

ความเห็นเกี่ยวกับ

อำนาจของ กสทช. ในการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการใช้คลื่นความถี่
ภายหลังสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน ๑๘๐๐ MHz ระหว่าง บมจ.กสท. กับ บริษัททรูมูฟ จำกัด และ
ระหว่าง บมจ.กสท. กับ บริษัทดิจิตอลโฟน จำกัด

วรเจตน์ ภาคีรัตน์

โดยเหตุที่สัญญาสัมปทานโทรศัพท์มือถือคลื่น ๑๘๐๐ MHz ระหว่างบริษัท บมจ.กสท. กับบริษัท ทรูมูฟ จำกัด และระหว่าง บมจ.กสท.กับบริษัทดิจิตอลโฟน จำกัด จะสิ้นสุดลงในวันที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๕๖ ซึ่งหลังจากที่สัญญาดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้ว คาดหมายกันว่าจะมีผู้ใช้บริการจำนวนหนึ่งค้างอยู่ในระบบ และในกรณีที่ไม่มี การประชาสัมพันธ์ให้ผู้ใช้บริการทราบถึงการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานดังกล่าว จนผู้ใช้บริการ ไม่ได้เตรียมตัวที่จะโยกย้ายไปรับบริการในระบบอื่น กรณีย่อมคาดหมายได้ว่าจะมีผู้ใช้บริการค้างอยู่ในระบบ จำนวนมาก ด้วยเหตุนี้ กสทช. จึงได้ออก “ร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือ สัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.....” เพื่อจะแก้ปัญหาที่กำลังจะเกิดขึ้นเนื่องจากการสิ้นสุดสัญญา สัมปทานดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการใช้อำนาจของ กสทช.ในลักษณะเช่นนี้ส่งผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ของทั้งผู้ให้สัมปทานตามสัญญา (บมจ.กสท) ผู้รับสัมปทานตามสัญญา (ทรูมูฟ และดิจิตอลโฟน) ผู้รับบริการ ตลอดจนผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดโทรคมนาคมหลายประการ อีกทั้งเมื่อสิ้นสุดสัญญา สัมปทานที่รัฐธรรมนุญมุ่งคุ้มครองในช่วงเปลี่ยนผ่านเข้าสู่ระบบ “ใบอนุญาต” แล้ว จะต้องนำคลื่นดังกล่าวมา จัดสรรกันใหม่ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กรณีจึงมีประเด็นให้ต้องวินิจฉัยว่า ร่างประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ ที่กล่าวถึงข้างต้น หากได้รับการประกาศใช้จริง จะมีปัญหาความชอบด้วย กฎหมายหรือไม่

โดยเหตุที่ร่างประกาศดังกล่าวสัมพันธ์กับอำนาจในการถือครองและใช้คลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz หลังการสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน จึงสมควรวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวนี้ให้ยุติเสียก่อน (๑.) แล้วจึงวินิจฉัยอำนาจของ กสทช. ในการออกประกาศมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ (๒.) และเนื้อหาของร่างประกาศมาตรการคุ้มครอง ผู้ใช้บริการฯ ในประการสุดท้าย (๓.)

๑. ใครมีอำนาจถือครองคลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz หลังการสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน

ในส่วนที่เกี่ยวกับการถือครองและใช้คลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz ภายหลังสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท. และบริษัททรูมูฟ และสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ. กสท.กับบริษัทดิจิทัลโฟน สิ้นสุดลงนั้น มีประเด็นให้ต้องวินิจฉัยว่าเมื่อสัญญาสัมปทานดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้ว สิทธิถือครองและใช้คลื่นความถี่จะคืนกลับไปยัง บมจ.กสท. ซึ่งเป็นผู้ให้สัญญาสัมปทานหรือไม่ หากพิจารณาตามหลักกรรมดา ในกรณีที่ระบบกฎหมายยังคงสภาพการประกอบกิจการโทรคมนาคมไว้ในลักษณะเดิม คือ “ระบบสัมปทาน” ที่องค์กรของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทานและเอกชนผู้รับสัมปทานตกลงเข้าร่วมการทำงานประกอบกิจการโทรคมนาคมตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาแล้ว เมื่อสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมการทำงานสิ้นสุดลง องค์กรของรัฐที่ทรงอำนาจซึ่งเป็นผู้ให้สัมปทาน ย่อมสามารถนำคลื่นดังกล่าวไปให้สัมปทานใหม่อีกได้ หรือจะดำเนินกิจการโทรคมนาคมด้วยตนเอง คือถือครองและใช้คลื่นเองก็ย่อมทำได้ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายไทยได้เปลี่ยนสภาพการประกอบกิจการโทรคมนาคมจากระบบที่องค์กรของรัฐให้สัมปทานเอกชนหรือให้เอกชนเข้าร่วมการทำงานเป็นระบบ “ใบอนุญาต” มีการแยกหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับกิจการโทรคมนาคมออกจากหน่วยงานที่ดำเนินกิจการโทรคมนาคม ดังจะเห็นได้จากการตั้ง กสทช. ให้ทำหน้าที่กำกับกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ตลอดจนการเปลี่ยนสภาพองค์กรของรัฐที่เคยทำหน้าที่ดังกล่าวพร้อมๆ กับการเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในรูปรัฐวิสาหกิจ ไปเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมแต่ประการเดียว พร้อมทั้งแปรรัฐวิสาหกิจนั้นให้เป็นบริษัทเอกชนด้วย สถานะของการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ซึ่งเป็นผู้ให้สัมปทานคลื่น ๑๘๐๐ MHz แก่บริษัททรูมูฟและบริษัทดิจิทัลโฟน จึงกลายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ในชื่อของ บมจ.กสท. เพียงแต่ระบบกฎหมายกำหนดให้ บมจ.กสท.เป็นผู้สืบทอดสิทธิหน้าที่จากการสื่อสารแห่งประเทศไทยเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นเพื่อไม่ให้สัญญาสัมปทานที่การสื่อสารแห่งประเทศไทยทำกับบริษัทเอกชนสิ้นสุดลงทันที อันจะมีผลเท่ากับรัฐไม่คุ้มครองสิทธิตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและเท่ากับรัฐใช้อำนาจที่มีผลเสมือนการเวนคืนสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน (สิทธิที่จะประกอบกิจการต่อไปจนสิ้นสุดสัญญา) โดยไม่มีการจ่ายค่าทดแทนความเสียหาย รัฐธรรมนูญจึงกำหนดการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้ว่าการเปลี่ยนระบบการกำกับและการประกอบกิจการโทรคมนาคมจากระบบ “สัมปทาน” เป็นระบบ “ใบอนุญาต” นั้นไม่กระทบกระเทือนถึงการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้ทำขึ้นก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญจนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นจะสิ้นผล (รัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๓๐๕) อย่างไรก็ตามเพื่อให้ บมจ.กสท.ที่แปรรูปมาจากการสื่อสารแห่งประเทศไทยสามารถเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมได้ บทเฉพาะกาล มาตรา ๗๙ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๔๔ จึงบัญญัติให้คณะกรรมการในเวลานั้นออกใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้แก่การสื่อสารแห่งประเทศไทย (บมจ.กสท.)รวมทั้งอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ได้ตามมาตรา ๘๔

แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ทั้งนี้จนกว่าจะถึงกำหนดที่จะต้องคืนคลื่น โดยใบอนุญาตที่ บมจ. กสท.ได้รับนั้น มีระยะเวลาตั้งแต่วันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๔๘ ถึงวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๘

ปัญหาที่ได้แย้งกันก็คือ หลังจากสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท.และบริษัททรูมูฟ จำกัด และ สัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท.และบริษัทดิจิตอลโฟน จำกัด สิ้นสุดลงในวันที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๕๖ แล้ว คลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz ดังกล่าวจะกลับไปยัง บมจ.กสท.และ บมจ.กสท.มีสิทธิถือครองและใช้คลื่น ดังกล่าวจนกว่าจะสิ้นสุดอายุใบอนุญาตในวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๘ หรือคลื่นดังกล่าวจะไม่คืนกลับไปยัง บมจ.กสท.แล้ว แต่จะต้องนำไปให้ กสทช.ในฐานะหน่วยงานที่กำกับกิจการโทรคมนาคมดำเนินการจัดสรรคลื่น ตามระบบใบอนุญาตต่อไป

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของคลื่นความถี่ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๔๗ บัญญัติให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และ โทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ และกำหนดให้จัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็น อิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ดังกล่าว โดยพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ บัญญัติให้การ อนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคม ให้ใช้วิธีการคัดเลือกโดยการประมูลคลื่นความถี่ และเมื่อ สำรวจตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วไม่พบบทบัญญัติใดเลยที่บัญญัติให้รัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นผู้ให้สัมปทาน สามารถถือครองคลื่นและใช้คลื่นได้ต่อไปภายหลังจากสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้ว แม้หากจะมีผู้กล่าวอ้างว่า บมจ.กสท.ซึ่งแปรรูปมาจากการสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นหน่วยที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง จึงสมควรให้ บมจ.กสท.ถือครองคลื่นต่อไป เพราะสามารถนำคลื่นที่ได้รับกลับคืนมานั้นไปใช้ได้ทันที เนื่องจากหากให้มีการ ประมูล ก็ไม่เป็นที่แน่ใจได้ว่า บมจ.กสท.จะยอมให้ผู้ชนะการประมูลใช้โครงข่ายตลอดจนเครื่องและอุปกรณ์ ของตนหรือไม่ ข้อกล่าวอ้างนี้ก็เป็นคนละเรื่องคนละประเด็น การที่ บมจ.กสท.มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ไม่เกี่ยวข้องกับการถือครองและใช้คลื่นแต่อย่างใดทั้งสิ้น สำหรับกรณีที่ บมจ.กสท.มีใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคมถึงวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๘ ก็ไม่ใช่เหตุที่สามารถนำมาใช้กล่าวอ้างว่าคลื่น ๑๘๐๐ MHz ตาม สัญญาสัมปทานดังกล่าวต้องกลับไปยัง บมจ.กสท.เมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้วได้ เนื่องจากใบอนุญาต ที่ บมจ.กสท.ได้รับนั้น ระบบกฎหมายมุ่งหมายเพียงรับรองให้ บมจ.กสท.มีฐานะเป็นผู้ประกอบการ โทรคมนาคมเหมือนผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นบริษัทเอกชนทั่วไป เพื่อความสามารถในการใช้คลื่นที่ตนเอง ประกอบกิจการอยู่เท่านั้น สำหรับคลื่นที่ให้สัมปทานไปนั้น เมื่อระยะเวลาคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน ตามสัญญาสิ้นสุดลงแล้ว หากตีความว่าคลื่นดังกล่าวกลับไปยัง บมจ.กสท. ที่ บมจ.กสท.สามารถถือครอง และใช้ประโยชน์ได้ต่อไป ก็จะเกิดผลประหลาดและขัดแย้งกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมในระบบ “ใบอนุญาต” ที่ระบบกฎหมายไทยและรัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้นอย่างยิ่ง เนื่องจากหากเป็นเช่นนั้น คลื่นดังกล่าว จะไม่มีโอกาสกลับมาเป็น “ทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ได้เลย แต่จะกลายเป็น

ทรัพย์สินของ บมจ.กสท. ซึ่งบัดนี้ก็ไม่ได้มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอีกต่อไปแล้ว แต่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและเป็นผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมเสมือนกับผู้ประกอบการที่เป็นเอกชนรายอื่น เพียงแต่ในช่วงเปลี่ยนผ่านนี้รัฐยังคงเป็นผู้ถือหุ้นอยู่เท่านั้น นอกจากนี้หากคลื่นตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวกลับคืนไปยัง บมจ. กสท. และให้ บมจ.กสท.เป็นผู้ถือครองและใช้คลื่น หาก บมจ.กสท.ใช้สิทธิในฐานะผู้ถือครองและใช้คลื่นตกลงทำสัญญาให้บริษัทเอกชนใช้คลื่นต่อไป โดยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ตน (ไม่ว่าจะออกแบบสัญญาในลักษณะอย่างไรหรือเรียกชื่อค่าตอบแทนอย่างไร เพื่อหลีกเลี่ยงข้อห้ามตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ) ผลก็คือจะเกิดระบบ “สัมปทานจำแลง” ต่อไปภายใต้ระบบใบอนุญาตซึ่งประหลาดอย่างยิ่ง หรือแม้หาก บมจ.กสท.ใช้คลื่นประกอบกิจการด้วยตนเอง ผลก็คือ คลื่นดังกล่าวจะไม่มีโอกาสที่จะได้รับการจัดสรรต่อไปได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และหากตีความกรณีการสิ้นสุดสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท. กับ บริษัททรูมูฟ และ บมจ.กสท.กับบริษัทดิจิทัลโฟนไปในลักษณะเช่นนี้แล้ว ก็จะเป็นการกลายเป็นบรรทัดฐานกับสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมอื่นๆ ที่จะทยอยสิ้นสุดลง และในที่สุดแล้วคลื่นจำนวนมากจะกลับไปสู่การครอบครองของ “อดีตรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในกิจการโทรคมนาคม” ซึ่งบัดนี้กลายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนไปหมดแล้ว และ กสทช.ก็จะไม่สามารถนำคลื่นจำนวนมากดังกล่าวนี้ออกจัดสรรโดยวิธีการประมูลคลื่นได้ การตีความในลักษณะเช่นนี้ นอกจากจะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนแล้ว ยังกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรงขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ในสัญญาสัมปทานเท่านั้น และในที่สุดแล้วจะส่งผลกระทบต่อระบบ “ใบอนุญาต” ที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะก่อตั้งด้วย เนื่องจากระบบใบอนุญาตจะมีได้เฉพาะแต่คลื่นที่ “อดีตรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในกิจการโทรคมนาคม” ไม่เคยถือครองเท่านั้น ซึ่งไม่ถูกต้อง

อนึ่ง หากพิจารณาตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคืนคลื่นความถี่เพื่อนำไปจัดสรรใหม่แล้ว จะพบว่าพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ มาตรา ๘๓ และมาตรา ๘๔ บัญญัติให้ กสทช. กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการให้ผู้ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่หรือใช้คลื่นความถี่คืนคลื่นความถี่เพื่อนำไปจัดสรรใหม่หรือปรับปรุงคืนความถี่ตามที่กำหนดไว้ในแผนแม่บทการบริหารจัดการคลื่นความถี่ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ ประกอบกับการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐๕ (๑) ได้รับรองไว้แล้ว ย่อมจะพบว่า กสทช.สามารถกำหนดระยะเวลาการคืนคลื่นความถี่ได้เฉพาะกรณีของคลื่นความถี่ที่มีผู้เช่าอยู่โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ก่อนที่พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นฯ จะได้รับการประกาศใช้เท่านั้น โดยเหตุผลของเรื่อง เมื่อคลื่นดังกล่าวเป็นคลื่นที่มีผู้เช่าอยู่โดยไม่มีกำหนดเวลา ก็เป็นธรรมดาอยู่เองที่เมื่อเข้าสู่ระบบใบอนุญาตและมือจักรของรัฐบาลทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่แล้ว องค์กรของรัฐดังกล่าวย่อมจะต้องกำหนดระยะเวลาการคืนคลื่นให้ชัดเจน เพื่อนำไปจัดสรรใหม่ต่อไป ซึ่งการกำหนดระยะเวลาในการคืน

คลื่นให้ชัดเจนแน่นอนลงไปนี้ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ มาตรา ๘๓ วรรคสามกำหนดเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจไว้ด้วยว่า กสทช.ต้องใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและความจำเป็นของการประกอบกิจการและการใช้คลื่นความถี่นั้น โดยจะต้องนำเหตุแห่งความจำเป็นในการถือครองคลื่นความถี่ที่ผู้ถือครองได้แจ้งไว้มาประกอบการใช้ดุลพินิจด้วย กสทช.จะใช้ดุลพินิจกำหนดระยะเวลาในการคืนคลื่นความถี่ตามอำเภอใจหรือโดยปราศจากเหตุผลหาได้ไม่ อย่างไรก็ตามการกำหนดระยะเวลาคืนคลื่นที่กล่าวมานี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๘๓ และมาตรา ๘๔ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ประกอบกับระบบการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่เป็นระบบใบอนุญาตแล้ว จะพบว่าใช้บังคับกับกรณีของการใช้คลื่นความถี่ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาเท่านั้น หากได้หมายความถึงกรณีของการใช้คลื่นความถี่ตามสัญญาสัมปทานที่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่ชัดเจนแน่นอนแล้วไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งเมื่อระยะเวลาการใช้คลื่นตามสัญญาสัมปทานที่ได้รับการรับรองเพื่อคุ้มครองสิทธิตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามบทเฉพาะกาลสิ้นสุดลงแล้ว คลื่นก็ต้องคืนกลับมาเพื่อให้ กสทช.ดำเนินการจัดสรรใหม่โดยอัตโนมัติ กสทช.ไม่อาจกำหนดระยะเวลาการคืนคลื่นให้ต้องคืนคลื่นดังกล่าวในระยะเวลาก่อนสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงหรือให้ต้องคืนคลื่นดังกล่าวในระยะเวลาหลังจากสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้วได้ เพราะจะขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญ

การให้เหตุผลทางกฎหมายว่าทำไม กสทช.ไม่อาจกำหนดระยะเวลาการคืนคลื่นตามสัญญาสัมปทานได้ อาจกระทำได้ในสองลักษณะ ซึ่งให้ผลทางกฎหมายไม่ต่างกัน คือ

๑. ให้เหตุผลว่าบทบัญญัติที่ให้อำนาจ กสทช.กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการให้ผู้ได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่หรือใช้คลื่นความถี่คืนคลื่นความถี่เพื่อนำไปจัดสรรใหม่นั้น ใช้กับกรณีของคลื่นความถี่ที่มีผู้ใช้อยู่โดยไม่มีกำหนดเวลาเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับคลื่นตามสัญญาสัมปทานที่มีระยะเวลาสิ้นสุดการใช้ที่แน่นอน

๒. ให้เหตุผลว่าบทบัญญัติที่ให้อำนาจ กสทช.กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการให้ผู้ได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่หรือใช้คลื่นความถี่คืนคลื่นความถี่เพื่อนำไปใช้จัดสรรใหม่นั้นมีลักษณะเป็นบทกฎหมายทั่วไป (lex generalis) ในขณะที่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสัญญาสัมปทานและการกำหนดให้สิทธิการใช้คลื่นตามสัญญาสัมปทานต้องสิ้นสุดลง มีลักษณะเป็นบทกฎหมายเฉพาะ (lex specialis) ซึ่งต้องถือตามหลักการทั่วไปในการใช้กฎหมายว่า “บทกฎหมายเฉพาะย่อมตัดบทกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (lex specialis derogate legi generali)

ผลจากการตีความดังกล่าว ไม่ว่าจะให้เหตุผลในลักษณะใดก็คือ กสทช. ไม่มีอำนาจกำหนดระยะเวลาการคืนคลื่นตามสัญญาสัมปทานได้ เนื่องจากระยะเวลาการใช้คลื่นดังกล่าวได้รับการกำหนดไว้แล้วในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ด้วยเหตุนี้แม้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ จะกำหนดให้ กสทช.มีอำนาจจัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และให้กำหนดระยะเวลาการคืนคลื่นไว้ในแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ การกำหนดระยะเวลาดังกล่าวก็ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้นแม้ กสทช.

ต้องการจะขยายระยะเวลาการคืนคลื่นความถี่ตามสัญญาสัมปทานออกไป กสทช.ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป เมื่อสิ้นสุดสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ.กสท. และบริษัททรูมูฟ และสัญญาสัมปทานระหว่างบริษัท บมจ.กสท.กับบริษัทดิจิตอลโฟน แล้ว คลื่น ๑๘๐๐ MHz ตามสัญญาสัมปทานดังกล่าวย่อมต้องคืนกลับมาเพื่อให้ กสทช.นำออกจัดสรรด้วยวิธีการประมูลต่อไป ทั้งนี้โดย กสทช.ไม่มีอำนาจกำหนดระยะเวลาการคืนคลื่นให้แตกต่างไปจากระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานดังกล่าว คือ วันที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๕๖ ได้

๒. กสทช. มีอำนาจวางกฎในลักษณะเช่นที่ปรากฏในร่างประกาศ กสทช. เรื่อง “มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.....” ได้หรือไม่

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของ กสทช. ในการออกประกาศ กสทช. ว่าด้วยการใช้คลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz หลังจากสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงนั้น โดยเหตุที่ในขณะนี้ กสทช.ได้ออก “ร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการในกรณีสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ พ.ศ.....” เพื่อรับฟังความคิดเห็นแล้ว การทำความเข้าใจในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของ กสทช.ในการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการใช้คลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz จึงจะใช้ร่างประกาศฉบับดังกล่าวเป็นฐาน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากร่างประกาศฉบับดังกล่าวแล้ว อาจพิจารณาให้ความเห็นได้เป็นลำดับไปดังต่อไปนี้

๑. วัตถุประสงค์ของการออกประกาศดังกล่าว ได้รับการบัญญัติไว้ในตอนต้นของร่างประกาศฯ ว่า “เพื่อเป็นการเตรียมการรองรับผลของการสิ้นสุดของสัญญาดังกล่าว ให้มีความต่อเนื่องในการให้บริการ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และคุ้มครองผู้ใช้บริการให้ได้รับประโยชน์และใช้บริการได้อย่างต่อเนื่อง ปราศจากข้อจำกัดในช่วงระยะเวลาเปลี่ยนผ่านการสิ้นสุดการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ในระหว่างที่การจัดสรรคลื่นความถี่ดังกล่าวให้แก่ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่ยังไม่แล้วเสร็จ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) จึงกำหนด มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการขึ้นเพื่อใช้บังคับกับสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง มิให้การได้รับบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ผู้ใช้บริการได้รับตามปกติต้องสะดุดหยุดลง...” และ “...จึงกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการขึ้นเพื่อมิให้การรับบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ผู้ใช้บริการได้รับตามปกติต้องสะดุดหยุดลง จึงกำหนด มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการไว้ดังนี้” ซึ่งจะเห็นได้ว่า ร่างประกาศฉบับนี้อ้างเฉพาะแต่เหตุผลในการคุ้มครองผู้ใช้บริการประการเดียว โดยไม่มีการพิจารณาคุณค่าอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในตลาด

โทรคมนาคมมาประกอบการตัดสินใจ อีกทั้งการอ้างการคุ้มครองผู้ใช้บริการนั้น ยังไม่มีการพิเคราะห์ถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้ใช้บริการในความคงอยู่ของสัญญาสัมปทานประกอบการออกประกาศฉบับนี้เลย การกำหนดวัตถุประสงค์ในการออกประกาศฉบับนี้จึงไม่ได้เกิดขึ้นจากการใช้ดุลพินิจอย่างครบถ้วนรอบด้าน

๒. โดยเหตุที่ประกาศฉบับนี้ มีลักษณะเป็นกฎ ถึงแม้ว่า กสทช. จะเป็นองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ แต่ในการออกประกาศที่มีลักษณะเป็นกฎ กสทช. ย่อมไม่มีอำนาจโดยตนเองในการออกกฎเรื่องใดๆมาใช้บังคับในกิจการโทรคมนาคมได้ ความเป็นองค์กรอิสระของ กสทช. มีความหมายในระบบกฎหมายแต่เพียงว่า กสทช. ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งเท่านั้น แต่โดยลักษณะของภารกิจย่อมต้องถือว่า กสทช. เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารประเภทที่ใช้อำนาจปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กสทช. เป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ ในการออกกฎขึ้นใช้บังคับจึงจำเป็นที่ กสทช. จะต้องอาศัยฐานอำนาจในการออกกฎจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ กสทช. จะออกกฎให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานอำนาจในการออกกฎไม่ได้ นอกจากนี้ กสทช. จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในทางแบบพิธีตลอดจนเงื่อนไขในทางเนื้อหาในการออกกฎอีกด้วย ทั้งนี้เพื่อให้กฎดังกล่าวเป็นกฎที่ไม่ขัดด้วยกฎหมาย อันจะทำให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎดังกล่าวเป็นการทั่วไปได้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) และวรรคสาม

๓. ตามร่างประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ กสทช. ได้อ้างแหล่งอำนาจในการประกาศจากมาตรา ๒๗ (๔) (๖) และ (๑๓) และมาตรา ๘๓ และมาตรา ๘๔ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ประกอบกับมาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ซึ่งเมื่อพิจารณามาตราต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ไม่พบว่ามาตราต่างๆ เหล่านี้สามารถเป็นฐานในการออกประกาศ กสทช. เรื่องมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ ฉบับนี้ได้ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

๓.๑ บทบัญญัติมาตรา ๒๗ (๑๓) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ทั่วไปให้แก่ กสทช. ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคมเท่านั้น หากใช้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานของการออกกฎไม่

๓.๒ บทบัญญัติมาตรา ๘๓ และมาตรา ๘๔ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ก็เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจ กสทช. กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่หรือใช้คลื่นความถี่ต้องปฏิบัติตามกว่าจะถึงกำหนดเวลาคลื่นความถี่เท่านั้น ไม่ใช่บทบัญญัติให้อำนาจ กสทช. กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้

ได้รับคลื่นความถี่หรือใช้คลื่นความถี่ต้องปฏิบัติภายหลังจากการคืนคลื่นนั้นแล้ว ดังที่ปรากฏในร่างประกาศฉบับนี้

๓.๓ บทบัญญัติมาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ว่าผู้รับใบอนุญาตจะพักหรือหยุดการให้บริการทั้งหมดหรือบางส่วนไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหาก กสทช.จะออกกฎเรื่องดังกล่าวก็ต้องเป็นกฎที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพักหรือหยุดการให้บริการทั้งหมดหรือบางส่วน อันมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการพักหรือหยุดการให้บริการ ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตจะต้องให้บริการต่อไปดังที่ปรากฏในร่างประกาศฉบับที่กำลังพิจารณาอยู่เช่นกัน

๓.๔ มาตรา ๒๗ (๔) และ (๖) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ นั้น เป็นเรื่องของการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข และค่าธรรมเนียมการอนุญาตการใช้คลื่นความถี่และการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมเท่านั้น หากใช้เป็นฐานทางกฎหมายในการให้อำนาจ กสทช. ออกกฎเกณฑ์กำหนดให้ผู้สัญญาตามสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุดลงแล้วมีหน้าที่ในการให้บริการต่อไปไม่ ดังนั้นมาตรา ๒๗ (๔) และ (๖) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ จึงไม่อาจเป็นฐานทางกฎหมายในการออกประกาศฉบับนี้ได้เช่นเดียวกัน

๔. แม้จะมีผู้ใดพยายามตีความบทบัญญัติต่างๆ ที่ กสทช.กล่าวอ้างในร่างประกาศ กสทช.เรื่องมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ ว่าเป็นฐานทางกฎหมายได้ แต่การอ้างฐานทางกฎหมายเหล่านั้นในที่สุดแล้วก็ไม่อาจเป็นไปได้อยู่ดี เนื่องจากจะขัดต่อหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากเมื่อคลื่น ๑๘๐๐ MHz ตามสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุดลงแล้วระหว่าง บมจ.กสท. และบริษัททรูมูฟ และสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุดลงแล้วระหว่าง บมจ.กสท. และบริษัทดิจิตอลโฟน ต้องกลับคืนมาเพื่อให้ กสทช.ดำเนินการจัดสรรใหม่ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น กสทช.ย่อมจะต้องนำคลื่นความถี่ดังกล่าวไปจัดสรรโดยวิธีการประมูลเท่านั้น การดำเนินการต่อคืนความถี่ที่สิ้นสุดลงตามสัญญาสัมปทานในลักษณะอื่นใดนอกจากการนำมาจัดสรรโดยวิธีการประมูล แม้จะอ้างว่าเป็นการกระทำในระยะเวลาเพียงชั่วคราวเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการ การกระทำเช่นนั้นย่อมขัดต่อกฎหมายทั้งสิ้น การอ้างการคุ้มครองผู้ใช้บริการอย่างลอยๆโดยไม่วิเคราะห์แยกแยะความเชื่อโดยสุจริตของผู้ใช้บริการในความคงอยู่ของสัญญาสัมปทานมาประกอบด้วย ย่อมไม่มีผลทำให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับฟื้นคืนมาเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไปได้

๕. นอกจากที่กล่าวมาทั้งหมดแล้ว หากพิจารณาโครงสร้างของร่างประกาศ กสทช. เรื่องมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ ประกอบกับสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุดลงแล้ว จะเห็นได้ว่าร่างประกาศ กสทช. ฉบับนี้กำหนดสิทธิหน้าที่ในความสัมพันธ์ถึงสี่เสาด้วยกัน คือ ๑) กสทช. ๒) บมจ.กสท. ๓) บริษัททรูมูฟ และ

บริษัทดิจิตอลโฟน ๔) ผู้ให้บริการคลื่น ๑๘๐๐ MHz ของบริษัททรูมูฟและบริษัทดิจิตอลโฟน หาใช้การกำหนด นิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างผู้ออกกฎกับผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎแบบปกติธรรมดาต่างๆ ไปไม่ โดย ลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าว แม้ กสทช.จะยืนยันว่าการออกประกาศนี้เป็นเพียงการกำหนดระยะเวลา คุ่มครองผู้ให้บริการเป็นการชั่วคราวต่อไปเพียงหนึ่งปีหลังจากการสิ้นสุดสัญญาสัมปทานแล้ว “เพื่อบรรเทา ความเดือดร้อนเสียหายของผู้ให้บริการที่ยังไม่อาจโยกย้ายไปยังผู้ให้บริการรายอื่นได้และเป็นการคุ้มครอง ผู้ให้บริการให้สามารถใช้บริการได้อย่างต่อเนื่อง รวมทั้งเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับการจัดการ ประมวลคลื่นความถี่และการโอนย้ายผู้ให้บริการไปสู่ผู้รับใบอนุญาตที่ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่” ก็ตาม (ข้อ ๓ ของร่างประกาศฯ) แต่โดยเนื้อแท้แล้วร่างประกาศฉบับนี้มีผลเสมือนเป็นการขยายอายุสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุด ลงแล้วออกไปอีกหนึ่งปีถึงแม้ว่าในทางรูปแบบจะดูเหมือนว่าสัญญาสัมปทานไม่มีอยู่แล้วเนื่องจากหากประกาศ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับ บมจ.กสท.และบริษัททรูมูฟ กับ บมจ.กสท.และบริษัทดิจิตอลโฟน จะยังคงมีนิติสัมพันธ์ กันต่อไปอีกภายใต้วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเดิม (คลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz) ถึงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ต้องจ่าย ค่าสัมปทานตามสัญญา แต่ก็จะต้องชำระค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ค่าธรรมเนียม เลขหมายโทรคมนาคม ค่าตอบแทนการใช้คลื่นวิทยุ ฯลฯ ซึ่งรวมแล้วน่าจะอยู่ประมาณไม่เกินร้อยละหกของ รายได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการลดค่าสัมปทานที่บริษัททรูมูฟและบริษัทดิจิตอลโฟนต้องชำระตามสัญญาสัมปทาน เดิมจากที่จะต้องจ่ายร้อยละสามสิบของรายได้ลง อันจะทำให้บริษัททั้งสองได้ประโยชน์ไปโดยปราศจากมูลอัน จะอ้างว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายได้ อนึ่ง ตามร่างประกาศฉบับนี้ยังไม่แน่ชัดว่า บมจ.กสท.จะได้รับ ประโยชน์อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์จากการยอมให้ใช้เครื่องและอุปกรณ์ของ บมจ.กสท.ในการ ให้บริการ และจะเป็นปัญหาต่อไปว่า บมจ.กสท.อาจไม่ยินยอมให้ใช้เครื่องและอุปกรณ์ตามสัญญา แต่ถ้า บมจ.กสท.ยอมให้ใช้โดยไม่มีค่าตอบแทนหรือมีค่าตอบแทนในลักษณะค่าเช่า กรณีก็ยิ่งเห็นได้ชัดขึ้นว่าร่าง ประกาศฉบับดังกล่าวมีผลเป็นการขยายระยะเวลาของนิติสัมพันธ์ระหว่างระหว่าง บมจ.กสท. และบริษัททรู มูฟ และ บมจ.กสท. และบริษัทดิจิตอลโฟน ออกไป การกระทำที่โดยเนื้อแท้แล้วมีผลเสมือนเป็นการขยาย อายุสัมปทานออกไปเช่นนี้เป็นสิ่งที่ กสทช.ไม่มีอำนาจและไม่อาจกระทำได้

๖. ในแง่ของการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรมในกิจการโทรคมนาคม กสทช.จะต้องคำนึงว่า ผู้ประกอบการในตลาดโทรคมนาคมแต่ละรายย่อมทราบล่วงหน้าก่อนแล้วว่าสัญญาสัมปทานแต่ละฉบับนั้น จะสิ้นสุดลงเมื่อใด ข้อมูลการได้มาซึ่งสิทธิในการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามสัญญาสัมปทาน และ ระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานแต่ละสัญญาเป็นข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นต่อการวางแผนทางธุรกิจและ การแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม ซึ่งหากเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรมแล้วก็จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ ผู้ใช้บริการหรือผู้บริโภค ตามหลักกฎหมายปกครอง รัฐโดยหน่วยงานที่กำกับกิจการโทรคมนาคมซึ่งก็คือ กสทช. ย่อมมีหน้าที่คุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจในประโยชน์อันเอกชนผู้ประกอบการอาจคาดหมายได้

การเปลี่ยนแปลงสภาพของข้อเท็จจริงในการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ที่มีผลเป็นฝ่าฝืนความเชื่อถือและไว้วางใจของเอกชนผู้ประกอบการโทรคมนาคม นอกจากจะไม่เอื้ออำนวย การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมแล้ว ยังจะส่งผลให้รัฐเกิดความรับผิดชอบตามมาอีกด้วย

๗. โดยอาศัยเหตุผลทั้งปวงที่ได้แสดงให้เห็นข้างต้น จึงเห็นว่า ร่างประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ หากได้รับการประกาศใช้แล้ว ย่อมจะต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๓. เนื้อหาในร่างประกาศ กสทช.ฉบับดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่า กสทช. ไม่สามารถออกประกาศในลักษณะดังกล่าวได้ ย่อมไม่มีความจำเป็น แต่อย่างใดที่จะต้องพิเคราะห์เนื้อหาของร่างประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ ต่อไปอีกว่า ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม สมควรตั้งข้อสังเกตบางประการที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาของร่าง ประกาศฉบับนี้ เพื่อประโยชน์ในการรับฟังความคิดเห็น ดังนี้

๑. ในร่างประกาศฉบับนี้ กสทช. นิยามความหมายของ “ผู้ให้บริการ” ว่า หมายความว่า ผู้ให้สัมปทานและหรือผู้รับสัมปทานเดิมตามสัญญาการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาที่สิ้นสุด ตามที่คณะกรรมการ กำหนด การกำหนดนิยามในลักษณะดังกล่าวขาดความชัดเจนแน่นอน เพราะไม่รู้ว่าจะตกลงแล้ว ผู้ให้บริการตามร่างประกาศฉบับนี้ เมื่อพิเคราะห์ถึงกรณีของสัญญาสัมปทานคลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz ที่สิ้นสุดลง หมายถึง บมจ. กสท. หรือ บริษัททรูมูฟ/บริษัทดิจิตอลโฟน หรือหมายถึงทั้ง บมจ.กสท. และบริษัททรูมูฟ/บริษัทดิจิตอลโฟน พร้อมกัน จะต้องรอให้ กสทช.มีมติกำหนดก่อน ทั้งๆที่ร่างประกาศฉบับนี้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการไว้แล้วว่ามีอะไรบ้าง แต่ปรากฏว่าตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ตามร่างประกาศนี้ก็กลับยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน

๒. ร่างประกาศฉบับนี้กำหนดหน้าที่ของบุคคลหลายคนไว้ หน้าที่ที่ได้รับการกำหนดไว้ในร่างประกาศฉบับนี้มีผลเป็นกำล่งสิทธิของบุคคล เช่น หน้าที่ของ “ผู้ให้บริการ” ที่จะต้องให้บริการต่อไปอย่างต่อเนื่อง ในกรณีที่ถือว่า บมจ.กสท. ซึ่งเป็นผู้ให้สัมปทานตามสัญญาสัมปทานที่สิ้นสุดลงมีหน้าที่ต้องให้บริการ ซึ่งเท่ากับว่า บมจ.กสท.มีหน้าที่ที่จะต้องยอมให้ใช้โครงข่าย เครื่องและอุปกรณ์ ย่อมมีปัญหาว่าหาก บมจ.กสท.ไม่ยินยอมให้ใช้ จะมีมาตรการบังคับอย่างไร หาก กสทช. บังคับให้ บมจ.กสท. ยอมให้ใช้ กรณีจะกำหนดค่าตอบแทนการใช้เครื่องและอุปกรณ์อย่างไร และ กสทช.จะอาศัยอำนาจอะไรมาบังคับให้ บมจ.กสท.ต้องยอมตาม

๓. ร่างประกาศฉบับนี้กำหนดหน้าที่บางประการไว้อย่างชัดเจนให้บุคคลผู้มีหน้าที่ตามประกาศนี้ ต้องปฏิบัติ แต่ไม่กำหนดผลของการฝ่าฝืนไว้ เช่น กำหนดให้ผู้ให้บริการไม่มีสิทธิรับผู้ขอใช้บริการรายใหม่ ให้รักษาคุณภาพการให้บริการและกำหนดค่าบริการตามประกาศที่เกี่ยวข้อง ให้ประชาสัมพันธ์แจ้งเงื่อนไขการคุ้มครอง หรือให้เร่งรัดการโอนผู้ใช้บริการ ฯลฯ ซึ่งหน้าที่ตามร่างประกาศนี้ เป็นไปได้ที่ผู้ให้บริการอาจไม่

ปฏิบัติ หรือปฏิบัติโดยไม่สมบูรณ์ เช่นนี้หากเกิดการฝ่าฝืน ไม่มีความชัดเจนว่า กสทช.จะดำเนินการบังคับอย่างไร

เมื่อพิจารณาจากแนวทางแก้ปัญหากรณีมีผู้ค้างบริการอยู่ในระบบตามสัญญาสัมปทานคลื่น ๑๘๐๐ MHz ที่สิ้นสุดลงตามร่างประกาศ กสทช. ฉบับนี้แล้ว เห็นว่า หากร่างประกาศฉบับนี้มีผลใช้บังคับกรณียอมเท่ากับ กสทช. ใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการแก้ปัญหาโดยอ้างการคุ้มครองผู้ใช้บริการ ทั้งๆ ที่ กสทช.ในฐานะองค์กรที่กำกับกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ย่อมต้องทราบตั้งแต่เข้าปฏิบัติหน้าที่แล้วว่าสัญญาสัมปทานคลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz ที่เป็นปัญหาให้ต้องพิเคราะห์นี้จะสิ้นสุดลงในวันที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๕๖ แต่ กสทช.ก็หาได้เร่งรัดดำเนินการเพื่อแก้ปัญหาไม่ คงปล่อยให้ปัญหาดังกล่าวดำเนินไปจนใกล้จะสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน จึงพยายามหาทางแก้ปัญหาโดยการอ้างการคุ้มครองผู้ใช้บริการ การอ้างเหตุดังกล่าว แม้ในด้านหนึ่งอาจมองได้ว่า กสทช.ต้องการคุ้มครองผู้บริโภคจริง แต่ในอีกด้านหนึ่งก็สามารถมองได้เช่นกันว่า กสทช.ยอมเล็งเห็นแล้วว่าหากบุคคลใดคัดค้านวิธีการแก้ปัญหาตามร่างประกาศนี้ บุคคลดังกล่าวอาจถูกกล่าวหาว่าไม่แยแสใยดีความเดือดร้อนของผู้ใช้บริการ อันจะมีผลเป็นการ “ปิดปาก” ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ปัญหาโดยวิธีการที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายนี้โดยปริยาย แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามประเด็นหนึ่งที่ กสทช.ยากที่จะอธิบายก็คือ การแก้ปัญหาตามวิธีการที่ กสทช. เสนอตามร่างประกาศนี้ จะมีผลเป็นการเอื้อประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานอย่างไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลดลงของค่า “สัมปทาน” จากร้อยละสามสิบเหลือประมาณร้อยละหก ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามสัญญาสัมปทานเดิมดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ผลจากการนี้ทำให้ กสทช. นอกจากจะสูญเสียต่อการถูกฟ้องในคดีปกครอง (การฟ้องเพิกถอนประกาศ กสทช.) แล้ว ยังสูญเสียต่อการถูกฟ้องร้องในคดีอาญาด้วย

เมื่อแนวทางแก้ปัญหาตามร่างประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายดังที่ได้แสดงให้เห็นแล้ว กสทช.ย่อมต้องหาวิธีการแก้ปัญหาในลักษณะอื่นเพื่อป้องกันการเกิดกรณี “ซิมดับ” ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งวิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมาย และเป็นวิธีการที่ดีที่สุดย่อมได้แก่ การเร่งประชาสัมพันธ์ให้ผู้ให้บริการทราบถึงการสิ้นสุดของสัญญาสัมปทานและให้ผู้ให้บริการย้ายไปใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่นในตลาดโทรคมนาคม โดยในระหว่างระยะเวลาที่เหลืออยู่อีกสองเดือนเศษนี้ กสทช.ต้องกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมขยายศักยภาพในการรับโอนผู้ใช้บริการตามสัญญาสัมปทานคลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz ที่จะสิ้นสุดให้มากที่สุด อย่างเต็มกำลังความสามารถ และต้องกระทำอย่างจริงจังโดยเสมอภาคกับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่อยู่ในตลาดโทรคมนาคมทุกราย เมื่อได้มีการประชาสัมพันธ์และดำเนินการรับโอนผู้ใช้บริการอย่างเต็มศักยภาพแล้ว หากยังมีผู้ใช้บริการค้างอยู่ในระบบเนื่องจากบุคคลนั้นไม่แสดงความจำนงย้ายไปใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่น หากเกิดกรณีซิมดับ ก็ย่อมจะต้อง

ถือว่าบุคคลนั้นมีส่วนผิดในการไม่แสดงเจตจำนงย้ายไปใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่นเอง ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าการคุ้มครองผู้ใช้บริการนั้น ระบบกฎหมายไม่สามารถคุ้มครองผู้ใช้บริการอย่างสมบูรณ์และโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ได้ แต่การคุ้มครองผู้ใช้บริการจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักการคุ้มครองความเชื่อถือนและไว้วางใจ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง เช่น ระบบกฎหมายย่อมไม่สามารถคุ้มครองผู้ใช้บริการให้ต้องใช้บริการในเทคโนโลยีเดิมตลอดไปได้ หากปรากฏว่าเทคโนโลยีนั้นทันสมัยเสียแล้ว การรักษาไว้ซึ่งบริการตามเทคโนโลยีเดิมจะมีค่าใช้จ่ายจำนวนมากซึ่งไม่อาจคาดหมายจากผู้ให้บริการที่จะต้องให้บริการในเทคโนโลยีดังกล่าวไปตลอดกาลได้ นอกจากนี้การคุ้มครองผู้ใช้บริการ โดยหลักแล้วจะต้องคุ้มครองบนฐานของการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย จะคุ้มครองบนฐานของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่

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

กล่าวโดยสรุปผู้ทำความเข้าใจ เห็นว่า กสทช.ไม่มีอำนาจในการออกประกาศตามร่างประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการฯ และเสนอให้แก้ปัญหาโดยเร่งประชาสัมพันธ์และเพิ่มขีดความสามารถในการโอนย้ายผู้ใช้บริการไปยังผู้ให้บริการรายอื่นให้เต็มศักยภาพในระยะเวลาสองเดือนเศษ ก่อนที่สัญญาสัมปทานคลื่น ๑๘๐๐ MHz ที่เป็นปัญหาอยู่นี้จะสิ้นสุดลง
