

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว : ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยธุรกิจขายตรง*

ผศ. คณาธิป ทองรวีวงศ์**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบัน ธุรกิจขายตรงได้ใช้วิธีการต่างๆ ในการติดต่อลูกค้าเป้าหมาย เช่น การโทรศัพท์ การส่งข้อความสั้น การใช้ช่องทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการรบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่ได้รับการติดต่อซึ่งมิได้คาดหมายและยินยอมในการติดต่อเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาระบบกฎหมายไทยปัจจุบันในการปรับใช้เพื่อการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกรบกวนจากการขายตรง โดยผู้วิจัยใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพในการวิเคราะห์เนื้อหาพร้อมทั้งปัญหาการปรับใช้กฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ผลการวิจัยได้พิสูจน์สมมติฐานของการวิจัยโดยชี้ให้เห็นว่า ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกรบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการขายตรงไว้เป็นการเฉพาะ ถึงแม้ว่ามีกฎหมายหลายฉบับอันอาจนำมาปรับใช้เพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกรบกวนจากการขายตรงได้ แต่งานวิจัยฉบับนี้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาในแง่เนื้อหา องค์ประกอบ และขอบเขต ของกฎหมายดังกล่าว งานวิจัยฉบับนี้ได้มีข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกรบกวนจากการขายตรง

Abstract

Recently, direct sale business applies several methods including phone call, Short Message Service (SMS), internet, to approach prospective customers. These methods are considered as invasion of privacy of the contacted person. Hence, the research project aims to study the application of related Thai law to the case of violation of privacy by direct sale. Thus, this research is qualitative and information is collected by analysis of documents. The findings of this research have proved the hypothesis by indicating that there are no specific laws in recent Thai legal system to protect the “right not to be contacted by direct sale without expectation and consent”. Although there are currently various laws which can be applied to protect such right, this research indicates that the problems of content, element, and scope of such laws make them inappropriate to be applied to the protect the privacy in case of invasion by direct sale. Consequently, this research proposes suggestions such as enacting a specific laws and amending the existing laws in order to protect the right of privacy in case of invasion by direct sale.

* บทความนี้เป็นการสังเคราะห์ข้อมูลจากรายงานการวิจัยเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว : ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยธุรกิจขายตรง” ซึ่งผู้เขียนได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น

** รองคณบดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, kanathip@yahoo.com

1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน การดำเนินกิจกรรมของธุรกิจขายตรง(Direct Sale or Direct Marketing) นั้น ได้มีความพยายามเข้าถึงลูกค้าเป้าหมายโดยอาศัยช่องทางต่างๆ การติดต่อเช่นนี้มีมากขึ้นโดยที่ผู้รับการติดต่อมิได้เชื้อเชิญ(Unsolicited) ซึ่งก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ และเป็นการกระทบสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (right to privacy) ของบุคคลอื่น

การรบกวนความเป็นส่วนตัวจากธุรกิจขายตรง อาจแยกพิจารณาตามลักษณะช่องทางการติดต่อได้ดังนี้ (1) ช่องทาง ข้อความสั้น (Short Message Service หรือ SMS) ข้อความสั้นเพื่อชักชวนให้ สมัครเล่นเกมส์ ชิงโชค หรือดาวน์โหลดบริการต่างๆ (2) ช่องทาง โทรศัพท์ กล่าวคือ ทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ และ โทรศัพท์พื้นฐาน ซึ่งในกรณีนี้อาจแยกพิจารณาว่า เป็นการ โทรเข้ามาโดยใช้ระบบ โทรศัพท์อัตโนมัติ หรือเป็นกรณี โทรเข้ามาด้วยตัวของพนักงานขายเอง การโทรศัพท์เพื่อการขายตรงโดยผู้รับมิได้คาดหวังและยินยอมนั้น อาจเรียกว่า “Cold Calling” หรือ “Unsolicited calling” (3) ช่องทางอินเทอร์เน็ต เช่น การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Email) การโพสต์ข้อความในเว็บไซต์ต่างๆ รวมทั้งเว็บไซต์เครือข่ายสังคม (Social Networking website) (4) ช่องทางเข้าพบด้วยตัวบุคคล โดยพนักงานขายเข้าพบตัวลูกค้าเป้าหมายเอง

ประเภทสินค้าและบริการที่ทำการขายตรงในช่องทางต่างๆดังกล่าว นั้น มีหลายประเภท เช่น (1) สินค้าทางการเงิน (Financial products) เช่น ประกันชีวิต วงเงินกู้ บัตรเครดิต บัตรเบิกถอนเงินสดล่วงหน้า (2) สินค้าเกี่ยวกับบริการท่องเที่ยวและด้านการบันเทิง เช่น บัตรสมาชิกโรงแรม สมาชิกสถานออกกำลังกาย การชักชวนให้ดาวน์โหลดบริการด้านการบันเทิงต่างๆ เช่น ไม้หอย ดูดวง เพลงรอสาย เป็นต้น (3) บริการเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร เช่น ชักชวนให้สมัครรับบริการแจ้งข่าวสารต่างๆทางโทรศัพท์เคลื่อนที่

แม้ว่าบุคคลที่ถูกชักชวนนั้น สามารถปฏิเสธ ตัดสาย หรือลบข้อความดังกล่าวได้ แต่การเข้าถึงด้วยช่องทางต่างๆดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดความรบกวนความเป็นส่วนตัว บุคคลผู้ได้รับผลกระทบมักจะเสียเวลาที่จะต้องตอบปฏิเสธ การติดต่อเข้ามาบ่อยครั้งมักเกิดขึ้นในเวลาทำงาน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการทำงานและการประกอบธุรกิจของบุคคลผู้ได้รับการติดต่อ ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงประสงค์ทำการศึกษาว่า ในระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น สามารถคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกรบกวนจากการขายตรงดังกล่าวได้หรือไม่ เพียงใด โดยได้ตั้งสมมุติฐานการวิจัยว่า “ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการขายตรงไว้เป็นการเฉพาะ การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกรบกวนจากการขายตรงนั้น กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายลักษณะต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองตามระบบกฎหมายไทยเท่าที่เป็นอยู่ มีปัญหาหลายประการ ทั้งในแง่ขอบเขตและ องค์ประกอบ” ดังนั้นงานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาปัญหาดังกล่าวโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขพัฒนากฎหมายไทยต่อไป

2 วัตถุประสงค์การวิจัย

- 1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีของ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่จะไม่ถูกรบกวนจากการขายตรง” ตลอดจนศึกษาระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ปัจจุบันในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว
- 2 เพื่อศึกษาปัญหาในการนำกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้ในการคุ้มครองผู้ถูกรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการขายตรง รวมทั้งศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง อันจะนำมาสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย และเสนอแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่อไป

3 กรอบแนวคิดในการวิจัย

งานวิจัยนี้ได้ทบทวนวรรณกรรมเพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) อันเป็นที่มาของสิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนจากการขายตรง ผลการทบทวนวรรณกรรมสรุปได้ว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) สามารถพิจารณาได้จากหลายบริบท กล่าวคือ ในบริบททางปรัชญานั้นพิจารณาที่มาแห่งสิทธิของมนุษย์ทั้งหลายโดยแนวคิดตามธรรมชาติ (Idea of Nature) เพราะธรรมชาติเป็นผู้กำหนดระเบียบอันถูกต้องแห่งจักรวาล (Nature Described the Property of the Universe) (Minogue, 1978) ดังนั้น สิทธิของมนุษย์ทุกคนจึงได้รับการอ้างอิงว่า สิทธิธรรมชาติ (Natural rights) ในสมัยโรมันนั้น มีแนวคิดที่ยอมรับว่าบุคคลแต่ละคนมีเขตแดนของตนเอง ซึ่งในเขตแดนดังกล่าวนี้ถือเป็นเขตเฉพาะตัวของปัจเจกบุคคลแต่ละคนซึ่งปราศจากการสอดเข้ามาเกี่ยวข้องของบุคคลอื่นๆ ในสังคมนั้น (Wacks, 1989) ในบริบททางศาสนานั้น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล เริ่มพัฒนามาจากการมุ่งเน้นไปที่ สิทธิที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย เช่น การนำไปไม่มีมาประคิฐเป็นที่ปิดบังส่วนของร่างกายที่ไม่ต้องการให้คนอื่นได้เห็น (Decew, 1997) ในบริบททางการเมืองนั้น แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในระยะแรก สืบเนื่องมาจากแนวคิดเกี่ยวกับ สักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ใช้อ้างอิงต่อรัฐ นักคิดผู้มีชื่อเสียงด้านการเมืองปกครองหลายคน ได้เสนอแนวคิดว่า รัฐบาลโดยชอบนั้น จะต้องได้รับอำนาจการปกครองมาจากผู้ได้ปกครอง (Orwin and Pange, 1984) เมื่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นสิทธิที่ติดตัวคนมาตั้งแต่กำเนิด จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชน (Human Right) ที่เป็นสิทธิที่มีอยู่ในทุกคนอันเนื่องมาจากการที่เขาเป็นมนุษย์ ไม่ต้องทำอะไรทั้งสิ้นเพื่อให้ได้มา ขอเพียงได้เกิดเป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิมนุษยชน (Donnelly, 1982) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว มีลักษณะพลวัต (Dynamic) กล่าวคือสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสังคม วัฒนธรรม ด้วยเหตุนี้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อาจแยกย่อยออกมาเป็นสิทธิต่างๆ ได้อีกหลายประการตามบริบทต่างๆ เช่น สิทธิในการดำเนินชีวิตและกำหนดความเป็นตัวตนของตนเอง (Self-determination) สิทธิในการติดต่อสื่อสารกับผู้อื่น สิทธิที่จะสมรสหรือสร้างครอบครัว สิทธิที่จะทำแท้ง สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะเลือกศาสนาและการเมือง เป็นต้น (Hayden, Hendricks, and Novice, 1990) ดังนั้นเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปย่อมเกิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวชนิดใหม่ๆ ขึ้นมาได้ ดังเช่น สังคมที่มีการพัฒนาความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศและการถ่ายภาพ เกิดมีการเรียกร้องสิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม (คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2552) ในสภาพสังคมปัจจุบันที่การแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นโดยอาศัยช่องทางสื่อสารต่างๆ จึงเกิดการเรียกร้องสิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนจากการขายตรงโดยมิได้คาดหมายและยินยอมขึ้น ในฐานะส่วนหนึ่งของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

4 วิธีการดำเนินการวิจัย (Research Methodology)

โดยที่การวิจัยนี้เป็นการศึกษาที่มุ่งเน้นการศึกษาคุณภาพ การตีความและปรับใช้กฎหมาย ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย จึงเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการศึกษาข้อมูลเอกสาร (Documentary Research) จากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาศาลฎีกา คดีที่เกิดขึ้นและบทความวิชาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาประมวลผลและวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) นอกจากนี้ การวิจัยนี้จะทำการวิจัยกฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative analysis) โดยนำกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบกับกรณีของไทยด้วย

5 ผลการวิจัย

1 ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการขายตรง ไว้เป็นการเฉพาะ จากการวิจัยเชิงเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้ว พบว่า ประเทศต่างๆ เช่น สหรัฐอเมริกาได้นำหลักที่สำคัญต่างๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้บริโภคจากการขายตรงทางโทรศัพท์ มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น หลักให้สิทธิผู้ได้รับการติดต่อสามารถแสดงความประสงค์ว่าจะไม่รับการติดต่อในอนาคตออกไป (“Opt-out”) หลักการคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับการติดต่อในเชิงป้องกัน กล่าวคือ ได้มีการนำระบบการขึ้นทะเบียนหมายเลขโทรศัพท์ที่ไม่ประสงค์รับการติดต่อ (Do-not-call register) ทั้งนี้ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคจากการขายตรงทางโทรศัพท์ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายสหรัฐ (United States Code หรือ USC) มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการรบกวนทางโทรศัพท์ที่อยู่ในหลายส่วน กล่าวคือ ในส่วนที่ว่าด้วย โทรเลข โทรศัพท์ และวิทยุโทรเลข มาตรา 227 และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในส่วนที่ว่าด้วยการตลาดทางไกล มาตรา 6102 สำหรับประมวลกฎหมายสหรัฐมาตรา 227 ในบรรพที่ 47 นั้นเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการเพิ่มเติมเข้ามาในปี 1991 เมื่อสภาองเกรสของสหรัฐผ่านกฎหมายที่เรียกว่า “Telephone Consumer Protection Act หรือ TCPA” นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังปรากฏใน ประมวลกฎเกณฑ์สหรัฐ (Code of Federal Regulations หรือ CFR) ในบรรพที่ 47 ส่วนที่ 64 (Part 64) ว่าด้วยข้อจำกัดเกี่ยวกับการตลาดทางไกล การเรียกร่องทางโทรศัพท์ และการโฆษณาทางโทรสาร

2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวอย่างต่อเนื่อง จนถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” ไว้ในวรรคแรก และบัญญัติการคุ้มครองชื่อเสียงในวรรคสอง ตลอดจนบัญญัติถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในวรรคสาม จึงเห็นได้ว่า “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” ตามวรรคแรกนั้นมีได้จำกัดอยู่เฉพาะสิทธิเกี่ยวกับชื่อเสียงและข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิดังกล่าว ดังนั้น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลที่จะไม่ถูกติดต่อโดยมิได้เรียกร่องเพื่อการขายตรงก็สามารถจัดอยู่ในความหมายของ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” ตามวรรคแรกได้เช่นกัน

สำหรับประเด็นที่ว่า การที่ผู้ทำการติดต่อเพื่อการขายตรง จะอ้างเสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย” นั้น มาตราดังกล่าวไม่รับรองเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารโดยทางที่มิชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ การติดต่อสื่อสารเพื่อการขายตรงโดยผู้รับมิได้เรียกร่อง (Unsolicited contact) อันเป็นการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว จึงมิใช่การติดต่อสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 36 ดังกล่าว อย่างไรก็ตามแม้ว่าสิทธิที่จะไม่ถูกติดต่อโดยมิได้เรียกร่องนั้นจะจัดว่าเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ยังไม่มีความหมายลำดับรองที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นการเฉพาะ การคุ้มครองในปัจจุบันจะจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับ

3 สำหรับการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญานั้น งานวิจัยนี้พบว่าหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะพบว่า ไม่มีฐานความผิดที่บัญญัติถึง การติดต่อโดยมิได้เรียกร้องเพื่อการขายตรง ไว้เป็นฐานความผิดเฉพาะ แต่มีฐานความผิดที่พอจะนำมาปรับใช้ได้หลายมาตรา เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานบุกรุก ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดลหุโทษเช่นมาตรา 397 มาตรา 392 เป็นต้น

อย่างไรก็ตามผลการวิจัยชี้ให้เห็นว่าการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้รับการติดต่อโดยมิได้เรียกร้องนั้นยังมีปัญหาอยู่อีกหลายประการ กล่าวคือ หากการกระทำนั้นมิได้มีเจตนาฉ้อโกง เพียงแค่เป็นการติดต่อเพื่อการขายตรงอันผู้รับการติดต่อมิได้เรียกร้องซึ่งเป็นการรบกวนความเป็นส่วนตัวเท่านั้น เช่น การโทรศัพท์โดยมิได้เรียกร้อง การส่งข้อความหรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง ดังนั้นไม่อยู่ในขอบเขตองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกง สำหรับการปรับใช้ความผิดอาญาฐานบุกรุกนั้น งานวิจัยนี้พบว่า พฤติกรรมการขายตรงที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานบุกรุก จะต้องเกี่ยวกับการขายตรงด้วยตัวบุคคล โดยมีการกระทำทางกายภาพโดยการเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจปรับใช้ความผิดมาตรานี้ กับพฤติกรรมการโทรศัพท์ติดต่อเพื่อขายตรงโดยผู้รับมิได้เรียกร้อง การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง หรือการติดต่อทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม เนื่องจากไม่มีการเข้าไป ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น

4 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะพบว่า บุคคลที่ถูกรบกวนสิทธิโดยการขายตรงนั้น ไม่อาจเรียกร้องในทางสัญญาใดๆกับผู้ทำการรบกวนได้ เนื่องจากในขั้นตอนของการติดต่อนั้นยังมิได้เกิดสัญญาขึ้น จึงต้องพิจารณากฎหมายลักษณะละเมิดตามมาตรา 420 อย่างไรก็ตามงานวิจัยนี้พบว่า แม้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกรบกวนด้วยการติดต่อโดยมิได้เรียกร้อง จะจัดเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ได้ แต่ปัญหาประการต่อไปก็คือ ภาระพิสูจน์ถึงความเสียหายของผู้ถูกรบกวน ซึ่งมักจะมีลักษณะเป็นนามธรรมอันเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ว่าตนเสียหายอย่างไรในความเดือดร้อนรำคาญที่เกิดจากการติดต่อขายตรงนั้น ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยไม่ได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษ (Punitive damages) หรือค่าสินไหมทดแทนที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นจำนวนแน่นอนสำหรับการรบกวนจากการติดต่อดังเช่นกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

5 แม้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 จะเป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับธุรกิจขายตรงก็ตาม แต่จากการพิจารณาหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่า ในกรณีการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น กฎหมายมุ่งเน้นที่การคุ้มครองในขั้นตอนหลังจากเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าหรือบริการแล้ว ดังจะเห็นได้จากหลักการเลิกสัญญา การคืนสินค้า มิได้มีหลักการที่มุ่งคุ้มครองในขั้นตอนของการติดต่อโดยมิได้เรียกร้องอย่างเหมาะสมและเพียงพอ กล่าวคือ แม้ว่ามาตรา 26 ของกฎหมายฉบับนี้จะวางหลักการเกี่ยวกับลักษณะหรือวิธีการติดต่อเพื่อการขายตรง แต่จากการพิจารณาองค์ประกอบของมาตรา 26 จะเห็นได้ว่า มาตรานี้มีจุดมุ่งหมายควบคุมการติดต่อในลักษณะของการเข้าหาด้วยตัวบุคคลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ การติดต่อในลักษณะของการเข้าไปทางกายภาพ (Physical entrance) จึงไม่รวมถึงการติดต่อเพื่อการขายตรงทางช่องทางอื่น เช่น โทรศัพท์ ข้อความอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

6 ปัญหาสำคัญของการปรับใช้ พระราชกำหนดการคุ้มครองเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกรบกวนจากการติดต่อโดยมิได้เรียกร้องเพื่อการขายตรงก็คือ กรณีการติดต่อเพื่อชักชวนเข้าร่วมเครือข่าย ซึ่งไม่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 4 และมาตรา 5 เช่น การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ให้ร่วมเป็นเครือข่ายในการขายตรงอาหารเสริม ซึ่งจดหมายดังกล่าวถูกส่งไปยังผู้รับจำนวนมาก นอกจากนี้การส่งจดหมายดังกล่าวโดยผู้รับมิได้เรียกร้องก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้ได้รับ อีกทั้งยังสร้างภาระในการคัดกรอง สบจดหมาย อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงของการชักชวนนั้นปรากฏว่า ผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้สนใจเข้าร่วมจะได้รับนั้น ขึ้นอยู่กับการขายอาหารเสริม โดยมีตัว

ผลิตภัณฑ์จริง กรณีนี้ไม่อาจปรับใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ได้เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นแชร์ลูกโซ่หรือลักษณะที่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 4 และมาตรา 5

7 ในกรณีการติดต่อเพื่อชักชวนให้เข้าร่วมเครือข่ายของแผนการขายตรงแบบหลายชั้น (Multi Level Marketing หรือ MLM) รวมทั้งการติดต่อชักชวนให้เข้าร่วมเครือข่ายของแผนการจ่ายค่าตอบแทนแบบพีระมิด (Pyramid scheme) นั้น หากพิจารณา ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ได้รับการติดต่อโดยมิได้เรียกร้อง ซึ่งกระทำโดยบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับแผนการจ่ายผลตอบแทนแบบพีระมิด และ แผนการขายตรงแบบหลายชั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้อง มิได้วางหลักคุ้มครองในประเด็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในขั้นตอนของการติดต่อรบกวน เช่น การโทรศัพท์ การส่งจดหมายหรือข้อความอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้รับซึ่งมิได้เรียกร้อง เนื่องจากไม่ได้กำหนดองค์ประกอบของการติดต่อโดยมิได้รับทวนไว้เป็นความผิด จึงเห็นได้ว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องมุ่งเน้นที่การคุ้มครองผู้บริโภคจากการถูกล่อลวง มากกว่าการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

8 สำหรับปัญหาการปรับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้บริโภคที่ถูกรบกวนจากการติดต่อขายตรงโดยมิได้เรียกร้องนั้น พบว่า แม้มาตรา 23 ของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติห้ามการโฆษณาด้วยวิธีการอันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค แต่ปัญหาอยู่ที่การตีความว่าการติดต่อโดยมิได้เรียกร้องนั้น เป็นการโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้บริโภคหรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 23 นี้เพื่อกำหนดความชัดเจนว่า การกระทำใดที่ถือว่าเป็นการโฆษณาที่สร้างความเดือดร้อนรำคาญ

9 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อาจนำมาปรับใช้ในกรณีการขายตรงทางระบบอินเทอร์เน็ต เช่น การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อชักชวนให้เข้าร่วมเครือข่ายการขายตรง การส่งข้อความชักชวนให้เข้าร่วมเครือข่ายขายตรงไปทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม (Social Networking website) ต่างๆ อย่างไรก็ตาม งานวิจัยนี้พบว่ากฎหมายฉบับนี้ยังมีช่องว่างและปัญหาการปรับใช้อีกหลายประการ เช่น การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อชักชวนให้เข้าร่วมเครือข่ายธุรกิจขายตรงอันเป็นการรบกวนระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น (Spamming) นั้นมีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายฉบับนี้หลายประการ เช่น ไม่มีการนิยามความหมายของ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง (Unsolicited electronic mail) เอาไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้งานวิจัยพบว่า มาตรา 11 ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับ “จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง” ซึ่งมุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้รับ กล่าวคือ ไม่ได้นำการ “ติดต่อโดยมิได้เรียกร้อง” มาเป็นองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนในการพิจารณาว่า การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ปริมาณเท่าใดจึงถือเป็นการ “รบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยปกติสุข” อีกด้วย

6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผลการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพจากกฎหมายไทยและต่างประเทศ แสดงถึงปัญหาของมาตรการทางกฎหมายต่างๆของไทยที่มีผลบังคับอยู่ ทั้งในแง่ เนื้อหา ขอบเขต และปัญหาอื่นๆ ในการปรับใช้สำหรับการคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับการติดต่อโดยมิได้เรียกร้องเพื่อการขายตรง ซึ่งเป็นการพิสูจน์สมมุติฐานของงานวิจัยที่ว่า ในปัจจุบันมาตรการทาง

กฎหมายไทยที่มีอยู่ไม่เหมาะสมและเพียงพอในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ได้รับการติดต่อโดยมิได้
เรียกร้องเพื่อการขายตรง

จากผลการวิจัยที่ชี้ให้เห็นความไม่เหมาะสมและเพียงพอของกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบันสำหรับการนำมา
ปรับใช้ในการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคจากการขายตรงนั้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในระดับของการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย
ดังนี้

1 บัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการขายตรง
โดยเทียบเคียงจากกฎหมายของต่างประเทศ โดยอาจแยกกำหนดหลักการเกี่ยวกับการติดต่อเพื่อการขายตรงในช่องทาง
ต่างๆ ดังนี้

1.1 การติดต่อทางโทรศัพท์ และ โทรศัพท์เคลื่อนที่

เนื่องจากการติดต่อวิธีนี้ ก่อให้เกิดการรบกวนความเป็นส่วนตัวแก่ผู้รับการติดต่อ โดยเฉพาะการติดต่อมายัง
โทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งผู้รับการติดต่อพกพาไปยังสถานที่ต่างๆด้วย จึงเสนอให้ออกกฎหมายโดยใช้ระบบ “Opt-in” ซึ่งทำให้
ผู้ติดต่อจะต้องได้รับความยินยอมก่อนจึงจะสามารถติดต่อได้ ผู้วิจัยเสนอให้กำหนดองค์ประกอบของกฎหมายดังนี้

ห้ามการโทรศัพท์ เพื่อวัตถุประสงค์ของขายตรงสินค้าหรือบริการ ในกรณี (1) หรือ (2) ต่อไปนี้

- (1) โทรศัพท์ไปถึงบุคคลใด เว้นแต่ บุคคลนั้น ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนแล้ว
- (2) โทรศัพท์ไปยัง หมายเลขที่ขึ้นทะเบียนไม่ประสงค์รับการติดต่อ

1.2 การติดต่อโดยใช้ระบบโทรศัพท์อัตโนมัติ

การใช้ระบบโทรศัพท์อัตโนมัติ มีลักษณะเป็นการติดต่อเชิงรุกที่ค่อนข้างรุนแรง เนื่องจากการเสนอขาย
สินค้าหรือบริการโดยใช้เสียงบันทึก อีกทั้งแม้ผู้รับวางสายไปแล้ว แต่การโทรศัพท์อัตโนมัตินั้นอาจทำให้สายของผู้รับไม่
ว่างไปอีกระยะหนึ่ง ซึ่งส่งผลกระทบต่อสื่อสารของผู้รับ ดังนั้น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมโทรศัพท์อัตโนมัติ
และโทรสาร จึงมีลักษณะที่เข้มงวด กล่าวคือใช้ระบบ “Opt-in” ซึ่งทำให้ผู้ติดต่อจะต้องได้รับความยินยอมก่อนจึงจะ
สามารถติดต่อได้ ผู้วิจัยจึงเสนอองค์ประกอบของกฎหมายดังนี้

2 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ผู้วิจัยเสนอให้มีการเพิ่มเติมลักษณะใหม่เข้าไปในโครงสร้างของ
ภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดหมวดขึ้นใหม่ไว้เป็นลักษณะเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัว
(Offences against Privacy) และหลังจากนั้นจึงเพิ่มเติมฐานความผิดใหม่เกี่ยวกับการรบกวนความเป็นส่วนตัวโดยการขาย
ตรงเป็นบทบัญญัติในหมวดดังกล่าว

3 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด เสนอให้มีการบัญญัติหมวดความรับผิดชอบเพื่อ
ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Privacy Tort) ไว้เป็นอีกหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากหมวด 1 ความรับผิด
เพื่อละเมิดซึ่งมีอยู่แล้ว และจากนั้นจึงเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิด โดยการรบกวนจากการขายตรงไว้เป็น
บทบัญญัติเฉพาะ

4 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 26 ให้การคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกรบกวนจากการขายตรงนั้น ครอบคลุม การติดต่อเสนอขายในช่องทางอื่นๆ นอกจากการเสนอขายด้วยตัวบุคคล กล่าวคือ ให้รวมถึงการเสนอขาย ทางโทรศัพท์ ทางอินเทอร์เน็ต ทางข้อความสั้น เป็นต้น โดยอาจแยกบัญญัติ มาตราใหม่เพื่อการควบคุมวิธีการติดต่อเพื่อการขายตรงโดยช่องทางอื่นนอกจากการติดต่อทางกายภาพเอาไว้เป็นมาตรา เฉพาะ

5 เสนอให้มีการออกกฎกระทรวงตามความในมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดย กำหนดให้ การติดต่อขายตรงโดยผู้รับการติดต่อมิได้คาดหมายและยินยอม เป็นการ โฆษณาด้วยวิธีการอันอาจก่อให้เกิด ความรำคาญแก่ผู้บริโภค ตามมาตรา 23

6 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 สามารถนำมาปรับใช้กรณีการ รบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการติดต่อโดยมิได้เรียกร้องของธุรกิจขายตรงซึ่งกระทำผ่านช่องทางคอมพิวเตอร์ เช่น การ ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการขายตรงสินค้าหรือบริการ การส่งข้อความชักชวนให้เข้าร่วมเครือข่ายธุรกิจขายตรงทาง เว็บไซต์เครือข่ายสังคม (Social Networking Website) อย่างไรก็ตาม จากปัญหาในเชิงองค์ประกอบความผิดของกฎหมาย ฉบับนี้คงได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้แก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยให้มีฐานความผิดเฉพาะเกี่ยวกับการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์โดยผู้รับมิได้ยินยอม ซึ่งนำ องค์ประกอบเกี่ยวกับ “ความยินยอม” ของผู้รับมากำหนดไว้ด้วย

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

คณะชีพ ทอกรวิวงศ์, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม, บท บัณฑิตย์, เล่มที่ 64 ตอน 4 ธันวาคม 2551, หน้า 11-52

คณะชีพ ทอกรวิวงศ์, ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กับกฎหมายอาญาฐานหมิ่นประมาท ในกรณีการหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต, บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 65 ตอน 2 มิถุนายน 2552, หน้า 31-69

คณะชีพ ทอกรวิวงศ์, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการถูกรบกวนด้วย จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง, บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 66 ตอน 1 มีนาคม 2553

คณะชีพ ทอกรวิวงศ์, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีการรบกวน สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยธุรกิจขายตรง, รายงานการวิจัย, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น), 2553.

ภาษาต่างประเทศ

Alongi, A, Elizabeth. (2004). Has the U.S. Canned Spam?, Arizona Law Review, Vol.46:263.

Bambauer, E. Derek. (2005). Solving the Inbox Paradox : An Information-based policy Approach to Unsolicited E-mail Advertising, 10 VA. Journal of law & Technology5, 8-14.

Bray, Hiawatha.(1996). “Getting Rid of Junk E-Mail” , Boston Globe, Sept. 26.

DeCew , Judith Wagner. (1997). In Pursuit of Privacy: Law Ethics and The Rise of

Technology. US: Cornell University Press.

Dionisopoulos, Allan and Ducat, Craig. (1976), *The right to privacy : Essays and Cases*, St Paul, Minn. : West Publishing Co.

Donnelly, Jack. (1982). "Human Rights and Human Dignity", *The American Law Review*, 76 , No.2 (1982).

Edwards, Lillian. (2005). *Canning the Spam and Cutting the Cookies: Consumer Privacy On-Line and EU Regulation (2005)*. The New Legal Framework for E-Commerce in Europe, L. Edwards, , ed., Hart Publishing, Oxford.

Emma Ogilivie. (2000). *Trends & Issues in crime and criminal justice*. Australian Institute of Criminology, September.

Federal Trade Commission. (2004). *A CAN-SPAM Informant Reward System: A Re-port to Congress* , [Online], available at: http://www.ftc.gov/reports/rewardsys/040916reward_syrpt.pdf

Garfinkel, Simson .(1996). "Spam King! Your Source for Spams Netwide!", *WIRED*, Feb.

Graham, Paul. (2003). *Better Bayesian Spam Filtering*. [Online], Available from, <http://paulgraham.com/better.himl>

Hansell, S. (2003) "Diverging Estimates of the Cost of Spam", *New York Times*, July 27.

Jonathan Rosenoer. (1996). *Cyberlaw : The law of the Internet* (Springer-Verlag, N.Y. Berlin Heidelberg)

Moorefield, Gary. (1999). *SPAM-It's not Just for Breakfast Anymore: Federal Regulation and the Fight to Free the Internet from Unsolicited Commercial E-mail*, 5. *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 10, 10

Rosa Julia-Barcelo, "Liability for On-line Intermediaries : A European Perspective", available from <http://www.droit.fundpageac.be/textes/online.pdf>.

Rubell. (2003). *New Federal Law to Take Effect, But will Spam be conquered?*, 230 *New York Law Journal*, 16, 16.

Samoriski, H, Jan. (1999). *Unsolicited Commercial E-mail, the internet and the first amendment: Another Free Speech Showdown in Cyberspace?*. 43 *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 670

Simon, Marc (2004). *The CAN-SPAM Act of 2003: Is Congressional Regulation of Unsolicited Commercial E-Mail Constitutional?*, 4 *J. High Tech. L.* 85.

Sorkin, David. (2003). *Spam Legislation in the United States*, *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol 22, No1, 3-12.

Sorkin, David. (2001). *Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail*, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 35. 325

Suffivan, R. Lee. (1996). *You've Got Spam*, *Forbes*, Jan. 22.

Wacks, Raymond. (1989). *Personal Information: Privacy and the Law* . UK: Oxford Clarendon Press.

Warren, D, Samuel and Brandeis, D, Louis. (1890). *The Right to Privacy*. *Harvard Law*

Review, Vol IV December 15, 1890, [Online]. Available from: <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw> [2010, Jan 26].

Yaman Akdeniz, Clive Walker and David Wall. (2000). *The Internet Law and Society*, Henry Ling Ltd, Dorset Press, Great Britain.

<http://www.ofa.gov.hk/en/uem/main.html>