ความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ : ศึกษากฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

กฤษฎา อ้อยพันธุ์ดี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2557

Offenses Relating to Dispatch of Unsolicited Data or Electronic Mail : Studying Thai and Foreign laws

Kritsada Aoyphandee

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requiremaent

For the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2014

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ : ศึกษากฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ
ชื่อผู้เขียน กฤษฎา อ้อยพันธุ์ดี
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันทน์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2556

บทคัดย่อ

ปัจจุบันการพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ นับว่ามีคุณประโยชน์อเนกอนันต์กับการดำรงชีวิต และการดำเนินกิจกรรมทั้งของหน่วยงานภาครัฐและเอกชน หากแต่ในขณะเดียวกันก็ได้มีการนำเอาเทคโนโลยีเหล่านั้นไปใช้ในทางมิชอบอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายกับสังคมได้เช่นกัน ทั้งนี้ ปัญหาหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อการติดต่อสื่อสารและการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ได้แก่ การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) อันเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มักเกิดจากการได้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่น แล้วมีการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ในการติดต่ออาจทั้งเพื่อโฆษณาประชาสัมพันธ์ขายสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อเชิญชวนเข้าร่วมกิจกรรมต่างๆ และในบางกรณีอาจมีการใช้เพื่อเผยแพร่ข้อมูลหรือภาพอันไม่เหมาะสม ตลอดจนอาจจะมีการนำข้อมูลที่ได้มานั้นไปใช้กระทำความผิดในรูปแบบต่างๆทุกวันนี้เราแทบจะปฏิเสธไม่ได้เลยว่า จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ได้กลายเป็นสิ่งสำคัญในการติดต่อสื่อสารของมนุษย์ในยุคโลกาภิวัฒน์ (Globalization) เนื่องจากมีคุณสมบัติที่สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีความคิดที่จะแสวงหาประโยชน์โดยการใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นช่องทางในการสร้างกลยุทธ์ทางการตลาดด้วยการโฆษณาไปยังผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยการส่งไปยังที่อยู่ของผู้ใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail Address)

เนื่องจากการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ส่งผลกระทบต่อสิทธิ ทรัพย์สิน รวมถึงทรัพย์กรระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นอย่างทวีคูณ จึงเห็นควรศึกษาและทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษที่เหมาะสมซึ่งจะเป็นมาตรการในการป้องกัน และแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยผู้เขียนเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมขอบเขตการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ พร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

Thesis Title	Offenses Relating to Dispatch of Unsolicited Data or Electronic Mail: Studying Thai and Foreign laws
Author	Kritsada Aoyphandee
Thesis Advisor	Assoc. Prof. Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

At present, the development in science and technology, especially Information Technology, is deemed to be massively beneficial for living and carrying out of affairs of both state and private entities. However, if such technology is abused, it can impact or cause damages to the society. A problem affecting the communication and the carrying out of activities is the dispatch of unsolicited electronic mail (spam mail). In creating the so electronic mail ('email'), collected personal information of others is usually used to contact those people to advertise goods or a service or to invite them to participate in some activities. Such information may also be used in committing other offenses. In some cases, the unsolicited email might be used to disseminate inappropriate information or image. Nowadays, we can barely deny that email does not play an important role in the communication of human beings in the age of globalization. This is because sending message by email is convenient and fast, and its cost is quite low. With all aforementioned, people come up with the idea of benefiting from email. It is used in market strategy. Advertisement is sent to the internet user's email address.

As the dispatch of unsolicited data or email affects rights, properties, including computer system resources; in order to prevent and solve the aforementioned problem, the law relating to dispatch of unsolicited data or email should be studied and revised, and the scope of liability and punishment that is appropriate to be the measure preventing and solving the problem should be designated. The author, therefore, suggests that the Commission of an Offense Relating to Computer Act, B.E. 2550 (2007) should be amended: the scope of dispatch of data and email should be revised and the appropriate punishment should be prescribed.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ก็ด้วยความเมตตาและความช่วยเหลืออย่างดียิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันทน์ ซึ่งท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และกรรมการสอบ โดยท่านได้สละเวลาในการให้คำปรึกษา ตลอดจนให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นข้อคิดเห็นทางวิชาการหรือแม้กระทั้งข้อแนะนำในการศึกษา รวมทั้งข้อแนะนำในการค้นหาข้อมูลทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อีกทั้งยังตรวจข้อบกพร่องต่างๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ หากไม่ได้รับความเมตตาและความช่วยเหลือจากท่านย่อมเป็นการยากที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. ประธาน วัฒนวาณิชย์ ที่ท่านได้ให้เกียรติและสละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆต่อผู้เขียนอันเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างมาก และขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการในการสอบ ตลอดจนให้คำแนะนำและข้อคิดเห็น รวมทั้งวิธีการในการปฏิบัติในการทำวิทยานิพนธ์ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณนายสมชัย – นางอุษา อ้อยพันธุ์ดี บิดาและมารดาของผู้เขียน ซึ่งทั้งสองท่านเป็นบุคคลที่ผู้เขียนรักและเคารพเป็นอย่างยิ่ง ขอขอบพระคุณบิดาและมารดาที่เลี้ยงดูและสนับสนุนให้ผู้เขียนได้รับการศึกษาอย่างดีตลอดมา คอยเป็นที่ปรึกษาและเป็นกำลังใจให้กับผู้เขียนเสนอมาไม่ว่ายามสุขหรือทุกข์ ทำให้ผู้มีกำลังและพลังในการทำงานรวมทั้งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากไม่มีท่านทั้งสองตัวผู้เขียนและวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่สามารถประสบความสำเร็จอย่างเช่นวันนี้ได้

กฤษฎา อ้อยพันธุ์ดี

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ฆ

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... ง

กิตติกรรมประกาศ..... จ

บทที่

1. บทนำ..... 1
   - 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 1
   - 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... 8
   - 1.3 สมมติฐานของการศึกษา..... 9
   - 1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... 9
   - 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา..... 10
   - 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... 10
2. ประวัติความเป็นมา แนวคิดและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์..... 11
   - 2.1 ประวัติความเป็นมาและการทำงานของระบบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์..... 11
   - 2.2 แนวคิดทฤษฎีในการลงโทษกับความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์..... 17
   - 2.3 วัตถุประสงค์ในการลงโทษกับความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์..... 19
   - 2.4 ทฤษฎีและสาเหตุของการกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์..... 22
   - 2.5 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับขอบเขตความรับผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย..... 23
     - 2.5.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์..... 24
     - 2.5.2 ประมวลกฎหมายอาญา..... 36
     - 2.5.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522..... 45
     - 2.5.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550..... 48

สารบัญ (ต่อ)

บทที่ **หน้า**

3. มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือมจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่บุคคลอื่นของต่างประเทศ..... 56
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา..... 56
3.1.1 ขอบเขตความรับผิด..... 57
3.1.2 บทกำหนดโทษ..... 63
3.2 ประเทศออสเตรเลีย..... 66
3.2.1 ขอบเขตความรับผิด..... 67
3.2.2 บทกำหนดโทษ..... 70
3.3 ประเทศอังกฤษ..... 71
4. วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ของกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ..... 74
4.1 วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์กับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล..... 76
4.2 วิเคราะห์การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการปกปิดหรือปลอมแปลงที่มาของการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์..... 78
4.3 วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดกับลักษณะของการกระทำอันเป็นการปกปิดหรือปลอมแปลงที่มาของการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่ผู้อื่น..... 80
4.4 วิเคราะห์บทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่ผู้อื่น..... 83

สารบัญ (ต่อ)

บทที่ **หน้า**

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 85
5.1 บทสรุป..... 85
5.2 ข้อเสนอแนะ..... 86
บรรณานุกรม..... 89
ประวัติผู้เขียน..... 95

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ นับว่ามีคุณประโยชน์อเนกอนันต์กับการดำรงชีวิต และการดำเนินกิจกรรมทั้งของหน่วยงานภาครัฐและเอกชน หากแต่ในขณะเดียวกันก็ได้มีการนำเอาเทคโนโลยีเหล่านั้นไปใช้ในทางมิชอบอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายกับสังคมได้เช่นกัน ทั้งนี้ ปัญหาหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อการติดต่อสื่อสารและการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ได้แก่ การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)[1] อันเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มักเกิดจากการได้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่น แล้วมีการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ในการติดต่ออาจทั้งเพื่อโฆษณาประชาสัมพันธ์ขายสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อเชิญชวนเข้าร่วมกิจกรรมต่างๆ และในบางกรณีอาจมีการใช้เพื่อเผยแพร่ข้อมูลหรือภาพอันไม่เหมาะสม ตลอดจนอาจจะมีการนำข้อมูลที่ได้มานั้นไปใช้กระทำความผิดในรูปแบบต่างๆทุกวันนี้เราแทบจะปฏิเสธไม่ได้เลยว่า จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ได้กลายเป็นสิ่งสำคัญในการติดต่อสื่อสารของมนุษย์ในยุคโลกาภิวัฒน์ (Globalization) เนื่องจากมีคุณสมบัติที่สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย ดังนั้น ความนิยมในการใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจึงมีมากขึ้นตามลำดับ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีความคิดที่จะแสวงหาประโยชน์โดยการใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นช่องทางในการสร้างกลยุทธ์ทางการตลาดด้วยการโฆษณาไปยังผู้ใช้อินเทอร์เน็ตโดยการส่งไปยังที่อยู่ของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail Address)[2] แทนกลยุทธ์การขายตรงแบบเดิมๆ ซึ่งประหยัดเวลา ค่าใช้จ่าย และสะดวกมากกว่าการขายแบบเดิม เช่น การขายโดยวิธี direct mail[3]

---

[1] Spam mail คือ ชื่อเรียกของการส่งข้อความที่ผู้รับไม่ได้ร้องขอ ผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยส่วนมากจะทำให้เกิดความไม่พอใจต่อผู้รับข้อความ

[2] E-mail Address คือ หมายเลขประจำตัวหรือรหัสประจำตัวที่กำหนดให้แก่สมาชิก ผู้ใช้หมายเลขนี้จะใช้สำหรับส่งจดหมายหรือเรียกดูข้อความที่ส่งมาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ตัวโปรแกรมที่ใช้ จะต้องทำหน้าที่เหมือนที่ทำการไปรษณีย์ โดยจะรับข่าวสารที่มีผู้ส่งมาแล้วเก็บรอไว้ จนกว่าผู้รับจะเรียกออกมาดู

[3] Direct mail คือ ช่องทางประชาสัมพันธ์รูปแบบหนึ่งเพื่อติดต่อกับลูกค้าแบบตัวต่อตัว (One to One Marketing)

หรือ telemarketing[4] บล็อกสแปม (spam blog) หรือ สปล็อก (splog)[5] เป็นอีกรูปแบบหนึ่งที่พัฒนาขึ้นจากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) รวมทั้งมีการสร้างโปรแกรมสแปมบล็อกขายกันอีกด้วย การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นอีกรูปแบบการก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งการกระทำความผิดการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) คือการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนมาก โดยปกปิดที่มาหรือไม่ปรากฏชื่อที่อยู่ของผู้ส่งที่แท้จริงไปยังผู้รับที่ไม่ได้มีการร้องขอ และไม่ได้รับความยินยอม ไม่ว่าจดหมายนั้นจะเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ หรือวัตถุประสงค์อื่นใดก็ตามซึ่งการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) สามารถก่อให้เกิดความเดือดร้อน รำคาญ และความเสียหายแก่ผู้รับได้ ลักษณะของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) คือ อีเมล์ที่เราไม่ต้องการ เป็นประเภทหนึ่งของ อีเมล์ขยะ (Junk Mail)

จุดประสงค์ของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มักต้องการโฆษณาบริการต่าง ๆ ที่ตัวเองมีอยู่ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นการส่งแต่ละฉบับหรือหลายๆฉบับไปหาคนจำนวนมากที่ส่งถึงท่าน หรือคนทั่วโลก โดยผู้ส่งไม่จำเป็นต้องรู้จักผู้รับมาก่อน เพราะเป็นการส่งโดยใช้โปรแกรมในลักษณะหว่านแห ส่งไปทั่ว เท่าที่จะส่งไปได้ เป้าหมายส่วนใหญ่ของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) คือ เชิญชวนให้ท่านไปซื้อสินค้า ไปทำงานที่ไม่ยากและได้รับรายได้ดี หรือแนะนำเว็บไซต์ทางการค้า หรืออาจเกิดจากนักเจาะระบบสมัครเล่นที่ชอบทดลองก็เป็นไปได้ และปกติจะไม่สามารถค้นพบผู้สร้างจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้โดยง่าย เพราะพวกเขามีวิธีพลางตัวที่ซับซ้อนเพื่อยากแก่การติดตามตัว เช่น login จาก ระบบคอมพิวเตอร์ (server)[6] ระบบ กระโดดไปยังอีก ระบบคอมพิวเตอร์ (server) อีกระบบ แล้วจึงจะเริ่มเจาะระบบคอมพิวเตอร์ (server) เป้าหมาย ใช้เรียกจดหมายที่ถูกส่งมาจากแหล่งที่อาจจะมีตัวตนหรือไม่ก็ตาม ซึ่งปัญหาที่ตามมามักจะเป็นการโฆษณาขายบริการ ผลิตภัณฑ์ จนถึงโฆษณาชวนเชื่อในลักษณะแชร์ลูกโซ่ หลอกให้จ่ายเงินล่วงหน้าเพื่อรับโชคก้อนใหญ่ กรณีพวกที่อ้างว่า ตนเป็นคนในประเทศแถวทวีปแอฟริกา ต้องการโอนเงินให้กับคนในประเทศสหรัฐอเมริกา

---

[4] Telemarketing คือ การขายสินค้าและบริการทางโทรศัพท์

[5] บล็อกสแปม (spam blog) หรือ สปล็อก (splog) คือ คือการสร้างข้อความขยะ หรือข้อความโฆษณาหรือข้อความต่างๆ ที่คล้ายกับการสร้างความน่าเชื่อถือภายในบล็อก

[6] server คือ เครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องหลักในระบบเครือข่าย (network) หนึ่ง ๆ ทำหน้าที่เป็นตัวคุมคอมพิวเตอร์เครื่องอื่น ๆ ที่มาเชื่อมต่อในเครือข่ายเดียวกัน คอมพิวเตอร์ เครื่องนี้มีหน้าที่จัดการดูแลว่าคอมพิวเตอร์เครื่องใดขอใช้อุปกรณ์อะไร โปรแกรมอะไร แฟ้มข้อมูลใด เพื่อจะได้จัดการส่งต่อไปให้ ในขณะเดียวกัน ก็จะเป็นที่เก็บข้อมูลและโปรแกรมที่คอมพิวเตอร์ในเครือข่ายจะมาเรียกไปใช้ได้

หรือภูมิภาคอื่น แต่เนื่องจากติดปัญหาเรื่องระบบการโอนเงินของแอฟริกาหรือเหตุผลบางประการนั้น จึงไม่สามารถโอนให้โดยตรงได้ จำเป็นจะต้องขอใช้บัญชีเงินฝากของคุณในการโอนเงิน และจะให้รางวัลเป็นจำนวนมาก จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ส่วนมากมักจะเป็นอีเมล์ประเภทข้อมูล HTML[7] (ซึ่งเป็นโครงสร้างเอกสารแบบเดียวกันกับที่เว็ปไซต์ทั่วไปใช้ในการแสดงข้อความ) และมักจะแฝงชุดคำสั่งที่อาจจะฝังไวรัสคอมพิวเตอร์หรือหนอนคอมพิวเตอร์เข้ามาในระบบได้หากมิได้อัพเกรดระบบปฏิบัติการของผู้ใช้อย่างสม่ำเสมอ ในบางครั้งซึ่งไม่บ่อยครั้งนักผู้ใช้บางรายอาจจะได้รับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เข้ามาเป็นจำนวนมาก เช่น อาจจะถึงร้อยฉบับต่อวัน โดยที่ในทุกฉบับมีข้อความเดียวกัน และอาจจะมีขนาดใหญ่มากจนทำให้พื้นที่ในการรับจดหมายของคุณไม่เพียงพอ (ส่งผลให้คุณไม่สามารถรับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากรายอื่นได้เลย) กรณีนี้เรียกว่า Mail bomb ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนสำหรับคดี สแปมเมล์ อันโด่งดังก็เช่น คดีของราชาสแปมชื่อดัง นายโรเบิร์ต โซโลเวย์ (Robert Soloway) เป็นนักสแปมผู้สร้างรายได้มหาศาลจากการสร้างอีเมล์ขยะหลายล้านฉบับ และยังส่งโปรแกรมแฝงไปยังเครื่องผู้ใช้คนอื่นเพื่อให้ส่งต่ออีเมล์ของเขาโดยอัตโนมัติ และแฝงตัวเข้าควบคุมเครื่องจากระยะไกล โดยเครื่องที่ถูกควบคุมจะถูกเรียกว่า ซอมบี้พีซี ที่จะทำหน้าที่ส่งต่ออีเมล์เป็นลูกโซ่ไม่สิ้นสุดโซโลเวย์ สามารถทำรายได้จากการส่งจดหมายโฆษณาให้กับห้างร้านต่างๆ ซึ่งเขาอ้างว่าสามารถส่งจดหมายโฆษณาสินค้าเหล่านี้ได้ถึงลูกค้า 20 ล้านราย ภายในเวลา 15 วัน ซึ่งกลุ่มลูกค้าของโซโลเวย์นั้นก็คือผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทุกคน ไม่ว่าจะยินยอม หรือต้องการรับอีเมล์ของเขาหรือไม่ โซโลเวย์ ถูกจับครั้งแรกจากการฟ้องร้องของบริษัทยักษ์ใหญ่ ไมโครซอฟ แต่ถึงอย่างนั้นเขาก็ยังไม่หยุดส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จนกระทั่งทางการของมลรัฐซีแอตเติล ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รวบรวมพยานหลักฐาน ทั้งการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) และหลักฐานทางการเงิน หลักฐานการเลี่ยงภาษี จนในที่สุดถูกศาลตัดสินจำคุก 26 ปี ปรับ 652,000 เหรียญ ซึ่งเป็นการลดโทษ จากเดิมที่ตัดสินจำคุก 65 ปี ปรับเป็นเงินถึง 773,000 เหรียญสหรัฐ ผลกระทบหรือความเสียหายที่ได้รับนั้น อาจมีทั้งความเดือนร้อนรำคาญเล็กๆ น้อยๆ รวมไปถึงการทำให้ bandwidth[8] ของระบบที่ใช้มีไม่เพียงพอ หรือระบบมีข้อมูลมากจนไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ หรืออาจเกิดความเสียหายร้ายแรงอื่นเกิดขึ้นจากการกระทำข้างต้น

---

[7] HTML คือ ภาษาที่ใช้ในการเขียนเว็บเพจ ย่อมาจากคำว่า Hypertext Markup Language โดย Hypertext หมายถึง ข้อความที่เชื่อมต่อกันผ่านลิ้ง (Hyperlink) Markup หมายถึง วิธีในการเขียนข้อความ language หมายถึง ภาษา ดังนั้น HTML จึงหมายถึง ภาษาที่ใช้ในการเขียนข้อความ ลงบนเอกสารที่ต่างก็เชื่อมถึงกัน

[8] Bandwidth (แบนด์วิดท์) คือ คำที่ใช้วัดความเร็วในการส่งข้อมูลของอินเทอร์เน็ต ซึ่งโดยมากเรามักวัดความเร็วของการส่งข้อมูลเป็น bps (bit per second) , Mbp (bps*1000000)

เช่น หากมีการแอบอ้างนำข้อมูลส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดไปใช้ก่ออาชญากรรมในรูปแบบต่างๆ เช่น ข่มขู่ ฉ้อโกง หรือเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นๆ บุคคลที่ถูกแอบอ้างก็อาจตกอยู่ในข่ายเป็นบุคคลที่ต้องสงสัยว่ากระทำผิด และอาจมีการดำเนินคดีกับบุคคลเช่นว่านั้นก็เป็นได้ จนกลายเป็นสาเหตุสำคัญส่วนหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของผู้บริโภค และการทำธุรกรรมทางออนไลน์ในที่สุด เพราะกลายเป็นที่มาของความคลางแคลงสงสัยว่า ผู้ประกอบการหรือภาครัฐที่ให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้ข้อมูลของตนมาได้อย่างไร และเมื่อได้รับข้อมูลอันไม่พึงประสงค์จำนวนมาก ก็อาจทำให้เกิดความรู้สึกต่อต้านหรือไม่พอใจหรือรำคาญ จนอาจทำให้ไม่ต้องการติดต่อหรือใช้บริการหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้นอีก นอกจากนั้น ยังทำให้ผู้รับและผู้ดูแลระบบต้องเสียเวลาหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายในการลบหรือทำลายข้อมูลในลักษณะที่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ซึ่งหากรวมเป็นค่าใช้จ่าย ก็อาจจะเป็นตัวเลขที่สูงมากดังเช่นที่หลายประเทศในขณะนี้ก็ได้พยายามรวบรวมขึ้นจนในที่สุดประเทศต่างๆ ก็ได้พยายามรวบรวมข้อมูลและสภาพปัญหาที่เกิดจากข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ทั้งนี้ เพื่อนำไปใช้ประกอบในการพิจารณากำหนดนโยบาย กฎหมาย หรือมาตรการที่เหมาะสมเพื่อจัดการกับปัญหาดังกล่าวต่อไป

ปัญหาในเรื่องของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มีการพัฒนารูปแบบไปอย่างรวดเร็ว ปัจจุบันจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้สร้างปัญหาแก่เจ้าของระบบคอมพิวเตอร์เป็นอย่างมาก เนื่องจากระบบคอมพิวเตอร์ไม่ว่าในตู้รับจดหมาย หรือช่องทางจราจรในระบบคอมพิวเตอร์เต็มไปด้วยจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ทำให้ช่องทางในการส่งผ่านข้อมูลข่าวสารบนระบบคอมพิวเตอร์เต็มไปด้วยสิ่งที่ไม่มีคุณค่า สร้างความล่าช้าในการสื่อสาร ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตต้องสูญเสียเวลาทำการลบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ออกจากตู้รับจดหมาย หรือพลาดโอกาสในการติดต่อธุรกิจ เนื่องจากตู้รับจดหมายเต็ม อันส่งผลกระทบต่อการสร้างความมั่นคงในการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ จากการสำรวจของสหรัฐอเมริกาพบว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งถึงกันบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) กว่าร้อยละ 70 และมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นในอนาคต วันนี้การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ทำธุรกิจ แต่มีสแปมเมอร์จำนวนหนึ่งที่พบว่าเป็นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่มักส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จากสำนักงาน หรือเป็นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในองค์กรธุรกิจบางกลุ่มแอบเอาแบนด์วิดท์ที่ใช้ไปส่งสแปมเมล์

เพื่อประโยชน์ของตัวเอง ในกรณีนี้ไอเอสพี (ISP)[9] สามารถตรวจพบได้ทุกวันและพยายามแจ้งแก่ลูกค้าที่ใช้บริการ สภาพของปัญหายังได้กระจายออกไปสู่การสร้างจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) รูปแบบใหม่ด้วยการลักลอบเข้าไปในเครือข่ายเพื่อใช้อีเมล์แอดเดรสของผู้ที่อยู่ในระบบเป็นจุดกระจายอีเมล์ โดยทำเสมือนเจ้าของอีเมล์เป็นสแปมเมอร์เสียเอง ทั้งที่เจ้าของอีเมล์ไม่ได้รับรู้ข้อมูลที่ส่งออกไป ที่ร้ายที่สุดวันหนึ่งเมื่อเจ้าของอีเมล์เหล่านี้เปิดเมล์บ็อกซ์จะพบข้อสงสัยเมื่อพบว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ส่งมาจากอีเมล์ของตัวเอง

เหตุจูงใจในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) พบว่ามีเหตุปัจจัย 3 ประการ[10] คือ

1. การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ถือเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดของการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เนื่องจากผู้ประกอบการหลายรายเห็นประโยชน์ของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในการส่งข้อมูลให้แก่ผู้รับได้โดยสะดวก เสียค่าใช้จ่ายน้อย และสามารถเข้าถึงผู้รับได้ในวงกว้างจึงได้ใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นช่องทางการโฆษณาเพื่อขายสินค้า และบริการของตน เช่นการโฆษณาขายยาลดน้ำหนัก เสนองานพิเศษเพื่อหารายได้เสริม หรือการบริการเงินด่วน แต่ในกรณีการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ก็เพื่อการโฆษณาขายสินค้า หรือบริการที่มิชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ได้แก่ การพนันออนไลน์ การขายสินค้าหรือโฆษณาขายบริการทางเพศ เป็นต้น

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

3. การเผยแพร่ลัทธิความเชื่อ บุคคลผู้มีความเชื่อทางความคิดหรืออุดมการณ์ทางการเมืองหรือศาสนาจะใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อเพื่อแสดงและเผยแพร่แนวความคิดของตนเองให้แก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชักจูงใจให้ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เข้าร่วมเป็นสมาชิกกับกลุ่มของตน หรือเพื่อรวบรวมบุคคลเพื่อก่อตั้งลัทธิความเชื่อขึ้นใหม่

---

[9] ไอเอสพีหรือ อินเทอร์เน็ตเซอร์วิสโพรไวเดอร์ (ISP) - Internet Service Provider คือผู้ให้บริการด้านอินเทอร์เน็ตต่างๆ ตั้งแต่การเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ขายชั่วโมงอินเทอร์เน็ต หรือให้บริการบรอดแบนด์อินเทอร์เน็ต ให้เช่าพื้นที่เซิร์ฟเวอร์สำหรับเก็บข้อมูลเว็บไซท์ ฯลฯ

[10] องอาจ เทียนหิรัญ. (2548). *อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : การกำหนดฐานความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำต่อคอมพิวเตอร์* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ผลกระทบของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้นมีผลกระทบต่อผู้ให้บริการอินเตอร์เน็ทและผู้ใช้อินเทอร์เน็ตอย่างไม่ต้องสงสัยดังจะพิจารณาได้ตามหัวข้อนี้จะกล่าวถึงต่อไปนี้[11]

ก. ค่าใช้จ่ายจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) (Cost) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)นั้น ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เสียค่าใช้จ่ายน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับการส่ง Junk mail ทั่วไป เนื่องจากการส่งนั้นมีลักษณะที่ผลักภาระค่าใช้จ่ายมายังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ใช้อินเทอร์เน็ต (Cost Shifting to ISP Costs and Consumer Costs) ซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการดาวน์โหลด (Download cost) ปัญหาเรื่องเนื้อที่ของการใช้ดิสก์ (Disk space) รวมถึงการเสียเวลาของลูกจ้างในการจัดการกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) (Employee time wasted)ในแง่ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในฐานะผู้บริโภคนั้น จะเห็นได้ว่าผู้ใช้จะต้องเสียเวลาเพื่อลบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ออกจากตู้ไปรษณีย์อิเลคทรอนิกส์(Mailbox) ของตน ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ได้เหมาจ่ายค่าธรรมเนียมการใช้อินเทอร์เน็ต โดยอาจจ่ายจากการคำนวณตามเวลาของการใช้ การลบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ทำให้เสียเวลามากและกินเวลาการใช้อินเทอร์เน็ต อันมีผลทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตต้องเสียค่าธรรมเนียมการใช้อินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้น หรือไม่เช่นนั้น ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มโดยการซื้อเนื้อที่ในการส่งและรับจดหมายเพิ่มขึ้น ถ้าหากตนไม่ต้องการเสียเวลาในการแยกจดหมายของตนออกจากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)

สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) นั้นก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจ้างพนักงานเพิ่มเพื่อคัดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จากระบบ นอกจากนี้ ISP ยังจะต้องขยายความกว้างของช่องสัญญาณ (Bandwidth) เพื่อรักษาระดับความเร็วและการเข้าสู่ระบบ และค่าใช้จ่ายในการเพิ่มระบบกลั่นกรองจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เพื่อรักษาลูกค้าของตนเอาไว้

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

---

[11] อรรยา สิงห์สงบ. (ม.ป.ป.) *ความพยายามทางกฎหมายกับการแก้ไขปัญหาจดหมายอิเลคทรอนิกส์ขยะ (Spam Mail)*.

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

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

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

การนำเทคโนโลยีสารสนเทศไปใช้ในทางลบ เช่น การใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารสารสนเทศอันเป็นเท็จหรือมีลักษณะลามกอนาจาร อาจก่อให้เกิดความเสียหายกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของรัฐ รวมถึงความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในส่วนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เช่น การได้รับข้อความ (Message) ต่างๆจากการ Forward Email ซึ่งสร้างความรำคาญ ซึ่งในบางครั้งนอกจากเสียเวลาในการเปิดอ่านแล้ว บางครั้ง ข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เหล่านี้อาจมีการแนบไฟล์ที่มีไวรัส ทำให้เกิดความเสียหายต่อคอมพิวเตอร์ของผู้รับข้อมูลได้ นอกจากนี้ยังอาจก่อให้เกิดการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้ใช้และผู้เกี่ยวข้องในประเด็นต่างๆ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลของผู้ใช้ไปยังหน่วยธุรกิจอื่นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการตลาดโดยผู้ใช้มิได้รับรู้ ข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายว่า กฎหมายวางหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการรบกวนสิทธิส่วนบุคคลโดยทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้หรือไม่ เพียงใด[12]

จากปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดจึงเป็นที่มาของการหาหนทางที่จะกำจัดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ให้หมดไปจากระบบ ซึ่งความตั้งใจนี้คงทำไม่ได้ มีผู้กล่าวว่าตราบเท่าที่การทำธุรกิจและธุรกิจอยู่บนโลกของอินเทอร์เน็ต จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จะคงอยู่ต่อไป จากสภาพปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดการแก้ไข เพิ่มเติมและปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ โดยเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2556 สำนักงาน

---

[12] กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทย. สืบค้นวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2556, จาก *http://www.no-poor.com/ inttotocomandcomapp/rule.html.*

พัฒนาธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) (สพธอ.) กล่าวถึงเจตนารมณ์ในการแก้ไขร่างกฎหมายฉบับนี้ว่า เนื่องจากพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ฯ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมความผิดหลายอย่าง เช่น ปัญหาเรื่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ และมีการบังคับใช้ที่ไม่ถูกต้อง เช่น การนำพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ไปใช้ฟ้องคดีหมิ่นประมาทบุคคล เป็นต้น ปัญหาเรื่องการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นปัญหาที่พบได้เป็นประจำสำหรับผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน

ซึ่งแม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น จะมีผลใช้บังคับในการกระทำความผิดต่างๆ โดยใช้อุปกรณ์ทางคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือ แต่ก็ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ เพราะกำหนดไว้เพียงว่า การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อไม่เปิดเผยชื่อผู้ส่ง ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้ไม่ช่วยแก้ปัญหาจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จากสภาพการณ์ปัจจุบันและปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย ทำให้การกระทำความผิดฐานส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นไปอย่างรุนแรงและควบคุมได้ยากยิ่งขึ้น เห็นควรศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายและบทลงโทษ ตลอดจนการศึกษาถึงแนวทาง ป้องกันแก้ไขอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ที่เกิดมาจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) อย่างเร่งด่วน โดยนำมาตรการในการป้องกันส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มาบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 และพิจารณาถึงการกำหนดโทษที่เหมาะสม เพื่อเป็นการป้องกันและยับยั้งการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับมาตรการการควบคุมการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดและบทกำหนดโทษผู้กระทำความผิดฐานส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ตามกฎหมายของประเทศไทยไทย
3. เพื่อศึกษาแนวทางการกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษผู้กระทำความผิดฐานส่งข้อมูลจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ตามกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาแนวทางในการกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษให้มีประสิทธิภาพประสิทธิผลในการยับยั้ง ข่มขู่ และลดปริมาณการกระทำความผิดซ้ำอีก

1.3 สมมุติฐานการศึกษา

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 11 กำหนดให้ การส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นการเอาผิดแก่การกระทำที่ไม่ถึงกับทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นไม่สามารถทำงานตามปกติได้ แต่เป็นการทำให้เกิดการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข เช่นส่ง e-mail มากจนล้นระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นจนทำให้เกิดความยุ่งยากในการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของเขา โดยจะถือว่าผู้ส่งเป็นผู้กระทำความผิดเมื่อปกปิดแหล่งที่มา และการส่งนั้นเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น โดยปัจจุบันมีการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนมากทั้งเพื่อการโฆษณา หรือติดต่อสื่อสาร โดยที่ผู้รับไม่มีสิทธิในการที่จะรับหรือปฏิเสธข้อมูลหรือจดหมายนั้น และการส่งดังกล่าวมีแนวโน้มที่เพิ่มมากขึ้น การกำหนดขอบเขตในการรับผิดตามกฎหมายดังกล่าวจึงยังไม่ประสิทธิภาพเพียงพอในการยับยั้งหรือข่มขู่การกระทำความผิดดังกล่าว

ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดขอบเขตความรับผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยให้ผู้รับมีสิทธิเลือกที่จะรับหรือปฏิเสธข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น โดยลักษณะของความผิดฐานนี้ต้องมีข้อความในชื่อเรื่องในลักษณะที่เป็นไปเพื่อการหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของเนื้อความ อีกทั้งกำหนดบทกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับการกระทำความผิดดังกล่าว โดยคำนึงถึงความมุ่งหมายในการลงโทษ เพื่อเป็นการป้องกัน ยับยั้งหรือข่มขู่ ให้ผู้ที่จะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด และเป็นการลดปริมาณการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ต่อไป

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการศึกษาถึงสภาพปัญหาของมาตรการในการป้องกันการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) และการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งมาตรการที่เกี่ยวข้องกับ การกระทำความผิดฐานส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ปัจจุบัน เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ 2550 และ บทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศอังกฤษ เพื่อ

ใช้เป็นแนวทางในบัญญัติกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ให้มีความสอดคล้องกับปัญหาและสภาพสังคมปัจจุบัน เพื่อเป็นแนวทางป้องกันและลงโทษผู้กระทำความผิดฐานส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ที่อาจก่อให้เกิดอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ตลอดจนความเสียหายด้านต่างๆ เช่น ด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคม ต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาค้นคว้าและวิจัยแบบการวิจัยเชิงเอกสาร (document research) โดยค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ ข่าวสาร และตัวบทกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งสื่อประเภทอื่นๆที่เกี่ยวข้อง อันนำมาสู่การวิเคราะห์หาข้อสรุปเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางของมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและลงโทษผู้กระทำความผิดฐานส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับมาตรการการควบคุมการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

2. ทำให้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดและบทกำหนดโทษผู้กระทำความผิดฐานส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ตามกฎหมายของประเทศไทย

3. ทำให้ทราบถึงแนวทางการกำหนดความรับผิดและบทกำหนดโทษผู้กระทำความผิดฐานส่งข้อมูลจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ตามกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการกำหนดขอบเขตความรับผิดและมาตรการในการกำหนดโทษให้มีประสิทธิภาพประสิทธิผลในการยับยั้ง ข่มขู่ และลดปริมาณการกระทำความผิดซ้ำอีก

บทที่ 2
ประวัติความเป็นมา แนวคิด และมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

การกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดนั้น สิ่งที่ควรต้องศึกษาก่อนคือจะต้องรู้ถึงว่าการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีประวัติความเป็นมาอย่างไร และเจตนารมณ์ของการใช้ประโยชน์จากการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีขึ้นเพื่ออะไร จึงจะสามารถทราบได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์นั้นเกิดขึ้นเพราะเหตุใด เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษที่เหมาะสม ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ในบทนี้จะได้ศึกษาถึงเรื่องดังกล่าวเพื่อเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์และนำไปสู่ข้อเสนอแนะต่อไป

2.1 ประวัติความเป็นมาและการทำงานของระบบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) คือการติดต่อสื่อสารกันโดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจใช้งานกันเฉพาะภายในองค์กร บริษัท หรือส่งออกไปภายนอกโดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต การรับและการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะต้องมีชื่อเรียกไว้สำหรับอ้างอิง เรียกว่าชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail Address) การกำหนดชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะแยกออกเป็นชื่อกล่องจดหมาย (mail box) โดยทั่วไปจะนิยมตั้งชื่อตามชื่อเจ้าของกล่องจดหมาย และส่วนที่สอง คือ ชื่อโดเมนเนม ซึ่งจะอยู่ตามหลังตัวอักขระ “@” หรือที่เรียกว่า “แอทไซน์” เช่น cat@hotmail.com การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ช่วยทำให้สามารถติดต่อสื่อสารระหว่างกันได้ทั่วโลกมีความสะดวกรวดเร็วและสามารถสื่อสารถึงกันได้ตลอดเวลา โดยไม่ต้องคำนึงว่า ผู้รับจะอยู่ที่ใด จะใช้เครื่องคอมพิวเตอร์หรือไม่ เพราะจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะเก็บข้อความไว้ เมื่อผู้รับเข้าสู่ระบบเครือข่ายก็จะเห็นข้อความนั้นรออยู่ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นรูปแบบการสื่อสารที่ทันสมัยรูปแบบหนึ่งโดยมีความสำคัญ คือ

1. ทำให้การติดต่อสื่อสารทั่วโลกเป็นไปอย่างรวดเร็วทันที ระยะทางไม่เป็นอุปสรรค

2. สามารถส่งจดหมายถึงผู้รับที่ต้องการได้ทุกเวลาแม้ผู้รับจะไม่ได้อยู่ที่หน้าจอคอมพิวเตอร์ก็ตาม

3. กรณีที่ต้องการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นข้อความเดียวกันสามารถส่งจดหมายถึงผู้รับหลายๆคนได้ในเวลาเดียวกัน โดยไม่ต้องเสียเวลาส่งทีละคน

4. การส่งจดหมายทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ช่วยประหยัดเวลาในการเดินทางไปส่งจดหมายถึงตู้ไปรษณีย์หรือที่การไปรษณีย์ จึงประหยัดค่าใช้จ่ายในการส่ง

5. จดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น ผู้รับจดหมายสามารถเรียกอ่านจดหมายได้ทุกเวลาตามสะดวกโปรแกรมของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะแสดงให้ทราบว่าในตู้จดหมายของผู้รับมีจดหมายกี่ฉบับ มีจดหมายที่อ่านแล้วและยังไม่ได้เรียกอ่านกี่ฉบับ เมื่ออ่านจดหมายฉบับใดแล้ว หากต้องการลบทิ้งก็สามารถเก็บข้อความบางอย่างในจดหมายนั้นจากจอภาพแล้วส่งต่อไปยังผู้อื่นได้ด้วย

6. จดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถที่จะถ่ายโอนแฟ้มข้อมูลแนบไปกับจดหมายถึงผู้รับได้

7. ทำให้การแลกเปลี่ยนข่าวสารเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว และทันเหตุการณ์[13]

ก. คุณสมบัติทั่วไปของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือข้อความโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้รับ

สแปมเมล์ (Spam Mail) คือ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ที่ถูกส่งมาให้ผู้รับจำนวนมากหรือจดหมายขยะที่ไม่พึงประสงค์ (junk mail) ในปัจจุบันต้องยอมรับว่าการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ได้เพิ่มมากขึ้นทุกวันบนระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เช่น จดหมายโฆษณาสินค้าหรือบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจดหมายที่ชักชวนให้เข้าไปยังเว็บไซต์ลามก เว็บไซต์การพนัน ซึ่งจดหมายไม่พึงประสงค์ดังกล่าวส่งผลกระทบให้เนื้อที่การใช้อินเทอร์เน็ตของผู้ใช้งานเต็ม หรือสร้างความรำคาญในการเปิดอีเมล์แต่ละครั้ง เนื่องจากการได้รับจดหมายส่งเข้ามาเป็นจำนวนมาก ดังนั้น การทราบถึงคุณสมบัติทั่วไปของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) จะทำให้เข้าถึงจุดมุ่งหมายของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) และเข้าถึงผลกระทบ เพื่อจะได้หาทางป้องกันหรือลดไม่ให้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เข้ามารบกวนการใช้อินเทอร์เน็ตของเราได้ คุณสมบัติทั่วไปของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ได้แก่

1. จดหมายเหล่านี้มักเป็นจดหมายโฆษณาเว็บไซต์หรือการให้บริการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบริการเหล่านั้นบ่อยครั้งไม่สามารถจะโฆษณาผ่านช่องทางปกติได้โดยสะดวก เช่น โฆษณาเกี่ยวกับ

---

[13] *ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์*. สืบค้นวันที่ 10 มีนาคม 2557, จาก http://www.school.net/information-technology/

การเสริมความงาม โฆษณาขายซอฟแวร์หรือหนังสือที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ได้แก่ ซอฟแวร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือหนังสือโป๊ เป็นต้น นอกจากนี้ ด้วยค่าใช้จ่ายในการส่งที่ถูกมากและการเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายคือคนทั่วโลกได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว ทำให้การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เป็นที่แพร่หลายไปทั่วโลก

2. ชื่อผู้ส่งมักจะไม่สามารถค้นหาที่มาได้ และชื่อผู้รับมักจะไม่ใช่อีเมล์ของผู้รับที่ได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เนื่องจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เสี่ยงต่อข้อกฎหมายและเสี่ยงต่อการที่เว็บไซต์ของผู้ส่งจะต้องถูกปิดลงจากการละเมิดการใช้งาน จดหมายขยะเหล่านี้จึงอาศัยช่องโหว่ของระบบการรับส่งอีเมล์ โดยการส่งอีเมล์มักจะอาศัยโปรแกรมที่ออกแบบมาโดยเฉพาะ แล้วส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เข้าไปยัง Sever ต้นทางแล้วจึงผ่านมายังผู้รับ โดยอาศัยอีเมล์แอดเดรสที่อาจเก็บมาจากเว็บไซต์ต่างๆไปจนถึงการกว้านซื้อมาจากเว็บไซต์ที่บอกรับสมาชิกต่างๆในราคาถูก

3. จุดเชื่อต่อที่แจ้งให้คุณสามารถถอนชื่อออกมักจะทำงานไม่ได้ หรือไม่ก็อาจมีจุดประสงค์อื่นที่แฝงไว้แทน ซึ่งถือเป็นจุดหนึ่งที่สร้างความรำคาญให้กับผู้รับ เมื่อผู้รับพยายามติดตามจุดเชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์ที่ทำการถอดถอนบริการ มักจะไม่สามารถถอดถอนบริการได้

4. จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) มักจะส่งมาในลักษณะของ HTML format คือ จะอยู่ในรูปของโครงสร้างเอกสารแบบเดียวกับที่ใช้ในเว็บไซต์ทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อจะได้ออกแบบให้สวยงาม แต่ขณะเดียวกันมักจะแฝงคำสั่งที่อาจจะฝังไวรัสคอมพิวเตอร์หรือหนอนคอมพิวเตอร์เข้ามาในระบบของผู้รับ

5. เว็บไซต์ที่เชื่อมต่อไปตามที่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ส่งมามักจะไม่มีข้อมูลรายละเอียดในตัวสินค้ามากนัก ในบางกรณีอาจมีหมายเลขโทรศัพท์ไว้ให้ติดต่อกลับเพื่อจะได้ทำการเข้าถึงตัวผู้รับจดหมายได้โดยตรง

6. ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) มักจะใช้ข้อความที่น่าสนใจหรือไม่ก็อาจหลอกลวงตั้งแต่ต้น ด้วยมุ่งหมายจะให้ผู้รับเปิดอ่านให้ได้ ข้อความที่จดหมายขยะมักจะใช้ เช่น “นี่คือคำตอบที่คุณได้ร้องขอเราไป” หรือ “ผมได้ส่งไฟล์มาแล้วตามที่ร้องขอ” จนถึง “คุณได้รับอนุมัติบัตรเครดิตแล้ว”[14]

ข. ลักษณะของภัยจากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)

การรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นวิธีการที่นิยมมากที่สุด เนื่องจากเป็นช่องทางที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดแต่สามารถส่งถึงบุคคลได้จำนวนมากหากพิจารณา

---

[14] สแปม หรือแสปมเมล์ (spam mail) คืออะไร. สืบค้นวันที่ 10 มีนาคม 2257, จาก *http://www.thaiall.com/article/spam.htm*

อีเมล์ที่มีการรับส่งผ่านอินเทอร์เน็ตจะพบว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) หรือที่เรียกว่าอีเมล์ขยะถึงร้อยละ 70 จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ขยะ (Junk Mail) เหล่านี้ก็มีการเรียกกันหลายชื่อ ชื่อที่นิยมเรียกกันมาก คือ “สแปมเมล์” ส่วนมากเนื้อหาของจดหมายขยะหรืออีเมล์ขยะจะเกี่ยวกับการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ โดยมีเป้าหมายเพื่อเชิญชวนให้ซื้อสินค้าหรือแนะนำเว็บทางการค้า และในบางครั้งอาจมีลักษณะการโฆษณาชวนเชื่อในลักษณะแชร์ลูกโซ่ หลอกให้จ่ายเงินล่วงหน้าเพื่อรับโชคก้อนใหญ่ เช่น อ้างว่าเป็นคนในประเทศแถวแอฟริกาต้องการโอนเงินของประเทศนั้น จึงไม่สามารถโอนเงินโดยตรงได้ จำเป็นจึงขอใช้บัญชีเงินฝากของผู้อื่นในการโอนเงิน และจะให้รางวัลอย่างงาม ซึ่งเงินรางวัลมักเป็นเงินร่วมแสนร่วมล้านบาท เป็นที่ล่อตาล่อใจของผู้รับข้อความที่ไม่ต้องการแล้ว ซึ่งหากผู้รับหลงเชื่อก็จะทำให้หลงเชื่อต้องสูญเสียเงินและเวลาได้ การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) นอกจากจะทำให้ผู้รับรำคาญใจและเสียเวลาในการจำกัดข้อความที่ไม่ต้องการแล้ว ยังส่งผลให้ประสิทธิภาพการขนส่งข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตลดลงได้ด้วย และพฤติกรรมของการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)ไปยังผู้รับโดยไม่สนใจว่าผู้รับจะต้องการหรือไม่ ยังเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้รับอีเมล์ได้อีกด้วย ทำให้ในปัจจุบันเกิดการต่อต้านกันอย่างเปิดเผยและกว้างบนอินเทอร์เน็ต

การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เป็นการส่งอีเมล์โดยตรงไปยังผู้ใช้อีเมล์ ซึ่งรายชื่อผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ส่วนใหญ่จะนำมาจากผู้ที่เคยส่งข้อความในกระทู้หรือสมาชิกตามเว็บไซต์ที่มีการตั้งกระทู้ต่างๆหรือเข้าไปขโมยรายชื่อผู้ใช้อีเมล์ในกลุ่มผู้สนใจเฉพาะด้าน หรือเข้าไปหาอีเมล์ในเว็บไซต์[15]

ค. แนวคิดในการเลือกที่จะรับ (Opt-in) และในการที่จะปฏิเสธ (Opt-out)

กรอบวิธีในการป้องกันจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) นั้นแบ่งออกเป็น 2 แนวทางหลักๆคือ

Opt-in (ผู้รับเลือกที่จะรับหรือให้ความยินยอม) ผู้ส่งข้อความต้องได้รับอนุญาตจากผู้รับก่อน จึงจะสามารถส่งข้อความถึงผู้รับได้ มิฉะนั้นจะถือว่าผิดกฎข้อบังคับ เป็นแนวคิดที่คุ้มครองสิทธิของผู้รับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ส่งจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับก่อน เช่น กรณีการโฆษณาสินค้าที่ผู้รับเข้าไปในเว็บไซต์ซึ่งหากผู้รับต้องการที่จะให้ผู้ประกอบกิจการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อโฆษณาสินค้าผู้รับต้องยอมรับหรือตกลงตามเงื่อนไขที่ผู้ประกอบกิจการกำหนดเพื่อจะให้ไม่ถือว่าผู้ประกอบกิจการนั้นเป็นผู้กระทำความผิดที่ฝ่าฝืนแนวคิดดังกล่าว

---

[15] นคร บริพนธ์มงคล. (2547, มกราคม-กุมภาพันธ์). *สแปมเมล์ หรือ อีเมล์ขยะ*. จดหมายข่าวสำนักคอมพิวเตอร์, ปี8(1).

Opt-out (ผู้รับเลือกที่จะปฏิเสธหรือไม่ให้ความยินยอม) ผู้ส่งสามารถส่งข้อความหาผู้รับโดยไม่ต้องขออนุญาตล่วงหน้า แต่ผู้รับจะเป็นฝ่ายระบุว่าไม่รับข้อความ ซึ่งผู้ส่งข้อความจะต้องหยุดส่งทันทีหลังจากผู้รับระบุว่าไม่ต้องการรับข้อความ[16] เป็นกรณีที่ผู้ส่งส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปก่อน แต่ในข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าผู้รับจะปฏิเสธการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นในอนาคตหรือไม่ หากผู้รับปฏิเสธที่จะรับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นผู้ส่งจะต้องหยุดดำเนินการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นโดยทันทีมิฉะนั้นจะถือเป็นความผิดและเป็นการรบกวนต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้รับ

ง. การควบคุมและป้องกันจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)

1. การควบคุมจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) สามารถทำได้หลายวิธี ได้แก่

วิธีแรก คือ การพัฒนานโยบายเกี่ยวกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์และการให้ความรู้แก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ต เพราะถ้าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ใส่ใจต่อนโยบายของหน่วยงานในการจำกัดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แล้วก็จะไม่มีวิธีป้องกันและจำกัดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ขยะเหล่านั้นได้เลย

วิธีที่สอง คือการป้องกันอีเมล์ขยะด้วยการติดตั้งเครื่องบริการกรองข้อมูล

วิธีที่สาม การสนับสนุนการออกกฎหมายต่อต้านอีเมล์ขยะโดยตรง ซึ่งวิธีการนี้สหรัฐอเมริกาได้มีการดำเนินการแล้ว

2. การป้องกันจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)

การกำจัดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)ที่ไม่ต้องการให้หมดไปแบบถาวรจากอีเมล์ของผู้ใช้นั้นทำได้ยาก แต่มีวิธีการป้องกันจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ดังนี้

1) ใช้เครื่องมือในการคัดกรองอีเมล์ โดยเลือกใช้โดเมนอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอีเมล์ที่มีการป้องกันจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)

2) จำกัดการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่

---

[16] สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม. (2533). *ระบบคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ. หน้า 11.

ควรมีที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail address) สำหรับใช้ในการซื้อของ การสนทนา และการใช้บริการอื่นๆโดยเฉพาะแยกจากอีเมล์ที่ใช้สำหรับการสื่อสารหรือรับข้อมูลในการสนทนาทั่วไป

ควรมีที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail address) สำรองสำหรับจัดการเรื่องทั่วไป เพื่อใช้ในการส่งข้อความเข้าสู่ e-mail หลัก โดยถ้าเมล์สำรองได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ก็ควรจะยกเลิกการใช้เมล์สำรองดังกล่าว เพื่อป้องกันการส่งผลกระทบต่อเมล์หลัก

ไม่ควรแสดงที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail address) ของคุณต่อสาธารณะเพราะผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) จะสามารถใช้เป็นช่องทางในการเก็บข้อมูลที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้

ไม่ควรส่งเมล์ลูกโซ่หรือ forward mail เพราะการส่งเมล์ในรูปแบบดังกล่าวจะทำให้ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์กระจายไปสู่อีเมล์ของบุคคลอื่นๆ

หากมีเว็บไซต์ส่วนตัวไม่ควรจะนำที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์หลักที่ใช้อยู่มาใส่ลงเว็บไซต์ดังกล่าว

3) ตรวจสอบแนวนโยบายการรักษาข้อมูลส่วนบุคคล ของเว็บไซต์ก่อนที่จะตกลงให้ที่อยู่ข้อมูลจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่เว็บไซต์ โดยบริษัทผู้ให้บริการอนุญาตให้มีการขายที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ให้กับผู้อื่นหรือมีแนวโน้มที่จะเปิดเผยที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคลอื่น ก็ควรตัดสินใจที่จะไม่ให้ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่เว็บไซต์ดังกล่าวอย่างไรก็ตามหากตกลงให้ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่เว็บไซต์ไปแล้ว ก็ควรจะตรวจสอบที่กล่องข้อความที่ได้รับจากบริษัท โดยบางเว็บไซต์อนุญาตให้เลือกที่จะไม่รับอีเมล์ได้

4) เลือกใช้อีเมล์ที่เป็นเอกลักษณ์ เนื่องจากการตั้งชื่ออีเมล์ที่ไม่เป็นเอกลักษณ์จะส่งผลให้ได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) จำนวนมาก

จ. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์[17]

แนวคิดทฤษฎีการใช้สื่อเพื่อประโยชน์และความพึงพอใจ (Uses and Gratification Approach) แนวคิดสำคัญเกี่ยวกับการใช้สื่อเพื่อประโยชน์และความพึงพอใจของผู้รับสาร เน้นที่ความสำคัญของผู้รับสารในฐานะที่เป็นปัจจัยหลักในการที่จะตัดสินใจเลือกใช้ประเภทของสื่อ และเนื้อหาของสารที่สามารถสนองตอบต่อความต้องการของบุคคล จนนำไปสู่ความพึงพอใจแก่ผู้รับสาร จากการ

---

[17] สำนักพัฒนานโยบายและแผนการประชาสัมพันธ์. (2555, มีนาคม). *แนวคิดทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการประชาสัมพันธ์และการสื่อสารมวลชน*. กรุงเทพฯ. หน้า 7-8.

ใช้สื่อและการเปิดรับต่อสารนั้นๆ และอาจกลายเป็นแรงจูงใจที่สำคัญ ในการหล่อหลอมพฤติกรรมต่อการเปิดรับรายการประเภทเดียวกัน ในครั้งต่อไป

การใช้สื่อเพื่อช่วยตอบสนองความพึงพอใจของผู้รับสาร จึงเป็นการเปลี่ยนแนวการศึกษาที่ให้ความสนใจกับบทบาทความสำคัญของผู้ส่งสาร นำมาวิเคราะห์หาความต้องการของผู้ใช้สื่อ โดยนำเอาปัจจัยที่เกี่ยวข้องอยู่ในกระบวนการทางสังคมและจิตวิทยาของผู้ใช้เข้ามาช่วยอธิบายถึงพฤติกรรมในการบริโภคสื่อว่า นอกจากความต้องการขั้นพื้นฐาน 5 อย่างของมนุษย์ ตามที่มาสโลว์ (Maslow) ได้กล่าวไว้ ดังนี้ คือ

1. ความต้องการทางร่างกาย
2. ความต้องการความปลอดภัย
3. ความต้องการความรัก
4. ความต้องการความนับถือ
5. ความต้องการความสำเร็จในชีวิต

2.2 แนวคิดทฤษฎีในการลงโทษกับความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์

ในการกระทำความผิดทางอาญาย่อมก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อทรัพย์สิน ร่างกาย ชีวิต รวมทั้งสิทธิต่างๆของบุคคล จึงต้องกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทั้งเพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด และการแก้แค้นตอบแทนในการกระทำความผิดนั้น ดังนั้น หากจะพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษแล้วควรที่จะต้องทราบถึงทฤษฎีในการลงทาผู้กระทำความผิดเพื่อนำมาวิเคราะห์ในการกำหนดขอบความรับผิดและการกำหนดโทษที่เหมาะสมต่อไป

ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษมี 4 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory) ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitative Theory) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory)

(1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือเพื่อทดแทนนั้น มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อผู้เสียหายและสังคม โดยโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นควรจะต้องเป็นสัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนเน้นการลงโทษที่มองไปที่อดีตเหตุผลการลงโทษเป็นไปเพื่อการแก้แค้น ซึ่งการลงโทษจะเกิดจากอารมณ์แค้นที่มีตามสัญชาติญาณของมนุษย์ อีกเหตุผลหนึ่งคือ ทุกคนควรต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำผิดที่เกิดขึ้น เพื่อรักษาความ

ยุติธรรม หรือสมดุลในสังคมไว้ เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้น ผู้กระทำผิดจึงสมควรจะต้องได้รับโทษเพื่อทดแทนความผิด หรือลบล้างความชั่วที่เกิดขึ้น โดยโทษที่จะได้รับควรจะเท่ากับความเจ็บปวดและมีความยากลำบาก หรือมีความทนทุกข์ทรมาน เช่นเดียวกับที่ผู้เสียหาย หรือสังคมได้รับ วิธีการลงโทษแต่เดิมใช้ความทารุณโหดร้าย ซึ่งถูกคัดค้านจากประชาชน สำนักคลาสสิกได้เปลี่ยนแนวคิดในการลงโทษไม่ให้ใช้การลงโทษแบบทรมาน แต่จำนวนโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิด ส่วนเหตุผลการลงโทษยังยึดหลักว่า ผู้กระทำผิดสมควรได้รับโทษเพราะทุกคนมีเจตจำนงอิสระวิธีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีวิธีการลงโทษหลายทางคือ (1) สำหรับในความผิดที่ร้ายแรงนั้น ควรต้องลงโทษให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำขึ้น (2) โดยการใช้ค่าเสียหาย หรือค่าทดแทนความเสียหายแทนการถูกลงโทษ หรือ (3) โดยการลงโทษให้สาสมกับความผิด และให้ใช้ค่าเสียหาย หรือค่าทดแทนเพื่อชดเชยความผิดที่เกิดขึ้น (Expiation) ด้วย เช่น การลงโทษจำคุกหรือ ปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับ และให้คืนทรัพย์ หรือใช้ราคาทรัพย์แทน

(2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งหรือแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory)

กล่าวคือ ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดหวนไปกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างด้วย นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีอีกด้วย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมโดยลงโทษผู้กระทำผิด ซึ่งมุ่งเน้นไปเพื่อประโยชน์ 3 ประการคือ

1. เพื่อป้องกันอาชญากรรมอย่างถาวร หรือชั่วคราว ซึ่งได้แก่ การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก หรือกักขังตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้

2. เพื่อข่มขู่ยับยั้ง ได้แก่ การลงโทษเพื่อให้มีผลป้องกันแก่ตัวผู้กระทำผิดเอง (Special Prevention or Individual Deterrence or Specific Deterrence) คือ ทำให้ผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษ มีความเกรงกลัว เข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำผิดซ้ำขึ้นอีก และ/หรือ การลงโทษเพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (General Prevention or General Deterrence) คือ ทำให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า เมื่อผู้ใดกระทำผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ ทำให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด

3. เพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด ได้แก่ การแก้ไขปรับปรุงที่เกิดจากการลงโทษโดยตรงและและแก้ไขปรับปรุงอันเป็นส่วนที่เกิดสืบเนื่องมาจากการลงโทษ

การลงโทษจะต้องมีปริมาณโทษมากพอที่จะบรรลุผลเป็นการป้องกันการกระทำผิดแต่ต้องไม่มากเกินกว่าที่จำเป็นในการที่จะบรรลุผลนั้นการลงโทษที่มีประสิทธิภาพจะต้องมีความแน่นอน เสมอภาค และรวดเร็ว เพื่อให้ผู้กระทำผิดและบุคคลอื่นเห็นผลเสียจากการกระทำผิดนั้น

(3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitative Theory)

แนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดคือ ผู้กระทำผิดเป็นผู้ป่วย การแก้ไขผู้กระทำผิดให้เป็นคนดี ต้องมีขั้นตอนหลายขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก ตรวจสอบหาสาเหตุของปัญหา ขั้นตอนที่สอง วิเคราะห์สาเหตุ และขั้นตอนสุดท้าย รักษาหรือแก้ไขที่สาเหตุนั้น ทฤษฎีนี้มีความมุ่งหมายเพียงจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำผิดมาแล้วกลับมากระทำผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้มีผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง วิธีการตามทฤษฎีนี้คือ นอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำผิดมาแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย มีผู้เห็นว่า ไม่ควรใช้คำว่า การลงโทษ (Punishment) แต่ควรใช้คำว่าการปฏิบัติ (treatment) แทน เพราะการทำให้ได้รับความยากลำบากด้วยการลงโทษไม่น่าจะทำให้คนประพฤติดีขึ้น

(4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory)

ปัจจุบันนักอาชญาวิทยาของสำนักป้องกันสังคมให้ความสนใจในสิ่งสำคัญ คือ บุคลิกภาพของผู้กระทำผิด กฎหมายอาญา และการควบคุมสิ่งแวดล้อม เพื่อทำให้สังคมดีขึ้นและเพื่อป้องกันอาชญากรรม ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้พัฒนาเป็นแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคมทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด และอบรมบ่มนิสัย มากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ส่วนการลงโทษจะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้เป็นคนดี โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ในการป้องกันควบคุม และการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดไว้ในกฎหมายอาญาด้วย เช่น หลักเกณฑ์การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำผิด เป็นต้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมจึงเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญ อันจะนำมาใช้ในการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดที่กลับตัวเป็นคนดียาก

2.3 วัตถุประสงค์ในการลงโทษกับความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์

2.3.1 ความมุ่งหมายในการลงโทษ[18]

จุดมุ่งหมายในการลงโทษไม่อาจจะกล่าวได้อย่างรวบรัดโดยไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือนำไปสู่ข้อสรุปที่อาจผิดพลาดได้ เพราะจุดมุ่งหมายในการลงโทษมิได้มีจุดมุ่งหมายอย่างใด

[18] แหล่งเดิม. หน้า 19.

อย่างหนึ่งหรือมีอย่างเดียว และจุดมุ่งหมายหลายประการอาจสนับสนุนซึ่งกันและกันหรืออาจขัดแย้งกันได้ การลงโทษผู้กระทำความผิด (1) ไม่จำต้องจะสนับสนุนระบบการลงโทษในสถานเบาหรือมิใช่การทดแทนความผิด (2) การลงโทษไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการที่ปราศจากมนุษยธรรม (3) การลงโทษโดยไม่มีจุดมุ่งหมายในการทดแทนความผิดยังมีอยู่ในจิตใจของสาธารณชนโดยทั่วไป

อย่างไรก็ตามระบบการลงโทษควรจะเป็นอิสระจากการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว ดังนั้นสังคมควรมีจุดมุ่งหมายในการลงโทษดังนี้

1. เพื่อคุ้มครองผู้กระทำความผิดและผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดมิให้ถูกแก้แค้นจากผู้เสียหาย การแก้แค้นผู้กระทำความผิดย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นระเบียบหรือความวุ่นวายในสังคม

2. เพื่อระงับยังยั้งการกระทำความผิดที่กฎหมายห้าม หรือยับยั้งผู้กระทำความผิด

3. ระบบการลงโทษควรก่อให้เกิดความทุกข์น้อยที่สุด (ต่อผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น)เพียงพอที่จะบรรลุจุดมุ่งหมาย อันเป็นหลักมนุษยธรรมนิยม

4. ระบบการลงโทษควรจะดำเนินการเพื่อทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สำนึกผิดโดยได้รับความทุกข์จากการกระทำของตน อันเป็นความมุ่งหมายที่แตกต่างจากข้อ 1 และ 3 หรือมิฉะนั้นระบบการลงโทษควรดำเนินการเพื่อทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สำนึกผิด โดยไม่จำต้องลงโทษเพื่อการแก้แค้นที่ไม่เป็นทางการอย่างรุนแรง หรือไร้มนุษยธรรมต่อผู้กระทำความผิดตราบใดที่การลงโทษเพียงพอจะไม่ทำให้การกระทำความผิดมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น

5. การลงโทษเพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมรังเกียจการกระทำความผิดนั้น

ผู้กำหนดนโยบายการลงโทษอาจเลือกแนวทางใดแนวทางหนึ่งหรือหลายแนวทางที่ส่งเสริม สนับสนุนซึ่งกันและกันและไม่ขัดแย้งกัน และมีความเหมาะสมต่อสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม

2.3.2 ระบบการลงโทษ[19]

สังคมคาดหวังการลงโทษว่าจะมีผลเป็นการควบคุมสังคม และควบคุมอาชญากรรม การกำหนดโทษตามคำพิพากษา (Sentencing) เป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการยุติธรรม และเป็นจุดเริ่มต้นในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Treatment) ในเรือนจำ (Institutional Treatment) หรือการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในชุมชน (Community Based-Treatment) อันเป็นทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก โดยเฉพาะสำหรับผู้กระทำความผิดบางรายที่สมควรได้รับโอกาสแก้ไขปรับปรุง

---

[19] ประธาน วัฒนวานิชย์. (2541). *การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา*. บทบัณฑิตย์ นิตยสารเนติบัณฑิตยสภา. เล่มที่ 54 ตอน 4. หน้า 15.

คนเอง หรือสมควรจะได้รับการให้อภัยสำหรับการกระทำความผิดที่ไม่เป็นอันตรายร้ายแรง จะได้เริ่มต้นชีวิตใหม่

การลงโทษไม่ว่าจะพิจารณาจากทฤษฎีหรือวัตถุประสงค์ในการลงโทษย่อมจะมีผลต่อผู้กระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ดังนี้

1. การทดแทนความผิดหรือการแก้แค้น (Retributive Justification) ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษ เพราะเขาได้กระทำผิด และต้องรับผิดชอบการกระทำของตนเอง โทษต้องเหมาะสมกับความรับผิด (Culpability) ความรับผิดมากหรือน้อยย่อมขึ้นอยู่กับผลร้ายของการกระทำ เจตนา ไม่เจตนา หรือประมาท แรงจูงใจ พฤติการณ์แวดล้อม เหตุเพิ่มโทษ ลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษ

อย่างไรก็ตามแนวความคิดนี้ก็ยังยอมรับการทดแทนความผิดโดยมีขอบเขตจำกัดหรือความแตกต่างระหว่างบุคคลได้ตามหลักผู้สมควรได้รับโทษ (Distributive Justice) ตามสถานะของบุคคล หรือความชั่ว เป็นต้น ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงบัญญัติโทษขั้นสูง ขั้นต่ำ ซึ่งทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น และศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้ตามความเหมาะสมหรือตามสมควร

2. การยับยั้งหรือข่มขู่ (Utilitarian or Reductive Justification) การลงโทษมีเหตุผลในการลดจำนวนอาชญากรรม การลงโทษรุนแรงจะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดหรือมีผลป้องกันอาชญากรรม (Deterrence) เพราะ

2.1 ยับยั้งผู้ที่กระทำความผิด มิให้กระทำผิดอีก

2.2 ยับยั้งผู้ที่อาจจะกระทำความผิดอีก

2.3 แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

2.4 ให้การศึกษาแก่ผู้สาธารณชนเพื่อจะได้ตระหนักถึงการกระทำความผิดและมีความระมัดระวังอันเป็นการช่วยลดปัญหาอาชญากรรม

2.5 ให้ความคุ้มครองแก่สาธารณชน หรือผู้ที่อาจจะตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมโดยการแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม

3. การไม่ยอมรับหรือการประณามการกระทำความผิด (Expressive or Denunciatory Justification) แนวความคิดนี้เชื่อว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการไม่ยอมรับการกระทำนั้น การลงโทษเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ สังคมต้องประมาณการประทำนั้นด้วย เพราะการประมาณผู้กระทำความผิดจะทำให้สังคมเกิดความเป็นปึกแผ่น (Social Cehesion) อย่างไรก็ตามการตำหนิหรือการประมาณจะไม่มีผลถ้าไม่มีการทดแทนความผิด

เหตุผลในการลงโทษผู้กระทำความผิดบางครั้งก็แย้งหรือไม่สอดคล้องกัน แม้ว่าจะมีความพยายามแบ่งแยกการลงโทษผู้กระทำความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) โดยอ้างเหตุผล

การทดแทนความผิด และความผิดที่กฎหมายห้าม (mala prohibita) โดยอ้างเหตุผลทางด้านอรรถประโยชน์ การอ้างเหตุผลดังกล่าวก็ยากที่จะแบ่งแยกได้ชัดเจนระหว่างความพอใจ ความสงสาร หรืออคติที่ผู้กำหนดโทษมีความรู้สึกต่อผู้กระทำความผิด ปัญหาจะยิ่งยุ่งยากขึ้นถ้าผู้กระทำความผิดลักษณะเดียวกันและคนเดียวกัน มีเหตุผลในการลงโทษแตกต่างกัน เช่น เขาสมควรได้รับการลงโทษจำคุก ในขณะเดียวกันการลงโทษจำคุกจะทำให้เขามีปัญหาในการกลับตนเป็นพลเมืองดีและความความน่าจะเป็นในการกระทำความผิดซ้ำมากยิ่งขึ้นเป็นต้นไป

ดังนั้นการอ้างเหตุผลใดในการลงโทษจึงข้อโต้แย้งและข้อจำกัดอยู่เสมอ แต่การทดแทนยับยั้ง และประมาณการกระทำความผิดต้องแยกออกจากการลงโทษพียงเพราะต้องการแก้แค้นผู้กระทำความผิดเท่านั้น

การแก้แค้นฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation) โดยทั่วไปการแก้ไขผู้กระทำความผิดในเรือนจำมักจะเรียกวา Reformation และการแก้ไขผู้กระทำความผิดในชุมชนมักจะเรียกว่า Rehabilitation เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างบุคคลที่อยู่ในและนอกเรือนจำหรือถูกลงโทษและใช้วิธีการหลีกเลี่ยงการลงโทษ อย่างไรก็ตามยังมีผู้ใช้คำทั้งสองทดแทนกันในความหมายอย่างเดียวกัน การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในที่นี้หมายถึง การแก้ไขฟื้นฟูและการบำบัดรักษา ทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรือรวมทั้งการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพ (Modification) เพื่อส่งเสริมให้ผู้ต้องโทษเป็นพลเมืองที่เคารพกฎหมายเมื่อพ้นโทษ หรือทัศนคติที่ดีต่อสังคม การแก้ไขฟื้นฟูจะประสบพลสำเร็จอย่างน้อยที่สุดต้องมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงผู้กระทำความผิดให้กระทำความผิดน้อยลง มิใช่การเปลี่ยนแปลงในระยะสั้น หรือเป็นครั้งคราวเท่านั้น

2.4 ทฤษฎีและสาเหตุของการกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์

2.4.1 ทฤษฎีเศรษฐกิจ

ทฤษฎีเศรษฐกิจมองว่าระบบเศรษฐกิจเป็นตัวกำหนดเดียวที่สำคัญในการเกิดอาชญากรรม ทางเดียวที่จะป้องกันอาชญากรรมได้คือการเปลี่ยนแปลงโดยการปฏิวัติทางสังคม ซึ่งทฤษฎีนี้เชื่อว่า อาชญากรที่ก่ออาชญากรรมพื้นฐานส่วนใหญ่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำ มากจากครอบครัวที่มีปัญหายากจน มีรายได้ต่ำ จึงเป็นที่ยอมรับว่า ปัญหาเศรษฐกิจ คือความยากจนเป็นสาเหตุสำคัญมากประการหนึ่งที่ทำให้เกิดอาชญากรมขึ้นในสังคม[20]

เมื่อพิจารณาถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์จะเห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยให้ผู้ส่งจดหมาย

---

[20] อัจฉรียา ชูตินันทน์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 90.

อิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์เป็นผู้ดำเนินการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งได้รับค่าตอบแทนสูง ดังนั้น จากสภาวะทางเศรษฐกิจที่ต่ำทำให้ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์หาช่องทางที่จะทำให้มีรายได้สูง แต่ไม่ต้องลงทุนมาก ทฤษฎีดังกล่าวจึงสะท้อนให้เห็นว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ คือ สภาวะทางเศรษฐกิจที่มีผลกระทบต่อการกระทำความผิดดังกล่าว

2.4.2 ทฤษฎีคบหาสมาคมที่แตกต่าง

ซุทเธอร์แลนด์ นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกัน ให้ข้อคดเห็นว่า “พฤติกรรมของอาชญากรรมเรียนรู้กันได้โดยการติดต่อกันอย่างใกล้ชิดภายในกลุ่ม และความประพฤติที่ส่อแสดงออกมาในลักษณะที่จะเป็นอาชญากรรมนั้น ขึ้นอยู่กับความแตกต่างในช่วงระยะเวลาและความสม่ำเสมอในการติดต่อหรือความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน

ทฤษฎีนี้มองว่าพฤติกรรมอาชญากรรมเกิดจากการเรียนรู้ ฝึกอบรม สั่งสอน หรือจากการที่ได้พบเห็น โดยเป็นการติดต่อสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดภายในกลุ่ม จึงไม่ใช่เป็นการเลียนแบบ การเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมนี้จะมีความยากง่ายแตกต่างกันไป และขึ้นอยู่กับแรงบันดาลใจ แรงขับดันภายใน ความมุ่งหมายและทัสนคติ [21]

เป็นที่ทราบกันดีว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แท้จริงแล้วคือผู้ที่มีความสามารถด้านระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งต้องได้รับการเรียนรู้ สั่งสอน หรือโดยความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ จึงจะสามารถเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์นี้ได้ และเป็นเฉพาะกลุ่มบุคคลเท่านั้นที่จะสามารถกระทำความผิดนี้ได้ จากทฤษฎีดังกล่าวจึงสามารถระบุกลุ่มผู้กระทำความผิดได้ว่าเกิดจากกลุ่มบุคคลใด และสาเหตุการกระทำความผิดเกิดจากการเรียนรู้ สั่งสอนต่อๆกันมา

2.5 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับขอบเขตความรับผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย

แม้ว่าในปัจจุบันนี้ผลกระทบของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) นั้นยังไม่เห็นเด่นชัดในประเทศไทยก็ตาม แต่เป็นที่แน่นอนว่าในอนาคตจำนวนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศไทยย่อมสูงขึ้นอย่างแน่นอนและจำนวนผู้ใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ย่อมสูงขึ้นเป็นเงาตามกัน การโฆษณาสินค้า หรือการส่งข้อความต่างๆที่ไม่เป็นประโยชน์ก็ย่อมเพิ่มปริมาณขึ้น ซึ่งขั้นตอนการดำเนินงานของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ตั้งแต่ขั้นการ

[21] แหล่งเดิม. หน้า 93.

เก็บรวบรวมรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ จนกระทั่งกระจายจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ต่างก็มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นทั้งสิ้น แต่ความเสียหายอาจเกิดขึ้นนั้นมีระดับความแตกต่างกัน เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ที่มีไวรัสคอมพิวเตอร์แฝงอยู่ หรือมีคำสั่งการทำงานที่ละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) เพื่อโฆษณาสินค้าหรือบริการ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) ที่มีภาษาอื่นหรือไม่สามารถสื่อความหมายได้ เป็นต้น การกระทำของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail)จะเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายไทยหรือไม่ พิจารณาได้ดังนี้

2.5.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด

หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด

มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติความรับผิดทางละเมิดในกรณีทั่วไป อันมีองค์ประกอบความรับผิด 3 ประการ ได้แก่

1. มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย
2. เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

ประการที่ 1 มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย

การกระทำโดยผิดกฎหมายนั้น มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” (Unlawful) คือ ไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำความผิดกฎหมาย จึงจะถือว่าเป็นละเมิด กล่าวคือ ความรับผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ในมาตรา 420 หมายความเพียงว่า ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคลอันได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลที่มีลักษณะเด็ดขาด โดยไม่มีสิทธิ หรือไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมายที่จะกระทำได้แล้ว[22] ถือเป็นการเพราะตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญานั้นมีว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้[23]

---

[22] จิตติ ติงศภัทิย์. (2503). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2*. กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 467.

[23] อนันต์ จันทรโอภากร. (2531). *โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด หนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์*. กรุงเทพฯ : พี. เค. พริ้นติ้งเฮ้าส์.

การกระทำ หมายความรวมถึง การละเว้นการกระทำที่บุคคลนั้นๆจะต้องกระทำด้วย ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่นมีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือการใช้สิทธิตามสัญญา[24] หรือเกิดจากการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นก็ไม่เป็นการละเมิด ดังนั้นการกระทำโดยผิดกฎหมาย จึงหมายความถึงการกระทำที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ แต่ในความเป็นจริงแล้ว แม้บุคคลจะมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ไม่เป็นละเมิด แต่บางครั้งการใช้สิทธิหรือมีอำนาจกระทำเหล่านี้นั้น อาจเป็นการใช้สิทธิโดยมุ่งแต่ประโยชน์ของตนเอง โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น[25] ซึ่งการกระทำลักษณะเช่นนี้ กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 421 เพื่อมุ่งประสงค์มิให้บุคคลใช้สิทธิที่ตนมีอยู่นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเกินควรเสียจนทำให้สังคมอยู่กันอย่างไม่สงบสุข ซึ่งในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้การใช้สิทธิของบุคคลต้องกระทำโดยสุจริตก็อาจต้องรับผิดฐานละเมิด

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ให้ความเห็นว่า “มาตรา 421 เป็นบทขยายความของคำว่า “ผิดกฎหมาย” ในมาตรา 420 ออกไปอีกชั้นหนึ่ง คือแม้แต่จะทำโดยมีสิทธิตามกฎหมาย แต่ถ้าใช้สิทธินั้นโดยลักษณะที่มีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ก็ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้กระทำใช้สิทธิโดยมุ่งแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยตรง ไม่ได้รับประโยชน์อะไรจากสิทธินั้นเลย หรือเป็นการกลั่นแกล้ง เป็นการใช้สิทธิอันมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผล คือความเสียหายแต่ผู้อื่นแต่ฝ่ายเดียว เป็นการกระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นเสียหาย นอกจากนี้การใช้สิทธินอกจากจะมีลักษณะเป็นการกลั่นแกล้งแล้ว อาจเป็นการใช้สิทธิที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นเกินกว่าปกติธรรมดาของการใช้สิทธิก็ได้ ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 เช่นเดียวกัน และเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น มีผลเป็นการละเมิดตามมาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 421 ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นจากการกระทำของตน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1719-1720/2499 ในโรงงานสีครั่งและผลิตครั่งบริสุทธิ์ใช้ยาเคมีละลายกับน้ำทำการล้างครั่งทั้งกลางวันและกลางคืน ส่งกลิ่นเหม็นอันเป็นอันตรายแก่อนามัย และทำให้ผู้ที่อยู่บ้านใกล้เรือนเคียงเดือดร้อนรำคาญ เจ้าของโรงงานย่อมต้องรับผิดฐานละเมิดต่อผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ

---

[24] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 468.

[25] อนันต์ จันทรโอภากร. เล่มเดิม. หน้า 100.

คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2523 เมื่อส่วนหนึ่งของสะพานลอยที่กรุงเทพมหานครสร้างขึ้นเพื่อสาธารณะประโยชน์ แม้จะอยู่บนทางเท้า แต่กีดขวางทางเข้าออกบ้านโจทก์ ไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจกรุงเทพมหานครที่จะต้องไม่ปฏิบัติตามมาตรา 1337 โจทก์เดือดร้อนเกินกว่าปกติและเหตุอันควร ดังนี้เป็นละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 737/2537 จำเลยก่อสร้างหลังคาสังกะสีต่อเติมหลังคาของตนล้ำมาบนกำแพงรั้วด้านติดกับที่ดินของโจทก์ โดยจำเลยใช้กำแพงรั้วเป็นฝาห้องด้านล่างและใช้กระเบื้องซีเมนต์กั้นต่อขึ้นไปถึงหลังคาแล้วใช้ปูนซีเมนต์พอกเชื่อมต่อระหว่างอาคารของจำเลยกับรั้ว ทำให้น้ำฝนไม่สาดเข้าไปในอาคารของจำเลย แต่ไหลไปในที่ดินของโจทก์มากกว่าปกติ จำเลยจึงใช้สิทธิอันมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ตามมาตรา 421 โจทก์มีสิทธิที่จะปฏิบัติเพื่อยังให้ความเสียหายหรือเดือดร้อนรำคาญนั้นสิ้นไปตามมาตรา 1337

นอกจากนี้ตัวอย่างอื่นที่เห็นได้ชัดเจน คือ กรณีญาติผู้ใหญ่เสียชีวิตจึงตั้งโลงศพไว้ภายในบ้านแต่หน้าต่างเปิดอยู่ เพื่อนบ้านเห็นโลงศพตั้งอยู่ก็สะดุ้งตกใจ การเอาโลงศพตั้งไว้ในบ้านของเขาเองเป็นการใช้สิทธิในบ้านของเขา แต่เป็นการใช้สิทธิเกินส่วนจึงเป็นละเมิด ทำนองเดียวกันการเล่นดนตรีเวลากลางคืน ต้องไม่เล่นให้ดังเกินควร มิฉะนั้นจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน[26]

ประการที่ 2 เป็นการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ความรับผิดทางละเมิดนั้นอยู่บนพื้นฐานของความผิด คือ การจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งได้กระทำต่อบุคคลอื่น การกระทำโดยจงใจนั้นเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำจะเกิดผลเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้ว ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดก็ไม่สำคัญ ดังนั้นการกระทำโดยสุจริตแต่เข้าใจผิดในข้อเท็จจริง จึงไม่เป็นการกระทำให้เสียหายโดยจงใจ เช่น การทำลายทรัพย์ของผู้อื่นโดยเข้าใจว่าเป็นการทำลายทรัพย์ของตนเอง ไม่เป็นการจงใจทำให้ใครเสียหาย แต่จะประมาทเลินเล่อหรือไม่เป็นอีกกรณีหนึ่ง การกระทำโดยจงใจ หมายความรวมถึง การกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วย แม้ผู้กระทำไม่คิดว่าจะเกิดความเสียหายก็เป็นการกระทำโดยจงใจ

สำหรับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายความถึง การกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระวังอันสมควรที่จะใช้ รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย[27] โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย

---

[26] เพ็ง เพ็งนิติ. (2545). *รวมคำบรรยายภาค 1 สมัยที่ 55 เล่มที่ 5*. กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 178.

[27] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 473.

ประการที่ 3 มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

แม้จะมีการกระทำโดยผิดกฎหมายแล้ว แต่ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้นก็ไม่เป็นละเมิด ซึ่งจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความผิดที่กระทำลงนั้นมีผลให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นความเสียหายแก่ชีวิต อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินหรือไม่ก็ได้ ตามนัยแห่งมาตรา 446 ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีลักษณะ 3 ประการ คือ

1. ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน ความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายเป็นรูปร่างคำนวณเป็นเงินได้ หรือความเสียหายทางจิตใจคำนวณเป็นเงินไม่ได้ ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้วก็เป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้ ซึ่งความเสียหายที่แน่นอนมิได้หมายความเฉพาะผลที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมทั้งผลที่เกิดขึ้นในอนาคต เช่น ในกรณีตามมาตรา 447[28] อันเป็นที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย แต่ทั้งนี้ย่อมไม่หมายความรวมถึง ความเสียหายที่ไม่แน่นอนยังเป็นแต่เพียงคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ ความคาดหมายเช่นนี้ยังไม่ถือว่าเป็นความเสียหายตามความหมายในมาตรานี้[29]

2. ต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย คือ ความเสียหายที่กฎหมายรับรอง ถ้าเป็นความเสียหายโดยพฤตินัย เช่น กรณีที่ผู้เสียหายยอมให้กระทำ แม้จะเกิดความเสียหายแต่ก็ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมายที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้

3. ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น “ทำให้เสียหาย” ตามมาตรา 420 หมายถึง ทำให้เสียหายแก่สิทธิ หรือเป็นการล่วงสิทธิแก่บุคคลอื่น[30] สิทธิในที่นี้คือ สิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 420 อันได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินและสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 เช่น สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ สิทธิในการใช้ชื่อ สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในทางทำมาหาได้ เป็นต้น

2.5.1.1 การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) กับความรับผิดเพื่อละเมิด

---

[28] มาตรา 447 ในกรณีที่ทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไปและค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งในเวลาปัจจุบันนั้นและในเวลาอนาคตด้วย

[29] จิตติ ติงศภัทิย์. (2523). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 234 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 192.

[30] อนันต์ จันทรโอภากร. เล่มเดิม. หน้า 101.

ในแต่ละยุคสมัยต่างก็มีลักษณะของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอื่นแตกต่างกันไป และมีรูปแบบที่หลากหลายมากยิ่งขึ้น เช่นเดียวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) หากพิจารณาในเบื้องต้น อาจพิจารณาได้ว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำละเมิด เฉพาะแต่การกระทำของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ที่มีการแอบลักลอกขโมยข้อมูลส่วนบุคคล หรือการส่งข้อความที่มีการหลอกลวงและผู้ได้รับได้หลงเชื่อและปฏิบัติตามคำแนะนำในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาขั้นตอนและการทำงานของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) แล้วในเนื้อหาใจความของการกระทำดังกล่าว ลักษณะของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้นเป็นการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้รับซึ่งผู้รับแต่ละคนอาจจะได้รับจดหมายฉบับเดียวกันซ้ำกันหลายๆครั้ง การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้ได้รับ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ซึ่งอาจเป็นการกระทำละเมิดตามความหมายในมาตรา 421 เช่นกัน แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาองค์ประกอบในทางละเมิดอื่นๆอีกประกอบกัน

1. การใช้สิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารที่มุ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

ความรับผิดเพื่อละเมิดสำหรับการกระทำของตน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติหลักการไว้เป็นการทั่วไปในมาตรา 420 ซึ่งมีองค์ประกอบความรับผิดดังที่อธิบายข้างต้น เป็นการกระทำละเมิดโดยไม่มีสิทธิ ดังนั้น กรณีที่บุคคลได้ใช้สิทธิตามกฎหมายแม้จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ก็ไม่เป็นการผิดกฎหมาย ไม่มีความรับผิดทางละเมิดตามนัยมาตรา 420

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นรูปแบบหนึ่งในการใช้เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 37[31] ดังนี้อาจกล่าวได้ว่า ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกับผู้อื่น อีกทั้งไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ณ ที่ว่าการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในคราวเดียวกันถึงผู้รับจำนวนมากนั้นจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น บุคคลจึงมีเสรีภาพในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่น และเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใดก็ได้ หากพิจารณาแต่เพียงในแง่นี้ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ย่อมสามารถส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) แก่บุคคลอื่นๆโดยทั่วไปได้ แต่การกระทำดังกล่าวจะเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพโดยสุจริตหรือไม่ เพราะหากเป็นการใช้โดยที่มีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 421 “สิทธิ” หมายถึง สิทธิที่กฎหมายรับรองให้โดยเฉพาะไม่ใช่สิทธิที่เรียกโดยทั่วไปว่าเสรีภาพ ซึ่งหมายความแต่เพียงไม่มีกฎหมายจำกัดห้ามไม่ให้บุคคลกระทำอะไรแล้วก็ย่อมกระทำได้

[31] มาตรา 37 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ทุกประการเท่านั้น สิทธิที่จะทำอะไรได้ตามชอบใจภายในขอบเขตที่กฎหมายไม่ห้าม ซึ่งเรียกว่าเสรีภาพนั้น ไม่ใช่สิทธิตามมาตรา 421 นี้ มิฉะนั้นในการละเมิดทุกรายจะเป็นปัญหาการใช้สิทธิไปหมด ดังนี้ เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกันจึงไม่อาจรวมเป็นการใช้สิทธิตามมาตรา 421 ได้โดยตรง แต่โดยลักษณะของการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้นก่อให้เกิดความเสียหายมากหรือน้อยต่างกันตามสถานะของบุคคลและลักษณะการใช้สอยประโยชน์จากการติดต่อสื่อสารกันทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าโดยสภาพแล้วย่อมก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ในตัว ไม่ว่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และรวมทั้งบุคคลที่สามที่ได้ผลกระทบจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) การกระทำบางอย่างแม้จะไม่มีกฎหมายรับรองให้เป็นสิทธิ แต่ถ้าพิจารณาจากการกระทำในลักษณะนี้เป็นเสรีภาพที่จะกระทำได้ ก็ย่อมไม่สามารถเอาผิดแก่ผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ ดังที่ท่านอาจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ อธิบายไว้ว่า “มีการกระทำบางอย่าง เช่น การแข่งขันค้าขายหรือผูกขาด ซึ่งโดยสภาพต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้แข่งขันอยู่ในตัว การกระทำเช่นนี้แท้จริงก็เป็นเสรีภาพไม่มีกฎหมายรับรองโดยเฉพาะให้เป็นสิทธิตามความหมายข้างต้น แต่การกระทำเช่นนี้มีสภาพเหมือนในข้อที่ต้องมีผู้รับภาระคู่กับสิทธินั้นทำนองเดียวกัน เหตุนี้จึงต้องวินิจฉัยการกระทำเหล่านี้ทำนองเดียวกับการใช้สิทธิ มิฉะนั้นก็ไม่มีโอกาสที่บุคคลจะกระทำเหล่านี้ได้ เพราะปกติจะต้องมีผู้เสียหายจากการกระทำนั้นอยู่ในตัว”[32]

แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นการใช้สิทธิโดยจงใจให้ผู้อื่นเสียหาย อาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) อาจมิได้มุ่งที่จะทำให้ผู้ใดเสียหายเพียงแต่มุ่งประโยชน์ของตนฝ่ายเดียวเท่านั้น เช่น กรณีผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นผู้รับจ้างส่งและต้องการได้รับค่าตอบแทนจากการรับจ้างนั้น หรือเจ้าของธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นต้น โดยมิได้มุ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใด แต่การใช้สิทธิที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นตามมาตรา 421 เมื่อพิจารณาประกอบกับ มาตรา 5 มาตรา 421 มิได้มุ่งเพียงแต่การกระทำที่มุ่งต่อผล คือความเสียหายแต่ฝ่ายเดียวเท่านั้น เมื่อได้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแล้วย่อมมีความผิดตามมาตรา 421 ได้ จึงกล่าวได้ว่า ทฤษฎีว่าด้วยการใช้สิทธิโดยไม่ชอบกฎหมายได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว และกลายเป็นรากฐานอันสำคัญของกฎหมายปัจจุบัน การใช้สิทธิโดยไม่ชอบได้ยึดแนวความคิดทางสังคมเป็นหลักได้โน้มเอียงที่จะจำกัดเสรีภาพและสิทธิส่วนบุคคลให้อยู่ในความควบคุมเฉพาะ คือ

---

[32] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 520.

ผู้พิพากษาตุลาการอยู่ตลอดเวลา[33] ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยไม่ได้ตั้งใจเป็นอย่างอื่นนอกจากก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้วก็ย่อมเป็นที่ชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริตหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีก็ได้ ดังนี้ แม้ว่าผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จะมีความตั้งใจเพียงเพื่อผลประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้นมิได้มุ่งถึงความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลอื่น การมุ่งใช้แต่ประโยชน์ส่วนตนแต่ฝ่ายเดียวและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อมิให้บุคคลสามารถอ้างได้ว่าตนมิได้มีเจตนาให้ใครเสียหายเพื่อพ้นความรับผิดไปได้ ดังนี้ เมื่อผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้กระทำการที่เป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิด ตามมาตรา 421

2. ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)

ตามข้อเท็จจริง ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มีความตั้งใจที่จะส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ไปยังผู้รับตามบัญชีรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ตนมีอยู่ เพราะผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) รู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายคือความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) อย่างน้อย โดยไม่ต้องถึงขนาดที่จะมุ่งหมายต่อผลอันใดโดยเฉพาะ ดังนี้การกระทำของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จึงเป็นการจงใจกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย

3. จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ตามมาตรา 420

ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้นมีหลายกลุ่มบุคคล ได้แก่ ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นเจ้าของชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ส่งมาถึง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และบุคคลที่สามทั้งที่เป็นเครื่องมือในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) และผู้ที่ถูกระบุชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในช่องให้ตอบกลับ โดยลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีทั้งระดับความเสียหายแตกต่างกัน ได้แก่

กรณีที่ 1 ความเสียหายแก่สิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในทางทรัพย์สิน

---

[33] ไพจิตร ปุณณพันธ์. (2546). *คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ. หน้า 31.

ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จำนวนมากจากผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) คนเดียวกัน และจากผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) รายอื่นๆจนก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อยไม่ถึงขนาดเป็นความเสียหายทางการเงิน หรือไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ เป็นความเสียหายทางจิตใจ ความรู้สึก อันเกิดแก่ความสะดวกที่จะใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งติดต่อกันนั้นแทนที่จะเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมาจากคนรู้จักหรือเป็นข้อความที่เป็นประโยชน์ แต่กลับเป็นจดหมายที่ไม่ต้องการอีกทั้งในบางกรณีมีเนื้อความที่อ่านไม่ได้ ซึ่งส่วนใหญ่จะส่งโดยคนที่ไม่รู้จัก ทำให้ต้องเสียเวลาและโอกาสที่จะได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆที่ต้องการหรือที่มีประโยชน์มากกว่าและต้องการลบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้นอยู่เสมอซึ่งเป็นความเดือดร้อนรำคาญที่เกิดขึ้น ดังนี้แม้เป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยแต่ก็เป็นความเสียหายแก่สิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลในอันที่จะติดต่อสื่อสารกันโดยปราศจากการรบกวนของผู้อื่นตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองตามมาตรา 420

นอกจากนี้หากผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นผู้ประกอบกิจการพาณิชย์ การได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นจำนวนมากทำให้กล่องรับจดหมายเต็มไม่สามารถทำการติดต่อการค้าได้ด้วยจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรืออาจทำให้ขาดการติดต่อทางการค้าไม่สามารถรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่สำคัญและเป็นที่ต้องการได้ ผลที่เกิดขึ้นคือความเสียหายทางทรัพย์ที่อาจเกิดขึ้นแก่ธุรกิจการค้าของเจ้าของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ อันเป็นการล่วงสิทธิเด็ดขาดที่เป็นทรัพย์สิน ตามมาตรา 420 ซึ่งความเสียหายแก่ทรัพย์สินนั้นมีลักษณะที่ชัดเจนว่าความเสียหายที่เป็นการรบกวนสิทธิส่วนตัว

กรณีที่ 2 ความเสียหายต่อชื่อเสียงจากการใช้ชื่อของผู้อื่นโดยมิชอบ

สำหรับการกระทำของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ที่มีการปลอมชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทำให้ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เข้าใจผิดว่า ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกระบุในช่องให้ตอบกลับ หรือช่องผู้ส่ง เป็นผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ซึ่งอาจเป็นชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือบุคคลทั่วไป เช่น admin@hotmail.com,webmaster@sanook.com เป็นต้น ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกระบุนั้นอาจจะมีอยู่จริง หรือใช้งานอยู่จริงหรือไม่ก็ได้ แต่ไม่ว่ากรณีใดก็ตามอาจก่อให้เกิดความเสียหายเช่นกัน กล่าวคือ ในกรณีของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อาจ

ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง และสำหรับผู้ใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปอาจได้รับความเสียหายแก่สิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร และก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญดังที่ได้พิจารณาแล้วข้างต้น ซึ่งความเสียหายแก่เกียรติยศชื่อเสียงของบุคคล เป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 ด้วย นอกจากนี้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งหมายความรวมถึง สิทธิในการใช้ชื่อ สิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิในทางทำมาหาได้ด้วย ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ระบุไว้ในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้น ในทางกฎหมายเป็นชื่อของบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองตามมาตรา 18[34] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

ชื่อบุคคลนอกจากจะมีขึ้นเพื่อใช้เรียกขานบุคคลแล้วยังมีขึ้นเพื่อใช้ประโยชน์แก่การใช้สิทธิและหน้าที่โดยตรง ชื่อของบุคคลนี้จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 5 บัญญัติ ให้ผู้มีสัญชาติไทยต้องมีชื่อตัว และชื่อสกุล และจะมีชื่อรองก็ได้

“ชื่อตัว” หมายถึง ชื่อประจำบุคคล เป็นชื่อจำแนกบุคคลแต่ละคนเป็นรายตัวในครอบครัวที่ใช้ชื่อสกุลเดียวกัน

“ชื่อรอง” ชื่อประกอบจากชื่อตัว

“ชื่อสกุล” ชื่อประจำวงศ์ตระกูล

จากบทนิยามดังกล่าว ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นไม่อาจจัดได้ว่าเป็นชื่อตัว ชื่อรอง หรือชื่อสกุลได้ แต่นอกจากชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุลแล้วบุคคลอาจมีชื่อเรียกขานเป็นอย่างอื่นอีก ซึ่งมีผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน ได้แก่

1.บรรดาศักดิ์ เป็นราชทินนามที่พระมหากษัตริย์พระราชทานตามราชประเพณีแต่โบราณ ซึ่งบรรดาศักดิ์มิได้ลบล้างชื่อตัวและชื่อสกุล

2. นามแฝง เป็นชื่ออื่นที่ใช้นอกจากชื่อรอง อาจเรียกได้ว่าเป็นชื่อฉายา ซึ่งจะตั้งเองหรือให้บุคคลอื่นตั้งให้ก็ได้ มีประโยชน์ในการจำแนกบุคคลชื่อเดียวกันให้แตกต่างกันออกไป กฎหมายไม่ถือเป็นการจำแนกบุคคล แต่ก็อาจเป็นการจำแนกโดยข้อเท็จจริงที่เป็นความจริงเช่นนั้น นามแฝงได้แก่ ชื่อที่ใช้ในการประกอบกิจกรรมเฉพาะอย่าง เช่น นามปากกา ชื่อทางการค้าหรือชื่อยี่ห้อ ชื่อเหล่านี้เมื่อใช้จำแนกตัวบุคคลได้โดยข้อเท็จจริงก็อาจมีผลในทางกฎหมายโดยฐานเป็นข้อเท็จจริงที่

---

[34] มาตรา 18 สิทธิของบุคคลในการที่จะใช้นามอันชอบที่จะใช้ได้นั้น ถ้ามีบุคคลอื่นโต้แย้งก็ดี หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันโดยมิได้รับอำนาจให้ใช้ก็ดี บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามจะเรียกให้บุคคลนั้นระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าและเป็นที่พึงวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป จะร้องต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้

ระบุถึงตัวบุคคลหนึ่งๆได้ การเอานามแฝงของบุคคลอื่นมาใช้อันมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของย่อมเป็นการใช้โดยไม่มีสิทธิ เป็นละเมิดได้

โดยลักษณะของชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น เป็นการใช้เฉพาะบุคคลแต่ละคน ส่วนใหญ่การตั้งชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มักจะใช้ชื่อตัว หรือนามแฝงตั้งเป็นชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของตน แต่ด้วยลักษณะพิเศษของชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีส่วนต่อท้ายที่เป็น โดเมนเนม (Domain Name) ที่ตามหลังเครื่องหมายแอทไซน์ (assign : @) เช่น @hotmail.com, @yahoo.com, @gmail.com เป็นต้น อันเป็นการบอกถึงที่เก็บของจดหมาย ว่าอยู่ที่ไปรษณีย์ใดบนอินเทอร์เน็ต เมื่อเทียบเคียงกับชื่อทางการค้าหรือยี่ห้อเพื่อระบุว่าเป็นใครทางการค้าแล้ว ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก็อาจถือได้ว่าเป็นนามแฝงที่มีการจำแนกตัวบุคคลได้เช่นกัน เพียงแต่มีลักษณะพิเศษเฉพาะเพื่อการใช้งานเท่านั้น

ชื่อบุคคลเป็นวัตถุแห่งสิทธิตามสภาพบุคคล การละเมิดสิทธินั้นย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 ทั้งนี้รวมถึงการกระทำต่อนามแฝงและชื่ออย่างอื่นที่มิใช่ชื่อตัว หรือชื่อสกุลด้วย เมื่อเกิดความเสียหายกฎหมายจะขยายความคุ้มครองไปถึงชื่ออื่นด้วยนอกจากชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุลที่ได้จดทะเบียนไว้ตามพระราชชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 เช่น ชื่อนิติบุคคล ชื่อการค้า ชื่อย่อสำหรับโทรเลข นามปากกา ความคุ้มครองตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มี 2 กรณี คือ

1. มีผู้โต้แย้งการใช้ชื่อนั้น ถือเป็นการโต้แย้งสิทธิ สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลได้

2. มีผู้อื่นใช้ชื่อนั้นโดยไม่มีอำนาจ เป็นกรณีที่บุคคลอื่นไม่มีสิทธิใช้ชื่อและทำให้เสียหายประโยชน์ที่เสื่อมเสียนี้อาจเป็นการเสื่อมเสียทางศีลธรรม เช่น เดือดร้อนหรืออับอายขายหน้า ไม่ต้องเสียทรัพย์เป็นราคาเงินก็ได้ อาจร้องขอให้เลิกใช้ชื่อนั้น และห้ามมิให้ใช้ชื่อนั้นต่อไปก็ได้ แต่ทั้งนี้หากประสงค์จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย อยู่นอกขอบเขตของมาตรา 18 ต้องพิจารณาเรื่องค่าเสียหายตามมาตรา 420

ดังนี้ เมื่อเราพิจารณาว่าชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นนามแฝงที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 18 เพราะฉะนั้น ในกรณีที่มีบุคคลอื่นนำชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้โดยไม่มีสิทธิหรือใช้ชื่อของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยการปลอมชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ผู้รับจดหมายเข้าใจผิดว่าผู้ให้บริการเหล่านั้นเป็นผู้ส่งย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย บุคคลทั่วไปไม่ไว้วางใจในบริการได้ อันเป็นการละเมิดในการใช้ชื่อโดยมุ่งก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นซึ่งเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4201 และอาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วย

มีนักกฎหมายหลายท่านกล่าวว่า นอกจากสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพอันเป็นสิทธิในสภาพบุคคลแล้ว ที่เหลืออาจเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินทั้งสิ้น ซึ่งสิทธิในทางทรัพย์สินนี้หมายถึง สิทธิในทางทรัพย์สินที่มีลักษณะเด็ดขาดด้วยเช่นกัน กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ และทรัพย์สิทธิอื่นๆ ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นทรัพย์สินของบุคคลหรือไม่ มาตรา 138 บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความรวมทั้งทรัพย์ และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้” อาจมีราคานั้น ราคา หมายถึง คุณค่าในตัวของสิ่งนั้น แม้บางสิ่งจะมีค่าหรือราคาลดน้อยถอยลงไปบ้างก็ยังคงเป็นทรัพย์สิน บางสิ่งอาจซื้อขายด้วยราคามิได้ แต่อาจมีคุณค่าเพื่อประโยชน์ในการใช้สอยทางเศรษฐกิจ หรือมีประโยชน์ทางจิตใจอยู่ เช่น จดหมายติดต่อระหว่างคู่รัก[35] ในข้อนี้ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญของบุคคลในยุคปัจจุบัน ถ้ามองในแง่นี้แล้วชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นสิ่งที่มีราคาได้เช่นกันไม่ว่าการได้มาซึ่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นอาจต้องเสียค่าใช้บริการก็ตาม เพราะมีประโยชน์ต่อการใช้สอยติดต่อระหว่างบุคคล อาจถือเอาได้ หมายถึง การเข้าหวงกันไว้เพื่อตนเองไม่จำเป็นต้องเข้ายึดจับได้จริง เช่น ปลาในโป๊ะแม้เจ้าของจะยังไม่ทันจับปลา ก็รียกได้ว่าเจ้าของโป๊ะอาจถือเอาแล้ว เพราะมีการกั้นโป๊ะแสดงการหวงกันไว้เพื่อตนเอง สิทธิบางอย่าง เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิในหุ้นส่วน สิทธิในการเช่า แม้จะจับต้องไม่ได้ แต่ก็ยังอยู่ในลักษณะที่จะยึดถือ คือหวงแหนเพื่อตนเองได้[36] ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นส่วนหนึ่งเป็นชื่อที่ตั้งขึ้นเพื่อใช้เป็นชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และด้วยลักษณะของการใช้ชื่อจดหมายดังกล่าวนั้นผู้ใช้มีสิทธิที่จะหวงกันไม่ให้ผู้อื่นนำชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของตนไปใช้ในทางมิชอบ แม้ว่าเจ้าของชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวนั้นจะได้แสดงชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของเขาไว้ ณ ที่ใดบนอินเทอร์เน็ตก็ตาม มิได้หมายความว่าเจ้าของชื่อนั้นจะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นเพื่อกระทำการต่างๆได้ จึงพิจารณาได้ว่า ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายละเมิด อันเป็นสิทธิที่จะใช้สอยได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่จะไม่อนุญาตให้ผู้ใดนำชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของตนไปใช้ในทางที่มิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครอง ดังนี้การกระทำดังกล่าวของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลผู้เป็นเจ้าของชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

จากข้อพิจารณาข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นการกระทำละเมิดโดยการใช้สิทธิไปในทางที่ผิด มุ่งที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นฝ่ายเดียว หรืออาจเป็นการใช้สิทธิที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam

---

[35] บัญญัติ สุชีวะ. (2545). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์*. กรุงเทพฯ : จิรรัชการพิมพ์. หน้า 7.

[36] บัญญัติ สุชีวะ. เล่มเดิม. หน้า 8.

mail) ที่จะได้รับประโยชน์ส่วนตนเท่านั้นตามมาตรา 421 และก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายรับรองไว้ในมาตรา 420 อันได้แก่ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในอันที่จะติดต่อสื่อสารโดยปราศจากการรบกวนจากบุคคลอื่นได้ สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณและสิทธิในการใช้ชื่อบุคคล ลักษณะของการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 421 ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะมีความรุนแรงมากน้อยแตกต่างกันไป ผู้ที่ได้รับความเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือได้รับความเยียวยาความเสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

2.5.1.2 หลักเกณฑ์การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด

ความเสียหายเป็นหลักประการหนึ่งที่จะต้องมีเพื่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายต่อสิ่งต่างๆที่ระบุไว้ ซึ่งรวมความแล้วเรียกว่าเป็นความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคล จะเป็นสิทธิในกองทรัพย์สินหรือไม่ก็ไม่สำคัญ[37] ความเสียหายที่สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดได้นั้นนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นพ้องว่าต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน อันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำละเมิดไม่จำกัดว่าต้องเป็นผลตามปกติหรือที่คาดหมายได้ดังกรณีผิดสัญญาไม่ชำระหนี้[38] อย่างก็ตามแม้จะเกิดความเสียหายที่แน่นอนและเป็นผลจากการกระทำของผู้ละเมิดก็ตามแต่ด้วยลักษณะของไทยที่มักจะอะลุ่มอล่วยให้แก่กัน โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่ได้เป็นเรื่องที่ร้ายแรง ผู้เสียหายก็มักจะไม่เอาความกับผู้กระทำละเมิด เช่น คนบ้าเดินมากดกริ่งหน้าบ้านทุกเช้าและเวลากลางคืน 2 ครั้งในวันเดียวกัน หรือข้างบ้านร้องคาราโอเกะทุกคืนก่อนเข้านอน ความเสียหายจากการกระทำเหล่านี้เป็นเพียงความเสียต่อจิตใจ คือ รู้สึกเดือดร้อนรำคาญเท่านั้น ความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินนั้นไม่ชัดเจนแน่นอน หากจะนำคดีขึ้นสู้ศาลนั้นคดีความเหล่านี้อาจจะมากมายรกศาล ซึ่งความรู้สึกเดือดร้อนรำคาญนั้นเป็นสิ่งที่วัดกันได้ยากว่าแค่ไหนจะรำคาญหรือไม่ เพราะเกิดจากความรู้สึกของบุคคล ถ้าเป็นความที่ไม่สะดวกหรือขัดข้องเล็กน้อยซึ่งบุคคลธรรมดาจะยอมทนได้ก็ไม่น่าจะนำมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อกันหรือแม้จะฟ้องให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดศาลก็อาจไม่พิจารณาให้ชดใช้ค่าสินไหมต่อกันก็ได้ ทั้งนี้ เพราะกฎหมายไม่ได้ให้ความสุขสำราญแก่บุคคลเกินกว่าที่ควรจะได้รับตามสภาพและฐานะแห่งสถานที่ที่บุคคลเข้าไปอยู่[39] ซึ่งการกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้นเป็นดุลยพินิจของศาลที่

---

[37] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 588.

[38] วิชา มหาคุณ. (2523). *หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา*. กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ. หน้า 100.

[39] เสนีย์ ปราโมทย์. ม.ร.ว. (2479). *กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 223.

จะวินิจฉัยตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด นอกจากนี้ความมุ่งหมายในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน คือ ให้ผู้เสียหายได้กลับสู่ฐานะเหมือนเมื่อยังไม่มีการกระทำความผิด

ดังนี้ในกรณีที่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เกิดความเดือดร้อนรำคาญตามปกติธรรมดาของผู้ที่ถูกรบกวนจากผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้น แม้ว่าจะเป็นการกระทำละเมิดตามกฎหมายไทย แต่ก็อาจไม่ได้รับความเยียวยาความเสียหายในลักษณะดังกล่าวที่เกิดขึ้นได้ อีกทั้งการจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้นเป็นการยากแม้ว่าจะเป็นไปได้แต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงและเสียเวลามาก ซึ่งความลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากแต่ผู้เสียหายทั้งหลายก็มิได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลด้วยเหตุผลดังกล่าว ความเสียหายและการกระทำละเมิดเช่นนี้ยังคงมีอยู่และไม่อาจเยียวยาความเสียหายหรือควบคุมการกระทำดังกล่าวได้ แต่สำหรับกรณีที่เป็นผู้เสียหายที่มีความรุนแรง เช่น สูญเสียโอกาสติดต่อการค้าขาย ขาดผลกำไรที่ควรจะได้รับหรือกรณีที่มีการปลอมชื่อ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าผู้ถูกระบุชื่อจดหมายนั้นเป็นผู้ส่ง เช่นนี้ความเสียหายย่อมเกิดขึ้นได้อย่างชัดเจนและแน่นอน ผู้เสียหายอาจฟ้องร้องให้ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งค่าสินไหมทดแทนนี้อาจให้ชดใช้เป็นเงินทดแทนความเสียหายตามมาตรา 4381 วรรคสอง หรืออาจให้งดเว้นกระทำการบางอย่าง เช่น ห้ามส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มายังที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือห้ามใช้ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของตนในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)

จะเห็นว่ากฎหมายในลักษณะละเมิดของไทยสามารถเยียวยาความเสียหายจากการรบกวนของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้พียงบางกรณีที่เป็นความเสียหายที่ชัดเจนคำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น ความเสียหายทางด้านจิตใจ เช่น ความเดือดร้อนรำคาญนั้น แม้กฎหมายจะให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้ตามมาตรา 446 แต่ความเสียหายจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เท่านั้นยังไม่ถึงขนาดที่จะนำไปฟ้องร้องเป็นคดีได้ นอกจากนี้ผู้ได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ก็ก่อให้เกิดความเสียหายเช่นกัน แต่ผู้เสียหายไม่สามารถได้รับการคุ้มครองได้ตามกฎหมายอย่างเต็มที่ เพราะความยุ่งยากทางเทคนิคในการนำตัวผู้ก่อให้เกิดความเสียหายมาลงโทษหรือให้รับผิดด้วยข้อจำกัดเหล่านี้นั้นกฎหมายไทยยังไม่อาจเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอย่างเพียงพอ

2.5.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดให้การกระทำผิดในการกระทำหนึ่ง ที่สังคมเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เป็นการกระทำความผิดและกำหนดโทษไว้สำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามเหล่านั้น และเมื่อสภาพสังคมได้ปรับเปลี่ยนไป รูปแบบของการกระทำความผิด ก็

มักจะปรากฏรูปแบบใหม่ๆขึ้นเสมอ แต่โดยพื้นฐานแห่งการกระทำผิดนั้นก็ยังคงเป็นการกระทำความผิดในฐานความผิดเดิมๆเช่น ลักทรัพย์ ฉ้อโกง ทำให้เสียทรัพย์ เป็นต้น เพียงแต่ในบางกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่อาจตีความขยายความให้คลอบคลุมลักษณะการกระทำบางลักษณะได้อย่างครบถ้วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความกฎหมายอาญาที่ต้องกระทำอย่างเคร่งครัด จึงอาจทำให้การกระทำบางอย่างไม่ครบองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้กฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมุ่งที่จะคุ้มครองทรัพย์ที่มีรูปร่าง (Corporeal Object) โดยมิได้มุ่งเน้นที่จะข้อมูลข่าวสารซึ่งเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง (Incorporeal Object)[40] แต่โดยผลของความก้าวหน้าของเทคโนโลยีสารสนเทศ และการพัฒนาทางสังคมทำให้ปัจจุบันการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มีจำนวนมากขึ้นและมีรูปแบบของการกระทำหลายรูปแบบ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งจะต้องพิจารณาว่ามีการกระทำใดบ้างหรือไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

1. การได้มาซึ่งรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

นอกจากการใช้การสุ่มชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากเทคนิคที่เรียกว่า Dictionary Attack แล้ว ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) อาจจะได้มาซึ่งบัญชีรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ อีกหลายวิธีด้วยกัน คือ การเก็บรวบรวมรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากเว็ปไซต์ กระดานสนทนา หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งต่อกัน (Forward Mail) การซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนบัญชีรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) จะมีหน้าที่ในการรักษาข้อมูลดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม

หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การเก็บรวบรวมรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากอินเทอร์เน็ต มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิด และกำหนดโทษไว้ แม้จะเป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลอื่นๆที่มิได้เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่น หมายเลขโทรศัพท์ หรือที่อยู่ที่ติดต่อตามหน้าหนังสือพิมพ์ หรือนิตยสาร ก็มิได้มีข้อห้ามมิให้กระทำ การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และรวมถึงการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ได้มาจากการรวบรวมจากอินเทอร์เน็ตด้วย แต่หากมีการใช้ข้อมูลเหล่านั้นเป็นการกระทบสิทธิของบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูล ก็ย่อมเป็นการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มีความรับผิดที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหากเกิดความเสียหายขึ้นดังที่ได้วิเคราะห์แล้ว ซึ่ง

---

[40] สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ. (2543). *โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยี สารสนเทศ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ. หน้า 57.

หากเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลส่วนบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในทางตรงกันข้ามหากผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้รายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มาโดยมิชอบ กล่าวคือ ได้ข้อมูลโดยการลักข้อมูลจะถือเป็นการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ วิเคราะห์ได้ดังนี้

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ “ทรัพย์” ตามความหมายในมาตรานี้ จะต้องเป็นทรัพย์ที่มีเจ้าของ จึงต้องเป็นทรัพย์ที่เป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 คือมีราคาถือเอาได้ แต่ตามปกติการใช้กฎหมายก็ต้องอาศัยการใช้ความหมายที่ปรากฏในกฎหมายที่บัญญัติถึงถ้อยคำอันเดียวกันนั้นซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่ตามบทบัญญัตินั้นๆจะมีข้อความแสดงให้เห็นได้ว่ามิได้ประสงค์ให้มีความหมาย ทั้งที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นด้วย[41] ดังนั้นทรัพย์ที่สามารถลักได้[42] จึงหมายความถึง วัตถุที่มีรูปร่างตามมาตรา 137 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง จับต้องไม่ได้ เช่น สิทธิเรียกร้อง ลิขสิทธิ์ สิทธิการประดิษฐ์ หรือสิทธิในชื่อการค้า เหล่านี้ไม่เป็นสิ่งที่ลักได้ ทำนองเดียวกันรายชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นทรัพย์สินของบุคคล โดยเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นเพียงสิทธิอย่างหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของเท่านั้น ไม่เฉพาะเพียงแต่ชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น ข้อมูลอื่นๆที่จัดเก็บเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แม้จะมิได้เป็นวัตถุที่มีรูปร่าง แต่ก็เป็นสิ่งที่มีราคาและถือเอาได้ อันเป็นทรัพย์สินตาม มาตรา 138 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้การกระทำต่อข้อมูลดังกล่าว ที่เรียกโดยทั่วไปว่า “ขโมยข้อมูล” หรือ “ลักข้อมูล” นั้น โดยลักษณะแห่งการกระทำเป็นการสำเนาข้อมูล (copy) โดยไม่ได้เป็นการเคลื่อนย้ายหรือพาข้อมูลต้นฉบับนั้นเคลื่อนที่ไป การกระทำดังกล่าวต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์จึงมิได้เป็นการตัดกรรมสิทธิ์ของเจ้าของข้อมูลนั้นอันเป็นการเอาไป[43]แต่อย่างใด ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (ในที่นี้คือรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์) จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334

ในกรณีที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นผู้มีหน้าที่และได้ข้อมูลเกี่ยวกับชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากการปฏิบัติหน้าที่ โดยข้อมูลเช่นว่านี้เป็นความลับของผู้อื่นซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีว่าเป็นสิงที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของ

---

[41] จิตติ ติงศภัทิย์. (2543). *กฎหมายอาญา ภาค 2ตอน 2 และภาค3.* กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตสภา. หน้า 518.

[42] แหล่งเดิม. หน้า 522.

[43] เอาไป หมายความว่า พาทรัพย์เคลื่อนที่ไปจากการครอบครองของผู้อื่น จึงต้องมีการกระทำเป็นสองประการ คือ การแย่งการครอบครองประการหนึ่ง และพาเคลื่อนที่ไปอีกประการหนึ่ง

เจ้าของความลับหรือไม่ หากเป็นความลับและได้ใช้ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้น เพื่อส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ก็เป็นการใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น แต่ตามมาตรา 324 เรื่องการเปิดเผยและใช้ความลับของผู้มีหน้าที่ หรือวิชาชีพอื่นเป็นที่ไว้วางใจนั้นให้ความคุ้มครองเฉพาะแต่ความลับที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบหรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์เท่านั้น ไม่รวมถึงความลับที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลด้วย ประมวลกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองสำหรับความลับที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคล เฉพาะการเปิดเผยความลับในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นใด ตามมาตรา 323 อันเป็นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังจะได้กล่าวในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลต่อไป

2.การใช้เครื่องแม่ข่ายของผู้อื่นส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Open Relay /Open Proxy) หรือการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam Zombie)

ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ก็มีวิธีการเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อื่นโดยทั่วไปที่มักจะลักลอบเข้าถึงคอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ เพื่ออำพรางตนเองมิให้ถูกติดตามได้โดยง่าย แต่สำหรับผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) แล้วจำเป็นจะต้องหาเครื่องแม่ข่ายที่เป็นมิตรเพื่อส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) คราวละมากๆ ไม่ว่าเครื่องแม่ข่ายนั้นจะมีข้อบกพร่องอยู่เอง หรือผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) แอบเข้าไปแก้ไขปรับปรุง (Hacking) การทำงานของระบบ

มาตรา 362 “ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อถือการถือครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้าไปกระทำการใดๆอันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษ

วัตถุแห่งการกระทำตามมาตรา 362 คือ อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะที่ดิน แต่รวมถึงโรงเรือนหรือทรัพย์อย่างอื่นที่ติดอยู่กับที่ดิน และรวมถึงสิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย แต่อย่างไรก็ดีความหมายของอสังหาริมทรัพย์ ในมาตรา 362 นี้ ย่อมถูกจำกัดโดยสภาพของความผิด คือต้องเป็นทรัพย์ที่มีการคลอบครองได้ เพราะผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษที่จะเข้าครอบครองหรือรบกวนการครอบครอง และต้องเป็นทรัพย์ที่ผู้กระทำเข้าไปได้[44] ดังนั้น การเข้าไปจึงมิใช่การเข้าไปในตัวสิทธิ หรือ วัตถุไม่มีรูปร่างอื่นๆ แต่เป็นการเข้าไปในในตัวทรัพย์ที่มีรูปร่าง ด้วยเหตุนี้ การเข้าไปของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) หรือผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อื่นๆมิได้มีการเข้าไปตามความหมายของการกระทำความผิดฐานบุก

[44] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 1109.

รุกที่จะต้องมีการเข้าไปทางกายภาพ แม้ว่ามาตรา 362 จะบัญญัติให้รวมถึงการกระทำใดๆอันเป็นการรบกวนการครอบครองของเขาโดยปกติสุขก็ตามแต่หมายถึงเฉพาะการรบกวนสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่อาจให้ความคุ้มครองแก้ผู้ที่เป็นเจ้าของคอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้ลักลอบเข้าไปโดยปราศจากอำนาจได้

3. การปลอม แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงหัวจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติถึงการกระทำโดยการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อความโดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นไว้เป็นการกระทำความผิดฐานปลอมเอกสาร ตามมาตรา 264[45] ซึ่งกำหนดลักษณะทั่วไปของการปลอมแปลงไว้ คือ เป็นการปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือบางส่วนของเอกสาร หรือมีการเพิ่มเติม แก้ไขข้อความในเอกสารที่แท้จริงโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง แบ่งการกระทำดังนี้

1) เป็นการปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่บางส่วนของเอกสาร

การปลอมเอกสารขึ้น เป็นการแสดงว่าเอกสารปลอมเป็นเอกสารที่คนหนึ่งทำขึ้นโดยให้เข้าใจว่าเป็นเอกสารที่คนอื่นทำ กล่าวคือ หลอกในตัวผู้ทำเอกสาร โดยไม่ต้องคำนึงว่าข้อความที่เขียนลงในเอกสารนั้นจะจริงหรือเท็จแต่ประการใด[46] ดังนั้นเอกสารปลอมจึงอาจเป็นเอกสารเท็จหรือไม่ก็ได้ ซึ่งการทำเอกสารปลอมนั้นไม่จำเป็นต้องมีเอกสารที่แท้จริง แต่อาจเป็นการสร้างเอกสารขึ้นใหม่โดยแสดงว่าเอกสารนั้นมาจากผู้อื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ที่ทำเอกสารนั้นโดยไม่คำนึงว่าผู้อื่นจะมีตัวตนอยู่จริงหรือไม่ อีกทั้งการปลอมแปลงอาจเป็นการทำขึ้นทั้งฉบับหรือแต่บางส่วน

2) เติมหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใดๆในเอกสารที่แท้จริง

ความผิดฐานปลอมเอกสารอาจเกิดขึ้นโดยการเติม ตัดทอน หรือแก้ไขข้อความในเอกสารที่แท้จริงก็ได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่มีเอกสารแท้จริงอยู่ และมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในเอกสารนั้น แม้ว่าผู้กระทำจะเป็นผู้กระทำเอกสารนั้นเอง หากภายหลังไม่มีอำนาจในการแก้ไขข้อความในเอกสารได้ ก็เป็นการกระทำความผิดฐานปลอมเอกสารได้

---

[45] ผู้ใดทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เติมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใดๆในเอกสารที่แท้จริง หรือประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมเอกสารโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมเอกสารต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

[46] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2548). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2*. กรุงเทพฯ : จิรรัชการพิมพ์. หน้า 109.

ไม่ว่าจะเป็นการปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่บางส่วน หรือการเติมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใดๆต่างก็เป็นการกระทำโดยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น นอกจากนี้จะต้องเป็นการกระทำที่น่าจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน และเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง

ข้อที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นสำหรับการกระทำความผิดฐานปลอมเอกสาร คือ สิ่งใดเป็นเอกสารอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำตามมาตรา 264 ท่านอาจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายความหมายคำว่า “เอกสาร” โดยสรุปสาระสำคัญ คือ เอกสารนั้นมิใช่ตัวถ้อยคำที่แสดงความหมายแต่เป็นวัตถุที่ทำให้ปรากฏความหมายขึ้นตามปกติก็ทำขึ้นบนกระดาษ แต่ก็อาจใช้วัตถุอื่นสำหรับทำให้ความหมายของถ้อยคำปรากฏขึ้นได้ เช่น ป้ายทะเบียนรถยนต์และเลขหมายที่เครื่องของรถยนต์ (คำพิพากษาฎีกา 1141/2523) เครื่องหมายที่ทำไว้บนตัวสัตว์ เป็นต้น โดยมีการกระทำของบุคคลให้ปรากฏความหมายขึ้นบนกระดาษหรือวัตถุอื่น ไม่ว่าจะปรากฏอยู่ชั่วคราว หรือคงทนถาวรก็ไม่สำคัญ แต่สิ่งที่ปรากฏขึ้นนั้นต้องแสดงความคิดของผู้ทำเอกสาร จะเป็นที่เข้าใจได้หรือไม่ก็ตาม เป็นสื่อแสดงข้อความของบุคคลด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นที่เห็นความหมายได้โดยการสัมผัสทางตา โดยวิธีพิมพ์ หรือวิธีอื่นให้ปรากฏบนวัตถุด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งอันเป็นหลักฐานแห่งความหมาย ซึ่งต้องปรากฏคงทนอยู่ชั่วขณะหนึ่ง เช่น อากาศยานทำอักษรในอากาศด้วยควัน เขียนข้อความบนทรายชายทะเล[47] เป็นต้น

จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์[48] หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าข้อมูลเหล่านี้เป็นตัวอักษรหรือรูปภาพทั้งที่มีความหมายและไม่มีความหมาย[49] โดยผ่านการประมวลผลของคอมพิวเตอร์จากภาษาคอมพิวเตอร์ (Machine Language) เป็นภาษาที่มนุษย์สามารถอ่านเข้าใจได้ ซึ่งได้แสดงผลผ่านทางหน้าจอ หรืออุปกรณ์แสดงผลอื่น การทำงานของคอมพิวเตอร์มีมนุษย์เป็นผู้เชื่อมโยงการทำงานของอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่ต้องการ ข้อมูลคอมพิวเตอร์สามารถทำสำเนาและจัดเก็บข้อมูลไว้ในอุปกรณ์อื่นๆ เช่น Diskette, Compact disc, thumb drive และ Memory stick เป็นต้น ได้โดยไม่มีความแตกต่างจากต้นฉบับ และสามารถทำซ้ำได้ไม่จำกัดจำนวน

---

[47] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 582-632.

[48] ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หมายถึง ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

[49] ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีความหมาย เช่น รหัสผ่าน ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

ลักษณะของข้อมูลคอมพิวเตอร์เมื่อพิจารณาประกอบกับคำอธิบายดังกล่าวข้างต้น พิจารณาได้ว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์ถูกทำให้ปรากฏความหมายขึ้นบนอุปกรณ์แสดงผลตามกระบวนการทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งแตกต่างจากการทำให้ปรากฏซึ่งความหมายในแบบดั้งเดิม เช่น กระดาษ หรือวัตถุอื่น โดยส่วนหนึ่งเกิดจากการกระทำของมนุษย์ที่เป็นผู้เชื่อมโยงการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์เพื่อให้ปรากฏความหมายขึ้น แม้ว่าการทำให้ปรากฏดังกล่าวนั้นมิได้เกิดขึ้นแก่สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นอยู่ก็ตาม แต่การทำให้ปรากฏอาจทำแล้วแต่ยังไม่ประจักษ์ออกมาจนกว่าจะมีการกระทำต่อสิ่งที่ยังไม่ประจักษ์ก็ได้ เช่น เขียนหนังสือโดยใช้หมึกวิทยาศาสตร์มองไม่เห็นจนกว่าจะใช้ความร้อน แสงหรือวัตถุเคมีลงไป[50] ซึ่งการทำให้ปรากฏเป็นเพียงวิธีการเพื่อให้สามารถสัมผัสได้ด้วยตา ที่อาจมีวิธีการที่แตกต่างกันได้ตามเทคโนโลยีที่ใช้ในการบันทึกข้อมูล และการเรียกใช้ข้อมูล การปรากฏของข้อมูลคอมพิวเตอร์จึงต้องอาศัยอุปกรณ์แสดงผลเพื่อเป็นวัตถุที่ใช้จัดเก็บข้อมูลเช่นว่านั้น ไม่ว่าจะเป็นหน้าจอคอมพิวเตอร์ โปรเจกเตอร์ หรือกระดาษที่พิมพ์จากเครื่องพิมพ์ (printer) ทั้งนี้ไม่รวมถึงสื่อบันทึกข้อมูลเนื่องจากเป็นเพียงวัตถุที่ใช้จัดเก็บข้อมูลเท่านั้นมิได้เป็นเพียงวัตถุที่รองรับสำหรับการปรากฏถ้อยคำแต่อย่างใด จึงไม่น่าแปลกที่อุปกรณ์บันทึกข้อมูลเหล่านี้ไม่สามารถทำให้ปรากฏความหมายได้ด้วยตัวเอง แม้จะมีผู้กล่าวว่าข้อความที่ปรากฏบนหน้าจอนั้นจะหายไปเมื่อปิดคอมพิวเตอร์หรือหน้าจอ ทำให้ไม่มีวัตถุรองรับอันเป็นการขาดคุณสมบัติของเอกสารข้อหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า การปรากฏความหมายของถ้อยคำของเอกสารไม่จำเป็นต้องปรากฏคงทนถาวรดังเช่นการเขียนบันทึกบนกระดาษ อีกทั้งการเปิดปิดคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์แสดงผลก็มิได้ทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ถูกลบหรือถูกทำลายไป แต่เป็นเพียงเครื่องมือในการอ่านข้อความที่บันทึกอยู่เท่านั้น นอกจากนี้การแสดงผลทางจอภาพแม้จะเป็นผลมาจากวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นสัญญาณไฟฟ้าที่หายไปพร้อมกับการเคลื่อนไหวที่เห็นด้วยตา[51] ก็มิได้ทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวไม่เป็นหลักฐานแห่งความหมายแต่อย่างใด เพราะกระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์เช่นนั้นส่งผลให้ปรากฏความหมายขึ้นแล้ว และมิได้หายไปพร้อมกับการเคลื่อนไหว ซึ่งเป็นสิ่งที่ตามองเห็นมิใช่คลื่นอิเล็กตรอนที่ไม่สามารถมองเห็นได้ ในข้อนี้แตกต่างกับกรณีที่คนทำเครื่องหมายด้วยการเคลื่อนไหวร่างกาย เช่น ตีธง ยกมือยกไม้ ที่ไม่ถือว่าเป็นหลักฐานเพราะไม่ปรากฏคงทนอยู่เลย[52] ดังนั้นข้อมูลคอมพิวเตอร์จึงมีการสื่อความหมายผ่านอุปกรณ์แสดงผลอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น วัตถุที่แสดงความหมายของข้อมูลคอมพิวเตอร์จึงเป็นเอกสารตามประมวลกฎหมาย

---

[50] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 585.

[51] พรทิพย์ ตัณฑวนันท์. (2548). *อาชญากรรมเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

[52] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 591.

อาญา ดังที่อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ยกตัวอย่างว่า “สิ่งที่รองรับนี้ ตามปกติก็หมายถึงกระดาษ แต่อาจเป็นวัตถุอื่นใด เช่น ไม้ โลหะ ศิลา กำแพง เครื่องคอมพิวเตอร์”[53]

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่จะกล่าวถึงในที่นี้ คือ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยส่วนใหญ่แล้วมนุษย์จะเป็นผู้ทำขึ้นเพื่อส่งให้แก่ผู้รับปลายทางเช่นเดียวกับการส่งไปรษณีย์แบบเดิม ดังนั้นในแง่ของเนื้อความจดหมายดังกล่าวก็จะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับเอกสารโดยทั่วไป กล่าวคือ หากผู้เขียนจดหมายได้ทำความเข้าใจได้ว่าเป็นจดหมายที่ส่งมาจากผู้ที่ได้ระบุชื่อไว้อันเป็นการลวงให้หลงในตัวบุคคลผู้ทำเอกสารหรือลายมือชื่อของผู้ทำเอกสารนั้น ก็เป็นการปลอมเอกสาร เช่น ผู้ส่งจดหมายสแปมแอบอ้างชื่อของสถาบันการเงินแห่งหนึ่งเพื่อให้ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ดังกล่าวแจ้งข้อมูลทางการเงิน จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นี้ ถือว่าเป็นเอกสารปลอม แต่การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ตามปกติ คือ ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มักจะมีการปลอมข้อมูลส่วนที่เป็นหัวจดหมาย ซึ่งเป็นข้อมูลที่กำหนดถึงเวลา วันที่ เส้นทาง ผู้ส่งและผู้รับของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แต่ละฉบับ หากเป็นกรณีที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้ใช้ชื่อของบุคคลอื่นเพื่อแสดงว่าผู้อื่นเป็นผู้ส่งนั้น แม้ว่าข้อความของจดหมายจะเป็นความจริง ก็เป็นเอกสารปลอม เพราะเป็นการปลอมชื่อของผู้อื่นว่าเป็นผู้ทำเอกสารนั้นขึ้นซึ่งเป็นการทำให้เชื่อว่าเป็นเอกสารอันแท้จริง ซึ่งแตกต่างกับกรณีที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้เพิ่มเส้นทางของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ส่งมาจากคอมพิวเตอร์อื่นที่มิใช่ของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เอง แม้จะเป็นการเพิ่มเติมของส่วนใดส่วนหนึ่งของเอกสารก็เป็นแต่เพียงเอกสารเท็จเท่านั้น เพราะมิได้ทำให้หลงเชื่อว่าเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่แท้จริงของผู้อื่น แต่เป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เอง เช่นเดียวกับการทำเอกสารขายและเช่าซื้อรถยนต์ลงชื่อตนเอง ลงวันย้อนหลังเป็นเท็จ เพื่อต่อสู้คดีละเมิดของลูกจ้าง ไม่เป็นเอกสารปลอม[54] แต่ในข้อนี้อาจมีผู้เห็นได้ว่าการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปแล้วนั้น การเพิ่มเติมเส้นทางของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นการกระทำเกินอำนาจของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) แล้ว แม้ว่าผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้นผู้กระทำจะเป็นผู้ทำขึ้นก็ตาม พิจารณาได้ว่าปกติแล้วเส้นทางหรือที่มาของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลใดๆได้ทั้งสิ้น เพราะเป็นการเพิ่มข้อมูลตามคำสั่งของ

---

[53] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 110.

[54] จิตติ ติงศภัทิย์. เล่มเดิม. หน้า 1659.

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้กำหนดไว้ในโปรแกรมรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งคอมพิวเตอร์ของผู้ส่งเอง และเครือข่ายที่รับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และเป็นภาษาที่มนุษย์ไม่สามารถอ่านได้ ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ทำได้แต่เพียงการเพิ่มข้อมูลที่มาของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในตอนต้นเท่านั้น ดังนี้การเพิ่มเติมข้อความดังกล่าวจึงเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมในเอกสารของตนเองเท่านั้น ดังนี้การเพิ่มเติมข้อความดังกล่าวจึงเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมในเอกสารของตนเองเท่านั้นจึงไม่เป็นการกระทำความผิดฐานปลอมแปลงเอกสารแต่อย่างใด เว้นแต่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งไปนั้นได้กระทำขึ้นโดยการปลอมชื่อบุคคลอื่นเพื่อให้ผู้รับเข้าใจผิดว่าเป็นจดหมายที่ส่งมาจากผู้ที่ถูกแอบอ้างนั้นเป็นการกระทำความผิดฐานปลอมเอกสาร ตามมาตรา 264

ในปัจจุบันการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เรียกโดยรวมว่า “อาญากรรมคอมพิวเตอร์” ซึ่งไม่มีการกำหนดคำนิยามของอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ไว้ชัดเจนว่ามีความหมายว่าอย่างไร[55] แต่เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ โดยมากจะเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่มีสิทธิเพื่อกระทำความผิดอาญา[56] การกระทำต่อคอมพิวเตอร์มี 6 รูปแบบที่สำคัญ ได้แก่ การเข้าถึงคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจ การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ การจารกรรมข้อมูลคอมพิวเตอร์ การทำให้เกิดความเสียหายต่อคอมพิวเตอร์ การปลอมข้อมูลคอมพิวเตอร์ การฉ้อโกงคอมพิวเตอร์[57]

การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยส่วนใหญ่ แม้จะเป็นการกระทำที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับการกระทำความผิดแบบดั้งเดิมอันเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น ลักทรัพย์ ทำให้เสียทรัพย์ การบุกรุก เป็นต้น แต่ประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้อย่างเพียงพอ เพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ทำให้การกระทำบางอย่างอาจเป็นการกระทำผิดอาญาได้ เช่น การเข้าถึงคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยระยะทาง ไม่เป็นการกระทำความผิดฐานบุกรุก เพราะไม่มีการเข้าไปในลักษณะที่เป็นกายภาพดังเช่นการเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ การลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ไม่เป็นการทำให้เสียทรัพย์ เพราะข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างจึงมิใช่ทรัพย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น แม้ข้อมูลหรือระบบคอมพิวเตอร์จะเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง แต่ก็เป็นสิ่งที่มีคุณค่าอย่างมากในปัจจุบัน หน่วยงานของรัฐ เอกชน องค์กรธุรกิจภาคอุตสาหกรรม ต่างพึ่งพาการทำงานของคอมพิวเตอร์ทั้งสิ้น และข้อมูลส่วนใหญ่จัดเก็บในระบบการรักษาความปลอดภัยของ

---

[55] John X Kelly. (2002 Mach). Cybercrime-High Tech crime.

[56] Peter Stephenson. (มปป.) Investigating Computer-Related Crime: handbook for corporate investigators. p 3.

[57] องอาจ เทียนหิรัญ. เล่มเดิม. หน้า 25.

ข้อมูลคอมพิวเตอร์และระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีผลต่อความครบถ้วน การรักษาความลับ และความพร้อมหรือเสถียรภาพในการใช้งานของข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์[58]

2.5.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

เนื่องจากปัจจุบันนี้การเสนอสินค้าและบริการต่าง ๆ ต่อประชาชนนับวันแต่จะเพิ่มมากขึ้นผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ที่ประกอบธุรกิจโฆษณาได้นำวิชาการในทางการตลาดและทางการโฆษณามาใช้ในการส่งเสริมการขายสินค้าและบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาด และความจริงที่เกี่ยวกับคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการต่างๆ ได้อย่างถูกต้องทันท่วงที โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต่อผู้บริโภค เพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค ดังนั้น จึงต้องพิจารณาหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.5.3.1 นิยามความหมาย มาตรา 3 กำหนดไว้ ดังนี้

“ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบกิจการโฆษณาด้วย

“ข้อความ” หมายความรวมถึงการกระทำให้ปรากฏด้วยตัวอักษร ภาพ ภาพยนตร์ แสง เสียง เครื่องหมายหรือการกระทำอย่างใดๆ ที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้

“โฆษณา” หมายความถึงกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า

“สื่อโฆษณา” หมายความว่า สิ่งที่ใช้เป็นสื่อในการโฆษณา เช่น หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ไปรษณีย์โทรเลข โทรศัพท์ หรือป้าย

2.5.3.2 หลักการคุ้มครองผู้บริโภค มาตรา 4 กำหนดไว้ ดังนี้

“ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ

(2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ

(3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ

(3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา

(4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

---

[58] สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. (2546). *แนวทางการจัดทำกฎหมายอาญาทางคอมพิวเตอร์*. กรุงเทพฯ : ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ. หน้า 20.

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้"

2.5.3.3 การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการโฆษณานั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 22 บัญญัติว่า "การโฆษณาจะต้องไม่ใช้ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

(2) ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริงหรือเกินความจริง หรือไม่ก็ตาม

(3) ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ

(4) ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน

(5) ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ข้อความที่ใช้ในการโฆษณาที่บุคคลทั่วไปสามารถรู้ได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่อาจเป็นความจริงได้โดยแน่แท้ ไม่เป็นข้อความที่ต้องห้ามในการโฆษณาตาม (1)"

2.5.3.4 วิธีการโฆษณา

มาตรา 23 บัญญัติว่า "การโฆษณาจะต้องไม่กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกายหรือจิตใจ หรืออันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง"

มาตรา 24 บัญญัติว่า "ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าใดอาจเป็นอันตรายแก่ผู้บริโภคและคณะกรรมการว่าด้วยฉลากได้กำหนดให้สินค้านั้นเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอานาจออกคาสั่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดให้การโฆษณานั้นต้องกระทำไปพร้อมกับคำแนะนำหรือคำเตือนเกี่ยวกับวิธีใช้หรืออันตรายตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด ทั้งนี้ โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขให้แตกต่างกันสำหรับการโฆษณาที่ใช้สื่อโฆษณาต่างกันก็ได้

(2) จำกัดการใช้สื่อโฆษณาสำหรับสินค้านั้น

(3) ห้ามการโฆษณาสินค้านั้น ความใน (2) และ (3)ให้นำมาใช้บังคับแก่การโฆษณาที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการใช้หรือประโยชน์ของสินค้านั้นขัดต่อนโยบายทางสังคม ศีลธรรม หรือวัฒนธรรมของชาติด้วย”

มาตรา 25 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าหรือบริการใดผู้บริโภคจำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพ ฐานะ และรายละเอียดอย่างอื่นเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจด้วย คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาสินค้าหรือบริการนั้นต้อง ให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนดได้”

มาตรา 26 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าข้อความในการโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณาใดสมควรแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าข้อความนั้นเป็นข้อความที่มีความมุ่งหมายเพื่อการโฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจกำหนดให้การโฆษณาโดยทางสื่อโฆษณานั้นต้องมีถ้อยคำชี้แจงกำกับให้ประชาชนทราบว่าข้อความดังกล่าวเป็นการโฆษณาได้ ทั้งนี้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้”

มาตรา 27 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าการโฆษณาใดฝ่าฝืนมาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24 (1) หรือมาตรา 25 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ดังต่อไปนี้

(1) ให้แก้ไขข้อความหรือวิธีการในการโฆษณา

(2) ห้ามการใช้ข้อความบางอย่างที่ปรากฏในการโฆษณา

(3) ห้ามการโฆษณาหรือห้ามใช้วิธีการนั้นในการโฆษณา

(4) ให้โฆษณาเพื่อแก้ไขความเข้าใจผิดของผู้บริโภคที่อาจเกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด ในการออกคาสั่งตาม (4) ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคประกอบกับความสุจริตใจในการกระทำของผู้กระทำการโฆษณา”

2.5.3.5 บทกำหนดโทษผู้กระทำความผิด

มาตรา 48 บัญญัติว่า “ผู้ใดโฆษณาโดยใช้ข้อความตามมาตรา 22 (3) หรือ (4) หรือข้อความตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 22 (5) หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 หรือมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 49 บัญญัติว่า “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาซึ่งสั่งตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2.5.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.... ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการประชุมครั้งที่ 6/2549 เมื่อวันพุธที่ 15 พฤศจิกายน 2549 โดยมีหลักการคือ “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์” และเหตุผลคือ “เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำด้วยประการใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไว้พิจารณา และตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติแห่งชาติและผู้ทรงคุณวุฒิเกี่ยวกับวิชาการคอมพิวเตอร์และกฎหมายเพื่อพิจารณา คณะกรรมาธิการได้ประชุมพิจารณารวมทั้งสิ้น 27 ครั้ง และได้เสนอต่อสภานิติบัญญัติเพื่อพิจารณาในวาระ 2 และวาระ 3 เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2550 และได้มีมติให้ผ่านร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไป ซึ่งต่อมาได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 128 ตอน 27 ก. ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2550[59]

พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2550 ดังนั้นจึงมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 18 กรกฎาคม 2550 เป็นต้นไป จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้ส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะสแปมเป็นความผิดมากน้อยเพียงใด ตามพระราชบัญญัติฯพิจารณาได้ดังนี้

---

[59] พรเพชร วิชิตชลชัย. (มปป.) *คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550*. หน้า 2.

(1) การเก็บรวบรวมรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยโปรแกรมอัตโนมัติบนอินเทอร์เน็ต

โดยปกติการเก็บรวบรวมข้อมูลไม่ว่าจะเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือไม่นั้น ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดแต่อย่างใด เว้นแต่ข้อมูลที่มีความสำคัญ หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่กฎหมายมุ่งจะให้ความคุ้มครอง เพื่อมิให้กระทบต่อความสงบเรียบร้อย แต่ก็มิได้กำหนดให้การเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวเป็นการเป็นการกระทำความผิด คงมีแต่เพียงการกำหนดให้การใช้ข้อมูลดังกล่าวในทางมิชอบ โดยจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเท่านั้นที่เป็นการกระทำความผิด เช่น ความผิดฐานเปิดเผยความลับตามมาตรา 323 และมาตรา 324 เป็นต้น เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯก็มิได้กำหนดให้การเก็บรวบรวมข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นการกระทำความผิดเช่นกัน หรืออาจกล่าวได้ว่าการเก็บรวบรวมข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้เป็นอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ดังเช่น การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือการจารกรรมข้อมูลคอมพิวเตอร์ แต่หากการเก็บรวบรวมข้อมูลคอมพิวเตอร์มีการกระทำที่เป็นการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการในการป้องกันโดยเฉพาะแล้วก็เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 7 ได้ เฉพาะแต่การเก็บรวบรวมข้อมูลแล้วไม่เป็นการกระทำความผิด ในส่วนของการกระทำของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) โดยมากการรวบรวมรายชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์มักจะกระทำโดยใช้โปรแกรมอัตโนมัติเก็บรวบรวมจากเว็บไซต์ กระดานสนทนา หรือที่สาธารณะอื่นๆบนอินเทอร์เน็ต เช่นนี้จะถือว่าเป็นการเข้าถึงข้อมูลด้วยหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงนิยามคำว่า “การเข้าถึง” และ “ข้อมูล” เห็นว่าเป็นการเข้าถึงข้อมูลเช่นกันแต่มิได้เป็นการเข้าถึงในลักษณะเดียวกับการบุกรุกจึงยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 7 ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) แอบทำสำเนาชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากผู้มีหน้าที่เก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวโดยไม่มีสิทธิ เช่นนี้ย่อมเป็นการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ และหากข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีมาตรการในการป้องกันก็ย่อมเป็นการกระทำความผิด

นอกจากการเข้าถึงข้อมูลโดยปราศจากอำนาจแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 8 ซึ่งเป็นการกระทำโดยประการใดๆด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อดักรับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น แม้ว่าการดักรับข้อมูลของผู้อื่นและการรวบรวมข้อมูลของผู้อื่นจะเป็นการได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็ตาม แต่การดักรับข้อมูลนั้นส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของข้อมูล และลักษณะของข้อมูลที่มีการดักรับก็มักจะเป็นข้อมูลที่อยู่ในระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ โดยสภาพจึงเป็นข้อมูลลับที่ผู้ส่งประสงค์จะส่งให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง คือมิได้มีการเปิดเผยแก่สาธารณะ การรวบรวมรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มิได้มีการเก็บ

ข้อมูลในระหว่างการสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ แต่เป็นการรวบรวมข้อมูลจากที่ปรากฏอยู่ในที่ต่างๆ บนอินเทอร์เน็ต ซึ่งเปิดเผยให้สาธารณชนสามารถรับรู้ได้ จึงไม่ถือว่าเป็นการดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 8

(2) การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) โดยใช้เครื่องแม่ข่ายเปิดหรือคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น

พระราชบัญญัติฯ มาตรา 5 กำหนดให้การเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และ มาตรา 7 กำหนดให้การเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามเอกสารชี้แจงของสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งใช้อธิบายประกอบเสนอร่างกฎหมายต่อคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ให้ความหมายว่า “การเข้าถึง” ตรงกับคำภาษาอังกฤษว่า “access” หมายถึง การเข้าถึงทั้งในระดับกายภาพ เช่น กรณีที่มีการกำหนดรหัสผ่านเพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่นใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และผู้กระทำผิดดำเนินการด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อให้ได้รหัสผ่านนั้นมาและสามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นได้โดยนั่งอยู่หน้าเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นเอง และหมายความรวมถึงการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ แม้ตัวบุคคลที่เข้าถึงจะอยู่ห่างโดยระยะทางกับเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่สามารถเจาะเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ตนต้องการได้ นอกจากนั้นยังหมายถึงการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ดังนั้นจึงอาจหมายถึง การเข้าถึงฮาร์ดแวร์ หรือส่วนประกอบต่างๆ ของคอมพิวเตอร์ ข้อมูลที่ถูกบันทึกเก็บไว้ในระบบเพื่อใช้ในการส่งหรือโอนถึงอีกบุคคลหนึ่ง เช่นข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

การเข้าถึง อาจเกิดขึ้นได้หลายวิธี เช่น การเจาะระบบ หรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ การเข้าถึง หมายความถึง การเข้าถึงทั้งในระดับกายภาพ คือการเข้าใช้เครื่องมือคอมพิวเตอร์โดยนั่งอยู่หน้าเครื่อง และรวมถึงการเข้าถึงโดยผ่านเครือข่ายสาธารณะ หรือเครือข่ายเช่นเดียวกันก็ตาม อันเป็นการเข้าถึงโดยไม่มีอำนาจ ทั้งนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดว่ามาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะนั้นเป็นวิธีการใด เนื่องจากวิธีการป้องกันนั้นมีความแตกต่างกัน โดยจะพิจารณาเจตนาเป็นหลักว่าเจ้าของข้อมูลมีเจตนาที่จะป้องกันข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือไม่[60]

การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ผู้ส่งมักจะใช้คอมพิวเตอร์ของผู้อื่น หรือเครื่องแม่ข่ายของผู้อื่นส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ซึ่งแบ่ง

[60] องอาจ เทียนหิรัญ. เล่มเดิม. หน้า 20-24.

วิธีการได้เป็น 2 วิธี คือ การส่งโดยใช้เครื่องแม่ข่ายเปิด และการส่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุม ไม่ว่าจะเป็นการส่งโดยวิธีใดก็ตามส่วนหนึ่งของการกระทำเพื่อให้มีเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นตัวกลางในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) นั้นผู้ส่งจะต้องเจาะระบบหรือใช้วิธีการอื่นๆเพื่อให้ตนสามารถเข้าถึงคอมพิวเตอร์ หรือเครื่องแม่ข่ายของผู้อื่นได้ และทำการควบคุมเครื่องเหล่านั้นหรือปรับแต่งระบบเพื่อเป็นเครื่องมือในการส่ง ดังนั้นส่วนหนึ่งของการกระทำเช่นนี้เป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการในการป้องกันโดยเฉพาะ อันเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 5 แต่หากผู้ส่งเพียงแต่ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ผ่านเครื่องแม่ข่ายที่เป็นระบบเปิดอยู่แล้วโดยมิได้มีการกระทำใดเพื่อให้เครื่องแม่ข่ายเป็นเครื่องแม่ข่ายเปิด ก็เป็นเพียงการรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เช่นเดียวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยทั่วไปเท่านั้น เพราะโดยปกติการรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ต้องกระทำผ่านเครื่องแม่ข่ายที่ให้บริการรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มิใช่การส่งไปยังเครื่องผู้รับโดยตรง ดังนั้นหากผู้ส่งได้ส่งผ่านเครื่องแม่ข่ายที่เป็นระบบเปิดอยู่แล้วหรือส่งผ่านเครื่อง spam zombie โดมมิได้เป็นผู้เปิดทางไว้ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นได้แท้จริง ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามร่างพระราชบัญญัติฯ ตามมาตรานี้ได้

(3) การดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ

มาตรา 8 “ผู้ใดการกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อดักรับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

วัตถุประสงค์ของมาตรา 8 เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (The right of privacy of data communication) ทำนองเดียวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารรูปแบบที่ห้ามดักฟังหรือแอบบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์

การกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อดักรับไว้ การดักรับข้อมูลในมาตรานี้หมายถึง การดักรับโดยวิธีการทางเทคนิค (technical means) เพื่อลักลอบดักฟัง (listen) ตรวจสอบ (monitoring) หรือติดตามเนื้อหาสาระของข่าวสาร (surveillance) ที่สื่อสารถึงกันระหว่างบุคคล หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งเนื้อหาของข้อมูลโดยตรงหรือโดยการเข้าถึงและใช้ระบบคอมพิวเตอร์ หรือการทำให้ได้มาซึ่งเนื้อหาของข้อมูลโดยทางอ้อมด้วยการแอบบันทึกข้อมูลสื่อสารถึงกันด้วยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่คำนึงว่าอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้บันทึกข้อมูลดังกล่าวจะต้องเชื่อมต่อเข้ากับสายสัญญาณสำหรับส่งผ่านข้อมูลหรือไม่เพราะบางกรณีอาจใช้อุปกรณ์เช่นว่านั้นเพื่อบันทึกการสื่อสารข้อมูลที่ได้ส่งผ่านด้วยวิธีการแบบไร้สายก็ได้ เช่นการติดต่อ

ผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ การติดต่อโดยใช้เทคโนโลยีไร้สายประเภท wireless LAN เป็นต้น ซึ่งนอกจากการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อบันทึกข้อมูลที่มีการส่งผ่านกันแล้ว ยังรวมถึงกรณีการใช้ซอฟต์แวร์ หรือรหัสผ่านต่างๆ เพื่อทำการแอบบันทึกข้อมูลที่ส่งผ่านถึงกันด้วย

ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้ การพิจารณาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าลักษณะการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวนั้นผู้ส่งต้องการให้เป็นเรื่องเฉพาะตนไม่ได้ต้องการให้เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่ผู้ใดหรือไม่

การพิจารณาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดมีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะจึงต้องพิจารณาจากการมีการเข้ารหัสการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเพียงใด ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องที่จะพิจารณาจากเนื้อหาของข้อมูลว่าเป็นความลับหรือไม่ เช่น เนื้อหาของข้อมูลอาจเป็นเรื่องความลับทางการค้า แต่หากผู้ส่งใช้วิธีการส่งที่ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลนั้น ผู้ที่ดักรับย่อมไม่มีความผิด

(4) การปลอมหัวจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

มาตรา 9 “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดตามมาตรา 9 มุ่งจะคุ้มครองความถูกต้องของข้อมูล (integrity) ความถูกต้องแท้จริง (authentication) และเสถียรภาพหรือความพร้อมในการใช้งานหรือการใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บันทึกเก็บไว้บนสื่อคอมพิวเตอร์ได้อย่างเป็นปกติจึงเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับสิ่งของที่สามารถจับต้องได้ (corporeal object) ความผิดตามมาตรานี้หมายถึงการกระทำอันเป็นการรบกวนข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ มีองค์ประกอบความผิด คือ

1. กระทำการอันเป็นการทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมโดยมิชอบ ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 คือคำว่า “ทำให้เสียหาย” และ “ทำลาย” แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการปลอมนั้น มาตรานี้ไม่ได้ยกองค์ประกอบของความผิดฐานปลอมเอกสารมา แต่เขียนองค์ประกอบให้ชัดเจนว่าเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ซึ่งเป็นคำสามัญที่เข้าใจได้และแน่นอนว่าต้องคงองค์ประกอบความผิดในเรื่อง “โดยมิชอบ” ไว้เสมอ เพราะมีกรณีจำนวนมากที่ผู้กระทำมีอำนาจและสิทธิที่จะเข้าไปแก้ไขข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้

2. ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ความหมายของ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” อยู่ในนิยามศัพท์และจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น

ตัวอย่างของการกระทำความผิดตามมาตรานี้ ได้แก่ การป้อนโปรแกรมที่มีไวรัสทำลายข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือการป้อน Trojan Horse เข้าไปในระบบเพื่อขโมยรหัสผ่านของผู้ใช้คอมพิวเตอร์สำหรับเพื่อเข้าไปลบ เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนข้อมูล เป็นต้น

(5) การกระทำเพื่อให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไม่สามารถทำงานตามปกติได้

มาตรา 10 “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบ เพื่อให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นถูกระงับ ชะลอ ขัดขวาง หรือรบกวน จนไม่สามารถทำงานตามปกติได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดตามมาตรา 10 นี้ มีวัตถุประสงค์และองค์ประกอบความผิดคล้ายคลึงกับมาตรา 9 เพียงแต่เปลี่ยนวัตถุแห่งการถูกกระทำจาก “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” เป็น “ระบบคอมพิวเตอร์” มีเจตนาพิเศษเพื่อให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นถูกระงับ ชะลอ ขัดขวาง หรือรบกวน จนไม่สามารถทำงานตามปกติได้ มีข้อสังเกตว่า การกระทำใดๆ มีความหมายกว้างขวางมาก กฎหมายฉบับนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นจึงควรหมายถึงการเข้าไปทำกับระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้นหรือไม่ หรือจะหมายถึงการกระทำทางกายภาพอื่นๆ เช่น การระเบิดการวินาศกรรมเพื่อให้มีผลทำลายการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ด้วย เท่าที่มีการอภิปรายกันในที่ประชุมของคณะกรรมาธิการเป็นไปในแนวทางเดียวกันที่จะให้ขยายรวมถึงการกระทำทางกายภาพ (physical) ที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ด้วย ส่วนถ้อยคำที่ว่า “จนไม่สามารถทำงานตามปกติได้” ย่อมหมายความว่า ระบบคอมพิวเตอร์นั้นไม่สามารถทำงานได้โดยสมบูรณ์ ดังนั้น ถึงแม้ว่าระบบคอมพิวเตอร์จะทำงานได้ แต่เป็นการทำงานที่ไม่สมบูรณ์หรือผิดปกติไป (malfunctioning) ก็ย่อมอยู่ในความหมายของถ้อยคำอันเป็นองค์ประกอบความผิดนี้แล้ว

อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือสิทธิโดยชอบย่อมไม่เป็นความผิดเพราะไม่เข้าองค์ประกอบความผิดที่ว่า “โดยมิชอบ” ดังเช่น การทดสอบหรือรักษาความมั่นคงเพื่อความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์โดยบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจจากผู้เป็นเจ้าของระบบคอมพิวเตอร์ (owner) หรือผู้ปฏิบัติการ (operator) หรือการปรับแก้ระบบปฏิบัติการ (operating system) ของคอมพิวเตอร์โดยผู้ปฏิบัติการ (operator) ก่อนติดตั้งซอฟต์แวร์ใหม่ๆ ตัวอย่างเช่น การติดตั้งซอฟต์แวร์เพื่อการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตซึ่งจะมีผลให้ระบบคอมพิวเตอร์ทำงานไม่เป็นปกติทั้งก่อนและหลังการติดตั้งโปรแกรม

(6) ความผิดเกี่ยวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)

มาตรา 11 “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท” เป็นการกำหนดให้ลงโทษผู้ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ ปัจจุบันจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือที่ผู้กระทำความผิดมักใช้ในการหลอกลวงประชาชนผู้บริโภค ใช้ในการเสนอขายบริการทางเพศ ยาเสพติด และวัตถุที่ผิดกฎหมาย ประเทศไทยจึงนำแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย CAN SPAM ACT ของประเทศสหรัฐอเมริกามาเป็นแนวทางในการร่างมาตรา 11 นี้ ในระหว่างที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาใช้แก้ปัญหา ซึ่งแหล่งที่มาของข้อมูลในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ มี 2 ความหมาย คือ (1) ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่ง หมายถึง ที่อยู่ของผู้ส่งที่เรียกว่า Sender’s Address ในรูปแบบของระบบ E-mail และ (2) หมายเลขประจำตัวอินเทอร์เน็ต (IP Address) ของเครื่องคอมพิวเตอร์เซิร์ฟเวอร์ของผู้ส่งที่ส่งผ่านระบบ SMTP หรือ POP3[61]

การปกปิดหรือปลอมแปลงนี้ต้องเป็นเรื่องของ “แหล่งที่มาของการส่งข้อมูล” ซึ่งตรวจสอบได้โดย “ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” ได้แก่การปกปิดหรือปลอมแปลง IP address และหมายถึงการกระทำที่ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบถึงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลและส่งผลให้ไม่อาจตรวจสอบได้ทางระบบข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เป็นต้น จึงไม่ใช่เรื่องการปกปิดหรือปลอมแปลงโดยการไม่ใช้ชื่อจริง หรือการเปลี่ยนแปลงใช้ชื่อหรือใช้นามแฝง หรือใช้ email-address ที่ผิดไปหรือเปลี่ยนแปลงไปซึ่งยังตรวจสอบแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลได้อยู่

การรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข องค์ประกอบความผิดข้อนี้ คณะกรรมาธิการเขียนล้อกับองค์ประกอบความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362 ดังนั้นจึงน่าจะมีความรุนแรงของการรบกวนพอสมควร ซึ่งต้องใช้มาตรฐานของวิญญูชนเป็นระดับวัดเป็นการพิจารณาแบบ objective มิใช่พิจารณาตามความเป็นจริงแบบ subjective

ข้อสังเกตสำหรับความผิดตามมาตรานี้ ก็คือเป็นบทบัญญัติที่มีโทษปรับสถานเดียวและไม่มีโทษจำคุก จึงถือว่าเป็นโทษที่ค่อนข้างเบา ในประเด็นที่เทียบเคียงกับความผิดฐานบุกรุกซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่คณะกรรมาธิการเห็นว่าความผิดตามมาตรา 11 เรื่อง spamming นี้มักจะไม่ทำกับผู้เสียหายคนเดียว แต่มักจะทำในวงกว้าง หากกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้จะมีปัญหาเกี่ยวกับการร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีซึ่งมีผู้เสียหายจำนวนมาก จึงไม่ได้กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

---

[61] ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ. (2553). *คำอธิบาย พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550*. กรุงเทพฯ. หน้า 74-75.

(7) การจำหน่ายชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด

มาตรา 13 ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คำว่า "จำหน่าย" ชัดเจน ส่วนคำว่า "เผยแพร่" นั้นเป็นคำที่กว้างกว่าน่าจะรวมถึงการโฆษณา จ่าย แจก เป็นที่น่าสังเกตว่า "การมีไว้เพื่อจำหน่าย" ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานนี้ อาจเป็นเพราะลักษณะของสิ่งที่มีไว้ยากในการพิสูจน์ว่ามีไว้โดยเจตนาที่ชอบหรือไม่ชอบ ครั้นจะใช้หลักพิจารณาด้วยปริมาณของการมีไว้แบบยาเสพติดก็ทำไม่ได้เพราะชุดคำสั่งในลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่เป็นข้อมูลดิจิตัล

ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือ มาตรา 11 ชุดคำสั่งตามมาตรานี้อาจเป็นแบบวัตถุ เช่น ดิสเกตต์ก็ได้ หรืออาจเป็นไฟล์ ดิจิตัลก็ได้ ส่วนการใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดนั้นเป็นความผิดตามมาตราหนึ่งมาตราใดก็ได้เพราะตัวบทใช้คำว่า "หรือ"

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ยังไม่ครอบคลุมหรือสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นช่องทางในการกระทำความผิดของผู้ที่มีเจตนาจะโฆษณาสินค้าหรือบริการที่เป็นการรบกวนสิทธิของบุคคล โดยที่ไม่มีสิทธิในการปฏิเสธหรือยอมรับในข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น

บทที่ 3
มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือมจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่บุคคลอื่นของต่างประเทศ

จากปัญหาการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ปริมาณเพิ่มมากขึ้น ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อผู้ใช้ประโยชน์ทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งวิธีการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวแม้จะมีมาตรการทางเทคนิคที่ผู้ให้บริการต่างกำหนดมาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างมากมาย เช่น การนำข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้รับไม่รู้จักนำไปอยู่ในจดหมายขยะ (juke mail หรือ spam) แต่มาตรการทางเทคนิคนั้นไม่สามารถแก้ปัญหาการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้มีประสิทธิภาพ เพราะผู้ส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มักจะหาวิธีการใหม่ๆและใช้เทคโนโลยีที่สูงกว่าเสมอ การแก้ปัญหาด้วยวิธีการทางเทคนิคจึงมีค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น และผู้รับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้นที่เป็นผู้แบกภาระค่าใช้จ่ายเหล่านี้โดยไม่จำเป็น เมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายของผู้ส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เช่น กรณีที่ผู้ส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (Spam mail) จำนวนมากๆ ทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้รับทำงานช้าลงและต้องเสียค่าใช้จ่ายจากการใช้ระบบอินเตอร์เน็ตมากขึ้น และเสียเวลาในการติดต่อสื่อสารต้องลบข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว อีกทั้งผู้ที่ได้รับความเสียหายก็มิได้รับความเยียวยาจากการกระทำดังกล่าว เพราะไม่สามารถหาตัวผู้ส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มารับผิดชอบได้ ประเทศหลายๆประเทศที่ประสบปัญหาดังกล่าวได้นำมาตรการทางกฎหมายมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ทั้งที่ได้บัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นหรือปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว ตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศดังนี้

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีความสามารถทางเทคโนโลยีสูงแต่ก็ประสบปัญหาการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญด้านเศรษฐกิจสูง การติดต่อสื่อสารหรือการทำธุรกรรมเชิงพาณิชย์โดยนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้จึงมี

ความจำเป็นและเป็นสิ่งสำคัญมาก โดยมาตรการทางด้านกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับการรบกวนการติดต่อเชิงพาณิชย์โดยทางอิเล็กทรอนิกส์ แบ่งออกได้เป็นสองระดับ คือ กฎหมายระดับสหรัฐ (Federal law) และกฎหมายระดับมลรัฐ (State law) ซึ่งจะได้ศึกษาวิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษ ดังนี้

3.1.1 ขอบเขตความรับผิด

3.1.1.1 กฎหมายระดับรัฐ (Federal law) : Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003 (CAN SPAM Act 2003)

ในปี 2003 สภาคองเกรสได้อนุมัติร่างกฎหมาย “Controlling the Assault of Non Solicited Pornography and Marketing Act of 2003” (CAN SPAM ACT 2003) มีผลใช้บังคับ วันที่ 1 มกราคม 2004 เป็นการสร้างมาตรฐานของการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เอการใช้โฆษณาสินค้า โดยให้คณะกรรมมาธิการการค้าแห่งชาติ (Federal Trade Commission: FTC) เป็นผู้รักษาการตามกฎหมายนี้ และได้ขยายมาตรฐานการคุ้มครองผู้บริโภคให้คลอบคลุมถึงการโฆษณาสินค้าผ่านข้อความทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วย CAN SPAM Act 2003 กฎหมายดังกล่าวมีหลักสำคัญ เช่น หลัก “Opt-out” หลักการห้ามข้อความอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีลักษณะหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิด เป็นต้น กฎหมาย CAN SPAM Act 2003 เป็นกฎหมายเฉพาะที่วางหลักการควบคุมข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ขึ้น โดยแยกพิจารณาได้ ดังนี้

หลักการและเหตุผลของกฎหมาย CAN SPAM Act 2003

ลักษณะพิเศษของกฎหมาย CAN SPAM Act 2003 คือ กฎหมายดังกล่าวได้ยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายระดับรัฐ (State law) โดยให้ใช้กฎหมายฉบับนี้แทนที่กฎหมายระดับรัฐที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในการส่งข้อความ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาต่างออกกฎหมายเฉพาะของตนขึ้นเพื่อบังคับใช้กับจดหมายโฆษณา ทำให้การบังคับใช้มีข้อกำหนดและมาตรฐานที่แตกต่างกัน ทำให้การแก้ไขปัญหาการใช้จดหมายโฆษณาเป็นไปอย่างยากลำบากและไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และเนื่องจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถกระทำได้ในหลายสถานที่ ทำให้ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถทราบได้ว่าจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐใด ด้วยเหตุนี้เพื่อให้การใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในการโฆษณามีข้อกำหนดและเป็นมาตรฐานเดียวกัน กฎหมาย CAN SPAM Act 2003 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการใช้จดหมายโฆษณาไว้เป็นมาตรฐานผู้ใช้จดหมายโฆษณาต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมาย CAN SPAM Act 2003 กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม เหตุผลของกฎหมาย CAN SPAM Act 2003 ปรากฏใน Sec.2 (a) มีใจความสำคัญ คือ เนื่องจากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นช่องทางการสื่อสารที่มีความสำคัญและเป็นที่นิยมอย่างมากทั้งในกิจกรรมส่วนตัวและพาณิชกรรม

เพราะมีค่าใช้จ่ายน้อยและสามารถเข้าใช้งานได้ทุกสถานที่ทำให้มีความสะดวกและมีประสิทธิภาพ ซึ่งความสะดวกสบายและความมีประสิทธิภาพนี้ได้ถูกคุกคามโดยจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ต้องการ(Unsolicited Commercial E-Mail)เป็นจำนวนมาก ซึ่งในปัจจุบันมีอยู่มากกว่าครึ่งของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์และได้เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ข้อความส่วนใหญ่ของจดหมายดังกล่าวเป็นการหลอกลวงหรือฉ้อโกง

ทั้งนี้ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์มักจะปลอมแหล่งที่มาของจดหมายและระบุหัวเรื่องของจดหมายเพื่อให้เข้าใจผิดเพื่อให้ผู้รับเปิดอ่านจดหมายนั้น ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์บางคนได้ระบุวิธีการปฏิเสธไม่รับจดหมายในอนาคต (opt-out)ในจดหมายด้วย แต่บางคนก็ไม่ได้ระบุไว้ หรือระบุไว้แต่ก็ไม่ได้ปฏิบัติตามคำร้องของผู้รับที่ส่งคำร้องนั้นมาแต่อย่างใด และผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ได้ใช้โปรแกรมในการรวบรวมรายชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติจากเว็ปไซต์หรือบริการอื่นๆ

เนื่องจากในแต่ละรัฐมีการกำหนดกฎหมายสำหรับการควบคุมหรือลดปริมาณจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ ทำให้มีมาตรฐานแตกต่างกัน การแก้ปัญหาของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ดังกล่าวจึงไม่ประสบความสำเร็จ เพราะจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง ทำให้ยากต่อการปฏิบัติตามกฎหมายของธุรกิจเอกชน แต่ปัญหาของการแพร่กระจายและการใช้ในทางที่ผิดของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ต้องการนั้นไม่สามารถแก้ปัญหาได้เฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้นจะต้องได้รับความร่วมมือในทางเทคนิคและในทางระหว่างประเทศด้วย

หากกฎหมายระดับรัฐได้กำหนดความผิดสำหรับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์อันเป็นการหลอกลวงหรือเป็นเท็จไว้แล้ว กฎหมายระดับรัฐในส่วนดังกล่าวก็ยังคงใช้บังคับได้ กฎหมาย CAN SPAM Act 2003 บัญญัติไว้ใน Sec. 2 (b) ดังนี้

Sec. 2 (b) ได้กำหนดหลักการของกฎหมายดังนี้

(1) การควบคุมการใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในทางพาณิชย์ของประชาชนทั้งหลายเป็นผลประโยชน์ของรัฐบาลในสาระสำคัญ

(2) ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ไม่ควรทำให้ผู้รับเข้าใจผิดถึงที่มาหรือเนื้อหาของจดหมายเช่นว่านั้น และ

(3) ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์เพิ่มเติมจากแหล่งที่มาเดิม

มาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวคำนึงถึงผลประโยชน์ทั้งทางด้านธุรกิจและผู้ใช้บริการ โดยกฎหมายมิได้ห้ามการใช้จดหมายเพื่อการพาณิชย์โดยเด็ดขาด แต่จะควบคุมให้

มีการใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีคุณภาพและไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญกับผู้อื่นที่ใช้บริการ ทำให้ผู้ใช้บริการมีทางเลือกมากขึ้นในการรับจดหมายโฆษณา อันจะส่งผลให้การใช้จดหมายเพื่อการพาณิชย์ที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือทำให้ผู้ใช้บริการอื่นเข้าใจผิดลดลง โดยนำหลัก opt-out มากำหนดในกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองเด็กจากจดหมายเพื่อการพาณิชย์ที่เผยแพร่สื่อลามกอนาจารด้วย

1. ประเภทและความหมายของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

CAN SPAM Act 2003 กำหนดประเภทของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้เป็น 2 ประเภท คือ

1.1 จดหมายเพื่อติดต่อสื่อสารทั่วไปหรือเป็นการติดต่อทางธุรกรรมต่อกันมาก่อน (Transaction or Relationship Message) (Sec.3(17) (A)) หมายถึง จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการติดต่อกันมาก่อน ระหว่างผู้รับและผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้การทำธุรกรรมนั้นเสร็จสิ้น หรือเป็นการเสนอข้อมูลการรับประกัน(Warranty) การเรียกคืนสินค้า (Product Recall)หรือข้อมูลความปลอดภัยของสินค้าหรือบริการ (Safety or Security) หรือแจ้งการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนด (Terms) ของการสั่งซื้อสินค้า สถานะของผู้รับ (Recipient's Standing) ข้อมูลงบดุลทางบัญชีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่ผู้ส่งเสนอให้แก่ผู้รับ หรือนำเสนอข้อมูลความสัมพันธ์ในการจ้างงานหรือแผนประโยชน์ที่ผู้รับเกี่ยวข้องมีส่วนร่วมหรือเป็นสมาชิก หรือแจ้งข้อมูลการปรับปรุง(Upgrade) หรือการทำให้ทันสมัย (Update) ของสินค้าหรือบริการที่ผู้รับได้มีการติดต่อกับผู้ส่งมาก่อนล่วงหน้าแล้ว

1.2 จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ (Commercial Electronic Mail Message (Sec. 3 (2)) หมายความถึง จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีวัตถุประสงค์ในการโฆษณาทางพาณิชย์หรือเสนอขายสินค้าหรือบริการทางพาณิชย์ รวมถึงการแสดงเนื้อหาทางเว็ปไซต์ขององค์กรนั้นๆ ในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่ถือเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทางพาณิชย์ หากเนื้อหาหรือพฤติกรรมในจดหมายดังกล่าวแสดงถึงวัตถุประสงค์อื่นนอกจากการโฆษณา หรือการเสนอขายสินค้าหรือบริการทางพาณิชย์

2. หลักเกณฑ์ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Sec.5)

การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทั้งเพื่อติดต่อสื่อสารทั่วไปหรือเป็นการติดต่อทางธุรกรรมและทั้งเพื่อการพาณิชย์กฎหมายกำหนดให้ต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้งานของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อย่างเหมาะสมตาม CAN SPAM Act 2003 ดังนี้

2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการส่งข้อความจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Sec. 5 (a))

2.1.1 ห้ามมิให้แสดงข้อมูลการส่งที่เป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิด ถือเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) หากบุคคลใดส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทางความสัมพันธ์หรือทางธุรกรรม (a transactional or relationship message) หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ (commercial electronic mail message) ที่มีข้อมูลเกี่ยวกับหัวจดหมาย (header information)[62]

อันเป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญ (Sec.5 (a) (1)) โดยจะถือว่าทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญหากไม่สามารถระบุถึงเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างถูกต้อง โดยผู้ส่งใช้เครื่องแม่ข่ายอื่นในการรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อทำให้ที่มาในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แตกต่างไปจากแหล่งที่มาของจดหมายจริง ข้อมูลเกี่ยวกับหัวจดหมาย ได้แก่

(1) ข้อมูลที่ระบุถึงที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมา (an originating electronic mail address) โดเมนเนม (domain name) หรือที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ (Internet Protocol Address)

(2) ข้อมูลที่ระบุถึงผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกส่งมาจากบุคคลใด

การทำให้เข้าใจผิด หรือระบุข้อความเท็จที่เป็นสาระสำคัญ หมายความรวมถึงการเปลี่ยนแปลงหรือการปิดบังของข้อมูลเกี่ยวกับหัวจดหมายทำให้ความสามารถของการประมวลผลด้านข้อความในการเข้าใช้บริการทางอินเทอร์เน็ตของผู้รับเสียหาย หรือการกล่าวหาบุคคลกระทำผิด การบังคับตามกฎหมายของหน่วยงานในการระบุ กำหนดหรือโต้ตอบผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือเพื่อการสอบสวนการกระทำความผิด หรือการตอบสนองผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับไม่สามารถกระทำได้ (Sec. 5 (a) (6))

2.2 การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ (Sec. 6)

นอกจากผู้ส่งจะต้องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์จะต้องปฏิบัติตาม (Sec.5 (a) (1) แล้ว กฎหมายยังกำหนดให้ต้องระบุข้อมูลดังต่อไปนี้ในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

2.2.1 ห้ามการระบุชื่อเรื่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการหลอกลวง ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ระบุหัวเรื่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Subject Heading) โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าจะทำให้ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เข้าใจผิดในข้อเท็จจริง เนื้อหา หรือสาระของข้อความในจดหมาย ถือเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Sec. 5 (a) (2))

---

[62] ข้อมูลเกี่ยวกับหัวจดหมาย (header information) หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่มาปลายทาง และเส้นทางของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงโดเมนเนมและชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ต้นทาง หรือข้อมูลอื่นๆ ที่ปรากฏในส่วนที่สามารถระบุตัวผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้ (Sec.3 (8)).

2.2.2 จะต้องระบุที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการตอบกลับหรือมาตรการอื่นๆในลักษณะเดียวกันในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์อย่างชัดเจนและเห็นได้ง่าย เพื่อให้ผู้รับสามารถปฏิเสธการรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์อย่างชัดเจนและเห็นได้ง่ายเพื่อให้ผู้รับสามารถปฏิเสธการรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่จะส่งมาในอนาคต ซึ่งชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่งที่ระบุไว้นั้นจะต้องสามารถใช้ได้อย่างน้อย 30 วัน หลังจากที่ได้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์นั้นๆแล้ว ในกรณีที่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่งไม่สามารถใช้งานได้ชั่วคราว โดยมิใช่ความผิดของผู้ส่ง จะต้องดำเนินการแก้ไขความบกพร่องดังกล่าวภายในระยะเวลาอันสมควร หากผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ใดส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยมิได้ระบุวิธีการในการปฏิเสธการรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในอนาคต ถือเป็นการกระทำอันมิชอบตามกฎหมายหนี้ (Sec. 5 (a) (3))

2.2.3 ห้ามการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ภายหลังที่มีการปฏิเสธไม่รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือตัวแทนจะต้องดำเนินการไม่ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ให้ผู้รับอีกภายในเวลา 10 วัน หากผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือตัวแทนรู้หรือควรรู้จะรู้ว่าผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ปฏิเสธการรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์แล้วไม่ดำเนินการยุติการส่งภายในกำหนดระยะเวลา ถือเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่จะได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากผู้รับ นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดห้ามมิให้ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือผู้ใดนำข้อมูลของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปขาย หรือแลกเปลี่ยนโดยรู้ว่าได้มีการปฏิเสธไม่รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Sec. 5 (a) (4))

2.2.4 จะต้องระบุชัดเจนและเห็นได้ง่ายว่าเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการโฆษณาหรือเป็นประกาศ (Solicitation) เว้นแต่ว่าจะได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะต้องระบุถึงโอกาสที่ผู้รับจะสามารถปฏิเสธที่จะรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Opt-out) อย่างชัดเจนและเห็นได้ง่าย อีกทั้งต้องระบุที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้ส่งในเนื้อความของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ด้วย (Sec. 5 (a) (5))

นอกจากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่เป็นการโฆษณาสินค้าหรือบริการทั่วไปแล้ว CAN SPAM Act 2003 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร ตาม Sec. 5 (d) โดยห้ามมิให้การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่มีสื่อลามกอนาจาร โดยมิได้ระบุชื่อเรื่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Subject heading) เครื่องหมาย (Marks) หรือคำเตือน (Notices) ซึ่งกำหนดโดยคณะกรรมการการค้าแห่งชาติที่แสดงว่าเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีเนื้อความในการนำเสนอสื่อลามกอนาจารหรือมีข้อความในจดหมายว่าสามารถรับชมได้เพียงผู้รับเปิดอ่านจดหมาย แต่จะต้องระบุวิธีการเข้าถึงสื่อ

เหล่านั้น เว้นแต่ผู้รับได้ให้ความยินยอมล่วงหน้าโดยชัดแจ้ง (Prior Affirmative Consent) แต่อย่างไรก็ตาม จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่มีสื่อลามกอนาจารจะต้องระบุว่าเป็นการโฆษณา หรือประกาศ โดยให้เห็นได้ง่ายและชัดเจน และจะต้องระบุถึงโอกาสที่ผู้รับจะสามารถปฏิเสธที่จะรับจดหมาย อิเล็กทรอนิกส์ทำนองเดียวกันนั้น ตาม (SEC.5 (a) (5)) ด้วย

2.3 การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์อันเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากข้อความที่ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ตาม Sec. 5 (a) กฎหมายยังกำหนดให้การกระทำอื่นๆของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นการกระทำความผิด ได้แก่

2.3.1 การรวบรวมรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ Sec. 5 (b) (1) กำหนดให้ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ฝ่าฝืน Sec. 5 (a) หรือให้ความช่วยเหลือในการจัดหาที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าการรวบรวมรายชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็น 2 วิธีด้วยกัน

วิธีที่ 1 การเก็บรวบรวมรายชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากเว็บไซต์ หรือจากผู้ให้บริการออนไลน์อื่นๆที่มีการแสดงชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีข้อความไม่อนุญาตให้มีการนำชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากเว็บไซต์หรือจากผู้บริการออนไลน์ดังกล่าวไปเพื่อจำหน่าย หรือกระทำวิธีการใดๆให้มีการนำข้อมูลจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้เพื่อประโยชน์ในการส่งหรือให้บุคคลอื่นส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

วิธีที่ 2 การรวบรวมรายชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยการเรียงตามตัวอักษร (dictionary attack) โดยอาศัยความน่าจะเป็นในการผสมตัวอักษร ตัวเลข เช่น aa@isp.com เป็นต้น การรวบรวมรายชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ด้วยวิธีการเช่นนี้มีความสะดวกมากกว่าวิธีที่ 1 แต่ความถูกต้องแม่นยำน้อยกว่า ซึ่งปริมาณของจดหมายที่ส่งออกไปนั้นอาจมีเป็นจำนวนมากอันเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การจราจรของข้อมูลมีความหนาแน่นมากยิ่งขึ้น

2.3.2 การใช้โปรแกรมสมัครใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยอัตโนมัติ การใช้คำสั่ง (Script) หรือโปรแกรมอัตโนมัติ (Bot) เพื่อลงทะเบียนขอมีชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail account) หรือลงทะเบียนขอใช้อินเทอร์เน็ต (online user account) ไว้เป็นจำนวนมากเพื่อส่งหรือให้บุคคลอื่นส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการฝ่าฝืน Sec. 5 (a) คือมีข้อความเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญ เป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

2.3.3 ห้ามการรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยรู้ว่าเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มิชอบด้วยกฎหมายตาม Sec. 5 (a) จากคอมพิวเตอร์ที่มีระบบการป้องกัน (Protected Computer) หรือจากระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งผู้ส่งได้เข้าถึงโดยไม่มีสิทธิ

3. หลักการแจ้งให้ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถเลือกจะปฏิเสธไม่รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในครั้งต่อไปได้ หรือหลัก Opt-out (SEC. 5(a)(3))

หลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมาย CAN SPAM Act 2003 คือ ในการส่งข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทางพาณิชย์ ผู้ส่งจะต้องจัดให้มีที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีระบบการทางานในการตอบกลับ (Functioning Return Electronic Mail Address) เพื่อผู้รับสามารถที่จะตอบกลับมายังผู้ส่งว่าในอนาคตตนไม่ประสงค์จะรับข้อความจดหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อีกต่อไป โดยผู้ส่งจะต้องแจ้งถึงระบบหรือวิธีการดังกล่าวให้ชัดเจนและสามารถเห็นได้ชัดแจ้งแก่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Sec. 5 (a)(5)(ii) ในการจัดให้มีที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์สำหรับให้ผู้รับตอบกลับนี้ ผู้ส่งอาจจัดให้ผู้รับมีทางเลือกประเภทของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้รับต้องการได้รับหรือไม่ต้องการได้รับจากผู้ส่งในอนาคตได้

ในกรณีที่ผู้รับจดหมายได้ส่งคำร้องแสดงความประสงค์ไม่รับข้อความจดหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในอนาคตแล้ว ผู้ส่งหรือบุคคลอื่นที่ดำเนินการแทนผู้ส่งจะต้องดำเนินการภายใน 10 วันทำการที่จะไม่ส่งจดหมายให้ผู้รับอีกต่อไป (Sec. 5(a)(4) เว้นแต่ผู้รับจะได้ให้ความยินยอมในเวลาต่อมา (Subsequent Affirmative Consent) (Sec. 5 (b)

อย่างไรก็ดี ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทางพาณิชย์ไม่สามารถส่งจดหมายไปยังที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกกำหนดอยู่ในรายการของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ได้จดทะเบียนไว้กับแผนกการจดทะเบียนหรือ Do-not-E-mail Registry เว้นแต่จะได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้ง (SEC. 9)

4. การระบุที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้ส่งจดหมายโฆษณา (A Valid Physical Postal Address of Sender) ในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทางพาณิชย์ (Sec. 5 (5) (iii))

การใช้ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่จาต้องเป็นที่อยู่เดียวกับที่อยู่จดหมายที่ส่งทางไปรษณีย์ทั่วไป เป็นเหตุให้ผู้ส่งสามารถปิดบังที่อยู่ที่แท้จริงได้ และทาให้การหาตัวผู้ส่งทำได้ยากลำบาก ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ส่งจะต้องระบุที่อยู่ของผู้ส่งซึ่งเป็นข้อมูลทางไปรษณีย์ไว้ในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ทางพาณิชย์ด้วย

3.1.2 บทกำหนดโทษ

CAN SPAM Act 2003 กำหนดความรับผิดของการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ไม่พึงประสงค์ ความผิดสำหรับการกระทำความผิดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย[63] ได้แก่

---

[63] Sec.4 (b) PENALTIES, The Punishment for an offense under subsection (a).

1. กระทำความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) ตามกฎหมายของแต่ละรัฐหรือกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หรือได้กระทำความผิดซ้ำในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์เป็นจำนวนมากหรือเข้าระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องระวางโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ (Sec. 4 (b)(1))

2. (Sec. 4 (b) (2)) กำหนดระวางโทษปรับ หรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับในการกระทำความผิดดังต่อไปนี้

(1) การเข้าไปยังคอมพิวเตอร์ที่มีระบบการป้องกันโดยไม่ได้รับอนุญาต และทำการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนมากจากเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นหรือใช้เป็นตัวกลางในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ ตาม Sec. 4 (a) (1)

(2) ลงทะเบียนขอใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตตั้งแต่ 20 ชื่อขึ้นไป หรือจดทะเบียนขอโดเมนเนม ตั้งแต่ 10 ชื่อขึ้นไปโดยใช้ข้อมูลเป็นเท็จ

(3) การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มิชอบด้วยกฎหมายปริมาณมากกว่า 2,500 ฉบับภายใน 24 ชั่วโมง หรือ 25,000 ฉบับภายใน 30 วัน หรือ 250,000 ฉบับภายในเวลาหนึ่งปี

(4) การกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนรวมกันมูลค่า 5,000 เหรียญ ขึ้นไปภายในเวลา 1 ปี

(5) ผู้กระทำความผิดได้รับผลประโยชน์จากการกระทำความผิดรวมกันมูลค่าตั้งแต่ 5,000 เหรียญ ขึ้นไปภายในเวลา 1 ปี

(6) การกระทำความผิดได้รับผลประโยชน์จากการกระทำความผิดตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปโดยจำเลยเป็นผู้จัดการ หรือผู้นำ

สำหรับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นสื่อลามกอนาจารโดยรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายตาม Sec.5 (d) (1) ต้องระวางโทษปรับตาม title 18 ของ United States Code หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

3. ผู้มีสิทธิในการฟ้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

กฎหมายได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ของผู้มีสิทธิในการฟ้องดำเนินคดีกับผู้ที่กระทำความผิดนั้นเป็นองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ผู้เสียหายที่เป็นบุคคลธรรมดาไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้เองโดยตรงดังเช่นคดีอื่นทั่วไปที่เอกชนเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงสามารถฟ้องดำเนินคดีเองได้ องค์กรหรือหน่วยงานที่มีอำนาจในการฟ้องดำเนินคดีตามกฎหมาย ได้แก่

3.1 คณะกรรมาธิการการค้าแห่งชาติ (Federal Trade Commission) ในการกระทำความผิดที่มีลักษณะของการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือมีการหลอกลวง (Unfair or Deceptive Act or Practice) หรือเป็นการฝ่าฝืน Sec. 18 (a) (1) (B) ของ Federal Trade Commission Act

การกระทำความผิดตามกฎหมายที่คณะกรรมาธิการมีอำนาจในการดำเนินคดีเพื่อให้ผู้กระทำความผิดยุติการกระทำที่ผิดกฎหมาย ได้แก่

(1) การแสดงข้อมูลหัวจดหมาย (Header Information) เป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อความสัมพันธ์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ ทำให้ไม่สามารถบ่งชี้เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ส่งได้ (Sec. 5 (a) (1) (c))

(2) การระบุหัวเรื่องจดหมาย (Subject Headings) โดยมีข้อความเป็นการหลอกลวงโดยผู้ส่งรู้หรือควรจะรู้ว่าอาจทำให้ผู้รับเข้าใจผิด (Sec. 5 (a) (2))

(3) การไม่ปฏิบัติตามคำร้องขอให้ยุติการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ภายในเวลา 10 วัน (Sec. 5 (a) (4) (A) (ii), (iii), (iv))

(4) การเก็บรวบรวมชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบ (Sec. 5 (b) (1) (A))

(5) การรับส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่มิชอบด้วยกฎหมายจากเครื่องคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่มีระบบการป้องกัน ซึ่งได้มีการเข้าถึงโดยไม่มีสิทธิ (Sec. 5 (b) (3))

นอกจากนี้กรณีที่การกระทำความผิดมีความเกี่ยวพันกับกฎหมายอื่นๆนอกเหนืออำนาจของ FTC ตามที่บัญญัติไว้ Sec. 7 (b) เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการธนาคาร การประกันภัย หรือการลงทุน หน่วยงานที่ดูแลการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ได้แก่ Securities and Exchange Commission Federal Deposit Insurance Corporation เป็นต้น สามารถใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นๆบังคับผู้กระทำความผิดได้เพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามกฎหมาย CAN SPAM Act 2003

3.2 อัยการสูงสุดหรือหน่วยงานของรัฐ หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผลประโยชน์ของรัฐและของประชาชนจะเสียหายหรือถูกคุกคามจากการกระทำการฝ่าฝืน Sec. 5 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไว้ อาจฟ้องคดีแพ่งต่อผู้กระทำความผิดเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของจำเลย โดยการคำนวณค่าเสียหายนั้นคำนวณจากจำนวนของการฝ่าฝืนกฎหมาย กำหนดไว้ 250 เหรียญต่อฉบับ ถึง 2 ล้านเหรียญ ซึ่งศาลเป็นผู้กำหนดค่าเสียหาย

หากอัยการสูงสุด หน่วยงานของรัฐ หรือคณะกรรมาธิการได้ฟ้องร้องจำเลยเดียวกันแล้ว และคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณา อัยการสูงสุด หน่วยงานของรัฐ หรือคณะกรรมาธิการแล้วแต่กรณีไม่อาจฟ้องคดีต่อจำเลยคนเดียวกันนั้นได้

3.3 ผู้ให้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต (Internet Access Service) สามารถฟ้องคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายได้ในกรณีเป็นการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการระบุหัวจดหมายเป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญ (Sec. 5 (a) (1)) หรือเก็บรวบรวมชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบ (Sec. 5 (b)) หรือไม่ระบุข้อความว่าเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีสื่อลามากอนาจาร (Sec. 5 (d)) หรือการระบุเรื่องจดหมายโดยรู้หรือควรจะรู้ว่าจะทำให้เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงหรือเนื้อหาสาระสำคัญของข้อความในจดหมาย (Sec. 5 (a) (3)) การไม่ปฏิบัติตามคำร้องขอให้ยุติการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ภายในเวลา 10 วัน (Sec. 5 (a) (4)) การไม่ระบุว่าเป็นการโฆษณา หรือการประกาศอย่างชัดเจนและเห็นได้ง่าย รวมถึงการไม่ระบุข้อความแจ้งโอกาสในการปฏิเสธการรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากผู้ส่งอย่างชัดเจนและเห็นได้ง่าย และมิได้ระบุที่อยู่ทางกายภาพของผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

ค่าเสียหายที่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตสามารถเรียกได้นั้นศาลจะเป็นผู้กำหนด เช่นเดียวกับกรณีที่อัยการสูงสุดเป็นผู้ฟ้องคดี โดยคำนวณจากจำนวนของการกระทำความผิด ซึ่งฐานของค่าเสียหายที่ผู้ให้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตสามารถเรียกได้นั้นกำหนดไว้ต่ำกว่าจำนวนค่าเสียหายที่อัยการสูงสุดสามารถเรียกได้ คือ สำหรับการกระทำความผิดตาม Sec. 5 (a) (1) กำหนดให้ 100 เหรียญต่อฉบับ แต่สำหรับการกระทำความผิดในกรณีอื่นๆตาม Sec. 5 กำหนดให้ 25 เหรียญต่อฉบับ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดกรณีใดก็ตามจะเรียกค่าเสียหายได้ไม่เกินฉบับละ 1 ล้านเหรียญ

3.2 ประเทศออสเตรเลีย

ออสเตรเลียเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ได้ประสบปัญหาที่เกิดจากการใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในทางที่ผิดในที่นี้คือ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ออสเตรเลียได้ตระหนักถึงปัญหาและเร่งหาวิธีการแก้ไข โดยการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาดังกล่าวเช่นเดียวกัน รัฐบาลออสเตรเลียห้ามการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่มีลักษณะเป็นจดหมายขยะ (Spam)[64] โดยในเดือนเมษายน 2003 The Nation Office for the Information Economy (NOIE) ประเมินว่าปริมาณของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) มีถึงร้อยละ 35 ของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเพิ่มขึ้นร้อยละ 300 ในแต่ละปี[65] ปริมาณของจดหมาย

---

[64] Parliament of Australia. (2005 December). Spam Bill 2003 (Bill Digest, no.45,2003-04). สืบค้นวันที่ 16 ตุลาคม 2556, จาก *http://www.aphgov.au/pubs/bd/2003-04/04bd045.htm*

[65] Matthew L. James and Brian E Murray. (2005 December). Computer Crime and Compromised Commerce, Research. สืบค้นวันที่ 16 ตุลาคม 2556, จาก *http://www.aph.gov.au/library/pubs/rn/2003-04/04rn06.htm*

อิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เพิ่มมากขึ้น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการป้องกันย่อมเพิ่มขึ้นเช่นกัน รัฐบาลของออสเตรเลียจึงเห็นว่าควรจะบัญญัติกฎหมายใหม่ในการต่อต้านกาการส่งจดหมายอิเล้กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ โดยมีเป้าหมายเพื่อต้องการลดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ที่มีที่มาจากออสเตรเลีย[66]

Spam Act 2003 เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภาออสเตรเลียเมื่อ ค.ศ. 2003 มีผลบังคับใช้ใน ค.ศ. 2004 กฎหมายฉบับนี้ได้ให้คำนิยาม Spam ว่า “commercial electronic messages” ซึ่งหมายถึงจดหมายหรือข้อความใดๆ ที่มีเนื้อหาเชิงประชาสัมพันธ์หรือส่งเสริมการขาย

Spam Act 2003 บัญญัติขึ้นมาเพื่อการควบคุมการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ โดยการบัญญัติห้ามการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ ซึ่งมิได้จำกัดไว้เฉพาะแต่ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ในรูปของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่รวมถึงข้อความอิเล็กทรอนิกส์ประเภทอื่นๆด้วย

การควบคุมจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ของออสเตรเลียนอกจากการใช้มาตรการทางกฎหมายแล้ว ออสเตรเลียยังกำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตาม Industry Codes and Standard โดยกลุ่มผู้ประกอบการค้า (Industry Organization) เช่น The Australian Direct Marketing Association (ADMA) และ the Internet Industry Association (IIA) เป็นผู้วางหลักเกณฑ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรฐานและวิธีการที่เกี่ยวข้องในการปรับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ หลักการปฏิบัติของกลุ่มผู้ประกอบการค้านี้จะต้องจดทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบ

3.2.1 ขอบเขตความรับผิด

3.2.1.1 ลักษณะเฉพาะของกฎหมาย SPAM Act 2003

สิ่งที่กฎหมายมุ่งควบคุม คือ ข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ ไม่จำกัดเฉพาะรูปแบบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น โดยในเนื้อหาของกฎหมายจะใช้คำว่า “ข้อความอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Message) หมายถึง ข้อความโปรแกรมการสนทนา (Instant Message) ข้อความสั้น (SMS) ข้อความมัลติมีเดีย (MMS) บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วย ซึ่งจะทำให้คลอบคลุมรูปแบบการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ได้กว้างยิ่งขึ้น นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดลักษณะเฉพาะของข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับออสเตรเลีย เรียกว่า “Australian Link” มีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ที่มีที่มาจากออสเตรเลียและลดปริมาณการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ภายในประเทศ ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่มี

---

[66] SPAM BILL 2003 Explanatory Memorandum, The Parliament of the Commonwealth of Australia. p.2.

Australian Link ขณะที่มีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ คอมพิวเตอร์ เครื่องแม่ข่าย หรืออุปกรณ์ใดๆที่ใช้เพื่อการเข้าถึงข้อความที่เก็บอยู่ในประเทศออสเตรเลีย และเจ้าของชื่อผู้ใช้อิเล็กทรอนิกส์ที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศออสเตรเลีย หรือมีองค์กร บริษัท หรือประกอบกิจการในออสเตรเลียเมื่อได้มีการเข้าถึงข้อความ ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่มี Australian Link กฎหมายห้ามมิให้ส่งเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์นั้นๆ และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อข้อความที่ผู้ส่งได้ปฏิบัติตามกฎหมายแล้วข้อความเหล่านี้จะไม่ถือว่าเป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ผู้ส่งสามารถส่งได้

3.2.1.2 หลักเกณฑ์การส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ตาม Spam Act 2003

1. ประเภทและความหมายของข้อความอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Messages)

1.1 ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Messages) ตาม Sec. 5 หมายถึง ข้อความที่ส่งโดยใช้บริการรับส่งผ่านอินเทอร์เน็ต หรือบริการรับส่งข้อความอื่นๆไปยังที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ที่อ้างถึงชื่อผู้ใช้งานจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ชื่อผู้ใช้งานโปรแกรมการสนทนา ชื่อผู้ใช้โทรศัพท์ หรือชื่อผู้ใช้งานอื่นๆที่มีลักษณะเดียวกัน โดยไม่คำนึงถึงว่าที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์นั้นจะมีอยู่หรือไม่ หรือข้อความที่ส่งไปนั้นจะถึงปลายทางหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงข้อความที่เป็นเสียงผ่านทางโทรศัพท์พื้นฐาน

1.2 ข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ (Commercial Electronic Messages) Sec. 6 หมายถึง ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่เสนอขาย โฆษณาสินค้าหรือบริการ ที่ดินหรือดอกผลของที่ดิน นำเสนอหรือโฆษณาโอกาสในทางธุรกิจหรือการลงทุน ช่วยเหลือหรือทำให้บุคคลได้มาซึ่งทรัพย์สิน ผลประโยชน์ทางการเงิน หรือผลประโยชน์อย่างอื่นจากผู้อื่นโดยการหลอกลวง ทั้งนี้ไม่คำนึงว่าสินค้า บริการ อสังหาริมทรัพย์ ผลประโยชน์หรือโอกาสในทางธุรกิจนั้นจะมีอยู่หรือไม่ หรือเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

1.3 ข้อความอิเล็กทรอนิกส์กึ่งพาณิชย์ (Designated Commercial Electronic Messages)[67] หมายถึง ข้อความที่ถูกส่งโดยหน่วยงานของรัฐ พรรคการเมือง มูลนิธิ องค์กรทางศาสนา หรือสถาบันการศึกษา โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับก่อน แต่จะต้องระบุข้อมูลบ่งชี้ที่ถูกต้องของหน่วยงานหรือของผู้ที่มีสิทธิส่งข้อความ

2. หลักเกณฑ์ในการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์[68]

Spam Act 2003 กำหนดห้ามมิให้การส่ง หรือเป็นเหตุให้มีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ (Unsolicited Commercial Messages) ที่มี Australian

---

[67] Schedule 1-Designated commercial electronic messages.

[68] Part 2 Rules about sending commercial electronic messages (section 15- section 18).

Link หรือมิได้เป็นข้อความกึ่งพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ได้ หาก

2.1 ได้รับความยินยอมจากเจ้าของชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในการส่งข้อความ ความยินยอมที่ได้ให้ไว้อาจถอนความยินยอมได้ การให้ความยินยอมในการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ ผู้รับอาจกระทำได้ 2 ลักษณะ[69] คือ

(1) ความยินยอมโดยชัดแจ้ง (Express Consent) เช่น การสมัครรับข้อมูลโฆษณาทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ การเลือกช่องให้ความยินยอมในการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

(2) ความยินยอมโดยปริยาย (Implied Consent) พิจารณาได้จากแนวปฏิบัติความสัมพันธ์จากแนวทางการค้าของบุคคลหรือหน่วยงาน ผู้รับข้อความหรือผู้กระทำการแทน เช่น การให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในการซื้อสินค้าหรือบริการ หรือการให้นามบัตรที่มีที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์เพื่อการติดต่อ เป็นต้น แต่กรณีที่มีการเปิดเผยที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์จะไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมโยปริยาย

ความยินยอมเป็นเพียงการทำให้ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งนั้นไม่เป็นสิ่งที่ต้องการเท่านั้น แต่การส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดองค์ประกอบของข้อความที่ผู้ส่งจะต้องระบุในข้อความให้ถูกต้องด้วย

2.2 ต้องระบุข้อมูลที่ถูกต้องของผู้ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่มี Australian Link แม้จะได้รับความยินยอมจากผู้รับแล้วก็ไม่สามารถส่งได้ เว้นแต่ได้ระบุข้อมูลบ่งชี้ที่ชัดเจนและถูกต้องของบุคคลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจในการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการที่ผู้รับสามารถติดต่อผู้ส่งได้อย่างถูกต้อง หรือเงื่อนไขอื่นๆที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะต้องสามารถใช้ได้อย่างน้อย 30 วันนับจากวันส่งข้อความ

2.3 กำหนดวิธีการปฏิเสธไม่รับข้อความในอนาคต ในข้อความที่ส่งจะต้องระบุให้ผู้รับสามารถยกเลิกรับข้อความอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างชัดเจนและใช้งานง่าย เช่น เป็นลิงค์ส่งข้อความตอบกลับอัตโนมัติในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น กฎหมายกำหนดเงื่อนไขให้ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์สำหรับการรับข้อความยกเลิกจะต้องใช้งานได้ตลอดเวลาเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 30 วันนับจากวันที่ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์[70]

---

[69] Schedule 2- Consent Clause 2 Basic definition.

[70] Section 18 commercial electronic messages must contain a functional unsubscribe facility.

3. ข้อห้ามในการเก็บรวบรวมที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) [71]

โปรแกรมการเก็บที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์และบัญชีที่อยู่ที่ได้รวบรวมแล้ว โดยทั่วไปมักจะใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรวบรวมข้อมูลสำหรับการทำวิจัย การตลาดหรือการปรับปรุงเว็ปไซด์ แต่มีการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เช่นกัน[72] การเก็บรวบรวมรายชื่อที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นขั้นตอนหนึ่งในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) กฎหมายบัญญัติให้เฉพาะการใช้โปรแกรมเก็บรวบรวมชื่อที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์เพื่อการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นกระทำความผิดตามกฎหมาย เพราะรายชื่อที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์เหล่านี้มีมูลค่าในทางพาณิชย์ที่สามารถนำมาซื้อขายกันในระหว่างกลุ่มผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) หรือผู้ที่ประสงค์จะใช้ประโยชน์จากรายชื่อที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้น รายชื่อที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้นมีความสัมพันธ์กับเจ้าของและเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ผู้อื่นต้องเคารพในความเป็นส่วนตัว หลักเกณฑ์ใน Spam Act 2003 ห้ามมิให้ผู้ที่มีภูมิลำเนาในออสเตรเลียหรือมีสำนักงานหรือหุ้นส่วนประกอบกิจการในออสเตรเลียจัดหา ได้มา หรือใช้โปรแกรมในการเก็บรวบรวมที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการให้สิทธิในการจัดหา และการได้มาของโปรแกรม และห้ามมิให้จัดหา ได้มา หรือใช้บัญชีรายชื่อที่อยู่ที่ได้รวบรวมไว้แล้วจากโปรแกรมดังกล่าว

3.2.2 บทกำหนดโทษ

ความรับผิดที่กำหนดไว้ใน Spam Act 2003 เป็นความรับผิดที่มีโทษปรับทางแพ่ง ซึ่งต้องยื่นฟ้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดต่อศาลแห่งรัฐ (Federal Court) โดย ACMA ฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าปรับสำหรับการกระทำความผิด ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ที่มี Australian Link และมิได้มีข้อความกึ่งพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Sec.16(1)) ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่มิชอบด้วยกฎหมายไปยังที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่มีอยู่จริง (Sec. 16 (6)) ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่มิชอบด้วยกฎหมายโดยมิได้ระบุข้อมูลที่ถูกต้องของผู้ส่ง (Sec. 17 (1)) ไม่กำหนดวิธีการปฏิเสธไม่รับข้อความในอนาคต ตามเงื่อนไขของกฎหมาย (Sec. 18 (1)) ทั้งนี้การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายถึงการให้ความช่วยเหลือ ชักชวน สมคบคิดเพื่อให้มีการกระทำความผิดด้วย หากศาลเห็นว่าบุคคลได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายศาลอาจสั่งให้ผู้นั้นได้รับโทษปรับตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาลในการกำหนดค่าปรับแก่ผู้กระทำความผิด อัตราโทษปรับอ้างอิง

---

[71] Part 3-Rules about address-harvesting software and harvested – address lists (Section 19-Section 22).

[72] Spam Act 2003:A practical guide for business .Australian Government,p.10.

จาก Criminal Act Sec. 4 AA ซึ่งกำหนดไว้ที่ 110 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย ในการกระทำความผิด 1 กระทง Spam Act 2003 ได้กำหนดอัตราโทษที่เป็นสัดส่วนของการกระทำความผิดในแต่ละวันโดยมิได้คำนวณค่าปรับตามจำนวนของข้อความที่ได้มีการส่ง เพราะตามแนวนโยบายของประเทศออสเตรเลีย ถือว่าการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์เพียงหนึ่งฉบับก็เป็นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ได้เช่นกัน แต่คำนวณอัตราส่วนตาม Sec. 25 (3)-(6) และได้กำหนดอัตราโทษที่สูงขึ้นสำหรับการกระทำความผิดซ้ำ หากศาลเห็นว่าผู้ที่ได้รับข้อความอิเล็กทรอนิกส์ได้รับความเสียหายอย่างใดๆเกิดขึ้นศาลอาจสั่งให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ นอกจากนี้หากเห็นสมควรศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดกระทำ หรืองดเว้นกระทำอย่างใดๆก็ได้

นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดทางเลือกแก่ ACMA ในการปรับแผนการฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาลแก่ผู้กระทำความผิด โดยการแจ้งการฝ่าฝืนแก่ผู้กระทำความผิด ภายในเวลา 12 เดือนนับจากวันที่ได้มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยจะต้องระบุในการแจ้งด้วยว่าหากชำระค่าปรับภายในเวลา 28 วัน หรือมากกว่านั้นตามที่กำหนดจะไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาล และต้องระบุวิธีการชำระค่าปรับไว้ด้วย

3.4 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษนับได้ว่าเป็นประเทศที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลายอีกแห่งหนึ่งของโลกจึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับอาชญากรรมบนอินเทอร์เนตมากเช่นกันรวมถึงการกระทำการคุกคามโดยใช้อินเทอร์เน็ตประเทศอังกฤษจึงได้ให้ความสำคัญกบการแก้ปัญหาอาชญากรรมการคุกคามบนอินเทอร์เน็ตอย่างจริงจัง จึงได้มีการตรากฎหมาย The Privacy and Electronic Communications Regulations 2003 ออกมาเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการทั้งทางโทรศัพท์ ทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ โดยกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์และขอบเขตการคุ้มครอง เนื่องจากการขยายตัวของธุรกิจและการพัฒนาเทคโนโลยีการให้บริการทางด้านโทรศัพท์ และการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นไปอย่างเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วมีการใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในการติดต่อสื่อสารเป็นจำนวนมากแต่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้รวมถึงการคุ้มครองข้อมูลของบุคคลผู้ใช้ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาต่อผู้ใช้บริการเป็นจำนวนมาก ในปี 2002 EU จึงได้มีการตรา Directive on Privacy and Electronic Communications 2002/58/EC บังคับใช้วันที่ 12 กรกฎาคม 2002 ซึ่งประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมาย The Privacy and Electronic Communications Regulations 2003 เพื่อเป็นการอนุวัติการตาม Directive on Privacy and Electronic Communications 2002

The Privacy and Electronic Communications Regulations 2003 ได้กำหนดสิทธิของเจ้าของข้อมูลผู้ใช้บริการในระบบสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องการขายตรงที่ป้องกันไม่ให้มีการทำการตลาดแบบขายตรง รวมถึงการเปิดเผยข้อมูล และกำหนดหลักเกณฑ์ในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถทำได้ตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้จะได้ศึกษาเฉพาะในส่วนของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของ The Privacy and Electronic Communications Regulations 2003 เท่านั้น

มาตรา 2[73] ได้กำหนดคำนิยามคำว่า Electronic mail หมายถึง ข้อความ เสียง ข้อความภาพที่ส่งเข้าสู่เครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์สาธารณะที่เก็บหรือบันทึกในเครื่องมือ อุปกรณ์เครือข่ายของผู้รับรวมถึงบันทึกไว้ใน

การใช้งานจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับจุดประสงค์การตลาดแบบขายตรง ได้กำหนดไว้ในมาตรา 22 ดังนี้

มาตรา 22[74] (1) กฎหมายหมายนี้ถูกใช้เพื่อการส่งแบบที่ผู้รับไม่ได้ร้องขอซึ่งหมายถึงการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ไปยังผู้รับ

---

[73] "electronic mail" means any text, voice, sound or image message sent over a public electronic communications network which can be stored in the network or in the recipient's terminal equipment until it is collected by the recipient and includes messages sent using a short message service.

[74] 22. (1) This regulation applies to the transmission of unsolicited communications by means of electronic mail to individual subscribers.

(2) Except in the circumstances referred to in paragraph (3), a person shall neither transmit, nor instigate the transmission of, unsolicited communications for the purposes of direct marketing by means of electronic mail unless the recipient of the electronic mail has previously notified the sender that he consents for the time being to such communications being sent by, or at the instigation of, the sender.

(3) A person may send or instigate the sending of electronic mail for the purposes of direct marketing where

(a) that person has obtained the contact details of the recipient of that electronic mail in the course of the sale or negotiations for the sale of a product or service to that recipient;

(b) the direct marketing is in respect of that person's similar products and services only; and

(c) the recipient has been given a simple means of refusing (free of charge except for the costs of the transmission of the refusal) the use of his contact details for the purposes of such direct marketing, at the time that the details were initially collected, and, where he did not initially refuse the use of the details, at the time of each subsequent communication.

(4) A subscriber shall not permit his line to be used in contravention of paragraph (2).

(2) ยกเว้นความใน (3), บุคคลหนึ่งอาจส่งและก่อให้เกิดการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ของการตลาดขายตรง ซึ่งเว้นแต่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะแจ้งไปยังผู้ส่งก่อนแล้วว่าอนุญาตให้ส่ง

(3) บุคคลหนึ่งอาจจะส่งหรือก่อให้เกิดการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ของการตลาดขายตรงเมื่อ

(a) บุคคลผู้นั้นได้รับข้อมูลการติดต่อของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จากผู้ขายหรือจากการเจรจาสำหรับการขายผลิตภัณฑ์หรือบริการให้กับผู้รับ

(b) การตลาดขายตรงอยู่ในประเด็นที่ว่ามีผลิตภัณฑ์และบริการที่คล้ายคลึงกันเท่านั้น และ

(c) ผู้รับให้แสดงการปฏิเสธที่จะให้ใช้ข้อมูลการติดต่อของผู้รับสำหรับจุดประสงค์ทางการตลาดขายตรง ถึงแม้ว่าแรกเริ่มผู้รับจะไม่ได้ปฏิเสธที่จะให้ใช้ข้อมูลการติดต่อของผู้รับแต่ก็ได้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์มาอย่างต่อเนื่อง

(4) ผู้รับอาจไม่อนุญาตให้จดหมายสั้นๆของผู้รับถูกใช้อย่างละเมิดตามความใน (2)

การใช้งานจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สำหรับจุดประสงค์การตลาดขายตรงในขณะที่ข้อมูลหรือที่อยู่ของผู้ส่งถูกปกปิดไว้

มาตรา 23[75] บุคคลหนึ่งไม่ทั้งส่งและก่อให้เกิดการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ของการตลาดขายตรง

(a) เมื่อข้อมูลของบุคคลที่จะเป็นผู้รับจากการสื่อสารนั้นถูกปกปิดหรือปลอมแปลง หรือ

(b) เมื่อมีที่อยู่ที่ถูกต้องและเกิดการไปยังผู้รับการสื่อสารนั้นจริง ผู้รับนั้นอาจส่งคำร้ให้ยุติการส่ง

จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษมุ่งคุ้มครองการดำเนินการทางธุรกิจทางการตลาดแบบขายตรง และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีหลักการในการที่ผู้รับมีสิทธิในการปฏิเสธจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้น

---

[75] 23. A person shall neither transmit, nor instigate the transmission of, a communication for the purposes of direct marketing by means of electronic mail

(a) where the identity of the person on whose behalf the communication has been sent has been disguised or concealed; or

(b) where a valid address to which the recipient of the communication may send a request that such communications cease has not been provided.

บทที่ 4
วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ของกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากสังคมในปัจจุบันเป็นสังคมที่ต้องพึ่งพาอาศัยระบบเทคโนโลยีและคอมพิวเตอร์เพื่อความสะดวกสบายและรวดเร็วทันใจในการใช้ชีวิตประจำวันและการทำงาน จึงก่อให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้อย่างง่ายดาย ซึ่งสภาพปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน คอมพิวเตอร์เป็นเทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ต่อผู้คนในสังคมเป็นอย่างมาก เช่นการสนทนาสื่อสาร การส่งข้อมูลและแชร์ข้อมูลข่าวสารไม่ว่าจะเป็นในรูปของข้อความ รูปภาพหรือคลิปวีดิโอ แต่อย่างไรก็ตาม คอมพิวเตอร์ก็เป็นเหมือนดาบสองคมหากผู้ใช้นำไปใช้งานในทางที่ไม่เหมาะสมและไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ เช่น การขโมยข้อมูลของคนอื่นและนำไปเผยแพร่ต่อทำให้ผู้อื่นเสียหาย การหลอกลวงผู้ใช้คนอื่นให้เชื่อใจและโอนเงินให้ระบบคอมพิวเตอร์นั้นมีความรวดเร็วในการส่งข้อมูลข่าวสารและสามารถเข้าถึงกลุ่มผู้ใช้ซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากได้อย่างฉับไว ซึ่งส่งผลให้การกระทำผิดเป็นไปได้อย่างง่ายดายและสร้างความเสียหายได้ในวงกว้าง เนื่องจากอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์นั้นมีความแตกต่างไปจากอาชญากรรมทั่วๆไปในสังคม ซึ่งส่งผลให้กฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่ครอบคลุมการกระทำผิดในลักษณะนี้และไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้ที่ก่ออาชญากรรมคอมพิวเตอร์ได้ เหตุเพราะกฎหมายอาญานั้นมุ่งคุ้มครองวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น แต่สำหรับเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ข้อมูลข่าวสารถูกบรรจุอยู่ในคอมพิวเตอร์ ไม่ได้อยู่บนแผ่นกระดาษ ซึ่งกฎหมายที่มีอยู่เดิมอาจไม่ครอบคลุมในส่วนนั้น เช่น การโจรกรรมเงินในบัญชีธนาคารของผู้ใช้รายอื่นๆผ่านทางบัญชีธนาคารออนไลน์ การโจรกรรมรูปภาพหรือคลิปวีดิโอที่อยู่ในคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น อีกทั้งพยานหลักฐานต่างๆนั้น สามารถถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือถูกทำลายได้ง่าย เช่น ข้อมูลที่ถูกบรรจุอยู่ในฮาร์ดดิสก์ (Hard Disk) หรือแฟลชไดรฟ์ (Flash Drive) ปัญหาภัยคุกคามจากไวรัสคอมพิวเตอร์ แฮกเกอร์ และสแปมเมล์ ได้สร้างความเสียหายต่อระบบคอมพิวเตอร์ทั่วโลก และผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเดียวกับรัฐที่ความเสียหายเกิดขึ้น เช่น การปล่อยไวรัส “Love Bug” จากประเทศฟิลิปปินส์

ในปี พ.ศ. 2543 ได้สร้างความเสียหายแก่ระบบคอมพิวเตอร์ของนานาประเทศกว่า 20 ประเทศทั่วโลก หรือการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ที่ได้ส่งไปถึงผู้ใช้อินเตอร์เน็ตในทุกประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

โดยภายหลังจากที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว มาเป็นระยะเวลากว่า 6 ปี การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวปรากฏประเด็นปัญหาการใช้บังคับในทางปฏิบัติ ไม่ว่าโดยผลของพัฒนาการทางเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว กล่าวคือฐานความผิดที่กำหนดในกฎหมายปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบการกระทำความผิดที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ปัจจุบันไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำที่ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนมากให้แก่ผู้อื่นได้ (Spam mail) เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้มีความผิดต่อเมื่อมีการปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มา ซึ่งเป็นช่องโหว่ที่กฎหมายไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ หรือโดยผลจากการบังคับใช้กฎหมายหรือการตีความกฎหมายที่อาจยังไม่สอดคล้องตรงตามเจตนารมณ์ เช่น การนำฐานความผิดฐานการนำเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมและการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จไปปรับใช้กับการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งทำให้มีการแจ้งความเพื่อดำเนินคดีจากความผิดฐานดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ประกอบกับปริมาณการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์มีแนวโน้มจะเพิ่มจำนวนสูงขึ้น ก่อให้เกิดผลกระทบกับทั้งผู้ให้บริการ ผู้ใช้คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตโดยทั่วไป พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อต่อต้านการประกอบอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากการประกอบอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์นั้น มีความแตกต่างไปจากการประกอบอาชญากรรมแบบเดิมมากและกฎหมายที่มีอยู่เดิมนั้นไม่สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมใหม่ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม จึงได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีหลักการคือ “ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์” และเหตุผลคือ “เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์หากมีผู้กระทำด้วยประการใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะลามก ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและ

ศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว

ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ว่ากฎหมายปัจจุบันนั้นเพียงพอที่จะยับยั้ง หรือลงโทษผู้กระทำความผิดในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ได้อย่างเหมาะสม หรือเพียงพอหรือไม่ อีกทั้งประเทศไทยมีมาตรการในการคุ้มครองผู้เสียหายด้วยวิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการบังคับใช้ ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมและไม่สามารถนำมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพและบรรลุเป้าหมายของการป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดได้ อาจนำไปสู่การก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ในรูปอื่นๆ ที่มีความรุนแรงหรือก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง สมควรที่จะได้ทำการศึกษาในประเด็นต่อไป

4.1 วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์กับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล

สิทธิส่วนบุคคล (Right Privacy) เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษย์ชน (Human Right) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะได้รับความคุ้มครอง มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายและจิตใจ มีสิทธิในการกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างอิสระ มีอำนาจที่จะจำกัดการเข้าถึงของบุคคล มีสิทธิที่จะเลือกอยู่โดยลำพัง และมีความเสมอภาค ที่จะไม่ให้ผู้ใดมาล่วงละเมิด ผู้ใดจะมาทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ ลบลู่ดูหมิ่นให้เสียชื่อเสียงเกียรติยศ หรือกระทำให้อับอายมิได้ เมื่อโลกในยุคปัจจุบันเข้าสู่ยุคสังคมสารสนเทศ (The Information Society) หรือสังคมแห่งข่าวสาร ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้หลายช่องทาง มีการใช้สารสนเทศโดยเน้นด้านอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลัก การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) ไม่ว่าในรูปเสียง ตัวอักษร หรือภาพเคลื่อนไหวประกอบกับเทคโนโลยีต่างๆผสมผสานกัน เช่น เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ (Computer Technology) กับเทคโนโลยีการสื่อสารข้อมูล ยิ่งสังคมแห่งข่าวสารเปิดกว้างมากขึ้นเท่าใด ย่อมหมายถึงพลเมืองมีสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารข้อมูลสารสนเทศไปใช้ในทางลบ การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในส่วนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เช่น การได้รับข้อความ (Message) ต่างๆจากการ Forward Email

การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้รับไม่ได้ร้องขอย่อมเป็นการกระทำที่ผู้กระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นโดยตรง ผู้ที่ถูกจำกัดหรือรุกรานสิทธิเสรีภาพ ย่อมรู้สึกอึดอัดใจ รู้สึกกระวนกระวายใจเป็นทุกข์ การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ให้แก่ผู้รับเป็นประจำอย่างต่อเนื่องโดยผู้รับไม่ต้องการหรือยินดี อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว

อันได้แก่ เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิต หรือเศรษฐกิจของผู้รับ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 11 กำหนดให้การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข การรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข องค์ประกอบความผิดข้อนี้ คณะกรรมาธิการเขียนล้อกับองค์ประกอบความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 ดังนั้นจึงน่าจะมีความรุนแรงของการรบกวนพอสมควร ซึ่งต้องใช้มาตรฐานของวิญญูชนเป็นระดับวัดเป็นการพิจารณาแบบ objective มิใช่พิจารณาตามความเป็นจริงแบบ subjective

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการนำมาตรา 362 มาเป็นแนวทางในการพิจารณาองค์ประกอบความผิดในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แล้ว จะพบว่าการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้องถึงขนาดที่จะทำให้ไม่สามารถใช้ระบบคอมพิวเตอร์ได้ หากยังคงสามารถใช้ระบบคอมพิวเตอร์ได้เพียงแต่ใช้ได้อย่างไม่มีประสิทธิภาพเต็มที่ เช่น ระบบคอมพิวเตอร์เกิดความล่าช้า จึงไม่เข้าลักษณะองค์ประกอบในความผิดตามมาตรา 11 นี้

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ คือ CAN SPAM Act 2003 ซึ่ง Sec.5(a)(3) ได้นำแนวคิดในการที่จะปฏิเสธที่ผู้ส่งสามารถส่งข้อความหาผู้รับโดยไม่ต้องขออนุญาตล่วงหน้า แต่ผู้รับจะเป็นฝ่ายระบุว่าไม่รับข้อความ ซึ่งผู้ส่งข้อความจะต้องหยุดส่งทันทีหลังจากผู้รับระบุว่าไม่ต้องการรับข้อความ ในการส่งข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ ผู้ส่งจะต้องจัดให้มีที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีระบบการทำงานในการตอบกลับ (functioning return electronic mail address) เพื่อผู้รับสามารถที่จะตอบกลับมายังผู้ส่งว่าในอนาคตตนไม่ประสงค์จะรับข้อความจดหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อีกต่อไป โดยผู้ส่งจะต้องแจ้งถึงระบบหรือวิธีการดังกล่าวให้ชัดเจนและสามารถเห็นได้ชัดแจ้งแก่ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งประเทศเยอรมันที่นำหลักดังกล่าวมากำหนดไว้ใน Sec.7(2) UWG 2004 หรือประเทศออสเตรเลีย ได้นำแนวคิดในการเลือกที่จะรับ คือ ผู้ส่งข้อความต้องได้รับอนุญาตจากผู้รับก่อน จึงจะสามารถส่งข้อความถึงผู้รับได้ มิฉะนั้นจะถือว่าผิดกฎข้อบังคับไว้ใน Spam Act 2003 ที่กำหนดให้เจ้าของธุรกิจต่างๆ ที่ประสงค์จะส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อโฆษณาสินค้าจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก่อน และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่บัญญัติไว้ นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดมาตรฐานใหม่สำหรับการส่งข้อความพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

สำหรับประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law กำหนดความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในกรณีที่เป็นการส่งเพื่อธุรกรรมทางการตลาดแบบขายตรง ซึ่งหากไม่ได้ดำเนินการในลักษณะดังกล่าวก็ไม่ถูกบังคับที่จะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด แต่หากเป็นการดำเนินการธุรกรรมทางการตลาดแบบขายตรง ได้คุ้มครองสิทธิผู้รับที่จะสิทธิการรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ ซึ่งมีลักษระการปฏิเสธคล้ายกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่หากการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นเพียงการรบกวนหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแล้วประเทศอังกฤษไม่ได้กำหนดให้มีโทษอย่างเช่นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือของประเทศไทย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 11 ที่กำหนดให้การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ยังไม่ถือเป็นมาตรการที่สามารถป้องกันหรือยับยั้งการกระทำความผิดได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากผู้ส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปก่อนได้ในลักษณะหวานแหเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจของผู้ส่งเองหรือ ผู้ที่ผู้ส่งรับจ้าง อันเป็นการล่วงละเมิดถึงสิทธิเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวของผู้ข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว

4.2 วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดกับลักษณะของการกระทำอันเป็นการปกปิดหรือปลอมแปลงที่มาของการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่ผู้อื่น

การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์นั้น ผู้ส่งมีวัตถุประสงค์ต่างๆ ตามที่กล่าวในบทที่ 2 นั้น ซึ่งก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้อื่น นอกจากนั้นน่าจะก่อให้เกิดอันตราย ดังที่กล่าวมาแล้วว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำเกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ อาจเกิดจากความรัก ความหลงใหล หรือต้องการสร้างความสัมพันธ์ จึงกระทำการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นพฤติการณ์ที่ถือเป็นปกติธรรมดาไม่น่าจะก่อให้เกิดอันตราย แต่ถ้าหากการกระทำดังกล่าเป็นการกระทำอย่างต่อเนื่องในช่วงระยะเวลาหนึ่งโดยที่ผู้รับไม่ต้องการหรือไม่ยินดีที่จะรับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อกระทำการต่อเนื่องไปจึงถือเป็นการคุกคามสิทธิของผู้รับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างความเดือดร้อนรำคาญ

ในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่พึงประสงค์นั้นผู้ส่งอาจกระทำโดยไม่ต้องรู้จักผู้รับหรือเป้าหมายในการส่ง และกระทำต่อผู้รับจำนวนมากในลักษณะวงกว้าง ซึ่งการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นี้จะเป็นช่องทางหรือการก่อให้เกิดการคุกคามที่ผลเสียหายร้ายแรงตามมาอันอาจเป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ต่อไปได้

การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นนั้นมีได้ทั้งกรณีปกปิดและไม่ปกปิดแหล่งที่มาซึ่งอาจเป็นการรบกวนหรือก่อให้เกิดความเสียหายได้ทั้งสิ้น ซึ่งตามมาตรา 11 ปัจจุบันมีการกำหนดองค์ประกอบความผิดประการหนึ่งคือ “โดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล” แต่ในปัจจุบันการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์มักจะกระทำโดยมิได้ปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล การกระทำดังกล่าวจึงไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดแม้ว่าการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มา อาจมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ เมื่อเปรียบเทียบตามประมลกฎหมายอาญา ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ตามมาตรา 397 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในหมวดความผิดลหุโทษ ความผิดฐานนี้คือการที่บุคคลทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ต้องเป็นการกระทำอันเป็นการรังแก ข่มเหง หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นการรังแก ข่มเหง หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ความผิดนี้มีองค์ประกอบสำคัญคือจะต้องเป็นการกระทำในที่สาธารณสถาน เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 11 ในส่วนรูปแบบของการกระทำการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อทำให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ หรือเกิดความหวาดกลัว จะเห็นได้ว่าแม้การส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นที่ต้องการ อันเป็นลักษณะการข่มเหง รังแกผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญ แต่เนื่องจากลักษณะของข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นถือเป็นพื้นที่ส่วนตัวของเจ้าของที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ล่วงรู้รหัสผ่านเพื่อเข้าสู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ จึงไม่ใช่ลักษณะที่กระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล

ถึงกระนั้นการกำหนดให้การปกปิดหรือปลอมแปลงที่มาของการส่งข้อมูลเป็นความผิดไม่สามารถแก้ไขปัญหากรณีที่การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการหลอกลวงโดยระบุหัวเรื่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Subject Heading) ทำให้ผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงเนื้อหา หรือสาระของข้อความในจดหมาย เช่น การระบุหัวเรื่องในการรับสมัครงานรายได้ดี หรือระบุหัวเรื่องที่มีการชักจูงใจ ให้ผู้รับเปิดจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมา ที่สร้างความเดือดรอนรำคาญให้แก่ผู้รับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หัวข้อจดหมายขยะมักจะเป็นข้อความที่ดูน่าสนใจ หรือไม่ก็อาจจะหลอกลวงตั้งแต่ต้น ด้วยจุดมุ่งหมายจะให้คุณเปิดอ่านให้ได้ จดหมายขยะมักจะใช้ข้อความอย่างเช่น “นี่คือคำตอบที่คุณได้ร้องขอเราไป” หรือ “ผมได้ส่งไฟล์มาแล้วตามที่

ร้องขอ" ไปจนถึง "คุณได้รับอนุมัติบัตรเครดิตแล้ว" "งานรายได้งามบนอินเทอร์เน็ต" และบางครั้งหัวข้อก็อาจจะเป็นหัวข้ออื่นที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับตัวจดหมายขยะเลย

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศ เช่น สหรัฐเอมริกา คณะกรรมาธิการการค้าแห่งชาติ (Federal Trade Commission) ได้กำหนดการกระทำความผิดที่มีลักษณะของการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือมีการหลอกลวง (unfair or deceptive act or practice) หรือเป็นการฝ่าฝืน SEC.18 (a) (1) (B) ของ Federal Trade Commission Act การระบุหัวเรื่องจดหมาย (Subject Headings) โดยมีข้อความเป็นการหลอกลวงโดยผู้ส่งรู้หรือควรจะรู้ว่าอาจทำให้ผู้รับเข้าใจผิด (SEC.5 (a) (2)) และ Spam Act 2003 ของประเทศออสเตรเลียกำหนดห้ามมิให้การส่ง หรือเป็นเหตุให้มีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่พึงประสงค์ หรือมิได้เป็นข้อความกึ่งพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่อย่างไรก็ตามอาจมีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์ได้ และต้องระบุข้อมูลที่ถูกต้องของผู้ส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการที่ผู้รับสามารถติดต่อผู้ส่งได้อย่างถูกต้อง หรือเงื่อนไขอื่นๆที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะต้องสามารถใช้ได้อย่างน้อย 30 วันนับจากวันส่งข้อความ ดังนั้น ในประเทศออสเตรเลีย จึงกำหนดให้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของข้อมูล

ด้วยเหตุดังกล่าวพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไม่สามารถนำไปใช้บังคับกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ปกปิดหัวเรื่อง (Subject Heading) ได้อย่างครอบคลุมมีประสิทธิภาพ จึงบทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมหรือเพียงพอกับการกระทำความผิดดังกล่าว

4.3 วิเคราะห์บทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่ผู้อื่น

ในการกำหนดอัตราโทษในแต่ละฐานความผิดควรคำนึงทฤษฎีในการกำหนดโทษระบบการลงโทษ ที่กำหนดให้เหมาะสมต่อการกระทำความผิดในแต่ฐานความและเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษ โดยเปรียบกับอัตราโทษในความเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทยและต่างประเทศ

ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษมี 4 ทฤษฎี ได้แก่

(1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือเพื่อทดแทนนั้น มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อผู้เสียหาย

และสังคม โดยโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นควรจะต้องเป็นสัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนเน้นการลงโทษที่มองไปที่อดีตเหตุผลการลงโทษเป็นไปเพื่อการแก้แค้น

(2) ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดหวนไปกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างด้วย นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีอีกด้วย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมโดยลงโทษผู้กระทำผิด

(3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitative Theory) แนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดคือ ผู้กระทำผิดเป็นผู้ป่วย การแก้ไขผู้กระทำผิดให้เป็นคนดี ต้องมีขั้นตอนหลายขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก ตรวจสอบหาสาเหตุของปัญหา ขั้นตอนที่สอง วิเคราะห์สาเหตุ และขั้นตอนสุดท้าย รักษาหรือแก้ไขที่สาเหตุนั้น ทฤษฎีนี้มีความมุ่งหมายเพียงจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำผิดมาแล้วกลับมากระทำผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้มีผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง

(4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด และอบรมบ่มนิสัยมากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ส่วนการลงโทษจะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้เป็นคนดี

เมื่อพิจารณาอัตราโทษที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มาตรา 11 เป็นบทบัญญัติที่มีโทษปรับสถานเดียว โดยไม่มีโทษจำคุก จึงถือเป็นอัตราโทษที่ค่อนข้างเบา ซึ่งการไม่ได้กำหนดโทษจำคุกเอาไว้ทำกฎหมายไม่สามารถมีสภาพบังคับการกระทำความผิดฐานส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากหากผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีก็มีความสามารถจ่ายค่าปรับได้จึงไม่รู้สึกเกรงกลัว หรือเข็ดหลาบต่อการกระทำความผิดนั้นๆ อีกทั้งเป็นการคุ้มค่าต่อการลงทุนเพราะการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะโฆษณาสินค้าหรือบริการ เพราะการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่ต้องลงทุนเป็นจำนวนมาก ดังนั้นหากกำหนดโทษจำคุกจะทำให้สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดสำนึกถึงโทษที่ได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของตนเอง ซึ่งมีผลต่อการ

เกรงกลัวกฎหมายและป้องกันการกระทำความผิดซ้ำได้ นอกจากนั้นยังเป็นการป้องกันหรือยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นกระทำผิดในลักษณะเดียวกันนั้นซ้ำอีก

ซึ่งเมื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศในการกระทำความผิดดังกล่าว เช่น สหรัฐอเมริกา กำหนดให้สำหรับการกระทำความผิดตาม Sec. 5 (a) (1) กำหนดให้ 100 เหรียญต่อฉบับ แต่สำหรับการกระทำความผิดในกรณีอื่นๆ ตาม Sec. 5 กำหนดให้ 25 เหรียญต่อฉบับ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดกรณีใดก็ตามจะเรียกค่าเสียหายได้ไม่เกินฉบับละ 1 ล้านเหรียญ กฎหมายมลรัฐ California ที่เกี่ยวกับการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ ค่าเสียหายที่มีสิทธิเรียกร้องจากผู้ส่งจดหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อการโฆษณาโดยมิได้เรียกร้อง เป็นจำนวนแน่นอนตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด (Liquidated damages) กล่าวคือ ค่าเสียหาย 1,000 เหรียญสหรัฐต่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ 1 ฉบับ แต่รวมแล้วต้องไม่เกิน 1,000,000 เหรียญสหรัฐต่อการฝ่าฝืนกฎหมายหนึ่งครั้ง โดยอาจเรียกร้องค่าเสียหายทั้งสองประเภทหรือประเภทใดประเภทหนึ่งก็ได้ และกฎหมายออสเตรเลียกำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายถึงการให้ความช่วยเหลือ ชักชวน สมคบคิด เพื่อให้มีการกระทำความผิดด้วย หากศาลเห็นว่าบุคคลได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลอาจสั่งให้ผู้นั้นได้รับโทษปรับตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาลในการกำหนดค่าปรับแก่ผู้กระทำความผิด อัตราโทษปรับอ้างอิงจาก Criminal Act Sec. 4AA ซึ่งกำหนดไว้ที่ 110 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย ในการกระทำความผิด 1 กระทง

จึงเห็นได้ว่าแต่ละประเทศมีการกำหนดอัตราโทษที่แตกต่างกันไป สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียได้แยกการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไว้ โดยกำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หากไม่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขข้อใด ก็จะมีโทษปรับที่แตกต่างกัน แต่หากการกระทำความผิดมีลักษณะที่เป็นอาชญากรรมที่ร้ายประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้โทษจำคุกไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบบทกำหนดโทษของประเทศไทยและต่างประเทศแล้ว ประเทศไทยถือได้ว่าได้กำหนดโทษไว้เป็นการกระทำความผิดแต่ละกรรม และโทษขั้นสูงที่กำหนดให้ปรับไม่เกิน 100,000 บาท ซึ่งเป็นโทษเบากว่ากฎหมายต่างประเทศ หากกระทำความผิดอาญาอื่นที่เข้าข่ายประมวลกฎหมายอาญาก็ต้องไปได้รับโทษตามที่ประมวลกฎหมายอาญากฎหมาย แต่หากกรณีที่ไม่ถึงกับเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และไม่ถึงขนาดทำให้ระบบคอมพิวเตอร์เสียหาย แต่สร้างความเดือดร้อนรำคาญ หรือทำให้เปลืองทรัพย์กรในระบบคอมพิวเตอร์มีโทษปรับสถานเดียว อีกทั้งเจตนารมณ์ในการกระทำความผิดของผู้ส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทยไม่ได้กำหนดถึงประเภทของข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งไว้ว่าเป็นการส่งเพื่ออะไร เช่น กรณีการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่

พึงประเทศที่ก่อให้เกิดความเดือนร้อนรำคาญ กับเป็นการส่งเพื่อมุ่งหวังในการโฆษณาสินค้าหรือบริการเพื่อหากำไร หากเป็นการส่งเพื่อโฆษณาสินค้าหรือบริการแล้ว ผู้กระทำความผิดอาจเห็นว่าค่าปรับตามที่กำหนดนั้นคุ้มค่าต้องการโฆษณามากกว่าการโฆษณาทางโทรทัศน์ เพราะมีต้นทุนที่ต่ำกว่า แต่สำหรับผู้ที่ส่งที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญกลับได้รับผลจากกระทำความผิดที่ไม่ต่างกับการลงทุน

ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนจึงเห็นว่าบทบัญญัติในการกำหนดโทษดังกล่าวยังไม่เหมาะสมและเพียงพอที่ลงโทษผู้กระทำความผิด และไม่สามารถยับยั้งหรือปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างจริงจังมีประสิทธิภาพ ซึ่งควรนำหลักทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดหวนไปกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างด้วย อันจะเป็นการยับยั้งและป้องกันปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

4.4 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์แก่ผู้อื่น

กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ กำหนดไว้ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งในการยกร่างกฎหมายดังกล่าวได้นำหลักการของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกามาเป็นแนวทางในการกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษ แต่ได้ตัดสิทธิของผู้รับในการที่จะรับหรือปฏิเสธออกจากขอบเขตความรับผิด คงเหลือไว้เพียงการปกปิดแหล่งที่ของข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ จึงส่งผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิของผู้รับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ส่งสามารถส่งได้โดยไม่จำกัด ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญเป็นอย่างมาก รวมทั้งก่อให้เกิดความเสียหายทางอ้อม เช่น เสียเวลาในการลบข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมา รวมทั้งเสียค่าใช้จ่ายในการเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้หากกำหนดขอบเขตความรับผิดที่ผู้ส่งจะต้องให้สิทธิผู้รับมีสิทธิที่จะรับหรือปฏิเสธข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นแล้ว จะสามารถจดปริมาณการกระทำความผิดที่เพิ่มขึ้นในอนาคต และเป็นการรับรองสิทธิส่วนบุคคลของผู้รับข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

สำหรับบทกำหนดโทษตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดให้มีโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท ซึ่งเป็นบทกำหนดโทษที่ถือว่าไม่เหมาะสมกับการกระทำความผิด เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดดังกล่าวมี

หลายสาเหตุและมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดก็แตกต่างกันออกไป ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดบทลงโทษให้มีความเหมาะสมโดยกำหนดโทษปรับเป็นรายฉบับจึงจะเหมาะสมมากกว่าหากผู้กระทำความผิดส่งจำนวนหลายฉบับก็ย่อมได้รับโทษปรับที่มากขึ้นตามไปด้วย แต่ทั้งนี้ควรมีขอบเขตในการลงโทษปรับเพื่อกำหนดโทษขึ้นสูงไม่มากจนเกินไปที่อาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในสังคม

ด้วยเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวจึงควรที่จะกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์เสียใหม่เพื่อเป็นการป้องกัน และยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าว รวมทั้งไม่เป็นการจำกัดสิทธิในการติดต่อสื่อสารที่มากจนเกินไป

บทที่ 5
บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เป็นภัยที่ไร้พรมแดนที่มาพร้อมกับระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งได้ก่อความเสียหายอย่างมากมายต่อระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าความเสียหายในระดับประเทศ ที่สร้างผลกระทบต่อการปกครอง เศรษฐกิจ สังคม และ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือ ความเสียหายต่อปัจเจกชน ที่ได้รับผลกระทบจากภัยทั้งสามไม่ว่าต่อระบบคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา การละเมิดสิทธิส่วนตัว การสูญเสียทรัพยากรในการเข้าจัดการ และสูญเสียความไว้วางใจจากองค์กรธุรกิจอื่น ตลอดจนทำให้การทำงานขององค์กรเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดการปัญหาจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)เพื่อสร้างความมั่นคงให้เกิดขึ้นกับระบบคอมพิวเตอร์

ปัญหาจากการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)สร้างความเสียหายต่อประชาชน และสังคมการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศ ทำให้การใช้ระบบคอมพิวเตอร์ภายในประเทศไม่มีความปลอดภัย ดังนั้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ภาครัฐจึงได้เข้ามาช่วยเหลือ จัดการ และ ปราบปรามภัยที่เกิดขึ้น โดยภาครัฐได้มีการดำเนินมาตรการเพื่อสร้างความมั่นคงให้กับระบบคอมพิวเตอร์ในสองลักษณะ คือ การปราบปรามผู้กระทำความผิด และ การสร้างความเข้มแข็งให้เกิดขึ้นกับระบบคอมพิวเตอร์ในสังคม โดยการดำเนินมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดนั้น ภาครัฐได้มุ่งเน้นไปที่มาตรการทางกฎหมายทั้งทางการดำเนินคดีทางอาญา การดำเนินคดีทางแพ่ง และ การดำเนินคดีตามกฎหมายพิเศษ เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันไม่สามารถกระทำได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมาย ไม่ว่าการกำหนดองค์ประกอบความผิดความผิด หรือกระบวนการดำเนินคดี โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่มีปัญหาไม่สามารถนำบทบัญญัติที่มีอยู่มาปรับใช้กับความผิดเกี่ยวกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)ได้ เช่น ความผิดฐานบุกรุกจะต้องเป็นการบุกรุกทางกายภาพเท่านั้น ไม่รวมถึงการเจาะระบบคอมพิวเตอร์ หรือ ความหมายของคำว่า “ทรัพย์” ที่ต้องเป็นทรัพย์ที่มีรูปร่างเท่านั้น ทำให้ข้อมูลและซอฟท์แวร์ที่อยู่รูปดิจิตอล

ไม่ใช่ทรัพย์ตามกฎหมาย เป็นต้น ส่วนการดำเนินคดีทางแพ่ง แม้สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail)ได้ แต่การดำเนินคดีนั้นมีอุปสรรค เช่น ไม่สามารถระบุตัวผู้กระทำความผิด หรือ พิสูจน์ทราบถึงความผิดของจำเลย ซึ่งเป็นสิ่งที่ยากลำบากในการสืบสวนถึงคอมพิวเตอร์ต้นเหตุและแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย หรือ การดำเนินคดีตามกฎหมายอื่น ไม่ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า และ กฎหมายความลับทางการค้า จะต้องขึ้นอยู่กับเนื้อหาของการกระทำความผิดว่าเป็นส่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่

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

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

5.2 ข้อเสนอแนะ

ข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นรูปแบบการสื่อสารที่ใช้งานกันอย่างแพร่หลายทั่วโลก ผู้ใช้งานส่วนใหญ่ใช้อีเมล์เพื่อการส่งข้อมูลสำคัญที่ไม่อยากให้บุคคลอื่นล่วงรู้ สิ่งสำคัญอย่างหนึ่งที่ผู้ใช้งานอีเมล์ควรทราบนั่นก็คือ อีเมล์ไม่ได้เป็นรูปแบบการติดต่อสื่อสารที่ปลอดภัย ดังนั้นผู้ใช้งานจึงควรศึกษาวิธีการต่างๆที่เป็นที่นิยมใช้ในการหลอกลวงผ่านทางอีเมล์และหนทาง

แก้ปัญหาเพื่อปกป้องอีเมล์ของตนเองต่อภัยคุกคามที่อาจเกิดขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อตนเองและทรัพย์สินขึ้นในอนาคต ยกตัวอย่างเช่น ไม่เปิดไฟล์ที่แนบมากับอีเมล์ที่ผู้ใช้ไม่รู้จักผู้ส่ง ไม่หลงเชื่อกรอกข้อมูลส่วนตัวหรือรหัสบัตรเครดิตบนอีเมล์ปลอม ไม่เขียนข้อความสำคัญลงบนต้นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) เพราะอาจถูกผู้ไม่หวังดีดักจับหรือแอบอ่านระหว่างทางได้ เป็นต้น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) เป็นรูปแบบการสื่อสารที่เก่าแก่ที่สุดบนอินเทอร์เน็ต ด้วยจุดประสงค์ที่หลากหลาย ทั้งติดต่อสื่อสาร หรือการส่งข้อความแบบส่วนตัว การส่งไฟล์ การประกาศหรือประชาสัมพันธ์ทางธุรกิจ เป็นต้น จากที่ได้ศึกษามาทั้งหมดถึงการจัดการปัญหาการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการจัดการปัญหาดังนี้

5.2.1 ในการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) โดยผู้ส่งจะมีวัตถุประสงค์ใดก็ตาม เป็นอำนาจและสิทธิของผู้ส่งแต่อย่างไรก็ดีการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ต้องไม่ไปกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้รับ ในการรองรับและคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ควรนำหลักในการเลือกที่จะปฏิเสธ (Opt-out) ผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะต้องระบุถึงโอกาสที่ผู้รับจะสามารถปฏิเสธที่จะรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อย่างชัดเจนและเห็นได้ง่าย อีกทั้งต้องระบุที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้ส่งในเนื้อความของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) ด้วย ดังนั้นจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมความใน มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 “**ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยปกติสุขโดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้**” เพื่อเป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของบุคคลในการปฏิเสธข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

5.2.2 ควรมีการเพิ่มมาตรการทางด้านกฎหมายนอกจากการปกปิดแหล่งที่มาของข้อมูลและยังรวม การปิดบังของข้อมูลเกี่ยวกับหัวจดหมายทำให้ความสามารถของการประมวลผลด้านข้อความในการเข้าใช้บริการทางอินเทอร์เน็ตของผู้รับเสียหาย หรือการกล่าวหาบุคคลกระทำผิดการบังคับตามกฎหมายของหน่วยงานในการระบุ กำหนดหรือโต้ตอบผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือเพื่อการสอบสวนการกระทำความผิด หรือการตอบสนองผู้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งเป็นมาตรการการป้องกันที่เพิ่มมากขึ้นและเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์ (spam mail) เสนอให้เพิ่มความในวรรคสองใน มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ว่า “**ในการส่ง**

ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ตามวรรคหนึ่งห้ามมิให้แสดงชื่อจดหมายที่เป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของข้อมูลนั้น" เพื่อเป็นการขจัดปัญหาในการหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของเนื้อหา ซึ่งอาจเป็นการมูลเหตุในการกระทำความผิดอาญาฐานอื่นๆด้วย

5.2.3 การกำหนดบทลงโทษความผิดเกี่ยวกับการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดเพียงโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท ไว้เพียงสถานเดียว เพื่อเป็นการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดหวนไปกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่าง และเป็นการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีอีกด้วย ตามทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) โดยจากเดิมที่กำหนดให้มีโทษปรับไว้ไม่เกิน 100,000 บาท ควรกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมต่อพฤติการณ์และเจตนาในการกระทำความผิด เนื่องจากการส่งข้อมูลหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่พึงประสงค์นั้นเหตุแห่งการส่งมีความแตกต่างกันออกไปการกำหนดโทษควรกำหนดให้มีขั้นต่ำและขั้นสูงของการกำหนดค่าปรับ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ อีกทั้งควรกำหนดให้เป็นการปรับการส่งเป็นรายฉบับตามที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดเพื่อความเหมาะสมในการลงโทษกับลักษณะของการกระทำความผิด ดังนั้น เห็นควรกำหนดอัตราโทษของมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยนำแนวทางการกำหนดโทษปรับของต่างประเทศมาเป็นแนวทาง ซึ่งเห็นว่าควรกำหนดโทษในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นค่าปรับรายฉบับดังนี้ "**ต้องระวางโทษปรับข้อความเป็นรายฉบับ โดยปรับฉบับละหนึ่งพันบาท แต่ไม่เกินหนึ่งล้านบาท**"

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2557). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6) (แก้ไขเพิ่มเติม).

จิตติ ติงศภัทิย์. (2503). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2*. กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา.

_____. (2523). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 234 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : โครงการตำรา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บัญญัติ สุชีวะ. (2545). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : จิรรัชการพิมพ์.

เพ็ง เพ็งนิติ. (2545). *รวมคำบรรยายภาค 1 สมัยที่ 55 เล่มที่ 5*, กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา.

ไพจิตร ปุณณพันธ์. (2546). *คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร.

ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ. (2553). *คำอธิบาย พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550*. กรุงเทพฯ.

ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมทย์. (2479). *กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด*. *มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง*. กรุงเทพฯ.

วิชา มหาคุณ. (2523). *หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา*. กรุงเทพฯ:นิติบรรณาการ.

อัจฉรัยา ชูตินันทน์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

บทความ

จิตติ ติงศภัทิย์. (2543). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*. กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา.

นคร บริพนธ์มงคล. (2547, มกราคม-กุมภาพันธ์). *สแปมเมล์ หรือ อีเมล์ขยะ*. จดหมายข่าวสำนักคอมพิวเตอร์, ปี 8(1).

ประธาน วัฒนวานิชย์. (2541). *การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา*, บทบัณฑิตย์ นิตยสารเนติบัณฑิตยสภา, เล่มที่ 54 ตอน 4.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2532). *อำนาจความชอบธรรมและขอบเขตของรัฐในการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน* . วารสารนิติศาสตร์.

พลอย เจริญสม. (2555). *การฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ตและการระงับข้อพิพาททางออนไลน์*, สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน).

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทวณิช. (2546). *รายงานการวิจัยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ เสนอต่อศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย*. กรุงเทพฯ : ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อนันต์ จันทรโอภากร. (2531). *โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด. หนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์*. กรุงเทพฯ : พี .เค. พริ้นติ้งเฮ้าส์.

สถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม. (2533). ระบบและคอมพิวเตอร์แห่งชาติ. *แนวทางการจัดทำกฎหมายอาญาทางคอมพิวเตอร์* (รายงานผลการวิจัย).

อรรยา สิงห์สงบ. (ม.ป.ป.). *ความพยายามทางกฎหมายกับการแก้ไขปัญหาจดหมายอิเลคทรอนิกส์ขยะ (Spam Mail)*.

วิทยานิพนธ์

ชญาณ์พิมพ์ บัวดิษฐ์เดชา. (2551). *ความรับผิดทางอาญาของผู้คุกคามผู้อื่นโดยอินเทอร์เน็ต* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พรทิพย์ ตัณฑวนันท์. (2548). *อาชญากรรมเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุภา พงศ์หล่อพิศิษฎ์. (2552). *มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ มหาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

องอาจ เทียนหิรัญ. (2548). *อาชญากรรมคอมพิวเตอร์: การกำหนดฐานความรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำต่อคอมพิวเตอร์* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทย. สืบค้นวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2556, จาก http://www.no-poor.com/ inttotocomandcomapp/rule.html.

ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์. สืบค้นวันที่ 10 มีนาคม 2557, จาก http://www.school.net/information-technology/

สแปม หรือแสปมเมล์(spam mail) คืออะไร. สืบค้นวันที่ 10 มีนาคม 2257, จาก http://www.thaiall.com/article/spam.htm

เอกสารอื่น

ฉันทพิมพ์ บรรจงจิตร์, ปกรณ์ ยิ่งวรการ. (2548). *เรื่อง กฎหมายป้องกันสแปมเมลล์ของสหรัฐอเมริกา* (รายงานผลการวิจัย). สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา การสัมมนาเชิงปฏิบัติการ. (2549). *เรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนของประเทศสมาชิกภายใต้รัฐธรรมนูญยุโรปและหลักการและแนวทางการสร้างพลวัติในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

สำนักพัฒนานโยบายและแผนการประชาสัมพันธ์ ส่วนประเมินผล. (2555) . *แนวคิดทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการประชาสัมพันธ์และการสื่อสารมวลชน*.

สาขารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. (2545). *การศึกษาวิจัยและพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล*. กรุงเทพฯ.

คุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ. (2546). สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ กรุงเทพฯ.

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

John X Kelly. (2002). *Cybercrime-High Tech crime*.

Lotta Wikman & Susanne Barlin. (2002). *International Aspects of Spam and the Problem of Internet Jurisdiction*.

Peter Stephenson. (2000). *Investigating Computer-Related Crime: Handbook for Corporate Investigators*.

Serge gauthronet & E'tienne Drouard. (2001). *Unsolicited Commercial Communications and Data Protection: Commission of the European Communities*. Summary of Study Fidings.

Sebastian Heim. (2006). *Protection of Competitors, Consumers and the General Public-The new German Act Against Unfair Competition*.

Rauer L. Meyer & Heather Stewart. (2008). *Effect of the CAN-SPAM ACT on E-MAIL Marketing.*

The Parliament of the Commonwealth of Australia. (2003). SPAM BILL 2003 Explanatory Memorandum.

ELETRONIC SOURCES

Computer Crime and Compromised Commerce, Research. (2005, December). Retrieved October 16. 2013, from http://www.aph.gov.au/library/pubs/rn/2003-04/04rn06.htm

Spam Bill 2003 (Bill Digest, no.45,2003-04). Retrieved October 16. 2013, from http://www.aphgov.au/pubs/bd/2003-04/04bd045.htm

LAWS

CAN SPAM Act 2003.

Spam Act 2003.

The Privacy and Electronic Communications Regulations 2003.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	กฤษฎา อ้อยพันธุ์ดี
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2549 สำเร็จการศึกษาระดับนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยพายัพ
ตำแหน่งและสถานที่ทำงาน	นิติกรปฏิบัติการ ส่วนพัฒนากฎหมาย สำนักกฎหมาย สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย

DPU