด็นได้ดังนี้

⁵ นคร บริพนธ์มงคล. (2547, มกราคม-กุมภาพันธ์). สแปมเมลล์ หรือ อีเมลขยะ. จดหมายข่าวสำนักคอมพิวเตอร์, ปี8(1).

3.1 ลักษณะของการกระทำเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ กับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล

การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้รับไม่ได้ร้องขอย่อมเป็นการกระทำที่ผู้กระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นโดยตรง ผู้ที่ถูกจำกัดหรือรุกรานสิทธิเสรีภาพ ย่อมรู้สึกอึดอัดใจ รู้สึกกระวนกระวายใจเป็นทุกข์ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 11 กำหนดให้การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุขและเมื่อเปรียบเทียบกับ การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ได้นำแนวคิดในการเลือกที่จะปฏิเสธ (Opt-out)⁶ ที่ผู้ส่งสามารถส่งข้อความหาผู้รับโดยไม่ต้องขออนุญาตล่วงหน้า แต่ผู้รับจะเป็นฝ่ายปฏิเสธไม่รับข้อความ ซึ่งผู้ส่งข้อความจะต้องหยุดส่งทันทีหลังจากผู้รับระบุว่าไม่ต้องการรับข้อความ มาบัญญัติไว้ใน CAN SPAM Act 2003 Sec.5(a)(3) ในการส่งข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทางพาณิชย์ ผู้ส่งจะต้องจัดให้มีที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีระบบการทำงานในการตอบกลับ เพื่อให้ผู้รับสามารถที่จะตอบกลับมายังผู้ส่งว่าในอนาคตตนไม่ประสงค์จะรับข้อความจดหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อีกต่อไป โดยผู้ส่งจะต้องแจ้งถึงระบบหรือวิธีการดังกล่าวให้ชัดเจนและสามารถเห็นได้ชัดเจนแก่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งประเทศเยอรมันที่นำหลักดังกล่าวมากำหนดไว้ใน Sec.7(2) UWG 2004 หรือประเทศออสเตรเลีย ได้นำแนวคิดในการเลือกที่จะรับหรือให้ความยินยอม (Opt-in) คือ ผู้ส่งข้อความต้องได้รับอนุญาตจากผู้รับก่อน จึงจะสามารถส่งข้อความถึงผู้รับได้ มิฉะนั้นจะถือว่าผิดกฎหมายข้อบังคับไว้ใน Spam Act 2003 ที่กำหนดให้เจ้าของธุรกิจต่าง ๆ ที่ประสงค์จะส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อโฆษณาสินค้าจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก่อน และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่บัญญัติไว้ รวมทั้งประเทศอังกฤษเช่นกัน แม้ The Privacy and Electronic Communications Regulations 2003 จะกำหนดเพื่อควบคุมการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการตลาดแบบขายตรง แต่ก็นำแนวคิดสิทธิในการเลือกที่จะรับหรือให้ความยินยอมมากำหนดไว้เป็นขอบเขตในการรับผิดชอบเกี่ยวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่วัตถุประสงค์เพื่อการตลาดแบบขายตรง

3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบกับลักษณะของการกระทำอันเป็นการปกปิดหรือปลอมแปลงที่มาของการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่ผู้อื่น

การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้นั้นมีได้ทั้งกรณีปกปิดและไม่ปกปิดแหล่งที่มาซึ่งอาจเป็นการรบกวนหรือก่อให้เกิดความ

⁶ สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม. (2533). ระบบคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ. หน้า 11.

เสียหายได้ทั้งสิ้น ซึ่งตามมาตรา 11 ปัจจุบันมีการกำหนดองค์ประกอบความผิดประการหนึ่งคือ “โดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล” แต่ในปัจจุบันการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มักจะทำโดยมิได้ปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล การกระทำดังกล่าวจึงไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดทำให้ผู้กระทำไม่ ต้องรับผิด เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา คณะกรรมการการค้า การค้าแห่งชาติ (Federal Trade Commission) ได้กำหนดการกระทำผิดที่มีลักษณะของการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือมีการหลอกลวง (unfair or deceptive act or practice) หรือเป็นการฝ่าฝืน Sec.18 (a) (1) (B) ของ Federal Trade Commission Act การระบุหัวข้อเรื่องจดหมาย (Subject Headings) โดยมีข้อความเป็นการหลอกลวงโดยผู้ส่งหรือควรจะรู้ว่าอาจทำให้ผู้รับ เข้าใจผิด (Sec.5 (a) (2)) และ Spam Act 2003 ของประเทศออสเตรเลียกำหนดห้ามมิให้การ ส่ง หรือเป็นเหตุให้มีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ หรือมิได้เป็น ข้อความเชิงพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการ พาณิชย์ได้ และต้องระบุข้อมูลที่ถูกต้องของผู้ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการที่ผู้รับสามารถ ติดต่อผู้ส่งได้อย่างถูกต้อง หรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะต้อง สามารถใช้ได้อย่างน้อย 30 วันนับจากวันส่งข้อความ ดังนั้น ในประเทศออสเตรเลีย จึงกำหนดให้ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของข้อมูล

3.3 บทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่ผู้อื่น

การกำหนดอัตราโทษในแต่ละฐานความผิดควรคำนึงทฤษฎีในการกำหนดโทษ ระบบ การลงโทษ ที่กำหนดให้เหมาะสมต่อการกระทำความผิดในแต่ละฐานความและเหมาะสมต่อ วัตถุประสงค์ในการลงโทษ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษ โดย เปรียบกับอัตราโทษในความเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย และต่างประเทศ

ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษมี 4 ทฤษฎี ได้แก่ (1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อ ทดแทนความผิด (Retributive Theory) (2)ทฤษฎีการลงโทษแบบบรรลประโยชน์ (Utilitarian Theory) (3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitative Theory) และ (4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory) ประกอบกับระบบการ ลงโทษมีผลต่อผู้กระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง (1)การทดแทนความผิดหรือ การแก้แค้น (Retributive Justification) (2) การยับยั้งหรือข่มขู่ (Utilitarian or Reductive Justification) (3)การไม่ยอมรับหรือการประณามการกระทำความผิด (Expressive or Denunciatory Justification) และ (4) การแก้แค้นฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation) และจุดมุ่งหมายหลายประการอาจสนับสนุนซึ่งกันและกันหรืออาจขัดแย้งกันได้ การลงโทษ ผู้กระทำความผิด (1) ไม่จำเป็นต้องจะสนับสนุนระบบการลงโทษในสถานเบาหรือมิใช่การทดแทน

ความผิด (2) การลงโทษไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการที่ปราศจากมนุษยธรรม (3) การลงโทษโดยไม่มีจุดมุ่งหมายในการทดแทนความผิดยังมีอยู่ในจิตใจของสาธารณชนโดยทั่วไป⁷

เมื่อพิจารณาบทกำหนดโทษที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 11 เป็นบทบัญญัติที่มีโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท และกำหนดเป็นการกระทำความผิดในแต่ละครั้งไม่ได้คำนึงถึงสภาพการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่อาจส่งเพียงครั้งเดียวแต่ผู้รับได้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์หลายฉบับ ประกอบกับไม่มีอัตราชั้นสูงขั้นต่ำ จึงถือเป็นบทกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมกับการกระทำความผิด ซึ่งไม่เป็นการกำหนดให้มีสภาพบังคับการกระทำความผิดฐานส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากหากผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีก็มีความสามารถจ่ายค่าปรับได้จึงไม่รู้สึกเกรงกลัว หรือเซ็ดหลาบต่อการกระทำความผิดนั้นๆ อีกทั้งเป็นการคุ้มค่าต่อการลงทุนเพราะการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะโฆษณาสินค้าหรือบริการ ซึ่งต่างจากผู้ส่งที่เป็นบุคคลธรรมดาและเป็นการส่งที่สร้างความเดือดร้อนรำคาญเท่านั้น แต่กลับมีโทษที่ใกล้เคียงกัน

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในการกระทำความผิดดังกล่าว เช่น สหรัฐอเมริกา กำหนดให้สำหรับการกระทำความผิดตาม Sec.5 (a) (1) กำหนดให้ 100 เหรียญต่อฉบับ แต่สำหรับการกระทำความผิดในกรณีอื่นๆ ตาม Sec.5 กำหนดให้ 25 เหรียญต่อฉบับ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดกรณีใดก็ตามจะเรียกค่าเสียหายได้ไม่เกินฉบับละ 1 ล้านดอลลาร์ และกฎหมายออสเตรเลียกำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายถึงการให้ความช่วยเหลือชักชวน สมคบคิดเพื่อให้มีการกระทำความผิดด้วย หากศาลเห็นว่าบุคคลได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายศาลอาจสั่งให้ผู้นั้นได้รับโทษปรับตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาลในการกำหนดค่าปรับแก่ผู้กระทำความผิด อัตราโทษปรับอ้างอิงจาก Criminal Act Sec. 4AA ซึ่งกำหนดไว้ที่ 110 ดอลลาร์ออสเตรเลีย ในการกระทำความผิด 1 กระทง

เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีและระบบการลงโทษแล้วจะเห็นได้ว่าในต่างประเทศกำหนดโทษปรับในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่เพียงประสงค์ (spam mail) ไว้เป็นรายฉบับ และกำหนดโทษขั้นสูงไว้เพื่อไม่ให้ลงโทษเกินสมควร อันเป็นการยับยั้งและข่มขู่เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว และเป็นการลงโทษเชิงอรรถประโยชน์เพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิดหันไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างด้วย นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีอีกด้วย

⁷ ประธาน วัฒนวานิชย์. (2541). การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา. บทบัณฑิตย นิตยสารนิติบัญญัติสภา. เล่มที่ 54 ตอน 4. หน้า 15.

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อปัญหาจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) สร้างความเสียหายต่อประชาชน และสังคมการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศ ทำให้การใช้ระบบคอมพิวเตอร์ภายในประเทศไม่มีความปลอดภัย การดำเนินมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันไม่สามารถกระทำได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมาย ไม่ว่าจะกำหนดองค์ประกอบความผิดความผิด หรือกระบวนการดำเนินคดี โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่มีปัญหาไม่สามารถนำบทบัญญัติที่มีอยู่มาปรับใช้กับความผิดเกี่ยวกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้ ด้วยจุดประสงค์ที่หลากหลาย ทั้งติดต่อสื่อสาร หรือการส่งข้อความแบบส่วนตัว การส่งไฟล์ การประกาศหรือประชาสัมพันธ์ทางธุรกิจ จากที่ได้ศึกษามาทั้งหมดถึงการจัดการปัญหาการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการจัดการปัญหาดังนี้

4.1 ในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) โดยผู้ส่งจะมีวัตถุประสงค์ใดก็ตาม เป็นอำนาจและสิทธิของผู้ส่งแต่อย่างไรก็ดีการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ต้องไม่ไปกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้รับ ในการรองรับและคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ควรนำแนวคิดในการที่จะปฏิเสธ (Opt-out) เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะต้องระบุถึงโอกาสที่ผู้รับจะสามารถปฏิเสธที่จะรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อย่างชัดเจนและเห็นได้ง่าย อีกทั้งต้องระบุที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้ส่งในเนื้อหาของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ด้วย เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมความใน มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือแปลงแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยปกติสุขโดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้”

4.2 ควรมีการเพิ่มมาตรการทางด้านกฎหมายนอกจากการปกปิดแหล่งที่มาของข้อมูลและยังรวม การปิดบังของข้อมูลเกี่ยวกับหัวจดหมายทำให้ความสามารถของการประมวลผลด้านข้อความในการเข้าใช้บริการทางอินเทอร์เน็ตของผู้รับเสียหาย หรือการกล่าวหาบุคคลกระทำความผิด การบังคับตามกฎหมายของหน่วยงานในการระบุ กำหนดหรือโต้ตอบผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือเพื่อการสอบสวนการกระทำความผิด หรือการตอบสนองผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งเป็นมาตรการการป้องกันที่เพิ่มมากขึ้นและเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เสนอให้เพิ่มความในวรรคสองใน มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ว่า “ในการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ตามวรรคหนึ่งห้ามมิให้แสดงชื่อจดหมายที่เป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของข้อมูลนั้น”

4.3 การกำหนดอัตราโทษความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ นั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดเพียงโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท ไว้เพียงสถานเดียว เพื่อเป็นการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้กระทำความผิดหวาดกลัวไปกระทำความผิดซ้ำอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งมิให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่าง ตามทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) การกำหนดโทษควรกำหนดให้มีขั้นต่ำและขั้นสูงของการกำหนดค่าปรับ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ เพื่อความเหมาะสมในการลงโทษกับการกระทำความผิด ดังนั้น เห็นควรกำหนดอัตราโทษของมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยนำแนวทางการกำหนดโทษปรับของต่างประเทศมาเป็นแนวทาง ซึ่งเห็นว่าควรกำหนดโทษในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นค่าปรับรายฉบับ ดังนี้ “ต้องระวางโทษปรับข้อความเป็นรายฉบับ โดยปรับฉบับละหนึ่งพันบาท แต่ไม่เกินหนึ่งล้านบาท”