

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานของการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม

2.1 พัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

2.1.1 แนวความคิดพื้นฐานของนิติกรรมสัญญา

แนวความคิดพื้นฐานของการ ที่นิติกรรมหรือสัญญา มีผลผูกพันบังคับคู่สัญญาได้นั้น คือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (the Autonomy of the Will) ซึ่งเป็นที่ยอมรับสำหรับการทำสัญญา โดยนักกฎหมายเอกชนได้อธิบายถึงเหตุผลของการที่นิติกรรมหรือสัญญามีผลบังคับผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติตามก็เพราะเจตนาของบุคคล หลัก การดังกล่าวเป็นรากฐานของการเกิดหนี้ ซึ่งได้รับการยอมรับและปรากฏอยู่ในมาตราต่างๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งของ ประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งของไทย¹

ทั้งนี้ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ ซึ่งวาง อยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนา จึงเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ จนถึงขั้นที่กล่าวได้ว่าที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นก็ไม่มีสิทธิด้วย บุคคลทุกคนมีสิทธิอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็น บ่อเกิดแห่งสัญญาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา และเป็นกฎเกณฑ์ที่จ ะทำให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่ สัญญา รวมถึงปัญหาการตีความสัญญา² ทั้งนี้ โดยมีรากฐานมาจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

1) หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism)

หลักนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับหลักปรัชญาในคริสต์ศตวรรษ ที่ 18 ซึ่งเป็นผลมาจากความคิดทางการเมืองที่ต้องการยืนยันหลักปัจเจกชนนิยมต่อผู้กับรัฐ โดยยืนยันหลักที่ว่ารัฐจะต้องรับรองสิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รวมถึงเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งมนุษย์ทุกคนมีอยู่

¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.จ.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพา ณิชยว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478, แก้ไขเพิ่มเติม (2505), น. 14.

² ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 12.

ตามธรรมชาติ รัฐจะต้องไม่ทำ ลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล บุคคลทุกคนมีเสรีภาพ เว้นแต่ในบางเรื่องที่เป็นกรณีอันสมควรจึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้ นอกจากนี้ เสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดลงได้ก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น ดังนั้น เจตนาของบุคคลจึงมีความ ศักดิ์สิทธิ์และอิสระ บุคคลจะไม่ถูกผูกพันในหนี้ใดที่เขาไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย และในทางกลับกันหนี้ที่เกิดจากเจตนาของบุคคลจะถูกผูกมัดบังคับแก่ผู้ที่ตกลงนั้น การมีเสรีภาพคือการที่บุคคล สามารถที่จะถูกบังคับด้วยตนเอง โดยเฉพาะการผูกมัด ตนเองด้วยสัญญาที่สร้างขึ้น เสรีภาพจะไม่มีอยู่ ถ้าบุคคลไม่มีอำนาจเหนือ ตนเองที่จะจำกัดตนเองได้ เจตนาของบุคคลมีอำนาจที่จะก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี้ โดยเฉพาะในการเป็นลูกหนี้เจ้าหนี้ขึ้นมาได้

การอธิบายเหตุผลของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาด้วยหลักปัจเจกชนนิยมนี้เป็นเหตุผลของหลักที่เป็นหลักเกณฑ์ใน ตนเอง (dogma) ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยเหตุผลในทางปฏิบัติด้วย จึงจะทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายที่จะบัญญัติหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นรองรับ ซึ่งเหตุผล ในทางปฏิบัติที่นักกฎหมายอธิบาย ประกอบกับหลักปรัชญาคือหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม (Economic Liberalism) ในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา

2) หลักเสรีนิยม (liberalism)

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาถูกยอมรับด้วยเหตุผลอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนหลักนี้คือ หลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ในคริสต์ศตวรรษ ที่ 18 มีระบบเศรษฐกิจแบบการค้าเสรี “laissez-faire, laissez-passer” กล่าวคือ หลักที่ว่า บุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพเว้นแต่ในบางกรณีที่เป็นกรณีสมควรที่จะวางข้อจำกัดเสรีภาพลง กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่สังคมควรจะมีนั้นคือ กฎเกณฑ์ที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันเป็นผู้ตกลงกันเอง โดยถือว่ากฎเกณฑ์ที่ตกลงกันได้นั้น เป็นกฎเกณฑ์อันหนึ่งที่เกิดจากเจตนาที่ให้อำนาจ บกกับกรณีของตนโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เอกชนด้วยกันเอง ข้อความคตินี้นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาที่ให้อำนาจมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา โดยรัฐจะไม่ไปบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชน ปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ ที่จะใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้ตามลำพัง กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องก็เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้เป็นหลักที่อธิบายว่าหนี้ที่เกิดจากสัญญาจะเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา เพราะคู่สัญญามีอิสระเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีภาระเอาเปรียบเกินไป หรือหนี้ที่ตนรับภาระไว้มีมากกว่าหนี้ที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตอบแทนจนไม่เป็นธรรมแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับตกลงก่อให้เกิดหนี้นั้น โดยการไม่ตกลง

ทำสัญญาด้วย เมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่านั่นเป็นยุติธรรมแล้ว และหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ลูกหนี้จะอ้างในภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อคู่สัญญาเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ไม่จำเป็นต้องตกลงทำสัญญาด้วย เมื่อตกลงทำสัญญาแล้วสัญญา จะยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะอ้างว่าอีกฝ่ายเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้วไม่ได้

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่กลางคริสต์ศตวรรษ ที่ 19 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันนักกฎหมายได้ศึกษาและวิจารณ์บทบาทของเจตนาว่าอาจมีความสำคัญมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับข้อความคิด (Concept) ของแต่ละสมัยที่เน้นความสำคัญของเจตนาแตกต่างกัน เช่น การอธิบายถึงลักษณะนิติสัมพันธ์ในสัญญาต่างตอบแทนอยู่ที่การแลกเปลี่ยนต่างตอบแทนกัน ซึ่งตัวทรัพย์ไม่ใช่ตัวเจตนา เป็นการเปลี่ยนสถานที่ของทรัพย์ การโอนไปซึ่งทรัพย์จากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง เจตนาของบุคคลเป็นเพียงส่วนประกอบ หรือสภาพการทำสัญญาบางประเภทในปัจจุบัน ที่เจตนาของบุคคลอาจถูกลดความสำคัญลง เช่น การทำสัญญาสำเร็จรูป หรือบางกรณีบุคคลอาจไม่สนใจถึงเจตนาในการทำสัญญาเลย เช่น การซื้อสินค้าหรือการรับบริการจากเครื่องอัตโนมัติ เป็นต้น³

2.1.2 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ในอดีตในสมัยที่การค้าและเศรษฐกิจของโลกยังอยู่ในลักษณะจำกัดเฉพาะในวงแคบๆ ในท้องถิ่น หรือในเมืองหนึ่งๆ นั้น สินค้าและบริการก็ยังไม่มีความสลับซับซ้อนมากนัก เพราะกระบวนการผลิตยังคงเป็นแบบง่ายๆ ตลาดยังคงเป็นลักษณะแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน (Barter) จึงยังไม่มี ความจำเป็นที่รัฐต้องจัดหาเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายเป็นพิเศษเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยและเป็นธรรม ทั้งนี้ เพราะอิทธิพลของแนวคิดในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยตั้งอยู่บนความมีอิสระและเสรีภาพของบุคคลในการดำรงชีวิตได้เท่าเทียมกัน ความเท่าเทียมหรือความเสมอภาคตามหลักประชาธิปไตยนั้น ยังผลให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez-Faire) เกิดขึ้นด้วย โดยสมมติฐานที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการเท่ากัน รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงเสรีภาพในการตกลงของเอกชน หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าหลักหนึ่งจึงเกิดขึ้น คือหลักผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat

³ เฟิงอั่ง, น. 11.

Emptor หรือ Let the buyer beware) กล่าวคือในการซื้อขายนั้นหากมีความเสียหายใดๆ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้น ความเสียหายตกเป็นของผู้ซื้อเอง⁴

แต่ปัจจุบันเมื่อโลกเจริญมากขึ้นทั้งในด้านวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรม ทำให้ระบบเศรษฐกิจ การค้าขายหรือบริการต่างๆ เปลี่ยนแปลงไปมีกระบวนการผลิตที่ซับซ้อนขึ้น โดยใช้วัตถุดิบและมีกระบวนการที่ทันสมัยเกินกว่าความรู้ธรรมดาของผู้ใช้หรือผู้บริโภคจะตามได้ทัน นอกจากนี้ผู้ผลิตต่างก็หาทุกวิถีทางที่จะลดต้นทุนการผลิตเพื่อให้ผลกำไรเพิ่มขึ้นมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ในบางกรณีการขายกำลังการผลิตทำให้ความละเอียดรอบคอบและคุณภาพของสินค้าหรือบริการลดต่ำลง ประกอบกับการขยายตัวทางการค้ากว้างออกไปจากระดับหมู่บ้าน เมือง ไปสู่ระดับระหว่างประเทศ ทำให้สินค้าในตลาดมีการแพร่กระจายและเพิ่มประเภทมากขึ้นกว่าแต่ก่อน

หลักที่เคยถือว่าผู้ซื้อจะต้องระวังจึงขาดความยุติธรรมในแง่ที่ว่า ผู้ซื้อในฐานะผู้บริโภคไม่อาจปรับตัวให้ทันกับความเจริญทางเทคโนโลยีต่างๆ ได้ ความระมัดระวังในระดับธรรมดาไม่อาจช่วยให้ผู้ซื้อ หรือผู้บริโภคได้รับผลตอบแทนคุ้มค่างบเงินที่เสียไป ซ้ำร้ายยังอาจทำให้เกิดอันตรายจากการบริโภคสินค้าที่ซื้อมาได้โดยคาดไม่ถึงด้วย ทำให้ประเทศต่างๆ หันมาพิจารณาถึงสิทธิของผู้บริโภคในอันที่จะได้รับความคุ้มครองและรักษาผลประโยชน์เป็นการเฉพาะ นอกเหนือจากสิทธิที่จะได้รับความเสียหายตามสัญญา หรือสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดตามกฎหมายเดิม ดังนั้น ประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรป อเมริกา และออสเตรเลีย จึงได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่เคยมีอยู่เดิมทั้งในแง่ความรับผิดชอบในทางสัญญาหรือละเมิดให้เอื้ออำนวยต่อการเยียวยาขาดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคให้มากขึ้น ทั้งนี้ โดยเน้นทั้งด้านการควบคุมกำกับกิจกรรมทางการผลิตโดยรัฐเพื่อป้องกันความเสียหายและการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อผู้บริโภค⁵

ดังนั้น ในการศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณา ถึงความหมายของผู้บริโภค โดยจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไปนี้

1) ความหมายของผู้บริโภค

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2552 ได้ให้คำนิยามของผู้บริโภคไว้ในมาตรา 3 โดยบัญญัติให้

⁴ สุขุม ศุภนิത്യ , คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค _____, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), น. 2.

⁵ เพิ่งอ้าง, น. 3.

“ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม”

และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ได้ให้คำนิยามของผู้บริโภคไว้ในมาตรา 3 โดยบัญญัติให้

“ผู้บริโภคหมายความว่า ผู้บริโภคตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และให้หมายความรวมถึงผู้เสียหายตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย”

ส่วนในประเทศสหราชอาณาจักร ได้ให้คำนิยามของผู้บริโภคไว้ใน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ค.ศ. 1987⁶ ดังนี้

‘ผู้บริโภค’

(a) เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับสินค้า หมายถึง บุคคลที่ ซื้อสินค้าสำหรับเพื่อบริโภคด้วยตนเอง หรือเพื่อการบริโภค

(b) เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับการบริการหรือการอำนวยความสะดวกต่างๆ หมายถึง บุคคลที่ใช้บริการหรือการอำนวยความสะดวกต่างๆ มากกว่าเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจ และ

(c) เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับสิ่งอำนวยความสะดวก หมายถึงบุคคลที่ครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกมากกว่าเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจ

และในพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ได้ให้คำนิยามของผู้บริโภคไว้ว่า⁷

“คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคถ้า

(a) บุคคลนั้นไม่ได้ทำสัญญาขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจหรือเหตุอย่างเดียวกัน และ

(b) คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ทำสัญญาขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ”

นอกจากนี้ในกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาของผู้บริโภค ค.ศ. 1999 ได้ให้คำจำกัดความของผู้บริโภคไว้ในบทบัญญัติ 2⁸ ว่า

⁶ The Consumer Protection Act 1987, s.20(6).

⁷ The Unfair Contract Terms Act 1977, s.12.

⁸ The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, Regulation 2

“บทบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับกับ ผู้บริโภค ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่ทำสัญญาขึ้นโดยมี วัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่ในทางธุรกิจ”

ดังนั้น จากนิยามของผู้บริโภคในกฎหมายหล ยฉบับ จึงสามารถสรุปได้ว่า ผู้บริโภค คือบุคคลธรรมดาที่ทำสัญญาขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่ในทางธุรกิจ หรือนิติบุคคลขนาดเล็กที่ ไม่มีอำนาจต่อรองในทางธุรกิจ และไม่ได้นำเอาสินค้าหรือบริการนั้นไปแสวงหาประโยชน์ในเชิง พาณิชย์

2) การคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักสากล

ก่อนที่จะมีการยอมรับว่าควรมีการคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่นั้น ได้เกิดคำถามถึง เหตุผลในการแทรกแซงระบบตลาดเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากทฤษฎีเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม (free market economic theory) เห็นว่าหากระบบตลาดสมบูรณ์ (perfect market) เกิดขึ้นได้จริง การกำกับดูแลจากภาครัฐก็ไม่มีควมจำเป็นอีกต่อไป โดยหนึ่งในผลการศึกษาที่สำคัญคือเหตุผล ในการแทรกแซงตลาดของผู้บริโภค (Rationales for Intervention in the Consumer Market Place) ซึ่งได้สรุปสาระสำคัญของระบบตลาดสมบูรณ์ไว้ ดังนี้⁹

- 1) ผู้ซื้อและผู้ขายในตลาดจะต้องมีจำนวนมาก เพื่อให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นส่งผลกระทบน้อยที่สุดต่อสินค้า หรือราคาในตลาด
- 2) การเข้าหรือออกจากระบบตลาดจะต้องกระทำได้โดยเสรี
- 3) ปริมาณของสินค้าในตลาดจะต้องมีคุณสมบัติคล้ายคลึงกัน เพื่อให้สินค้าที่ ขายในตลาดมีคุณสมบัติใกล้เคียงกันแม้จะมีการขายในตลาดอื่นๆ
- 4) ผู้ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดจะต้องมีข้อมูลที่สมบูรณ์เกี่ยวกับ ธรรมชาติและมูลค่าของสินค้าที่มีการซื้อขายกัน
- 5) ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบต้นทุนการผลิตสินค้าและผลประโยชน์ของสินค้าที่ เพิ่มขึ้นจะเป็นของผู้บริโภค

ประเด็นเรื่องระบบตลาดเสรีนี้ถูกอธิบายโดยนักเศรษฐศาสตร์ เสรีนิยมสำนักชิคาโก (Chicago School) ที่อธิบายระบบการทำงานของตลาด โดยสันนิษฐานว่าปัจเจกชนทุกคนมีการ ใช้เหตุผลเพื่อให้เกิดความพึงพอใจสูงสุด กล่าวคือ บุคคลเหล่านี้ทราบความต้องการของตนเอง

⁹ Ramsay, Rationales, pp.15-16, quoted in Peter Cartwright, Consumer Protection and the Criminal Law : Law, Theory and Policy in the UK, (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), p. 5.

แล้วจึงใช้เหตุผลที่เป็นตรรกะในการเลือกเพื่อให้บรรลุความต้องการ และสันนิษฐานว่าการเลือกของผู้บริโภคถือเป็นการส่งสัญญาณไปยังผู้ผลิต และถ้าผู้ผลิตไม่สนใจสัญญาณนั้น ก็จะสูญเสียผู้บริโภคกลุ่มนั้นไป¹⁰ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าระบบตลาดเสรีไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในความเป็นจริง เนื่องจากอาจไม่มีการแข่งขันกัน ระบบตลาดเพราะในตลาดหนึ่งๆ อาจเกิดการผูกขาดสินค้าโดยธรรมชาติ หรือการเข้าหรือออกจากระบบตลาดไม่สามารถทำได้โดยเสรี เนื่องจากมีการควบคุมโดยรัฐ ผ่านทางกฎหมายต่างๆ หรือการออกใบอนุญาต เป็นต้น หรือคุณสมบัติของสินค้าในระบบตลาดมีลักษณะที่แตกต่างกัน ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถเปรียบเทียบได้ว่าสินค้าใดคล้ายคลึงกับสินค้าใด ซึ่งประเด็นนี้จะมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับการโฆษณา ซึ่งผู้ผลิตจะใช้การโฆษณาสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นระหว่างสินค้าที่มีคุณภาพใกล้เคียงกัน ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนมากยิ่งขึ้น หรือกรณีที่ผู้บริโภคไม่ทราบข้อมูลที่สมบูรณ์เกี่ยวกับสินค้านั้น ซึ่งถ้าผู้บริโภคได้ทราบ และเข้าใจข้อมูลดังกล่าวจะทำให้ตัดสินใจเลือกซื้อได้ตรงกับความต้องการ ทำให้เกิดประโยชน์สูงสุด แก่ตัวผู้บริโภคเอง¹¹ นอกจากนี้ กฎหมายเอกชนก็มีข้อกำหนดในการคุ้มครองผู้บริโภค ดังตัวอย่างข้างต้น ทำให้เห็นถึงข้อกำหนดของระบบตลาดและกฎหมายเอกชนในการคุ้มครองผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ แม้ระบบตลาดจะมีการแข่งขันแต่ผู้บริโภคก็มักจะไม่ได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ อาจเกิดจากหลายสาเหตุ เช่น การค้าระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภคครั้งต่อไปอาจเกิดขึ้นได้ยาก ทำให้ผู้ผลิตไม่ให้ความสำคัญกับผู้บริโภค การเข้าหรือออกจากตลาดเสียค่าใช้จ่ายน้อย ทำให้ผู้ผลิตที่เข้ามาแสวงหากำไรชั่วข้ามคืน (fly by night trader) มีมาก ผู้ผลิตอยู่นอกเขตอำนาจศาลหรือกระบวนการเยียวยาทำได้ยาก ผู้ผลิตมีทรัพย์สินที่ถูกบังคับคดีตามคำพิพากษาไม่เพียงพอ ความเสียหายจากสินค้าอาจเกิดขึ้นซ้ำ ทำให้พยานหลักฐานไม่เพียงพอ หรือความเสียหายมีจำนวนเล็กน้อยทำให้ขาดแรงจูงใจในการฟ้องร้องคดีต่อศาล¹² จากเหตุผลเหล่านี้ ทำให้เกิดการยอมรับว่ารัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงระบบตลาดเสรี เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภค

¹⁰ Peter Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law : Law, Theory and Policy in the UK*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), p. 5.

¹¹ ข้อมูลสำคัญที่ผู้บริโภคควรรู้เมื่อต้องเลือกซื้อสินค้าหรือบริการคือ ราคาของสินค้า คุณภาพของสินค้า และข้อสัญญา ซึ่งรวมถึงข้อมูลสินค้าของผู้ผลิตรายอื่นๆ ด้วย , *supra note*, p. 21.

¹² *supra note*, pp.18-27.

ในการนี้ สหประชาชาติ (United Nations) ได้ออกข้อกำหนดเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค (United Nations Guidelines for consumer protection) ขึ้นในปี ค.ศ.1999 เพื่อให้ประเทศสมาชิกตระหนักถึงความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ การศึกษา และอำนาจการต่อรอง และเพื่อให้ผู้บริโภคตระหนักถึงสิทธิของตนเองที่จะเข้าถึงสินค้าที่มีความปลอดภัย เช่นเดียวกับสิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมและ ความยั่งยืนทางเศรษฐกิจและการพัฒนาทางสังคมและการคุ้มครองสภาวะ แวดล้อม โดยหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดฉบับนี้ กำหนดให้การบัญญัติกฎหมายจะต้องมีหลักการ ดังต่อไปนี้¹³

- 1) การคุ้มครองผู้บริโภคจากอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัย
- 2) การส่งเสริมและการคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้บริโภค
- 3) การเข้าถึงข้อมูลที่เหมาะสมและเพียงพอเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถเลือกสินค้าหรือบริการได้ตามความต้องการของตนเอง
- 4) การให้การ ศึกษา แก่ผู้บริโภค ซึ่ง ครอบคลุม ถึงผลกระทบของการเลือก ของผู้บริโภคต่อสภาพแวดล้อม สังคม และเศรษฐกิจ
- 5) การสามารถเข้าถึงกระบวนการเยียวยาความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ
- 6) เสรีภาพที่จะก่อตั้งองค์กรเพื่อผู้บริโภค หรือองค์กรอื่นใดที่เกี่ยวข้องเพื่อเสนอความเห็นในการกำหนดนโยบายที่จะมีผลกระทบต่อผู้บริโภค
- 7) การสนับสนุนการบริโภคที่ยั่งยืน

ทั้งนี้ ในส่วนของการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-Operation and Development - OECD) มีความเห็นว่าไม่ว่าหน่วยงานกำกับดูแลจะใช้วิธีการใดเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ในกิจการโทรคมนาคม ก็ตาม เช่น การสร้างมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและการเสริมสร้างพลังให้กับผู้บริโภคเป็นสำคัญ ขณะที่ยังมีบางประเทศอาจให้ความสนใจกับอุปสงค์หรือ

¹³ United Nations Guidelines for consumer protection, as expanded in 1999, General principles. Retrieved March 5,2010, from www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf

ความต้องการใช้บริการของผู้บริโภคมากกว่า แต่การกำกับดูแลที่คุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคควรเป็นไปตามข้อแนะนำเหล่านี้¹⁴

- 1) ควรสนับสนุนให้ผู้ให้บริการพัฒนากฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคมีข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอ จะได้มีทางเลือกที่มีประสิทธิภาพ สามารถพิทักษ์สิทธิของตนเอง และข้อมูลดังกล่าวจะต้องเข้าถึงได้ โปร่งใส และใช้กระบวนการที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถเปลี่ยนผู้ให้บริการได้สะดวก
- 2) ผู้ทำนโยบายและหน่วยงานกำกับดูแลจะต้องพัฒนาให้มีความเข้าใจเกี่ยวกับความต้องการและเหตุจูงใจภายใต้พฤติกรรมของผู้บริโภคในตลาดโทรคมนาคมอย่างสมบูรณ์ โดยเฉพาะ ผู้บริโภคที่มีความอ่อนแอ เช่น ผู้ที่อยู่ในพื้นที่ห่างไกล ผู้สูงอายุ ผู้เยาว์ ผู้พิการ บุคคลผู้มีรายได้น้อย และคนว่างงาน เป็นต้น
- 3) ผู้ทำนโยบายและหน่วยงานกำกับดูแลจะต้องร่วมกับผู้ให้บริการในการสนับสนุนให้ผู้บริโภคมีส่วนร่วมในตลาดการให้บริการโทรคมนาคม โดยการให้ความรู้เกี่ยวกับสิทธิของผู้บริโภค เพิ่มความตระหนักรู้เกี่ยวกับบริการใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในตลาด และทำให้ขั้นตอนของการเปลี่ยนบริการทั้งหลายทำได้โดยง่าย มีราคาถูก และสะดวกรวดเร็ว ทั้งบริการโทรศัพท์ประจำที่ โทรศัพท์เคลื่อนที่ และอินเทอร์เน็ต
- 4) หน่วยงานกำกับดูแลจะต้องพิจารณาข้อกำหนดที่ผู้ให้บริการหลัก ทั้งหมดจะต้องให้ข้อมูลที่ถูกต้องไปยังผู้บริโภค ซึ่งจะต้องสามารถเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่าง ได้ และมีความเหมาะสม ในช่องทางที่หลากหลายเพื่อให้เข้าถึงผู้บริโภค เช่น โบปลิว วิทยุ โทรศัพท์สายด่วน และเว็บไซต์ โดยเฉพาะ ผู้บริโภคที่มีความอ่อนแอ เพื่อให้ผู้บริโภค สามารถเลือก ใช้บริการโทรคมนาคมที่คุ้มค่าและเหมาะสมกับตนเองที่สุดได้

¹⁴ Enhancing competition in telecommunications : protecting and empowering consumers. Retrieved March 5,2010, from <http://www.oecd.org/dataoecd/25/2/40679279.pdf>

- 5) หน่วยงานกำกับดูแลจะต้อง ให้ข้อมูลที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดแก่ กลุ่มผู้บริโภคที่มีความอ่อนแอ เพื่อให้กลุ่มบุคคลเหล่านั้นสามารถนำใช้เป็นแนวทางที่ปฏิบัติได้จริงในการได้รับข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ดีที่สุด
- 6) หน่วยงานกำกับดูแลจะต้องสนับสนุนบุคคลที่สาม โดยเฉพาะองค์กรผู้บริโภค เพื่ออำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการเปรียบเทียบราคาและบริการ รวมถึงข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้องผ่านช่องทางต่างๆ เช่น โทรศัพท์สายด่วนผู้บริโภค เว็บไซต์ เป็นต้น
- 7) หน่วยงานกำกับดูแลจะต้องร่วมมือกับผู้ให้บริการโทรศัพท์ประจำที่ (รวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต) และผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในการพัฒนาและเผยแพร่เปรียบเทียบตัวชี้วัดของคุณภาพบริการ
- 8) หน่วยงานกำกับดูแลจะต้องแน่ใจว่า ในกรณีที่ผู้บริโภคจะเปลี่ยนผู้ให้บริการระหว่างผู้ให้บริการโทรศัพท์ ประจำที่ และระหว่างผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือการใช้สิทธิคงเลขหมาย นั้น จะต้องใช้เวลาน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้
- 9) หน่วยงานกำกับดูแลจะต้องกำหนดให้การโอนย้ายผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จะต้องเป็นไปอย่างไม่มีข้อขัดข้อง ไม่เสียค่าใช้จ่าย หรืออย่างน้อยจะต้องเสียค่าใช้จ่ายที่น้อยที่สุด และมีความรวดเร็ว
- 10) หน่วยงานกำกับดูแลจะต้องกำหนดให้มีการคิดค่าบริการที่ถูกต้อง และห้ามการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับการดำเนินธุรกิจ เช่น การห้ามโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เป็นต้น

3) การคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคว่า ต้องได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค และให้มีองค์การเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค ที่เป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐในการตราและบังคับใช้กฎหมาย และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการ คุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ ให้รัฐสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินการดังกล่าว

ด้วย¹⁵ และรัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายเศรษฐกิจโดยกำกับให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และคุ้มครองผู้บริโภค¹⁶

และ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายไว้ 5 ประการ ได้แก่

1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอ เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการโฆษณาหรือการแสดงฉลากตามความเป็นจริงและปราศจากพิษภัยแก่ผู้บริโภค รวมตลอดถึงสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการอย่างถูกต้องและเพียงพอที่จะไม่หลงผิดในการซื้อสินค้าหรือรับบริการโดยไม่เป็นธรรม โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กำหนดลักษณะของข้อความที่จะใช้ในการโฆษณาไว้ว่า การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความที่เกี่ยวกับแหล่งกำเนิดสภาพ คุณภาพ หรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

- ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง
- ข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะกระทำโดยใช้หรืออ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งอันไม่เป็นความจริง หรือเกินความจริงหรือไม่ก็ตาม
- ข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อม ให้มีการ กระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรม หรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียในวัฒนธรรมของชาติ
- ข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่ประชาชน
- ข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550, มาตรา 61.

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550, มาตรา 84(5).

นอกจากนี้ยังได้กำหนดวิธีการในการโฆษณาว่าจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพร่างกาย หรือจิตใจ หรืออาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค

และพระราชบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดให้เป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องให้ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของสินค้า เพื่อเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้านั้นๆ โดยผู้บริโภคสามารถใช้เป็นข้อมูลประกอบในการพิจารณาเลือกซื้อ หรือใช้สินค้าได้อย่างปลอดภัยเป็นธรรมและประหยัด ดังนั้น ข้อความที่ปรากฏในฉลาก กฎหมายจึงกำหนดให้ใช้ข้อความที่ตรงต่อความจริง และไม่มีข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้า และให้ใช้ข้อความตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่คณะกรรมการว่าด้วยฉลากกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการด้วยความสมัครใจของผู้บริโภค และปราศจากการชักจูงใจอันไม่เป็นธรรม

3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการ ที่ปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐาน เหมาะสมแก่การใช้ ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน ในกรณีใช้ตามคำแนะนำหรือระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว

4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข้อสัญญาโดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ โดยหลังจากมีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้รับเรื่องร้องเรียนเป็นจำนวนมากจากผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งส่วนมากเป็นสัญญาสำเร็จรูป โดยมีข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม ทำให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบ แม้ว่าสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะได้แก้ปัญหาด้วยการจัดทำสัญญามาตรฐานขึ้น แต่ก็ไม่มีสภาพบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องนำแบบสัญญาดังกล่าวมาใช้ เนื่องจากเป็นเสรีภาพของบุคคลตามหลักแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ซึ่งยึดถือหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทั้งที่สภาพความเป็นจริงในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบุคคลมีความไม่เสมอภาคกัน ทั้งด้านเศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่อยู่ในฐานะของผู้บริโภคซึ่งไม่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจกับผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาและป้องกันมิให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบในการทำสัญญา จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค

พ.ศ. 2522 โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้กำหนดสิทธิของผู้บริโภคเพิ่มเติมคือ “สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา” และกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาขึ้นโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 35 ทวิ ถึงมาตรา 35 นว ดังนี้

4.1) การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้¹⁷

4.1.1 ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่ง หากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

4.1.2 ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

4.2) เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้สัญญาข้อใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วย ตามข้อ 4.1.1 แล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าว หรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว หรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น แล้วแต่กรณี¹⁸

4.3) เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช่สัญญาข้อใด ตาม 4.1.2 แล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น¹⁹

4.4) คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินได้²⁰

¹⁷พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 , มาตรา 35 ทวิ.

¹⁸พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 35 ตี.

¹⁹พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 35 จัตวา.

²⁰พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 35 เบญจ.

ในการประกอบ ธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน หลักฐานการรับเงิน จะต้องมิลักษณะดังต่อไปนี้

4.4.1 มีรายการและใช้ข้อความที่จำเป็นซึ่งหากมิได้มีรายการหรือมิได้ใช้ข้อความเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

4.4.2 ห้ามใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด

4.5) เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้หลักฐานการรับเงินของการประกอบ ธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินต้องใช้ข้อความใด หรือต้องใช้ข้อความใดโดยมี เงื่อนไขในการใช้ข้อความนั้นด้วย หรือต้องไม่ใช้ข้อความใดตามข้อ 4.4 แล้ว ให้นำข้อ 4.2 และข้อ 4.3 มาใช้บังคับแก่หลักฐานการรับเงินดังกล่าวโดยอนุโลม²¹

4.6) ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการโดยให้คำมั่นว่าจะทำสัญญา รับประกันให้ไว้แก่ผู้บริโภค สัญญาดังกล่าวต้อง เป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้แทน และต้องส่งมอบสัญญานั้นแก่ผู้บริโภคพร้อมกับการส่งมอบสินค้าหรือให้บริการ

ถ้าสัญญาทำเป็นภาษาต่างประเทศ ต้องมีคำแปลภาษาไทยกำกับไว้ด้วย

ถ้าผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²²

4.7) ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตามข้อ 4.1 หรือส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายการและข้อความถูกต้องตามข้อ 4.4 ให้แก่ผู้บริโภคภายใน ระยะเวลาที่เป็นทางปฏิบัติตามปกติ สำหรับการประกอบธุรกิจประเภทนั้นๆ หรือภายในระยะเวลา ที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาสุดแต่ระยะเวลาใดจะถึง ก่อน²³

ถ้าผู้ประกอบธุรกิจไม่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้อง หรือไม่ส่งมอบหลักฐานการรับเงินที่มีรายละเอียดและข้อความถูกต้องให้แก่ผู้บริโภคภายใน ระยะเวลา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจส่งมอบหลักฐานการรับเงิน โดยลงจำนวนเงินมากกว่า ที่ผู้บริโภคจะต้องชำระและได้รับเงินจำนวนนั้นไปจากผู้บริโภคแล้ว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน

²¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 35 ฉ.

²² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 35 สัตต.

²³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 35 อัญสุ.

หนึ่งเดือน หรือปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตน ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการประกอบธุรกิจเช่นนั้นแล้ว

4.8) ผู้ประกอบธุรกิจผู้ใดสงสัยว่าแบบสัญญา หรือแบบหลักฐานการรับเงินของตนจะเป็นการฉ้อฉล หรือไม่เป็นที่น่าพอใจ พระราชบัญญัตินี้ ผู้ประกอบธุรกิจผู้นั้นอาจขอให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาให้ความเห็นในแบบสัญญา หรือแบบหลักฐานการรับเงินนั้นก่อนก็ได้²⁴

4.9) ในการกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และการกำหนดลักษณะของสัญญา หรือในการกำหนดให้ การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน และการกำหนดลักษณะของหลักฐานการรับเงิน ดังที่ได้กล่าวข้างต้น ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและชดเชยค่าเสียหาย เมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค โดยปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 เนื่องจาก เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการในเรียกร้องค่าเสียหายต้องใช้เวลาและสร้างความยุ่งยากให้แก่ผู้บริโภคที่จะต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ซึ่งไม่อยู่ในความรู้เห็นของตนเอง อีกทั้งต้องใช้ระยะเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูง ผู้บริโภคจึงอยู่ในฐานะเสียเปรียบจนบางครั้งนำไปสู่การใช้วิธีการที่รุนแรงและก่อให้เกิดการเผชิญหน้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับกลุ่มผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม อันส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีที่เอื้อต่อการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายได้รับการแก้ไขเยียวยาด้วยความรวดเร็ว ประหยัดและมีประสิทธิภาพ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ขณะเดียวกันก็เป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจหันมาให้ความสำคัญต่อการพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการให้ดียิ่งขึ้น

2.2 พัฒนาการของการให้บริการโทรคมนาคม

2.2.1 ความหมายและประเภทของการให้บริการโทรคมนาคม

ในพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 กำหนดคำนิยามในมาตรา 3 ว่า

²⁴พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 35 นว.

“กิจการโทรคมนาคม หมายความว่า กิจการซึ่งให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับ เครื่องหมายสัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือการอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจ ความหมายได้โดยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น หรือระบบอื่น หรือระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการโทรคมนาคมตามที่มีกฎหมายบัญญัติ หรือตามที่คณะกรรมการร่วมกำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม”

ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ .ศ. 2544 กำหนดคำนิยามใน มาตรา 4 ว่า

“กิจการโทรคมนาคม หมายความว่า กิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยองค์กร จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม”

ดังนั้น จากคำนิยามข้างต้น กิจการโทรคมนาคม จึงหมายความว่า กิจการที่เป็นการ รับหรือส่งโดยใช้สายหรือคลื่นหรือสิ่งอื่นใดเพื่อให้เข้าใจความหมายที่ต้องการรับหรือส่งนั้นได้

อย่างไรก็ตาม การที่พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการ วิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ .ศ. 2543 มีการกำหนดให้กิจการ โทรคมนาคมยังหมายความรวมถึงกิจการโทรคมนาคมตามที่มีกฎหมายบัญญัติหรือตามที่ คณะกรรมการร่วมกำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม และมาตรา 51 (2) แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ยังกำหนดให้ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) มีอำนาจหน้าที่ในการ กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคม ประกอบกับพระราชบัญญัติ การประกอบ กิจการโทรคมนาคม พ .ศ. 2544 มาตรา 7 ได้แบ่งประเภทของใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคมออกเป็น 3 แบบ กล่าวคือ

1. ใบอนุญาตแบบที่หนึ่ง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม ที่ไม่มี โครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเอง และเป็นกิจการที่มีลักษณะสมควรให้มีการบริการได้โดย เสรี ทั้งนี้ เมื่อผู้ประสงค์จะประกอบกิจการลักษณะดังกล่าวได้แจ้งให้ กทช. ทราบ กทช. ต้องออก ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการ

2. ใบอนุญาตแบบที่สอง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบ กิจการโทรคมนาคมที่มี หรือไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ให้บริการจำกัดเฉพาะ กลุ่มบุคคล หรือเป็นการประกอบกิจการที่ไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่าง เป็นธรรม หรือต่อประโยชน์สาธารณะและผู้บริโภค ทั้งนี้ เมื่อผู้ประส ังค์จะประกอบกิจการลักษณะ ดังกล่าวได้ปฏิบัติถูกต้องครบถ้วนตามหลักเกณฑ์มาตรฐานที่ กทช. ประกาศกำหนดไว้ล่วงหน้า กทช. ต้องออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการ

3. ใบอนุญาตแบบที่สาม ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการแก่บุคคลทั่วไปจำนวนมาก หรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีเหตุจำเป็นต้องคุ้มครองผู้บริโภคเป็นพิเศษ ทั้งนี้ เมื่อผู้ประสงค์จะประกอบกิจการลักษณะดังกล่าวได้รับการพิจารณาจาก กทช. เห็นสมควรให้ออกใบอนุญาต จึงจะประกอบกิจการได้

ดังนั้น จึงจำเป็นต้อง พิจารณา ว่า กทช. ได้กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคมว่าหมายถึงบริการประเภทใดบ้าง ซึ่ง กทช. ได้ประกาศกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคมไว้ในประกาศ กทช. เรื่อง กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคม ดังนี้

1. ลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคม กำหนดโดยยึดหลักโครงข่ายโทรคมนาคมหรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโทรคมนาคม (Network or Facilities Based) และบริการโทรคมนาคม (Service Based) ซึ่งแบ่งได้ ดังนี้²⁵

1.1 ลักษณะของกิจการโทรคมนาคมที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมถือเกณฑ์การกำหนดลักษณะกิจการโทรคมนาคม โดยพิจารณาจากหลักกรรมสิทธิ์ และสิทธิครอบครองโครงข่ายโทรคมนาคม ทั้งนี้ สามารถจำแนกลักษณะกิจการโทรคมนาคมสำหรับการให้บริการโทรคมนาคมได้ 4 ลักษณะ ดังนี้

- 1.1.1 การให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เช่าใช้ และเพื่อให้บริการโทรคมนาคม (Network Provider and Service Provider)
- 1.1.2 การให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เช่าใช้ (Network Provider Only)
- 1.1.3 การเช่าใช้โครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้บริการโทรคมนาคม (Leasing the Network for Service Provider Only)
- 1.1.4 การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโทรคมนาคม (Telecommunication Facility)

1.2 ประเภทของกิจการโทรคมนาคมที่เป็นการให้บริการโทรคมนาคม (Service Based) ถือเกณฑ์การกำหนดประเภทกิจการโทรคมนาคมตามสารสนเทศ (Information Based) ที่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการโทรคมนาคมปลายทาง (End User) ทั้งนี้ สามารถจำแนกประเภทกิจการโทรคมนาคมได้ 3 ประเภท ดังนี้

²⁵ ประกาศ กทช. เรื่อง กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคม, ข้อ 1.

1.2.1 การให้บริการเสียง (Voice)

1.2.2 การให้บริการข้อมูล (Data)

1.2.3 การให้บริการพหุสื่อ หรือสื่อผสม (Multimedia)

2. ลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคมที่ กทช. ประกาศกำหนดเพิ่มเติม²⁶

ทั้งนี้ ในการศึกษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษาประเภทของกิจการโทรคมนาคมที่เป็นการให้บริการโทรคมนาคม (Service Based) เท่านั้น เนื่องจากเกี่ยวข้องกับผู้บริโภค (End User) ซึ่งเป็นวัตถุในการศึกษาโดยตรง

2.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกิจการโทรคมนาคม

ในอดีต การโทรคมนาคมของไทยมีกรอบกฎหมายที่ออกมาในลักษณะที่เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะประเภทเทคโนโลยี ซึ่งก็เป็นแนวทางเดียวกันกับที่เกิดขึ้นมาแล้วทั่วโลก กรณีของไทยอาจแยกแยะได้ตามสื่อกลางของเทคโนโลยีที่ใช้ ได้แก่ กฎหมายของเทคโนโลยีทางสาย (wire) และกฎหมายของเทคโนโลยีทางคลื่น (wireless) นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่ว่า ด้วยองค์กรทางโทรคมนาคม ซึ่งในขณะนั้นได้แก่รัฐวิสาหกิจต่างๆ มีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้²⁷

1. กฎหมายของเทคโนโลยีทางสาย

1.1 กฎหมายกรมโทรเลข จุลศักราช 1246 (พ.ศ. 2527) มีเนื้อหาสำคัญกำหนดให้กรมโทรเลขมีสิทธิผูกขาดกิจการโทรเลขและโทรศัพท์

1.2 พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2517) มีเนื้อหาสำคัญกำหนดให้กรมไปรษณีย์โทรเลขมีสิทธิผูกขาดกิจการโทรเลขและโทรศัพท์

2. กฎหมายของเทคโนโลยีทางคลื่น

2.1 พระราชบัญญัติวิทยุโทรเลข พ.ศ. 2457 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2464 และ พ.ศ. 2473) มีเนื้อหาสำคัญกำหนดให้กรมไปรษณีย์โทรเลขมีสิทธิผูกขาดกิจการ โทรเลข โทรศัพท์ วิทยุโทรเลข และวิทยุโทรศัพท์

²⁶ ประกาศ กทช. เรื่อง กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคม, ข้อ 2.

²⁷ ปิยนุตร บุญอร่ามเรือง, "การค้าบริการโทรคมนาคมพื้นฐานตามกรอบความตกลงขององค์การการค้าโลกกับการปฏิบัติตามข้อผูกพันเพิ่มเติมของเอกสารอ้างอิงในกรณีของประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 107-108.

2.2 พระราชบัญญัติวิทยุสื่อสาร พ .ศ. 2478 (แก้ไขเพิ่มเติม พ .ศ. 2481,2483,2485 และ 2491) มีเนื้อหาสำคัญกำหนดให้การดำเนินการวิทยุคมนาคม (Radiocommunications) และวิทยุกระจายเสียง (Broadcasting) ต้องได้รับอนุญาต

2.3 พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ .ศ. 2498 (แก้ไขเพิ่มเติม พ .ศ. 2504 และ 2535) มีเนื้อหาสำคัญกำหนดให้การดำเนินการวิทยุคมนาคม ของทั้งภาครัฐและภาคเอกชน และการใช้คลื่นวิทยุต้องได้รับอนุญาต อันเป็นผลให้ยกเลิกการผูกขาด

2.4 พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ .ศ. 2498 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2502, 2521 และ 2530) มีเนื้อหาสำคัญกำหนดให้การดำเนินการวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์และการดำเนินกิจการโทรทัศน์ทางสาย (Cable TV) ต้องได้รับอนุญาต อันเป็นผลให้ยกเลิกการผูกขาด

3. หมายความว่าด้วยองค์การทางโทรคมนาคม

3.1 พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ .ศ. 2497 มีเนื้อหาสำคัญเป็นการจัดตั้งองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และให้อำนาจในการผูกขาดการให้บริการโทรศัพท์ภายในประเทศ แยกออกจากกรมไปรษณีย์ เดิมที่มีอำนาจตามพระราชบัญญัติโทรเลข และโทรศัพท์ พ.ศ. 2477

3.2 พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ .ศ. 2519 มีเนื้อหาสำคัญเป็นการจัดตั้ง การสื่อสารแห่งประเทศไทย และให้อำนาจในการผูกขาดการให้บริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศ รวมถึงบริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมจากกฎหมายเดิมเกี่ยวกับบริการโทรศัพท์

3.3 พระราชกฤษฎีกาองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย พ .ศ. 2520 มีเนื้อหาสำคัญ เป็นการจัดตั้ง องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เพื่อดำเนินกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์

จะเห็นได้ว่ากฎหมายเดิมที่มีอยู่ใช้ได้กับเทคโนโลยีการสื่อสารเทคโนโลยีใดเทคโนโลยีหนึ่งเท่านั้น และ เมื่อเริ่มมีการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่มีเนื้อหาคาบเกี่ยวกันมากขึ้นก็ยากที่จะแยกแยะได้โดยชัดแจ้งว่าควรจะใช้กฎหมายใด เมื่อเทคโนโลยีการสื่อสารได้พัฒนาจนถึงระดับของการหลอมรวมทางเทคโนโลยี ทำให้มีการปฏิรูปกฏเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อรองรับ ปราบปราม การณ์ดังกล่าวแล้ว โดยส่วนประกอบของ กรอบกฎหมายใหม่ด้านโทรคมนาคมที่สำคัญที่สุดได้แก่ การปฏิรูปกฎหมายเฉพาะสาขาที่จะเป็นตัวกำหนดกรอบและสร้างกฏเกณฑ์ใหม่ที่ครอบคลุมการประกอบกิจการทางเทคโนโลยีการสื่อสารใหม่ (Communications and Information) ที่ควรรวม

เอาเทคโนโลยีที่เคยถูกแบ่งแยกไว้เดิมทั้งหมด 3 สาขาหลัก ได้แก่ สาขาโทรคมนาคมพื้นฐาน (Basic Telecommunications) สาขาโทรคมนาคมเพิ่มมูลค่า (Value-added Telecommunications) และสาขาการแพร่เสียงแพร่ภาพ (Broadcasting) และล้มเลิกกฎหมายแบบเก่าที่แบ่งแยกการกำกับดูแลตามประเภทของเทคโนโลยี²⁸

2.2.3 พัฒนาการและแนวโน้มของบริการที่จะเกิดในอนาคต

ปัจจุบันการใช้บริการโทรคมนาคมในประเทศไทย สามารถแยก เป็นประเภทบริการใหญ่ๆ ได้ เช่น โทรศัพท์พื้นฐานประจำที่ โทรสาร โทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งมีทั้งบริการทั้งเสียง ข้อมูล ภาพอินเทอร์เน็ต (GPRS,EDGE) และอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

ทั้งนี้ เทคโนโลยี ทั้งหมดเป็นการใช้เทคโนโลยีแบบ ใช้สายหรือ ใช้คลื่นในระบบ 2G อย่างไรก็ตามในอนาคตอันใกล้ เทคโนโลยีในระบบที่ใช้คลื่นความถี่ทั้งหมดมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนเป็นระบบ 3G (3 Generation) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีการสื่อสารยุคที่ 3 ของโลก ถัดจาก 1G คือสัญญาณเสียง 2G ซึ่งให้บริการทั้งภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหว เช่น คลิปวิดีโอ และปรับจากระบบแอนะล็อก (analog) เป็นดิจิทัล (digital) รวมถึงการส่งข้อมูลในขั้นต้น ส่วน 3G คือการเพิ่มประสิทธิภาพจากยุค 1G และ 2G และเพิ่มการรับส่งข้อมูลขนาดใหญ่ความเร็วสูง ทั้งนี้ บริการพื้นฐานต่างๆ เช่น เสียง ภาพ จะยังคงไม่เปลี่ยนแปลง แต่จะมีบริการใหม่ๆ ที่เป็นการเพิ่มมูลค่ามากขึ้น เช่น ภาพยนตร์ เพลง ข่าว ซึ่งปัจจุบันคิดเป็นสัดส่วนราวร้อยละ 10 หรือ 1.6 หมื่นล้านบาท จากมูลค่ารวมกว่า 1.6 แสนล้านบาท รวมถึงรายได้จากการให้บริการอินเทอร์เน็ตไร้สายซึ่งจะเป็นแหล่งรายได้ใหม่ของอุตสาหกรรมโทรคมนาคม เพราะปัจจุบันประเทศไทยมีผู้ใช้ บริการอินเทอร์เน็ตกว่าสิบล้านครัวเรือนแต่ เป็นอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงเพียงหนึ่งล้านครัวเรือน²⁹ ซึ่งเทคโนโลยีเหล่านี้ นอกจากจะช่วยอำนวยความสะดวก ให้กับผู้ใช้บริการทั่วไปอย่างมากแล้ว ยังเป็นประโยชน์ในหลากหลายแง่มุมอีกด้วย เช่น การศึกษาทางไกล การแพทย์ทางไกล รวมทั้งบุคคลด้อยโอกาสต่างๆ เช่น บุคคลที่อยู่ในพื้นที่ห่างไกล ผู้พิการทางสายตา ผู้พิการทางการได้ยิน ผู้พิการทางร่างกายที่มีปัญหาหากلامเนื้ออ่อนแรง เป็นต้น

²⁸ เฟิงอ้วง, น.109-110.

²⁹ รุ่งจัก (ชื่อจำกัด) ของตนเอง เคล็ดวิชา “ผู้นำตลาด” AIS สัมภาษณ์ นายสมชัย เลิศสุทธีวงศ์, รองกรรมการผู้อำนวยการ สายงานการตลาด, บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน), ประชาชาติธุรกิจ, ฉบับที่ 4151, วันพฤหัสบดีที่ 22 – อาทิตย์ที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2552. น. 36.

นอกจากนี้ บริการอินเทอร์เน็ตเองก็มีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนเทคโนโลยีจากปัจจุบันไปเป็นแบบที่เรียกว่า WiMax (Worldwide interoperability for Microwave Access) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตไร้สาย ที่เกิดจากการพัฒนาเทคโนโลยีสื่อสาร เช่นที่พบในเทคโนโลยีไมโครเวฟ โดยพัฒนาให้สามารถรองรับการสื่อสารแบบไม่อยู่ในแนวสายตา (Non Line of Sight) และอยู่ภายใต้กรอบมาตรฐานการสื่อสารตามข้อกำหนด ทำให้เทคโนโลยี WiMax มีการให้บริการในลักษณะที่คล้ายคลึงกับเทคโนโลยีโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบเซลลูลาร์ แต่สามารถรองรับการสื่อสารข้อมูลด้วยอัตราความเร็วที่สูงกว่ามาก³⁰ โดยมีรัศมีการบริการในระดับกิโลเมตร ซึ่งนอกจากจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคทั่วไปแล้ว ยังช่วยให้บุคคลที่อยู่ในพื้นที่ห่างไกลสามารถถึงบริการได้ด้วยแม้ว่าในพื้นที่เหล่านั้นยังไม่มีโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม เช่น โทรศัพท์พื้นฐานหรือบริการโทรคมนาคมความเร็วสูง ก็ตาม โดยในหลายประเทศ เช่น อินเดีย ปากีสถาน กัมพูชา ลาว ได้นำเทคโนโลยี WiMax มาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต³¹

อย่างไรก็ตาม บริการโทรคมนาคมมีแนวโน้มว่าจะมีการหลอมรวมเทคโนโลยีต่างๆ ทำให้ไม่สามารถแยกแยะระหว่างบริการต่างๆ ได้โดยง่าย เช่น ปัจจุบันมีการใช้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่มากขึ้น ซึ่งผู้บริโภคสามารถสั่งซื้อสินค้าหรือบริการโดยอาจเลือกชำระค่าบริการผ่านธนาคารหรือ ชำระผ่าน ค่าใช้บริการของโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้เช่นกัน หรือการดูโทรทัศน์ผ่านเครื่องโทรศัพท์ ก็มีประเด็นในเรื่องความไม่เหมาะสมของเนื้อหารายการ เป็นต้น จากการหลอมรวมของบริการเช่นนี้ ทำให้ การแยกความแตกต่างระหว่างธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทำได้ยากขึ้น ขณะที่การทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ทำได้ง่ายกว่าการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ ทำให้อุปกรณ์ส่วนบุคคลหรือ เครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ แบบสมาร์ตโฟน ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อให้รองรับการสื่อสารแบบไร้สายต่างๆ³²

นอกจากนี้ใน กลุ่มประเทศสมาชิกของ OECD ก็มีจำนวนของ การทำธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่เพิ่มมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัดเนื่องจากสามารถทำธุรกรรมได้จากทุกพื้นที่ที่สามารถ

³⁰ WiMax มหัทศจรรย์เครือข่ายบรอดแบนด์ไร้สาย , (พฤศจิกายน 2551), *เทเลคอมไจเอสท์*, 2(11), 38.

³¹ สุ่มชนอินเทอร์เน็ตไร้สาย โดยศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, (เดือนพฤศจิกายน 2551), *เทเลคอมไจเอสท์*, 2(11), 98.

³² OECD Policy Guidance for Addressing Emerging Consumer Protection and Empowerment Issues in Mobile Commerce, Retrieved March 5, 2010 from <http://www.oecd.org/dataoecd/50/15/40879177.pdf>

ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ โดยธุรกรรมที่ได้รับความนิยม คือ การซื้อสินค้าหรือดาวน์โหลดบริการเนื้อหาต่างๆ เช่น เพลง ภาพยนตร์ เสียงเพลงรอสาย หรือเกมส์ การเล่นเกมออนไลน์ หรือการพนันออนไลน์ การใช้บริการ ข้อมูลต่างๆ เช่น พยากรณ์อากาศ ข่าว รายการโทรทัศน์ การทำธุรกรรมออนไลน์กับธนาคาร หรือบริการทางการเงินต่างๆ เพื่อชำระค่าสินค้าและบริการ หรือการเข้าร่วมรายการโหวตทางโทรทัศน์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การทำธุรกรรมผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ต่างมีข้อจำกัดทางด้านเทคนิคเช่นกัน เช่น หน้าจอโทรศัพท์มีขนาดเล็กทำให้ไม่สามารถอ่านรายละเอียดของสัญญาได้สะดวก หน่วยความจำและพื้นที่ในการจัดเก็บข้อมูลมีจำกัด ระยะเวลาการทำงานของแบตเตอรี่ และการประมวลผลที่ทำได้ช้า เป็นต้น ซึ่งเป็นสาเหตุของการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคที่เกิดขึ้นในปัจจุบันรวมถึงในอนาคตด้วย

2.3 พัฒนาการของการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม

ในอดีตแนวความคิดเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคไม่นำมาปรับใช้กับการให้บริการโทรคมนาคม เพราะรัฐเป็นผู้ดำเนินกิจการโทรคมนาคมเองโดยผ่านกฎหมายที่เป็นการผูกขาด แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงบทบาทในการให้บริการโทรคมนาคมจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับผู้ใช้งานสาธารณะ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ โดยรัฐเปลี่ยนแปลงบทบาทเป็นผู้กำกับดูแลแทน และยอมให้มีผู้ให้บริการหลายรายโดยรัฐทำหน้าที่เป็นผู้รักษาผลประโยชน์แก่ผู้บริโภค จึงจำเป็นต้องหามาตรการที่เหมาะสมในการรักษาและแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการให้บริการโทรคมนาคม ซึ่งก็คือการนำระบบกลไกตลาดมาใช้กำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคม อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการให้บริการโทรคมนาคมจำเป็นต้องอาศัยการลงทุนสูงมาก จึงมีผู้ให้บริการในตลาดน้อยราย ทำให้ผู้ให้บริการมีอำนาจต่อรองสูง ผู้บริโภคจึงไม่มีทางเลือกและถูกเอาเปรียบเปรียบตลอดมา ดังนั้น องค์การของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไปคือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค โดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งเป็นคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง ได้ประกาศใช้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 ซึ่งมีเนื้อหา ให้สัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะต้องมีข้อสัญญา ที่คณะกรรมการกำหนดให้มีหรือ ไม่มีข้อสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศกำหนด

แต่ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาฉบับดังกล่าวเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งถือเป็นหนึ่งในกิจการโทรคมนาคมเท่านั้น จึงยังไม่สามารถถือได้ว่าการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมอย่างครอบคลุม

ต่อมาในปี พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาให้บริการโทรคมนาคมไว้ในมาตรา 51 โดยกำหนดให้

“สัญญาระหว่างผู้รับใบอนุญาตกับผู้ให้บริการโทรคมนาคม และเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคมที่ผู้รับใบอนุญาตจะกำหนดขึ้น รวมทั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือเงื่อนไขดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการก่อน

สัญญาและเงื่อนไขที่คณะกรรมการจะให้ความเห็นชอบได้จะต้อง

- (1) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับใบอนุญาตและผู้ให้บริการที่ชัดเจนและเป็นธรรม
- (2) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการของผู้รับใบอนุญาต
- (3) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับประเภทและขอบเขตค่าใช้จ่ายในการให้บริการอย่างครบถ้วนเป็นธรรม และจะต้องมีข้อกำหนดรับรองการไม่เรียกเก็บค่าใช้จ่ายนอกเหนือจากที่กำหนดไว้
- (4) ไม่มีข้อกำหนดที่จะเป็นการจำกัดการใช้ประโยชน์ของผู้ให้บริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (5) ไม่มีข้อกำหนดที่มี ลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ แยกแยะ หรือกีดกันผู้ให้บริการหรือไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด

เมื่อผู้รับใบอนุญาตได้รับความเห็นชอบในสัญญาหรือเงื่อนไขใดๆ แล้ว ให้ผู้รับใบอนุญาตมีสิทธินำสัญญาหรือเงื่อนไขนั้น ไปใช้กับผู้ให้บริการได้

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้ คณะกรรมการมีอำนาจออกประกาศกำหนดเกณฑ์มาตรฐานของสัญญาและเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคมได้ และจะตั้ง กำหนดยกเว้นให้สัญญาหรือเงื่อนไขในเรื่องใดไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการก็ได้

ในกรณีที่มีกฎหมายใดกำหนดหลักเกณฑ์การทำสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคมเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคไว้เป็นประการใด ให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายดังกล่าวด้วย”

โดยต่อมาคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้บังคับใช้ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ขึ้น โดยในข้อ 4 ของประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดให้

“สัญญาจะมีผลผูกพันและใช้บังคับได้ ต้องเป็นไปตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบแล้วหรือที่คณะกรรมการประกาศกำหนดแบบของสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ เว้นแต่คณะกรรมการจะประกาศกำหนดให้สัญญาลักษณะหรือประเภทใด ได้รับยกเว้นไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

แบบสัญญาที่คณะกรรมการจะให้ความเห็นชอบต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร มีรูปแบบและสาระสำคัญไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม และเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประกาศนี้

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่ารูปแบบหรือสาระสำคัญของแบบสัญญาไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในวรรคสอง คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ดำเนินการแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนด”

และข้อ 5 ที่กำหนดให้

“ก่อนนำแบบสัญญาไปใช้ในการประกอบกิจการ ผู้ให้บริการต้องจัดส่งแบบสัญญาให้คณะกรรมการพิจารณาล่วงหน้าไม่น้อยกว่าหกสิบวัน ในกรณีที่คณะกรรมการต้องการข้อมูลหรือรายละเอียดเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณา ผู้ให้บริการจะต้องส่งข้อมูลและรายละเอียดเพิ่มเติมตามที่คณะกรรมการกำหนด

แบบสัญญาใดที่คณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบแล้ว หากต่อมาผู้ให้บริการประสงค์จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนด หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้บริการ อันอาจมีผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือประโยชน์อันได้รับของผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการต้องเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นชอบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามสิบวัน เว้นแต่เป็นข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้บริการที่คณะกรรมการประกาศยกเว้นให้ดำเนินการได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ในกรณีดังกล่าวให้ผู้ให้บริการแจ้งให้คณะกรรมการทราบอย่างช้าไม่เกินสามสิบวันหลังจากที่ได้ดำเนินการแล้ว

การเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของระบบ เทคโนโลยี หรืออุปกรณ์ใดๆ อันส่งกระทบทำให้ประสิทธิภาพในการให้บริการต่ำลง หรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือประโยชน์อันพึงได้รับของผู้ใช้บริการตามสัญญา ให้ถือว่ามิใช่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการให้บริการและต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการก่อนโดยให้ดำเนินการเช่นเดียวกับกรณีตามวรรคหนึ่ง”

ดังนั้น โดยลักษณะของการกำกับ บดูแลของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (คคบ.) และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) จึงมีความแตกต่างและมีปัญหาในทางปฏิบัติ โดยสรุปได้ ดังนี้

1) ความครอบคลุม ประกาศ คคบ. เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นการธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 มีผลใช้บังคับกับสัญญาให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เท่านั้น แต่ประกาศ กทช. มีผลใช้บังคับกับสัญญาให้บริการโทรคมนาคมทุกประเภท

2) การตีความ แม้ว่าประกาศ กทช. ฉบับดังกล่าวจะเป็นกรอบควบคุมสัญญาในกิจการโทรคมนาคม แต่เนื่องจากเนื้อหาของประกาศ คคช. มีความไม่สอดคล้องกันในบางประการ เช่น ตามประกาศ คคช. กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องส่งใบรายการการใช้บริการเพื่อเรียกเก็บค่าบริการให้ผู้ใช้บริการทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 10 วัน ก่อนครบกำหนดชำระ³³ แต่ประกาศ กทช. กำหนดให้ต้องส่งภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่า 15 วัน³⁴

ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีข้อพิจารณาทางกฎหมายที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ หลักกฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายทั่วไป (lex specialis derogate legi generali) และหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posterior derogate legi priori) ซึ่งทั้งสองหลักนี้จะต้องพิจารณาประกอบกันว่า กฎหมายใหม่จะมีผลเป็นกฤษฎีกา ยกเลิกกฎหมายเก่าก็ต่อเมื่อกฎหมายทั้งสองนั้นขัดและแย้งกันจนไม่สามารถที่จะมีผลบังคับใช้ทั้งสองบทบัญญัติได้ และในกรณีที่กฎหมายที่เป็นบททั่วไปเกิดขึ้นหลังยอมไม่เป็นการยกเลิกกฎหมายเฉพาะที่เกิดขึ้นก่อน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประกาศทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยสององค์กรที่แตกต่างกัน ทำให้มีความเห็นต่างเป็นสองความเห็นที่ว่าประกาศฉบับใดมีความเฉพาะเจาะจงมากกว่า กล่าวคือ³⁵

1) ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าประกาศ กทช. มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปแก่ทุกประเภทบริการโทรคมนาคม แต่ประกาศ คคช. แม้เป็นหน่วยงานที่ไม่ได้ทำหน้าที่เฉพาะ เจาะจงเมื่อเปรียบเทียบกับ กทช. แต่เนื้อหาของประกาศ คคช. มีความเฉพาะเจาะจงในบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งถือว่ามีเฉพาะเจาะจงมากกว่า

2) อีกฝ่ายมีความเห็นว่า ผลของกฎหมายที่ขัดกันมีมากจนไม่สามารถตีความให้ผู้บริโภค ที่ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้รับประโยชน์ น้อยกว่าบริการโทรคมนาคมประเภทอื่นๆ เนื่องจากหากตีความให้ ประกาศ คคช. ซึ่งบัญญัติคุ้มครองผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีความเฉพาะเจาะจงกว่า ประกาศ กทช. จะเป็นการปฏิเสธประโยชน์ของผู้บริโภคซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์

³³ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2545), ข้อ 3 (2).

³⁴ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549, ข้อ 17.

³⁵ ปิยนุตร บุญอร่ามเรื่อง , “รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมเพื่อการคุ้มครอง ผู้ใช้บริการ เสนอสถาบันคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ,” มีนาคม 2551, น.170-171

ของกฎหมายอย่างแน่แท้ จึงต้องพิจารณาด้วยว่าประกาศ คค.บ. มีเจตนารมณ์เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นพิเศษ ต่อเมื่อมีประกาศ กทช. ที่เป็นหน่วยงานกำกับดูแลเรื่องนี้โดยตรงในภายหลังซึ่งมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงมากกว่า คค.บ. ได้กำหนดให้ประโยชน์แก่ผู้บริโภคมากขึ้นเป็น 15 วัน ในทุกกิจการโทรคมนาคม การตีความให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์น้อยกว่ามาตรฐานใหม่ที่กำหนดโดย กทช. จึงไม่เหมาะสม

ในเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนเห็นพ้องกับความเห็นที่สองซึ่ง ตีความให้ประกาศ กทช. มีผลใช้บังคับหากกฎหมายทั้งสองฉบับขัดหรือแย้งกัน เนื่องจากเมื่อพิจารณากฎหมายทั้งสองฉบับแล้ว แม้ประกาศ กทช. จะมีผลใช้บังคับกับบริการโทรคมนาคมทุกประเภทแต่ในรายละเอียดของกฎหมายสามารถนำมาปรับใช้กับบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้และมีเนื้อหาที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่า ดังนั้น จึงต้องตีความให้คุ้มครองผู้บริโภคมากที่สุดจึงจะถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

3) ความมีผลใช้บังคับ ตามประกาศของ คค.บ. นั้น สัญญาที่ผู้ประกอบการจัดทำขึ้นมีผลบังคับใช้ได้ทันที โดยเนื้อหาของสัญญาให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะต้องมีข้อสัญญาที่คณะกรรมการกำหนดให้มีหรือ ไม่มีข้อสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศกำหนด ต่างจากสัญญาการใช้บริการโทรคมนาคมตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 และประกาศ กทช. ที่กำหนดให้สัญญาให้บริการโทรคมนาคมจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่นั้น จะต้องได้รับความเห็นชอบจาก กทช. ก่อน

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว ทำให้พบ ว่าประกาศทั้งสองฉบับต่างมี ข้อดีและข้อเสีย แตกต่างกัน โดยข้อดีของสัญญาที่จะมีผลใช้บังคับตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 นั้น เนื่องจาก กทช. สามารถพิจารณาในรายละเอียดของสัญญาได้ว่ามีข้อสัญญาใดขัดกับกฎหมายหรือไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค แล้วจึงสั่งให้ผู้ประกอบการแก้ไขสัญญา อย่างไรก็ดีตาม ในทางปฏิบัติอาจมีข้อพิจารณาว่า กทช. สามารถพิจารณาในรายละเอียดได้มากน้อยเพียงไร และหากผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามจะมีผลอย่างไร ทั้งนี้ ในระหว่างการพิจารณาหรือแก้ไข จะใช้สัญญาฉบับใด และหาก กทช. ได้ให้ความเห็นชอบสัญญาใดแล้ว ผู้บริโภคจะต้องผูกพันตามสัญญาฉบับเก่าหรือฉบับใหม่ ซึ่งการทำสัญญาให้บริการโทรคมนาคมมักจะทำในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป และตามสัญญาฉบับใหม่ ที่ กทช. ให้ความเห็นชอบมีแนวโน้มว่าจะมีผลเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่า

นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาว่าหากอนาคตที่การให้บริการมีการเปลี่ยนแปลงไป แต่ กทช. ได้ให้ความเห็นชอบสัญญาไปแล้ว จะสามารถสั่งให้ผู้ประกอบการแก้ไขให้สอดคล้อง ได้

หรือไม่ หรือเป็นการปิดปากให้สัญญาฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับตลอดไป ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจกำกับดูแลผู้ ให้บริการในอนาคต หากสัญญาไม่สอดคล้องกับกฎหมายหรือ เกิดกรณีปัญหาด้านการตีความหรือการดำเนินการตามหลักเกณฑ์เหล่านั้นไม่สอดคล้องกับ สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และมีประเด็นปัญหาว่า เป็นสิทธิของผู้ ให้บริการ ที่จะมิสิทธิแก้ไข สัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวหรือไม่ เนื่องจากประกาศฉบับดังกล่าว ไม่ได้บัญญัติให้ กทช. สามารถสั่ง ให้ดำเนินการแก้ไขสัญญาได้ ซึ่งหากไม่สามารถทำได้จริงก็ต้องใช้กระบวนการแก้ไขกฎหมาย ซึ่งใช้ระยะเวลานานและอาจไม่ทันการกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น