

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ
ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาอนุญาต
ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัททีโอที จำกัด (มหาชน)
กับบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน))

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ทก
๐๒๐๐.๑/๒๔๑ ลงวันที่ ๑๗ มกราคม ๒๕๕๐ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้
ว่า บริษัททีโอที จำกัด (มหาชน) (บมจ. ทีโอที) ซึ่งในขณะที่มีสถานะเป็นองค์การโทรศัพท์แห่ง
ประเทศไทย (ทศท.) ได้ทำสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Cellular Mobile
Telephone) (สัญญาอนุญาตฯ) กับบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (บริษัท AIS) (ซึ่ง
ปัจจุบันคือบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)) (บมจ. AIS) เมื่อวันที่ ๒๗
มีนาคม ๒๕๓๓ เพื่อบริษัท AIS ดำเนินกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ
NMT 900 และระบบ GSM ทั่วประเทศ มีกำหนดเวลา ๒๐ ปี นับแต่วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๓๓ ถึง
วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๓ และต่อมาได้มีการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตดังกล่าว รวม ๗
ครั้ง ดังนี้

๑. ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๑ ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๓๔ มี
สาระสำคัญคือ แก้ไขระยะเวลาการเช่าอาคารและสถานที่เพื่อติดตั้งอุปกรณ์ จากเดิมที่กำหนดเป็น
ระยะเวลา ๒๒ ปี ติดต่อกัน แก้ไขเป็น สัญญาเช่าระยะเวลา ๓ ปี โดยมีช่วงระยะเวลาการเช่า
ติดต่อกันจนครบ ๒๒ ปี

๒. ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๒ ลงวันที่ ๑๖ เมษายน ๒๕๓๖ มี
สาระสำคัญคือ เปลี่ยนชื่อบริษัทจาก “บริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด” เป็น “บริษัทแอด
วานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)”

๓. ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๓ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๓๗
มีสาระสำคัญคือ กำหนดหลักเกณฑ์การจัดเก็บและการแบ่งรายได้ จากการให้บริการโทรศัพท์
ระหว่างประเทศกับประเทศที่ไม่มีพรมแดนติดต่อกับประเทศไทย และการให้บริการโทรศัพท์
ระหว่างประเทศกับประเทศที่มีพรมแดนติดต่อกับประเทศไทย

๔. ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๔ ลงวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๓๙ มี
สาระสำคัญดังนี้

๑) ขยายอายุสัญญาจาก ๒๐ ปี เป็น ๒๕ ปี

๒) ให้บริษัทมีสิทธิลงทุนสร้างโครงข่ายระบบสื่อสารสัญญาณเชื่อมโยง (Transmission Networks) ในสื่อตัวนำทุกชนิด เพื่อเชื่อมโยงโครงข่ายของ บมจ. AIS เข้ากับโครงข่ายของ ทศท. และโครงข่ายอื่นที่จำเป็น โดย ทศท. มีสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากระบบสื่อสารสัญญาณเชื่อมโยงและทรัพย์สินอื่นใดดังกล่าวในส่วนที่เหลือจากการใช้งานของ บมจ. AIS โดยอนุญาตให้ บมจ. AIS เป็นผู้ร่วมบริหารผลประโยชน์จากระบบสื่อสารสัญญาณเชื่อมโยงและทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ ทศท.

๓) ทศท. มีสิทธิที่จะอนุญาตหรือทำสัญญาเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แก่ผู้อื่นได้อีก หากพิจารณาเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อ ทศท.

๔) กำหนดอัตราส่วนแบ่งรายได้ปีที่ ๒๑ ถึงปีที่ ๒๕ เพิ่มเติม และอนุญาตให้ บมจ. AIS จ่ายผลประโยชน์ตอบแทน โดยคิดจากรายได้จากการให้บริการที่ บมจ. AIS จัดรายการส่งเสริมการขาย

๕. ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๕ ลงวันที่ ๒๕ ธันวาคม ๒๕๔๓ มีสาระสำคัญคือ กำหนดส่วนแบ่งผลประโยชน์จากการแสวงหาประโยชน์จากระบบสื่อสารสัญญาณ โดย ทศท. ได้รับในอัตราร้อยละ ๒๒ และร้อยละ ๒๕ ของค่าบริการก่อนคิดภาษีมูลค่าเพิ่มที่เรียกเก็บตามใบแจ้งหนี้

๖. ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๖ ลงวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๔๔ มีสาระสำคัญคือ กำหนดส่วนแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนจากการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบใช้บัตรจ่ายเงินล่วงหน้า (Prepaid Card) โดยให้ บมจ. AIS จ่ายในอัตราร้อยละ ๒๐ ของมูลค่าบัตรที่จำหน่ายได้ (รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม)

๗. ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๗ ลงวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๔๕ มีสาระสำคัญ คือ กำหนดผลประโยชน์ตอบแทนจากค่าใช้จ่ายเครือข่ายร่วม (Roaming) โดย ทศท. จะได้รับในอัตราร้อยละตามที่กำหนดในสัญญาอนุญาตฯ ข้อ ๓๐ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๔ ข้อ ๗ ซึ่ง บมจ. AIS จะจ่ายให้ ทศท. โดยคำนวณจากรายได้ค่าบริการและเงินอื่นใดที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ หักด้วยค่าใช้จ่ายเครือข่ายร่วมที่บริษัทต้องจ่ายให้กับผู้ประกอบการรายอื่น

เนื่องจากการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ครั้งที่ ๒ ถึงครั้งที่ ๗ ได้ดำเนินการภายหลังการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงขอหารือปัญหาข้อกฎหมายมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตามที่ บมจ. ทีโอที เสนอ ในประเด็นดังนี้

๑. การแก้ไขหรือเพิ่มเติมสัญญาตามข้อตกลงดังกล่าวข้างต้นของ ทศท. เป็นการดำเนินการที่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่

๒. หากการดำเนินการแก้ไขหรือเพิ่มเติมสัญญาตามข้อตกลงดังกล่าวไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

๒.๑ บมจ. ทีโอที จะมีแนวทางการปฏิบัติต่อไปอย่างไร

๒.๒ บมจ. ทีโอที จะต้องเริ่มดำเนินการตามขั้นตอนใดของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

๒.๓ บมจ. ทีโอที จะต้องดำเนินการอย่างไรกับการดำเนินการตามที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาไปแล้ว และในระหว่างการดำเนินการเพื่อให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (สำนักงานรัฐมนตรีและสำนักงานปลัดกระทรวง) และผู้แทน บมจ. ทีโอที เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อหารือเพิ่มเติมว่า ทศท. ได้แปลงสภาพเป็นบริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) โดยเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ เมื่อวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๔๕ และโดยผลของพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๕ ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๗ เป็นอันยกเลิกตั้งแต่วันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๔๕ เป็นต้นไป และต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) โดยมีกระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด สำหรับสัญญาที่ทำขึ้นลงวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๓ นั้น คู่สัญญาได้มีการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ทั้งหมดรวม ๗ ครั้ง ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๒ ถึงครั้งที่ ๗ ได้กระทำขึ้นภายหลังที่มีการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แล้ว โดยการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ในครั้งที่ ๒ ถึงครั้งที่ ๖ ได้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และในครั้งที่ ๗ ได้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการ บมจ. ทศท คอร์ปอเรชั่น ให้ความเห็นชอบก่อน และหลังจากที่มีการลงนามแล้ว จึงเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒^๑ เพื่อทราบ เนื่องจากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ลงวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๓ ซึ่งปรากฏตามเอกสารที่เกี่ยวข้องว่า

^๑ มาตรา ๒๒ เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคนและผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคนเป็นกรรมการ

การประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามวรรคหนึ่ง และองค์ประชุมให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด

ก่อนปี พ.ศ. ๒๕๕๐ ทศท. ได้แต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ รวม ๓ ครั้ง^๒ เพื่อติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาอนุญาตฯ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า กรณีที่ขอหารือในเรื่องนี้มีประเด็นปัญหากฎหมายที่ต้องวินิจฉัยให้ความเห็น รวมสองประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของ ทศท. ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ ได้ดำเนินการถูกต้องตามพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่

ประเด็นที่สอง หากการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ดังกล่าวดำเนินการไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ บมจ. ทีโอที จะมีแนวทางการปฏิบัติต่อไปอย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาประเด็นปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแล้ว มีความเห็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของสัญญาอนุญาตฯ ลงวันที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๓ แล้ว ทศท. มีหน้าที่จัดหาความถี่ย่าน 905-915 MHz และ 950-960 MHz^๓ ให้บริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด เพื่อที่บริษัทจะได้ดำเนินการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ NMT 900 และระบบ GSM ทั่วประเทศ มีกำหนด ๒๐ ปี^๔ ให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึงทั้งในกรุงเทพมหานครและส่วนภูมิภาค โดยการดำเนินกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะต้องประกอบด้วยการจัดหาสถานที่ เครื่องมือและอุปกรณ์ และระบบซ่อมบำรุงหรืออะไหล่ โดยบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด เป็นผู้ให้บริการและลงทุนเครื่องมือและอุปกรณ์ในการดำเนินการระบบ Mobile Telephone Exchange (MTX) ระบบ

^๒ คำสั่งคณะกรรมการองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ที่ ๒๔/๒๕๔๑ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานกำกับดูแลการดำเนินงานตามสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (CELLULAR MOBILE TELEPHONE) ลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๔๑

คำสั่งคณะกรรมการองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ที่ ๑๑/๒๕๔๔ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานกำกับดูแลการดำเนินงานตามสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (CELLULAR MOBILE TELEPHONE) ลงวันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๔๔ และ

คำสั่งคณะกรรมการบริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ที่ ๒๑/๒๕๔๖ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานกำกับดูแลการดำเนินงานตามสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (CELLULAR MOBILE TELEPHONE) ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๔๖

^๓ ข้อ ๒๙.๙ ทศท. จะต้องจัดหาความถี่ย่าน 905-915 MHz และ 950-960 MHz สำหรับระบบ NMT 900 ให้กับบริษัท ๔๐๐ ช่วงสัญญา ส่วนความถี่ที่จะใช้กับระบบ GSM ทศท. จะดำเนินการขอและจัดสรรให้ต่อไปเมื่อได้รับแจ้งจากบริษัท

^๔ ข้อ ๑ ทศท. ตกลงให้อนุญาตและบริษัทตกลงรับอนุญาตดำเนินกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Cellular Mobile Telephone) ระบบ NMT 900 และ GSM ทั่วประเทศแบบคู่ขนานกันไป ซึ่งต่อไปในสัญญานี้ จะเรียกว่า Cellular 900 มีกำหนด ๒๐ ปี โดยเริ่มนับตั้งแต่วันแรกที่เปิดกิจการตามที่ระบุไว้ในหนังสือตอบยืนยันของ ทศท. ในการอนุญาตให้เปิดกิจการ

Base Stations และระบบ Microwave Links^๔ และมีข้อตกลงในการให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ ทศท. จึงเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ ทศท. ได้มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดตามบทนิยาม “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามมาตรา ๕^๖ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เมื่อการดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการที่ ทศท. มีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา ๖^๗ แห่งพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๗ และต้องใช้คลื่นความถี่อันเป็นทรัพยากรธรรมชาติและเป็นทรัพย์สินของ ทศท. ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้จากกรมไปรษณีย์โทรเลขตามพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๘ ด้วย ดังนั้น การอนุญาตให้เอกชนดำเนินการจึงเป็นโครงการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ และเมื่อปรากฏว่าการลงทุนในโครงการมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป^๘ จึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

แต่โดยที่การอนุญาตให้ดำเนินการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Cellular Mobile Telephone) เป็นโครงการที่ได้ดำเนินการไปแล้วตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติว่าด้วย

^๔ ข้อ ๒ การดำเนินการตามสัญญาข้อ ๑ บริษัทเป็นผู้ลงทุนในการจัดหาสถานที่เครื่องมือและอุปกรณ์ระบบ Cellular 900 ทั้งหมด ซึ่งประกอบด้วย ระบบ Mobile Telephone Exchange (MTX), ระบบ Base Stations และระบบ Microwave Links รวมทั้งอะไหล่พร้อมเครื่องมือและอุปกรณ์รายละเอียดตามข้อเสนอของบริษัทตามภาคผนวกหมายเลข ๑ แนบท้ายสัญญานี้

^๖ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของโครงการ

ฯลฯ

ฯลฯ

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือ กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือ ราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใดหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

^๗ มาตรา ๖ ให้จัดตั้งองค์การขึ้นองค์การหนึ่ง เรียกว่า “องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย” มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการโทรศัพท์ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับกิจการโทรศัพท์และธุรกิจอื่นที่ต่อเนื่อง ใกล้เคียงกับ หรือซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการโทรศัพท์

^๘ หนังสือบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด ที่ อว. ๐๐๖/๒๕๓๓ ลงวันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๓ ข้อ ๔ การลงทุนของบริษัทฯ ทั้ง ๒ ระบบ รวมกันจะไม่น้อยกว่า ๓,๐๐๐ ล้านบาท ทั้งนี้ บริษัทฯ โดยคำนึงถึงระดับความพอใจของผู้ใช้บริการ ซึ่งมีผลโดยตรงต่อธุรกิจของบริษัทฯ อยู่แล้ว

การให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ ซึ่งตามมาตรา ๒๕^๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดว่า โครงการใดที่ได้ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการซึ่งได้กระทำไปแล้วในขั้นตอนใดก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้เป็นอันใช้ได้ แต่การดำเนินการในขั้นตอนต่อไปให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ การดำเนินการในโครงการตามสัญญาอนุญาตฯ ในขั้นตอนต่อไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จึงคงเหลือแต่ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล ทั้งนี้ ตามความเห็นของที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายในเรื่องเสร็จที่ ๒๙๑/๒๕๓๖^{๑๐} ดังนั้น มาตรา ๒๒^{๑๑} ทศท. ในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการจึงต้องจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นให้มีอำนาจหน้าที่ติดตามและกำกับดูแลให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญาอนุญาตฯ และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดตามมาตรา ๒๓^{๑๒}

อย่างไรก็ดี ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ที่ลงนามไปแล้ว จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ อย่างไร ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะมีได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัตินี้^{๑๓} จะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ประสงค์ให้การ

^๙ มาตรา ๒๕ โครงการใดที่ได้ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการซึ่งได้กระทำไปแล้วในขั้นตอนใดก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้เป็นอันใช้ได้ แต่การดำเนินการในขั้นตอนต่อไปให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

^{๑๐} บันทึก เรื่อง การต่ออายุสัญญาของโครงการที่มีอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ใช้บังคับ ซึ่งส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๖๐๑/๖๕๘ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๓๖ (เรื่องเสร็จที่ ๒๙๑/๒๕๓๖)

^{๑๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

^{๑๒} มาตรา ๒๓ ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ มีอำนาจและหน้าที่ดังนี้

(๑) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา

(๒) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ

ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (๒) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด แต่ต้องไม่เกินหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

^{๑๓} หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในปัจจุบัน ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๔๘ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม พ.ศ. ๒๕๑๕ ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมทุนหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

อนุญาตหรือการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนและการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว ดังนั้น แม้ว่าเป็นการดำเนินโครงการที่อยู่ในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล หากจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนินโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา หน่วยงานเจ้าของโครงการก็ต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณา หากคณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วยก็ต้องรายงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดตามมาตรา ๒๓ (๒)^{๑๔} และหากเป็นเรื่องที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการ รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็ชอบที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงจะลงนามแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ของ ทศท. ในครั้งที่ ๒ ถึงครั้งที่ ๖ ได้เสนอต่อคณะกรรมการ ทศท. และในครั้งที่ ๗ ได้เสนอต่อคณะกรรมการ บมจ. ทศท คอร์ปอเรชั่น พิจารณา เมื่อได้รับการอนุมัติเห็นชอบจากคณะกรรมการดังกล่าวแล้ว จึงได้ลงนามในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ โดยมีได้เสนอเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาต่อคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณา และมีได้เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเห็นชอบในกรณีที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของโครงการ จึงถือว่าการทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ตามกรณีข้อหาหรือ มิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

ประเด็นที่สอง โดยที่ ทศท. เข้าเป็นคู่สัญญาในเรื่องนี้เป็นการกระทำแทนรัฐ โดยอาศัยอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย สัญญาอนุญาตฯ ที่เกิดขึ้นจึงเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อบริการสาธารณะให้เอกชนดำเนินการให้บริการสาธารณะแทนรัฐ รัฐจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว

แต่เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ตามกรณีข้อหาหรือดำเนินการไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งมีผลใช้บังคับในขณะที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ เนื่องจากมิได้เสนอเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ พิจารณา และเสนอให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ตามนัยแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ดังที่ได้วินิจฉัยข้างต้น การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ โดย ทศท. เป็นคู่สัญญา จึงกระทำไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ดี กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอันเป็นนิติกรรมทางปกครอง สามารถแยกออกจากข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้นได้ และข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขหรือเหตุอื่น หากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาถึงเหตุแห่งการเพิกถอน ผลกระทบ และความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะแล้วว่า การดำเนินการที่ไม่

^{๑๔} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๒, ข้างต้น

ถูกต้องนั้นมีความเสียหายอันสมควรจะต้องเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ ที่ทำขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ชอบที่จะเพิกถอนข้อตกลงต่อท้ายสัญญาอนุญาตฯ แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วมีเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ และเพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ คณะรัฐมนตรีก็อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ความเห็นชอบให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาตฯ ดังกล่าวได้ตามความเหมาะสม โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ เป็นผู้ดำเนินการเสนอข้อเท็จจริง เหตุผล และความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

พฤษภาคม ๒๕๕๐