



รายงานสรุปผลการเสวนาเฉพาะประเด็น

จัดโดย โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ร่วมกับส่วนงาน กสทช. ประวิทย์ ลีสถาพรวงศา (สำนักงาน กสทช.)

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา บรรณาธิการและเรียบเรียง

ปัญหาทางกฎหมายกรณีการสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน คลื่น 1800 MHz และแนวทางการแก้ไขปัญหา

วันจันทร์ที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ.2556

ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

สารบัญ

ความเป็นมา	1-5
ประเด็นการเสวนาและความเห็นที่ประชุม	6-25
1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจถือครองคลื่นความถี่ 1800 MHz ภายหลังการสิ้นสุดอายุสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ DIGITAL PCN 1800 MHz ระหว่าง บมจ.กสท. กับบริษัท โทร มูฟ จำกัด และ บมจ.กสท. กับ บริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด	6
2. ปัญหาอำนาจของ กสทช. ในการตรากฎเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการ อันมีผลเป็นการขยายระยะเวลาการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอน	14
3. ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์และมาตรการของร่าง “ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม แห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.”	18
4. ปัญหาที่ว่า หากไม่ออก “ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.” แล้ว จะทำให้ขาดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะในกิจการโทรคมนาคม	23
5. ข้อสังเกตบางประการ	24

สารบัญ

แนวทางการแก้ไขปัญหที่ซอบด้วยกฎหมาย
และคุ้มครองผู้ใช้บริการ

25-30

ความเป็นมา

1. ที่มาของปัญหา

การสิ้นสุดอายุสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า DIGITAL PCN (Personal Communication Network) 1800 MHz ระหว่าง บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ.กสท.) กับบริษัท ทู มูฟ จำกัด (True Move) และบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด (DPC) ซึ่งจะสิ้นสุดลงในวันที่ 15 กันยายน 2556 นี้ นับว่ามีความสำคัญในทางกฎหมาย 2 ประการ ประการแรก นับตั้งแต่วันที่ 16 กันยายน 2556 เป็นต้นไป บริษัททั้งสองจะไม่มีสิทธิที่จะให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่บนคลื่นความถี่ 1800 MHz ภายใต้สัญญาสัมปทานอีกต่อไป เป็นจุดเริ่มต้นของการสิ้นสุดยุค “ระบบสัญญาสัมปทาน” ในกิจการโทรศัพท์มือถือของไทย ซึ่งระบบนี้จะดำเนินไปอีกระยะหนึ่งจนถึงปี พ.ศ.2561 อันเป็นช่วงเวลาที่สัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ฉบับสุดท้ายระหว่าง บมจ.กสท. และ DTAC จะสิ้นสุดลง และเข้าสู่ยุค “ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม” ที่เปิดให้มีการแข่งขันกันอย่างเต็มที่อย่างบริบูรณ์ และประการที่สอง การดำเนินการของ กสทท. เกี่ยวกับกรณีนี้ เช่น การเรียกคืนการใช้คลื่นและการนำคลื่นไปจัดสรรใหม่ จะเป็นบรรทัดฐานในการทำงานทั้งในส่วน กสทท.เองและในส่วนผู้ประกอบการทั้งของรัฐและเอกชนต่อไป

แต่ทว่า ระยะเวลาที่ผ่านมา นับตั้งแต่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ชุดนี้เข้ารับตำแหน่งเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2554 จนกระทั่งถึงปัจจุบัน คณะกรรมการ กสทช. ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับ การประกอบกิจการโทรคมนาคม ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการ ประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ยังไม่ได้ เตรียมการเพื่อจัดการคลื่นความถี่ที่กำลังจะหมดอายุสัญญาสัมปทานดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งการเรียก คืนการใช้คลื่นความถี่จากผู้ให้สัมปทานตามแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ฯ การจัดเตรียมการ เพื่อประมูลคลื่นความถี่ให้แก่ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การวางแผนทางการ ดำเนินงานให้แก่บริษัทผู้รับสัมปทานต้องกระทำเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่ใช้บริการกับบริษัทผู้รับ สัมปทานในช่วงการเปลี่ยนผ่านไปสู่ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่ เป็นต้น ซึ่งกรณีหลังนี้เรียกกันในหน้า สื่อมวลชนว่า เพื่อป้องกันมิให้ “ซิมดับ”

อย่างไรก็ตาม ราวเดือนมิถุนายน พ.ศ.2556 กสทช. ได้มีมติให้จัดทำกฎเพื่อป้องกัน กรณีซิมดับ โดยยกร่าง “ประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการ

อนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.” ขึ้น โดยร่างประกาศดังกล่าวมีข้อกำหนดหลักคือ เมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้ว และในระหว่างที่ กสทช. ยังไม่ได้จัดสรรคลื่นความถี่ดังกล่าวให้แก่ผู้รับอนุญาตรายใหม่ ให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ให้บริการต่อไปเป็นการชั่วคราว เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ใช้บริการให้สามารถใช้บริการได้อย่างต่อเนื่อง และเพื่อให้มีระยะเวลาในการโอนย้ายผู้ใช้บริการไปสู่ผู้รับใบอนุญาตที่ได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่ โดยในระหว่างระยะเวลาความคุ้มครองดังกล่าวผู้ให้บริการจะไม่มีสิทธิรับผู้ใช้บริการรายใหม่ และต้องประชาสัมพันธ์ให้ผู้ให้บริการทราบเรื่องเวลาสิ้นสุดการให้บริการ ตลอดจนเร่งรัดการโอนย้ายผู้ใช้บริการ ซึ่งทั้งหมดนี้ต้องไม่เกิน 1 ปี นับแต่วันสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน (ความในข้อ 3 ของร่างประกาศฯ)

แม้กระนั้นก็ตาม แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวของ กสทช. มีประเด็นท้าทายเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นฐานอำนาจในการออกประกาศฯ ซึ่งมีผลเป็นการขยายอายุสัญญาสัมปทานฯ เนื่องจาก มาตรา 45 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ได้บัญญัติไว้ว่าการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อใช้ในกิจการโทรคมนาคมจะต้องดำเนินการโดยวิธีการประมูลเท่านั้น ประกอบกับแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ (พ.ศ.2555) กำหนดให้คลื่นความถี่เมื่อสิ้นสุดอายุการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ดังนั้น เมื่อระยะเวลาตามสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคม ระบบเซลลูลาร์ DIGITAL PCN (Personal Communication Network) 1800 MHz ระหว่าง บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ.กสท.) กับบริษัท ทรู มูฟ จำกัด (True Move) และบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด (DPC) สิ้นสุดลง จึงมีปัญหาต้องพิจารณาในทางกฎหมายว่า กสทช. มีอำนาจพิจารณาสั่งการให้ผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทาน (ผู้ให้บริการเดิม) รับผิดชอบให้บริการต่อไป ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร โดยมีได้ดำเนินการประมูลคลื่นความถี่ตามร่างประกาศฯ ฉบับดังกล่าวได้หรือไม่

ด้วยเหตุนี้ โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในฐานะสถาบันการศึกษาซึ่งมีหน้าที่บริการทางวิชาการแก่สังคม จึงได้ร่วมกับส่วนงานเลขานุการ กสทช. ประวิทย์ ลีสถาพรวงศ์ จัดให้มีการเสวนาเฉพาะประเด็น เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายกรณีการสิ้นสุดสัญญาสัมปทานคลื่น 1800 MHz และแนวทางแก้ไขปัญหา” ขึ้น เพื่อเป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนข้อมูลและความเห็นทางกฎหมายต่อประเด็นดังกล่าวเพิ่มขึ้นจากเวทีที่ดำเนินการโดย กสทช. พร้อมทั้งเพื่อช่วยพิจารณาแสวงหาแนวทางการแก้ไขปัญหา

ที่ขบด้วยกฎหมายและขณะเดียวกันก็เป็นประโยชน์กับผู้บริโภคและประเทศชาติ อันเนื่องมาจากการสิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทานฉบับดังกล่าว ตลอดจนสัญญาที่จะทยอยสิ้นสุดในอนาคตต่อไปด้วย

2. วัตถุประสงค์

2.1 เพื่อระดมข้อคิดเห็นทางกฎหมายและแนวทางการแก้ไขปัญหาจากนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้บริโภค ตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้อง ต่อแนวทางการดำเนินการอันเนื่องมาจากการสิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทาน

2.2 เพื่อเพิ่มพื้นที่การมีส่วนร่วมต่อแนวทางการรองรับการสิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทาน ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ของ กสทช. ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

3. กลุ่มเป้าหมาย

3.1 จำนวนกลุ่มเป้าหมายประมาณ 120 คน

3.2 องค์กรประกอบของกลุ่มเป้าหมายได้แก่ นักวิชาการด้านนิติศาสตร์ และด้านอื่นๆ ตัวแทน กสทช. ตัวแทนคณะกรรมการเตรียมการเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ 1800 MHz และสำนักงาน กสทช. ผู้ให้สัมปทาน ผู้รับสัมปทาน และผู้ประกอบการโทรคมนาคม คณาจารย์และนักศึกษาปริญญาโทของคณะนิติศาสตร์ สื่อมวลชน และผู้สนใจทั่วไป

รายนามผู้เข้าร่วมการเสวนาเป็นไปตามเอกสารแนบ

4. รูปแบบและวิธีการดำเนินงาน

จัดการเสวนาโดยมีวิทยากรนำประเด็น แล้วเปิดให้มีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นของผู้เข้าร่วมการเสวนา

5. วัน เวลา และสถานที่จัดงาน

กำหนดจัดขึ้นในวันจันทร์ที่ 29 กรกฎาคม 2556 ณ ห้อง 322 (ชั้น 3) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

6. ผลที่คาดว่าจะได้รับ

- 6.1 ได้แลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้มีส่วนได้เสียฝ่ายต่างๆ และผู้สนใจโดยทั่วไป
- 6.2 ได้รับทราบข้อคิดเห็นทางกฎหมาย ตลอดจนข้อคิดเห็นอื่นๆ ต่อกรณีการสิ้นสุดอายุสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า DIGITAL PCN (Personal Communication Network) 1800 MHz ระหว่าง บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ.กสท.) กับบริษัท ทรู มูฟ จำกัด (True Move) และบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด (DPC)
- 6.3 ได้รับทราบแนวทางการแก้ไขปัญหาที่สอดคล้องกฎหมายและที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค ตลอดจนต่อประเทศ ต่อกรณีการสิ้นสุดอายุสัญญาฯ ตามข้อ 6.2
- 6.4 เพิ่มการมีส่วนร่วมของสถาบันการศึกษา ผู้มีส่วนได้เสีย ผู้บริโภค ตลอดจนผู้สนใจทั่วไปต่อภารกิจของ กสทช.ในฐานะองค์กรกำกับประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

7. หน่วยงานที่รับผิดชอบ

สำนักงาน กสทช. (ส่วนงานเลขานุการ กสทช. ประเวศวิทย์ ลีสถาพรวงศา) ร่วมกับโครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา หัวหน้าโครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตฯ เป็นผู้เรียบเรียงประเด็นเนื้อหาในรายงานฯ ฉบับนี้

ประเด็นการเสวนา

การกำหนดประเด็นเสวนาวิเคราะห์จากข้อเท็จจริงที่ประมวลจากเอกสาร ความเห็น และแหล่งข้อมูลต่างๆ ต่อไปนี้

1. รายงานของคณะกรรมการเตรียมความพร้อมสำหรับการบริหารคลื่นความถี่วิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า DIGITAL PCN (Personal Communication Network) 1800 MHz (ชุดที่หนึ่ง) จำนวน 2 ฉบับ
2. ความเห็นของคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านกฎหมาย กสทช. ครั้งที่ 8/2555 ลงวันที่ 21 กันยายน พ.ศ.2555
3. เอกสารสรุปประเด็นโดยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย เรื่อง ประเด็นสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน 1800 MHz ของบริษัท โทร มูฟ จำกัด และ บริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด
4. เอกสารโครงการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553
5. ร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาตสัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ. และร่างแก้ไขปรับปรุงเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2556
6. ความเห็นของนักกฎหมาย นักวิชาการ ที่เกี่ยวข้อง
7. ข้อเท็จจริงในรายงานข่าวของสื่อมวลชน

ที่ประชุมกำหนดประเด็นหลักๆ ได้เป็น 6 ประเด็นรวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหา ผลการเสวนาแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในแต่ละประเด็น สรุปได้ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจถือครองคลื่นความถี่ 1800 MHz ภายหลังจากสิ้นสุดอายุสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ DIGITAL PCN 1800 MHz ระหว่าง บมจ.กสท. กับบริษัท ทู รู มูฟ จำกัด และ บมจ.กสท. กับ บริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด

ปัญหาที่พิจารณา :

ภายหลังจากสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท.และบริษัท ทู รู มูฟ จำกัด และสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท.และบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด สิ้นสุดลงในวันที่ 15 กันยายน 2556 แล้ว คลื่นความถี่ 1800 MHz จะกลับคืนไปยัง บมจ.กสท.และ บมจ.กสท.มีสิทธิถือครองและใช้คลื่นดังกล่าวต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดอายุใบอนุญาตในวันที่ 3 สิงหาคม 2568 หรือคลื่นดังกล่าวจะไม่คืนกลับไปยัง บมจ.กสท. แต่ กสทช.ในฐานะหน่วยงานที่กำกับกิจการโทรคมนาคมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีอำนาจนำคลื่นความถี่ดังกล่าวไปจัดสรรตามแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมต่อไป

ความเห็น :

ที่ประชุมเห็นว่าเมื่อสัญญาสัมปทานฯ สิ้นสุดลง คลื่นความถี่ 1800 MHz ซึ่งเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะตามบทบัญญัติมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญ จะเข้าสู่ระบบกฎหมายใหม่โดยอัตโนมัติคือระบบใบอนุญาต กสทช.ในฐานะหน่วยงานที่กำกับกิจการโทรคมนาคมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีอำนาจนำคลื่นความถี่ดังกล่าวไปจัดสรรตามมาตรา 45 แห่ง พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ให้เป็นไปตามแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม

ส่วน บมจ.กสท. ผู้ถือครองคลื่นในระบบกฎหมายเดิมและผู้ให้สัมปทาน ไม่มีสิทธิถือครองและใช้คลื่นความถี่ดังกล่าวอีกต่อไปภายหลังจากสัญญาสิ้นสุด ดังนั้น หากประสงค์จะใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ดังกล่าว ต้องเข้ากระบวนการประมูลคลื่นตามมาตรา 45 แห่ง พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ เช่นเดียวกับผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายอื่นๆ

ผลทางกฎหมายดังกล่าวมานี้ย่อมให้ผลเช่นเดียวกันในสัญญาสัมปทานอื่นๆ ที่เหลืออยู่ในระบบกฎหมายเดิมคือระบบสัญญาสัมปทาน ได้แก่ สัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.ทีโอที ผู้ให้สัมปทาน กับ บมจ.แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส (AIS) ผู้รับสัมปทาน และสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท. ผู้ให้สัมปทาน กับ บมจ. โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น (DTAC) ผู้รับสัมปทาน

เหตุผลทางกฎหมาย :

1. ก่อนการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 การถือครองและใช้ประโยชน์บนคลื่นความถี่ 1800 MHz และรวมถึงคลื่นความถี่อื่น ๆ เป็นไปตามระบบกฎหมายเดิมคือระบบสัมปทาน ซึ่งรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติให้มีหน้าที่บริการสาธารณะด้านกิจการโทรคมนาคม 2 แห่งได้แก่ การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้รับจัดสรรคลื่นมาจากคณะกรรมการประสานงานการจัดและบริหารความถี่วิทยุแห่งชาติ (กบถ.) ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งให้อำนาจรัฐวิสาหกิจทั้งสองนั้นมีอำนาจถือครองคลื่นประกอบกิจการโทรคมนาคมในฐานะ operator และรวมถึงอำนาจอนุญาต ให้สัมปทาน ให้สัญญาแก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายอื่นให้ใช้คลื่นความถี่ที่อยู่ในความครอบครองของตน รวมทั้งอำนาจกำกับดูแล (supervision) ผู้รับสัมปทานภายใต้ระบบสัญญาสัมปทาน¹

2. เมื่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ใช้บังคับต่อเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แนวคิดเรื่องการจัดสรรคลื่นความถี่และการกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ มุ่งเปิดเสรีตลาดกิจการโทรคมนาคมให้มีการแข่งขันกันอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมทั้งในระหว่างบริษัทเอกชนด้วยกัน และระหว่างวิสาหกิจของรัฐกับบริษัทเอกชน เพื่อการนี้รัฐจึงได้เปลี่ยนระบบกฎหมายจากเดิมที่เป็น “ระบบสัมปทาน” มาเป็น “ระบบใบอนุญาต” พร้อมทั้งแปลงสภาพรัฐวิสาหกิจของรัฐทั้งสองแห่งคือการสื่อสารแห่งประเทศไทยมาเป็น บมจ. กสท และแปลงสภาพองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมาเป็น บมจ.ทีโอที ตามลำดับ อันเป็นการเปลี่ยนสถานะทางกฎหมายจากนิติบุคคลมหาชนที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งฯ มาเป็นนิติบุคคลเอกชนในรูปบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อมาได้จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชน (บมจ.)

¹ มีข้อสังเกตว่าอำนาจกำกับดูแลแบบ supervision ที่รัฐวิสาหกิจผู้ให้สัมปทานมีเหนือผู้ประกอบการเอกชนผู้รับสัมปทานอยู่บนฐานสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเป็นหลัก เช่นสัญญาอนุญาต สัญญาสัมปทานหรือสัญญาเรียกชื่ออย่างอื่น ส่วนจะมีอำนาจกำกับกิจการของเอกชนในความหมายที่เป็น “องค์กรที่กำกับกิจการ” (Regulator) โทรคมนาคมตามกฎหมายกำกับกิจการเฉพาะนั้นเป็นด้านรอง ซึ่งรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งฯ ของตนเองเป็นฐานอำนาจในการกำกับกิจการควบคู่กันไปด้วย และในยุคนี้อำนาจหน้าที่ระหว่าง supervisor กับ regulator ยังไม่ชัดเจน

3. ในแง่อำนาจหน้าที่ รัฐวิสาหกิจที่ถูกแปลงสภาพไปแล้วควรมีบทบาทหน้าที่ในฐานะผู้ให้บริการโทรคมนาคม (operator) เพียงฐานะเดียวเหมือนกับเอกชน การประกอบกิจการโทรคมนาคมของ บมจ. ทั้งสองก็ต้องได้รับใบอนุญาตจากองค์การกำกับกิจการ (Regulator) เหมือนกับบริษัทโทรคมนาคมเอกชนทั่วไป² เพื่อให้สอดคล้องกับระบบใหม่ซึ่งเป็นระบบใบอนุญาตสำหรับอำนาจหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ บริหารคลื่น ออกใบอนุญาตและกำกับกิจการโทรคมนาคมทั้งระบบ ระบบกฎหมายใหม่ได้จัดตั้ง “องค์การกำกับกิจการ” (Regulator) ที่เป็นอิสระขึ้นทำหน้าที่แทนคณะกรรมการประสานงานการจัดและบริหารความถี่วิทยุแห่งชาติ (กบถ.) กรมไปรษณีย์โทรเลขเดิม และรัฐวิสาหกิจที่ถูกแปลงสภาพ ซึ่งก็คือคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ตาม พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ปัจจุบันคือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์

² บทเฉพาะกาล มาตรา 79 ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า

“ให้คณะกรรมการดำเนินการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัตินี้ให้การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยตามลักษณะและประเภทของการประกอบกิจการ ขอบเขตการให้บริการ รวมทั้งสิทธิต่าง ๆ ในการให้บริการโทรคมนาคมเท่าที่อยู่ในความรับผิดชอบดำเนินการของการสื่อสารแห่งประเทศไทย และองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ตามที่มีอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ทั้งนี้ ต้องไม่เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่คณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตตาม มาตรา 8

ในการออกใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบกิจการของการสื่อสารแห่งประเทศไทย และองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทยตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนที่ได้รับ บริการอยู่เดิม และการพัฒนาเพื่อให้มีการบริการที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพหรือการอื่นใด เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งพระราชบัญญัตินี้

ให้การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย แจ้งรายละเอียดข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้คณะกรรมการทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ในระหว่างที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไปได้”

และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ตาม พระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และ
กำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553³

4. อย่างไรก็ตาม ในช่วงการเปลี่ยนผ่านจากระบบกฎหมายเก่ามาสู่ระบบกฎหมายใหม่
รัฐวิสาหกิจทั้งสองแห่งคือ การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้มีการ
การให้อนุญาต ให้สัมปทาน หรือให้สัญญาแก่ผู้ประกอบการเอกชนในการใช้คลื่นความถี่ที่อยู่ในความ
ครอบครองของตน ดังนั้น เมื่อเข้าสู่ระบบกฎหมายใหม่ จึงจำเป็นต้องตราบทเฉพาะกาลคุ้มครอง
กิจการ ทรัพย์สิน และสิทธิประโยชน์ของผู้ประกอบการทั้งฝ่ายรัฐและเอกชนซึ่งใช้คลื่นความถี่อยู่
ก่อนที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 และกฎหมายใหม่ใช้บังคับ⁴ ดังนี้

4.1 ผู้ประกอบการฝ่ายรัฐ ซึ่งได้แก่ บมจ.กสท.และ บมจ.ทีโอที ซึ่งมีสิทธิถือ
ครองคลื่นความถี่และได้ประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วยตัวเองบนคลื่นความถี่ที่ถือครองนั้นก่อน
กฎหมายใหม่ใช้บังคับ มีสิทธิได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยอัตโนมัติ โดยผลของ
บทเฉพาะกาล มาตรา 79 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งยกเว้น
บททั่วไป มาตรา 7 ของ พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ส่งผลให้คณะกรรมการกำกับกิจการ
โทรคมนาคมในเวลานั้นออกใบอนุญาตให้กับ บมจ.กสท. (การสื่อสารแห่งประเทศไทยในเวลานั้น)

³ มาตรา 47 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

“ให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับการ
ประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ต่อมามีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ
วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 รองรับมาตรา 47 ดังกล่าว

⁴ ในเวลานั้นนอกจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 40 แล้ว ระบบกฎหมายใหม่ในกิจการ
โทรคมนาคมยังประกอบด้วยกฎหมายหลักๆ อีก 2 ฉบับ ได้แก่พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับ
การประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543 และพระราชบัญญัติการ
ประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ใช้บังคับ
พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ฉบับ พ.ศ.2543 จึงถูกแทนที่โดยพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่น
ความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ถึง
ปัจจุบัน

และอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ได้ ซึ่งใบอนุญาตที่ได้รับมีอายุตั้งแต่วันที่ 4 สิงหาคม 2548 ถึงวันที่ 3 สิงหาคม 2568 เป็นเวลา 20 ปี บมจ.กสท.จึงมีระยะเวลาการใช้คลื่นความถี่ที่ตนเองใช้ประกอบกิจการอยู่จนถึงระยะเวลาสิ้นสุดใบอนุญาต

4.2 ผู้ประกอบกิจการฝ่ายเอกชน ซึ่งได้แก่ บริษัท โทร ูมูฟ จำกัด บริษัทดิจิตอล โฟน จำกัด บมจ. โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น (DTAC) และ บมจ.แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส (AIS) ซึ่งได้สิทธิใช้คลื่นความถี่จากบริษัทรัฐวิสาหกิจทั้งสองประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่แล้วโดยการให้อนุญาต ให้สัมปทานหรือสัญญา ก่อนวันที่กฎหมายใหม่ออกใช้บังคับ ผู้รับสัมปทานหรือสัญญาเหล่านั้นยังมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมต่อไป “เสมือนผู้รับอนุญาต” ตามพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ แต่ทั้งนี้ สิทธิดังกล่าวจะมีตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาเท่านั้น จนกว่าการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง หลักการข้อนี้ได้รับการยืนยันรับรองต่อมาโดยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553⁵

โดยบทเฉพาะกาลคุ้มครองสิทธิของผู้รับสัมปทานเดิม ซึ่งในที่นี้คือบริษัท โทร ูมูฟ จำกัด และบริษัทดิจิตอล โฟน จำกัด จึงทำให้ผู้รับสัมปทานทั้งสองมีสิทธิใช้คลื่นในการประกอบกิจการต่อไปได้ในฐานะผู้ครอบครองคลื่นและในฐานะผู้รับอนุญาตจนกว่าจะสิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทาน คือวันที่ 15 กันยายน พ.ศ.2556 ต่อมาเมื่อมีการตรา พระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ.2553 และมีการจัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ จึงได้กำหนดให้คลื่นความถี่ที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจนำไปให้ผู้อื่นประกอบกิจการโดยการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ให้คืนคลื่นเมื่อสิ้นสุดอายุการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญานั้น⁶

⁵ ดูมาตรา 80 ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ประกอบรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2550 มาตรา 305 (1) และมาตรา 84 วรคสองพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

⁶ แผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ (พ.ศ.2555) ข้อ 8.2 ยุทธศาสตร์การคืนคลื่นความถี่เพื่อนำไปจัดสรรใหม่หรือปรับปรุงการใช้คลื่นความถี่ ข้อ 8.2.1

5. บทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และของพระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 แบ่งกลุ่มผู้ได้รับความคุ้มครองออกเป็น 2 กลุ่ม อย่างชัดเจน คือ ผู้ประกอบกิจการที่เป็นรัฐ (ผู้ให้สัมปทาน) และผู้ประกอบกิจการที่เป็นเอกชน (ผู้รับ สัมปทาน) พร้อมทั้งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของแต่ละกลุ่มอย่างชัดเจนด้วย⁷ โดยเหตุนี้ สิทธิการถือ ครองคลื่นความถี่ในส่วนที่รัฐวิสาหกิจหรือส่วนราชการได้ให้อนุญาต ให้สัมปทานหรือสัญญาแก่ผู้ ประกอบกิจการเอกชนไปแล้วในวันที่กฎหมายใหม่ใช้บังคับ จึงเป็นอันยุติลงโดยผลของกฎหมาย และเอกชนผู้รับอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาเป็นผู้มีสิทธิถือครองคลื่นความถี่ส่วนนั้นแทนนับแต่เมื่อ กฎหมายใหม่บังคับใช้ จนกว่าอายุการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญานั้นจะสิ้นสุดลง

เหตุผลในเรื่องนี้มีว่า ในช่วงการเปลี่ยนผ่าน กฎหมายย่อมต้องให้ความคุ้มครองกิจการ และทรัพย์สินของผู้ได้รับอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาเดิมที่ได้ลงทุนก่อสร้างและดำเนินกิจการไป เป็นจำนวนมาก ในบทเฉพาะกาล 80 ของ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 จึงได้บัญญัติว่า “ ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของการสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือ องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (...) ถ้าหน่วยงานดังกล่าวได้มีการให้อนุญาตสัมปทาน หรือสัญญา แก่ผู้ใดเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ผู้ได้รับ ใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาผู้นั้นยังคงมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิ ที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นต่อไป จนกว่าการอนุญาตสัมปทาน หรือ สัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง” ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 305 (1) ดังกล่าวแล้ว

หมายความว่าในขณะที่ใช้บังคับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ใช้คลื่น 1800 MHz ในการให้บริการตามสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ หาก ไม่มีบทเฉพาะกาลบัญญัติคุ้มครองสิทธิไว้ ก็เท่ากับว่ารัฐบังคับเรียกคืนคลื่นความถี่ทันทีและยกเลิก สัญญาสัมปทาน อันถือเสมือนเป็นการยึดกิจการและทรัพย์สินของผู้ประกอบการ (confiscation) ซึ่ง

⁷ ตัวอย่างเช่น มาตรา 79 ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 รับรองสิทธิและหน้าที่ ของรัฐวิสาหกิจทั้งสองแห่งไว้โดยตรง ขณะที่มาตรา 80 ของ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กล่าวถึงการรับรองสิทธิและกำหนดหน้าที่แก่ผู้รับใบอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาโดยเฉพาะ นอกจากนี้บท เฉพาะกาลของพระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุ โทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ก็บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน

ขัดต่อหลักการประกันสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฯ อีกทั้งไม่เป็นธรรมต่อผู้รับสัมปทานที่ได้ลงทุนไปแล้วจำนวนมาก รัฐธรรมนูญและกฎหมายเวลานั้นจึงได้บัญญัติบทเฉพาะกาลให้ความคุ้มครองผู้รับสัมปทานในระหว่างเวลาที่อายุการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาฯ ปล่อยให้เหลืออยู่ ให้สามารถใช้คลื่นความถี่ต่อไปได้จนกว่าสัมปทานสิ้นสุดลง

ในแง่นี้ บทเฉพาะกาลไม่ได้มุ่งคุ้มครองรัฐวิสาหกิจผู้ให้สัมปทานในส่วนที่เกี่ยวกับคลื่นความถี่ที่นำออกให้สัมปทานไปแล้วในวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ เว้นแต่สิทธิ หน้าที่และประโยชน์ที่รัฐวิสาหกิจผู้ให้สัมปทานมีสิทธิได้รับตามสัญญาสัมปทานเท่านั้น เมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง อำนาจคุ้มครองของกฎหมายตามบทเฉพาะกาลก็สิ้นสุดลงไปด้วย และเมื่ออำนาจคุ้มครองตามบทเฉพาะกาลสิ้นสุดลง ก็ต้องนำบทหลักของกฎหมายมาใช้บังคับต่อไป กล่าวคือ คลื่นความถี่เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะตามบทบัญญัติมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ต้องถูกโอนคืนมายัง กสทช.เพื่อรวบรวมนำไปจัดสรรใหม่ ตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ

6. พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ มีความมุ่งหมายให้ กสทช.เป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และออกใบอนุญาตแทนคณะกรรมการ กบถ.และกรมไปรษณีย์โทรเลขเดิม และให้ทำหน้าที่ควบคุมกำกับกิจการโทรคมนาคมแทนการสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยที่แปลงสภาพไปแล้ว สถานะของ บมจ.กสท. ตามบทบัญญัติมาตรา 79 พระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ประกอบกับมาตรา 84 พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ จึงเป็นแต่เพียงผู้ได้รับจัดสรรคลื่น และได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยผลของบทเฉพาะกาลของกฎหมาย เช่นเดียวกับผู้รับสัมปทานอื่น ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการเปลี่ยนผ่านจากระบบสัญญาสัมปทานไปสู่ระบบใบอนุญาต บมจ. กสท. จึงไม่มีสิทธิอ้างเพื่อถือครองและใช้คลื่นความถี่ 1800 MHz อีกต่อไป เพราะในขณะที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมาย บมจ.กสท. ไม่ได้เป็นผู้ให้บริการโดยใช้คลื่นความถี่ 1800 MHz อยู่แล้ว อีกทั้งในขณะนั้น บมจ. กสท. ก็ไม่ใช่เอกชนผู้ซึ่งได้ลงทุนใดๆ เพื่อใช้คลื่นความถี่นั้นในการให้บริการ บมจ. กสท. จึงไม่ได้มีสิทธิใดๆ ที่กฎหมายและรัฐธรรมนูญ จะต้องให้การคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษ

7. เมื่อสำรวจตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วไม่พบบทบัญญัติใดเลยที่บัญญัติให้รัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นผู้ให้สัมปทานสามารถถือครองคลื่นและใช้คลื่นได้ต่อไปภายหลังจากสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้ว แม้หากจะมีผู้กล่าวอ้างว่า บมจ.กสท. มีโครงข่ายเป็นของตนเอง จึงสมควรให้

บมจ.กสท.ถือครองคลื่นต่อไป เพราะสามารถนำคลื่นที่ได้รับกลับคืนมานั้นไปใช้ประโยชน์ได้ทันที เนื่องจากหากให้มีการประมูล ก็ไม่แน่ว่า บมจ.กสท.จะยอมให้ผู้ชนะการประมูลใช้โครงข่ายตลอดจน เครื่องและอุปกรณ์ของตนหรือไม่ ถือว่าข้อกล่าวอ้างนี้เป็นคนละเรื่องคนละประเด็นกัน การที่ บมจ.กสท.มีโครงข่ายเป็นของตนเองไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจถือครองและใช้คลื่นแต่อย่างใดทั้งสิ้น

นอกจากนี้ กรณีที่ บมจ.กสท.มีใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจนถึงวันที่ 3 สิงหาคม 2568 ก็ไม่ใช่เหตุที่สามารถนำมาใช้กล่าวอ้างว่าคลื่น 1800 MHz ตามสัญญาสัมปทาน ดังกล่าวต้องกลับคืนไปยัง บมจ.กสท.เมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้วได้ เนื่องจากใบอนุญาตที่ บมจ.กสท.ได้รับนั้น ระบบกฎหมายมุ่งหมายเพียงรับรองให้ บมจ.กสท.มีฐานะเป็นผู้ประกอบการ โทรคมนาคมเหมือนผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นบริษัทเอกชนทั่วไป เพื่อความสามารถในการใช้คลื่น ที่ตนเองประกอบกิจการอยู่เท่านั้น สำหรับคลื่นที่ให้สัมปทานไปแล้วนั้น เมื่อระยะเวลาคุ้มครองสิทธิ ในทรัพย์สินของเอกชนตามสัญญาสิ้นสุดลง หากตีความว่าคลื่นดังกล่าวกลับคืนไปยัง บมจ.กสท. ที่ บมจ.กสท.สามารถถือครองและใช้ประโยชน์ได้ต่อไป ก็จะทำให้เกิดผลประหลาดและขัดแย้งกับการ ประกอบกิจการโทรคมนาคมในระบบ “ใบอนุญาต” ที่ระบบกฎหมายไทยและรัฐธรรมนูญได้ก่อตั้ง ขึ้นอย่างยิ่ง เนื่องจากหากเป็นเช่นนั้น คลื่นดังกล่าวจะไม่มีโอกาสกลับมาเป็น “ทรัพย์สินสาธารณะของ ชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ได้เลย แต่จะกลายเป็นทรัพย์สินของ บมจ.กสท.

ยิ่งไปกว่านั้น หากคลื่นตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวกลับคืนไปยัง บมจ. กสท. และให้ บมจ.กสท.เป็นผู้ถือครองและใช้คลื่น หาก บมจ.กสท.ใช้สิทธิในฐานะผู้ถือครองและใช้คลื่นไปตกลง ทำสัญญาให้บริษัทเอกชนใช้คลื่นต่อไป โดยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ตน (ไม่ว่าจะออกแบบสัญญาใน ลักษณะอย่างไรหรือเรียกชื่อค่าตอบแทนอย่างไร เพื่อหลีกเลี่ยงข้อห้ามตามพระราชบัญญัติองค์กร จัดสรรคลื่นความถี่ฯ) ผลก็คือจะเกิดระบบ “สัมปทานจำแลง” ต่อไปภายใต้ระบบใบอนุญาตซึ่ง ประหลาดอย่างยิ่ง หรือแม้หาก บมจ.กสท.ใช้คลื่นประกอบกิจการด้วยตนเองก็ตามที่ ผลก็คือ คลื่น ดังกล่าวจะไม่มีโอกาสที่จะได้รับการจัดสรรต่อไปได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และหากตีความ กรณีสิ้นสุดสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท. กับ บริษัท ทูรู มูฟ จำกัด และ บมจ.กสท.กับ บริษัทดิจิตอล โฟน จำกัด ไปในลักษณะเช่นนี้แล้ว ก็จะกลายเป็นบรรทัดฐานให้กับสัญญาสัมปทาน โทรคมนาคมอื่นๆ ที่จะทยอยสิ้นสุดลง ในที่สุดแล้ว คลื่นจำนวนมากจะกลับไปสู่การครอบครองของ “อดีตรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในกิจการโทรคมนาคม” ซึ่งบัดนี้กลายเป็นนิติ บุคคลตามกฎหมายเอกชนไปหมดแล้ว และ กสทท.ก็จะไม่สามารถนำคลื่นจำนวนมากดังกล่าวนั้น ออกจัดสรรโดยวิธีการประมูลคลื่นได้ การตีความในลักษณะเช่นนี้นอกจากจะไม่มีทบัญญัติแห่ง

กฎหมายรองรับอย่างชัดเจนแล้ว ยังกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ในสัญญาสัมปทานเท่านั้น และท้ายที่สุดจะส่งผลกระทบต่อระบบ “ใบอนุญาต” ที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะก่อตั้งด้วย เนื่องจากระบบใบอนุญาตจะมีได้เฉพาะแต่คลื่นที่ “อดีตรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในกิจการโทรคมนาคม” ไม่เคยถือครองเท่านั้น ซึ่งไม่ถูกต้อง

8. เหตุผลอีกประการหนึ่งที่อาจนำมาพิจารณาประกอบประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการถือครองคลื่นความถี่ 1800 MHz ของ บมจ. กสท. ก็คือ หากส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานของรัฐที่ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่จากอดีตจำนวนมากไม่สามารถใช้คลื่นนั้นด้วยตนเอง จนต้องนำคลื่นความถี่ไปให้ผู้อื่นประกอบกิจการแทน กสทช.ก็สมควรเรียกคืนการใช้คลื่นความถี่เมื่อสิ้นสุดอายุการให้สัมปทานหรือสัญญานั้นเสีย เพื่อนำมาจัดสรรใหม่แก่ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ตามหลักประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึงความจำเป็นต่อไป (มาตรา 84 วรรคท้าย พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ประกอบกับยุทธศาสตร์ในแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ ข้อ 8.2)

ดังนั้น การวินิจฉัยว่า บมจ. กสท. ยังคงมีสิทธิถือครองและใช้ (หรือรวมไปถึงให้สิทธิผู้อื่นใช้) คลื่นความถี่ 1800 MHz ภายหลังจากสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ. กสท. กับบริษัท ทรูมูฟ จำกัด และกับบริษัทดิจิทัล โฟน จำกัด สิ้นสุดลง จะเป็นการทำลายหลักประโยชน์สาธารณะ และการคำนึงถึงความจำเป็นตามมาตรา 83 ประกอบมาตรา 84 ทำลายหลักอำนาจในการจัดสรรคลื่นความถี่และการใช้คลื่นโดย กสทช.ที่กฎหมายมอบให้ เพราะ กสทช.จะไม่สามารถรวบรวมคลื่นความถี่มาจัดสรรใหม่ตามแผนแม่บทได้ และถือเป็นการทำลายหลักการห้ามโอนสิทธิตามมาตรา 46 ลงด้วย และท้ายที่สุดเป็นการทำลาย “ระบบใบอนุญาต” อันเป็นหัวใจของการเปิดเสรีตลาดกิจการโทรคมนาคมของไทยลงอย่างสิ้นเชิง

2. ปัญหาอำนาจของ กสทช.ในการตรากฎเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการ อันมีผลเป็นการขยายระยะเวลาการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอน

ข้อเท็จจริง :

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติมีมติให้ออก “ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม

แห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.” (ในรายงานการสรุปประเด็นฯ ฉบับนี้ ใช้ร่างประกาศฯ ฉบับที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังการรับฟังความคิดเห็น เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2556)

ประกาศฯ ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ ดังนี้

“โดยที่การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ภายใต้การอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่จะสิ้นสุดสัญญาการให้บริการ ซึ่งแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ (พ.ศ. 2555) กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อสิ้นสุดอายุการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาประกอบกิจการโทรคมนาคมใดแล้วให้รัฐวิสาหกิจต้องคืนคลื่นความถี่ที่ให้บริการเพื่อนำไปจัดสรรใหม่โดยระบบใบอนุญาตต่อไป แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า การโอนย้ายผู้ใช้บริการออกจากระบบไม่สามารถโอนย้ายได้ทั้งหมดในวันสิ้นสุดเนื่องจากมีข้อจำกัดทางเทคนิคและปัญหาข้อกฎหมายซึ่งจะกระทบต่อผู้ใช้บริการ เพื่อเป็นการเตรียมการรองรับผลของการสิ้นสุดสัญญาดังกล่าวให้มีความต่อเนื่องในการให้บริการ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และคุ้มครองผู้ใช้บริการให้ได้รับประโยชน์และใช้บริการได้อย่างต่อเนื่องปราศจากข้อจำกัดในช่วงเวลาเปลี่ยนผ่านการสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ในระหว่างที่การจัดสรรคลื่นความถี่ดังกล่าวแก่ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่ยังไม่แล้วเสร็จ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) จึงกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการเพื่อใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง”

เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ข้างต้น กสทช.ได้วางมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการที่สำคัญๆ ดังนี้

- 1.1 ออกประกาศซึ่งมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (เป็นกฎ) ใช้บังคับกับการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานทุกฉบับ มิได้ใช้บังคับกับการสิ้นสุดสัญญาสัมปทานฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ
- 1.2 ให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ให้บริการต่อไปเป็นการชั่วคราว ซึ่งต้องไม่เกินหนึ่งปี นับแต่วันสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน (ร่างประกาศฯ ข้อ 3.)
- 1.3 กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการในระหว่างระยะเวลาความคุ้มครองไม่เกิน 1 ปี (ผู้ให้บริการหมายถึง ผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานเดิมตามสัญญาการ อนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาที่สิ้นสุดลง) มีหน้าที่ให้บริการต่อไปเป็นการชั่วคราว โดยให้มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม (ร่างประกาศฯ ข้อ 3. ประกอบข้อ 7.)

1.4 กำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบด้านค่าธรรมเนียม/ค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ให้บริการในระหว่างระยะเวลาความคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กำหนดให้รายได้ที่เหลือจากการชำระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินงานตามมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการ **ให้นำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน** (ร่างประกาศฯ ข้อ 7. วรรคสอง)

ปัญหาที่พิจารณา :

กสทช. มีอำนาจตรากฎ คือร่าง “ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.” เพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการ (ตามร่างประกาศฯ ข้อ 3.) อันมีผลเป็นการขยายระยะเวลาการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอนแล้ว ได้หรือไม่

ความเห็น :

ที่ประชุมมีความเห็นว่า กสทช. **ไม่มีอำนาจตรากฎ**ตามร่างประกาศฯ ข้อ 3. เพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการอันมีผลเป็นการขยายระยะเวลาการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอนแล้ว ออกไปอีกไม่เกิน 1 ปีได้

นอกจากนี้ กสทช.ไม่มีอำนาจออกคำสั่งหรือกระทำการใดอันมีผลเป็นการกำหนดระยะเวลาการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการฯ ขึ้นใหม่ให้แตกต่างไปจากระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้วของการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาได้ (ซึ่งในกรณีนี้คือวันที่ 15 กันยายน 2556)

เหตุผลทางกฎหมาย :

1. กสทช.เป็นองค์การกำกับกิจการโทรคมนาคมที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ย่อมมีหน้าที่ควบคุมดูแลกำกับกิจการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รัฐธรรมนูญฯ มีเจตจำนงให้คลื่นความถี่เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ⁸ มุ่งหมายให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและ

⁸ มาตรา 47 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550

เป็นธรรมในระหว่างผู้ประกอบการโดยผ่านระบบใบอนุญาตและการประมูลแข่งขัน⁹ ดังนั้น กสทช.มีหน้าที่ปฏิบัติงานตลอดจนควบคุมดูแลกำกับกิจการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และบทบัญญัติของกฎหมาย

2. ในช่วงของการเปลี่ยนผ่านจากระบบสัมปทานไปสู่ระบบใบอนุญาต กฎหมายย่อมมุ่งหมายให้ กสทช.ทำหน้าที่ควบคุมดูแลกำกับกิจการให้เป็นไปตามบทเฉพาะกาลของกฎหมายอย่างเคร่งครัด พระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บทเฉพาะกาล มาตรา 80 บัญญัติว่า “(...) ให้ผู้ได้รับใบอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาผู้นั้นยังคงมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิม ตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา นั้นต่อไป จนกว่าการอนุญาตสัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง” สอดคล้องกับพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 บทเฉพาะกาล มาตรา 84 วรรคสอง ที่บัญญัติให้ “(...) ผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาประกอบกิจการต่อไปได้เฉพาะในช่วงระยะเวลาที่เหลืออยู่ตามการอนุญาต สัมปทาน หรือตามสัญญานั้น” และ กสทช. ก็ได้กำหนดไว้ในแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ ข้อ 8.2.1 ให้คลื่นความถี่ที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจนำไปให้ผู้อื่นประกอบกิจการโดยการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาให้คืนคลื่นเมื่อสิ้นสุดอายุการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญานั้น

3. บทเฉพาะกาลของกฎหมายที่กล่าวมา แม้มุ่งคุ้มครองสิทธิในกิจการและทรัพย์สินของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในช่วงการเปลี่ยนผ่าน แต่ขณะเดียวกันก็ต้องใช้บังคับในลักษณะที่ไม่ให้ขัดหรือแย้งกับบทหลักของกฎหมายที่ต้องการให้การได้สิทธิถือครองคลื่นเป็นไปอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมภายใต้ระบบการแข่งขันโดยการประมูล ดังนั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดให้อำนาจแก่ กสทช. อย่างชัดเจนในการยื่นหรือขยายระยะเวลาในการประกอบกิจการของผู้รับสัมปทานที่อยู่ภายใต้บังคับบทเฉพาะกาลแล้ว กสทช.ย่อมไม่มีอำนาจนั้น ตามหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อีกทั้งหากตีความไปในทางที่ให้ กสทช. มีอำนาจยื่นหรือขยายระยะเวลาได้โดยอำเภอใจ บทเฉพาะกาลก็จะไม่ใช่บทเฉพาะกาลอีกต่อไป และอาจส่งผลให้มีการนำบทเฉพาะกาลมาใช้แทนบทหลักของกฎหมายต่อๆ ไปได้ ดังนั้น กสทช. ย่อมมีหน้าที่ดำเนินการให้ผู้รับสัมปทานหยุด

⁹ มาตรา 43 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550 ประกอบมาตรา 80 วรรคสองพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และมาตรา 45 วรรคแรก พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

ใช้คลื่นความถี่เมื่อสิ้นสุดอายุการให้สัมปทาน เพื่อนำคลื่นมาจัดสรรใหม่แก่ผู้ประกอบการรายอื่นๆต่อไป

4. ความมุ่งหมายที่ให้ กสทช.ทำหน้าที่ควบคุมดูแลกำกับกิจการให้เป็นไปตามบทเฉพาะกาลของกฎหมายอย่างเคร่งครัดนั้น หมายความว่า หากมีกรณีที่ระยะเวลาของใบอนุญาตประกอบกิจการของผู้รับสัมปทานสิ้นสุดลงก่อนระยะเวลาการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาที่ผู้รับ ได้รับ กสทช. มีหน้าที่ต่ออายุใบอนุญาตให้เท่ากับระยะเวลาที่เหลืออยู่ในการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญานั้น ในกรณีนี้จะไม่ต่ออายุให้ก็ไม่ได้ ตรงกันข้าม หากระยะเวลาในใบอนุญาตประกอบกิจการของผู้ประกอบการรายนั้นมีเกินกว่าอายุสัญญาสัมปทานเท่าไรก็ตาม กสทช.ไม่อาจขยายเวลาการใช้คลื่นความถี่ให้แก่ผู้รับให้เกินไปกว่าอายุของการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาได้อีก แต่จะต้องนำคลื่นมาจัดสรรใหม่โดยการประมูลตามมาตรา 45 พระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553

3. ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์และมาตรการของร่าง “ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.”

ข้อเท็จจริง :

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ. (ในรายงานการสรุปประเด็นฯ ฉบับนี้ ใช้ร่างประกาศฯ ฉบับที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังการรับฟังความคิดเห็น เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2556) มีวัตถุประสงค์ดังนี้

“โดยที่การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ภายใต้การอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะสิ้นสุดสัญญาการให้บริการ ซึ่งแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ (พ.ศ. 2555) กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อสิ้นสุดอายุการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาประกอบกิจการโทรคมนาคมใดแล้วให้รัฐวิสาหกิจต้องคืนคลื่นความถี่ที่ให้บริการเพื่อนำไปจัดสรรใหม่โดยระบบใบอนุญาตต่อไป แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า การโอนย้ายผู้ใช้บริการออกจากระบบไม่สามารถโอนย้ายได้ทั้งหมดในวันสิ้นสุดเนื่องจากมีข้อจำกัดทางเทคนิคและปัญหาข้อกฎหมายซึ่งจะกระทบต่อ

ผู้ให้บริการ เพื่อเป็นการเตรียมการรองรับผลของการสิ้นสุดสัญญาดังกล่าวให้มีความต่อเนื่องในการให้บริการ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และคุ้มครองผู้ให้บริการให้ได้รับประโยชน์และใช้บริการได้อย่างต่อเนื่องปราศจากข้อจำกัดในช่วงเวลาเปลี่ยนผ่านการสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ในระหว่างที่การจัดสรรคลื่นความถี่ดังกล่าวแก่ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่ยังไม่แล้วเสร็จ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) จึงกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ให้บริการเพื่อใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง”

จากวัตถุประสงค์ข้างต้น อาจสรุปเหตุผลความจำเป็นในการออกประกาศฯ ฉบับนี้ได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

1. การโอนย้ายผู้ให้บริการออกจากระบบไม่สามารถโอนย้ายได้ทั้งหมดในวันสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน เนื่องจากมีข้อจำกัดทางเทคนิคและปัญหาข้อกฎหมายซึ่งจะกระทบต่อผู้ให้บริการ

2. เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการให้บริการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และคุ้มครองผู้ให้บริการให้ได้รับประโยชน์และใช้บริการได้อย่างต่อเนื่องปราศจากข้อจำกัดในช่วงเวลาเปลี่ยนผ่านการสิ้นสุดสัญญา

3. เพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ให้บริการเพื่อใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุดลง

เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ข้างต้น กสทช.ได้วางมาตรการคุ้มครองผู้ให้บริการที่สำคัญๆ ดังนี้

1.1 ออกประกาศซึ่งมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (เป็นกฎ) ใช้บังคับกับการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานทุกฉบับ มิได้ใช้บังคับกับการสิ้นสุดสัญญาสัมปทานฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ

1.2 ให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ให้บริการต่อไปเป็นการชั่วคราว ซึ่งต้องไม่เกินหนึ่งปี นับแต่วันสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน (ร่างประกาศฯ ข้อ 3.)

1.3 กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการในระหว่างระยะเวลาความคุ้มครองไม่เกิน 1 ปี (ผู้ให้บริการหมายถึง ผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทานเดิมตามสัญญาการ อนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาที่สิ้นสุดลง) มีหน้าที่ให้บริการต่อไปเป็นการชั่วคราว โดยให้มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม (ร่างประกาศฯ ข้อ 3. ประกอบข้อ 7.)

1.4 กำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบด้านค่าธรรมเนียม/ค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ให้บริการในระหว่างระยะเวลาความคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กำหนดให้รายได้ที่เหลือจากการชำระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินงานตามมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการ **ให้นำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน** (ร่างประกาศฯ ข้อ 7. วรรคสอง)

ปัญหาที่พิจารณา :

วัตถุประสงค์และมาตรการสำคัญๆ ที่กำหนดในร่าง “ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.” ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ความเห็นและเหตุผลทางกฎหมาย :

1. ในประเด็นการออก “กฎ” การออกประกาศซึ่งมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปหรือเป็นกฎนั้น มุ่งหมายให้ใช้แก้ปัญหาที่กรณีทุกกรณีที่มีข้อเท็จจริงหรือลักษณะอย่างเดียวกันตามที่กฎหมายกำหนดในอนาคต อันเป็นการแสดงถึงการไม่เลือกปฏิบัติและความเสมอภาคเท่าเทียมในสายตาของกฎหมาย แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่ากรณีนั้นๆ เป็นเรื่องที่ต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย แต่กรณีนี้พิจารณาอยู่นี้โดยสภาพเป็นการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าเฉพาะเรื่องอันเกิดจากความล่าช้าในการปฏิบัติหน้าที่ของ กสทช. จึงส่งผลให้ต้องมีการออกมาตรการเพื่อป้องกันมิให้เกิดความขัดข้องไม่ต่อเนื่องในการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการในวันที่สิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทานคลื่น 1800 MHz ระหว่าง บมจ.กสท. กับบริษัท ทรู มูฟ จำกัด และระหว่าง บมจ.กสท. กับบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด ตั้งแต่วันที่ 15 กันยายน 2556 เป็นต้นไป ดังนั้น โดยสภาพของเรื่องจึงไม่ใช่กรณีที่ควรเกิดเป็นการทั่วไปในอนาคต แนวทางการแก้ไขปัญหาก็ควรมีลักษณะเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีโดยออกเป็นคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

นอกจากนี้ การออกประกาศฯ ฉบับนี้ซึ่งมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป เสมือนเป็นการยอมรับว่าจะเกิดกรณีความล่าช้าเช่นนี้ขึ้นอีกได้ในอนาคต ในแง่ของการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรมในกิจการโทรคมนาคม ข้อมูลการได้มาซึ่งสิทธิในการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามสัญญาสัมปทาน และระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานแต่ละสัญญาเป็นข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นต่อการวางแผนทางธุรกิจและการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม ซึ่งหากเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรมแล้วก็จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ใช้บริการหรือผู้บริโภค ตามหลักกฎหมายปกครอง รัฐโดยหน่วยงานที่กำกับกิจการโทรคมนาคม คือ กสทช. ย่อมมีหน้าที่คุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจในประโยชน์อัน

เอกชนผู้ประกอบการอาจคาดหมายได้ การเปลี่ยนแปลงสภาพของข้อเท็จจริงในการประกอบกิจการ
โทรคมนาคมโดยการกระทำของหน่วยงานของรัฐที่มีผลเป็นฝ่าฝืนความเชื่อถือและไว้วางใจของ
เอกชนผู้ประกอบการโทรคมนาคม นอกจากนี้จะไม่เอื้ออำนวยการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม
แล้ว ยังจะส่งผลให้รัฐเกิดความรับผิดชอบตามมาอีกด้วย

ในประการสุดท้าย กสทช. ในฐานะองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ ในการออกกฎขึ้น
ใช้บังคับ จำเป็นที่ กสทช.จะต้องอาศัยฐานอำนาจในการออกกฎจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ
ในการนี้ กสทช.จะออกกฎให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานอำนาจในการออกกฎไม่ได้
อีกทั้ง กสทช.จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในทางแบบพิธีตลอดจนเงื่อนไขในทางเนื้อหาในการออกกฎ
อีกด้วย เพื่อมิให้กฎดังกล่าวเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันจะทำให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อน
เสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอน
กฎดังกล่าวเป็นการทั่วไปได้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.
2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสาม

2. ในประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์ ร่างประกาศฯ ฉบับนี้อ้างเฉพาะแต่เหตุผลในการ
คุ้มครองผู้ใช้บริการประการเดียว โดยไม่มีการพิจารณาคุณค่าทางกฎหมายอื่นๆ ร่วมด้วย โดยเฉพาะ
อย่างยิ่ง การคุ้มครองการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในตลาดโทรคมนาคมมาประกอบการตัดสินใจ อีกทั้ง
การอ้างการคุ้มครองผู้ใช้บริการนั้น ยังไม่มีการพิเคราะห์ถึงความเชื่อโดยสุจริตของทุกฝ่ายในความค
งอยู่ของสัญญาสัมปทานประกอบการออกประกาศฉบับนี้เลย ทั้งฝ่ายผู้ให้สัมปทาน ผู้รับสัมปทาน
และผู้ใช้บริการ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการออกประกาศฉบับนี้จึงไม่ได้เกิดขึ้นจากการใช้ดุลพินิจ
อย่างครบถ้วนรอบด้าน โดยคำนึงถึงส่วนได้เสียของผู้ที่เกี่ยวข้องในสัญญาทุกฝ่าย

3. ในประเด็นเรื่องมาตรการ เห็นว่ามาตรการสำคัญๆ ของร่างประกาศฯ ฉบับนี้มี
ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายหลายประการ ดังนี้

3.1 การกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ให้บริการต่อไปเป็นการชั่วคราว 1 ปี
นับแต่วันสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน โดยให้มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับ
ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม (ร่างประกาศฯ ข้อ 3. ประกอบข้อ 7.) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผู้ให้บริการตามร่างประกาศฯ ฉบับนี้หมายความว่าผู้ให้สัมปทานและผู้รับ
สัมปทานเดิมตามสัญญาการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาที่สิ้นสุดลง ในทางกฎหมายเมื่อสัญญา
สัมปทานสิ้นสุด สิทธิและหน้าที่ที่จะต้องผูกพันกันตามสัญญาของผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทาน
ย่อมสิ้นสุดลงไปด้วยกัน คงเหลือเพียงการอันต้องกระทำบางประการภายหลังการสิ้นสุดสัญญา

ระหว่างผู้ให้สัมปทานกับผู้รับสัมปทาน เช่น หน้าที่ของผู้รับสัมปทานที่ต้องส่งมอบโครงข่าย เครื่องมืออุปกรณ์ และบัญชีผู้ใช้บริการแก่ผู้ให้สัมปทาน เป็นต้น ซึ่งภายหลังจากนี้ผู้ให้สัมปทานย่อม มีสิทธินำทรัพย์สินดังกล่าวไปประกอบกิจการหรือร่วมทุนทางธุรกิจกับเอกชนรายอื่นในการประกอบ กิจการโทรคมนาคมต่อไปได้โดยอิสระ

แต่หากพิจารณาโครงสร้างของร่างประกาศ กสทช. ฉบับดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ ว่าร่างประกาศฯ ฉบับนี้กำหนดสิทธิหน้าที่ในความสัมพันธ์ถึงสี่ด้านด้วยกัน คือ (1) กสทช. (2) บมจ.กสท. (3) บริษัท โทร มูฟ และบริษัท ดิจิตอล โฟน และ (4) ผู้ใช้บริการคลื่น 1800 MHz ของ บริษัท โทร มูฟ และบริษัท ดิจิตอล โฟน หากใช้การกำหนดนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างผู้ออกกฎ กับผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎแบบปกติธรรมดาต่างๆ ไปไม่ โดยลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าว แม้ กสทช.จะยืนยันว่าการออกประกาศนี้เป็นเพียงการกำหนดระยะเวลาคุ้มครองผู้ใช้บริการเป็นการ ชั่วคราวต่อไปเพียงไม่เกิน 1 ปีหลังจากการสิ้นสุดสัญญาสัมปทานก็ตาม แต่โดยเนื้อหาแล้วร่าง ประกาศฯ ฉบับดังกล่าวมีผลเสมือนเป็นการขยายอายุสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุดลงแล้วออกไปอีก 1 ปี ถึงแม้ว่าในทางรูปแบบจะดูเหมือนว่าสัญญาสัมปทานไม่มีอยู่แล้วก็ตาม เพราะเหตุว่าหาก ประกาศฯ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับ บมจ.กสท.และบริษัท โทร มูฟ กับ บมจ.กสท.และบริษัท ดิจิตอล โฟน ก็ยังคงถูกกำหนดให้นิติสัมพันธ์กันต่อไปอีกภายใต้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเดิมคือคลื่นความถี่ 1800 MHz ซึ่งสภาพการณ์เช่นนี้สมควรพิจารณาสถานะของผู้ให้สัมปทานคือ บมจ.กสท. และผู้รับ สัมปทานคือ บริษัท โทร มูฟ และบริษัท ดิจิตอล โฟน เป็นกรณีพิเศษ ว่าร่างประกาศฯ ของ กสทช. จะส่งผลดีหรือร้ายในทางธุรกิจหรือทรัพย์สินของแต่ละฝ่ายอย่างไรบ้างหรือไม่

ตามร่างประกาศฯ ข้อ 7. คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ต้องจ่ายค่าสัมปทานตาม สัญญา แต่ก็จะต้องชำระค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ค่าธรรมเนียมเลข หมายโทรคมนาคม ค่าตอบแทนการใช้คลื่นวิทยุ ฯลฯ ซึ่งรวมแล้วน่าจะอยู่ที่ประมาณไม่เกินร้อยละ 6 ของรายได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการลดค่าสัมปทานที่บริษัท โทร มูฟ และบริษัท ดิจิตอล โฟน ต้องชำระตาม สัญญาสัมปทานเดิมจากที่จะต้องจ่ายร้อยละ 30 ของรายได้ลง อันจะทำให้บริษัททั้งสองได้ประโยชน์ ไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ในขณะที่ บมจ.กสท. ไม่แน่ชัดว่าจะได้รับประโยชน์ตามร่างประกาศฯ อย่างไรบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์จากการ ยอมให้ใช้โครงข่าย เครื่องมือและอุปกรณ์ของ บมจ.กสท. ในการให้บริการ และจะมีปัญหาต่อไปว่า หาก บมจ.กสท. ไม่ยินยอมให้ใช้โครงข่าย เครื่องมือและอุปกรณ์ตามสัญญา โดยอ้างความสิ้นสุดแห่ง

สัญญา ร่างประกาศฯ ฉบับนี้จะมีผลทางกฎหมายต่อ บมจ.กสท. อย่างไร จะเข้าลักษณะเป็นการ บังคับยึดกิจการและทรัพย์สินโดยรัฐหรือไม่

3.2 การกำหนดให้รายได้ของผู้ให้บริการที่เหลือจากการชำระค่าธรรมเนียมและ ค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินงานตามมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการ ตามร่างประกาศฯ ข้อ 7 (1) – (3) ให้นำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน (ร่างประกาศฯ ข้อ 7. วรรคสอง)

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า กสทช. แม้เป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ แต่ในการ ออกประกาศที่มีลักษณะเป็นกฎเช่นนี้ กสทช. ย่อมไม่มีอำนาจโดยตนเองในการออกกฎเรื่องใด ๆ มา ใช้บังคับในกิจการโทรคมนาคมได้ ความเป็นองค์กรอิสระของ กสทช. มีความหมายในระบบกฎหมาย แต่เพียงว่า กสทช. ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคน ใดคนหนึ่งเท่านั้น แต่โดยลักษณะของภารกิจย่อมต้องถือว่า กสทช. เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ประเภทที่ใช้อำนาจปกครอง ดังนั้น ในการออกกฎขึ้นใช้บังคับ จึงจำเป็นที่ กสทช. จะต้องอาศัยฐาน อำนาจในการออกกฎจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ กสทช. จะออกกฎให้ขัดหรือแย้งกับ กฎหมายแม่บทที่เป็นฐานอำนาจในการออกกฎไม่ได้ และจะออกกฎในทางที่เป็นผลร้ายต่อสิทธิ เสรีภาพและทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจอย่างชัดแจ้งก็ไม่ได้ เช่นกัน มิเช่นนั้นกฎดังกล่าวก็เป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันจะทำให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อน เสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎ ดังกล่าวได้

เมื่อตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ไม่พบว่ามีความหมายใดให้อำนาจ กสทช. อย่างชัดแจ้งในการออกประกาศกำหนดให้นำรายได้ของผู้ให้บริการที่เหลือจากการชำระ ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินงานดังเช่นตามร่างประกาศฯ ข้อ 7 นี้ ให้ต้องนำส่ง เป็นรายได้แผ่นดิน

4. ปัญหาที่ว่า หากไม่ออก “ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการ อนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.” แล้ว จะทำให้ขาดความ ต่อเนื่องของบริการสาธารณะในกิจการโทรคมนาคม

ความเห็นและเหตุผลทางกฎหมาย :

การจัดบริการสาธารณะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย การให้บริการสาธารณะที่ต่อเนื่องจะต้องไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายเช่นเดียวกัน เมื่อแนวทางการแก้ไขปัญหตามร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ. มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การอ้างหลักการจัดบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่องมาใช้เพื่อบังคับใช้มาตรการตามร่างประกาศฯ ฉบับดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นผลอยู่ดี

นอกจากนี้ “หลักการจัดบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง” จะนำมาใช้ในกรณีนี้ได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าไม่มีผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมรายอื่นในตลาดที่สามารถจัดบริการให้แก่ผู้ใช้บริการกลุ่มนี้ได้เลย หากในตลาดยังมีผู้ให้บริการรายอื่นทดแทนกันได้ ก็ไม่เข้าองค์ประกอบของหลักการนี้ จากข้อเท็จจริงกรณีนี้พบว่า ในตลาดยังมีผู้ให้บริการที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งสามารถให้บริการทดแทนคลื่นความถี่ 1800 MHz ของ บมจ.กสท. ได้โดยไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการแต่ประการใด จึงไม่อาจอ้างหลักการจัดบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่องในกรณีนี้ได้

อนึ่ง ที่ กสทช. มีเจตนาแก้ไขปัญหาการหยุดชะงักของการให้บริการภายหลังการสิ้นสุดสัญญาสัมปทานคลื่น 1800 MHz ระหว่าง บมจ.กสท. กับบริษัท ทู รู มูฟ จำกัด และระหว่าง บมจ.กสท. กับบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด โดยมุ่งหวังให้ร่างประกาศ กสทช. ฉบับนี้ช่วยแก้ไขปัญหาคือความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนั้น เห็นว่านอกจากจะไม่เป็นผลเนื่องจากเป็นร่างประกาศฯ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว กสทช. ยังสุ่มเสี่ยงที่จะถูกกล่าวหาว่ากระทำการที่ผิดกฎหมายด้วย

5. ข้อสังเกตบางประการ

1. ร่างประกาศฯ ฉบับนี้กำหนดหน้าที่บางประการไว้อย่างชัดเจนแจ้งให้บุคคลผู้มีหน้าที่ตามประกาศฯ นี้ต้องปฏิบัติ แต่ไม่กำหนดผลของการฝ่าฝืนไว้ เช่น กำหนดให้ผู้ให้บริการไม่มีสิทธิรับผู้ขอใช้บริการรายใหม่ ให้รักษาคุณภาพการให้บริการและกำหนดค่าบริการตามประกาศที่เกี่ยวข้องให้ประชาสัมพันธ์แจ้งเงื่อนไขการคุ้มครอง หรือให้เร่งรัดการโอนผู้ใช้บริการ ฯลฯ ซึ่งหน้าที่ตามร่างประกาศฯ นี้ เป็นไปได้ที่ผู้ให้บริการอาจไม่ปฏิบัติ หรือปฏิบัติโดยไม่สมบูรณ์ เช่นนี้หากเกิดการฝ่าฝืนไม่มีความชัดเจนว่า กสทช. จะดำเนินการบังคับอย่างไร

2. ประเด็นหนึ่งที่ กสทช. ยากที่จะอธิบายให้สาธารณชนเข้าใจได้อย่างสมเหตุสมผลก็คือว่า การแก้ปัญหตามวิธีการที่ กสทช. เสนอตามร่างประกาศฯ ฉบับนี้จะมีผลเป็นการเอื้อ

ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานอย่างไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การลดลงของค่า “สัมปทาน” จากร้อยละ 30 เหลือประมาณร้อยละ 6 ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานเดิมตั้งที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

ผลจากข้อสังเกตทั้ง 2 ประการนี้ ทำให้ กสทช. นอกจากจะคุ้มครองต่อการถูกฟ้องในคดีปกครอง (การฟ้องเพิกถอนประกาศ กสทช.) แล้ว ยังคุ้มครองต่อการถูกฟ้องร้องในคดีอาญาอีกด้วย

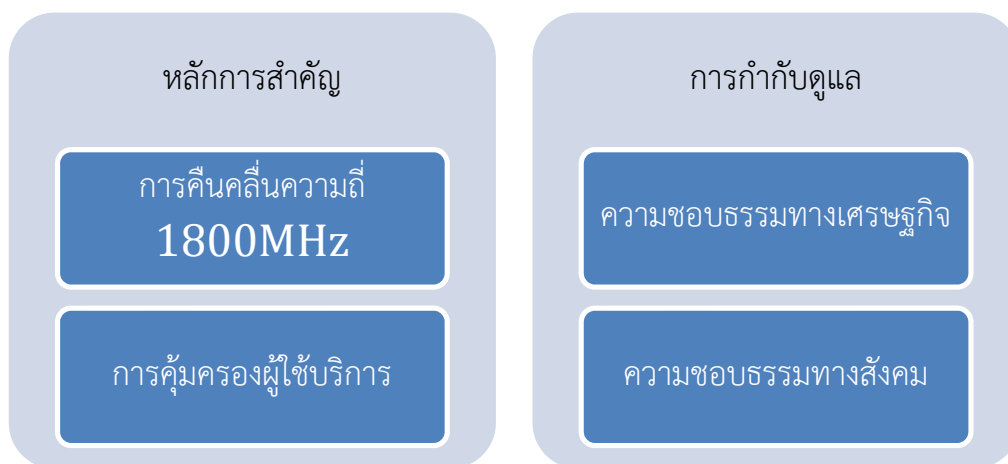
แนวทางการแก้ไขปัญหาที่ชอบด้วยกฎหมายและคุ้มครองผู้ใช้บริการ

1. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่าในหลักการ เมื่อแนวทางแก้ปัญหาตามร่างประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ. มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายดังที่ได้แสดงมาแล้ว กสทช. ย่อมต้องแสวงหาวิธีการแก้ปัญหาในลักษณะอื่นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อป้องกันการเกิดกรณี “ซิมดับ” ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

วิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมายและเป็นวิธีการที่ดีที่สุด ย่อมได้แก่ การเร่งประชาสัมพันธ์ให้ผู้ให้บริการทราบถึงการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานและให้ผู้ให้บริการตัดสินใจว่าจะย้ายไปใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่นในตลาดโทรคมนาคมหรือไม่ โดยในระหว่างระยะเวลาที่เหลืออยู่อีกเล็กน้อยนี้ กสทช. ต้องกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมขยายศักยภาพในการรับโอนผู้ใช้บริการตามสัญญาสัมปทานคลื่นความถี่ 1800 MHz ที่จะสิ้นสุด ให้มากที่สุดอย่างเต็มกำลังความสามารถ และต้องกระทำอย่างจริงจังโดยเสมอภาคกับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่อยู่ในตลาดโทรคมนาคมทุกราย เมื่อได้มีการประชาสัมพันธ์และดำเนินการรับโอนผู้ใช้บริการอย่างเต็มศักยภาพแล้ว หากยังมีผู้ใช้บริการค้างอยู่ในระบบเนื่องจากบุคคลนั้นไม่แสดงความจำนงย้ายไปใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่น หากเกิดกรณีซิมดับ ก็ย่อมจะต้องถือว่าบุคคลนั้นมีส่วนผิดในการไม่แสดงเจตจำนงย้ายไปใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่นเอง ทั้งนี้ การคุ้มครองผู้ใช้บริการนั้น ระบบกฎหมายไม่สามารถคุ้มครองผู้ใช้บริการอย่างสมบูรณ์และโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ได้ แต่การคุ้มครองผู้ใช้บริการจะต้องอยู่ภายใต้หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง เช่น ระบบกฎหมายย่อมไม่สามารถคุ้มครองผู้ใช้บริการให้ต้องได้รับบริการในเทคโนโลยีเดิมตลอดไปได้ หากปรากฏว่าเทคโนโลยีนั้นสิ้นสมัยเสียแล้ว และการรักษาไว้ซึ่งบริการตามเทคโนโลยีเดิมจะมีค่าใช้จ่ายจำนวนมากซึ่งผู้ใช้บริการไม่อาจคาดหมายได้

สำหรับกรณีที่ใช้บริการได้แสดงเจตจำนงในการโอนย้ายแล้ว เมื่อใกล้จะครบกำหนดแล้วปรากฏว่ายังไม่สามารถโอนย้ายได้หมด กสทช.อาจต้องประสานกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานเพื่อดำเนินการให้มีการโอนย้ายส่วนที่เหลืออยู่ทั้งหมดพร้อมกัน (ย้ายยกล็อต) ไปยังคลื่นความถี่อื่นที่สามารถรับการโอนย้ายส่วนที่เหลืออยู่ทั้งหมดได้ เพื่อป้องกันกรณีขัดแย้ง แต่กรณีนี้สมควรเป็นทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio) เมื่อโอนส่วนที่เหลือทั้งหมดเพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถใช้บริการได้ต่อเนื่องแล้ว ก็จะต้องเร่งโอนย้ายผู้ใช้บริการตามความประสงค์ของผู้ใช้บริการที่ได้แสดงเจตจำนงไว้แล้วให้เสร็จสิ้นต่อไป

2. อย่างไรก็ตาม มีแนวคิดอีกทางหนึ่งโดย ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง เสนอว่า การเรียกคืนคลื่นความถี่เพื่อนำมาจัดสรรใหม่ กับการให้บริการอย่างต่อเนื่องเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการไม่ได้ขัดแย้งกัน และ กสทช. ไม่จำเป็นต้องเลือกดำเนินการเฉพาะแต่อย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียว



ทั้ง 2 กรณีเป็นเรื่องที่ต้องการการดำเนินการทั้งคู่ และต้องดำเนินการไปพร้อม ๆ กัน ไม่มีเรื่องใดเป็นเงื่อนไขของอีกเรื่องหนึ่ง เช่น ถ้าไม่ประกาศใช้บังคับร่างประกาศ กสทช. หรือมีการเรียกคืนคลื่นทันทีก็ไม่สามารถคุ้มครองผู้ใช้บริการได้ เป็นต้น การนำประเด็นการกำกับดูแลทั้ง 2 ประเด็นมาผูกเป็นเรื่องเดียวกันน่าจะเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง

ในที่นี้ ขอสรุปแนวทางการแก้ปัญหาในปัจจุบันของ กสทช. ที่เสนอเป็นสามขั้นตามแผนภูมิดังนี้



ประเด็นที่เป็นปัญหาคือประเด็นการถ่ายโอนผู้ใช้บริการนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการคลื่นความถี่ และถึงที่สุดแล้วคำถามคือเราจะต้องถ่ายโอนผู้ใช้บริการทำไม เราจำเป็นต้องขนคนออกจากคลื่นนี้หรือไม่ ความเป็นจริงนั้นเป็นคนละเรื่องกัน ดูแผนภูมิต่อไปนี้



การคลื่นความถี่สามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่กระทบสิทธิผู้ใช้บริการ ด้วยเหตุผลอย่างน้อย 3 ประการ

1. สิทธิของผู้ใช้บริการนั้นมีพื้นฐานอยู่ที่สัญญาใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ใช้บริการแต่ละราย การเหมารวมว่าทั้ง 17 ล้านรายมีสิทธิที่จะใช้อีกไม่เกิน 1 ปีตามร่างประกาศนั้นเป็นการละเลยไม่ตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้ง ๆ ที่สามารถดำเนินการได้ไม่ยาก ซึ่งจะทำให้ต้องเสียทรัพยากรในการจัดการเรื่องนี้โดยไม่จำเป็น แนวทางคือ ทำอย่างไรให้ผู้ให้บริการไม่เสียสิทธิที่จะได้ตามสัญญาที่มีอยู่ ซึ่งคู่สัญญาของผู้ใช้บริการก็คือผู้ประกอบการที่กำลังจะหมดสัมปทานนั่นเองที่จะต้องรับภาระในเรื่องนี้อยู่แล้วเป็นพื้นฐานเพราะได้ทำสัญญากับผู้ใช้บริการไว้ กสทช. อาจเข้าไป

ให้ความช่วยเหลือได้ตามสมควร เร็ว ๆ นี้มีตัวอย่างการเปลี่ยนโครงข่ายโดยการซื้อกิจการของ Sprint กับ US Cellular ทำให้ผู้ใช้บริการใน 2 เมืองใหญ่ได้แก่ Chicago และ St. Louis ต้องเปลี่ยนเครื่องโทรศัพท์ของตนเพราะต้องเปลี่ยนระบบโครงข่าย ผู้ให้บริการจึงแจ้งให้เวลาลูกค้าประมาณ 1 เดือนในการเปลี่ยนเครื่องโทรศัพท์ โดยเครื่องราคาถูกและอัตราค่าบริการแบบต่าง ๆ ตามที่เหมาะสมให้ผู้บริการเลือก ซึ่งสุดท้ายภาระค่าใช้จ่ายเป็นของผู้บริโภค ตัวอย่างนี้แสดงให้เห็นถึงการจัดการตามสัญญาให้และใช้บริการของผู้ให้บริการและผู้ให้บริการได้ดี

2. สิทธิของผู้ประกอบการนั้นเป็นไปตามสัญญาสัมปทาน หากผู้ประกอบการไม่สามารถให้บริการต่อไปได้เพราะสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง ก็เป็นประเด็นสัญญาทางธุรกิจโดยแท้ ไม่สมควรที่ใครจะเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่คู่สัญญาไม่ประสงค์จะมีขึ้น และหากมีความเสียหายเกิดขึ้นก็เป็นเรื่องของคู่สัญญาจะชดเชยกันเอง

3. หน้าที่ของ กสทช. คือการเรียกคืนคลื่นความถี่และนำมาจัดสรรใหม่ ซึ่งตามผลของกฎหมายถือว่าคืนทันทีตั้งแต่วันที่สิ้นสุดสัญญาสัมปทาน เหลือเพียงแต่แผนการดำเนินงานในการจัดสรรใหม่ซึ่งก็ล่าช้ามากแล้ว แต่อย่างไรก็ดี เป็นอำนาจหน้าที่ของ กสทช.ที่จะดำเนินการ โดยอาจมอบหมายภาระหน้าที่และการให้บริการชั่วคราวดังกล่าวแก่ใครคนหนึ่งเพื่อเตรียมการเปลี่ยนผ่านไปสู่การจัดสรรใหม่อย่างเร่งด่วน ซึ่งต้องมีความชัดเจน

ข้อสังเกตประการแรกก็คือ ผู้ใช้บริการอาจไม่ต้องย้ายไปที่ใดเลย เพราะที่จริงแล้วคลื่นความถี่ตามสัมปทานนั้นเป็นเรื่องที่ตกลงกันระหว่างผู้ให้สัมปทานและผู้รับสัมปทาน เวลาที่ผู้ประกอบการเปลี่ยนแปลงการใช้คลื่นก็ไม่เคยแจ้งผู้ให้บริการมาก่อน ผู้บริการไม่เคยรู้ว่าตนเองใช้คลื่นใดด้วยซ้ำ ข้อกล่าวอ้างที่ว่าผู้บริการอาจยังคงต้องการใช้คลื่นนี้ต่อไป ที่จริงแล้วก็คือตัวบริการไม่ใช่คลื่นความถี่

ข้อสังเกตประการที่สองก็คือ เรื่องนี้ไม่ใช่ปัญหาเทคนิค ข้อกล่าวอ้างปัญหาทางเทคนิคเพื่อจะไม่ดำเนินการใด ๆ เพื่อคืนคลื่นความถี่และโอนย้ายผู้ให้บริการเพราะติดอุปสรรคทางเทคนิคทั้งหลายนั้น แท้จริงแล้วไม่ว่าจะอย่างไรย่อมมีปัญหาเทคนิคเกิดขึ้นทั้งสิ้น แต่ก่อนที่จะดำเนินการทางเทคนิคต้องพิจารณาตามเหตุตามผลทางเศรษฐกิจและสังคมว่าควรทำอย่างไร ขณะนี้ต้องยอมรับว่า กสทช. ดำเนินการล่าช้ามาถึงจุดที่เป็นไปไม่ได้ที่จะให้ทุกฝ่ายสามารถเปลี่ยนผ่านการคืนคลื่นความถี่โดยไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น ไม่ว่าจะแนวทางใดก็ย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายมีต้นทุนแล้วแต่กรณี ปัญหาเทคนิคทั้งหลายย่อมสามารถจัดการได้ อยู่ที่ว่าจะพิจารณาแนวทางต่าง ๆ แล้วพบว่าแนวทางใดคุ้มค่าที่สุดที่จะดำเนินการ การต่ออายุสัมปทานอาจช่วยชะลอการดำเนินการเรื่องนี้ออกไปและไม่มี

ฝ่ายใดต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในระยะสั้น แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ต้องดำเนินการอยู่ดี มิหนำซ้ำยังก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจจากการไม่คืนคลื่นความถี่และความเสียหายเชิงหลักกฎหมายจากการไม่ดำเนินการตามกฎหมายให้เป็นเยี่ยงอย่างที่ดี

นอกจากนี้ ปิยะบุตร บุญอร่ามเรื่องให้ข้อเสนอเกี่ยวกับร่างประกาศ กสทช. ว่า ควรมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

จากที่กล่าวมาจึงพอสรุปในขั้นนี้ได้ว่า กสทช. ควรมีประกาศ 2 ฉบับ

ฉบับแรกเป็นเรื่องการเรียกคืนคลื่นความถี่เพื่อนำมาจัดสรรใหม่โดยกำหนดรายละเอียดขั้นตอนวิธีการที่ชัดเจน ได้แก่

- การประกาศสถานะของสัญญาสัมปทานบนคลื่นความถี่ที่เป็นปัญหาว่าสิ้นสุดแล้วตามกฎหมายเป็นผลให้คลื่นไม่มีเจ้าของ รอการจัดสรร

- กำหนดการประมูลคลื่นความถี่เพื่อจัดสรรใหม่ รวมถึงเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่โดยรับโอนผู้ใช้บริการเดิมของผู้ให้บริการรายใหม่

ฉบับที่สองเป็นเรื่องการคุ้มครองผู้ใช้บริการที่ชัดเจน ได้แก่

- มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการที่เกิดจากการศึกษาข้อเท็จจริงของ 17 ล้านเลขหมายว่า

- มีเลขหมายที่ใช้บริการอยู่จริงกี่ราย
- กลุ่มผู้ใช้บริการที่มีสัญญา 1 ปีขึ้นไปกี่ราย และต่ำกว่านั้นกี่ราย
- มาตรการคุ้มครองและเยียวยาที่เหมาะสมแต่ละกลุ่ม เช่น กลุ่มที่ไม่ค่อยได้ใช้อาจสามารถชดเชยค่าเสียหายได้ทันที เป็นต้น

- กสทช. อาจเปิดประมูลคลื่นเพื่อสรรหาผู้ให้บริการชั่วคราว หากทางเลือกนี้เป็นทางเลือกที่มีประสิทธิภาพที่สุด ประกอบกับคำอธิบายทางเลือกเชิงนโยบายดังกล่าว เพื่อให้เป็นกระบวนการที่สาธารณะเข้าใจและยอมรับ

- เงื่อนไขการคุ้มครองผู้ใช้บริการที่ชัดเจนอย่างน้อยต้องประกอบด้วย
 - การบริการที่ต่อเนื่อง
 - เงื่อนไขการให้บริการ อัตราค่าบริการ และคุณภาพการบริการที่เทียบเท่าหรือดีกว่าเดิม
 - เงื่อนไขการใช้สิทธิคงเลขหมายตามความสมัครใจ
-