



การปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น  
(la doctrine des facilités essentielles) เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจในประเทศไทย :  
ศึกษากรณีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคม

Applying the Essential Facilities Doctrine to Foster Economic Freedom in Thailand :  
The Case of Infrastructure Sharing in Telecommunications

อานันท์ กระบวนศิริ\*

รับบทความเมื่อ 6 ธันวาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 27 สิงหาคม 2568

ตอบรับบทความเมื่อ 28 สิงหาคม 2568

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทำให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าการจำกัดเสรีภาพเช่นนี้อาจกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดแบบเสรีนิยมใหม่ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามาใช้อำนาจมหาชน กำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการจะสามารถเข้าสู่ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม และเพื่อให้แน่ใจว่าเอกชนในตลาดจะสามารถแข่งขันกันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม จึงเกิดข้อเรียกร้องให้มีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจของรัฐให้มาอยู่ในรูปของบริษัทเอกชน และยกเลิกรายการพิเศษทางมหาชนโดยนำอำนาจดังกล่าวไปไว้กับองค์กรกำกับดูแล นอกจากนี้ ทรัพย์สินของบริษัทที่แปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะเป็นโครงข่ายก็ได้ถูกเรียกร้องให้ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่ายเพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาด แนวคิดดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” (la doctrine des facilités essentielles) บทความนี้จะทำการศึกษาแนวคิดดังกล่าวรวมถึงแนวคิดกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและคำพิพากษาของศาลปกครองไทยที่เกี่ยวกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคม

\*

นิติศาสตรมหาบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน สาขากฎหมายมหาชนภาคธุรกิจ มหาวิทยาลัย Paris - Saclay (เกียรตินิยม) นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัย Toulouse Capitole ประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



**คำสำคัญ :** บทความวิชาการ, หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น, ลัทธิเสรีนิยมใหม่, จอห์น เมย์นาร์ด เคนส์, ฟรีดริช ฮาเย็ก, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, กฎหมายปกครอง, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, กฎหมายแข่งขันทางการค้า, กฎหมายทรัพย์สิน, กรรมสิทธิ์, เสรีภาพในการประกอบกิจการ, เสรีภาพในการแข่งขัน, บริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ, การบริการสาธารณะที่มีโครงข่าย, การเชื่อมต่อโครงข่าย, คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ศาลปกครอง



### Abstract

The Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), Article 40, recognizes the liberty to engage in an occupation, rendering any limitation on such freedom impossible. However, the Constitution provides for exceptions, stating that restrictions on freedom may be imposed through legal authority to maintain the security or economy of the country, protect fair competition, prevent or eliminate barriers or monopoly, protect consumers, regulate the engagement of occupation only to the extent of necessity, or for other public interest. This reflects that Thailand has been influenced by modern liberal thinking, urging the state to use its power to regulate economic activities to ensure businesses can enter a competitive and fair market. This demand also includes transforming state-owned enterprises into private companies and abolishing special privileges of private monopolies by transferring such authority to regulatory organizations. Furthermore, properties of companies transformed from state-owned enterprises, specifically the public services network, are required to provide opportunities for other business entities to connect to the network efficiently and fairly. This concept is known as the “Essential Facilities Doctrine”. This article examines this concept along with the public economic law perspective, relevant Thai laws, and judgments of Administrative Courts of Thailand related to essential facilities in the telecommunications industry.

**Keywords :** academic article, Essential Facilities Doctrine, neoliberalism, John Maynard Keynes, Friedrich Hayek, constitutional law, administrative law, public economic law, competition law, property law, right to property, liberty to engage in an occupation, freedom of competition, services of general economic interest, public services network, interconnection, national broadcasting and telecommunication commission, Administrative Court



## บทนำ

ตามแนวคิดแบบเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ นิติสัมพันธ์ของบุคคลตั้งอยู่บนฐานของการแสดงเจตนา โดยใจสมัคร เอกชนที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสามารถใช้สอยทรัพย์สินของตนได้อย่างเสรี มีสิทธิหวงกั้น การเข้าถึงทรัพย์สินของตนจากบุคคลอื่น ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานวิธีคิดแบบกฎหมายเอกชน ในระบบดังกล่าว รัฐจะต้องดำรงตนอยู่เพียงในฐานะผู้ปกป้องความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเท่านั้น รัฐไม่สามารถดำเนินกิจการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการแทรกแซงการแข่งขันระหว่างเอกชนได้ จนกระทั่งเกิดสงครามโลกและวิกฤติเศรษฐกิจ ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการค้ำจุนระบบเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น ทำให้กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ มีพัฒนาการก้าวหน้ามากขึ้นโดยเฉพาะในยุคที่รัฐเข้ามาเป็นผู้เล่นสำคัญในตลาด ในรูปของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายขนาดใหญ่ซึ่งเอกชนไม่สามารถ ดำเนินกิจการเองได้ อย่างไรก็ตาม การแทรกแซงของรัฐจะทำให้ระบบเศรษฐกิจกลับฟื้นมีชีวิตขึ้นมาอีกครั้ง แต่การดำรงอยู่ของรัฐก็ถูกตั้งคำถามตามมาถึงความมีประสิทธิภาพในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม รัฐก็ไม่อาจถอยออกมาจากตลาดโดยสมบูรณ์ด้วยความกังวลว่าผู้เล่นรายใหญ่ในตลาดจะใช้อำนาจเหนือตลาด เอารัดเอาเปรียบผู้เล่นรายอื่น ซึ่งเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างเสรี แนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่เรียกร้อง ให้รัฐเข้ามาใช้อำนาจมหาชนกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการ จะสามารถเข้าสู่ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจจึงเข้ามา มีบทบาทขึ้นอีกครั้ง ไม่ใช่ในลักษณะที่รัฐเป็นผู้เล่น แต่เป็นผู้คุมกฎกติกา เพื่อไม่ให้เกิดสภาวะการประกอบธุรกิจ แบบ “ปลาใหญ่กินปลาเล็ก”

ทั้งนี้ เพื่อให้แน่ใจว่า เอกชนในตลาดจะสามารถแข่งขันกันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม จึงเกิดข้อเรียกร้องให้มีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจของรัฐให้มาอยู่ในรูปของบริษัทเอกชน และยกเลิกอำนาจพิเศษ ทางมหาชนโดยนำอำนาจดังกล่าวไปไว้กับองค์กรกำกับดูแล นอกจากนี้ ทรัพย์สินของบริษัทที่แปรรูป มาจากรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะเป็นโครงข่ายก็ได้ถูกเรียกร้องให้ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่น สามารถเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่าย แนวคิดดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น”<sup>1</sup> (la doctrine des facilités essentielles) แนวคิดนี้เป็นตัวอย่างสำคัญที่สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจ ทางมหาชนของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจในเรื่องที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญต่อประเทศ เช่น กิจการโทรคมนาคม ที่เป็นวัตถุประสงค์การศึกษาในบทความนี้ ดังนั้นเพื่อความเข้าใจถึงหลักว่าด้วย สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นและการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย ในส่วนที่ 1 ของบทความนี้ จะศึกษาหลักการสำคัญในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม จากนั้นจะศึกษา

<sup>1</sup> การใช้คำว่า “หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” ปรากฏในข้อ 5 ของประกาศคณะกรรมการ กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 และปรากฏใน เอกสิทธิ์ วิจิตรกุล, การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน : ความเบื้องต้น และประสบการณ์จากคำพิพากษาศาลปกครอง, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง เดือนตุลาคม 2562.

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยในส่วนที่ 2 ของบทความนี้ และปิดท้ายด้วยการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยในส่วนที่ 3 ของบทความนี้

### ส่วนที่ 1 หลักการสำคัญในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ประเทศไทยเป็นประเทศที่รับรองระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อทำความเข้าใจภูมิหลังของหลักการดังกล่าว ในส่วนนี้จึงศึกษา 3 ส่วนที่สำคัญ ได้แก่ 1.1 บทบาทของรัฐ ในทางเศรษฐกิจ 1.2 หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ และ 1.3 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

#### 1.1 บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจ

บทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจมีความเป็นพลวัตตามกาลสมัยและมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับพัฒนาการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอย่างแยกขาดจากกันไม่ได้ บทบาทดังกล่าวอาจจำแนกออกเป็น 4 ยุคที่สำคัญ ได้แก่ (1) รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (รัฐผูกขาดพาณิชย์นิยม) (2) รัฐเผ่ายาม (เสรีนิยมทางเศรษฐกิจ) (3) รัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ และ (4) รัฐกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ<sup>2</sup> อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเรื่องการปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น กรณีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคมในบทความนี้จะศึกษาเฉพาะในยุคที่ 3 และยุคที่ 4 เท่านั้น

##### 1.1.1 รัฐที่แทรกแซงทางเศรษฐกิจ

วิกฤตเศรษฐกิจทำให้แนวคิดเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจถูกตั้งคำถามและมีเสียงเรียกร้องให้รัฐกลับมามีบทบาทเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจเพื่อแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจที่รุนแรง และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ภาคเอกชนสูญเสียทรัพยากรสำคัญในการผลิตไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ด้วยตนเอง สถานการณ์ดังกล่าวทำให้ตลาดไม่สามารถตอบโจทย์ทางสังคมได้อีกต่อไปหรือที่เรียกชื่อว่า “ตลาดล้มเหลว” (Défaillance du marché) ที่เรียกร้องให้รัฐเข้ามามีบทบาทมากยิ่งขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงทำให้รัฐต้องเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แนวคิดทางเศรษฐกิจสำคัญที่สนับสนุนการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ ได้แก่ แนวคิดของจอห์น เมย์นาร์ด เคนส์ (John Maynard Keynes)<sup>3</sup> ที่เชื่อว่า รัฐมีหน้าที่ในการขับเคลื่อนและเป็นห้ามล้อทางเศรษฐกิจของประเทศ ลัทธิที่สนับสนุนการแทรกแซงเศรษฐกิจของรัฐ (interventionnisme) ได้ถูกนำไปใช้อย่างเป็นรูปธรรมผ่านนโยบาย

---

<sup>2</sup> โปรตดู อานันท์ กระบวนศรี, “หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจ ภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2567, น. 1 (5-11).

<sup>3</sup> Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, 4<sup>e</sup> éd. : 2014, Paris : LGDJ, pp. 30-31; Aurélien Baudu, *Finances Publiques*, 3<sup>e</sup> éd. : 2021, Paris : Dalloz, pp. 78-79; Jean – Paul Valette, *Droit public économique*, 3<sup>e</sup> éd. : 2015, Paris : Hachette Supérieur, p. 24; Éric Oliva, *Finances Publiques*, 3<sup>e</sup> éd. : 2015, Paris : Sirey, p. 17; Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 2<sup>e</sup> éd. : 2021, Paris : Dalloz.



“New Deal” ของประธานาธิบดี แฟรงกลิน ดี. โรสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ที่มีการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อแก้ไขปัญหาการว่างงาน และเริ่มมีแนวคิดเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการ (État - providence) เกิดขึ้น เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสที่รัฐกลับมามีบทบาทในการวางกรอบเพื่อกำหนดทิศทางในทางเศรษฐกิจและออกกฎหมายคุ้มครองกิจกรรมทางเศรษฐกิจมากขึ้น<sup>4</sup> ในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นยุคแห่งความเจริญรุ่งเรืองของแนวคิดว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ (service public) ซึ่งมุ่งเน้นไปที่บริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (service public industriel et commercial) มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องในทางเศรษฐกิจเป็นจำนวนมากในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ มีองค์กรใหม่ ๆ เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากโดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจ รวมถึงการใช้อำนาจมหาชนทำให้กิจการเอกชนหลายแห่งเป็นของรัฐ (Nationalisation) ในประการสำคัญ คือ การบริการสาธารณะที่มีโครงข่าย (les services publics en réseaux) เช่น พลังงาน คมนาคม และการสื่อสาร เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศภายหลังสงครามโลก อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะที่เพิ่มขึ้นเป็นเท่าตัวนำมาซึ่งวิกฤตการณ์ครั้งใหม่ที่เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษ 1950 และทศวรรษ 1960 และถูกท้าทายโดยคลื่นความคิดแบบเสรีนิยมใหม่ (néolibérale) ในช่วงทศวรรษ 1980 ที่ให้ความสำคัญกับการแข่งขันอย่างเสรีของภาคเอกชน<sup>5</sup>

### 1.1.2 รัฐกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ

ในช่วงทศวรรษ 1970 รัฐได้เปลี่ยนบทบาทตนเองอีกครั้งมาเป็นผู้กำกับกติกาทางเศรษฐกิจ แทนที่จะเป็นผู้เล่นเหมือนอย่างในอดีต นักคิดคนสำคัญในยุคนี้ ได้แก่ ฟรีดริช ฮาเยก (Friedrich Hayek)<sup>6</sup> ที่เสนอว่า การที่รัฐต้องเข้าไปแทรกแซงทางเศรษฐกิจทำให้รัฐต้องแบกรับภาระทางงบประมาณเป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดปัญหาหนี้สาธารณะ ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน การขาดความอิสระทางการเมือง และข้อผูกพันมากมายตามกฎระเบียบต่าง ๆ ในระบบราชการ รัฐจึงไม่สามารถตอบโจทยความต้องการของสังคมได้อีกต่อไปหรือที่เรียกว่าสภาวะ “รัฐล้มเหลว” (Défaillance du gouvernement) จึงเกิดแนวคิดปฏิรูปบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจที่มีชื่อเรียกว่า “ลัทธิเสรีนิยมใหม่” (Néolibéralisme) ซึ่งเชื่อว่ายิ่งรัฐเข้ามามีบทบาทน้อย เศรษฐกิจยิ่งดี (moins d’État mieux d’État) แนวคิดนี้เรียกร้องไม่ให้รัฐลงมาแทรกแซงเศรษฐกิจแต่ให้เพิ่มบทบาทของภาคเอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในนามของรัฐ แต่เมื่อรัฐถอยออกมาปล่อยให้เอกชนดำเนินการแทนแล้ว รัฐจะนิ่งเฉยปล่อยให้เป็นไปตามกลไกตลาดแบบเสรีอย่างเต็มที่ที่จะเกิดปัญหาที่ตามมาเหมือนอย่างในยุครัฐเผด็จการ รัฐจะขยับขึ้นไปเป็นผู้กำกับดูแลคอยสอดส่องและบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีที่แท้จริง ดังนั้นในยุคนี้

<sup>4</sup> Didier Linotte et al., *Droit public économique*, 2001, Paris : Dalloz, p. 17; Éric Oliva, *op. cit.*, pp. 20-21; Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 22-25.

<sup>5</sup> Frédéric Brigaud et al., *Finances Publiques*, 3<sup>e</sup> éd. : 2017, Paris : Armand Colin, pp. 462-463; et Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 32; Pierre Esplugas - Labatut, *le Service public*, 5<sup>e</sup> éd. : 2023, Paris : Dalloz, p. 2.

<sup>6</sup> Sophie Nicinski, *op. cit.*, pp. 34-35.

รัฐจึงเปลี่ยนบทบาทจาก “ผู้จัดทำ” (fournisseur) มาเป็น “ผู้ดูแลกติกา” (régulateur) มีบทบาทสำคัญส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนอย่างเต็มที่<sup>7</sup> ผู้นำที่มีบทบาทสำคัญที่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว ได้แก่ มาร์กาเรต แทตเชอร์ (Margaret Thatcher) นายกรัฐมนตรีของสหราชอาณาจักร โรนัลด์ เรแกน (Ronald Reagan) และโดนัลด์ ทรัมป์ (Donald Trump) ประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ดำเนินการเพื่อลดค่าใช้จ่ายที่เป็นสวัสดิการสังคม เช่น การศึกษา การเคหะ ประกันสังคม และได้ทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatisation) ไม่ว่าจะเป็นกิจการประปา ไฟฟ้า ก๊าซ และเหล็กกล้า เช่นเดียวกับสหภาพยุโรปที่ได้รับรองหลักการแข่งขันทางการค้า (le principe de concurrence) เอาไว้ในสนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1957 (le Traité instituant la Communauté économique européenne de 1957 (TCEE)) หรือสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 (le Traité de Rome de 1957) และหลักการตลาดร่วม (Marché unique หรือ Grand marché intérieur) เอาไว้ในกฎหมายยุโรปตลาดเดียว ค.ศ. 1986 (Acte unique européen de 1986)<sup>8</sup> ภายใต้อิทธิพลดังกล่าว ประเทศฝรั่งเศสจึงได้แปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นจำนวนมากเพื่อลดรายจ่ายสาธารณะและเพิ่มประสิทธิภาพการแข่งขันของเอกชนในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายซึ่งรัฐจะต้องแบ่งแยกโครงข่ายออกจากการให้บริการ เปิดโอกาสให้เอกชนเข้าถึงโครงข่ายได้อย่างเสรี และจะต้องมีองค์กรกำกับดูแลที่มีความเป็นอิสระ เพื่อคอยระมัดระวังไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชน โดยองค์กรกำกับดูแลจะมีสถานะเป็นองค์กรอิสระทางปกครอง (autorités administratives indépendantes (AAI)) ที่ปราศจากการแทรกแซงในทางการเมืองของฝ่ายบริหารเพื่อลดบทบาทในทางเศรษฐกิจของภาครัฐอย่างแท้จริง<sup>9</sup>

## 1.2 หลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ

หลักการของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจที่สำคัญอาจสรุปเป็น 4 หลักการ ได้แก่ (1) หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน (2) เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (3) หลักกฎหมายทั่วไปที่ปรับใช้ทางเศรษฐกิจ และ (4) หลักการทั่วไปที่มีผลต่อเศรษฐกิจ<sup>10</sup> อย่างไรก็ตามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้อาจจำกัดขอบเขตของการศึกษาเฉพาะในสองหลักการแรก โดยแบ่งเป็นส่วนที่ 1.2.1 หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน และส่วนที่ 1.2.2 หลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

<sup>7</sup> Sophie Nicinski, *op. cit.*, pp. 34-35; Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 268; Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 25-26; Aurélien Baudu, *op. cit.*, p. 100.

<sup>8</sup> Jean - Luc Albert, *Finances Publiques*, 11<sup>e</sup> éd. : 2019, Paris : Dalloz, p. 73; Didier Linotte et al., *op. cit.*, pp. 57-58; Pierre Bauby, *Service public*, 2<sup>e</sup> éd. : 2016, Paris : La Documentation française, pp. 143-144.

<sup>9</sup> Jean - Paul Valette, *op. cit.*, p. 73; Jean - Philippe Colson et al., *Droit Public Économique*, 6<sup>e</sup> éd. : 2012, Paris : LGDJ, pp. 340-344; Didier Linotte et al., *op. cit.*, p. 27; Étienne Petit, *Les indispensables du droit public économique*, 2019, Paris : Ellipses, p. 83.

<sup>10</sup> เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, 2566, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 68.



### 1.2.1 หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน

หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สิน (la protection du droit de propriété) ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 17 บัญญัติว่า “กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ศักดิ์สิทธิ์และไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ บุคคลไม่อาจถูกสิทธิกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนได้ เว้นเสียแต่จะเป็นไปด้วยความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ขอด้วยกฎหมายและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนล่วงหน้าที่เหมาะสมและเป็นธรรม”<sup>11</sup> จะเห็นได้ว่า กรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิตามธรรมชาติ ล่วงละเมิดมิได้และมีความศักดิ์สิทธิ์ตามที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในข้อ 17 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 รวมถึงในมาตรา 1 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (la Convention européenne des droits de l’homme) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยทรัพย์สินของเอกชนและสาธารณสมบัติของแผ่นดิน<sup>12</sup> ในเวลาต่อมาหลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินยังได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกฎหมายบ้านเมืองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปรากฏตามคำวินิจฉัยหลายเรื่อง เช่น คำวินิจฉัยเรื่องการโอนทรัพย์สินหรือกิจการของเอกชนเป็นของชาติ ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982 และวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1982<sup>13</sup> และคำวินิจฉัยเรื่องการแปรรูปกิจการของรัฐ ลงวันที่ 25 และวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1986<sup>14</sup> ตามลำดับ โดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งสองคดีมีข้อสรุปและได้รับการรับรองว่ากรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ<sup>15</sup>

แม้ว่ากรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินจะได้รับการรับรองและได้รับการคุ้มครองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส แต่ปัจจุบันกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินมิใช่สิทธิที่จะละเมิดมิได้และมีความศักดิ์สิทธิ์ (un droit inviolable et sacré) ดังเช่นหลักการที่เคยปรากฏในช่วงเวลาของการปฏิวัติฝรั่งเศส ผ่านคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 อีกต่อไป เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในปัจจุบันพบว่า มีกฎหมายจำนวนมากที่ตราขึ้นใช้บังคับและส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการใช้ทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น กฎหมายผังเมือง กฎหมายภาษีอากร หรือกฎหมายสิ่งแวดล้อม ดังนั้นทุกวันนี้หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินจึงอาจมิใช่สิทธิที่ล่วงละเมิดมิได้และมีความศักดิ์สิทธิ์เด็ดขาด

<sup>11</sup> สุรพล นิตไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4, 2537, น. 812 (813).

<sup>12</sup> Matthieu Thauray, *Leçons de Droit public des activités économiques*, 2011, Paris : ellipses, pp. 20-21; Frédéric Colin, *Droit public économiques*, 6<sup>e</sup> éd. : 2017, Paris : Gualino, pp. 161-162; Jean - Philippe Colson et al., *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>13</sup> CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982; CC, déc. n° 82-139 DC du 11 février 1982.

<sup>14</sup> CC, déc. n° 86-207 DC du 25 - 26 juin 1986.

<sup>15</sup> Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 55-56; Étienne Petit, *op. cit.*, p. 25; เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้าวแล้ว เขิงอรรถที่ 10*, น. 68-69.

ดังเช่นสมัยก่อน การขับเคลื่อนของสังคมในมิติด้านต่าง ๆ ได้ก่อให้เกิดประเด็นใหม่ ๆ และส่งผลให้เกิดคำถามถึงความเด็ดขาดหรือความเป็นที่สุดของหลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินแตกต่างกันไป ปัจจุบันกฎหมายจำนวนมากมีเนื้อหาอันเป็นการจำกัดการใช้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน กฎหมายเหล่านี้เป็นตัวอย่างสะท้อนการจัดวางนโยบายทางเศรษฐกิจรูปแบบหนึ่งของรัฐ โดยฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งความจำเป็นดังกล่าวย่อมกระทบต่อความสมบูรณ์หรือเด็ดขาดของกรรมสิทธิ์ของปัจเจกชนอย่างหลีกเลี่ยงมิได้<sup>16</sup>

### 1.2.2 หลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ

เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (la liberté économique) หมายถึง ทุกคนมีเสรีภาพในการที่จะผลิตสินค้าหรือเสนอบริการใด ๆ ได้ตามใจปรารถนา จะเลือกใช้เทคนิควิธีการผลิตที่ตนเห็นว่ามีเหมาะสมและเป็นผู้กำหนดจำนวนและคุณภาพ เมื่อผู้ผลิตเป็นผู้มีเสรีภาพทางเศรษฐกิจในการที่จะส่งสินค้าเข้าไปในตลาดโดยไม่จำกัดชนิดและปริมาณ ตลอดจนสามารถกำหนดราคาได้ ก็จะทำให้เกิดการแข่งขันในการขายสินค้าหรือบริการ ทางฝ่ายผู้บริโภคก็มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ที่จะตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าหรือบริการโดยอิสระตามปริมาณและราคาที่ตนพอใจ<sup>17</sup> เสรีภาพในทางเศรษฐกิจจึงมีลักษณะค่อนข้างกว้างและหากพิจารณาถึงอิทธิพลของรัฐในทางเศรษฐกิจอาจพบว่ามีเฉพาะและละเอียดอ่อนจากบริบทที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการแทรกแซงของรัฐในบางครั้งเกิดขึ้นช่วงวิกฤติทางเศรษฐกิจหรือการเงิน หรือการแทรกแซงเกิดจากความไม่พร้อมของผู้ดำเนินการเอกชน การเข้าแทรกแซงของรัฐหรือนิติบุคคลมหาชนจึงมีหลากหลายรูปแบบแตกต่างกัน เช่น การวางแผนทางเศรษฐกิจ การควบคุมกิจกรรมในตลาด (ราคา ค่าเช่า การนำเข้า การส่งออก) หรือการให้ความช่วยเหลือโดยตรงจากรัฐไปยังบริษัทเอกชน ในประเทศที่ปรับใช้ทฤษฎีรัฐเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ (État liberal) นำมาสู่การสงวนประโยชน์ของผู้ดำเนินการทางเศรษฐกิจของภาคเอกชน ดังเช่นการเกิดขึ้นของเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมที่ได้รับการรับรองว่ามีคุณค่าในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ เสรีภาพในทางเศรษฐกิจยังพิจารณาไปถึงเสรีภาพในการแข่งขันด้วย ซึ่งเสรีภาพในการแข่งขันได้รับการพิจารณาต่อมามีคุณค่าในฐานะกฎเกณฑ์ว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง<sup>18</sup> ซึ่งหัวข้อเสรีภาพในทางเศรษฐกิจจะพิจารณา ส่วนที่ 1.2.2.1 เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม ส่วนที่ 1.2.2.2 เสรีภาพในการประกอบการ และส่วนที่ 1.2.2.3 เสรีภาพในการแข่งขัน

<sup>16</sup> เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 72-74.

<sup>17</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, 2555*, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 28.

<sup>18</sup> เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 76-77.



### 1.2.2.1 เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม

เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม (liberté du commerce et de l'industrie) มีประวัติยาวนานเนื่องจากเป็นหลักการที่เกิดขึ้นในช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ก่อนที่ศาลปกครองสูงสุดจะตีความและรับรองในเวลาต่อมา เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นหลักการที่เกิดจากบริบททางประวัติศาสตร์ กล่าวคือ การปฏิวัติฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1789 ได้ยกเลิกระบบเอกสิทธิ์ทางการค้าและนำมาสู่การยกเลิกระบบเจ้าขุนมูลนายและการผูกขาดอาชีพต่าง ๆ ถึงแม้ว่าเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมจะไม่ได้รับการรับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 แต่ก็ได้รับการรับรองไว้ในรัฐกฤษฎีกาดัลลาร์ด (décret d'Allarde) ว่าด้วยเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมในปี ค.ศ. 1791<sup>19</sup> ที่ได้วางหลักว่า “บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะประกอบการหรือดำเนินกิจกรรมของวิชาชีพทุกประเภท ศิลปกรรมหรือช่างฝีมือ ที่ผู้นั้นเห็นว่าเหมาะสม และตรงตามความต้องการของตน โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตสำหรับการนั้นเป็นการล่วงหน้าจากหน่วยงานใด”<sup>20</sup> และในเวลาต่อมาได้มีการยืนยันถึงเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมในรัฐบัญญัติเลอ ชาเปอลีเย (Le Chapelier) ค.ศ. 1791<sup>21</sup> และศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้รับรองไว้ในคดีโดดิญัก (Daudignac) เมื่อปี ค.ศ. 1951<sup>22</sup> ว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป<sup>23</sup> แต่หลักการดังกล่าวยังไม่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือโดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด<sup>24</sup>

เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นหลักการสำคัญของการดำเนินกิจกรรมด้านมหาชนทางเศรษฐกิจ และสามารถแยกออกได้หลายประเภท เช่น เสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ เสรีภาพในการแข่งขัน เสรีภาพในการก่อตั้ง เสรีภาพในการทำสัญญา โดยเสรีภาพทางการค้า และอุตสาหกรรมประเภทต่าง ๆ ตามตัวอย่างข้างต้น มีลักษณะเฉพาะ ดังนี้<sup>25</sup>

#### (1) เสรีภาพทางวิชาชีพ

เสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ หมายถึง เสรีภาพในการเข้าดำเนินกิจกรรมที่เป็นวิชาชีพทุกกิจกรรม รวมถึงการบริหารจัดการกิจกรรมเหล่านี้

<sup>19</sup> Jean - Yves Chérot, *Droit public économique*, 2<sup>e</sup> éd. : 2007, Paris : Economica, pp. 54-57.

<sup>20</sup> สุรพล นิตไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2537, น. 583 (587-588).

<sup>21</sup> Frédéric Colin, *op. cit.*, p. 150.

<sup>22</sup> CE, Ass., 22 juin 1951 Daudignac.

<sup>23</sup> Jean - Yves Chérot, *op. cit.*, pp. 70-71; Matthieu Thauray, *op. cit.*, pp. 25-26; กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรี : ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน *แทนดอกไม้ให้ครู รวมบทความวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม*, น. 128-130.

<sup>24</sup> Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>25</sup> เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 77-78.

## (2) เสรีภาพในการแข่งขัน

เสรีภาพในการแข่งขันได้รับการรับรองโดยคำพิพากษาของศาล เสรีภาพในการแข่งขันเป็นประเด็นที่ถกเถียงเพื่อเข้าสู่ประชาคมยุโรป โดยเฉพาะในส่วนของ การแข่งขันของผู้ดำเนินการทางอุตสาหกรรมและการค้าของรัฐกับกิจกรรมของประชาชนหรือเอกชนทั่วไป

## (3) เสรีภาพในการก่อตั้ง

เสรีภาพในการก่อตั้งเป็นภาพสะท้อนโดยตรงของเสรีภาพ ในทางการค้าและอุตสาหกรรม ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจต้องสามารถก่อสร้างอาคาร สถานประกอบการ เพื่อใช้ประโยชน์ในทางการค้าและอุตสาหกรรมได้อย่างเสรี ในขณะเดียวกันก็ต้องเคารพการจัดการผังเมือง หรือการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมด้วย

## (4) เสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเสรีภาพที่นำมาปรับใช้กับเสรีภาพ ทางการค้าและอุตสาหกรรม หมายถึง การที่ผู้ดำเนินการสามารถเลือกคู่สัญญาของตนได้

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมอาจถูกจำกัดได้ โดยกฎหมายทั้งระดับนิติบัญญัติและกฎหมายระดับอนุบัญญัติ ตัวอย่างเช่น การให้ความยินยอมก่อน ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขเข้าสู่ตลาดของกิจการหรือสินค้าบางประเภท เช่น สินค้าเวชภัณฑ์ รถยนต์ อุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารโทรคมนาคม การกำหนดให้แจ้งล่วงหน้าก่อนจัดจำหน่าย เช่น เคมีภัณฑ์ เครื่องสำอาง สารให้ความหวาน การประกอบอาชีพบางประเภทอาจต้องมีการกำกับดูแล แจ้งก่อนล่วงหน้า หรือต้องได้รับอนุญาตก่อน เช่น ร้านขายยา<sup>26</sup>

### 1.2.2.2 เสรีภาพในการประกอบการ

เสรีภาพในการประกอบการ (la liberté d'entreprendre) ไม่ได้บัญญัติ ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 แต่ได้รับการรับรองโดยคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสผ่านหลักเสรีภาพพื้นฐานที่ปรากฏในข้อ 4 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789<sup>27</sup> ความว่า “เสรีภาพ ได้แก่ ความสามารถของมนุษย์ที่จะกระทำการใด ๆ โดยไม่ก่อความเดือดร้อนเสียหายต่อผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนอาจถูกจำกัดลงเฉพาะที่เป็นการรับรองแก่สมาชิก คนอื่น ๆ ในสังคมเพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ ข้อจำกัดทั้งหลายในการใช้สิทธิเหล่านี้ กระทำได้ก็โดยเฉพาะอาศัยบทบัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น” ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายขอบเขต เสรีภาพของปัจเจกชนตามหลักข้างต้นไว้ในคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1982<sup>28</sup> ถึงบริบททางเศรษฐกิจว่า “เสรีภาพในการประกอบการตามที่ปรากฏในข้อ 4 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 นั้น

<sup>26</sup> เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น. 82-83.

<sup>27</sup> Étienne Petit, *op. cit.*, p. 14.

<sup>28</sup> CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.



ไม่ได้หมายความว่าถึงเพียงเสรีภาพในการเข้าประกอบอาชีพหรือเข้าทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ แต่รวมถึงเสรีภาพในการบริหารจัดการเพื่อการประกอบอาชีพหรือเพื่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจ”<sup>29</sup> และได้รับการรับรองว่ามีสถานะเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในคดีการโอนทรัพย์สินหรือกิจการของเอกชนเป็นของชาติ<sup>30</sup> อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้โดยรัฐบัญญัติ บนเงื่อนไขว่ารัฐบัญญัติที่จำกัดการใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการต้องไม่ละเมิดต่อเสรีภาพดังกล่าวอย่างรุนแรงหรือไม่ได้สัดส่วน<sup>31</sup>

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการประกอบกิจการอาจถูกจำกัดได้เช่นเดียวกัน โดยรัฐสภาอาจจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติเพื่อจำกัดกิจกรรมบางประเภทหรือบางลักษณะได้ เช่น การกำหนดให้การประกอบกิจการบางอย่างต้องได้รับความยินยอมหรือความเห็นชอบจากฝ่ายปกครองก่อน เนื่องจากความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อย การรักษาประโยชน์ของงานบริการสาธารณะ หรือการรักษาสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน<sup>32</sup>

### 1.2.2.3 เสรีภาพในการแข่งขัน

เสรีภาพในการแข่งขัน<sup>33</sup> ไม่ได้ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และไม่ได้รับการรับรองโดยองค์กรตุลาการของประเทศฝรั่งเศสว่าเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ จะมีก็แต่เพียงกฎหมายในระดับสหภาพยุโรปที่ได้มีการรับรองในสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ค.ศ. 2007 (le Traité sur le Fonctionnement

<sup>29</sup> เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 83-84.

<sup>30</sup> Jean - Paul Valette, *op. cit.*, pp. 57-58; Matthieu Thauray, *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>31</sup> ศาสตราจารย์ Pierre Delvolve มีความเห็นว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการประกอบด้วย 2 ส่วน ได้แก่ เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม และเสรีภาพในการแข่งขัน แนวคิดดังกล่าวสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในหลักการที่ว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการ คือ สิทธิการเข้าถึงของผู้ดำเนินการทางเศรษฐกิจในตลาดและเสรีภาพในการบริหารกิจกรรมทางเศรษฐกิจภายในตลาดแข่งขัน อีกทั้งศาลปกครองสูงสุดยังได้เคยพิจารณาในมาตรการก่อนการพิพากษาในกรณีคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (référé liberté) ว่า เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นองค์ประกอบหนึ่งของเสรีภาพพื้นฐานในการประกอบกิจการอีกด้วย โปรดดู เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 86.

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ Jean-Louis Mestre มีความเห็นว่า หลักเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมเป็นหลักที่มีความหมายอย่างกว้างและประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ (1) หลักเสรีภาพในการประกอบกิจการ และ (2) หลักเสรีภาพในการแข่งขัน โปรดดู สุพล นิธิไกรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 594-595 และโปรดดู กฤษณ์ วสินนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 127-128 ที่มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน

<sup>32</sup> สุพล นิธิไกรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 597-600.

<sup>33</sup> ในทางวิชาการอาจมีการใช้คำอื่นแทนคำว่า “เสรีภาพในการแข่งขัน” เช่น “การแข่งขันอย่างเสรี” “การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม” “การแข่งขันทางการค้า” “การค้าเสรี” หรือคำอื่น ๆ ซึ่งปกติแล้วถือว่าเป็นคำที่มีความหมายไปในทำนองเดียวกันโดยเชื่อมโยงมาจากแนวคิดแบบเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ

de l'Union européenne (TFUE)) ข้อ 101 ถึง 109 และกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ได้แก่ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L. 410 - 1 ที่รับรองเสรีภาพในการแข่งขันของเอกชนและป้องกันการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาด<sup>34</sup>

เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีของเอกชนในตลาด (la liberté de la concurrence) จึงเกิดแนวคิดดั้งเดิมที่เรียกร้องให้มีการห้ามไม่ให้รัฐเข้ามาดำเนินกิจการแข่งขันกับเอกชน เรียกว่า “หลักไม่มีการแข่งขันระหว่างรัฐกับเอกชนในกิจการอย่างเดียวกัน” (principe de non - concurrence) กล่าวคือ กิจการใดที่มีเอกชนทำอยู่แล้วรัฐก็จะไม่สามารถเข้าไปดำเนินกิจการนั้นได้ และแม้จะเป็นกรณีที่ไม่มีเอกชนเข้าไปดำเนินการก็ตาม การจะเข้าไปดำเนินกิจการนั้นได้ จะต้องเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นสำคัญที่จะต้องเรียกร้องให้รัฐเข้ามาดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม ซึ่งจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด เช่น เป็นกรณีที่เอกชนขาดความริเริ่มหรือความพร้อม ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส คดีสหภาพการค้าปลีกแห่งเมืองเนอแวร์ (Nevers) ค.ศ. 1930<sup>35</sup> เนื่องจากถือว่ารัฐไม่มีหน้าที่ประกอบกิจการเพื่อมุ่งแสวงหาผลกำไร รัฐมีหน้าที่เพียงกำกับกติกากำหนดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนเป็นไปอย่างเป็นธรรมเท่านั้น<sup>36</sup> อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา แนวคิดดังกล่าวมีความสำคัญน้อยลง เนื่องจากถูกแทนที่ด้วย “หลักการแข่งขันแบบเสมอภาคกัน” (principe d'égalité concurrence)<sup>37</sup> ที่อนุญาตให้รัฐลงมาทำกิจการในเรื่องเดียวกันกับเอกชนได้แต่จะต้องอยู่ภายใต้กติกาที่เป็นธรรม รัฐไม่สามารถใช้อำนาจมหาชนในการประกอบกิจการได้ แต่จะต้องประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน<sup>38</sup> ในกรณีที่เป็นการริเริ่มโดยภาครัฐต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ (1) มีความต้องการของประชาชนแต่มีบริษัทเอกชนไม่เพียงพอหรือบริษัทเอกชนยังขาดความพร้อมในการตอบสนองความต้องการของประชาชน และ (2) ความต้องการดังกล่าวจะต้องเป็นบริการสาธารณะที่สำคัญ เช่น การขนส่ง การพลังงาน การประปา การจัดเก็บขยะ<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Frédéric Colin, *op. cit.*, pp. 185-187; Étienne Petit, *op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>35</sup> CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers.

<sup>36</sup> Jean - Philippe Colson et al., *op. cit.*, pp. 135-136; Matthieu Thauray, *op. cit.*, p. 26.

<sup>37</sup> Pierre Delvolvé, *op. cit.*, pp. 137-138; Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2<sup>e</sup> éd. : 2019, Paris : Dalloz, p. 263; Étienne Petit, *op. cit.*, p. 20; สุรพล นิตไกรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 609.

<sup>38</sup> François Brenet, “La candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique, la liberté du commerce et de l'industrie et le principe d'égalité concurrence,” *La lettre juridique* n°364 du 24 septembre 2009 : *Marchés publics*, pp. 3-4; Luca Volpi, *Liberté de commerce et libre concurrence : le contrôle du juge administratif des interventions des personnes publiques*, 2021, [Online], retrieved from <https://www.village-justice.com/articles/contrôle-juge-administratif,21105.html> เมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2566; กฤษณ์ วสินนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 136-140.

<sup>39</sup> เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 87.

อย่างไรก็ดี เสรีภาพในการแข่งขันอาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยความจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ซึ่งบางกิจกรรมก็มีลักษณะที่แข่งขันกับเอกชนหรือการที่รัฐยังคงให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือกิจการของเอกชนในบางลักษณะ เช่น ประชาชนมีความต้องการให้จัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนั้น ๆ ขึ้นใหม่<sup>40</sup> หรือกิจกรรมนั้นมีลักษณะเป็นบริการทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ (service d'intérêt économique général (SIEG))<sup>41</sup> โดยจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมิใช่กฎหมายให้อำนาจจำกัดเสรีภาพดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ฝ่ายปกครองอาจยกเหตุผลเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวมมาจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันสำหรับบางช่วงเวลาหรือบางสถานการณ์ได้ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวก็มีความเสี่ยงที่ศาลปกครองจะเพิกถอนด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลัง<sup>42</sup>

### 1.3 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (la doctrine des facilités essentielles) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ เป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนาเพื่อจะส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรี เป็นธรรม และส่งเสริมให้เกิดการใช้ทรัพยากร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้ทรัพยากรสาธารณะอย่างประหยัดและมีประสิทธิภาพ ในส่วนนี้จะอธิบายโดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1.3.1 ความเป็นมาและกรณีศึกษา และส่วนที่ 1.3.2 บทบาทของหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการสมมติ และหลักเสรีภาพในการประกอบการ เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในการแข่งขัน

#### 1.3.1 ความเป็นมาและกรณีศึกษา

การบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายเป็นกิจกรรมที่ต้องอาศัยทรัพยากรของรัฐจำนวนมาก เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายในก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ให้เกิดการเชื่อมโยงกันได้อย่างทั่วถึง เพื่อตอบสนองความต้องการปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของประชาชน และเพื่อเสริมสร้างคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีให้กับประชาชนอย่างทั่วถึง เช่น ไฟฟ้า ก๊าซ น้ำประปา เส้นทางรถไฟ โทรคมนาคม ส่วนมากแล้วการบริการสาธารณะในลักษณะดังกล่าว ด้วยข้อจำกัดด้านงบประมาณ รัฐจึงเป็นผู้ริเริ่มในการวางโครงข่าย เอกชนรายหนึ่งรายใดไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองหรืออาจดำเนินการได้แต่ก็ไม่คุ้มค่าที่จะลงทุน ทั้งนี้ รัฐเจ้าของโครงข่ายย่อมมีอำนาจผูกขาดเหนือโครงสร้างพื้นฐานที่ตนวางรากฐานเอาไว้ เพื่อที่จะสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อให้ประชาชนมีโอกาสในการเข้าถึงบริการดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง อย่างไรก็ตาม การบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายได้ถูกเรียกร้องให้เปิดโอกาสให้เอกชนผู้ประกอบการสามารถเข้ามาแสวงประโยชน์ได้อย่างเสรีตามหลักการแข่งขันทางการค้าและหลักตลาดร่วมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในเวลาต่อมาตามแนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่ที่ไม่เชื่อมั่นในประสิทธิภาพของรัฐ

<sup>40</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น. 614-615.

<sup>41</sup> อานันท์ กระบวนศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 8-11.

<sup>42</sup> กฤษณ์ วสินนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 23*, น. 134-135.

ในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเองหรือที่เรียกว่า “รัฐล้มเหลว” ด้วยเหตุนี้ รัฐในฐานะผู้ประกอบกิจการจึงได้มีการแปรรูปให้อยู่ในรูปของเอกชน และเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม รัฐจึงต้องวางบทบาทของตนเองเสียใหม่ในฐานะผู้กำกับดูแลตลาด และละทิ้งอำนาจเหนือที่เคยมีอยู่เหนือโครงสร้างพื้นฐานเพื่อให้ผู้ประกอบการเอกชนร่วมกันใช้ประโยชน์จากโครงสร้างดังกล่าวได้อย่างเท่าเทียมกัน<sup>43</sup>

เพื่อที่จะให้โครงสร้างพื้นฐานถูกนำมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพอย่างแท้จริง จึงต้องยินยอมให้มีการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน (le partage des infrastructures) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการเชื่อมต่อโครงข่าย (l'interconnexion) ที่เป็นหัวใจสำคัญของการเปิดตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเสรี<sup>44</sup> แนวคิดนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นภายใต้มุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่ามากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีเทคโนโลยีที่ซับซ้อนและทำให้ผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริษัทที่แปรรูปมาจากรัฐวิสาหกิจที่เคยอาศัยอำนาจมหาชนในการวางรากฐานโครงข่าย) สามารถกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่ตลาด เช่น กิจการโทรคมนาคม ทำให้การแข่งขันในตลาดล้มเหลวหรือไม่มีการแข่งขันอย่างเพียงพอ (le jeu du marché est défaillant ou insuffisant)<sup>45</sup> จึงเป็นภาระหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลที่จะต้องเข้ามากำกับดูแลในเรื่องนี้เพื่อให้มีการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด และเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ทรัพยากรที่มีลักษณะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้เข้ามาในตลาด ดังนั้นหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงถือกำเนิดขึ้น และเข้ามาคุ้มครองให้ผู้ประกอบการเอกชนต่าง ๆ สามารถใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลที่มีความเป็นอิสระที่จะต้องควบคุมตรวจสอบให้การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในทางเศรษฐศาสตร์<sup>46</sup>

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีโครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการเป็นของตนเองจะต้องเสนอให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาร่วมใช้โครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการ เช่น เสาโทรศัพท์ ท่อร้อยสายโทรศัพท์ ไม่ว่าจะเป็นการให้เช่าหรือการสร้างความร่วมมือโดยการทำข้อตกลงระหว่างกันก็ตาม การให้เข้ามาร่วมใช้โครงสร้างพื้นฐาน

---

<sup>43</sup> Pierre Esplugas - Labatut, *le Service public*, *op. cit.*, pp. 3-6; Frédéric Colin, *op. cit.*, pp. 224-227.

<sup>44</sup> Benoit Delaunay, *Droit public de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd. : 2018, Paris : LGDJ, pp. 451-452; Aurore Laget - Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux Télécommunications et électricité*, 2002, Paris : Bruylant, p. 181.

<sup>45</sup> Isabelle Crocq, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, 2004, Paris : Economica, p. 107.

<sup>46</sup> Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, p. 174; เอกสิทธิ์ วิณิชกุล, การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน : ความเบื้องต้นและประสบการณ์จากคำพิพากษาศาลปกครอง, เผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง เดือนตุลาคม 2562, น. 13.



ทางด้านโทรคมนาคมสำหรับผู้ประกอบกิจการรายอื่นทำให้มีการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมมากขึ้น และสามารถพัฒนาให้บริการที่มีความหลากหลายแก่ผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น กับทั้งยังเป็นการลดความเสี่ยงในการลงทุนหากพิจารณาในมุมมองของผู้ประกอบกิจการรายใหม่อีกด้วย กล่าวคือ ผู้ประกอบกิจการรายใหม่ที่เข้ามาในตลาดยังไม่จำเป็นต้องสร้างโครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการโดยตรง แต่สามารถไปขอเช่าใช้กับผู้ประกอบกิจการรายเดิมที่มีโครงข่ายหรือโครงสร้างพื้นฐานอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้นการกำกับดูแลในเรื่องการแบ่งปันสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมีผลทำให้ตลาดโทรคมนาคมสามารถเข้ามาได้ง่ายมากขึ้น และเกิดการใช้ทรัพยากรทางด้านโทรคมนาคมที่คุ้มค่าและไม่จำเป็นต้องสร้างซ้ำในพื้นที่เดียวกัน อันจะทำให้การบริหารจัดการทรัพยากรไม่มีประสิทธิภาพ<sup>47</sup>

ปัจจุบันหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมีสถานะเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่ใช้กำกับดูแลกิจการในทางเศรษฐกิจแบบมีโครงข่าย หลักการนี้เริ่มจากการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ซึ่งได้แก่ *สิ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญในการผลิตที่ไม่สามารถทำซ้ำด้วยต้นทุนที่เข้าถึงได้ (accessible) หรือด้วยระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (dans un délai raisonnable) กล่าวคือ หากไม่มีสิ่งอำนวยความสะดวกนี้ ผู้ประกอบกิจการรายอื่นก็ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดและแข่งขันกับผู้ประกอบกิจการรายเดิมได้ และการเข้าถึงทรัพยากรนั้นมีความเสี่ยงที่จะถูกปฏิเสธโดยปราศจากเหตุผลทางเทคนิคหรือทางธุรกิจ*<sup>48</sup> หลักกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจผูกขาดในตลาดหนึ่ง กีดกันการแข่งขันที่จะเกิดขึ้นในอีกตลาดหนึ่ง<sup>49</sup> หรือที่เรียกว่า “การใช้อำนาจในตลาดอย่างไม่เป็นธรรม” (les abus de position dominante) ซึ่งจะสร้างความเสียหายแก่บุคคลหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับตลาดสินค้าหรือบริการนั้น รวมถึงสภาวะการแข่งขันที่จะพึงมีในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้ ในด้านผู้บริโภคนั้น อาจได้รับผลกระทบด้านราคาสินค้าหรือบริการที่สูงขึ้นอย่างไม่สมควรหรือไม่เป็นธรรม หรืออาจต้องเผชิญกับการขาดแคลนสินค้าหรือบริการอันเนื่องมาจากการลดปริมาณของสินค้าหรือบริการในตลาดลง

<sup>47</sup> เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 13-14.

<sup>48</sup> Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 107.

<sup>49</sup> เพื่อทำความเข้าใจหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมากยิ่งขึ้น อาจต้องทำความเข้าใจสถานการณ์ที่มี 2 ตลาดที่เกี่ยวข้องกัน ได้แก่ (1) ตลาดต้นน้ำ และ (2) ตลาดปลายน้ำ กล่าวคือ (1) ตลาดต้นน้ำ หมายถึง ตลาดที่มีสินค้าหรือบริการที่ใช้เป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้าหรือบริการในอีกตลาดหนึ่งซึ่งเรียกว่าตลาดปลายน้ำ (กรณีของโทรคมนาคม ตลาดต้นน้ำ คือ โครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ และโครงข่ายโทรคมนาคม) และ (2) ตลาดปลายน้ำ หมายถึง ตลาดที่ผู้ประกอบกิจการในตลาดนั้นจำเป็นต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากตลาดต้นน้ำเพื่อใช้ในการผลิตสินค้าหรือบริการในตลาดปลายน้ำ (หากเทียบเคียงกับกรณีของโทรคมนาคม ตลาดปลายน้ำ คือ การให้บริการแก่ลูกค้า) ซึ่งหากนำหลักการนี้มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงก็จะเห็นได้ว่า การให้บริการโทรคมนาคม ผู้ให้บริการจำเป็นต้องอาศัยโครงข่ายโทรคมนาคม เสาสัญญาณต่าง ๆ เพื่อนำพาสัญญาณมาให้บริการแก่ผู้บริโภค (กรณีนี้ คือ ตลาดปลายน้ำ) และการเช่าใช้โครงข่ายโทรคมนาคมและการเช่าใช้โครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการถือเป็นอีกตลาดหนึ่ง (กรณีนี้ คือ ตลาดต้นน้ำ) และสถานการณ์เดียวกันจำเป็นต้องปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น โปรดดู เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 14.

ในด้านผู้ประกอบการอื่นที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น อาจถูกผูกขาดหรือถูกกีดกันแก่งแย่งเพื่อผลักดันให้ออกจากตลาด หรือการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่ได้เข้าสู่ตลาด ทำให้ตลาดและระบบเศรษฐกิจในภาพรวมได้รับความเสียหาย<sup>50</sup> เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงบังคับให้ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของโครงข่ายมีหน้าที่ 3 ประการ ได้แก่ (1) หน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายของตน (2) หน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายอย่างสมเหตุสมผล (conditions raisonnables) และ (3) หน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายโดยไม่เลือกปฏิบัติ (conditions non discriminatoires)<sup>51</sup>

จะเห็นได้ว่า หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมีลักษณะสำคัญ 2 มิติที่เกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ นอกจากจะเป็นหลักที่พัฒนากฎหมายซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการยุโรปที่มุ่งให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีในตลาดแล้ว ยังเป็นหลักการที่ส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาในทางเศรษฐกิจอีกด้วย<sup>52</sup> แนวคิดนี้พัฒนามาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่พัฒนาขึ้นมาจากคดีการแข่งขันทางการค้า และกฎหมายต่อต้านการผูกขาดหรือที่เรียกว่า กฎหมายเชอร์แมน ปี ค.ศ. 1890 (Sherman Act of 1890) ซึ่งถือเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้นำมาประมวลรวมเอาไว้ในลักษณะที่ 15 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (l'United State Code (USC))<sup>53</sup> คำพิพากษาสำคัญที่พัฒนาหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ได้แก่ คำพิพากษาคดี MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel ในปี ค.ศ. 1983 (หรือ MCI v AT & T) ในกรณีนี้บริษัท MCI ปฏิเสธการขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของบริษัท AT&T ในคดีนี้ ศาลได้พิจารณาองค์ประกอบสำคัญที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น 4 ส่วน ได้แก่ (1) สิ่งอำนวยความสะดวกอยู่ในความครอบครองของผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาด (2) ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถผลิตซ้ำสิ่งอำนวยความสะดวกภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมในแง่เทคนิคหรือเศรษฐกิจ (3) มีการปฏิเสธการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกอย่างไม่เป็นธรรม เช่น มีการเลือกปฏิเสธหรือทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นเสียเปรียบเกินสมควร และ (4) มีความเป็นไปได้ในการเข้าถึงหรือเชื่อมโยงกับสิ่งอำนวยความสะดวกในทางเทคนิค แนวคำพิพากษาดังกล่าวมีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ปัจจุบันหลักการนี้ถูกนำมาปรับใช้อย่างแพร่หลายแต่ก็ไม่ได้มีการปรับใช้อย่างแตกต่างภายใต้บริบทของแต่ละประเทศ<sup>54</sup> อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังคงถือว่าเป็นหลักการใหม่ที่ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจน คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้ให้คำนิยามความหมายของหลักการ

<sup>50</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น. 8-9.

<sup>51</sup> Benoit Delaunay, *op. cit.*, pp. 459-460.

<sup>52</sup> *Ibid*, pp. 29-30; Isabelle Crocq, *op. cit.*, pp. 107-108; Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, pp. 169-170.

<sup>53</sup> Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 108; Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, p. 170.

<sup>54</sup> Isabelle Crocq, *op. cit.*, pp. 108-109.



ดังกล่าว จึงมีความเห็นของนักกฎหมายที่วิจารณ์ว่าองค์ประกอบที่ได้กล่าวมาข้างต้นยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ เนื่องจากไม่ได้มีการกล่าวถึงประโยชน์สาธารณะหรือการได้รับบริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภคของประชาชน<sup>55</sup>

ตัวอย่างการปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นปรากฏในคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา คดี Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. ในปี ค.ศ. 1985<sup>56</sup> ในคดีนี้ บริษัท แอสเพน สกีอิง กับ บริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง (Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.) ให้บริการสกีรีสอร์ทในเนินสกีแอสเพน (Aspen) โดยบริษัท แอสเพน สกีอิง มีสิทธิบริหารจัดการเนินเขาจำนวน 3 ใน 4 ของเนินสกีแอสเพน ขณะที่บริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง มีสิทธิบริหารจัดการเนินเขาสำหรับเล่นสกีเพียง 1 แห่ง เท่านั้น แต่เดิมทั้งสองบริษัทได้ทำข้อตกลงระหว่างกัน สำหรับการใช้ตัวร่วมกันเพื่อนั่งกระเช้าและเล่นสกีในทุกเนินสกี โดยนักสกีสามารถซื้อตั๋วใบเดียวเพื่อนั่งกระเช้าและเล่นสกีในเนินสกีทั้งสองได้ อย่างไรก็ตาม บริษัท แอสเพน สกีอิง ซึ่งเป็นบริษัทที่ใหญ่กว่าได้ปฏิเสธที่จะใช้ตัวร่วมกันในเวลาต่อมา โดยให้เหตุผลว่า บริษัทมีต้นทุนค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นจนเป็นภาระแก่บริษัทเกินกว่าที่จะรับได้อีกต่อไป ซึ่งเกิดผลกระทบโดยตรงต่อบริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง กล่าวคือ นักสกีที่ต้องการเล่นสกีบนเนินเขาที่บริษัท แอสเพน ไฮแลนด์ สกีอิง บริหารจัดการไม่สามารถใช้ตัวร่วมกับบริษัท แอสเพน สกีอิง ได้อีกต่อไป จึงทำให้การเดินทางมีความยุ่งยากมากขึ้นและจำนวนนักสกีลดลงอย่างมีนัยสำคัญ และในการพิจารณาคดีของศาล บริษัท แอสเพน สกีอิง มีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงเหตุผลในการปฏิเสธที่จะร่วมมือกันกับผู้ประกอบกิจการอีกรายหนึ่ง แต่บริษัท แอสเพน สกีอิง ไม่สามารถแสดงเหตุผลที่มีความหนักแน่นเพียงพอ และศาลเห็นว่าบริษัท แอสเพน สกีอิง มีเจตนาจำกัดคู่แข่งบนทางการค้าให้ออกจากตลาดสกีรีสอร์ทบนเทือกเขาแอสเพน<sup>57</sup>

นอกเหนือจากฝั่งอเมริกาที่ได้กล่าวมาแล้ว ในฝั่งยุโรปเองก็ได้พัฒนาและปรับใช้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นด้วยเช่นกัน คณะกรรมาธิการยุโรปเป็นองค์กรสำคัญที่มีบทบาทในการพัฒนาหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่เกี่ยวข้องกับสนามบิน ท่าเรือ และทางรถไฟ<sup>58</sup> ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมาธิการยุโรป คดี Sea Containers v. Stena Sealink ในปี ค.ศ. 1992<sup>59</sup> ในคดีนี้ บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ (Sea Containers) มีธุรกิจให้บริการเรือข้ามฟากและมีแผนการที่จะให้บริการเรือข้ามฟากแห่งใหม่ระหว่างเมืองโฮลีสเตดกับเมืองดับลิน ในขณะที่บริษัท สเตนา ซีลิงค์ (Stena Sealink) เป็นผู้ให้บริการท่าเรือและมีบริษัทลูก คือ บริษัท สเตนา ไลน์ (Stena line) สำหรับให้บริการเรือข้ามฟาก

<sup>55</sup> Christopher M. Seelen, “The Essential Facilities Doctrine : What Does It Mean To Be Essential?,” Marquette Law Review Vol. 80 : 1117, 1997, p. 1133.

<sup>56</sup> Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985).

<sup>57</sup> Christopher M. Seelen, *op. cit.*, pp. 1127-1128; เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 14-15.

<sup>58</sup> Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 110.

<sup>59</sup> Décision de la Commission du 11 juin 1992, Sea Containers v. Stena Sealink.

ระหว่างเมืองโฮลีสเตดกับเมืองดับลิน กล่าวได้ว่า ในตลาดเรือข้ามฟากระหว่างเมืองโฮลีสเตดกับเมืองดับลินนั้น บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ และบริษัท สเตนา ไลน์ ต่างเป็นคู่แข่งในเส้นทางเดียวกันและใช้ท่าเรือเดียวกัน ต่อมา บริษัท สเตนา ซीलิ่งค์ ในฐานะที่เป็นผู้ประกอบการทำเรือไม่อนุญาตให้บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ ใช้ท่าเรือ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ท่าเรือเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาด ดังนั้น การปฏิเสธของบริษัท สเตนา ซीलิ่งค์ มีลักษณะกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดเรือข้ามฟาก (ที่มีบริษัทของตนอีกบริษัทหนึ่งประกอบกิจการอยู่) ทำให้บริษัท ซี คอนเทนเนอร์ จะดำเนินธุรกิจจะต้องขออนุญาต และสร้างท่าเรือแห่งใหม่ซึ่งไม่มีความเหมาะสมและไม่มีความจำเป็นในทางเศรษฐศาสตร์ที่จะต้องมีท่าเรือสองแห่ง อยู่ภายในพื้นที่เดียวกัน การปฏิเสธของบริษัท สเตนา ซीलิ่งค์ จึงเป็นการปฏิเสธที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>60</sup> ปัจจุบัน ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (รวมถึงศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป เดิม) ได้นำหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาใช้ในการตีความสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ค.ศ. 2007 ข้อ 102 ที่กำหนดห้ามไม่ให้ใช้อำนาจในตลาดอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อสนับสนุนหลักตลาดร่วม หรือตลาดภายใน (le marché intérieur) ของสหภาพยุโรป (รวมถึงประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เดิม)<sup>61</sup>

### 1.3.2 บทบาทของหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของหลักกรรมสิทธิ์ และหลักเสรีภาพในการประกอบการ เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในการแข่งขัน

บทบาทของรัฐสมัยใหม่ในทางเศรษฐกิจไม่เพียงแต่จะลดการแทรกแซงเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็นแล้ว รัฐยังมีหน้าที่สำคัญในการกำกับดูแลผู้ประกอบการเอกชนให้มีการแข่งขันอย่างเสรี กล่าวคือ มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพและมีความเป็นธรรม ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน กฎหมายที่เข้ามามีบทบาทในส่วนนี้คือกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ถึงแม้ว่าจะจะเป็นกฎหมายที่มีพัฒนาการมาจากกฎหมายธุรกิจ มีความซับซ้อนและมีมิติที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก แต่เมื่อเรื่องดังกล่าวมีบทบาทของภาครัฐเข้ามาเกี่ยวข้องก็ย่อมมีมิติทางการเมืองและทางกฎหมายซึ่งอยู่ในขอบเขตในการศึกษาของวิชากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอย่างปฏิเสธไม่ได้เช่นเดียวกัน

กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเต็มที่ผ่านการนำเสนอสินค้าและบริการในราคาและคุณภาพที่หลากหลาย วางกติกาไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจกีดกันแก่งัดกัน ไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจตกลงร่วมมือกันในการที่จำกัดการแข่งขัน หากปราศจากบทบาทของรัฐในการกำกับดูแลในทางเศรษฐกิจแล้ว ประเทศย่อมเผชิญกับปัญหาความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ ความรวยกระจุก ความจนกระจาย ทำให้บางธุรกิจมีผู้ประกอบการขนาดใหญ่มากอยู่ไม่กี่ราย ทางเลือกในตลาดสินค้ามีอยู่ไม่มาก ผู้บริโภคสามารถใช้ “เสรีภาพของตนในการเลือก” ได้อย่างจำกัด<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Isabelle Crocq, *op. cit.*, p. 110; เอกสิทธิ์ วินิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น. 15-16.

<sup>61</sup> Benoit Delaunay, *op. cit.*, pp. 450-451; Aurore Laget - Annamayer, *op. cit.*, pp. 169-170.

<sup>62</sup> กนกนัย ถาวรพานิช, การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า : ความหวังใหม่ของสังคมไทย ?, 2560, [Online], retrieved from <https://www.the101.world/on-new-competition-law/> เมื่อ 25 พฤษภาคม 2566.



เมื่อพิจารณาจากมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์และสังคม หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีของผู้ประกอบการเอกชน โดยบังคับให้ผู้ประกอบกิจการที่มีโครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการเป็นของตนเองอยู่ก่อน จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการรายใหม่สามารถเข้าร่วมใช้โครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการได้ ไม่ว่าจะเป็นการให้เช่าหรือการสร้างร่วมมือโดยการทำข้อตกลงระหว่างกันก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์ ดังนี้

(1) ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่ามากที่สุด ไม่ให้มีการใช้ทรัพยากรในลักษณะเป็นการกีดกันผู้ประกอบกิจการรายอื่นไม่ให้เข้ามาในตลาดซึ่งทำให้เกิดความสูญเปล่าในการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่แล้วอย่างเต็มที่

(2) ทำให้ลดความซ้ำซ้อนในการลงทุนของผู้ประกอบกิจการโดยไม่จำเป็น และเป็นการสนับสนุนการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบกิจการรายใหม่

(3) ทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมมากขึ้นอันนำไปสู่การพัฒนานวัตกรรมใหม่ ๆ อย่างรวดเร็ว อันนำไปสู่การเติบโตทางเศรษฐกิจในภาพรวมของประเทศ

(4) ทำให้เกิดการพัฒนาการให้บริการที่มีความหลากหลายมากขึ้น มีผู้ให้บริการรายใหม่เข้ามาแข่งขันในตลาด ผู้บริโภคย่อมมีทางเลือกที่จะตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจทางกฎหมายดังกล่าวย่อมกระทบต่อหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ หลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบการ เนื่องจากโดยหลักแล้ว ผู้ประกอบกิจการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองย่อมมีสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินของตนเอง และรวมไปถึงการหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาใช้สอยทรัพย์สินของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต และย่อมรวมไปถึงมีเสรีภาพในการประกอบกิจการที่จะเลือกทำหรือไม่ทำสัญญาให้เช่าโครงข่ายกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้เข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ แต่ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจในทางกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการจำกัดต่อเสรีภาพในการประกอบการ แต่ก็จำเป็นไปเพื่อให้เกิดเสรีภาพในการประกอบกิจการอย่างแท้จริง ที่ป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดและการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ดี หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงถือเป็นข้อยกเว้นของหลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบการ และเมื่อเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายจึงต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกระทำการดังกล่าว และจะต้องใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนภายใต้กรอบการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมเท่านั้น จะนำหลักการดังกล่าวไปใช้โดยมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่น หรือนำไปใช้จนก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่เจ้าของโครงข่ายเกินสมควรไม่ได้

## ส่วนที่ 2 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นที่ปรากฏในกฎหมายไทย

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเป็นแนวคิดสำคัญที่ส่งผลต่อระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในภาคโทรคมนาคม กฎหมายที่จะได้กล่าวต่อไปนี้เป็นภาพสะท้อนของแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใหม่ของประเทศไทยที่เชื่อว่ารัฐควรลดบทบาทในทางเศรษฐกิจ ไม่เข้าไปดำเนินกิจการที่เอกชนสามารถทำได้เอง แต่ก็ยังคงต้องรักษาบทบาทในการเป็นผู้กำกับดูแลเพื่อให้กิจการโทรคมนาคมเกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ส่วนที่ 2 ของบทความนี้จะศึกษา ส่วนที่ 2.1 หลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และส่วนที่ 2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม

### 2.1 หลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ

หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หลายมาตรา ทั้งในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมกันและในลักษณะที่มีความขัดแย้งกัน โดยหลักแล้วรัฐธรรมนูญจะรับรองหลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามแนวคิดของรัฐเสรีนิยม ปัจจุบันมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมสัญญาและเสรีภาพในการใช้สอยทรัพย์สินของตน กรณีใดที่ไม่มีกฎหมายห้าม ปัจจุบันก็สามารถกระทำได้เสมอ อย่างไรก็ตาม พัฒนาการทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ได้แสดงให้เห็นว่า ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะสะสมความมั่งคั่งและนำมาซึ่งการเอารัดเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ รัฐจึงควรเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลให้ตลาดมีสุขภาพที่ดี กล่าวคือ มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของประชาชน และมีมูลค่าทางธุรกิจมหาศาลอย่างกิจการโทรคมนาคม รัฐจะปล่อยให้เอกชนดำเนินการอย่างเสรีโดยปราศจากการกำกับดูแลไม่ได้ รัฐจึงต้องเข้ามาใช้อำนาจมหาชนเพื่อแสวงหาความสมดุล กล่าวคือ การรับรองหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของเอกชนไปพร้อมกับการเสริมสร้างความเข้มแข็งของตลาด และเพื่อให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจดังกล่าวตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างแท้จริง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37 ด้รับรองหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนเอาไว้และรวมไปถึงสิทธิในการสืบทอด การจำกัดสิทธิดังกล่าว เช่น การอายัด การยึด หรือการริบทรัพย์สิน ย่อมไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่จะโดยอาศัยอำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>63</sup> สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 34 ด้บัญญัติเพิ่มเติมเรื่องสิทธิในการสืบทอด และได้บัญญัติทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ เป็นการให้หลักประกัน

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 37 “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ฯลฯ

ฯลฯ”



ในระดับรัฐธรรมนูญว่าบุคคลที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยชอบรวมถึงการรับมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง<sup>64</sup> กฎหมายคุ้มครองให้บุคคลผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย จำหน่าย ตัดตามเอาคืน และขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336<sup>65</sup>

ส่วนของหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 ได้รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ทำให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า การจำกัดเสรีภาพเช่นนี้อาจกระทำโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ เพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น<sup>66</sup> บทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ทั้งนี้ การตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพตามวรรคสองจำเป็นต้องพิจารณา มาตรา 26 และมาตรา 77<sup>67</sup> ของรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย เพราะการจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น จึงต้องพิจารณา

<sup>64</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, น. 54-55.

<sup>65</sup> **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**

**มาตรา 1336** “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

<sup>66</sup> **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**

**มาตรา 40** “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น  
 ฯลฯ ฯลฯ”

<sup>67</sup> **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**

**มาตรา 26** “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

จำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น การตรากฎหมายเพื่อ “การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ” ต้องไม่สร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินความจำเป็นหรือทำให้บุคคลไม่สามารถเข้าประกอบอาชีพนั้นได้ด้วยเหตุที่ไม่เกี่ยวกับความรู้ในอาชีพนั้น<sup>68</sup>

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้รับรองหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของเอกชน แต่ด้วยเหตุผลและความจำเป็นในทางมหาชน (มหาชนทางเศรษฐกิจ) รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดข้อยกเว้นให้รัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าว เช่น การจัดให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานตามมาตรา 56 การรักษาไว้ซึ่งระบบเศรษฐกิจของประเทศตามมาตรา 75 และการจัดการคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมตามมาตรา 60

เพื่อเป็นหลักประกันว่าเอกชนจะมีเสรีภาพในทางเศรษฐกิจอย่างแท้จริง โดยหลักแล้วรัฐจะต้องไม่เข้ามาแทรกแซงระบบเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเข้ามาดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเสียเอง เนื่องจากรัฐเป็นหน่วยที่มีกำลังทางเศรษฐกิจมากที่สุด การเข้ามาในตลาดของรัฐย่อมส่งผลให้เอกชนได้รับความเสียหายซึ่งจะเป็นปฏิปักษ์ต่อระบบการแข่งขันอย่างเสรีโดยรวมในที่สุด ดังนั้นนอกจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 75 วรรคหนึ่ง จะรับรองระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใหม่แล้ว ในวรรคที่สองของมาตราเดียวกันนี้ยังได้กำหนดบังคับไปอีกชั้นหนึ่งว่ารัฐจะต้องไม่เข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นด้วยเหตุผล 3 ประการ ได้แก่ (1) เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ (2) เพื่อการรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม และ (3) เพื่อการจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>69</sup> บทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดระบบเศรษฐกิจของประเทศ ได้มีการบัญญัติไว้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 67)

**มาตรา 77** “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ”

<sup>68</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 58-59.

<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

**มาตรา 75** “รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ

รัฐพึงส่งเสริม สนับสนุน คุ้มครอง และสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบสหกรณ์ประเภทต่าง ๆ และกิจการวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางของประชาชนและชุมชน

ในการพัฒนาประเทศ รัฐพึงคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจ และความอยู่เย็นเป็นสุขของประชาชน ประกอบกัน”



เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 68 และบัญญัติทำนองเดียวกัน ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ส่วนบทบัญญัติในวรรคสองเป็นบทบัญญัติที่กำหนดว่ารัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนเว้นแต่มีความจำเป็นบางประการ นั้น เป็นหลักการในทำนองเดียวกันกับมาตรา 84 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>70</sup>

ถึงแม้ว่าแนวคิดเสรีนิยมใหม่จะเรียกร้องให้รัฐถอยออกห่างจากตลาดและดำรงอยู่เพียงในฐานะผู้กำกับดูแลตลาดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน รัฐย่อมมีความชอบธรรมในการเข้ามาบริหารจัดการในนามของการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน<sup>71</sup> นอกเหนือจากความในวรรคสองของมาตรา 75 ที่ได้กำหนดข้อยกเว้นในกรณีจำเป็นเพื่อจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังได้กำหนดให้รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 56<sup>72</sup> บทบัญญัติลักษณะนี้ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา 41 และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้นำหลักการเกี่ยวกับการจัดให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนมาบัญญัติไว้ในหมวดหน้าที่ของรัฐ เพราะเป็นเรื่องที่ควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐ รัฐจะไม่ดำเนินการไม่ได้ ตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนและโดยยึดถือประโยชน์ของชาติและประชาชนเป็นสำคัญ<sup>73</sup>

<sup>70</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น. 116-117.

<sup>71</sup> โปรดตุ ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแข่งขันอย่างเสรีและบทบาทของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ ใน อานันท์ กระบวนศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 27-32.

<sup>72</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

**มาตรา 56** “รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ รัฐจะกระทำด้วยประการใดให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้

การจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง รัฐต้องดูแลให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร

การนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการทางธุรกิจไม่ว่าด้วยประการใด ๆ รัฐต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงการลงทุนของรัฐ ประโยชน์ที่รัฐและเอกชนจะได้รับและค่าบริการที่จะเรียกเก็บจากประชาชนประกอบกัน”

<sup>73</sup> โปรดตุ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 64*, น. 82-83.

นอกจากนี้ การนำสาธารณูปโภคของรัฐไปให้เอกชนดำเนินการทางธุรกิจไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการ รัฐต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรมด้วย โดยรัฐจะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างรายได้ที่รัฐได้จากเอกชนกับภาระที่จะตกอยู่กับประชาชนในการใช้บริการ และจะต้องกำกับดูแลมิให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดหลักการบังคับมิให้รัฐกระทำโดยประการใดให้โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่เป็นของรัฐให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน หรือจะทำให้รัฐถือหุ้นน้อยกว่าเอกชนไม่ได้ และรัฐต้องดูแลมิให้มีการเรียกเก็บค่าบริการจนเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร โดยกำหนดหลักการคุ้มครองการนำทรัพย์สินของรัฐไปหาประโยชน์ซึ่งอาจทำให้รัฐเสียหาย<sup>74</sup>

## 2.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม

กิจการใดจะถือว่ามีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนนั้น เป็นเรื่องที่มีความเป็นพลวัต และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากิจการโทรคมนาคมถือว่าเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่งที่มีความจำเป็นในการดำรงชีวิตในยุคสมัยใหม่ นอกจากนี้เป็นที่ทราบกันดีว่าการแข่งขันในการให้บริการของกิจการโทรคมนาคมและการบริการต่าง ๆ ทำให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมและเสริมสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ปัจจุบันตลาดโทรคมนาคมได้เปิดให้มีการแข่งขันเกือบทุกประเทศทั่วโลกในระดับที่แตกต่างกัน ทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศยุโรปและกลุ่มประเทศสมาชิกองค์การความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development หรือ OECD) ได้พัฒนาตลาดเสรีในกิจการโทรคมนาคมให้เจริญก้าวหน้ามากที่สุด ในช่วงต้นทศวรรษ การให้บริการโทรคมนาคมส่วนใหญ่ในยุโรปมักอยู่ในรูปแบบของการผูกขาด แต่ในช่วงปลายทศวรรษ ตลาดโทรคมนาคมของกลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิกองค์การความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจได้เปิดให้มีการแข่งขันมากกว่าร้อยละ 96 อย่างไรก็ตาม ในส่วนของภูมิภาคอื่น เช่น ประเทศที่เคยอยู่ในสหภาพโซเวียต แอฟริกา และภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ยังคงมีการผูกขาดโดยรัฐอยู่<sup>75</sup> เช่นเดียวกับในประเทศไทยที่ในอดีตถือว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคและมีความเกี่ยวข้องกับความมั่นคงตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 จึงเป็นกิจการที่ต้องผูกขาดโดยรัฐมาตลอด<sup>76</sup> แต่เมื่อถูกกระแสโลกาภิวัตน์และแรงกดดันจากอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับโทรคมนาคมและมีการเรียกร้องให้รัฐมีนโยบายเปิดให้มีการแข่งขันอย่างเสรี

<sup>74</sup> เฝิงอ่าว

<sup>75</sup> สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม และการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, น. 47-48.

<sup>76</sup> จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 67-69.



จึงนำมาสู่การยกเลิกการผูกขาดโดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) และเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการเอกชนเข้ามาในตลาดมากขึ้น<sup>77</sup>

กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก มีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการ ได้แก่ (1) กิจการโทรคมนาคมเป็นสาธารณูปโภคประเภทหนึ่ง (2) กิจการโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นการผูกขาดในตนเอง (3) กิจการโทรคมนาคมเป็นอุตสาหกรรมที่มีพัฒนาการและการเปลี่ยนแปลงรวดเร็ว และ (4) กิจการโทรคมนาคมมีแนวโน้มที่จะอยู่บนหลักเกณฑ์เดียวกันทั่วโลก<sup>78</sup> ความสำคัญดังกล่าว ยืนยันได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองและคุ้มครองการใช้คลื่นความถี่ ตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คลื่นความถี่ก็ได้รับการรับรองว่ามีสถานะเป็น “สมบัติของชาติ เพื่อใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชน” และรัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้ประชาชนสามารถเข้าถึงสมบัติดังกล่าวได้อย่างทั่วถึงและเป็นธรรม<sup>79</sup>

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 60 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้รัฐต้องรักษาไว้ซึ่งคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมอันเป็นสมบัติของชาติ เพื่อใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชน ไม่ใช่สิทธิที่บุคคลใดจะอ้างความเป็นเจ้าของได้ และวรรคสองกำหนดให้การจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ ไม่ว่าจะใช้เพื่อส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม หรือเพื่อประโยชน์อื่นใด ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ รวมตลอดทั้งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ด้วย และเพื่อให้หลักการดังกล่าวได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม ในวรรคสามของมาตราเดียวกันนี้ยังได้กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ คุ้มครองประชาชนมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ และการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>80</sup> บทบัญญัติลักษณะนี้ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>77</sup> เฟื่องอ้าง, น. 93-96; อธิษณ พิชสุวรรณกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, น. 28-29.

<sup>78</sup> ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ความรู้เบื้องต้นกฎหมายกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2562, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 1-8.

<sup>79</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 64, น. 89-90.

<sup>80</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

**มาตรา 60** “รัฐต้องรักษาไว้ซึ่งคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมอันเป็นสมบัติของชาติ เพื่อใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชน

การจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง ไม่ว่าจะใช้เพื่อส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม หรือเพื่อประโยชน์อื่นใด ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ รวมตลอดทั้งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ด้วย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(มีต่อหน้าถัดไป)

พุทธศักราช 2540 มาตรา 40 และบัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 47 โดยเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการจัดสรรคลื่นความถี่อย่างเป็นธรรม<sup>81</sup>

เพื่อให้สอดคล้องกับความในวรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 60 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น มาตรา 274 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (The National Broadcasting and Telecommunication Commission) หรือ กสทช. (NBTC) ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 60 วรรคสาม<sup>82</sup> เพื่อรับรองสถานะของ กสทช. ให้เป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ รวมถึงลดทั้งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่<sup>83</sup>

อำนาจหน้าที่ของ กสทช. บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 27 ที่กำหนดให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่จัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ กำหนดการจัดสรรคลื่นความถี่ ระหว่างคลื่นความถี่ พิจารณานุญาตและกำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่ การประกอบกิจการ กระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม วินิจฉัยและแก้ไขปัญหาการใช้คลื่นความถี่ และหน้าที่อื่น

---

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 80)

รัฐต้องจัดให้มีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ให้เป็นไปตามวรรคสอง ในกรณีนี้ องค์กรดังกล่าวต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็น ป้องกันมิให้คลื่นความถี่รบกวนกัน รวมถึงลดทั้งป้องกันการกระทำที่ส่งผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้หรือปิดกั้นการรับรู้ข้อมูลหรือข่าวสารที่ถูกต้องตามความเป็นจริงของประชาชน และป้องกันมิให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของประชาชนทั่วไป รวมถึงลดทั้งการกำหนดสัดส่วนขั้นต่ำที่ผู้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>81</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 89-90.

<sup>82</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

**มาตรา 274** “ให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรตามมาตรา 60 วรรคสาม และให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้”

<sup>83</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น. 511; อรัชมน พิเชฐวรกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77, น. 105-106.



เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรม จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของ กสทช. มีลักษณะที่กว้างขวาง ทั้งการออกกฎ การบังคับใช้กฎหมาย และการชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการศึกษาของบทความนี้ ได้แก่ การใช้อำนาจตามมาตรา 27 (8) และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ที่ให้อำนาจแก่ กสทช. ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้หรือเชื่อมต่อ และหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดอัตราค่าใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม<sup>84</sup> สอดคล้องกับพันธกรณีของประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union หรือ ITU) และองค์การการค้าโลก (World Trade Organization หรือ WTO) ที่จะต้องเปิดโอกาสให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายและอุปกรณ์ของผู้ให้บริการแต่ละรายโดยไม่เลือกปฏิบัติและในราคาต้นทุนที่เหมาะสม ด้วยการเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการรายใหม่เข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมด้วยกรอบนโยบายกฎหมายเดียวกันไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการเป็นภาคเอกชนหรือภาครัฐก็ตาม<sup>85</sup>

อำนาจหน้าที่ของ กสทช. ที่สำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคมอาจจำแนกออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ ส่วนที่ 2.2.1 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม ส่วนที่ 2.2.2 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และส่วนที่ 2.2.3 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

---

<sup>84</sup> พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

มาตรา 27 “ให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(8) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้หรือเชื่อมต่อ และหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดอัตราค่าใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งในกิจการประเภทเดียวกันและระหว่างกิจการแต่ละประเภท ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการและผู้ลงทุนหรือระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคม โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ฯลฯ

ฯลฯ”

มาตรา 29 “การกำหนดอัตราค่าใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่าย ค่าธรรมเนียมใด ๆ หรือค่าบริการในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัตินี้ และตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ หรือตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม ให้ กสทช. คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและภาระของผู้บริโภค ความสอดคล้องกับต้นทุนการให้บริการ ความคุ้มค่า และการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพด้วย”

<sup>85</sup> จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 76, น. 114-118.

## 2.2.1 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม

นอกเหนือจากพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังปรากฏในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 อีกด้วย ดังปรากฏจากบทบัญญัติมาตรา 4 ที่ได้กำหนดนิยามคำสำคัญเกี่ยวกับโครงข่ายโทรคมนาคม<sup>86</sup> และมาตรา 25 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กสทช. (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เดิม)<sup>87</sup> กำหนด

<sup>86</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 4 “ในพระราชบัญญัตินี้

“กิจการโทรคมนาคม” หมายความว่า กิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

ฯลฯ

ฯลฯ

“โครงข่ายโทรคมนาคม” หมายความว่า กลุ่มของเครื่องโทรคมนาคมที่ต่อถึงกันโดยตรงหรือโดยผ่านเครื่องชุมสายหรือเครื่องอื่นใด เพื่อการโทรคมนาคมระหว่างจุดหมายปลายทางที่กำหนดด้วยระบบสายระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน

“เชื่อมต่อ” หมายความว่า การเชื่อมต่อระหว่างโครงข่ายโทรคมนาคมภายใต้ความตกลงทางเทคนิคและทางพาณิชย์ เพื่อให้ผู้ใช้บริการของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมฝ่ายหนึ่งสามารถติดต่อสื่อสารกับผู้ใช้บริการหรือใช้บริการโทรคมนาคมของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอีกฝ่ายหนึ่งได้

ฯลฯ

ฯลฯ”

<sup>87</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 25 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม มีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของตนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

การปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมให้กระทำได้เฉพาะกรณี ดังต่อไปนี้

(1) โครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่ไม่เพียงพอแก่การให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคม

(2) การใช้โครงข่ายโทรคมนาคมมีปัญหาทางเทคนิคที่อาจก่อให้เกิดการรบกวนกิจการโทรคมนาคม

หรือเป็นเหตุขัดขวางการโทรคมนาคม

(3) กรณีอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมตามวรรคสาม มีหน้าที่พิสูจน์ถึงเหตุแห่งการปฏิเสธนั้น

การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้มีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย

(มีต่อหน้าถัดไป)

เป็นการบัญญัติกฎหมายรับรองแนวคิดตามหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น โดยถือว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายประเภทหนึ่ง<sup>88</sup> ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้อำนาจมหาชน ยกเว้นหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ เพราะมีฉะนั้นแล้ว หากรัฐปล่อยให้เจ้าของโครงข่าย (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กิจการที่เคยเป็นของรัฐที่ผ่านการใช้อำนาจมหาชนในการประกอบกิจการมาก่อน) มีสิทธิหวงกั้นทรัพย์สินของตนตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปล่อยให้เจ้าของโครงข่ายมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะให้ผู้ประกอบกิจการรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายหรือไม่อนุญาตให้เชื่อมต่อโครงข่ายตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงคลื่นความถี่อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันก็จะไม่สำเร็จลุล่วงได้อย่างแท้จริง ทำให้เกิดการผูกขาดในกลุ่มผู้ประกอบการรายใหญ่ หรือผู้ประกอบการรายเดิมที่อยู่ในตลาดซึ่งเป็นเจ้าของสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานย่อมสามารถปฏิเสธค่าขอของผู้ประกอบกิจการรายใหม่ที่ต้องการใช้สาธารณูปโภคดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้าสู่ตลาดอันถือเป็นพฤติกรรมการต่อต้านการแข่งขัน<sup>89</sup> การปฏิเสธไม่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายจะต้องถือเป็นข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ อย่างเคร่งครัด 3 กรณีเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคสาม ได้แก่ (1) โครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่ไม่เพียงพอแก่การให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้โครงข่ายโทรคมนาคม (2) การใช้โครงข่ายโทรคมนาคมมีปัญหาทางเทคนิคที่อาจก่อให้เกิดการรบกวนกิจการโทรคมนาคม หรือเป็นเหตุขัดขวางการโทรคมนาคม และ (3) กรณีอื่นตามที่ กสทช. ประกาศกำหนด ทั้งนี้ การปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมตามวรรคสาม กฎหมายกำหนดให้เป็นภาระการพิสูจน์ของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคม

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 87)

*การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้คณะกรรมการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้รับใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องด้วย”*

<sup>88</sup> หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มีโครงข่ายไม่ได้ปรากฏเฉพาะในเรื่องกิจการโทรคมนาคมเท่านั้น หากแต่ยังปรากฏในกฎหมายอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ ซึ่งมีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน เช่น การประปา การไฟฟ้า การคมนาคมขนส่ง และการไปรษณีย์ ประเทศไทยได้มีการรับรองหลักกฎหมายดังกล่าวไว้ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเป็นเวลานาน เช่น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ที่ได้บัญญัติเรื่องการให้บุคคลภายนอกเข้าถึงระบบ หรือสิทธิการใช้โครงข่ายโดยบุคคลที่สาม (Third Party Access : TPA) ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 81 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาต หรือผู้ประกอบการพลังงานรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อบริการโครงข่ายพลังงานของตน ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดที่ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานประกาศกำหนด” อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะเน้นไปที่การศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมเป็นสำคัญ

<sup>89</sup> ภูมิรินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น. 134-135.

ผู้ประกอบกิจการรายได้ที่ต้องการขอเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้รับใบอนุญาต แต่ถูกกีดกันการเข้าถึงโครงข่ายโทรคมนาคมมีสิทธิร้องขอให้ กสทช. พิจารณาวินิจฉัยได้ตามพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง หากผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม เลขานุการ กสทช. ย่อมมีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้ตามมาตรา 64 และหากผู้รับใบอนุญาต ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเลขานุการตามมาตรา 64 และพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 65 หรือ กสทช. วินิจฉัยยืนตามคำสั่งของเลขานุการ เมื่อเลขานุการได้มีหนังสือเตือนแล้วยังไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น เลขานุการย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่า 20,000 บาทต่อวัน ตามมาตรา 66 วรรคหนึ่ง<sup>90</sup> กรณีจึงเป็นการให้อำนาจแก่ กสทช. และเลขานุการ กสทช. ในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจมหาชนบังคับการให้เป็นไป ตามหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

---

<sup>90</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

**มาตรา 26** “ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมหรือมีข้อที่ตกลงกันไม่ได้ในการเจรจา ทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีกรณีจำเป็นคณะกรรมการอาจสั่งให้ใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไปพลางก่อนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดได้”

**มาตรา 64** “ในกรณีที่ปรากฏแก่เลขานุการว่าผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคห้า... มาตรา 25 มาตรา 26 วรรคสอง... ให้เลขานุการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้”

**มาตรา 65** “ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตซึ่งได้รับคำสั่งจากเลขานุการตามมาตรา 64 ไม่พอใจในคำสั่ง ดังกล่าว ให้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ให้เป็นที่สุด”

**มาตรา 66** “ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเลขานุการตามมาตรา 64 และพ้นกำหนด ระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 65 หรือคณะกรรมการวินิจฉัยยืนตามคำสั่งเลขานุการ เมื่อเลขานุการได้มีหนังสือเตือนแล้ว ยังไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ให้เลขานุการพิจารณากำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทต่อวัน

ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามการให้ถูกต้อง หรือฝ่าฝืนคำสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือกรณีที่มีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ให้คณะกรรมการมีอำนาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้

การกำหนดให้การกระทำความผิดกรณีใดต้องถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”



นอกจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแล้ว หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังปรากฏในกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 โดยข้อ 5 ได้กำหนดนิยามศัพท์กฎหมายสำคัญ ได้แก่ “โครงข่ายโทรคมนาคม” หมายถึง กลุ่มของเครื่องโทรคมนาคมที่ต่อถึงกันโดยตรงหรือโดยผ่านเครื่องชุมสายหรือเครื่องอื่นใด เพื่อการโทรคมนาคมระหว่างจุดหมายปลายทางที่กำหนดด้วยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน และคำว่า “สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” หมายถึง สิ่งอำนวยความสะดวก เช่น อาคาร สถานที่ หรือพื้นที่ สาธารณูปโภค และอุปกรณ์ รวมถึงการทำงาน กระบวนการ หรือบริการของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม<sup>91</sup> และได้ยืนยันหลักการในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคสาม อีกครั้งในข้อ 6 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น<sup>92</sup>

<sup>91</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 5 “ในประกาศนี้

“โครงข่ายโทรคมนาคม” หมายความว่า กลุ่มของเครื่องโทรคมนาคมที่ต่อถึงกันโดยตรงหรือโดยผ่านเครื่องชุมสายหรือเครื่องอื่นใด เพื่อการโทรคมนาคมระหว่างจุดหมายปลายทางที่กำหนดด้วยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน

ฯลฯ

ฯลฯ

“สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น” หมายความว่า สิ่งอำนวยความสะดวก เช่น อาคาร สถานที่ หรือพื้นที่ สาธารณูปโภค และอุปกรณ์ รวมถึงการทำงาน กระบวนการ หรือบริการของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งจำเป็นต้องใช้สำหรับการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยพิจารณาจากเงื่อนไข ดังนี้

- (1) ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุมการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้น
- (2) ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจำเป็นต้องใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้น

ในการให้บริการโทรคมนาคมของตน และ

- (3) ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่สามารถทำหรือจัดให้มีได้

หากพิจารณาในทางเศรษฐศาสตร์หรือทางเทคนิค

ฯลฯ

ฯลฯ”

<sup>92</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 6 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดในประกาศนี้”

และมีหน้าที่ต้องอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามข้อ 7<sup>93</sup>

### 2.2.2 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายเอกชนโดยหลักแล้ว เอกชนมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญาและมีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาตามใจสมัคร อย่างไรก็ตาม การใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นกิจกรรมสำคัญที่สนับสนุนให้ประชาชนสามารถเข้าถึงและได้รับประโยชน์จากการโทรคมนาคมซึ่งเป็นสาธารณูปโภคที่สำคัญในปัจจุบัน และเป็นกิจกรรมที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาดโทรคมนาคม การปล่อยให้ผู้ประกอบการโทรคมนาคมสามารถตัดสินใจกำหนดค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายอย่างอิสระอาจทำให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมจำนวนมากกำหนดค่าตอบแทนหรือเงื่อนไขในสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและนำมาซึ่งราคาต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น และภาระต้นทุนที่ผู้ประกอบการขอเชื่อมต่อและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมต้องแบกรับย่อมถูกผลักภาระตกแก่ประชาชนผู้ใช้บริการโทรคมนาคมในที่สุด พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคห้า จึงได้เข้ามาวางหลักให้การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และจะต้องให้มีความเท่าเทียมกัน ในระหว่างผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกรายโดยไม่เลือกปฏิบัติ เช่น กำหนดค่าตอบแทนให้แก่บริษัทในเครือของตนต่ำกว่าผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นโดยไม่มีเหตุผล

---

<sup>93</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 7 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้อง

(1) เสนอและจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ณ จุดเชื่อมต่อที่มีความเป็นไปได้ทางเทคนิค และต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร...

(2) แจ้งข้อมูลที่ถูกต้องและจำเป็นในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทราบ เพื่อให้สามารถดำเนินการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้...

(5) เสนอและจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของโครงข่ายโทรคมนาคมของตน เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมสามารถเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้...

(9) ไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุให้การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่สามารถใช้งานได้ตามปกติและต้องไม่ก่อให้เกิดการรบกวนกิจการโทรคมนาคมหรือที่อาจก่อให้เกิดเหตุขัดขวางการโทรคมนาคม



ในทางธุรกิจรองรับ<sup>94</sup> โดยเนื้อหาของสัญญาจะต้องมีลักษณะสำคัญที่กฎหมายคุ้มครองภายใต้กรอบในมาตรา 27 เช่น ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร<sup>95</sup>

หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นยังปรากฏในประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการกำหนดค่าตอบแทนในรายละเอียด เช่น ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเรียกเก็บค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่สะท้อนต้นทุน โดยใช้หลักการคำนวณแบบต้นทุนส่วนเพิ่มระยะยาว (long run incremental cost) ตามข้อ 10<sup>96</sup> จะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะที่ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์

<sup>94</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 25 วรรคห้า “การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้มีความเท่าเทียมกัน ในระหว่างผู้ใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย”

<sup>95</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 27 “สัญญาเกี่ยวกับการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะดังนี้

- (1) ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์
- (2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตรายอื่น
- (3) ข้อกำหนดทางเทคนิค ณ จุดที่มีการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องชัดเจน มีความเป็นไปได้

ในทางเทคนิค และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร

(4) มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และผู้ให้บริการหรือผู้ให้บริการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ชัดเจน

(5) การกำหนดอัตราค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 25 วรรคห้า

- (6) ลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

<sup>96</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 10 “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเรียกเก็บค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่สะท้อนต้นทุน โดยใช้หลักการคำนวณแบบต้นทุนส่วนเพิ่มระยะยาว (long run incremental cost) ทั้งนี้ คณะกรรมการอาจพิจารณากำหนดวิธีการคำนวณต้นทุนและอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอ้างอิงที่เหมาะสมสำหรับบางประเภทบริการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้

ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมอาจเรียกเก็บอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยใช้อัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอ้างอิงที่คณะกรรมการกำหนดตามวรรคหนึ่งก็ได้

ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นสำหรับการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราที่สะท้อนต้นทุน”

ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควรตามข้อ 27<sup>97</sup> และเมื่อสามารถตกลงทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแล้ว ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยมิชักช้าตามข้อ 32<sup>98</sup> นอกจากนี้ กสทช. ยังได้มีการออกประกาศที่สำคัญเพื่อใช้เป็นมาตรฐานการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและเพื่อใช้เป็นอัตราอ้างอิงอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564 และประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง อัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ที่เป็นอัตราอ้างอิง ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564

### 2.2.3 อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท

เพื่อให้หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการเชื่อมต่อและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม ได้รับการเคารพและปฏิบัติตามอย่างแท้จริง กฎหมายจึงกำหนดให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลผู้ประกอบการโทรคมนาคมปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด และในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น เช่น มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมหรือมีข้อที่ตกลงกันไม่ได้ในการเจรจาทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้ กสทช. วินิจฉัยชี้ขาดได้ตามพระราชบัญญัติ

---

<sup>97</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 27 “สัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะ ดังนี้

(1) ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์

(2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น

(3) ข้อกำหนดทางเทคนิค ณ จุดที่มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องชัดเจน มีความเป็นไปได้ทางเทคนิคและไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเกินสมควร

(4) มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่เป็นคู่สัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ชัดเจน

(5) การกำหนดอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้มีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย”

<sup>98</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 32 “เมื่อสามารถตกลงทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแล้ว ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยมิชักช้าตามที่ตกลงไว้ในสัญญา โดยต้องไม่เลือกปฏิบัติแก่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายใดรายหนึ่ง

ฯลฯ

ฯลฯ”



การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 26<sup>99</sup> ประกอบประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 55<sup>100</sup>

### ส่วนที่ 3 แนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย

การศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจะทำให้เข้าใจตัวบทกฎหมายและหลักการพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติต่าง ๆ ได้เป็นอย่างดี ในบทความนี้จะนำเสนอคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจำนวน 8 คดี ได้แก่ (1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559 (2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566 (3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 (4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558 (5) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560 (6) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559 (7) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563 และ (8) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565 โดยเป็นการเรียงลำดับของเรื่องตามเนื้อหากฎหมายที่ได้อธิบายเอาไว้ในส่วนที่ 2 ของบทความนี้

**(1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559 : สถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ**

#### (ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (แทค)) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (บริษัท ทรูมูฟ จำกัด)<sup>101</sup> เป็นผู้ประกอบ

<sup>99</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

**มาตรา 26** “ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมหรือมีข้อขัดข้องกันไม่ได้ในการเจรจาทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีกรณีจำเป็นคณะกรรมการอาจสั่งให้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไปพลางก่อนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนดได้”

<sup>100</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

**ข้อ 55** “ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้เชื่อมต่อหรือใช้โครงข่ายโทรคมนาคมตามข้อ 25 หรือข้อ 48 หรือมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามข้อ 26 หรือข้อ 49 ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อสำนักงาน

ฯลฯ

ฯลฯ”

<sup>101</sup> บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (หรือในชื่อการค้าว่า ดีแทค (dtac)) ได้ควบรวมกับบริษัท ทรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (หรือในชื่อการค้าว่า ทรู (true)) โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นร่วมได้มีมติอนุมัติซื้อบริษัทใหม่และได้เห็นพ้องให้ใช้ชื่อเดิมว่า บริษัท ทรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้ กระบวนการควบรวมบริษัทเสร็จสมบูรณ์เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2566 โดยกรรมการของบริษัท ทรูฯ (ใหม่) ได้จดทะเบียนควบรวมบริษัทระหว่างบริษัท ทรูฯ (เดิม) กับบริษัท โทเทิลฯ แก่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ส่งผลให้บริษัท โทเทิลฯ พันสภาพการเป็นนิติบุคคลพร้อมกับบริษัท ทรูฯ (เดิม)

กิจการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า ขณะที่บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท) มีสถานะเป็นการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ได้ทำสัญญาลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 และสัญญาลงวันที่ 20 มิถุนายน 2539 กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เพื่อดำเนินการให้บริการ วิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า (AMPS 800) และให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า DIGITAL PCN (PERSONAL COMMUNICATION NETWORK) 1800 โดยให้ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จัดให้มี ขยาย และดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่าในพื้นที่ต่าง ๆ ตามที่ได้รับอนุญาต และภายใต้ การกำกับดูแลของ กสท. ซึ่งผู้ผูกฟองคืด (บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เดิม)) ในขณะที่มีสถานะเป็นองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยก็ได้ทำข้อตกลง เรื่อง การเชื่อมโยง โครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2537 และข้อตกลง ลงวันที่ 29 พฤษภาคม 2540 กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 ผู้ผูกฟองคืดที่ 4 และ กสท. โดยผู้ผูกฟองคืดจะยอมให้โครงข่ายวิทยุคมนาคมของผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และโครงข่ายวิทยุคมนาคมตามสัญญาที่ได้ทำกับ กสท. สามารถเชื่อมเข้ากับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ผูกฟองคืดได้ ส่วนผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จะต้องชำระค่าเชื่อมโยงเลขหมาย เลขหมายละ 200 บาทต่อเดือน และ กสท. จะชำระรายได้ครึ่งหนึ่งของส่วนแบ่งรายได้ที่ กสท. ได้รับจากผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ให้แก่ผู้ผูกฟองคืด<sup>102</sup> ต่อมา ผู้ผูกฟองคืดที่ 1 (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เดิม)) ได้ออกใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคมแบบที่สามให้แก่ผู้ผูกฟองคืด และ บมจ. กสท และได้อนุมัติให้จัดสรรเลขหมายโทรคมนาคม สำหรับการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้แก่ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 รายละเอียด 1,500,000 เลขหมาย

จากข้อเท็จจริงข้างต้นดังกล่าว ศาลปกครองจึงพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญา ระหว่าง กสท. กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ที่ให้ผู้ผูกฟองคืดทั้งสองดำเนินการให้บริการ วิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า นั้น เป็นการดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการไปรษณีย์และโทรคมนาคมและธุรกิจอื่น ที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกัน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมการทำงานหรือสมทบกับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งกิจการ ของการสื่อสารแห่งประเทศไทย อันเป็นอำนาจของ กสท. ตามมาตรา 7 ประกอบมาตรา 10 (6) แห่งพระราชบัญญัติ การสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 โดยในส่วนของดำเนินการของผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไป จึงถือได้ว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบ กิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จึงเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม ที่ได้รับอนุญาตอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ

---

<sup>102</sup> ภายหลังได้มีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 เพื่อนำตัวตราตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และได้มีการปรับเปลี่ยนสถานะ ของ ทศท. และ กสท. ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดย ทศท. เปลี่ยนมาเป็นผู้ผูกคืด และ กสท. เปลี่ยนมาเป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท)



สิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จึงยังคงมีอยู่และยังได้รับความคุ้มครองให้สามารถประกอบกิจการตามที่ได้รับจากสัญญาเดิมนั้นต่อไปได้ จนกว่าสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง และถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นผู้ที่มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงมีหน้าที่ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ซึ่งถือเป็นผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เดิม)) ได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดี ปฏิบัติตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ยืนตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นั้น จึงเป็นการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมาย และสอดคล้องกับมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น ที่จะให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรของชาติ และการใช้ทรัพยากรดังกล่าวนี้ก็ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำวินิจฉัย อุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

#### (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

การศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559 ทำให้เข้าใจพัฒนาการ ของกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย หลักกฎหมายที่รับรองทฤษฎีว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในอดีต ประเทศไทยได้ผูกขาด การประกอบกิจการโทรคมนาคมเนื่องจากเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศ และมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและการเข้าถึงสาธารณูปโภคของประชาชน โดยมีองค์การโทรศัพท์ แห่งประเทศไทย (ทศท.) และการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) เป็นผู้รับผิดชอบกิจการดังกล่าว ต่อมา กสท. ได้ทำสัญญาร่วมการทำงานกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นผู้ให้บริการ ด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไปภายใต้การกำกับดูแลของ กสท. กรณีจึงเป็นการลดบทบาท ทางเศรษฐกิจของภาครัฐในกิจการโทรคมนาคม ซึ่งภายหลัง ทศท. และ กสท. ได้ถูกแปรรูปเป็นรัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดย ทศท. เปลี่ยนมาเป็นผู้ฟ้องคดี และ กสท. เปลี่ยนมาเป็น บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท)<sup>103</sup> เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน ภายใต้การกำกับดูแลของ กสทช. ในฐานะองค์กรอิสระตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

<sup>103</sup> และต่อมา ผู้ฟ้องคดีและบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท) ก็ได้ควบรวมบริษัท เป็นบริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) เพื่อเพิ่มความสามารถแข่งขันกับเอกชนในตลาด

จะเห็นได้ว่า สัญญาระหว่าง กสท. กับผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ที่ให้ผู้ผูกฟองคืดทั้งสองดำเนินกิจการโทรคมนาคม มีผลให้การดำเนินกิจการดังกล่าวของผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นผู้ให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมแก่บุคคลอื่นทั่วไป จึงถือได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จึงเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตอยู่แล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ จึงถือได้ว่า ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นผู้ที่มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืด ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงมีหน้าที่ให้ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 ซึ่งถือเป็นผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน

เมื่อกฎหมายถือว่าผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เป็นผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 จึงมีสิทธิที่จะขอเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ผูกฟองคืดในฐานะที่เป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม เมื่อผู้ผูกฟองคืดปฏิเสธการเชื่อมต่อจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ผูกฟองคืดที่ 1 และผู้ผูกฟองคืดที่ 2 ในฐานะองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมจึงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ผู้ผูกฟองคืดจัดให้มีการเจรจาเพื่อเปิดให้ผู้ผูกฟองคืดที่ 3 และผู้ผูกฟองคืดที่ 4 เข้าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม มีการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนในฐานะผู้บริโภคนั่นเอง

**(2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566 : สถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ในเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินกิจการโทรคมนาคม (ผู้ผูกฟองคืดเป็นผู้จัดหาเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการทั้งหมด และยินยอมให้บรรดาเครื่องและอุปกรณ์เหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท.)**

#### **(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา**

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า บุคคลใดเป็นผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เนื่องจากผู้ผูกฟองคืดที่ 1 (บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เดิม))โต้แย้งว่าผู้ผูกฟองคืด (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) ไม่ได้เป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เนื่องจากโครงข่ายโทรคมนาคมที่ผู้ผูกฟองคืดใช้งานเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ผู้ผูกฟองคืดจึงไม่ใช่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่จะมีสิทธินำโครงข่ายโทรคมนาคมมาให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้และเรียกเก็บค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมโดยมิได้รับอนุญาตได้ ผู้ผูกฟองคืดจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจากผู้ผูกฟองคืดที่ 1



ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 40 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า *คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ* จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีเจตนารมณ์ที่จะให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรสื่อสารที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง และการจัดสรรคลื่นความถี่ดังกล่าวต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชน รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างกัน เพื่อให้การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอันเป็นบริการสาธารณะมีความต่อเนื่องและเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในฐานะผู้ใช้บริการโทรคมนาคมให้สามารถติดต่อถึงกันได้โดยปราศจากอุปสรรค *โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน* ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน รวมถึงผู้ที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาให้เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ ย่อมยังคงมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นต่อไป จนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง *แต่การประกอบกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายและตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดบนพื้นฐานของหลักการการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม โดยให้ถือว่าสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ด้วย* ตามนัยมาตรา 80 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 80/1 และมาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ในขณะที่เป็นการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ได้ทำสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2533 กับผู้ฟ้องคดี โดยมีสาระสำคัญว่า กสท. ให้ผู้ฟ้องคดีจัดให้มี ขยาย และดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ในพื้นที่ต่าง ๆ ตามที่ได้รับอนุญาต และภายใต้การกำกับดูแลของการสื่อสารแห่งประเทศไทย ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้จัดหาเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการทั้งหมด และยินยอมให้บรรดาเครื่องและอุปกรณ์เหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท. นับตั้งแต่วันเริ่มเปิดให้บริการ นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดียังมีหน้าที่ดำเนินการจัดหาเลขหมายโทรศัพท์และระบบที่ใช้เชื่อมโยงโครงข่ายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อนำมาใช้กับการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ และต้องรับผิดชอบในการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมเชื่อมโยงระหว่างชุมสายกับสถานีเครือข่ายและระบบควบคุมต่าง ๆ โดย กสท. ยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการใช้และบริหารจัดการแต่เพียงผู้เดียว รวมถึงสามารถเรียกเก็บเงินค่าบริการและค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการได้ไม่เกินอัตราที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ และ กสท. ให้ความเห็นชอบแล้ว ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้ กสท. ตลอดอายุสัญญาเป็นรายปี โดยคิดเป็นอัตราร้อยละของรายได้จากการให้บริการก่อนหักค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมอื่น ๆ *สัญญาดังกล่าว*

จึงเป็นกรณีที่มีการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ได้ให้สัมปทานหรืออนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการโทรคมนาคม ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาให้เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ และมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นต่อไปจนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลงตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 แต่โดยที่มาตรา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวและตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดบนพื้นฐานของหลักการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม ดังนั้นสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามสัญญาที่มีอยู่เดิมย่อมอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และเป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายในอันที่จะต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน รวมถึงมีสิทธิใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจากผู้รับใบอนุญาตรายอื่น รวมถึงมีความรับผิดชอบที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แก่ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นด้วยเช่นเดียวกัน อนุธรรมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในประเด็นนี้ฟังไม่ขึ้น

### (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566 สะท้อนให้เห็นว่า กิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและต่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชน จึงเป็นภารกิจสำคัญของรัฐที่จะต้องเข้ามาดูแล อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ได้เข้ามาแทรกแซงเต็มรูปแบบแต่ได้มอบอำนาจให้แก่เอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว ซึ่งก็คือการให้สัมปทานแก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินกิจกรรมดังกล่าวภายใต้การกำกับดูแลของการสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) ผู้ฟ้องคดีสามารถแสวงหาประโยชน์จากการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนและจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้ กสท. ตลอดอายุสัญญาเป็นรายปี และยินยอมให้บรรดาเครื่องและอุปกรณ์เหล่านั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท. ในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงได้แย้งว่าผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงผู้ได้รับสัมปทานมาจาก กสท. เท่านั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็น “ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม” ตามบทบัญญัติมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เมื่อไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว ผู้ฟ้องคดีย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับสัมปทานให้เป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ใช้บังคับ ย่อมยังคงมีสิทธิ

ประกอบกิจการโทรคมนาคมตามขอบเขตและสิทธิที่มีอยู่เดิมตามที่ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาอันต่อไป จนกว่าสัมปทานดังกล่าวจะสิ้นสุดลง แต่การประกอบกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ ตามกฎหมายและตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดบนพื้นฐานของหลักการการแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม โดยให้ถือว่าสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ด้วย ดังนั้นผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และเป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ถึงแม้ว่าบรรดาเครื่องและอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการทั้งหมดจะเป็นกรรมสิทธิ์ของ กสท. ก็ตาม

**(3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 : หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาต ในการเปิดให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายของตน และการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่มีการฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวโดยองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม**

**(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา**

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กสทช. (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (เดิม))) ที่ชี้ขาดให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) (องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เดิม) เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วม (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบคำสั่งชี้ขาด และต้องเจรจาทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เริ่มต้นเจรจา เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และการบังคับตามคำสั่งชี้ขาดข้อพิพาท ดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (เลขาธิการคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (เดิม))) ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมใช้สิทธิร้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วินิจฉัยชี้ขาด ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ให้ผู้ฟ้องคดีเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วม เชื่อมต่อโครงข่ายของผู้ฟ้องคดี ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องเปิดให้ ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมเข้าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม จึงมีคำสั่งชี้ขาดให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญา เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบคำสั่งชี้ขาด และต้องเจรจาทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เริ่มต้นเจรจา หากผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวนี้ ย่อมเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อาจมีคำสั่งบังคับทางปกครองตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ต่อไป ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีสถานะเป็นผู้ได้รับ ใบอนุญาตตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 จึงมีหน้าที่ ต้องเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมซึ่งมีสถานะเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตรายอื่นตามมาตรา 25 เข้าถึงโครงข่ายของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณาและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อผู้ฟ้องคดีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีหน้าที่ต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544<sup>104</sup> ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมตามกฎหมาย โดยให้ดำเนินการเจรจาภายใน 7 วัน และต้องทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ผู้ฟ้องคดีกระทำการ แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีเพิกเฉย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้มีหนังสือแจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมภายใน 7 วัน และต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครอง การกระทำความผิดดังกล่าวจึงเข้าลักษณะเป็นคำเตือนเป็นหนังสือก่อนใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ผู้ฟ้องคดียังคงเพิกเฉย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้มีหนังสือแจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมอีกครั้ง หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครองในอัตราวันละ 60,000 บาท กรณีจะเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ใช้อำนาจกำหนดให้ชำระค่าปรับทางปกครองตามมาตรา 58 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กฎหมายที่ใช้บังคับในเวลานั้น)<sup>105</sup> ประกอบมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

<sup>104</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรา 64 “ในกรณีที่ปรากฏแก่เลขาธิการว่าผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคห้า...มาตรา 25...ให้เลขาธิการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดก็ได้”

<sup>105</sup> กฎหมายที่ใช้บังคับในเวลานั้น

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 58 “คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน

ฯลฯ

ฯลฯ”

ปัจจุบัน หลักดังกล่าวปรากฏใน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 63/21 “คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) ให้มีการชำระค่าปรับบังคับการตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินห้าหมื่นบาทต่อวัน

ฯลฯ

ฯลฯ”



ซึ่งได้ให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในการกำหนดค่าปรับทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ<sup>106</sup> บทบัญญัติในมาตรา 66 จึงเป็นกฎหมายที่มีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่ามาตรา 58 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากกำหนดค่าปรับทางปกครองซึ่งต้องไม่ต่ำกว่า 20,000 บาทต่อวัน แต่ไม่ได้กำหนดอัตราสูงสุดไว้ ศาลปกครองสูงสุดจึงพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดค่าปรับทางปกครองให้ผู้ฟ้องคดีต้องชำระในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งขาดข้อพิพาทของคณะกรรมการข้างต้น ในอัตราวันละ 60,000 บาท เป็นอำนาจที่สามารถกระทำได้ และเป็นการกำหนดค่าปรับทางปกครองที่เหมาะสมแล้ว

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อคำสั่งขาดข้อพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่แจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวพร้อมกับกำหนดค่าปรับทางปกครองซึ่งปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน และเมื่อคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่วินิจฉัยยืนตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็ย่อมเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

#### (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 แสดงให้เห็นถึงตัวอย่างการใช้บังคับกฎหมายของ กสทช. และเลขาธิการ กสทช. ในการกำกับดูแลให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ประกอบกิจการที่ได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้เป็นอย่างดี กรณีจะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของ กสทช. ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 26 ที่วินิจฉัยให้ผู้รับใบอนุญาต “เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งขาด และต้องเจรจาทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เริ่มต้นเจรจา” นั้น มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีอาจฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ และการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวของเลขาธิการ กสทช. ที่แจ้งเตือนให้

<sup>106</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

**มาตรา 66** “ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเลขาธิการตามมาตรา 64 และพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 65 หรือคณะกรรมการวินิจฉัยยืนตามคำสั่งเลขาธิการ เมื่อเลขาธิการได้มีหนังสือเตือนแล้ว ยังไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ให้เลขาธิการพิจารณากำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทต่อวัน

ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามการให้ถูกต้อง หรือฝ่าฝืนคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือกรณีที่มีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ให้คณะกรรมการมีอำนาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้

การกำหนดให้การกระทำความผิดกรณีใดต้องถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

“เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมภายใน 7 วัน และต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครอง” โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 64 และการแจ้งเตือนให้ “เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอีกครั้ง หากฝ่าฝืนจะกำหนดค่าปรับทางปกครองในอัตราวันละ 60,000 บาท” โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 66 ก็มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีอาจฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ รวมไปถึงคำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ศาลปกครองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกันตามหลักทั่วไป การศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563 ทำให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้นว่าหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งถูกรับรองเอาไว้ในกฎหมายถูกนำมาใช้บังคับให้เกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติอย่างไร และหากผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วจะได้รับโทษตามกฎหมายอย่างไร

**(4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558 : สภาพบังคับของคำสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นขององค์กรกำกับดูแล**

**(ก) สาระสำคัญของคำพิพากษา**

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทู มูฟ จำกัด (ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371/2558)) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1372/2558)) เข้าถึงการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีให้เปิดใช้งานได้อย่างสมบูรณ์หรือไม่

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่า การที่บทบัญญัติมาตรา 25 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้กำหนดหลักการทั่วไปในการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่น โดยผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมไม่อาจปฏิเสธการขอเชื่อมต่อจากผู้รับใบอนุญาตรายอื่น อันเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมระหว่างผู้รับใบอนุญาตด้วยกัน ทั้งนี้ การที่ผู้รับใบอนุญาตรายใดจะขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นนั้น ทั้งสองฝ่ายจะต้องดำเนินการเจรจาทำสัญญาหรือข้อตกลงทางเทคนิคและทางพาณิชย์กันเสียก่อน เมื่อตกลงทำสัญญากันได้แล้ว ผู้รับใบอนุญาตที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับของผู้รับใบอนุญาตที่ขอเชื่อมต่อ โดยผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมไม่อาจปฏิเสธการขอเชื่อมต่อได้ อันเป็นไปตามหลักการทั่วไปตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ดังนั้นหน้าที่ในการให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม



จึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขการเจรจาตกลงกันในทางพาณิชย์หรือทางธุรกิจในการประกอบกิจการโทรคมนาคม อันเป็นสิทธิหน้าที่ในความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน มิใช่อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ฉะนั้น กรณีจึงเป็นข้อพิพาทระหว่างผู้รับใบอนุญาตด้วยกันเองเกี่ยวกับการปฏิเสธการให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ไม่ใช่กรณีฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรซึ่งเป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>107</sup>

การฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดี กับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของ กสทช. (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช. เดิม)) ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ในการออกคำสั่งให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองไม่สามารถออกคำสั่งบังคับได้แต่อย่างใด และผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>108</sup> ที่ศาลปกครองชั้นต้นรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกฟ้อง

#### (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558 แสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม กรณีนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างหลักการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และเสรีภาพในทางเศรษฐกิจกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจมหาชนตามแนวคิดของหลักกฎหมายมหาชน

<sup>107</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

๗๗

๗๗

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

๗๗

๗๗

<sup>108</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำสั่งตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

๗๗

๗๗”

ทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ถึงแม้ว่ารัฐสมัยใหม่จะให้การรับรองว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีความสำคัญถึงขนาดที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจเพื่อรับรองและคุ้มครองให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมให้เป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม แต่การแทรกแซงดังกล่าวก็จะต้องไม่ถึงขนาดเข้าไปตัดสินใจแสดงเจตนาแทนเอกชน กฎหมายกำหนดแต่เพียงว่าผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายจะต้องเจรจาทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้เกิดการใช้ประโยชน์อย่างสูงสุดในโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น หน่วยงานกำกับดูแลก็ตีองค์กรตุลาการก็ดี ไม่สามารถสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตเชื่อมต่อโครงข่ายได้ ทำได้แต่เพียงสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายเท่านั้น ดังนั้นเมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีเข้าถึงการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีให้เปิดใช้งานได้อย่างสมบูรณ์ จึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ได้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายฯ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**(5) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560 : ข้อจำกัดขององค์กรกำกับดูแลในการออกคำสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น**

**(ก) สาระสำคัญของคำพิพากษา**

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม เดิม)) ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)) ต้องเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วม (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์พื้นฐานในเขตนครหลวงกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมโดยมีสาระสำคัญให้ผู้ฟ้องคดีลงทุนจัดหาติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคมให้องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เพื่อขยายการให้บริการโทรศัพท์พื้นฐานจำนวน 2.6 ล้านเลขหมาย โดย ทศท. ตกลงให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิใช้ ครอบครอง และหาประโยชน์จากอุปกรณ์ในระบบ ที่ดิน อาคาร และทรัพย์สินอื่นตามเงื่อนไขในสัญญา และดูแลรักษาอุปกรณ์ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดตลอดระยะเวลาสัญญา 25 ปี และแบ่งรายได้จากการให้บริการแก่ผู้ฟ้องคดีต่อมา ประมาณปลายปี พ.ศ. 2549 ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีร่วมได้ยื่นข้อเสนอการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วมีมติเห็นชอบในหลักการของข้อเสนอดังกล่าว เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีร่วมสามารถเจรจาเกี่ยวกับสัญญาการใช้โครงข่ายโทรคมนาคม และสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต่อไปได้



ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีร่วมว่า ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถดำเนินการตามหนังสือดังกล่าวได้ เนื่องจากบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เดิม) ได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคม และการดำเนินการของผู้ฟ้องคดีไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ย่อมไม่ต้องปฏิบัติตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมจึงได้ยื่นคำร้องต่อสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม เพื่อขอให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการเจรจาและทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดีกับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ถูกฟ้องคดีร่วมภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกำหนด และให้กำหนดอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมชั่วคราวที่จะใช้บังคับระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีร่วมด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วมีความวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีร่วมนับแต่วันที่ได้รับทราบคำชี้ขาดจากผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดข้อพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นคู่สัญญาร่วมการงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์พื้นฐานในเขตนครหลวงกับบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) (องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) เดิม) ตามสัญญาที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ลงทุนจัดหา ติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคม และต้องโอนกรรมสิทธิ์ใบอนุญาตดังกล่าวให้บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) โดยบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ตกลงให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิใช้ ครอบครอง แสวงหาประโยชน์ ตลอดจนแบ่งปันรายได้ระหว่างคู่สัญญา และดูแลรักษาอุปกรณ์ตลอดอายุสัญญา 25 ปี อันหมายความว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิใช้ ครอบครอง แสวงหาประโยชน์ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมเช่นเดียวกับบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ในโครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐาน โดยอาจใช้เองตามใบอนุญาตที่ผู้ฟ้องคดีได้รับให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม หรืออาจให้ผู้รับอนุญาตรายอื่นเข้าใช้หรือเชื่อมโครงข่ายนั้นได้ ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งข้อสัญญาหลังการโอนกรรมสิทธิ์โครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐานแก่ ทศท. แล้ว การจัดหาผลประโยชน์ใด ๆ ของผู้ฟ้องคดี ย่อมต้องให้ ทศท. ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้ดำเนินการ ให้อำนาจหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่จะทำสัญญาให้บุคคลอื่นมาใช้หลังเชื่อมโครงข่ายได้โดยตรง แม้ผู้ฟ้องคดีชอบที่จะแสวงหาประโยชน์ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขในสัญญาตามข้อ 12 (2) ถึง (5) ที่ล้วนต้องผ่านความเห็นชอบของ ทศท. เสียก่อน จึงเห็นว่า แม้มাত্রา 80 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญากับ ทศท. มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับ ทศท. ผู้รับใบอนุญาตก็ตาม แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขในสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างผู้ฟ้องคดีกับ ทศท. ดังที่กำหนดไว้ในสัญญา อันหมายถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ฟ้องคดีเป็นเช่นเดียวกับ ทศท. ผู้รับใบอนุญาต เมื่อ ทศท. เป็นคู่สัญญากับผู้ขอใช้หรือขอเชื่อมต่อโครงข่ายตามนัยข้อ 12 (ก) (2) ของสัญญา ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับ ทศท. อนึ่ง การใช้อำนาจตามนัยมาตรา 80 วรรคสอง ต้องอยู่บนพื้นฐาน 2 หลัก คือ การแข่งขันโดยเสรีและอย่างเป็นธรรม

ดังนั้นความเป็นธรรมในคดีพิพาทคดีนี้หมายรวมถึงการที่ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญากับ ทศท. แต่มิใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในโครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐานย่อมไม่ถูกบังคับให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐานโดยฝ่าฝืนต่อสัญญาด้วย ทั้งนี้ เพราะหากผู้ฟ้องคดีกระทำผิดเงื่อนไขในสัญญา อาจถูกฟ้องร้องฐานประพฤติผิดสัญญาและอาจถูกเรียกค่าเสียหายจาก ทศท. และผู้ถูกฟ้องคดีก็อาจถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผลแห่งการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งมิใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (โครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐาน) เชื่อมต่อโครงข่ายได้ด้วยซึ่งไม่เป็นธรรมและอาจก่อความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีได้ จึงเห็นว่าคำชี้ขาดข้อพิพาทของผู้ฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีอนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมเชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์ได้โดยตรงเป็นไปโดยไม่ชอบและไม่เป็นธรรม

### (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560 แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้ผู้ฟ้องคดีจะมีสถานะเป็นผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งโดยหลักแล้วมีหน้าที่ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมก็ตาม แต่การใช้อำนาจของรัฐในกรณีนี้หมายถึงการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมที่จะสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ประกอบกิจการรายอื่นนั้น จะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นเพื่อสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรี และจะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่กรณีอีกด้วย ซึ่งก็คือไม่ทำให้ผู้รับใบอนุญาตได้รับความเดือดร้อนเสียหายมากเกินไป ในกรณีนี้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญากับ ทศท. และหากฝ่าฝืนข้อสัญญาดังกล่าวก็จะถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดสัญญาอันส่งผลทำให้ ทศท. บอกลีกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวได้ ดังนั้นการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(6) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559 : การนำหลักสุจริตยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในการวินิจฉัยให้แบ่งผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างผู้รับใบอนุญาตที่เข้าเชื่อมต่อโครงข่าย

### (ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยให้ผู้ร้อง (บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เดิม)<sup>109</sup> และผู้คัดค้าน (บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (บริษัท เทเลคอมเอเชีย คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เดิม)) ซึ่งเป็นคู่สัญญาที่ไม่ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนกันไว้ จึงพิจารณาแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนโดยคำนึงถึงความสุจริตยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่งจากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะส่วนที่นำมาผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้งตามสัญญาพิพาท นั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

<sup>109</sup> ปัจจุบัน บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ได้ทำการควบรวมกิจการเป็นบริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) ตั้งแต่วันที่ 7 มกราคม 2564



ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ร้องและผู้คัดค้านได้ทำสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุน ขยายบริการโทรศัพท์ ระหว่างดำเนินการตามสัญญา ผู้คัดค้านได้มีหนังสือถึงผู้ร้องแจ้งว่า ตามสัญญาข้อ 12 นั้น ผู้คัดค้านขอคิดค่าบริการสำหรับผู้ประกอบการให้บริการโทรศัพท์มือถือรายต่าง ๆ ที่มีการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์ เข้ากับโครงข่ายของผู้คัดค้าน สำหรับการโทรเรียกเข้าจากหรือผ่านโครงข่ายโทรศัพท์มือถือมายังโครงข่าย ผู้คัดค้าน โดยคิดค่าบริการในอัตราร้อยละ 25 ของค่าบริการที่เรียกเก็บโดยผู้ให้บริการ ทั้งนี้ ให้ถือว่า ค่าบริการนี้เป็นค่าบริการตามสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์ที่จะต้องแบ่งให้แก่ผู้คัดค้าน ในอัตราร้อยละ 84 และร้อยละ 79 อนึ่ง หากมีการโทรเรียกออกจากหรือผ่านโครงข่ายผู้คัดค้านไปยังโครงข่าย โทรศัพท์มือถือ ผู้คัดค้านยินดีที่จะชำระค่าบริการในอัตราเดียวกันกับอัตราที่ผู้คัดค้านคิดตามฐานการคำนวณ ดังกล่าว ต่อมา ผู้คัดค้านได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ร้องชำระค่าตอบแทนจากค่าบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งเป็นบริการพิเศษมาใช้ผ่านโครงข่ายตามสัญญาข้อ 12 (ก) (3) (4) โดยใช้สูตรที่ผู้คัดค้านคิดขึ้นเอง ซึ่งผู้ร้องได้มีหนังสือถึงผู้คัดค้านแจ้งว่าผู้ร้องไม่มีหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนใด ๆ ให้กับผู้คัดค้าน ผู้คัดค้าน จึงได้นำข้อเรียกร้องดังกล่าวเสนอเป็นข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการทำการคำชี้ขาด

คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากได้มีคำชี้ขาดว่า คู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลง เกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนกันไว้ จึงพิจารณาแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนโดยคำนึงถึงความสุจริต ยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่ง จากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะส่วนที่นำมาผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้ง ตามสัญญาพิพาท ดังนั้นจึงวินิจฉัยชี้ขาดให้ผู้ร้องชำระเงินจำนวน 9,175,817,440.07 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ย อัตราร้อยละ 7.5 ของเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้คัดค้านภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด ของคณะอนุญาโตตุลาการ ผู้ร้องเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาด ของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 57 และมาตรา 25 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า การเรียกเก็บค่าตอบแทน การใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่าย โทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องให้มีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอใช้ หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย โดยให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กทช. เป็นผู้มีอำนาจกำหนดโครงสร้าง อัตราค่าธรรมเนียมและค่าบริการโทรคมนาคม รวมทั้งอัตราค่าเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 การที่คณะอนุญาโตตุลาการ มีคำชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ได้พิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายหรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่ได้วินิจฉัยว่า เนื่องจากคู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนในกรณีดังกล่าว

จึงพิจารณาแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนโดยคำนึงถึงความสุจริตยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่งจากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะ ส่วนที่นำผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้งตามสัญญาพิพาท และนำหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณ ส่วนแบ่งรายได้ที่ผู้ร้องได้รับจากการใช้โทรศัพท์ทางไกลต่างประเทศตามหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณ ตามข้อ 3.3.2 ของเอกสารการจัดเก็บเงินและแบ่งรายได้ อันเป็นข้อตกลงแนบท้ายสัญญาพิพาทมาปรับใช้ กับการแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนตามข้อพิพาท และให้ผู้คัดค้านชำระเงินจำนวน 9,175,817,440.07 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ของเงินจำนวนดังกล่าว นับแต่วันที่ 22 สิงหาคม 2545 ให้แก่ผู้คัดค้าน จนกว่าผู้ร้องจะชำระเสร็จสิ้น จึงเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ปรากฏว่าได้พิจารณาถึงความสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ขอใช้หรือขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมทุกราย อันเป็นการไม่สอดคล้อง กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ที่ใช้บังคับในขณะที่มีคำชี้ขาด และไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำชี้ขาดดังกล่าวในส่วนที่กำหนดให้ผู้ร้องจัดส่งข้อมูลรายได้เกี่ยวกับค่าเชื่อมโยงโครงข่ายและจำนวน ผู้ใช้บริการโทรศัพท์ให้ผู้คัดค้านทุก ๆ เดือนเพื่อใช้ประกอบการคำนวณสัดส่วนค่าตอบแทนจนกว่าสัญญา จะสิ้นสุดในปี พ.ศ. 2560 นั้น เป็นการวินิจฉัยให้กำหนดค่าใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมล่วงหน้า โดยคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้มีประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 กำหนดว่าการเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องเป็นไปตามที่คู่กรณีเจรจาตกลง โดยต้องเรียกเก็บในอัตราสะท้อนต้นทุน และต้องกำหนดทุกปีโดยความเห็นชอบของ กทช. ดังนั้นการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว จึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งศาลมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้ เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเป็นคำชี้ขาดที่ศาลต้องเพิกถอนและปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว

## (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559 สะท้อนให้เห็นว่า นอกจากกฎหมายจะบังคับให้ผู้ได้รับใบอนุญาตต้องเปิดโครงข่ายให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นสามารถเข้ามา เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมแล้ว มาตรา 57 และมาตรา 25 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ยังรับรองต่อไปด้วยว่า “การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้ หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและต้องมีความเท่าเทียมกันในระหว่างผู้ขอใช้หรือผู้ขอเชื่อมต่อโครงข่าย โทรคมนาคมทุกราย” ภายใต้อุปกรณ์โครงสร้าง อัตราค่าธรรมเนียมและบริการโทรคมนาคม รวมทั้งอัตราค่าเชื่อมต่อ โครงข่ายโทรคมนาคมที่ กทช. กำหนดตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่



และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ดังนั้นถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับผลประโยชน์ตอบแทนกันไว้ คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถชี้ขาดให้คู่กรณีแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนโดยคำนึงถึงความสุจริตยุติธรรมและปกติประเพณีตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้แบ่งฝ่ายละกึ่งหนึ่งจากผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ร้องได้รับเฉพาะส่วนที่นำมาผ่านโครงข่ายที่ผู้คัดค้านลงทุนจัดหาติดตั้งตามสัญญาพิพาทได้แต่อย่างใด กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจมหาชนเข้ามายกเว้นหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั่วไปที่หากไม่ปรากฏเจตนาของคู่กรณีแล้วก็จะนำปกติประเพณีทางการค้ามาใช้ปรับกับกรณี เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่กรณีในการกำหนดผลประโยชน์ตอบแทนจึงถูกจำกัดอยู่ภายใต้กรอบที่ กทช. กำหนด นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าโดยหลักแล้วศาลปกครองจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบในเชิงเนื้อหาของคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่การยอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>110</sup> ซึ่งศาลปกครองในคดีนี้ได้เห็นแล้วว่า การนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับข้อพิพาทในทางมหาชนนั้น เป็นเรื่องที่บกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขนาดว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ศาลปกครองจะต้องพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าว

**(7) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563 : การอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ผู้ประกอบการยังไม่สามารถยุติข้อพิพาทและเจรจาตกลงค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่าย**

**(ก) สารสำคัญของคำพิพากษา**

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ) ที่กำหนดมาตรการชั่วคราวในระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาทให้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)) เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่ง และต้องเจรจาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากไม่สามารถเจรจาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าเข้าสู่ระบบการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ทันทีโดยข้อเสนอการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของแต่ละคู่กรณีเป็นเงื่อนไขการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้เป็นไปตามอัตราที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดไว้ นั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 จึงมีหน้าที่ต้องเปิดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะ

<sup>110</sup> สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ 2 ฉบับที่ 1, 2554, น. 105 (108-109).

ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นสามารถขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ฟ้องคดีได้ เมื่อผู้ฟ้องคดีปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ภายใน 7 วัน อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งขาดข้อพิพาทดังกล่าว กรณีจึงถือได้ว่า ข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงอยู่ระหว่างการบังคับตามคำสั่งขาดอันเป็นขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาท และทราบได้ที่คู่กรณียังไม่สามารถเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างกันได้ ก็ต้องถือว่าข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ยังคงอยู่ระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาท จึงขอที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะใช้อำนาจตามข้อ 44 ประกอบข้อ 124 ของประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549<sup>111</sup> กำหนดมาตรการชั่วคราวในระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า ข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ไม่อาจยุติลงได้โดยเร็ว และส่งผลให้การทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ต้องล่าช้าออกไป ซึ่งการที่คู่กรณีไม่เข้าทำสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมหรือทำสัญญาดังกล่าวล่าช้าย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อการบริการกิจการโทรคมนาคมอันเป็นบริการสาธารณะแล้ว กรณีจึงย่อมถือว่ามีเหตุจำเป็นและสมควรที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะใช้อำนาจตามข้อ 44 ประกอบข้อ 124 ของประกาศดังกล่าว ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดมาตรการชั่วคราวในระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาทให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่ง และต้องเจรจาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากไม่สามารถเจรจาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าเข้าสู่ระบบการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ทั้งนี้โดยข้อเสนอการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของแต่ละคู่กรณีเป็นเงื่อนไขการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้เป็นไปตามอัตราที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดไว้ จึงขอด้วยกฎหมาย

---

<sup>111</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549

**ข้อ 44** “ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าจำเป็นและสมควร ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือระหว่างกระบวนการระงับข้อพิพาท คณะกรรมการอาจสั่งให้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไปพลางก่อนตามเงื่อนไขของสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่มีอยู่เดิม หรือตามเงื่อนไขสัญญาใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมอื่นประเภทเดียวกัน หรือตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด”

**ข้อ 124** “ในระหว่างที่ข้อเสนอการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม หรือการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมยังไม่แล้วเสร็จ หรือไม่สามารถตกลงกันได้ระหว่างผู้รับใบอนุญาตที่ให้ใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คณะกรรมการอาจประกาศกำหนดอัตราค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นการชั่วคราวได้”

### (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563 แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ดังนั้นนอกจากจะรับรองให้การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องมีการเจรจาและทำสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคม เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า เกิดประโยชน์ในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจ และการเข้าถึงบริการสาธารณะของประชาชนแล้ว กฎหมายยังได้คุ้มครองต่อไปอีกว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการยังไม่สามารถยุติข้อพิพาทและเจรจาตกลงค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายกันได้ เพื่อไม่ให้เกิดความหยุดชะงักในการจัดทำบริการสาธารณะ กฎหมายจึงให้อำนาจแก่ กสทช. ในการกำหนดมาตรการชั่วคราว สั่งให้ผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตต้องเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญาเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกันภายในเวลาที่กำหนด และต้องเจรจาให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดเช่นเดียวกัน และย้ำต่อไปอีกว่า หากคู่กรณีไม่สามารถเจรจาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าเข้าสู่ระบบการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ทั้งนี้ ซึ่งเป็นกรอบที่กำหนดเงื่อนไขการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม และอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมตามอัตราที่เป็นกลางและเป็นธรรมไปพลางก่อนจนกว่าคู่กรณีจะมีการเจรจาตกลงกันได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายต่อการบริการกิจการโทรคมนาคมอันเป็นบริการสาธารณะนั่นเอง

(8) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565 : สถานะทางกฎหมายของ กสทช. และผลผูกพันของการใช้อำนาจตามกฎหมายของ กสทช.

### (ก) สารสำคัญของคำพิพากษา

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยว่า ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น มีสิทธินำคำวินิจฉัยของ กสทช. มายื่นคำร้องขอแก้ไขข้อสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมได้ และข้อ 65 ที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของ กสทช. ให้ถือเป็นที่สุด และให้ถือเอาคำวินิจฉัยดังกล่าวแทนสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งคู่กรณีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด<sup>112</sup> นั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

<sup>112</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 64 “ให้ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่นมีสิทธินำคำวินิจฉัยที่ประกาศตามข้อ 63 วรคสาม มายื่นคำร้องขอแก้ไขข้อสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าวว่ามี ความเกี่ยวข้องและคำวินิจฉัยมีผลกระทบกับข้อสัญญานั้นหรือไม่ หากไม่เกี่ยวข้องและไม่ มีผลกระทบดังกล่าว คณะกรรมการอาจไม่รับคำร้องขอไว้พิจารณาได้”

ข้อ 65 “คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้ถือเป็นที่สุด และให้ถือเอาคำวินิจฉัยดังกล่าวแทนสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมซึ่งคู่กรณีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด”

คดีนี้ผู้ฟ้องคดี (บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เดิม)) ได้แย้งว่า ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 และข้อ 65 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1) ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ) (กสทช.) ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะตามข้อ 64 ได้ เนื่องจากการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ชอบด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อหรือให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>113</sup> และตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาการเชื่อมต่อหรือการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมไว้แล้วตามข้อ 30 ประกอบข้อ 27<sup>114</sup> จึงไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ตามข้อ 64 อันมีเนื้อหาที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อหรือให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมในการตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลง

2) ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะตามข้อ 65 ได้ เนื่องจากการตัดสิทธิของคู่สัญญาในการเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาให้เป็นอย่างอื่น นอกเหนือจากคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้ อันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาต

---

<sup>113</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 28 “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ฯลฯ

ฯลฯ”

<sup>114</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556

ข้อ 30 “การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมต้องจัดส่งสำเนาสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงพร้อมแจ้งรายละเอียดและเหตุผลในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณา รวมถึงรายละเอียดของเงื่อนไขในสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลง ทั้งนี้ ในการพิจารณาสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้ว ให้นำข้อ 27 ข้อ 28 และข้อ 29 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ข้อ 27 “สัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมจะต้องมีข้อกำหนดในลักษณะ ดังนี้

(1) ไม่ทำให้ผู้ใช้บริการเสียประโยชน์

(2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ แบ่งแยก หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น

ฯลฯ

ฯลฯ”



ที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ให้เชื่อมต่อหรือให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 26 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้ใช้โครงข่ายโทรคมนาคม หรือมีข้อที่ตกลงกันไม่ได้ในการเจรจาทำสัญญาการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม คู่กรณีมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด มาตรา 30 บัญญัติว่า ในกรณีที่สภาพทางเศรษฐกิจหรือสังคมเปลี่ยนแปลงไป หรือมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดที่ทำให้อัตราค่าตอบแทนการใช้หรือการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่กำหนดในสัญญานั้นไม่เหมาะสม ทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างผู้รับใบอนุญาตเป็นเหตุให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องรับภาระเกินสมควร ผู้รับใบอนุญาตซึ่งเป็นผู้สัญญาจะขอปรับปรุงอัตราค่าตอบแทนดังกล่าวต่อคณะกรรมการก็ได้ ในการอนุญาตให้คณะกรรมการคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อผู้ใช้บริการประกอบด้วย ดังนั้นศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติให้คู่สัญญาแต่ฝ่ายเดียวสามารถขอแก้ไขสัญญาเพื่อไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างผู้รับใบอนุญาตได้อยู่แล้ว ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ การที่ข้อ 64 ของประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมรายอื่น มีสิทธินำคำวินิจฉัยที่ประกาศตามข้อ 63 วรรคสาม มายื่นคำร้องขอแก้ไขสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม จึงเป็นส่วนเสริมของการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อที่คู่สัญญาจะได้ไม่ต้องดำเนินการตั้งแต่ขั้นเริ่มแรกของการแก้ไขสัญญา อีกทั้งคำวินิจฉัยดังกล่าวผ่านกระบวนการยุติข้อพิพาทของคู่กรณีโดยได้พิจารณาข้ออ้างข้อเถียงของคู่กรณีเพื่อหาข้อยุติที่เป็นธรรมแล้ว การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นเพียงการกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญารายอื่นที่มีสัญญาที่เกี่ยวข้องและคำวินิจฉัยมีผลกระทบ สามารถยกข้ออ้างเพื่อขอแก้ไขสัญญาให้เท่าเทียมและเป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายอื่นเท่านั้น ไม่ใช่การเอาสัญญาของคู่สัญญารายอื่นมาใช้บังคับกับอีกคู่สัญญาตั้งที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดียังต้องพิจารณาว่ามีความเกี่ยวข้องและคำวินิจฉัยมีผลกระทบกับข้อสัญญานั้นหรือไม่ก่อน ไม่ใช่ต้องอนุญาตให้แก้ไขสัญญาทุกกรณี ดังนั้นประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 จึงไม่ขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ขัดต่อหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือขัดกับหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 43 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น

ส่วนกรณีประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 65 นั้น ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อ 65 ของประกาศดังกล่าว มีข้อความสอดคล้องกับมาตรา 26

แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด ซึ่งคำว่า “เป็นที่สุด” นี้มีความหมายว่าเป็นที่สุดในกระบวนการระงับข้อพิพาทเท่านั้น การที่คู่กรณีต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดย่อมเป็นผลต่อเนื่องที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อให้เกิดผลบังคับตามกฎหมาย ซึ่งหากคู่กรณีไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องขอเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ดังนั้นประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 65 จึงไม่เป็นการสร้างภาระก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี หรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมที่ได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างใด อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น

### (ข) วิเคราะห์คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565 แสดงให้เห็นว่า องค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย ซึ่งก็คือ กสทช. มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ การใช้อำนาจของ กสทช. ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทย่อมมีสถานะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐอันก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ศาลปกครองสูงสุดยืนยันว่า ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 65 ที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของ กสทช. เป็นที่สุด นั้น คำว่า “เป็นที่สุด” มีความหมายว่าเป็นที่สุดในกระบวนการระงับข้อพิพาทเท่านั้น ส่งผลให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวอย่างเคร่งครัด แต่ในกรณีที่คู่กรณีไม่เห็นฟ้องด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว ก็มีสิทธิที่จะฟ้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาตรวจสอบคำวินิจฉัยดังกล่าวอีกครั้งหนึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ ตามหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยของ กสทช. จะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณี (ต่างจากการใช้อำนาจของ กสทช. ในการออกประกาศต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นกฎซึ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไป) แต่เพื่อให้เกิดประโยชน์ในทางมหาชน แทนที่จะปล่อยให้กระบวนการพิจารณาของ กสทช. จบเป็นกรณีไป คำวินิจฉัยที่ผ่านกระบวนการยุติข้อพิพาทของคู่กรณีโดยได้พิจารณาข้ออ้างข้อเถียงของคู่กรณีเพื่อหาข้อยุติที่เป็นธรรมแล้ว จึงน่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบกิจการรายอื่นที่อาจจะมีข้อพิพาทในทำนองเดียวกัน ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม พ.ศ. 2556 ข้อ 64 จึงกำหนดให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่กรณีสามารถร้องขอต่อ กสทช. เพื่อขอแก้ไขข้อสัญญาให้เป็นไปอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมได้ ข้อ 64 ไม่ได้มีผลเป็นการแทรกแซงการแก้ไขข้อสัญญาของผู้ประกอบกิจการรายอื่นทันทีแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านี้ แม้จะมีคำร้องขอให้ กสทช. พิจารณาแก้ไขข้อสัญญาตามข้อ 64 กฎหมายก็ไม่ได้บังคับผูกพันว่า กสทช. จะต้องเห็นฟ้องด้วยกับคำร้องแต่อย่างใด



กรณีจึงไม่เป็นการสร้างภาระก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของผู้รับใบอนุญาตเกินสมควร ไม่ขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 43 วรรคหนึ่ง ที่ใช้บังคับในเวลานั้น เนื่องจากอำนาจที่ กสทช. ใช้ เป็นอำนาจมหาชน ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักกรรมสิทธิ์และหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการ เพื่อส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในตลาดตามหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั่นเอง

### บทสรุป

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 ที่กำหนดให้ ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมมีหน้าที่ให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตน กับของผู้รับใบอนุญาตรายอื่นนั้น เป็นการรับรองหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งได้เข้ามารอนสิทธิของผู้ประกอบกิจการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองในฐานะผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในโครงข่ายดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบกิจการเจ้าของโครงข่ายไม่สามารถที่จะปฏิเสธการเข้าถึงโครงข่ายโดยผู้ประกอบการรายอื่นได้ เป็นการยกเว้นหลักกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ที่โดยหลักแล้วผู้ทรงกรรมสิทธิ์สามารถขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตน และเป็นการยกเว้นหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจเสรีภาพในการประกอบการ เสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรม และเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่โดยหลักแล้วเอกชนมีเสรีภาพที่จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามใจสมัคร จะทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญากับบุคคลอื่นหรือไม่ และอย่างไรก็ได้ และถึงแม้กฎหมายจะเปิดช่องให้ผู้ประกอบการเจ้าของโครงข่ายเลือกที่จะใช้วิธีการทำสัญญาให้เข้าโครงข่ายกับผู้ประกอบการรายอื่น หลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นก็ได้บังคับให้การเรียกเก็บค่าเช่าจะต้องไม่สูงจนเกินไป และจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร กล่าวคือ ห้ามไม่ให้เรียกเก็บค่าเช่าจากผู้ประกอบการรายหนึ่งสูงกว่ารายอื่นโดยไม่มีเหตุผลรองรับในทางธุรกิจ มิฉะนั้นแล้ว ย่อมเท่ากับเป็นการกีดกันการเข้าถึงโครงข่าย เป็นการใช้อำนาจที่ตนเองมีในตลาดอย่างไม่เป็นธรรม เป็นการนำเหตุผลในทางมหาชนทางเศรษฐกิจเข้ามาแทรกแซงแดนอิสระของเอกชน (Private autonomy/Private sphere) เพื่อการรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค ทำให้เกิดการพัฒนาในการให้บริการที่มีความหลากหลายมากขึ้นแก่ผู้บริโภค หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ไม่ว่าจะเป็นการทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่ามากที่สุดและไม่ให้มีการใช้ทรัพยากรที่มีลักษณะเป็นการกีดกัน ส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาในตลาดทำให้ลดความซ้ำซ้อนในการลงทุนของผู้ประกอบการรายใหม่โดยไม่จำเป็นและส่งผลให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมมากขึ้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม รัฐก็ไม่ได้ใช้อำนาจมหาชนแทรกแซงแดนอิสระของเอกชนมากจนเกินไป พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ไม่ได้ให้อำนาจแก่ กสทช. ที่จะสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเองต้องทำการเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น กฎหมายกำหนดแต่เพียงให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมของตนเองต้องไปทำการ “เจรจา” ทำสัญญากับผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ดังนั้นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับใบอนุญาตด้วยกันจึงตั้งอยู่บนฐานของการแสดงเจตนา ไม่ใช่เกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด เพราะโลกเสรีนิยมใหม่ได้ปฏิเสธการใช้อำนาจมหาชนในลักษณะดังกล่าวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เอกชนสามารถประกอบกิจการเองได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 60 ก็ยังคงยืนยันหลักการที่ว่า รัฐต้องไม่เข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน รัฐทำได้เพียงการกำกับดูแลเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 25 วรรคห้า จึงได้เข้ามาวางหลักให้การเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมต่อผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายโทรคมนาคมกับผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานการคำนวณอัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564 และเรื่อง อัตราค่าตอบแทนการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เป็นอัตราอ้างอิง ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2564 แต่ก็เป็นเพียงการกำหนดกรอบกว้าง ๆ ส่วนในรายละเอียดทางธุรกิจจะเป็นอย่างไร ก็เป็นเสรีภาพของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และในกรณีที่ยังไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันได้ กฎหมายก็ได้กำหนดอัตราอ้างอิงให้ใช้เป็นฐานไปพลางก่อนเพื่อไม่ให้เกิดการหยุดชะงักในทางธุรกิจ เพราะถ้าการเจรจาของผู้รับใบอนุญาตล่าช้าออกไป นอกจากจะก่อให้เกิดความเสียหายในทางเศรษฐกิจแล้ว ยังก่อให้เกิดความเสียหายกับประชาชนในฐานะผู้บริโภคอีกด้วย

นอกจากการศึกษาหลักกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในกิจการโทรคมนาคมแล้ว การศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดยังช่วยให้เกิดความเข้าใจในวิธีคิดของหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจได้เป็นอย่างดี ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ ระดับพระราชบัญญัติ และในกฎหมายลำดับรองมาใช้ปรับแก้คดีอย่างเป็นระบบ และเป็นเหตุเป็นผล มีการชั่งน้ำหนักเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการที่มีโครงข่ายต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการรายอื่นเข้ามาใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตนเพื่อ *ประโยชน์แก่ส่วนรวม* โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประโยชน์จากการจัดสรรทรัพยากรและการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ก็คำนึงถึงความเป็นธรรมที่ผู้ประกอบกิจการรายนั้นไม่ควรต้องสูญเสีย *แดนอิสระทางแพ่ง* มากจนเกินสมควร และได้รับรองบทบาทขององค์กรกำกับดูแลว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการกำกับกิจกรรมดังกล่าวให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สาธารณะ นอกจากนี้ ยังเข้าไปยืนยันถึงความเป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเฉพาะด้านที่องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้ปรับแก้กรณี ไม่สามารถนำหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปมาใช้ได้ เหมือนสัญญาทางแพ่งระหว่างผู้ประกอบกิจการเอกชนทั่วไป



กฎหมายเกี่ยวกับการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันในโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของการนำหลักว่าด้วยสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมาใช้ในประเทศไทย และการนำหลักดังกล่าวมาใช้ก็เป็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนของหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ การศึกษากฎหมายดังกล่าวช่วยให้เห็นภาพบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมถึงหลักกฎหมายหรือคุณค่าในทางเศรษฐกิจการเมืองที่รัฐยึดถือ ถึงแม้ว่ารัฐจะเชื่อมั่นในกลไกตลาดแต่ก็ยังคงต้องเฝ้าระวังไม่ให้เกิดการบิดเบือนกลไกตลาด รัฐจึงไม่สามารถที่จะปล่อยให้ผู้ประกอบการดำเนินธุรกิจสำคัญที่เกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ และเกี่ยวข้องกับประชาชนผู้บริโภคทั่วประเทศ ทั้งนี้ การกำกับดูแลที่ดีจะเกิดขึ้นได้ก็จำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจในภารกิจของรัฐ ธรรมชาติของการดำเนินธุรกิจอย่างเป็นธรรม และความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่มีความเป็นพลวัต เป็นความท้าทายสำคัญที่รัฐต้องใช้อำนาจทางมหาชนในการจำกัดเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของเอกชนเพื่อส่งเสริมเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างแท้จริง

---



## บรรณานุกรม

### เอกสารภาษาไทย

กนกนัย ถาวรพานิช, การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า : ความหวังใหม่ของสังคมไทย ?, 2560, [Online], retrieved from <https://www.the101.world/on-new-competition-law/> เมื่อ 25 พฤษภาคม 2566.

กฤษณ์ วสินนท์, “หลักการแข่งขันเสรี : โนมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” ใน แทนดอกไม้ไหว้ครู รวมบทความวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม.

จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.  
ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ความรู้เบื้องต้นกฎหมายกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2562, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, 2555, ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2537.

\_\_\_\_\_ . “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4, 2537.

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ 2 ฉบับที่ 1, 2554.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 2562, กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม และการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ.

อรัชมน พิเชฐวรกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

อานันท์ กระบวนศรี, “หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : บทบาทของภาครัฐในทางเศรษฐกิจภายใต้อิทธิพลของสหภาพยุโรป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, 2567.

เอกสิทธิ์ วินิจกุล, การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและการใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกัน : ความเบื้องต้นและประสบการณ์จากคำพิพากษาศาลปกครอง, เผยแพร่ในอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง เดือนตุลาคม 2562.

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, 2566, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.



คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1371-1372/2558

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 864/2559

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1259-1260/2559

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1326/2560

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2563

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401/2563

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 276/2565

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 39/2566

### เอกสารภาษาต่างประเทศ

Aurélien Baudu, *Finances Publiques*, 3<sup>e</sup> éd. : 2021, Paris : Dalloz.

Aurore Laget - Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux Télécommunications et électricité*, 2002, Paris : Bruylant.

Benoit Delaunay, *Droit public de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd. : 2018, Paris : LGDJ.

Christopher M. Seelen, “The Essential Facilities Doctrine : What Does It Mean To Be Essential?,” *Marquette Law Review* Vol. 80 : 1117, 1997.

Didier Linotte et al., *Droit public économique*, 2001, Paris : Dalloz.

Éric Oliva, *Finances Publiques*, 3<sup>e</sup> éd. : 2015, Paris : Sirey.

Étienne Petit, *Les indispensables du droit public économique*, 2019, Paris : Ellipses.

François Brenet, “La candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique, la liberté du commerce et de l’industrie et le principe d’égalité concurrence,” *La lettre juridique* n°364 du 24 septembre 2009 : *Marchés publics*.

Frédéric Brigaud et al., *Finances Publiques*, 3<sup>e</sup> éd. : 2017, Paris : Armand Colin.

Frédéric Colin, *Droit public économiques*, 6<sup>e</sup> éd. : 2017, Paris : Gualino.

Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2<sup>e</sup> éd. : 2019, Paris : Dalloz.

Isabelle Crocq, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, 2004, Paris : Economica.

Jean - Luc Albert, *Finances Publiques*, 11<sup>e</sup> éd. : 2019, Paris : Dalloz.

Jean - Paul Valette, *Droit public économique*, 3<sup>e</sup> éd. : 2015, Paris : Hachette Supérieur.

Jean - Philippe Colson et al., *Droit Public Économique*, 6<sup>e</sup> éd. : 2012, Paris : LGDJ.

Jean - Yves Chérot, *Droit public économique*, 2<sup>e</sup> éd. : 2007, Paris : Economica.



Luca Volpi, Liberté de commerce et libre concurrence : le contrôle du juge administratif des interventions des personnes 0publiques, 2021, [Online], retrieved from <https://www.village-justice.com/articles/controle-juge-administratif,21105.html> เมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2566.

Matthieu Thaury, Leçons de Droit public des activités économiques, 2011, Paris : ellipses.

Pierre Bauby, Service public, 2<sup>e</sup> éd. : 2016, Paris : La Documentation française.

Pierre Delvolvé, Droit public de l'économie, 2<sup>e</sup> éd. : 2021, Paris : Dalloz.

Pierre Esplugas - Labatut, le Service public, 5<sup>e</sup> éd. : 2023, Paris : Dalloz.

Sophie Nicinski, Droit public des affaires, 4<sup>e</sup> éd. : 2014, Paris : LGDJ.

---