

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ ของโทรศัพท์เคลื่อนที่

ตามที่สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม (Global System for Mobile Communications: GSM Association) หรือ GSMA ได้กำหนดเนื้อหาของสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ให้มีรูปแบบเป็นมาตรฐานสัญญาเดียวกันสำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Operator) ซึ่งคู่สัญญาจะต้องลงนามร่วมกันก่อนที่จะให้เปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ เพื่อให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่สามารถติดต่อสื่อสารข้ามแดนระหว่างประเทศของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ ทั้งในกรณีที่ผู้ใช้บริการที่เป็นคนต่างประเทศเดินทางเข้ามาในประเทศไทย และผู้ใช้บริการคนไทยเดินทางไปต่างประเทศนั้น ในทางปฏิบัติ การเจรจาตกลงเพื่อเข้าทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญาต่างประเทศได้แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมข้อความให้แตกต่างไปจากข้อความมาตรฐานที่ GSMA กำหนดไว้ โดยผู้วิจัยจะต้องนำมาวิเคราะห์หามีดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy)

4.1.1 ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย¹

ถึงแม้ว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลต่างๆ อยู่หลายฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญารวมถึงกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นต้น แต่เป็นการคุ้มครองที่กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่างๆ อย่างไม่เป็นระบบ โดยมีได้มีการรวบรวมไว้ในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเพียงฉบับเดียว

¹ ปิยะพร วงศ์เบ็ญสังข์. (2552). การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยธนาคารพาณิชย์กับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 133-140.

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้มีการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลซึ่ง หมายรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือให้ความ คุ้มครองสามารถใช้สิทธิทางศาล ได้โดยกล่าวอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันสิทธิและเสรีภาพ ของตนได้เสียก็ตาม แต่ลักษณะการให้ความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญเป็นการให้ความคุ้มครองในระดับ กว้างซึ่งโดยปกติมีอาจวางหลักเกณฑ์หรือมาตรการต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นรายละเอียดไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้ ดังนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวจึงไม่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ จัดเก็บในภาคเอกชน ได้อย่างเพียงพอ

นอกจากนี้ ขอบเขตการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามหลักกฎหมายละเมิดตามที่ ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของ บุคคลในลักษณะกว้าง รวมถึงสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการให้ ความคุ้มครองแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลที่เกิดจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม (มาตรา 420) การให้ความคุ้มครองในกรณีที่มีความ เสียหายนั้นเกิดจากการฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายที่ประสงค์จะปกป้องบุคคลอื่นๆ (มาตรา 422) ตลอดจนการให้ความคุ้มครองแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของบุคคลใดบุคคล หนึ่งจากการกล่าว หรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง (มาตรา 423)

ส่วนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษผู้กระทำความผิด ได้แก่ มาตรา 163 มาตรา 164 มาตรา 322 มาตรา 323 และมาตรา 326 ซึ่งเป็นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการเปิดเผยโดยเจ้าพนักงาน ไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ และความผิดฐานเปิดเผยความลับเท่านั้น

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะเห็นได้ ว่า ประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลเช่นเดียวกับ สิทธิทั่วไปอื่นๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน ร่างกาย อนามัย ฯลฯ โดยไม่ได้มุ่งคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล อย่างครอบคลุม เนื่องจากสิทธิดังกล่าวกับสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลมีลักษณะแตกต่างกัน และกฎหมาย ทั้งสองฉบับนี้ยังผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่ผู้เสียหาย ทั้งยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และมาตรการที่สำคัญ จำเป็น เฉพาะเจาะจงที่จะเป็นหลักประกันให้แก่การคุ้มครองได้อย่าง เพียงพอตามหลักสากล

ในส่วนพระราชบัญญัติ แม้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 และ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 จะเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้การคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลไว้มากที่สุดและเป็นไปตามหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสากล แต่กฎหมายทั้ง

สองฉบับต่างก็มีข้อจำกัด กล่าวคือ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จะให้ความคุ้มครองเฉพาะข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานรัฐ ส่วนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 ก็ให้ความคุ้มครองเฉพาะข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้สินเชื่อเท่านั้น ซึ่งมีผลทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของเอกชนมิได้อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าว

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่บัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาคของเอกชนไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งๆ ที่ข้อมูลที่มีการจัดเก็บโดยภาคเอกชนก็มีปริมาณมากไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าข้อมูลส่วนบุคคลที่มีการจัดเก็บในภาครัฐแต่อย่างใด เช่น ข้อมูลผู้เปิดบัญชีเงินฝาก ข้อมูลผู้ซื้อหน่วยลงทุน หรือข้อมูลใช้บริการด้านต่างๆ กับธนาคารพาณิชย์ ข้อมูลในโรงพยาบาลต่างๆ ข้อมูลในการเป็นสมาชิกบัตรต่างๆ ที่มีใช้บัตรเครดิตในการได้รับส่วนลดในการซื้อสินค้าต่างๆ เป็นต้น ด้วยเหตุดังกล่าวอาจมีผลทำให้ผู้ประกอบการซึ่งได้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้าของตนไว้เป็นจำนวนมาก เช่น ธนาคารพาณิชย์ ไม่ให้ความสำคัญกับข้อมูลส่วนบุคคล หรือกำหนดมาตรการรักษาความปลอดภัยแก่ข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เหมาะสม หรือมีการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลโดยขาดความระมัดระวังเท่าที่ควร หรืออาจมีการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการแสวงหาประโยชน์ที่มีชอบ ซึ่งหากเกิดกรณีต่างๆ ดังกล่าวย่อมส่งผลร้ายหรือมีการละเมิดต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ดังนั้น จึงควรให้มีการบัญญัติบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นธรรมและเหมาะสมกับเหตุการณ์ปัจจุบันเพื่อป้องกันมิให้ข้อมูลส่วนบุคคลเกิดการละเมิดเป็นจำนวนมากซึ่งก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยนำกฎหมายของต่างประเทศมาใช้พิจารณาเป็นแนวทางในการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาคเอกชนต่อไป

4.1.2 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.

ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาคเอกชนที่เป็นปัญหาสำคัญ คือ การที่ยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติกฎหมายทั่วไปเพื่อควบคุมการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลที่สามารถใช้บังคับกับการดำเนินงานของเอกชนให้ครอบคลุมในทุกประเภท ปัจจุบันยังมีแต่เพียงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 เพียงฉบับเดียว ซึ่งไม่เพียงพอที่จะสามารถใช้คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั้งหมดที่อยู่ในความครอบครองของภาคเอกชนได้

ดังนั้น จึงเห็นควรให้มีการตรากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเร่งด่วนและสำคัญประเด็นที่ควรตั้งเป็นข้อสังเกตในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ซึ่งได้กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยเฉพาะแยกต่างหากจากคณะกรรมการข้อมูล

ข่าวสารของราชการนั้น หากพิจารณากฎหมายของต่างประเทศ เช่น แคนาดาและฝรั่งเศส เดิมมีคณะกรรมการที่ดูแลข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายแยกออกเป็น 2 คณะต่างหากจากกันเช่นกัน แต่ได้มีการปรับปรุงหลังจากที่กฎหมายได้บังคับใช้มาแล้วในระยะหนึ่ง กล่าวคือ ประเทศแคนาดา มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระดับประเทศ 2 ฉบับ ได้แก่ Privacy Act 1980 และ Personal Information Protection and Electronic Document Act (PIPEDA) 2000 ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศส ก็มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล 2 ฉบับ เช่นกัน โดยกฎหมายทั้งสองฉบับต่างก็มีคณะกรรมการของตนเองดูแลการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นๆ และทำให้เกิดการตีความข้อความในกฎหมายแตกต่างกันจนในที่สุดได้นำไปสู่การแก้กฎหมายโดยมีเนื้อหาสาระให้คณะกรรมการ CADA มีอำนาจให้ความเห็นเกี่ยวกับการตีความ ทำให้เกิดเอกภาพในการตีความบังคับใช้กฎหมายมากยิ่งขึ้น²

ผู้วิจัยเห็นว่าการแยกคณะกรรมการที่ดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลระหว่าง หน่วยงานภาครัฐ และเอกชนเป็นคณะกรรมการคนละชุด ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. นั้น น่าจะสอดคล้องกับลักษณะของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับ และยังมีความแตกต่างกันระหว่างข้อมูลส่วนบุคคลในภาครัฐที่ถือว่ามียุทธศาสตร์หนึ่ง คือ ข่าวสารของราชการ กับข้อมูลส่วนบุคคลในภาคเอกชน แต่ก็มีความเป็นไปได้เพื่อป้องกันปัญหาเอกภาพในการตีความกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตก็อาจพิจารณาใช้แนวทางของประเทศฝรั่งเศสที่รวมอำนาจในการวินิจฉัยไว้กับคณะกรรมการเพียงชุดเดียว

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของต่างประเทศกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ของไทย เห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมบัญญัติบางประการเพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มีประสิทธิภาพในการใช้บังคับมากยิ่งขึ้น ดังนี้

1) บทบัญญัติกำหนดรายละเอียดในการจำแนกแยกแยะประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะต่างๆ ตามแบบอย่าง ในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) ที่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองมากกว่าข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป (Normal Data หรือ Non-sensitive Data) ซึ่งการที่ไม่ได้บัญญัติไว้ให้ชัดเจนย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับมาตรการดูแลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้

² สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2547). กฎหมายข้อมูลข่าวสารทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส. หน้า 75.

2) บทบัญญัติกำหนดวิธีปฏิบัติและการจัดการเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลแยกตามประเภทของข้อมูลเช่นกัน เพื่อให้เกิดการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในแต่ละประเภทอย่างเหมาะสม ทั้งนี้ น่าจะได้มีการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลบางประเภทในเชิงหลักการสำคัญไว้ก่อน เพื่อให้การออกกฎหมายอนุบัญญัติมารองรับนั้นจะได้ครอบคลุมประเด็นสำคัญในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความสำคัญในชีวิตประจำวัน เช่น การคุ้มครองข้อมูลทางการเงิน การคุ้มครองข้อมูลในการสมัครงาน หรือสมัครเป็นสมาชิกกลุ่มบุคคล เป็นต้น

3) กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับใช้เป็นมาตรฐานความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล โดยกำหนดให้ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องดำเนินการจัดเก็บและควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลโดยคำนึงถึงนวัตกรรมทางเทคโนโลยีและลักษณะเฉพาะในการประมวลผลข้อมูลนั้นๆ รวมถึงมาตรการความปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการทำลายข้อมูลหรือทำให้ข้อมูลเสียหาย การเข้าถึงข้อมูลโดยปราศจากอำนาจ หรือการนำเข้าสู่การประมวลผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดขึ้น ในขณะที่มีการรวบรวมข้อมูล และให้ปรับปรุงมาตรการดังกล่าวให้มีความทันสมัยตามความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอย่างน้อยทุกๆ 2 ปี เป็นต้น

4.1.3 การตีความค่านิยมข้อมูลส่วนบุคคล

ในการศึกษากร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” มีความสำคัญอย่างมากและยากแก่การให้คำนิยามและกำหนดขอบเขตว่าหมายถึงอะไรบ้างในรายละเอียดซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้าง โดยกฎหมายของแต่ละประเทศก็มีแนวทางการบัญญัติคำนิยามที่แตกต่างกันในรายละเอียด

ทั้งนี้ ในการศึกษาเกี่ยวกับการตีความค่านิยมของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้วิจัยเห็นว่าควรศึกษาเปรียบเทียบกับค่านิยมของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดค่านิยมของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ ดังนี้

“ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งที่บอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกเสียงของคน หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย”

จะเห็นได้ว่า ตามความหมายของ “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” ของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ไม่รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ไม่อาจเจาะจงถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือ

ข้อมูลที่ไม่ใช่เรื่องส่วนตัว เช่น นาย ก. เป็นเจ้าของโฉนดแปลงใดแปลงหนึ่ง แม้ข้อมูลนี้อาจทำให้ทราบว่าเป็นเจ้าของโฉนด แต่ข้อมูลดังกล่าวก็ปรากฏอยู่ในเอกสารมหาชน ซึ่งไม่ถือเป็นเรื่องส่วนตัวของนาย ก. แต่อย่างใด

ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ขอบเขตของ “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจึงมีนัยที่ค่อนข้างแคบ คือ เน้นเฉพาะ “ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล” ซึ่งหมายถึง เรื่องส่วนตัวเท่านั้น ในขณะที่ “ข้อมูลส่วนบุคคล” ที่ควรได้รับความคุ้มครองนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ยังครอบคลุมถึงข้อมูลที่แม้ในเบื้องต้นจะไม่สามารถระบุตัวบุคคลได้ แต่ในที่สุดแล้วสามารถระบุตัวบุคคลได้ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเช่นเดียวกัน

ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้มีการประกาศบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว จึงทำให้เกิดข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการตีความคำนิยามของข้อมูลส่วนบุคคล จึงควรนำมาศึกษาเพื่อเป็นแนวทางในการรับมือกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากคำตีความคำนิยามของข้อมูลส่วนบุคคล

4.1.3.1 ปัญหาการตีความคำนิยามข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540

เนื่องจากพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายไทยที่มีเนื้อหาในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมากที่สุดในขณะนี้ และเมื่อพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ มีผลใช้บังคับและมีการยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างในข้อพิพาทในหลายกรณี ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการตีความพระราชบัญญัติดังกล่าวหลายประการจึงควรศึกษาปัญหาการตีความและการบังคับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงคำนิยามข้อมูลส่วนบุคคลของร่างพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นและเป็นประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ การกำหนดแนวการบังคับใช้กฎหมายที่ชัดเจนย่อมเป็นประโยชน์ในกำหนดแนวนโยบายการดำเนินกิจการขององค์กรที่จะมิให้เกิดการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

ในการบังคับใช้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่ได้มีการระบุนิยามของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้และกำหนดระเบียบขั้นตอนการปฏิบัติในการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลในความครอบครองของหน่วยงานรัฐ โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติคำนิยามของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ดังนี้

“ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา สถานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้หนึ่งได้ เช่น ลายพิมพ์ นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคำนิยามของข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ดังนี้

“ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา สถานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม ประวัติการทำงาน หรือประวัติกิจกรรม บรรดาที่มีชื่อของบุคคลนั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวบุคคลนั้นได้ เช่น ลายพิมพ์ นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคน หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

จะเห็นได้ว่านิยามข้อมูลส่วนบุคคลของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 และร่างพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มีข้อความที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน มีหลักเกณฑ์เดียวกัน คือ ข้อมูลที่ทำให้กำหนดตัวบุคคลได้ แต่ร่างพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. มีข้อความที่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เพียงเล็กน้อย คือ “ประวัติกิจกรรม” แต่จากคำนิยามของข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการและร่างพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้กำหนดขอบเขตข้อมูลส่วนบุคคลที่ชัดเจนซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาการตีความคำนิยามดังกล่าวได้ และเมื่อได้ศึกษาผลจากการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 จะเห็นได้ว่ามีข้อพิพาทเกี่ยวกับคำนิยามและขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งต้องอาศัยการตีความจากคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารอยู่บ่อยครั้ง และมีความโน้มเอียงที่จะตีความไปในทำนองที่ว่าถ้าข้อมูลข่าวสารใดมีชื่อของบุคคลอยู่ในข้อมูลนั้น เช่น โฉนดที่ดิน กระดาษคำตอบ เป็นต้น ก็ถือว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลทั้งสิ้น หน่วยงานของรัฐเมื่อได้รับคำขอตรวจดูข้อมูลข่าวสารในลักษณะดังกล่าวก็มักจะปฏิเสธไม่ยอมเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น โดยอ้างว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล ก่อให้เกิดข้อขัดแย้งมีการอุทธรณ์ขึ้นมายังคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารอยู่เรื่อยๆ

การที่มีการตีความคำว่า “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” ต่างๆ นานานั้น น่าจะมีสาเหตุมาจากถ้อยคำตามมาตรา 4 ได้ให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลไว้เพียงสั้นๆ โดยกำหนดเพียงว่า “ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล” และถ้อยคำที่ให้ความหมายเพิ่มเติมก็เป็นเพียงการ

ยกตัวอย่าง โดยการใช้คำว่า “เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือ ประวัติการทำงาน” ส่วนล้อยคำที่อาจทำให้เกิดการตีความผิดในเรื่องข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล คือการระบุคำว่า “บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย” จึงไม่สามารถครอบคลุมและทำให้เข้าใจลักษณะของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลได้ทันที และเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ส่วนใหญ่มักจะวินิจฉัยให้หน่วยงานรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่บุคคลร้องขอ โดยให้เหตุผลว่าการที่หน่วยงานรัฐอ้างว่าเป็นข้อมูลข่าวสารนั้นฟังไม่ขึ้น เพราะข้อมูลดังกล่าวไม่ได้เป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลแต่เป็นเพียงข้อมูลข่าวสารธรรมดาที่อยู่ในความครอบครองของราชการเท่านั้น เมื่อข้อมูลข่าวสารดังกล่าวไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย หน่วยงานของรัฐก็ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวแก่บุคคลผู้ร้องขอ โดยเป็นการให้เหตุผลที่ไม่ได้อธิบายความหมายของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลว่าหมายความว่าอย่างไรในเชิงพรรณนา แต่จะเป็นการอธิบายในลักษณะสั้นๆ ในเชิงปฏิเสธว่าทำไมข้อมูลข่าวสารตามที่บุคคลร้องขอให้เปิดเผยไม่เป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามความหมายของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ เช่น รายชื่อผู้มีสิทธิในการเลือกตั้งและผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งมิได้เป็นข้อมูลส่วนบุคคล แต่เป็นข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานรัฐ (คำวินิจฉัยที่ สค 1/2542) ชื่อและชื่อสกุลของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการและอนุกรรมการอื่นๆ ไม่ใช่ข้อมูลส่วนบุคคล (คำวินิจฉัยที่ สค 15/2544) เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะพิจารณาว่าข้อมูลข่าวสารเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ จากการครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานรัฐหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาเฉพาะประเภท มิได้พิจารณาถึงเนื้อหาสาระของข้อมูล ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่าข้อมูลข่าวสารเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ จากการครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานรัฐแล้ว ก็มักจะถือว่าเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่เปิดเผยได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 14 และมาตรา 15 โดยไม่มีการพิจารณาถึงเนื้อหาสาระของข้อมูลข่าวสารว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หรือเป็นความลับของทางราชการรวมอยู่ด้วยหรือไม่ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนบุคคลได้

จากปัญหาการตีความคำว่า ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เป็นตัวอย่างปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับการตีความคำนิยามข้อมูลส่วนบุคคล จึงทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องตระหนักและระมัดระวังมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวและหาแนวทางป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับการใช้และการตีความคำนิยามข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลควรมีการแยกประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลไว้

อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะป็นข้อมูลส่วนบุคคลธรรมดาและข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวง่าย และการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้รับความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเพื่อป้องกันมิให้เกิดการละเมิดซึ่งทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นๆ

4.1.4 กรณีตัวอย่างปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล

4.1.4.1 ข้อความมาตรฐานที่ GSMA กำหนดไว้มีดังนี้

“11 Data Privacy

11.1 Each Party’s obligations hereunder to transfer information to the other Party shall not apply to the extent that a Party is prohibited from doing so by the regulations and laws of its own country applicable to IR and/or data protection.

11.2 Each Party shall inform its subscribers that during roaming, the storage, treatment and transfer of their personal data may be subject to regulation different from the regulation in their own country.

11.3 The Parties confirm that they shall comply with the Data Privacy Regulations/Laws applicable in their respective countries. Further Details of Data Privacy aspects are given in Annexes C.6 and I.6”

จากข้อความดังกล่าวสามารถสรุปใจความได้ดังนี้

“คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับ หรือกฎหมายของประเทศตนที่ใช้บังคับเกี่ยวกับบริการข้ามแดนระหว่างประเทศ และ/หรือการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องแจ้งให้ผู้ให้บริการของตนทราบว่าในระหว่างการใช้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ การเก็บรักษา การปฏิบัติต่อ และการ โอนข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการนั้นจะอยู่ภายใต้กฎระเบียบที่แตกต่างจากกฎข้อบังคับที่มีอยู่ในประเทศของตน”

4.1.4.2 Telecom Italia S.p.A (“TI”) ประเทศอิตาลี ได้ใช้ข้อความดังนี้

“11 Data Privacy

11.3 The Parties confirm that they shall comply, as *Independent Data Controllers*, with the Data Privacy Regulations/Laws applicable in their respective countries. Further Details of Data Privacy aspects are given in Annexes C.6 and I.6”

สำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของประเทศไทยนั้น ได้ยอมรับในการแก้ไข ข้อความดังกล่าว เนื่องจากผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของประเทศไทยมีอำนาจต่อรองดีกว่า ผู้ให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศ

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกฎหมายเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ

4.2.1 ความสำคัญของการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of Law) ตามหลักเจตนาแห่งคู่สัญญา (Party Autonomy)³

ในทางปฏิบัติเจตนาแห่งคู่สัญญา (Party Autonomy) เป็นหลักที่จะนำมาใช้บังคับในการเลือก กฎหมายที่ตนประสงค์กับสัญญาที่ขึ้นทำระหว่างกัน แนวความคิดว่าด้วยการเลือกใช้บังคับกฎหมาย ตามเจตนาแห่งคู่สัญญานี้มีการพัฒนาเป็นหลักสำคัญในการทำสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ (Foreign Element) หรือในกรณีที่คู่สัญญามีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไป โดยที่คู่สัญญาอาจจะมิได้มี ความรู้ทางด้านกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามซึ่งอาจเป็นคนละระบบกฎหมายกันเลยก็ได้ แต่ก็ยัง ยินยอมตกลงให้มีการเลือกใช้กฎหมายของคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นมาบังคับกับสัญญาของตน ไม่ว่าจะด้วย เหตุผลทางด้านอำนาจต่อรองที่น้อยกว่า หรือด้วยเหตุผลใดก็ตาม⁴

อย่างไรก็ดี ถ้าหากปรากฏว่าในสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั้นมีข้อกำหนดให้คู่สัญญาต้อง ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาในหลายๆ ประเทศ หรือในหลากหลายสถานที่โดยที่มีได้ตกลงเลือก กฎหมายที่จะนำมาบังคับกับสัญญาแล้ว กรณีที่มีความขัดแย้งหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการ ผิดหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการเรียกร้องความเป็นธรรมก็อาจจะเกิดความไม่ แน่ใจได้ว่าตนจะต้องนำคดีไปขึ้นสู่ศาลใด และศาลที่ตนจะนำคดีไปฟ้องร้องนั้นจะนำกฎหมายของ ประเทศใดมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เนื่องจากว่าสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้นศาลที่พิจารณาและ วินิจฉัยคดีจะนำกฎหมายแห่งรัฐที่ตนตั้งอยู่นั้นมาใช้บังคับในทันทีโดยไม่ผ่านกระบวนการขัดกันแห่ง

³ มัชชะ บูมมิตร. ปัญหาว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อพิพาทของคู่กรณี. เข้าถึงได้จาก

<http://log.buu.ac.th/weblog/index.php/2013-07-30-02-34-9/122-2013-08-09-03-36-10> [14กรกฎาคม 2550].

⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่สัญญาที่เป็นคนไทยมักจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจการต่อรองน้อยกว่าซึ่งจะเห็นได้จากกรณีอันเกิด ขึ้นอยู่เป็นประจำที่คู่ค้าของคนไทยนั้นมักจะยินยอมให้ใช้อินญาโตตุลาการไทยแต่กำหนดให้ใช้อินญาโตตุลาการของ ต่างประเทศแทน โปรดดู ภาณุรัตน์ พัฒนพัชร.(2549). วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการประกันภัยทางทะเลพ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตรมหาวิทยาลัทธิธรรมศาสตร์. หน้า 256.

กฎหมายมิได้ เพราะอาจจะเกิดความไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาได้ นอกจากนี้กฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้บังคับกับคดีพิพาท โดยผ่านระบบกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นจะชี้ให้ใช้กฎหมายใด ก็อาจจะยังคงมีปัญหาความไม่แน่นอน เพราะนอกจากจะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกันของรัฐที่นำคดีไปฟ้องร้องแล้ว ยังอาจจะมีปัญหาในเรื่องของความลำเอียงในกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศก็ได้ ด้วยเหตุนี้ แนวคิดที่ให้คู่สัญญาสามารถตกลงเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา รวมถึงแนวคิดว่าด้วยการเลือกศาลนั้นย่อมทำให้เพิ่มขีดความสามารถในการบริหารจัดการสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาและยังมีผลทำให้คู่สัญญาสามารถควบคุมการปฏิบัติการชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญาได้ดียิ่งขึ้นอีกด้วย ซึ่งนอกจากจะเป็นการส่งเสริมและนำพาผลดีมาสู่ธุรกรรมต่างๆ ในทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว ยังทำให้คู่สัญญาที่เป็นพ่อค้าพาณิชย์ทั้งหลายเหล่านั้นสามารถคำนวณต้นทุนเพื่อการบริหารจัดการความเสี่ยงของตนได้อีกด้วย

4.2.2 ปัญหาทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลสำหรับการบังคับใช้กฎหมายให้ตรงตามเจตนาของคู่สัญญาและให้เหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

โดยหลักการพิจารณาคดีโดยศาล จะต้องคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยซึ่งการนำกฎหมายแห่งรัฐของตนมาใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้นก็เป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยด้วย ดังนั้นสำหรับกรณีที่เกิดคดีความอันมีสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ (Foreign Element) แล้ว ศาลที่พิจารณาวินิจฉัยคดีนั้นก็จะต้องนำหลักการว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เป็นกฎหมายแห่งรัฐมาใช้บังคับ กล่าวคือพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้นเอง แต่สำหรับการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น โดยหลักถ้าหากว่าเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว อนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็จะต้องมีความเป็นกลาง บางครั้งการนำกฎหมายแห่งของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็อาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายได้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงไม่ผูกพันที่จะต้องนำกฎหมายขัดกัน อันเป็นกฎหมายแห่งรัฐของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาใช้บังคับ

⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ยังคงใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ยืดหยุ่นเช่น บทบัญญัติในมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ของประเทศไทย. โปรคดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช.(2551). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. (กรุงเทพฯ :สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). หน้า 252 - 253.

⁶ Edith Fredler. (1988-1989). **Party Autonomy Revisited: A Statutory Solution to a Choice-of-Law Problem.** 37 U. Kan. L. Rev. 471. Available: [http://heinonline.org/\[2007, April 11\]](http://heinonline.org/[2007, April 11]).

อนุญาโตตุลาการอาจจะนำกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหลักสุจริตยุติธรรมอื่นใดที่มีความเหมาะสมกับข้อพิพาทของคู่พิพาทก็ได้

4.2.2.1 ปัญหาทางปฏิบัติที่เคยเกิดขึ้นในศาลไทยเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา (Applicable Law)

1. ปัญหาการตีความเจตนาโดยปริยายของคู่กรณี

ในเรื่องของเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญานั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เจตนาของคู่กรณีตามมาตรา 13 ดังกล่าวนั้นมีได้ทั้ง (1) เจตนาโดยชัดแจ้ง และ (2) เจตนาโดยปริยายในเรื่องของ “เจตนาโดยชัดแจ้ง” นั้นไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด คู่สัญญามักจะระบุเป็นลายลักษณ์อักษรเอาไว้ในสัญญา จึงสามารถยังรู้ได้โดยโดยประจักษ์ชัด แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นมักจะเป็นกรณีที่คู่สัญญามีได้ระบุเอาไว้โดยชัดแจ้งในสัญญา ทำให้เมื่อต้องนำคดีความไปฟ้องร้องสู่ศาล ศาลก็ต้องมาค้นหาหรือหยังถึงเจตนาโดยปริยายของคู่กรณี มิฉะนั้น ศาลก็ต้องอาศัยจุดเกาะเกี่ยวในลำดับถัดมา ได้แก่ สัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญา และสถานที่ที่คู่สัญญาได้ทำสัญญากัน ทั้งนี้ ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายในประเด็นดังที่ได้กล่าวมานี้ ได้เคยมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาไทยตัดสินอยู่เช่นกัน กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1645/2538 ซึ่งเป็นคดีสัญญาเช่าเรือซึ่งมีข้อสัญญาระบุข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่าเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา คือ กฎหมายอังกฤษ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ สิ่งที่ควรจะทำความเข้าใจก็คือความแตกต่างใน (1) กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับ (Choice of Law) และ (2) เขตอำนาจที่คู่สัญญาเลือกในการระบุข้อพิพาท (Choice of Forum) ซึ่งสองประเด็นนี้แยกเป็นเอกเทศจากกัน ดังนั้น ในคดีพิพาทฎีกาดังกล่าวนี ศาลไม่ควรจะนำประเด็นสองประเด็นนี้มาสรุปเป็นเรื่องเดียวกัน เพราะในบางครั้ง คู่กรณีอาจจะกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการ ณ ประเทศอังกฤษ แต่อาจจะมิได้นำกฎหมายอังกฤษมาใช้บังคับกับข้อพิพาทก็ได้ สิ่งที่ศาลควรจะต้องนำมาพิจารณาก็คือปัจจัยอื่นๆ อันเป็นส่วนประกอบของสัญญา เช่น ถ้อยคำทางกฎหมาย (Legal Terminologies) ที่ปรากฏในสัญญา แบบของสัญญาหรือถิ่นที่มีการทำสัญญาเป็นต้น โดยควรพิจารณาประกอบกันทั้งหมด⁷ ดังนั้น ถ้าหากคู่สัญญาได้ทำสัญญาขึ้นโดยมิได้กำหนดกฎหมายของประเทศที่จะให้ใช้บังคับแล้ว ในการหยังถึงเจตนาโดยปริยายแห่งคู่กรณีดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ตามที่ปรากฏอยู่ในสัญญา ทั้งนี้จะต้องเป็นไปตามลำดับการหยังกฎหมายมาใช้บังคับตามนิติวิธีซึ่งกฎหมายชดกันได้

⁷ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 5 หน้า 244-245.

กำหนดเอาไว้ ถ้าหากว่ามีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ให้ใช้อุญาโตตุลาการของประเทศใดก็ควรทำความเข้าใจว่าข้อกำหนดดังกล่าวนั้นมีสถานะเป็นเพียงสถานที่ที่จะให้เป็นเขตอำนาจ (Choice of Forum) เท่านั้น ยังมีได้มีผลเป็นข้อสัญญาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับตามเจตนาแห่งคู่กรณี (Choice of Law) แต่อย่างไร

2. กฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law) กับปัญหาว่าด้วยเขตอำนาจศาลของไทย

นอกจากปัญหาการตีความเจตนาโดยปริยายของคู่กรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้น ยังมีปัญหาในเรื่องของการค้นหากฎหมายมาใช้บังคับสำหรับกรณีที่คู่สัญญาต่างสัญชาติอีกด้วย กล่าวคือ ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีการรับขนของทางทะเลซึ่งสร้างความสับสนให้กับวงการกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นอย่างมาก เนื่องจากว่าความบกพร่องในเรื่องของความประณีตในการแยกแยะประเด็นกฎหมายของศาลไทยที่อาจจะเรียกได้ว่ามีความบกพร่องในความละเอียดรอบคอบในการวินิจฉัยคดี กล่าวคือ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2466/2532 และ 2768/2532 คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้ออกมาในแนวทางเดียวกันว่าเนื่องจากคดีดังกล่าวมีมูลคดีเกิดขึ้นในประเทศไทยกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าว จึงต้องนำกฎหมายไทยมาใช้บังคับทั้งๆ ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าให้บังคับด้วยกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ศาลไทยยังไม่เคารพในความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาและพยายามหลีกเลี่ยง ไม่ยอมใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศ แต่จะใช้บังคับกฎหมายไทยเพียงอย่างเดียว ซึ่งการปฏิเสธการใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศเช่นนี้ ย่อมมีผลเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างประเทศอันอาจจะถูกศาลในต่างประเทศปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยในคดีดังกล่าวได้*

การที่ศาลไทยนำเอา “มูลคดี” มาเป็นวัตถุในการวินิจฉัยเพื่อนำเอากฎหมายไทยมาใช้บังคับนั้นถือเป็นนิติวิธีที่ผิดไปจากหลักวิชาการเป็นอย่างยิ่ง เพราะโดยหลักสำหรับสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศแล้ว (Foreign Element) ในประเด็นที่ว่าจะต้องนำเอากฎหมายใดมาใช้บังคับนั้น สิ่งที่จะต้องนำมาใช้เป็นวัตถุในการพิจารณาจะต้องพิจารณาตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ซึ่งได้มีการกำหนดเอาไว้ หรือหากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายศาลก็จะต้องพิจารณาให้ไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกันต่อไป เพราะเรื่องของมูลคดีนั้นไม่ได้เป็นสิ่งที่ชี้เจตนาของคู่กรณีตามหลักอิสระในการเข้าทำสัญญาและก็มีใช้ลำดับในการเลือกใช้กฎหมาย

* พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิรา สายสุนทร. (2552). “การค้าระหว่างประเทศ”. รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่งสมัยที่ 62 เล่มที่ 2. (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา). หน้า 105.

ตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้กำหนดเอาไว้ มุลคดีนั้นเป็นเพียงเครื่องมือในทางวิธีสบัญญัติที่จะช่วยชี้ให้ศาลรู้ว่าตนเองมีเขตอำนาจที่จะไปตัดสินหรือพิจารณาคดีดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น การเกิดมุลคดีนั้นแท้ที่จริงแล้วจะทำให้ศาลดังกล่าวมีอำนาจในการรับฟ้องเพื่อการพิจารณาคดีดังกล่าวเพียงเท่านั้น แต่ปัญหาว่าจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับคดีนั้นศาลจะต้องพิจารณาและวินิจฉัยไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา (Party Autonomy)⁹

4.2.2.2 ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา (Applicable Law)

1. ปัญหาว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญานั้นต้องเป็นกฎหมายของรัฐหรือไม่

ในกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นหนึ่งที่นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลล้วนเห็นว่า กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้นั้นต้องเป็น “กฎหมายของรัฐ” เท่านั้น¹⁰ ด้วยเหตุผลที่ว่าสัญญาจะไม่มีกฎหมายใดรับรองสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาตามกฎหมายมิได้¹¹ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้เพื่อบังคับกับสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้น จะต้องไม่เป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติของพ่อค้า (Lex Mercatoria) แนวปฏิบัติ (Guideline) ของ UNCITRAL หรือหลักการ (Principle) ของ UNIDROIT¹² ดังนั้น ถ้าหากว่ามีคดีความในมูลหนี้สัญญาอันมีองค์ประกอบระหว่างประเทศแล้วและสัญญานั้นมิได้มีข้อสัญญาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับศาลที่รับผิดชอบในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีดังกล่าว ก็จะต้องเลือกใช้กฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งถ้าหากว่าเป็นศาลไทยก็จะต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งถ้าหากว่าคู่สัญญามีได้มีสัญชาติร่วมกันแล้วก็จะต้องนำเอากฎหมายแห่งรัฐที่คู่สัญญาได้ทำสัญญากันมาใช้บังคับ

อย่างไรก็ดี ถ้าหากว่าเป็นการพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยอนุญาโตตุลาการแล้วกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาของคู่กรณีอาจจะไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายภายในแห่งรัฐมาบังคับก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนในการตัดสินใจขาดข้อพิพาทจะต้องพิจารณาทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งถ้าหากว่ากฎหมายภายในขัดต่อกฎหมายระหว่าง

⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 247.

¹⁰ Peter Hay. (1999). *From Rule-Oriented to “Approach” in German Conflicts Law The Effect of the 1986 and 1999 Codifications*, American Journal of the Comparative Law. pp. 633, 635.

¹¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5 หน้า 250.

¹² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. เพิ่งอ้าง หน้า 251.

ประเทศแล้ว ก็จะต้องใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹³ นอกจากนี้ ในวรรคสองแห่งมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้อีกด้วย ซึ่งข้อความตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถค้นหากฎหมายได้อย่างกว้างขวาง โดยอาจใช้กฎหมายขัดกันของประเทศที่อนุญาโตตุลาการตัดสินใจขึ้น หรือกฎหมายขัดกันของประเทศอื่นใดก็ได้¹⁴ และยิ่งถ้าคู่กรณีได้กำหนดกันไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono) อนุญาโตตุลาการก็อาจจะใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ตนเห็นสมควร โดยอาจจะมีใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศใดเลยก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจะต้องยึดติดอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติหรือไม่ ประเด็นนี้มีความเห็นของนักวิชาการทั้งที่มองว่า จำเป็นต้องยึดติดเพราะการชี้ขาดจะเป็นไปโดยขัดต่อกฎหมายไม่ได้¹⁵ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 218 วรรคท้าย และก็มีความเห็นที่มองว่าไม่จำเป็น เพราะตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 34 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการนั้นมิได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องใช้หลักกฎหมายในการชี้ขาดข้อพิพาทด้วยแต่ประการใด¹⁶ แต่ทั้งนี้ คำชี้ขาดนั้นจะต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวง ไว้อย่างชัดแจ้ง ถ้าหากว่าคู่กรณีพิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น¹⁷

นอกจากประเด็นของเสรีภาพในการตกลงเลือกกฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีแล้ว ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือว่ากฎหมายต่างประเทศที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับคดีนั้นจะมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการอาจรับรู้ด้วยตนเองได้ หรือจะต้องถือว่าเป็นข้อเท็จจริงซึ่งคู่สัญญาต้องนำสืบพิสูจน์ให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้น เห็นจะได้กล่าวต่อไปในเรื่องของการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

¹³ ICSID Reports Volume 2. (1994). (Cambridge, England : Cambridge University Press) pp. 3-76, อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์.(2548). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 249.

¹⁴ สุธาบดี สัตตบุศย์. (2528). กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ พร้อม General Agreement on Tariffs and Trade. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2. หน้า 164.

¹⁵ สุธาบดี สัตตบุศย์. เพิ่งอ้าง หน้า 136.

¹⁶ ชาญวัฒน์ บุนนาค.(2552). อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ. กรุงเทพฯ : ทรัพย์สุรีย์. หน้า 136.

¹⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 37 วรรคสอง

2. ปัญหาว่าด้วยการนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

ในเรื่องของการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับกับคดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้น โดยหลักแล้วจะมีแนวความคิดอยู่ด้วยกัน 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวความคิดแรก เป็นแนวความคิดของ อิตาลี ซึ่งมองว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศล้วนมีผลบังคับใช้อยู่ภายในดินแดนของตนอยู่แล้ว กฎหมายต่างประเทศจะนำมาใช้ในอิตาลีได้ก็โดยการยอมรับเอากฎหมายต่างประเทศนั้นเข้ามาใช้ในฐานะเป็นกฎหมายภายในของอิตาลีเอง ซึ่งการยอมรับเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้ก็เป็นผลอันเนื่องมาจากการยอมรับของกฎหมายขัดกันของอิตาลีที่อนุญาตให้นำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับได้นั่นเอง¹⁸ อีกแนวคิดหนึ่ง คือ แนวความคิดของฝรั่งเศสซึ่งมองว่ากฎหมายต่างประเทศที่นำมาใช้บังคับมิใช่เป็นกฎหมายในสาขาของศาลฝรั่งเศส แต่เป็นเพียงข้อเท็จจริงประเภทหนึ่งเท่านั้น¹⁹ ซึ่งเหตุผลน่าจะเป็นการคำนึงถึงเรื่องอำนาจอธิปไตยซึ่งเชื่อว่าถ้าหากนำเอากฎหมายของต่างประเทศมาใช้บังคับในฐานะเป็นกฎหมายแห่งรัฐตนเองโดยตรงแล้ว ก็จะเป็นการลดทอนอำนาจอธิปไตยของตนเองศาล จึงต้องถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องมานำสืบหรือพิสูจน์ให้ศาลเห็น มิใช่เป็นข้อกฎหมายที่ศาลอาจรับรู้ได้เอง²⁰ ปัญหาที่ว่ากฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงนั้นจะยังคงมีปัญหา คือ ถ้าหากถือว่าเป็นข้อกฎหมายซึ่งเท่ากับว่าศาลต้องรู้เองแล้วศาลจะรู้ได้อย่างไร หลักเกณฑ์ที่ศาลอ้างว่ารู้อองนั้นถูกต้องหรือไม่อย่างไร และในทางตรงกันข้าม ถ้าหากถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นข้อเท็จจริงแล้ว ผลแห่งคดีก็จะอาจจะแตกต่างกันไปตามความสามารถของคู่ความในการนำเสนอข้อกฎหมายต่างประเทศต่อศาลซึ่งนอกจากคู่กรณีฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องตั้งประเด็นแห่งคดีเอาไว้โดยชัดแจ้งถึงกฎหมายต่างประเทศพร้อมทั้งนำพยานผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมายต่างประเทศมานำสืบให้เป็นที่พอใจต่อศาลแล้ว²¹ ก็ยังคงมีปัญหาอีกด้วยว่าข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอ นั้นถูกต้องและเพียงพอหรือไม่ ผลอาจเป็นว่าคำพิพากษาของศาลในคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันอาจได้รับการวินิจฉัยแตกต่างกัน ถ้าคู่ความมีความรู้ทางกฎหมายต่างประเทศที่แตกต่างกัน

¹⁸ลาวัญญ์ ถนัดศิลปกุล และคณะ.(2551). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 9 - 15. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, พิมพ์ครั้งที่ 5. หน้า 13 - 34.

¹⁹ลาวัญญ์ ถนัดศิลปกุล. เพิ่งอ้าง

²⁰อนันต์ จันทโรภากร. (2552). คำบรรยายวิชากฎหมายการซื้อขายระหว่างประเทศ. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 660.

²¹มนู รักษ์วัฒนศิริกุล. (2537). การใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยสินค้าทางทะเล. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 114, 209-210.

สำหรับประเทศไทยนั้น มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติว่า “ในกรณีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิชิตกฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ไม่ได้บัญญัติว่าศาลมีอำนาจใช้ความรู้ของศาลเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศได้เองหรือไม่ จึงอาจแปลความได้สองทางอยู่เช่นกัน กล่าวคือ ทางแรก ศาลมีอำนาจใช้ความรู้ของศาลหรือสามารถขวนขวายหาความรู้ของศาลได้เอง ต่อเมื่อได้ปรากฏว่าศาลไม่มีความรู้ในกฎหมายต่างประเทศจริงๆ แล้วจึงจะขอให้คู่ความพิชิต หรืออีกทางหนึ่ง อาจตีความได้ว่าแม้ศาลจะมีความรู้ในกฎหมายต่างประเทศก็จะใช้ความรู้นั้นด้วยตนเองเลย ไม่ได้ต้องให้คู่กรณีพิชิตกฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลเสมอ²² ในประเด็นนี้ แม้ว่านักกฎหมายส่วนมากจะมีความเห็นตามแนวการตีความในทางแรก แต่ก็มีนักกฎหมายที่สำคัญบางท่านที่มีความเห็นตามแนวทางอย่างหลังอยู่เช่นกัน ด้วยเหตุผลที่ว่าวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายที่ให้ใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรม ดังนั้น แม้ข้อความแห่งกฎหมายต่างประเทศจะถือว่าเป็นข้อเท็จจริงก็ดี ก็ควรจะถือว่าศาลใช้ความรู้ของศาลเองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยมีผู้พิพากษาที่ออกไปศึกษาวิชากฎหมายจากยุโรปเป็นจำนวนมากการยอมให้ผู้พิพากษานี้ใช้ประโยชน์ในความรู้ที่ได้เล่าเรียนมาจะทำให้การพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศได้รับความยุติธรรมยิ่งขึ้นสมตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย²³ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาในชั้นศาลหรือว่าจะเป็นอนุญาโตตุลาการก็น่าจะมีอำนาจที่จะใช้ความรู้ความสามารถของตนเองที่ได้เรียนมาในต่างประเทศซึ่งนอกจากจะทำให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่สำเร็จการศึกษามาจากต่างประเทศนั้นได้ตีความให้ตรงตามหลักวิชาความรู้ตามที่ตนได้เรียนมาจนทำให้เกิดประโยชน์แก่คดีและเป็นธรรมต่อคู่ความทั้งสองฝ่ายแล้ว ยังจะเป็นการส่งเสริมให้ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการนั้นเกิดความตั้งใจและค้นคว้าหาความรู้เพิ่มเติมมากขึ้น เพราะถ้าหากว่ากฎหมายมิให้อำนาจผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการเช่นนั้นแล้ว ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการก็อาจจะหยุดนิ่งไปด้วย เพราะผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการนั้นจะมีความคิดว่าการนำสืบพิชิตเป็นหน้าที่ของคู่ความ ไม่ใช่หน้าที่ของผู้วินิจฉัยคดีและโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับอนุญาโตตุลาการแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัดที่จะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจในการศึกษาและตีความข้อกฎหมายที่ได้มีการกล่าวอ้างและนำสืบในคดี เพราะโดยวัตถุประสงค์ของการตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีก็ประสงค์ที่จะได้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในปัญหาที่กำลังพิพาทกัน ดังนั้น ถ้าหากว่ากฎหมายมิให้อำนาจแก่นุญาโตตุลาการในการเป็นผู้ริเริ่มหรือดำเนิน

²² ลาวัญย์ ถนัคศิลป์กุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 13 – 35.

²³ หุยกต์ แสงอุทัย.(2516). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล .กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ. หน้า 216.

การศึกษาข้อกฎหมายเพื่อการตีความโดยให้กฎหมายที่มีการกล่าวอ้างนั้นมีสถานะเป็นข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการอาจรู้เองแล้ว ก็อาจจะทำให้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของการเสนอข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการได้

3. ปัญหาว่าด้วยขอบเขตหรือข้อจำกัดของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา

ในความเป็นจริง คู่สัญญาต่างก็ประสงค์ที่จะใช้กฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ตนเองและที่ตนเองมีความรู้ความเข้าใจอย่างดีที่สุด กล่าวคือ กฎหมายของประเทศตน แต่อีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องการใช้กฎหมายของประเทศเขาด้วยเช่นกัน ทางปฏิบัติจึงอาจจะตกลงกันไม่ค่อยได้เพราะฝ่ายที่ไม่ได้ใช้กฎหมายของประเทศเขาก็จะมีความรู้สึกว่าเขาเสียเปรียบ ดังนั้น เพื่อให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องได้เปรียบเสียเปรียบกัน คู่สัญญาจึงเล็งปัญหานี้โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม²⁴ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปจึงมีว่า คู่สัญญาจะตกลงกันให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคู่สัญญาจะตกลงใช้กฎหมายของประเทศที่ไม่ได้มีสิ่งใดที่จะถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาที่สร้างขึ้นเลยได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ตามกฎหมายขัดกันของนานาชาติก็ยังไม่เป็นที่ยุติคดีของประเทศอังกฤษบางเรื่องได้กล่าวเป็นทำนองว่าสามารถใช้บังคับได้ เพราะต้องถือความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่กรณีเป็นประการสำคัญ²⁵ ในขณะที่นักนิติศาสตร์เยอรมันมีความเห็นว่า คู่สัญญาจะตกลงกันเช่นนี้ไม่ได้กฎหมายที่จะใช้บังคับจะต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาหรือคู่สัญญาด้วยไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง²⁶ ประเด็นปัญหาในเรื่องอิสราฟในการเลือกกฎหมายในมุมมองของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยแล้ว มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้นมิได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าอิสราฟในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญามีขอบเขตหรือข้อจำกัดมากนักน้อยเพียงใด ในอดีตประเทศไทยเคยมีบทบัญญัติว่าด้วยการเลือกศาลมาก่อน กล่าวคือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2534 ในมาตรา 7(4)²⁷ ได้กำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงเลือกศาลสำหรับข้อพิพาทที่ได้เกิดหรือจะเกิดจาก

²⁴ สุรชาติ สัตตบุศย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16 หน้า 164.

²⁵ สรุปลจากคำพิพากษาในคดี Vita Food Products Inc. V. Unus Shipping Co, (1939) A.C. (R.C. 277, 290).

²⁶ Manual of German Law, p. 18. อ้างถึงใน คณิ่ง ฤาไชย. (2549). คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 72.

²⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2534) มาตรา 7(4) บัญญัติว่าถ้าได้มีการตกลงกันไว้เป็นหนังสือว่าคู่สัญญาได้ยินยอมกันว่าบรรดาข้อพิพาทที่ได้เกิดขึ้นแล้วก็ดี หรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อสัญญาที่ดีให้เสนอต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ไว้ซึ่งไม่มีหรือไม่มีเขตศาลเหนือคดีนั้นตาม

สัญญาได้โดยทำเป็นหนังสือ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีให้อิสราภาพคู่สัญญาในการเลือกศาลที่จะให้มีเขตอำนาจได้อย่างเต็มที่ เพราะยังคงจำกัดจุดเกาะเกี่ยวที่จะทำให้อิสราภาพคู่สัญญาสามารถตกลงเลือกศาลได้อยู่เพียง 3 ประการ คือ อาจเป็น (1) ศาลที่คู่ความฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนา (2) ศาลในพื้นที่ที่มูลคดีเกิด หรือ (3) ศาลในถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ ในประเด็นนี้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยตามจุดเกาะเกี่ยวทั้งสามประการ กล่าวคือ คดีนี้คู่สัญญาตกลงกันเลือกศาลแห่งกรุงลอนดอนประเทศอังกฤษให้เป็นศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีที่มีการผิดสัญญา แต่ศาลในคดีนี้ก็วิเคราะห์แล้วเห็นว่าศาลแห่งกรุงลอนดอนนั้นมีใช้ศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตหรือศาลที่มูลคดีของเรื่องนี้มิได้เกิดขึ้นแต่อย่างใด ข้อตกลงนี้จึงมีอาจใช้บังคับได้ ดังนั้น หากอธิบายในอีกมุมมองหนึ่งก็คือ ศาลไทยจะยอมรับฟังข้อตกลงเลือกศาลของคู่กรณี ถ้าหากว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 7(4) ดังกล่าว ต่อมาหลังจากปี พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นปีที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ได้กล่าวถึงอิสรภาพของคู่สัญญาในการเลือกศาลเพื่อการฟ้องร้องคดีอีกต่อไป จึงเป็นปัญหาว่าข้อสัญญาเลือกศาลตามกฎหมายในภายหลังจากที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม นั้นจะยังคงมีผลหรือไม่ ในเรื่องนี้แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีได้ให้คำตอบเอาไว้โดยตรง แต่ก็ยังคงมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้อ้างอิงในประเด็นนี้ไว้ กล่าวคือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 ซึ่งในคดีนี้เป็นเรื่องของคู่สัญญาที่ได้ทำสัญญารับขนของทางทะเลกัน โดยฝ่ายผู้ส่งของได้ทำสัญญาประกันภัยไว้ด้วย กรณีนี้จึงมี 3 ฝ่ายด้วยกัน กล่าวคือ มีฝ่ายผู้ส่งและฝ่ายผู้ขนส่งซึ่งเป็นคู่สัญญากันและมีฝ่ายผู้รับประกันภัยซึ่งเป็นคู่สัญญากันกับฝ่ายผู้ส่ง ต่อมาเกิดความเสียหายเกิดขึ้นกับฝ่ายผู้ส่งของผู้ส่งของ จึงเรียกร้องให้ผู้รับประกันภัยชดใช้ค่าเสียหายตามสัญญาประกันภัย เมื่อผู้รับประกันภัยชดใช้ค่าเสียหายไปแล้วจึงรับช่วงสิทธิของผู้ส่งของแล้วมาฟ้องร้องให้ผู้ขนส่งต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้รับประกันภัย ในคดีนี้คู่สัญญารับขนของทางทะเล คือ ผู้ส่งของและผู้ขนส่งได้มีข้อตกลงเลือกศาลกันเอาไว้ เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ศาลจึงได้พิจารณาว่าผู้รับประกันภัยไม่ใช่ผู้ที่เป็นคู่สัญญาแห่งข้อตกลงเลือกศาล ข้อตกลงนั้นจึงไม่มีผลบังคับ กล่าวโดยสรุปก็คือ ข้อตกลงเลือกศาลนั้นจะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อคู่ความแห่งคดีนั้นเป็นคู่สัญญากัน ถ้าหากเป็นเพียงผู้รับประกันภัยหรือผู้รับโอนสิทธิโดยผลของกฎหมายอย่างผู้รับ

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง ข้อตกลงเช่นนี้ให้เป็นอันผูกพันได้แต่ศาลที่ได้ตกลงกันไว้ นั้นจะต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือมูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้นหรือทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ภายในเขตศาลแห่งศาลนั้นๆ

ประกันภัยแล้ว ข้อตกลงเลือกศาลนั้นก็ไม้อาจมีผลใช้บังคับได้ ซึ่งคำวินิจฉัยที่ว่าข้อตกลงเลือกศาลมีผลเฉพาะคู่สัญญาแต่ไม่มีผลผูกพันผู้รับช่วงสิทธินี้ ได้มีข้อโต้แย้งทางวิชาการเป็นอย่างมาก²⁸

4. กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้วเงื่อนไขในการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นมีข้อบังคับอยู่ว่า จะต้องใช้ได้โดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นหลักปฏิบัติโดยทั่วไปที่ประเทศใดประเทศหนึ่งที่จะไม่ยอมให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ของคนใช้กฎหมายต่างประเทศอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายของประเทศตนเอง ในประเทศไทยก็เช่นเดียวกันซึ่งได้มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดว่า ถ้าจะใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับก็ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประเทศไทย” ข้อสำคัญที่ควรแยกพิจารณา ก็คือ (1) เมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นการใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และ (2) เมื่อปรากฏว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นเป็นการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวจะเป็นอย่างไร

ในประการแรก มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมิได้บัญญัติเอาไว้ว่ามีกรณีใดบ้างที่ถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นมีข้อความขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย แต่บัญญัติเฉพาะผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศ

²⁸ คณิง ฤๅไชย และ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. (2540). “อันเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 : ข้อคิดเกี่ยวกับข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศ”. (จุลพาห : นิตยสารกระทรวงยุติธรรม, ปีที่ 44:4) หน้า 219-151. ไพฑูริย์ เอกจริยกร. “หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 บริษัท จิกน่าโปรอปเปอร์ตี แอนด์ แคสซวลตี้ อินชัวร์นส์ จำกัด โจทก์ บริษัท คอร์รัล โกลด์ จำกัด กับพวก จำเลย”. คำพิพากษาศาลฎีกา, พ.ศ. 2539 เล่มที่ 10. สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. หน้า 29-37. สุทธิพล ทวีชัยการ. “ฎีกาวิเคราะห์ : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 บริษัท จิกน่าโปรอปเปอร์ตีแอนด์ แคสซวลตี้ อินชัวร์นส์ จำกัด โจทก์ บริษัท วอลเล็ม ชิปปิ้ง (ประเทศไทย) จำกัด กับพวก จำเลย”. (จุลพาห : นิตยสารกระทรวงยุติธรรม, ปีที่ 44:2, 2540) หน้า 211-218.

²⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 5 บัญญัติว่าถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม

ดังกล่าวนี้ไว้เพียงเท่านั้น³⁰ ดังนั้น ข้อพิจารณาในประการแรกที่ว่า เป็นกฎหมายต่างประเทศที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นมีความหมายว่าอย่างไร ก็จะต้องเป็นไปตามดุลยพินิจของศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่พิจารณาและวินิจฉัยคดี ซึ่งในประเด็นนี้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศย่อมมีความเห็นที่แตกต่างกันไปตามแต่ละชนชาติและภูมิหลังของนักกฎหมายแต่ละคน เช่น การตกลงในเรื่องของอายุความ โดยให้นำหลักเกณฑ์ว่าด้วยอายุความของกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับศาลหรืออนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจยอมรับให้คู่สัญญาตกลงกันเช่นนั้นได้ แต่ก็มีบางประเทศ เช่น ประเทศไทยที่ไม่ยินยอมให้คู่สัญญาตกลงให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศในเรื่องอายุความมาใช้บังคับด้วยเหตุผลที่ว่า ในกฎหมายไทยนั้นเรื่องอายุความถือเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน³¹ หรือในบางกรณีศาลในบางประเทศอาจจะไม่ยินยอมให้ใช้กฎหมายต่างประเทศมาบังคับกับสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) ในเรื่องของแรงงาน ประกันภัย การขนส่งถ้าปรากฏว่ากฎหมายต่างประเทศที่กำหนดไว้ั้นต้องการที่จะเลี่ยงกฎหมายของตนเอง เช่น ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น³² ดังนั้นในการที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะพิจารณาและวินิจฉัยคดีตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งมิใช่กฎหมายหรือระบบกฎหมายที่เป็นของประเทศของตนหรือที่ตนเองคุ้นเคยแล้ว ก็จะเป็นภาระหน้าที่ของคู่ความแห่งคดีที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้นเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศรวมทั้งหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายต่างประเทศนั้นมีอยู่อย่างไร มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาในเรื่องของการใช้การตีความที่ผิดเพี้ยนไปจากเจตนาของคู่กรณีได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีความทัดเทียมกันของอำนาจของการต่อรอง (Equality of Bargaining Power) โดยเฉพาะอำนาจต่อรองของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของไทยไม่เท่าเทียมกับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศ นอกจากนั้น การทำสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการประกอบกิจการและให้บริการโทรคมนาคมนั้น มิได้มีเฉพาะการทำสัญญาส่วนแบ่งเท่านั้น หากแต่สัญญาดังกล่าวเกี่ยวข้องกับอำนาจการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ซึ่งจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.

³⁰ ภิญญา พินัยนิติศาสตร์. (2533). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 61.

³¹ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511

³² A. Ehrenzweig, S. Ikehara & N. Jensen. (1964). *American-Japanese Private International Law* 18, 41, 51 (Bilateral Studies in Private International Law No. 12).

2544 หรือหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจการกำกับดูแลของ กสทช. อันเป็นกฎหมายมหาชน โดยที่การทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นการยกเว้น ไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมใช้บังคับสัญญาหรือข้อตกลงนั้นด้วย ประกอบกับ กสทช. เป็นองค์กรกำกับดูแลในฝ่ายบริหารมีหน้าที่ตามกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลผู้รับใบอนุญาตให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด และไม่มีอำนาจยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับผู้รับใบอนุญาตรายใดรายหนึ่งให้สามารถปฏิเสธการใช้กฎหมายและศาลไทยบังคับกับสัญญาได้และคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับกฎหมายไทยด้วย ทั้งนี้ เมื่อคู่สัญญาต่างประเทศจะเข้ามาในประเทศไทย คู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทยตามหลักการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Terrestrial Jurisdiction) จะนำกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ตามที่สัญญามาตรฐานของ GSMA ระบุไว้มาใช้ในประเทศไทยไม่ได้ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องมีอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) เท่าเทียมกัน และหากผู้ให้บริการในประเทศไทย ไม่ปฏิบัติตามกสทช. ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมก็จะไม่สามารถเปิดให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ยังต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับเกณฑ์ที่ GSMA กำหนดไว้ด้วยในฐานะที่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกของ GSMA

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าในปัจจุบันการให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมหรือผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยจะไม่มีอำนาจต่อรองทัดเทียมกับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศ ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยก็สามารถเจรจาต่อรองเกี่ยวกับข้อความหรือประเด็นต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการทำสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าแต่ละกรณีผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยจะมีความสามารถในการเจรจาต่อรอง ได้มากน้อยเพียงใด โดยจะต้องอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามของกฎหมาย ประกาศ หรือหลักเกณฑ์ต่างๆ ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (หรือ กสทช. ในปัจจุบัน) ในฐานะเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย รวมทั้งยังจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสัญญาของสมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม (GSMA) ในฐานะที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกภาพของ GSMA ด้วย

4.2.3. กรณีตัวอย่างปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ

4.2.3.1 ข้อความมาตรฐานที่ GSMA กำหนดไว้มีดังนี้

“20 Choice of Law

The Agreement and any matters relating hereto shall be governed by and construed in accordance with Swiss law.”

จากข้อความดังกล่าวสามารถสรุปใจความได้ดังนี้

“สัญญาและเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ให้ใช้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิตเซอร์แลนด์”

4.2.3.2 Myanma Posts and Telecommunications (“MPT”) ประเทศเมียนมาร์ ได้ใช้ข้อความ ดังนี้

“20 Choice of Law

The Agreement and any matters relating hereto shall be governed by and construed in accordance with the *Laws of the Republic of the union of Myanmar.*”

4.2.3.3 Vodafone Roaming Services S.a.r.l. (“VRS”) ประเทศลักเซมเบิร์ก ได้ใช้ข้อความ ดังนี้

“20 Choice of Law

The Agreement and any matters relating hereto shall be governed by and construed in accordance with the *Laws of England and Wales.*”

สำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของประเทศไทยนั้น ได้ยอมรับในการแก้ไขข้อความดังกล่าว เนื่องจากผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของประเทศไทยมีอำนาจต่อรองด้อยกว่าผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศ

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ (Dispute Resolution & Arbitration)

4.3.1 วิเคราะห์เชิงทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

หากเกิดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายสารบัญญัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในมาตรา 34 จะพบว่า ได้บัญญัติตามทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory) เช่นเดียวกับ UNCITRAL Model Law ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้นำเอา มาตรา 28 มาเป็นแบบอย่าง อย่างไรก็ตาม

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้ให้ความอิสระแก่คู่สัญญาอย่างเต็มที่ โดย UNCITRAL Model Law มาตรา 28 นั้น ได้บัญญัติให้ความอิสระตามทฤษฎีความเป็นเอกเทศแก่คู่สัญญาอย่างเต็มที่ กล่าวคือ ตามทฤษฎีความเป็นเอกเทศนั้น คู่สัญญามีอิสระอย่างเต็มที่ในการเลือกหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา เช่น หลักกฎหมายของพ่อค้า (Lex Mercatoria) หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) เป็นต้น แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น ได้วางหลักให้คู่สัญญาเลือกได้แต่เพียง “กฎหมาย” เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 34 วรรค 3 ก็ยังได้บัญญัติให้อิสระแก่คู่สัญญาอาจตกลงและกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท โดยใช้หลักแห่งความเป็นธรรมและสุจริต (Ex aequo et bono) แต่ทั้งนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 3 ก็ยังมีได้บัญญัติให้อิสระแก่คู่สัญญาอย่างเต็มที่ โดยเมื่อพิจารณาจาก UNCITRAL Model Law ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นำมาตรา 28 มาเป็นต้นแบบนั้น ได้บัญญัติให้อิสระแก่คู่สัญญาที่สามารถตกลงกันให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย (Amiable Compositeur) เลยก็ได้

ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 เป็นไปตามทฤษฎีความเป็นเอกเทศ ทั้งนี้เนื่องจากทฤษฎีความเป็นเอกเทศเห็นว่าควรปรับใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับข้อพิพาทนั้นซึ่งอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสมซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ได้บัญญัติไว้ในลักษณะนี้เช่นกัน

โดยสรุป พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 บัญญัติให้เป็นไปตามทฤษฎีความเป็นเอกเทศ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการแก้ไขมาตราดังกล่าวให้คู่สัญญามีสิทธิเลือก “หลักกฎหมาย” เพื่อใช้บังคับกับสัญญาได้ โดยเมื่อพิจารณาถึงนโยบายของประเทศไทยที่ต้องการพัฒนากรุงเทพมหานครให้เป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาท และมีการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการในลักษณะต่างๆ แล้ว³³ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะต้องแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขโดยให้คู่สัญญากำหนด “หลักกฎหมาย” เพื่อใช้บังคับกับสัญญาได้แล้ว จะเป็นการดึงดูดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น เนื่องจากว่าในปัจจุบัน “หลักกฎหมาย” ที่มีได้มีสถานะเป็น “กฎหมาย” เช่น กฎหมายของพ่อค้า ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า ต่างมีการพัฒนาตัวและมีความสำคัญในทางการค้าระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่มีใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง (A National Principles) ในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดย

³³ ธรรมนุญ พิตยาภรณ์ และ รณชัย ลักสะวารี. (2547). ระบบอนุญาโตตุลาการของโลกในทศวรรษหน้า. ดุลพาห 51. หน้า 140.

อนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกาและภาคพื้นยุโรป อันจะส่งผลทำให้คู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเลือกที่จะใช้บริการการระงับข้อพิพาทในประเทศไทยมากขึ้นและหากประเทศไทยเป็นสถานที่ในการอนุญาโตตุลาการ อาจเป็นประโยชน์ในแง่เศรษฐกิจของประเทศไทยในการทำให้รัฐบาลของประเทศนั้นๆ มีอาจในการต่อรองกับนักลงทุนต่างประเทศด้วย³⁴

4.3.2 เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

การพิจารณาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กับกฎหมายต่างประเทศและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ มีดังต่อไปนี้

4.3.2.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการ

1. กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ

Arbitration Act 1996 มาตรา 46 วางหลักให้สิทธิคู่สัญญากำหนด “กฎหมาย” เพื่อใช้บังคับกับสัญญาได้ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 1 และยังบัญญัติหลีกเลี่ยงการย้อนส่ง (Exclusion of Renvoi) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไว้ลักษณะเดียวกันด้วย กล่าวคือ ถ้าคู่สัญญามีได้ตกลงเป็นอย่างอื่น การที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งนั้น ให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่ได้เลือกมิใช่หลักการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ได้เลือก

กรณีคู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาไว้ Arbitration Act 1996 มาตรา 46 วางหลักไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 2 โดยให้อนุญาโตตุลาการปรับใช้กฎหมายตามหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม

Arbitration Act 1996 มาตรา 46 วางหลักให้คู่สัญญามีอิสระที่ตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยวิธีใดๆ ก็ได้ หากคู่สัญญาได้ตกลงกัน หรือคู่สัญญาอาจตกลงกัน โดยใช้วิธีใดที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดก็ได้ ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 3 ได้บัญญัติให้คู่สัญญาตกลงกันและกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมเท่านั้น โดยจะต้องตกลงอย่างชัดแจ้ง ส่วน Arbitration Act 1996 กำหนดเพียงว่าคู่สัญญาตกลงกัน (Agree) ก็เพียงพอแล้ว

³⁴ จุมพล นันทศิริพล. (2547). พัฒนาการของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก. วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 75-76.

Arbitration Act 1996 มาตรา 46 ไม่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 4 กล่าวคือ ไม่มีบทบัญญัติที่ให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทตามข้อสัญญาและต้องพิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นๆ

2. กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์

International Arbitration Act (Chapter 143A)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์นั้น ไม่มีบทบัญญัติในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท โดย International Arbitration Act มีบทบัญญัติที่กำหนดให้นำเอา UNCITRAL Model Law มาปรับใช้ โดยยกเว้นเพียง Chapter VIII เท่านั้น ทั้งนี้ จึงเป็นการนำเอา UNCITRAL Model Law มาตรา 28 มาปรับใช้บังคับ

4.3.2.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

1) ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทยมิได้บัญญัติถึงหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้อย่างเป็นระบบดังเช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการหรือเช่นเดียวกันกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ โดยเพียงแต่บัญญัติวางหลักให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักกฎหมายและความยุติธรรม แต่หากคู่พิพาทได้ตกลงให้วินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักสุจริตและเป็นธรรมแล้ว อนุญาโตตุลาการก็จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักสุจริตและเป็นธรรม และบัญญัติไว้ถึงสิ่งที่อนุญาโตตุลาการจะต้องตีความสัญญาโดยคำนึงถึงสภาพความเป็นไปได้ตามสัญญาและแนวปฏิบัติทางการค้าตามสัญญา ผู้วิจัยจึงได้เปรียบเทียบข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ด้วย

2) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce: ICC)

เมื่อพิจารณาข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติจะพบว่าข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทยมิได้บัญญัติไว้เป็นระบบดังเช่นข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 17 วางหลักให้คู่สัญญามีอิสระในการเลือก “หลักกฎหมาย” เพื่อใช้บังคับกับข้อพิพาทต่างจากพระราชบัญญัติ

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 1 ซึ่งวางหลักให้สิทธิคู่สัญญาเลือก “กฎหมาย” เพื่อใช้บังคับกับสัญญาเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 17 ไม่มีบทบัญญัติในลักษณะเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการย้อนส่ง ซึ่งมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้วางหลักการเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการย้อนส่งในวรรคหนึ่ง ตอนท้ายไว้

ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดหลักกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญา ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 17 วางหลักให้อนุญาโตตุลาการนำ “หลักกฎหมาย” ที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับได้ แตกต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 2 ซึ่งวางหลักไว้ให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาจากหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 17 นั้นอนุญาโตตุลาการก็มีอิสระอย่างกว้างขวางว่าจะเลือกหลักกฎหมายสารบัญญัติโดยผ่านหรือไม่ผ่านหลักการขัดกันแห่งกฎหมายก็ได้³⁵

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 17 ให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยใช้หลักความเป็นธรรมและความสุจริตหรือไม่ต้องใช้กฎหมายได้ แตกต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 3 ซึ่งวางหลักไว้เพียงแต่ให้สิทธิคู่สัญญาในการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยใช้หลักความเป็นธรรมและความสุจริต และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 3 ยังกำหนดอีกว่า ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักความเป็นธรรมและความสุจริตจะต้องตกลงอย่างชัดแจ้งเท่านั้น ส่วนข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 17 กำหนดเพียงว่าคู่สัญญาตกลงกัน (Agree) ก็เพียงพอแล้ว โดยในส่วนนี้ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทยได้วางหลักไว้ในข้อ 29 วรรค 1 ว่า

หากคู่พิพาทได้ตกลงให้วินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักสุจริตและเป็นธรรมแล้ว อนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้หลักสุจริตและเป็นธรรม

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 17 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 4 ต่างได้วางหลักให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาละชี้ขาดข้อพิพาทตามข้อสัญญาและต้องพิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับ

³⁵ Anan Chantara-opakorn. (2007). Dealing with Conflict of Laws in International Commercial Arbitration under ICC Arbitration Rules and the Arbitration Act of Thailand. *Asian Dispute Review*.6.

ธุรกรรมนั้นๆ เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย ข้อ 29 วรรค 2 ได้วางหลักในการตีความสัญญาไว้ว่า อนุญาโตตุลาการ ตีความสัญญาโดยคำนึงถึงสภาพความเป็นไปได้ตามสัญญาโดยคำนึงถึงสภาพความเป็นไปได้ตาม สัญญา และแนวปฏิบัติทางการค้า ไม่ได้กำหนดตั้งเช่นข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ หอการค้านานาชาติ ข้อ 17 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรค 4

4.3.3 กรณีตัวอย่างปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

4.3.3.1 ข้อความมาตรฐานที่ GSMA กำหนดไว้มีดังนี้

“21 Dispute Resolution & Arbitration

21.1 The Parties agree to seek to resolve any dispute arising out of the Agreement in accordance with the following escalation procedures before commencing the arbitration procedures described below.

.....

All disputes in connection with the Agreement shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) by three (3) arbitrators appointed in accordance with the said Rules. However disputes with respect to a change of the Inter Operator Tariff (“IOT”) charged by either Party shall be governed by the procedure set out in Article 21.2.

21.2 Where there is a challenge by one Party (the “Challenging Party”) to a scheduled or an unscheduled change by the other Party of its IOT the following procedure shall apply;

.....

If after the expiration of day 56 the parties are still in dispute then the Challenging Party must decide if it wishes to launch arbitration proceedings. The Challenging Party must inform the other Party in writing that it intends to initiate arbitration proceedings and must commence formal procedures with the International Chamber of Commerce in Geneva before the expiration of day 60.

Thereafter the dispute in connection with the change of the IOT shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) by three (3) arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

21.3 The place of arbitration shall be Geneva, Switzerland and the proceedings shall be conducted in the English language.”

จากข้อความดังกล่าวสามารถสรุปใจความได้ดังนี้

“คู่สัญญาตกลงจะระงับข้อพิพาทโดยการพิจารณาภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce หรือ ICC) โดยมีอนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งตามข้อบังคับของ ICC จำนวน 3 คน

คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงว่าคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะถือเป็นความลับและจะเปิดเผยต่อสมาชิกของ GSM Association เมื่อได้รับการร้องขอ

สถานที่ของการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินการณกรุงเจนีวาประเทศสวิสเซอร์แลนด์โดยใช้ภาษาอังกฤษคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย”

4.3.3.2 Myanmar Posts and Telecommunications (“MPT”) ประเทศเมียนมาร์ ได้ใช้ข้อความ ดังนี้

21 Dispute Resolution & Arbitration

21.1 The Parties agree to seek to resolve any dispute arising out of the Agreement in accordance with the following escalation procedures before commencing the arbitration procedures described below.

.....

All disputes in connection with the Agreement shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)* by three (3) arbitrators appointed in accordance with the said Rules. However disputes with respect to a change of the Inter Operator Tariff (“IOT”) charged by either Party shall be governed by the procedure set out in Article 21.2.

21.2 Where there is a challenge by one Party (the “Challenging Party”) to a scheduled or an unscheduled change by the other Party of its IOT the following procedure shall apply;

.....

If after the expiration of day 56 the parties are still in dispute then the Challenging Party must decide if it wishes to launch arbitration proceedings. The Challenging Party must inform the other Party in writing that it intends to initiate arbitration proceedings and must commence formal procedures with the *UNCITRAL in Singapore and language is English* before the expiration of day 60.

Thereafter the dispute in connection with the change of the IOT shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)* by three (3) arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

21.3 The place of arbitration shall be *Singapore International Arbitration Center (SIAC) Singapore* and the proceedings shall be conducted in the English language.

4.3.3.3 Vodafone Roaming Services S.a.r.l. (“VRS”) ประเทศลักซ์เซมเบิร์ก ได้ใช้
ข้อความดังนี้

“22 Dispute Resolution & Arbitration

22.6 The place of arbitration shall be *London*, and the proceeding shall be conducted in the English language.”

สำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของประเทศไทยนั้น ได้ยอมรับในการแก้ไข
ข้อความดังกล่าว เนื่องจากผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของประเทศไทยมีอำนาจต่อรองดีกว่า
ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ต่างประเทศ