

ปัญหาทางกฎหมายกรณีการสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน 1800 MHz ระหว่าง บมจ.กสท. กับบริษัททรูมูฟ และบริษัทดิจิตอลโฟน

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การสิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทานโทรศัพท์มือถือคลื่น 1800 MHz ระหว่าง บมจ. กสท โทรคมนาคม (CAT) กับ บริษัท ทรูมูฟ จำกัด (True Move) และบริษัท ดิจิตอลโฟน จำกัด (DPC) ซึ่งจะสิ้นสุดลงในวันที่ 15 กันยายน 2556 นี้ นับว่ามีความสำคัญในทางกฎหมาย 2 ประการ ประการแรก เป็นจุดเริ่มต้นของการสิ้นสุดยุค “ระบบสัญญาสัมปทาน” ในกิจการโทรศัพท์มือถือของไทย ซึ่งระบบนี้จะดำเนินไปอีกระยะหนึ่งจนถึงปี 2561 อันเป็นช่วงเวลาที่สัญญาสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ฉบับสุดท้ายระหว่าง บมจ. กสท และ DTAC จะสิ้นสุดลง และเข้าสู่ยุค “ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม” ที่เปิดให้มีการแข่งขันกันอย่างเต็มที่เต็มความสามารถ และประการที่สอง การดำเนินการของ กสทช.เกี่ยวกับกรณีนี้ เช่น การเรียกคืนการใช้คลื่นและการนำคลื่นไปจัดสรรใหม่ จะเป็นบรรทัดฐานในการทำงานทั้งในส่วน กสทช.เองและในส่วนผู้ประกอบการกิจการทั้งของรัฐและเอกชนต่อไป ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ ผู้เขียนจึงถือโอกาสร่วมแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะในประเด็นกฎหมายที่น่าสนใจในเรื่องนี้ ดังนี้

1. ที่มาของระบบสัญญาสัมปทานในการให้ดำเนินการบริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า 1800¹

เดิมการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท หรือ CAT ปัจจุบันได้แปลงสภาพเป็น บมจ. กสท ที่มีวัตถุประสงค์ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป) เป็นตัวแทนรัฐในการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ กสท ในขณะนั้นจึงได้รับการจัดสรรคลื่น 1800 MHz จากกรมไปรษณีย์โทรเลข จำนวน 75 MHz และได้นำคลื่นความถี่ดังกล่าวไปจัดทำสัญญาสัมปทาน (Concessionaire) ในลักษณะสร้าง-โอน-ให้บริการ (Build-Transfer-Operate) กับบริษัทเอกชน 3 ราย ได้แก่ บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (DTAC) บริษัท ทรูมูฟ จำกัด (True Move) และ บริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด (DPC) เพื่อดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า ดังรายละเอียดในตาราง

¹ จากรายงานสรุปประเด็นสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน 1800 MHz ของ บริษัท ทรูมูฟ จำกัด และ บริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด โดยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย สำนักงาน กสทช.

สัญญาสัมปทาน 1800 MHz ที่กำลังจะสิ้นสุดในกรณีนี้ เป็นสัญญาสัมปทานระหว่าง CAT กับ บริษัท True Move และ บริษัท DPC เท่านั้น แต่จะเป็นบรรทัดฐานที่ กสทช.จะปฏิบัติต่อไปในกรณีที่สัญญาสัมปทานระหว่าง CAT ผู้ให้สัมปทาน กับ DTAC ผู้รับสัมปทาน และระหว่าง TOT ผู้ให้สัมปทาน กับ AIS ผู้รับสัมปทาน ซึ่งจะสิ้นสุดลงในปี พ.ศ. 2561

ตารางแสดงคลื่นความถี่ของ บมจ. กสท ที่มีการทำสัญญาสัมปทาน
เพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ 1800 (ที่มา: สำนักงาน กสทช.)

	คลื่นความถี่ที่จัดสรร				ปริมาณ ความถี่ที่ ถือ (MHz)	ระบบ/ มาตรฐาน	ผู้รับอนุญาต ให้ใช้ความถี่	ผู้ให้บริการ	หมดอายุ สัมปทาน
	ความถี่ส่ง (MHz)	ความถี่รับ (MHz)							
1	1710	1722.6	1805	1817.6	12.6	PCN 1800	CAT	True Move	ก.ย. 56
2	1722.6	1747.9	1817.6	1842.9	25.3	PCN 1800	CAT	DTAC	ก.ย. 61
3	1747.9	1760.5	1842.9	1855.5	12.6	PCN 1800	CAT	DPC	ก.ย. 56
4	1760.5	1785	1855.5	1880	24.5	PCN 1800	CAT	DTAC (สำรอง)	ก.ย. 61

โดยบริษัทเอกชนทั้ง 3 รายมีหน้าที่จัดหาเครื่องและอุปกรณ์ทั้งหมด และต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้ บมจ. กสท ก่อนเริ่มให้บริการ ระหว่างให้บริการและภายหลังสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน ทั้งนี้ บมจ. กสท ให้สิทธิแก่บริษัทนำเครื่องและอุปกรณ์ที่ได้โอนกรรมสิทธิ์ไปให้บริการแก่ประชาชนผู้ใช้บริการตลอดอายุสัญญา โดยบริษัทตกลงจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนขั้นต่ำและผลประโยชน์ตอบแทนส่วนเพิ่มเป็นรายปีให้ บมจ. กสท ตลอดอายุสัมปทาน

2. ระบบใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ก่อนที่ผู้เขียนจะวิเคราะห์ในประเด็นที่พาดหัวบทความไว้ข้างต้น จำเป็นต้องกล่าวถึงระบบการควบคุมกำกับของประเทศไทยในกิจการโทรคมนาคมในระยะเปลี่ยนผ่านเสียก่อน เพื่อให้เห็นภาพการเปลี่ยนผ่านจากระบบสัญญาสัมปทานมาสู่ระบบใบอนุญาต อันเป็นต้นตอของปัญหากฎหมายที่มุ่งหมายวิเคราะห์ต่อไป

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ใช้บังคับต่อเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แนวคิดเรื่องการจัดสรรคลื่นความถี่และการกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยก็เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ มุ่งเปิดเสรีตลาดกิจการโทรคมนาคมให้มีการแข่งขันกันเสมอภาคและเป็นธรรมทั้งในระหว่างบริษัทเอกชนด้วยกัน และระหว่างวิสาหกิจของรัฐกับบริษัทเอกชน ในแง่นี้รัฐจึงจำเป็นต้องเปลี่ยนสถานะรัฐวิสาหกิจของรัฐสองแห่งคือ การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยจากผู้ให้สิทธิการใช้คลื่น (ในรูปสัมปทาน) และกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม มาเป็นผู้ให้บริการโทรคมนาคม (Operator) รายหนึ่งเหมือนเอกชน โดยแปลงสภาพมาเป็น บมจ. กสท และ บมจ. ทีโอที ตามลำดับ การประกอบกิจการโทรคมนาคมของบริษัททั้งสองก็จะต้องได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานกำกับกิจการ (Regulator) เหมือนกับบริษัทโทรคมนาคมเอกชนทั่วไป (เจตจำนงข้อนี้ดูมาตรา 80 วรรคแรกและวรรคสอง ของพ.ร.บ. การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544)

เพื่อให้เป็นไปตามแนวคิดและเจตจำนงของรัฐธรรมนูญ รัฐได้สร้างกลไกและมาตรการทางกฎหมายเพื่อรองรับระบบใบอนุญาต ที่สำคัญได้แก่

1. จัดตั้งหน่วยงานกำกับกิจการ (Regulator) ที่เป็นอิสระขึ้นแทนกรมไปรษณีย์โทรเลขเดิม ได้แก่ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ปัจจุบันคือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ตาม พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ทำหน้าที่จัดสรร

คลื่นความถี่ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฯ ถือว่าเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 47 วรรคแรก รัฐธรรมนูญ)

ดังนั้น หากมองในแง่นี้ คลื่นความถี่จึงมิใช่ทรัพย์สินของ กสทช.เหมือนกับอาคารเครื่องมืออุปกรณ์อื่นๆ ที่ กสทช.จะใช้หรือจัดการได้อย่างอิสระในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่ กสทช.ถือและจัดสรรคลื่นความถี่ในฐานะที่ทำแทนประชาชน ดังนั้น จึงต้องจัดสรรไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฯ และตามวัตถุประสงค์ตลอดจนหลักเกณฑ์วิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งในที่นี้คือ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และ พ.ร.บ. การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

2. เพื่อคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ประกอบการที่ได้ใช้คลื่นความถี่อยู่ก่อนที่จะมีการเปิดเสรีนี้ รัฐจึงกำหนดให้มีบทเฉพาะกาลในกฎหมายเพื่อรองรับปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างช่วงเวลาเปลี่ยนผ่านจากระบบสัญญาสัมปทานมาสู่ระบบใบอนุญาต โดยบัญญัติคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของผู้รับสัมปทานเดิม (ผู้ให้บริการเอกชน ในที่นี้คือ True Move และ DPC) ให้มีสิทธิใช้คลื่นในการประกอบกิจการต่อไปได้จนกว่าจะสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน (ในที่นี้คือ 15 กันยายน 2556) ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 305 (1) และมาตรา 80 พ.ร.บ.ประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ต่อมาเมื่อมีการตรา พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ฉบับปี 2553 มาตรา 83 ประกอบมาตรา 84 จึงบัญญัติให้ กสทช. กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนซึ่งผู้ได้รับการจัดสรรหรือผู้ใช้คลื่นความถี่ต้องคืนคลื่นความถี่เพื่อนำไปจัดสรรใหม่

ควรกล่าวด้วยว่า ระยะเวลาที่ กสทช.กำหนดให้ผู้ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่หรือผู้ใช้คลื่นความถี่มีสิทธิใช้คลื่นความถี่ได้ถึงเมื่อใดหรือต้องคืนคลื่นเมื่อใดนั้น มิใช่ทำได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย 3 ประการ คือ

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า เมื่อมีกฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้โดยเฉพาะในกรณีใด กสทช.ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย จะปฏิบัติให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายไม่ได้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฯ บทเฉพาะกาล มาตรา 305 (1) ประสงค์จะคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ได้รับจัดสรรคลื่นและใช้คลื่นความถี่อยู่เดิมก่อนรัฐธรรมนูญฯใช้บังคับ ก็บัญญัติให้ผู้นั้นมีสิทธิใช้คลื่นความถี่ได้จนกว่าอายุสัมปทานหรือสัญญาจะสิ้นสุดลง ซึ่งบทเฉพาะกาล มาตรา 80 พ.ร.บ. การประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ก็บัญญัติเรื่องระยะเวลาไว้ในลักษณะเดียวกัน ในแง่นี้ กสทช.ต้องดำเนินการให้ผู้รับสัมปทานแต่ละรายใช้สิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมและใช้คลื่นความถี่ให้เป็นไปตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน จะให้สิทธิเกินกว่าที่สัญญากำหนดไม่ได้โดยเด็ดขาด

(2) หลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญฯ

(3) หลักการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและความจำเป็นของการประกอบกิจการ ตลอดจนการใช้คลื่นความถี่ (บทบัญญัติมาตรา 83 ประกอบมาตรา 84 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ) ในกรณีนี้ หมายความว่า หากผู้ใช้คลื่นความถี่อยู่เดิมก่อนกฎหมายประกาศใช้ขึ้น มีสิทธิใช้คลื่นโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาเอาไว้ ก็ให้ กสทช. จำกัดระยะเวลาการใช้คลื่นให้แน่นอนลงไป โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและความจำเป็นของการประกอบกิจการของบุคคลผู้นั้น แต่สำหรับผู้รับสัมปทานเป็นกรณีที่แตกต่างกันออกไป กสทช.ไม่อาจนำเอามาตรา 83 วรรคท้าย มาอนุโลมใช้กับกรณีนี้ได้ เพราะระยะเวลาของสิทธิในการใช้คลื่นของผู้รับสัมปทานถูกกำหนดไว้แน่นอนแล้วตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายตามที่กล่าวมาในข้อ (1) คือสิ้นสุดเมื่อสัญญา

สัมปทานสิ้นสุดผล และก็ไม่มียกเว้นบัญญัติกฎหมายใดให้อำนาจแก่ กสทช. ย่นหรือขยายสิทธิในการประกอบกิจการของผู้รับสัมปทานที่อยู่ภายใต้บังคับ “บทเฉพาะกาล” ได้ เพราะหากให้อำนาจย่นหรือขยายระยะเวลาได้ บทเฉพาะกาลก็จะไม่ใช่บทเฉพาะกาลอีกต่อไป และอาจส่งผลให้มีการนำบทเฉพาะกาลมาใช้แทนบทหลักของกฎหมายได้ ดังนั้น กสทช. ย่อมมีหน้าที่บังคับให้ผู้รับสัมปทานหยุดใช้คลื่นความถี่เมื่อสิ้นสุดอายุการให้สัมปทาน เพื่อนำมาจัดสรรใหม่แก่ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ต่อไป

อนึ่ง ที่กฎหมายบัญญัติให้ กสทช. กำหนดระยะเวลาคืนคลื่นความถี่ในแผนแม่บทบริหารคลื่นความถี่ฯ นั้น เป็นแต่เพียงเรื่องที่กฎหมายประสงค์ให้ กสทช. ประกาศระยะเวลาคืนคลื่นความถี่ให้ชัดเจนเท่านั้น (มาตรา 84 วรรคท้าย พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ประกอบกับยุทธศาสตร์ในแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ข้อ 8.2) แต่ไม่ได้หมายความว่ามาตราดังกล่าวจะสามารถนำมาอ้างเพื่อให้อำนาจแก่ กสทช. ขยายระยะเวลาใช้คลื่นหรือระยะเวลาประกอบกิจการโทรคมนาคมของผู้รับสัมปทานออกไปอีกได้

3. วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายในกรณีที่สัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ. กสท กับ True Move และ DPC สิ้นสุดลง สิทธิถือครองและใช้คลื่นความถี่ 1800 MHz จะกลับไปสู่ บมจ.กสท ได้อีกหรือไม่

ในช่วงการเปลี่ยนผ่าน หลักการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของผู้ได้รับจัดสรรคลื่นและใช้คลื่นความถี่เดิมย่อมเรียกร้องให้รัฐจัดมาตรการคุ้มครองสิทธิและการใช้ประโยชน์ดังกล่าว ในบทเฉพาะกาล มาตรา 79 และ 80 ของ พ.ร.บ.การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 ได้กำหนดให้คณะกรรมการเวลานั้น ดำเนินการออกใบอนุญาตให้กับการสื่อสารแห่งประเทศไทย (ต่อมาคือ บมจ.กสท) และอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ได้ตามมาตรา 84 ของ พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ซึ่งใบอนุญาตที่ได้รับมีอายุตั้งแต่ 4 สิงหาคม 2548 ถึง 3 สิงหาคม 2568 เป็นเวลา 20 ปี และมีระยะเวลาการใช้คลื่นความถี่ที่ตนเองใช้ประกอบกิจการอยู่จนถึงระยะเวลาสิ้นสุดใบอนุญาต

แต่ในส่วนผู้รับสัมปทานนั้น มาตรา 80 พ.ร.บ.การประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ บัญญัติว่า “ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของการสื่อสารแห่งประเทศไทย....ถ้าหน่วยงานดังกล่าวได้มีการอนุญาตสัมปทานหรือสัญญาแก่ผู้ใดเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ผู้ได้รับ....สัมปทานผู้นั้นยังคงมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับ....สัมปทานต่อไปจนกว่าการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง” ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 305 (1) ดังกล่าวแล้ว

หมายความว่าในขณะที่ตรารัฐธรรมนูญและกฎหมายการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ใช้คลื่น 1800 ในการให้บริการตามสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ หากไม่มีบทเฉพาะกาลบัญญัติคุ้มครองสิทธิไว้ ก็เท่ากับว่ารัฐบังคับเรียกคืนคลื่นความถี่ทันทีและยกเลิกสัญญาสัมปทาน อันถือเสมือนเป็นการยึดทรัพย์สินผู้ประกอบการ (confiscation) ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฯ อีกทั้งไม่เป็นธรรมต่อผู้รับสัมปทานที่ได้ลงทุนไปแล้วจำนวนมาก รัฐธรรมนูญและกฎหมายจึงได้บัญญัติบทเฉพาะกาลให้ความคุ้มครองผู้รับสัมปทานในระหว่างเวลานั้นที่จะสามารถใช้คลื่นความถี่ต่อไปได้จนกว่าสัมปทานสิ้นสุดลง ในแง่นี้บทเฉพาะกาลไม่ได้มุ่งคุ้มครอง บมจ.กสท ในส่วนที่เกี่ยวกับคลื่นความถี่ที่นำออกให้สัมปทานไปแล้วในวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ เว้นแต่สิทธิหน้าที่และประโยชน์ที่ได้รับตามสัญญาสัมปทาน เมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง อำนาจคุ้มครองของกฎหมายตามบทเฉพาะกาลก็สิ้นสุดลงไปด้วย และเมื่ออำนาจคุ้มครองตามบทเฉพาะกาลสิ้นสุดลง ก็ต้องนำบทหลักของกฎหมายมาใช้บังคับต่อไป กล่าวคือ คลื่นความถี่ตกเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์

สาธารณะ “โดยอัตโนมัติ” ตามบทบัญญัติมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญและต้องนำไปจัดสรรตามมาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ

นอกจากนี้ พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ มีความมุ่งหมายให้ กสทช.เป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่แทนกรมไปรษณีย์โทรเลขเดิม และให้ทำหน้าที่ควบคุมกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมแทนการสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยที่แปลงสภาพจากองค์กรผู้ให้สิทธิและกำกับสัญญาสัมปทานมาเป็นผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมธรรมดา สถานะของ บมจ.กสท ตามบทบัญญัติมาตรา 83 และ 84 พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ จึงเป็นแต่เพียงผู้ได้รับจัดสรรคลื่น และได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยผลของบทเฉพาะกาลของกฎหมายเช่นเดียวกับผู้รับสัมปทานอื่น ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการเปลี่ยนผ่านจากระบบสัญญาสัมปทานไปสู่ระบบใบอนุญาต บมจ. กสท จึงไม่มีสิทธิอ้างเพื่อถือครองและใช้คลื่นความถี่ 1800 อีกต่อไป เพราะในขณะที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมาย กสท. ก็ไม่ได้ให้บริการโดยใช้คลื่นความถี่ 1800 อยู่แล้ว อีกทั้งในขณะนั้น กสท. ก็ไม่ใช่เอกชนและไม่ได้มีการลงทุนใดๆ เพื่อใช้คลื่นความถี่นั้นในการให้บริการ กสท. จึงไม่ได้มีสิทธิใดๆ ที่กฎหมายและรัฐธรรมนูญจะต้องให้การคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษ

ดังนั้น เมื่อ พ.ร.บ.การประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ และ พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ประกาศใช้บังคับแล้ว หากจะวินิจฉัยว่า บมจ. กสท กลับเป็นผู้มีสิทธิถือครองและใช้ (หรือรวมไปถึงให้สิทธิผู้อื่นใช้) คลื่นความถี่ 1800 MHz ได้อีกภายหลังจากสัญญาสัมปทานระหว่าง บมจ. กสท กับ True Move และ DPC สิ้นสุดลง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการจัดสรรคลื่น จะเป็นการทำลายหลักการของรัฐธรรมนูญและกฎหมายการประกอบกิจการโทรคมนาคมลงโดยสิ้นเชิง และจะส่งผลให้เป็นการทำลาย “ระบบใบอนุญาต” อันเป็นหัวใจของการเปิดเสรีตลาดกิจการโทรคมนาคมของไทยลงอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเท่ากับว่าคลื่นความถี่จำนวนมากจะกลับไปอยู่ในการครอบครองของรัฐวิสาหกิจทั้งหลายภายหลังเมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงและ กสทช.ก็จะไม่สามารถรวบรวมคลื่นความถี่นำออกจัดสรรได้

4. วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายในกรณีที่ กสทช. อนุญาตให้บริษัท True Move หรือบริษัท DPC ได้สิทธิใช้คลื่นความถี่ 1800 MHz ต่อไปเป็นการชั่วคราวภายหลังสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงได้หรือไม่

จากการติดตามข่าวคราว² ดูเหมือนว่า กสทช. โดย กทค.จะตัดสินใจไปในแนวทางที่อนุญาตให้บริษัท True Move และ DPC ได้สิทธิใช้คลื่นดังกล่าวต่อไปอีกระยะเวลาหนึ่งเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ในฐานะ “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการเปลี่ยนผ่านจากระบบสัมปทานไปสู่ระบบการออกใบอนุญาต”³ เพื่อ “เป็นการคุ้มครองผู้บริโภค เห็นควรกำหนดมาตรการเพื่อมิให้ผู้ให้บริการได้รับผลกระทบทั้ง

² อ้างจาก <http://newsite.adslthailand.com/news/กทค-ยันสิทธิใช้คลื่น-cat-ต่อ> ลงวันที่ ๒๐/๐๓/๒๐๑๓;

<http://newsite.adslthailand.com/news/ประมูลคลื่น-1800-ด่วน-แก้ปัญหา/> ลงวันที่ ๑๓/๐๓/๒๐๑๓;

http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1362120337&grpid=03&catid=06&subcatid=0600 ลงวันที่ ๑/๐๓/๒๕๕๖

³ <http://newsite.adslthailand.com/news/กทค-ยันสิทธิใช้คลื่น-cat-> ลงวันที่ ๒๐/๐๓/๒๐๑๓

ในช่วงก่อนสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงและในช่วงสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงแล้ว โดยให้มีการให้บริการสำหรับ ผู้ใช้บริการที่ยังเหลือค้างอยู่ในระบบเมื่อสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลง”⁴

โดยสรุป เหตุผลของ กสทช. ก็คือ เพื่อให้การบริการที่บริษัทเอกชนทั้งสองจัดบริการให้แก่ ประชาชนผู้บริโภคจำนวน 18 ล้านคนอยู่ขณะนี้มีความต่อเนื่องไม่ขาดตอน ซึ่งหากไม่ใช้มาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวนี้อาจเกิดกรณี “ซิมดับ” ได้

มีคำถามชวนให้ขบคิดทันทีว่าการตัดสินใจเช่นนี้ (ถ้าหากเกิดขึ้นจริง) ของ กสทช. ถูกต้องชอบ ด้วยกฎหมายหรือไม่ มีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นวามติของ กสทช. โดย กทค. ใน ลักษณะที่กล่าวมานี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุผลอย่างน้อย 3 ประการ

(1) คลื่นความถี่เป็นทรัพยากรของประชาชนไทยทุกคน มิใช่ทรัพย์สินของ กสทช. กสทช. มีหน้าที่ จัดสรรคลื่นและกำกับการใช้คลื่นให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ตลอดจนตาม หลักเกณฑ์วิธีการที่กฎหมายบัญญัติ เมื่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติให้ผู้รับสัมปทานสามารถประกอบ กิจการโทรคมนาคมต่อไปได้จนถึงวันที่สัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงเท่านั้น อันเป็นการอนุญาต “เฉพาะกาล” โดย บทเฉพาะกาลในมาตรา 80 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ ตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งย่อม หมายความว่าระยะเวลาหลังจากนั้น หากจะมีการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการต่อไป ก็ ต้องปฏิบัติตามมาตรา 7 และ 10 ของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการโทรคมนาคมฯ กล่าวคือ ผู้ใดประสงค์จะ ประกอบกิจการโทรคมนาคมและใช้คลื่นความถี่ ต้องขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมและต้อง ได้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ตาม พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ นอกจากนี้ มาตรา 45 ของ พ.ร.บ. ฉบับ นี้บัญญัติว่า การขอรับใบอนุญาตใช้คลื่นความถี่ จะต้อง “ดำเนินการโดยวิธีการประมูล” เท่านั้น

สมควรกล่าวด้วยว่า กสทช. เองก็ได้กำหนดระยะเวลาคลื่นความถี่ที่แน่นอนตามมาตรา 84 วรรคสี่ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ แล้ว โดยกำหนดไว้ในแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ว่า สิทธิ การใช้คลื่นความถี่ของผู้ที่ได้รับจัดสรรคลื่นตามบทเฉพาะกาล ให้สิ้นสุดลงตามสัญญาสัมปทาน แผนแม่บทฯ ย่อมมีผลผูกพัน กสทช. ตามหลักกฎหมายที่ว่าฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกพันในกฎเกณฑ์ที่ตนเองเป็นผู้ตราขึ้น อนึ่ง แม้ว่า กสทช. จะมีอำนาจแก้ไขแผนแม่บทบริหารคลื่นความถี่ฯ ได้ แต่หาก กสทช. ใช้อำนาจนั้นเพื่อขยาย ระยะเวลาการประกอบกิจการของผู้รับสัมปทานรายใดรายหนึ่งออกไปโดยไม่ต้องมีใบอนุญาตและไม่มีการ ประมูล การกระทำของ กสทช. จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญ อีกทั้งจะเท่ากับเป็นการ แก้ไขเพื่อประโยชน์ของผู้รับสัมปทานที่ระบุตัวได้โดยเฉพาะ ซึ่งไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายปกครอง เพราะ มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่ากฎหมายอนุญาตให้ กสทช. ใช้อำนาจจัดสรรคลื่นความถี่และให้บุคคลใช้คลื่นความถี่โดย วิธีการอย่างอื่นโดยอำเภอใจ ซึ่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ มิได้มุ่งหมายเช่นนั้น กสทช. ไม่สามารถ อนุญาตให้ผู้ประกอบกิจการรายใดได้รับการจัดสรรคลื่นและใช้คลื่นความถี่โดยวิธีการอื่นที่มีได้กำหนดไว้ใน กฎหมายได้ ไม่ว่าเป็นการชั่วคราวหรือถาวร ตามหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ดังนั้น เมื่อได้รับคลื่น สิ้น มาแล้ว กสทช. ต้องนำคลื่นความถี่นั้นไปจัดสรรใหม่ “โดยวิธีการประมูล” ตามมาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์กร จัดสรรคลื่นความถี่ฯ

(2) ที่ กสทช. มีแนวคิดที่จะสร้างมาตรการชั่วคราวในลักษณะดังกล่าวมาใช้ด้วยเหตุผลเพื่อ คุ้มครองผู้บริโภค 18 ล้านรายนั้น โดยเจตนาแม้จะทำเพื่อผู้ให้บริการและโดยอำนาจหน้าที่จำเป็นต้องกระทำ แต่อย่างไรก็ตาม ในหลักความชอบด้วยกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น นอกจากจุดมุ่งหมายถูกต้อง

⁴ เพิ่งอ้าง

วิธีการต้องถูกต้องด้วย ในที่นี้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวแม้ดูเหมือนมีจุดมุ่งหมายที่ถูกต้อง แต่วิธีการซึ่งเป็นเสมือนการอนุญาตให้บริษัท True Move และบริษัท DPC ได้ใช้คลื่นความถี่ต่อไปโดยไม่ต้องประมูลนั้น เห็นว่าไม่ถูกต้อง เพราะนอกจากบริษัททั้งสองไม่ต้องจ่ายค่าประมูลคลื่นความถี่ในระหว่างเวลาในมาตรการชั่วคราวแล้ว ยังไม่มีเส้นทางว่า กสทช.จะคิดค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมและค่าธรรมเนียมอื่นๆ ใดๆที่จะเป็นการป้องกันมิให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการได้ เพราะหากบริษัท True Move หรือบริษัท DPC ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่และใช้คลื่นความถี่ 1800 จริงบริษัทดังกล่าวจะมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมใบอนุญาตและค่าอื่นๆ ให้แก่ กสทช. รวมแล้วเพียง 5.25% ของรายได้ ซึ่งเป็นอัตราที่ถูกลงมาก ในขณะที่คู่แข่งซึ่งเป็นผู้ประกอบการตามสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมรายอื่นต้องจ่ายในอัตราร้อยถึง 20-30% จะเห็นว่าวิธีการแก้ไขปัญหแบบนี้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความได้เปรียบเสียเปรียบในการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคม ซึ่ง กสทช.ในฐานะหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องประกันสิทธิเสรีภาพประการนี้ของบุคคล (มาตรา 43 รัฐธรรมนูญ) โดยการกำกับให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม (มาตรา 84 (5) รัฐธรรมนูญ)

(3) ที่ กสทช.รู้สึกว่าจะจำเป็นต้องสร้างมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคโดยอนุญาตให้บริษัทตามสัญญาเดิมให้บริการต่อไปได้อีก 1 ปีนั้น แท้จริงแล้วไม่ใช่วิธีการที่จำเป็นและไม่ใช่วิธีการเพียงหนทางเดียวที่จะกระทำให้บริการสาธารณะมีความต่อเนื่องได้ กล่าวได้ว่าขัดต่อหลักความจำเป็นซึ่งเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง เพราะในตลาดยังมีผู้ประกอบการรายอื่นๆ อีกมากที่สามารถให้บริการผู้บริโภคส่วนนี้ได้ดูๆ เดียวกัน ผู้ใช้บริการสามารถเลือกย้ายค่ายผู้ให้บริการแม้การย้ายจะมีค่าใช้จ่ายอยู่บ้าง แต่ก็เป็นเรื่องที่ กสทช. จะกำหนดให้ True Move และ DPC จะต้องหามาตรการบรรเทาต่อไป อันเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมนี้ในภาพรวมน้อยกว่ามาตรการที่เลือก ดังนั้น การอ้างความจำเป็นกรณีนี้โดยอาศัยเหตุผลว่างานบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่องจึงไม่เป็นความจริง และหากอ้างเช่นนั้นได้ ก็จะเป็นบรรทัดฐานให้แก่ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะในอุตสาหกรรมอื่นๆ ต่อไปในอนาคต

โดยสรุปในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าหลังสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน คลื่นความถี่จะต้องตกเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะอันต้องนำไปประมูล ไม่อาจกลับไปเป็นของ บมจ. กสท และ กสทช.ก็ไม่อาจใช้มาตรการที่เรียกว่า “มาตรการคุ้มครองชั่วคราว” อนุญาตให้บริษัท True Move และ DPC ได้สิทธิใช้คลื่นความถี่ 1800 MHz ต่อไปภายหลังสัญญาสัมปทานกับ บจม. กสท สิ้นสุดลงได้ การทำให้ระบบใบอนุญาตไร้ผลก็ดี การไม่เคารพหลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมก็ดี และการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายโดยองค์การกำกับกิจการนั้นเองก็ดี ท้ายที่สุดคือการทำให้การปฏิรูปกิจการโทรคมนาคมของไทยถอยหลังลงคลองนั่นเอง
