

ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ของโทรศัพท์เคลื่อนที่

PROBLEMS REGARDING THE ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL ROAMING AGREEMENT FOR MOBILE PHONE SERVICES

ชุตติมา อนันชาตรี*, ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วิสูตร ตูยานนท์**,

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ***

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการวิจัย เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศและสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาพร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เนื่องจากสมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม (GSM Association: GSMA) ได้กำหนดมาตรฐานสัญญา

ให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) สำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Operator) ลงนามร่วมกันก่อนที่จะให้เปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เพื่อให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เดินทางไปยังประเทศของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่อีกประเทศหนึ่งสามารถใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในการติดต่อสื่อสารระหว่างประเทศของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อย่างสะดวกสบาย ในทางปฏิบัติ การเจรจาตกลงเพื่อเข้าทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญาได้ใช้ข้อความแตกต่างไปจากข้อความมาตรฐานที่ GSMA กำหนดไว้ เช่น เรื่องการการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ กำหนดไว้ว่า “สัญญานี้และเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ให้ใช้

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

** อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

*** อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ " อย่างไรก็ตาม สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยไม่เห็นด้วยกับการใช้ข้อความดังกล่าวของ GSMA โดยมีความเห็นว่าควรให้ใช้กฎหมายไทยและศาลไทยบังคับกับสัญญาดังกล่าว ซึ่งคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับในการบังคับกฎหมายไทยและระบบศาลไทยด้วย

จากการศึกษาพบว่าในการเข้าทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ ถึงแม้ว่าผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยจะไม่มีอำนาจต่อรองทัดเทียมกับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศ ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยก็สามารถเจรจาต่อรองเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้ โดยเป็นไปตามหลักที่ว่าคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา คู่สัญญาจะตกลงในการทำสัญญากันอย่างไรก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ ภายใต้บังคับที่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของ กสทช. ในฐานะเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งยังจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรฐานสัญญาของ GSMA ในฐานะที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกภาพของ GSMA ด้วย

ดังนั้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy) ว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

มาบังคับใช้ ข้อมูลส่วนบุคคลก็ยังคงจะถูกล่วงละเมิดก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลได้ จึงควร บัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ใช่กฎหมายเป็นการทั่วไปมาใช้บังคับและ ควรกำหนดหน่วยงานเพื่อมีอำนาจในการใช้เก็บรักษาและเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยเฉพาะ รวมถึงกำหนดระยะเวลาในการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้ให้ชัดเจน ส่วนปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ ควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของไทยให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมชัดเจนในการตีความในประเด็นการขัดกันของกฎหมายเพื่อจะได้นำมาใช้ในการเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาต่างประเทศได้ง่ายมากยิ่งขึ้น สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ (Dispute Resolution & Arbitration) ยังมีมติคณะรัฐมนตรี หรือข้อบังคับ ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการหลายเรื่องที่ยังปิดกั้น หรือเป็นอุปสรรคมิให้คนต่างด้าวเข้ามาใช้หรือดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย จึงควรแก้ไขมติคณะรัฐมนตรี หรือข้อบังคับให้คนต่างด้าวหรือต่างประเทศเข้ามาใช้ หรือดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้ เพื่อให้เกิดความสะดวกและประหยัดเวลา ขั้นตอนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการคดี

คำสำคัญ: การบังคับใช้สัญญา, บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ, โทรศัพท์เคลื่อนที่

Abstract

This thesis was aimed to study concepts and theories that were related to the international roaming services and international roaming agreement, to review legal measures to be enforced under the international roaming service agreement and to analyze related problems including proper guidelines or measures related to the enforcement of the agreement in such services as the GSM Association (or hereinafter called "GSMA") stipulated the GSM Association standard International Roaming Agreement for such parties as mobile phone operators that wished to enter into the bilateral agreement for the establishment of International Roaming Service ("International Roaming Agreement") between their Public Mobile Networks (PMN) whereby roaming customer would be provided with mobile telecommunication services in one country by one of the PMN Operators could conveniently gain access to the mobile telecommunication services of the other PMN Operator in the other country. Practically, there were issues related to enforcement of such international roaming service agreement due to alteration of terms used in the agreement different from the standard clauses as advised by GSMA, for example, the choice of laws to be enforced that stated that this agreement and other matters related to this agreement should be enforced and

interpreted in accordance with the Laws of Switzerland. However, the National Broadcasting and Telecommunication Commission (NBTC), which was the governmental authority regulating telecommunication business in Thailand did not agree with such a clause as GSMA advised, but insisted that the laws to be in effect should be Thai laws and such cases should be subject to Thai court system while foreign parties in such agreement did not agree so as they did not honor Thai laws and court system.

From researches, it was found that the entry into such international roaming service agreement by mobile phone operators had been possible despite the fact that Thai mobile phone operators had inferior negotiation power when compared to their foreign counterparts as Thai mobile phone operators could negotiate well with various controversy regarding details of such agreement as it was abide by principle of the Freedom of Contract and the Autonomy of Will. As such, partners in agreement had the right to undertake whatsoever agreements provided that it was not contrary to public order and good moral conduct. Whereas Thai mobile phone operators would have to be compliant to regulations enforced by NBTC, while they would also had to be compliant to requirements as stipulated by GSMA as one of its member countries.

Therefore, the researcher would like to propose solutions to such problems regarding

data privacy, which had not been protected under Thai Laws yet that led to violation of mobile phone users' privacy. There should be some laws written in specific to data privacy protection in stead of general laws, and there should be a specific authority to regulate the usage, storage and disclosure of personal data, including a clearly stated duration of personal data storage time. With regard to the choice of laws to be enforced, modification should be applied on Thai laws to be more comprehensive and clear enough for further interpretation in the cases of conflicts of laws from different sources, and that would help ease negotiation process to be conducted with foreign operators. With regard to Dispute Resolution & Arbitration, there had been some of cabinet resolutions or regulations related to arbitration that still hinder or obstruct foreigners to exercise arbitration in Thailand. Such resolutions or regulations should be revised so that foreigners would be capable of exercising arbitration in Thailand for convenience, while saving time and costs in such cases.

Keyword: THE ENFORCEMENT OF AGREEMENT, INTERNATIONAL ROAMING SERVICE, MOBILE PHONE

บทนำ

การที่ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งเดินทางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งจะสามารถใช้

บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในเครือข่ายของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Operator) ของประเทศที่ตนจะเดินทางไปได้อย่างสะดวกสายนั้น ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะต้องมีการเจรจาตกลงในการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม (Global System for Mobile Communications Association: GSM Association) หรือ GSMA ซึ่งเป็นสมาคมของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้กำหนดรูปแบบมาตรฐานของสัญญาไว้ โดย GSMA ได้กำหนดเนื้อหาของสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ให้มีรูปแบบเป็นสัญญามาตรฐานเดียวกันสำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งคู่สัญญาจะต้องลงนามร่วมกันก่อนที่จะให้เปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศแก่ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่สามารถติดต่อสื่อสารข้ามแดนระหว่างประเทศของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ โดยสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ได้มีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นมาตรฐาน เช่น การเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ ระบุว่า "The Agreement and any matters relating hereto shall be governed by and construed in accordance with Swiss law." ซึ่งมีความหมายว่า "สัญญานี้และเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ให้ใช้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ ทั้งนี้ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การขอความเห็นชอบสัญญาอันเนื่องเนื่องกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ทำกับรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ

พ.ศ. 2549 กำหนดว่า กรณีผู้รับใบอนุญาตจะทำสัญญาหรือความตกลงใด ๆ เกี่ยวกับการประกอบกิจการและการให้บริการโทรคมนาคม ซึ่งหมายความรวมถึงสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ที่จะทำกับนิติบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ รัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และบุคคลหรือรวมทั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาหรือความตกลงดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (ปัจจุบันคือ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ "สำนักงาน กสทช.") ก่อน เมื่อสำนักงาน กสทช. ได้พิจารณาแล้วไม่เห็นชอบด้วยกับเงื่อนไขของสัญญาเรื่องการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ ที่กำหนดให้ใช้กฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งกสทช. เห็นว่า การทำสัญญาดังกล่าวแม้จะเป็นไปตามหลักความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่มีสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักการเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนตามกฎหมาย ซึ่งทางปฏิบัตินานาประเทศยอมรับหลักเอกภาพว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายของประเทศคู่สัญญาและศาลที่ใช้บังคับกันระหว่างคู่สัญญาได้ หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี โดยประเทศไทยรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แต่การทำสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการประกอบกิจการและให้บริการโทรคมนาคมนั้น มิได้มีเฉพาะการทำสัญญาส่วนแบ่งเท่านั้น หากแต่สัญญาดังกล่าวเกี่ยวเนื่องด้วยอำนาจการกำกับดูแลการ

ประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ซึ่งจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 หรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจการกำกับดูแลของ กทช. อันเป็นกฎหมายมหาชน โดยที่การทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นการยกเว้นไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมใช้บังคับสัญญาหรือข้อตกลงนั้นด้วยประกอบกับ กทช. เป็นองค์การกำกับดูแลในฝ่ายบริหารมีหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลผู้รับใบอนุญาตให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด และไม่มีอำนาจยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับผู้รับใบอนุญาตรายใดรายหนึ่งให้สามารถปฏิเสธการใช้กฎหมายและศาลไทยบังคับกับสัญญาได้ กทช. จึงไม่เห็นชอบเงื่อนไขของสัญญาในลักษณะดังกล่าวและกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการแก้ไขปรับปรุงสัญญาเพื่อให้นำกฎหมายและศาลไทยใช้บังคับกับสัญญาแทนกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์นั้นด้วย ทั้งนี้ นอกเหนือจากปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย (Choice of Law) แล้ว ในทางปฏิบัติ การเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งเกิดปัญหาอื่น ๆ ซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องนำมาวิเคราะห์ในลำดับต่อไปด้วย ได้แก่ การระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ ข้อมูลส่วนบุคคล

ผู้วิจัยจึงเห็นว่ประเด็นต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นเป็นประเด็นปัญหาที่มีความสำคัญซึ่งจะต้องมีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญาที่ทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ โดยจะมีการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย

ไทยและกฎหมายต่างประเทศ พร้อมทั้งเสนอแนวทางหรือมาตรการแก้ไขและข้อเสนอแนะต่อไป

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศและสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่

กรอบแนวคิด

ปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม หรือ GSMA กำหนดให้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ อย่างไรก็ตาม สำนักงาน กสทช. เสนอความเห็นมาให้บังคับใช้และตีความตามกฎหมายไทย จึงเป็นการขัดแย้งกับข้อกำหนดของ GSMA ทำให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในฐานะผู้รับใบอนุญาตเกิดข้อขัดข้องในการเจรจาเพื่อทำสัญญากับคู่สัญญาต่างประเทศ โดยไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ เนื่องจากในทางปฏิบัติ ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่

เป็นสมาชิกของสมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม หรือ GSMA จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ อันเป็นข้อกำหนดที่ GSMA ได้กำหนดไว้ และเป็นประเพณีปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาต่างประเทศ ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมไทยไม่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญา และคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับกฎหมายไทยด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อคู่สัญญาต่างประเทศจะเข้ามาในประเทศไทย คู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทย ตามหลักการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Terrestrial Jurisdiction) จะนำกฎหมายของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ตามที่สัญญามาตรฐานของ GSMA ระบุไว้มาใช้ในประเทศไทยไม่ได้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องมีอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) เท่าเทียมกัน และหากผู้ให้บริการในประเทศไทยไม่ปฏิบัติ ตาม กสทช. ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมก็จะไม่สามารถเปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้ จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวทำให้ประเทศไทยต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อให้มีอำนาจต่อรองทัดเทียมกับนานาประเทศและให้เป็นที่ยอมรับแก่นานาประเทศ

วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ ใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์ข้อมูล จากเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ได้แก่ ตำบทยกกฎหมาย ตำรากฎหมาย และบทความ สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ความเห็นทาง

กฎหมาย กฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม วิทยานินท์ และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งข้อมูลต่าง ๆ จากอินเทอร์เน็ตแล้วนำข้อมูลที่ได้รับ มาเรียบเรียงโดยใช้วิธีพรรณนา (Descriptive Method) เปรียบเทียบคิดวิเคราะห์ห้อย่างมีแบบแผน (Analytical Method) เรียงเป็นรายบทตามลำดับ พร้อมทั้งสรุปและเสนอแนะ

ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ รวมถึงปัญหาการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาในสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ซึ่ง GSMA กำหนดให้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่อไป

วิเคราะห์ข้อมูล

ตามที่สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม หรือ GSMA ได้กำหนดเนื้อหาของสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ให้มีรูปแบบเป็นมาตรฐานสัญญาเดียวกันสำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Operator) ซึ่งคู่สัญญาจะต้องลงนามร่วมกันก่อนที่จะให้เปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เพื่อให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่สามารถติดต่อสื่อสารข้ามแดนระหว่างประเทศของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ ทั้งในกรณีที่ใช้บริการที่เป็นคนต่างประเทศเดินทางเข้ามาในประเทศไทย และผู้ใช้บริการคนไทยเดินทางไปต่างประเทศนั้น ในทางปฏิบัติ การเจรจาตกลงเพื่อเข้า

ทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญาได้แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อความให้แตกต่างไปจากข้อความมาตรฐานที่ GSMA กำหนดไว้ โดยผู้วิจัยจะต้องนำมาวิเคราะห์หมีดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy)
2. การเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ
3. ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ (Dispute Resolution & Arbitration)

ผลการวิจัย

จากการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ ประเด็นหรือปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว เนื่องจากการใช้ข้อความที่แตกต่างออกไปจากข้อความมาตรฐานที่ GSMA ได้กำหนดไว้ นั้น ไม่ทำให้เกิดผลกระทบแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่เข้าทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ จะไม่สามารถเปิดการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่อย่างใด เนื่องจากการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศมีปัจจัยต่าง ๆ ที่ควรพิจารณาขึ้นอยู่กับเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่กำหนดไว้ว่าบุคคลต้องมีเสรีภาพในการทำ การใด ๆ ตามความต้องการ โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ และรัฐเองจะบัญญัติกฎหมายไปบังคับ หรือเปลี่ยนแปลงยกเลิกการทำสัญญาของ

เอกชนไม่ได้ การแสดงเจตนาทำสัญญาที่เกิดจากหลักเสรีภาพของบุคคลนี้มีความศักดิ์สิทธิ์ สัญญาจะถูกบังคับไปตามเจตนาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ สัญญาดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ ต้องปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้โดยลำพัง คู่สัญญาจะตกลงกันในการทำสัญญาอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะในกรณีที่เห็นสมควร หรือจำเป็นเท่านั้น ซึ่งทางปฏิบัตินานาประเทศยอมรับหลักเอกภาพว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายของประเทศคู่สัญญาและศาลที่ใช้บังคับกันระหว่างคู่สัญญาได้ หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี โดยประเทศไทยรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีความทัดเทียมกันของอำนาจของการต่อรอง (Equality of Bargaining Power) โดยเฉพาะอำนาจต่อรองของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของไทยไม่เท่าเทียมกับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทสนอกจากนั้น การทำสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการประกอบกิจการและให้บริการโทรคมนาคมนั้น มิได้มีเฉพาะการทำสัญญาส่วนแบ่งเท่านั้น หากแต่สัญญาดังกล่าวเกี่ยวเนื่องด้วยอำนาจการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ซึ่งจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 หรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจการกำกับดูแลของ กสทช. อันเป็นกฎหมายมหาชน โดยที่การทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็น

การยกเว้นไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมใช้บังคับสัญญาหรือข้อตกลงนั้นด้วย ประกอบกับ กทช. เป็นองค์กรกำกับดูแลในฝ่ายบริหารมีหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลผู้รับใบอนุญาตให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด และไม่มีอำนาจยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับผู้รับใบอนุญาตรายใดรายหนึ่งให้สามารถปฏิเสธการใช้กฎหมายและศาลไทยบังคับกับสัญญาได้ และคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับกฎหมายไทยด้วย หากไม่ปฏิบัติตาม ผู้ให้บริการหรือลูกค้าของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ไทยก็จะไม่สามารถใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ในต่างประเทศได้ ในทางกลับกัน ผู้ให้บริการหรือลูกค้าของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในต่างประเทศ ก็ไม่สามารถใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยได้ ทำให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยขาดรายได้จากการที่ผู้ใช้บริการต่างประเทศมาใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทย ซึ่งมีจำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จากต่างประเทศมากกว่าจำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของไทยเดินทางไปต่างประเทศ ทั้งนี้เมื่อคู่สัญญาต่างประเทศจะเข้ามาในประเทศไทย คู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทย ตามหลักการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Terrestrial Jurisdiction) จะนำกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ตามที่สัญญามาตรฐานของ GSMA ระบุไว้มาใช้ในประเทศไทยไม่ได้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องมีอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) เท่าเทียมกัน และหากผู้ให้บริการในประเทศไทย ไม่ปฏิบัติตาม กสทช. ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมก็จะไม่สามารถเปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าในปัจจุบันการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการโทรคมนาคมหรือผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยจะไม่มีอำนาจต่อรองทัดเทียมกับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศ ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยก็สามารถเจรจาต่อรองเกี่ยวกับข้อความหรือประเด็นต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าแต่ละกรณีผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยจะมีความสามารถในการเจรจาต่อรองได้มากน้อยเพียงใด โดยจะต้องอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามของกฎหมาย ประกาศ หรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (หรือ กสทช. ในปัจจุบัน) ในฐานะเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย รวมทั้งยังจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสัญญาของสมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม (GSMA) ในฐานะที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกภาพของ GSMA ด้วย

ข้อเสนอแนะสำหรับกรวิจัย

1. ปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy)

ในปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จะมีก็แต่เพียงร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. เท่านั้น ซึ่งยังอยู่ในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงเป็นข้อน่ากังวลว่า หากประเทศไทยยังไม่สามารถออกกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาบังคับใช้แล้ว ข้อมูลส่วนบุคคลก็ยังคงจะ

ถูกล่วงละเมิดโดยเฉพาะการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ เปิดเผยหรือเผยแพร่เป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดความเดือดร้อน หรือเกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลได้ จึงจำเป็นต้องนำกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ใช่กฎหมายเป็นการทั่วไปบังคับไปพลางก่อน เช่น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 แต่เนื่องจากใช้บังคับเฉพาะในหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ไม่ครอบคลุมข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในภาคเอกชนซึ่งมีปริมาณที่จะต้องจัดเก็บอยู่เป็นจำนวนมาก ความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาของผู้ล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล ก็จะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิด และประมวลกฎหมายมาใช้ นอกจากนี้ควรให้มีการกำหนดหน่วยงานที่มีอำนาจในการใช้ เก็บรักษาและเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยเฉพาะ รวมถึงควรมีการกำหนดระยะเวลาในการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้ให้ชัดเจนว่าสมควรจะต้องเก็บรักษาไว้เป็นระยะเวลาเท่าใดจึงจะมีความเหมาะสม

2. ปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาบังคับใช้

จากข้อเท็จจริงที่ว่าคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ไม่ยอมรับในการใช้ข้อความตามมาตรฐานสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างของ GSMA ที่ระบุให้ใช้กฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ โดย กสทช. มีความเห็นทำให้ใช้กฎหมายไทยและศาลไทยบังคับแก่กรณีการเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญานั้น ก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้ประกอบการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทย เนื่องจากคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับกฎหมายไทยและศาลไทย ทำให้ผู้ประกอบการ

กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยเกิดข้อขัดข้องในการเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาต่างประเทศรวมทั้งยังมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่าด้วย ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของไทย เช่น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุน ให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมชัดเจนเพื่อให้ทัดเทียมและ

3. ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ (Dispute Resolution & Arbitration) สิ่งที่เป็นปัญหาของประเทศไทยอยู่ที่ทุกวันนี้ยังมีมติคณะรัฐมนตรี หรือข้อบังคับ ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการหลายเรื่องที่ยังปิดกั้น หรือเป็นอุปสรรคมิให้คนต่างด้าวเข้ามาใช้ หรือดำเนินการ

อนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เช่น กรณีที่เป็นโครงการของรัฐบาลไทย เรบอกว่า จะเอาคนต่างด้าวเข้ามาชักพยานไม่ได้ หรือ ถ้าใช้กฎหมายไทยในการพิจารณา ต้องใช้ผู้ที่จบปริญญาในเมืองไทย ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขการอนุญาโตตุลาการให้มีความเป็นสากลมากขึ้น โดยจะต้องออกมติคณะรัฐมนตรี หรือข้อบังคับให้คนต่างด้าวหรือต่างประเทศเข้ามาใช้ หรือดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้ และควรให้มีการใช้อนุญาโตตุลาการนอกศาล แทนที่จะดำเนินพิจารณาในศาลซึ่งจะทำให้เกิดความสะดวกรวดและประหยัดเวลาขั้นตอนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

เอกสารอ้างอิง

กมล สนธิเกษตริน. (2539). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: บรรณาการ.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล. (2530). กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุชาดา ตันติราพันธ์. (2545). การศึกษาปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจสมัครใช้บริการข้ามแดนอัตโนมัติของผู้ใช้บริการในระบบเครือข่ายดิจิทัลเอสเอ็ม 900 ในเขตกรุงเทพมหานคร. วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.