

บทที่ 4

วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรม ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่

จากบทต่างๆที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่มีประเด็นที่น่าสนใจหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการก่อให้เกิดสัญญา การแสดงเจตนา ความสมบูรณ์ของสัญญา เวลาและสถานที่ในการทำสัญญา ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การเลิกสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เนื่องจากประเด็นดังกล่าวนี้ได้มีการออกกฎหมายมาควบคุมดูแล และได้มีผู้ศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวแล้ว จึงมีได้นำมากล่าวไว้ในบทนี้ ประกอบกับผู้เขียนมุ่งศึกษาแต่เพียงปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่อหาแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการ ซึ่งมีประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

1. การเกิดสัญญาโดยไม่มีเจตนา

การเกิดสัญญาที่ง่ายเกินไปนั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจาก 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก เป็นกรณีที่ผู้ใช้บริการไม่ได้มีเจตนาที่จะเข้าทำสัญญา แต่เนื่องจากความง่ายในการเกิดสัญญา และความยุ่งยากในการเลิกสัญญา ประกอบกับการทำสัญญาผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ส่วนใหญ่ ไม่ได้มีมาตรการใดๆที่ช่วยป้องกันความเสี่ยงดังกล่าว อย่างให้มีขั้นตอนการพิสูจน์ตัวตนคน ขั้นตอนการยืนยันว่าต้องการเข้าทำสัญญา ที่ซับซ้อนมากกว่าแค่การกดปุ่ม ทำให้ผู้ใช้บริการไปกดโดนปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่โดยไม่รู้ตัว อันกลายเป็นการตอบกลับเข้าร่วมทำสัญญากับผู้ให้บริการ หรือเนื่องมาจากผู้ใช้บริการตั้งใจที่จะกดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่อปฏิเสธไม่รับบริการที่ผู้ให้บริการเสนอมา แต่กลับกลายเป็นการไปตอบตกลงทำสัญญาเนื่องจากความไม่ชัดเจน ไม่โปร่งใสของขั้นตอนในการทำสัญญา

ส่วนกรณีที่สอง เกิดขึ้นจากกรณีที่เริ่มแรกผู้ใช้บริการมีเจตนาที่จะรับบริการฟรีในระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามที่ผู้ให้บริการเสริมส่งค่าเสนอ หรือค่าเชื่อเชิญผ่านทางข้อความสั้น (SMS) และข้อความเสียงมา แต่ไม่ได้มีเจตนาที่จะเข้าทำสัญญารับบริการต่อไปภายหลังจากที่ระยะเวลาใช้บริการฟรีที่กำหนดไว้ได้สิ้นสุดลง โดยผู้ใช้บริการคิดว่าเมื่อหมดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว หากไม่ได้ดำเนินการใดๆเพื่อแสดงเจตนาว่าต้องการที่จะรับบริการเหล่านั้นอีก บริการ

ดังกล่าวก็ควรจะจับไปเอง เนื่องจากในคำเสนอ หรือคำเชื้อเชิญที่ผู้ให้บริการส่งมาเสนอให้ผู้ใช้บริการทดลองใช้บริการฟรีนั้น มิได้มีการแสดงถึงเงื่อนไข ข้อตกลง และวิธีการใดๆ ที่ให้ต้องกระทำภายหลังจากครบกำหนดช่วงระยะเวลาฟรีนั้นแล้วอีก นอกจากให้ผู้ให้บริการดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ เพื่อตอบตกลงรับบริการฟรีนั้นๆ แต่พอหมดระยะเวลาดังกล่าว ผู้ให้บริการกลับยังคงมีการส่งบริการต่างๆ มาเช่นเดิม และเก็บค่าบริการจากการส่งบริการต่างๆ เหล่านั้นด้วย ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อผู้ใช้บริการทราบในภายหลังว่าถูกเก็บค่าบริการ และต้องการที่จะยกเลิกบริการดังกล่าว กลับไม่มีการแจ้งขั้นตอนใดๆ เพื่อทำการยกเลิก ทำให้ผู้ใช้บริการต้องทนรับบริการ และต้องเสียค่าใช้จ่ายกับบริการที่ไม่ต้องการต่อไป เพราะความยุ่งยากซับซ้อนในการยกเลิกบริการดังกล่าว

ทั้งนี้ ในกฎหมายไทยอย่าง พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มิได้มีการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาการแสดงเจตนาในกรณีการกดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ อันเป็นผลให้สัญญาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เกิดขึ้น หรือแม้กระทั่งสัญญากดปุ่ม (Clickwrap Agreement) บนหน้าจอคอมพิวเตอร์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการกดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ อันเป็นผลให้สัญญาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เกิดขึ้นอย่างในกรณีแรกเอาไว้โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือคำสนองหรือไม่ ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นในส่วนของสัญญากดปุ่ม (Clickwrap Agreement) บนหน้าจอคอมพิวเตอร์ว่า การแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยวิธีการกดปุ่มนั้น หากเป็นการแสดงเจตนาเพื่อยอมรับข้อสัญญา ที่ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์แล้ว ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งข้อสัญญาในสัญญากดปุ่ม (Clickwrap Agreement) ถึงแม้จะชัดแจ้งแน่นอนว่าเป็นการทำคำเสนอเพื่อจะขอทำสัญญาด้วย แต่ในการสนองรับด้วยการกดปุ่มบนหน้าจอคอมพิวเตอร์นั้น โดยลำพังไม่อาจชัดแจ้งแน่นอนว่าเป็นวิธีการที่ผู้เสนอกำหนดให้เป็นคำบอกกล่าวสนอง เพราะการกดปุ่มบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำเพื่อแสดงเจตนาเสมอไป แต่เมื่อมีการกระทำอันใดอันหนึ่ง อันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าการกระทำนั้น เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมแล้ว กล่าวคือ ได้มีการกดปุ่มบนหน้าจอคอมพิวเตอร์เพื่อสนองรับแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำ เพื่อแสดงเจตนาทำคำสนอง โดยปริยายตามมาตรา 361 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำสนองแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้น และข้อสัญญาในสัญญากดปุ่ม (Clickwrap Agreement) ย่อมมีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาทำคำสนอง แต่จะมีผลบังคับได้เพียงใดนั้น เป็นเรื่อง

ของการพิจารณาว่า ข้อสัญญานั้นเป็นธรรมต่อคู่สัญญาหรือไม่¹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับการกดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ อันเป็นผลให้สัญญาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เกิดขึ้นอย่างในกรณีแรกได้ เนื่องจากการกดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่อันเป็นการตอบรับตกลงตามสัญญาที่ปรากฏบนหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ คู่สัญญาไม่มีโอกาสเจรจาต่อรองหรือแก้ไขข้อสัญญา มีแต่เพียงโอกาสในการเลือกที่จะรับหรือไม่รับข้อสัญญาเท่านั้น ส่งผลให้คำตอบรับดังกล่าวส่งไปถึงผู้ให้บริการ ทำให้ผู้ให้บริการส่งสินค้าหรือบริการ หรือปฏิบัติการใดๆ ตามสัญญาที่ปรากฏให้แก่ผู้ใช้บริการ การกดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่จึงเท่ากับเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง² ที่มีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 แม้ว่าผู้ใช้บริการจะไม่ได้มีเจตนาที่จะตอบรับสัญญาดังกล่าวเลยก็ตาม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154³ เพราะแม้จะทำการกดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ โดยปราศจากเจตนาที่จะตอบรับเข้าทำสัญญาเลยก็ตาม แต่การที่โทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นอุปกรณ์ที่สามารถระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือซิมการ์ด (Sim Card) นั้นได้ อีกทั้งยังเป็นการยากที่ผู้ให้บริการจะทราบได้ว่า แท้จริงแล้วผู้ใช้บริการหาเจตนาที่จะตอบตกลงทำสัญญาไม่ และเป็นยากที่จะทราบได้ว่า การตอบตกลงดังกล่าวมาจากการกระทำของบุคคลอื่นหรือสิ่งอื่นใดได้ เนื่องจากการกระทำผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ให้บริการ จึงต้องถือว่ามีผลสมบูรณ์ และผูกพันคู่สัญญาที่แสดงเจตนาด้วยวิธีการดังกล่าว ดังนั้น ผู้ใช้บริการจึงไม่สามารถปฏิเสธนิติสัมพันธ์ได้

ดังนั้น ในการแก้ไขปัญหาคำถามในกรณีดังกล่าว เนื่องจากการศึกษาค้นคว้าของผู้เขียนไม่พบกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวถึงในประเด็นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นโดยที่ผู้ใช้บริการไม่รู้ตัวว่าได้ทำสัญญากับผู้ให้บริการหรือไม่ ซึ่งก็อาจมีความเป็นไปได้ที่ผู้ใช้บริการไม่ได้ทำสัญญากับผู้ให้บริการ แต่ผู้ให้บริการสร้างขึ้นมาเอง ดังนั้น เพื่อป้องกันในส่วนนี้ควรเสนอให้มีการกำหนดบทลงโทษ โดยหากสามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้ใช้บริการมิได้สัญญากับผู้ให้บริการ แต่ผู้

¹ วนิดา วัชรานุกูล, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 144.

² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ใน บทที่ 2, น. 18-20.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาใดแม้ในใจจริงผู้แสดงจะมีได้เจตนาให้ตนต้องผูกพันตามที่ได้แสดงออกมาก็ตาม หาเป็นมูลเหตุให้การแสดงเจตนาอันเป็นโมฆะไม่ เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะารู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจของผู้แสดงนั้น”

ให้บริการสร้างสัญญาดังกล่าวขึ้นมาเอง ผู้ให้บริการก็ต้องถูกลงโทษโดยการปรับ เพื่อป้องปรามมิให้ผู้ให้บริการกระทำการใดๆตามอำเภอใจ ทั้งนี้ โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

มาตรา 35 ทศ ว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งสร้างสัญญาขึ้นมาโดยทุจริต ต้องคืนเงินที่ผู้บริโภคชำระให้ผู้ประกอบการธุรกิจตามสัญญาดังกล่าว พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละสิบห้าต่อปี ของเงินจำนวนดังกล่าวนับแต่ได้รับเงินนั้นมาจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น แต่ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิผู้บริโภคที่จะเรียกค่าเสียหายอย่างอื่น”

มาตรา 57 ทวิ/1 “ผู้ประกอบการธุรกิจใดกระทำการตามมาตรา 35 ทศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

ส่วนจะพิสูจน์ได้หรือไม่นั้น ก็ต้องนำเทคโนโลยีมาใช้พิสูจน์ ซึ่งเป็นเรื่องยาก เนื่องจากข้อมูลหลักฐานต่าง ๆ นั้นอยู่ในความควบคุมของผู้ประกอบการ ผู้ให้บริการทั้งสิ้น

ส่วนกระบวนการในการทำสัญญากันนั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องมีกลไกที่ซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มิใช่หากไปโดนปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่แล้วสัญญาจะเกิดขึ้นในทันที จึงควรกำหนดให้การเกิดสัญญาผู้ให้บริการต้องมีการยืนยันไปยังผู้ใช้บริการว่าสัญญาเกิดขึ้น อย่างน้อย 2 ครั้ง แต่ละครั้งห่างกันพอสมควร เช่น 3 วัน จึงจะมีผลเป็นการเกิดสัญญาที่สมบูรณ์ เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้ทราบและคิดทบทวน โดยให้การยืนยันดังกล่าวปรากฏขึ้นบนหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการ ให้ผู้ใช้บริการสามารถกดปุ่มทำการยืนยันผ่านหน้าจอดังกล่าวได้ทันที โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

มาตรา 25/1 “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำผ่านอุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ส่งข้อมูลทำคำเสนอจะต้องดำเนินการให้ผู้รับข้อมูลทำการยืนยันคำสนองผ่านหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่อย่างน้อยสองครั้ง แต่ละครั้งห่างกันพอสมควร จึงจะมีผลสมบูรณ์...”

สำหรับปัญหากรณีที่สอง ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้ใช้บริการดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในข้อความสั้น (SMS) และข้อความเสียงที่ผู้ให้บริการส่งมา อย่างเช่น พิมพ์ตัวอักษรแล้วส่งไปยังหมายเลขตามที่กำหนด หรือโทรไปยังเบอร์ที่กำหนดไว้ เพื่อดำเนินการตามเครื่องตอบรับอัตโนมัติที่กำหนด เป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งของผู้ใช้บริการ ที่ตอบตกลงรับบริการฟรีเท่านั้น เจตนาดังกล่าว หากได้มีผลครอบคลุมไปถึงการแสดงเจตนาตอบตกลงที่จะรับบริการต่อไป โดยเสียค่าบริการหลังจากหมดระยะเวลาฟรีดังกล่าวแล้วไม่ เนื่องจากตามข้อความสั้น (SMS) และข้อความเสียงที่ผู้ให้บริการส่งมาหา ได้มีการระบุถึงข้อตกลง เงื่อนไข วิธีการ หรือขั้นตอนใดๆให้ต้องปฏิบัติภายหลังจากหมดระยะเวลาฟรีดังกล่าวแล้วไม่ ดังนั้น ในภายหลังเมื่อครบกำหนด

ระยะเวลาฟรีดังกล่าวแล้ว หากผู้ให้บริการมิได้มีการแจ้งเตือน หรือสอบถามถึงความยินยอมในการทำสัญญาเพื่อรับบริการต่อ และมิได้มีการระบุให้ผู้ใช้บริการต้องดำเนินการใดๆ หากไม่ประสงค์ที่จะรับบริการต่อไป หรือประสงค์ที่จะยกเลิกการรับบริการดังกล่าวแล้ว การที่ผู้ให้บริการยังคงส่งบริการนั้นมา และเรียกเก็บเงินค่าบริการจากผู้ใช้บริการ โดยถือว่าการไม่ดำเนินการใดๆ ของผู้ให้บริการ เป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายที่ตกลงยอมรับบริการต่อไปนั้นไม่ได้ เนื่องจากผู้ให้บริการมิได้มีการแจ้งให้ผู้ใช้บริการทราบก่อน เพื่อให้โอกาสผู้ให้บริการดำเนินการใดๆ ได้ และผู้ให้บริการจะถือว่าการแสดงเจตนาในตอนแรกของผู้ให้บริการ เป็นการแสดงเจตนายอมรับถึงการตกลงรับบริการในภายหลังจากหมดระยะเวลาฟรีแล้วด้วยไม่ได้ เนื่องจากในข้อความสั้น (SMS) และข้อความเสียง ที่ผู้ให้บริการส่งมาในตอนแรกนั้นระบุเพียง ให้ผู้ให้บริการแสดงเจตนาเพื่อยอมรับบริการฟรีเท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงบริการหลังจากหมดระยะเวลาฟรีดังกล่าวเลย จึงเท่ากับว่าผู้ให้บริการมิได้มีการแสดงเจตนาตกลงยอมรับบริการดังกล่าวต่อไปภายหลังจากหมดระยะเวลาฟรีแล้ว เมื่อไม่มีการแสดงเจตนาสัญญายอมไม่เกิด เมื่อสัญญาไม่เกิดก็ย่อมไม่มีความผูกพันต่อผู้ให้บริการ ที่จะต้องชำระค่าบริการดังกล่าว การเรียกเก็บค่าบริการดังกล่าวของผู้ให้บริการ จึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้บริการ เนื่องจากผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการไม่มีมูลหนี้ต่อกัน และไม่อาจนำบทบัญญัติในเรื่องการขายเพื่อชอบ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 508(1) มาปรับใช้เพื่อให้ถือว่าการทำสัญญาบริการต่อดังกล่าวนั้นบริบูรณ์ได้ เนื่องจากการที่ผู้ซื้อมิได้บอกกล่าวว่าไม่ยอมรับซื้อภายในเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือโดยประเพณี หรือโดยคำบอกกล่าว เมื่อทรัพย์สินนั้นได้ส่งมอบแก่ผู้ซื้อเพื่อให้ตรวจดูแล้ว ที่จะทำให้การซื้อขายเป็นอันบริบูรณ์นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ซื้อได้ร้องขอให้ผู้ขายให้ส่งสินค้ามา และได้มีการกำหนดเวลาส่งคืนไว้ แต่กรณีบริการทางโทรศัพท์เคลื่อนที่นี้โดยส่วนใหญ่แล้ว มักมีการส่งมาโดยที่ผู้ให้บริการมิได้ร้องขอหรือส่งข้อความใดๆ ให้ผู้ให้บริการตอบกลับเพื่อรับบริการ เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการยึดเย็ดส่งบริการนั้นมาให้เอง และแม้บางส่วนจะตอบกลับข้อความที่เสนอมาให้ใช้บริการฟรี ข้อความดังกล่าวก็มิได้กำหนดให้ต้องส่งคืนสินค้าภายในกำหนดเวลาใด ที่สำคัญสินค้าหรือบริการทางโทรศัพท์เคลื่อนที่นี้อาจส่งคืนเหมือนรูปแบบการซื้อขายสินค้าทั่วไปได้ เพราะแม้จะส่งคืนให้แก่ผู้ให้บริการไป ผู้ให้บริการก็สามารถทำสำเนาหรือส่งให้แก่บุคคลที่สามได้อีก อีกทั้ง ตามกฎหมายว่าด้วยกิจการโทรคมนาคมก็ได้มีการกำหนดในเรื่องนี้⁴ โดยกำหนดว่า ห้ามผู้ให้บริการยึดเย็ด

⁴ ตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ข้อ 8 บัญญัติว่า “สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเสนอและสนองถูกต้องตรงกันโดยชัดแจ้งว่าผู้ให้บริการตกลงให้บริการโทรคมนาคม

บริการ โดยจะต้องกำหนดให้ชัดเจนในสัญญาว่า หากผู้ให้บริการมิได้ปฏิเสธข้อเสนอกเกี่ยวกับบริการใดของผู้ให้บริการ มิให้ถือว่าผู้ให้บริการได้แสดงเจตนาตกลงให้บริการนั้น เพื่อป้องกันการยุดยieldบริการให้ผู้ให้บริการที่มีได้มีความประสงค์จะใช้บริการดังกล่าว⁵ และแม้ในบางกรณีผู้ให้บริการจะได้ส่งข้อความสั้น (SMS) และข้อความเสียงมาให้แก่ผู้ให้บริการโดยแจ้งว่า หากผู้ให้บริการไม่ดำเนินการใดๆเพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับบริการต่อไป จะถือว่าผู้ให้บริการตกลงที่จะรับบริการดังกล่าวต่อไป แต่ในข้อความสั้น (SMS) และข้อความเสียงดังกล่าวกลับมิได้มีการแจ้งถึงวิธีการ หรือขั้นตอนในการบอกเลิกบริการ หรือปฏิเสธไม่รับบริการดังกล่าวไว้แต่อย่างใด โดยผู้ให้บริการยังคงส่งบริการดังกล่าวมาให้ผู้ให้บริการ และเรียกเก็บเงินค่าบริการจากผู้ให้บริการ เพราะถือว่ากรณีที่ผู้ให้บริการไม่ดำเนินการใดๆภายหลังจากหมดระยะเวลาฟรีแล้ว เท่ากับว่าผู้ให้บริการได้แสดงเจตนาสนองตกลงรับบริการดังกล่าวต่อไปโดยปริยายนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้บริการอย่างยิ่ง เพราะเป็นการบีบบังคับให้ผู้ให้บริการไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้องจ่ายค่าบริการดังกล่าวต่อไป เนื่องจากไม่สามารถทำการยกเลิกบริการดังกล่าวได้

นอกจากนี้ กรณีข้างต้นเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการไม่สามารถที่จะได้เห็นสินค้าหรือก่อนอันเข้าลักษณะเป็นการซื้อขายสินค้าหรือบริการจากการขายตรง หรือจากการขายผ่านตลาดแบบตรง ที่เป็นการประกอบธุรกิจจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ในลักษณะของการสื่อสารข้อมูล เพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้ให้บริการโดยอาศัยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยมุ่งหวังให้ผู้ให้บริการซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง แสดงเจตนาตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ และจะได้รับการส่งมอบสินค้าในภายหลัง จึงอาจเกิดกรณีผู้ซื้อสินค้าหรือบริการไม่ได้รับสินค้าหรือบริการ หรือได้รับแต่ไม่ตรงตามกำหนดเวลา ไม่ครบถ้วน ขาดบกพร่อง ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ ไม่ตรงตามความต้องการของผู้ซื้อ หรือไม่ตรงกับคำกล่าวอ้างตามที่ได้โฆษณาไว้ ดังนั้น ผู้ให้บริการจึงมีความผิดสิทธิในการ

และผู้ให้บริการตกลงให้บริการโทรคมนาคมของผู้ให้บริการ ในกรณีที่ผู้ให้บริการมิได้ปฏิเสธข้อเสนอกเกี่ยวกับบริการใดของผู้ให้บริการจะถือว่าผู้ให้บริการได้แสดงเจตนาตกลงให้บริการนั้นของผู้ให้บริการมิได้ เว้นแต่ เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการได้ให้บริการนั้นอยู่แล้ว และประสงค์จะใช้บริการนั้นต่อไป...”

⁵ สำนักกรรมาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, รายงานการพิจารณาศึกษาของคณะกรรมาธิการการคุ้มครองผู้บริโภค สภานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับการคิดค่าบริการ การกำหนดระยะเวลา และเงื่อนไขการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบเติมเงิน และระบบเหมาจ่ายรายเดือนของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่, น. 34.

บอกเลิกสัญญาได้ ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ที่ได้ให้สิทธิผู้ให้บริการ ในการเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุผลในการที่จะใช้สิทธินั้นด้วย โดยการส่งหนังสือแสดงเจตนาภายในเวลา 7 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการไปยังผู้ประกอบการธุรกิจขายตรง หรือผู้ประกอบการตลาดแบบตรง⁶ และกรณีดังกล่าว แสดงถึงความไม่สุจริตของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการกิจการค้าบริการเสริม หรือบริการเนื้อหา (Content) ผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 12⁷ ที่ได้วางหลักมาตรฐานของการวิเคราะห์ความสุจริต และวิเคราะห์พฤติกรรมของผู้ประกอบการกิจการค้า โดยตั้งหลักว่า ผู้ประกอบการกิจการค้าหากำไรกับผู้บริโภค จะต้องปฏิบัติการค้าด้วยความสุจริตอย่างยิ่ง โดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม ไม่ใช่สุจริตเพียงที่ใจ ถึงใจจะสุจริต แต่ถ้าพฤติการณ์ในการทำการค้าต่ำกว่ามาตรฐานของธุรกิจ หรือมาตรฐานทั่วไปในสังคมการค้าที่เป็นธรรม ก็ถือว่ากระทำผิดหน้าที่ ซึ่งก็เป็นหน้าที่ของศาลฎีกา และศาลอุทธรณ์แผนกคดีผู้บริโภคที่จะขยายความว่า มาตรฐานในการประกอบธุรกิจการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรมคืออะไร อะไรสามารถทำได้ อะไรไม่สามารถทำได้ แล้วจะต้องรับผิดชอบอย่างไร ถ้าฝ่าฝืนมาตรฐานนี้ นอกจากนี้ ผู้ให้บริการยังสามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริงได้อีก ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42⁸ ซึ่งได้วางหลักว่า

⁶ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 33.

⁷ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 12 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ผู้ประกอบการธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริตโดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม”

⁸ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรม หรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภค หรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพ หรือธุรกิจอันย่อมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการธุรกิจชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

ถ้าการกระทำที่ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าถูกฟ้อง เป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะเอาเปรียบผู้บริโภค ฝ่าฝืนมาตรฐานสุจริต จงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย หรือเพียงแค่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือผู้คนที่เกี่ยวข้อง หรือกระทำการที่เป็น การฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพ หรือธุรกิจอันเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน ก็ให้ ศาลพิพากษาให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ (punitive damages) ให้แก่ โจทก์หรือผู้บริโภคได้ด้วย ซึ่งค่าเสียหายเพื่อการลงโทษนี้ มุ่งที่จะทำให้ผู้ประกอบการการค้าที่ไม่ อยู่ในมาตรฐาน หรือมีพฤติกรรมเอาเปรียบประชาชน ต้องหยุดยั้งพฤติกรรมนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจ การค้ารายอื่นจะได้ไม่เลียนแบบและเอาเป็นแบบอย่างต่อไป

อีกทั้ง ผู้เขียนเห็นควรให้มีการกำหนดให้ สัญญาที่ให้ผู้ให้บริการต้องเสียค่าบริการ ภายหลังการเสนอของผู้ให้บริการที่ให้ผู้ให้บริการใช้บริการที่ไม่เสียค่าใช้จ่ายใดๆ (ฟรี) ในช่วง ระยะเวลาหนึ่งสิ้นสุดลง จะต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ สัญญาที่ให้ผู้ให้บริการ ต้องเสียค่าบริการสำหรับบริการนั้น จะเกิดต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง เพื่อที่จะให้เกิด สัญญาเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่ไม่เสียค่าใช้จ่ายลงแล้วอีกครั้งหนึ่ง ทั้งต้องให้มีการยืนยันอย่าง น้อย 2 ครั้งด้วย เช่น ถ้าผู้ให้บริการเสนอให้ผู้ให้บริการใช้บริการได้ฟรี 1 เดือน เมื่อครบกำหนด 1 เดือนแล้วผู้ให้บริการจะต้องสอบถามว่าผู้ให้บริการประสงค์จะรับบริการดังกล่าวที่จะมีการคิด ค่าบริการต่อไปหรือไม่ และให้ผู้ให้บริการส่งข้อความให้ผู้ให้บริการทำการยืนยันอีกอย่างน้อย 2 ครั้ง สัญญาจึงจะเกิด เพื่อป้องกันมิให้สัญญาเกิดทันทีเมื่อพ้นระยะเวลา และหากผู้ให้บริการมิได้มี การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งในสัญญาดังกล่าว และเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ให้บริการอย่างไม่เป็น ธรรม ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดมาตรการลงโทษผู้ให้บริการ โดยการกำหนดค่าปรับ หรือกำหนดให้ คืนเงินที่เรียกเก็บไปแก่ผู้ให้บริการ พร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงกว่าอัตราปกติ โดยกำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครอง ผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

มาตรา 35 เอกาพศ ว่า “สัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคที่เป็นผลให้ ผู้บริโภคต้องเสียค่าบริการให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ จะมีผลผูกพันผู้บริโภคต่อเมื่อผู้บริโภคได้มีการ

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่ เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวน เงินไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของ ค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด”

แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะเข้าทำสัญญา และผู้ประกอบการก็ได้ให้ผู้บริโภคทำการยืนยันแล้วอย่างน้อยสองครั้ง แต่ครั้งหนึ่งทั้งสองครั้ง

หากผู้ประกอบการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในวรรคหนึ่ง ผู้บริโภคมีสิทธิปฏิเสธความผูกพันในสัญญาดังกล่าว และผู้ประกอบการต้องคืนเงินที่ได้รับมาจากผู้บริโภคพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละสิบห้าต่อปีของเงินจำนวนดังกล่าวนับแต่ได้รับเงินนั้นมาจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น"

นอกจากนี้ ในการเลิกสัญญา เนื่องจากกรณีข้างต้นเข้าลักษณะตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ที่ให้สิทธิผู้ให้บริการแสดงเจตนาเลิกสัญญาไปยังผู้ประกอบการขายตรงภายในเวลา 7 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้การเลิกสัญญานั้นต้องง่าย โดยบังคับให้ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีปุ่มในเรื่องการเลิกสัญญา ให้ผู้ให้บริการสามารถกด (click) เข้าไปดูข้อความที่กำหนดวิธีการเลิกสัญญา และให้ผู้ให้บริการสามารถทำการเลิกสัญญาผ่านหน้าจอดังกล่าวได้ในทันทีด้วย โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

มาตรา 33/1 ว่า "ในการซื้อสินค้าหรือบริการจากการขายตรงหรือจากการขายผ่านตลาดแบบตรงทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ประกอบการต้องดำเนินการให้ผู้บริโภคเข้าถึงข้อกำหนดของสัญญา วิธีการเลิกสัญญา หรือให้ผู้บริโภคเลิกสัญญาได้ทันทีทางหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ง่ายและสะดวก"

2. การใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่โดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ

เป็นปัญหาที่เกิดจากการที่มีบุคคลภายนอก หรือบุคคลที่สามนำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ด (Sim Card) ของผู้ให้บริการไปทำธุรกรรม โดยที่ไม่ได้รับอนุญาต หรือได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นเจ้าของโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดนั้น ทำให้ผู้ให้บริการต้องเสียค่าบริการ หรือถูกหักบัญชีของตน เพื่อชำระค่าบริการที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้ให้บริการ อันอาจเนื่องมาจากการที่โทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ให้บริการหาย หรือถูกขโมยไป หรืออาจเนื่องมาจากการที่ผู้ให้บริการนำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของตนไปให้บุคคลอื่นยืมใช้ หรือฝากไว้กับบุคคลอื่นโดยไม่มีเจตนาที่จะให้บุคคลนั้นใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของตน แต่บุคคลดังกล่าวกลับนำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ให้บริการไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือใช้นอกเหนือขอบอำนาจที่ผู้ให้บริการได้ให้สิทธิไว้

จากปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ผู้ใช้บริการยากที่จะปฏิเสธกับผู้ให้บริการ ผู้ประกอบธุรกิจผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ รวมถึงธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ว่า การทำธุรกรรมดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาของตนเอง เนื่องจากโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นอุปกรณ์ที่สามารถระบุตัวบุคคล และข้อมูลของผู้เป็นเจ้าของได้ว่าเป็นของบุคคลใด และเป็นการยากที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะทราบได้ว่า การทำธุรกรรมดังกล่าวเกิดจากบุคคลภายนอก มิได้เกิดจากตัวผู้ให้บริการเอง ซึ่งแตกต่างจากกรณีอย่างการใช้ตัวเงิน บัตรเครดิต บัตรเดบิต หรือบัตรอื่นๆของบุคคลภายนอกโดยปราศจากอำนาจ ที่มีการพิสูจน์ในเรื่องของลายมือชื่อปลอมได้ เพื่อให้ได้แย้งกับคู่สัญญาว่า ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอในการตรวจสอบว่าเป็นการเข้าทำสัญญาของผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงหรือไม่ เพราะในการทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่บางครั้งแค่เพียงกระทำการอย่าง กดปุ่มบนโทรศัพท์เคลื่อนที่โดยใช้เครื่อง หรือซิมการ์ดนั้น ก็สามารถทำธุรกรรมได้แล้วโดยไม่ต้องมีการลงลายมือชื่อ หรือใส่รหัสใดๆ และถึงแม้จะมีคำสั่งกำหนดให้ทำการป้อนรหัส (Pin Code) ก่อน เพื่อยืนยันความเป็นเจ้าของบัญชี หรือมูลค่าแทนเงิน แต่หากบุคคลภายนอกสามารถใส่รหัส (Pin Code) ได้ถูกต้อง อันอาจเนื่องมาจากการเจาะระบบข้อมูล (Hack) หรือการเดาสุ่ม ก็เท่ากับเป็นการยืนยันตัวตนของผู้ใช้บริการ และสามารถทำธุรกรรมได้เช่นกัน จึงเป็นการยากแก่การพิสูจน์ แตกต่างจากการลงลายมือชื่อบนกระดาษที่สามารถพิสูจน์อักษร หรือลายเส้นได้ว่าเป็นของเจ้าของจริงหรือไม่ ดังนั้นหากยอมให้ผู้ให้บริการปฏิเสธความรับผิดชอบได้ โดยให้ภาระตกอยู่กับคู่สัญญาอีกฝ่าย ก็ย่อมไม่เป็นที่ธรรมต่อฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจ หรือธนาคาร อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ หากผู้ให้บริการได้ทำการแจ้งผู้ให้บริการถึงการหายของโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดแล้ว ต่อมาเกิดการทำธุรกรรมใดๆ ขึ้นมาในภายหลัง ผู้ใช้บริการก็ย่อมสามารถอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบในส่วนนี้ได้ แต่ทั้งนี้ ผู้ใช้บริการย่อมไม่สามารถที่จะอ้าง เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบในส่วนที่เกิดขึ้นก่อนการแจ้งได้ ซึ่งเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ข้อ 3 (9)⁹ และประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง การจัดระเบียบการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบเติมเงิน ข้อ 4¹⁰

⁹ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ข้อ 3 (9) บัญญัติว่า “เมื่อผู้บริโภคได้แจ้งเหตุที่โทรศัพท์เคลื่อนที่สูญหายหรือถูกโจรกรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบ ณ ศูนย์บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ประกอบธุรกิจเป็นหนังสือ หรือทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีการอื่นใด ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการในทันทีที่ได้รับแจ้งเพื่อระงับการให้บริการ

ส่วนสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้บริการกับธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น โดยลักษณะของการทำธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น เป็นการใช้จ่ายเงินอิเล็กทรอนิกส์¹¹ เพื่อเบิกถอนเงินสด เดิมมูลค่าที่ใช้แทนเงินหรือทำการใดๆ อันรวมถึงการชำระเงินทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นคู่สัญญาหรือลูกค้าของธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่นเดียวกับการใช้จ่ายเงินอิเล็กทรอนิกส์ผ่านบัตรอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบอื่น อย่างบัตรเครดิต บัตรเดบิต (Debit Card) บัตรเอทีเอ็ม (ATM Card) เป็นต้น อันเป็นผลให้ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว มีสิทธิหักเงินในบัญชีของผู้ใช้บริการตามข้อตกลง และมีผลทำให้หนี้ตามสัญญาฝากเงินระหว่างธนาคารและลูกค้าระงับลง เพราะธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ใช้บริการ และการใช้จ่ายเงินอิเล็กทรอนิกส์ (E-Money) ผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการนั้น เทียบได้กับการถอนเงินจากบัญชี โดยการออกเช็คสั่งให้ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์จ่ายเงิน และปัญหาที่เกิดจากการที่มีบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม นำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ให้บริการไปทำธุรกรรมโดยที่ไม่ได้รับอนุญาต หรือโดยไม่ได้รับ

โดยเร็วที่สุด และผู้บริโภคไม่ต้องรับผิดชอบค่าตอบแทนที่เกิดขึ้นภายหลังการแจ้งดังกล่าว เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจจะพิสูจน์ได้ว่าภาระหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการกระทำของผู้บริโภคเอง”, โปรดดูภาคผนวก ข.

¹⁰ ประกาศกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร เรื่อง การจัดระเบียบการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบเติมเงิน ข้อ 4 บัญญัติว่า “ผู้ครอบครองบัตรประจำตัวของผู้ใช้บริการ (ซิมการ์ด) ระบบเติมเงิน หากปรากฏว่าบัตรประจำตัวของผู้ใช้บริการ (ซิมการ์ด) เกิดสูญหาย ต้องรีบแจ้งต่อศูนย์บริการลูกค้าของแต่ละบริษัทที่ให้บริการเพื่อการระงับสัญญาณโทรศัพท์ทันที และศูนย์บริการลูกค้าที่รับแจ้งจะต้องออกหนังสือรับรองให้ เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการนำไปแจ้งความต่อสถานีตำรวจต่อไป, โปรดดู ภาคผนวก ก.

¹¹ เงินอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Money: E-Money) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2551 หมายความว่า บัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ให้บริการออกให้แก่ผู้บริการซึ่งจะระบุชื่อหรือไม่ก็ตาม โดยมีการชำระเงินให้แก่ผู้ให้บริการล่วงหน้า เพื่อนำไปใช้ชำระค่าสินค้า ค่าบริการ หรือค่าอื่นใดแทนการชำระด้วยเงินสด และได้มีการบันทึกมูลค่าหรือจำนวนเงินที่ชำระไว้ล่วงหน้า

ความยินยอมจากผู้ให้บริการซึ่งเป็นเจ้าของโทรศัพท์เคลื่อนที่เครื่องหรือซิมการ์ดนั้น อันเป็นการใช้เงินอิเล็กทรอนิกส์ (E-Money) โดยปราศจากอำนาจของบุคคลภายนอก หากไม่มีการทำข้อตกลงใดๆ ระหว่างธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์กับผู้ให้บริการไว้ เช่น ข้อตกลงกำหนดให้ผู้ขอใช้บริการยอมรับว่า หากมีการทำรายการใดๆ โดยใช้รหัสผ่านของผู้ให้บริการ ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยตัวของผู้ให้บริการเองทุกประการ โดยบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำรายการใดๆ ภายใต้บัญชีของผู้ให้บริการจากการใช้รหัสผ่านดังกล่าวนี้ หรือกำหนดว่าเมื่อธนาคารได้หักบัญชีเงินฝากหรือเรียกเก็บเงินจากบัตรเครดิตของผู้ให้บริการแล้ว ให้ถือว่าธนาคารมีสิทธิโดยชอบในการหักเงินจากบัญชีเงินฝาก หรือเรียกเก็บเงินจากบัตรเครดิตของผู้ให้บริการ โดยผู้ให้บริการขอสงวนสิทธิในการโต้แย้งว่า ลายมือชื่อที่ปรากฏในหนังสือสัญญาฉบับนี้ แตกต่างจากลายมือชื่อที่ให้ไว้กับธนาคาร หรือที่ปรากฏในบัตรเครดิต หรือใช้สิทธิเรียกร้องใดๆ ทั้งสิ้นเอาทั้งธนาคารและ/หรือบริษัทผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งการทำข้อตกลงใดๆ ระหว่างธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์กับผู้ให้บริการ หากข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายโดยชัดแจ้ง หรือไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ย่อมมีผลใช้บังคับคู่สัญญาได้ เว้นแต่ ไปเข้ากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติถึงเรื่องนี้โดยเฉพาะ ก็ต้องนำหลักกฎหมาย ในส่วนของตัวเงินเรื่องการลงลายมือชื่อปลอม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1008 และมาตรา 1009 อันเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ เนื่องจากมีหลักการที่คล้ายกันคือ ผู้ให้บริการไม่ควรต้องรับผิด หรือผูกพันในการใช้เงินอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลภายนอกกรณีโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดหาย หรือถูกลัก และธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ให้บริการเจ้าของเครื่องหรือซิมการ์ดนั้นเท่านั้น โดยคู่กรณีหรือคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง มีหน้าที่กระทำการโดยสุจริต ที่สำคัญธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการติดต่อทำรายการกับผู้ให้บริการ หรือการชำระหนี้ที่พึงปฏิบัติต่อกัน แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสาระสำคัญ และลักษณะบางประการที่แตกต่างกัน ทำให้ไม่อาจนำกฎหมายในเรื่องตัวเงินมาปรับใช้ได้อย่างแท้จริง เนื่องจากในส่วนของตัวเงิน ธนาคารมีวิธีปฏิบัติโดยเฉพาะทางการค้าปกติ หรือประเพณีปฏิบัติในการจ่ายเงินตามตัวเงินของธนาคาร และธนาคารต้องใช้ความระมัดระวังในการ

ตรวจดูว่าผู้ที่นำตัวเงินมาเรียกเก็บเงินเป็นผู้ทรง หรือมีสิทธิได้รับเงินตามตัวเงินนั้น การตรวจสอบลายมือชื่อของผู้สั่งจ่าย และยังคงไม่ใช่เงินตามตัวเงิน ที่มีคำบอกห้ามการใช้เงินของผู้สั่งจ่าย มิฉะนั้น อาจเป็นการใช้เงินโดยไม่สุจริต หรือประมาทเลินเล่อ ในขณะที่การใช้เงินอิเล็กทรอนิกส์นั้น ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ จะจ่ายเงิน หรือทำธุรกรรมผ่านเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ มิได้กระทำผ่านพนักงาน ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้จ่ายเงินจึงไม่อาจใช้ความระมัดระวัง หรือความเชี่ยวชาญในการตรวจสอบว่าผู้ใช้เงินอิเล็กทรอนิกส์เป็นเจ้าของที่แท้จริงหรือไม่ เมื่อโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดหาย หรือถูกลักไป แล้วมีบุคคลภายนอกนำเงินอิเล็กทรอนิกส์ในโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือความยินยอม

ส่วนนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอก และคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่น ร้านค้า ผู้ขายสินค้า ผู้ให้บริการ ก็อาจนำหลักกฎหมายตัวเงิน อย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 905 วรรค 2 มาปรับใช้ได้ เนื่องจากตัวเงินเป็นเอกสารเปลี่ยนมือได้ เช่นเดียวกันกับมูลค่าที่ใช้แทนเงินที่อยู่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดที่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ ดังนั้น ผู้รับโอนที่สุจริตควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และทำให้ผู้รับโอนโดยสุจริต มีสิทธิโดยชอบดีกว่าผู้โอน เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น อันมีผลทำให้ผู้ที่ได้รับโอนมูลค่าที่ใช้แทนเงิน (Electronic token) ที่สุจริต และมีได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีสิทธิเหนือกว่าผู้ที่โอนมา ไม่ว่าการโอนดังกล่าว จะได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการซึ่งเป็นเจ้าของมูลค่าที่ใช้แทนเงินนั้นหรือไม่ก็ตาม และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน มาตรา 1331 นั้น สิทธิของผู้ที่ได้รับเงินมาโดยสุจริต ย่อมไม่เสียไป แม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นมีเจ้าของบุคคลซึ่งได้อินให้มา นั่นคือผู้ให้บริการเจ้าของมูลค่าที่ใช้แทนเงินที่อยู่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดก็มีความเสี่ยงและต้องระมัดระวังตัวเอง เพราะเมื่อมีคนมาขโมยไปใช้ ร้านค้าที่ได้รับมูลค่าที่ใช้แทนเงินที่อยู่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในมูลค่าที่ใช้แทนเงินนั้น ซึ่งผู้ให้บริการเจ้าของมูลค่าที่ใช้แทนเงินที่อยู่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดต้องไปไล่เบี้ยกับคนที่ขโมยไปเอง

ในส่วนของบุคคลภายนอกที่นำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ให้บริการไปใช้ โดยปราศจากอำนาจ ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ในฐานะผู้รับฝากที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการ ตามประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 660¹² จึงเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในเงินตราที่บุคคลภายนอกเบิกถอนไป ย่อมมีสิทธิเรียกร้องติดตามเอาคืนจากผู้ที่น่าโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ใช้บริการไปใช้โดยปราศจากอำนาจ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 และหากมีการโอนเงินไปให้บุคคลอื่นที่รับโอนโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1331 ธนาคารสถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ย่อมหน้าที่จะใช้สิทธิเรียกคืนจากบุคคลอื่นที่รับโอนโดยสุจริตได้ในฐานะลามิควรรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406 และเนื่องจากรูปแบบการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในการทำธุรกรรมอย่างใช้ชำระค่าสินค้าหรือบริการผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ใช้โอนเงินผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นต้นนั้น เข้าลักษณะของการเป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (14)¹³ ดังนั้น บุคคลภายนอกที่น่าโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ใช้บริการไปใช้โดยปราศจากอำนาจ ก็ย่อมต้องรับโทษตามที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดไว้ ในประมวลกฎหมายอาญา

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 660 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ฝากมิได้อนุญาต และผู้รับฝากเอาทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นออกใช้สอยเอง หรือเอาไปให้บุคคลภายนอกใช้สอย หรือให้บุคคลภายนอกเก็บรักษาไว้ ทานว่าผู้รับฝากจะต้องรับผิดชอบเมื่อทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นสูญหายหรือบุบสลายอย่างหนึ่งอย่างใด แม้ถึงจะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไร ทรัพย์สินนั้นก็จะต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง”

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (14) บัญญัติว่า “บัตรอิเล็กทรอนิกส์ หมายความว่า

(ก) เอกสารหรือวัตถุอื่นใดไม่ว่าจะมีรูปลักษณะใดที่ผู้ออกได้ออกให้แก่ผู้มีสิทธิใช้ซึ่งจะระบุชื่อหรือไม่ก็ตาม โดยบันทึกข้อมูลหรือรหัสไว้ด้วยการประยุกต์ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ไฟฟ้า คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือวิธีอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน ซึ่งรวมถึงการประยุกต์ใช้วิธีการทางแสงหรือวิธีการทางแม่เหล็กให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข รหัส หมายเลขบัตร หรือสัญลักษณ์อื่นใด ทั้งที่สามารถมองเห็นและมองไม่เห็นด้วยตาเปล่า

(ข) ข้อมูล รหัส หมายเลขบัญชี หมายเลขชุดทางอิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องมือทางตัวเลขใดๆ ที่ผู้ออกได้ออกให้แก่ผู้มีสิทธิใช้ โดยมีได้มีการออกเอกสารหรือวัตถุอื่นใดให้ แต่มีวิธีการใช้ในการทำงานเดียวกับ (ก) หรือ

(ค) สิ่งอื่นใดที่ใช้ประกอบกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของ”

มาตรา 269/5¹⁴ มาตรา 269/6¹⁵ มาตรา 269/7¹⁶ ด้วย ทั้งนี้ ผู้ให้บริการในฐานะผู้ฝากไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้อง เพื่อเรียกคืนมูลค่าที่ไ้แทนเงินในโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดจากบุคคลที่นำโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือซิมการ์ดของผู้ให้บริการไปใช้โดยปราศจากอำนาจ ตามหลักกรรมสิทธิ์ได้ เพราะถือว่ามิใช่ผู้มีกรรมสิทธิ์ หรือผู้เสียหายตามกฎหมาย แต่สามารถเรียกคืนโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดได้ เพราะผู้ให้บริการเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดตามกฎหมาย และหากบุคคลภายนอกที่นำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ให้บริการไปใช้โดยปราศจากอำนาจ ได้มีการดำเนินการด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อให้ได้รหัสผ่าน (Pin Code) ไปใช้ในการทำธุรกรรม ก็ย่อมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 7¹⁷ ด้วย เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ครอบคลุมถึงโทรศัพท์เคลื่อนที่ อันเป็นอุปกรณ์เครื่องมือสื่อสารที่ทำงานด้วยระบบคอมพิวเตอร์อย่างหนึ่ง ทั้งนี้ มาตราดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดฐานเข้าถึง¹⁸โดยมิชอบ หรือโดยไม่มีอำนาจ หรือโดยฝ่าฝืน

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/5 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/6 บัญญัติว่า “ผู้ใดมิได้เพื่อนำออกใช้ซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ตามมาตรา 269/5 ในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/7 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดในหมวดนี้ เป็นการกระทำเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ออกได้ออกให้แก่ผู้มีสิทธิใช้ เพื่อใช้ประโยชน์ในการชำระค่าสินค้า ค่าบริการหรือหนี้อื่นแทนการชำระด้วยเงินสด หรือใช้เบิกถอนเงินสด ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ กึ่งหนึ่ง”

¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁸ การเข้าถึงนี้ หมายความว่า กรณีที่มีการกำหนดรหัสผ่าน เพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่น ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และกรณีผู้กระทำความผิดดำเนินการด้วยวิธีการใดวิธีหนึ่งเพื่อให้ได้รหัสผ่านมา และสามารถใช้ เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นโดยตนเอง นั่งอยู่หน้าเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นเอง และ

ตอบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ โดยอาจเกิดขึ้นหลายวิธี เช่น การเจาะระบบ (Hacking or Cracking) หรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ (Computer Trespass) เพื่อทำลายระบบคอมพิวเตอร์ หรือ เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูล หรือเข้าถึงข้อมูลที่เก็บรักษาไว้เป็นความลับ เช่น รหัสผ่าน (Passwords) หรือ ความลับทางการค้า (Secret Trade) เป็นต้น และอาจเป็นที่มาของการกระทำ ความผิดฐานอื่นต่อไป เช่น การใช้คอมพิวเตอร์เพื่อฉ้อโกง หรือปลอมเอกสาร เป็นต้น อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื่องเป็นมูลค่ามหาศาล ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ การเข้าถึง โดยมีขอบเป็นความผิด แม้ว่าผู้กระทำจะมีได้มีมูลเหตุจูงใจเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ สามารถก่อให้เกิดการกระทำผิดฐานอื่น หรือฐานที่ใกล้เคียงค่อนข้างง่าย และอาจก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง ทั้งการพิสูจน์มูลเหตุจูงใจทำได้ค่อนข้างยาก และที่สำคัญจะต้องเป็นการเข้าถึงโดยมิชอบ ซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ที่มีวิธีการ ป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ จึงจะเป็นความผิด

นอกจากนี้ ในกรณีที่บุคคลภายนอกนำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ใช้บริการ ไปใช้นอกขอบอำนาจที่ผู้ให้บริการได้ให้ไว้ อันเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการมอบอำนาจ หรืออนุญาตให้ บุคคลภายนอกใช้ในวัตถุประสงค์อย่างหนึ่ง แต่บุคคลภายนอกกลับนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทาง อิเล็กทรอนิกส์ ย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องเพื่อเรียกคืนมูลค่าที่ใช้แทนเงินนั้นได้ เนื่องจากถือว่าธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ จ่ายเงินไปตามคำสั่งของผู้ใช้บริการโดยถูกต้อง ทำให้หนี้ตามสัญญาฝากเงินระหว่างธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์กับผู้ให้บริการระงับลง จึงไม่ต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 660 ดังนั้น ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในมูลค่าที่ใช้แทนเงินนั้น กรรมสิทธิ์ในมูลค่าที่ใช้แทนเงินดังกล่าวกลับไปเป็นของผู้ใช้บริการซึ่งเป็นเจ้าของที่แท้จริง และได้รับความเสียหาย จากการที่ถูกบุคคลภายนอกนำ โทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ใช้บริการไปใช้นอกขอบอำนาจที่ผู้ให้บริการได้ให้ไว้ โดยหาก เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการมอบอำนาจให้บุคคลภายนอกทำการแทน ผู้ใช้บริการย่อมใช้สิทธิเรียกร้อง เอากับบุคคลภายนอกนั้นได้ ตามหลักกฎหมายในเรื่องตัวการตัวแทน ประมวลกฎหมายแพ่งและ

หมายรวมถึงกรณีที่บุคคลนั้นอยู่ห่างโดยระยะทาง และสามารถเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ หรือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ตนเองต้องการด้วย โดยอาจเป็นการเข้าถึงฮาร์ดแวร์ หรือส่วนประกอบต่าง ๆ ของคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลที่ถูกบันทึกในระบบคอมพิวเตอร์

พาณิชย์ มาตรา 812 แต่หากเป็นกรณีผู้ใช้บริการอนุญาตให้บุคคลภายนอกนำโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือซิมการ์ดของผู้ใช้บริการไปใช้ในวัตถุประสงค์อย่างหนึ่ง แต่บุคคลภายนอกกลับนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น ผู้ใช้บริการก็สามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องเรียกเอามูลค่าแทนเงินดังกล่าวคืนจากบุคคลภายนอก ตามหลักกลาภมิควรได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406 และเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ตามหลักละเมิด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

ส่วนในต่างประเทศนั้น ได้กล่าวไว้ในประเด็นการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตนี้ ในประเทศฟินแลนด์และสาธารณรัฐสโลวัก ไม่มีกฎหมายที่คุ้มครองป้องกันในกรณีของการใช้โดยไม่ได้รับความยินยอม (unauthorized use) หรือกรณีความรับผิดชอบสำหรับการเรียกเก็บเงินจากการใช้โดยไม่ได้รับความยินยอม แต่บริษัทโทรศัพท์เคลื่อนที่สามารถระงับบริการหรือสัญญา หรือบล็อกซิมการ์ด (SIM card) และหมายเลขหรือรหัสประจำเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ (IMEI) ได้ เมื่อผู้ใช้บริการได้แจ้งถึงการหายหรือถูกขโมยไปของโทรศัพท์เคลื่อนที่ นอกจากนี้ การตั้งรหัสบุคคล (PIN code) ก็อาจช่วยป้องกันการใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมได้ ในประเทศนอร์เวย์เมื่อผู้ใช้บริการได้แจ้งถึงการหายหรือถูกขโมยไป ก็จะไม่ต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้แจ้งไว้ แต่ทั้งนี้ ในประเทศฟินแลนด์ พระราชบัญญัติว่าด้วยตลาดการสื่อสาร (Communications Market Act) มาตรา 76 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมปิดการเชื่อมต่อสัญญาณโทรศัพท์และป้องกันการใช้โทรศัพท์ ถ้าผู้ใช้หรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องรายงานมาว่าโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือสมาร์ทการ์ด (Smartcard) ที่ใช้ในโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวสูญหายไป และมีการร้องขอให้ปิดบริการหรือป้องกันการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ในฟินแลนด์บางรายก็ได้มีการเริ่มดำเนินการกำกับดูแลตนเองโดยจำกัดวงเงินค่าใช้จ่ายบริการ นอกจากนี้ กระทรวงคมนาคม (Ministry of Transport and Communication) ได้ยอมรับข้อเสนอในการขอแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งจะมีผลบังคับใช้ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2550 หนึ่งในการแก้ไขนั้นคือ อนุญาตให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม และผู้บริโภคยินยอมในสัญญาที่จะจำกัดขอบเขตการใช้งานเพื่อป้องกันการเพิ่มขึ้นอย่างไม่สามารถควบคุมได้ของจำนวนใบแจ้งราคาสินค้า และผู้บริการยังคงต้องมีความรับผิดชอบจากการใช้ที่ปราศจากความยินยอมอยู่ หากเกิดจากความสะเพร่าของตนเอง และในประเทศสวีเดนกำหนดให้ผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ทุกราย เสนอทางเลือกแก่ผู้ใช้บริการที่จะทำการบล็อก (block) สายเรียกเข้าและการโทรออก จำกัดขอบเขตการใช้งาน และกำหนดเพดานค่าบริการที่ถูกเรียกเก็บเงินในบริการบางอย่างเช่น การใช้งานในต่างประเทศ หรือบริการที่ยากแก่การคำนวณค่าใช้จ่าย ภายใต้การพิจารณาของรัฐบาล นอกจากนี้ ในประเทศแคนาดา สวีเดน และสหรัฐอเมริกา ได้มีการคุ้มครองบัตรชำระเงินครอบคลุมไปถึงบางกรณีของ

การใช้โดยปราศจากความยินยอม โดยเฉพาะในประเทศเดนมาร์กนั้นเป็นกรณีพิเศษเพราะซิมการ์ด (SIM card) ในโทรศัพท์เคลื่อนที่ มีลักษณะการชำระเงินอย่างเดียวกันกับบัตรชำระเงินอื่นๆ ซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยเครื่องมือในการชำระเงิน (Act on Certain Payment Instrument) ซึ่งกำหนดให้ผู้ถือบัตรต้องรับผิดชอบใช้ต่อผู้ถือบัตรสำหรับการสูญเสียทุกกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากการใช้ซิมการ์ด (SIM card) ในโทรศัพท์เคลื่อนที่โดยไม่ได้รับความยินยอม และในประเทศอังกฤษได้มีการรณรงค์ (Immobilize campaign) ให้มีการแจ้งเพื่อระงับการบริการซึ่งจะทำให้โทรศัพท์ที่ถูกขโมยไปไม่สามารถใช้งานได้และสนับสนุนให้ผู้บริโภคแจ้งถึงการขโมยนั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาดังกล่าวที่เกิดขึ้น เกิดมาจากการกระทำของบุคคลที่สาม ในการทำสัญญาเหล่านี้ จึงควรกำหนดให้ผู้ให้บริการสร้างหลักในการใช้ระบบรหัสผ่านที่คุ้มครองผู้ใช้บริการตามสมควรขึ้นมา เพื่อป้องกันมิให้สัญญาเกิดง่ายเกินไป โดยระบุว่าหากผู้ใช้บริการกดปุ่มทำสัญญาโดยมิได้ใส่รหัสผ่าน สัญญาดังกล่าวย่อมไม่เกิดขึ้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือสัญญาจะเกิดก็ต่อเมื่อได้มีการระบุขั้นตอนการใช้รหัสผ่านที่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้ตามความเหมาะสม ซึ่งรหัสผ่านดังกล่าวต้องเป็นรหัสที่ผู้ใช้บริการตั้งขึ้น ที่บุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้ เช่น วันเดือนปีเกิดของผู้ใช้บริการ บ้านเลขที่ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่นนำโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ให้บริการไปใช้ก่อสัญญาต่างๆ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 51 (10) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

ข้อ 8/1 ว่า “ในการทำสัญญาผู้ให้บริการต้องจัดให้มีระบบรหัสผ่าน ซึ่งยากแก่การที่บุคคลทั่วไปจะทราบได้ และสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ใช้บริการได้ระบุรหัสผ่านที่ถูกต้องตามที่ตกลงไว้กับผู้ให้บริการ”

นอกจากนี้ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลอื่น ผู้ให้บริการต้องให้สิทธิผู้ใช้บริการเลิกสัญญาดังกล่าวไปยังผู้ประกอบการกิจการโดยตรง ภายในเวลา 7 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 และในการป้องกันการไม่ทราบถึงสัญญาที่เกิดขึ้นของผู้ใช้บริการ จึงต้องกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการกิจการให้บริการให้ต้องทำการส่งข้อความมายืนยันเรื่องการเกิดสัญญาให้แก่ผู้ใช้บริการ อย่างน้อย 2 ครั้ง โดยเว้นช่วงห่างพอสมควร เพื่อให้ผู้ใช้บริการทราบถึงสัญญาที่เกิดขึ้นที่บุคคลอื่นนำโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการไปใช้ และทำการแจ้งยกเลิก ยืนยันว่ามีได้เป็นผู้ทำสัญญา หรือเลิกสัญญานั้นได้ โดยผู้

ให้บริการต้องจัดให้มีหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีปุ่มในเรืองการเลิกสัญญา ให้ผู้ใช้บริการสามารถกด (click) เข้าไปดูข้อความที่กำหนดวิธีการเลิกสัญญา และให้ผู้ใช้บริการสามารถทำการเลิกสัญญาผ่านหน้าจอดังกล่าวได้ในทันทีด้วย และหากสัญญาดังกล่าวเป็นธุรกรรมที่มีมูลค่าสูง คือมีมูลค่าเกินกว่า 1,000 บาทขึ้นไป นอกจากต้องแจ้งเตือนไปยังโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการแล้ว ต้องมีการเตือนทางจดหมายส่งไปยังที่อยู่ของผู้ใช้บริการด้วย โดยอาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 51 (10) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

ข้อ 8/2 ว่า “เมื่อได้ทำสัญญาแล้ว ผู้ให้บริการต้องทำการยืนยันถึงสัญญาที่เกิดขึ้นไปยังผู้ใช้บริการภายในช่วงเดือนแรกนับแต่สัญญาเกิดอย่างน้อยสองครั้ง แต่ครั้งห่างกันพอสมควร และต้องจัดให้มีการเชื่อมโยงไปสู่ข้อกำหนดในการเลิกสัญญา และให้สิทธิผู้ใช้บริการยกเลิกสัญญาในเวลาดังกล่าวบนหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ทันที

ในกรณีที่ เป็นสัญญามูลค่าเกินกว่าหนึ่งพันบาทขึ้นไป ผู้ให้บริการต้องมีการแจ้งเตือนผ่านทางช่องทางอื่นอีกช่องทางหนึ่งไปยังผู้ใช้บริการด้วย”

ส่วนในกรณีโทรศัพท์หายหรือถูกลักไป ต้องกำหนดให้ผู้ใช้บริการแจ้งถึงการหายหรือถูกขโมยไป เพื่อให้บริษัทโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่สามารถระงับบริการหรือสัญญา หรือบล็อกซิมการ์ด (SIM card) และหมายเลขหรือรหัสประจำเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ (IMEI) ได้ และเพื่อที่ผู้ใช้บริการจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้แจ้งไว้ เว้นแต่ เกิดจากความสะเพร่าของผู้ใช้บริการเอง

3. ความไม่เพียงพอในการแสดงข้อมูล

เป็นปัญหาที่ทำให้ผู้รับบริการเกิดความเข้าใจผิด ความสับสน อันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนในการให้ข้อมูลของผู้ให้บริการ ทั้งยังทำให้ผู้ใช้บริการไม่ทราบถึงสิทธิ หน้าที่ของตน ซึ่งปัญหาดังกล่าวนั้น เกิดขึ้นมาจากหลายสาเหตุ ทั้งจากลักษณะของโทรศัพท์เคลื่อนที่เองที่มีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ทำให้ไม่สามารถเปิดเผยข้อมูล ตัวสัญญา เงื่อนไขต่างๆ เป็นต้น ได้หมด หรือเนื่องมาจากการที่รัฐไม่ได้มีการกำหนดสัญญามาตรฐานในการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ออกมา ทำให้ผู้ให้บริการไม่ได้มีการเปิดเผย หรือจัดทำข้อมูลสำคัญบางอย่าง เพราะไม่เห็นถึง

ความจำเป็น หรือเพื่อต้องการกอบโกยผลประโยชน์ จากการไม่ทราบถึงสิทธิประโยชน์ต่างๆของผู้ใช้บริการ ทำให้ผู้ใช้บริการไม่สามารถรักษาสีทหรือโต้แย้งสิทธิของตนได้

ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2545 ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 35 ทวิ¹⁹ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ประกอบมาตรา 3²⁰ มาตรา 4²¹ และมาตรา 5²² แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการ

¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิ บัญญัติว่า “ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

²⁰ พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

(2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย

กำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542²³ ได้กำหนดให้การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ซึ่งการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามประกาศนี้ ย่อมหมายความรวมถึงทั้งบริการหลัก เช่น การใช้โทรเข้า รับสาย ส่งข้อความสั้น และบริการเสริม เช่น เสียงเพลงรอสาย ดูดวง รับข้อมูลข่าวสารทางข้อความสั้น บริการทางการเงินในการซื้อสินค้าหรือบริการต่างๆ เป็นต้น²⁴ ดังนั้น ในการให้บริการต่างๆทางโทรศัพท์เคลื่อนที่กับผู้ให้บริการ จึงต้องมี

(3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดจัดเจน”

²¹ พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 4 บัญญัติว่า “การกำหนดลักษณะของสัญญาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) ให้ผู้บริโภคทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการโดยชัดเจนตามควรแก่กรณี

(2) ไม่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญโดยไม่มีเหตุผลที่สมควรเพียงพอ

(3) ต้องคำนึงถึงความสะดวกในการประกอบธุรกิจ

(4) ให้เยี่ยวยาความเสียหายในเวลาอันสมควรในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญา

(5) จัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบการธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค

(6) ต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระเกินควรแก่การประกอบธุรกิจ”

²² พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ก่อนออกประกาศกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา ให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญารับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบการและผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบโดยตรง โดยคำนึงถึงขอบเขตและสภาพปัญหา เช่น การจัดสัมมนา การประชุม หรือให้ประชาชนทั่วไปแสดงความคิดเห็น ในการนี้จะรับฟังความเห็นจากหน่วยงานของรัฐ องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้วยก็ได้”

²³ โปรดดู ภาคผนวก บ.

²⁴ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ข้อ 2 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้

สัญญาเป็นหนังสือที่มีลักษณะเป็นการให้ผู้ให้บริการทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตน ตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการโดยชัดเจนตามควรแก่กรณี และจัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค โดยผู้ให้บริการมีหน้าที่ส่งมอบสัญญานั้นให้แก่ผู้ให้บริการ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 วรรค²⁵ ซึ่งหากผู้ให้บริการฝ่าฝืนไม่ดำเนินการส่งมอบย่อมเป็นความผิดและได้รับโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 57²⁶

ทั้งนี้ ในอดีตเรื่องสัญญาการให้บริการนั้น ได้มีประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา การให้บริการธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ใช้กำกับดูแล ซึ่งสัญญานั้นบริษัทผู้ให้บริการจะส่งให้

“การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่” หมายความว่า การให้บริการสื่อสารทางโทรศัพท์ที่ผู้ส่งและผู้รับสามารถสื่อสารกันได้เป็นคำพูด เครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ภาพ เสียง หรือการอื่นใดที่สามารถสื่อความหมายได้โดยอาศัยคลื่นวิทยุ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการให้บริการวิทยุคมนาคมเฉพาะกิจหรือเฉพาะกลุ่ม

“การประกอบธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่” หมายความว่า การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคโดยมีค่าตอบแทน”

²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 วรรค²⁵ บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตามมาตรา 35 ทวิ หรือส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายการและข้อความถูกต้องตามมาตรา 35 เบญจ ให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาที่เป็นทางปฏิบัติตามปกติสำหรับการประกอบธุรกิจประเภทนั้นๆ หรือภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาสุดแต่ระยะเวลาใดจะถึงก่อน”

²⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 57 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใดไม่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตามมาตรา 35 ทวิ หรือไม่ส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายการและข้อความถูกต้องตามมาตรา 35 เบญจ ให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาตามมาตรา 35 วรรค²⁵ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใด ส่งมอบหลักฐานการรับเงิน โดยลงจำนวนเงินมากกว่าที่ผู้บริโภคจะต้องชำระและได้รับเงินจำนวนนั้นไปจากผู้บริโภคแล้วต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทถึงหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการประกอบธุรกิจเช่นนั้นแล้ว”

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ตรวจสอบว่า สัญญาการให้บริการของบริษัทมีความถูกต้อง หรือเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร ซึ่งจะมีการทำงานร่วมกันระหว่างบริษัทผู้ให้บริการกับทางสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) และผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ให้บริการทุกราย ได้ใช้สัญญานี้มาโดยตลอดในการให้บริการ จนกระทั่ง คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้เข้ามากำกับดูแล และได้ออกประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ขึ้นมา ซึ่งมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคมนี้มีเนื้อหาสาระสำคัญอยู่ที่ การเปลี่ยนแปลงสัญญาการให้บริการจากเดิมที่มีสภาพเป็นสัญญาโดยปริยาย หรือไม่มีแบบ ซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาเป็นสัญญาระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการ ซึ่งจะต้องเป็นไปตามที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) กำหนด และอยู่ภายใต้อำนาจของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 51 ที่บัญญัติให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ต้องดำเนินการให้มีสัญญามาตรฐานการให้บริการโทรคมนาคม

และเนื่องจากปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนหนึ่งมาจากการที่ ผู้ใช้บริการไม่ได้อ่านเงื่อนไขของสัญญา ในขณะที่ผู้ให้บริการทุกรายจะทราบเงื่อนไขของสัญญาดี ด้วยเหตุนี้ กฎหมายว่าด้วยกิจการโทรคมนาคมจึงบัญญัติว่า สัญญาดังกล่าวต้องมีการกำกับดูแลโดยคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เพื่อป้องกันมิให้ผู้ให้บริการเอาัดเอาเปรียบผู้ให้บริการ ซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า โดยในสัญญาจะต้องกำหนดเงื่อนไขต่างๆให้ชัดเจน ทั้งอัตราค่าบริการ ค่าปรับ การระงับการให้บริการ การยกเลิกสัญญา เป็นต้น รวมทั้งจะต้องไม่มีเงื่อนไขเป็นการเอาัดเอาเปรียบผู้ให้บริการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ให้บริการเป็นหลัก ซึ่งมีรายละเอียด คือ

- สัญญาต้องมีเงื่อนไขครบถ้วน คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการ ที่จะต้องแจ้งรายละเอียดของการให้บริการแต่ละประเภทอย่างชัดเจน ครบถ้วน ให้ผู้ให้บริการทราบล่วงหน้าก่อนทำสัญญา เช่น ลักษณะ และประเภทของบริการ อัตราค่าบริการ และวิธีเรียกเก็บค่าบริการ เป็นต้น เพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจเข้าทำสัญญา และเลือกใช้บริการ

- ห้ามยึดเยียดบริการ โดยจะต้องกำหนดให้ชัดเจนในสัญญาว่า หากผู้ให้บริการมิได้ปฏิเสธข้อเสนอกับบริการใดของผู้ให้บริการ มิให้ถือว่าผู้ให้บริการได้แสดงเจตนาตกลงให้บริการนั้น เพื่อป้องกันการยึดเยียดบริการ ให้ผู้ใช้ที่มีได้มีความประสงค์จะใช้บริการดังกล่าว

- สัญญาต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ และส่งมอบให้แก่ผู้ให้บริการ หรือออกหลักฐานอย่างอื่นที่ผู้ให้บริการสามารถใช้เป็นหลักฐานได้

- สัญญาต้องเป็นธรรม ต้องไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก กีดกัน หรือไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการ และจะต้องมีสาระสำคัญเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการอย่างน้อยดังต่อไปนี้

- (1) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับลักษณะ และประเภทของบริการ
- (2) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการของผู้ให้บริการ
- (3) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการและผู้รับบริการ ที่ชัดเจน และเป็นธรรม
- (4) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับอัตราค่าธรรมเนียม และค่าบริการอย่างครบถ้วน เป็นธรรม และจะต้องมีข้อกำหนดรับรองการไม่เรียกเก็บค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการนอกเหนือจากที่กำหนดไว้

ในการดำเนินการกำหนดมาตรฐานสัญญาให้บริการ ตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 กำหนดให้ผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ได้รับใบอนุญาต จะต้องจัดทำร่างสัญญาการให้บริการส่งให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) พิจารณา ดังนั้น ผู้รับใบอนุญาตจะต้องจัดทำร่างสัญญาการให้บริการส่งให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) พิจารณาอีกครั้ง โดยคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) มีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต ดำเนินการแก้ไขตามหลักเกณฑ์ และระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด ถ้าผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ถือเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาต

แต่จนปัจจุบันก็ยังไม่มีการประกาศบังคับใช้สัญญามาตรฐานออกมาแต่อย่างใด ซึ่งที่มาของปัญหาเกิดจากหลายสาเหตุ²⁷ ไม่ว่าจะเป็น

- การบริหารจัดการภายในองค์กรระหว่างคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในฐานะหน่วยงานที่มีอำนาจกำหนดนโยบาย และดำเนินการพัฒนากิจการโทรคมนาคมที่รับคำสั่ง และดำเนินงานตามแนวนโยบายของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม

²⁷ คณะทำงานพิจารณาศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการคิดค่าบริการ การกำหนดระยะเวลา และเงื่อนไขการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบเติมเงิน และระบบเหมาจ่ายรายเดือนของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่

แห่งชาติ (กทช.) ยังขาดประสิทธิภาพในการประสานงานระหว่างกัน โดยเฉพาะการสั่งการ และการบังคับบัญชาที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามมติที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้พิจารณาเห็นชอบ อย่างบางเรื่องคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้มีมติเห็นชอบให้ดำเนินการ และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ดำเนินการแล้ว แต่บางเรื่อง สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ยังไม่ได้ดำเนินการ โดยที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ไม่สามารถบังคับให้ดำเนินการได้ เป็นต้น ขณะนี้จึงได้มีการตั้งกรรมการว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมาย และปรับปรุงองค์กรให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้

- การทำงานของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) คือ ตามที่พระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งได้ให้อำนาจคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการเรียกเอกสารจากผู้ให้บริการ ในการจัดส่งร่างสัญญามาตรฐานการให้บริการ และดำเนินการตรวจสอบให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) กำหนด โดยข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เมื่อผู้ประกอบการไม่ดำเนินการจัดส่งร่างสัญญาที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) กำหนด ทางคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) มิได้มีมาตรการในการเร่งรัดให้ต้องจัดส่ง หรือมีบทลงโทษในทางปกครองแต่อย่างใด จึงทำให้การดำเนินการในเรื่องดังกล่าวเกิดความล่าช้า

- คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ขาดการประสานงาน และการอธิบายรายละเอียดของประกาศ หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการจัดทำสัญญามาตรฐานการให้บริการแก่บริษัทผู้ให้บริการซึ่งมีหน้าที่จัดทำ และเสนอร่างสัญญามาตรฐานตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เป็นผู้กำหนด ส่งผลให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน หรือไม่เข้าใจประกาศ หลักเกณฑ์อย่างชัดเจน และเป็นช่องทางให้บริษัทผู้ให้บริการใช้เป็นข้อโต้แย้ง หรือเป็นเหตุอ้างถึงความล่าช้าของการส่งร่างสัญญา

และเนื่องจากคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในฐานะหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าว มีการดำเนินงานที่ล่าช้า และไม่มีบทบาทเท่าที่ควร เพราะปัจจุบันคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) อ้างว่ายังตรวจสัญญาดังกล่าวไม่แล้วเสร็จ ดังนั้น การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ไม่มีการกำหนดสัญญาการให้บริการระหว่างผู้ให้บริการกับคู่สัญญาของรัฐ และระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการ บริษัทผู้ให้บริการสามารถ

กำหนดมาตรฐานในการให้บริการอย่างไรก็ได้²⁸ อันอาจทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการได้

อีกทั้ง การไม่มีสัญญามาตรฐานการให้บริการดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ใช้บริการโดยตรงคือ การไม่ทราบถึงบรรทัดฐาน และสิทธิเบื้องต้นที่ควรได้รับความคุ้มครอง โดยอาจเกิดช่องว่างที่ทำให้ผู้ใช้บริการถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ เพราะสัญญามาตรฐานการให้บริการโทรคมนาคมเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้ใช้บริการ ทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเรียกร้อง และขอให้ผู้ให้บริการชดใช้ความเสียหายได้ ดังนั้น หน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนควรต้องร่วมมือ และเร่งรัดให้สัญญามาตรฐานการให้บริการโทรคมนาคมเกิดขึ้นโดยเร็ว โดยเฉพาะคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ควรพิจารณา และดำเนินการเร่งรัดในส่วนที่เกี่ยวข้องให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว และแม้จะมีการกำหนดสัญญามาตรฐานการให้บริการโทรคมนาคมขึ้นแล้ว แต่สิ่งสำคัญยิ่งกว่า คือ การที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) และสถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม จะต้องเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแล และสอดส่องให้มีการปฏิบัติตามสัญญามาตรฐานที่บริษัทผู้ให้บริการได้ทำไว้กับผู้ใช้บริการอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ ต้องกำกับให้มีการเปิดเผยให้มีการรับรู้โดยทั่วไป และทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อสัญญา และเงื่อนไขของสัญญาแก่ผู้บริโภคอย่างชัดเจน เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างแท้จริง

ในต่างประเทศได้มีการกล่าวในประเด็นการเปิดเผยข้อมูลในกรณีหน้าจอนขนาดเล็กไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคโดยทั่วไป กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางการค้าที่ชัดเจน เหมาะสม เพื่อให้เข้าใจได้ง่าย ในออสเตรเลีย การไม่สามารถเปิดเผยหรือเปิดเผยไม่เพียงพอสามารถรวมอยู่ภายใต้หัวข้อ การจัดการการกระทำที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดและหลอกลวง (misleading and deceptive conduct) ของพระราชบัญญัติระเบียบว่าด้วยการค้า ในแมกซิกโก กฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (Federal Law of Consumer Protection: LFPC) กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดให้มีข้อมูลที่ถูกต้อง สามารถตรวจสอบได้เพื่อไม่ให้เกิดความเข้าใจผิด หรือเกิดการใช้ที่ผิดพลาด (หมวด 3 มาตรา 32) ทั้งยังต้องจัดให้มียอดรวมที่จะเรียกเก็บเงิน (มาตรา 7ทวิ) ที่อยู่ทางไปรษณีย์ หมายเลขโทรศัพท์ และข้อมูลอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น ข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ค่าใช้จ่าย ค่าใช้จ่ายที่จะเรียกเก็บเพิ่มเติม และรูปแบบการชำระเงินต่างๆ (มาตรา 76ทวิ) นอกเหนือจากนั้น กฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (Federal Law of Consumer Protection: LFPC) (มาตรา 57) ยังกำหนดให้ผู้ให้บริการ

²⁸ ดร.อานุกาพ ทิรลภ นักวิชาการอิสระด้านการสื่อสารและสารสนเทศ

ต้องแสดงค่าธรรมเนียมต่างๆอย่างเปิดเผย ในประเทศฟินแลนด์ กลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคแห่งฟินแลนด์ (Finnish Consumer Ombudsman) มีหลักว่าหากผู้ใช้บริการมิได้อ่านข้อสัญญาก่อนที่จะเข้าทำสัญญา ข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวย่อมที่จะไม่มีผลผูกพัน และในประเทศนอร์เวย์ คู่มือของกลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคว่าด้วยบริการเนื้อหาทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Consumer Ombudsman's Guidelines on Mobile Content Services: CO guidelines) กำหนดว่าอย่างน้อยข้อมูลหรือการทำสัญญานั้นต้องมีข้อมูลค่าใช้บริการที่ชัดเจนและแสดงไว้อย่างเด่นชัด ข้อความแสดงข้อมูลในการปฏิเสธไม่รับบริการ (opt-out) ข้อจำกัดในเรื่องอายุต่างๆ รายละเอียดของสัญญา และหมายเลขโทรศัพท์ศูนย์บริการลูกค้า (customer service) ของผู้จัดจำหน่าย สำหรับการชำระค่าบริการสมาชิกนั้นก็ควรจะต้องมีข้อมูล เช่น ระยะเวลาของการชำระค่าบริการ และ/หรือความถี่ในการชำระค่าบริการ สิทธิในการใช้บริการเนื้อหา (Content) ต่างๆ และหมายเลขของข้อความที่คาดหวังว่าควรจะต้องจัดให้มีไว้อย่างชัดเจนด้วย นอกจากนี้ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศเกาหลี (Korean Consumer Protection Board) ได้มีการเสนอต่อรัฐบาลให้มีการพัฒนา โดยให้มีการแจ้งข้อมูลทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) และให้ผู้บริโภคทำการยืนยันอีกครั้งหนึ่งด้วย

ผู้เขียนมีความเห็นในประเด็นนี้ว่า แม้ในเรื่องความไม่เพียงพอในการเปิดเผยข้อมูลจะมีกฎหมายที่กำหนดไว้อยู่แล้ว 2 ฉบับ คือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กับประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 โดยกำหนดให้มีการทำสัญญามาตรฐาน ซึ่งมีใช้แบบ เพราะแม้ผู้ใช้บริการมิได้ปฏิบัติตามสัญญาก็สมบูรณ แต่เมื่อปัจจุบันยังไม่มีสัญญามาตรฐานดังกล่าว หรือหากมีและต้องส่งมอบให้กับผู้ใช้บริการ แต่ผู้ใช้บริการไม่ส่งมอบให้ ก็ต้องกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการจัดให้มีระบบที่อยู่บนหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ ให้ผู้ใช้บริการสามารถกดปุ่ม (click) ดูสัญญาได้ง่าย ซึ่งอย่างน้อยต้องแจ้งที่อยู่ของไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) หรือเว็บไซต์ (website) ให้ผู้ใช้บริการเปิดดูสัญญามาตรฐานดังกล่าวได้ เนื่องจากสัญญามาตรฐานดังกล่าวไม่สามารถที่จะดูผ่านหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ เพราะมีขนาดเล็กในขณะที่สัญญาามีข้อความที่ยาว ซึ่งหากผู้ใช้บริการละเลยไม่ปฏิบัติตามในเรื่องนี้ ก็ให้สิทธิผู้ใช้บริการเลิกสัญญาได้ตลอดเวลา กล่าวคือหากผู้ใช้บริการยังมิได้จัดให้มีปุ่มที่สามารถเชื่อมต่อไปยังสัญญามาตรฐานได้ หรือยังมิได้ส่งมอบสัญญาให้กับผู้ใช้บริการ ผู้ใช้บริการมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตลอดเวลา โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 51 (10) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และมาตรา 51 แห่ง

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

ข้อ 6/1 ว่า “ในการให้บริการโทรคมนาคมทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีระบบการเชื่อมต่อไปสู่สัญญาฉบับสมบูรณ์และสัญญามาตรฐานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถตรวจสอบสัญญาได้

หากผู้ใช้บริการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ผู้ใช้บริการมีสิทธิเลิกสัญญาได้”

4. การชำระเงินผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการชำระเงินผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น ได้แก่ กรณีที่ผู้ใช้บริการทำการชำระเงินค่าสินค้าหรือบริการ หรือทำการโอนเงินผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่แล้วมูลค่าที่ทำธุรกรรมจริงกับมูลค่าเงินที่ถูกหัก หรือที่ปรากฏในหลักฐานการรับเงินนั้นไม่ตรงกัน ซึ่งความผิดพลาดที่เกิดขึ้น อาจเกิดขึ้นจากระบบ หรือเครื่องบันทึกการ (Terminal) ของผู้ให้บริการ ผู้ประกอบธุรกิจ ร้านค้า หรือธนาคารที่ขัดข้องไม่สามารถใช้งานได้ตามปกติ อันเป็นความผิดพลาดทางเทคนิค หรือเกิดจากการกระทำของพนักงานของผู้ให้บริการ ผู้ประกอบธุรกิจ ร้านค้า หรือธนาคารที่ประมาทเลินเล่อ หรือจงใจทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลทางการเงินดังกล่าว อันสร้างความเสียหายให้แก่ผู้ใช้บริการที่จะต้องจ่ายเงินเกินกว่าความเป็นจริง ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้มิได้มีการกฎหมายบัญญัติถึงไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำหลักการของกฎหมายทั่วไปอย่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ โดยถือว่าเมื่อความผิดพลาดดังกล่าวเกิดขึ้นจากฝ่ายผู้ให้บริการ ผู้ประกอบธุรกิจ ร้านค้า หรือธนาคาร เท่ากับว่าฝ่ายผู้ให้บริการ ผู้ประกอบธุรกิจ ร้านค้า หรือธนาคาร เป็นผู้ผิดสัญญา เนื่องจากไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งสามารถทำได้หากเป็นการทำธุรกรรมทางการเงินผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีลักษณะ หรือขั้นตอนที่ผู้ให้บริการได้มีการส่งข้อความสั้น (SMS) มายังผู้ใช้บริการ ให้ผู้ใช้บริการทำการยืนยันข้อมูล หรือตกลงให้หักเงินตามจำนวนดังที่ระบุไว้ในข้อความสั้น (SMS) ว่าถูกต้องตรงกันกับที่ผู้ใช้บริการได้ทำคำเสนอไปยังผู้ให้บริการตามที่มีคำโฆษณา หรือคำเชื้อเชิญก่อนที่จะมีการหักเงิน และเมื่อได้ทำการหักเงินเรียบร้อยแล้วผู้ให้บริการก็จะมีข้อความสั้น (SMS) ส่งกลับมาเป็นหลักฐานว่าธุรกรรมได้เสร็จสมบูรณ์แล้ว ซึ่งข้อความสั้น (SMS) ดังกล่าวย่อมสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานยืนยันเปรียบเทียบกับบันทึกการในฐานข้อมูลของผู้ให้บริการได้ แต่หากเป็นการทำธุรกรรมที่มีลักษณะ หรือขั้นตอนที่ผู้ให้บริการเพียงแต่ส่งข้อความสั้น (SMS) มายืนยันว่าธุรกรรมเสร็จสมบูรณ์

ภายหลังจากที่ได้มีการหักเงินของผู้ใช้บริการไปเรียบร้อยแล้ว โดยที่มิได้มีการหักฐานใดๆที่ระบุถึงจำนวนเงินที่ผู้ใช้บริการได้ทำการชำระไปถูกต้องตรงกับที่จะต้องชำระหรือไม่ ก็อาจทำให้เกิดปัญหาในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างกับบันทึกรายการในฐานะข้อมูลของผู้ให้บริการที่ผิดพลาด หรือไม่ตรงกับความเป็นจริงได้ เพราะหลักฐานข้อมูลต่างๆมักอยู่ในความครอบครองดูแลของผู้ให้บริการทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม หากพิสูจน์ได้ว่าไปบันทึกรายการ หรือหลักฐานการรับเงินของผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ให้บริการ มีความผิดพลาดโดยลงจำนวนเงินมากกว่าที่ผู้ใช้บริการจะต้องชำระ และได้รับเงินไปจำนวนนั้นไปจากผู้ให้บริการแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ให้บริการนั้นย่อมต้องรับโทษตามมาตรา 57 วรรค 2²⁹ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นอกจากนี้ ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง กระบวนการรับเรื่องร้องเรียนและพิจารณาเรื่องร้องเรียนของผู้ใช้บริการ³⁰ ยังได้มีการกล่าวถึงประเด็นนี้โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่พิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อยืนยันความถูกต้องของการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการ ตามข้อ 13³¹ และมีหน้าที่จัดตั้งหน่วยงานรับเรื่องร้องเรียนแยกจากหน่วยงานตอบข้อซักถามทั่วไป โดยไม่คิดค่าบริการ และให้มีบริการรับแจ้งเรื่องร้องเรียนทางโทรศัพท์โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย ตามข้อ 15 วรรค 1³² ทั้งต้องจัดพิมพ์ข้อมูลของตนตามที่กำหนดในข้อ 17³³ ที่เข้าใจได้ง่ายและให้ผู้ให้บริการและประชาชนเข้าถึงได้โดยง่าย

²⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 57 วรรค 2 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใด ส่งมอบหลักฐานการรับเงิน โดยลงจำนวนเงินมากกว่าที่ผู้บริโภคจะต้องชำระ และได้รับเงินจำนวนนั้นไปจากผู้บริโภคแล้วต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทถึงหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการประกอบธุรกิจเช่นนั้นแล้ว”

³⁰ โปรดดู ภาคผนวก สฐ.

³¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง กระบวนการรับเรื่องร้องเรียนและพิจารณาเรื่องร้องเรียนของผู้ใช้บริการ ข้อ 13 บัญญัติว่า “กรณีเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการไม่ถูกต้อง หรือสูงกว่าอัตราขั้นสูงที่คณะกรรมการกำหนด หรือสูงกว่าที่เรียกเก็บจากผู้ให้บริการรายอื่นที่ใช้บริการโทรคมนาคมในลักษณะหรือประเภทเดียวกันของผู้รับใบอนุญาตรายนั้น ให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่พิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อยืนยันความถูกต้องของการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการ

³² ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง กระบวนการรับเรื่องร้องเรียนและพิจารณาเรื่องร้องเรียนของผู้ใช้บริการ ข้อ 15 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่

นอกจากนี้ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ สนส. 1/2550³⁴ ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจออกบัตรเงินอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีนโยบายในการรักษาความปลอดภัย และติดตามความผิดปกติของระบบการให้บริการ และการแก้ไขปัญหา และรายงานให้ธนาคารแห่งประเทศไทยทราบในกรณีที่ระบบให้บริการเสียหาย หรือหยุดชะงักเกินกว่า 24 ชั่วโมง และต้องจัดให้มีการตรวจสอบในด้านเทคโนโลยีสารสนเทศอย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง

ในต่างประเทศ คณะกรรมาธิการยุโรป (European commission) ได้มีการพิจารณาว่า เฉพาะผู้ให้บริการชำระเงินทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ถ่ายโอนมูลค่าเงิน (monetary value) โดยตรงจากอุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่ (handset) ไปยังร้านค้าเท่านั้น ที่จะจำกัดความเป็นเงินอิเล็กทรอนิกส์ (e-money) และตกอยู่ภายใต้ e-Money Directive ดังนั้น เฉพาะการชำระเงินล่วงหน้า (pre-payment) ที่อยู่ภายใต้ Directive on e-Money (Directive 2000/46/EC) ส่วนการชำระเงินแบบเรียกเก็บภายหลัง (post-payment) จะเป็นไปตามกรอบกฎหมายใหม่ (proposed new framework) ซึ่งในสหภาพยุโรป (Directive 2000/46/EC) Article 7 กำหนดให้ผู้จ่ายเงิน

จัดตั้งหน่วยงานเฉพาะขึ้นแยกออกจากหน่วยงานตอบคำถามหรือข้อสงสัยทั่วไป เพื่อทำหน้าที่ดูแลการรับเรื่องร้องเรียนและการแก้ไขปัญหาเรื่องร้องเรียนโดยไม่คิดค่าธรรมเนียมและค่าบริการ และจัดให้มีบริการรับแจ้งเรื่องร้องเรียนทางโทรศัพท์โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย...”

³³ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง กระบวนการรับเรื่องร้องเรียนและพิจารณาเรื่องร้องเรียนของผู้ใช้บริการ ข้อ 17 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดพิมพ์ข้อมูลของตนดังต่อไปนี้ ในรูปแบบที่สามารถอ่านและเข้าใจได้ง่าย และให้เผยแพร่เป็นการทั่วไป ณ สำนักงานของผู้รับใบอนุญาต ร้านค้าตัวแทนจำหน่าย เว็บไซต์ของผู้รับใบอนุญาต และทางอื่นใดที่ผู้ให้บริการและประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย

(1) นโยบายในการแก้ไขปัญหาเรื่องร้องเรียน
 (2) หลักเกณฑ์การรับเรื่องร้องเรียนและการแก้ไขปัญหาเรื่องร้องเรียน
 (3) สิทธิของผู้ใช้บริการและประชาชนในการร้องเรียนปัญหาเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคม

(4) วิธีการร้องเรียน สถานที่รับเรื่องร้องเรียน เวลาทำการในการรับเรื่องร้องเรียนและระยะเวลาในการแก้ไขปัญหาเรื่องร้องเรียน

(5) คณะกรรมการและหน่วยงานอื่นซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวข้องซึ่งรวมถึงสถานที่ติดต่อ หมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่และเว็บไซต์...”

³⁴ โปรดดู รายละเอียดในบทที่ 2, น.66-76.

อิเล็กทรอนิกส์ต้องมีระบบจัดการที่มั่นคง และรอบคอบ และมีกระบวนการในการบริหาร การทำบัญชี รวมถึงจะต้องมีกลไกในการควบคุมภายในอย่างเพียงพอ โดยระบบในการบริหารจัดการควรที่จะตอบสนองต่อความเสี่ยงทางการเงิน และความเสี่ยงอย่างอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อสถาบันผู้ออกเงินอิเล็กทรอนิกส์ ส่วนการควบคุมภายในสถาบันผู้ออกเงินอิเล็กทรอนิกส์ และการบริหารจัดการที่ตอบสนองต่อความเสี่ยงทางด้านเทคนิค และความเสี่ยงที่เกิดจากพนักงาน ตัวแทน หรือบุคคลอื่นที่มีส่วนร่วม หรือมีหน้าที่เกี่ยวเนื่องกับการออกเงินอิเล็กทรอนิกส์ ในประเทศอังกฤษ The Financial Services and Market Act 2000: FSMA ได้กำหนดให้ผู้ออกเงินอิเล็กทรอนิกส์จะต้องดูแลระบบ และการควบคุมภายในองค์กรให้มีความเหมาะสมกับธุรกิจของตน และต้องกำหนดหน้าที่ของตัวแทน หรือบุคคลภายนอกที่เป็นคู่สัญญาในการดำเนินการออกเงินอิเล็กทรอนิกส์กับผู้ออกเงินอิเล็กทรอนิกส์ และผู้ออกเงินอิเล็กทรอนิกส์ต้องรับรองว่าธุรกรรมเงินอิเล็กทรอนิกส์จะไม่ล้มเหลว หรือติดขัด และจะต้องให้การรับรองว่ามีมาตรการในการดูแลรักษาฐานข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมเงินอิเล็กทรอนิกส์ และเก็บบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมเงินอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ ต้องคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ โดยบุคคลที่จะเข้ามาบริหารจัดการ หรือปฏิบัติงานในสถาบันผู้ออกเงินอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีความซื่อสัตย์ มีชื่อเสียง และมีฐานะการเงินมั่นคง หากฝ่าฝืนกฎหมายนี้ FSA มีอำนาจเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเงินอิเล็กทรอนิกส์ หรือใช้มาตรการลงโทษได้

ดังนั้น ควรมีการกำหนดกรอบในการควบคุมดูแลเพื่อไม่ให้เกิดความผิดพลาดทางเทคนิค และที่เกิดจากพนักงาน หรือตัวแทนผู้รับอนุญาต โดยควรออกกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารงาน พนักงาน รวมถึงตัวแทนของสถาบันผู้ออกบัตรเครดิตเงินอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะเป็นมาตรการในการกลั่นกรองตัวบุคคลในเบื้องต้น เพื่อเป็นการป้องกันความผิดพลาดที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ทั้งความผิดพลาดที่เกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่อ และความผิดพลาดที่เกิดขึ้นโดยความจงใจของพนักงาน หรือตัวแทนของผู้ให้บริการ และควรที่จะมีบทบัญญัติเพื่อกำหนดโทษสำหรับผู้ประกอบการให้บริการบัตรเครดิตเงินอิเล็กทรอนิกส์ที่ก่อให้เกิดความผิดพลาด และความเสียหายขึ้น โดยการจัดตั้งหน่วยงานที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยในระบบการชำระเงินขึ้นมา เพื่อกำหนดนโยบายในการควบคุม และตรวจสอบผู้ประกอบการธุรกิจออกบัตรเครดิตเงินอิเล็กทรอนิกส์ และลงโทษผู้ประกอบการที่กระทำการฝ่าฝืน นอกจากนั้น ในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมดูแลผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการการชำระเงิน โดยเฉพาะผู้ออกเงินอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีความจำเป็นจะต้องมีตัวแทน รวมถึงบุคคลผู้มีส่วนร่วม (บุคคลภายนอก) ในการดำเนินธุรกิจเป็นจำนวนมาก ควรที่จะกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้

หลักเกณฑ์ให้ครอบคลุมไปถึงตัวแทน และบุคคลที่มีส่วนร่วมในธุรกรรมการเงินอิเล็กทรอนิกส์ด้วย เพื่อให้กฎหมายที่ออกมามีประสิทธิภาพสามารถใช้บังคับได้กับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องทั้งหมด โดยให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถเข้าตรวจสอบตัวแทน รวมถึงบุคคลผู้มีส่วนร่วมในการออกเงินอิเล็กทรอนิกส์ได้โดยตรง เพื่อพิจารณาว่าตัวแทน หรือผู้มีส่วนร่วมนั้นมีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการประกอบธุรกิจ หรือมีส่วนร่วมในการประกอบธุรกิจต่อไปหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติที่ไม่เหมาะสม ควรให้อำนาจกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการเพิกถอนรายชื่อตัวแทน หรือบุคคลผู้มีส่วนร่วมในการออกเงินอิเล็กทรอนิกส์รายนั้น³⁵

อีกทั้ง ผู้เขียนเห็นควรกำหนดให้ ขั้นตอนให้ผู้ให้บริการได้มีการส่งข้อความสั้น (SMS) มายังผู้ใช้บริการ ให้ผู้ใช้บริการทำการยืนยันข้อมูล หรือตกลงให้หักเงินตามจำนวนดังที่ระบุไว้ในข้อความสั้น (SMS) ว่าถูกต้องตรงกันกับที่ผู้ใช้บริการได้ทำคำเสนอไปยังผู้ให้บริการตามที่มีค่าโฆษณา หรือค่าเช่าเซิร์ฟเวอร์ก่อนที่จะมีการหักเงิน ต้องให้มีการยืนยัน 2 ครั้ง เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้ทำการตัดสินใจและตรวจสอบความถูกต้อง รวมทั้งผู้ให้บริการต้องจัดให้มีปุ่มโต้แย้งในขั้นตอนดังกล่าวด้วย เพื่อให้ผู้ใช้บริการปฏิเสธได้ หากข้อความนั้นผิดพลาดหรือไม่ตรงกับความต้องการของผู้ใช้บริการ โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

มาตรา 25/1 ววรรค 2 และ 3 “ผู้ส่งข้อมูลต้องจัดให้มีระบบโต้แย้งผ่านทางหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ ให้ผู้รับข้อมูลสามารถปฏิเสธได้ทันที หากปรากฏแก่ผู้รับข้อมูลว่า ข้อมูลไม่ถูกต้อง ไม่ต้องตามความประสงค์ หรือผิดพลาด

หากผู้ส่งข้อมูลฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่งและสอง ถือว่าสัญญายังไม่เกิด”

5. ผู้เยาว์

เนื่องจากแนวโน้มของผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ขยายฐานลงมาถึงกลุ่มคนที่อายุน้อยลงเรื่อยๆ ผู้ประกอบการธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่จึงมุ่งเน้นที่จะกระตุ้นความต้องการซื้อของ

³⁵ พัทธวีร์ สือศิริธำรง, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจออกบัตรเงินอิเล็กทรอนิกส์ที่มีโซนาคาร์พาคิซซ์”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 213-219.

กลุ่มเป้าหมายที่เป็นผู้เยาว์³⁶ หรือเด็ก³⁷ ซึ่งเป็นบุคคลที่ถูกโน้มน้าวได้ง่าย มีวุฒิภาวะ และความสามารถในการตัดสินใจเรื่องต่างๆ ต่ำกว่าผู้ใหญ่มากขึ้น โดยใช้รูปแบบ วิธีการทางด้านการตลาดที่หลากหลาย และออกกลยุทธ์ทางการตลาด เช่น การโฆษณาที่ใช้ข้อความที่กำกวม เข้าใจยาก การเปิดเผยข้อมูลที่ไม่เพียงพอ และโปรโมชั่นซึ่งเป็นสินค้าที่มีราคาสูง และฟุ่มเฟือย อันเป็นกรณีที่เป็นการปฏิบัติทางการตลาดที่รุนแรงต่อกลุ่มเป้าหมายที่เป็นผู้เยาว์ การหลอกลวง สินค้าหรือบริการให้แก่ผู้เยาว์ และยังเป็นกรณีเปิดช่องทางให้ผู้เยาว์ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในทางที่ไม่ถูกต้อง เช่น การเข้าใช้บริการที่ไม่เหมาะสมสำหรับผู้เยาว์ รวมทั้งการสั่งซื้อสินค้าที่อันตราย หลอกลวง ห้ามขาย และต้องห้ามสำหรับผู้เยาว์ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ การใช้บริการที่มีลักษณะเป็นการพนันผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ การใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ทำธุรกรรมทางการเงินมูลค่าสูงเกินสมควรแก่ฐานานุรูปของผู้เยาว์

ซึ่งจากปัญหาต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น อย่างในกรณีที่มีการปฏิบัติทางการตลาดที่รุนแรงต่อกลุ่มเป้าหมายที่เป็นผู้เยาว์ โดยมีได้มีการควบคุม ป้องกัน และจำกัดอายุของผู้ที่เข้าใช้บริการบางประเภท ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ธรรม และส่งผลเสียต่อผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีวุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจ และในการวิเคราะห์สถานการณ์ต่างๆ ได้ไม่ดีเท่าบุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่ที่มีวุฒิภาวะเพียงพอ โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่จะตามมาจากการให้บริการที่ไม่เหมาะสมต่างๆ เช่น บริการที่เป็นสื่อลามกอนาจาร ใช้ถ้อยคำหยาบคาย มีความรุนแรง บริการที่มีลักษณะ

³⁶ “ผู้เยาว์” หมายถึง บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ โดยบุคคลจะบรรลุนิติภาวะต่อเมื่อมีอายุ 20 ปี บริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 เรียกว่า การบรรลุนิติภาวะโดยอายุ หรือบุคคลที่มีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ ทำการสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 ซึ่งเรียกว่า การบรรลุนิติภาวะโดยการสมรส

³⁷ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามคำว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส อันจะเห็นได้ว่า เด็กตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ก็อยู่ในขอบเขตของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มุ่งช่วยเหลือเด็กทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นเด็กปกติทั่วไป เด็กที่ต้องการได้รับการดูแลเป็นพิเศษ เด็กที่ถูกทารุณกรรม หรือเด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด โดยอาศัยความร่วมมือและความรับผิดชอบของครอบครัวเป็นหลักเบื้องต้น หากครอบครัวไม่สามารถรับผิดชอบได้ ก็จะทำให้การช่วยเหลือเด็กด้วยทางเลือกอื่น คือ จะมีระบบการสงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติของเด็ก ซึ่งทั้ง 3 ระบบจะเกี่ยวโยงกัน ไม่แบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด

เป็นการพนันผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งเป็นบริการที่มีลักษณะ เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมสำหรับผู้เยาว์ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะการให้บริการผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่บางประเภทนั้น ควรที่จะมีการกำกับดูแล โดยจำกัดอายุของผู้ใช้บริการอย่างในการจำกัดอายุของผู้เข้าชมตามประเภท หรือระดับของภาพยนตร์ (Movie rate) และการจำกัดอายุผู้เข้าใช้บริการร้านอินเทอร์เน็ต (Internet Café) หรือร้านเกมตามช่วงเวลาที่กฎหมายกำหนด ตามกฎกระทรวงออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2551 โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 26³⁸ แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์³⁹ พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 33 มาตรา 41 มาตรา 43 และมาตรา 45 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งได้มีการจัดลำดับความเหมาะสมของภาพยนตร์ โดยแบ่งระดับ (Rate) ไว้ทั้งหมด 7 ระดับ ดังต่อไปนี้

³⁸ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 บัญญัติว่า “ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ตามมาตรา 25 ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ กำหนดด้วยว่าภาพยนตร์ดังกล่าวจัดอยู่ในภาพยนตร์ประเภทใด ดังต่อไปนี้

- (1) ภาพยนตร์ที่ส่งเสริมการเรียนรู้และควรส่งเสริมให้มีการดู
- (2) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้ดูทั่วไป
- (3) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้ที่มีอายุตั้งแต่สิบสามปีขึ้นไป
- (4) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้ที่มีอายุตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป
- (5) ภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้ที่มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไป
- (6) ภาพยนตร์ที่ห้ามผู้ที่มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู
- (7) ภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร

ความใน (6) มิให้ใช้บังคับแก่ผู้ดูซึ่งบรรลุนิติภาวะโดยการสมรส

หลักเกณฑ์ในการกำหนดว่า ภาพยนตร์ลักษณะใดควรจัดอยู่ในภาพยนตร์ประเภทใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”.

³⁹ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า “วีดิทัศน์ หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องในลักษณะที่เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะที่มีภาพประกอบ หรือลักษณะอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ข้อ 1 ภาพยนตร์ประเภทที่ส่งเสริมการเรียนรู้ และควรส่งเสริมให้มีการดู ต้องเป็น ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมการศึกษา จริยธรรม ศิลปวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี และ ศีลธรรมอันดีของชาติ

(2) ส่งเสริมให้เกิดความรู้ ความเข้าใจในการพัฒนาสังคม ครอบครัวยุคใหม่ คุณภาพ ชีวิต การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม

(3) ส่งเสริมความรู้ ความเข้าใจ ความรับผิดชอบและจิตสำนึกในเรื่องของการ ปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขหรือประวัติศาสตร์ของชาติ ไทย

ข้อ 2 ภาพยนตร์ประเภทที่เหมาะสมกับผู้ดูทั่วไปจะต้องไม่มีลักษณะของเนื้อหาเป็น การต้องห้ามตามข้อ 3 ข้อ 4 ข้อ 5 และข้อ 6

ข้อ 3 ภาพยนตร์ประเภทที่เหมาะสมกับผู้มีอายุตั้งแต่ 13 ปีขึ้นไปมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงความรุนแรงทารุณโหดร้ายขาดมนุษยธรรม และน่ากลัวที่สื่อไปในทางสยองขวัญ

(2) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมทางเพศที่สื่อในทางลามกอนาจาร

(3) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงการสาธิตวิธีการก่ออาชญากรรมหรือใช้อาวุธที่ ไม่เหมาะสมอันเป็นเหตุชักจูงหรือส่งเสริมให้เกิดอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อสังคม

(4) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงวิธีการใช้สิ่งเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วย ยาเสพติดให้โทษ

(5) ไม่มีเนื้อหาที่เกี่ยวกับลัทธิหรือคำสั่งสอนที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งอาจ ชักจูงให้เด็กและเยาวชนหลงเชื่อ

(6) ไม่มีการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสมในลักษณะของคำหยาบคายหรือลามก

ข้อ 4 ภาพยนตร์ประเภทที่เหมาะสมกับผู้มีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไปมี ลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงความทารุณโหดร้ายขาดมนุษยธรรม หรือ สยองขวัญ

(2) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมทางเพศที่สื่อในทางลามกอนาจาร

(3) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงการสาธิตวิธีการก่ออาชญากรรมหรือใช้อาวุธที่ไม่เหมาะสม อันเป็นเหตุชักจูงหรือส่งเสริมให้เกิดอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อสังคม

(4) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงวิธีการใช้สิ่งเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ

(5) อาจมีภาพเสียง เนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมหรือภาษาที่ไม่เหมาะสม และต้องพิจารณาอนุญาตในการดู

(6) ไม่มีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับลัทธิหรือคำสั่งสอนที่ไม่เหมาะสม ซึ่งอาจชักจูงให้เด็กและเยาวชนหลงเชื่อ

ข้อ 5 ภาพยนตร์ประเภทที่เหมาะสมกับผู้ที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงการมีเพศสัมพันธ์ที่เปิดเผยอวัยวะเพศ

(2) ไม่มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงการสาธิตวิธีการก่ออาชญากรรม อันเป็นเหตุชักจูงหรือส่งเสริมให้เกิดอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรง

(3) ไม่มีเนื้อหาแสดงให้เห็นถึงวิธีการใช้สิ่งเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษอันเป็นเหตุจูงใจให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบ

ข้อ 6 ภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 20 ปีดูมีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(1) มีเนื้อหาแสดงให้เห็นถึงการมีเพศสัมพันธ์แต่ต้องไม่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศหรือการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองหรือผู้อื่น

(2) มีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงการสาธิตวิธีการก่ออาชญากรรมอันเป็นเหตุ จูงใจหรือส่งเสริมให้เกิดอาชญากรรม

(3) มีภาพแสดงให้เห็นถึงวิธีการใช้สิ่งเสพติด ภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามผู้ที่มีอายุต่ำกว่าสิบปีดูต้องไม่มีมีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 7

ข้อ 7 ภาพยนตร์ประเภทที่ ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร มีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) มีเนื้อหาโดยรวมที่แสดงถึงการมีเพศสัมพันธ์และเห็นถึงอวัยวะเพศในลักษณะลามกอนาจาร

(2) มีเนื้อหาที่อาจกระทบกระเทือนหรือดูหมิ่นต่อสถาบันพระมหากษัตริย์หรือจูงใจก่อให้เกิดการดูหมิ่นเหยียดหยามประเทศชาติ หรือเป็นการบ่อนทำลายหรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประเทศ

(3) มีเนื้อหาที่เป็นการลบหลู่เหยียดหยาม หรือนำความเสื่อมเสียมาสู่ศาสนา หรือไม่เคารพต่อปูชนียบุคคล ปูชนียสถาน หรือปูชนียวัตถุ

(4) มีเนื้อหาที่ก่อให้เกิดการแตกความสามัคคี ระหว่างคนในชาติ หรือ กระทบกระเทือนต่อสัมพันธไมตรีระหว่างประเทศ

(5) มีเนื้อหาที่ขัดต่อศีลธรรม วัฒนธรรม และขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงาม ของชาติ

โดยแต่ละประเภทนั้น บุคคลที่มีอายุตามเกณฑ์ต่างๆสามารถรับชมได้ตามช่วงอายุ ของตนเอง หรือต่ำกว่าช่วงอายุของตนเอง ทั้งนี้ ในประเภทที่ 6 ภาพยนตร์สำหรับคนอายุ 20 ปีขึ้นไป จะมีการตรวจหมายเลขบัตรประชาชน และยังรวมประเภทการจัดกลุ่มนี้ในร้านซื้อ ขาย เช่า แผ่นภาพยนตร์ และเกมด้วย ซึ่งหากฝ่าฝืนย่อมมีโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 77⁴⁰ และมาตรา 78⁴¹ นอกจากนั้น ยังได้มีการกำหนดเพื่อประโยชน์ในการ คัดกรองเด็ก และเยาวชนในส่วนของเกมไว้ โดยกำหนดให้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอาคาร หรือสถานที่ตั้งของร้านวีดิทัศน์ และกำหนดเวลาในการเข้าใช้บริการของผู้ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสด้วยก็ได้ ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 53⁴² และมาตรา 59⁴³ และหากมีการฝ่าฝืนย่อมได้รับโทษตามมาตรา 77

⁴⁰ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 77 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 23 วรรคหนึ่ง หรือนำภาพยนตร์ตามมาตรา 26 (7) ออกเผยแพร่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴¹ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 78 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 25 วรรคหนึ่ง มาตรา 28 วรรคสอง มาตรา 34 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

⁴² พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 53 บัญญัติว่า “...เพื่อประโยชน์ในการคัดกรองเด็กและเยาวชน การออกกฎกระทรวงตามวรรคสามจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอาคารหรือสถานที่ตั้งของร้านวีดิทัศน์ด้วยก็ได้”

⁴³ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 59 บัญญัติว่า “การประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์ จะต้องกระทำ ในวัน เวลา และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

เพื่อประโยชน์ ในการคัดกรองเด็ก และเยาวชน การออกกฎกระทรวงตามวรรคหนึ่ง จะกำหนดเวลาในการเข้าใช้บริการของผู้ซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสด้วยก็ได้”

และมาตรา 82⁴⁴ แต่ทั้งนี้ ในการนำหลักการกำกับดูแลของการเข้าชมภาพยนตร์ หรือเข้าใช้บริการร้านอินเทอร์เน็ต (Internet Café) หรือร้านเกมมาปรับใช้กับบริการผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ก็เกิดปัญหาในเรื่องการบังคับใช้ อันเกิดจากลักษณะของการใช้บริการผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่เอง ที่ยากจะเข้าไปควบคุมดูแลได้อย่างการใช้บริการในรูปแบบปกติทั่วไป เช่น การที่กำหนดให้มีการตรวจบัตรประชาชนของผู้เข้าชมภาพยนตร์ หรือผู้เข้าใช้บริการร้านอินเทอร์เน็ต (Internet Café) หรือร้านเกม หรือการกำหนดสถานที่ตั้งของผู้ให้บริการวีดิทัศน์ เนื่องจากโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นอุปกรณ์ที่อยู่กับตัวผู้เยาว์ตลอดเวลา และในการใช้บริการผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการไม่จำเป็นต้องเห็นหน้ากัน ที่สำคัญผู้เยาว์อาจนำโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่บรรลุนิติภาวะแล้วไปใช้เพื่อเข้ารับบริการได้ จึงเป็นการยากที่จะตรวจสอบได้ เป็นต้น อันทำให้เกิดปัญหาในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายได้

นอกจากนี้ การให้บริการบางอย่างก็ถือเป็นความผิดตามกฎหมายอย่าง บริการที่มีลักษณะ เนื้อหาที่ส่งไปในทางลามกอนาจาร ผู้ประกอบการที่ให้บริการดังกล่าวแก่ผู้เยาว์ก็ย่อมมีความผิด และได้รับโทษตามกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 กรณีที่มีการเผยแพร่สิ่งลามก แต่ก็เกิดปัญหาในเรื่องคำนิยามในการพิจารณาว่าสิ่งใดถือว่าเป็นสื่อลามกอนาจาร อันจะเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ซึ่งการให้นิยามคำว่าสื่อลามกนั้นสามารถแยกพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ⁴⁵ กล่าวคือ

ลักษณะที่ 1 หากพิจารณาตามถ้อยคำตัวอักษร ตามนัยของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 สื่อลามก จะหมายถึง สื่อที่หยาบช้า เลวทราม สกปรก อันเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม

ลักษณะที่ 2 พิจารณาตามตัวบทกฎหมาย และแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492 ซึ่งคำว่า “ลามก” นี้ เป็นคำที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พุทธศักราช 2471

⁴⁴ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 82 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 53 วรรคหนึ่ง มาตรา 54 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

⁴⁵ อธิพิพล ปรีดิประสงค์, สถาบันแห่งชาติเพื่อการพัฒนาเด็ก และครอบครัว มหาวิทยาลัยมหิดล, ดูเพิ่มเติมที่ <<http://gotoknow.org/blog/archangoh/101055>>.

โดยสรุปแล้ว คำว่า “สื่อลามก” หมายถึงสื่อที่ทำให้ผู้พบเห็นมีความรู้สึกซึ่งน่าอึดอัด บัณฑิต น่าอัปอาย ซึ่งส่วนใหญ่จะแสดงออกในรูปของภาพเปลือยมนุษย์ ภาพอวัยวะเพศทั้งหญิง และชาย หรือภาพการร่วมเพศของมนุษย์ โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้พบเห็นเกิดความใคร่ทาง กามารมณ์ ไม่ว่าจะแสดงออกในรูปของภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณาเครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม แต่อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นภาพลามกอนาจารอันเป็นการผิดกฎหมายนั้น จะดูรูปภาพอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องดูลักษณะของสื่อ และเจตนาของผู้เผยแพร่สื่อ นั้นประกอบด้วย เช่น หนังสือวิชาการแพทย์ ซึ่งแสดงถึงภาพของตับ หรือส่วนต่างๆของร่างกาย เป็นต้น ภาพชนิดนี้จำเป็นแก่ตำรา ผู้ได้พบเห็น ย่อมไม่นึก หรือเห็นเป็นภาพอันอูจาดนีกอดดู แต่ถ้าภาพเดียวกันนั้นนำมาพิมพ์ในหนังสือเรื่งรมย์ เรื่งการามารมณ์ ย่อมถือว่าเป็นภาพลามกอนาจารได้ ที่ว่าต้องดูเจตนาของผู้เผยแพร่สื่อ ประกอบด้วยนั้น อันที่จริงก็อยู่ในลักษณะของสื่อ นั้นเอง เช่น พิมพ์หนังสือว่าด้วยวิชาการแพทย์ แต่ แสดงภาพลามกไว้มากมายอาจเป็นข้อส่อเจตนาว่า เอาวิชาแพทย์มาบังหน้าการเผยแพร่ภาพ ลามก วิญญูชนผู้พบเห็นย่อมเห็นเป็นเรื่องเผยแพร่ภาพลามกอนาจารอันน่าอดสู ซึ่งเกิดเป็น ความผิด⁴⁶

โดยผลของถ้อยคำที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาในหลายฉบับ ทำให้หลายคน นำเอาถ้อยคำในคำตัดสินนั้นมามีมติถือเป็นนิยามของสื่อลามก ทั้งที่ ความเป็นจริงแล้ว คดีที่ขึ้นสู่ ศาล คือการนำเอาข้อเท็จจริงในแต่ละรายนั้นมาพิจารณาในชั้นศาล ซึ่งมีปัจจัยหรือเงื่อนไขที่ แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับ เวลา ยุคสมัย สถานที่ ดังนั้น การนำคำพิพากษามาใช้เป็นบรรทัดฐาน เป็น เรื่องที่สามารถทำได้ แต่ทั้งนี้ ต้องไม่ละทิ้งเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบด้วย

กฎหมายอาญามาตรา 287 ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยมีเจตนารมณ์ทั้งในเรื่องของความดีงามของสังคม รวมทั้งผลกระทบที่เกิดขึ้นตามมาของสื่อ ลามกที่ในทางกฎหมาย ก็คือ การยั่วยู่ทางกามารมณ์ ซึ่งหมายถึง สื่อที่มีผลเป็นการเหนี่ยวนำให้ ผู้ใช้บริการไปแสดงออกเรื่องเพศ หรือไปกระทำกิจกรรมทางเพศต่อบุคคลอื่นอันนำมาซึ่งปัญหา สังคมอีกหลายประการ ทั้งปัญหาการข่มขืน การท้องก่อนวัยอันควร เป็นต้น รวมไปถึง ปัญหาทาง จิตวิทยา พฤติกรรม และวัฒนธรรม เช่น ภาพนักศึกษาในชุดรัตรูปที่ถ่ายให้เห็นช่องหน้าอกที่มอง

⁴⁶ นายสอาด นาวิเจริญ บรรณารักษ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492, คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2492 ตอนที่ 3 จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา, น. 674-678.

รอดไปจากกระดุมเสื้อ ดังนั้น การพิจารณาถึงความลามกนั้น จึงต้องมองบริบททางสังคม การแพทย์ จิตวิทยา วัฒนธรรมประกอบด้วย

ส่วนผู้ทำ ผลิต ทำสำเนาวัตถุวิญญูพิศกรรมอันตราย⁴⁷ มีความผิดตามมาตรา 5⁴⁸ แห่งร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุวิญญูพิศกรรมอันตราย พ.ศ.⁴⁹ และผู้มีไว้ใน

⁴⁷ ร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุวิญญูพิศกรรมอันตราย พ.ศ. มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“วัตถุวิญญูพิศกรรมอันตราย” หมายความว่า เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ เสียง วัสดุบันทึกเสียง วัสดุบันทึกภาพ วัสดุบันทึกข้อมูล เสียงหรือถ้อยคำทางโทรศัพท์ ข้อมูล ข้อความ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะอยู่ในสื่อชนิดใด ที่กระตุ้น ส่งเสริม หรือวิญญูการกระทำดังต่อไปนี้

- (1) ให้มีการกระทำวิปริตทางเพศ
- (2) ให้มีการกระทำทางเพศกับเด็ก
- (3) ให้มีการฆ่าตัวตาย
- (4) ให้ใช้ยาเสพติด หรือ
- (5) การกระทำอื่นใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามที่กำหนดในกฎกระทรวง...”

⁴⁸ ร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุวิญญูพิศกรรมอันตราย พ.ศ. มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำ ผลิต ทำสำเนา หรือก่อให้มีการทำ การผลิตหรือการทำสำเนาซึ่งวัตถุวิญญูพิศกรรมอันตราย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี หรือหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยมีภาพหรือเสียงของเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี หรือมีลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี หรือมีข้อความที่เกี่ยวข้องถึงการมีเพศสัมพันธ์ในลักษณะใดๆกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี บันทึกหรือปรากฏอยู่ในวัตถุวิญญูพิศกรรมอันตราย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสองแสนบาท

ผู้ใดมีไว้ครอบครอง ส่งผ่านหรือยังให้ส่งผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อสารสนเทศอย่างอื่นซึ่งวัตถุวิญญูพิศกรรมอันตรายตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ผู้นั้นต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด เว้นแต่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการศึกษา การทดลองทางวิทยาศาสตร์หรือการแพทย์ หรือการกระทำที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการ”

⁴⁹ โปรดดู ภาคผนวก ฝ.

ครอบครอง ส่งผ่านหรือยังให้ส่งผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย มีความผิดตามมาตรา 6⁵⁰ แห่งร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. ที่กำหนดให้ผู้ครอบครองวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตรายมีความผิดทางกฎหมาย ไม่เป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ที่ไม่ถือว่าผู้ครอบครองสื่อลามกทั่วไปมีความผิดทางอาญา นอกจากนี้ ยังกำหนดโทษสถานหนักกับผู้ผลิต และผู้จำหน่าย แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนเกินสมควร

นอกจากนี้ การให้บริการที่ไม่เหมาะสมให้แก่ผู้เยาว์ของผู้ประกอบธุรกิจยังเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 26⁵¹ (3) (5) (7) (8) และ (9) ด้วย

⁵⁰ ร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. มาตรา 6 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำตามมาตรา 5 เป็นการกระทำเพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า จำหน่าย มีไว้เพื่อจำหน่าย นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป จำเลย แจก หรือทำให้แพร่หลาย เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือแสดงออกแก่ประชาชนไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ซึ่งวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้กึ่งหนึ่ง...”

⁵¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 26 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

(3) บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือนำจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด

(5) บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม ยินยอม หรือกระทำด้วยประการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก

(7) บังคับ ชูเชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กเล่นกีฬาหรือให้กระทำการใด เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก

(8) ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า

(9) บังคับ ชูเชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจารไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด”

และการโฆษณาเกี่ยวกับบริการที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวย่อมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 วรรค 2 (3)⁵² คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งตามมาตรา 27⁵³ ต่อการโฆษณาที่ฝ่าฝืนมาตรา 22 และหากฝ่าฝืนมีโทษตามมาตรา 48⁵⁴ และมาตรา 49⁵⁵ แต่บทลงโทษผู้ประกอบการสื่อลามกของกฎหมายดังกล่าวที่มีอยู่ ก็ดูเหมือนไม่สามารถจัดการกับธุรกิจสื่อลามกซึ่งมีเม็ดเงินหมุนเวียนมหาศาลได้ ทำให้ปัญหาทางเพศของ

⁵² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 วรรค 2 (3) บัญญัติว่า “การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม...”

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม...

(3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำความผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ...”

⁵³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืนมาตรา 22... ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

(1) ให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา

(2) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา

(3) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา

(4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด

ในการออกคำสั่งตาม (4) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา”

⁵⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 48 บัญญัติว่า “ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความตามมาตรา 22 (3)... ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 49 บัญญัติว่า “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งสั่งตามมาตรา 27... ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ผู้เยาว์ยิ่งทวีความซับซ้อนขึ้นเรื่อยๆ เช่น การมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร การตั้งครรภ์ในวัยเรียน ค่านิยมของเด็กวัยรุ่นในเรื่องกิ๊ก หรือแข่งขันสะสมคู่นอน ตามด้วยปัญหาโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ และสถิติผู้ป่วยโรคเอดส์ในกลุ่มเด็กวัยรุ่นเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นปัญหาที่มีผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อสื่อลามกมีการพัฒนา และขยายตัวอย่างรวดเร็วไปในรูปแบบต่างๆ กฎหมายจึงต้องดำเนินการในเรื่องนี้อย่างเร่งด่วนด้วยเช่นกัน อีกทั้ง สถาบันครอบครัวยังเป็นสถาบันขั้นพื้นฐานในการอบรมเลี้ยงดู และสอนในวิชาเพศศึกษาอย่างถูกต้อง ไม่ควรปกปิด หรือสร้างความกดดัน จนบุตรไปเรียนรู้ด้วยตัวเองในทางที่ผิด ควรให้เหตุผล ให้คำปรึกษา ให้คำชี้แนะกับเยาวชนอย่างถูกต้อง เพื่อสร้างความเข้าใจว่าเหตุใดจึงไม่ควรเข้าชมสื่อลามกต่างๆ หากยังไม่ถึงเวลา นอกจากนี้ ควรให้กระทรวงศึกษาธิการออกกฎเป็นนโยบายห้ามเด็กมีโทรศัพท์เคลื่อนที่ โดยขั้นแรกอาจจะเริ่มในชั้นประถมศึกษาก่อน แล้วค่อยขยายไปชั้นมัธยมศึกษา ซึ่งปัจจุบันมีบางโรงเรียนห้ามนำโทรศัพท์เคลื่อนที่เข้าไปใช้ในโรงเรียนอยู่แล้วในเวลาเรียน หรือทำกิจกรรม ยกเว้นหลังเลิกเรียนแล้วมีไว้ติดต่อกับผู้ปกครองหรือพ่อแม่อย่างนี้ได้ ที่สำคัญการแก้ปัญหาจะต้องควบคุมผู้ประกอบการไม่ให้สร้างผลิตภัณฑ์ออกมาเจาะกลุ่มวัยรุ่นมากเกินไป เพราะโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นมามีเพื่อใช้งานไม่ใช่แฟชั่น ขณะเดียวกันทางภาครัฐควรมีมาตรการควบคุมการส่งข้อความ (SMS) และส่งภาพลามก เพราะเป็นการยั่วยุทางอารมณ์ทำให้สร้างปัญหาเกี่ยวกับสังคมอันเกิดจากการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่

ส่วนในกรณีที่มีการหลอกลวงขายสินค้า หรือบริการให้แก่ผู้เยาว์ ก็ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271⁵⁶ โดยการหลอกลวงให้ผู้เยาว์หลงเชื่อในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือปริมาณของสินค้าหรือบริการนั้นอันเป็นเท็จ จนซื้อสินค้าหรือบริการนั้นมา มาตรา 341⁵⁷ โดยหลอกลวงผู้เยาว์ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอก

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271 บัญญัติว่า “ผู้ใดขายของโดยหลอกลวงด้วยประการใดๆ ให้ผู้ซื้อหลงเชื่อในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือปริมาณแห่งของนั้นอันเป็นเท็จ ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ให้ผู้เยาว์ทราบ ทำให้ผู้เยาว์ตกลงซื้อสินค้าหรือบริการ อันถือเป็นการฉ้อโกง มาตรา 342⁵⁸ การฉ้อโกง โดยอาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกลอกลงซึ่งเป็นเด็ก มาตรา 343⁵⁹ การฉ้อโกงประชาชนซึ่งกระทำต่อเด็ก ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการอันเป็นความผิดดังกล่าวย่อมได้รับโทษกรณีการขายสินค้าที่ต้องห้ามให้แก่ผู้เยาว์ ซึ่งในส่วนของสินค้าที่ต้องห้ามมิให้ขายให้แก่เด็กหรือผู้เยาว์ เช่น สุรา บุหรี่ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 26 (10)⁶⁰

⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 342 บัญญัติว่า “ถ้าในการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ผู้กระทำ

(1) แสดงตนเป็นคนอื่น หรือ

(2) อาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกลอกลงซึ่งเป็นเด็ก หรืออาศัยความอ่อนแอแห่งจิตของผู้ถูกลอกลง

ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 343 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 341 ได้กระทำการด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในวรรคแรก ต้องด้วยลักษณะดังกล่าวในมาตรา 342 อนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใดด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

⁶⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 26 (10) บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้ ...

(10) จำหน่าย แลกเปลี่ยน หรือให้สุราหรือบุหรี่แก่เด็ก เว้นแต่การปฏิบัติทางการแพทย์

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งมีโทษตามกฎหมายอื่นที่หนักกว่าก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น”

เครื่องตี๋มแอลกอฮอล์⁶¹ ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 29⁶² สินค้าอันตรายอย่างของเล่นชนิดพองตัวเมื่อแช่น้ำ หรือตัวดูดน้ำ⁶³ เนื่องจากสินค้านี้ดังกล่าวถือเป็นสินค้าอันตรายโดยเฉพาะกับเด็กเล็ก ซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้อาศัยคำสั่งที่ 9/2527⁶⁴ ห้ามจำหน่ายสินค้านี้ดังกล่าว คำสั่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่ 3/2535⁶⁵ ห้ามขายสินค้านี้ที่เรียกกันว่า “ลูกโป่งวิทยาศาสตร์” หรือ “ลูกโป่งพลาสติก” หรือ “blowing balloon” เป็นการชั่วคราว คำสั่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่ 1/2546⁶⁶ ห้ามขายสินค้าเครื่องเล่นชนิดน้ำที่มีลักษณะเป็นกระบอกสูบและใช้แรงอัดกระแทกน้ำในกระบอกสูบโดยตรง เป็นการชั่วคราว คำสั่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่ 1/2549⁶⁷ ห้ามขายสินค้านี้ลวดดัดพันแพ้นั้นเป็นการชั่วคราว สินค้าที่เป็นของเล่นที่มีอันตราย ไม่ปลอดภัย เช่น มีสารตะกั่วปนเปื้อนอยู่ในสีที่ใช้ สินค้าที่มีชิ้นส่วนแม่เหล็กขนาดเล็ก ซึ่งอาจทำให้เด็กกลืนลงคอได้ และสินค้าผิดกฎหมาย เป็นต้น

⁶¹ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา มาตรา 3 บัญญัติว่า “...“เครื่องตี๋มแอลกอฮอล์” หมายความว่า สุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรา ทั้งนี้ ไม่รวมถึงยาวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยยานั้น...”

⁶² พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) บุคคลที่มีอาการมึนเมาจนครองสติไม่ได้”

⁶³ ตัวดูดน้ำมีลักษณะนิ่มคล้ายเยลลี่ รูปลักษณะและสีอันสวยงาม ขนาดเล็ก แต่เมื่อนำไปแช่น้ำจะขยายตัวได้ถึง 600 เท่า หากเด็กเข้าใจผิดกินเข้าไปจะเกิดอันตรายจากการพองตัวและอุดตันกระเพาะอาหาร ทำให้มีอาการคลื่นไส้ อาเจียน ท้องผูก และอาจติดเชื้อได้ ซึ่งการนำตัวดูดออกมาจากกระเพาะมีวิธีเดียวคือการผ่าตัดเท่านั้น

⁶⁴ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 101 ตอนที่ 136 วันที่ 27 พฤศจิกายน 2527.

⁶⁵ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 32 วันที่ 5 มีนาคม 2535, โปรดดูภาคผนวก ค.

⁶⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 120 ตอนพิเศษ 39 ง วันที่ 31 มีนาคม 2546.

⁶⁷ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับประกาศและงานทั่วไป เล่ม 123 ตอนพิเศษ 33 ง วันที่ 3 มีนาคม 2549.

หากผู้ประกอบการฝ่าฝืนขายสินค้าต้องห้ามให้แก่ผู้เยาว์ย่อมต้องได้รับโทษตามมาตรา 56⁶⁸ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่บัญญัติว่าผู้ประกอบการธุรกิจผู้ใดขายสินค้าที่คณะกรรมการสั่งห้ามขายเพราะสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคตามมาตรา 36⁶⁹ ต้องระวางโทษ แต่หากเป็นกรณีฝ่าฝืนขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่ผู้เยาว์ ตามมาตรา 29⁷⁰ ย่อมต้องได้รับโทษตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 40⁷¹ และ

⁶⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจผู้ใด ขายสินค้าที่คณะกรรมการสั่งห้ามขายเพราะสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคตามมาตรา 36 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเป็นผู้ผลิตเพื่อขายหรือเป็นผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁶⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 36 บัญญัติว่า “...ถ้าผลจากการทดสอบหรือพิสูจน์ปรากฏว่าสินค้านั้นอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค และกรณีไม่อาจป้องกันอันตรายที่จะเกิดจากสินค้านั้นได้โดยการกำหนดฉลากตามมาตรา 30 หรือตามกฎหมายอื่น ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งห้ามขายสินค้านั้น และถ้าเห็นสมควรจะสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนแปลงสินค้านั้นภายใต้เงื่อนไขตามที่คณะกรรมการกำหนดก็ได้ ในกรณีที่สินค้านั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้หรือเป็นที่สงสัยว่าผู้ประกอบการจะเก็บสินค้านั้นไว้เพื่อขายต่อไป คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจทำลายหรือจะจัดให้มีการทำลายโดยผู้ประกอบการเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้

ในกรณีจำเป็นและเร่งด่วน ถ้าคณะกรรมการมีเหตุที่น่าเชื่อว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภค ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งห้ามขายสินค้านั้นเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะได้มีการทดสอบหรือพิสูจน์สินค้าตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง

การสั่งห้ามขายสินค้าตามวรรคสองและวรรคสาม ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

⁷⁰ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) บุคคลที่มีอาการมึนเมาจนครองสติไม่ได้”

⁷¹ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 40 บัญญัติว่า “ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยฝ่าฝืนมาตรา 29 หรือมาตรา 30 (1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

กรณีการฝ่าฝืนขายผลิตภัณฑ์ยาสูบ⁷²ให้แก่ผู้เยาว์ ตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 4⁷³ ย่อมต้องได้รับโทษตามมาตรา 17⁷⁴ มาตรา 24⁷⁵ และมาตรา 25⁷⁶ อันเป็นกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ⁷⁷ นอกจากนี้ กฎหมายต่างๆข้างต้นยังได้มีการบัญญัติถึงการโฆษณาสินค้าต้องห้ามดังกล่าวไว้ด้วยว่าเป็นความผิด และมีโทษตามกฎหมายด้วย

เมื่อเด็ก หรือผู้เยาว์ได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้าต้องห้ามดังกล่าว โดยหลักแล้วผู้เสียหายสามารถเรียกร้องให้ผู้ผลิต ผู้ประกอบธุรกิจ รวมทั้งบุคคลอื่นๆที่เกี่ยวข้องที่ได้ยินยอม

⁷² ตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 3 “ผลิตภัณฑ์ยาสูบ” หมายความว่า ยาสูบตามกฎหมายว่าด้วยยาสูบและผลิตภัณฑ์อื่นใดที่มีส่วนประกอบของใบยาสูบ หรือพืชนิโคติเยนาทาแบกุ่ม (NICOTIANATABACUM) ไม่ว่าจะใช้เสพโดยวิธีสูบ ดูดดม อม เคี้ยว กิน เป่าหรือพ่นเข้าไปในปากหรือจมูก หรือโดยวิธีอื่นใดเพื่อให้ได้ผลเป็นเช่นเดียวกัน

⁷³ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดจำหน่าย ขาย แลกเปลี่ยนหรือให้ผลิตภัณฑ์ยาสูบแก่บุคคลซึ่งตนรู้หรือผู้ซื้อหรือผู้รับเป็นผู้มีอายุไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์”

⁷⁴ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 4 หรือมาตรา 5 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือ ปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁷⁵ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 24 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 13 เป็นผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁷⁶ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 มาตรา 25 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย”

⁷⁷ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 21 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว...”

หรือสนับสนุนให้มีการจำหน่ายสินค้าดังกล่าว ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 มาตรา 422 ในฐานะกระทำละเมิดได้ และหากความเสียหาย⁷⁸นั้นเกิดขึ้นจากสินค้าต้องห้ามที่เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย⁷⁹ ผู้ประกอบการ⁸⁰ย่อมต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5⁸¹ อีกฐานหนึ่งด้วย⁸² ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

⁷⁸ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 4 “ความเสียหาย” หมายความว่า ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น

⁷⁹ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 4 “สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” หมายความว่า สินค้าที่ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุจากความบกพร่องในการผลิตหรือการออกแบบ หรือไม่ได้กำหนดวิธีใช้วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้า หรือกำหนดไว้แต่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชัดเจนตามสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสภาพของสินค้า รวมทั้งลักษณะการใช้งานและการเก็บรักษาตามปกติธรรมดาของสินค้าอันพึงคาดหมายได้

⁸⁰ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 4 “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า

- (1) ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต
- (2) ผู้นำเข้า
- (3) ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้
- (4) ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้ความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า

⁸¹ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม”

⁸² ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 14 ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้เสียหายที่จะเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายอื่น”

นอกจากผู้เยาว์ซึ่งได้รับความเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดดังกล่าวแล้วยังอาจได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายด้วย ตามมาตรา 11⁸³ และแม้จะพ้นกำหนดอายุความตามพระราชบัญญัตินี้แล้วก็ตามหากพบความเสียหายขึ้นในภายหลัง ก็สามารถที่จะเรียกร้องขึ้นมาในภายหลังได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 12⁸⁴ นอกจากนี้ ยังสามารถเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายอื่นได้อีกด้วย⁸⁵

⁸³ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 บัญญัติว่า “นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกายสุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใดๆ ตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการการที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย”

⁸⁴ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 12 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามพระราชบัญญัตินี้เป็นอันขาดอายุความเมื่อพ้นสามปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดชอบ หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่มีการขายสินค้านั้น

ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายของผู้เสียหายหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้เสียหายหรือผู้

ส่วนเด็กหรือผู้เยาว์ที่ทำการซื้อสินค้าต้องห้ามดังกล่าวข้างต้น อันเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 45⁸⁶ เด็กหรือผู้เยาว์นั้นอาจถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการให้ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ และพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจวางข้อกำหนดให้ผู้ปกครองต้องปฏิบัติ เพื่อแก้ไข หรือป้องกันมิให้เด็กกระทำความผิดขึ้นอีกก็ได้ ซึ่งหากผู้ปกครองของเด็กฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 39⁸⁷ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 ต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย และรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดชอบ แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย”

⁸⁵ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 14 บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้เสียหายที่จะเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายอื่น”

⁸⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 45 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เด็กซื้อหรือเสพสุราหรือบุหรี่ หรือเข้าไปในสถานที่เฉพาะเพื่อการจำหน่ายหรือเสพสุราหรือบุหรี่ หากฝ่าฝืนให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามเด็กเพื่อทราบข้อมูลเกี่ยวกับเด็กและมีหนังสือเรียกผู้ปกครองมาร่วมประชุมเพื่อปรึกษาหารือและมีข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับวิธีการและระยะเวลาในการจัดให้เด็กทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์และอาจวางข้อกำหนดให้ผู้ปกครองต้องปฏิบัติข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อตามมาตรา 44 วรรคสองหรือวางข้อกำหนดอื่นใดเพื่อแก้ไข หรือป้องกันมิให้เด็กกระทำความผิดขึ้นอีกก็ได้

หากปรากฏว่าผู้ปกครองของเด็กฝ่าฝืนบทบัญญัติในวรรคหนึ่งให้นำบทบัญญัติมาตรา 39 มาใช้บังคับโดยอนุโลม...”

⁸⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 39 บัญญัติว่า “...ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 ให้คำแนะนำแก่ผู้ปกครอง หากผู้ปกครองไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำก็ให้ยื่นคำขอต่อปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ หรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ แล้วแต่กรณี เพื่อเรียกผู้ปกครองมาทำทัณฑ์บนว่าจะไม่กระทำการใดอันมีลักษณะเป็นการให้การเลี้ยงดูโดยมิชอบแก่เด็กอีกและให้วางประกันไว้เป็นจำนวนเงินตามสมควรแก่ฐานะานุรูป แต่จะเรียกประกันไว้ได้ไม่เกินระยะเวลาสองปี ถ้ากระทำความผิดทัณฑ์บนให้รับเงินประกันเป็นของกองทุนคุ้มครองเด็กตามมาตรา 69

การให้คำแนะนำหรือการเรียกประกันให้ค้ำประกันถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้ปกครองและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ”

กรณีที่ผู้เยาว์ทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้นมีปัญหาว่าจะเป็นการโมฆียะหรือไม่ สามารถบอกล้างได้หรือไม่ เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 170 วรรค 1 ได้บัญญัติไว้ว่า “การแสดงเจตนาซึ่งกระทำต่อผู้เยาว์...จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับการแสดงเจตนาไม่ได้ เว้นแต่ผู้แทนโดยชอบธรรม...ของผู้รับการแสดงเจตนา นั้นได้รู้ด้วย หรือได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนแล้ว” ผู้เขียนเห็นว่าก็ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป กล่าวคือ หากเป็นการทำธุรกรรมเล็กๆน้อยๆอย่าง ซื้อสินค้าหรือบริการที่มีมูลค่าไม่มาก เช่น ดาวน์โหลด (Download) เสียงเรียกเข้า (Ringtones) เสียงรอสาย รูปภาพ สัญลักษณ์ (Logo) เป็นต้น โอนเงินที่มีมูลค่าไม่มากนัก หรือชำระค่าบริการใดๆผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ก็ย่อมที่จะไม่เป็นโมฆียะ และมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เนื่องจากเป็นการอันสมแก่ฐานานุรูปแห่งตน และเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 24⁸⁸ ประกอบมาตรา 170 วรรค 2⁸⁹ เพราะปัจจุบันโทรศัพท์เคลื่อนที่ก็กลายเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีความจำเป็นในการดำรงชีวิต แม้ไม่จำเป็นเท่ากับปัจจัยสี่ก็ตาม แต่โทรศัพท์เคลื่อนที่ก็เป็นอุปกรณ์ที่ติดตัวผู้ใช้บริการเกือบจะ 24 ชั่วโมง และหากจะตีความว่าการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่เพื่อทำธุรกรรมการเงินดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร เพราะเป็นเพียงสิ่งไร้สาระที่สร้างเพียงความบันเทิงเท่านั้น แม้ขาดไปก็ยังสามารถดำรงชีวิตต่อไปได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากจะตีความเช่นนั้นก็ต้องมองไปถึงกรณีที่ผู้เยาว์ซื้อขนม ของเล่น หนังสือการ์ตูน เป็นต้นด้วย เพราะก็ถือเป็นสิ่งที่หากไม่มีก็ยังสามารถที่จะดำรงชีวิตต่อไปได้เช่นกัน แต่ก็มีได้มีผู้ใดถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นโมฆียะแล้วไปทำการบอกล้าง เนื่องจากต่างก็พิจารณาแต่เพียงว่าเป็นการอันสมแก่ฐานานุรูปของผู้เยาว์ เพราะมีราคาไม่มากนัก

แต่หากเป็นกรณีการบริโภคมากเกินไปเกินสมควรของผู้เยาว์ อันเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ทำธุรกรรมทางการเงินผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีมูลค่าสูง อันเกินสมควรแก่ฐานานุรูปของผู้เยาว์ ก็ต้องไปพิจารณาก่อนว่าการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ทำธุรกรรมทางการเงินดังกล่าว นั้น ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือไม่ ถ้าผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้อนุญาตยินยอมให้ผู้เยาว์ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ ก็ย่อมถือว่าการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ทำธุรกรรมต่างๆมีผลสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆียะที่จะทำให้เกิดสิทธิในการจะบอกล้างการทำธุรกรรมนั้นได้ ตามประมวล

⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 24 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการสมแก่ฐานานุรูปแห่งตน และเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร”

⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 170 วรรค 2 บัญญัติว่า “ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับ ถ้าการแสดงเจตนา นั้นเกี่ยวกับการที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้เยาว์...กระทำได้เองโดยลำพัง”

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21⁹⁰ ประกอบมาตรา 177⁹¹ เพราะการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ทำธุรกรรมอื่นนอกเหนือจากใช้รับสายเข้า หรือโทรออกก็ถือเป็นการใช้งานตามปกติของการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ เมื่อการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ไม่เป็นโมฆียะมาตั้งแต่ต้น การใช้งานอื่นๆในภายหลังก็ย่อมที่จะไม่เป็นโมฆียะด้วย เพราะหากให้บางครั้งมีผลสมบูรณ์ บางครั้งเป็นโมฆียะก็จะเป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้บริการ เนื่องจากผู้ใช้บริการอาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เช่น เมื่อเห็นว่าการใช้บริการครั้งใดมีมูลค่าสูงก็อ้างสิทธิเพื่อบอกเลิก อีกทั้ง โดยลักษณะการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ทำธุรกรรมสินค้าหรือบริการโดยส่วนใหญ่มักเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง เช่น เสียงรอสาย สัญลักษณ์ (Logo) รูปภาพ เป็นต้น เมื่อได้รับไปแล้วก็ยากที่จะให้กลับคืนสู่สภาพเดิม หากผู้ใช้บริการได้รับสินค้าหรือบริการนั้นแล้วไม่ยอมเสียค่าบริการจึงมาใช้สิทธิบอกล้าง ก็ต้องถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5⁹² ดังนั้น แม้ผู้เยาว์จะทำธุรกรรมทางการเงินที่มีมูลค่าสูงเกินสมควรแก่ฐานานุรูปของผู้เยาว์ อันเป็นผลให้การทำธุรกรรมดังกล่าวเป็นโมฆียะ และสามารถบอกล้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 (1)⁹³ ก็ตาม แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมมีผลทำให้การทำธุรกรรมดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ จึงไม่อาจที่จะบอกล้างได้ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมมิได้ให้ความยินยอม เช่น ผู้เยาว์นำโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ปกครองไปใช้ทำธุรกรรมโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งกรณีนี้ไม่อาจบอกล้างได้ เนื่องจากข้อคู่สัญญา กับทางผู้ให้บริการเป็นชื่อผู้ปกครอง ซึ่งเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว การทำธุรกรรมดังกล่าวจึงมีผล

⁹⁰ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

⁹¹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 177 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียกรรมตามมาตรา 175 ผู้หนึ่งผู้ใด ได้ให้สัตยาบันแก่โมฆียกรรม ให้ถือว่าการนั้นเป็นอันสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก...”

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนที่ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต”

⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 (1) บัญญัติว่า “โมฆียกรรมนั้นบุคคลต่อไปนี้จะบอกล้างเสียก็ได้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้างก่อนที่ตนบรรลุนิติภาวะก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม...”

สมบุรณ์ และผู้เยาว์เป็นบุคคลที่อยู่ในความปกครองดูแลของผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรม ดังนั้น เมื่อผู้เยาว์ทำธุรกรรมไปทำให้ต้องชำระค่าสินค้าหรือบริการที่มีมูลค่าสูง ผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งมีหน้าที่ต้องปกครองดูแลผู้เยาว์ก็ย่อมต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายดังกล่าวด้วย ส่วนกรณีที่ผู้เยาว์แอบไปซื้อโทรศัพท์เคลื่อนที่มาใช้เองโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน ต้องพิจารณาไปเป็นกรณีๆ ไปว่าผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมได้พบในภายหลังหรือไม่ แล้วยินยอมให้ผู้เยาว์ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ต่อไปหรือไม่ เพราะหากพบเห็นแล้วยังยินยอมให้ผู้เยาว์ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ต่อไป ก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมแล้ว แต่หากทราบในภายหลังแล้วผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมมาบอกกล่าว หรือดำเนินการใดๆ มิให้ผู้เยาว์ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่นั้นต่อไป ก็อาจทำให้ธุรกรรมต่างๆ ที่ผู้เยาว์ทำกับผู้ให้บริการเป็นโมฆียะ และสามารถบอกกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ ก็เกิดปัญหาการบอกกล่าวการทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้เยาว์เพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่สภาพเดิมนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176⁹⁴ ไม่สามารถที่จะนำมาใช้กับกรณีการทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ จึงอาจทำได้เพียงให้ชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น เพราะโดยลักษณะและสภาพของการทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ส่วนใหญ่เป็นสินค้าหรือบริการที่ไม่มีรูปร่าง เช่น การโทรออก ส่งข้อความสั้น (SMS) ดาวน์โหลด (Download) ภาพหน้าจอ (Wallpaper) เสียงรอสาย และเกม เป็นต้น ซึ่งเมื่อผู้เยาว์ใช้บริการไปแล้วก็ไม่สามารถที่จะทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเหมือนกับมิได้มีการทำธุรกรรมใดๆ ไปได้ อันอาจเป็นการไม่เป็นธรรม และเป็นการเอาเปรียบต่อผู้ให้บริการที่ได้ให้บริการไปแล้วได้ ผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมจึงควรมีส่วนในการรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายดังกล่าว เพราะเป็นผู้ที่ปกครองดูแลผู้เยาว์ จึงมีหน้าที่ในการที่จะอบรมดูแล ตักเตือน สั่งสอน และป้องกันไม่ให้ผู้เยาว์กระทำการที่ไม่เหมาะสม หรือไม่สมควร ไม่ควรที่จะผลักรวาทะให้บุคคลอื่นมารับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากผู้เยาว์ในความปกครองของตน เพราะสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐาน และเป็นสถาบันที่ใกล้ชิดกับผู้เยาว์มากที่สุด

ในต่างประเทศได้กล่าวถึงประเด็นการคุ้มครองผู้เยาว์ไว้ โดยในกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นนั้นกำหนดให้ผู้เยาว์จะต้องได้รับการอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามกฎหมายเมื่อจะกระทำการทางกฎหมายและหากการกระทำใดได้กระทำไปโดยปราศจากความเห็นชอบของผู้แทนโดยชอบธรรมก็อาจจะถูกเพิกถอนได้ ในประเทศฟินแลนด์ตามข้อกำหนดของ

⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 บัญญัติว่า “โมฆียกรรมเมื่อบอกกล่าวแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดเชยให้แทน...”

Guardianship Service Act มาตรา 23 และ 24 ได้กำหนดว่า บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จะถูกจำกัดความสามารถตามกฎหมาย สามารถทำได้แต่เฉพาะธุรกรรมทั่วไปที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ มากนัก เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ทั้งนี้ ในบางประเทศได้มีการกำหนดห้ามมิให้ผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดเข้าทำสัญญา ถึงแม้ว่าพวกเขาจะได้รับการอนุญาตจากผู้ปกครองก็ตาม อย่างเช่น ในประเทศเบลเยียม ตามกฎหมายแพ่ง มาตรา 1124 บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีไม่สามารถที่จะเข้าทำสัญญาต่างๆ ได้ ในประเทศเยอรมัน ตามกฎหมายแพ่ง (BGB) กำหนดว่าเด็กอายุต่ำกว่า 7 ปี ไม่มีความสามารถพอที่จะทำสัญญาได้ (กฎหมายแพ่ง มาตรา 104) ในขณะที่บุคคลอายุระหว่าง 7-18 ปี อาจเข้าทำสัญญาได้ในกรณีที่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง (กฎหมายแพ่ง มาตรา 1106) ในยังการีการเข้าทำสัญญาทุกชนิดของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี จะต้องกระทำโดยผู้ปกครอง ส่วนเด็กที่มีอายุระหว่าง 14-18 ปี นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองก่อนหรือภายหลังการทำสัญญา ในโปแลนด์สัญญาที่สร้างขึ้นโดยผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี นั้นเป็นโมฆะ และสัญญาที่สร้างขึ้นโดยบุคคลที่มีอายุระหว่าง 13-18 ปี นั้นจะมีผลตามกฎหมายเฉพาะเมื่อได้รับอนุญาตจากผู้ปกครอง เป็นต้น และในประเทศแม็กซิโก ตามกฎหมายแพ่ง มาตรา 1919 ตามกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (BGB) มาตรา 1626 อนุมาตรา 1 บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำทางกฎหมายของเด็กที่อยู่ในความปกครอง และในประเทศนอร์เวย์ คู่มือของกลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคว่าด้วยบริการเนื้อหาทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Consumer Ombudsman's Guidelines on Mobile Content Services: CO guidelines) ได้มีการกำหนดรายการบางอย่างให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตามในการซื้อขายสินค้าหรือบริการและการขายบริการเนื้อหาทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Content) แก่ผู้เยาว์ โดยได้กำหนดเพดานการให้บริการในกลุ่มเป้าหมายที่เป็นผู้เยาว์ไว้ในบท (Chapters) ที่ 5.4 และ 5.5 ของคู่มือ (guidelines) ตัวอย่างเช่น กลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภค (Consumer Ombudsman) ต้องพิจารณาการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตลาด (Marketing Control Act: MCA) ซึ่งเกิดขึ้นได้หากผู้ให้บริการเนื้อหา (Content) ไม่ได้กำหนดขอบเขตในแต่ละเดือน สำหรับการซื้อบริการจากหมายเลขที่เข้าใช้บริการ และสำหรับบริการข่าวสารรายเดือนสำหรับสมาชิก (subscription services) กลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคฟินแลนด์ (Finnish Consumer Ombudsman) ยังได้ให้ความสำคัญต่อหน้าที่ของผู้ให้บริการที่จะต้องจัดให้มีบริการที่เป็นธรรมและเป็นไปตามกฎหมายเมื่อกลุ่มเป้าหมายทางธุรกิจของพวกเขาเป็นผู้เยาว์ และในประเทศเกาหลี พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Act on Consumer Protection in Electronic Commerce) ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งรายละเอียดต่อ

ผู้เยาว์ว่า สัญญาสามารถทำการยกเลิกได้โดยผู้เยาว์หรือผู้ปกครอง ถ้าผู้ปกครองไม่ได้ให้ความเห็นชอบในการเข้าทำสัญญาดังกล่าว ในประเทศแคนาดา ข้อปฏิบัติสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคในการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ประเทศแคนาดา (Canadian Code of Practice for Consumer Protection in Electronic Commerce) และบทสรุปแนวปฏิบัติ (Short Code Code of Conduct) บทบัญญัติแรก ได้กำหนดให้ผู้ขายต้องดำเนินการทุกขั้นตอนอย่างเหมาะสมเพื่อป้องกันผู้เยาว์ทำธุรกรรมทางการเงิน ส่วนบทบัญญัติหลังนั้น ได้กำหนดให้โปรแกรมรวบรวมข้อมูล (Aggregator) จะต้องยืนยันได้ว่า ผู้ใช้แต่ละคนมีอายุตามที่กฎหมายในแต่ละท้องถิ่นกำหนด ก่อนที่จะอนุญาตให้ผู้ใช้อย่างกล่าวเข้าร่วมในโปรแกรมหรือรับข้อความ นอกจากนี้ ยังได้มีการร่วมกันในมาตรการทางเทคโนโลยี ในประเทศออสเตรเลีย คือการใช้หมายเลขส่วนบุคคล (PIN) ในการควบคุมการเข้าใช้บริการเนื้อหา (Content) สำหรับผู้ใหญ่ของเด็ก อย่างเช่น บริการลามกทางโทรศัพท์ (telephone sex) รวมไปถึงการพิสูจน์อายุเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กไม่ได้เข้าใช้บริการสำหรับผู้ใหญ่ ผู้ประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile phone operators) ต้องห้ามมิให้ส่งบริการหรือเสนอบริการสำหรับผู้ใหญ่แก่ผู้เยาว์ และต้องมีวิธีการควบคุมโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีที่ได้จดทะเบียนไว้ ทำให้โทรศัพท์เคลื่อนที่เครื่องนั้นไม่สามารถที่จะเข้าใช้บริการสำหรับผู้ใหญ่ได้ ในเม็กซิโก ได้มีการนำกฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (Federal Law of Consumer Protection: LFPC) มาตรา 76 มาปรับใช้กับกรณีนี้ด้วย โดยเงื่อนไขที่ตั้งขึ้นที่กำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้แผนการขายหรือการโฆษณาที่ไม่ได้ให้ความชัดเจนแก่ผู้บริโภค และไม่ได้ให้ข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับบริการที่ถูกเสนอมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของการซื้อขายสินค้าหรือบริการที่มุ่งกระทำต่อบุคคลที่มีความเปราะบาง เช่น เด็ก คนชรา และคนป่วย รวมไปถึงวิธีการให้คำแนะนำเมื่อข้อมูลสารสนเทศดังกล่าวไม่เหมาะสมกับพวกเขา นอกจากนี้ระเบียบแนวทางในการกำกับดูแล (Regulatory guidelines) ยังสามารถใช้ควบคุมการบริการเนื้อหา (Content) ได้อีกด้วย อย่างในประเทศฟินแลนด์ กลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคของฟินแลนด์ (Finland's Consumer Ombudsman) ได้ออกคู่มือสำหรับบริการที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นผู้เยาว์ (guidelines for services targeting minors) โดยอยู่บนพื้นฐานของข้อบังคับการตลาดและการทำสัญญา (marketing and contract terms) ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Act) ได้ระบุว่า หากในหน้าอินเทอร์เน็ต (internet) สำหรับกลุ่มเป้าหมายที่เป็นผู้เยาว์นั้นมีฟังก์ชันหรือข้อมูลที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็กหรือเยาวชนจะต้องถูกลบออกไป โดยคู่มือ (guidelines) ได้กำหนดว่า ควรจะมีการแยกข้อมูลที่เหมาะสมกับเฉพาะผู้ใหญ่ ออกจากเว็บไซต์ (websites) สำหรับเด็กหรือเยาวชนอย่างชัดเจน และให้ผู้ให้บริการส่งข้อความทาง

โทรศัพท์เคลื่อนที่สำหรับผู้เยาว์ในการสร้างข้อกำหนดรายสัปดาห์ และแจ้งแก่ผู้ปกครองผ่านทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ว่าบุตรหลานของตนได้ขอใช้บริการดังกล่าว ซึ่งคู่มือของกลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคว่าด้วยบริการเนื้อหาทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (CO guidelines) ก็ได้มีการกำหนดถึงในประเด็นนี้เช่นกัน ในประเทศอังกฤษ สำนักงานการสื่อสาร (Office of Communications: Ofcom) ได้บัญญัติกฎหมายที่สนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการอิสระกำกับดูแลมาตรฐานของบริการข้อมูลทางโทรศัพท์ (Independent Committee for Supervision of Standards of Telephone Information Services: ICSTIS) โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่ละรายต้องจัดแยกชนิดของเนื้อหา (Content) นอกเหนือจากการควบคุมการเข้าถึง และทำให้มันปรากฏต่อผู้บริโภคเฉพาะในกรณีเมื่อได้มีการพิสูจน์จนเป็นที่พอใจแล้วว่าผู้บริโภคนั้นมีอายุครบ 18 ปีหรือมากกว่านั้นแล้ว และจัดเตรียมระบบการคัดกรอง (filtering systems) ให้แก่ผู้ปกครองที่จะสามารถติดตั้งการคัดกรอง (filtering function) ในหน้าอินเทอร์เน็ต (internet sites) และหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ สำหรับเด็กในความปกครองของพวกเขา และตั้งหน่วยงานอิสระ เพื่อตั้งมาตรฐานในการจัดหมวดหมู่ของเนื้อหา (Content) และจัดทำคำแนะนำให้แก่ผู้ให้บริการเนื้อหา (Content providers) ในกรณีของเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย จะต้องรายงานต่อตัวแทนที่บังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ถ้าเนื้อหาดังกล่าวอยู่ในพื้นที่ที่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (mobile operators) สามารถควบคุมได้ ก็สมควรที่จะถูกดำเนินคดีโดยเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้

นอกจากนี้ บริษัทเอกชน ภาคอุตสาหกรรม และภาครัฐต้องจัดให้มีการรณรงค์ให้ความรู้แก่ผู้ปกครองและผู้บริโภคที่ใช้บริการบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ทางโทรทัศน์ และลงในแผ่นพับโฆษณาต่างๆ ในเว็บไซต์ และในหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ รวมทั้งแจกจ่ายคู่มือให้คำแนะนำแก่ผู้ปกครองและผู้บริโภค อย่างในประเทศเยอรมัน ศูนย์ให้คำปรึกษาในแคว้นธูริงเกีย (Thuringia Consumer Advice Centre) ได้สร้าง CD-ROM และสร้างคู่มือเพื่อจัดการกับประเด็นที่เกี่ยวกับโทรทัศน์และวีดีโอบนคอมพิวเตอร์และโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งจัดเตรียมโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายในทุกคำปรึกษาของคณะกรรมการผู้บริโภค ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ คณะกรรมการการสื่อสารแห่งชาติ (Federal Office of Communications: OFCOM) ซึ่งมีอำนาจในการควบคุมการติดต่อสื่อสาร ได้สร้างหนังสือคู่มือซึ่งมุ่งให้ข้อมูลเกี่ยวกับการคุกคามที่อาจเกิดขึ้นได้ วิธีจัดการกับค่าใช้จ่าย วิธีการป้องกันการกระทำที่มิชอบ และควรที่จะติดต่อกับผู้ใดในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้น กลุ่มพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคแห่งประเทศในแถบสแกนดิเนเวีย (Nordic ombudsmen) ออกเกมออนไลน์เพื่อสอนเด็กและวัยรุ่นเกี่ยวกับหลักการที่สำคัญและความเสี่ยงต่างๆที่เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และการพาณิชย์ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ และการบริการข้อมูลอื่นๆแก่

ชุมชน ในประเทศออสเตรเลีย คณะกรรมการเพื่อผู้บริโภคและการแข่งขันของออสเตรเลีย (Australian Competition and Consumer Commission : ACCC) ได้จัดให้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการพาณิชย์ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่บนเว็บไซต์ให้แก่ผู้บริโภค และคู่มือของรัฐสำหรับเยาวชน และชมรมยุวอาสาสมัครออสเตรเลีย (Austrian Red Cross Youth) กลุ่มนักกฎหมายร่วมกับ Mobilkom Austria จัดทำใบปลิวสำหรับเด็ก ในประเทศอังกฤษ สถาบันครอบครัวและผู้ปกครองแห่งชาติ (National family and parenting institute) ในสหราชอาณาจักรได้ร่วมกับ Vodafone สร้างคู่มือสำหรับผู้ปกครอง และในประเทศญี่ปุ่น ภาคอุตสาหกรรมได้ร่วมมือกับคณะรัฐมนตรีสร้าง “E-net Caravan” ซึ่งมีการบรรยายที่สอนวิธีการใช้อินเทอร์เน็ตและโทรศัพท์เคลื่อนที่อย่างปลอดภัยและด้วยความมั่นใจให้แก่ผู้ปกครอง และครูอาจารย์ต่างๆ

สำหรับประเด็นข้างต้น ผู้เขียนในการเสนอสินค้าหรือบริการบางอย่างที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก หรือที่มีมูลค่าสูง รวมกันแล้วมีมูลค่าสูง หรือมีแนวโน้มว่าหากใช้บริการดังกล่าวแล้วจะทำให้เสียค่าใช้จ่ายค่าบริการเป็นมูลค่าที่สูงเกินกว่า 1,000 บาทขึ้นไป ต้องกำหนดให้มีข้อความระบุไว้ว่า สินค้าหรือบริการดังกล่าวไม่อนุญาตให้ขายให้แก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี กล่าวคือ หากผู้ให้บริการจะเสนอขายสินค้าหรือบริการดังกล่าวต้องระบุข้อความว่า สินค้าหรือบริการดังกล่าวไม่อนุญาตให้ขายให้แก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองปรากฏอยู่ที่หน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วย โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 51 (10) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

ข้อ 10/1 “สัญญาให้บริการผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ต้องแยกประเภทความเหมาะสมของบริการตามช่วงอายุ และในการเสนอสินค้าหรือบริการบางอย่างที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็ก หรือมีมูลค่าเกินกว่าหนึ่งพันบาท ผู้ให้บริการต้องมีข้อความระบุไว้ว่า “ไม่อนุญาตให้จำหน่ายให้แก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม” ไว้ด้วย”

รวมทั้งต้องจัดให้มีการรณรงค์ให้ความรู้แก่ผู้ปกครองและผู้บริการที่ใช้บริการบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ทางโทรทัศน์ และลงในแผ่นพับโฆษณาต่างๆ ในเว็บไซต์ และในหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ รวมทั้งแจกจ่ายคู่มือให้คำแนะนำแก่ผู้ปกครองและผู้ให้บริการ ร่วมกับการ

ควบคุมทางกฎหมายด้วย เนื่องจากปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาด้านพฤติกรรม จึงไม่อาจนำมาตรการใดมาตรการหนึ่งเพียงมาตรการเดียวมาใช้บังคับเพื่อแก้ปัญหาได้

6. การขายที่ไม่พึงประสงค์

6.1 ข้อความขยะ (SMS Spam or Junk SMS)

เป็นกรณีที่ผู้ใช้บริการได้รับโฆษณาทางข้อความสั้น (SMS) ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่อันเป็นการรบกวน เพราะแม้การโฆษณาสินค้า หรือบริการดังกล่าวจะเป็นการโฆษณาสินค้า หรือบริการที่ถูกกฎหมาย และเป็นการโฆษณาที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เนื่องจากเป็นข้อความที่ผู้ได้รับไม่ต้องการ (Junk Message) อีกทั้ง ยังเป็นการส่งโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้บริการก่อน ซึ่งข้อความ (SMS) ดังกล่าวจะส่งมาเป็นจำนวนมาก ประมาณ 2-3 ข้อความต่อวัน โดยส่งมาเกือบทุกวัน และบางครั้งยังส่งมาในยามวิกาล อันเป็นการรบกวน ก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้ใช้บริการเป็นอย่างมาก เพราะการส่งข้อความ (SMS) ดังกล่าวมา ทำให้เปลี่ยนพื้นที่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีอยู่อย่างจำกัด ทำให้ผู้ใช้บริการต้องมาเสียเวลาลบอยู่ตลอดเวลา และหากไม่เปิดอ่านก็จะมีภาระเตือนอยู่ตลอด ทำให้แบตเตอรี่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่หมดก่อนเวลาอันควร อีกทั้ง ในโทรศัพท์เคลื่อนที่บางรุ่นยังไม่สามารถที่จะปิดเสียงได้ ทำให้ดังอยู่ตลอดเวลา ซึ่งเป็นการรบกวนการใช้ชีวิตประจำวันของผู้ใช้บริการเป็นอย่างมาก รวมถึงกรณีของข้อความเสียงอัตโนมัติที่โทรเข้ามาหาผู้ใช้บริการเพื่อนำเสนอสินค้าหรือบริการโดยปกปิดเบอร์ หรือแหล่งที่มาของข้อความเสียงนั้น โดยการที่ไม่แสดงเบอร์ที่โทรเข้า หรือบางครั้งจะขึ้นว่าเป็น “private number” หรือ “000” เช่นเดียวกับกรณีที่เป็นการโทรมาจากตู้โทรศัพท์สาธารณะ หรือโทรมาจากต่างประเทศ ทำให้ผู้ใช้บริการต้องรับโทรศัพท์ดังกล่าวแม้ในเวลาที่ไม่สะดวก เนื่องจากเข้าใจผิดว่าโทรมาจากผู้มีฐานะสำคัญหรือโทรทางไกลข้ามประเทศมา จึงเกิดการร้องเรียนเรื่องการส่งข้อความ (SMS) มายังโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่สร้างความรำคาญให้แก่ผู้ใช้บริการ

หรือในกรณีอื่นเนื่องมาจากการใช้ประโยชน์จากข้อมูลตำแหน่งท้องถิ่น (Location Based Service) ซึ่งทำให้เครือข่ายทราบได้ว่าผู้ใช้บริการแต่ละรายอยู่ที่ ณ ตำแหน่งใดได้ตลอดเวลา ทำให้สามารถสร้างบริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (M-Commerce) ที่สัมพันธ์กับตำแหน่งที่อยู่ของผู้ใช้บริการได้อย่างอัตโนมัติ โดยหากผู้ใช้บริการไปอยู่ในบริเวณจุดที่กำหนด เช่น อยู่ใกล้ร้านค้า หรืองานแสดงสินค้า ก็จะมีการส่งข้อความ (SMS) ถึงผู้ใช้บริการโดยอัตโนมัติเกี่ยวกับงานแสดงดังกล่าว สินค้า หรือบริการ ส่วนลดต่างๆ เป็นต้น ซึ่งการ

ส่งข้อความ (SMS) ดังกล่าว ย่อมมีทั้งผู้ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ และผู้ที่เห็นว่าเป็นการรบกวน โดยหากเป็นผู้ให้บริการที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าการส่งข้อความ (SMS) ดังกล่าวนั้น ถือเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการหรือไม่

กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การส่งข้อความในรูปแบบต่างๆดังกล่าวข้างต้น ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นการส่งข้อความขยะทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (SMS Spam) นั้น แม้จะทำให้ผู้ให้บริการได้รับผลกระทบมากกว่าการส่งจดหมายขยะทางคอมพิวเตอร์ (Spam mail) เพราะได้รับผลกระทบตลอดเวลา เนื่องจากโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นอุปกรณ์ที่ผู้ให้บริการพกติดตัวเกือบตลอดเวลา ในขณะที่ที่เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นผู้ให้บริการจะได้รับผลกระทบก็ต่อเมื่อเปิดใช้งานเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้นก็ตาม แต่การส่งข้อความขยะทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (SMS Spam) ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการส่งจดหมายขยะทางคอมพิวเตอร์ (Spam mail) ที่หากพิจารณาในเบื้องต้นแล้ว เป็นเพียงการกระทำละเมิดอย่างหนึ่งของผู้ที่ส่งข้อความขยะ (SMS Spam) ทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ที่มีการแอบลักลอบขโมยข้อมูลส่วนบุคคล หรือการส่งข้อความที่มีการหลอกลวง ทำให้ผู้ที่ได้รับข้อความดังกล่าวหลงเชื่อ และปฏิบัติตามคำแนะนำในข้อความขยะเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาขั้นตอน และการทำงานของข้อความขยะแล้วในเนื้อหาใจความของการกระทำดังกล่าว ลักษณะของการสแปมนั้น เป็นการส่งข้อความสั้น (SMS) ไปยังผู้ให้บริการโดยตรง ซึ่งผู้ให้บริการแต่ละคนอาจจะได้รับข้อความสั้น (SMS) แบบเดียวกันซ้ำกันหลายครั้ง หรือหลายแบบเป็นจำนวนมาก หรือการได้รับข้อความ (SMS) โดยใช้ประโยชน์จากข้อมูลตำแหน่งท้องถิ่น (Location Based Service) เมื่อผู้ให้บริการได้เข้าไปในบริเวณที่มีการตั้งระบบเอาไว้โดยอัตโนมัติ รวมถึงกรณีของข้อความเสี่ยงอัตโนมัติที่โทรเข้ามาหาผู้ให้บริการเพื่อนำเสนอสินค้าหรือบริการโดยปกปิดเบอร์ หรือแหล่งที่มาของข้อความเสี่ยงนั้น อันเป็นการยัดเยียดโฆษณา หรือโปรโมชั่นต่างๆโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการ ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้ให้บริการที่ได้รับข้อความดังกล่าว จึงอาจมีความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 23⁹⁵ ซึ่งมีโทษตามมาตรา 48⁹⁶ และอาจเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา

⁹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 23 บัญญัติว่า “การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

⁹⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 48 บัญญัติว่า “ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความตามมาตรา... หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23... ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

421 จากการที่ผู้ให้บริการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการ และเป็นละเมิดตามมาตรา 420 อันเกิดจากการกระทำละเมิดโดยไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการใช้สิทธิตามกฎหมาย แม้จะเกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการก็ไม่ใช่การผิดกฎหมาย ไม่มี ความผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 นี้ นอกจากนี้ การส่งข้อความ (SMS) โดยใช้ประโยชน์จาก ข้อมูลตำแหน่งท้องถิ่น (Location Based Service) ดังกล่าว ถือเป็นการล่วงละเมิดความเป็น ส่วนตัว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 35⁹⁷ เพราะทำให้ผู้ให้ บริการทราบข้อมูลตำแหน่งต่างๆของผู้ให้บริการในการดำรงชีวิตประจำวัน ไม่ว่าผู้ให้บริการจะไป ที่ไหน อันเป็นข้อมูลส่วนบุคคล และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ทางการค้าได้ และแม้ว่าตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 จะบัญญัติให้สิทธิว่า บุคคลย่อมมี เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การส่งข้อความสั้น (SMS) ของผู้ให้บริการ ไปยังผู้ให้บริการโดยตรง ก็เป็นวิธีการหนึ่งในการใช้เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารตามที่มาตรานี้ได้ บัญญัติรับรองไว้ แต่อย่างไรก็ดี การส่งข้อความสั้น (SMS) ไปยังผู้ให้บริการนั้น แม้ว่าผู้ให้บริการ จะมีความตั้งใจเพียงเพื่อผลประโยชน์แก่ตนเท่านั้น โดยมีได้มุ่งถึงความเสียหายที่จะเกิดแก่บุคคล อื่น แต่เมื่อการมุ่งแต่ประโยชน์ส่วนตนฝ่ายเดียวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็เป็นการใช้สิทธิโดย ไม่สุจริต เป็นการอันมิชอบได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่ผู้ให้บริการส่งข้อความขยะทาง โทรศัพท์เคลื่อนที่ (SMS Spam) ไปยังผู้ให้บริการ ย่อมเป็นการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อันเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิด ตามมาตรา 421 นอกจากนี้ การส่งข้อความสั้น (SMS) และการส่งข้อความ (SMS) โดยใช้ประโยชน์จากข้อมูล ตำแหน่งท้องถิ่น (Location Based Service) ก็อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการ กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 10⁹⁸ ได้หากเป็นการส่งที่รบกวน

⁹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 35 บัญญัติว่า “สิทธิ ของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง การกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่ในกรณีที่จำเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูล ส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

⁹⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 10 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดโดยประการใดโดยมิชอบ เพื่อให้การทำงานของระบบ

ผู้ให้บริการจนทำให้การทำงานของระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่อันเป็นระบบคอมพิวเตอร์ประเภทหนึ่ง ไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ และตามมาตรา 11⁹⁹ ได้หากการส่งดังกล่าวส่งโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล ซึ่งทำให้ผู้ส่งต้องรับโทษตามกฎหมายนี้ด้วย

ส่วนในต่างประเทศได้กล่าวถึงในประเด็นข้อความที่ไม่พึงประสงค์ (SMS Spam) ไว้ ใน Australia's Spam Act 2003, Belgium's Act of 11 March 2003 on electronic commerce, Czech Republic's Act on Some Services of the Information Society, Slovak Republic's Act on Advertising and on Electronic Communication, Norway's Market Control Act มาตรา 2b, United States' Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003 (CAN-SPAM Act) และ European Union's Directive 2002/58/EC โดยหากผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ไมยอมที่จะรับฐานข้อมูลการโฆษณาต่างๆแล้ว การโฆษณานั้นก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นข้อมูลที่ไม่พึงประสงค์ (Spam) และตาม DSTI/CP/ICCP/SPAM(2005)10/FINAL การส่งข้อความสั้น (SMS) เพื่อการค้าจะกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้รับก่อน ซึ่งเป็นการอนุญาต (opt-in) ก่อนได้รับข้อความอิเล็กทรอนิกส์ (electronic message) และยอมรับการให้ความยินยอมซึ่งอนุมานได้จากความสัมพันธ์ที่มีก่อนหน้านี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีกฎหมาย CAN-SPAM Act of 2003 ออกมาควบคุม Spam Mail ซึ่งมีข้อกำหนดให้ผู้ส่ง Spam Mail จะต้องมีส่วนตอนการยกเลิกการรับ Spam Mail นั้น ผู้ส่งจะต้องแสดงในหัวข้อความสั้น (SMS) ว่าเป็นข้อความสั้น (SMS) เพื่อการค้า แสดงที่อยู่หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (email address) จริงที่ผู้รับสามารถติดต่อกลับได้ และห้ามปลอมแปลงแหล่งที่มาของข้อความสั้น (SMS) และ Spam Mail นั้นจะต้องไม่ละเมิดผู้รับ ไม่ว่าจะเป็นการใช้โปรแกรมที่แฝงมาในไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือข้อความสั้น (SMS) เพื่อขโมยเอาข้อมูลในเครื่องของผู้รับ การส่งไวรัส หรือการใช้ Trojan Horse หรือ worms และผู้รับมีสิทธิในการเลือกที่จะรับหรือไม่รับข้อความสั้น (SMS) ได้ ในออสเตรเลีย คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมและสื่อมวลชนแห่งชาติประเทศออสเตรเลีย (Australian Communication and Media Authority: ACMA) ได้

คอมพิวเตอร์ของผู้อื่นถูกระงับ ชะลอ ชัดขวาง หรือรบกวนจนไม่สามารถทำงานตามปกติได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

⁹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 11 บัญญัติว่า "ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท"

กำหนดว่า ข้อมูลขยะซึ่งผิดกฎหมาย ถือเป็นการละเลยข้อกำหนดของกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้ให้บริการอาจถูกปรับหากฝ่าฝืน Spam Act 2003 เช่น หากส่งข้อความสั้น (SMS messages) โดยปราศจากการแสดงตัวผู้ส่งที่เพียงพอ (sender identification)

นอกจากนี้ ยังมีการกำกับดูแลตนเองของผู้ประกอบธุรกิจ โดยทั่วไปผู้ประกอบธุรกิจ (Operators) ใช้ระบบการคัดกรองเพื่อปฏิเสธการรับข้อความสั้น (SMS) ที่มี URLs และหมายเลขโทรศัพท์อยู่ในข้อความ ในประเทศญี่ปุ่น ผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ (mobile carriers) ได้จำกัดจำนวนไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ส่ง และสายที่ต้องสงสัยว่าเป็นข้อมูลที่ไม่พึงประสงค์ (suspend lines of spammers) ที่ส่งมาทางข้อความสั้น (SMS) และไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ทางอินเทอร์เน็ต (internet e-mail) มายังโทรศัพท์เคลื่อนที่ ในประเทศสวีเดน ผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ (mobile carriers) ได้คิด “ค่าธรรมเนียมการสื่อสารระหว่างเครือข่าย” (interworking fees) โดยคิดจากข้อความสั้น (SMS) ที่เข้ามาสู่เครือข่ายของพวกเขาเพื่อที่จะจำกัดการเข้ามาของการขายที่ไม่พึงประสงค์ทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (mobile spam)

จากการที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำกับ ควบคุมดูแล และเอาผิดต่อผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบธุรกิจที่ส่งข้อความขยะ (SMS Spam or Junk SMS) หรือโทรศัพท์มายังผู้ใช้บริการเพื่อขายตรงสินค้าหรือบริการ ผู้ใช้บริการเจ้าของเลขหมายที่รำคาญจึงทำได้เพียงแจ้งผู้ให้บริการเครือข่ายเพื่อบล็อกเลขหมาย แต่ก็เกิดปัญหาว่าผู้ให้บริการ หรือผู้ประกอบธุรกิจมักจะเปลี่ยนหมายเลขที่ใช้ในการส่ง หรือโทรเข้ามาอยู่เสมอ ทำให้ไม่สามารถบล็อกได้ ดังนั้น ผู้ใช้บริการเจ้าของเลขหมายโทรศัพท์เคลื่อนที่จึงทำได้เพียงจำหมายเลขที่ส่ง หรือโทรเข้ามาก่อความรำคาญเอง โดยไม่ต้องรับสาย หากเผลอรับก็ให้รีบตัดบทสนทนาและวางสายเท่านั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรจะเสนอต่อคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เพื่อจัดทำกฎหมายกลางกำหนดมาตรการในการขายสินค้าโดยตรงผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน ต้องหารือกับหน่วยงานอื่นๆ เพื่อหาผู้รับผิดชอบ ทั้งนี้ ในต่างประเทศ ตาม DSTI/CP/ICCP/SPAM(2005)10/FINAL ใช้วิธีลงทะเบียนหมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ไม่ขอรับบริการขายสินค้าโดยตรงทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นผลให้ผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบธุรกิจที่จะขายสินค้าหรือบริการผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ต้องตรวจสอบข้อมูลก่อนจะโทรศัพท์เสนอขายสินค้าและบริการ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักการในต่างประเทศในเรื่อง การส่งข้อความสั้น (SMS) เพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ จะกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้รับก่อน ซึ่งเป็นการอนุญาต (opt-in) ก่อนได้รับข้อความ และผู้ให้บริการต้องจัดให้มีขั้นตอนในการปฏิเสธ (opt-out) ภายหลังได้รับข้อความ ที่ผู้รับมีสิทธิในการเลือกที่จะรับหรือไม่รับข้อความสั้น (SMS) ได้ รวมทั้ง

ต้องกำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องแสดงในหัวข้อข้อความสั้น (SMS) ว่าเป็นข้อความสั้น (SMS) เพื่อการโฆษณา แสดงชื่อ ชื่อสินค้า ที่อยู่หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (email address) จริงที่ผู้รับสามารถติดต่อกลับได้ และห้ามปลอมแปลงแหล่งที่มาของข้อความสั้น (SMS) มาปรับใช้ในประเทศไทยด้วย โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 51 (10) แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

ข้อ 11/1 ว่า “การเสนอขายสินค้าหรือบริการทางข้อความ (SMS) ต้องมีการแสดงว่าเป็นข้อความเพื่อการโฆษณา ชื่อ ชื่อสินค้า ที่อยู่ หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถติดต่อได้”

การเสนอขายสินค้าหรือบริการทางข้อความ (SMS) ตามวรรคหนึ่ง จะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการต้องจัดให้ผู้ให้บริการทำการยกเลิกผ่านทางหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้”

6.2 การยึดเยียดบริการ (Cramming)

เป็นกรณีที่ผู้ใช้บริการไม่ได้ใช้บริการ แต่ถูกทางผู้ให้บริการเรียกเก็บค่าใช้บริการ หรือกรณีเคยใช้บริการแล้วต่อมาไม่ได้ใช้ แต่มามีการคิดค่าบริการหลังจากนั้น โดยที่ไม่ได้ใช้บริการใดๆ อีก และมีข้อความส่งการเชื่อมต่อ (Link) มาให้ ซึ่งผู้ใช้บริการไม่ได้เข้าไปดู แต่ปรากฏว่ามีข้อความส่งมาว่าขอบคุณที่ใช้บริการ ผู้ใช้บริการจึงตรวจสอบไปยังผู้ให้บริการ และพบว่าได้กลายเป็นสมาชิกของบริการนั้นไปแล้วทั้งที่ไม่เคยสมัครสมาชิก ดังนั้น ทุกครั้งที่มีการส่งการเชื่อมต่อ (Link) มาให้ ผู้ใช้บริการต้องเสียค่าบริการต่อครั้ง และมาทราบในภายหลังว่า บริการดังกล่าวมีเขียนดอกจันเล็กๆ (เล็กมาก) ว่าการดาวน์โหลด (Download) กับบริการดังกล่าวเท่ากับการสมัครเป็นสมาชิก ก็จะเก็บค่าบริการทุกครั้งที่ได้ส่งการเชื่อมต่อ (Link) มาให้ ไม่ว่าจะใช้หรือไม่ใช้ก็ตาม

จากปัญหาดังกล่าวทั้งในกรณีการยึดเยียดบริการ ด้วยการเก็บค่าบริการทั้งที่ผู้ใช้บริการไม่ได้มีการใช้บริการ หรือสร้างเงื่อนไขที่เป็นการเอาเปรียบผู้ใช้บริการ เช่น ถือว่าผู้ใช้บริการเป็นสมาชิกทันทีที่ได้ใช้บริการ ต้องเสียค่าบริการให้กับผู้ให้บริการทุกครั้งที่ได้รับบริการ ส่งข้อมูลต่างๆมาให้ โดยการระบุเงื่อนไขด้วยตัวอักษรที่มีขนาดเล็กมาก รวมทั้งกรณีที่ผู้ให้บริการ

เครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่นำเบอร์โทรศัพท์วนกลับมาใช้ใหม่ โดยมีได้ยกเลิกบริการเสริมต่างๆ ซึ่งผู้ให้บริการเจ้าของเดิมของเบอร์โทรศัพท์ดังกล่าวเคยสมัครใช้บริการไว้ ทำให้ผู้ให้บริการคนใหม่ซึ่งนำเบอร์ดังกล่าวมาใช้ต้องรับภาระค่าบริการเสริมดังกล่าวไปด้วย ทั้งที่มีได้เป็นผู้สมัครใช้บริการดังกล่าว ล้วนเป็นการแสดงถึงเจตนาที่ไม่สุจริต เป็นการที่ผู้ให้บริการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ผู้ให้บริการเรียกเก็บค่าบริการทั้งที่ผู้ใช้บริการไม่ได้มีการใช้บริการ ถือเป็นการเรียกให้อีกฝ่ายชำระหนี้โดยปราศจากมูลหนี้อันจะอ้างได้ตามกฎหมาย เพราะคู่สัญญาคือ ผู้ให้บริการ และผู้ใช้บริการมิได้มีการทำนิติกรรมสัญญาใดๆต่อกันเกี่ยวกับบริการที่เรียกเก็บเงิน และผู้ใช้บริการก็มิได้รับสินค้าหรือบริการใดๆจากผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการจึงไม่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าว และผู้ใช้บริการก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระเงินในส่วนดังกล่าวด้วย เมื่อผู้ใช้บริการถูกหักเงินเพื่อชำระค่าบริการที่มีได้ใช้บริการดังกล่าวไป ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกเงินส่วนนั้นคืนจากผู้ให้บริการตามหลักกลาภมิควรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406 และผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ผู้ใช้บริการถูกหักเงินหรือจำต้องชำระค่าบริการที่มีได้ใช้บริการดังกล่าวตามใบเรียกเก็บเงิน (Bill) ก็ไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 เนื่องจากผู้ใช้บริการมิได้สมัครใจที่จะชำระเงินดังกล่าว แต่เป็นเพราะไม่อาจปฏิเสธได้เนื่องจากมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่าจึงถูกบังคับให้ชำระและค่าบริการที่มีได้ใช้บริการดังกล่าวมักถูกคิดรวมมากับค่าบริการอื่นที่ผู้ใช้บริการต้องชำระ โดยที่ผู้ให้บริการไม่ได้ให้สิทธิผู้ใช้บริการที่จะชำระแยกส่วนจากกันได้ ส่วนกรณีการสร้างเงื่อนไขที่เป็นการเอาเปรียบผู้ใช้บริการเกินสมควร เช่น ถือว่าผู้ใช้บริการเป็นสมาชิกทันทีที่ได้ใช้บริการต้องเสียค่าบริการให้กับผู้ให้บริการทุกครั้งและผู้ให้บริการส่งข้อมูลต่างๆมาให้ โดยการระบุเงื่อนไขด้วยตัวอักษรที่มีขนาดเล็กมาก ผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 และเป็นข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนต่อประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ข้อ 3¹⁰⁰ ประกอบพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทั้งนี้เนื่องจากมีขนาดเล็กกว่า 2 มิลลิเมตร ทั้งยังเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ เนื่องจากการบังคับให้ผู้ให้บริการต้องชำระค่าบริการ ไม่ว่าผู้ใช้บริการจะได้เข้าใช้บริการ เปิดข้อความ

100

ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ข้อ 3 บัญญัติว่า “สัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องมีข้อความภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจนมีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร...”

หรือเข้าไปตามลิงค์¹⁰¹ (Link) ของผู้ให้บริการนั้นหรือไม่ก็ตาม เพราะเพียงผู้ให้บริการส่งข้อความใดๆเข้ามาผู้ใช้บริการก็จะถูกหักเงินค่าบริการแล้ว ไม่ว่าผู้ใช้บริการจะต้องการหรือไม่ ดังนั้น จึงต้องถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 จัตวา¹⁰² เมื่อปราศจากข้อสัญญาเช่นว่านั้นผู้ให้บริการก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ให้บริการจากการส่งข้อความใดๆของผู้ให้บริการ การส่งข้อความของผู้ให้บริการย่อมเป็นเพียงแค่การแสดงเจตนาทำคำเสนอ หรือคำโฆษณาเชิญชวนเท่านั้น เมื่อผู้ใช้บริการมิได้มีการแสดงเจตนาสนองกลับ หรือมีการตอบรับใดๆกลับไปยังผู้ให้บริการย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการทำนิติสัมพันธ์ใดๆต่อกันระหว่างผู้ให้บริการกับผู้บริโภค ดังนั้น ผู้ให้บริการจึงไม่มีมูลหนี้ใดๆที่จะเรียกร้องให้ผู้บริโภคชำระได้ การที่ผู้ให้บริการได้รับเงินไปจากการกระทำดังกล่าวก็เป็นการได้รับเงินไปในฐานะลามิควรได้ จึงต้องคืนเงินนั้นให้แก่ผู้ใช้บริการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406 ทั้งนี้ หากผู้ใช้บริการไม่ได้รับคำตอบหรือการแก้ไขเยียวยาความเสียหายใดๆจากผู้ให้บริการ ผู้บริโภคสามารถร้องเรียนไปที่สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม (สบท.) คณะกรรมการสถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม (คบท.) คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) และร้องเรียนต่อคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ที่ได้บัญญัติสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมไว้

จากการศึกษาค้นคว้า ในต่างประเทศนั้น ในกรณีการขายเนื้อหาทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Content) ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ไม่พึงประสงค์ในประเทศเยอรมันนั้น ตามมาตรา 241a แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเยอรมัน (BGB) ได้คุ้มครองผู้บริโภคจากการได้รับสินค้าหรือบริการที่ไม่ได้สั่งซื้อ และแนวปฏิบัติว่าด้วยการค้าที่ไม่เป็นธรรมของคณะกรรมการยุโรป (European Commission's Unfair Commercial Practices) ใน Directive (2005/29/EC) ก็ครอบคลุมถึงการขายเนื้อหาทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Content) ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ไม่พึงประสงค์ ในประเทศสหรัฐอเมริกา สมาคมการตลาดผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Marketing Association: MMA) ได้รับเอาหลักเกณฑ์ 5 ข้อ ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าหรือบริการทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Code of conduct for mobile

¹⁰¹ คือ ระบบการเชื่อมต่อข้อมูลข่าวสาร

¹⁰² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 จัตวา บัญญัติว่า “เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใดตามมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น”

marketing) มาปรับใช้ ซึ่งกำหนดให้ผู้บริโภคจะต้องเลือกให้ความยินยอมกับทุกรายการการส่งข้อความทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ (mobile messaging programs) ที่จะได้รับและ/หรือถูกเสนอ บริการ เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการเสนอขายที่ไม่พึงประสงค์ ซึ่งประเทศแคนาดา เดนมาร์ก และออสเตรเลีย ก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้สำหรับบริการข้อมูลเสริมพิเศษ (Premium Content) ต่างๆผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วย

ดังนั้น ในการแก้ไขปัญหการยึดเยียดบริการ หรือการขายที่ไม่พึงประสงค์ ผู้เขียน เห็นควรกำหนดว่า หากผู้ให้บริการทำการหักเงินของผู้ใช้บริการไปไม่ว่าโดยผิดพลาดหรือไม่ก็ตาม ต้องทำการยืนยันไปยังผู้ให้บริการอย่างน้อย 2 ครั้ง และบังคับให้ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีปุ่มให้ผู้ให้บริการทักท้วง หรือเลิกสัญญาได้ง่าย โดยผู้ให้บริการต้องแสดงปุ่มทักท้วง หรือปฏิเสธไว้ที่หน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่เสมอ ว่าหากผู้ให้บริการไม่ต้องการรับข้อมูลหรือบริการ หรือการหักเงินดังกล่าวไม่ถูกต้องให้กดปุ่มนั้นได้ทันที โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 25/1¹⁰³

7. ข้อมูลส่วนบุคคล (Data Protection)

สิ่งสำคัญของธุรกิจการทำธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (m-commerce) ซึ่งมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจแบบขายตรงก็คือ ธุรกิจดังกล่าวต้องมีกลุ่มเป้าหมาย หรือฐานข้อมูลของลูกค้า ดังนั้น ข้อมูลส่วนบุคคลจึงมีความสำคัญมาก ซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลนี้ได้มีการให้คำนิยามไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม¹⁰⁴ กับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.¹⁰⁵

¹⁰³ ใน น. 180 และ 208.

¹⁰⁴ ตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม ข้อ 1 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้

“ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลผู้ใช้เลขหมายโทรคมนาคม ข้อเท็จจริงรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ให้บริการที่สามารถระบุตัวผู้ให้บริการหรืออาจจะระบุตัวผู้ให้บริการนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ข้อมูลการใช้บริการ เลขหมายโทรคมนาคม รวมทั้งพฤติกรรมการใช้บริการโทรคมนาคมของผู้ใช้บริการ แต่ไม่รวมถึงข้อมูลทางเทคนิคที่ใช้เท่าที่จำเป็น เพื่อประโยชน์ในการ

อันสรุปได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลคือ ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล ที่สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม สาเหตุที่ข้อมูลส่วนบุคคลมีความสำคัญต่อธุรกิจการทำธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (m-commerce) เพราะข้อมูลส่วนบุคคลเป็นประโยชน์ต่อการวิเคราะห์พฤติกรรมของผู้ใช้บริการที่มีต่อสินค้าและบริการ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถคาดหมายแนวโน้มสินค้าหรือบริการที่ตอบสนองความต้องการของลูกค้าได้ดีขึ้น เพื่อใช้ส่งข้อมูลโฆษณาต่างๆให้ตรงกลุ่มเป้าหมายของผู้ใช้บริการ แต่ความเจริญและความแพร่หลายของเทคโนโลยี ทำให้การจัดเก็บ การส่ง การใช้ และการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำได้อย่างสะดวก รวดเร็ว และง่ายต่อการนำไปใช้ในทางมิชอบ และบางครั้งอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับการเก็บรักษา และการโอน หรือส่งข้อมูลไปให้แก่บุคคลที่สาม ซึ่งปัญหาที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลสามารถแบ่งได้เป็น 2 ปัญหาหลัก คือ

7.1 การขายข้อมูลส่วนบุคคล

เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการบางคนจะได้รับข้อความ (SMS) เสนอขายสินค้าหรือบริการในราคาพิเศษ เสนอให้สมัครเข้าเป็นสมาชิกกิจกรรมบางอย่างโดยไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขปกติ เป็นต้น ซึ่งผู้รับข้อความ (SMS) นั้นก็คงรู้สึกว่ เหตุใดจึงได้รับสิทธิพิเศษเช่นนั้น ซึ่งก็คาดหมายได้ไม่ยากนักว่ ข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับสถานะทางการเงิน สถานะทางสังคม ของผู้รับข้อความ (SMS) นั้นถูกผู้ส่งจดหมายล่วงรู้ แต่มีปัญหาว่ ผู้ส่งข้อความ (SMS) ล่วงรู้ข้อมูลเหล่านั้นได้อย่างไร อันเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องเนื่องกับปัญหาการขายที่ไม่พึงประสงค์ โดยการที่ผู้ให้บริการ หรือผู้

บริหารโครงข่ายโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์ในการติดต่อสื่อสาร และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจในการรวมของผู้รับใบอนุญาต”, โปรดดู ภาคผนวก ท.

¹⁰⁵ ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ร่างฯ ที่ฝ่ายเลขานุการฯปรับปรุงตามที่ คกก.11 มอบหมายเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 โดยหารือผู้แทนฯ มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา สถานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของบุคคลนั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะที่ทำให้รู้ตัวบุคคลนั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงคน หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย...”, โปรดดู ภาคผนวก ผ.

ประกอบธุรกิจส่งข้อความขยะ (SMS Spam or Junk SMS) หรือบางครั้งอาจถึงขั้นโทรศัพท์เข้ามายังเลขหมายของผู้ให้บริการ เพื่อขายตรงสินค้าหรือบริการโดยตรง ซึ่งสร้างความรำคาญให้แก่ผู้ให้บริการเป็นอย่างมาก

จากที่กล่าวมาข้างต้น ปัญหาการขายข้อมูลส่วนบุคคลย่อมตกอยู่ภายใต้ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม ซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 51 (11)¹⁰⁶ ประกอบพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 50¹⁰⁷ อันเป็น

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 51 (11) บัญญัติว่า “ให้กทช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้...

(11) กำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม...

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้กทช. มีอำนาจออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือข้อกำหนด

บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือข้อกำหนดใดๆ ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

การดำเนินการตาม (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) และ (14) นอกจากที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัตินี้แล้ว ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม”

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 50 บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม

ให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ปฏิบัติตามมาตรการที่คณะกรรมการกำหนดตามวรรคหนึ่ง

เมื่อพบว่าบุคคลใดกระทำการละเมิดสิทธิของผู้ใช้บริการตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้รับใบอนุญาตหรือคณะกรรมการดำเนินการเพื่อระงับการกระทำดังกล่าว และแจ้งให้ผู้ใช้บริการทราบโดยเร็ว”

บทบัญญัติที่กำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล อย่างในข้อ 6¹⁰⁸ ข้อ 7¹⁰⁹ ข้อ 10¹¹⁰ และข้อ 16¹¹¹ ที่กำหนดถึงหน้าที่ของผู้ให้บริการซึ่งเป็น

¹⁰⁸ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม ข้อ 6 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากผู้ให้บริการโดยตรง เท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการกิจการโทรคมนาคม และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ขอด้วยกฎหมาย”

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง, ข้อ 7 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องไม่เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ ดังต่อไปนี้

(1) ลักษณะพิการทางร่างกาย เว้นแต่การเก็บรวบรวมข้อมูลนั้นเพื่อประโยชน์ในการให้บริการที่เหมาะสมตามลักษณะพิการทางร่างกาย

(2) ลักษณะทางพันธุกรรม

(3) ข้อมูลที่กระทบต่อความรู้สึก หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ใช้บริการอย่างชัดเจน ตามที่คณะกรรมการกำหนด”

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง, ข้อ 10 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันและรักษาความมั่นคงปลอดภัยของ

ข้อมูลส่วนบุคคลทั้งทางด้านเทคนิคและการจัดการภายในองค์กรในรูปแบบที่เหมาะสมกับแต่ละบริการโทรคมนาคม

มาตรการป้องกันและรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลทางด้านเทคนิคให้ดำเนินการอย่างน้อย ดังต่อไปนี้

(1) ต้องปรับเปลี่ยนระบบการเข้าและการถอดรหัสที่ใช้เพื่อการรักษาความปลอดภัยของ

ข้อมูลส่วนบุคคล อย่างน้อยทุก 3 เดือน

(2) ต้องปรับระดับความปลอดภัยให้เหมาะสมกับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นตามการพัฒนาทางเทคโนโลยี”

¹¹¹ เพิ่งอ้าง, ข้อ 16 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องแจ้งให้ผู้ใช้บริการรับทราบถึงการดำเนินการตามหลักเกณฑ์ในประกาศนี้อย่างน้อย กรณีต่อไปนี้

(1) ระยะเวลาการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลตามข้อ 8

(2) สิทธิของผู้ใช้บริการตามข้อ 9

ผู้รับใบอนุญาต¹¹² ตามความในประกาศนี้ ข้อ 9¹¹³ และข้อ 17¹¹⁴ ที่กำหนดสิทธิของผู้ให้บริการ¹¹⁵

(3) จัดส่งข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการให้บุคคลใด และดำเนินการอย่างไร ตามข้อ 14

(4) หลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิของผู้ให้บริการเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพตามข้อ 15

(5) สิทธิการร้องเรียนตามข้อ 17”

¹¹² เพ็ญอ้วง, ข้อ 1 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้...

“ผู้รับใบอนุญาต” หมายความว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจากคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติและให้หมายความรวมถึงผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา จากบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) หรือ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ”

¹¹³ เพ็ญอ้วง, ข้อ 9 บัญญัติว่า “ผู้ให้บริการมีสิทธิดำเนินการภายในระยะเวลาตามหลักเกณฑ์ข้อ 8 ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ขอตรวจดู ขอสำเนาหรือขอสำเนารับรองถูกต้องเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการ

(2) ขอแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการให้ถูกต้องสมบูรณ์

(3) ขอระงับการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการ

(4) เพิกถอนความยินยอมให้ประมวลผลไม่ว่าเวลาใดก็ตาม

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่ง ให้ทำคำขอเป็นหนังสือยื่นต่อผู้รับใบอนุญาต ถ้าผู้รับใบอนุญาต ไม่ดำเนินการตามคำขอ ให้ผู้ให้บริการมีหนังสือแจ้งสำนักงานเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ให้บริการ

การดำเนินการขอสำเนารับรองถูกต้องซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนตาม (1) ผู้รับใบอนุญาตอาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการนั้นก็ได้อีก ทั้งนี้ ต้องไม่สูงจากความเป็นจริงตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด”

¹¹⁴ เพ็ญอ้วง, ข้อ 17 บัญญัติว่า “ผู้ให้บริการอาจร้องเรียนเกี่ยวกับกรณีถูกละเมิดสิทธิเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม โดยให้เป็นไปตามกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนและพิจารณาเรื่องร้องเรียนของผู้ให้บริการ”

¹¹⁵ เพ็ญอ้วง, ข้อ 1 บัญญัติว่า “ในประกาศนี้...

หรือข้อ 18¹¹⁶ ที่กำหนดมาตรการควบคุมบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามประกาศนี้ คณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) มีอำนาจดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขให้ถูกต้อง หรือมีคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) กำหนด หรือตามที่กฎหมายบัญญัติ ตามพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 55¹¹⁷ อันจะเห็นได้ว่าประกาศฉบับนี้มิได้มีการบัญญัติในเรื่องโทษของผู้กระทำความผิดไว้ มีแต่เพียงบัญญัติให้คณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) สามารถมีคำสั่งพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ให้บริการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติ

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า ผู้ให้บริการโทรคมนาคมจากผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญากับผู้รับใบอนุญาตหรือไม่ก็ตาม”

¹¹⁶ เพิ่งอ้าง, ข้อ 18 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องแจ้งรายละเอียดและกำหนดมาตรการให้บุคคลที่จัดทำรายงานผู้ให้บริการและบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้รับใบอนุญาตให้ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล และเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศนี้ แล้วแต่กรณี โดยเคร่งครัด

หากบุคคลตามวรรคหนึ่งจงใจไม่ปฏิบัติตามประกาศนี้ ผู้รับใบอนุญาตต้องควบคุมดูแลให้บุคคลดังกล่าวระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุงหรือปฏิบัติตามให้ถูกต้องเหมาะสม และผู้รับใบอนุญาตต้องผูกพันในการดำเนินการใดๆ ของบุคคลดังกล่าวเสมือนว่าผู้รับใบอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเอง”

¹¹⁷ พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 55 บัญญัติว่า “การประกอบกิจการโทรคมนาคมและการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ในกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมมิได้ประกอบกิจการภายในระยะเวลาที่ กทช. กำหนด หรือประกอบกิจการอื่นนอกจากกิจการที่ได้รับอนุญาต หรือประกอบกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่ง ที่ออกโดย กทช. หรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการประกอบกิจการ ให้ กทช. ดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขให้ถูกต้อง หรือมีคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กทช. กำหนด หรือตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ตามประกาศฉบับนี้เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นการเพียงพอต่อการที่จะป้องปรามมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น เนื่องจากการกระทำความผิดอาจเกิดจากบุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นผู้รับใบอนุญาตอันจะอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ที่จะมาพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ทั้งการพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาต ก็ย่อมไม่มีผลกระทบใดๆต่อผู้กระทำความผิดที่มีผู้รับใบอนุญาต

ทั้งนี้ แม้ในประเทศไทยจะมีกฎหมายหลายฉบับที่ควบคุมเกี่ยวกับข้อมูล โดยเฉพาะข้อมูลส่วนบุคคล แต่ก็หาครอบคลุมทั้งระบบไม่ เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันที่สำคัญที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คือ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 เป็นพระราชบัญญัติที่ครอบคลุมเฉพาะข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในครอบครองของหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงข้อมูลส่วนบุคคลของเอกชน โดยอยู่บนพื้นฐานของการเปิดเผยข้อมูลเพื่อความโปร่งใสในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ หากข้อมูลที่เปิดเผยไม่ทำให้เกิดผลกระทบในทางที่เสียหายต่อบุคคลอื่น ทั้งเป้าหมายและหลักการของพระราชบัญญัตินี้ก็ไม่อาจเอามาใช้กับข้อมูลส่วนบุคคลของเอกชนได้ เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเอกชน ต้องยึดหลักการปกป้องสิทธิของบุคคล ดังนั้น ข้อมูลส่วนบุคคลต้องได้รับการปกป้อง จะเปิดเผยได้ก็ขึ้นกับแต่ละกรณีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายบางฉบับที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในครอบครองของเอกชน แต่ก็ไม่ครอบคลุมทั้งระบบเช่นกัน เช่น ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในการครอบครองของสถาบันการเงินอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 หรือหากข้อมูลที่นำไปขาย หรือไปใช้ประโยชน์ในทางที่มีขอบ เป็นของเด็กหรือผู้เยาว์ ก็อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 27¹¹⁸ เป็นต้น จึงควรมีแต่บทบัญญัติที่รับรองไว้อย่างหลักระตือรือร้นของคู่สัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368¹¹⁹ หลักละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420¹²⁰ และกฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

¹¹⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ”

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

¹²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี

2550 มาตรา 35¹²¹ อันเป็นการคุ้มครองอย่างกว้างๆ คงระบุเพียงว่าเป็นความผิด โดยไม่ได้มีการระบุถึงมาตรการในการเยียวยาความเสียหาย มาตรการในการป้องปรามการกระทำความผิดซ้ำ หรือในการลงโทษผู้กระทำความผิดเอาไว้ให้ชัดเจน กับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ซึ่งบัญญัติไว้ในแนวทางเดียวกันกับประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม อย่างในมาตรา 15¹²²

อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

¹²¹ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 35 บัญญัติว่า "สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ"

¹²² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 15 บัญญัติว่า "ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะกระทำการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอม เว้นแต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นบัญญัติให้กระทำได้

การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย และการขอความยินยอมนั้นต้องไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว

เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะเพิกถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้หากไม่มีกฎหมายหรือสัญญาใดจำกัดสิทธิในการเพิกถอนหรือผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิปฏิเสธคำขอเพิกถอนความยินยอมนั้นได้ตามพระราชบัญญัตินี้หรือได้ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลไม่ปรากฏชื่อหรือสิ่งบอกลักษณะที่ทำให้รู้ตัวเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว ทั้งนี้ ในกรณีที่การเพิกถอนความยินยอมส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องใด ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงผลกระทบจากการเพิกถอนความยินยอมนั้น"

มาตรา 17¹²³ มาตรา 18¹²⁴ มาตรา 23¹²⁵ มาตรา 24¹²⁶ มาตรา 26¹²⁷ เป็นต้น ที่กล่าวถึงสิทธิ หน้าที่

¹²³ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 17 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ก่อนหรือขณะที่เก็บรวบรวม

การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้ตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่

(1) ได้แจ้งวัตถุประสงค์ใหม่นั้นให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบและได้รับความยินยอมก่อนเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยแล้ว

(2) บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นบัญญัติให้กระทำได้

การแจ้งวัตถุประสงค์นั้นต้องแจ้งให้ทราบถึงวิธีการเก็บรวบรวม วิธีการใช้ หรือวิธีการเปิดเผยด้วยโดยชัดแจ้ง”

¹²⁴ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 18 บัญญัติว่า “การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีดังต่อไปนี้ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้รับยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(1) เป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย

(2) เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและการขอความยินยอมไม่สามารถดำเนินการได้ในเวลานั้น

(3) เป็นไปเพื่อประโยชน์ที่เกี่ยวกับชีวิต สุขภาพ หรือความปลอดภัยของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(4) เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่การสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือการพิจารณาคดีของศาล

(5) เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัยหรือสถิติและได้เก็บข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการนั้นไว้เป็นความลับ ทั้งนี้ ต้องแจ้งให้สำนักงานทราบก่อนที่จะเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงานประกาศกำหนด

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

¹²⁵ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในการเก็บรวบรวมให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลแจ้งต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบก่อนหรือในขณะที่จะดำเนินการถึงรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(1) ชื่อ สถานที่ทำการ และสถานภาพของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลประเภทซึ่งประกอบกิจการเชิงธุรกิจหรือการพาณิชย์หรือไม่

(2) วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ใน มาตรา 17

(3) ประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลที่มีการเก็บรวบรวมว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลตาม มาตรา 22 หรือไม่

(4) กำหนดระยะเวลาในการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล

(5) สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 42

(6) รายละเอียดอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

¹²⁶ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 24 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะใช้ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของตนไม่ได้ เว้นแต่

(1) ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(2) เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมได้ตามมาตรา 21 (2) (3) (4) หรือ (5) และใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ที่เก็บรวบรวม

(3) มีความจำเป็นอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

¹²⁷ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 26 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของตนไม่ได้ เว้นแต่

(1) ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(2) เปิดเผยต่อหน่วยงานของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ว่าความแทนในคดีใดคดีหนึ่งหรือได้รับมอบอำนาจทั่วไปให้กระทำการแทนผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

(3) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียกเก็บหนี้ซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องชำระให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

(4) เปิดเผยแก่หน่วยงานที่มีหน้าที่รักษาข้อมูลส่วนบุคคลไว้เป็นประวัติศาสตร์

(5) เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐร้องขอในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเกี่ยวข้องกับมั่นคงของประเทศหรือกิจการระหว่างประเทศ

(6) เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมได้ตามมาตรา 21 (2) หรือ (5)

และข้อจำกัดของผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล¹²⁸ โดยได้บัญญัติควบคุมมิให้ผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการไปใช้หรือเปิดเผยโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล¹²⁹ นั้นก่อน และต้องแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบถึงรายละเอียดต่างๆ ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล เช่น รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล วัตถุประสงค์ ระยะเวลาในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล และสิทธิต่างๆ ของผู้ให้บริการซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เป็นต้น มาตรา 31¹³⁰ ที่บัญญัติให้ผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องจัดการลบ หรือทำลายข้อมูล

(7) มีความจำเป็นอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่งผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องเปิดเผยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นโดยตรงเท่าที่จำเป็นและเหมาะสมแก่การนั้น”

¹²⁸ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ผู้ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการเก็บรวบรวม ควบคุมการใช้และการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้”

¹²⁹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” ให้หมายความรวมถึง

(1) ทายาทหรือคู่สมรสของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย

(2) ผู้ซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

¹³⁰ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 31 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ได้เท่าระยะเวลาที่กำหนดในมาตรา 23 (4) หรือเท่าที่จำเป็นตามวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาหรือหมดความจำเป็นในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่งหรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพิกถอนความยินยอม ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจัดการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลนั้นหรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่ปรากฏชื่อหรือสิ่งบอก

ส่วนบุคคลนั้น หรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่ปรากฏชื่อหรือสิ่งบอกลักษณะที่ทำให้รู้ตัว
ผู้ให้บริการเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลภายใน 30 วันนับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลา หรือหมด
ความจำเป็น หรือได้รับแจ้งการเพิกถอนความยินยอมแล้วแต่กรณี มาตรา 32¹³¹ ที่บัญญัติให้ผู้
ให้บริการซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ต้องจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยให้แก่ข้อมูลส่วน
บุคคลตามความเหมาะสม เพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปใช้ หรือเปิดเผยโดยไม่เหมาะสม หรือเป็น
ผลร้ายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล มาตรา 42¹³² และมาตรา 47¹³³ ที่บัญญัติถึงสิทธิของเจ้าของ

ลักษณะที่ทำให้รู้ตัวเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลา
หรือหมดความจำเป็นหรือได้รับแจ้งการเพิกถอนความยินยอม แล้วแต่กรณี

ในกรณีที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้นที่
ต้องเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวไว้เพื่อเป็นสถิติหรือการศึกษาวิจัย ผู้ควบคุมข้อมูลส่วน
บุคคลจะไม่จัดการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลนั้นก็ได้ แต่ต้องมีหนังสือแจ้งเจ้าของข้อมูลส่วน
บุคคลนั้นเพื่อขอความยินยอมเป็นหนังสือ”

¹³¹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 32 บัญญัติว่า “ผู้
ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยให้แก่ข้อมูลส่วนบุคคลตามความ
เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปใช้หรือเปิดเผยโดยไม่เหมาะสมหรือเป็นผลร้ายต่อเจ้าของ
ข้อมูลส่วนบุคคล...

คณะกรรมการจะประกาศกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องจัดให้มีระบบ
รักษาความปลอดภัยอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพให้แก่ข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่ง
หรือวรรคสองเพิ่มขึ้นด้วยก็ได้”

¹³² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 42 บัญญัติว่า
“เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิดังต่อไปนี้

(1) ขอตรวจดูข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ขอสำเนาหรือสำเนาที่ได้รับรองความ
ถูกต้องของข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวได้

(2) ขอให้แจ้งถึงการมีอยู่ การใช้ หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน

(3) ขอให้ดำเนินการแก้ไขข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนให้ถูกต้อง ครบถ้วน และเป็น
ปัจจุบัน

(4) ขอให้ระงับการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนในกรณีที่ข้อมูลส่วน
บุคคลที่เกี่ยวกับตนไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง

ข้อมูลส่วนบุคคล มาตรา 43¹³⁴ ที่บัญญัติถึงกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถปฏิเสธคำขอ

(5) ขอให้ดำเนินการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการเก็บรวบรวมหรือที่ไม่เกี่ยวข้องหรือเกินกว่าความจำเป็นตามวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น

(6) ขอให้เปิดเผยถึงการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ในกรณีเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวม”

¹³³ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 47 บัญญัติว่า “เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิร้องเรียนต่อคณะกรรมการในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือลูกจ้าง หรือผู้รับจ้างของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน

การยื่นคำร้องเรียน การส่งคำร้องเรียนให้คณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคล วิธีพิจารณาคำร้องเรียน ระยะเวลาและการขยายระยะเวลาพิจารณาคำร้องเรียน การตรวจสอบ การไกล่เกลี่ย และการไม่รับเรื่องร้องเรียนไว้พิจารณาหรือการยุติเรื่องร้องเรียนให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

¹³⁴ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 43 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องปฏิบัติตามคำขอตามมาตรา 42 และจะปฏิเสธคำขอได้เฉพาะในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การดำเนินการตามคำขอนั้นต้องเสียค่าใช้จ่ายมากจนเกินสมควร
- (2) เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่สามารถปฏิเสธคำขอได้ตามกฎหมาย
- (3) กรณีอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลปฏิเสธคำขอใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจัดทำรายการแสดงการปฏิเสธคำขอดังกล่าวพร้อมด้วยเหตุผลไว้ด้วย และให้นำความในมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ รายการแสดงการปฏิเสธคำขอให้หมายความรวมถึงกรณีที่อยู่ระหว่างการโต้แย้งถึงความถูกต้อง ครบถ้วน หรือเป็นปัจจุบันของข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

เมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีคำขอตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการให้เป็นไปตามคำขอภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ การขยายระยะเวลาดำเนินการให้เป็นไปตามคำขอ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ทั้งนี้

ใช้สิทธิของผู้ใช้บริการเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ มาตรา 46¹³⁵ บัญญัติถึงการร้องเรียน การตรวจสอบ การควบคุม และมาตรา 44¹³⁶ มาตรา 52¹³⁷ มาตรา 55¹³⁸ มาตรา 57¹³⁹ มาตรา 60¹⁴⁰

ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีคำขอตามมาตรา 42 เป็นคนพิการ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องดำเนินการให้สามารถใช้สิทธิตามคำขอได้อย่างเหมาะสมกับสภาพความพิการนั้น

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับการเข้าตรวจดู สำหรับสำเนาหรือสำเนาที่ได้รับรองความถูกต้องของข้อมูลส่วนบุคคลได้ แต่ไม่เกินอัตราที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

¹³⁵ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 46 บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคลขึ้น โดยมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาเรื่องร้องเรียนตามพระราชบัญญัตินี้

(2) ตรวจสอบการกระทำใดๆ ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือลูกจ้างหรือผู้รับจ้างของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(3) ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

(4) รายงานผลการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้ต่อคณะกรรมการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

(5) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคลหรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

คณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคลตามวรรคหนึ่งจะมีจำนวนหลายคนก็ได้ ตามความเชี่ยวชาญในแต่ละเรื่องหรือตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร ทั้งนี้ คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม วาระการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง การประชุม และการดำเนินงานอื่นของคณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคลให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

¹³⁶ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 44 บัญญัติว่า “ผู้ใดเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ ทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับความเสียหาย ผู้นั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น เว้นแต่

(1) ผู้นั้นจะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย

(2) เป็นการกระทำตามกฎหมายหรือตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

(3) เป็นการกระทำตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

(4) ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง

คำสั่งใหม่ทดแทนตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงค่าใช้จ่ายที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ใช้จ่ายไปตามความจำเป็นแก่การป้องกันหรือระงับความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย”

¹³⁷ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 52 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้เป็นผู้ประกอบการตามกฎหมายอื่นด้วย คณะกรรมการอาจเสนอความเห็นต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมหรือกำกับดูแลการประกอบการของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น เพื่อให้มีคำสั่งให้หยุดประกอบการ พักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการหรือมาตรการอื่นใดทำนองเดียวกันตามกฎหมายอื่นนั้นก็ได้

การเสนอความเห็นของคณะกรรมการเพื่อให้หน่วยงานมีคำสั่งตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

¹³⁸ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 55 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น”

¹³⁹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 57 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 20 วรรคหนึ่ง มาตรา 23 มาตรา 26 วรรคสอง มาตรา 31 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง มาตรา 32 วรรคหนึ่ง มาตรา 33 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม หรือมาตรา 43 วรรคสอง หรือไม่แจ้งตามมาตรา 15 วรรคสาม มาตรา 21 วรรคสอง หรือมาตรา 31 วรรคสาม หรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมที่คณะกรรมการประกาศกำหนดตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง หรือไม่จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง เพิ่มขึ้นตามประกาศที่ออกตามมาตรา 32 วรรคสาม หรือปฏิเสธคำขอโดยไม่เป็นไปตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง หรือไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามคำขอภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือไม่ดำเนินการให้เหมาะสมกับสภาพความพิการตามมาตรา 43 วรรคสาม หรือไม่คืนเครื่องหมายตามมาตรา 54 วรรคหก ต้องระวางโทษปรับทางปกครองไม่เกินหนึ่งแสนบาท”

มาตรา 61¹⁴¹ มาตรา 65¹⁴² และมาตรา 66¹⁴³ ซึ่งบัญญัติถึงความรับผิดชอบกรณีฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัตินี้ หรือประกาศที่ออกตามร่างพระราชบัญญัติ หรือตามกฎหมายอื่น และบทกำหนดโทษ เป็นต้น แต่ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ดังกล่าวนี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งยังไม่แล้วเสร็จ เนื่องจากมีประเด็นต่างๆ ที่ยังต้องศึกษาและทำความเข้าใจ ไม่ว่าจะเป็นความหมายของคำว่า "ข้อมูลส่วนบุคคล" ถ้าเป็นแค่ชื่อ และ นามสกุล ยังไม่ถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคล เป็นแค่ข้อมูลทั่วไป แต่หากว่ามีที่อยู่ติดต่อได้

¹⁴⁰ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 60 บัญญัติว่า “ผู้ใดไม่มาให้ถ้อยคำหรือส่งวัตถุ เอกสาร หรือพยานหลักฐานแก่คณะกรรมการ คณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หรือคณะอนุกรรมการตามมาตรา 14 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁴¹ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 61 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง มาตรา 22 วรรคหนึ่ง มาตรา 24 มาตรา 25 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง มาตรา 27 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 30 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 32 วรรคสอง หรือไม่จัดให้มีระบบความปลอดภัยตามมาตรา 32 วรรคสอง เพิ่มขึ้นตามประกาศที่ออกตามมาตรา 32 วรรคสามต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท”

¹⁴² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 65 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใดๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพื่อให้ผู้อื่นเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลทางสิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁴³ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มาตรา 66 บัญญัติว่า “บรรดาความผิดตามส่วนนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือความผิดตามมาตรา 60 ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบความผิดที่รัฐมนตรีแต่งตั้งมีอำนาจเปรียบเทียบได้

คณะกรรมการเปรียบเทียบที่รัฐมนตรีแต่งตั้งตามวรรคหนึ่งให้มีจำนวนสามคน ซึ่งคนหนึ่งต้องเป็นพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เมื่อผู้กระทำความผิดได้เสียค่าปรับตามที่เปรียบเทียบแล้ว ให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”

หรือมีเบอร์โทรศัพท์ รวมเข้าไปด้วย หรือมีข้อมูลเช่น การศึกษา หรือประวัติอื่นๆ ย่อมเข้าข่ายเป็นข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายนี้ จึงยังมีปัญหาที่ต้องตีความในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเว็บไซต์ (Website) และธุรกิจออนไลน์ (Online) เช่น หากมีที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) แต่ไม่ปรากฏชื่อถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ หรือมีเบอร์โทรศัพท์เพื่อยิงข้อความสั้น (SMS) แต่ไม่มีรายละเอียดเรื่องชื่อนามสกุล จะเข้าข่ายข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ หรือคำว่า "ผู้ควบคุมข้อมูล" หมายความว่า ผู้ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการรวบรวม ควบคุมการใช้และการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ แต่สำหรับเว็บไซต์ (Website) หากทำระบบสมาชิก ให้ใส่ชื่อนามสกุล เพศ การศึกษา ย่อมเข้าข่ายผู้ควบคุมข้อมูลทันที ปัญหาก็คือ การกรอกบนเว็บไม่อาจพิสูจน์ได้ว่า ที่มีผู้กรอกนั้นเป็นของบุคคลนั้นจริงหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ปลอมตัวเป็นดารา หรือคนดังไปลง (Post) ข้อมูลทั้งหมดของตัวจริงไว้ทั้งชื่อ นามสกุล เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เป็นต้น แต่ไม่ใช่เจ้าของข้อมูลตัวจริง ข้อมูลที่เปิดเผยย่อมเสี่ยงต่อการถูกร้องเรียนว่านำข้อมูลส่วนบุคคลไปเปิดเผยโดยไม่ได้รับความยินยอม และปัญหาในทางปฏิบัติสำหรับธุรกิจออนไลน์ (Online) ในเรื่องการให้ความยินยอมเป็นหนังสือ เนื่องจากไม่ทราบตัวตนที่แท้จริงของเจ้าของข้อมูล และในการทำธุรกรรมออนไลน์ (Online) ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ก็ไม่มี การทำเป็นหนังสือ เป็นต้น ซึ่งจากปัญหาต่างๆ ที่กล่าวมา ยังคงเป็นช่องโหว่ของกฎหมายนี้ที่ยังไม่มีความชัดเจน จึงทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยยังไม่เป็นการเพียงพอในการคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของผู้ใช้บริการ ที่จะนำมาปรับกับปัญหาการขายข้อมูลส่วนบุคคลนี้ได้

ในส่วนของแต่ละประเทศนั้น แนวการปฏิบัติด้านการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวขององค์กรความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD Privacy Guidelines) (ในย่อหน้า 7) ได้แนะนำว่า ข้อมูลส่วนบุคคล (personal data) อันรวมถึงข้อมูลตำแหน่งของผู้ใช้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ (location information for mobile users) ควรจะถูกจัดเก็บในสถานที่ที่เหมาะสมกับความรู้หรือความยินยอมของเจ้าของข้อมูลนั้นๆ และกลุ่มเจรจาผู้บริโภคสองฟากฝั่งมหาสมุทรแอตแลนติก (Trans-Atlantic Consumer Dialogue: TACD) ได้แนะนำว่า การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลใดใดก็ตามซึ่งอาจรวมถึงข้อมูลตำแหน่ง โดยที่ผู้บริโภคมิได้ให้ความตกลงไว้โดยชัดแจ้งสมควรที่จะถูกห้าม กลุ่มคณะทำงานระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลทางโทรคมนาคม (International Working Group on Data Protection in Telecommunications) ได้แนะนำว่า ในส่วนการให้ข้อมูลตำแหน่ง (location information) สามารถทำได้ในลักษณะที่เป็นบริการเสริม (value added services) เฉพาะเมื่อผู้ใช้บริการได้ให้ความยินยอมในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง และในหลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Directive on Privacy and

Electronic Communications) ของสหภาพยุโรปใน มาตรา 9 กำหนดว่า สำหรับข้อกำหนดของ บริการระบุพิกัดตำแหน่ง (provision of location-based services) ให้แสดงความยินยอม (opt-in consent) ของผู้ให้บริการ และเพื่อที่จะได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการ (service provider) จะต้องแจ้งแก่สมาชิกว่าข้อมูลตำแหน่งประเภทไหนจะถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์อะไร และใช้ช่วงเวลาใด และข้อมูลดังกล่าวจะถูกส่งไปยังบุคคลที่สามเพื่อวัตถุประสงค์ในการ ให้บริการอื่นอีกหรือไม่ ใน EC มาตรา 29 ว่าด้วยการประสานความร่วมมือกันระหว่างหน่วยงาน ด้านการคุ้มครองข้อมูล (Data Protection Working Party (2005)) ได้กำหนดเงื่อนไขที่สำคัญใน การได้รับความยินยอมในเรื่องข้อมูลตำแหน่ง (location information) ภายใต้หลักเกณฑ์การ คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Directive on Privacy and Electronic Communications (2002/58/EC)) ตามที่การประสานความร่วมมือกัน (Working Party) ได้กำหนดไว้ ความยินยอม ไม่สามารถถูกยกเป็นส่วนหนึ่งของข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปที่ถูกเสนอสำหรับการให้บริการใน การติดต่อสื่อสารทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ (electronic communications) ได้ การได้รับการ ยินยอมอาจประกอบไปด้วยข้อตกลงที่มีเงื่อนไขให้แจ้งข้อมูลเต็มรูปแบบให้แก่ผู้ให้บริการล่วงหน้า เกี่ยวกับกระบวนการระบุตำแหน่ง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับชนิดของการให้บริการ นอกจากนี้ ผู้ให้บริการ เสริมควรจะมีมาตรการที่เหมาะสม เพื่อให้แน่ใจว่าการยินยอมดังกล่าวถูกต้องตามกฎหมาย เมื่อ ขบวนการระบุตำแหน่งดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง ผู้ให้บริการควรยืนยันการเป็นสมาชิกในการใช้ บริการดังกล่าว โดยการส่งข้อความไปยังโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการหลังจากที่ผู้ให้บริการได้ ให้ความยินยอมเป็นที่เรียบร้อยแล้ว และในสหรัฐอเมริกา ภายใต้กฎหมายสหพันธรัฐ (federal legislation) ข้อมูลตำแหน่งถูกพิจารณาให้เป็นเครือข่ายข้อมูลของลูกค้า (Customer proprietary network information: CPNI) และสามารถนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากลูกค้าเท่านั้น เว้น แต่เกิดกรณีฉุกเฉินขึ้น อีกทั้ง ในประเทศญี่ปุ่น ตามแนวการปฏิบัติด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในธุรกิจโทรคมนาคมปี 1998 (The 1998 Guidelines on the Protection of Data in telecommunications Business) มาตรา 11 บุคคลที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับระบบโทรคมนาคมไม่ควร เปิดเผยข้อมูลตำแหน่งแก่บุคคลอื่น ยกเว้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่แน่นอน เช่น เมื่อเจ้าของข้อมูลนั้นได้ ให้ความยินยอม นอกจากนี้ ในประเทศเกาหลี Act on the Promotion of Information Network Utilization and Information Protection มาตรา 50 अनुมาตรา 2 หาทางปกป้องข้อมูลตำแหน่ง โดยให้ผู้ให้บริการส่งข้อความเพื่อขอรับความยินยอมจากผู้รับบริการก่อนที่จะให้บริการต่างๆ และ ในมาตรา 15 และ 40 ของข้อปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและการให้บริการระบุพิกัดตำแหน่งของ เกาหลี (Korea's new Act on the Protection and Use of Location-based Services) ได้

ผลักดันให้มีการยินยอมจากผู้รับบริการก่อนมีการจัดเก็บ การใช้ หรือการให้ข้อมูลตำแหน่ง อีกทั้งวางบทลงโทษทางอาญา รวมถึงระยะเวลาการจำคุก สำหรับผู้ละเมิดกฎดังกล่าว

ดังนั้น ผู้ใช้บริการ หรือหากเป็นกรณีที่ใช้บริการเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ ผู้ปกครองต้องตรวจสอบความน่าเชื่อถือ และนโยบายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของบริการบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ว่าการบริการที่ใช้มีนโยบายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ มีการอธิบายไว้หรือไม่ว่าข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะถูกใช้อย่างไร ระยะเวลาในการใช้และจะถูกนำไปใช้สำหรับอะไร และทำข้อตกลงไว้ก่อนล่วงหน้าเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลบนอินเทอร์เน็ต (Internet) กับบุตรหลานก่อนที่เด็กหรือผู้เยาว์จะเข้าไปใช้บริการนั้น เนื่องจากมีบริการมากมายที่ขอให้ผู้ใช้ลงทะเบียนหรือให้มอบข้อมูลส่วนตัวเพื่อรับรางวัล เช่น การเข้าใช้บริการ ร่วมชิงโชค สลาก ผลิตรายการฟรี หรือโอกาสในการเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มสนทนา ฝ่ายที่ทำการค้าก็สามารถจะเก็บรวบรวมข้อมูลของเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อทำการตลาดได้ แต่ทั้งนี้ ต้องได้รับการยินยอมอย่างถูกกฎหมายก่อนที่จะดำเนินการทำการตลาดใดๆต่อไป อย่างไรก็ดี ผู้ดูแลเว็บไซต์อาจไม่สามารถดูแลข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นความลับได้เสมอไป ถึงแม้ว่าข้อมูลเหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองจาก พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็ตาม ผู้ปกครองควรแนะนำให้เด็กหรือผู้เยาว์ให้ข้อมูลที่จำเป็นเท่านั้น และให้ระมัดระวังเมื่อทำการให้ข้อมูลส่วนบุคคลออกไป เพราะโดยปกติแล้วไม่จำเป็นจะต้องกรอกข้อมูลให้สมบูรณ์ตามที่บริการในโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือบริการอินเทอร์เน็ต (Internet) บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ร้องขอ ไม่จำเป็นต้องให้ข้อมูลทั้งหมดควรให้ข้อมูลเพียงบางส่วนเฉพาะที่จำเป็นเท่านั้น และเมื่อต้องการลงทะเบียนเพื่อรับบริการใหม่ โดยปกติผู้ให้บริการจะขออนุญาตเกี่ยวกับการขายตรง ผู้ใช้บริการสามารถตอบ "ปฏิเสธ" ตั้งแต่เริ่ม แต่ถ้าผู้ให้บริการทำการอนุญาตไปโดยบังเอิญ ก็สามารถยกเลิกได้โดยการติดต่อผู้ให้บริการ และไม่ควรที่จะบันทึกข้อมูลส่วนบุคคล หรือรหัสผ่านไว้บนโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือโปรแกรมอื่นๆที่เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต (Internet) รวมทั้งเนื่องจากการลง (Post) รูปที่ถ่ายจากกล้องบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือกล้องดิจิทัลบนอินเทอร์เน็ตสามารถทำได้อย่างรวดเร็วและง่ายดาย และหากลง (Post) รูปภาพบนอินเทอร์เน็ต (Internet) ไปแล้วก็เป็นที่ยากที่จะป้องกันการแพร่กระจาย การถูกดัดแปลง และใช้ในทางที่มีขอบ สำนวนของรูปถ่ายสามารถไปอยู่ในที่ต่างๆได้โดยง่าย และเป็นการยากที่จะลบออกไปได้หมดโดยสมบูรณ์ ดังนั้น ผู้ใช้บริการจึงควรคิดทบทวนให้ดีก่อนลง (Post) ข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับรูป อาทิ การลง (Post) รูปใครบางคน หรือข้อมูลส่วนบุคคลอื่นบนเว็บไซต์ (Website) เป็นการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นๆเสียก่อน ผู้ที่ทำการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองย่อมสามารถที่จะมีสิทธิในการตรวจสอบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตนเอง และแก้ไขให้ถูกต้องได้หาก

จำเป็น ควรระวังในการทำการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลบนเว็บไซต์ของผู้ให้บริการเอง หรือบนไดอารี่ออนไลน์ (Blog) ไม่จำเป็นต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการ จนกว่าจะรู้ว่าบุคคลใดเป็นผู้ขอข้อมูลเหล่านั้น และข้อมูลเหล่านั้นจะถูกนำไปใช้ทำอะไร

ประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาก่อน และหากยังไม่มีมาตรการแก้ไข ความเป็นส่วนตัวของคนไทยจะถูกละเมิดได้ ดังจะเห็นได้จากการที่หลายๆ ก็ได้รับจดหมายโฆษณาเสนอขายสินค้า หรือจดหมายเสนอให้สมัครเป็นสมาชิกของบริษัทห้างร้านต่างๆ เข้ามา จากบริษัทที่ไม่เคยรู้จักและทั้งที่ไม่เคยมีการติดต่อกันมาก่อนเลย แต่จดหมายเหล่านี้กลับมีการจำหน่ายชื่อผู้รับและสถานที่อยู่อย่างถูกต้อง และบางกรณีถึงขนาดโทรเข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการเลยทีเดียว ซึ่งกรณีหลังนี้ได้สร้างความตื่นตระหนกให้กับผู้รับสายจากบุคคลแปลกหน้าเป็นอย่างมาก การมุ่งหวังแต่จะทำการตลาดอย่างไม่ลืมหูลืมตากลับกลายเป็นการบุกรุก และคุกคามความเป็นส่วนตัวของบุคคล โดยที่ไม่มีแม้แต่กฎหมายที่จะคุ้มครองเลย ที่สำคัญช่องว่างทางกฎหมายนี้ยังทำให้ธุรกิจผิดกฎหมายบางชนิดนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการทำการตลาด โดยการนำข้อมูลของสมาชิกสมาคม ร้านค้า บัตรประเภทต่างๆ มาใช้เป็นข้อมูลในการหาลูกค้าในธุรกิจผิดกฎหมายบางประเภท เช่น การค้าเงิน แม้ว่าจะเป็นธุรกิจที่ผิดกฎหมายแต่ก็ยังเปิดดำเนินการอยู่ได้ ซึ่งถือเป็นอีกหนึ่งตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นถึงภัยคุกคามประชาชนโดยอาศัยช่องว่างทางกฎหมายเหล่านี้เป็นเครื่องมือ

สำหรับในอนาคตที่การแข่งขันด้านการตลาดจะยังทวีความเข้มข้นและรุนแรงมากขึ้น การใช้ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์เข้ามาเก็บข้อมูลทั้งในเรื่องของการรับ จ่ายสินค้าของผู้ใช้บริการจะทำให้สามารถรู้ถึงพฤติกรรมและนิสัยของผู้ใช้บริการเป็นรายบุคคลได้ ซึ่งข้อมูลเช่นนี้สามารถขายได้โดยจะเกิดกิจกรรมการขายตรงมากขึ้น พร้อมกับมีการเสนอสินค้าที่ถูกกับนิสัยและรสนิยมของผู้บริโภคแต่ละคน หลายคนอาจจะคิดว่าเป็นการดีที่มีบริการเหล่านี้มาให้เลือกซื้อถึงที่หน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ แต่หากพิจารณากันจริงๆ แล้ว การต้องรับมือกับจดหมายจำนวนมากๆ ก็คงเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความรำคาญได้มากที่สุดทีเดียว

7.2 ความปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล

การทำอาชญากรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบัน ซึ่งมีทั้งใช้วิธีการเปิดเว็บไซต์ (Website) เลียนแบบเว็บไซต์ (Website) ของธนาคารจริงๆ เมื่อมีการทำธุรกรรมเกิดขึ้น อาชญากรจะทำการขโมยข้อมูลบัญชีธนาคาร โดยเฉพาะทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่สามารถกระทำได้ง่ายมากขึ้น

เช่น บริการธนาคารผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Phone Banking) หรือที่เรียกว่า เอ็มแบงก์กิ้ง (M-Banking) เนื่องจากระบบนี้เป็นระบบที่เปราะบาง เพราะยังไม่มีระบบป้องกันที่เพียงพอ นอกจากนี้ยังมีการเจาะ (Hack) ระบบบัตรเติมเงินของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่อเข้าไปแก้ไขข้อมูลในฐานข้อมูล (Database) ในเรื่องของจำนวนเงิน หรือกรณีเจาะ (Hack) โดเมนเนม (Domain name)¹⁴⁴ เว็บไซต์ (Website) หลายแห่ง อาชญากรก็เข้าอินเทอร์เน็ต (Internet) ด้วยโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่อไปสวมรอยเป็นเจ้าของโดเมนเนม (Domain name) ก่อนนำโดเมนเนม (Domain name) ไปประมูลขาย ทั้งนี้ วิธีการที่พบมากที่สุด ก็คือ การส่งข้อความสั้น (SMS) เข้าโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ให้บริการ โดยจะปรากฏข้อความจูงใจให้ผู้ใช้งานทำธุรกรรม เมื่อผู้ใช้งานตอบตกลงแล้ว จะมีการดึงข้อมูลส่วนบุคคลออกมา หรือจะส่งโปรแกรมข้อมูลลงโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ให้บริการ เมื่อทำธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เครื่องผู้ให้บริการ ข้อมูลทั้งหมดจะถูกส่งผ่านไปยังเครื่องของผู้ก่ออาชญากรรมได้

จากพัฒนาการหลอกลวงของผู้กระทำความผิดทางเทคโนโลยีและสารสนเทศ ประกอบกับสถานการณ์ที่คนในปัจจุบันต้องเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งเทคโนโลยีไร้สายอย่างโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งเด็ก ผู้ใหญ่ และผู้สูงอายุ ใช้กันอย่างแพร่หลาย พบว่าเทคโนโลยีไร้สายกำลังเป็นช่องทางให้ผู้กระทำความผิดใช้หลอกลวงผู้เสียหาย อย่างสัญญาณไวร์เลส (Wireless) เทคโนโลยีสื่อสารไร้สายความเร็วสูง หรือไวร์แมกซ์ (Wi-Max) ดังนั้นการใช้เทคโนโลยีมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ความสามารถในการส่งสัญญาณได้ไกลนี้ เป็นโอกาสของผู้กระทำความผิดที่จะดักรับข้อมูลของผู้ใช้บริการได้จุดไหนก็ได้ โดยที่ล่วงรู้ได้ยากมากและกว่าจะรู้ตัว ข้อมูลของผู้ใช้บริการก็ไปปรากฏอยู่กับผู้อื่น หรือไม่ก็ตกเป็นผู้เสียหายจากการโจรกรรมไปแล้ว หากไม่มีการป้องกันที่ดีพอจากทางผู้ให้บริการ และความระมัดระวังของผู้ใช้บริการ ก็จะทำให้การก่ออาชญากรรมสูงมากขึ้น และการตามจับกุมผู้กระทำความผิดยังกระทำได้ยากขึ้นด้วย รวมทั้งกรณีการใช้หูฟัง (Hand free หรือ Smalltalk) หรือบลูทูธ (Bluetooth Headset) ซึ่งผู้ใช้งานบลูทูธ (Bluetooth Headset) อาจเสี่ยงกับการถูกขโมยข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในโทรศัพท์โดยไม่รู้ตัว และหากมีการทำธุรกรรมการเงินกับธนาคารผ่านโทรศัพท์ ซึ่งทำได้ทั้งโทรศัพท์บ้านและโทรศัพท์เคลื่อนที่ ก็อาจถูกกล่าวหาว่าขโมยใช้เครื่องมือดักจับสัญญาณการสนทนาระหว่างลูกค้ากับเจ้าหน้าที่ธนาคาร บางครั้งอาจปลอมเป็นเจ้าหน้าที่ธนาคารหลอกลวงข้อมูลสำคัญและรหัสผ่านต่างๆ ยิ่งเป็นการสนทนาผ่าน

¹⁴⁴ โดเมนเนม (Domain name) คือ ชื่อที่ถูกใช้เรียกเปิดไปยังเว็บไซต์ต่าง ๆ

นบลูทูธ (Bluetooth Headset) ด้วยแล้ว ยิ่งทำให้ผู้กระทำความผิดดักจับสัญญาณบลูทูธ (Bluetooth)¹⁴⁵ ซึ่งเปิดอยู่ตลอดเวลาได้ง่ายขึ้น

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากระบบบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ ไม่ว่าจะเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต (Internet) หรือไม่ ก็ถือเป็นระบบคอมพิวเตอร์อย่างหนึ่ง ดังนั้นการกระทำใดๆต่อระบบบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ จึงต้องตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 การเจาะระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่อเข้าไปเปลี่ยนแปลงข้อมูล บัตรเติมเงินในฐานข้อมูล (Database) ของบริษัท จึงเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 5¹⁴⁶ ที่บัญญัติถึงการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ มาตรา 7¹⁴⁷ ที่บัญญัติถึงการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ ซึ่งการกระทำที่เป็นความผิดตาม มาตรา 7 อาจต้องมีการกระทำความผิดตาม มาตรา 5 เสียก่อน และ มาตรา 9¹⁴⁸ ที่บัญญัติถึงการรบกวนข้อมูลคอมพิวเตอร์ และเมื่อการกระทำนี้ก่อให้เกิดความ

¹⁴⁵ Bluetooth คือ ระบบสื่อสารของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์แบบสองทาง ด้วยคลื่นวิทยุระยะสั้น (Short-Range Radio Links) โดยปราศจากการใช้สายเคเบิล หรือสายสัญญาณเชื่อมต่อ และไม่จำเป็นต้องใช้การเดินทางแบบเส้นตรงเหมือนกับอินฟราเรด ซึ่งถือว่าเพิ่มความสะดวกมากกว่าการเชื่อมต่อแบบอินฟราเรด ที่ใช้ในการเชื่อมต่อระหว่างโทรศัพท์เคลื่อนที่ กับอุปกรณ์ ในโทรศัพท์เคลื่อนที่รุ่นก่อนๆ และในการวิจัย ไม่ได้มุ่งเฉพาะการส่งข้อมูลเพียงอย่างเดียว แต่ยังศึกษาถึงการส่งข้อมูลที่เป็นเสียง เพื่อใช้สำหรับ Headset บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วย

¹⁴⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง โดยเฉพาะและมาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁴⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง โดยเฉพาะและมาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁴⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือ

เสียหายแก่ประชาชน ก็ย่อมเป็นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคง ตามมาตรา 12¹⁴⁹ ด้วย และวิธีการเปิดเว็บไซต์ (Website) เลียนแบบเว็บไซต์ (Website) ของธนาคารจริงๆ เมื่อมีการทำธุรกรรมเกิดขึ้น อาชญากรจะทำการขโมยข้อมูลบัญชีธนาคารของผู้ใช้บริการธนาคารผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Phone Banking) หรือที่เรียกว่า เอ็มแบงคิง (M-Banking) ก็ย่อมเป็นความผิด ตามมาตรา 14¹⁵⁰ ทั้งนี้ หากผู้ให้บริการเว็บไซต์ (Website) ใดจงใจสนับสนุน หรือยินยอมให้มีการ

บางส่วน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁴⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 9 หรือมาตรา 10

(1) ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นในทันที หรือในภายหลังและไม่ว่าจะเกิดขึ้นพร้อมกันหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

(2) เป็นการกระทำโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการบริการสาธารณะ หรือเป็นการกระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท...”

¹⁵⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

กระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบที่อยู่ในความควบคุมของตน ก็ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 15¹⁵¹ ด้วย หรือการที่ผู้ไม่ประสงค์ดีได้เก็บสัญญาณของผู้ให้บริการในการใช้ไวร์เลส (Wireless) ไวร์แม็ก (Wi-Max) และบลูทูธ (Bluetooth) ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 8¹⁵² ที่บัญญัติถึงการดักข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ และเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544 มาตรา 74¹⁵³ และผู้ให้บริการมีหน้าที่ตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม ข้อ 11¹⁵⁴ ซึ่งหากผู้ให้บริการฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตาม คณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคม

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)”

¹⁵¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 บัญญัติว่า “ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14”

¹⁵² พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีได้มิไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁵³ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544 มาตรา 74 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ เพื่อดักจับไว้ ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผยข้อความข่าวสาร หรือข้อมูลอื่นใดที่มีการสื่อสารทางโทรคมนาคมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁵⁴ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม ข้อ 11 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องสร้างความเชื่อมั่นในการติดต่อสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม โดยจะกระทำไม่ได้และจัดให้มีระบบป้องกันการกระทำดังต่อไปนี้”

แห่งชาติ (กทช.) มีอำนาจดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขให้ถูกต้อง หรือมีคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) กำหนด หรือตามที่กฎหมายบัญญัติ ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2543 มาตรา 55¹⁵⁵ ส่วนการที่ผู้ไม่ประสงค์ดีปลอมเป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์ไปหาธนาคารเพื่อขอกู้ยืมเงิน ซึ่งธนาคารก็มีการยืนยันแล้วพบว่าเป็นเจ้าของบัญชี เนื่องจากผู้ไม่ประสงค์ดีมีข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ จึงโอนเงินให้ผู้ให้บริการ จากนั้นผู้ไม่ประสงค์ดีจะโทรศัพท์ไปหาผู้ให้บริการโดยครั้งนี้จะหลอกหลวงว่าเป็นพนักงานธนาคารทำการโอนเงินให้ผิดบัญชี ขอให้โอนกลับไปยังบัญชีอื่น ซึ่งบัญชีนั้นเป็นของผู้ไม่ประสงค์ดี แล้วจึงมาทราบบนภายหลังกลายเป็นว่าผู้ให้บริการได้ทำการกู้เงินจากธนาคาร ดังนี้ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341¹⁵⁶ อันเป็นความผิดฐานฉ้อโกง โดยการ

(1) ดักฟัง ตรวจจกักสัญญาณ หรือเปิดเผยสิ่งสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม ที่บุคคลติดต่อถึงกันไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ๆ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และปฏิบัติครบถ้วนตามกระบวนการที่กฎหมายนั้นบัญญัติ...”

¹⁵⁵ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2543 มาตรา 55 บัญญัติว่า “การประกอบกิจการโทรคมนาคมและการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ในกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมมิได้ประกอบกิจการภายในระยะเวลาที่ กทช. กำหนด หรือประกอบกิจการอื่นนอกจากกิจการที่ได้รับอนุญาต หรือประกอบกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่ง ที่ออกโดย กทช. หรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการประกอบกิจการ ให้ กทช. ดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขให้ถูกต้อง หรือมีคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กทช. กำหนด หรือตามที่กฎหมายบัญญัติ”

¹⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยทุจริต หลอกหลวงผู้อื่น ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกหลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกหลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกหลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

หลอกลวงธนาคารและผู้ให้บริการด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ซึ่งการหลอกลวงนี้ทำให้ได้รับทรัพย์สินไปจากธนาคารและผู้ให้บริการ และเนื่องจากการฉ้อโกงนี้กระทำโดยผู้ไม่ประสงค์ดีแสดงตนเป็นบุคคลอื่น คือแสดงตนเป็นผู้ให้บริการ และแสดงตนเป็นเจ้าของที่ของธนาคาร จึงต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 342¹⁵⁷ และหากผู้ไม่ประสงค์ดีคนใดนำข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้ไปจากผู้ให้บริการมาชุกกรโชกทรัพย์ ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 337 อันเป็นความผิดฐานกรโชก โดยข่มขืนใจผู้อื่นให้ยอมให้ หรือยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน โดยผู้เชื่อกว่าจะทำอันตรายต่อชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เช็ก หรือของบุคคลที่สาม จนผู้ถูกขู่เช็กยอมเช่นนั้น ทั้งนี้หากเป็นการข่มขืนใจโดยผู้เช็กจะเปิดเผยความลับ ซึ่งจะทำให้ผู้ถูกขู่เช็ก หรือบุคคลที่สามเสียหาย จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 338 อันเป็นความผิดฐานริดเอาทรัพย์

สำหรับในส่วนของการป้องกันปัญหาดังกล่าว ขณะนี้ยังไม่สามารถที่จะป้องกันได้ เพราะในส่วนงานด้านการประชาสัมพันธ์ในเรื่องดังกล่าวยังไม่มากพอ จึงทำให้ผู้ให้บริการขาดความรู้ และข้อควรระมัดระวังในการใช้ที่ถูกต้องเหมาะสม ดังนั้นตัวผู้ให้บริการต้องใช้ความระมัดระวังอย่างรอบคอบในการตอบรับข้อความ อาทิเช่น หากได้รับข้อความจากธนาคาร ให้ติดต่อโดยตรงกับธนาคารเท่านั้น ไม่ควรทำธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่โดยเด็ดขาด ผู้ใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ควรมีความตระหนักต่อความเสี่ยงของการหลอกลวงนี้ และตรวจสอบความน่าเชื่อถือของคู่สนทนาว่ามีความน่าเชื่อถือหรือไม่ ไม่ควรรับสายโทรศัพท์ที่ไม่แน่ใจ และควรเก็บข้อมูลการโทรศัพท์ เช่นหมายเลขโทรศัพท์ วันและเวลาที่ใช้ เพื่อใช้อ้างอิงเวลาเกิดเหตุการณ์การละเมิดความปลอดภัย หากไม่แน่ใจว่าถูกล่อลวงทางการเงินหรือไม่ ให้ทำการติดต่อไปยังธนาคารผ่านทางศูนย์บริการลูกค้า (Call Center) เพื่อตรวจสอบ และหาทางระงับการโอนเงินในกรณีที่พบว่าถูกหลอกลวง และในการใช้ระบบสื่อสารไร้สายในเรื่องการใช้ไวร์เลส (Wireless) และบลูทูธ (Bluetooth) ว่าไม่ควรเชื่อมต่อกับระบบไวร์เลส (Wireless) กับเครื่องคอมพิวเตอร์หรือนิตบุ๊ก (Notebook) ที่มีข้อมูลสำคัญ หากจะเก็บข้อมูลสำคัญควรเก็บไว้ในที่ซึ่งผู้เจาะระบบข้อมูล (Hacker) เข้าถึงยาก เช่น แฟลชไดร์ (flash drive) เอ็กเทิร์นอลฮาร์ดดิสก์ (External Hard

¹⁵⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 342 บัญญัติว่า “ถ้าในการกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ผู้กระทำ

(1) แสดงตนเป็นคนอื่น...

ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

disk)¹⁵⁸ ซีดี (CD) และควรเข้ารหัสข้อมูลที่สำคัญ เป็นต้น หากนำไปใช้ในที่สาธารณะผู้ใช้บริการควรระมัดระวังเป็นพิเศษ ส่วนกรณีของผู้ใช้บริการที่จำเป็นต้องใช้บลูทูธ (Bluetooth) ไม่ควรเก็บข้อมูลที่สำคัญ หรือเป็นความลับไว้ในโทรศัพท์ เมื่อไม่มีความจำเป็นต้องใช้บลูทูธ (Bluetooth) ก็ให้ปิดสัญญาณ และหากมีความจำเป็นต้องทำธุรกรรมการเงินกับธนาคาร ก็ไม่ควรจะใช้ในที่สาธารณะจะปลอดภัยที่สุด

ในส่วนนี้ต่างประเทศ ในสหภาพยุโรป หลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Directive on Privacy and Electronic Communications) ได้มีการกำหนดถึงประเด็นนี้ไว้ โดยเฉพาะ (EC มาตรา 29 Working Party, 2005) ว่าข้อมูลตำแหน่งอาจเพียงแค่ใช้ดำเนินการสำหรับช่วงเวลาที่เป็นสำหรับการจัดเตรียมบริการเสริม (Directive 2002/58/EC มาตรา 9(1)) ตามที่ EC มาตรา 29 ว่าด้วยการประสานความร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานด้านการคุ้มครองข้อมูล (Data Protection Working Party (2005)) ได้ระบุไว้มีข้อสังเกตว่า ผู้ให้บริการไม่สิทธิที่จะเก็บข้อมูลตำแหน่งของผู้ใช้บริการซึ่งเคยนำมาใช้ในการให้บริการแล้วครั้งหนึ่งไว้ แต่ถ้าหากผู้ให้บริการต้องการเก็บบันทึกข้อมูลตำแหน่งของผู้ใช้บริการไว้ ก็จะต้องทำให้ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่ไม่มีการระบุชื่อ หรือข้อมูลนิรนามเสียก่อน (data anonymous) ในฟินแลนด์ ข้อมูลที่ไม่สามารถระบุที่มาที่ไปได้และไม่สามารถเชื่อมต่อกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้โดยเฉพาะอาจจะสามารถใช้ได้อย่างอิสระ แม้ข้อมูลดังกล่าวอาจยังไม่เชื่อมต่อกับบุคคลใดก็ตาม บริษัทที่ดำเนินกิจการเกี่ยวกับโทรคมนาคมและผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งมีหน้าที่จัดการข้อมูลดังกล่าว จะเป็นผู้ดำเนินการข้อมูลตำแหน่งเหล่านี้ แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีความเสี่ยงเกิดขึ้น หากข้อมูลตำแหน่งนั้นถูกประมวลผลโดยบุคคลที่ไม่มีสิทธิในการดำเนินงาน หรือข้อมูลนั้นได้รับการช่วยเหลือจากเทคโนโลยี เพื่อวัตถุประสงค์ที่อาจก่อให้เกิดการละเมิดความเป็นส่วนตัวได้ ภายใต้หลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (มาตรา 9 (1) แห่ง Directive 2002/58/EC) ผู้ให้บริการจะต้องแจ้งผู้ให้บริการก่อนที่จะขอรับความยินยอมจากผู้ใช้บริการ ถึงประเภทของที่ตั้งข้อมูลที่จะใช้ดำเนินการ อีกทั้ง การยอมรับวัตถุประสงค์ หรือระยะเวลาของการประมวลผล รวมถึงการที่ข้อมูลดังกล่าวอาจถูกส่งไปยังบุคคลที่สามเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการเสริมอื่น ที่สำคัญข้อมูลจะต้องไม่ถูกส่งยังบุคคลที่สาม ยกเว้นเพื่อวัตถุประสงค์ดังที่กล่าวมาเท่านั้น (มาตรา 9 (3)) ในประเทศอังกฤษ การควบคุมความเป็นส่วนตัวจากบริการข้อมูลตำแหน่ง (Location Services

¹⁵⁸ External Hard disk หรือ Portable Hard disk คือ อุปกรณ์เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ชนิดหนึ่งที่สามารถพกพาหรือนำติดตัวไปยังสถานที่ต่างๆ โดยใช้ Hard disk ที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในเครื่องคอมพิวเตอร์ มาติดตั้งในกล่องสำหรับใส่ Hard disk

Privacy Controller: LSPC) ผู้บริโภคสามารถปฏิเสธที่จะเปิดเผยข้อมูลตำแหน่งในบางบริการหรือทั้งหมดก็ได้ ส่วนในประเด็นความปลอดภัยอันเกิดจากเทคโนโลยี Bluetooth องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD Guidelines for the Security of Information Systems and Networks) ได้แนะนำว่า เนื่องจาก Bluetooth จะไม่สามารถสื่อสารได้ จนกว่าจะเกิดการจับคู่กันโดยการได้รับอนุญาตเกิดขึ้น (paired) โดยอุปกรณ์ทั้งสองจะต้องใส่หมายเลขส่วนบุคคล (PIN number) ที่เหมือนกันลงไป ดังนั้น กระบวนการดังกล่าวจึงสามารถจำกัดความเป็นไปได้ในการก่อให้เกิดความปลอดภัยได้ เนื่องจากต้องใช้ระยะทางที่จำกัดในการดำเนินขบวนการดังกล่าว และผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่อาจป้องกันตัวเองได้ โดยเปลี่ยนมาใช้รหัสบุคคล (PIN) จาก 4 หลักมาเป็น 8 หลักเพื่อลดความเสี่ยงจากการถูกถอดรหัสโดยผู้เจาะระบบข้อมูล (Hackers) และควรแชร์ข้อมูลกับบุคคลที่ไว้ใจได้เท่านั้น ทั้งต้องระมัดระวังและสังเกตสภาพแวดล้อมขณะใช้งาน Bluetooth ด้วย ข้อแนะนำโดยทั่วไปก็คือ ควรปิดระบบ Bluetooth ทุกครั้งเมื่อไม่ต้องการใช้ และตรวจสอบว่าระบบอยู่ในโหมดที่ไม่สามารถถูกค้นพบ เมื่อต้องการใช้ระบบดังกล่าว แต่ก็อาจเกิดความเสียหายมากขึ้นได้ หากเกิดการติดต่อโดยใช้ระบบ Bluetooth ผ่านบริการอินเทอร์เน็ตสาธารณะโดยเครือข่ายไร้สาย ดังนั้น ผู้ใช้บริการจึงควรได้รับการแนะนำเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติเมื่อใช้บริการดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้ผลิตจะต้องแจ้งข้อเสียของเทคโนโลยี Bluetooth ที่สามารถเกิดขึ้นได้แน่นอน และพัฒนาระบบซอฟต์แวร์เพื่อช่วยแก้ปัญหาดังกล่าวด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากผู้ใช้บริการโอนเงินไปโดนถูกลอก ก็สามารถเพิกถอนการโอนไปยังผู้ประกอบการ และสามารถขอยกเลิกการซื้อสินค้าหรือบริการได้ภายใน 45 วัน นับแต่วันที่มีการสั่งซื้อหรือขอรับบริการ หรือภายใน 30 วันนับแต่วันถึงกำหนดการส่งมอบสินค้าหรือบริการ โดยนำประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 ข้อ 3 (7)¹⁵⁹ มาปรับใช้กับการโอนเงินผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ และ

¹⁵⁹ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่อง ให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542 ข้อ 3 บัญญัติว่า “สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคต้องมีข้อความภาษาไทยที่สามารถเห็นและอ่านได้ชัดเจน มีขนาดของตัวอักษรไม่เล็กกว่าสองมิลลิเมตร และต้องใช้ข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้...

7) ในกรณีที่ผู้ประกอบการมีข้อตกลงกับผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการที่ให้ผู้บริโภคสั่งซื้อสินค้าหรือใช้บริการที่ผู้บริโภคเพียงแจ้งความประสงค์ขอชำระค่าสินค้าหรือค่าบริการโดยแจ้งหมายเลขบัตรเครดิตด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรให้ผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการ ทำการเรียกเก็บเงินจากผู้ประกอบการ ต้องมีข้อสัญญาดังต่อไปนี้

ต้องกำหนดว่า ในการโอนเงินผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ให้บริการต้องส่งรายงานการโอนเงินดังกล่าวมาให้ผู้ใช้บริการอย่างน้อย 2 ครั้งต่อสัปดาห์ โดยแต่ละครั้งห่างกันพอสมควร เช่น ไม่น้อยกว่า 3 วัน และต้องให้ผู้ให้บริการทำการยืนยันรับทราบการรายงานและการโอนดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีปุ่มให้ผู้ให้บริการสามารถทำการยืนยัน หรือมีช่องให้ตอบรับทราบผ่านหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ทันที เพื่อป้องกันปัญหาในกรณีที่ผู้ใช้บริการไม่ทราบถึงการโอนดังกล่าว จะได้ทำการเพิกถอนได้ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 51 (10) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

ข้อ 11/2 ว่า “การให้บริการโอนเงินทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ผู้ให้บริการต้องส่งรายงานการโอนเงินให้แก่ผู้ใช้บริการอย่างน้อยสองครั้ง แต่ละครั้งห่างกันพอสมควร โดยผู้ให้บริการต้องจัดให้มีระบบหน้าจอที่ให้ผู้ให้บริการทำการยืนยันรับทราบถึงการโอน ตอบรับ หรือปฏิเสธผ่านทางหน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ทันที”

(ก) ถ้าผู้บริโภคทักท้วงว่าไม่ได้เป็นผู้สั่งซื้อสินค้าหรือไม่ได้เป็นผู้ขอรับบริการ จากผู้ขายหรือผู้ให้บริการดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจจะระงับการเรียกเก็บเงินจากผู้บริโภคทันที หรือในกรณีที่เรียกเก็บเงินไปแล้วจะคืนเงินให้กับผู้บริโภคทันที เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจจะพิสูจน์ได้ว่าภาระหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำของผู้บริโภคเองและใช้สิทธิเรียกคืนจากผู้บริโภคในภายหลัง

(ข) ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้บริโภคที่จะขอยกเลิกการสั่งซื้อสินค้าหรือรับบริการภายในระยะเวลา 45 วัน นับตั้งแต่วันที่สั่งซื้อ หรือขอรับบริการ หรือภายในระยะเวลา 30 วัน นับตั้งแต่วันที่กำหนดการส่งมอบสินค้าหรือบริการ ในกรณีที่มีการกำหนดระยะเวลาส่งมอบสินค้าหรือบริการเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าผู้บริโภคพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้รับสินค้า หรือไม่ได้รับบริการ หรือได้รับแต่ไม่ตรงตามกำหนดเวลาหรือได้รับแล้วแต่ไม่ครบถ้วน หรือชำรุดบกพร่อง หรือไม่ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์โดยผู้ประกอบธุรกิจจะระงับการเรียกเก็บเงินจากผู้บริโภค หรือในกรณีที่เรียกเก็บเงินไปแล้ว ถ้าเป็นการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการภายในประเทศ จะคืนเงินให้กับผู้บริโภคภายในระยะเวลา 30 วัน นับตั้งแต่วันที่ผู้บริโภคแจ้ง ถ้าเป็นการสั่งซื้อสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศ จะคืนเงินให้กับผู้บริโภคภายในระยะเวลา 60 วัน นับตั้งแต่วันที่ผู้บริโภคแจ้ง

8. การโฆษณา

ตลาดโทรศัพท์เคลื่อนที่ถือเป็นตลาดขนาดใหญ่ ที่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่มีกำลังซื้อสินค้าและบริการค่อนข้างสูง ทำให้ปัจจุบันธุรกรรม M-Commerce กำลังเป็นที่นิยมเป็นอย่างยิ่ง ผู้ให้บริการจึงมักจะได้รับโฆษณาต่างๆผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Marketing) มากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของข้อความหรือภาพผ่านทางระบบข้อความสั้น (SMS) หรือข้อความมัลติมีเดีย (MMS) ซึ่งการโฆษณาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้นมีหลายรูปแบบ อาทิ โปรโมชันส่วนลดของสินค้าประเภทต่างๆ การให้บริการส่วนลดของร้านอาหารหรือภัตตาคาร (Digital Voucher) ที่เพียงแค่นำโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ยี่ห้อหนึ่งกดไปยังหมายเลขโทรศัพท์ 4 ตัว ก็สามารถรับส่วนลดจากร้านอาหารได้ บริการเสนอให้ดาวน์โหลด บริการเสนอให้เล่นเกมผ่านระบบข้อความสั้น (SMS) หรือบริการสนทนาประเภท Chat and Messaging รวมถึงบริการโหวตแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องต่างๆที่อยู่ในกระแสนิยม

การพิจารณาว่าการโฆษณาผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น มีกฎหมายใดที่เกี่ยวข้องบ้างจึงมีความสำคัญอย่างมาก ซึ่งผู้ให้บริการ ผู้ประกอบธุรกิจผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ และผู้ที่เกี่ยวข้อง ควรที่จะศึกษาไว้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันเป็นความผิด หรือเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายดังกล่าว รวมทั้งผู้ให้บริการก็ควรที่จะศึกษาเพื่อปกป้อง และรักษาสิทธิของตน ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้แก่

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ที่ได้ให้คำนิยามของ “โฆษณา” ว่าหมายถึง การโฆษณาไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และคำว่า “ข้อความ” หมายรวมถึง การกระทำให้ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมาย หรือการกระทำอย่างใดๆที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้ และในการโฆษณานั้นผู้โฆษณามักโฆษณาโดยผ่านทางสื่อต่างๆ ซึ่งคำว่า “สื่อโฆษณา” ตามกฎหมายนี้หมายความว่า สิ่งที่ใช้เป็นสื่อในการโฆษณา เช่น หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ป้าย หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ เนื่องจากโฆษณาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคต้องกระทำเพื่อมุ่งหมายประโยชน์ในทางการค้า ดังนั้น หากการกระทำใดแม้เป็นการกระทำให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความโฆษณานั้นๆ แต่มิได้กระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า การกระทำดังกล่าวนี้ไม่ถือเป็นการโฆษณาตามมาตรา 3 แห่ง

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522¹⁶⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จึงเป็นกฎหมายที่คุ้มครองเกี่ยวกับการโฆษณาทุกประเภทในประเทศไทย โดยกฎหมายฉบับนี้มุ่งให้ความคุ้มครองกับผู้บริโภคให้ได้รับข้อมูล ข่าวสาร ที่ถูกต้องจากผู้โฆษณา ดังนั้น ผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบการแต่ละรายที่ต้องการโฆษณาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่หรืออินเทอร์เน็ต (Internet) ก็ตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้เช่นกัน

ผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบการจะต้องมั่นใจได้ว่าข้อความที่โฆษณาสินค้าหรือบริการของตนที่ผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ประเภทต่าง ๆ นั้น เป็นข้อความที่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค และไม่เป็นข้อความที่เป็นเท็จหรือไม่เป็นจริง หรือไม่เป็นข้อความก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญของสินค้าหรือบริการ หรือเกินความเป็นจริง มิฉะนั้น ผู้ที่โฆษณาผ่านระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวอาจมีความผิดตามมาตรา 22 และ 47 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ยกตัวอย่าง เช่น บริษัท ก. ว่าจ้างให้บริษัท ข. ทำการโฆษณาธุรกิจการขายสินค้า เสื้อผ้า ของตนผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ในเครือข่ายหนึ่ง โดยโฆษณาผ่านระบบข้อความสั้น (SMS) หรือการส่งแบบมัลติมีเดีย (MMS) ว่าสินค้าที่เสนอขายผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น เป็นสินค้าที่นำเข้าจากประเทศอังกฤษ ทั้งที่ความจริงแล้วสินค้านี้ผลิตขึ้นภายในประเทศไทยและไม่ได้รับมาตรฐาน บริษัท ก. เจ้าของสินค้าซึ่งเป็นผู้โฆษณาอาจมีความผิดตามมาตรา 22 และ 47 ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ผู้ประกอบการเกี่ยวกับอินเทอร์เน็ต (Internet) อันรวมถึงผู้ประกอบการผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่¹⁶¹ มักหลงลืมหรือคิดว่าไม่เข้าเงื่อนไขของกฎหมายฉบับนี้ จึงไม่ได้ให้ความสนใจเนื้อหาของกฎหมาย ซึ่งเนื้อหาโดยสรุปของกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการขายตรง

¹⁶⁰ จุมพล นันทศิริพล, “ปัญหาเกี่ยวกับ “ข้อความโฆษณาที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ” ตามมาตรา 22 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เรียนรู้ประสบการณ์ของประเทศออสเตรเลีย”, วารสารบทบัญญัติ, เล่มที่ 58 ตอน 2 (มิถุนายน 2545) น. 70.

¹⁶¹ ศิริทิพย์ แสงทอง, “การคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 21.

กับตลาดแบบตรง โดยมีการกำหนดคำจำกัดความของคำว่า “ขายตรง”¹⁶² และ “ตลาดแบบตรง”¹⁶³ ไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงนิยามคำว่า “ขายตรง” และ “ตลาดแบบตรง” ตามกฎหมายฉบับนี้จะครอบคลุมถึงการทำธุรกิจทางอินเทอร์เน็ต (Internet) และ โทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วย ซึ่งหมายความว่า การโฆษณาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ หากมีวัตถุประสงค์เพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากตนเองนั้น ก็ถือเป็นการให้บริการประเภทตลาดแบบตรง ซึ่งต้องขึ้นทะเบียนกับสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม เพื่อความชัดเจนในแง่ข้อกำหนด ผู้ให้บริการโฆษณาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่ละราย ควรสอบถามแนวการปรับใช้กฎหมายฉบับนี้จากสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค สำหรับโทษของการไม่ขออนุญาตขึ้นทะเบียนธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น ผู้ฝ่าฝืนมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือปรับอีกไม่เกินวันละ 10,000 บาท ตลอดเวลาที่ทำผิดอยู่ ตามมาตรา 27 และ 47 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

กฎหมายภาษีอากร เนื่องจากเมื่อกล่าวถึงเรื่องเงินและค่าบริการในการโฆษณา สิ่งตามมาและหลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ เรื่องภาษี ผู้โฆษณาและผู้ให้บริการโฆษณาผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ ควรตรวจสอบข้อกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรให้ถูกต้องว่า การโฆษณานั้นได้เสียภาษีถูกต้องหรือไม่ โดยเฉพาะภาษีมูลค่าเพิ่มจากการให้บริการโฆษณาในอัตราร้อยละ 7 และภาษีหัก ณ ที่จ่ายจากการโฆษณาจ้างทำของ ซึ่งหากผู้ประกอบการมีการวางแผนภาษีที่ดี การเสียภาษีดังกล่าวก็จะทำให้องค์กรนั้นมีกำไรและจัดเก็บรายได้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า กฎหมายส่วนนี้จะเกี่ยวข้องในกรณีที่มีการโฆษณาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นระบบข้อความมัลติมีเดีย (MMS) ที่มีภาพ และเสียง เนื่องจากการโฆษณาดังกล่าวจะมีการแสดงถึงภาพของ

¹⁶² “ขายตรง” หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการนำเสนอขายต่อผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยหรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของผู้อื่น หรือสถานที่อื่นที่มีใช้สถานประกอบการค้าเป็นปกติธุระ โดยผ่านตัวแทนขายตรงหรือผู้จำหน่ายอิสระชั้นเดียวหรือหลายชั้นแต่ไม่รวมถึงนิติกรรมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

¹⁶³ “ตลาดแบบตรง” หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูล เพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรง ต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง และมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น

สินค้าหรือบริการ ซึ่งอาจรวมถึงซื้อสินค้าและเครื่องหมายการค้าของผู้โฆษณา ซึ่งการโฆษณาทั้งหมดทำงานโดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ควบคุมการทำงานของระบบข้อความมัลติมีเดีย (MMS) หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อกับระบบคอมพิวเตอร์ของบริษัทโทรศัพท์เคลื่อนที่ ดังนั้น ในสัญญาว่าจ้างให้โฆษณาผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ จึงควรระบุไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า เพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางกฎหมายในภายหลัง

ข้อกฎหมายที่อ้างอิงมาดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่เท่านั้น ผู้ประกอบการแต่ละรายที่ให้บริการโฆษณา จึงควรตรวจสอบข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องก่อนประกอบธุรกิจดังกล่าว ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ดีที่สุด

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการโฆษณาผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ดังต่อไปนี้

8.1 การโฆษณาที่เข้าลักษณะเป็นการพนัน เสี่ยงโชค

ในอดีตที่ผ่านมาการโฆษณาหรือประกาศในรายการข่าว และรายการบันเทิงที่เชิญชวนให้ผู้ชมรายการโทรทัศน์ ผู้ฟังวิทยุร่วมส่งข้อความสั้น (SMS) เข้ามาแสดงความคิดเห็น หรือทายปัญหา โดยมีรางวัลให้ผู้ใช้บริการเป็นเครื่องจูงใจ เป็นกิจกรรมทางการตลาดที่ได้รับความนิยมกันอย่างแพร่หลาย แต่ต่อมาทางสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ได้มีการทำเป็นหนังสือขอความร่วมมือรายการต่างๆ ให้ยุติกิจกรรมดังกล่าวเป็นการชั่วคราวหรือให้ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้มีหลายหน่วยงาน เช่น กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ICT) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ รวมทั้งสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ที่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งแต่ละหน่วยงานก็ยึดถือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้กันคนละด้าน ทำให้ผู้ประกอบการเกิดความสับสนว่าสามารถที่จะกระทำต่อไปได้หรือไม่

กรณีที่ผู้จัดรายการวิทยุโทรทัศน์หรือวิทยุกระจายเสียง ที่มีการโฆษณาเชิญชวนให้ผู้ใช้บริการส่งข้อความ (SMS) ร่วมรายการ เสนอความคิดเห็น ร่วมโหวตหรือลงมติโดยไม่มีของรางวัลให้ผู้ส่งข้อความ (SMS) ถือว่าไม่เป็นการโฆษณาที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 เท่ากับว่ารายการวิทยุ โทรทัศน์ยังสามารถโฆษณาหรือประกาศเชิญชวนให้ผู้ใช้บริการ

ส่งข้อความ (SMS) เข้าร่วมโหวต ทายผล หรือแสดงความคิดเห็นในรายการได้ การจะเก็บค่าใช้จ่ายครั้งละ 3 บาท 6 บาท 9 บาท หรือเท่าไรก็ตาม ถ้าระบุไว้ในโฆษณาอย่างชัดเจนว่าคิดครั้งละเท่าไร ก็สามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่ต้องไม่มีการให้รางวัลสูงในลักษณะของการเสี่ยงโชค ชิงโชค อย่างในรายการโทรทัศน์ที่เชิญชวนให้ผู้ชมรายการร่วมโหวตแสดงความคิดเห็น หรือรายการเพลงวัยรุ่นตอนดึกที่เชิญชวนให้ผู้ชมส่งข้อความ (SMS) เข้ามาไม่ว่าข้อความนั้นจะมีสาระหรือไม่ ก็สามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ถ้าไม่มีการให้รางวัลสูงแบบชิงโชค

แต่ถ้าทางรายการคิดว่าจะให้รางวัลเพื่อจูงใจให้ผู้ชม ผู้ฟังส่งข้อความ (SMS) เข้ามาก็ยังสามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่ต้องเป็นการให้รางวัล หรือของแถมแก่ทุกคนที่ส่งข้อความเข้ามา โดยไม่มีการสุ่มแจก เช่น รายการประกาศว่าใครส่งข้อความ (SMS) เข้ามาร่วมโหวตวันนี้ทุกคนจะได้รับปากกา 1 ด้าม โดยให้มารับที่สถานี ก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาต ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เรื่อง การโฆษณาขายสินค้าหรือบริการโดยการให้ของแถม สิทธิหรือประโยชน์โดยให้เปล่า (ซึ่งมิใช่การเสี่ยงโชค) พ.ศ. 2523¹⁶⁴ เพียงแต่การประกาศในลักษณะนี้จะเข้าข่ายการโฆษณาส่งเสริมการขาย ซึ่งตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2534) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ระบุไว้ว่า ต้องมีการระบุรายละเอียด ดังนี้

1. หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือข้อกำหนดในการให้ของแถมหรือประโยชน์
2. วันเดือนปี ที่เริ่มต้นและสิ้นสุดของการจัดให้มีการแถมหรือให้สิทธิหรือประโยชน์
3. ประเภท ลักษณะ และมูลค่าของแถม สิทธิประโยชน์แต่ละสิ่งหรือมูลค่ารวมในแต่ละประเภท เว้นแต่ของแถม สิทธิ หรือประโยชน์นั้นเป็นสิ่งที่ผู้บริโภคอาจทราบได้โดยทั่วไปจะไม่ระบุมูลค่าก็ได้

กรณีนี้ขึ้นอยู่กับของแถมที่แจก เช่น ถ้าแจกบะหมี่สำเร็จรูป 1 ชาม หรือชาเขียว 1 ขวด ไม่จำเป็นต้องระบุมูลค่าในโฆษณาก็ได้ แต่ถ้าเป็นของที่ไม่มีการซื้อขายกันทั่วไป หรือไม่แพร่หลาย เช่น แจกนาฬิกาข้อมือ 1 เรือนต้องระบุมูลค่าในประกาศโฆษณา

4. เขตหรือถิ่นที่จัดให้มีการให้ของแถม ให้สิทธิประโยชน์โดยให้เปล่า เว้นแต่เป็นการจัดให้มีขึ้นทั่วราชอาณาจักร

5. สถานที่ที่กำหนดให้ผู้ใช้บริการมารับของแถมหรือสิทธิประโยชน์โดยได้เปล่า

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการโฆษณาหรือประกาศในรายการที่ให้ผู้ให้บริการเสียค่าบริการในการส่งข้อความ (SMS) เข้ามาในรายการ หากมีของแถมแจกให้ทุกคน หรือถ้าไม่ให้ทุกคนก็ให้

¹⁶⁴ โปรดดู ภาคผนวก ก.

ในลักษณะที่ไม่ใช่เป็นการส่งข้อความ หรือชิงโชค เช่น สำหรับ 10 ท่านแรกที่ส่งข้อความ (SMS) เข้ามา หรือเฉพาะ 5 ท่านแรกและ 5 ท่านสุดท้าย หรือแจก 5 ท่านแรกในทุกๆ ชั่วโมง อย่างนี้น่าจะทำได้ ถ้าทำการประกาศหรือระบุข้อความครบ 5 ข้อตามกฎหมาย

ส่วนการเสนอสินค้าหรือบริการผ่านการส่งข้อความ (SMS) หรือที่เรียกว่า SMS Marketing ตามวิธีปฏิบัติที่นิยมทำกันอยู่ คือ การมีรางวัลแจกให้กับผู้ส่งข้อความ (SMS) โดยมีการส่งแจก เช่น แจกโทรศัพท์เคลื่อนที่ 3 เครื่อง เป็นต้น เป็นกรณีที่ผู้จัดรายการทางวิทยุโทรทัศน์หรือวิทยุกระจายเสียง ที่มีการโฆษณาเชิญชวนให้ผู้ใช้บริการส่งข้อความ (SMS) โดยผู้ประกอบการจัดให้มีการแถมพหหรือแจกรางวัลด้วยการเสี่ยงโชคในลักษณะที่มีการให้รางวัลผู้ส่งข้อความ (SMS) ไม่เท่ากัน อาจเข้าลักษณะการพนัน ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการพนันก่อนจึงจะดำเนินการได้ ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา เรื่อง การโฆษณาสินค้าหรือบริการโดยการจัดให้มีการเสี่ยงโชคด้วยการแถมพหหรือรางวัล พ.ศ. 2523¹⁶⁵ นอกจากนี้ ผู้ประกอบการจะต้องระบุรายละเอียดให้ครบถ้วนตามที่กำหนดใน (4) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2526) ออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2534) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน นอกจากจะฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2578 แล้ว การกระทำดังกล่าวยังเป็นการโฆษณาตาม (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2526) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นข้อความโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้บริการ ตามมาตรา 22 วรรคสอง (5) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ผู้กระทำการโฆษณามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เท่ากับว่าการจัดรายการโดยให้ส่งข้อความ (SMS) แสดงความคิดเห็นหรือโหวต โดยมีซองรางวัลล่อใจแต่แจกแบบสุ่มแจกนั้น ทางผู้จัดรายการวิทยุ โทรทัศน์หรือสื่ออื่นๆ จะทำขึ้นมาเองไม่ได้ ต้องไปยื่นขออนุญาตจากเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการพนันก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงค่อยดำเนินการจัดรายการ ซึ่งการยื่นขออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการพนันนี้ เดิมเคยอยู่ในอำนาจของกรมตำรวจ (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) ในท้องถิ่น ยื่นเรื่องที่สถานีตำรวจในเขตพื้นที่ที่จัดให้มีการจับรางวัล แต่ในปัจจุบันอำนาจดังกล่าวโอนมาให้กระทรวงมหาดไทย ในท้องถิ่นก็เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด เมื่อได้รับอนุญาตให้จัดรายการชิงโชคแล้ว การจัดรายการดังกล่าวทางสื่อต่างๆ ยังมีกฎกระทรวง ตามพระราชบัญญัติ

¹⁶⁵ โปรดดู ภาคผนวก ท.

คุ้มครองผู้บริโภคเข้ามากำกับวิธีการโฆษณาอีก โดยมีหลักการคล้ายกับหลัก 5 ข้อในการจัดรายการที่ให้ส่งข้อความ (SMS) แล้วแจกของแบบไม่ต้องเสียโชค

ดังนั้น หากผู้บริโภคเข้าทำสัญญา เนื่องจากการโฆษณาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าผู้บริโภคก็มีสิทธิที่สามารถบอกเลิกสัญญาไปยังผู้ให้บริการได้ ภายในเวลา 7 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 โดยบังคับให้ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีหน้าจอตีพิมพ์เคลื่อนไหวที่มีปุ่มในเรื่องการเลิกสัญญา ให้ผู้บริโภคสามารถทำการเลิกสัญญาผ่านหน้าจอดังกล่าวได้ในทันทีด้วย โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 33/1¹⁶⁶

8.2 การโฆษณาที่เกินจริง ไม่ตรงกับความเป็นจริง หรือบิดเบือนก่อให้เกิดความเข้าใจผิด

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 บัญญัติว่า การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพคุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ ซึ่งข้อความต่อไปนี้ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนใหญ่

- (1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง
- (2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม
- (3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรง หรือโดยอ้อมให้มีการกระทำความผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ
- (4) ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยก หรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

¹⁶⁶ ใน น. 185.

(5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁶⁷

ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณาตาม (1)

ดังนั้น หากเกิดปัญหาในส่วนการโฆษณา เช่น ส่วนลด หรือโปรโมชั่นอื่นๆ ที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง โฆษณามาอย่างหนึ่งแต่ในความเป็นจริงแล้วเป็นอีกอย่างหนึ่ง การโฆษณาที่มีข้อความที่ก่อให้เกิดความสับสนได้ง่าย ผู้ใช้บริการมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 61¹⁶⁸ ในการได้รับข้อมูลที่เป็นจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย อีกทั้ง ผู้ใช้บริการยังสามารถฟ้องบังคับให้เป็นไปตามคำโฆษณานั้นได้ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 11¹⁶⁹ ที่ว่าคำโฆษณา คำกล่าวอ้าง

¹⁶⁷ โปรดดู กฎกระทรวงฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2526), ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2528), ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2534), ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2538), ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2538) ออกตามความในมาตรา 22 (5) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

¹⁶⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 61 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค

ให้มีองค์การเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐ ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐในการตราและการบังคับใช้กฎหมายและกฎ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภครวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ให้รัฐสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินการขององค์การอิสระดังกล่าวด้วย”

¹⁶⁹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ประกาศ โฆษณา คำรับรอง หรือการกระทำด้วยประการใดๆของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งทำให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ในขณะทำสัญญาว่าผู้ประกอบธุรกิจตกลงจะมอบให้ หรือจัดหาให้ซึ่งสิ่งของบริการ หรือสาธารณูปโภคอื่นใด หรือจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้บริโภคเพื่อเป็นการตอบแทนที่ผู้บริโภคเข้าทำสัญญา หรือข้อตกลงใดๆที่ผู้ประกอบธุรกิจจะให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้บริโภคเพิ่มเติมขึ้นจากที่ได้ทำสัญญาไว้ ให้ถือว่าข้อความ การกระทำ หรือข้อตกลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งผู้บริโภคสามารถนำสืบพยานบุคคล หรือ

อวดอ้างสรรพคุณสินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจพูดไว้ แสดงไว้หรือประกาศไว้ให้คนทั่วไปทราบ ถึงแม้มิได้เขียนไว้ในสัญญา ก็ให้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ผู้บริโภคเอามาพ้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าต้องรับผิดชอบตามคำมั่นสัญญาหรือโฆษณาด้วยวาจาปากเปล่าต่างๆ เหล่านั้นได้นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 4 (1) ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในเรื่องสิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าและบริการ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย ในพระราชบัญญัติการปฏิบัติทางการค้า ค.ศ. 1974 มาตรา 52 ที่กำหนดว่า ผู้ประกอบการจะต้องไม่ดำเนินการในทางการค้าหรือการพาณิชย์ ซึ่งก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง หรือซึ่งอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือหลอกลวง และการนิ่งเงียบไม่เปิดเผยข้อความจริงที่ปรากฏในข้อความโฆษณาอาจเป็นการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญของสินค้าและบริการได้ เช่นกันหากว่าผู้โฆษณามีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อความจริงเช่นนั้น ซึ่งมาจากพื้นฐานแนวความคิดเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคที่ว่า ผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ให้บริการจะต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด (Strict liability) เพราะความชำรุดบกพร่องต่างๆ ของสินค้าหรือบริการที่เกิดขึ้นทั้งหมด ถือว่าอยู่ในความดูแลรับผิดชอบของผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการ เพราะเป็นผู้ที่มีความรู้ในสินค้าหรือบริการของตนมากกว่าผู้บริโภค ดังนั้น จึงมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อความจริงเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการให้ครบถ้วนสมบูรณ์ เพื่อมิให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดพลาดในสินค้าหรือบริการนั้นๆ

ดังนั้น หากผู้ใช้บริการเข้าทำสัญญา เนื่องจากการโฆษณาดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ผู้ใช้บริการก็มีสิทธิที่สามารถบอกเลิกสัญญาไปยังผู้ให้บริการได้ ภายในเวลา 7 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ โดยบังคับให้ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีหน้าจอตีพิมพ์เคลื่อนที่ที่มีปุ่มในรายการเลิกสัญญา ให้ผู้ใช้บริการสามารถทำการเลิกสัญญาผ่านหน้าจอดังกล่าวได้ในทันทีด้วย โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 33/1¹⁷⁰

พยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อตกลงดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่าการทำสัญญาเช่นนั้นกฎหมายจะกำหนดว่า ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือและไม่ปรากฏข้อตกลงนั้นในหนังสือที่ได้ทำขึ้นก็ตาม”

¹⁷⁰ โปรดดูใน น. 185.

9. ความเหมาะสมของการจัดทำ การส่งเสริมการขาย (Promotion) ของผู้ให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่

การแข่งขันในตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พบว่าผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้จัดทำรายการส่งเสริมการขาย (Promotion) โดยมีหลักการคือ คิดอัตราค่าบริการต่อนาทีในราคาถูกในช่วงเวลาที่มีการใช้งานในภาพรวมน้อย (Off-peak) และคิดอัตราค่าบริการสูงในช่วงเวลาที่มีการใช้งานโทรศัพท์หนาแน่น (Peak) ตลอดจนมีการคิดอัตราค่าบริการที่แตกต่างกันสำหรับการใช้งานภายในโครงข่าย (On-net) และภายนอกโครงข่าย (Off-net) อีกด้วย

นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงรายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ที่ผู้ประกอบการมองว่าเป็นการทดลองตลาดต้องเร่งรีบในการจัดทำแผนการดำเนินงาน เพื่อให้ทันต่อเวลาและการแข่งขันในธุรกิจ ได้มีผลกระทบต่อผู้ใช้บริการไม่น้อย เช่น

- รายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ไม่มีกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจน การเปลี่ยนแปลงรายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ขึ้นอยู่กับบริษัทผู้ให้บริการ
- การโฆษณารายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ให้ข้อมูลและรายละเอียดไม่ครบถ้วนทั้งหมด
- รายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ในปัจจุบันมีจำนวนมากและมีรายละเอียดซับซ้อน ทำให้ผู้ใช้บริการเกิดความสับสน ไม่เข้าใจ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการอาศัยเป็นช่องทางในการเอาเปรียบผู้ใช้บริการ

ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้ว่าการจัดทำ การส่งเสริมการขาย (Promotion) ของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะมีความหลากหลายในเรื่องอัตราค่าบริการและระยะเวลา ซึ่งอาจมองว่าผู้บริโภคจะได้ประโยชน์และสามารถเลือกใช้ได้ตามความพึงพอใจและความต้องการ แต่ในความเป็นจริงแล้วยังขาดมาตรการในการควบคุมการจัดทำ การส่งเสริมการขาย (Promotion) เนื่องจากปัจจุบันมีเพียงประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องกำหนดให้กิจการโทรคมนาคมบางประเภทไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องอัตราขั้นสูงของค่าบริการและการเรียกเก็บเงินค่าบริการล่วงหน้าในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 พ.ศ.2550 ที่กำหนดให้ส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีโดยใช้กลไกตลาดในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการโทรคมนาคม ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นการให้บริการโทรคมนาคมจำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคล หรือที่เป็นการให้บริการโทรคมนาคมที่ไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม หรือไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและผู้บริโภคเท่านั้น ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณี

นี้ และหน่วยงานที่มีอำนาจและหน้าที่ในการกำกับดูแลได้ละเลยในประเด็นดังกล่าว ทำให้บริษัทผู้ให้บริการปรับเปลี่ยนรูปแบบการให้บริการได้ตามความพึงพอใจเพื่อผลประโยชน์ของตน ซึ่งผู้ให้บริการอาจตกเป็นเครื่องมือในการแข่งขันที่ไม่มีประสิทธิภาพและไม่มีข้อกำหนด อีกทั้งกลายเป็นการมอมเมาประชาชนผู้ให้บริการให้มีภาระรายจ่ายมากขึ้น หรือเร่งการใช้จ่ายจากรายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ราคาถูก แต่แท้ที่จริงแล้วยังไม่มีหน่วยงานใดสามารถบอกกับผู้ให้บริการได้ว่ารายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ในตลาดโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีความเป็นธรรม และชอบด้วยกฎหมายจริงหรือไม่ และมีหลักการในการจัดทำอย่างไร

ดังนั้น คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในฐานะหน่วยงานที่มีอำนาจและหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม ควรเร่งตรวจสอบรายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ในปัจจุบันว่ามีความเหมาะสม และเป็นธรรมทั้งแก่บริษัทผู้ให้บริการด้วยตนเอง และผู้ให้บริการหรือไม่ และควรเร่งจัดทำมาตรการในการควบคุมรายการส่งเสริมการขาย (Promotion) ของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เพื่อเป็นตัวควบคุมมิให้บริษัทผู้ให้บริการใช้ผู้ให้บริการเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ แต่ทั้งนี้ ก็ไม่ควรจะมีการควบคุมที่เข้มงวดจนเกินไป ควรปล่อยให้ไปตามกลไกของตลาดด้วย เพราะการแข่งขันไม่ว่าจะทั้งทางด้านราคาและไม่ใช่ด้านราคาระหว่างผู้ให้บริการก็ทำให้เกิดผลดีต่อผู้ให้บริการ เนื่องจากทำให้ผู้ให้บริการได้ใช้บริการในอัตราที่ถูกและมีคุณภาพการบริการที่ดีเช่นกัน และควรใช้มาตรการที่มีความเข้มงวดว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงอัตราค่าธรรมเนียมและค่าบริการในกิจการโทรคมนาคมที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าบริการ บังคับให้ผู้ให้บริการต้องแจ้งแผนการทำโปรโมชั่นล่วงหน้าให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) พิจารณาว่าวงจรจะเพียงพอสำหรับรองรับปริมาณการใช้งานที่อาจจะเพิ่มขึ้นหรือไม่ และในทางเทคนิคก็สามารถแก้ไขได้ด้วยการขยายวงจรเชื่อมต่อเพื่อให้เพียงพอกับปริมาณความต้องการใช้งานโทรเข้า โทรออก หรือที่เรียกว่า ทราฟฟิก (Traffic) ที่วิ่งระหว่างกัน แต่ก็เกิดปัญหาเนื่องจากในปัจจุบันไม่ทราบว่าทราฟฟิกที่แท้จริงมีอยู่เท่าใด เพราะไม่มีผู้ให้บริการรายใดเปิดเผยข้อมูลทราฟฟิกที่แท้จริง เนื่องจากเป็นความลับทางธุรกิจที่สามารถนำไปคำนวณเพื่อหาค่าต่างๆ เช่น จำนวนลูกค้า ปริมาณการใช้งาน และเวลาในการใช้สายโทรเข้า โทรออก เป็นต้น ทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาการเชื่อมวงจรในระยะยาวได้สำเร็จ

นอกจากนี้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นการชำระหนี้บกพร่องของผู้ให้บริการ กล่าวคือ ผู้ให้บริการไม่สามารถที่จะให้บริการได้ตามที่ระบุไว้ ซึ่งมีปัญหาในเรื่องความสับสนของรายการส่งเสริมการขาย (promotions) ต่างๆ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีกำหนดบังคับให้ผู้ให้บริการต้องจัดให้มีการระบุว่า ขณะนั้น ผู้ใช้บริการใช้รายการส่งเสริมการขาย (promotions) ประเภทใดอยู่ ตาม

ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง อัตราขั้นสูงของค่าบริการและการเรียกเก็บเงินค่าบริการล่วงหน้าในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 โดยให้ปรากฏขึ้นที่หน้าจอโทรศัพท์เคลื่อนที่ พร้อมทั้งระบุรายละเอียด เช่น เว็บไซต์ (website) ให้ผู้ใช้บริการเข้าไปดูข้อมูลเกี่ยวกับข้อกำหนด และเงื่อนไขของรายการส่งเสริมการขาย (promotions) ดังกล่าวได้ และหากผู้ให้บริการมีเจตนาทำให้ผู้ใช้บริการเกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญของสินค้า ในเรื่องของการโฆษณา ผู้ให้บริการก็ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 47

ส่วนกรณีมีรายการส่งเสริมการขาย (promotions) หลายรูปแบบแต่ไม่สามารถใช้งานได้ตามที่ระบุไว้ เช่น ช่วงเวลาที่กำหนดราคาถูก มีผู้ใช้บริการมากจนไม่สามารถที่จะใช้งานได้เลย กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากเกิดขึ้นจากความบกพร่องของผู้ให้บริการ มิใช่เกิดจากเครื่องโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการ หรือของเลขหมายปลายทางแล้ว ผู้ให้บริการต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ใช้บริการจากการที่ไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้ โดยอาจกำหนดให้ห้ามผู้ให้บริการคิดค่าบริการของผู้ใช้บริการในวันที่ไม่อาจต่อสายได้ หรือคำนวณค่าบริการเฉลี่ยตามช่วงเวลานั้น หรือตามช่วงเวลาที่ไม่สามารถใช้บริการได้นั้นชดเชยให้แก่ผู้ใช้บริการ ตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ข้อ 14 โดยผู้ให้บริการมีหน้าที่ถึงความถี่ของการไม่สามารถใช้บริการได้ตามคุณภาพการให้บริการขั้นต่ำโทรคมนาคมตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) และวิธีการแก้ปัญหา ตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การแจ้ง การเก็บรักษา และการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมสำหรับผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2551 ข้อ 2 (4) และ (5)¹⁷¹ นอกจากนี้ ควรมี

¹⁷¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การแจ้ง การเก็บรักษา และการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมสำหรับผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2551 ข้อ 2 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องแจ้งข้อมูลการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งประกอบด้วย...

(4) จำนวนและความถี่ของปัญหาทางเทคนิคที่เกิดขึ้นในโครงข่ายโทรคมนาคม พร้อมทั้งชี้แจงสาเหตุและวิธีการแก้ปัญหา

(5) จำนวนครั้งและความถี่ของเหตุการณ์ที่ไม่สามารถให้บริการได้ตามคุณภาพการให้บริการขั้นต่ำโทรคมนาคมตามประกาศ กทช. เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการพิจารณา

การรณรงค์ให้ผู้ใช้บริการตระหนักว่า ควรใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่เฉพาะที่จำเป็นเท่านั้น ไม่ควรใช้พร่ำเพรื่อ หรือใช้เป็นแฟชั่นโดยเฉพาะในกลุ่มนักเรียน นักศึกษา เพราะการใช้โทรศัพท์ปริมาณมากก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์ ทั้งด้านสุขภาพกาย สุขภาพจิต และสังคม เป็นต้น

หรือในกรณีที่รายการส่งเสริมการขาย (promotions) ที่กำหนดให้โทรนาที่แรกแพงนาที่ถัดไปจะถูกกว่ามากหรือค่อยๆถูกลง หรือรายการส่งเสริมการขาย (promotions) ที่กำหนดให้จ่ายอัตราเดียวโทรไม่จำกัดเวลา แต่เมื่อต่อสายไปแล้วไม่ถึงนาที่สายหลุด ทำให้ผู้ใช้บริการต้องต่อสายใหม่และเสียค่าบริการจำนวนมาก ในขณะที่ไม่สามารถใช้งานได้ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดมาตรบังคับ ห้ามมิให้ผู้ให้บริการเรียกเก็บเงินจากการใช้บริการครั้งนั้นของผู้ใช้บริการเนื่องจากเป็นความบกพร่องของผู้ให้บริการเองในการปฏิบัติตามสัญญา ส่วนการพิสูจน์ว่าผู้ให้บริการได้ทำการคิดค่าบริการครั้งนั้นหรือไม่ ก็ต้องเป็นไปตามมาตรการทางเทคนิค

ทั้งนี้ จากประเด็นปัญหาต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นทั้ง 9 ประเด็น ซึ่งผู้เขียนได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาโดยกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการให้ต้องดำเนินการต่างๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการ อันก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย (Cost) เพิ่มมากขึ้น ทำให้ผู้ให้บริการอาจผลักระด้านค่าใช้จ่ายต่างๆ ไปยังผู้ใช้บริการ เป็นเหตุให้ค่าบริการสูงขึ้น ซึ่งในปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ใช้บริการย่อมได้รับความคุ้มครองจากกลไกการตลาดที่ผู้ให้บริการแต่ละรายแข่งขันทางด้านราคาเพื่อขยายฐานลูกค้า เพราะในปัจจุบันผู้ใช้บริการมีความภักดีในแบรนด์ (Brand Loyalty) ต่ำลง การผูกขาดลดลง ไม่มีสัญญาที่ผูกมัดผู้ใช้บริการดังเช่นในอดีต ผู้ใช้บริการมีอิสระในการเลือกใช้บริการได้ตามความต้องการ และให้ความสำคัญทางด้านราคาสูงขึ้น เนื่องจากมีผู้ให้บริการเพิ่มขึ้น มีทางเลือกที่หลากหลายมากขึ้น ดังนั้น หากผู้ให้บริการรายใดมีการคิดค่าธรรมเนียมและค่าบริการที่สูงขึ้นย่อมจะทำให้ฐานลูกค้าลดลง เนื่องจากลูกค้าจะเปลี่ยนไปใช้บริการของผู้ให้บริการรายอื่นที่มีโปรโมชั่นค่าบริการที่ถูกกว่าแทน