



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หลักนิติธรรมกับการพิจารณาการคว่ำรวมกิจการโทรคมนาคม

จัดทำโดย นายปรธนา ลีลพนัง
รหัส ๖๕๑๐๒๐

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๑๐
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับการพิจารณาการควบรวมกิจการโทรคมนาคม

นายปรีธนา ลีลาพันธ์^๑

บทนำ

กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่เป็นส่วนหนึ่งของการดำรงชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็ปัจจัยหลักในการสื่อสาร จนไปถึงปัจจัยสนับสนุนอย่าง ทางด้านการศึกษา เศรษฐกิจ การแพทย์ ตลอดจนไปถึงการให้ความบันเทิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งในปัจจุบันมีการใช้งานเลขหมายโทรศัพท์เคลื่อนที่อยู่มากกว่า ๑๒๐,๘๔๙,๖๐๖ เลขหมาย มากกว่าจำนวนประชากรที่มีอยู่จำนวน ๖๖,๑๗๑,๔๓๙ ราย เกือบเท่าตัว เราจึงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า การดำเนินการใดๆของผู้ให้บริการย่อมมีผลกระทบต่อประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ในอดีตกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการสาธารณูปโภคที่จำกัดผู้ให้บริการอยู่แต่เฉพาะหน่วยงานของรัฐเท่านั้น เรียกได้ว่าเป็นการผูกขาดทั้งที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเองหรือให้สัมปทานทำร่วมกับภาคเอกชน ต่อมาเมื่อมีการเปิดเสรีการค้า จึงได้ปรับเปลี่ยนมาเป็นระบบใบอนุญาตภายใต้การกำกับของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระที่มีหน้าที่สำคัญในการดูแลให้การมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ทำให้กิจการโทรคมนาคมเป็นธุรกิจที่มีการแข่งขันกันอย่างเข้มข้น โดยเฉพาะด้านราคาและความทันสมัยของเทคโนโลยี ซึ่งผู้ประกอบการทุกรายจึงต้องมีการปรับตัวในทุกๆ ด้านอยู่เสมอ เพื่อเพิ่มความสามารถในการแข่งขัน ซึ่งการควบรวมกิจการในระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่ทำกันทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย ซึ่งมีทั้งที่ได้รับและไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานกำกับดูแลที่ใช้กฎหมาย ประกอบกับเหตุผลและดุลพินิจที่แตกต่างกันไป

ในกรณีของประเทศไทยครั้งล่าสุด มีการประกาศการควบรวมกิจการโทรคมนาคมของผู้ให้บริการ ๒ รายใหญ่ตั้งแต่ปลายปี ๒๕๖๔ ก็มีความสับสนทั้งหน่วยงานที่จะเข้ามากำกับดูแล กฎหมายที่บังคับใช้ จนไปถึงการตีความกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ และข้อสงสัยต่อการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลในการใช้อำนาจหน้าที่เพื่อก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค อันเกิดจากการพยายามควบรวมกิจการโทรคมนาคม

ดังนั้น หน่วยงานกำกับดูแลจำเป็นต้องนำหลักนิติธรรมมาประกอบการใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาการควบรวมกิจการโทรคมนาคม เพื่อเป็นการรับประกันว่า ผู้ใช้บริการ หรือประชาชนทั่วไปจะไม่ได้รับ

^๑ หัวหน้าคณะผู้บริหารกลุ่มลูกค้าทั่วไป บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)

ผลกระทบ หรือเสียประโยชน์ ตลอดจนคงสภาพการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมให้ดำเนินอย่างต่อเนื่อง

๑. หลักนิติธรรม (The Rule of Law)^๒

“หลักนิติธรรม” คือหลักการที่ถือกำเนิดเกิดขึ้นมาเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ (Limited Government) ทั้งนี้โดยมีพื้นฐานมาจากประวัติศาสตร์เมื่อครั้งที่ผู้ปกครองประเทศรวมศูนย์การใช้ อำนาจไว้แต่เพียงผู้เดียว ไม่มีใครสามารถที่จะเข้าไปควบคุมหรือตรวจสอบได้เลย อันมีลักษณะของ รูปแบบการปกครองที่เรียกว่า “ระบอบการปกครองแบบอำนาจนิยม” (Authoritarianism) กล่าวคือ เมื่อคนใดคนหนึ่งมีอำนาจอย่างล้นพ้นแล้วโดยธรรมชาติของอำนาจย่อมทำให้ลุแก่อำนาจอันนำไปสู่การใช้ อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่ได้คำนึงถึงบุคคลอื่นว่าการใช้อำนาจของตนจะเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิ เสรีภาพของผู้อื่นหรือไม่ประการใด อีกทั้งยังเป็นการใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดนั้น ช่วยเหลือพวก พ้องของตนโดยมิได้คิดคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม โดยมาตรการที่ผู้ปกครองอำนาจนิยมในสมัยนั้นนิยม ใช้กันมากที่สุดเช่นการสังหารชีวิต การสั่งจำคุกโดยไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาของศาลการสั่งขึ้น ค่าภาษีอากรตามอำเภอใจโดยมิได้รับความยินยอมจากรัฐสภาฯ เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นตามที่ได้ กล่าวมาจึงนำไปสู่แนวคิดในการ “กำกับการใช้อำนาจของผู้ปกครอง” ซึ่งในสมัยก่อนก็คือ “พระมหากษัตริย์” ให้ใช้อำนาจอยู่ในกรอบหรือหลักเกณฑ์ที่ออกโดยความยินยอมของประชาชนซึ่งก็คือ “รัฐสภา” นั่นเองดังนั้นจึงเห็นได้ว่าลักษณะของการปกครองตามแนวคิดนี้เป็นการปกครองโดยกฎหมาย ให้อำนาจการปกครองโดยตัวมนุษย์แต่อย่างใดไม่ (Government of Laws not of Men) จึงนำไปสู่การ อธิบายถึงหลักการของหลักนิติธรรมว่าเป็นการปกครองที่ยึดกฎหมายเป็นใหญ่เป็นสรณะ (Supremacy of Laws) และด้วยหลักการนี้จึงนำไปสู่วลีที่นักกฎหมายคุ้นเคยและใช้กันอย่างติดปากว่า “หลัก ความชอบด้วยกฎหมาย” หรือ Legality นั่นเองคำถามก็คือว่าทั้งหมดนี้ถูกคิดขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ใด ทำไมจึงต้องจำกัดและกำกับการใช้อำนาจรัฐคำตอบก็คือเพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดนี้ก็คือหัวใจของหลักนิติธรรม

ก่อนที่จะเกิดแนวคิดที่ว่า “การปกครองโดยกฎหมายมิใช่โดยตัวมนุษย์” มีการถกเถียงกันเป็น อย่างมากกว่า ตกลงแล้วการปกครองที่ดีควรยึดตัวบุคคลเป็นหลักหรือยึดตัวบทกฎหมายเป็นหลักซึ่งตรงนี้ ต้องย้อนไปในสมัยกรีกเมื่อ “เพลโต” (Plato) ซึ่งเป็นนักปราชญ์ในสมัยนั้นได้เสนอแนวคิด “กษัตริย์ นักปราชญ์” หรือ philosopher king ที่เน้นการปกครองโดยตัวมนุษย์เป็นหลักโดยบุคคลผู้ที่จะปกครอง ประเทศตามแนวคิดนี้จะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติเพียบพร้อมกล่าวคือ เป็นคนดีมีความรู้และมี คุณธรรมเมื่อได้คนที่ดีมีคุณธรรมมาปกครองประเทศก็จะดีที่สุดในสำหรับอริสโตเติล (Aristotle) มีความเห็นแย้งแนวคิดดังกล่าวว่าเป็นไปไม่ได้ในโลกของความเป็นจริงเพราะในการที่จะแสวงหาบุคคลที่

^๒ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, ธันวาคม๒๕๕๔, บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ “หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย” <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer6moo/web/viewer.php>

มีคุณสมบัติเทียบพร้อมตามที่กำหนดไว้มาปกครองประเทศโดยยึดตัวบุคคลนั้นมีความเกี่ยวข้องในเรื่องของผลประโยชน์ที่ค่อนข้างอันตรายเพราะตราบใดที่มนุษย์ยังมีความรู้สึกนึกคิด กล่าวคือมีความรักโลก โกรธหลงอยู่ตรงนี้อาจนำไปสู่การปกครองประเทศที่ไม่เป็นธรรมไม่เป็นเหตุเป็นผลได้ซึ่งลักษณะแบบนี้ค่อนข้างเป็นอัตวิสัยสูง (subjective) ดังนั้นการปกครองที่น่าจะถูกต้องเหมาะสมเป็นเหตุเป็นผลและเป็นกลางมากกว่า “ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์” ก็คือตัวบทกฎหมายนั่นเองโดยอริสโตเติลมองว่ากฎหมายนั้นเป็นเหตุเป็นผลในตัวของมันเองไม่มีความรักโลกโกรธหลงการปกครองโดยยึดกฎหมายนี้จึงน่าจะมีคุณยุดีธรรมเพราะมีลักษณะเป็นภาววิสัย (objective) เป็นเหตุเป็นผลมากกว่า จนท้ายที่สุดแล้วแนวคิดเรื่อง “กษัตริย์นักปราชญ์” ของเพลโตก็กลายเป็นที่สุดเพลโตก็มีความเห็นคล้อยตามแนวคิดของอริสโตเติลผู้เป็นลูกศิษย์ของเขานั่นเอง อย่างไรก็ตามหลังจากที่เริ่มมีแนวคิดในการเข้าไปจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในยุคแรกๆมีความสับสนอยู่พอสมควรว่าหลักการยึดถือกฎหมายเป็นใหญ่จริงๆแล้วหมายถึงอะไรกันแน่เพราะในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่มีผู้ปกครองได้เข้ามาล่งละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมากโดยอาศัยอำนาจในตัวบทกฎหมายซึ่งให้อำนาจไว้ เช่นมีการสังหารประชาชนหรือลงโทษประชาชนโดยมิได้ผ่านการพิจารณาตามกระบวนการยุติธรรมที่ต้องชี้ขาดโดยศาล การกระทำดังกล่าวของผู้ปกครองจึงถูกตั้งคำถามและวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่าเป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่อย่างไรซึ่งนักวิชาการบางท่านก็ว่าเป็น เพราะมีตัวบทกฎหมายให้อำนาจไว้ บ้างก็ว่าไม่เป็น เพราะแม้จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็จริงแต่มันเป็น การเข้าไปล่งละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากจนเกินไปจึงขัดต่อวัตถุประสงค์ของหลักนิติธรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการเข้าไป “จำกัดการใช้ อำนาจของผู้ปกครอง” และมุ่ง “คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน” หลังจากนั้นจึงได้แนวความคิดที่ ตกลงว่าการปกครองโดยหลักนิติธรรมที่แท้จริงพึงต้องดูในเนื้อหาของตัวบทกฎหมายด้วยว่ามีเนื้อหาที่ มุ่งจำกัดอำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ซึ่งตรงนี้เองจะเป็นการแบ่งแยกแนวคิด ระหว่าง Rule by law กับ Rule of law ออกจากกัน กล่าวคือ Rule by law นั้นคือ การปกครองที่ ผู้ปกครองใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการเข้าไปล่งละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งตรงกันข้ามกับ Rule of law ที่เป็นหลักการควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้นหลักการใหญ่ของหลักนิติธรรมก็คือหลักการจำกัดการใช้อำนาจรัฐเพื่อเข้าไปรับรอง และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง

๒. หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ๒๕๖๐

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ๒๕๖๐ ได้มีการกล่าวถึง “หลักนิติธรรม” ไว้ในมาตรา ๓ และ มาตรา ๒๖ ดังนี้

“**มาตรา ๓** อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”

“มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ๒๕๖๐ ได้มีการตีกรอบการใช้อำนาจของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ รวมไปถึงการตรากฎหมายต้องไม่ขัดกับหลักนิติธรรม

โดยหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมายกระบวนยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืนขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยอาจจำแนกได้เป็น ๒ ประการ^๓ คือ

๑. หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ ซึ่งหากฝ่าฝืนการนี้ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ได้แก่

- (๑) หลักความเป็นอิสระ และความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ
- (๒) กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
- (๓) กฎหมายต้องการมีประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ
- (๔) กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ
- (๕) ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี
- (๖) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ
- (๗) กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

๒. หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง เป็นลักษณะที่ดีของกฎหมายหรืออคติทางกฎหมาย การฝ่าฝืนทำให้เป็นกฎหมายและกระบวนยุติธรรมที่ “ไม่ดี” มี ๑๖ หลักคือ

- (๑) กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน
- (๒) กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง

^๓ ศาตราจารย์กิตติคุณ ดร.บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, มิถุนายน ๒๕๖๐, แนวทางการพัฒนาหลักนิติธรรมในประเทศ : ปัญหา อุปสรรค และหนทางสู่ความสำเร็จ

- (๓) กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล
- (๔) กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม
- (๕) กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน
- (๖) กฎหมายที่ดีต้องทันสมัยและสามารถรองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและวัฒนธรรม
- (๗) กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้
- (๘) กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลัง เป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล
- (๙) กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสม และได้สัดส่วนกับความผิด
- (๑๐) กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพและส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ และเคารพกฎหมาย
- (๑๑) กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใสและตรวจสอบได้
- (๑๒) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์
- (๑๓) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้าด้วย ค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม
- (๑๔) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก
- (๑๕) นักกฎหมายผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่
- (๑๖) นักกฎหมายผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องซื่อสัตย์ สุจริต ยึดหลักคุณธรรม เมตตาธรรมและสันติธรรม

๓. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการการควรวรรณกิจการโทรคมนาคม

๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐

มาตรา ๔๐ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน หรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

หมวด ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา ๗๕ วรรคแรก บัญญัติว่า

“มาตรา ๗๕ รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของ

เศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ...”

แม้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะได้บัญญัติรับรองและให้การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ แต่ก็มีข้อยกเว้นว่ารัฐสามารถจำกัดเสรีภาพ โดยการตราเป็นกฎหมายเพื่อรักษาการแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน หรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐที่จะต้องกำหนดแนวนโยบายอันเป็นการขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๗๕

๓.๒ พระราชบัญญัติต้องคุ้มครองเสรีภาพและกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓

“มาตรา ๒๗ ให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้...

(๑๑) กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม...”

๓.๓ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๔๙

“มาตรา ๒๑ ยังกำหนดว่า การประกอบกิจการโทรคมนาคม นอกจากต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าแล้ว ให้คณะกรรมการกำหนดมาตรการเฉพาะตามลักษณะการประกอบกิจการโทรคมนาคมมิให้ผู้รับใบอนุญาตกระทำการอย่างใดอันเป็นการผูกขาด หรือลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการกิจการโทรคมนาคมในเรื่องดังต่อไปนี้

- (๑) การอุดหนุนการบริการ
- (๒) การถือครองธุรกิจและบริการประเภทเดียวกัน
- (๓) การใช้อำนาจทางการตลาดที่ไม่เป็นธรรม
- (๔) พฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน
- (๕) การคุ้มครองผู้ประกอบการรายย่อย”

๓.๔ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำอันผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๙

“ข้อ ๘. การถือครองธุรกิจและบริการประเภทเดียวกัน โดยการเข้าซื้อหรือถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสิบของจำนวนหุ้นทั้งหมดของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น หรือการเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อควบคุมนโยบายหรือการบริหารธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการกระทำโดยทางตรงหรือทางอ้อมหรือผ่านตัวแทน จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ โดยผู้รับใบอนุญาตที่ประสงค์จะเข้าไปถือครองธุรกิจของผู้รับ

ใบอนุญาตรายอื่นตามวรรคหนึ่งมีหน้าที่ต้องแจ้งแก่คณะกรรมการ เพื่อขออนุญาตตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาว่าการถือครองธุรกิจให้บริการประเภทเดียวกันตามวรรคหนึ่ง อาจส่งผลให้เกิดการผูกขาด หรือลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการโทรคมนาคม คณะกรรมการอาจสั่งห้ามการถือครองกิจการหรือกำหนดมาตรการเฉพาะตามหมวด ๔ ก็ได้”

“ข้อ ๑๖ ... มาตรการเฉพาะตามวรรคหนึ่ง อาจประกอบด้วย

- (๑) คำสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างอันเป็นหรืออาจ เป็นการผูกขาด หรือลด หรือจำกัดการแข่งขัน
- (๒) การแยกระบบบัญชีออกจากกันในการให้บริการบางประเภท
- (๓) การเปิดเผยหรือแจ้งข้อมูลตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด
- (๔) การกำหนดการคิดคำนวณต้นทุนใหม่
- (๕) การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและค่าบริการบางประเภท
- (๖) การกำหนดให้บริการแก่ผู้รับใบอนุญาตรายอื่น
- (๗) การบังคับให้แยกขายบริการ
- (๘) การสั่งให้ยกเลิกหรือปรับปรุงเงื่อนไขสัญญาให้บริการ
- (๙) มาตรการหรือเงื่อนไขอื่นที่คณะกรรมการกำหนด”

๓.๕ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

แห่งชาติ เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการควบรวมธุรกิจในการกิจการโทรคมนาคม

“ข้อ ๕ ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตที่ประสงค์จะทำการรวมธุรกิจกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นต้องรายงานต่อเลขาธิการ กสทช. ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันก่อนการดำเนินการดังต่อไปนี้

- (๑) จดทะเบียนนิติบุคคล ในกรณีที่เข้าร่วมธุรกิจระหว่างผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ทำให้เกิดนิติบุคคลใหม่ขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือตามสัญญาร่วมค้า หรือ
- (๒) ทำสัญญาซื้อขายสินทรัพย์ ในกรณีที่เข้าร่วมธุรกิจโดยผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น หรือ
- (๓) ทำสัญญาซื้อขายหุ้น ในกรณีที่เข้าร่วมธุรกิจโดยผู้รับใบอนุญาตหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้รับใบอนุญาตเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น เพื่อควบคุมนโยบายการบริหาร กิจการ การอำนวยการ หรือการจัดการ...”

“ข้อ ๙ การรายงานตามข้อ ๕ ข้อ ๖ ข้อ ๗ หรือข้อ ๘ ให้ถือเป็นการขออนุญาตจาก กสทช. ตามข้อ ๘ ของประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำอัน ผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. ๒๕๔๙”

“ข้อ ๑๒ ให้เลขาธิการ กสทช. รายงานต่อ กสทช. ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นประกอบกรรายงานการรวมธุรกิจจากที่ปรึกษาอิสระ หากการรวมธุรกิจตามข้อ ๕ ส่งผลให้ตลาดที่เกี่ยวข้องมีดัชนีเฮร์ฟินดาห์ล-เฮิร์ชแมน (HHI) มากกว่า ๒,๕๐๐ และเปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นจากเดิมมากกว่า ๑๐๐ และมีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งมีการครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ให้ถือว่าการรวมธุรกิจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ กสทช. อาจพิจารณากำหนดเงื่อนไขหรือนำมาตรการเฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญในตลาดโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้เพื่อป้องกันความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ”

ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้วจะเห็นว่า กฎหมายได้ให้อำนาจหน้าที่และเปิดช่องให้ กสทช. ในฐานะหน่วยงานกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมใช้ดุลพินิจที่จะสั่งห้ามการควบรวมธุรกิจ หรือกำหนดมาตรการเฉพาะ โดยมีเพียงกรอบการพิจารณากว้างๆ แต่กฎหมายมีการกำหนดว่าการควบรวมธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบแค่ไหนเพียงใดห้ามกระทำ หรือเพียงแต่กำหนดมาตรการเฉพาะ

๔.สภาพตลาดโทรคมนาคม

ในปัจจุบันที่มีผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายใหญ่ ๓ ราย ณ สิ้นไตรมาสที่ ๓ ปี ๒๕๖๔ มีค่าดัชนีการกระจุกตัว (Herfindahl-Hirschman Index : HHI)^๔ ซึ่งใช้เป็นหลักการในการพิจารณาสภาพการแข่งขันนั้น อยู่ที่ ๓,๕๗๕ จุด ซึ่งเกินกว่าค่ามาตรฐานของดัชนีที่อยู่ ๒,๕๐๐ จุด ตามที่ กสทช. กำหนดไว้ในประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการควบรวมธุรกิจในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๖๑

ดัชนี HHI **3,575** (เพิ่มขึ้น 1.19% QoQ)

ตารางที่ 2-2 ส่วนแบ่งตลาดและดัชนี HHI ของบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่

	3Q2563	4Q2563	1Q2564	2Q2564	3Q2564	% เปลี่ยนแปลง YoY	% เปลี่ยนแปลง QoQ
ส่วนแบ่งตลาดของบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่							
AWN	45.34%	44.28%	44.94%	45.37%	46.82%	3.27%	3.20%
DTN	17.89%	18.19%	17.92%	17.90%	17.82%	-0.36%	-0.41%
TUC	33.92%	34.60%	34.16%	33.86%	32.52%	-4.13%	-3.96%
CAT	2.40%	2.44%					
TOT	0.42%	0.46%					
NT			2.94%	2.84%	2.81%		-1.26%
MNNOs	0.03%	0.03%	0.03%	0.03%	0.03%	2.15%	-1.63%
ค่าดัชนี Herfindahl-Hirschman index (HHI)	3,532	3,495	3,517	3,533	3,575	1.22%	1.19%

^๔ (Herfindahl-Hirschman Index : HHI) ตามหลักทางเศรษฐศาสตร์ หากตลาดใดมีค่า HHI ยิ่งน้อยยิ่งแสดงให้เห็นถึงจำนวนผู้แข่งขันในตลาดที่มาก ซึ่งหมายถึงการแข่งขันที่พอเพียง (healthy competition) ในทางตรงกันข้าม ยิ่งตัวเลขสูงขึ้นเท่าไรก็จะยิ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพตลาดที่มีการกระจุกตัวมากและโอกาสในการเกิดการแข่งขันที่น้อยตามไปด้วย ซึ่งโดยปกติแล้ว ค่า HHI ไม่ควรสูงกว่า ๑,๕๐๐ สำหรับตลาดที่มีการแข่งขันพอสมควร

ที่มา: ข้อมูลรายงานการรวมธุรกิจละสภาพตลาดโทรคมนาคมประจำไตรมาสที่ ๓ ปี ๒๕๖๔ สำนักวิชาการและจัดการทรัพยากรโทรคมนาคมสายงานกิจการโทรคมนาคม

แสดงว่าให้เห็นว่า แม้ยังไม่มีการควบรวมใดๆ เกิดขึ้น ตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของประเทศไทยก็มีการกระจุกตัวสูงที่สูงมากอยู่แล้ว ทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขัน (Failure market) ต่ำ และหากอนุญาตให้มีการควบรวมระหว่างผู้ให้บริการระดับที่ ๒ และ ๓ บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จะมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันสูงถึงร้อยละ ๕๔ และ ค่า HHI จะเท่ากับ ๕,๐๓๒^๕ ซึ่งสูงกว่าค่ามาตรฐานกว่าเท่าตัว

สรุป

เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่า ในปัจจุบัน กิจการโทรคมนาคม เป็นกิจการที่เกือบจะเรียกได้ว่าเป็นกิจการสาธารณูปโภค ที่มีความจำเป็น รองจากสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เห็นได้จากจำนวนเลขหมายโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ปัจจุบันมีอยู่กว่า ๑๒๐,๘๔๙,๖๐๖ มากกว่าจำนวนประชากรที่มีอยู่จำนวน ๖๖,๑๗๑,๔๓๙ อยู่ถึง ๕๔,๖๗๘,๑๖๗ เลขหมาย รัฐจึงได้มีการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลขึ้นมาโดยเฉพาะ เนื่องจากเป็นบริการที่มีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมากโดยตรง

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๐ จะได้มีการตีกรอบการใช้อำนาจของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ รวมไปถึงการตรากฎหมายต้องไม่ขัดกับหลักนิติธรรม แต่ในการควบรวมกิจการโทรคมนาคมนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องมีการเปิดให้ใช้ กสทช. ในฐานะหน่วยงานกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมใช้ดุลพินิจตั้งแต่ ที่จะสั่งห้ามการควบรวมธุรกิจ หรือ กำหนดมาตรการเฉพาะ เห็นได้จากการใช้ถ้อยคำในการร่างกฎหมายไม่ว่าจะเป็น

ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำอันผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๙ ข้อ ๘. ววรรคท้าย “...กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาว่าการถือครองธุรกิจและบริการประเภทเดียวกันตามวรรคหนึ่งอาจส่งผลให้เกิดการผูกขาด หรือลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการโทรคมนาคม **คณะกรรมการอาจสั่งห้ามการถือครองกิจการหรือกำหนดมาตรการเฉพาะตามหมวด ๔ ก็ได้**”

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการควบรวมธุรกิจในกิจการโทรคมนาคม ข้อ ๑๒ “ให้เลขาธิการ กสทช. รายงานต่อ กสทช. ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นประกอบการรายงานการรวมธุรกิจจากที่ปรึกษาอิสระ หากการรวมธุรกิจตามข้อ ๕ ส่งผลให้ตลาดที่เกี่ยวข้องมีดัชนีเฮอริฟินดาห์ล-เฮิร์ชแมน (HHI) มากกว่า ๒,๕๐๐ และเปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นจากเดิมมากกว่า ๑๐๐ และมีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดเพิ่มขึ้นอย่างมี

^๕ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ รายงานตอบโจทย์ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๖๔

นัยสำคัญ รวมทั้งมีการครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ให้ถือว่าการรวมธุรกิจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ กสทช. อาจพิจารณากำหนดเงื่อนไขหรือนำมาตราการเฉพาะสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญในตลาดโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้เพื่อป้องกันความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ”

ซึ่งล้วนแล้วแต่แสดงให้เห็นถึงความไม่แน่นอนในการใช้ดุลพินิจ แม้ว่าในด้านหนึ่งการเปิดให้ใช้ดุลพินิจจะก่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการทำงาน สามารถปรับเปลี่ยนได้ตามข้อเท็จจริงที่หลากหลาย แต่ในอีกด้านหนึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจน และปฏิบัติกับทุกคนอย่างเท่าเทียม ซึ่งอาจเป็นข้อถกเถียงว่าเป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการที่มีผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้างอย่างกิจการโทรคมนาคม จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิ การควบรวมที่ทำให้ค่า HHI เพิ่มขึ้นเกินกว่าเท่าไร กสทช. ต้องมีคำสั่งห้ามการควบรวม หรือ การกำหนดมาตรการเฉพาะว่า ห้ามดำเนินการใดบ้าง เพื่อประกอบการตัดสินใจก่อนดำเนินการควบรวม เนื่องจากในขั้นตอนการควบรวมนั้น มีขั้นตอนที่ผู้ถือหุ้นต้องตัดสินใจว่าจะขายหุ้นก่อนการควบรวมหรือไม่ การไม่ทราบความเสี่ยงก่อนตัดสินใจอาจก่อให้เกิดความเสียหายกับรายย่อยได้ และที่สำคัญไปกว่านั้นคือผู้บริโภค ผู้ใช้บริการประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศที่ต้องได้รับผลกระทบเนื่องจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เพราะแม้ว่า ผลการศึกษาจะออกมาว่า การควบรวมในกิจการโทรคมนาคมมีแนวโน้มจะทำให้ค่าบริการสูงขึ้น GDP ลดลง การแข่งขันในการให้บริการน้อยลงเพียงใด ก็ไม่ได้เป็นการรับรองการใช้ดุลพินิจของ กสทช. ได้

บรรณานุกรม

ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, ธันวาคม ๒๕๕๔ , บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ “หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย”

<https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer๒๓๐๐/web/viewer.php>

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, มิถุนายน ๒๕๖๐, แนวทางการพัฒนาหลักนิติธรรมในประเทศไทย : ปัญหา อุปสรรค และหนทางสู่ความสำเร็จ

ข้อมูลรายงานการรวมธุรกิจสภาพตลาดโทรคมนาคมประจำไตรมาสที่ ๓ ปี ๒๕๖๔ สำนักวิชาการและจัดการทรัพยากรโทรคมนาคมสายงานกิจการโทรคมนาคม

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๖๔, รายการตอบโจทย์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๐

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓

พระราชบัญญัติ.การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๔๙

ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำอันผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๙

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการควบรวมธุรกิจในกิจการโทรคมนาคม