

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การที่ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งเดินทางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งจะสามารถใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในเครือข่ายของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Operator) ของประเทศที่ตนจะเดินทางไปได้อย่างสะดวกสบายนั้น 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 ไว้ว่า “สัญญานี้และเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ให้ใช้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิตเซอร์แลนด์¹” อย่างไรก็ตาม อ้างถึงหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ที่ ทช 7300/5377/4 เรื่อง ขอรื้อข้อกฎหมาย และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การขอความเห็นชอบสัญญาอันเนื่องเกี่ยวกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ทำกับรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ พ.ศ. 2549 กำหนดว่า กรณีผู้รับใบอนุญาตจะทำสัญญาหรือความตกลงใดๆ เกี่ยวกับการประกอบกิจการและการให้บริการโทรคมนาคม ซึ่งหมายความรวมถึงสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ที่จะทำกับนิติบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ รัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และบุคคล หรือรวมทั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก

¹ เอกสารมาตรฐานสัญญา GSM Association Official Document AA.12 International Agreement Version 15.1 (30 July 2012)

สัญญาหรือความตกลงดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (ปัจจุบัน คือ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ “สำนักงาน กสทช.”) ก่อน หลังจากนั้นผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Operator) ได้ดำเนินการส่งสำเนาสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ดังกล่าวให้แก่ สำนักงาน กสทช. พิจารณาแล้ว แต่สำนักงาน กสทช. ไม่เห็นชอบด้วยกับเงื่อนไขของสัญญาเรื่องการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับที่ GSMA กำหนดให้ใช้กฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ และให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงสัญญาเพื่อให้สอดคล้องและศาลไทยใช้บังคับกับสัญญานั้นด้วย² โดย กสทช. ได้ชี้แจงว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 54 วรรคหนึ่ง³ และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การขอความเห็นชอบสัญญาอันเนื่องเกี่ยวกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ทำกับรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ พ.ศ. 2549⁴ มีจุดมุ่งหมายเพื่อต้องการคุ้มครองการประกอบกิจการโทรคมนาคมไทยและประโยชน์สาธารณะ แต่โดยที่การพิจารณาให้ความเห็นชอบสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการประกอบกิจการและการให้บริการโทรคมนาคมที่ผู้รับใบอนุญาตประสงค์จะทำกับรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และบุคคลหรือนิติบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศนั้น เป็นสัญญาเชิงพาณิชย์ส่วนหนึ่งของสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวมีการกำหนดเงื่อนไขให้ใช้กฎหมายของประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือของประเทศที่สาม ในการใช้บังคับตามสัญญา และ/หรือ ในกรณีที่มีข้อพิพาทก็ให้ใช้ศาล

² หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ที่ ทช 7300/5377/4 ลงวันที่ 18 กันยายน 2551

³ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 54 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “สัญญาหรือความตกลงใดๆ เกี่ยวกับการประกอบกิจการและการให้บริการโทรคมนาคมตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ถ้าผู้รับใบอนุญาตจะทำกับรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ และบุคคลหรือนิติบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ รวมทั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาหรือความตกลงดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการก่อน ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างตามปกติ”

⁴ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การขอความเห็นชอบสัญญาอันเนื่องเกี่ยวกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ทำกับรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ พ.ศ. 2549

ข้อ 5 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ผู้รับใบอนุญาตต้องส่งสำเนาสัญญาที่จะทำกับต่างประเทศให้สำนักงานล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ก่อนการทำสัญญาเพื่อขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการ พร้อมทั้งชี้แจงเหตุผลและความจำเป็นในการทำสัญญา”

ข้อ 8 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ให้ผู้รับใบอนุญาตส่งสำเนาสัญญาที่จะทำกับต่างประเทศทุกฉบับให้แก่สำนักงานภายในสามสิบวัน นับแต่วันทำสัญญาหรือความตกลงดังกล่าว ...”

ประเทศที่คู่สัญญา หรือประเทศที่สาม หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการ กสทช. เห็นว่า การทำสัญญาดังกล่าวแม้จะเป็นไปตามหลักความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่มีสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักการเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนตามกฎหมาย ซึ่งทางปฏิบัติในต่างประเทศยอมรับหลักเอกภาพว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายของประเทศคู่สัญญาและศาลที่ใช้บังคับกันระหว่างคู่สัญญาได้ หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี โดยประเทศไทยรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁵ แต่การทำสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการประกอบกิจการและให้บริการโทรคมนาคมนั้น มิได้มีเฉพาะการทำสัญญาส่วนแบ่งเท่านั้น หากแต่สัญญาดังกล่าวเกี่ยวเนื่องด้วยอำนาจการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ซึ่งจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 หรือหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจการกำกับดูแลของ กสทช. อันเป็นกฎหมายมหาชน โดยที่การทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นการยกเว้นไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมใช้บังคับสัญญาหรือข้อตกลงนั้นด้วย ประกอบกับ กสทช. เป็นองค์กรกำกับดูแลในฝ่ายบริหารมีหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลผู้รับใบอนุญาตให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด และไม่มีอำนาจยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับผู้รับใบอนุญาตรายใดรายหนึ่งให้สามารถปฏิเสธการใช้กฎหมายและศาลไทยบังคับกับสัญญาได้ กสทช. จึงไม่เห็นชอบเงื่อนไขของสัญญาในลักษณะดังกล่าว และกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการแก้ไขปรับปรุงสัญญาเพื่อนำกฎหมายและศาลไทยใช้บังคับกับสัญญาแทนกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์นั้นด้วย ทั้งนี้ นอกเหนือจากปัญหาเรื่องการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับแล้ว ในทางปฏิบัติ การเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งเกิดปัญหาอื่นๆ ที่ไม่ได้ใช้ข้อความมาตรฐานตามที่ GSMA กำหนดไว้ ซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องนำมาวิเคราะห์ในลำดับต่อไปด้วย ได้แก่ การระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ ข้อมูลส่วนบุคคล เป็นต้น

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าประเด็นต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น เป็นประเด็นปัญหาที่มีความสำคัญซึ่งจะต้องมีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ โดยจะมีการศึกษา

⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่มีอาจยังทราบเจตนาชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้...” วรรคสาม บัญญัติว่า “สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

มาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ พร้อมทั้งเสนอแนวทางหรือมาตรการแก้ไขและข้อเสนอแนะต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ และสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่

1.3 สมมติฐานการวิจัย

ปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ได้แก่ การเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ ซึ่งสมาคมผู้ประกอบการ จีเอสเอ็ม หรือ GSMA กำหนดให้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ อย่างไรก็ตาม สำนักงาน กสทช. เสนอความเห็นให้ใช้บังคับและตีความตามกฎหมายไทย จึงเป็นการขัดแย้งกับข้อกำหนดของ GSMA ทำให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในฐานะผู้รับใบอนุญาตเกิดข้อขัดข้องในการเจรจาเพื่อทำสัญญากับคู่สัญญาต่างประเทศ โดยไม่สามารถเจรจาดตกลงกันได้ เนื่องจากในทางปฏิบัติ ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นสมาชิกของสมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม หรือ GSMA จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ อันเป็นข้อกำหนดที่ GSMA ได้กำหนดไว้ และเป็นประเพณีปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาต่างประเทศ ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมไทยไม่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญา และคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับกฎหมายไทยด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อคู่สัญญาต่างประเทศจะเข้ามาในประเทศไทย คู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทย ตามหลักการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Terrestrial Jurisdiction) จะนำกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ตามที่สัญญามาตรฐานของ GSMA ระบุไว้

มาใช้ในประเทศไทยไม่ได้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องมีอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) เท่าเทียมกัน และหากผู้ให้บริการในประเทศไทย ไม่ปฏิบัติตาม กสทช. ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมก็จะไม่สามารถเปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ยังมีปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล และปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวทำให้ประเทศไทยต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อให้มีอำนาจต่อรองทัดเทียมกับนานาประเทศและให้เป็นที่ยอมรับแก่นานาประเทศ

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ รวมทั้งปัญหาการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับในสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ซึ่ง GSMA กำหนดให้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ ศึกษาถึงหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่มีสิทธิที่จะเลือกกฎหมายของประเทศคู่สัญญาและศาลที่ใช้บังคับกันระหว่างคู่สัญญาได้ หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ ใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์ข้อมูล จากเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ได้แก่ ตำบทยกกฎหมาย ตำรากฎหมาย และบทความ สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ความเห็นทางกฎหมาย ตลอดจนหนังสือชี้แจงจาก กสทช. รวมทั้งกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม วิทยานิพนธ์ และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งข้อมูลต่างๆ จากอินเทอร์เน็ต

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงแนวคิดและและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ และสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของ โทรศัพท์เคลื่อนที่
2. เพื่อทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของ โทรศัพท์เคลื่อนที่
3. เพื่อทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของ โทรศัพท์เคลื่อนที่
4. เพื่อทราบถึงแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของ โทรศัพท์เคลื่อนที่