

บทที่ 5

บทสรุปและ ข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการที่สมาคมผู้ประกอบการจีเอสเอ็ม(Global System for Mobile Communications (GSM) Association)หรือ GSMA ซึ่งเป็นสมาคมของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้กำหนดเนื้อหาของสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ (International Roaming Agreement) ให้มีรูปแบบเป็นมาตรฐาน สัญญาเดียวกันสำหรับผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Operator) ซึ่งข้อสัญญาที่เป็นมาตรฐาน เช่น การเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับกำหนดไว้ว่า “สัญญานี้และเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญานี้ให้ใช้บังคับและตีความตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ แต่สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติหรือ “สำนักงาน กสทช.” ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมของผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยไม่เห็นด้วยกับการบังคับใช้กฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ตามที่ GSMA ได้กำหนดไว้ จึงมีคำสั่งให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมดำเนินการแก้ไขปรับปรุงสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศเพื่อนำกฎหมายและศาลไทยใช้บังคับกับสัญญานั้นด้วย ซึ่งคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับกฎหมายไทยและศาลไทย ทำให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยเกิดความยากลำบากในการเจรจาต่อรองในการเข้าทำสัญญาสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศอื่นๆ อีก ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล และปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

ผู้วิจัยจึงได้สรุปปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ไว้ดังนี้

5.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy)

ถึงแม้ว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลต่างๆ อยู่หลายฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการ

โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นต้น แต่เป็นการคุ้มครองที่กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่างๆ อย่างไม่
เป็นระบบ โดยมีได้มีการรวบรวมไว้ในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเพียงฉบับเดียว

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่บัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาค
ของเอกชนไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งๆ ที่ข้อมูลที่มีการจัดเก็บโดยภาคเอกชนก็มีปริมาณมากไม่ยิ่งหย่อนไป
กว่าข้อมูลส่วนบุคคลที่มีการจัดเก็บในภาครัฐแต่อย่างใด ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งได้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วน
บุคคลของลูกค้าของตนไว้เป็นจำนวนมากไม่ให้ความสำคัญกับข้อมูลส่วนบุคคล หรือกำหนดมาตรการ
รักษาความปลอดภัยแก่ข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เหมาะสม หรือมีการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลโดยขาดความ
ระมัดระวังเท่าที่ควร หรืออาจมีการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบ ซึ่งหาก
เกิดกรณีต่างๆ ดังกล่าวย่อมส่งผลร้ายหรือมีการละเมิดต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ดังนั้น จึงควรให้
มีการบัญญัติบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นธรรมและเหมาะสมกับเหตุการณ์
ปัจจุบันเพื่อป้องกันมิให้ข้อมูลส่วนบุคคลเกิดการละเมิดเป็นจำนวนมากซึ่งก่อให้เกิดความเดือดร้อน
เสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยนำกฎหมายของต่างประเทศมาใช้พิจารณาเป็นแนวทางในการ
แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในภาคเอกชนต่อไป

5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกฎหมายเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการกฎหมายเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาใช้บังคับ มี
ดังนี้

5.1.2.1 ปัญหาว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญานั้นต้องเป็นกฎหมายของรัฐ
หรือไม่

ถ้าหากว่ามีคดีความในมูลหนี้สัญญาอันมีองค์ประกอบระหว่างประเทศแล้วและ
สัญญานั้นมิได้มีข้อสัญญาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับศาลที่รับผิดชอบในการพิจารณาและวินิจฉัยคดี
ดังกล่าวก็ต้องเลือกใช้กฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งถ้าหากว่าเป็นศาลไทย
ก็ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งถ้าหากว่าคู่สัญญา
มิได้มีสัญชาติร่วมกันแล้วก็ต้องนำเอากฎหมายแห่งรัฐที่คู่สัญญาได้ทำสัญญากันมาใช้บังคับ

5.1.2.2 ปัญหาว่าด้วยการนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ

สำหรับประเทศไทยนั้น มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง
กฎหมายบัญญัติว่า “ในกรณีที่ต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่
พอใจแก่ศาลให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ไม่ได้บัญญัติว่าศาลมี
อำนาจใช้ความรู้ของศาลเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศได้เองหรือไม่ จึงอาจแปลความได้สองทางอยู่

เช่นกันกล่าวคือ ทางแรกศาลมีอำนาจใช้ความรู้ของศาลหรือสามารถขวนขวายหาความรู้ของศาลได้เอง ต่อเมื่อได้ปรากฏว่าศาลไม่มีความรู้ในกฎหมายต่างประเทศจริงๆ แล้วจึงจะขอให้คู่ความพิสูจน์ หรืออีกทางหนึ่งอาจตีความได้ว่าแม้ศาลจะมีความรู้ในกฎหมายต่างประเทศก็จะใช้รู้นั้นด้วยตนเองเลย ไม่ได้ต้องให้คู่กรณีพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาลเสมอ ในประเด็นนี้แม้ว่านักกฎหมายส่วนมากจะมีความเห็นตามแนวความคิดความในทางแรกแต่ก็มีนักกฎหมายที่สำคัญบางท่านที่มีความเห็นตามแนวทางอย่างหลังอยู่เช่นกันด้วยเหตุผลที่ว่าวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ให้ใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรม ดังนั้นแม้ข้อความแห่งกฎหมายต่างประเทศจะถือว่าเป็นข้อเท็จจริงก็คิดว่าจะถือว่าศาลใช้ความรู้ของศาลเองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยมีผู้พิพากษาที่ออกไปศึกษาวิชากฎหมายจากยุโรปเป็นจำนวนมากการยอมให้ผู้พิพากษาใช้ประโยชน์ในความรู้ที่ได้เล่าเรียนมาจะทำให้การพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศได้รับความยุติธรรมยิ่งขึ้นสมตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

5.1.2.3 ปัญหาว่าด้วยขอบเขตหรือข้อจำกัดของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา

คู่สัญญาต่างก็ประสงค์ที่จะใช้กฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ตนเองและที่ตนเองมีความรู้ความเข้าใจอย่างดีที่สุด กล่าวคือ กฎหมายของประเทศตนแต่อีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องการใช้กฎหมายของประเทศเขาด้วยเช่นกันทางปฏิบัติจึงอาจจะตกลงกันไม่ค่อยได้เพราะฝ่ายที่ไม่ได้ใช้กฎหมายของประเทศเขาก็จะมีความรู้สึกว่าเสียเปรียบ ดังนั้น เพื่อมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องได้เปรียบเสียเปรียบกัน คู่สัญญาจึงเล็งปัญหานี้โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม

5.1.2.4 กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมิได้บัญญัติเอาไว้ว่ามีกรณีใดบ้างที่ถือว่ากฎหมายต่างประเทศนั้นมีข้อความขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยแต่บัญญัติเฉพาะผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศดังกล่าวนี้ไว้เพียงเท่านั้น ดังนั้นข้อพิจารณาในประการแรกที่ว่า เป็นกฎหมายต่างประเทศที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นมีความหมายว่าอย่างไรก็ต้องเป็นไปตามดุลยพินิจของศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่พิจารณาและวินิจฉัยคดีซึ่งในประเด็นนี้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศย่อมมีความเห็นที่แตกต่างกันไปตามแต่ละชนชาติและภูมิหลังของนักกฎหมายแต่ละคน เช่นการตกลงในเรื่องของอายุความ โดยให้นำหลักเกณฑ์ว่าด้วยอายุความของกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับศาลหรืออนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจยอมรับให้คู่สัญญาดตกลงกันเช่นนั้นได้ แต่ก็มีบางประเทศ

เช่น ประเทศไทยที่ไม่ยินยอมให้คู่สัญญาตกลงให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศในเรื่องอายุความมาใช้บังคับด้วยเหตุผลที่ว่าในกฎหมายไทยนั้นเรื่องอายุความถือเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือในบางกรณีศาลในบางประเทศอาจจะไม่ยินยอมให้ใช้กฎหมายต่างประเทศมาบังคับกับสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) ในเรื่องของแรงงาน ประกันภัย การขนส่งถ้าปรากฏว่ากฎหมายต่างประเทศที่กำหนดไว้นั้นต้องการที่จะเลี่ยงกฎหมายของตนเอง เช่น ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น ดังนั้นในการที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะพิจารณาและวินิจฉัยคดีตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งมิใช่กฎหมายหรือระบบกฎหมายที่เป็นของประเทศของตนหรือที่ตนเองคุ้นเคยแล้วก็จะเป็นการละเมิดหน้าที่ของคู่ความแห่งคดีที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้นเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศรวมทั้งหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายต่างประเทศนั้นมีอยู่อย่างไรมิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาในเรื่องของการใช้การตีความที่ผิดเพี้ยนไปจากเจตนาของคู่กรณีได้

5.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ (Dispute Resolution & Arbitration)

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 บัญญัติให้เป็นไปตามทฤษฎีความเป็นเอกเทศ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการแก้ไขมาตราดังกล่าวให้คู่สัญญามีสิทธิเลือก “หลักกฎหมาย” เพื่อใช้บังคับกับสัญญาได้ โดยเมื่อพิจารณาถึงนโยบายของประเทศไทยที่ต้องการพัฒนากรุงเทพมหานครให้เป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาท และมีการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการในลักษณะต่างๆ แล้วผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะต้องแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขโดยให้คู่สัญญากำหนด “หลักกฎหมาย” เพื่อใช้บังคับกับสัญญาได้แล้ว จะเป็นการดึงดูดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น เนื่องจากว่าในปัจจุบัน “หลักกฎหมาย” ที่มีได้มีสถานะเป็น “กฎหมาย” เช่น กฎหมายของพ่อค้า ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า ต่างมีการพัฒนาตัวและมีความสำคัญในทางการค้าระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่มีใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง (A National Principles) ในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกาและภาคพื้นยุโรป อันจะส่งผลทำให้คู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเลือกที่จะใช้บริการการระงับข้อพิพาทในประเทศไทยมากขึ้นและหากประเทศไทยเป็นสถานที่ในการอนุญาโตตุลาการ อาจเป็นประโยชน์ในแง่เศรษฐกิจของประเทศไทยในการทำให้รัฐบาลของประเทศนั้นๆ มีอาจในการต่อรองกับนักลงทุนต่างประเทศด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้สัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งคู่สัญญาได้ใช้ข้อความที่แตกต่างไปจากข้อความของมาตรฐานสัญญาที่ GSMA กำหนดไว้ นั้น ผู้วิจัยขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังนี้

5.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล (Data Privacy)

ในปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จะมีก็แต่เพียงร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. เท่านั้นซึ่งยังอยู่ในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงเป็นข้อจำกัดว่า หากประเทศไทยยังไม่สามารถออกกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาบังคับใช้แล้ว ข้อมูลส่วนบุคคลก็ยังคงจะถูกล่วงละเมิด โดยเฉพาะการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ เปิดเผยหรือเผยแพร่เป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดความเดือดร้อน หรือเกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลได้ จึงจำเป็นต้องนำกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ใช่กฎหมายเป็นการทั่วไปบังคับไปพลางก่อน เช่น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 แต่เนื่องจากใช้บังคับเฉพาะในหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ไม่ครอบคลุมข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในภาคเอกชนซึ่งมีปริมาณที่จะต้องจัดเก็บอยู่เป็นจำนวนมาก ความรับผิดชอบและทางอาญาของผู้ล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล ก็จะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิด และประมวลกฎหมายมาใช้ นอกจากนี้ควรให้มีการกำหนดหน่วยงานที่มีอำนาจในการใช้ เก็บรักษาและเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยเฉพาะ รวมถึงควรมีการกำหนดระยะเวลาในการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้ให้ชัดเจนว่าสมควรจะต้องเก็บรักษาไว้เป็นระยะเวลาเท่าใดจึงจะมีความเหมาะสม

5.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกฎหมาย (Choice of Law) ที่จะนำมาบังคับใช้

จากข้อเท็จจริงที่ว่าคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ไม่ยอมรับในการใช้ข้อความตามมาตรฐานสัญญาให้บริการข้ามแดนระหว่างประเทศของ GSMA ที่ระบุให้ใช้กฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ โดย กสทช. มีความเห็นว่าให้ใช้กฎหมายไทยและศาลไทยบังคับแก่กรณีการเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญานั้น ก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้ประกอบการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทย เนื่องจากคู่สัญญาต่างประเทศไม่ยอมรับกฎหมายไทยและศาลไทย ทำให้ผู้ประกอบการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยเกิดขัดข้องในการเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาต่างประเทศรวมทั้งยังมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่าด้วย ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุง

กฎหมายของไทย เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าและการลงทุน ให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมชัดเจนเพื่อให้ทัดเทียมและจะได้ใช้ในการเจรจาต่อรองกับต่างประเทศได้ง่ายมากยิ่งขึ้น

5.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ (Dispute Resolution & Arbitration)

สิ่งที่เป็นปัญหาของประเทศไทยอยู่ที่ทุกวันนี้ยังมีมติคณะรัฐมนตรี หรือข้อบังคับ ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการหลายเรื่องที่ยังปิดกั้น หรือเป็นอุปสรรคมิให้คนต่างด้าวเข้ามาใช้ หรือดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเช่น กรณีที่เป็น โครงการของรัฐบาลไทย เราบอกว่า จะเอาคนต่างด้าวเข้ามาชักพยานไม่ได้ หรือ ถ้าใช้กฎหมายไทยในการพิจารณา ต้องใช้ผู้ที่จบปริญญาในเมืองไทย¹ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขการอนุญาโตตุลาการให้มีความเป็นสากลมากขึ้น โดยจะต้องออกมติคณะรัฐมนตรี หรือข้อบังคับให้คนต่างด้าวหรือต่างประเทศเข้ามาใช้ หรือดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้ และควรมีการใช้อนุญาโตตุลาการนอกศาล แทนที่จะดำเนินพิจารณาในศาลซึ่งจะทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วและประหยัดเวลา ขั้นตอนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

¹อนันต์ จันทร์ โอภากร. ไทยรัฐออนไลน์ ชันนอตอนุญาโตฯ ก้าวให้ทันอาเซียน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก

<http://www.thairath.co.th/content/409572> [12 สิงหาคม 2558]