บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่

ก่อนที่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะเปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศแก่ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งเดินทางจากประเทศของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งสามารถใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้นั้น คู่สัญญาจะต้องมีการเจรจาต่อรอง และมีการลงนามสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ตามแบบสัญญาที่ GSMA กำหนดเป็นมาตรฐานไว้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ตามที่ GSMA ได้ระบุไว้ในสัญญาฉบับดังกล่าว เพื่อป้องกันมิให้เกิดการฝ่าฝืนหรือปฏิบัติผิดสัญญา นอกจากนี้ หากเป็นผู้ให้บริการโทรคมนาคมหรือผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยยังจะต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมของกสทช. ด้วย ดังนั้น เพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจที่มากขึ้นจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงประวัติความเป็นมาและความหมายของกฎหมายการค้าบริการระหว่างประเทศ รวมถึงหลักการของกฎหมายการค้าบริการระหว่างประเทศ เนื่องจากการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศนั้นถือได้ว่าเป็นการค้าบริการระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง รวมทั้งต้องศึกษาถึงความหมายและแนวคิดของสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ และแนวคิดทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังต่อไปนี้

2.1 ประวัติความเป็นมา ความหมาย และหลักการของการค้าบริการระหว่างประเทศ

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของการค้าบริการระหว่างประเทศ

ก่อนจะสิ้นสุดการประชุม (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) รอบอุรุกวัย กฎเกณฑ์ต่างๆที่กำกับและควบคุมการค้าบริการ (Trade in Service) ระหว่างประเทศมีน้อยมากและกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้ GATT จะเน้นหนักอยู่แต่เพียงในเรื่องการค้าสินค้า (Trade in Goods) เท่านั้น การเจรจาพหุภาคีระหว่างประเทศที่ยกเรื่องการค้าบริการขึ้นมาพิจารณาอย่างจริงจังเป็นครั้งแรกก็คือการประชุม GATT รอบอุรุกวัยโดยการผลักดันของสหรัฐฯ ซึ่งถึงแม้จะถูกต่อต้านจากประเทศกำลังพัฒนาเป็นจำนวนมาก แต่ในที่สุดก็สามารถบรรจุเรื่องนี้เข้าไปในวาระการประชุมได้ในเดือน

กันยายน 1986 เพราะสหรัฐฯ จะยอมตกลงให้เปิดประชุมรอบอุรุกวัยได้ก็ต่อเมื่อเรื่องการค้าบริการได้รับการบรรจุเข้าไปในวาระการประชุมด้วย ทั้งนี้ในการประชุมรอบอุรุกวัยรัฐภาคี (Contracting Parties) ของGATT ก็สามารถตกลงกันได้แต่เพียงหลักการพื้นฐานอย่างกว้างๆเท่านั้นขึ้นมาโดยประมวลในรูปความตกลงแม่บทว่าด้วยการค้าบริการ(General Agreement on Trade in Services-GATS)

โดยที่การค้าบริการเป็นประเด็นเจรจาที่ค้างพิจารณามาจากการประชุมรอบอุรุกวัย ซึ่งตามความตกลง Marrakesh Agreement อันเป็นธรรมนูญก่อตั้งขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จะต้องยกขึ้นเจรจาและพิจารณาต่อภายใต้กรอบของ WTO โดยมีวัตถุประสงค์หลักที่จะให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งหลายค่อยๆ เปิดตลาดในลักษณะ phase-in สำหรับการค้าภาคบริการให้ต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการค้าบริการในดินแดนของตนได้โดยเสรีในที่สุดตามหลักโลกาภิวัฒน์ (Globalization) จึงกำหนดเป็นหลักการสำหรับการประชุมพิจารณาในเรื่องนี้ให้ประเทศกำลังพัฒนาเพิ่มการเข้ามามีส่วนร่วม (Participation) มากขึ้นทำนองเดียวกันกับหลัก Stand still, and roll back ในเรื่องการค้าสินค้า (Trade in Goods) กล่าวคือ ไม่เพียงแต่ให้หยุดอยู่แค่นั้นมิให้จำกัดการเข้าถึงตลาดของตนมากกว่าที่เป็นอยู่แล้ว ยังต้องเปิดตลาดให้มากขึ้นในลักษณะก้าวหน้าขึ้นไปเรื่อยๆ ตามลำดับ (Progressive Liberalization) โดยการเจรจาในเรื่องนี้แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ

1. การเจรจาเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ (Rule Negotiations) หรือหลักการในรายละเอียดเพิ่มขึ้นจากหลักการใน GATs เรื่องมาตรการป้องกันฉุกเฉิน (Emergency Safeguard Measures) การอุดหนุน (Subsidize) และระเบียบข้อบังคับต่างๆในประเทศ (Disciplines for Domestic Regulation)

2. การเจรจาเรื่องการเปิดตลาด (Market Access Negotiations) เป็นรายสาขาที่แบ่งประเภทตามรูปแบบหรือวิธีการ (Modes หรือ Methods) ของการค้าภาคบริการนั้นๆ โดยกำหนดเป็นหลักการให้มีการพิจารณาทบทวนทุกๆ รอบ 5 ปี ซึ่งการประชุมเจรจาระดับรัฐมนตรีของ WTO ที่กรุงโดฮาร์ ประเทศกาตาร์ เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2544 กำหนดให้การเจรจาต้องสิ้นสุดลงภายในวันที่ 1 มกราคม 2548 ซึ่งปฏิญญาระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกกำหนดให้ประเทศสมาชิกทำคำขอเบื้องต้น (Initial Offers) ภายในวันที่ 31 มีนาคม 2546 ทั้งนี้ประเทศสมาชิกจะต้องทำข้อผูกพันที่จำเพาะเจาะจง (Special Commitments) ด้วยว่าจะเปิดให้ต่างชาติเข้าไปประกอบกิจการการค้าบริการในประเทศของตนได้ประเภทใดและในระดับใดบ้าง นอกจากนั้นยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบ (Models) หรือวิธีการของการค้าภาคบริการ อาทิ เรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา การยกเลิกข้อยกเว้นจากหลัก MFNและมาตรการเพิ่มความโปร่งใส (Transparency) ในการกำหนดระเบียบข้อบังคับต่างๆในประเทศ เป็นต้น[1]

---

[1] ธนิกานต์ เอี่ยมอ่อง. **การค้าบริการ.** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.gotoknow.org/blogs/posts/44340 [11 ธันวาคม 2545]

ประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ตามปฏิญญามาราเกซ (Marrakesh Declaration) และกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ซึ่งรวมถึงการลงนามในข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services – GATS) ด้วย ผลของการลงนามในข้อตกลง GATS ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศในการปฏิบัติตามกฎกติกาที่ GATS กำหนดไว้ กล่าวคือ จะต้องเปิดตลาดการค้าบริการให้แก่ประเทศสมาชิกในสาขาบริการทั้งหลายที่ได้จดแจ้งไว้ในตารางคำมั่นเฉพาะ (Schedule of Specific Commitment) ภายใต้หลักการทั่วไปตามบทบัญญัติของ GATS ด้วย[2]

2.1.2 ความหมายของการค้าบริการระหว่างประเทศ

ในทางเศรษฐศาสตร์ เมื่อกล่าวถึงการค้าระหว่างประเทศ การค้าจะถูกจำแนกออกเป็น 2 ประเภท คือ การค้าสินค้า (Trade in Goods) และการค้าบริการ (Trade in Services) ทั้งนี้ เนื่องจากความแตกต่างในตัวสินค้าทั้ง 2 ประเภท กล่าวคือ การค้าสินค้า เป็นการซื้อขายแลกเปลี่ยนในสิ่งซึ่งจับต้องได้ เป็นการส่งผ่านสินค้าจากผู้ผลิตหรือผู้ขายให้กับผู้ซื้อสินค้าหรือผู้บริโภคที่มีการเคลื่อนย้ายสินค้าดังกล่าวข้ามเขตแดนระหว่างประเทศ แต่สินค้าที่เป็นภาคบริการนั้น บริการเป็นสินค้าในทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Goods) ประเภทหนึ่งซึ่งไม่สามารถจับต้องได้ (Intangible Products) ทำให้รูปแบบการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ตลอดจนการผลิต และการบริโภคมีรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากการค้าสินค้า[3]

คำว่า "การค้าบริการ" นี้มีความหมายกว้างมากตามคำจำกัดความของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services หรือ "GATS") กล่าวคือ รวมถึงทุกสาขาบริการในทุกภาคบริการและกิจกรรมซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับรูปแบบการให้บริการ เช่น การผลิต การจัดจำหน่าย การตลาด การขาย และการขนส่ง เป็นต้น เว้นแต่เป็นบริการที่อยู่ในอำนาจการบริหารของรัฐบาลและข้อยกเว้นเฉพาะ ในภาคผนวกของ "GATS" เท่านั้น ลักษณะพิเศษของบริการอีกอย่างหนึ่ง บริการนั้น หมายถึง กระบวนการที่ช่วยเพิ่มมูลค่าของสินค้าหรือมูลค่าของตัวบุคคลของหน่วยเศรษฐกิจหนึ่ง โดยการกระทำของหน่วยเศรษฐกิจอีกหน่วยหนึ่ง ผลผลิตภาคบริการจึงวัดได้จากมูลค่าเพิ่มที่ได้จากภาคบริการนั้นๆสร้างขึ้น ได้แก่ บริการด้านสุขภาพ การศึกษา การเงิน และการประกันภัย เป็นต้น

---

[2] สุมาลี วงษ์วิทิต และ ระพีพรรณ ทองห่อ. (2547). **การท่องเที่ยวทางน้ำ: การพัฒนาเศรษฐกิจการค้าการบริการภายใต้ข้อตกลง GATS**. รายงานการวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 1.

[3] พัชราวลัย วงศ์บุญสิน สินีนาฏ เสริมชีพ และปิติ ศรีแสงนาม. (2553). **ข้อเสนอโครงการวิจัยเรื่องการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพเข้าสู่ตลาดแรงงานตามมาตรฐานอาเซียน**. เสนอต่อสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและก ารพัฒนา. หน้า 15.

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างสินค้าและบริการ คือ บริการนั้น การบริโภคและการผลิตจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน และบริการ ไม่สามารถจับต้องได้ (Intangible) นอกจากนี้ บริการโดยส่วนใหญ่มักจะมีความหลากหลาย แม้ว่าจะเป็นบริการชนิดเดียวกัน ความหลากหลายที่มีอยู่นั้นขึ้นอยู่กับตัวของผู้รับบริการเอง เช่น บริการตัดผม บริการด้านการศึกษา บริการด้านการแพทย์ เป็นต้น

เนื่องจากบริการมีลักษณะพิเศษ คือ ไม่สามารถจับต้องได้ กระบวนการผลิตและการบริโภคนั้นเกิดขึ้นในขณะเดียวกัน และตัวสินค้าก็ไม่สามารถแยกออกจากกระบวนการผลิตได้ รวมถึงการเก็บการเคลื่อนย้ายในหลายกรณีทำได้ยาก หรือไม่ได้เลย การค้าบริการระหว่างประเทศจึงแตกต่างจากการค้าสินค้าทั่วไป กล่าวคือ การค้าระหว่างประเทศในสินค้าทั่วไป ผู้ซื้อและผู้ขายไม่จำเป็นที่จะต้องพบกัน การค้ากระทำได้โดยส่งสินค้าข้ามพรมแดน (Cross-border Trade) โดยผู้ซื้อและผู้ขายไม่จำเป็นที่จะต้องเดินทาง และการผลิตกับการบริโภคก็สามารถเกิดขึ้นคนละที่ และคนละเวลาได้ การค้าสินค้าโดยปกติ จึงเป็นการส่งออกและนำเข้าสินค้าจากผู้ซื้อและผู้ขายที่อยู่คนละประเทศเท่านั้น แต่ในกรณีของการค้าบริการนั้นมีความแตกต่าง การบริโภคและการผลิตจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน เช่น การให้คำปรึกษาทางการแพทย์ การศึกษา บริการหลายชนิดไม่สามารถเก็บรักษาและส่งผ่านข้ามพรมแดนได้ เช่น การท่องเที่ยว บริการทางการเงิน ผู้รับบริการหรือผู้ให้บริการอาจจะจำเป็นต้องเดินทางไปหาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำการซื้อขายบริการ เช่น การก่อสร้าง การท่องเที่ยว หรือผู้ประกอบการบริการประเทศหนึ่งอาจจะจำเป็นจะต้องลงทุนตั้งหน่วยธุรกิจ (Commercial Presence) ในประเทศของผู้รับบริการเพื่อที่จะให้บริการภายในประเทศของผู้รับบริการ

ลักษณะสำคัญของสินค้าบริการโดยทั่วไปสามารถสรุปได้ดังนี้

ลักษณะสำคัญ	คำอธิบาย
ธรรมชาติของบริการ	ไม่มีวัสดุอุปกรณ์ ยากที่จะเก็บรักษา กระบวนการผลิตและตัวสินค้ายากที่จะแยกออกจากกัน สินค้าไม่สามารถเห็นตัวอย่างได้ก่อนจนกระทั่งผลิตและบริโภคแล้ว
รูปแบบของบริการ	มีความแตกต่าง และเป็นไปตามความต้องการของผู้บริโภค
การให้บริการ	การผลิตและการบริโภคเกิดขึ้นพร้อมกัน
รูปแบบโครงสร้างตลาดสินค้าบริการ	การให้บริการบางประเภทกระทำโดยรัฐ และต้นทุนการบริการในบางกรณีนั้นรวมอยู่ในสินค้า เช่น ธุรกิจค้าปลีก

2.1.3 หลักการและรูปแบบของการค้าบริการระหว่างประเทศ

2.1.3.1 หลักการของการค้าบริการระหว่างประเทศ

ความตกลง GATS ซึ่งเป็นความตกลงแม่บทที่เป็นประมวลหลักกฎหมายการค้าบริการระหว่างประเทศแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วนคือ

1. ตัวความตกลงแม่บทที่ว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service-GATS) ซึ่งเป็นประมวลหลักกฎหมายการค้าบริการที่เกี่ยวกับสิทธิและพันธกรณีที่สมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ต้องถือปฏิบัติตาม

2. ภาคผนวกซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสินค้าภาคบริการหรือการให้บริการที่มีลักษณะพิเศษ เช่น ภาษี ที่ทำให้จำเป็นต้องมีข้อกำหนดและกฎเกณฑ์เป็นพิเศษนอกเหนือไปจากที่มีในความตกลงแม่บทและข้อยกเว้นจากหลักผลปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation Treatment: MFN) ด้วย

3. ตารางข้อผูกพันของประเทศสมาชิกต่างๆที่ทำข้อผูกพันเอาไว้ในเรื่องการเปิดตลาดหรือการเข้าถึงตลาด (Market Access) สำหรับการค้าบริการในสาขาต่างๆและข้อผูกพันที่จะให้ผลปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) แก่คนชาติของประเทศสมาชิกอื่นๆและข้อผูกพันเพิ่มเติม (Additional Commitments) ด้วย

2.1.3.2 รูปแบบของการค้าบริการระหว่างประเทศ

องค์กรการค้าโลก (World Trade Organization) ได้กำหนดรูปแบบการค้าบริการระหว่างประเทศออกเป็น 4 รูปแบบ (4 Modes of Services Supply) ไว้ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATs) ดังนี้

1. รูปแบบที่ 1 (Mode 1): การบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) เป็นการให้บริการจากพรมแดนของประเทศผู้ให้บริการไปยังพรมแดนของผู้รับบริการซึ่งอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง โดยผู้ให้บริการยังคงอยู่ในประเทศตน ไม่ต้องไปลงทุนหรือร่วมลงทุนจัดตั้งธุรกิจให้บริการในประเทศผู้รับบริการ ตัวอย่างเช่น การศึกษาผ่านทางไกล บริการผ่านทางระบบสื่อสารโทรคมนาคม เช่น โทรศัพท์ทางไกล การประชุมทางไกล (Teleconference) หรือการส่ง e-mail เพื่อถามตอบปัญหา การซื้อขายสินค้าทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

2. รูปแบบที่ 2 (Mode 2): การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption Abroad) เป็นการให้บริการที่เกิดขึ้นในพรมแดนของประเทศผู้ให้บริการ โดยผู้รับบริการซึ่งอยู่ในประเทศหนึ่งเดินทางจากประเทศตนเข้ามาขอรับบริการ ณ สถานประกอบการของผู้ให้บริการในประเทศผู้ให้บริการ ซึ่งอยู่

ในอีกประเทศหนึ่ง ตัวอย่างเช่น บริการด้านท่องเที่ยว การออกไปรับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลต่างประเทศ หรือการไปศึกษาในต่างประเทศ เป็นต้น

3. รูปแบบที่ 3 (Mode 3): การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence) เป็นการที่ผู้ให้บริการเข้าไปลงทุนหรือร่วมลงทุนจัดตั้งธุรกิจ (นิติบุคคล) ในลักษณะถาวร เพื่อให้บริการแก่ผู้ใช้บริการในประเทศผู้ใช้บริการ เป็นการเข้าไปลงทุนจัดตั้งหน่วยธุรกิจของสถานประกอบการวิชาชีพหรือธุรกิจในรูปแบบต่างๆ เช่น การจัดตั้งบริษัท การจัดตั้งสาขา การจัดตั้งสำนักงานตัวแทน เป็นต้น ตัวอย่างเช่น การให้บริการทางด้านการเงิน การประกันภัย บริการทางด้านสาธารณูปโภค บริการก่อสร้างทางด่วน/รถไฟฟ้า หรือการเข้าไปเปิดกิจการค้าปลีก Supermarkets, Hypermarkets เช่น เทสโก้ โลตัส, แม็คโคร, บิ๊กซี หรือการเข้าไปเปิดสำนักงานกฎหมาย เป็นต้น

4. รูปแบบที่ 4 (Mode 4): การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) เป็นการที่ผู้ให้บริการ ซึ่งมีสำนักงานหรือสถานที่ประกอบกิจการอยู่ในประเทศหนึ่งเดินทางข้ามประเทศ หรือข้ามแดนเข้าไปให้บริการแก่ผู้ใช้บริการในประเทศของผู้ใช้บริการเป็นการชั่วคราว เช่น การก่อสร้าง ครูต่างชาติเข้ามาให้บริการสอนภาษาในประเทศไทย การเข้ามาประกอบวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายของนักกฎหมายชาวต่างชาติในประเทศไทยในลักษณะเฉพาะกิจ (ad hoc) เท่านั้น เป็นต้น[4]

กลุ่มเจรจาว่าด้วยการค้าบริการในองค์กรการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ได้จัดทำ Services Sectoral Classification List ขึ้น เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการเจรจาจัดทำข้อผูกพันการเปิดตลาดบริการ (ข้อผูกพันเฉพาะ) โดยแยกเป็นสาขาย่อยของบริการที่มีการค้าระหว่างประเทศ 12 สาขา ดังนี้[5]

1) บริการด้านธุรกิจ ประกอบด้วย การบริการวิชาชีพ (เช่น วิศวกร สถาปนิก นักกฎหมาย และนักบัญชี) บริการด้านคอมพิวเตอร์ บริการด้านวิจัยและการพัฒนา บริการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ บริการให้เช่า/ เช่าซื้อ และอื่นๆ เป็นต้น

2) บริการด้านสื่อสารคมนาคม ประกอบด้วย บริการไปรษณีย์ โทรคมนาคม โสตทัศน์

3) บริการด้านการก่อสร้าง

---

[4] พรเทพ เบญญาอภิกุล. (2548). **GATs ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ.** เอกสารทางวิชาการ หมายเลข 3 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์กรการค้าโลก) ได้รับทุนอุดหนุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11-14.

[5] กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ สำนักการค้าบริการและการลงทุน. (2554). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก www.thaifta/thaifta/portals/0/รูปแบบและอุปสรรคในการค้าบริการ [1 มิถุนายน 2537].

4) บริการด้านการจัดจำหน่าย ประกอบด้วย บริการตัวแทนนายหน้า ค้าปลีก ค้าส่ง แฟรนไชส์ เป็นต้น

5) บริการด้านการศึกษา

6) บริการด้านสิ่งแวดล้อม

7) บริการด้านการเงิน ประกอบด้วย ประกันภัย หลักทรัพย์ และธนาคาร

8) บริการที่เกี่ยวเนื่องกับสุขภาพและบริการทางสังคม เช่น โรงพยาบาล คลินิก เป็นต้น

9) บริการด้านการเดินทาง และการท่องเที่ยว ประกอบด้วย ธุรกิจเดินทางท่องเที่ยว มัคคุเทศก์ โรงแรม ภัตตาคาร

10) บริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรม และการกีฬา เช่น บริการด้านการบันเทิง บริการห้องสมุด พิพิธภัณฑ์ เป็นต้น

11) บริการด้านการขนส่ง ประกอบด้วย การขนส่งทางน้ำ ทางบก ทางราง และทางทะเล

12) บริการด้านอื่นๆ ที่ไม่อยู่ใน 11 สาขาดังกล่าวข้างต้น เช่น บริการด้านความงาม สปา เป็นต้น[6]

สาขาที่ประเทศไทยยังไม่ผูกพัน คือ สาขาบริการด้านที่เกี่ยวเนื่องกับสุขภาพและบริการสังคม และสาขาบริการด้านอื่นๆ โดยแต่ละสาขาจะจำแนกออกเป็นสาขาย่อยๆ และแต่ละสาขาย่อยๆ ก็จะจำแนกออกเป็นกิจกรรมต่างๆ อีกด้วย

การค้าบริการทั้ง 10 สาขาที่ไทยต้องผูกพันเหล่านี้ ย่อมเห็นได้ว่ามีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของชาติอย่างมาก และทำให้เกิดผลกระทบแก่ผู้ให้บริการชาวไทยที่ไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะแข่งขันสามารถประกอบกิจการต่อไปได้ ดังตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน คือ การค้าบริการในรูปแบบของการค้าปลีก ซึ่งการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยของคนต่างด้าวทำให้ร้านค้าปลีก หรือที่เรียกโดยทั่วไปว่า "ร้านโชห่วย" ซึ่งดำเนินการโดยคนไทยไม่สามารถที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้จากการขาดทุน เพราะไม่สามารถแข่งขันกับร้านค้าหรือห้างค้าปลีกของคนต่างด้าวที่มีทุนมากทำให้สามารถขายสินค้าได้ในราคาถูกและมีความเชี่ยวชาญในการโฆษณาทำให้ได้รับความนิยมจากผู้บริโภคชาวไทยเป็นอย่างมาก หรือแม้แต่การเข้าซื้อหุ้นของนิติบุคคลชาวต่างชาติในบริษัทที่ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ยักษ์ใหญ่รายหนึ่ง ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้จากการที่ผู้ประกอบการชาวต่างชาติเข้ามาประกอบการค้าบริการในสาขาอื่นๆ ด้วย ซึ่งในเวลานี้ก็มีให้เห็นโดยทั่วไปแล้ว เช่น โรงเรียน

---

[6] World Trade Organization. (2006). **THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE INSERVICES: AN INTRODUCTION**. Online Available http://www. wto.org./english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agram6_e.htm [2008, July 17].

นานาชาติ มหาวิทยาลัย สำนักงานกฎหมาย บริษัทประกันภัยและธนาคาร เป็นต้น ซึ่งการที่มีผู้ให้บริการต่างชาติเข้ามาทำการค้าบริการแข่งขันเช่นนี้ย่อมเป็นผลดีต่อผู้บริโภคในอันที่จะได้รับบริการที่ดีขึ้นในราคาที่ถูกลง เช่น ในการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีราคาถูกลงอย่างมาก เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ทางหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเหล่านี้ได้พยายามเผยแพร่ข้อมูลของ "GATS" แก่ประชาชนเพื่อความเข้าใจอันดีในสื่อต่างๆ รวมถึงข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต แต่ก็ยังมีผู้รับทราบอยู่ในวงแคบๆ เท่านั้น ดังนั้น ผู้ประกอบการด้านการค้าบริการของไทยในสาขาต่างๆ ทั้งที่เปิดเสรีทางการค้าแล้วและที่จำเป็นต้องเปิดเสรีในอนาคต ทั้งรายใหญ่และรายย่อยจึงต้องศึกษาข้อมูลต่างๆที่อาจมีผลกระทบถึงธุรกิจของตนจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันกับผู้ลงทุนต่างชาติได้ ดังที่เห็นได้ในบริการหลายๆสาขาของไทยซึ่งเป็นตัวอย่างอันดี เช่น บริการด้านสาธารณสุข โรงพยาบาลเอกชนต่างๆ ที่เริ่มมีการพัฒนาทั้งด้านบุคลากรที่สามารถสื่อสารกับชาวต่างชาติได้ การประชาสัมพันธ์ และการปรับปรุงคุณภาพให้ได้มาตรฐานสากลเป็นผลให้คนต่างชาติเข้ามาใช้บริการในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก บริการนวดแผนไทย ซึ่งมีการพัฒนาไปเป็นสปาและได้รับความนิยมจนมีเปิดให้บริการในต่างประเทศโดยคนไทย หรือการปรับองค์กรและการเพิ่มทุนของธนาคารให้มีความเข้มแข็งเพื่อสามารถแข่งขันกับธนาคารต่างชาติ เป็นต้น[7]

2.2 ประวัติความเป็นมา ความหมาย และหลักการของสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่

2.2.1 ประวัติความเป็นมาของบริการข้ามแดนระหว่างประเทศ

ในช่วงต้นปี 1980 โทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ Analog เติบโตอย่างรวดเร็วในกลุ่มประเทศยุโรป โดยเฉพาะในแถบสแกนดิเนเวีย สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส และเยอรมัน แต่ละประเทศเหล่านั้นต่างก็พัฒนาระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ของตนเอง ซึ่งไม่เข้ากับระบบของประเทศอื่น การใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการเหล่านั้นจึงถูกจำกัดเฉพาะภายในบริเวณพรมแดนประเทศตนเอง ทำให้ไม่สามารถสื่อสารระหว่างกัน และทำให้ตลาดของอุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่ถูกจำกัด

---

[7] ภิญโญ ดูวัฒนาเสนีย์. **การค้าบริการ** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://sdulaw.dusit.ac.th/km/?p=74 [20 กรกฎาคม 2554].

ต่อมา กลุ่มประเทศในยุโรปตระหนักถึงเรื่องนี้ จึงได้จัดตั้งคณะทำงานกลุ่มหนึ่งขึ้นมา ในปี 1982 เรียกว่า Groupe Speciale Mobile (GSM) เพื่อทำการศึกษาและพัฒนามาตรฐานระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่สามารถใช้ได้ทั่วทวีปยุโรป โดยที่ระบบนี้จะต้องมีคุณลักษณะเช่น มีคุณภาพเสียงดี อุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่มีราคาต่ำ และก่อให้เกิดบริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Service)

จากนั้นในปี 1989 ความรับผิดชอบของ Groupe Speciale Mobile ได้ถูกโอนไปยังองค์กร European Telecommunication Standards Institute (ETSI) และในที่สุดระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวก็เกิดขึ้นและเริ่มบริการในปี 1991 โดยใช้ชื่อ Global System for Mobile Communications (GSM) ในปี 1993 ระบบ GSM ขยายไปถึง 22 ประเทศ 36 เครือข่าย GSM ไม่ใช่เป็นเพียงมาตรฐานของยุโรปเท่านั้น เพราะแอฟริกาใต้ ออสเตรเลีย และหลายๆ ประเทศในตะวันออกกลาง และตะวันออกไกล ก็เลือกระบบ GSM ในตอนต้นปี 1994 มีผู้ใช้บริการระบบ GSM 1.3 ล้านคนทั่วโลก และในปี 2001 มีผู้ใช้บริการระบบ GSM 700 ล้านคนทั่วโลก และระบบ GSM ขยายไปถึง 175 ประเทศ 500 เครือข่าย

สาเหตุที่ผู้พัฒนาระบบ GSM เลือกระบบ Digital แทนที่จะเลือกระบบ Analog อย่างระบบ AMPS ในประเทศสหรัฐอเมริกา และ TACS ในประเทศอังกฤษ เนื่องจากระบบ Digital มีความก้าวล้ำและดีกว่าระบบ Analog ทั้งในด้านคุณภาพของเสียงและต้นทุน ระบบ GSM นำมาซึ่งมาตรฐานเดียวกันของระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ทำให้ผู้ใช้บริการไม่ถูกจำกัดการใช้เฉพาะในประเทศของตนเอง แต่สามารถนำโทรศัพท์เคลื่อนที่ของตนเอง พร้อมทั้งหมายเลขเดิมไปใช้ในประเทศอื่นที่มีระบบ GSM เช่นกัน ดังนั้น บริการข้ามแดนระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้นได้[8]

ในปี 1990 บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) หรือ เอไอเอส ซึ่งเป็นบริษัทที่ผู้วิจัยได้ทำงานอยู่ในปัจจุบันได้รับสัมปทานจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ปัจจุบันคือ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) ให้เป็นผู้ให้บริการในการวางเครือข่ายและโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบเซลลูล่าร์ และดิจิตอล จีเอสเอ็ม ความถี่ 900 MHz และเริ่มเปิดให้บริการอย่างเป็นทางการสำหรับระบบเซลลูล่าร์ 900 เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2010 (2553) และระบบดิจิตอล จีเอสเอ็มเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 1994 (2537) และ เนื่องจากโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ GSM เป็นระบบมาตรฐานสากลทั่วโลก ซึ่งเป็นที่นิยมใช้กว่า 170 ประเทศทั่วโลก จึงมีคุณสมบัติเด่นในการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ดังนั้นในปี 1994 เอไอเอสจึงได้เริ่มเจรจากับผู้ให้บริการระบบ GSM ในประเทศอื่นๆ เพื่อดำเนินการให้

---

[8] สุชาดา ตันติราพันธ์. (2545). **การศึกษาปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจสมัครใช้บริการข้ามแดนอัตโนมัติของผู้ใช้บริการในระบบเครือข่ายดิจิตอล จีเอสเอ็ม 900 ในเขตกรุงเทพมหานคร**. วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 1-2.

ผู้ใช้บริการของเอไอเอสสามารถใช้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศบนเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ของต่างประเทศได้เมื่อผู้ใช้บริการได้เดินทางไปยังประเทศนั้นๆ ที่ได้มีการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศด้วยกันไว้ โดยเริ่มให้บริการดังกล่าวในประเทศฮ่องกงเป็นประเทศแรก และในประเทศอื่นๆ จนครอบคลุมทุกประเทศทั่วโลกมาจนถึงปัจจุบัน

2.2.2ความหมายและลักษณะของบริการข้ามแดนระหว่างประเทศ[9]

2.2.2.1 ความหมายของบริการข้ามแดนระหว่างประเทศ(International Roaming Service) หมายถึง การให้บริการใช้เครือข่ายร่วมระหว่างประเทศแก่ผู้ใช้บริการ โดยใช้เครือข่ายของผู้ให้บริการโทรคมนาคมในต่างประเทศกล่าวคือ เป็นบริการโทรติดต่อสื่อสารระหว่างกัน (โทรออก-รับสาย) หรือใช้บริการอื่นๆ รวมทั้ง 3G/EDGE/GPRS โดยใช้เครือข่ายระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ให้บริการโทรคมนาคมในต่างประเทศ เป็นบริการที่อำนวยความสะดวกให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่สามารถนำโทรศัพท์เคลื่อนที่เครื่องเดิม หมายเลขเดิมที่ใช้อยู่ที่ประเทศไทยไปใช้โทรออก-รับสาย หรือใช้บริการอื่นๆ รวมทั้ง 3G/EDGE/GPRSในต่างประเทศได้ ผู้ใช้บริการสามารถนำโทรศัพท์เคลื่อนที่พร้อม SIM CARD หรือนำเพียง SIM CARD อย่างเดียวไปใช้ที่ต่างประเทศได้หลังจากที่ผู้ให้บริการได้ลงนามสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International RoamingAgreement) ระหว่างเครือข่ายของประเทศนั้นๆและทำการทดสอบการส่งสัญญาณระหว่างผู้ให้บริการกับเครือข่ายนั้นๆเรียบร้อยแล้ว

ผู้ให้บริการโทรคมนาคมในต่างประเทศหมายถึง ผู้ประกอบธุรกิจให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในต่างประเทศที่มีข้อตกลงร่วมใช้บริการเครือข่ายระหว่างประเทศกับผู้ให้บริการและตกลงให้ผู้ให้บริการเป็นผู้เรียกเก็บค่าบริการทั้งหมดจากผู้ใช้บริการ

2.2.2.2 ลักษณะของบริการข้ามแดนระหว่างประเทศ

บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ มี2 ลักษณะ คือ

1. ผู้ใช้บริการคนไทยนำโทรศัพท์เคลื่อนที่จากประเทศไทยไปใช้เครือข่ายในต่างประเทศ โดยเป็นเครือข่ายที่มีข้อตกลงทำสัญญาการใช้ระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) กับผู้ให้บริการต่างประเทศ (Outbound Roaming) และ
2. ผู้ใช้บริการต่างประเทศของเครือข่ายที่มีการทำสัญญาการใช้ระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ข้ามแดน(International Roaming Agreement) กับผู้ให้บริการนำโทรศัพท์เคลื่อนที่มาใช้ในประเทศไทย (Inbound Roaming)

---

[9]บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.knowyourmobile.com/glossary/roaming [2009, March 8]

ทั้งนี้ จากที่ได้กล่าวถึงรูปแบบการค้าบริการระหว่างประเทศมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า การให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นการค้าบริการระหว่างประเทศในรูปแบบที่ 2 (Mode 2): การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption Abroad) เนื่องจากเป็นการให้บริการที่เกิดขึ้นในพรมแดนของประเทศผู้ให้บริการโดยผู้ใช้บริการซึ่งอยู่ในประเทศหนึ่งเดินทางจากประเทศตนเข้ามาขอรับบริการ ณ สถานประกอบการของผู้ให้บริการในประเทศผู้ให้บริการซึ่งอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง

2.2.3 ปัจจัยสำคัญสำหรับบริการข้ามแดนระหว่างประเทศ[10]

บริการข้ามแดนระหว่างประเทศเกิดขึ้นได้ด้วยปัจจัยสำคัญต่างๆ ดังนี้

1.การใช้บริการประเภทนี้ จะต้องเป็นเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน เช่น เป็นระบบจีเอสเอ็มเหมือนกัน

2. จะต้องมีการเจรจาและกำหนดข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ใช้บริการในแต่ละระบบและในแต่ละประเทศ

3. จะต้องไม่มีข้อจำกัดทางเทคนิค หรือกฎหมายของแต่ละประเทศ

2.2.4หลักการสำคัญของการใช้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ

1.ผู้ที่ต้องการโทรหาเครื่องโทรศัพท์ระบบจีเอสเอ็ม ไม่จำเป็นต้องทราบว่าเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบจีเอสเอ็มอยู่ที่ใด เพราะจะเป็นหน้าที่ของระบบการทำงานของเครือข่ายที่จะทำหน้าที่ในการเชื่อมโยงเครือข่ายทันทีที่มีการเรียกใช้

2.เมื่อเครื่องโทรศัพท์ระบบจีเอสเอ็มเข้าไปอยู่ ณ ประเทศใดที่มีการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศเรียบร้อยแล้วก็จะสามารถใช้งานได้เช่นเดียวกับเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศนั้น

2.2.5ความหมายและลักษณะสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ

สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เป็นสัญญาที่สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม (GSM Association)หรือ GSMA ได้กำหนดเนื้อหาของสัญญาให้มีรูปแบบเป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยคู่สัญญาผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่จะต้องลงนามทำสัญญาร่วมกันในการจัดทำการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศเพื่อเปิดให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่สามารถติดต่อสื่อสารข้ามแดนระหว่างกันทั่วโลกได้อย่างสะดวกสบาย GSMA ได้มีการแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาให้

---

[10]สุชาดา ตันติราพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 9-10.

ทันสมัยและสอดคล้องกับวิธีปฏิบัติในกรณีที่มีปัญหาข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีหลายฉบับ ซึ่งฉบับปัจจุบันที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญา คือInternational Roaming AgreementVersion 15.1 (30 July 2012)

2.3หน่วยงานระหว่างประเทศที่กำกับดูแลและหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง

2.3.1 สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม (GSM Association)

สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม(GSM Association)หรือ GSMAเป็นสมาคมของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่และบริษัทที่เกี่ยวข้อง ทำหน้าที่สนับสนุนการทำให้เป็นมาตรฐาน และการส่งเสริมโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ GSMสมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม หรือ GSMA ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี 1995GSMA ประวัติศาสตร์ของ GSMA เริ่มต้นจาก EU GSM declaration ในปี 1982 แต่ถูกสร้างอย่างเป็นทางการจาก GSM MoU Association ในปี 1995

2.3.1.1 สมาชิกภาพของ GSMA (GSMA Membership)[11]

GSMA รับรองผลประโยชน์ของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ทั่วโลก GSMA ได้ขยายขอบเขตไปมากกว่า 220 ประเทศ และรวบรวมผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของโลกเกือบ 800 รายเข้าไว้ด้วยกัน และมากกว่า 200 บริษัท ในระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ทั่วโลก รวมทั้งผู้ผลิตเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ บริษัทซอฟท์แวร์ ผู้ให้บริการอุปกรณ์ บริษัทอินเทอร์เน็ต และองค์กรสื่อและบันเทิง นอกจากนี้ GSMA ยังได้สร้างงานชั้นนำทางอุตสาหกรรม เช่น การประชุม Mobile World Congress และ Mobile Asia Congressด้วย

2.3.1.2 ประเภทของสมาชิกภาพ(Types of Membership)

GSMA มีสมาชิกภาพ 3 ประเภทได้แก่สมาชิกภาพเต็ม (Full membership) สมาชิกภาพสมทบ (Associate membership) และสมาชิกภาพที่ร่างรายงานต่อที่ประชุมใหญ่ (Rapporteur membership)

- สมาชิกภาพเต็ม (Full membership)

สมาชิกภาพเต็มเปิดให้แก่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เครือข่ายในเครือ GSM ผู้ได้รับอนุญาต (รวมทั้ง GSM, DCS, PCS, UMTS หรือที่เท่าเทียมกันและ LTE)

---

[11]สมาชิกภาพของ GSMA (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.gsma.com/membership/who-are-our-gsma-members/ [2003, January 11].

คุณสมบัติที่เหมาะสมในการเป็นสมาชิกภาพเต็ม:

เฉพาะบริษัทที่มีใบอนุญาตให้ประกอบการเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งใช้เทคโนโลยีในเครือข่ายGSM สามารถมีคุณสมบัติเป็นสมาชิกภาพเต็มของ GSMA

- สมาชิกภาพสมทบ (Associate membership)

นอกเหนือจากสมาชิกที่เป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แล้ว สมาชิกภาพสมทบยังเปิดให้แก่ผู้ประกอบการ, ผู้จัดหา, เคลียริ่งเฮ้าส์และผู้ให้บริการการแก้ปัญหาเปิดการเชื่อมต่อด้วย

- สมาชิกภาพที่ร่างรายงานต่อที่ประชุมใหญ่ (Rapporteur membership)

เปิดให้แก่ผู้ที่มิใช่ผู้ให้บริการที่ได้รับใบอนุญาต GSM ย้ายไปยัง LTE/HSPA หรือผู้ซึ่งประสงค์จะท่องเที่ยวบนระบบGSM

2.3.1.3 มาตรฐานจีเอสเอ็ม[12]

จีเอสเอ็ม (GSM) ย่อมาจาก Global System for Mobile Communications ในชื่อเดิมว่า Groupe Spéciale Mobile เป็นมาตรฐานของเทคโนโลยีโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในโลกพัฒนาโดย European Telecommunications Standards Institute (ETSI) หรือ สมาคมมาตรฐานโทรคมนาคมแห่งยุโรป ใช้เพื่ออธิบายถึงเทคโนโลยีสำหรับเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ดิจิตอลยุคที่ 2(2G) ถูกพัฒนาขึ้นแทนที่เครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่อนาล็อกยุคที่ 1 (1G) มาตรฐาน GSM ดั้งเดิมอธิบายถึงเครือข่ายดิจิตอลและสลับวงจรที่ใช้ให้เหมาะสมสำหรับ full duplex voice telephony มาตรฐานดังกล่าวได้ขยายรวมไปถึงการส่งผ่านข้อมูลแบบสลับวงจรครั้งแรก (circuit switched data) และการส่งผ่านข้อมูลแบบกลุ่ม (packet data) ผ่านช่องทางGPRS (General Packet Radio Services) ความเร็วในการส่งผ่านข้อมูลแบบกลุ่ม ต่อมาได้เพิ่มช่องทางผ่านEDGE (Enhanced Data rates for GSM Evolution) อ้างเป็น EGPRS มาตรฐาน GSM ได้พัฒนาเพิ่มขึ้นหลังจากการพัฒนาของยุคที่ 3 (3G) มาตรฐานUMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ได้รับการพัฒนาโดย3GPP (Third Generation Partnership Project) เครือข่าย GSM จะพัฒนาอย่างมากต่อไปเป็นถูกรวมเข้าเป็นยุคที่ 4 (4G) มาตรฐาน LTE(Long Term Evolution) Advancedด้วย ซึ่ง "GSM" เป็นเครื่องหมายการค้าภายใต้การดูแลของ GSM Association

---

[12] มาตรฐานจีเอสเอ็ม. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.gsma.com/aboutus/gsm-technology/gsm[2003, May 8].

2.3.2 สมาคมมาตรฐานโทรคมนาคมแห่งสหภาพยุโรป (European Telecommunications Standards Institute หรือ ETSI)[13]

สมาคมมาตรฐานโทรคมนาคมแห่งสหภาพยุโรป มีหน้าที่สร้างมาตรฐานที่สามารถใช้บังคับได้ทั่วโลกสำหรับเทคโนโลยีข้อมูลและการสื่อสาร รวมไปถึงเทคโนโลยีโทรศัพท์ประจำที่ โทรศัพท์เคลื่อนที่ วิทยุ การรวมกัน การกระจายเสียง อินเทอร์เน็ต

ETSI ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการจากสหภาพยุโรปในฐานะเป็นองค์กรมาตรฐานยุโรป ที่มีคุณภาพระดับสูงในการทำงาน และมีแนวทางที่นำไปสู่การทำให้ได้มาตรฐานซึ่งพัฒนาไปสู่รากฐานแห่งยุโรป มีสาขาการปฏิบัติงานทั่วโลก พร้อมด้วยความยอดเยี่ยมทางเทคนิค

ETSI เป็นองค์กรอิสระที่ไม่แสวงหากำไรที่เป็นมาตรฐานในอุตสาหกรรมโทรคมนาคมในยุโรป ประกอบด้วยสมาชิกที่มีมากกว่า 700 องค์กรมาจาก 62 ประเทศ 5 ทวีปทั่วโลก

2.3.2.1 สมาชิกภาพของ ETSI

สมาชิกของ ETSI ประกอบด้วย

- สมาชิกภาพเต็ม (Full Members)
- สมาชิกภาพสมทบ (Associate Members)
- ผู้สังเกตการณ์ (Observers)

2.3.3 สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union หรือ ITU)

2.3.3.1 ประวัติความเป็นมา[14]

สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศเป็นองค์กรชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ เป็นองค์การระหว่างประเทศ มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกในการปรับปรุงและใช้ประโยชน์ด้านกิจการโทรคมนาคมอย่างถูกต้อง ตลอดจนส่งเสริมละให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศกำลังพัฒนาด้านโทรคมนาคมจัดตั้งขึ้นครั้งแรกที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1865 (พ.ศ. 2408) โดยใช้ชื่อว่า สหภาพโทรเลขระหว่างประเทศ (International Telegraph Union) ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1904 (พ.ศ. 2447) มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่นครเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์

---

[13]สมาคมมาตรฐานโทรคมนาคมแห่งสหภาพยุโรป. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://etsi.org [2005, October 11]

[14]ประวัติความเป็นมา สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.itu.int/en/about/Pages/history.aspx [2008, July 5]

2.3.3.2อำนาจหน้าที่

สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- กำหนดระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการประสานงานและแผนงานด้านโทรคมนาคมระหว่างประเทศ รวมทั้งวิทยุคมนาคมในกิจการสื่อสารอวกาศ
- ส่งเสริม ปรับปรุง ขยาย และจัดการใช้บริการด้านโทรคมนาคม เช่น โทรศัพท์ โทรเลข วิทยุคมนาคมในกิจการสื่อสารอวกาศการกระจายเสียง โทรทัศน์ ฯลฯ เพื่อสามารถให้ใช้ได้ทั่วถึงกันทุกประเทศ
- จัดสรรความถี่วิทยุและรักษาทะเบียนความถี่สำหรับทุกบริการทั่วโลก
- กำหนดมาตรฐานเครื่องมือเครื่องใช้ในกิจการโทรคมนาคม ป้องกันการรบกวนซึ่งกันและกันในกิจการวิทยุคมนาคม และติดต่อประสานงานเพื่ออำนวยความสะดวก ให้ความร่วมมือทางวิชาการในด้านโทรคมนาคมให้แก่ประเทศต่างๆ ที่ต้องการความช่วยเหลือ

2.3.3.3 โครงสร้างของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ

1. ที่ประชุมใหญ่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็ม (The Plenipotentiary Conference) ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของสหภาพฯ
2. สภาบริหาร (The Council) ซึ่งทำหน้าที่ในนามของที่ประชุมใหญ่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็ม
3. ที่ประชุมใหญ่ระดับโลกว่าด้วยโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (World Conference on International Telecommunications)
4. ภาคการวิทยุคมนาคม (ITU-R, Radiocommunication Sector) รวมถึง
   - ที่ประชุมใหญ่ต่างๆ ระดับโลกและระดับภูมิภาคว่าด้วยวิทยุคมนาคม (World and Regional Radiocommunication Conferences)
   - ที่ประชุมสมัชชาวิทยุคมนาคม (Radiocommunication Assemblies)
   - คณะกรรมการกฎข้อบังคับวิทยุ (The Radio Regulations Board)
5. ภาคการมาตรฐานโทรคมนาคม (ITU-T, Telecommunication Standardization Sector) รวมถึงที่ประชุมใหญ่ระดับโลกว่าด้วยการมาตรฐานโทรคมนาคม (World Telecommunication Standardization Conferences)
6. ภาคการพัฒนาโทรคมนาคม (ITU-D, Telecommunication Development Sector) รวมถึงที่ประชุมใหญ่ระดับโลกและระดับภูมิภาคว่าด้วยการพัฒนาโทรคมนาคม (World and Regional Telecommunication development Conferences)
7. สำนักเลขาธิการ (The General Secretariat)

2.3.3.4 ภารกิจของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ

ITU ประกอบด้วย 3 ภาคส่วน ในภารกิจด้านต่างๆ ดังนี้

1. ภาคการวิทยุคมนาคม (ITU-R, Radiocommunication Sector)

ภาคการวิทยุคมนาคม มีหน้าที่บริหารแถบคลื่นความถี่วิทยุระหว่างประเทศและทรัพยากรต่างๆ สำหรับการโคจรของดาวเทียม ITU-R มีสำนักเลขาธิการ เรียกว่า สำนักการสื่อสารวิทยุ (Radiocommunication Bureau, BR) ซึ่งก่อนปี ค.ศ. 1982 เป็นคณะกรรมการที่ปรึกษาการวิทยุระหว่างประเทศ (International Radio Consultative Committee, CCIR)

2. ภาคการมาตรฐานโทรคมนาคม (ITU-T, Telecommunication Standardization Sector)

ภาคการมาตรฐานโทรคมนาคม ทำหน้าที่กำหนด "มาตรฐาน" (Standard) ของวงการโทรคมนาคมแทบทุกเรื่อง เช่น อินเทอร์เน็ต โพรโตคอลการส่งข้อมูล กระบวนการบีบอัดเสียงและวิดีโอ เป็นต้น ITU-T มีสำนักเลขาธิการเรียกว่า สำนักมาตรฐานโทรคมนาคม (Telecommunication Standardization Bureau, TSB) ซึ่งก่อนปี ค.ศ. 1982 เป็นคณะกรรมการที่ปรึกษาโทรเลขและโทรศัพท์ระหว่างประเทศ (International Telephone and Telegraph Consultative Committee, CCITT)

3. ภาคการพัฒนาโทรคมนาคม (ITU-D, Telecommunication Development Sector)

ภาคการพัฒนาโทรคมนาคม จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1982มีหน้าที่เพื่อส่งเสริมการเข้าถึงสารสนเทศและเทคโนโลยีสารสนเทศในนานาประเทศอย่างเท่าเทียม พอเพียง และด้วยค่าใช้จ่ายที่ยอมรับได้ ITU-D มีสำนักเลขาธิการเรียกว่า สำนักพัฒนาโทรคมนาคม (Telecommunication Development Bureau, BDT)

2.3.3.5 สมาชิกภาพของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ[15]

สมาชิกภาพของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศมี 3 ประเภท คือ

- ประเทศสมาชิก (Member States) ปัจจุบันมีจำนวน 191 ประเทศโดยมี Mr. Hamadoun Touré เป็นเลขาธิการใหญ่ของสหภาพฯ
- ธุรกิจอุตสาหกรรมด้านโทรคมนาคมและเทคโนโลยีสารสนเทศ (Sector Members) ปัจจุบันมีจำนวน 572 ราย
- สมาคม (Associations) ปัจจุบันมีจำนวน 153 แห่ง

---

[15]สมาชิกภาพของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ. (ออนไลน์).เข้าถึงได้จาก http://www.itu.int/en/council/Pages/default.aspx [2005, June 2].

2.3.3.6 สภาบริหารสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ(ITU Council)

1) การจัดตั้ง

สภาบริหารสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (ITU Council) ได้รับการจัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1947 (พ.ศ. 2490) ประกอบด้วยสมาชิก จำนวนไม่เกินร้อยละ 25 ของสมาชิกสหภาพฯ ทั้งหมด ซึ่งได้มาโดยวิธีเลือกตั้งจากการประชุมใหญ่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของสหภาพฯ โดยให้มีความเสมอภาค ตามจำนวนที่นั่งของสมาชิก ใน 5 ภูมิภาคตามการจัดแบ่งเพื่อการบริหารของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ คือ

ภูมิภาค A - ทวีปอเมริกา

ภูมิภาค B - ทวีปยุโรป ฝั่งตะวันตก

ภูมิภาค C - ทวีปยุโรป ฝั่งตะวันออก

ภูมิภาค D - ทวีปแอฟริกา

ภูมิภาค E - ทวีปเอเชียและทวีปออสเตรเลีย

ปัจจุบัน สภาบริหารสหภาพฯ มีสมาชิกทั้งหมด 46 ประเทศ

2) ลักษณะของสภาบริหารสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ

สภาบริหารสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ เป็นองค์กรสำคัญอันดับ 2 รองจากที่ประชุมใหญ่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของสหภาพฯ ประกอบด้วยสมาชิก 46 ประเทศ ปกติจะมีการประชุมทุกปี เพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรปฏิบัติการในหน้าที่ของสหภาพฯ อย่างต่อเนื่องระหว่างการประชุมใหญ่ 2 สมัย พิจารณารายงานประจำปีที่จัดทำโดยเลขาธิการ ให้ความเห็นชอบงบประมาณ แผนอัตรากำลังตลอดจนอัตราเงินเดือนและสิทธิประโยชน์ของเจ้าหน้าที่สหภาพฯ จัดการประชุมระดับโลกและระดับภูมิภาค ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับบริการโทรคมนาคมระหว่างประเทศ

3) หน้าที่และความรับผิดชอบสภาบริหารสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ

สภาบริหารสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศมีบทบาทในการพิจารณาปัญหาเชิงนโยบาย ด้านการสื่อสารโทรคมนาคมระหว่างประเทศ ในช่วงที่ยังไม่ถึงกำหนดการประชุมใหญ่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของสหภาพฯ เพื่อให้การดำเนินงาน นโยบาย และยุทธศาสตร์ต่างๆ ของสหภาพฯ สามารถตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ในยุคโลกาภิวัตน์ สภาบริหารนี้มีหน้าที่จัดทำรายงานเกี่ยวกับนโยบาย และการวางแผนเชิงกลยุทธ์ ให้แก่สหภาพฯ นอกจากนั้น ยังรับผิดชอบในการดำเนินงานประจำวันของสหภาพฯ การประสานโครงการ และการอนุมัติและควบคุมงบประมาณและค่าใช้จ่ายของสหภาพฯ ด้วย

4) การเป็นสมาชิกของประเทศไทย[16]

ประเทศไทยเริ่มเป็นสมาชิกของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (ในสมัยที่ใช้ชื่อว่า สหภาพโทรเลขระหว่างประเทศ) ตั้งแต่เมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1883 ด้วยเล็งเห็นผลประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับการพัฒนาปรับปรุงการบริหารความถี่วิทยุเพื่อกิจการโทรคมนาคมด้านต่างๆ การพัฒนาและการปรับปรุงรูปแบบการบริการโทรคมนาคมให้ทันสมัย และมีขอบเขตการบริการกว้างขวางทัดเทียมกับนานาประเทศ โดยมีกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเป็นตัวแทนฝ่ายบริหารของประเทศและมีคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติเป็นตัวแทนฝ่ายกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศ

5) บทบาทของประเทศไทยในสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ

สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศได้เลือกประเทศไทยเป็นที่ตั้งของสำนักงานประจำภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิก โดยตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2535 ทำให้ประเทศไทยสามารถติดต่อขอรับความร่วมมือทางวิชาการจากสหภาพฯ เพื่อพัฒนาบุคลากรและรับวิทยากรที่ทันสมัยได้สะดวกยิ่งขึ้น ทั้งจะช่วยให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางด้านโทรคมนาคมในภูมิภาคต่อไป

ประเทศไทยได้เริ่มมีบทบาทสำคัญและเป็นที่ยอมรับของสมาชิกสหภาพฯ เมื่อได้รับการเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาบริหารสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ(ITU Council) ซึ่งเป็นองค์กรสำคัญยิ่งของสหภาพฯ ในคราวประชุมใหญ่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของสหภาพฯ (The Plenipotentiary Conference) ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของสหภาพฯ ที่เมืองมะละกา ตอเรมอริโนส ประเทศสเปน เมื่อปี พ.ศ. 2516 ทำให้ประเทศไทยได้มีส่วนร่วมในการบริหารงานสหภาพฯ โดยตรง และมีโอกาสทราบนโยบายต่างๆ ของสหภาพฯ ตลอดจนทำหน้าที่เป็นผู้แทนของประเทศสมาชิกอื่นๆ ในภูมิภาคเอเชียและออสตราเลเซียในที่ประชุมสภาบริหาร ซึ่งมีการประชุมทุกปี และมีวาระดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี โดยล่าสุดได้มีการเลือกตั้งสภาบริหารในระหว่างการประชุมใหญ่ผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มปี ค.ศ. 2006 (Plenipotentiary Conference2006: PP-06) ซึ่งจัดขึ้น ณ เมือง Antalya ประเทศตุรกี ระหว่างวันที่ 6-24 พฤศจิกายน 2549 ซึ่งประเทศไทยได้รับเลือกตั้งซ้ำในตำแหน่งสมาชิกสภาบริหาร (Region E-Asia and Australasia) อีกเป็นสมัยที่ 7 ติดต่อกัน ทำให้ประเทศไทยได้รับความไว้วางใจจากสมาชิกเพิ่มมากขึ้นและเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในสหภาพฯ

---

[16]Membership - Country/geographical area Thailand. International Telecomunication Union.(ออนไลน์).เข้าถึงได้จาก http://www.itu.int/en/about/Pages/default.aspx [2008, May 4].

2.3.4 คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ[17]

2.3.4.1 ประวัติสำนักงาน กสทช.

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช.เป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 อันเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นให้เป็นไปตามมาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติว่า

"คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตาม วรรคหนึ่ง และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ"

2.3.4.2 อำนาจหน้าที่ของกสทช.

กสทช.มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน โดยมีสำนักงาน กสทช. เป็นหน่วยงานธุรการซึ่งได้รับโอนบรรดากิจการ ทรัพย์สินสิทธิ หน้าที่ หนี้ พนักงานและลูกจ้างและเงินงบประมาณมาจากสำนักงาน กทช.ตั้งแต่วันที่ 20 ธันวาคม 2553 เป็นต้นมา และในระหว่างที่การแต่งตั้ง กสทช.ยังไม่แล้วเสร็จ กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติหรือ กทช. ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ กสทช.ไปพลางก่อนตามบทเฉพาะกาล

2.3.4.3 องค์ประกอบของกสทช.

เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2554 ประเทศไทยได้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช.จำนวน 11 ท่าน ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากสาขาต่างๆที่ผ่านการสรรหาและคัดเลือกมาอย่างเข้มข้นก่อนที่วุฒิสภาจะมีมติเลือกภายในกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนดจนได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯแต่งตั้งให้เข้ามาดำรงตำแหน่ง กสทช.เพื่อมีอำนาจในการกำกับดูแลกิจการสื่อสารของประเทศอย่างเต็มรูปแบบได้ในที่สุดและเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติภารกิจกฎหมายกำหนดให้มีคณะกรรมการย่อย 2 คณะ ปฏิบัติการแทนกสทช.ใน

---

[17]คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.nbtc.go.th/wps/portal/NTC/OffNTC/History [9 มีนาคม 2554]

ด้านที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ "คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ หรือกสท." ปฏิบัติการแทนในส่วนภารกิจเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และ "คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม หรือกทค." ปฏิบัติการแทนในส่วนภารกิจเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมและเนื่องจากทั้ง กสท.และกทค. เป็นคณะกรรมการย่อยในบอร์ด กสทช.การกำหนดนโยบายและตัดสินใจในเรื่องสำคัญๆ ยังต้องเป็นการตัดสินใจร่วมกันของบอร์ดทั้ง 11 คน และใช้บุคลากรของสำนักงาน กสทช. ซึ่งมีเลขาธิการกสทช.เป็นผู้ดูแลในการสนับสนุนการขับเคลื่อนภารกิจ

ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันคลื่นความถี่และการประกอบกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยได้เข้าสู่ระบบการกำกับดูแลโดยกสทช. อันจะนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนและก่อให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม

2.4 แนวคิด และทฤษฎีว่าด้วยการแสดงเจตนา เสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (The Doctrine of Freedom of Contract and Autonomy of Will)

2.4.1ทฤษฎีว่าด้วยการแสดงเจตนา

การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะเข้าทำและลงนามสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International roaming Agreement) ตามมาตรฐานสัญญาที่ GSMA ได้กำหนดรูปแบบไว้ เพื่อทำให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งเดินทางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งสามารถใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เครือข่ายของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศที่ตนได้เดินทางไปนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาในการเข้าทำสัญญาระหว่างกันซึ่งทฤษฎีว่าด้วยการแสดงเจตนาที่ยอมรับกันโดยทั่วไปจะมีผลเมื่อใดนั้นประกอบด้วย 4 ทฤษฎี ได้แก่[18]

ก) ทฤษฎีเผยเจตนา (Theory of Emission)

---

[18]อริยะ เพ็ชร์สาคร. ทฤษฎีว่าด้วยการแสดงเจตนา. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://lawgroupsinterlaw.blogspot.com/ [20 กันยายน 2550]

ทฤษฎีนี้ถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อได้มีการแสดงเจตนาออกมา แม้จะยังไม่มีการส่งเจตนาออกไปก็ตาม

ข)ทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of Dispatch)

ทฤษฎีนี้ถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อผู้แสดงเจตนาได้ส่งเจตนาของตนไปยังผู้รับการแสดงเจตนา กล่าวคือ เมื่อได้มีการส่งเจตนาลงตู้ไปรษณีย์เมื่อใด การแสดงเจตนามีผลเมื่อนั้น

ค)ทฤษฎีรับเจตนา (Theory of Reception)

ทฤษฎีนี้ถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อเจตนาของผู้ส่งไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา กล่าวคือ เมื่อได้ส่งเจตนาลงตู้รับไปรษณีย์ของผู้รับการแสดงเจตนาเมื่อใด การแสดงเจตนามีผลเมื่อนั้น

ง)ทฤษฎีทราบเจตนา (Theory of information)

ทฤษฎีนี้ถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบเจตนาของผู้ส่งเจตนาแล้ว กล่าวคือผู้รับเจตนาได้อ่าน ข้อความที่ส่งไปแล้ว การแสดงเจตนานั้นจึงจะเกิดผล

อนึ่ง ประเทศที่ใช้กฎหมายระบบใน Common Law มักยึดถือตามแนวคิดของทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of Dispatch) แต่ประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Civil Law เช่น ฝรั่งเศส และเยอรมนี ยึดถือตามแนวคิดของทฤษฎีรับเจตนา (Theory of Reception)

สำหรับประเทศไทยยึดถือตามแนวคิดของทฤษฎีรับเจตนา (Theory of Reception) ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 ที่บัญญัติว่า "การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า ให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนานั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา..."

2.4.2 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วย เสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

ในทางปฏิบัตินานาประเทศ รวมทั้งประเทศไทยได้ยอมรับหลักเอกภาพว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะเลือกกฎหมายของประเทศคู่สัญญาและศาลที่ใช้บังคับกันระหว่างคู่สัญญาได้ หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีและเจตนาที่คู่สัญญาแสดงออกไปนั้นมีความศักดิ์สิทธิ์โดยประเทศไทยได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

ในศตวรรษที่ 17 ถึงศตวรรษที่ 19 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาได้รับอิทธิพลจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)ซึ่งเป็นยุคที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้ว ทำให้ประชาชนมีสิทธิในการปกครองตนเอง โดยที่ระบอบประชาธิปไตยนั้นจะเน้นหลักในเรื่องความเสมอภาคและสิทธิเสรีภาพ โดยจะให้

ความสำคัญต่อการแสดงเจตนาของบุคคลอยู่เหนือสิ่งอื่นใด จึงทำให้แนวคิดต่างๆ ต้องอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

2.4.2.1 ความหมายของเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา[19]

เสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) หมายถึง บุคคลต้องมีเสรีภาพในการทำการใดๆ ตามความต้องการ โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ

ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) หมายถึง เจตนาที่แสดงออกไปต้องมีความศักดิ์สิทธิ์ รัฐต้องรับรองและคุ้มครอง กล่าวคือ เจตนาของแต่ละคนที่แสดงออกมา รัฐต้องกฎหมายรับรองถึงการแสดงเจตนานั้น

2.4.2.2 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนานี้ เป็นแนวคิดทฤษฎีและหลักเกณฑ์ที่ยอมรับนับถือกันมากของนักปราชญ์ในสมัยศตวรรษที่ 18 โดยอดัม สมิธ (Adam Smith) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างไรก็ได้ซึ่งตนเห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด" แนวความคิดดังกล่าวยอมรับว่าบุคคลมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการแสดงเจตนาของบุคคลไม่ได้ รัฐต้องออกกฎหมายยอมรับบังคับให้ตามเจตนานั้น อดัม สมิธ มีความประสงค์จะให้เสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลถูกจำกัดลงน้อยที่สุด โดยเห็นว่าเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลนี้ควรจะถูกจำกัดโดยความสมัครใจของบุคคลเท่านั้น

จากแนวคิดดังกล่าว จึงนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนากล่าวคือ รัฐเองจะบัญญัติกฎหมายไปบังคับ หรือเปลี่ยนแปลงยกเลิกการทำสัญญาของเอกชนไม่ได้ การแสดงเจตนาทำสัญญาที่เกิดจากหลักเสรีภาพของบุคคลนี้มีความศักดิ์สิทธิ์ สัญญาจะถูกบังคับไปตามเจตนาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ สัญญาดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ ต้องปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้โดยลำพัง รัฐจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะในกรณีที่เห็นสมควรหรือจำเป็นเท่านั้น

2.4.2.3ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงเจตนา

ในปัจจุบันได้มีข้อโต้แย้งหลายประการเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนานี้นักปรัชญาบางคนเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างยุติธรรมก็ต่อเมื่อบุคคลมีความทัดเทียมกันของอำนาจ

---

[19]กรรณิการ์ ทองพันธ์. (2556). **ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในความผิดตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง. หน้า 25-26.

ของการต่อรอง (Equality of Bargaining Power) เท่านั้น ซึ่งในสังคมปัจจุบันนี้ คู่สัญญามิได้มีความเท่าเทียมกันเช่นนั้นเลย ไม่ว่าจะเป็นทางด้านสติปัญญา ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม แม้กระทั่งในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมก็ตาม ก็ไม่มีความทัดเทียมกันของอำนาจต่อรองดังกล่าว ผู้ที่เข้มแข็งกว่าจึงมักเอาเปรียบจากผู้ที่อ่อนแอกว่า ดังนั้น ในปัจจุบันกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนามากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.4.2.4การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา[20]

ในปัจจุบัน เสรีภาพในการทำสัญญาย่อมถูกจำกัดเช่นเดียวกับเสรีภาพในการแสดงเจตนา เพราะคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมในฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ทำให้คู่สัญญาฝ่านที่เข้มแข็งกว่าเท่านั้นที่จะมีเสรีภาพในการกำหนดเกี่ยวกับสัญญา

ลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามีดังนี้

1. การจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา ซึ่งอาจถูกจำกัดสำหรับคู่สัญญาที่ดำเนินกิจการผูกขาดที่อาจมีกฎหมายพิเศษกำหนดให้เขาต้องยอมทำสัญญากับบุคคลทุกคนที่เข้ามาขอทำสัญญาใช้บริการ จะปฏิเสธไม่ได้

2. การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งเสรีภาพต้องถูกจำกัดเพื่อประโยชน์ที่เหนือกว่า กล่าวคือ กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น คู่สัญญาไม่อาจทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

3. การจำกัดเสรีภาพในเรื่องแบบของสัญญา กล่าวคือ เมื่อกฎหมายบังคับให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายกำหนดหรือบังคับไว้

4. การจำกัดเสรีภาพในเรื่องเจตนาเพื่อที่จะคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลอื่นที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น กรณีการแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก และคู่กรณีแห่งสัญญาไม่รู้ หรือไม่อาจที่จะรู้ได้ว่ามีกลฉ้อฉลของบุคคลภายนอก ดังนี้แม้เสรีภาพในการแสดงเจตนาจะถูกตัดทอนเพราะกลฉ้อฉลของบุคคลภายนอก สัญญาก็ยังสมบูรณ์ เพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่ทราบถึงกลฉ้อฉลนั้นเลย

5. การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา ซึ่งอาจถูกกำหนดโดยกฎหมาย เช่น กฎหมายกำหนดราคาควบคุมสำหรับสินค้าบางประเภท หรืออาจถูกจำกัดด้วยคู่สัญญาเอง เมื่อ

---

[20]จำปี โสตถิพันธ์. (2543). **คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 213-214.

คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเป็นผู้กำหนดเนื้อหาของสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว และให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจอ่อนแอกว่าเข้ามายอมรับเนื้อหาที่ได้กำหนดไว้แล้ว ซึ่งอาจเกิดได้ในลักษณะของสัญญาจำยอม หรือ อาจเกิดได้ในลักษณะของสัญญามาตรฐานก็เป็นได้

6. การจำกัดเสรีภาพโดยกฎหมายพิเศษ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น

7. การจำกัดเสรีภาพในเรื่องผลของสัญญา แม้ว่าโดยปกติ "สัญญาต้องเป็นสัญญา"(Pacta Sund Servanda) ตามเสรีภาพที่ได้ใช้ก็ตาม แต่ถ้าหลังจากที่ทำสัญญากันแล้ว ยังมิได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นผลจากสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์การในปฏิบัติการชำระหนี้ไปจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา ก็อาจต้องใช้หลัก "สัญญาไม่เป็นสัญญา"(Rebus Sic Stantibus)[21]

2.4.2.5 หลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ[22]

1)ประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งฝรั่งเศส มาตรา 1134 "ความตกลงที่ทำขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับแก่ผู้ที่ทำความตกลงนั้น[23]

2)ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่ยึดหลัก Freedom of Contract หรือ Free Bargaining อย่างเคร่งครัด โดยศาลอังกฤษได้ยอมรับแนวคิดเรื่อง "หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา" ว่าเป็นทฤษฎีที่เหมาะสมสำหรับการเป็นหลักกฎหมายกลางในการบังคับสัญญาและให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา เนื่องจากเป็นไปตามเจตนาที่คู่สัญญาได้ตกลงไว้อย่างอิสระในขณะทำสัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

---

[21]เป็นความหมายที่สืบทอดมาในภาษากฎหมายปัจจุบัน หมายความว่า คำพิพากษาอันใดอันหนึ่งหรือนิติกรรมอันใดอันหนึ่ง จะมีคุณค่าเมื่ออ้างถึงข้อเท็จจริงของสถานการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเป็นฐานของคำพิพากษาหรือของนิติกรรมนั้น ดังนั้น หากสถานการณ์ซึ่งกำหนดความมีอยู่ของคำพิพากษาหรือของนิติกรรมดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไป คำพิพากษาหรือของนิติกรรมนั้นจะตกไปด้วย จาก Del Giudice F. & Beltrani s., (a cura di) voce "Rebus Sic Stantibus" in Nuova Dizionnario Giuridico Romano.P. 451 อ้างถึงใน จำปี โสตถิพันธ์. เพิ่งอ้าง. หน้า 214.

[22]เจษฎาภรณ์ ศรีบุ่. (ออนไลน์).อ้างถึงได้จาก www.law6101.blogspot.com [30 มกราคม 2558]

[23] Article 1134 of the French Civil Code

"Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them. They may be revoked only by mutual consent, or for causes authorized by law. They must be performed in good faith"

ในปีค.ศ. 1875 Sir George Jessel ผู้พิพากษาศาลอังกฤษ กล่าวว่า "ถ้านโยบายสาธารณะบังคับให้มีสิ่งหนึ่งมากกว่าอีกสิ่งหนึ่ง กล่าวคือ บุคคลที่มีวุฒิภาวะและมีความสามารถเข้าใจจะต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเต็มที่และเมื่อเขาเข้าทำสัญญาอย่างอิสระและสมัครใจแล้วก็จะมีความศักดิ์สิทธิ์และจะต้องถูกบังคับโดยศาลยุติธรรม"[24]

2.4.2.6 หลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามกฎหมายไทย

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้รับการรับรองตามกฎหมายไทยตามบทบัญญัติในมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบัญญัติไว้ดังนี้

"การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

จากบทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่า นิติกรรมใดก็ตามเมื่อทำแล้วแตกต่างกับที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมมีความสมบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมที่ทำนั้นได้ทำแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นก็จะไม่สมบูรณ์ คือ ตกเป็นโมฆะไป[25]

2.5 ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

2.5.1 ความหมาย ลักษณะ ประเภท และข้อดีของการอนุญาโตตุลาการ[26]

2.5.1.1ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาดโดยมีกระบวนพิจารณาตามกฎหมายและคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

---

[24] "If there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be enforced by Courts of Justice..."

[25]จำปี โสตถิพันธ์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19. หน้า 31.

[26]เสาวนีย์ อัศวโรจน์.(2554). **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1-4.

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการโดยตรง คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210-220 และ มาตรา 222 ซึ่งเป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการในศาล และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลแต่กฎหมายที่ใช้ในทางปฏิบัติคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพราะหากมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้วในทางปฏิบัติย่อมเป็นการยากที่คู่กรณีจะตกลงกันให้นำคดีไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยกฎหมายนี้ใช้กับการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทภายในประเทศและระหว่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศไทยและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศไทยและที่ทำขึ้นในต่างประเทศ

นอกจากกฎหมายภายในแล้วประเทศไทยก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่มีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวพันกับต่างประเทศ เช่นต้องมีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันคืออนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards , 1958) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงนิวยอร์กประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมักเรียกกันว่าอนุสัญญานิวยอร์ก

อนุสัญญานิวยอร์กมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีอยู่จากการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศเดิม คืออนุสัญญาเจนีวา เช่น เรื่องภาระการพิสูจน์ กล่าวคือในอนุสัญญาเจนีวาผู้ที่จะขอให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่บกพร่องศาลหรือองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดจึงจะบังคับตามคำชี้ขาดให้แต่ในอนุสัญญานิวยอร์กนั้นคู่กรณีฝ่ายที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเพียงแต่เสนอคำชี้ขาดต่อศาลหรือองค์กรที่จะบังคับตามคำชี้ขาดพร้อมทั้งพยานหลักฐานที่อนุสัญญากำหนดไว้ส่วนภาระการพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้นั้นตกอยู่แก่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นและถ้าพิสูจน์ได้ตามที่กล่าวอ้างศาลหรือองค์กรดังกล่าวก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นแต่ถ้าไม่มีการพิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์หรือบกพร่องด้วยประการใด ๆศาลหรือองค์กรดังกล่าวนั้นก็ต้องบังคับตามคำชี้ขาดให้

2.5.1.2 ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ

ลักษณะหรือหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตั้งกันเอง หรือโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการมีดังนี้

(1) สัญญาอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญส่วนหนึ่งเป็นสัญญา เช่นในการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีเสมอมิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่กรณีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้ถ้าคู่กรณีพิพาทมิได้ตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแม้จะมีการดำเนินการในการอนุญาโตตุลาการไปจนเสร็จสิ้นและมีการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าวก็ใช้บังคับไม่ได้เพราะไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะระงับข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดนั้น

นอกจากนั้นความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในขณะที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการอยู่ก็มีลักษณะเกี่ยวข้องกับสัญญาและแม้กระทั่งการสิ้นสุดของการอนุญาโตตุลาการในบางกรณีก็เกิดจากสัญญาด้วย

(2) อนุญาโตตุลาการ

ในการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีบุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายแต่งตั้งเพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี

ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงมีบทบาทมากในวิธีการระงับข้อพิพาทนี้และความสำเร็จหรือความล้มเหลวของการอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับบุคคลดังกล่าว

(3) วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

ในการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจากพยานหลักฐานของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและอนุญาโตตุลาการอาจหาพยานหลักฐานเองในกรณีที่จำเป็นเพื่อการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทโดยต้องมีวิธีพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการหากคู่กรณีเลือกใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตน โดยมีหลักการที่สำคัญคือให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างและข้อโต้แย้งของคู่กรณีแต่ละฝ่าย

(4) การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทและพยานหลักฐานของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและพยานหลักฐานที่อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการให้มีขึ้นเองเรียบร้อยแล้วก็ต้องทำการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าคำชี้ขาดซึ่งทำเป็นหนังสือระบุข้อความให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด กระทำการ ไม่กระทำการ เช่น ชำระหนี้เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล

2.5.1.3 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้นสามารถแบ่งได้หลายประเภท ดังนี้

1) แบ่งตามขั้นตอนของข้อพิพาทที่อยู่ในการพิจารณาในศาลหรือนอกศาล

(1) การอนุญาโตตุลาการในศาล คือการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นโดยคู่ความตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ โดยความเห็นชอบของศาล (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210-220 และ 222)

(2) การอนุญาโตตุลาการนอกศาล คือการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลซึ่งอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนมีข้อพิพาทหรืออาจตกลงกันภายหลังจากที่มีข้อพิพาทแล้วก็ได้

แต่ในทางปฏิบัติของประเทศไทยนั้นการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นมักเป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการนอกศาลทั้งสิ้น คือมีการระงับข้อพิพาทกันโดยการอนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแต่ยังมิได้ถูกนำไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลเนื่องจากในทางปฏิบัติเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้วย่อมเป็นการยากที่คู่กรณีไทยจะตกลงกันให้นำคดีไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด

2) แบ่งตามการดำเนินการของคู่กรณีพิพาทหรือโดยสถาบัน

(1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีพิพาทดำเนินการกันเองหรือที่เรียกว่าเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)เป็นการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีพิพาทดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดวิธีพิจารณาต่างๆเองและให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทของตน

(2) การอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน (Institutional Arbitration) เป็นการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีพิพาทตกลงระงับข้อพิพาทกันโดยใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในประเทศไทยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆหลายแห่ง เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center:THAC) สำนักงานอนุญาโตตุลาการของสำนักงานศาลยุติธรรมสภาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

2.5.1.4 ข้อดีของการอนุญาโตตุลาการ

เหตุที่การอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมใช้ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจเพราะมีข้อดีหรือประโยชน์ ดังนี้

(1) รวดเร็วและมีประสิทธิผล

เนื่องจากคู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนพิพาทได้จึงทำให้การรับฟังพยานหลักฐานและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทสามารถทำได้รวดเร็วและเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากและเมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินไปแล้วข้อพิพาทยุติไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ จึงทำให้การระงับข้อพิพาทรวดเร็วและมีประสิทธิผล

(2) รักษาชื่อเสียง และความลับของคู่กรณี

เนื่องจากกระบวนพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการกระทำเป็นการลับไม่ให้บุคคลภายนอกเข้ารับฟังการพิจารณาจึงทำให้สามารถรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับต่าง ๆ เช่นความลับทางธุรกิจของคู่กรณีพิพาทได้

(3) รักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาทได้

การที่กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่เคร่งครัดและไม่เคร่งเครียดไม่มีลักษณะการต่อสู้แบบในศาลจึงทำให้คู่กรณีซึ่งจำต้องติดต่อหรือมีความสัมพันธ์ เช่นต้องค้าขายกันต่อไปหลังการพิพาทกันยังคงรักษาความสัมพันธ์ต่อกันได้ดีกว่าการฟ้องคดีต่อศาล

(4) เหมาะสมสำหรับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน

การที่คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้และถ้าคู่กรณีเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลที่มีความสามารถและความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทกันโดยเฉพาะในกรณีที่ข้อพิพาทยุ่งยากและสลับซับซ้อนก็จะทำให้การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทน่าจะทำได้ดี รวดเร็วและเหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

2.5.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ[27]

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดอำนาจของคู่กรณี อำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ ความ

---

[27]จิระศักดิ์ จั่นบำรุง. (2553). **อนุญาโตตุลาการกับสัญญาทางปกครองในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์: ศึกษาวิธีการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองของประเทศสิงคโปร์เปรียบเทียบกับประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิตวิชาเอกกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 9-13.

ผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมี 4 ทฤษฎีดังนี้

2.5.2.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับอำนาจของรัฐ ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐมีอำนาจควบคุมและวางหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือในดินแดนของตน ถึงแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากสัญญาของคู่กรณีที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการนี้ก็ตาม เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจรัฐ เนื่องจากการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปกติเป็นหน้าที่ของศาล คู่กรณีจะสามารถนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการจะไปทำการพิจารณาคดียอมรับเท่านั้น[28] โดยเห็นว่าอนุญาโตตุลาการคล้ายคลึงกับศาลเพราะว่าอนุญาโตตุลาการและศาลนั้นจะต้องปรับใช้หลักกฎหมายของรัฐในการระงับข้อพิพาท ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการยอมรับเท่านั้น อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติปรับกับข้อพิพาทเช่นเดียวกับศาล และในการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทก็ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศที่เป็นถิ่นที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น นอกจากนั้นในกรณีที่ข้อพิพาทมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวพันกับต่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ตนนั่งพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐนี้สรุปได้ว่า อนุญาโตตุลาการในประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง และกฎหมายภายในที่ใช้บังคับแก่อนุญาโตตุลาการ คือ กฎหมายภายในของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาด

2.5.2.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)[29]

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาอย่างชัดแจ้ง เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นโดยเจตนาและความสมัครใจ (Voluntary) ในการตกลงร่วมกันของคู่กรณี คู่กรณีจึงมีเสรีภาพที่จะกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เป็นผู้ตัดสินว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการในรูปแบบใดในการดำเนินกระบวนพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เป็นผู้แต่งตั้ง

---

[28]อนันต์ จันทรโอภากร. (2536). **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล**.กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 20.

[29]พิเชษฐ์ คงศิลา. (2548). **พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 29-31.

อนุญาโตตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาดข้อพิพาท เป็นผู้กำหนดวันและสถานที่ในการพิจารณา รวมทั้งมีอิสระในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น เมื่อถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลมาจากสัญญาจึงถือว่าเป็นข้อตกลงที่คู่กรณียอมรับการมีผลผูกพันทางสัญญาและสมัครใจที่จะปฏิบัติตาม[30]

ทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจการแทรกแซงของรัฐ โดยถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณี ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจ รัฐจึงไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวด้วย อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ตัดสินข้อพิพาท การตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นสัญญา คู่กรณีมีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะตกลงกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดต่างๆ ได้ตามความสมัครใจคู่สัญญามีหน้าที่ตามสัญญาที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจบังคับโดยใช้อำนาจศาล แต่มิใช่ในฐานะที่จะถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำพิพากษา หากแต่ถือว่าเป็นการบังคับตามสัญญา[31]

2.5.2.3 ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)[32]

ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นเนื่องจากการพิจารณาเห็นว่าทั้งทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory) และทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ยังมีข้อบกพร่อง กล่าวคือ ไม่สามารถจะอธิบายลักษณะของการอนุญาโตตุลาการได้ครบถ้วน ทั้งนี้ เพราะการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนวิธีพิจารณาในการระงับข้อพิพาทและทั้งที่เป็นสัญญาหรือข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการซึ่งปรากฏว่ารูปแบบของการอนุญาโตตุลาการและวิธีพิจารณาความเป็นเรื่องที่คู่กรณีจะตกลงกันอันเป็นการสนับสนุนทฤษฎีสัญญา ส่วนผลของข้อตกลงและลักษณะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาไม่มีอำนาจควบคุมหรือบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเป็นการสนับสนุนทฤษฎีอำนาจรัฐ จึงทำให้ทั้งสองทฤษฎียังไม่สามารถครอบคลุมการอนุญาโตตุลาการได้ทั้งหมด จากข้อบกพร่องดังกล่าวจึงได้นำข้อดีของทั้งสองทฤษฎีมาผสมผสานกัน กล่าวคือ ข้อตกลงของคู่สัญญาที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ รูปแบบ สถานที่ ภาษาที่ใช้ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็น

---

[30]อนันต์ จันทรโอภากร.อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28. หน้า 22.

[31]สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล. (2535). ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจของรัฐ.**รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ.** เล่ม 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เพอเฟคกราฟฟิค. หน้า 111.

[32]พิเชษฐ์ คงศิลา. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29. หน้า 31-32

สิ่งที่คู่สัญญาจะตกลงกันซึ่งมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นการสนับสนุนทฤษฎีสัญญา และในการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีขั้นตอนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความภายใต้กฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐอันเป็นการสนับสนุนทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ[33]

จากแนวคิดของทฤษฎีดังกล่าวนี้ จะเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการของไทยมีความสอดคล้องกับทฤษฎีนี้เป็นอย่างมาก เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของไทยนั้นเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาโดยสมัครใจ ซึ่งสัญญาหรือข้อตกลงนั้นจะต้องมีลักษณะชัดแจ้งว่าคู่สัญญาประสงค์ที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หากเขียนข้อความลอยๆ ไม่ชัดเจนว่าคู่สัญญาประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงนั้นก็ไม่มีผลบังคับให้คู่สัญญาต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรื่องนี้ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาฎีกาที่ 3429/2530[34]

2.5.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)[35]

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นเอกเทศ เป็นอิสระในตัวเอง เพราะลักษณะของอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากการใช้และวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท มิใช่ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง ผลของทฤษฎีนี้ทำให้มีการยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่จำต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ หรือที่เรียกว่า "Non-national Arbitration" คู่กรณีมีเสรีภาพที่จะตกลงกันได้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัดในเรื่องต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันในเรื่องกฎหมายสารบัญญัติ หรือกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้นๆ รวมถึงรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำต้องผูกติดกับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดี แต่สามารถที่จะใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดี หรืออาจใช้กำหมายหรือขนบธรรมเนียมประเพณีและแนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้

---

[33]อนันต์ จันทรโอภากร. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28. หน้า 23.

[34]คำพิพากษาฎีกาที่ 3429/2530สัญญาจ้างมีข้อความว่า หากมีการตั้งอนุญาโตตุลาการกันขึ้น ให้กระทำในกรุงเทพมหานคร ประเทศไทย ดังนั้น ตามสัญญาดังกล่าวหาได้บังคับว่าหากมีข้อพิพาท คู่สัญญาจะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการเสียก่อนไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องคดีนี้ โดยมิต้องมีการตั้งอนุญาโตตุลาการ

[35]พิเชษฐ์ คงศิลา. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29. หน้า 32-33.

2.6 ความหมาย แนวคิด หลักการและรูปแบบของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

สิทธิในการได้รับความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในการสื่อสารหรือส่งผ่านข้อมูลส่วนบุคคล ต่างก็เป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ในปัจจุบันประเทศไทยได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะทำอะไรจำต้องคำนึงถึงว่าการกระทำของตนจะกระทบหรือละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นหรือไม่ ด้วยเหตุนี้นานาอารยประเทศจึงมีแนวคิดที่จะรับรองให้สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ควรได้รับการคุ้มครองป้องกันมิให้ถูกละเมิดไม่ว่าโดยบุคคลหรือหน่วยงานใดก็ตาม การให้ความสำคัญก่สิทธิประเภทนี้จึงก่อให้เกิดแนวความคิดในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Data Protection) ซึ่งริเริ่มขึ้นโดยประเทศในแถบภาคพื้นยุโรป[36]

ต่อมาแนวความคิดในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้มีการแพร่ขยายออกไปสู่ประเทศต่างๆ จนทำให้เกิดการพัฒนาเป็นกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และเมื่อประเทศต่างๆ ได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านั้นจนกลายเป็นแนวทางปฏิบัติหรือกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศด้วยการวางและพัฒนากรอบทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้ใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายหรือกำหนดให้เป็นกฎเกณฑ์ภายในประเทศของตน เพื่อให้กฎหมายประเภทนี้มีมาตรฐานความคุ้มครองในระดับที่ดีและเป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งยังเป็นการเสริมสร้างให้เจ้าของข้อมูลมีความมั่นใจยิ่งขึ้นว่าข้อมูลของตนที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานเอกชนต่างๆ จะได้รับการคุ้มครอง

2.6.1 ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล[37]

ข้อมูลส่วนบุคคล(Personal Information, Personal Data) เป็นคำที่มีความหมายแทรกในความหมายของคำว่า "สิทธิส่วนบุคคล"(Right to Privacy) กล่าวคือ ข้อมูลส่วนบุคคลจะจำกัดเฉพาะสิ่งที่มุ่งหมายถึงตัวบุคคล เพื่อให้รู้ถึงสถานะของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น คำว่า สิทธิส่วนบุคคล จึงหมายความครอบคลุมถึงข้อมูลส่วนบุคคลด้วย เช่น ความเป็นอยู่ส่วนตัว ซึ่งหากกล่าวขึ้นมาลอยๆ ถือว่าเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของบุคคล แต่หากมีการกล่าวถึงรายละเอียดในเรื่องที่จำเพาะและสามารถระบุถึงสถานะของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้ว ก็จะกลายเป็นข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ชื่อ-นามสกุล ประวัติ

---

[36]หยุด แสงอุทัย. (2512). **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511**.กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์นำเซียการพิมพ์. หน้า 40.

[37]นรินทร์ จุ่มศรี. (2555). **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์**.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.หน้า 27-29.

การศึกษา ประวัติด้านสุขภาพ รูปถ่าย หมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่ หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน เป็นต้น

ในปัจจุบันยังมีความเห็นที่แตกต่างหลากหลายว่าข้อมูลส่วนบุคคลหมายความรวมถึงสิ่งใดบ้าง ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศต่างได้บัญญัติคำนิยามไว้แตกต่างกันดังนี้

1) EU Directive 95/46/EC "ข้อมูลส่วนบุคคล หมายความว่า ข้อความใดๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดาอันระบุตัว หรืออาจระบุตัวบุคคลนั้นได้ ซึ่งบุคคลที่อาจระบุตัวได้ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมนี้อาจทำได้โดยการอ้างอิงจากหมายเลขเฉพาะของบุคคล หรือจากปัจจัยอื่นๆ ที่มีลักษณะเฉพาะในทางร่างกาย จิตใจ ฐานะทางเศรษฐกิจ เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม และสังคมของบุคคลนั้น เป็นต้น"[38]

2) OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data "ข้อมูลส่วนบุคคล หมายความว่าข้อความใดๆ อันระบุตัวหรืออาจระบุตัวบุคคลได้"[39]

3) ประเทศออสเตรเลีย "ข้อมูลส่วนบุคคล หมายความว่า ข้อมูลหรือความเห็นไม่ว่าจะจริงหรือเท็จ และไม่ว่าจะบันทึกไว้ในสื่อประเภทใด โดยข้อมูลดังกล่าวเกี่ยวข้องกับปัจเจกบุคคล อันปรากฏลักษณะเฉพาะตัวอย่างชัดแจ้งหรืออาจสืบหาตัวบุคคลได้จากข้อมูลหรือความเห็นดังกล่าว"[40]

4) ประเทศอังกฤษ "ข้อมูลส่วนบุคคล หมายถึง ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลธรรมดาที่มีชีวิตอยู่ผู้ซึ่งอาจสามารถถูกบ่งชี้ตัวบุคคลโดยอาศัย (1) ข้อมูลนั้นเอง หรือ (2) ข้อมูลนั้นเองประกอบกับข้อมูลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของผู้ควบคุมดูแลข้อมูล ทั้งนี้ รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับตัวบุคคลธรรมดาและการแสดงเจตนาของผู้ควบคุมข้อมูลหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดานั้นด้วย"[41]

---

[38]EU Directive 95/46/ECArticle 2 "Personal Data shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (data subject); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiciological, mental, economic, cultural or social identity.

[39]OECD Guidelines. Part one "Personal Data" means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject).

[40]The Privacy Act 1988. "Personal Information" means information or an opinion (including information or an opinion forming part of a database), whether true or not, and whether recorded in a material form or not, about an individual whose identity is apparent, or can reasonably be ascertained, from the information or opinion.

[41]Data Protection Act 1998. "Personal Data" means data which relate to a living individual who can be identified (a) from those data, or (b) from those data and other information which is in the possession of, or is likely to come into

5) ประเทศสหรัฐอเมริกา "บันทึกข้อมูลส่วนบุคคล หมายถึง การบันทึกใดๆ การจัดเก็บรวบรวม หรือการจัดกลุ่มข้อมูลเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งเก็บรักษาไว้โดยหน่วยงานรัฐบาลกลาง โดยรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับการศึกษา ข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงิน ประวัติการแพทย์ และประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน และข้อมูลนั้นได้ระบุชื่อ หรือหมายเลขประจำตัว สัญลักษณ์ หรือรหัสบ่งชี้อื่นๆ ซึ่งสามารถแสดงได้ว่าหมายถึงบุคคลใด เช่น ลายนิ้วมือ หรือแผ่นบันทึกเสียง หรือภาพถ่าย เป็นต้น"[42]

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า "ข้อมูลส่วนบุคคล" ดังกล่าวข้างต้นแล้ว สามารถสรุปความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลออกเป็น 2 แนวทาง ได้แก่ [43]

ก) ข้อมูลส่วนบุคคลในความหมายอย่างกว้าง

1) ข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล[44]

ข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล คือ ข้อมูลข่าวสารที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคล และมีผลเฉพาะตัวบุคคลนั้นไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ได้แก่

1.1) คุณสมบัติติดตัวบุคคล ซึ่งอาจเป็นคุณสมบัติที่มีมาแต่กำเนิดติดตัวบุคคลไปตลอดชีวิต หรือลักษณะทางพันธุกรรมของบุคคล เช่น เชื้อชาติ เพศ กลุ่มเลือด สีผิวสีผม สีตา ลายพิมพ์นิ้วมือ โครงสร้างรูปหน้าและร่างกาย หรือลักษณะความพิการของร่างกายที่มีมาแต่กำเนิด นอกจากนี้ คุณสมบัติติดตัวบุคคล ยังหมายถึง สิ่งที่เกิดขึ้นภายหลังจากคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก ได้แก่ อายุ น้ำหนัก ส่วนสูง วุฒิการศึกษา อาชีพ ตำแหน่งหน้าที่การงาน สถานภาพทางครอบครัว ประวัติการทำงาน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม เป็นต้น

---

the possession of, the data controller, and includes any expression of opinion about the individual and any indication of the intentions of the data controller or any other person in respect of the individual.

[42]Privacy Act 1974. "Record" means any item, collection, or grouping of information about an individual that is maintained by an agency, including, but not limited to, his education, financial trana=sactions, medical history, and criminal or employment history and that contains his name, or the identifying number, symbol, or other identifying particular assigned to the individual, such as a finger or voice print or a photograph.

[43]ปริญญา โรหิตาคนี .(2550). **ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า43-45.

[44]ศิริกุล ภู่พันธ์. (2548). **ข้อความคิดว่าด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล**.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11-14.

1.2) การประเมินคุณค่าในตัวบุคคล เช่น ทัศนคติ การประเมินความประพฤติ และความเห็นเกี่ยวกับการกระทำต่างๆ ของบุคคล เนื่องจากข้อมูลเหล่านี้สามารถสื่อให้เห็นถึงความคิด ความสามารถ และการแสดงออกถึงความมีตัวตนของบุคคลได้

1.3) ทัศนคติ แนวความคิด ความเชื่อ อันเป็นพฤติกรรมของบุคคลที่สามารถเปลี่ยนแปลงไปตามวัยและวันเวลา การให้ความสนใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น ความรัก ความชอบ พฟติกรรมและรสนิยมทางเพศ เป็นต้น

2) ข้อมูลส่วนบุคคลที่สามารถพิสูจน์ตัวบุคคลได้แบ่งออกได้เป็น

- ข้อมูลที่สามารถพิสูจน์และระบุตัวบุคคลได้คือ สิ่งที่สามารถบอกลักษณะที่ ทำให้รู้จักบุคคลจากข้อมูลนั้นได้ หรือเรียกได้ว่าเป็นข้อมูลที่บอกถึงความเป็นตัวตนของบุคคล หรือเป็นข้อมูลที่แสดงถึงลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างไปจากบุคคลอื่น เช่น

2.1)ชื่อ นามสกุล ฉายา หรือนามแฝง หรือหมายเลขประจำตัวบัตรประชาชน หมายเลขรหัสประจำตัวนักศึกษา หมายเลขหนังสือเดินทาง หมายเลขบัตรเครดิต หมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่ รวมถึงหมายเลขสมาชิกการใช้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ได้ลงทะเบียนไว้โดยถูกต้อง

2.2)ลักษณะทางกายภาพของบุคคลที่สามารถมองเห็นได้จากภายนอก เช่น ความสูง สีผิว ลักษณะโครงสร้างทางใบหน้า และร่างกาย หรือลักษณะความพิการของบุคคล

2.3)ข้อมูลต่างๆ ที่ทำให้ทราบและระบุตัวบุคคลนั้นได้ ได้แก่ ยศ ตำแหน่งหรือสถานะทางสังคม ซึ่งสามารถทราบได้ว่าเป็นผู้ใด

2.4)ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นการประเมินคุณค่าของบุคคล ทัศนคติต่อบุคคล การประพฤติปฏิบัติและพฤติกรรมการกระทำต่างๆ ของบุคคล ซึ่งข้อมูลเหล่านี้เป็นสิ่งที่สื่อให้เห็นถึงความคิดของบุคคล ซึ่งสามารถแสดงออกถึงความมีตัวตนของบุคคลได้ เช่น ผลคะแนนจากการสอบ การประเมินผลงาน หรือการให้ความเห็นเกี่ยวกับความประพฤติและการกระทำของบุคคล

- ข้อมูลที่ไม่สามารถพิสูจน์ตัวบุคคลได้(Anonymous Data) ในทันที หรือโดยลำพัง คือ ข้อมูลประเภทที่ไม่สามารถบ่งชี้หรือพิสูจน์ตัวบุคคลได้ แต่อาจเป็นข้อมูลส่วนบุคคลได้ในกรณีที่มีการพิสูจน์ตัวบุคคลได้จากการรวมกันของคำ หรือข้อความใดข้อความหนึ่ง หรือหลายข้อความที่อาจได้มาจากข้อมูลหลายๆ ประเภท หลายแหล่งที่มาประมวลผลเข้าด้วยกันแล้วทำให้สามารถเชื่อมโยงและนำไปสู่การพิสูจน์ตัวบุคคล ไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม เช่น เกิดจากการรวมตัวกันของเอกสาร เทปบันทึกเสียง หรือข้อมูล ตัวอักษร ตัวเลขซึ่งหากผู้มีความรู้ความสามารถ หรือเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ สามารถอ่านหรือถอดรหัสและสื่อความหมายจนสามารถระบุตัวบุคคล ไม่ว่าจะเป็นชื่อ

นามสกุล หรือในด้านเวลา สถานที่ที่ปรากฏในข้อมูลข่าวสารนั้นๆ กล่าวโดยสรุป คำนิยามของข้อมูลส่วนบุคคลในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ข้อมูลข่าวสารใดๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลซึ่งระบุ หรือสามารถระบุตัวบุคคลได้โดยทางตรงหรือโดยอ้อมจากข้อมูลข่าวสารนั้น

ข) ข้อมูลส่วนบุคคลในความหมายอย่างแคบ

ในปัจจุบันนักวิชาการส่วนใหญ่มีความเห็นตรงกันว่า ข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับหรือข้อมูลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) เป็นขอบเขตความหมายและนัยที่แท้จริงของคำว่าข้อมูลส่วนบุคคลในความหมายอย่างแคบ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับเชื้อชาติ ลัทธิทางการเมือง ลัทธิทางศาสนา สุขภาพ ชีวิตสมรส ประวัติอาชญากรรม การติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ พฤติกรรมการดำเนินชีวิตส่วนตัว ทัศนคติ ความเลื่อมในทางศาสนา ลักษณะพิการทางกาย เป็นต้น

ดังนั้น ในทางปฏิบัติกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นกฎหมาย หรือกฎหมายแม่แบบต้องบัญญัติให้คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในความหมายอย่างกว้าง เพราะให้ความคุ้มครองได้สมบูรณ์ที่สุด

ข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับหรือข้อมูลที่มีความอ่อนไหวเป็นเรื่องส่วนตัวที่เจ้าของข้อมูลไม่ต้องการให้บุคคลใดรู้เห็นหรือทราบข้อมูลของเขา เพราะจะกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศ และการดำรงชีวิตโดยปกติสุข หรือความไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลนั้น ด้วยเหตุนี้ โดยทั่วไปกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของนานาประเทศจึงให้ความคุ้มครองข้อมูลประเภทนี้มากกว่าข้อมูลข่าวสารโดยทั่วๆ ไปโดยห้ามมิให้มีการจัดเก็บข้อมูลเหล่านี้โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลโดยเด็ดขาด

2.6.2 ประเภทและองค์ประกอบของข้อมูลส่วนบุคคล[45]

2.6.2.1 ประเภทของข้อมูลส่วนบุคคล

ข้อมูลส่วนบุคคลสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1) ข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป (Normal Data หรือ Non-sensitive Data)เช่น ชื่อ ที่อยู่ เพศ อายุ อาชีพ เป็นต้น

2)ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) ต้องให้ความสำคัญเป็น พิเศษ กล่าวคือ เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความเชื่อในลัทธิศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ประวัติสุขภาพ หรือข้อมูลอื่นใดที่กระทบความรู้สึกของผู้อื่นตามที่คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนด

---

[45]จิรารัตน์ วรวัฒน์ธำรง. (2548). **การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล**.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า32.

2.6.2.2 องค์ประกอบของข้อมูลส่วนบุคคล

ตามความเห็นของนักวิชาการทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศสามารถแยกองค์ประกอบของข้อมูลส่วนบุคคล ออกเป็น 2 องค์ประกอบ คือ องค์ประกอบด้านเนื้อหา และองค์ประกอบด้านรูปแบบ

1) องค์ประกอบด้านเนื้อหาประกอบด้วย

(1) ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น ชื่อ ที่อยู่ เพศ อาชีพบางประเทศไม่ถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคล

(2) ข้อมูลที่บ่งบอกให้รู้ตัวผู้นั้น เช่น รหัสหรือเลขประจำตัว ลักษณะทางกายภาพ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ หรือรหัส DNA หรือสิ่งบ่งชี้ออย่างอื่น เช่น e-mail address เป็นต้น

(3) ข้อมูลที่เป็นความลับของบุคคล เช่น เชื้อชาติ ประวัติทางวินัย ประวัติทางการแพทย์ หรือสุขภาพอนามัย ประวัติทางอาชญากรรม ข้อมูลทางการเงิน ข้อมูลเชิงทัศนคติของบุคคล เช่น ความเชื่อทางการเมือง การปกครอง การนับถือศาสนา เป็นต้น

2) องค์ประกอบด้านรูปแบบประกอบด้วย

(1) องค์กรที่เป็นผู้จัดเก็บและรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอาจเป็นองค์กรของรัฐหรือเอกชนก็ได้

(2) วิธีการ ช่องทาง หรือสื่อ หรือสิ่งที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั้นเอง หรือโดยผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปแบบของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผนผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งที่บันทึกไว้ปรากฏได้

2.6.3 แนวคิดและหลักการของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล[46]

2.6.3.1 แนวคิดทั่วไป

ในปัจจุบันสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่ง จึงทำให้เกิดแนวคิดที่จะพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ที่แสวงหาข้อมูลส่วนบุคคลของลุคคลใดบุคคลหนึ่งมาได้นำข้อมูลที่หามาได้นั้นไปใช้ในทางมิชอบ แนวคิดเช่นนี้เริ่มจากกลุ่มประเทศในสหภาพยุโรป โดยได้ตกลงร่วมกันจัดทำอนุสัญญา "Convention for the Protection with regard to Automatic Processing of Personal Data" ซึ่งมีข้อตกลงว่าแต่ละประเทศสมาชิกต้องออกกฎหมายคุ้มครองการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลขึ้น นอกจากนี้ยังมีอนุสัญญา

---

[46]จิรารัตน์ วรวัฒน์ธำรง.อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45. หน้า 33-41.

ต่างๆ เช่น อนุสัญญาชาติยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Eurpoean Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom)หรือปฏิญญาว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of the European) ซึ่งกล่าวถึงการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้อย่างชัดเจนว่า

1) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองในข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตนเอง

2) การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรม (Fairly) ภายในขอบวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจงบนพื้นฐานของการให้ความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว หรือภายใต้วัตถุประสงค์อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ นอกจากนี้ บุคคลทุกคนยังมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มีการเก็ยรวบรวมไว้และมีสิทธิในการร้องขอให้มีการแก้ไขข้อมูลดังกล่าวให้ถูกต้อง

3) ในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลข้างต้น จะต้องจัดให้มีการควบคุมการปฏิบัติกรดังกล่าวโดยองค์กรอิสระ (Independent Authority)[47]

2.6.3.2 หลักการสำคัญของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Principle of Data Protection Law)

1) แนวทางในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขององค์การเพื่อความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development-OECD)

ในปี ค.ศ. 1980 OECD ได้กำหนดหลักในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเกิดขึ้นจากการจัดแนวปฏิบัติด้านการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวและการโอนข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างประเทศ (Guidelines on the Protection of Privacy and Transvborder Data Flows of Personal Data)[48]ที่สำคัญ 8 ประการ ดังนี้

1.1) หลักการเก็บรวบรวมข้อมูลอย่างจำกัด (Collection Limitation Principle) หมายถึง การจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ข้อมูลที่จะจัดเก็ยบจะต้องได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการที่ถูกต้องเป็นธรรมและเหมาะสม โดยต้องให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลรับทราบและยินยอม

---

[47]ปฏิวัติ อุ่นเรือน. (2547). **ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการโอนข้อมูลระหว่างประเทศ.**สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14.

[48]Organization for Economic Co-operation and Development (1980).**Council Recommendations Corncerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Data Flows of Personal Data.**(Online). Available: http//:www.oecd.org/document/20/0, 2340, en_2649_201185_1558924_1_1_1_1, 00.html.

1.2) หลักคุณภาพของข้อมูล (Data Quality Principle) หมายถึง ข้อมูลส่วนบุคคลที่จะจัดเก็บจะต้องเป็นข้อมูลที่ถูกต้อง สมบูรณ์ และจะต้องมีการปรับปรุงข้อมูลให้ตรงตามความเป็นจริงอยู่เสมอ นอกจากนี้จะต้องจัดเก็บให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเก็บเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

1.3) หลักการกำหนดวัตถุประสงค์ (Purpose Specification Principle)หมายถึง จะต้องมีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บข้อมูล ก่อนที่จะมีการจัดเก็บข้อมูลนั้นๆ ต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลให้เจ้าของข้อมูลได้ทราบก่อน อีกทั้งจะต้องใช้ข้อมูลส่วนบุคคลภายในวัตถุประสงค์ดังกล่าว

1.4) หลักการใช้ข้อมูลอย่างจำกัด (Use Limitation Principle)หมายถึงจะต้องไม่มีการเปิเผย ทำให้แพร่หลาย หรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งให้เจ้าของข้อมูลได้ทราบก่อนหน้านั้น เว้นแต่

ก) ได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูล

ข) เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหมายกำหนดไว้

1.5) หลักการรักษาความปลอดภัย (Security Safeguard Principle) หมายถึงจะต้องจัดให้มีมาตรการรักษาความปลอดภัยในการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อป้องกันความเสี่ยง การเข้าถึง การสูญหาย การทำลาย การใช้ การเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือการเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาต

1.6) หลักการเปิดเผยข้อมูล (Openness Principle) หมายถึงจะต้องกำหนดนโยบายทั่วไปในการเปิดเผยข้อมูลวิธีการเปิดเผยข้อมูลหลักฐานที่ต้องใช้เพื่อแสดงในการขอให้มีการเปิดเผยข้อมูล รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ทำหน้าที่เก็บรักษาข้อมูล หรือผู้ควบคุมข้อมูลและที่อยู่ของผู้ทำหน้าที่เก็บรักษาข้อมูล หรือผู้ควบคุมข้อมูล

1.7) หลักการมีส่วนร่วมของปัจเจกชน (Individual Participation Principle) หมายถึงบุคคลจะต้องมีส่วนร่วมในการจัดเก็บข้อมูลนั้นๆ โดยมีสิทธิดังนี้

ก) จะต้องได้รับข้อมูลจากผู้เก็บรักษาข้อมูล หรือได้รับคำตอบจากผู้เก็บรักษาข้อมูลหรือผู้ควบคุมข้อมูลไม่ว่าจะมีข้อมูลหรือไม่ก็ตาม

ข) หากมีการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเช่นว่านั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับการติดต่อจากผู้จัดเก็บข้อมูลในเวลาที่เหมาะสม หากมีการจัดเก็บค่าธรรมเนียม จะต้องไม่สูงเกินไปและโดยวิธีการที่เหมาะสม นอกจากนี้ ข้อมูลที่ได้รับจะต้องเข้าใจได้โดยง่าย

ค) หากมีการปฏิเสธคำขอจะต้องมีการชี้แจงเหตุผลและจะต้องสามารถอุทธรณ์การปฏิเสธคำขอเช่นว่านั้นได้

ง) หากมีการพิจารณาและเห็นชอบตามอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์แล้ว จะต้องมีการลบล้าง แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือทำข้อมูลให้สมบูรณ์ ตามที่มีมติในการพิจารณาอุทธรณ์นั้น กล่าวคือ หากการอุทธรณ์โต้แย้งนั้นเป็นผล (ข้อโต้แย้งของเจ้าของข้อมูลนั้นรับฟังได้) เจ้าของข้อมูลมีสิทธิที่จะขอให้ผู้เก็บรักษาข้อมูลหรือผู้ควบคุมข้อมูลทำการลบล้าง แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือปรับปรุงข้อมูลนั้นให้ถูกต้องสมบูรณ์ได้

1.8) หลักความรับผิดชอบ (Accountability Principle) หมายถึง ผู้จัดเก็บข้อมูลหรือผู้ครอบครองข้อมูลควรจะต้องมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติตามหลักการหรือมาตรการต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นให้ครบถ้วนทุกประการ

2) การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติ

เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 1990 องค์การสหประชาชาติ (United Nation - UN) ได้ให้การรับรอง "Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data File"[49]และได้กำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ 6 ประการ ดังนี้

2.1) หลักความชอบด้วยกฎหมายและความเป็นธรรม (Principle of Lawfulness and Fairness) หมายถึง ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่ถูกเก็บรวบรวมหรือประมวลผลด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์และหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ

2.2) หลักความถูกต้อง (Principle of Accuracy) หมายถึง การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องกระทำด้วยความถูกต้องแม่นยำ โดยข้อมูลเหล่านั้นจะต้องมีความสมบูรณ์ ทันสมัยอยู่เสมอ และเก็บได้ภายในระยะเวลาเท่าที่จะมีการประมวลผลหรือใช้ข้อมูลเหล่านั้น

2.3) หลักการระบุวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจง (Principle of the Purpose-Specification) หมายถึง จะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์และเงื่อนไขของการใช้ประโยชน์ที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์จะต้องเป็นไปอย่างเจาะจง ถูกต้องตามกฎหมายและเก็บรวบรวมเพียงเท่าที่จำเป็นและเกี่ยวข้อง อีกทั้งจะต้องก่อให้เกิดความมั่นใจ ดังนี้

ก) ข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกเก็บรวบรวมและบันทึกจะดำเนินการอย่างสัมพันธ์กันและพอเพียงเท่าที่ระบุไว้ในวัตถุประสงค์

---

[49]United Nation.(2005). **Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data File**.(Online). Available: http//:www.unhchr.ch/html/menu3/b/71.htm.

ข) ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่ถูกใช้หรือเปิดเผย เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ค) ระยะเวลาที่จัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านั้นจะต้องไม่เกินกว่าวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ได้สำเร็จลง

2.4) หลักการเข้าถึงข้อมูลโดยบุคคลที่เกี่ยวข้อง (Principle of Interested-Person-Access)หมายถึง บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รู้ ถ้ามีการประมวลผลข้อมูลข่าวสารอันเกี่ยวกับตน โดยได้รับข้อมูลในรูปแบบที่เข้าใจได้ในเวลาอันสมควรและปราศจากค่าใช้จ่าย เมื่อได้รับการร้องขอจากเจ้าของข้อมูลว่ามีการเก็บข้อมูลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่จำเป็น หรือมีข้อผิดพลาด จะต้องมีการลบหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลนั้นให้ถูกต้อง ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบข้อมูลเหล่านั้นจะเป็นผู้ให้การสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการแก้ไขข้อมูล ข้อกำหนดแห่งหลักการนี้ให้บังคับใช้กับบุคคลทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่

2.5) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-discrimination) หมายถึง ห้ามมิให้รวบรวมข้อมูลซึ่งอาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกัน เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ สีผิว พฤติกรรมทางเพศ ความคิดเห็นทางการเมือง ศาสนา ความเชื่อทางปรัชญา

2.6) หลักการรักษาความปลอดภัย (Principle of Security) หมายถึงจะต้องมีการกำหนดมาตรการรักษาความปลอดภัย เพื่อป้องกันข้อมูลจากการทำลาย ทั้งจากอันตรายตามธรรมชาติ การสูญหายหรือเสียหายโดยเหตุสุดวิสัย การทำลายโดยบุคคลื่น การเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ การใช้ในทางที่ผิด หรือการทำลายโดยไวรัสคอมพิวเตอร์

3) หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้กรอบของสหภาพยุโรป

ในปี ค.ศ. 1995 สหภาพยุโรป (European Union-EU) ได้ดำเนิการกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขึ้นบังคับใช้สำหรับประเทศสมาชิก[50] เรียกว่า "Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data amd on the Free Movement of such Data" หรือเรียกโดยย่อว่า "the EU Data Protection Directive of 1995" หรือ "Directive 95/46/EC" หรือ "the EU Directive"

---

[50]ประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับของ EU Directive ประกอบด้วยประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้งหมด 15 ประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรีย เบลเยี่ยม เดนมาร์ก ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมัน กรีซ ไอร์แลนด์ อิตาลี ลักซ์แซมเบอ์ก เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส สเปน สวีเดน และสหราชอาณาจักร

EU Directive ได้กำหนดให้มีหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล 8 ประการ ดังนี้

3.1) หลักประการที่ 1 (First Principle)การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ผู้เก็บรวบรวมจะต้องกระทำการอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย และเกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจกรรมของผู้รวบรวมข้อมูล

3.2) หลักประการที่ 2 (Second Principle)การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำได้เท่าที่จำเป็นตามกรอบวัตถุประสงค์ที่แจ้งแก่เจ้าของข้อมูลหรือระบุไว้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเท่านั้น

3.3) หลักประการที่ 3 (Third Principle)การเก็บรวบรวมข้อมูลต้องทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อบันทึกหรือพิมพ์เผยแพร่ ผู้เก็บรวบรวมข้อมูลต้องเก็บรวบรวมเท่าที่เกี่ยวข้องและไม่เกินจริง

3.4) หลักประการที่ 4 (Fourth Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องกระทำให้ถูกต้องเท่าที่จำเป็น ทันสมัย โดยข้อมูลนั้นสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ที่กำหนด ครบถ้วน ถูกต้อง ทันสมัย และไม่ล่วงล้ำหรือก้าวก่ายกิจการส่วนตัวของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

3.5) หลักประการที่ 5 (Fifth Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ จะต้องมีการจัดเก็บข้อมูลไว้เป็นระยะเวลาพอสมควรและเท่าที่จำเป็น

3.6) หลักประการที่ 6 (Sixth Principle) การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลต้องสอดคล้องกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ผู้เก็บรวบรวมข้อมูลต้องแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบถึงวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมกฎหมายที่อนุญาตให้เก็บรวบรวมผู้ครอบครองหรือควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูล หรือคณะกรรมการตรวจสอบการจัดเก็บข้อมูลทราบถึงความมีอยู่ของข้อมูล เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิขอให้ผู้เก็บรวบรวมข้อมูลดำเนินการลบ ระงับการใช้ชั่วคราว หรือแปลงข้อมูลส่วนบุคคลให้อยู่ในรูปแบบที่ไม่ระบุชื่อ เป็นต้น

3.7) หลักประการที่ 7 (Seventh Principle) ผู้ครอบครองหรือควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องกำหนดให้มีมาตรการรักษาความปลอดภัย ไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคลสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข เปิดเผยโดยปราศจากอำนาจหรือนำไปใช้โดยมิชอบและในกรณีที่ต้องให้บันทึกข้อมูลส่วนบุคคลแก่บุคคลอื่น ต้องดำเนินการป้องกันมิให้บุคคลอื่นนั้นได้ใช้ข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจ

3.8)หลักประการที่ 8 (Eighth Principle) ห้ามมิให้มีการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศหรือดินแดนที่อยู่นอกเขต European Economic Area (EEA) เว้นแต่ ประเทศหรือ

ดินแดนนั้นรับรองว่ามีระดับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการประมวลผลข้อมูล

2.6.4 รูปแบบของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล[51]

รูปแบบของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แบ่งออกได้เป็น 4 รูปแบบ ดังนี้

2.6.4.1 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยการบัญญัติกฎหมายเป็นการทั่วไป (Comprehensive Law)

การให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยการบัญญัติกฎหมายเป็นการทั่วไปเกิดขึ้นครั้งแรกในภาคพื้นยุโรป ในปี ค.ศ. 1970 ในประเทศเยอรมนี จากนั้นจึงเริ่มแพร่หลายไปทั่วภูมิภาคยุโรป ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการควบคุม การรวบรวมข้อมูล การเก็บ การใช้ และโอนข้อมูลเป็นสำคัญ ด้วยเหตุที่ประเทศในแถบยุโรปต้องการให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงมักจะกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดูแลเรื่องการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Data Protection Authority) ไว้ในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของตนด้วย

2.6.4.2 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ (Sectoral Law)

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยการบัญญัติกฎหมายเฉพาะหมายถึง การบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในแต่ละเรื่องเป็นการเฉพาะกรณี เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลใช้ระบบแบ่งการให้ความคุ้มตรองออกเป็นเรื่องๆ ไป เช่น การเงิน การแพทย์ การขับขี่ การให้เช่าวิดีโอ จึงเรียกว่า Sectoral Law คือ ไม่มีกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายกลางที่วางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปครอบคลุมทุกเรื่องที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเหตุที่บัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะ ก็เพื่อต้องการให้มีกฎหมายที่สามารถปรับใช้ได้กับเทคดนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลานั่นเอง

2.6.4.3 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยใช้กลไกกำกับดูแลตนเอง (Self-regulation)

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยใช้กลไกกำกับดูแลตนเอง คือ การที่กลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพ หรือประกอบธุรกิจ หรือกิจการงานสาขาหรือประเภทเดียวกันได้ร่วมกันจัดทำหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ เรียกว่า “Code of Practice” ซึ่งแนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีเนื้อหาสาระด้านนโยบายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของกลุ่มผู้ประกอบประกอบธุรกิจ หรือวิชาชีพเฉพาะด้านที่กลุ่มสมาชิกหรือองค์กรดังกล่าวจำต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ยัง

---

[51]ปริญญา โรหิตาคนี . อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43. หน้า 48-50.

รวมถึงกรณีที่กลุ่มธุรกิจหรือผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะด้าน ได้ประกาศแนวนโยบายการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลต่อผู้ใช้บริการและสาธารณชนทั่วไปได้รับทราบถึงแนวทางและนโยบายด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Privacy Policy) ของตนว่ามีหลักเกณฑ์ในการจัดเก็บข้อมูล การประมวลผล และการควบคุมรักษาความปลอดภัยข้อมูลส่วนบุคคลอย่างไรบ้าง อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยใช้กลไกกำกับดูแลตนเอง ยังไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากขาดสภาพบังคับในทางกฎหมายในการกำหนดให้กลุ่มสมาชิกธุรกิจหรือผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะด้านจำต้องปฏิบัติตาม Code of Practice หรือ นโยบายด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Privacy Policy) ที่ตนประกาศไว้

2.6.4.4 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยใช้เทคโนโลยี (Technologies of Privacy)

ในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารได้พัฒนาไปสู่ยุคของเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) โดยเฉพาะเทคโนโลนีการติดต่อสื่อสารด้านโทรคมนาคม ซึ่งได้ส่งผลให้เกิดการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลได้ และการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์หรือการทำธุรกรรมทางการเงินผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจปรากฏข้อมูลสำคัญของผู้ใช้บริการที่ไม่ประสงค์ให้ปฯผู้อื่นได้ล่วงรู้ก็เป็นได้ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้สามารถถูกเผยแพร่หรือเข้าถึงได้จากพนักงานภายในบริษัทของผู้ให้บริการเองหรือบุคคลที่มีความรู้ทางเทคโนโลยีสามารถมีวิธีการได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารนั้นได้

ดังนั้น การให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยใช้เทคโนโลยี จึงมีความสำคัญในด้านการป้องกันการเข้าถึงระบบข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต ได้แก่ การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่เรียกว่า “Privacy Enhancing Technologies (PET) โดยเทคโนโลยีดังกล่าวจะป้องกันการเข้าถึงข้อมูลซึ่งสามารถระบุตัวบุคคลได้ (Identifiable Information) เช่น การใช้เทคโนโลยีเข้ารหัส (Encryption) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีสำคัญที่ช่วยรักษาความลับของข้อมูลที่อยู่ในระหว่างการติดต่อสื่อสาร โดยสามารถป้องกันมิให้บุคคลอื่นนอกจากผู้รับ (Recipient) สามารถล่วงรู้เนื้อหาของข้อมูลนั้นได้ เนื่องจากข้อมูลที่ส่งไปนั้นจะถูกเข้ารหัส (Encrypt) ให้เป็นข้อมูลในลักษณะที่ไม่สามารถอ่านออก โดยผู้รับเท่านั้นที่จะสามรถถอดรหัส(Decrypt) เพื่อสามารถอ่านข้อมูลที่ส่งนั้นได้ และปัจจุบันได้มีการประยุกต์ใช้วิธีการเข้ารหัสดังกล่าวทั้งในกรณีที่มีการส่งข้อมูลระหว่างผู้ใช้งานด้วยกัน และการส่งข้อมูลจากเครื่องให้บริการ (Server) ไปยังผู้ใช้บริการเว็บไซต์ที่มีการให้บริการทำธุรกรรมทางการเงิน เช่น การสั่งซื้อสินค้า หรือการโอนเงินผ่านบัญชีธนาคารทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งการรักษาความลับของข้อมูลเป็นสิ่งสำคัญ เช่น ข้อมูลบัตรเครดิต หรือข้อมูลหมายเลขบัญชีธนาคาร เป้นต้น นอกจากเทคโนโลยีเข้ารหัสแล้ว ยังมีเทคโนโลยีช่วยป้องกันมิให้บุคคลอื่นล่วงรู้รายละเอียดเกี่ยวกับการสื่อสารข้อมูล (Traffic Data) โดยใช้

ระบบ Anonymous Remailers หรือ Proxy Servers ซึ่งจะช่วยป้องกันมิให้ล่วงรู้ที่มาหรือปลายทางของข้อมูลได้