



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

แนวทางการขับเคลื่อนนโยบายสาธารณะในกิจการโทรทัศน์ภายใต้
หลักนิติธรรม: กรณีกิจการโทรทัศน์และรายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้บริการ
เป็นการทั่วไป

จัดทำโดย พ.อ. ดร.นที ศุกลรัตน์
รหัส ๖๒๐๗๑๗

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๗
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

แนวทางการขับเคลื่อนนโยบายสาธารณะในกิจการโทรทัศน์ภายใต้หลักนิติธรรม : กรณีกิจการโทรทัศน์และรายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้บริการเป็นการทั่วไป

พ.อ.ดร.นที ศุกลรัตน์^๑

บทนำ

กิจการโทรทัศน์เป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะ ความบันเทิง ศิลปวัฒนธรรม เศรษฐกิจ และสังคมโดยรวมของประเทศ ซึ่งจัดเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่เป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่งที่รัฐจะต้องจัดหาและให้บริการต่อประชาชนเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารอย่างมีคุณภาพ เท่าเทียม และทั่วถึง โดยในอดีตที่ผ่านมา กิจการโทรทัศน์ถือว่าเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศซึ่งอยู่ภายใต้การให้บริการโดยภาครัฐมาโดยตลอด กล่าวคือ รัฐเป็นผู้ที่ได้รับการจัดสรรคลื่นวิทยุและโทรทัศน์ และดำเนินการจัดตั้งสถานีและประกอบกิจการเอง หรือรัฐนำคลื่นที่ได้รับการจัดสรรนั้นมาให้สัมปทานเพื่อให้เอกชนดำเนินการแทนภาครัฐอีกทอดหนึ่ง นั้นหมายความว่า กิจการโทรทัศน์ไทยในยุคแอนะล็อกที่ผ่านมาเป็นกิจการที่ถูกควบคุมโดยรัฐ ซึ่งรัฐมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการบริหารจัดการคลื่นความถี่ จนสามารถเอื้อประโยชน์ให้แก่กลุ่มเอกชนที่มีสายสัมพันธ์อย่างเหนียวแน่นกับรัฐหรือกับผู้มีอำนาจทางการเมืองได้

ในขณะเดียวกันนั้น รัฐยังใช้สื่อที่รัฐจัดตั้งขึ้นเป็นช่องทางสำคัญในการปลุกกระดมทางการเมืองและเป็นเครื่องมือทางการเมืองของผู้นำฝ่ายอำนาจนิยม เช่น ในช่วงเวลา พ.ศ. ๒๕๔๘ จอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้เปิดสถานีโทรทัศน์ไทยทีวีช่อง ๔ บางขุนพรหม ระบบขาวดำเป็นแห่งแรก ซึ่งสถานีโทรทัศน์ช่อง ๔ แห่งนี้ได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองและทางการเมืองของจอมพล ป. มาอย่างต่อเนื่อง จวบจนในเวลาต่อมา ภายหลังจากการทำรัฐประหารและยึดอำนาจการปกครองประเทศ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ก็ได้จัดตั้งสถานีโทรทัศน์แห่งที่ ๒ ของประเทศไทย โดยใช้งบประมาณจากหน่วยงานทหารในการจัดตั้งสถานีโทรทัศน์กองทัพบกช่อง ๗ ระบบขาวดำ เพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างทหารและประชาชน

เหตุการณ์ “พฤษภาทมิฬ” ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นเหตุการณ์หนึ่ง que แสดงให้เห็นว่า รัฐได้ปิดกั้นการเผยแพร่ข่าวสารผ่านการควบคุมวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ที่อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐได้อย่างเบ็ดเสร็จจนส่งผลให้สื่อโทรทัศน์ไทยไม่สามารถถ่ายทอดภาพ หรือเสียง หรือรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้นบนถนนราชดำเนินได้ เหตุการณ์พฤษภาทมิฬจึงเป็นภาพสะท้อนของความล้มเหลวของสื่อโทรทัศน์ไทยจนนำมาสู่การผลักดันให้มีปฏิรูปสื่อโทรทัศน์ครั้งใหญ่ และนำไปสู่การบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๔๐ ให้ “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ” โดยให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

^๑ พันเอก ดร. นที ศุกลรัตน์ จบการศึกษาปริญญาตรี วิทยาศาสตร์บัณฑิต สาขาวิชาวิศวกรรมไฟฟ้าสื่อสาร (รางวัลเหรียญทอง) จากโรงเรียนนายร้อยพระจุลจอมเกล้า และปริญญาโท (MSEE) และปริญญาเอก (Ph.D.) สาขาวิศวกรรมไฟฟ้าสื่อสารโทรคมนาคม จาก University of South Florida ประเทศสหรัฐอเมริกา ปัจจุบันดำรงตำแหน่งรองประธานกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

การบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ข้างต้น เป็นผลมาจากแนวคิดเรื่องกิจการโทรทัศน์ที่เป็นสาธารณูปโภคพื้นฐาน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดหาให้แก่ประชาชนในลักษณะของบริการสาธารณะประเภทหนึ่งอย่างทั่วถึง การบัญญัติดังกล่าวเปิดโอกาสให้มีการจัดสรรคลื่นความถี่ให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมประกอบกิจการโทรทัศน์และสร้างกลไกนำไปสู่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยให้มีการกำกับดูแลโดยองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระ แต่เนื่องจากปัญหาของการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลด้านกระจายเสียงและโทรทัศน์ตามรัฐธรรมนูญ ทำให้ประเทศไทยเกิดภาวะสุญญากาศของการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เป็นระยะเวลาเกือบ ๑๕ ปี และการผลักดันให้แนวความคิดดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในประเทศไทยจึงชะงักงัน

ผลกระทบสำคัญที่เกิดจากภาวะสุญญากาศของการกำกับดูแล คือ การขาดดุลยภาพในอุตสาหกรรมโทรทัศน์ ซึ่งเกิดจากเทคโนโลยีและภาคอุตสาหกรรมการประกอบกิจการโทรทัศน์ได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็วและต่อเนื่องแต่ขาดการกำหนดหลักเกณฑ์และกติกาในการกำกับดูแล ยกตัวอย่างเช่น เทคโนโลยีด้านการประกอบกิจการโทรทัศน์ในระดับสากลได้มีการพัฒนาจากระบบแอนะล็อกไปสู่ระบบดิจิทัล แต่การประกอบกิจการโทรทัศน์ของไทยยังคงใช้เทคโนโลยีการรับส่งแบบระบบแอนะล็อกอยู่เช่นเดิม ความล่าช้าในการพัฒนากิจการโทรทัศน์ข้างต้นได้ส่งผลให้ประเทศไทยมีสถานีโทรทัศน์ที่ให้บริการ "ฟรีทีวี" (Free TV) เพียงจำนวน ๖ สถานี คือ สถานีวิทยุโทรทัศน์ไทยทีวีสีช่อง ๓ สถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบกช่อง ๕ สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบกช่อง ๗ สถานีโทรทัศน์โมเดิร์นไนน์ (ช่อง ๙ อสมท.) สถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งประเทศไทย (สทท.) และสถานีโทรทัศน์ไทยพีบีเอส ซึ่งบริการฟรีทีวีดังกล่าวประสบปัญหาการขยายโครงข่ายของกิจการโทรทัศน์ไม่ทั่วถึง ส่งผลให้ประชาชนไทยจำนวนมากไม่สามารถรับบริการโทรทัศน์ได้อย่างมีคุณภาพ

ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีการส่งสัญญาณโทรทัศน์ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียมซึ่งมีคุณภาพความคมชัดที่ดีกว่า รวมถึงมีจำนวนช่องรายการที่มีทางเลือกและความหลากหลายมากกว่า ประชาชนจึงให้ความสนใจและหันมาใช้บริการโทรทัศน์ระบบเคเบิลและดาวเทียม หรือบริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิก (เพย์ทีวี) กันมากขึ้น และเนื่องจากฟรีทีวีมีฐานผู้ชมจำนวนมาก ผู้ประกอบการโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมซึ่งเป็นบริการใหม่ จึงดึงเอาสัญญาณฟรีทีวีไปออกอากาศผ่านโครงข่ายของตนเพื่อให้บริการต่อประชาชนโดยไม่มีสัญญาทางธุรกิจระหว่างกัน แต่อย่างไรก็ดี การดึงสัญญาณไปออกอากาศดังกล่าวเป็นที่รับรู้และยินยอมของทั้งสถานีโทรทัศน์ฟรีทีวีและผู้ประกอบกิจการโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียม เพราะทั้งสองฝ่ายเล็งเห็นว่าจะเกิดประโยชน์ร่วมกัน กล่าวคือ สถานีโทรทัศน์ฟรีทีวีสามารถใช้โครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมเป็นช่องทางหนึ่งในการให้บริการต่อประชาชน ส่วนผู้ประกอบกิจการโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมก็มีเนื้อหาฟรีทีวีซึ่งเป็นช่องรายการที่ประชาชนชื่นชอบไปออกอากาศ ในขณะที่ประชาชนก็ได้รับบริการฟรีทีวีที่มีความคมชัดและมีคุณภาพดีกว่าการรับสัญญาณภาคพื้นดินในระบบแอนะล็อกเดิม ด้วยเหตุนี้ในเวลาต่อมา การรับบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมในประเทศไทยจึงเกิดการขยายตัวอย่างรวดเร็ว

ดังนั้น ในห้วง พ.ศ. ๒๕๔๕ - พ.ศ. ๒๕๕๕ การให้บริการโทรทัศน์ของประเทศไทยสามารถแบ่งได้เป็น ๒ รูปแบบหลัก คือ (๑) "ฟรีทีวี" ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป และ (๒) "เพย์ทีวี" ที่ให้บริการเฉพาะสมาชิก ซึ่งกิจการโทรทัศน์ของไทยก็ได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการส่งสัญญาณโทรทัศน์มาตามลำดับ แต่เนื่องจากเกิดภาวะสุญญากาศและไม่มีการกำกับดูแลในห้วงเวลาดังกล่าว ทำให้ไม่มีการกำกับดูแลหรือการกำหนดกติกา หน้าที่ความรับผิดชอบ และความสัมพันธ์ระหว่างกิจการโทรทัศน์ประเภทต่างๆ ได้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่าง "เพย์ทีวี" กับ "ฟรีทีวี" จนนำมาสู่ปัญหา "จอต้า" ในการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอล Euro ๒๐๑๒ ซึ่งเกิดจากการที่เจ้าของสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดผ่านฟรีทีวีไม่ยินยอมให้มีการนำการถ่ายทอดสดการแข่งขันไปเผยแพร่ผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียม ส่งผลให้ประชาชนที่รับบริการฟรีทีวีผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบ

ดาวเทียมไม่สามารถรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro ๒๐๑๒ ได้ ทั้งนี้ ในกรณีนี้ ประชาชนมีความต้องการที่จะรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro ๒๐๑๒ ก็ต้องซื้ออุปกรณ์รับสัญญาณดาวเทียมจากเอกชนเจ้าของสิทธิ์

ปัญหา "จอดำ" ในการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอล Euro ๒๐๑๒ เป็นตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการจำกัดสิทธิ์ในการเข้าถึงบริการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปของประชาชน และเป็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนว่าองค์กรกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์จำเป็นต้องเร่งสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ได้อย่างเท่าเทียม ทั้งถึง และเป็นธรรม และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันจนส่งผลกระทบต่อประชาชนในอนาคต โดยเฉพาะเมื่อมีการเผยแพร่รายการสำคัญที่มีค่าลิขสิทธิ์มูลค่าสูง กสทช. จึงได้การออกประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry) และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. ๒๕๕๕ (ประกาศ Must Have) แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าประกาศฯ ทั้ง ๒ ฉบับจะมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการปกป้องสิทธิของผู้บริโภคและประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งสำคัญ หากแต่ก็ยังมีเอกชนบางรายได้รับผลกระทบจากการออกประกาศฯ ดังกล่าว จนนำไปสู่ข้อโต้แย้งและคดีพิพาทในศาลปกครอง ดังนั้น การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have จึงเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจในการวิเคราะห์กรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎหมายของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรม เพื่อเป็นแนวทางและข้อเสนอแนะในการออกนโยบายสาธารณะหรือปรับปรุงการออกกฎหมายทางปกครองต่อไป

เนื้อหา

๑. ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry) และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. ๒๕๕๕ (ประกาศ Must Have)

๑.๑ หลักการ เหตุผล และเจตนารมณ์ในการออกกฎหมาย

๑.๑.๑ ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry)

เนื่องจากเกิดสภาวะสูญญากาศและไม่มีองค์กรกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ในห้วงเวลาเกือบ ๑๕ ปี จึงไม่มีการกำหนดกฎหมายกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ รวมถึงหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างผู้ให้บริการกิจการโทรทัศน์ประเภทต่างๆ โดยชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่าง "เพย์ทีวี" กับ "ฟรีทีวี" จนนำมาสู่ปัญหา "จอดำ" ในการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอล Euro ๒๐๑๒ ซึ่งเกิดจากการโต้แย้งสิทธิ์ระหว่างเจ้าของสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดผ่าน "ฟรีทีวี" ที่ยืนยันว่าการเผยแพร่ผ่านบริการ "ฟรีทีวี" เป็นบริการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน ไม่รวมถึงการเผยแพร่ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียม จึงไม่ยินยอมให้นำการถ่ายทอดสดการแข่งขันไปเผยแพร่ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียม ทำให้ประชาชนที่รับบริการ "ฟรีทีวี" ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียมไม่สามารถรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro ๒๐๑๒ หรือไม่มีการแพร่ภาพของ "ฟรีทีวี" ผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลในระหว่างการถ่ายทอดสด แต่ยังคงแพร่ภาพรายการอื่นๆ ของฟรีทีวีผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลตามปกติ การเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นรูปแบบหนึ่งของความล้มเหลวของตลาดที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อ

ประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ เนื่องจากเอกชนเจ้าของสิทธิ์ในรายการโทรทัศน์ได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในการรับชม "พีทีวี" ผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลของประชาชน

ปัญหา "จอดำ" ในการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอล Euro ๒๐๑๒ เป็นตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการจำกัดสิทธิ์ในการเข้าถึงบริการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปของประชาชน เป็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนว่าองค์กรกำกับดูแลจำเป็นต้องเร่งสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ได้อย่างเท่าเทียมทั่วถึง และเป็นธรรม เพื่อป้องกันปัญหาในลักษณะเดียวกันและลดผลกระทบต่อประชาชนในอนาคต โดยเฉพาะเมื่อมีการเผยแพร่รายการสำคัญที่มีลิขสิทธิ์มูลค่าสูง

เพื่อแก้ไขปัญหาที่ประชาชนผู้ให้บริการไม่สามารถรับชมบริการโทรทัศน์ของสถานีโทรทัศน์ภาคพื้นดินซึ่งให้บริการเป็นการทั่วไปผ่านบริการโทรทัศน์ในระบบดาวเทียมหรือผ่านทางสายเคเบิลได้ในบางช่วงเวลา หรือปัญหา "จอดำ" ในระยะยาว กสทช. จึงได้ออกประกาศ Must Carry ซึ่งประกาศฯ ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะรับรองสิทธิ์ของประชาชนในการรับบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานในกิจการโทรทัศน์อันเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการข้อมูลข่าวสารสาระที่มีประโยชน์ได้อย่างเท่าเทียมและทั่วถึงในทุกช่องทางการรับบริการโทรทัศน์ โดยมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายรวมถึงไม่เป็นการก่อให้เกิดภาระอันเกิดสมควรแก่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสาระสำคัญของประกาศ Must Carry กำหนดให้

๑) ผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป เป็นผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่ประเภทบริการสาธารณะและประเภทบริการทางธุรกิจ นอกจากจะต้องให้บริการในระบบที่ได้รับใบอนุญาตแล้ว ยังมีหน้าที่ที่จะต้องให้บริการผ่านระบบดาวเทียม โดยเนื้อหาของรายการที่ออกอากาศในระบบบริการที่ได้รับอนุญาตและเนื้อหาของรายการที่ออกอากาศผ่านดาวเทียมจะต้องมีผังรายการและเนื้อหาของรายการเป็นอย่างเดียวกัน และจะต้องไม่มีการจำกัดเงื่อนไขในการได้รับบริการทั้งหมดหรือบางส่วน รวมถึงไม่สามารถเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ให้บริการได้

๒) ผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ที่ให้บริการแก่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ประเภทบริการสาธารณะและประเภทบริการทางธุรกิจ หรือผู้ให้บริการที่ กสทช. กำหนดให้มีหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปประเภทบริการสาธารณะและประเภทบริการทางธุรกิจ นอกจากมีหน้าที่ในการส่งสัญญาณโทรทัศน์ในระบบตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ยังจะต้องส่งออกอากาศสัญญาณโทรทัศน์ดังกล่าวผ่านระบบดาวเทียมโดยจะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลง ทำซ้ำ ดัดแปลงผังรายการหรือเนื้อหาของรายการ

๓) ผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ที่ให้บริการแก่ผู้ประกอบการแบบบอกรับสมาชิก หรือผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองมีหน้าที่ที่จะต้องให้ประชาชนผู้ให้บริการได้รับบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป โดยจะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลง ทำซ้ำ ดัดแปลงผังรายการหรือเนื้อหาของรายการ

การออกประกาศ Must Carry ของ กสทช. ข้างต้นเป็นกระบวนการวางหลักการพื้นฐานเชิงโครงสร้างในอุตสาหกรรมโทรทัศน์ของประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ ๑) เป็นการประกันสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปได้โดยเท่าเทียม ทั่วถึง และเป็นธรรมโดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยีและช่องทางการรับบริการโทรทัศน์ ๒) เป็นการกำหนดประโยชน์สาธารณะที่รัฐจัดให้เป็นบริการแก่ประชาชนในกิจการโทรทัศน์ รวมถึง ๓) เป็นการกำหนดขอบเขตเงื่อนไขการอนุญาตให้เอกชนสามารถแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ โดยผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปจะต้องยินยอมที่จะไม่แสวงหาประโยชน์อื่นใดจากสิทธิ์ในรายการที่แพร่ภาพเนื้อหาของรายการผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป หรือจะเรียกร้องผลประโยชน์เพิ่มเติมโดยการเผยแพร่ผ่านช่องทางของ "พีทีวี" ที่เป็นระบบดาวเทียมหรือระบบเคเบิลไม่ได้ ในขณะที่ผู้ประกอบการประเภทบอกรับสมาชิกที่ให้บริการผ่านระบบเคเบิลและดาวเทียมมี

หน้าที่ให้บริการสาธารณะส่วนหนึ่งจากการยินยอมให้ช่องทางของตนเองเป็นทางผ่านของบริการโทรทัศน์ที่เป็น การทั่วไป

๑.๑.๒ ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการ โทรทัศน์ที่เป็น การทั่วไป พ.ศ. ๒๕๕๕ (ประกาศ Must Have)

ประกาศ Must Have เป็นการกำหนดมาตรการทางกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ ประชาชนได้รับบริการรายการโทรทัศน์ที่สำคัญโดยเท่าเทียม รวมถึงเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและคุ้มครอง สิทธิของคนด้อยโอกาสให้เข้าถึงหรือรับรู้และใช้ประโยชน์จากรายการโทรทัศน์ได้อย่างเสมอภาคกับบุคคลทั่วไป

มาตรการสำคัญในประกาศ Must Have คือ การกำหนดวิธีการเฉพาะสำหรับการเผยแพร่ รายการโทรทัศน์ที่มีความสำคัญต่อประชาชนทั่วไปและผู้ด้อยโอกาสบางรายการ ซึ่งจะต้องเผยแพร่ผ่านบริการ โทรทัศน์ที่เป็น การทั่วไปเท่านั้น ซึ่งในเบื้องต้นได้กำหนดรายการโทรทัศน์สำคัญดังกล่าวไว้ในภาคผนวก^๒ ดังต่อไปนี้

- ๑) การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรือกีฬาซีเกมส์ (South-East Asian Game, SEA Games)
- ๒) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการหรืออาเซียนพาราเกมส์ (ASEAN Para Games)
- ๓) การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในทวีปเอเชียหรือเอเชียนเกมส์ (Asian Games)
- ๔) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการอาเซียนพาราเกมส์ (Asian Para Games)
- ๕) การแข่งขันกีฬาโอลิมปิก (Olympic Games)
- ๖) การแข่งขันกีฬาสำหรับคนพิการหลายประเภทจากทั่วโลกหรือกีฬาพาราลิมปิก (Paralympic Games)
- ๗) การแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย (FIFA World Cup Final)

หรือในอีกนัยยะหนึ่งก็คือ ประกาศ Must Have กำหนดขอบเขตที่เอกชนจะแสวงหา ประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากรายการโทรทัศน์ที่มีความสำคัญโดยให้เผยแพร่รายการที่มีความสำคัญดังกล่าวผ่าน ช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ซึ่งไม่สามารถเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนเพิ่มเติมจาก วิธีการบอกรับสมาชิก แต่สามารถแสวงหารายได้จาก การให้บริการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ตามที่กฎหมาย กำหนดให้สำหรับการเผยแพร่รายการผ่านช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ดังนั้น ประกาศ Must Have จึงเป็นการจำกัดมิให้เอกชนที่เป็นเจ้าของสิทธิ์ในรายการโทรทัศน์ที่เป็นรายการสำคัญตามข้อกำหนดใน ประกาศ Must Have นำรายการสำคัญเหล่านี้ไปจำกัดการเผยแพร่ไว้ในบริการโทรทัศน์ประเภทบอกรับ สมาชิกที่มีการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน แต่อย่างไรก็ดี หากเอกชนหรือผู้ประกอบการโทรทัศน์แบบ บอกรับสมาชิกมีความประสงค์ที่จะนำรายการโทรทัศน์ที่เป็นรายการสำคัญตามกฎหมาย Must Have ไปเผยแพร่ ออกอากาศในระบบบอกรับสมาชิกเพิ่มเติม ก็สามารถกระทำได้ หากแต่ต้องมีการเผยแพร่รายการผ่านช่อง รายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปตามกติกาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ซึ่งเอกชนจะต้องชี้แจงเหตุความจำเป็น ต่อ กสทช. เพื่อให้พิจารณาอนุญาตต่อไปด้วย การอนุญาตเพิ่มเติมดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ กสทช. สามารถใช้ดุลพินิจอนุญาตให้ดำเนินการได้ในกรณีที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามกฎหมาย Must Have แล้ว เช่น เมื่อรายการเหล่านี้ได้มีการเผยแพร่ผ่านช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปแล้ว แต่

^๒ ตามข้อ ๓ ของประกาศ Must Have ระบุว่า “เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของประชาชนทุกคนรวมถึงคนด้อยโอกาสให้เข้าถึง และรับรู้และใช้ประโยชน์จากรายการโทรทัศน์บางรายการที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะได้อย่างเป็นธรรม เสมอภาค และทั่วถึง ให้รายการ ถ่ายทอดสดตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวกของประกาศฉบับนี้ ถือเป็นรายการโทรทัศน์ที่สามารถให้บริการแก่ประชาชนได้ภายใต้การให้บริการ โทรทัศน์ที่เป็น การทั่วไปเท่านั้น”

เอกชนหรือผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีความประสงค์ที่จะนำรายการโทรทัศน์ที่เป็นรายการสำคัญไปเผยแพร่ผ่านโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกด้วยคุณภาพสูง (High Definition) เป็นต้น

๒. ความหมายของหลักนิติธรรมและกรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (กสทช.) ภายใต้หลักนิติธรรม

๒.๑ ความหมายของหลักนิติธรรม

“หลักนิติธรรม” มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “Rule of Law” ซึ่งมีผู้ให้คำแปลไว้หลากหลาย อาทิ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแปลว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย” บ้างก็แปลว่า “หลักการปกครองด้วยกฎหมาย” แต่คำแปลที่ได้รับความนิยมและใช้กันแพร่หลายโดยทั่วไปคือคำว่า “หลักนิติธรรม” ทั้งนี้ “หลักนิติธรรม” ไม่ใช่คำหรือแนวคิดทางกฎหมายใหม่ในประเทศไทย นักวิชาการและนักกฎหมายไทยได้ยินและรู้จักกับคำว่าหลักนิติธรรมกันมานานพอสมควร แต่เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นแนวคิดที่กำเนิดและพัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษ อันมีระบบกฎหมาย แนวคิดและสภาพแวดล้อมที่ต่างจากกฎหมายไทย ประกอบกับหลักนิติธรรมเป็นหลักคิดที่เป็นนามธรรม เป็นเรื่องที่ค่อนข้างเข้าใจยาก นักกฎหมายและนักวิชาการจึงได้อธิบายและให้ความหมาย องค์ประกอบ และสาระสำคัญของคำว่าหลักนิติธรรมไว้ไม่ตรงกันเสียทีเดียว ยกตัวอย่างเช่น

ศาสตราจารย์ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร ได้อธิบาย The Rule of Law ซึ่งแปลว่า “นิติธรรมวินัย” ว่าหมายถึง “หลักการแห่งกฎหมายที่เกื้อหนุนศักดิ์แห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษย์ชน ทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษย์ชนให้พ้นจากลัทธิตระราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายของบ้านเมือง”

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธุ์ ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่า มีความหมายกว้าง โดยหมายถึง “หลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ทำนองเดียวกับกับหลักนิติรัฐ และยังรวมถึงหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผล ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมาย ซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนมีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”

ทั้งนี้ หลักนิติธรรม ได้ถูกทำให้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมและจับต้องได้ครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กล่าวคือ มาตรา ๓ วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้บัญญัติรับรองถึงความมีอยู่และความสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หมวดที่ ๕ แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ ๓ แนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา ๗๘ (๖) ยังได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ (๖) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แต่อย่างไรก็ดี หลักนิติธรรมที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญยังไม่มีข้อความชัดเจนว่า อะไรคือหลักนิติธรรม สาระสำคัญหรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรมมีอะไรบ้าง และถ้าหากมีการฝ่าฝืนไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม ผลจะเป็นอย่างไร ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติจึงได้กำหนดความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจน ๒ ประการ เพื่อเป็นแนวทางในการตีความและปรับใช้หลักนิติธรรม กล่าวคือ

๒.๑.๑ หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลบังคับใช้”

ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ประกอบด้วย หลักความเป็นอิสระและความ เป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมีการประกาศให้ ประชาชนรับทราบ กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมี สิทธิในการต่อสู้คดี เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ และกฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบ ให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

๒.๑.๒ หลักนิติธรรมโดยโดยทั่วไป หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการ กระทำใดๆ ที่อาจเรียกได้อย่างหนึ่งว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่า กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่ดี หรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ตาม กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำ ใดๆ ยังใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด

ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่ กฎหมายที่ดีต้องมีความ ชัดเจน กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเองกฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผล ย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล และกระบวนการนิติบัญญัติ ต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้

๒.๒ กรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (กสทช.) ภายใต้หลักนิติธรรม

บทความฉบับนี้ได้วิเคราะห์หลักนิติธรรมตาม “หลักนิติธรรมโดยทั่วไป” ซึ่งมีสาระสำคัญของหลักนิติ ธรรมในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผล ย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล และกระบวนการนิติบัญญัติ ต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

๒.๒.๑ กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน ต้องไม่ขัดแย้งกันเอง และสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย

การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have ของ กสทช. อาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และ กิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ และถึงแม้ว่าประกาศจะเป็นการจำกัดสิทธิของเอกชน แต่ก็เป็นการกระทำ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้ให้ อำนาจรัฐในการตรากฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือ ประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ดังนั้น การออกประกาศของ กสทช. จึงเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

๒.๒.๒ กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความ รับผิดชอบของบุคคล และกระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้

การออกกฎเกณฑ์และประกาศของ กสทช. ยังเป็นการดำเนินการตามกระบวนการและ ขั้นตอนตามกฎหมายบัญญัติไว้ให้ กล่าวคือ ในกระบวนการออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have

นั้น กสทช. ได้จัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไป เพื่อนำความเห็นที่ได้มาประกอบการพิจารณาก่อนออกประกาศฯ ทั้งสอง ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามที่มาตรา ๒๘ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. ๒๕๕๓ ได้กำหนดไว้ โดยส่งเสริมให้การออกกฎหมายมีความโปร่งใส ชัดเจน และสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชน นอกจากนี้ การออกประกาศและกฎเกณฑ์ของ กสทช. เป็นการออกกฎหมายโดยที่ไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งประกาศของ กสทช. ได้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

๒.๒.๓ กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน

การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการออกกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนใหญ่ของคนในชาติ กล่าวคือ เป็นการรับประกันสิทธิประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์โดยทั่วถึง อย่างเท่าเทียม และเป็นธรรมโดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยีหรือช่องทางการรับบริการ (ประกาศ Must Carry) และเป็นการรับประกันสิทธิการรับบริการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานด้านโทรทัศน์ที่มีคุณภาพด้วยความเท่าเทียมในการเข้าถึงรายการโทรทัศน์ที่มีความสำคัญ (ประกาศ Must Have) การรักษาสหสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนข้างต้นของประกาศทั้งสองฉบับจึงเป็นลักษณะที่ดีของกฎหมายตามหลักนิติธรรมโดยทั่วไป

จะเห็นได้ว่า การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการออกกฎหมายที่ดี สอดคล้องกับหลักนิติธรรม กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาชัดเจน ไม่ขัดแย้งกันเอง ไม่มีผลย้อนหลัง มีเหตุผลสนับสนุน และมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ตลอดจนมีกระบวนการกฎหมายที่โปร่งใสและเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี เมื่อการออกกฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของเอกชน จึงทำให้เอกชนผู้ได้รับผลกระทบร้องขอความเป็นธรรมด้วยการยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งหากวิเคราะห์ถึงคำพิพากษาศาลปกครองกลางในกรณีของประกาศ Must Carry นั้น จะเห็นว่า ศาลปกครองกลางพิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวว่ามุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเป็นหลัก และได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่จะเกิดแก่ภาคเอกชนรายใดรายหนึ่งกับผลประโยชน์ที่จะเกิดแก่สาธารณะ ศาลฯ จึงมุ่งหมายให้เกิดการเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างผู้ออกกฎหมายปกครอง และเอกชน (บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเมนต์ จำกัด (ชอง 3)) ผู้ได้รับผลกระทบจากกฎหมายปกครอง เพื่อลดผลกระทบที่จะมีต่อประชาชนและเอกชนที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองที่เป็นการตัดสินตามข้อกฎหมาย

ในกรณีของประกาศ Must Have นั้น แนวทางการพิจารณาคดีขององค์คณะตุลาการผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องในทุกระดับมีความเห็นที่แตกต่างกัน ทั้งในประเด็นข้อกฎหมายและการชั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิของภาคเอกชนที่จะแสวงหาประโยชน์จากการประกอบธุรกิจในกิจการโทรทัศน์ที่เป็นการบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง กล่าวคือ คำตัดสินของศาลปกครองกลางโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางมีแนวทางการพิพากษาคดีที่แตกต่างกับร่างคำพิพากษาเดิมขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางที่เป็นผู้ตัดสินคดี ซึ่งมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางได้ให้น้ำหนักในการตีความไปทางสิทธิของเอกชนมากกว่าประโยชน์ของสาธารณะ ส่วนร่างคำพิพากษาเดิมขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางเน้นชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ทั้งนี้ เมื่อกรณีพิพาทดำเนินมาถึงศาลปกครองสูงสุด ปรากฏว่า ศาลปกครองสูงสุดมีแนวทางการพิจารณาคดีที่แตกต่างไปจากศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดเน้นการตีความกฎหมายปกครองตามหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ จึงพิพากษาให้ประกาศ Must Have เป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดท้ายที่สุดก็ได้พิจารณาคดีตัดสิน มิให้ประกาศ Must Have บังคับใช้กับผู้ฟ้องคดี (บริษัท อาร์เอส อินเตอร์เนชันแนล บรอดแคสติ้ง แอนด์ สปอร์ต แมเนจเม้นท์ จำกัด) เนื่องจากเห็นว่า ประกาศ Must Have เป็นการ

ใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบของ กสทช. ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย อย่างไรก็ตามในความเป็นจริง ก่อนที่จะมีการออกประกาศ Must Have ได้มีการตระหนักและคำนึงถึงผลกระทบของภาคเอกชนไว้ด้วยแล้ว ดังนั้น จึงได้มีการระบุข้อ ๔ ในประกาศ Must Have ว่า “การดำเนินการอื่นใด นอกเหนือจากข้อ ๓ ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน” เพื่อเป็นวิธีการหรือช่องทางในการเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายแก่ผู้ที่ถูกระทบสิทธิ ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวได้ส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีสามารถนำสิทธิในการเผยแพร่ฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายปี ๒๐๑๔ ไปแสวงหาประโยชน์ด้วยวิธีการของผู้ฟ้องคดีอย่างไรก็ได้ โดยก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิการเข้าถึงของประชาชนต่อรายการดังกล่าวด้วย

สรุป

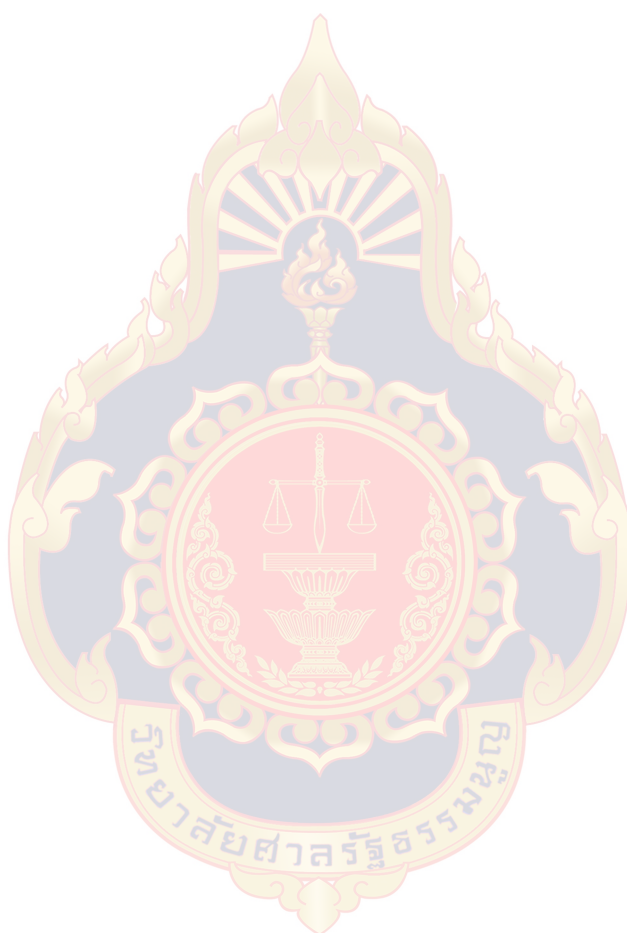
การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการกำหนดกติกาพื้นฐานสำหรับกิจการโทรทัศน์ โดยประกาศ Must Carry กำหนดหน้าที่ของกิจการโทรทัศน์ประเภทต่างๆ เพื่อให้เกิดการบริการโทรทัศน์โดยทั่วถึงแก่ประชาชน และประกาศ Must Have กำหนดรายการสำคัญที่จะต้องเผยแพร่โดยกว้างขวางผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการสร้างหลักประกันว่าประชาชนสามารถเข้าถึงและรับชมรายการสำคัญเหล่านี้ได้โดยมีอุปสรรคและเงื่อนไขน้อยที่สุด

ทั้งนี้ การออกกฎ Must Carry และ Must Have เกิดจากแนวความคิดของ กสทช. ที่มีความมุ่งหมายในการแก้ไขภาวะล้มเหลวของตลาดในการจัดหาหรือให้บริการสินค้าสาธารณะที่เป็นความต้องการโดยทั่วไปและมีความจำเป็นต่อชีวิตประชาชน รวมทั้งเป็นการกำหนดเส้นแบ่งของการแสวงหาประโยชน์ของภาคเอกชน และความจำเป็นที่ต้องจำกัดสิทธิของเอกชนในการประกอบธุรกิจภายใต้กรอบของกฎหมาย ทั้งนี้ กสทช. ได้ออกแบบประกาศฯ ทั้งสองให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรม กล่าวคือ เป็นกฎที่มีความโปร่งใสและอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมทั้งวางหลักการเชิงโครงสร้างเพื่อเป็นการรับประกันสิทธิประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปได้โดยเท่าเทียม ทั่วถึง และเป็นธรรมโดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยี และส่งเสริมการประกอบกิจการโทรทัศน์ของภาคเอกชนให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

อย่างไรก็ดี จากผลการศึกษาในบทความฉบับนี้สะท้อนให้ฝ่ายปกครองจะต้องตระหนักว่า ในส่วนของการออกนโยบายหรือกฎเกณฑ์ฝ่ายปกครองนั้น นอกจากจะต้องตระหนักถึงฐานอำนาจตามกฎหมาย หลักนิติธรรม และหลักประโยชน์สาธารณะแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงผลกระทบของนโยบายหรือกฎเกณฑ์ที่จะเกิดต่อสิทธิหรือประโยชน์ของปัจเจกชนด้วย ซึ่งตามกรณีศึกษาของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในกรณีประกาศ Must Have แสดงให้เห็นว่า การใช้ดุลพินิจในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อภาคเอกชนมีความจำเป็นและต้องกำหนดล่วงหน้าให้มีความชัดเจน อย่างไรก็ตาม เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเอกชนและสาธารณะแล้วสมควรคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะมากกว่า ประกาศ Must Have จึงมีขอบเขตการเยียวยาผลกระทบที่เกิดต่อเอกชนตามข้อ ๔ ของประกาศฯ

ในทางปฏิบัติแล้ว มาตรการเยียวยาอาจสามารถดำเนินการได้หลายประการ เช่น การขยายระยะเวลาการมีผลบังคับใช้นโยบายหรือประกาศออกไป เพื่อให้ภาคเอกชนมีระยะเวลาในการปรับตัว หรือการจัดเตรียมงบประมาณไว้เพื่อชดเชยผลกระทบที่มีต่อภาคเอกชน หรือการออกมาตรการพิเศษบางประการเพื่อให้ภาคเอกชนที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิพิเศษอื่นๆ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การเลือกมาตรการเยียวยาที่เหมาะสมก็จำเป็นที่จะต้องบนพื้นฐานของหลักการที่เป็นธรรมและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เช่น หากใช้มาตรการเยียวยาโดยการขยายระยะเวลาการมีผลบังคับใช้ออกไป ก็ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดต่อประชาชนที่จะได้รับบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ทางเลือกของมาตรการเยียวยาเหล่านี้ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดต่างๆ ของ

หน่วยงานทางปกครอง แต่สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ทุกหน่วยงานสามารถทำได้คือ การเจรจาหาข้อตกลงร่วมกัน ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับภาคเอกชนที่จะได้รับผลกระทบเพื่อหาข้อตกลงร่วมกัน เพื่อป้องกันมิให้เกิด ข้อขัดแย้ง อันจะนำมาสู่ข้อพิพาทในศาลปกครองได้



บรรณานุกรม

- คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. (๒๕๕๗). หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม. สืบค้นจาก <http://www.nrlcthailand.org/nrlc2013/download/20141126.pdf> เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๒
- ปกป้อง จันวิทย์. (๒๕๕๔). *การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์*. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.
- ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป. (๒๔ กรกฎาคม ๒๕๕๕). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม ๑๒๙ ตอนพิเศษ ๑๑๘ ง.
- ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. ๒๕๕๕. (๔ มกราคม ๒๕๕๖). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม ๑๓๐ ตอนพิเศษ ๑ ง.
- พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓. (๑๗ ธันวาคม ๒๕๕๓). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่มที่ ๑๒๗ ตอนที่ ๗๘ ก.
- พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑. (๒๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่มที่ ๑๒๕ ตอนที่ ๔๒ ก.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐. (๒๔ สิงหาคม ๒๕๕๐). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่มที่ ๑๒๔ ตอนที่ ๔๗ ก.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (๒๕๓๘). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๔๙). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน
- อรรถพล ไใหญ่สว่าง. (๒๕๕๘). หลักนิติธรรมภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย. สืบค้นจาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1424682345 เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๒