**เรื่องวุ่นวายของฐานอำนาจกฎหมาย กับ ประกาศ กสทช.ห้ามซิมดับ**

* **ต้องตั้งโจทย์ให้ถูกและมองรอบทิศ จึงจะเห็นแสงสว่างที่ปลายอุโมงค์ (ตอนจบ)**

**โดย... ดร.สุทธิพล ทวีชัยการ กสทช.ด้านกฎหมาย**

**เมื่อตอนที่แล้วได้อธิบายถึงปัญหาที่จะกระทบต่อผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ 2 จี กรณีคลื่น 1800 MHz ที่สัมปทานจะสิ้นสุดลงในวันที่ 15 กันยายน 2556 ทำให้ กสทช. ต้องใช้มาตรการทางกฎหมายในการออกประกาศห้ามซิมดับ อันเป็นมาตรการจำเป็นโดยไม่มีทางเลือกอื่นที่จะใช้ให้เกิดประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้ใช้บริการ ซึ่งเป็นสภาวะที่กฎหมายมีช่องโหว่ จึงต้องใช้และตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชน เพี่อมิให้บริการสาธารณะหยุดชะงัก โดยได้ทิ้งท้ายไว้ถึงข้อน่าสงสัยในการเคลื่อนไหวคัดค้านมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้ได้รับผลกระทบจาก “ซิมดับ”**

**ชำแหละ...! สาเหตุและจุดอ่อนการแปลความกฎหมายคัดค้านประกาศห้ามซิมดับ**

ผู้เขียนเคารพในการแสดงความคิดเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายทุกท่าน และมองในแง่ดีในการที่มีนักกฎหมายออกมานำเสนอมุมมองทางด้านกฎหมายที่มีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณะในเรื่องที่อ่อนไหวและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะใดๆ และอาจทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือหลายราย ขณะที่ประชาชนจะเสียประโยชน์ ควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และพิเคราะห์พิจารณาด้วยความละเอียดรอบคอบโดยควรเปิดกว้างรับข้อมูลอย่างละเอียดครบถ้วน ทั้งในแง่ทฤษฎีและแง่ปฏิบัติเพื่อให้ความเห็นที่ออกสู่สาธารณะมีความถูกต้อง แม่นยำ และเป็นกลาง

เพื่อสะท้อนในอีกมุมมองที่แตกต่างกันในเชิงสร้างสรรค์และเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ ผู้เขียนได้ลองวิเคราะห์ว่าเหตุใดนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านจึงออกมาวิพากษ์วิจารณ์คัดค้านร่างประกาศห้ามซิมดับ จากการวิเคราะห์นี้ ผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นในการวิพากษ์วิจารณ์ของนักวิชาการกฎหมายที่คัดค้านประกาศห้ามซิมดับ น่าจะเกิดจากสาเหตุและมีจุดอ่อน ดังต่อไปนี้

**1. มุ่งไปที่การคุ้มครองการแข่งขันเป็นหลัก แต่ให้ความสำคัญการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดประชาชนเป็นรอง**

ความเห็นโต้แย้งร่างประกาศห้ามซิมดับไม่ได้คำนึงถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดประชาชนเป็นหัวใจ แต่ไปมุ่งที่การคุ้มครองการแข่งขันของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นหลัก ทำให้ผู้วิจารณ์ไม่ได้ตั้งโจทย์ว่า กสทช. ควรจะดำเนินงานในภารกิจอย่างไรจึงจะทำให้ประชาชนได้ประโยชน์สูงสุด แต่ไปตั้งโจทย์ว่าจะใช้กฎหมายอย่างไรไม่ให้กระทบต่อการแข่งขันจนทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบ เมื่อตั้งโจทย์ผิดจึงส่งผลให้การวิเคราะห์คลาดเคลื่อน

ทั้งนี้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กสทช. ต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในการใช้คลื่นประกอบกับการจัดสรรและการกำกับที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชน เป็นตัวตั้งและพิจารณาปัจจัยด้านอื่นๆ ประกอบในการออกประกาศฯ โดยต้องพิจารณากฎหมายทั้งระบบ ครบถ้วนรอบด้านทั้งข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริงทางเทคนิคและตามหลักวิชาการในการจัดสรรคลื่นความถี่โดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชน อันเป็นโจทย์สำคัญที่สุดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซี่งเป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจหน้าที่ กสทช. ให้ต้องปฏิบัติตาม โดยไม่สามารถหยิบยกเพียงความมุ่งหมายใดมุ่งหมายหนึ่งแล้วด่วนนำไปสู่ข้อสรุป

อย่างไรก็ตามต่อข้อกังวลว่าจะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้ประกอบการนั้น ขอเรียนว่า ประกาศฯไม่ได้ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้ประกอบการในตลาดแต่อย่างใด เพราะการให้บริการตามมาตรการเยียวยาคุ้มครองผู้ใช้บริการเป็นคนละกรณีกับการประกอบกิจการที่มุ่งแสวงหากำไรตามนัยของการประกอบกิจการตามมาตรา 45 เช่นเดียวกับผู้ได้รับอนุญาตปกติ แต่เป็นการให้บริการเพื่อเยียวยาลูกค้าคงค้างในระบบ โดยมีเงื่อนไขชัดเจนในการห้ามรับลูกค้าใหม่ สำหรับประเด็นเรื่องรายได้ที่ผู้ให้บริการได้รับในช่วงดำเนินมาตรการเยียวยา เมื่อหักค่าเช่าโครงข่ายจาก กสท. และหักค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการแล้ว ส่วนที่เหลือต้องนำส่ง กสทช. เพื่อมีกระบวนการตรวจสอบก่อนนำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดินต่อไป

นอกจากนี้ประกาศฯมีสภาพเป็นกฎ ซึ่งกฎมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและก่อให้เกิดสภาพบังคับตามกฎหมาย ไม่ใช่มุ่งใช้เฉพาะต่อรายใดรายหนึ่ง โดย กสทช. ไม่อาจใช้อำนาจเพื่อเป็นการสร้างภาระหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์แก่รายใดหรือบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงได้

**2. เกิดจากความเข้าใจว่า พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 เป็นกฎหมายที่ดี มีประสิทธิภาพและไม่มีช่องโหว่ จึงแปลความโดยยึดลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก**

เมื่อมีพื้นฐานของความเข้าใจดังกล่าว จึงนำไปสู่การตีความว่าหากกฎหมายไม่เขียนไว้โดยชัดแจ้ง กสทช. ก็จะออกประกาศฯมาตรการเยียวยาไม่ได้ ทำให้ไม่พยายามใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดผลในการปกป้องคุ้มครองให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

จากประสบการณ์ที่เป็นผู้บังคับใช้ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 มาเกือบ 2 ปี ผู้เขียนเห็นว่าแม้กฎหมายฉบับนี้มีข้อดีหลายประการ แต่ก็เต็มไปด้วยจุดอ่อนและช่องโหว่อันทำให้การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมขาดประสิทธิภาพ จึงเห็นด้วยที่หลายฝ่ายเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุง แต่ควรจะต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างแท้จริง ปัญหาคือในระหว่างนี้จะใช้และตีความกฎหมายฉบับนี้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชนได้อย่างไร

การตีความกฎหมายปกครองควรเริ่มจากการพิเคราะห์ตามตัวบท เพื่อดูว่าถ้อยคำที่ใช้มีความกว้างหรือแคบเพียงใด ต่อมาจึงพิเคราะห์หาเหตุผลและความมุ่งหมายตามเจตนารมณ์ มิใช่พิเคราะห์เพียงอย่างใดอย่างหนึ่งและยุติแต่เพียงเท่านั้น ดังนั้น **ในการตีความกฎหมายปกครองทุกครั้งจึงควรมีการค้นหาเจตนารมณ์กฎหมายประกอบไปด้วยเสมอ เพราะหากตีความตามตัวอักษรแต่เพียงอย่างเดียวแล้วก็ไม่อาจหาความหมายตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงและถูกต้องเป็นธรรมให้แก่ตัวบทได้**

ต่อกรณีการให้บริการโทรคมนาคมซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายปกครอง โดยหลักของการใช้และการตีความตามกฎหมายปกครอง จะต้องใช้และตีความตาม “หลักเฉพาะ” ทางปกครอง อันมีสาระสำคัญคือ 1. จะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียก่อน และใช้กฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องก่อน 2. **หากกฎหมายเฉพาะเรื่องมีมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ต่ำกว่าหรือเป็นธรรมน้อยกว่า ก็จะต้องใช้กฎหมายปกครองที่เป็นหลักทั่วไป** **ในกรณีเกิดมีช่องว่างในกฎหมาย ซึ่งในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไปไม่ถึง ผู้ใช้กฎห**ม**ายปกครองสามารถที่จะนำกฎหมายปกครองทั่วไป หรือหลักกฎหมายใกล้เคียงยิ่ง หรือหลักเหตุผลในหลักความยุติธรรมที่ถือเป็นกฎหมายธรรมชาติ อย่างใดอย่างหนึ่งมาอุดช่องว่างตามกฎหมาย** “เพื่อให้เกิดผลดีที่สุดในการทำให้เจตนารมณ์กฎหมายสัมฤทธิ์ผลในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพประชาชนและเกิดประโยชน์สาธารณะ”

ผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 83 และ 84 แห่งพ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ เป็นบทเฉพาะกาลเพื่อกำหนดเวลาให้คืนคลื่นความถี่ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีข้อจำกัด กล่าวคือกำหนดแต่เพียงว่าต้องคืนคลื่นเมื่อใดให้เป็นไปตามแผนแม่บท แต่เมื่อคืนคลื่นความถี่มาแล้ว จะดำเนินการอย่างไร ในช่วงก่อนนำมาจัดสรรนั้น แผนแม่บทและมาตรา 83 และ 84 ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าในช่วงรอยต่อหลังสิ้นสุดสัญญา ก่อนนำคลื่นไปจัดสรรใหม่จะต้องดำเนินการอย่างไร ทั้งไม่ได้กำหนดว่าจะคุ้มครองผู้ใช้บริการที่ค้างอยู่ในระบบเดิมในช่วงรอยต่อนี้อย่างไร

เมื่อกฎหมายมีข้อจำกัด เกิดช่องโหว่ดังกล่าว กสทช. ผู้ใช้กฎหมายก็ต้องย้อนกลับไปพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่ให้ฐานอำนาจ กสทช. ไว้คือมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเรื่องคลื่นความถี่และฐานอำนาจของ กสทช. ไว้โดยตรง โดย กสทช. ผูกพันตามมาตรา 47 อยู่สองระดับ คือ

ระดับที่ 1 “การใช้” คลื่นความถี่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหมายความรวมถึงทุกช่วงเวลา ไม่จำกัดเฉพาะช่วงที่นำคลื่นมาจัดสรรเท่านั้น การใช้คลื่นเพื่อประโยชน์สาธารณะถือเป็นหัวใจสำคัญของมาตรา 47 ดูได้จากลำดับถ้อยคำที่ปรากฎตามมาตรา 47 ดังนั้น การจะตีความต้องมุ่งไปที่การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

ระดับที่ 2 “การจัดสรรและการกำกับ” ไม่ว่าจะเป็นเรื่องคลื่นความถี่และการกำกับดูแลกิจการในความรับผิดชอบ กสทช. ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนเป็นสำคัญ

**3. ขาดความเข้าใจในสภาพปัญหาทางโทรคมนาคมไทยและหลักการจัดสรรคลื่นความถี่**

ผู้วิจารณ์น่าจะยังไม่เข้าใจว่าการประมูลเป็นเพียงการได้สิทธิในการใช้คลื่น แต่การจะให้บริการโทรคมนาคมของผู้ที่ได้สิทธิในการใช้คลื่นความถี่ยังมีขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการอีกมาก เช่น สร้างโครงข่ายและใช้เทคโนโลยี รวมทั้งต้องอาศัยอุปกรณ์มือถือในการส่งรับคลื่น และลักษณะของเทคโนโลยี 4 จี ที่จะจำเป็นต้องอาศัยพื้นฐานของเทคโนโลยี 3 จี และลักษณะโครงข่ายสัมปทาน 1800 ที่มีอยู่เป็นโครงข่ายที่ใช้ได้สำหรับ 2 จี เท่านั้น ขณะที่ความต้องการของคลื่น 1800 หากมีการประมูล เป็นที่คาดการณ์ได้ว่า ผู้ประมูลได้จะต้องการเอาไปใช้บริการ 4 จี จึงไม่อาจใช้โครงข่าย 2 จี ที่มีอยู่ได้ จำเป็นจะต้องสร้างขึ้นใหม่ทั้งหมด แม้อาจจะปรับเอาโครงข่าย 3 จี มาใช้โดยติดอุปกรณ์เพิ่มได้ แต่ปัจจุบันเพิ่งออกใบอนุญาต 3 จี ไปยังไม่ถึงปี จึงติดตั้งโครงข่าย 3 จี ยังไม่เรียบร้อย หากเร่งการประมูลก่อนสิ้นสุดสัมปทานได้ ก็ยังไม่สามารถโอนย้ายผู้ใช้บริการในระบบ 2 จี ไปได้อยู่ดี เพราะโครงข่ายไม่เสร็จและผู้อยู่ในระบบอาจไม่ต้องการไปใช้บริการ 4 จี ประเด็นจึงไม่ใช่ประมูลไม่ทัน แต่ถ้าเร่งประมูล นอกจากจะทำให้การจัดประมูลไม่เกิดประสิทธิภาพแล้ว ยังไม่สามารถแก้ปัญหาผู้ใช้บริการค้างในระบบ นอกจากนี้ ผู้วิจารณ์ยังขาดความเข้าใจในเทคนิคเรื่องการโอนย้ายเลขหมาย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยเข้าใจว่าการโอนย้ายทั้งล๊อตทำได้โดยไม่มีข้อจำกัด ซึ่งไม่ได้เป็นเช่นนั้น ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในบทความ (ตอนที่1)

**4. ไม่ได้กล่าวถึงหลักบริการสาธารณะซึ่งต้องมีความต่อเนื่องอันเป็นหลักสำคัญของกฎหมายปกครอง แต่ไปเน้นเฉพาะประเด็นความชอบด้วยกฎหมาย**

ตามหลักกฎหมายปกครอง บริการโทรคมนาคมเป็นการบริการสาธารณะ กสทช. เป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่กำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว มีความต่อเนื่อง ไม่สะดุดหยุดลง อีกทั้งกรณีดังกล่าวยังเกี่ยวข้องกับประชาชนที่คงค้างในระบบหลังสิ้นสุดสัญญาสัมปทานเป็นจำนวนมาก ฝ่ายปกครองต้องเข้ามาช่วยเหลือ เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินการต่อไปได้ จะถือเสมือนหลักกฎหมายเอกชนที่ว่า ตัวใครตัวมัน ไม่ได้

นอกจากนี้ ทั้งผู้ที่อยู่ใต้สัญญาสัมปทานและผู้ให้สัมปทานอยู่ในฐานะผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 80 วรรคสอง พ.ร.บ.การประกอบกิจการโทรคมนาคม 2544 ซึ่งการอยู่ในฐานะผู้รับใบอนุญาตทำให้เกิดทั้ง “สิทธิ” และ “หน้าที่” ซึ่งไม่ได้แปลว่าสิทธิใช้คลื่นหมดแล้วจบกันไป เปรียบเสมือนเรื่องหน้าที่และความรับผิดภายหลังการเลิกสัญญาตามหลักกฎหมายเรื่องสัญญา ที่ยังมีหน้าที่ที่จะต้องถือปฏิบัติต่อกันภายหลังเลิกสัญญา (culpa post contractum finitum) ดังนั้น จึงต้องแยกเรื่อง “คลื่น”และ “การเยียวยาลูกค้า” พิจารณาแยกจากกันคนละส่วน เพราะแม้สิทธิการใช้คลื่นสิ้นสุดไปแล้วแต่หน้าที่ของผู้ให้บริการยังคงมีอยู่ อันประกอบด้วย ประการแรก หน้าที่ห้ามหยุดหรือพักการให้บริการไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ตามมาตรา 20 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และ ประการที่สอง หน้าที่เยียวยาผลกระทบผู้ใช้บริการภายหลังการสิ้นสุดการอนุญาตให้ประกอบกิจการตามข้อ 24 ตามเงื่อนไขแนบท้ายใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สาม โดยกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบในอนาคตจากการที่ลูกค้าคงค้างในระบบจะไม่สามารถติดต่อสื่อสารได้

**5. ไม่จำแนกลักษณะของการตีความกฎหมายเป็นกฎที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิ ซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัด และกฎซึ่งมุ่งในการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของประชาชน ที่ต้องตีความอย่างยืดหยุ่นเพื่อให้กฎหมายสามารถปกป้องสิทธิและคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนได้**

ผู้วิจารณ์ใช้วิธีตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ทุกกรณีอย่างเคร่งครัด ซึ่งย่อมส่งผลให้ไม่สามารถข้ามพ้นข้อจำกัดของกฎหมาย และไม่สามารถทำให้กฎหมายทำหน้าที่ให้เกิดประโยชน์สูงสุดของประชาชนได้ การตีความกฎหมายลักษณะนี้จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายปกครอง โดยถือเอาข้อจำกัดของกฎหมาย เป็นข้อจำกัดในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของประชาชน

**6. พิจารณาแต่เฉพาะในแง่มุมที่จำกัดอยู่ในเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในร่างที่นำเสนอ โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าร่างฯนี้ยังสามารถปรับปรุงโดยแก้ไขหรือเพิ่มเติมเพื่อลดจุดอ่อนและเสริมให้เกิดความเข้มแข็งขึ้น**

แม้จะเคารพต่อความเห็นของผู้วิจารณ์ แต่จากการศึกษาบทความต่างๆ ของผู้วิจารณ์นั้น ผู้เขียนอดคิดไม่ได้ว่าผู้วิจารณ์อาจมีเป้าหมายมาตั้งแต่แรกว่าไม่ควรมีประกาศนี้ จึงวิจารณ์ในมุมมองเดียว โดยปิดประตูการรับฟังข้อมูลอย่างรอบด้าน แต่เลือกที่จะรับฟังแนวคิดที่สอดคล้องกับแนวคิดของผู้วิจารณ์ ปิดทางความพยายามในการทำเพื่อปกป้องประโยชน์ของประชาชน โดยปิดโอกาสสำหรับข้อเสนอที่จะทำให้ร่างนี้มีความสมบูรณ์ขึ้น ซึ่งทำให้ผลการวิเคราะห์ด้อยค่าไปอย่างน่าเสียดาย

**7. ขาดการตีความให้กฎหมายบังคับได้**

ตัวอย่างเช่น ในกรณี มาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ.2553 บัญญัติเฉพาะให้คืนคลื่นเมื่อสิ้นสัมปทาน แล้วจึงบอกว่าให้ กสทช. นำไปจัดสรร ปัญหาคือ กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าเมื่อคืนมาแล้วจะต้องจัดสรรเมื่อใด กฎหมายเพียงบอกว่าให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาที่ กสทช. กำหนด ฉะนั้นการจะจัดประมูลเมื่อใดจึงอยู่ในดุลพินิจของ กสทช. ซึ่งจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดเป็นประการสำคัญ หาก กสทช. เห็นว่าถ้าเร่งจัดประมูลไวเกินไปโดยเพิ่งออกใบอนุญาต 3 จี ไปยังไม่ถึงปี หากประมูลไปแล้วไม่เกิดประโยชน์สูงสุด กสทช. ย่อมไม่สามารถจัดประมูลได้และจำเป็นต้องกำหนดช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมเพื่อให้เป็นไปตามหลักการของกฎหมาย นอกจากนี้ กฎหมาย ยังไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไว้ในกรณีที่เมื่อมีการคืนคลื่นแล้วในระหว่างที่ยังไม่มีการจัดสรรหรือในช่วงที่รอการจัดสรรคลื่นให้ผู้ประกอบการรายใหม่ จะกำกับดูแลในระหว่างนี้อย่างไร หากมีผู้ใช้บริการค้างอยู่ในระบบ จะเยียวยาปัญหาอย่างไร ปัญหาคือในระหว่างนี้ กสทช. จะดำเนินการเพื่อกำกับดูแลคุ้มครองผู้บริโภคได้หรือไม่ ซึ่งจะต้องเลือกระหว่างไม่ทำอะไรเลยเพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ จึงถือว่าห้ามคุ้มครองผู้บริโภค หรือจะถือว่าเมื่อไม่มีกฎหมายห้าม หากดำเนินการตามกรอบภารกิจและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็ไม่ต้องห้ามแต่อย่างใด ตรงนี้คือความแตกต่างกัน ผู้วิจารณ์เลือกที่จะตีความและใช้กฎหมายเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษร โดยไม่พยายามจะใช้กฎหมาย ให้เกิดประโยชน์สูงสุดเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต้องถามว่า กสทช. มีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองเฉพาะผู้รับอนุญาต หรือต้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย ถ้าบริการสาธารณะถูกข้อจำกัดทางกฎหมาย ที่ไม่สามารถให้บริการได้ขณะที่ประชาชนยังใช้บริการและยังมีความต้องการใช้บริการนั้นอยู่ บทบาทของ กสทช. ในฐานะเป็น regulator ควรจะเป็นอย่างไร ซึ่งคงปฏิเสธไม่ได้ว่าการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคมคือบทบาทที่สำคัญยิ่งของ กสทช.

กฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมทั้งหลายเป็นกฎหมายที่มีสภาพเป็นพลวัต เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี ไม่ใช่ของตายตัวและอยู่นิ่งอยู่กับที่เสมอ จากสภาพที่มีพลวัตสูงนี้เองทำให้การตีความกฎหมายต้องคำนึงถึงพัฒนาการ (dynamic) **การตีความแบบเคร่งครัด (rigid) จะก่อให้เกิดผลประหลาด และนำไปสู่การขัดขวางและเป็นอุปสรรคต่อการอำนวยความยุติธรรมต่อประชาชนในการบริการสาธารณะได้ในท้ายที่สุด**

การใช้และตีความเกี่ยวกับการออกประกาศฯมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการหลังสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน ต้องยึดประโยชน์ผู้บริโภคเป็นที่ตั้งเพื่อใช้และตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามหลักกฎหมายปกครองที่ถูกต้องและให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ “ผ่าทางตัน” เพื่อมิให้บริการสาธารณะหยุดชะงัก การออกประกาศฯจะช่วยเยียวยาผู้บริโภคและการให้บริการโทรคมนาคมที่เป็นบริการสาธารณะเกิดความต่อเนื่องของการให้บริการตามหลักกฎหมายปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักการตีความเพื่อมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในทางให้กฎหมายมีผลบังคับใช้จริง ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 327/2550 สำหรับหลักการตีความเพื่อมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดได้วางบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษา ที่ อ. 10/2550 นอกจากนี้หลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายปกครองก็ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 148/2554 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 213/2546 และคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 431 และ 437/2550 นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดยังได้วางแนวทางการตีความโดยพิจารณาจากเจตนารมณ์และแปลความกฎหมายในลักษณะขยายความเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนซึ่งปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 164/2550 และ อ. 231/2550

ขอเรียนว่าหลักการของประกาศฯ ห้ามซิมดับ ที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและยึดถือหลักคงความต่อเนื่องในการให้บริการยังสอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล (international best practice) โดยจากการศึกษาข้อมูลขององค์กรระหว่างประเทศด้านกิจการโทรคมนาคม อาทิ สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (ITU) สมาคมผู้ประกอบการ GSMA รวมทั้งผลการศึกษาของหน่วยงานด้านการสื่อสารและเทคโนโลยีของ World Bank ก็ระบุชัดเจนว่าในช่วงเวลาการเปลี่ยนผ่านจาก 2G ไปสู่ 3G หลักการสำคัญที่ผู้กำกับดูแลต้องคำนึงถึงอย่างยิ่งคือ การคงความต่อเนื่องของการให้บริการต่อประชาชนผู้ใช้บริการ (ensure continuity of service) แม้ในช่วงที่ยังไม่มีการออกใบอนุญาตก็ตาม นอกจากนี้ องค์กรกำกับดูแลในต่างประเทศก็ใช้หลักคงความต่อเนื่องในการให้บริการและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักประกอบการพิจารณาแนวทางภายหลังสิ้นสุดการให้บริการตามใบอนุญาต อาทิ ACMA ของออสเตรเลีย OFCOM ของสหราชอาณาจักร BNetzA ของเยอรมนี หรือ OFCA ของฮ่องกง เป็นต้น

**8. ข้อวิจารณ์ที่กล่าวว่ากฎหมายไม่สามารถคุ้มครองผู้ใช้บริการที่ต้องการใช้บริการเทคโนโลยีเดิมได้ตลอดไปนั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับผู้ใช้บริการคลื่น 1800 MHz ที่ค้างอยู่ในระบบได้**

เพราะในกรณีผู้ใช้บริการคลื่น 1800 เทคโนโลยีที่ใช้ไม่ใช่เทคโนโลยีเดิม แต่เป็นเทคโนโลยี ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ( 2 จี) ซึ่งแม้จะมีการให้บริการ 3 จี แต่บริการ 2 จี ยังคงอยู่ และผู้ที่ได้รับผลกระทบคือผู้ที่ใช้บริการ 2 จี จำนวนกว่า 17 ล้านคน ที่ใช้บริการเทคโนโลยีนี้ ฉะนั้นข้ออ้างของผู้วิจารณ์ที่ยกประเด็นนี้ขึ้นมาจึงฟังไม่ขึ้น ซึ่งหาก กสทช. ไปถือปฏิบัติตามก็จะทำให้หลงประเด็นและไม่สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายผ่าทางตันเพื่อเยียวยาผู้ใช้บริการที่ใช้เทคโนโลยีปัจจุบันซึ่งอยู่ระหว่างการใช้บริการนี้อยู่แต่บริการต้องหยุดชะงักเพราะผลของกฎหมาย ซึ่งมิใช่ความผิดของคนกลุ่มนี้เลย อันย่อมเข้าข่ายในการละเว้นการใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ทั้งๆที่หากพยายามใช้และตีความกฎหมายให้ยืดหยุ่นก็จะสามารถเยียวยาปัญหาดังกล่าวได้

**บทสรุป**

กล่าวโดยสรุป มุมมองความเห็นทางกฎหมายเป็นเรื่องที่แตกต่างกันได้ ไม่อาจมองว่าถ้าเห็นไม่ตรงกันแล้ว ฝ่ายที่เห็นไม่ตรงกันจะผิดเสมอ ในกรณีที่มีผู้วิจารณ์ในปัญหาเรื่องประกาศห้ามซิมดับเป็นตัวอย่างที่เห็นชัดเจนถึงความแตกต่างระหว่างนักกฎหมายสายวิชาการที่มองกฎหมายในทางทฤษฎีกับนักกฎหมายสายปฏิบัติ ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้กำกับดูแลหรือ regulator ในกิจการโทรคมนาคม เนื่องจาก**ขณะที่นักวิชาการมุ่งเน้นการศึกษาและตีความกฎหมายเพื่อแสดงถึงภูมิปัญญาและความรอบรู้ในประเด็นที่สังคมให้ความสนใจโดยไม่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบ หากการใช้กฎหมายเกิดผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชน แต่นักปฏิบัติซึ่งเป็น regulator ดังเช่น กสทช. ต้องมีหน้าที่ที่จะบังคับใช้และตีความกฎหมายให้การกำกับดูแลที่ตนรับผิดชอบเกิดประโยชน์สูงสุด เกิดการพัฒนาในความรู้ความเชี่ยวชาญในสหวิทยาการที่ตนรับผิดชอบเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งจะต้องมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อผลของการตัดสินนั้นๆ** นอกจากนี้ กสทช. นั้นได้รับการคัดเลือกจากวุฒิสภา ซึ่งสมาชิกวุฒิสภาส่วนหนึ่งมาจากการเลือกตั้ง จึงต้องถือว่า กสทช. มีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชน ซึ่งหมายถึงการที่มีภาระหน้าที่อันสำคัญที่จะต้องคำนึงประโยชน์ของประชาชนเป็นประการสำคัญ ฉะนั้น หากกฎหมายสามารถตีความได้หลายทาง กสทช. ก็ต้องเลือกการตีความกฎหมายที่อยู่เคียงข้างประชาชนและเพื่อประชาชน

การจะบอกว่าการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานชำนาญพิเศษที่ใช้ดุลพินิจในกรอบอำนาจหน้าที่ในกรณีมีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างจากนักวิชาการบางคนนั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบเป็นการผิดกฎหมาย ก็เท่ากับเป็นการไม่เคารพในการใช้ดุลพินิจขององค์กรชำนาญพิเศษ ซึ่งย่อมไม่สอดคล้องกับแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักไว้ว่าศาลจะไม่ก้าวล่วงในดุลพินิจขององค์กรชำนาญพิเศษ มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าศาลกลายเป็นองค์กรพิเศษเสียเอง

**แนวความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกันนี้จะเป็นไปในเชิงสร้างสรรค์ถ้าทุกฝ่ายมีจุดร่วมที่จะมองไปที่ประโยชน์สูงสุดของประชาชน เปิดใจกว้างรับข้อมูลต่างๆให้ละเอียดรอบคอบ ทราบข้อจำกัดของกฎหมาย และมุ่งใช้กฎหมาย ให้เกิดผลในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของประชาชน แต่ถ้าเราตั้งโจทย์ไว้แล้วว่าทำไม่ได้และไม่พยายามที่จะหาทางเยียวยา การแก้ไขปัญหาซิมดับก็ย่อมจะไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งแน่นอนผู้ที่จะได้รับผลกระทบและความเดือดร้อนคงหนีไม่พ้นประชาชนผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นผู้ใช้บริการ**

………………………………………………………………………………………………………