

# ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ต

อรุณรัตน์ เจริญศรีวงษ์\*

รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี\*\*

## บทคัดย่อ

อินเทอร์เน็ตมีบทบาทอย่างมากในการดำเนินชีวิตประจำวันของมนุษย์ในปัจจุบันทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การศึกษา วัฒนธรรม ตลอดจนการติดต่อสื่อสาร โดยปัจจุบันมีผู้บริโภคที่ใช้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมาก และมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นอีกในอนาคต ซึ่งการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของผู้บริโภคดังกล่าวนี้ต้องทำผ่านตัวกลางทางเทคโนโลยีคือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ดังนั้นธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงเป็นหนึ่งในธุรกิจที่สำคัญที่เชื่อมโยงและส่งผลกระทบต่อผู้คนที่จำนวนมาก จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เข้ามาควบคุม กำกับดูแล และให้ความคุ้มครองทั้งในด้านของผู้บริโภคและผู้ให้บริการ

เนื่องจากเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เริ่มตั้งแต่อินเทอร์เน็ตแบบเชื่อมต่อผ่านสายเป็นต้นมาโดยผ่านสายโทรศัพท์พื้นฐาน พัฒนาเรื่อยมาจนเป็นใยแก้วนำแสง ตลอดจนอินเทอร์เน็ตแบบไร้สายในปัจจุบัน ซึ่งโดยตลอดมาได้มีการปรับปรุงกฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ ที่นำบังคับใช้ให้ก้าวทันเทคโนโลยีที่ไม่หยุดนิ่งดังกล่าว โดยตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 27 และมาตรา 32 ได้กำหนดอำนาจของ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งในที่นี้คือครอบคลุมถึงผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต และตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมไว้ในมาตรา 50 ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ปฏิบัติตามมาตรการตามที่กฎหมายกำหนดเมื่อพบว่ามีบุคคลใดกระทำการละเมิดสิทธิของผู้ใช้บริการ นอกจากนี้ยังมีประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ที่กำหนดการให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจัดทำมาตรการป้องกันและรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

\*\* อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

อย่างไรก็ดีมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการได้มากเพียงพอ อันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะและการรวมอำนาจไว้ในส่วนกลางเพียงอย่างเดียวขององค์กรกำกับดูแลการให้บริการอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบในฐานะตัวกลางที่ให้บริการทางเทคโนโลยีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560 อีกทั้งการออกใบอนุญาตประกอบกิจการอินเทอร์เน็ตยังมีความซับซ้อนและการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ควรมีการออกกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มีการจัดตั้งคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญที่ดูแลแก้ไขปัญหาเรื่องร้องเรียนใกล้เคียงข้อพิพาท มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมของบุคคลในการจัดการกับข้อมูลส่วนบุคคล แก้ไขค่านิยมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลางผู้ให้บริการทางเทคโนโลยี แก้ไขปรับปรุงรูปแบบการออกใบอนุญาตการให้บริการอินเทอร์เน็ตเพื่อลดความซับซ้อนกันของการออกใบอนุญาต ตลอดจนนำขั้นตอนการระงับข้อพิพาทตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 มาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคมด้วยกันเอง เพื่อให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เป็นธรรมและลดความล่าช้าในการดำเนินการระงับข้อพิพาท

## 1. บทนำ

เนื่องจากธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นธุรกิจที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมและมีผู้ใช้บริการจำนวนมากดังนั้นจึงต้องมีกฎหมายเข้ามาควบคุมดูแลเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยและคุ้มครองทั้งด้านผู้บริโภคและผู้ให้บริการ ปัจจุบันธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กสทช.” โดยมีสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมหรือเรียกโดยย่อว่า กทค. เป็นอีกหนึ่งหน่วยงานย่อยที่ปฏิบัติการแทน กสทช. ในส่วนภารกิจที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม

ในปัจจุบันกฎและระเบียบต่างๆ ที่คอยควบคุมให้ความคุ้มครองทั้งผู้ให้บริการและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้อง ทั้งในด้านความปลอดภัยของข้อมูล และความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลางที่ให้บริการทางเทคโนโลยี ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองทั้งผู้ให้บริการและผู้ให้บริการได้อย่างเต็มที่ อีกทั้งยังมีการ

ออกใบอนุญาตประกอบกิจการอินเทอร์เน็ตที่ช้าช้อนและทำให้เกิดความสับสน ตลอดจนวิธีการในการ ระวังข้อพิพาทระหว่าง ผู้ประกอบกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งไม่มีประสิทธิภาพมากเพียงพอ ซึ่ง กฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน อาทิ พระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 นั้นอาจไม่เพียงพอในการนำมาบังคับใช้ ดังจะเห็นได้ว่าปัจจุบันยังคงมี ปัญหาการร้องเรียนและข้อพิพาทเกิดขึ้นมากมาย แสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่มีอยู่อาจไม่ครอบคลุมและไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้นเพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขมาตรการทางกฎหมายและกระบวนการในการระวังข้อพิพาท ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องศึกษาวิจัยปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการ อินเทอร์เน็ตเพื่อพัฒนาระบบกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองดังกล่าวให้มีความเป็นปัจจุบันและครอบคลุม ทำให้สามารถนำมาปรับใช้ได้ในระยะยาว ตลอดจนมีมาตรการเยียวยาและบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ

## **2. ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวความคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ต**

เพื่อให้สามารถเข้าใจปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตได้อย่างชัดเจนถ่อง แท้และทราบถึงเจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามที่ได้บัญญัติขึ้น จำเป็นจะต้องศึกษาถึง วิวัฒนาการ แนวความคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตควบคู่กัน

### **2.1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ต**

อินเทอร์เน็ตในประเทศไทยเริ่มขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2530 โดยการเชื่อมต่อมินิคอมพิวเตอร์ของ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ และสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย (AIT) ไปยังมหาวิทยาลัยเมลเบิร์น ประเทศ ออสเตรเลีย แต่ในครั้งนั้นยังเป็นการ เชื่อมต่อโดยผ่านสายโทรศัพท์ ซึ่งสามารถส่งข้อมูล ได้ช้าและไม่เป็น การถาวร จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2535 ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC) ได้ ทำการเชื่อมต่อคอมพิวเตอร์กับมหาวิทยาลัย 6 แห่ง ได้แก่ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สถาบันเทคโนโลยีแห่ง เอเชีย (AIT) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ เข้าด้วยกันเรียกว่า “เครือข่าย ไทยสาร”

การให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยได้เริ่มต้นขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อ เดือน มีนาคม พ.ศ. 2538 โดยความร่วมมือของรัฐวิสาหกิจ 3 แห่ง คือ การสื่อสารแห่งประเทศไทย องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และสำนักงานส่งเสริมวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) โดยให้บริการในนาม บริษัท อินเทอร์เน็ต ประเทศไทย (Internet Thailand) เป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์รายแรกของประเทศไทย

ต่อมาเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2540 ได้มีการเปลี่ยนรูปกิจการเป็น บริษัท อินเทอร์เน็ตประเทศไทย จำกัด และได้รับสิทธิการให้บริการอินเทอร์เน็ตในเชิงพาณิชย์อีกครั้งเป็นครั้งที่สองและเมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2544 ได้แปรรูปเป็นสถานะรัฐวิสาหกิจโดยกระจายหุ้นส่วนใหญ่ให้กับประชาชนผู้สนใจในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

## 2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ต

แนวความคิดเกี่ยวกับการให้บริการข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ตมีทั้งในแง่ของการจัดการที่ผู้ประกอบการ การจัดการโดยภาครัฐ การจัดการที่ตัวผู้ให้บริการ และการจัดการในทางระหว่างประเทศ โดยการจัดการที่ผู้ประกอบการ คือการจัดการที่ให้ผู้บริการโครงข่าย เนื่องจากบริการข้อมูลทุกชนิดต้องฝ่ายโครงข่ายดังกล่าว สำหรับการจัดการที่น่าจะเป็นที่พอใจกับทุกฝ่ายคือมาตรการที่สามารถทำให้ผู้ประกอบการมีกำไรไปพร้อมๆ กับการรักษาสังคมด้วย ส่วนการจัดการโดยภาครัฐ โดยรัฐควรมีบทบาทเข้าร่วมกำกับดูแลด้วยโดยให้ความร่วมมือในการใช้อำนาจของภาครัฐในการจัดการกับผู้ให้บริการข้อมูลที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ สร้างมาตรการในการสร้างแรงจูงใจให้กับผู้ให้บริการข้อมูลที่มีความประพฤติดี สร้างประโยชน์แก่สังคม โดยใช้มาตรการทางด้านภาษีเพื่อลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลให้แก่ผู้ให้บริการข้อมูลดังกล่าวก็ได้ หรือจัดการมอบรางวัลเพื่อเป็นขวัญและกำลังใจในการประกอบธุรกิจที่ดีต่อไป รวมถึงสนับสนุนปัจจัยพื้นฐานที่จำเป็นในการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการ เพื่อแสวงหามาตรการในการแก้ปัญหา ร่วมกันตามระยะเวลาที่กำหนดให้รับทราบปัญหาและทางแก้ไขแล้วนำกลับไปปฏิบัติต่อไป และการจัดการที่ตัวผู้ให้บริการ ก็ต้องสร้างภูมิคุ้มกันให้กับทุกคนในสังคมโดยสร้างค่านิยมในการให้บริการข้อมูลผ่านโครงข่ายโทรคมนาคมเท่าที่จำเป็น ใช้บริการข้อมูลต่างๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์จริง เพราะในปัจจุบันบริการที่เป็นที่นิยมจะเป็นบริการเพื่อความบันเทิงเป็นส่วนใหญ่ โดยโรงเรียนอาจเข้ามามีบทบาทในการปลูกฝังนิสัยในการใช้อินเทอร์เน็ตกับเด็กและเยาวชน และสุดท้ายคือในกรณีการจัดการในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากผลกระทบบริการข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ตนั้นมีลักษณะที่มีความเป็นระหว่างประเทศ เนื่องจากผู้กระทำความผิด การกระทำความผิด และผลที่เกิดขึ้นอาจเกิดในประเทศที่ต่างกัน การกระทำบางอย่างส่งผลกระทบไปทั่วโลก เช่น การปล่อยไวรัส เป็นต้น ดังนั้นการจัดการจึงต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงควรมีบทบาทในการเข้าร่วมการจัดการปัญหานี้ในเวทีเจรจาระหว่างประเทศต่างๆ เพื่อผลักดันให้ทั่วโลกร่วมมือกันในการจัดการปัญหา หรืออย่างน้อยที่สุดประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ของโลกเพื่อรักษามาตรฐานในการจัดการปัญหาให้อยู่ในระดับเดียวกับประเทศที่พัฒนาแล้ว สำหรับบทบาทของภาคเอกชนในทางระหว่างประเทศ ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องควรเข้าไปมีบทบาทในการรวมกลุ่มของภาคเอกชนระหว่างประเทศต่างๆ เพื่อมีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางพัฒนาของเทคโนโลยีให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่มีอยู่ในประเทศด้วย

## 2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ต

ทฤษฎีเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตประการหนึ่งคือทฤษฎีการมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะหรือการอนุญาตสัมปทานหรือสัญญา โดย ประเทศไทยได้กำหนดให้กิจการโทรคมนาคมเป็นอำนาจผูกขาดของภาครัฐมาโดยตลอดเนื่องจากความเชื่อที่ว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่สำคัญซึ่งกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงสภาพเศรษฐกิจและสภาพสังคมโดยรวมของประเทศจึงเป็นผู้เหมาะสมที่สุดที่จะให้บริการโทรคมนาคมดังนั้นก็กฎหมายนับแต่อดีตมาจึงกำหนดให้กิจการโทรคมนาคมของเป็นอำนาจผูกขาดของภาครัฐแต่เพียงผู้เดียวแต่เนื่องจากการให้บริการสาธารณะเป็นการดำเนินกิจการเพื่อตอบสนองของคนส่วนใหญ่และรัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดหาหรือจัดให้มีขึ้นเพื่อสนองตอบความต้องการของคนส่วนมากอย่างไรก็ตามหากรัฐไม่สามารถสนองตอบต่อความต้องการที่เพิ่มขึ้นของประชากรภายในรัฐนั้นรัฐก็สามารถนำบริการสาธารณะนั้นเพื่อให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐได้ ดังนั้นผู้มีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะจึงประกอบด้วย รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมโดยกำหนดให้บริการสาธารณะประเภทใดควรจัดให้มีโดยทั่วถึงเพียงพอและสม่ำเสมอตลอดจนการควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะเหล่านั้นซึ่งการจัดหาให้มีบริการสาธารณะเหล่านั้นอาจกำหนดให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการเอง เช่น การทำถนน การเดินเรือ เป็นต้น ต่อมาคือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่งซึ่งมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการบริการสาธารณะบางส่วนในรูปแบบของการลงทุนแต่เพื่อความเป็นอิสระและความคล่องตัวโดยเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนเพื่อให้รัฐวิสาหกิจมีความคล่องตัวในการบริหารและบริการที่ดีมีคุณภาพและเพียงพอต่อความต้องการของเอกชนรัฐบาลจึงได้จัดตั้งวิสาหกิจให้ดำเนินการบางประเภทเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาช่วยแบ่งเบาภาระและช่วยเสริมประสิทธิภาพการบริหารงานในรัฐวิสาหกิจ และสุดท้ายคือภาคเอกชน โดยในการจัดทำบริการสาธารณะปัจจุบันนับว่าเอกชนเป็นผู้มีบทบาทสำคัญเนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทภาครัฐและรัฐวิสาหกิจไม่สามารถดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการได้อย่างเพียงพอ ดังนั้นจึงมีการอนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐได้เช่นการอนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการโทรศัพท์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

นอกจากนี้ยังมีทฤษฎี สิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ซึ่งกฎหมายของประเทศทุนนิยมเต็มรูปแบบมักจะคุ้มครองสิทธินี้อย่างเต็มที่ เนื่องจากสังคมตะวันตกมีความคิดว่า รัฐบาลเป็นสิ่งเลวร้ายที่คอยลิดรอนอำนาจของปัจเจกชน สิทธิในการอยู่เป็นส่วนตัวจึงเป็นเครื่องมือกันมิให้รัฐเข้ามาแทรกแซงในชีวิตของปัจเจกชน ในยุคของการติดต่อทางอิเล็กทรอนิกส์กฎหมายได้แปรผันตามความเปลี่ยนแปลงในหลายๆ ประเทศ เช่น ในกลุ่มสหภาพยุโรป มีการออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อคุ้มครองฐานข้อมูลส่วนบุคคล (Database Protection Law) สหรัฐอเมริกาออกกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารทาง

อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Communication Privacy Act of 1986) มาเพื่อปกป้องความเป็นส่วนตัวของข้อมูลที่เกิดขึ้นในเครือข่าย โดยเฉพาะเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวนี้เป็นการที่ผู้ให้บริการทางเทคโนโลยีทั่วโลกต้องรับภาระอย่างมาก เนื่องจากมักจะมีคำร้องขอจากฝ่ายความมั่นคงหรือรัฐบาล ที่จะขอเข้าถึงข้อมูลการติดต่อระหว่างผู้ใช้อินเทอร์เน็ตบางราย หลักความเป็นส่วนตัวนี้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาสามารถใช้เป็นตัวอย่างได้ดี เนื่องจากมีขอบเขตกว้างขวางมากและใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปด้วย เพราะหลักกฎหมายถือว่าเป็น สิทธิ (Right) ซึ่งใช้กับบุคคลอื่นและรัฐได้ ในขณะที่เสรีภาพการแสดงออกเป็นสิ่งซึ่งใช้กับรัฐเท่านั้น ดังนั้นการที่เจ้าของบ้านเช่าติดโทรศัพท์ผนังจรปิดในห้องน้ำที่อยู่ในห้องเช่าเพื่อดูการกระทำของผู้เช่าย่อมเป็นการละเมิดสิทธิของผู้เช่าที่จะอยู่เป็นส่วนตัว หรือแอบฟังโทรศัพท์บุคคลอื่น แอบเปิดจดหมายของบุคคลอื่น และกฎหมายยังขยายไปคุ้มครองถึงกรณีเข้าไปดูข้อมูลของบุคคลอื่นในฐานะข้อมูลคอมพิวเตอร์อีกด้วย

เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต รวมถึงผู้ควบคุมระบบ (System Operator) สามารถเข้าถึงข้อมูลการติดต่อของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต และอาจดูข้อมูล ข้อความ หรือกระทั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอกสารที่ผู้ให้บริการส่งให้แก่กันโดยผู้ให้บริการ ไม่มีโอกาสรู้ได้ และการแอบดูหรือลักลอบเข้าฐานข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้บริการหรือผู้ควบคุมระบบนั้นง่ายกว่าการติดต่อด้วยเอกสารธรรมดา เนื่องจากข้อมูลสามารถเข้าถึงโดยผู้ให้บริการ ได้ตลอดเวลา ทำซ้ำได้ง่าย และสามารถส่งล่วงหน้าได้ โดยที่ผู้ให้บริการไม่สามารถกีดกัหรือล่วงรู้ได้เลย ซึ่งการใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น จะได้รับประโยชน์สูงสุดเมื่อมีผู้ใช้มาก กล่าวคือมีผลกระทบทางเครือข่าย (Network Effect) และผู้ให้บริการมั่นใจว่าการใช้เครือข่ายส่งผ่านข้อมูลนั้นได้รับความคุ้มครองจากการลักลอบหรือนำเอาข้อมูลไปใช้โดยบุคคลที่สามโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จึงควรให้ความคุ้มครอง หรือรับรองสิทธิของผู้ใช้ในอินเทอร์เน็ตที่จะมีหรือใช้ระบบรักษาความปลอดภัย เช่น การเข้ารหัส เป็นต้น

### 3. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ต

#### 3.1 วิเคราะห์ปัญหาในการกำกับดูแลความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวในอินเทอร์เน็ต

การกำกับดูแลความปลอดภัยของข้อมูลและความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะ โดยจากการที่ได้ศึกษาพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 จะเห็นว่าคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ นั้นมีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อความปลอดภัย และความเป็นส่วนตัว ในอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้บริการ ในฐานะผู้ออกใบอนุญาต ตามมาตรา 32 และตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2549 ได้มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวไว้ โดยให้ผู้ให้บริการเป็นผู้จัดให้มีมาตรการป้องกันและจัดทำ

หลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล และส่งให้ กสทช. พิจารณาให้ความเห็นชอบ แต่ในทางปฏิบัติพบว่า กสทช. ยังไม่ได้แสดงถึงการกำกับดูแลในมาตรการดังกล่าวตามที่ได้ออกมาตรการไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะปัญหาการรวมอำนาจการกำกับดูแลไว้ที่ส่วนกลางเพียงอย่างเดียว ไม่มีคณะกรรมการหรือหน่วยงานที่รับมือกับปัญหาด้านความปลอดภัยของข้อมูลและความเป็นส่วนตัวในอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะบทบัญญัติในส่วนที่เป็นสภาพบังคับไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้จริง เนื่องจากการทำงานจากหน่วยงาน กสทช. ที่เป็นส่วนกลางเพียงอย่างเดียวมีความล่าช้า และตรวจสอบได้ไม่ทั่วถึง โดยในความเป็นจริงนั้น การให้ผู้ให้บริการเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการด้วยตนเองดังกล่าวไม่สามารถคุ้มครองผู้ใช้บริการได้เพียงพอ ดังจะเห็นได้จากว่าปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเกิดขึ้นมากมาย ยกตัวอย่างเช่น การเผยแพร่อีเมลของลูกค้าโดยไม่ตั้งใจ การส่งต่อข้อมูลให้กับบุคคลที่สาม การขโมยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตพบความผิดปกติในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ตนเองใช้ และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปฏิเสธถึงความผิดปกติดังกล่าว ซึ่งผู้ใช้บริการไม่สามารถตรวจสอบได้ ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหลายนี้ ไม่มีหน่วยงานใดทำหน้าที่เป็นตัวกลางพิจารณา จึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ปี 1986 (The Electronic Communications Privacy Act 1986) แก้ไขเพิ่มเติมปี 1994 ทำหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองข้อมูลและรับรองสิทธิส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งมีการกำหนดขอบเขตไว้อย่างกว้างขวางเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี โดยตาม มาตรา 2511 ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมระบบมีภาระหน้าที่ในการคุ้มครองข้อมูลของผู้ใช้บริการโดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นลูกค้าของตนหรือไม่ และแม้ว่าจะไม่มีสัญญาระหว่างกันให้ต้องรักษาความลับดังกล่าวก็ตาม ทั้งนี้เพื่อเป็นการยืนยันว่าข้อมูลในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ผู้ใช้บริการใส่เข้าไปในระบบจะไม่รั่วไหลซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการได้ นอกจากนี้ยังมีคณะกรรมการกลางกำกับดูแลกิจการสื่อสารของประเทศ (Federal Communications Commission) ที่มีอำนาจที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคโดยเฉพาะ เพื่อรับเรื่องร้องเรียน และมีสำนักบังคับใช้กฎหมาย สำหรับจัดการกับเรื่องร้องเรียน โดยมีการทำงานในเชิงรุก มีการเข้าสอบสวนและดำเนินมาตรการอันเหมาะสมกับเจ้าของ โครงข่ายในกรณีที่มีการกระทำละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต เป็นต้น ทำให้มั่นใจได้ว่าข้อมูลของผู้ใช้บริการจะปลอดภัย และมีมาตรการทางกฎหมายที่รองรับและให้ความคุ้มครองรวมถึงเยียวยาผู้ใช้บริการอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ

### 3.2 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลางที่ให้บริการทางเทคโนโลยี

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งได้มีการออกฉบับที่ 2 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2560 มาตรา 14 ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการที่

นำเข้าข้อมูลที่ผิดกฎหมายสู่ระบบคอมพิวเตอร์ไว้ และมาตรา 15 ได้บัญญัติให้ผู้ให้บริการที่ให้ความร่วมมือยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจ ให้กระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การให้คำนิยามของคำว่า “ผู้ให้บริการ” ตามนิยามแห่งมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อนำมาบังคับใช้กับ มาตรา 15 จะมีความหมายกว้างเกินไป โดยรวมไปถึงผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ดูแลระบบดาวเทียม ระบบวงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย อย่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย ซึ่งโดยธรรมชาติผู้ให้บริการกลุ่มนี้จะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับเนื้อหาที่สื่อสารกันระหว่างผู้ใช้บริการ แต่กลับต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว สร้างความไม่เป็นธรรมให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และแม้ว่าในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 จะมีการแก้ไข จากเดิมที่บัญญัติให้ผู้ให้บริการจะถือว่ามีความรับผิดชอบทันที เมื่อปรากฏว่ามีเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอยู่ภายใต้การควบคุมของตน เปลี่ยนเป็นเพิ่มเติมวรรคสองว่า ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ ซึ่งเป็นการนำหลักการการแจ้งเตือนและระงับ (Notice and Takedown) มาใช้ กล่าวคือ หากผู้ให้บริการได้รับแจ้งว่ามีข้อมูลที่ผิดกฎหมายในระบบของตน ก็ให้รีบลบออกจากระบบ หากลบออกภายในเวลาที่กำหนดก็จะไม่ต้องรับโทษ แต่ทั้งนี้ยังเห็นว่าการใช้หลักดังกล่าวเป็นการผลักภาระแก่ผู้ให้บริการ โดยกฎหมายได้กำหนดในลักษณะที่ว่า ผู้ให้บริการย่อมมีความผิดไว้ก่อน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าไม่มีส่วนรู้เห็นหรือได้ทำตามขั้นตอนการแจ้งเตือนและเอาออกแล้ว ทำให้ผู้ให้บริการต้องรับภาระเรื่องการพิสูจน์เพื่อยกเว้นความผิดของตน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีกฎหมาย 2 ฉบับที่ครอบคลุมถึงนโยบายที่เกี่ยวข้องกับภาระรับผิดชอบของตัวกลาง นั่นคือ มาตรา 230 ในพระราชบัญญัติการสื่อสาร (Communication Act) ที่ให้การคุ้มครองตัวกลางจากภาระรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่ผลิตโดยผู้ใช้ซึ่งเป็นบุคคลที่สาม และผู้ให้บริการสื่อปฏิสัมพันธ์ออนไลน์ ก็ใช้มาตรานี้เพื่อป้องกันตัวเองจากข้อกล่าวหาหมิ่นประมาท รวมถึงความประมาทเลินเล่อ การฉ้อฉล การฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองสิทธิพลเมือง และการหมิ่นประมาท นอกจากนี้ยังมีมาตรา 512 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ในสื่อดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act) ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมี “พื้นที่ปลอดภัย” (Safe Harbor) และเพื่อให้เข้าข่ายในการได้รับความคุ้มครองจากพื้นที่ปลอดภัย ผู้ให้บริการต้องนำเอาเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกเมื่อได้รับคำเตือนจากเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากนี้เมื่อศึกษาในมุมมองของ สหภาพยุโรป ซึ่งให้การคุ้มครองกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ภายใต้ประกาศการค้าอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce Directive) ประกาศนี้ให้ความคุ้มครองกับตัวกลางใน 3 ลักษณะ โดยมองว่าการให้บริการอินเทอร์เน็ต เป็น การให้บริการในฐานะ “ท่อเชื่อมต่อในการส่งข้อมูลเท่านั้น” เป็นการให้บริการ “เก็บข้อมูลไว้เพียงชั่วคราว” หรือการให้บริการ “รับฝาก” ผู้ให้บริการ จึงไม่ต้องรับผิดชอบในการนำเข้าซึ่งข้อมูลที่ผิดกฎหมายโดยระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด เหมือนกฎหมายของประเทศไทย



นอกจากนี้ยังมีหลักการมะนิลาว่าด้วยความรับผิดชอบของสื่อตัวกลาง ซึ่งเป็นหลักการที่จัดทำขึ้นโดย กลุ่มภาคประชาสังคมทั่วโลก ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ที่ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะที่เป็นตัวกลางทางเทคโนโลยีไว้หลายประการ หนึ่งในนั้นคือการนำหลัก “แจ้งเตือนและแจ้งเตือน” (Notice and Notice) มาใช้ ซึ่งหลักการนี้กำหนดว่า เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนการกระทำความผิดแล้ว ให้ทำการแจ้งเตือนต่อไปยังผู้เผยแพร่เนื้อหา และให้ผู้เผยแพร่เนื้อหานั้นตัดสินใจได้เองว่าจะดำเนินการต่ออย่างไรหลังได้รับการแจ้งเตือน โดยการตัดสินใจจะไม่อยู่ที่ผู้ให้บริการ และเมื่อมีเหตุอันควรให้เชื่อว่าผู้ให้บริการมีพฤติกรรมที่อาจจะเป็นการละเมิด ผู้ให้บริการอาจบันทึกกิจกรรมออนไลน์ของผู้ใช้ดังกล่าวไว้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีต่อไปหากมีการฟ้องคดีได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลางที่ให้บริการทางเทคโนโลยีอย่างแท้จริง

### 3.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตประกอบกิจการอินเทอร์เน็ต

การออกใบอนุญาตประกอบกิจการอินเทอร์เน็ตที่มีความซ้ำซ้อนของประเภทใบอนุญาตประกอบกิจการ โดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมไว้ใน มาตรา 7 โดยให้ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมให้มี 3 แบบ ซึ่งได้มีการแบ่งเป็นประเภทย่อย และประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการขอรับใบอนุญาตการให้บริการอินเทอร์เน็ต พ.ศ. 2548 ก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ต่างหากใน ข้อ 4 โดยให้ใบอนุญาตการให้บริการอินเทอร์เน็ตมี 3 แบบเช่นกัน ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วการให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ถือเป็นหนึ่งในการให้บริการโทรคมนาคมด้วย ซึ่งการกำหนดให้มีประเภทใบอนุญาตอินเทอร์เน็ตแยกย่อยออกมานี้ สร้างความยุ่งยากในการ กำกับดูแลของ กสทช. เนื่องจากใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม และใบอนุญาตการให้บริการอินเทอร์เน็ตในปัจจุบันมีรวมกันถึง 11 แบบ การแบ่งใบอนุญาตตามประเภทและลักษณะการให้บริการดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างกันในข้อกำหนดในเรื่องเดียวกัน เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาต ข้อกำหนดเกี่ยวกับเอกสารประกอบการพิจารณา ข้อกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนในการชำระค่าธรรมเนียม โดยแต่ละประเภทของใบอนุญาตได้มีการกำหนดไว้แตกต่างกัน และโดยเฉพาะกรณีผู้ให้บริการรายเดียวสามารถขอรับใบอนุญาตได้หลายแบบ ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาความยุ่งยากซับซ้อน ในการตรวจสอบเรื่องแหล่งที่มาของรายได้ว่าเป็นรายได้จากการให้บริการประเภทใด หรือแบบใด เป็นเหตุให้การคิดคำนวณค่าธรรมเนียมใบอนุญาตอาจไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง และทำให้รัฐอาจสูญเสียรายได้จากปัญหาดังกล่าวได้

พิจารณาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ จะเห็นได้ว่า สิงคโปร์มีการให้ใบอนุญาตผสมผสาน (Convergent Licensing) รูปแบบใบอนุญาตของประเทศสิงคโปร์ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการประกอบการ โดยประเภทแรกคือใบอนุญาตที่อิงตามการอำนวยความสะดวก (Facilities – Based

Operations: FBO) โดยผู้ได้รับใบอนุญาต FBO นี้จะเป็นผู้อำนวยความสะดวกในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้ กล่าวคือเป็นผู้ให้บริการโครงข่ายอินเทอร์เน็ต และใบอนุญาตอีกประเภทคืออิงตามการให้บริการ (Service – Based Operations: SBO) ซึ่งเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแก่ผู้ใช้บริการโดยตรง ซึ่งเป็นผู้ใช้โครงข่ายจาก FBO อีกทอดหนึ่ง การกำหนดไว้เช่นนี้ทำให้ง่ายต่อการกำกับดูแลมากกว่า ไม่สับสน และไม่มี ความทับซ้อนกันอย่างถุกเกณฑ์ของประเทศไทย

### 3.4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการให้บริการอินเทอร์เน็ต

การระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ล่าช้าและส่งผลกระทบต่อ การดำเนินธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการ โดยตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจาย เสี่ยง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ได้มีการกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทในเรื่อง การเจรจาที่เกี่ยวกับสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคม ไว้ แต่ทั้งนี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงข้อพิพาทอื่นๆ ในอุตสาหกรรมโทรคมนาคมระหว่างผู้ ให้บริการด้วยกัน เช่น ข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นการละเมิด ซึ่งจากข้อเท็จจริง เมื่อเกิดข้อพิพาทที่ไม่ได้อยู่ใน ขอบเขตของการบังคับใช้ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติดังกล่าว ก็จะต้องนำเข้าสู่ กระบวนการระงับข้อพิพาทตามปกติ เช่น การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม ศาลปกครอง การเสนอข้อพิพาทต่อ สถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยสำหรับการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทตามปกตินั้น จะขาด ผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่เข้าใจธรรมชาติของอุตสาหกรรมโทรคมนาคม ทำให้อาจเกิดคำชี้ ขาดที่ไม่สอดคล้องกับสภาพของธุรกิจโทรคมนาคมได้ ดังนั้นโดยส่วนใหญ่ในกรณีของข้อพิพาทระหว่างผู้ ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วยกันเองนั้น จะมีการตกลงให้ใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการในการตัดสิน และแม้ว่า ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทในทางอนุญาโตตุลาการจะสั้นกว่ากระบวนการทางศาล แต่ก็มีขั้นตอน กระบวนการที่กินเวลาโดยที่ผ่านประมาณ 1-2 ปีขึ้นไป ซึ่งตามข้อเท็จจริงนั้น คู่พิพาทสามารถควบคุม ระยะเวลาได้ด้วยวิธีการพิจารณา เนื่องจากไม่มีการกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยชี้ขาดไว้แน่นอน และที่ สำคัญอีกประการหนึ่ง คือเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทสามารถขอเพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งในทางปฏิบัติจะมีการยื่นคัดค้านดังกล่าว เพราะข้อพิพาทโทรคมนาคมส่วน ใหญ่นั้น มีความเกี่ยวเนื่องกับการให้บริการต่อประชาชนทำให้เข้าเหตุแห่งการเพิกถอนตามมาตรา 40 (2) (จ) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กล่าวคือ การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะ เป็นการขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งหากเป็นสัญญาทางแพ่งก็จะมีการยื่น เพิกถอนที่ศาลแพ่งที่มีเขตอำนาจ หากเป็นสัญญาทางปกครองก็จะมีการเพิกถอนต่อศาลปกครอง เมื่อผลคดี ออกมาเป็นอย่างไรก็จะมีการยื่นอุทธรณ์ฎีกาต่อ ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุดต่อไป ทำให้ จุดประสงค์ในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อความรวดเร็วของกระบวนการระงับ ข้อพิพาทนั้นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ อีกทั้งยังล่าช้ากว่าเดิม ซึ่งสภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ

(The International Telecommunication Union : ITU) ได้เคยทำการศึกษาพบว่า ความล่าช้าในการระงับข้อพิพาทสามารถส่งผลกระทบต่อตลาดโทรคมนาคม ซึ่งจะเห็นได้ว่าปัญหาหลักๆ คือ ข้อจำกัดที่ว่าประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2549 นั้น สามารถในการระงับข้อพิพาทที่สามารถระงับข้อพิพาทโทรคมนาคมได้เพียงบางประเภทเท่านั้น และมีปัญหาในเรื่องความเข้าใจในสภาพอุตสาหกรรมโทรคมนาคมของผู้ระงับข้อพิพาท และความล่าช้าในการระงับข้อพิพาท โดยปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาเป็นตัวกลางในการไกล่เกลี่ย และวินิจฉัยข้อพิพาทโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคม ซึ่งรวมถึงผู้ประกอบการให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วยตนเองเป็นการเฉพาะ ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยยังขาดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่มีทั้งคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย และผู้วินิจฉัยรวมถึงถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ชัดเจน และมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน และมีสภาพบังคับเพื่อให้ไม่เกิดความล่าช้าอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตได้

#### 4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยยังมีปัญหาในการใช้บังคับในด้านต่างๆ รวมทั้งยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการได้อย่างเพียงพอ ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมและป้องกันความเสียหาย รวมถึงเพื่อให้มีการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ จึงควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความชัดเจนและครอบคลุม ซึ่งประเด็นที่ทำการแก้ไข และเนื้อหากฎหมายที่ทำการแก้ไข และกำหนดมาตรการที่เพิ่มขึ้น มีรายละเอียดดังนี้

4.1 ออกกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งครอบคลุมถึงข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตและคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนกันของกฎหมาย โดยเน้นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ทำให้สามารถระบุตัวตนได้ โดยกฎหมายนี้จะระบุให้ต้องมี คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ที่จะออกประกาศกำหนดข้อปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมาย และมีคณะกรรมการชุดเล็กคือ คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญที่จะมาดูแลแก้ปัญหาเรื่องร้องเรียน ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ระงับความเสียหายเมื่อมีการละเมิดต่อบุคคลหรือต่อข้อห้ามที่กำหนดไว้ โดยการออกคำสั่งทางปกครองในการสั่งระงับการกระทำการ สั่งปรับได้ รวมถึงริเริ่มในการตรวจสอบมาตรฐานการให้บริการอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้หลักในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลบนอินเทอร์เน็ตนั้น ต้องอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมของบุคคล โดยต้องได้รับความยินยอมตั้งแต่ขั้นการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล รวมไปถึงการใช้การเปิดเผย โดยต้องมีการแจ้งวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และเก็บใช้เท่าที่จำเป็น จากเจ้าของข้อมูลโดยตรง แต่ทั้งนี้ควรมีข้อยกเว้นเฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีหน้าที่ตาม

กฎหมาย การเก็บสถิติและวิจัยที่เก็บเป็นความลับ การดำเนินการตามความจำเป็นรีบด่วนเพื่อระงับอันตรายที่จะเกิดแก่เจ้าของข้อมูล แต่หากเป็นข้อมูลที่อ่อนไหวจะยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะการต้องเปิดเผยตามกฎหมายและการดำเนินการเพื่อระงับอันตรายแก่เจ้าของข้อมูล นอกจากนี้ควรกำหนดสิทธิตามกฎหมายของเจ้าของข้อมูลที่จะขอตรวจสอบขอให้แก้ไขปรับปรุงและให้ลบข้อมูลออก รวมถึงให้สิทธิถอนความยินยอมได้ตลอดเวลา ยกเว้นแต่มีกฎหมายหรือสัญญาสงวนสิทธิ์ไว้

นอกจากนี้ควรกำหนดคำนิยามสำหรับคำว่า “ความยินยอม” ว่าต้องเป็นการยินยอมโดยไม่มี ความกดดันและตั้งอยู่บนพื้นฐานความเข้าใจในสิ่งที่ทำ ยินยอม โดยชัดแจ้ง เพื่อป้องกันการให้ความยินยอม โดยไม่มีเจตนา เนื่องจากตามสภาพของระบบข้อมูลอินเทอร์เน็ตนั้นการให้ความยินยอมเป็นเรื่องง่าย จึงอาจ เกิดการให้ความยินยอมโดยไม่เข้าใจหรือการให้ความยินยอมในขณะที่อยู่ในภาวะกดดันได้ และควรให้คำ นิยามถึง “การละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล” โดยให้รวมถึงการเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย ทั้งนี้มีข้อยกเว้น ในกรณีตามความจำเป็นรีบด่วนตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น

สำหรับกรณีการใช้สิทธิการถอนความยินยอมนั้น ควรมีการระบุให้มีการทำความเข้าใจการ ถอนความยินยอมระหว่างคู่สัญญาคือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ใช้บริการ เนื่องจากการเก็บข้อมูลส่วน บุคคลของผู้ใช้บริการ ใ้เวลานี้มีความแตกต่างกันตามแต่กรณี บางกรณีอาจมีธุรกรรมต่อกันอยู่อันไม่อาจทำให้ ถอนความยินยอมได้ทันที หรือบางกรณีหากไม่สามารถถอนความยินยอมได้ทันทีอาจก่อให้เกิดความ เสียหายอย่างร้ายแรงต่อข้อมูลได้ ทั้งนี้ จึงเห็นว่าควรมีการตกลงกันเป็นรายกรณีไป เพื่อให้สอดคล้องกับ ประเภทของธุรกรรมและนิติสัมพันธ์ระหว่างกันของผู้ให้บริการและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

4.2 แก้ไขคำนิยาม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยเพิ่มข้อความว่า “ทั้งนี้ไม่รวมถึงผู้ประกอบการ โทรคมนาคมที่ดูแลระบบ ดาวเทียม ระบบวงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย” เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตใน ฐานะตัวกลางทางเทคโนโลยี ซึ่งโดยธรรมชาติผู้ให้บริการกลุ่มนี้จะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับเนื้อหาที่สื่อสารกัน ระหว่างผู้ให้บริการ และแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 15 วรรคสาม โดยนำข้อความที่กำหนดว่า “...ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนปฏิบัติตาม ประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ออก เนื่องจากข้อความดังกล่าวเป็นการเพิ่ม ภาระเรื่องการพิสูจน์เพื่อยกเว้นความผิดให้แก่ผู้ให้บริการ ซึ่งจะถือว่าผู้ให้บริการมีความผิดไว้ก่อนเว้นแต่จะ ได้พิสูจน์เพื่อยกเว้นความผิด ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในฐานะตัวกลางผู้ ให้บริการทางเทคโนโลยี โดยควรแก้ไขข้อความให้อยู่บนหลักที่ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดไว้ ก่อน เว้นแต่จะมีส่วนรู้เห็นกับเนื้อหานั้น นอกจากนี้ควรนำหลัก “แจ้งเตือนและแจ้งเตือน” (Notice and Notice) มาใช้ ซึ่งหลักการนี้กำหนดว่า เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนการกระทำความผิดแล้ว ให้ทำการ แจ้งเตือนต่อไปยังผู้เผยแพร่เนื้อหา และให้ผู้เผยแพร่เนื้อหานั้นตัดสินใจได้เองว่าจะดำเนินการต่ออย่างไร

หลังได้รับการแจ้งเตือน โดยการตัดสินใจจะไม่อยู่ที่ผู้ให้บริการ และเมื่อมีเหตุอันควรให้เชื่อว่าผู้ให้บริการมีพฤติกรรมที่อาจจะเป็นการละเมิด ผู้ให้บริการอาจบันทึกกิจกรรมออนไลน์ของผู้ใช้ดังกล่าวไว้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีต่อไปหากมีการฟ้องคดีได้

นอกจากนี้ต้องมีกรออกกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยออกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีความชัดเจน แน่นนอนของเงื่อนไขต่างๆ ที่รัฐจะล่วงล้ำสิทธิ เสรีภาพนั้นๆ กรณีเรื่อง คำสั่งของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลออกจากระบบ จึงต้องมีกำหนดเวลาที่แน่นอน เช่น ต้องนำข้อมูลที่ฝ่าฝืนกฎหมายออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ภายใน 3 วันนับแต่ได้รับคำสั่งจากเจ้าหน้าที่ เป็นต้น มิฉะนั้นเจ้าหน้าที่รัฐอาจใช้เป็นช่องโหว่ในการดำเนินคดีต่อผู้ให้บริการ โดยใช้มาตรฐานที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ให้บริการด้วยกันเอง หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจได้

4.3 แก้ไขปรับปรุงรูปแบบการออกใบอนุญาตแบบเก่า โดยแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 หมวด 1 ว่าด้วยการอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม และยกเลิกประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการขอรับใบอนุญาตการให้บริการอินเทอร์เน็ต พ.ศ. 2548 ทั้งนี้เพื่อรวมการกำกับดูแลในเรื่องใบอนุญาตไว้ให้ครอบคลุม ไม่ซับซ้อน โดยใช้หลักการกำหนดให้ผู้ประกอบการ 1 รายได้รับใบอนุญาต 1 ใบ ซึ่งครอบคลุมบริการที่ได้รับอนุญาตทั้งหมด (One Operator One License) โดยไม่มีข้อแตกต่างระหว่างโทรศัพท์ประจำที่โทรศัพท์เคลื่อนที่และดาวเทียม แต่ออกใบอนุญาตให้แตกต่างกันตามการให้บริการระบบโทรคมนาคมคือ ใบอนุญาตประเภทอิงตามสิ่งอำนวยความสะดวก (Facilities – Based Operations: FBO) หรือใบอนุญาตประเภทอิงตามการบริการ (Service – Based Operations: SBO) โดยผู้ประกอบการแต่ละรายอาจยื่นขอใบอนุญาตประเภทการให้บริการต่างๆ เพิ่มเติมได้ ซึ่งรวมถึงการให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย นอกจากนี้ควรมีหลักการคำนวณค่าธรรมเนียมที่แน่นอนสำหรับใบอนุญาตประเภทต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบเรื่องแหล่งที่มาของรายได้ว่าเป็นรายได้จากการให้บริการประเภทใด หรือแบบใด เพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นจริง และลดความทับซ้อนกันของกฎหมาย

4.4 นำขั้นตอนการระงับข้อพิพาทตาม ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 มาปรับใช้ โดยเพิ่มเติมข้อความให้ครอบคลุมถึงกรณีข้อพิพาทระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคมด้วยกันเอง และไม่จำกัดเฉพาะข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายเท่านั้น โดยให้ถือว่าคำชี้ขาดของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดจะเป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจในด้านกฎหมายโทรคมนาคมอย่างถ่องแท้ และสามารถให้ความยุติธรรมแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เป็นผู้

พิพาททั้งสองฝ่าย และเป็นการลดระยะเวลาในการดำเนินการของศาลเนื่องจากคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อมูลที่ เป็นประโยชน์ในทางพิจารณาคดีของศาลต่อไป

### บรรณานุกรม

- กลุ่มงานนิติการ ผู้รวบรวม. (ม.ป.ป.). *รวมสารน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายไอที*. สำนักบริหารกลาง: สำนักงาน ปลัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร.
- เครือข่ายพลเมืองเน็ต. (2557). *บทบาทของ กสทช. กับการคุ้มครองความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเครือข่ายพลเมืองเน็ต*. โครงการติดตามนโยบายสื่อและโทรคมนาคม: มูลนิธิเพื่ออินเทอร์เน็ตและวัฒนธรรมพลเมือง.
- จิตตภัทร เครือวรรณ, เลอสรร ชนสุกาญจน์ และสุธรรม อยู่ในธรรม. (2514). *กฎหมายสำหรับบริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย: กรอบ ข้อเสนอแนะ และการควบคุมดูแลการให้บริการ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ฉันทพร จันทร์เรืองเพ็ญ. (2545). *การแปลสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคมกับการเปิดตลาดโทรคมนาคมของไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาร่วมการทำงานโทรศัพท์พื้นฐาน*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ปรเมศวร์ กุมารบุญ. (2550). *อินเทอร์เน็ต ในประเทศไทย พ.ศ. 2550*. สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2559, จาก <http://www.manager.co.th/Telecom/ViewNews.aspx?NewsID=9500000067518>.
- สมพิธ สาชานาญ. (2540). *ปัญหาทางกฎหมายในการพัฒนาการสื่อสารและโทรคมนาคมศึกษากรณี: การให้บริการโทรศัพท์ภายในประเทศ*. วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- Birnbaum v. U.S., 588 F. 2d 319 (1978).
- European Parliament & EU Council. *Directive on the Legal Protection of Database*. 96/9/EC.
- Ithiel De Sola Pool. (1983). *Technologies of Freedom*. Boston: Harvard University Press.
- Roach v. Harper, 105 S.E. 2d 504 (1958).
- The Electronic Communications Privacy Act of 1986, 18 U.S.C. § 2510-252 (Amended 1994).