

## จดหมายเหตุกฎหมายปกครอง

เรื่อง คำสั่งศาลปกครองที่ให้ระงับการประมูลคลื่นความถี่ 3G ไว้อชั่วคราว (ตอนที่ ๒ (จบ))<sup>1</sup>

ดร. รวีพันธ์ พิทักษ์ชาติวงศ์<sup>2</sup>

ความเดิมในตอนที่แล้วได้ชี้ให้เห็นว่าศาลปกครองไม่ควรรับฟ้องคดีที่ บมจ กสท ได้ยื่นฟ้อง กทช. เพื่อให้ศาลเพิกถอนประกาศ 3G ทั้งฉบับในข้อหาที่ว่า กทช. ไม่มีอำนาจจัดสรรคลื่นความถี่ 2.1 Ghz ซึ่งอันที่จริงแล้ว หากศาลปกครองกลางไม่รับฟ้อง ก็จะไม่มีการทุเลาการบังคับตามประกาศ 3G และการประมูลก็จะเดินหน้าต่อไปได้

แต่แม้ศาลจะรับฟ้องไว้พิจารณา ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 72 ได้จำกัดอำนาจศาลในการทุเลากฎหมายปกครองไว้ว่าศาลจะทุเลาการบังคับตามกฎหมายได้ต่อเมื่อ

- กฎทางปกครองที่ฟ้องร้องนั้น “น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย”<sup>3</sup> และ
- การให้กฎดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลัง และ
- การทุเลากฎไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือบริการสาธารณะ

1 เพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใจ บทความนี้จึงใช้ภาษาที่เข้าใจง่ายและบางครั้งก็เป็นภาษาพูดทั่วไป และจะกล่าวถึงรายละเอียดหลักกฎหมายเฉพาะเท่าที่จำเป็น และขอขอบพระคุณ คุณสมลักษณ์ สัจจากินันท์ และคุณศุภสิริ คงเจริญ ที่ได้ช่วยให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์และตรวจทานคำผิดต่างๆ ทำให้บทความ (ที่จัดทำในเวลาอันจำกัด) นี้สมบูรณ์ขึ้น

2 ปริญญาเอกกฎหมายมหาชน (Docteur en droit public) - เกียรตินิยมสูงสุด โดยมติเอกฉันท์ของคณาจารย์พร้อมสิทธิในการเผยแพร่งาน (มหาวิทยาลัย Strasbourg III ฝรั่งเศส), ปริญญาโท (DEA) กฎหมายประชาคมยุโรป และ Certificat des études européennes (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัย Strasbourg III, นิติศาสตร์บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง (เหรียญรางวัล) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 296/2551 ศาลจะทุเลาคำสั่งทางปกครองไม่ได้หากยังไม่อาจถือได้ว่าคำสั่งดังกล่าว “น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

องค์ประกอบทั้งสามนี้ จะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้

## 1.2. ประกาศ 3G ทั้งฉบับ “น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย” หรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าประกาศ 3G “ทั้งฉบับ” น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุว่า ยังไม่มีจัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และตารางฯ ตลอดจนคณะกรรมการร่วมก็ยังไม่ได้จัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ต่อไปนี้อธิบายเรียกว่า กิจการกระจายเสียงฯ) และกิจการโทรคมนาคม<sup>4</sup>

ความเห็นของศาลในประเด็นนี้มีข้อนำกังขาหลายประการ

**ประการแรก** การที่ศาลกล่าวเช่นนี้ เท่ากับว่าได้ตัดสินประเด็นพิพาทสำคัญแห่งคดีแล้ว<sup>5</sup> ซึ่งไม่ใช่วิสัยของการทำคำสั่งกำหนดมาตรการ “ชั่วคราว” “ก่อน” การพิพาทฯ อีกทั้งสมมุติว่าในอีกหลายปีต่อมา เมื่อคดีถึงที่สุด และปรากฏว่า กทช. เป็นฝ่ายชนะคดี กล่าวคือ มีอำนาจในการจัดการประมุขคลื่นความถี่ แต่ผลแห่งคดีก็จะมีประโยชน์ใดๆ แก่ กทช. อีกแล้วทั้งสิ้น เพราะ กทช. ไม่อาจจัดประมุขคลื่นความถี่ 2.1 Ghz โดยใช้ประกาศ 3G ที่พิพาทได้อีกต่อไป กทช. จะต้องยกเลิกประกาศ 3G และจัดทำประกาศฉบับใหม่ ทั้งนี้ เพราะตลาดโทรคมนาคมย่อมเปลี่ยนแปลงไปหมดแล้ว ยกตัวอย่างเช่น ราคาอุปกรณ์โครงข่าย เป็นต้น ดังนั้น จึงกลายเป็นว่าจะต้องมีการทำการศึกษาปัจจัยต่างๆ กันใหม่ เช่น ตัวเลขราคาประมูลขั้นต่ำ ฯลฯ หรือ

<sup>4</sup> ศาลกล่าวว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (กทช.) จะดำเนินการตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง (1) (3) (4) และ (5) แห่งพรบ. องค์การจัดสรรฯ ได้ต่อเมื่อ “มีการจัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และตารางฯ ตลอดจนคณะกรรมการร่วมต้องได้จัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์และกิจการวิทยุโทรคมนาคมแล้ว” ศาลจึงสรุปว่า “การกำหนดนโยบายและจัดทำแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมและแผนความถี่วิทยุของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ การออกประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงน่าจะ ‘ไม่ชอบด้วยกฎหมาย’”

<sup>5</sup> เพราะศาลได้สรุปแล้วว่า โดยผลของมาตรา 63 และ มาตรา 64 แห่งพรบ. องค์การจัดสรรฯ หากไม่มีแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ฯ และตารางฯ ตลอดจน การจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างกิจการกระจายเสียงฯ และกิจการโทรคมนาคม กทช. จะจัดทำแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมและแผนความถี่วิทยุไม่ได้ ซึ่งเป็นประเด็นที่มีการพิพาทกัน การวินิจฉัยเรื่องนี้ในขณะทำคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎ ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักสำคัญที่ว่าศาลจะทุเลาการบังคับตามกฎให้มีผลเท่ากับเป็นการตัดสินประเด็นแห่งคดีหรือทำให้อีกฝ่ายหนึ่งชนะคดีไปโดยปริยายแล้วไม่ได้

อาจจะไม่มีการประมุทอีกเลย เพราะความไม่คุ้มค่าในการลงทุนในเทคโนโลยีดังกล่าวอีกต่อไป คำสั่งศาลปกครองสูงสุดจึงเป็นการปกป้องผู้ฟ้องคดีอย่างเด็ดขาดแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งไม่ใช่วิสัยของการทำคำสั่งกำหนดมาตรการ “ชั่วคราว” “ก่อน” การพิพากษา ศาลในต่างประเทศ เช่น ศาลประชาคมยุโรปได้เคารพหลักเกณฑ์นี้อย่างเคร่งครัดเสมอมา กล่าวคือ จะไม่ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่จะเป็นการชี้ขาดคดีไปก่อนในตัวและศาลประชาคมยุโรปก็จะไม่ทุเลาการกระทำทางปกครองหากการทุเลานั้นจะทำให้คำพิพากษาในชั้นท้ายที่สุดของศาลไม่มีประโยชน์อีกต่อไป<sup>6</sup>

**ประการที่สอง** การที่ศาลกล่าวว่า โดยผลของมาตรา 63 และ 64 พรบ องค์การจัดสรรคดีความถึงกทข ไม่อาจจัดทำนโยบายหรือแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคม<sup>7</sup>และแผนความถี่วิทยุได้ น่าจะเป็นการตีความกฎหมายที่มีปัญหาอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่าการตีความกฎหมายของศาลปกครองสูงสุดเช่นนี้ย่อมจะก่อให้เกิดผลประหลาดและไม่เป็นธรรม เพราะเท่ากับตีความว่าตราบใดที่ยังไม่มีการจัดทำแผนแม่บทบริหารคลื่นความถี่ (โดยคณะกรรมการร่วม) กทข. ก็มีสิทธิโดยชอบที่จะปฏิเสธไม่ดำเนินการใดๆ ด้านกิจการโทรคมนาคมก็ได้ เช่น กทข สามารถปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคมและไม่ออกใบ

---

<sup>6</sup> กล่าวคือ หากการทุเลาจะมีผลเป็นการชี้ขาดประเด็นพิพาทในคดี ศาลก็จะปฏิเสธไม่ทุเลาหรือคำสั่งทางปกครอง โดยศาลกล่าวว่า “3 EN VERTU D ' UNE JURISPRUDENCE CONSTANTE DE LA COUR , DES MESURES DE CE GENRE PEUVENT ETRE ACCORDEES PAR LE JUGE DES REFERES S ' IL EST ETABLI QUE LEUR OCTROI EST JUSTIFIE A PREMIERE VUE EN FAIT ET EN DROIT ( FUMUS BONI JURIS ) ; SI ELLES SONT URGENTES , EN CE SENS QU ' IL EST NECESSAIRE , POUR EVITER UN **PREJUDICE GRAVE ET IRREPARABLE** , QU ' ELLES SOIENT EDICTEES ET SORTENT LEURS EFFETS DES AVANT LA DECISION SUR LE RECOURS EN ANNULATION ; ENFIN , SI ELLES SONT **PROVISOIRES** , C ' EST-A-DIRE QU ' ELLES NE PREJUGENT PAS LA DECISION AU FOND ET QU ' ELLES NE DECIDENT PAS DEJA DES **POINTS DE DROIT OU DE FAIT EN LITIGE** , NI NE NEUTRALISENT PAR AVANCE LES **CONSEQUENCES DE LA DECISION A RENDRE ULTERIEUREMENT AU PRINCIPAL** (โปรดดู Ordonnance du Président de la troisième chambre de la Cour du 13 décembre 1984, คดี Corrado Fabbro et autres contre Commission des Communautés européennes. Fonctionnaire - Sursis à l'exécution, affaire 269/84 R., Rec.1984, p.4333)

<sup>7</sup> เพื่อความรวบรัด คำว่า”นโยบายและแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคม”ที่ศาลกล่าวถึงนั้น บทความนี้จะใช้คำว่า “แผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม” เพียงคำเดียวแทน

อนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ให้แก่เอกชนได้ และจะไม่”ต่อไปอนุญาต “ดังกล่าวให้แก่เอกชนก็ได้ โดยเหตุผลว่า “ยังไม่มีแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคม” (โดยชอบด้วยกฎหมาย) และกทช.ก็ไม้อาจจัดทำแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคมได้ (โดยชอบด้วยกฎหมาย) เพราะไม่มี “แผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และตารางฯ” (ซึ่งไม่ใช่ความผิดของกทช.)<sup>8</sup> การตีความดังนี้ จะทำให้การบริหารราชการเดินหน้าไปไม่ได้และข้อม

---

8 มาตรา 51 พรบ. องค์การจัดสรรบัญชีถี่ให้ กทช. “มีหน้าที่” จัดทำแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคม “ให้สอดคล้องกับ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และตารางฯ” ซึ่งน่าจะเป็นสาเหตุที่ทำให้ศาลปกครองสูงสุดเห็นไปว่าหากไม่มีแผนแม่บทหรือตารางฯแล้ว กทช.ก็ข้อมจะใช้อำนาจตามมาตรา 51(1) ไม่ได้นั่นเอง แต่หากศาลตีความคำว่า “ให้สอดคล้อง”เช่นนั้น ก็จะเท่ากับว่ากทช. จะดำเนินการใดๆในกิจการ โทรคมนาคมไม่ได้เลยตราบใดที่ยังไม่มีการจัดทำแผนแม่บทบริหารคลื่นความถี่

ทั้งนี้เพราะมาตรา 64 ก็บัญญัติโดยใช้คำในลักษณะเดียวกันกับคำว่า “ให้สอดคล้อง” กล่าวคือ แผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ถูกกำหนดให้ใช้เป็น “แนวทาง” ในการดำเนินงานด้านกิจการ โทรคมนาคมทุกอย่างด้วย รวมทั้งการใช้เป็นแนวทางในการจัดทำแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคม (ซึ่งแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคมนี้ก็จะใช้เป็น “แนวทาง” ในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคมอีกต่อหนึ่งด้วยตามมาตรา 8 พรบ. การประกอบกิจการ โทรคมนาคม) การตีความของศาลปกครองสูงสุดจึงได้ผลอันไม่สอดคล้องกับระบบและไม่น่าจะถูกต้อง

หากพิจารณาจากวลยลักษณะอักษรของกฎหมาย ก็จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้บัญญัติว่า ให้กทช. จัดทำแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคมและแผนความถี่วิทยุ “ต่อเมื่อ” มีแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และตารางฯ

ดังนั้น การตีความกฎหมายในทางที่ให้กฎหมายมีผลตรงกับวัตถุประสงค์ของระบบกฎหมายมหาชน “ทั้งระบบ” มากกว่าก็น่าจะต้องตีความว่า กฎหมายกำหนดให้เรื่องดังกล่าวเป็นสิ่งที่ควบคุมอำนาจดุลยพินิจของ กทช. แต่ไม่ใช่เงื่อนไข กล่าวคือ กทช.จะต้องไม่ใช่ดุลยพินิจขัดแย้งกับแผนแม่บทบริหารคลื่นความถี่และตารางฯและการจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างสองกิจการ (ถ้าหากมี)

ดังนั้น จึงต้องตีความว่า แม้แผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคมจะเป็นแนวทางในการดำเนินงานด้านกิจการ โทรคมนาคม (กล่าวคือ ต้องดำเนินงานให้สอดคล้องกัน) แต่ไม่ใช่ว่าหากไม่มีแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคมแล้ว จะถือว่า กทช. ไม่ต้องดำเนินการอะไรเลย ด้วยเหตุนี้ จึงต้องตีความถ้อยคำในมาตรา 51(1) ที่บัญญัติว่า กทช. จะต้องจัดทำแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคม “ให้สอดคล้อง” กับแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ ฯลฯ หรือ ในมาตรา 64 ที่ว่าแผนแม่บทกิจการ โทรคมนาคมถือเป็น “แนวทาง” ในการดำเนินกิจการ โทรคมนาคม รวมทั้ง คำลักษณะเดียวกันในมาตรา 8 พรบ. การ

เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร อันขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการจัดตั้ง กทช.<sup>9</sup>

จึงน่าคิดว่ากฎหมายคงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความสำคัญแก่แผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่หรือแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมหรือตารางฯ ในลักษณะนั้น

วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้มีแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่หรือแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมหรือตารางฯ นั้นน่าจะเป็นไปเพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการปฏิบัติการกิจของ กทช. และทำให้การบริหารราชการเป็นไปโดยราบรื่นสอดคล้องต้องกันและมีเป้าหมายชัดเจน ทั้งนี้ ตามหลักการบริหารราชการที่ดีเท่านั้น แต่ต้องไม่ถึงกับเป็นเหตุทางกฎหมายที่จะทำให้ระบบเป็นอัมพาต โดยอัตโนมัติ

ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 9 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ก็บัญญัติว่า “การบริหารราชการเพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ ให้ส่วนราชการปฏิบัติ ดังนี้ (1) ก่อนจะดำเนินการตามภารกิจใด ส่วนราชการต้องจัดทำแผนปฏิบัติราชการไว้ล่วงหน้า”

คำถามคือ หากส่วนราชการใดไม่ทำแผนปฏิบัติราชการดังกล่าว จะถือว่าไม่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการกิจนั้นๆ เลยหรือไม่ คำตอบก็คือ ไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น เพราะถ้าตีความเช่นนั้น การบริหารราชการก็จะเป็นอัมพาต<sup>10</sup> จึงต้องตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ว่า การที่กฎหมายกำหนดเช่นนั้น ก็เพื่อให้การปฏิบัติประกอบกิจการโทรคมนาคม ว่าข้อมหมายถึงเพียงว่าแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ที่ดี ตารางฯ ก็ดี การจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างกิจการทั้งสองก็ดี โดยกฎหมายแล้ว ไม่ใช่เป็นเงื่อนไขของการมีและใช้อำนาจออกใบอนุญาตของ กทช. เพียงแต่ในกรณีที่กทช. จะให้ใบอนุญาต การให้ใบอนุญาตก็ต้องเป็นไปตามแนวทางในแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม ฯลฯ เท่านั้น จะขัดแย้งไม่ได้

#### 9 มาตรา 29 รัฐธรรมนูญ

10 ในทำนองเดียวกัน หากจะเปรียบเทียบให้เข้าใจง่ายๆ อีกก็คือ สมมุติว่าหากกฎหมายกำหนดให้การซื้อของต่างๆ ของรัฐบาลต้องสอดคล้องกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ แต่สมมุติอีกว่าระเบียบดังกล่าวถูกศาลเพิกถอนในข้อหาว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำถามคือ เมื่อไม่มีระเบียบฯ แล้ว รัฐบาลจะซื้อของต่อไปไม่ได้เลยใช่หรือไม่ คำตอบก็คือ ไม่ใช่ ในระหว่างที่ยังไม่มีระเบียบฯ รัฐบาลก็ต้องซื้อของได้ เพียงแต่ว่าในขณะที่เดียวกันรัฐบาลก็ต้องไปจัดทำระเบียบฯ ที่ถูกต้องขึ้นมาใหม่ด้วย และเมื่อทำเสร็จแล้ว รัฐบาลก็ซื้อของไปตามขั้นตอนในระเบียบดังกล่าวนั่นเอง ไม่ใช่ว่าพอศาลเพิกถอนระเบียบฯ ทำให้ระเบียบฯ ไม่มีอยู่ ก็เลยซื้อของไม่ได้เลย และหากรัฐบาลไม่จัดทำระเบียบฯ ฉบับใหม่ ก็ถือได้ว่าละเลย

ราชการ โปร่งใสและดีขึ้น ไม่ใช่เพื่อตัดสิทธิประชาชนหรือทำให้ระบบเป็นอัมพาต หากหน่วยงานราชการไม่ทำตามนั้น ก็ถือว่าละเว้นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด แต่ไม่ใช่ว่า ถ้าไม่ทำแล้ว ระบบจะเป็นอัมพาตทันทีอันจะทำให้ประชาชนหรือการบริหารราชการโดยรวมจะต้องเสียหายไปด้วย

ดังนั้น จึงต้องตีความว่า แผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ แผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม ตารางฯ และการจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างสองกิจการ ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อเป็นกรอบการปฏิบัติราชการ (framework) ที่ดี อันจะช่วยควบคุมการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง (กทช.) ในแต่ละกรณีเท่านั้น ไม่ใช่เงื่อนไขในการออกใบอนุญาตหรือการดำเนินการด้านกิจการโทรคมนาคม

การตีความของศาลปกครองสูงสุดจึงไม่น่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายมหาชน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ)

ในประเด็นต่อมา แม้จะตีความว่าแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และตารางฯ หรือการจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างสองกิจการ ไม่มีนิติฐานะเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายในการใช้อำนาจของกทช.แล้วก็ตาม แต่ประเด็นที่ต้องพิจารณายังไม่จบลงเพียงแค่นั้น แต่จะต้องพิจารณาคืบต่อไปด้วยว่า โดย “ข้อเท็จจริง” แล้ว กรอบการปฏิบัติราชการดังกล่าวมีผลกระทบต่อการใช้ดุลยพินิจของ กทช. มากน้อยเพียงใด เพราะหากปรากฏว่า โดยข้อเท็จจริงแล้ว การขาดกรอบการปฏิบัติราชการจะทำให้การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง โดยถูกต้องเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้อย่างเด็ดขาดในทางข้อเท็จจริง การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองในการดำเนินการโดยไม่มีกรอบการปฏิบัติราชการ ก็จะเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน แต่ประเด็นนี้เป็นเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะการ “ใช้ดุลยพินิจ” ในทางข้อเท็จจริงที่ไม่ชอบ (คือในประเด็นว่า กทช. สมควรจะใช้ดุลยพินิจจัดสรรคลื่นความถี่ในขณะนี้หรือไม่) ไม่ใช่เป็นเรื่องว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจตามกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ หากจะพิจารณาว่า การจัดสรรคลื่นความถี่ตามประกาศ 3G “น่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย” หรือไม่ จึงต้องพิจารณาคืบไปถึงในอีกประเด็นว่าการที่ไม่มีแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่และตารางฯ หรือการจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างสองกิจการนั้น โดยข้อเท็จจริงแล้ว ในเมื่อขาดกรอบการปฏิบัติราชการเช่นนั้น สมควรหรือไม่ที่กทช. จะใช้ดุลยพินิจจัดสรรคลื่นความถี่

เพื่อตอบประเด็นนี้ก็ต้องตั้งคำถามว่า การขาดกรอบการปฏิบัติราชการเช่นนั้น จะทำให้ กทข. ใช้ ดุลยพินิจ (ในการจัดสรรคลื่นความถี่ 2.1 Ghz) ในลักษณะที่ “น่าจะไม่ต้อง” หรือ “น่าจะชอบ” หรือไม่

ในการพิจารณาประเด็นนี้ ย่อมมีประเด็นย่อยที่จะต้องขบคิดคือ การที่ กทข. เลือกคลื่นความถี่ 2.1 Ghz เพื่อให้บริการ 3G นั้นเป็นเรื่องที่ถูกต้องหรือไม่

เป็นที่น่าเสียดายว่า ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ให้เหตุผลในประเด็นนี้ ทั้งๆ ที่ กทข. ได้ให้ข้อเท็จจริง (ที่บ่งจ กสท ไม่ได้โต้แย้ง) ว่าคลื่นความถี่ 2.1 Ghz เป็นคลื่นความถี่ที่สหภาพโทรคมนาคม (ITU) (ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี) ได้กำหนดว่าประเทศต่างๆ สามารถนำมาใช้ในกิจการโทรคมนาคมเพื่อให้บริการโดยใช้เทคโนโลยี 3G ได้ (มาตรฐาน IMT 2000) ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มักจะเรียกคลื่นความถี่ 2.1 Ghz กันทั่วไปว่าเป็นคลื่นความถี่แรกหรือคลื่นความถี่หลัก (“core band”) สำหรับเทคโนโลยี 3G

ประเด็นย่อยต่อมาก็คือ อาจมีข้อสงสัยอีกว่า กทข. จะเลือกประมูลคลื่นความถี่อื่นเพื่อให้บริการ 3G ได้หรือไม่ (โดยไม่ต้องสอดคล้องกับมาตรฐาน IMT 2000)

คำตอบคือ การทำเช่นนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่สวนทางกับเหตุผล เพราะในขณะนี้ ประเทศต่างๆ ทั่วโลกจำนวนมากได้ใช้คลื่นความถี่ในย่าน 2.1 Ghz ในการให้บริการ 3G ตามมาตรฐานสากลของ IMT 2000 ทำให้บริษัทผู้ผลิตเครื่องอุปกรณ์โครงข่ายและโทรศัพท์มือถือถือว่าการผลิตเครื่องอุปกรณ์โครงข่ายและโทรศัพท์มือถือเพื่อรองรับการใช้งาน 3G บนคลื่นความถี่ 2.1 Ghz เป็นจำนวนมาก

ดังนั้น หากประเทศไทยกำหนดให้นำคลื่นความถี่ 2.1 Ghz ไปใช้เพื่อกิจการวิทยุกระจายเสียงฯ ก็จะเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ทางข้อเท็จจริง

และหากประเทศไทยให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่อื่น เช่น สมมุติว่าบนคลื่นความถี่ A โดยไม่ใช้คลื่นความถี่ 2.1 Ghz เลย ก็จะเป็นเรื่องที่น่าขบขันมาก เพราะเท่ากับว่าประชาชนจะสูญเสียโอกาสที่จะได้รับประโยชน์จากความหลากหลายของอุปกรณ์โครงข่ายและเครื่องโทรศัพท์มือถือ 3G ที่ส่วนใหญ่แล้วจะผลิตขึ้นมารองรับคลื่นความถี่หลัก (2.1 Ghz) และนักท่องเที่ยวชาวต่างประเทศจำนวนหลายล้านคนที่มีโทรศัพท์มือถือรองรับ 3G บนคลื่นความถี่ 2.1 Ghz ก็จะไม่อาจใช้มือถือของตน (ที่ใช้ได้ทั่วโลก) เพื่อใช้

บริการ 3G ในประเทศไทยได้เว้นแต่เครื่องโทรศัพท์ของคนจะรองรับคลื่นความถี่ A ดังกล่าวด้วย (ซึ่งไม่เป็นที่นิยมและไม่เป็นสากล) และคนไทยที่ใช้บริการ 3G บนคลื่นความถี่ A (ซึ่งไม่ใช่คลื่นความถี่หลักที่เป็นที่นิยม) ก็ไม่อาจใช้มือถือของตนเองเพื่อใช้บริการ 3G ในต่างประเทศได้ เว้นเสียแต่ว่าคนไทยจะยอมที่จะซื้อมือถือที่รองรับทั้งคลื่นความถี่ A (ซึ่งอาจหายากมาก) และ 2.1 Ghz ไปด้วยในตัว

ดังนั้น การให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่อื่นที่ไม่สอดคล้องกับ IMT 2000 จะเกิดผลประหลาด

นอกจากนี้ แม้จะเลือกให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่อื่น แต่ก็ต้องจัดประมูลเช่นกัน แต่หากตีความกฎหมายอย่างศาลปกครองสูงสุด ก็เท่ากับว่าจัดประมูลไม่ได้ไม่ว่าคลื่นความถี่ย่านใด

ประเด็นย่อยที่สามคือ อาจมีคำถามอีกว่า กทข. สามารถจัดให้มีการให้บริการ 3G โดยผู้ประกอบการมารายโดยไม่ต้องจัดสรรคลื่นความถี่เพิ่มเติมได้หรือไม่ เช่น ให้ผู้ประกอบการรายเดิมให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่ที่มีอยู่แล้ว (เช่น ย่าน 800 Mhz และ 900 Mhz) จะทำได้หรือไม่

คำตอบคือ หากประเทศไทยเลือกที่จะทำเช่นนั้น ก็จะเป็นการจำกัดโอกาสการแข่งขันเพราะเป็นการปิดโอกาสของผู้ประกอบการรายใหม่ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผล

อีกทั้งยากที่จะเป็นไปได้ว่าผู้ประกอบการ “รายเดิม” จะสามารถให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่เดิมได้ดีทัดเทียมกับคลื่นความถี่ย่าน 2.1 Ghz ประการแรก บมจ กสท มีคลื่นความถี่เดิมในการให้บริการ 3G และได้ให้บริการ 3G อยู่แล้วในขณะนี้ ส่วนบมจ ทีโอทีนั้น กทข. ก็ได้อนุญาตให้ บมจ ทีโอที ใช้คลื่นความถี่ย่าน 2.1 Ghz เพื่อให้บริการ 3G ไปก่อนหน้าแล้วเช่นกัน (โดย กทข.ถือว่าเป็นเรื่องที่บมจ กสท โอนคลื่นความถี่ของตนให้แก่บมจ ทีโอที จึงไม่ได้จัดการประมูลคลื่นฯ ใดๆก็ดี หากศาลพิพากษาในคดีนี้ว่า กทข.ไม่มีอำนาจในเรื่องการจัดสรรคลื่นความถี่ การโอนคลื่นความถี่และการอนุญาตดังกล่าวก็จะมีปัญหาเช่นกัน) ซึ่งการอนุญาตให้ บมจ ทีโอทีดำเนินกิจการดังกล่าว ทำให้คลื่นความถี่ย่าน 2.1 Ghz เหลืออยู่เพียง 45 Mhz จากเดิมที่มีอยู่ 60 Mhz

ทำให้ในปัจจุบัน บมจ ทีโอทีและบมจ กสท เป็นผู้ให้บริการ 3G แบบผูกขาดรายเดียว (ที่กล่าวว่าเพียงรายเดียวก็เพราะบมจ กสท และบมจ ทีโอทีต่างก็มีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดเหมือนกัน)



**ประการที่สอง** นอกจากการผูกขาดแล้ว การที่บมจ กสท และบมจ ทีโอที เป็นทั้งเจ้าของสัมปทาน 2G และให้บริการ 3G ไปด้วย ทำให้เกิดปัญหาการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเพราะผู้ประกอบการเอกชนรายเดิม (ซึ่งต่างก็เป็นคู่สัญญาสัมปทานกับบมจ ทีโอทีและบมจ กสท) ย่อมยาก (หรือแทบจะเป็นไปไม่ได้) ที่จะสามารถให้บริการ 3G ภายใต้คลื่นความถี่เดิม (ที่เป็นระบบสัมปทาน) เพื่อแข่งขันกับบมจ กสท หรือบมจ ทีโอที (เจ้าของสัมปทานที่ให้บริการ 3G แข่งขันอยู่เช่นกัน) บนหลักการการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม อีกทั้งแม้ว่าจะสามารถให้บริการได้ก็ตาม ก็จะติดขัดว่าเป็นการให้บริการภายใต้สัญญาสัมปทานอีก อันทำให้ราคาค่าบริการ 3G แพงกว่าที่ควรจะเป็นเพราะผู้บริโภคต้องจ่ายค่าสัมปทาน (เงินกินเปล่าโดยจ่ายผ่านผู้รับสัมปทาน) ให้แก่บมจ ทีโอที และบมจ กสท อีก

**ประการที่สาม** นอกจากปัญหาดังกล่าวแล้ว คลื่นความถี่ที่ผู้ประกอบการรายเดิมแต่ละรายใช้อยู่ในขณะนี้ก็ได้ใช้งานในการให้บริการอื่นๆ กันอยู่แล้ว เช่น บริการ 2G และคลื่นความถี่เดิมนั้นยังมีแถบความถี่ (bandwidth) น้อยกว่าย่าน 2.1 Ghz ด้วย ความเหมาะสมในการนำมาใช้ในการให้บริการ 3G จึงมีน้อยกว่าทั้งต้นทุนในการให้บริการยังสูงกว่าและ เครื่องโทรศัพท์มือถือที่รองรับคลื่นความถี่ย่าน 800 ก็มีน้อยกว่าย่าน 2.1 Ghz อีกด้วย

ดังนั้น จึงเห็นได้ชัดเจนว่า โดยข้อเท็จจริงแล้ว ประเด็นการจัดประมูลคลื่นความถี่ 2.1 Ghz โดย กทข.ตามประกาศ 3G (ที่บมจ กสท กล่าวอ้างว่า ไม่มีอำนาจ) นั้น ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะฟังได้ว่าเป็นการที่ กทข.ใช้ดุลยพินิจที่ไม่ชอบหรือ “ฉวยโอกาส” (ที่ยังไม่มีองค์การด้านกิจการวิทยุกระจายเสียงฯ) ทำการจัดสรรคลื่นความถี่ “โดยไม่ถูกต้อง” ให้แก่กิจการโทรคมนาคม อีกทั้งการจัดสรรคลื่นความถี่ 2.1 Ghz ก็ไม่ได้ใช้ผิดวัตถุประสงค์ (แต่ใช้เพื่อ 3G ซึ่งถูกวัตถุประสงค์)

**ตรงกันข้าม การจัดการประมูลคลื่นความถี่ 2.1 Ghz โดยเร็วยังเป็นความจำเป็นเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมมากขึ้นอีกด้วย**

อันที่จริงแล้ว หากศาลปกครองสูงสุดเพียงแต่สงสัยในความชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่สรุปไม่ได้ถึงขนาดว่า กฎ “น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย” เพราะต้องวิเคราะห์รายละเอียดต่อไปหรือเป็นเรื่องการตีความกฎหมายที่ซับซ้อน ศาลปกครองสูงสุดก็ควรจะมีคำสั่งไม่ทุเลากฎหรือคำสั่งทางปกครองไปก่อน อย่างที่ศาล

ปกครองสูงสุดกระทำในคดีอื่นๆ<sup>11</sup> หาก บมจ กสท ไม่เห็นด้วย ก็ยังสามารถยื่นคำขอเข้ามาเพื่อให้ศาลพิจารณาใหม่ได้โดยนำเสนอข้อเท็จจริงใหม่ๆให้ตรงกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

**ข้อ 2 ศาลไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแต่ได้สร้างหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้น: กฎจะถูกทูลเกล้าหาการทูลเกล้าไม่มีผลเสียมากนัก(ในมุมมองศาล)และหากการทูลเกล้าเป็นการลดความเสี่ยงในการบริหารราชการอันจะเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายปกครอง (ผู้ถูกฟ้องคดี) เอง**

ตามที่กล่าวแล้ว ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พศ 2543 ข้อ 72 ให้อำนาจศาลในการทูลเกล้าหรือคำสั่งทางปกครองที่ “น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ได้ต่อเมื่อ

- การให้กฎดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลัง และ
- การทูลเกล้าไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือบริการสาธารณะ

หลักเกณฑ์ทั้งสองเป็นข้อจำกัดอำนาจตุลาการที่สำคัญมาก แม้กฎหมายปกครอง “น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ศาลก็ไม่อาจทูลเกล้าหรือคำสั่งตามกฎได้หากยังไม่เข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้<sup>12</sup> แต่ดูเหมือนว่า ศาลปกครองสูงสุดจะไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์นี้เลย แต่ได้สร้างหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้น

**2.1 การให้ประกาศ 3G มีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลังแก่ผู้ฟ้องคดี (บมจ กสท) หรือไม่**

ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งมาตลอดในคดีอื่นๆ ว่าความเสียหายอันยากแก่การเยียวยานั้นหมายถึงว่า แม้ต่อมาภายหลังเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว โดยผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายชนะคดี<sup>13</sup> แต่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

11 เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 794/2551 ในเรื่องนี้ ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งทูลเกล้าคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น โดยให้ยกคำขอทูลเกล้าคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองชั้นต้น ในหลายคดีศาลจะพิจารณาเรื่องนี้อย่างถี่ถ้วนพอควร เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 4/2553 เป็นต้น

12 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 484/2548 ที่ 4/2553 579/2552 ที่ 143/2551

13 กล่าวคือศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

ดังกล่าวก็จะไม่อาจเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่ “ผู้ฟ้องคดี” ได้รับไปแล้วจากการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองได้ กรณีดังกล่าวจึงจะถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายอันยากแก่การเยียวยาในภายหลัง

ดังนั้น ศาลจะทูลเกล้าฯ หรือคำสั่งทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีแสดงให้เห็นถึงความเสียหายของผู้ฟ้องคดีเอง<sup>14</sup> ไม่ใช่ของคนอื่น

แนวคิดดังกล่าวไม่ต่างจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหรือกฎหมายระชาคมยุโรปที่ว่า การทูลเกล้าฯ หรือคำสั่งทางปกครอง (ก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี) นั้น เป็นอำนาจตุลาการที่จำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันแก่ “ผู้ฟ้องคดี” ว่าผู้ฟ้องคดีจะสามารถได้รับประโยชน์จากการฟ้องร้องและต่อสู้คดี อำนาจของตุลาการในการทูลเกล้าฯ หรือคำสั่งทางปกครองจึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการฟ้องร้องและต่อสู้คดีตามหลักกฎหมายมหาชนนั่นเอง (**droit de la défense**) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่กฎหมายลำดับรองจะลดทอนหรือขัดแย้งไม่ได้<sup>15</sup>

แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าศาลปกครองสูงสุดไม่ได้พิจารณาว่า หากศาลไม่ทูลเกล้าฯ ประกาศ 3G โดยปล่อยให้มีการประมูล 3G ต่อไป และหากปรากฏว่าต่อมา บมจ กสท (ผู้ฟ้องคดี) เป็นฝ่ายชนะคดีในชั้นที่สุด จะเกิดความเสียหายอย่างไรแก่ บมจ กสท ที่ไม่อาจเยียวยาได้บ้างหรือไม่ (อันจะทำให้ บมจ กสท ไม่ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษา)

ตรงกันข้าม ศาลปกครองสูงสุดกลับไปพิจารณา “ในทางกลับกัน” ว่า

---

14 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 518/2550 ที่ 143/2551 ที่ 265/2550 ที่ 2956/2551 ทุกรายก็ดี ในบางครั้งศาลปกครองสูงสุดก็ไม่ได้กล่าวไว้ชัดเจน เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 430/2545

15 **Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.** ในข้อ 19 ศาลกล่าวว่า “19. Mais considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel a pour effet de priver les justiciables d'une des garanties essentielles à leur défense; 20. Considérant en effet que le troisième alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que le recours formé contre une décision du conseil de la concurrence "n'est pas suspensif" ; que cette disposition n'aurait pas fait obstacle à ce que, conformément à l'article 48 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et au décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, le Conseil d'État pût, à la demande du requérant, accorder un sursis à l'exécution de la décision attaquée si son exécution risquait d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissaient sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée.”

“การที่ศาลจะมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎต่อไป จึงมีผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องไม่มากนัก” (น่าจะหมายถึงผู้เข้าร่วมประมุขและกทช.) ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็น

และศาลยังคงกล่าวต่อไปว่า

“หากต่อมาศาลมีคำวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายที่มากกว่าและยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง โดยอาจเกิดกรณีฟ้องร้องเกี่ยวกับผลการประมุข ทำให้เกิดปัญหาที่ยุ่งยากซับซ้อนตามมา”

ซึ่งไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่า ที่ศาลกล่าวว่า “เกิดการฟ้องร้องเกี่ยวกับผลการประมุข” และ “ทำให้เกิดปัญหาที่ยุ่งยากซับซ้อนตามมา” นั้น หมายถึงใครถูกฟ้องร้องและปัญหาที่ตามมานั้นคืออะไร แต่พอจะอนุมานได้ว่า การฟ้องร้องที่ศาลกล่าวถึงนั้นหมายถึงการฟ้องร้อง กทช.<sup>16</sup> และปัญหาที่ตามมาคือปัญหาในการรับผิดชอบของกทช.ต่อการประมุขที่ทำไปโดยไม่มีอำนาจ

ซึ่งเท่ากับว่าศาลปกครองสูงสุดทำการทุเลาประกาศ 3G ของกทช.โดยอ้างความยุ่งยากซับซ้อนที่อาจจะเกิดขึ้นแก่กทช.เอง (ซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ไม่ใช่ผู้ฟ้องคดี) โดยไม่ได้พิจารณาว่า บมจ กสท “ผู้ฟ้องคดี” ได้รับความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาจากประกาศ 3G อย่างไร

นอกจากนี้ ดูเหมือนศาลกลับจะยอมรับด้วยซ้ำว่า แท้ที่จริงแล้ว ความเสียหายของ บมจ กสท (ที่ร้ายได้ลดลง) นั้นเป็นความเสียหายที่อาจเยียวยาได้โดยการฟ้องร้องกทช.ต่อไป<sup>17</sup>

---

16 เพราะเป็นเรื่องที่ศาลปกครองสูงสุดกำลังอนุมานว่าหากประกาศ 3G ไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องถูกเพิกถอนในที่สุด ก็จะทำให้เกิดการฟ้องร้องกันตามมา ดังนั้น จึงควรหมายถึงการฟ้องร้องกทช.นั่นเอง

17 เพราะศาลเห็นว่าหากให้มีผลการประมุขต่อไป และต่อมาศาลเพิกถอนประกาศ 3G กทช. อาจถูกฟ้องร้องได้ (ซึ่งควรจะหมายรวมถึง กรณีบมจ กสท เป็นผู้ฟ้องด้วย) ซึ่งก็เป็นเรื่องที่น่าใจได้งายเพราะรายได้ที่บมจ กสท อันนั้นเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน และโดยปกติแล้ว ศาลปกครองสูงสุดมักจะเห็นว่าความเสียหายที่เป็นตัวเงินสำหรับองค์กรใหญ่ๆอย่างบมจ กสท เป็นความเสียหายที่ไม่ยากแก่การเยียวยา และศาลก็มักจะไม่ว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครอง ที่อาจทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าว (ศาลปกครองสูงสุดที่ 794/2551)

การที่ศาลปกครองสูงสุดตุลาการของกทช. (ผู้ถูกฟ้องคดี) เพื่อคุ้มครอง กทช. (ผู้ถูกฟ้องคดี) เองนั้น นับว่าเป็นเรื่องประหลาดอย่างยิ่ง<sup>18</sup> และไม่ตรงกับหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายว่าด้วยการ ตุลาการที่มีไว้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีเท่านั้น (droit de la défense) ไม่ใช่คุ้มครอง กทช. (ผู้ถูก ฟ้องคดี) ที่ไม่ได้ขอตุลาการของตนเอง

การที่ศาลอ้างความเสียหายของบุคคลอื่น เช่น ผู้เข้าร่วมประมูล หรือผู้ที่เกี่ยวข้อง ยังเป็นเรื่อง ประหลาดขึ้นไปอีกเพราะนอกจากจะไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว ศาลปกครองสูงสุดก็หาได้เรียก บุคคลดังกล่าวมาสอบถามให้ข้อมูลแต่อย่างใดไม่ว่าได้รับความเสียหายจากการบังคับตามประกาศ 3G บ้าง หรือไม่ และความเสียหายดังกล่าวจะมากหรือน้อยลงอย่างไรหากศาลระงับการประมูล 3G ไว้ชั่วคราวและ ความเสียหายดังกล่าวเยียวยาในภายหลังได้หรือไม่

ศาลประชาคมยุโรปได้ปฏิเสธมาโดยตลอดที่จะทุเลาคำสั่งทางปกครอง หากผู้ฟ้องคดีอ้างเพียงว่าจะ เกิดความเสียหายแก่การบริหารราชการของฝ่ายปกครองเอง (ผู้ถูกฟ้องคดี) หรือของบุคคลที่ 3 ศาล ประชาคมยุโรปกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้นั้น ต้องเป็นความเสียหายของผู้ฟ้อง คดีเองเท่านั้น<sup>19</sup> ศาลประชาคมยุโรปเห็นว่าในกรณีที่ฝ่ายปกครองถูกฟ้องร้องโดยผู้ฟ้องคดีกล่าวหาว่าคำสั่ง

18 และในประเด็นนี้ การพิจารณาของศาลปกครองกลางก็มีความคล้ายคลึงกับศาลปกครองสูงสุด เพราะศาลปกครองกลาง ก็พิจารณาความเสียหายที่เกิดต่อเศรษฐกิจและสังคมหรือต่อประชาชนทั่วไปที่อาจไปหลงซื้อ โทรศัพท์มือถือที่รองรับ 3G โดยคิดว่าจะมีการให้บริการ 3G โดยไม่มีข้อบกพร่องและคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้ชนะการประมูลและความรับผิดชอบ กทช. ในการแก้ไขเยียวยาปัญหา การคำสั่งถึงสิ่งเหล่านี้เป็นการคำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกคดีและของ กทช.เอง ซึ่งล้วนแล้วแต่ไม่ใช่ความเสียหายของผู้ฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 1400/2553 หน้า 14)

19 Ordonnance du Président de la troisième chambre de la Cour du 13 décembre 1984, คดี Corrado Fabbro et autres contre Commission des Communautés européennes. Fonctionnaire - Sursis à l'exécution, affaire 269/84 R., Rec.1984, p.4333 « 9. IL CONVIENT DE RAPPELER , AINSI QUE LA COUR L ' A DEJA DIT , QU ' UN REQUERANT NE SAURAIT INVOQUER , A L ' APPUI DE SA DEMANDE DE SURSIS , LES INCONVENIENTS QUE REPRESENTERAIENT POUR LES TIERS L ' ANNULLATION DE L ' ACTE ATTAQUE AU PRINCIPAL , ETANT DONNE QUE LE DROIT DE DEMANDER LE SURSIS A L ' EXECUTION DE L ' ACTE ATTAQUE EST RECONNU A LA PARTIE REQUERANTE EN VUE DE PROTEGER SES INTERETS PROPRES . 10 IL EN RESULTE QU ' ON NE PEUT PAS RETENIR LE MOYEN QUE LES REQUERANTS TIRENT DES

ทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและแม้ศาลจะเชื่อว่าคำสั่งนั้นน่าจะชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ผู้ฟ้องคดีจะมาขอทุเลาคำสั่งทางปกครองโดยอ้างว่า หากปล่อยไว้คำสั่งมีผลต่อไปและต่อมาศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในภายหลัง จะทำให้การบริหารราชการของฝ่ายปกครองเองที่มีปัญหาอันยากแก่การเยียวยา เช่นนี้ อ้างไม่ได้ ศาลประชาคมยุโรปเห็นว่า การซึ่งนำหน้าระหว่างความเสี่ยงในเรื่องความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ฝ่ายปกครองเอง (หากฝ่ายปกครองยังคงบังคับตามคำสั่งขอ

ตนต่อไปและหากต่อมาคำสั่งดังกล่าวถูกศาลเพิกถอนในภายหลัง) กับประโยชน์ที่ฝ่ายปกครองจะได้รับจากการบังคับตามคำสั่งของตนนั้นเป็นเรื่องการตัดสินใจของฝ่ายปกครองเอง โดยเฉพาะในฐานะที่เป็นผู้ถูกฟ้องคดี<sup>20</sup> แต่ผู้ฟ้องคดีจะอ้างเอาความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ฝ่ายปกครองเพื่อขอให้ศาลทุเลาคำสั่งของฝ่ายปกครองเองไม่ได้ ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ที่จะต้องแสดงให้ศาลเห็นถึงความเสียหายของตนเอง มิใช่ของคนอื่น

ศาลปกครองฝรั่งเศสก็ได้วางหลักในทำนองเดียวกันนี้ว่าการขอทุเลาคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่ตนแบกรับเป็นการเฉพาะตัว (prejudice personnel)<sup>21</sup> และโดยทั่วไปแล้ว ด้วยเหตุแห่งเงื่อนไขนี้ ทำให้ศาลมักจะไม่ทุเลากฎทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะที่เป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพหรือการประกอบกิจการ (acte à caractère réglementaire)<sup>22</sup>

---

INCONVENIENTS QUI POURRAIENT RESULTER , POUR LE BON FONCTIONNEMENT DES SERVICES DE LA COMMISSION , DU REJET DE LA DEMANDE DE SURSIS»

20 Ordonnance du Président de la troisième chambre de la Cour du 13 décembre 1984, คดี Corrado Fabbro et autres contre Commission des Communautés européennes. Fonctionnaire - Sursis à l'exécution, affaire 269/84 R., Rec.1984, p.4333 «11 A CET EGARD , IL EST A OBSERVER QUE LA POURSUITE DE LA MISE EN OEUVRE PAR LA COMMISSION DE LA DECISION ATTAQUEE RELEVE EXCLUSIVEMENT DE SA PROPRE RESPONSABILITE ET IL APPARTIENT A ELLE SEULE DE DECIDER SI , AU VU DE DOUTES SERIEUX RELEVES CI-DESSUS SUR SA LEGALITE , ELLE DOIT CONTINUER A L ' APPLIQUER OU SI , AU CONTRAIRE , ELLE DOIT S ' EN ABSTENIR , COMPTE TENU DES INCONVENIENTS QUI POURRAIENT RESULTER POUR LE BON FONCTIONNEMENT DE SES SERVICES D ' UNE EVENTUELLE ANNULATION.»

21 C.E. 6 février 1981, «Union départementale des Bouches-du-Rhône pour la sauvegard de la nature», p.70.

การที่ศาลปกครองสูงสุดอ้างความเสียหายที่จะเกิดแก่กทข.เองหรือคนอื่นๆ เพื่อระงับการประมูลที่จัดขึ้นโดยกทข.เองจึงไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย<sup>23</sup>

## 2.2 การทูลเกล้าประกาศ 3G เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือบริการสาธารณะหรือไม่

ตามที่กล่าวแล้ว แม้จะสมมุติว่าประกาศ 3G น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและบมจ กสท ได้รับความเสียหายที่ไม่อาจหรือยากแก่การเยียวยาภายหลัง (ซึ่งที่จริงแล้ว ยังไม่ปรากฏเช่นนั้น) ศาลปกครองก็ยังไม่อาจทูลเกล้าประกาศ 3G ได้ หากการทูลเกล้าประกาศ 3G เป็นอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐหรือบริการสาธารณะ

ในประเด็นนี้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า

“ในข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในปัจจุบัน การบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ 2G ได้มีเครือข่ายครอบคลุมทั่วประเทศ อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ยอมรับว่า ในระยะแรกการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ 3G ทำได้เพียงโครงข่ายขนาดเล็ก ไม่สามารถครอบคลุมได้ทั่วประเทศและการจะครอบคลุมทั่ว

22 « G :Le Chatelier, “Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif”, «Droit administratif en droit communautaire », numéro spécial A.J.D.J, 1996, p.99. อย่างไรก็ดี ต่อมาในปี 2000 ประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครองของฝรั่งเศส (Code de justice administrative โดยรัฐบัญญัติ วันที่ 30 มิถุนายน 2543) มิได้กล่าวถึงความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้ (ตามที่ศาลปกครองฝรั่งเศสเคยวางบรรทัดฐานไว้ในอดีต) อีกต่อไป โดยมาตรา L 521-1 บัญญัติเงื่อนไขการทูลเกล้าสั่งทางปกครองเพียงว่า ศาลมีอำนาจทูลเกล้าสั่งทางปกครองได้หากมีความจำเป็นเร่งด่วนและหากปรากฏในสำนวนว่ามีข้อสงสัยอย่างมากเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยยังคงมีเงื่อนไขอยู่ บทความนี้จึงละเว้นไม่กล่าวถึงสาเหตุที่กฎหมายฝรั่งเศสได้มีการตัดเงื่อนไขไป แต่ทั้งนี้กฎหมายประชาคมยุโรปยังคงไว้ซึ่งเงื่อนไข

23 นอกจากนี้ ยังมีประเด็นน่ากังขาในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดอีกว่า ปัญหาความชุกชากหรือการฟ้องร้องต่างๆ ที่ศาลเห็นว่ กทข. อาจเดือดร้อนนั้น แท้ที่จริงแล้ว อาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นเลยก็ได้ ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลเอง หากศาลไม่เพิกถอนประกาศ 3G หรือไม่เพิกถอนใบอนุญาต 3G ที่จัดสรรไปแล้วหรือหากศาลกำหนดเงื่อนไขต่างๆ (แม้ว่าศาลจะพิพากษาในชั้นที่สุดว่า กทข. ไม่มีอำนาจจัดการประมูล) ความเสียหายก็อาจไม่เกิดขึ้นหรือสามารถเยียวยาได้ก็เป็นได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายไม่ได้บังคับให้ศาลต้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ผิดขั้นตอนหรือไม่มีอำนาจในทุกกรณี โดยไม่มีข้อยกเว้น อีกทั้งศาลยังมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ได้

ประเทศต้องใช้ระยะเวลาอย่างน้อย ๔ ปี จึงเห็นได้ว่า การที่ขณะนี้ยังไม่มีบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ 3G จึงไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่การบริการสาธารณะแต่อย่างใด<sup>24</sup>

### การให้เหตุผลในประเด็นนี้ของศาลปกครองสูงสุดนับว่าแปลกมาก

**ประการแรก** การทูลเกล้าประกาศ 3G นั้นย่อมมีผลเบื้องต้นทำให้องค์กรธุรกิจบางราย (ที่จริงคือรายเดียว) ผูกขาดการให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่ IMT 2000 ตามที่กล่าวแล้งข้างต้น ซึ่งเพียงเท่านี้ก็น่าจะเป็นเพียงพอที่จะถือว่าการทูลเกล้าประกาศ 3G มีผลทำให้บริการสาธารณะอย่างหนึ่ง (3G) ไม่เกิดขึ้นภายใต้หลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมอันขัดต่อรัฐธรรมนูญ

**ประการที่สอง** โดยสภาพของอำนาจตุลาการ ศาลย่อมไม่ใช่องค์กรที่เหมาะสมที่สุดที่จะสามารถตัดสินใจได้ว่าเมื่อมีการให้บริการสาธารณะบนโครงข่าย 2G แล้ว จะยังคงจะให้มีการจัดบริการสาธารณะด้วยโครงข่าย 3G เพื่อประโยชน์ (สาธารณะ) ของประชาชนหรือไม่ เพราะเป็นเรื่องการตัดสินใจในเรื่องราชการฝ่ายบริหาร กล่าวคือ เป็นการ “บริหาร” บริการสาธารณะ<sup>25</sup>

อันที่จริงแล้ว ในเมื่อการระงับการประมูลชั่วคราวย่อมทำให้ไม่เกิดการให้บริการสาธารณะ 3G บนคลื่นความถี่ 2.1 Ghz ที่กทช.กำหนดโดยผู้ประกอบการมาภายในเร็ววัน (ซึ่งประเทศไทยก็ได้ล่าช้ามากแล้ว ไม่ว่าจะเทียบเคียงกับวิวัฒนาการของเทคโนโลยี 3G เองหรือเทียบเคียงกับประเทศต่างๆแม้แต่ประเทศเพื่อนบ้าน) ภายใต้กฎตลาดปกติ (หลักการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม) ซึ่งหมายความว่า การทูลเกล้าประกาศ 3G ย่อมกระทบต่อการให้บริการสาธารณะ (3G) โดยสภาพ เพียงเท่านี้ก็น่าจะเป็นพอที่ศาล (ซึ่งไม่ใช่องค์กรบริหาร)ที่จะไม่ทูลเกล้าประกาศ 3G โดยถือว่าการทูลเกล้าประกาศ 3G “เป็นอุปสรรคต่อการบริหาร

24ศาลปกครองกลางก็เห็นว่า “หากภายหลัง การประมูลถูกเพิกถอน ซึ่งเป็นภาระความรับผิดชอบของผู้ผูกฟ้องคดีทั้งสองที่ต้องเยียวยาแก้ไข กลับจะเป็นอุปสรรคใหญ่ต่อการบริหารงานของผู้ผูกฟ้องคดีทั้งสองเอง”

25 การที่ฝ่ายปกครอง “เลือก” ว่าควรจะต้องมีบริการสาธารณะ (3G) เมื่อใดและอย่างไรและเพราะเหตุใดนั้น ต้องอาศัยการรวบรวมข้อมูลจำนวนมากประกอบกับความเชี่ยวชาญทางเทคนิคเฉพาะด้าน และเป็นการตัดสินใจด้านบริหารราชการของฝ่ายบริหาร อันเป็นเหตุผลในการจัดตั้งองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระหรือ กทช. ตรงกันข้าม การที่ศาลจะไปก้าวก้าวการตัดสินใจเรื่องบริหารราชการหรือการให้บริการสาธารณะในเรื่องใดๆ นั้นย่อมเป็นการต้องห้าม เพราะรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการบริหารราชการ อีกทั้งหลักเกณฑ์ในการทูลเกล้าฎีกาก็ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าห้ามมิให้ศาลทูลเกล้าฎีกาทางปกครอง หากการทูลเกล้าจะให้เกิดอุปสรรคแก่การใช้อำนาจทางบริหารดังกล่าว



งานของรัฐหรือบริการสาธารณะ” (การสื่อสารทางโทรคมนาคม) ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาไปถึงว่า บริการ 3G มีประโยชน์หรือมีความจำเป็นต่อประชาชนในขณะนี้หรือไม่เพียงใดหรือควรจะนำมาให้บริการเมื่อใด เพราะการพิจารณาดังกล่าวเป็นเรื่องของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ

**ประการที่สาม** แต่ถึงแม้จะสมมุติว่าศาลปกครองประสงค์จะพิจารณาความสำคัญของ 3G เปรียบเทียบกับบริการอื่นๆ เพื่อพิจารณาว่าบริการ 3G มีความสำคัญอย่างไรต่อการบริหารราชการและบริการสาธารณะ (ซึ่งตามที่กล่าวแล้ว ศาลน่าจะไม่ใช่องค์กรที่เหมาะสมที่จะพิจารณาเรื่องนี้) ก็ตาม แต่แม้จะพิจารณาโดยมีข้อสมมุติฐานดังกล่าว ก็ยังปรากฏว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดก็มิได้กล่าวถึงมีข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณาในเรื่องนี้อย่างเพียงพอ

อย่างไรก็ดี หากจะลองนำประเด็นนี้มาพิจารณากันเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ลึกซึ้งขึ้นไปอีกในบทความนี้ ก็อาจจะกล่าวได้ว่า การพิจารณาประเด็นนี้เป็นการพิจารณาระดับความรุนแรง (degree) ของผลกระทบของการไม่มีการจัดประมูลซึ่งผลกระทบหลักอาจอธิบายโดยย่อได้ดังนี้

2.2.1 หากพิจารณาประวัติการจัดการประมูล 3G การจัดทำประกาศ 3G และการจัดการประมูลนั้น ไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะต้องผ่านขั้นตอนจำนวนมากจนล่วงเลยระยะเวลาแล้วไม่ต่ำกว่า 4 ปี นับตั้งแต่วันที่ กทข. ได้เริ่มทำการศึกษาเรื่อง 3G และเป็นเวลาประมาณ 6 ปี นับแต่ได้มีการจัดตั้ง กทข.

2.2.2 หากพิจารณาเงื่อนไขในการให้บริการสาธารณะ (การสื่อสารโดยทางโทรคมนาคม) ในปัจจุบัน ก็จะพบว่า ตลาดการให้บริการโทรคมนาคมด้านการรับส่งข้อมูลความเร็วสูงโดยเทคโนโลยี 3G นั้นจะมีปัญหาอย่างมาก หากไม่มีการจัดประมูล 3G ในเร็ววันนี้ ดังนี้

2.2.2.1 การให้บริการโทรคมนาคมด้านการรับส่งข้อมูลความเร็วสูงโดยเทคโนโลยี 3G ยังไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง เพราะปัจจุบัน มีเพียงบมจ กสท และบมจ ทีโอทีเท่านั้น ที่มีคลื่นความถี่ที่เป็นสากลตามมาตรฐาน IMT 2000 ไว้ใช้ในการให้บริการ 3G ซึ่งที่จริงแล้ว ก็ต้องถือว่าองค์กรทั้งสองนี้เป็นองค์กรธุรกิจเดียวกันเพราะกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นในองค์กรทั้งสองทั้งหมด

ดังนั้น การให้บริการ 3G ตามมาตรฐานสากลหรือ IMT 2000 ในประเทศไทยในขณะนี้ จึงถูกผูกขาดโดยองค์กรธุรกิจรายเดียว (ซึ่งการจะให้ประชาชนฝากอนาคตของตนไว้ในมือขององค์กรธุรกิจเดียว

นั้น เป็นเรื่องอันตรายอย่างยิ่ง และยังไม่มีการทำที่วอจค์กรธุรกิจดังกล่าวจะมีนโยบายชัดเจนหรือจะให้บริการครอบคลุมทั่วประเทศได้อย่างไร)

หากจะหวังว่า ในอนาคต จะมีการให้บริการ 3G โดยผู้ประกอบการเอกชนมารายบนคลื่นความถี่อื่น ก็ยังไม่อาจคาดคะเนได้เพราะผู้ประกอบการเอกชนยังคงประสบปัญหาในการให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่อื่นๆ นั้นโดยสาเหตุหลักมาจากปัญหาสัมปทานและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจากรัฐวิสาหกิจเจ้าของสัมปทาน ซึ่งได้กล่าวแล้วข้างต้น อีกทั้งการให้บริการ 3G บนคลื่นความถี่อื่นๆ นั้น ก็ไม่ใช่การให้บริการบน core band หรือคลื่นความถี่ที่เป็นสากลอันได้รับความนิยมนเท่ากับ 2.1 Ghz (ทำให้มีปัญหาว่าเครื่องโทรศัพท์มือถือที่รองรับคลื่นความถี่เหล่านี้ก็จะน้อยกว่าและยังคงมีราคาแพง) และมีข้อจำกัดด้านคุณลักษณะและความกว้างของแถบความถี่(bandwidth)ที่น้อยกว่า ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น คลื่นความถี่อื่นๆ นั้น หากจะนำมาให้บริการ 3G ก็ควรจะนำมาใช้ในสถานะคลื่นความถี่เสริมกับ 2.1 Ghz (คลื่นความถี่หลัก) เท่านั้นและจะต้องแก้ไขปัญหาสัมปทานด้วย

ด้วยเหตุนี้ หาก กทช. ไม่จัดการประมูล 3G ในเร็ววัน การแข่งขันในตลาดการให้บริการโทรคมนาคมก็จะยังไม่เพิ่มขึ้นตามที่ควรและเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมด้วย อันส่งผลเสียต่อประชาชนและกิจการโทรคมนาคมโดยรวมในตลอดระยะเวลาที่ศาลปกครองทุเลาการบังคับตามประกาศ 3G

อนึ่ง การที่จะหวังว่าจะมีการจัดตั้งองค์กรใหม่ตามกฎหมายขององค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯฉบับใหม่มาแก้ไขปัญหาก็เป็นการยากและน่าจะไม่ใช่สิ่งที่องค์กรตุลาการจะให้ประชาชนคาดหวังในอำนาจทางการเมืองที่ไม่อาจคาดเดาได้แต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่อาจพึ่งพิงหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญได้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการประกอบกิจการและการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมรวมทั้งสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสาร (ทางโทรคมนาคม)ไว้ และศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยอมรับในเรื่องนี้เองว่าองค์กรใหม่ตามกฎหมายขององค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯฉบับใหม่นั้น “ยังไม่อาจคาดได้ว่าจะเกิดขึ้นเมื่อใด”<sup>26</sup>

อนึ่งหากจะคิดอีกว่าควรจะให้องค์กรใหม่เป็นผู้แก้ปัญหา แม้จะมีความล่าช้าไปบ้าง แต่เมื่อถึงเวลานั้น ก็อาจจะมีเทคโนโลยีใหม่ๆ มาทดแทนเทคโนโลยี 3G แล้วก็ได้ ความคิดดังกล่าวนี้ค่อนข้างแปลก เพราะความล่าช้าย่อมเป็นอุปสรรคทำให้สิทธิเสรีภาพไม่อาจมีผลใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังก่อให้เกิดการ

26 หน้าที่ ๑๒ ของคำสั่งศาลปกครองสูงสุด บรรทัดที่ 11

ผูกขาดหรือความได้เปรียบเสียเปรียบในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมด้วย นอกจากนี้ ความล่าช้ายังก่อให้เกิดผลมากมายตามมา ดังจะได้กล่าวต่อไปด้านล่างนี้

2.2.2.2 ที่ศาลกล่าวว่า ในขณะนี้ มีการให้บริการโครงข่าย 2G อยู่แล้ว และสรุปว่า “การที่ขณะนี้ยังไม่มีการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ 3G จึงไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่การบริการสาธารณะแต่อย่างใด” นั้นเป็นเรื่องที่น่าแปลกใจอย่างมากเพราะโครงข่าย 2G สามารถให้บริการรับส่งข้อมูลได้จำกัดกว่าโครงข่าย 3G มาก ความสะดวกและประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากการใช้บริการทั้งสองระบบจึงต่างกัน

คุณลักษณะของโครงข่าย 3G จะทำให้ประชาชนสามารถใช้งานสื่อสารด้านข้อมูลได้ดีกว่ามาก (เช่น การใช้งานอินเทอร์เน็ต ซึ่งต้องถือว่าเป็นบริการที่จำเป็นสำหรับประชาชนแล้ว แม้แต่คำพิพากษาของศาลก็ยังเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต) และสามารถนำไปใช้ในอีกหลายๆเรื่องรวมถึงการให้บริการโทรศัพท์ราคาต่ำ (low cost voice telephony) นอกจากนี้ การแข่งขันในโครงข่าย 3G ที่มีขึ้นหากมีการประมูล ก็จะทำให้โครงข่าย 2G มีการแข่งขันกันรุนแรงขึ้น ตรงกันข้ามหากไม่มีการประมูลเพื่อสร้างโครงข่าย 3G การลงทุนในโครงข่าย 2G ก็จะลดลงเรื่อยๆเนื่องจากอุปกรณ์โครงข่ายก็จะหายากและแพงขึ้นเรื่อยๆ (เพราะประเทศต่างๆจะใช้เทคโนโลยี 2G ลดลง) อีกทั้งแรงจูงใจของผู้ประกอบการภายใต้สัญญาสัมปทานในการลงทุนสร้างโครงข่าย 2G ก็จะลดลงเรื่อยๆตามอายุสัญญาสัมปทานที่สั้นลงเรื่อยๆเช่นกัน (ปัจจุบันเหลืออยู่ประมาณ 3-8 ปี) ดังนั้น หากไม่มีการออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยใช้เทคโนโลยี 3G โครงข่ายโทรคมนาคมโดยรวมของประเทศก็จะพัฒนาในอัตราที่ลดลงกว่าที่ควรจะเป็น ทั้งนี้ตลอดเวลาที่ศาลทูลหาการบังคับตามกฎหมายหรือระงับการประมูล

อนึ่งการที่ศาลปกครองสูงสุดกล่าวอีกว่า เป็นไปได้ว่าในเวลาต่อมา แม้จะไม่มีประมูลในตอนนั้น แต่เลื่อนไปประมูลในภายหลัง ซึ่งเมื่อถึงตอนนั้น อาจมีเทคโนโลยีอื่นมาทดแทน 3G แล้ว แต่เหตุผลเช่นนี้ไม่ทำให้ปฏิเสธได้เลยว่า ตลอดเวลาที่มีการประมูลต้องเลื่อนออกไปเพราะการทูลหาประกาศ 3G ประชาชนจะยังไม่ได้รับบริการ 3G จากผู้ประกอบการมากมาย โอกาสที่โครงข่าย 3G จะครอบคลุมทั่วประเทศและมีการให้บริการที่ดี จึงเป็นไปได้ยาก หรือเป็นไปได้เลย และศาลก็ไม่ได้ให้หลักประกันใดๆแก่ประชาชนว่าเทคโนโลยีที่กล่าวถึงว่าจะมาแทนเทคโนโลยี 3G นั่นคือเทคโนโลยีอะไรและจะมาแทนเมื่อใดและอย่างไร และที่สำคัญที่สุดคือ การมีเทคโนโลยีอื่นในอนาคตมีความเกี่ยวข้องใดกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะ

นำคลื่นความถี่ 2.1 Ghz (ที่เป็นทรัพยากรเพื่อประโยชน์สาธารณะของทุกคน ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของบมจ กสท) มาใช้ไปก่อน การทะเลาะประกาศ 3G จึงส่งผลกระทบต่อกิจการ โทรคมนาคมอย่างมากและขัดแย้งกับหลัก กฎหมายที่ว่า การให้บริการสาธารณะต้องปรับเปลี่ยนเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ (principe d'adaptation)

2.2.2.3 นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดเองก็ได้ยอมรับว่า การให้บริการ 3G ต้องใช้เวลาในการ พัฒนาโครงข่ายถึง 4 ปี ซึ่งหมายความว่า ยิ่งเริ่มช้า ผู้ประกอบการที่พร้อมในการประมูล 3G ในขณะนี้ก็จะยิ่ง เสียโอกาสในการประกอบกิจการแข่งขัน และประชาชนก็ยิ่งเสียโอกาสที่ควรจะได้รับจากการแข่งขันและ เสรีภาพในการสื่อสารในระหว่างที่ศาลทะเลาะการประมูล อันเป็นการเสื่อมต่อสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการ รับรองไว้ในมาตรา 36 มาตรา 43 มาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลมีหน้าที่ที่จะต้องชี้และตีความ กฎหมายต่างๆ เพื่อส่งเสริมและปกป้องสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ตามมาตรา 27 รัฐธรรมนูญ

ผลกระทบของการระงับการประมูลต่อการให้บริการสาธารณะย่อมไม่อาจกล่าวได้หมดในที่นี้ แต่ จะเห็นได้ว่าเพียงเท่าที่กล่าวมานี้ก็น่าจะถึงขนาดที่จะเป็น “อุปสรรค” แก่การบริหารงานของรัฐและการให้ บริการสาธารณะแล้ว

และกทช.เองก็ได้จัดทำรายงานที่กล่าวถึงประโยชน์ที่สาธารณะชนจะได้รับจากการประมูลไว้ จำนวน 29 หน้า ซึ่งได้เผยแพร่พร้อมกับประกาศ 3G ซึ่งศาลปกครองสูงสุดไม่ได้กล่าวถึงไว้เลย<sup>27</sup>

ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่น่าเสียดายอย่างมากที่ศาลปกครองมิได้วิเคราะห์ในประเด็นเหล่านี้ แต่กลับสรุป เพียงสั้นๆว่า “การบริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ 2G ได้มีเครือข่ายครอบคลุมทั่วประเทศ ... จึงเห็นได้ว่า การที่ขณะนี้ยังไม่มีบริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ 3G จึงไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐ หรือแก่การบริการสาธารณะแต่อย่างใด”

ข้อที่น่ากังวลที่สุดก็คือ หากตรรกะและเหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ นำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ก็จะเกิดผลประหลาดอย่างมากเช่นกัน เช่น ศาลอาจมีคำสั่งให้ชะลอการประมูลการก่อสร้างทางด่วนไว้ โดย

27 ผู้ที่สนใจในรายละเอียดอาจอ่านข้อมูลเพิ่มเติมได้จาก “รายงานการประเมินผลกระทบจากการกำกับดูแลในการอนุญาต ให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ IMT ย่าน 2.1 Ghz” ที่ กทช. จัดทำขึ้น

ให้เหตุผลว่า การชลดังกล่าวไม่เป็นอุปสรรคต่อการให้บริการสาธารณะเพียงเพราะเหตุผลว่าประชาชนยังคงสามารถใช้โครงข่ายถนนปกติได้ ซึ่งการให้เหตุผลเพียงเท่านี้ น่าจะไม่ถูกต้อง

ความเร็วของทางด่วนก็ดี การส่งข้อมูลที่รวดเร็วโดยเทคโนโลยี 3G ก็ดี ไม่เพียงแต่สะดวกหรือมีผลดีต่อเศรษฐกิจ แต่มีผลดีในเรื่องอื่นๆในวงกว้างเป็นลูกโซ่ ทั้งการศึกษา (E Education) การแพทย์ หรือ Telemedicine ฯลฯ ความเร็วที่ประชาชนได้รับจากทางด่วนหรือการรับส่งข้อมูลอาจสามารถช่วยชีวิตคนหรือผู้ป่วยไว้ได้!

จากที่กล่าวมาทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าการที่ศาลปกครองมีคำสั่งรับฟ้องของบมจ กสท และได้มีคำสั่งทุเลาประกาศ 3G กล่าวคือ ยับยั้งมิให้มีการให้บริการสาธารณะ 3G โดยผู้ประกอบการมาภายในเร็ววันนี้ นั้น ย่อมเป็นเรื่องที่มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ได้ว่าไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายและไม่ปรากฏเหตุผลเพียงพอ

การไม่มีการแข่งขันในการให้บริการ 3G โดยผู้ประกอบการมาขายบนคลื่นความถี่ที่เป็นสากลที่เป็นที่นิยมย่อมทำให้ผู้ประกอบการและประชาชนสูญเสียโอกาสต่างๆไปอย่างน่าเสียดาย

- โปรดติดตามจดหมายเหตุกฎหมายปกครอง ในเรื่องอื่นๆ ที่จะเผยแพร่ต่อไป-