



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หัวข้อ: หลักนิติธรรม

เรื่อง: ปัญหาความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมกรณีกฎหมายเกณฑ์ในการกำกับดูแล
กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม

จัดทำโดย

ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ

รหัส 570240

เอกสารวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ปัญหาความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมกรณีกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแล กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม

บทนำ

ปัจจุบัน คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) มีอำนาจหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 (“พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553”) ทั้งนี้ มาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการโทรคมนาคมโดยให้ใช้วิธีการประมูลเท่านั้น ในขณะที่มาตรา 41 ในกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นมิได้กำหนดวิธีการในการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง เว้นแต่กรณีเพื่อการประกอบกิจการทางธุรกิจ นอกจากนี้ เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการโทรคมนาคมให้นำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดิน ขณะที่เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ให้นำส่งเข้ากองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมเพื่อประโยชน์สาธารณะ (“กองทุนฯ”) ดังนั้น จึงเกิดข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดวิธีการที่ลึกลับเช่นนี้ขัดต่อหลักนิติธรรมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต้องการให้มีหน่วยงานเพียงหน่วยงานเดียวเพื่อจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ โดยภารกิจในการจัดสรรคลื่นความถี่ รัฐธรรมนูญฯ มิได้แยกให้ดำเนินการแตกต่างกันระหว่างคลื่นความถี่ที่จัดสรรในกิจการโทรคมนาคมและคลื่นความถี่ที่จัดสรรในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

ผู้เขียนจึงจัดทำรายงานนี้ขึ้นเพื่อศึกษาว่าการที่ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดวิธีการกำกับดูแลต่างกันกรณีคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์กับคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมนั้นขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่

ความหมายของหลักนิติธรรม

แม้ว่าหลักนิติธรรม หรือ rule of law เป็นที่อ้างถึงอย่างมากในปัจจุบัน แต่เป็นที่น่าสงสัยว่า “หลักนิติธรรม” ตามความหมายของผู้กล่าวอ้างตรงกับนิยามของคำว่า “หลักนิติธรรม” ที่นักปรัชญาหรือนักนิติศาสตร์เคยให้นิยามไว้หรือไม่

1. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ (formalistic approach)

ในยุคแรก การอธิบายคำว่า “หลักนิติธรรม” เน้นที่กระบวนการตราและบังคับใช้กฎหมาย โดยหลักนิติธรรมเป็นที่เริ่มรู้จักในศตวรรษที่ 19 โดยศาสตราจารย์ทางกฎหมาย

ชาวอังกฤษ Albert V. Dicey¹ หลักนิติธรรมในความหมายของ Dicey นั้นประกอบไปด้วยหลัก 3 ประการ คือ

- (1) บุคคลไม่อาจถูกลงโทษทางอาญานอกจากเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบและได้รับการตัดสินโดยศาลยุติธรรม²
- (2) หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะป็นเจ้าหน้าที่หรือประชาชนอยู่ภายใต้ศาลเดียวกัน คือ ศาลยุติธรรม และ
- (3) หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองโดยศาลยุติธรรม³

หลักแรกนั้น อาจมีความสับสนอยู่บ้างเพราะมีหลายองค์ประกอบทำให้หลักนิติธรรมอาจหมายถึงหลักความสูงสุดของกฎหมายธรรมดา ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ไม่ว่าจะจนหรือรวย หรืออาจหมายถึงการที่กฎหมายนั้นตราขึ้นโดยชอบ โดยเน้นที่กระบวนการตรากฎหมายและไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมาย หรืออาจหมายถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยการให้ศาลเป็นผู้ตัดสินว่าบุคคลนั้นสมควรได้รับการลงโทษหรือไม่⁴ ส่วนหลักที่สองและสามนั้นอธิบายถึงความหมายของหลักนิติธรรมที่มีความชัดเจนเพียงพอ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักทั้งสามของ Dicey อาจจะรวมความหมายของคำว่า “หลักนิติธรรม” หลายๆ ความหมายในปัจจุบันไว้ แต่ก็เห็นได้ว่า Dicey เน้นความสูงสุดของกฎหมายซึ่งตรงกันข้ามความเป็นใหญ่ของบุคคลและเน้นถึงความสำคัญของศาลยุติธรรมในการรักษาความสูงสุดของกฎหมายนั้นไว้เพื่อป้องกันการบังคับใช้กฎหมายต่อบุคคลตามอำเภอใจนั่นเอง⁵

หลักการทำนองเดียวกันนี้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 แห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (fifth amendment) เช่นกัน เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมาย common law เช่นเดียวกับอังกฤษจึงได้รับอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษ โดย fifth amendment มีใจความสำคัญว่า “บุคคล...ไม่อาจถูกพรากจากชีวิต เสรีภาพหรือทรัพย์สิน โดยปราศจากศุภนิติกระบวนการ (due process of law)”⁶ โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ยืนยันหลัก due process of law ในคดี Miranda v. Arizona โดยวางหลักไว้ว่าผู้ต้องหาในคดีอาญาต้องได้รับการแจ้งสิทธิต่างๆ ของผู้ต้องหา ก่อนการสอบสวน มิฉะนั้น ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานมิได้

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” ใน *รพี '51* สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551, 25.

² Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>, 13 กุมภาพันธ์ 2557

³ บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 26.

⁴ อ้างแล้ว และ Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>

⁵ บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 26.

⁶ อ้างแล้ว.

ในกรณีนี้ คำรับสารภาพของนาย Miranda ผู้ต้องหา (และจำเลยในเวลาต่อมา) ซึ่งได้ให้ไว้ก่อนการแจ้งสิทธิจึงรับฟังเป็นพยานหลักฐานมิได้⁷

ทั้ง fifth amendment และคำพิพากษาคดี Miranda v. Arizona มุ่งเน้นที่กระบวนการปรับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจในการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น จึงอาจสรุปอย่างกว้างๆ ได้ว่าความหมายแรกของหลักนิติธรรมเน้นที่กระบวนการตราและกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย หากกฎหมายตราขึ้นโดยฝ่าฝืนกระบวนการที่กำหนดไว้ หรือการบังคับใช้กฎหมาย เช่น การจับหรือคุมขัง ฝ่าฝืนกระบวนการตามกฎหมาย ย่อมเป็นการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการนี้ไม่ให้ความสำคัญกับเนื้อหาของกฎหมายว่าเป็นธรรมหรือไม่ เพียงใด เพราะฉะนั้นแม้กระทั่งกฎหมายที่ปรากฏการเลือกปฏิบัติ เช่น กฎหมายกีดกันคนสีผิว (กฎหมายที่มี racial discrimination) ก็เป็นกฎหมายที่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมได้หากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นถูกต้องตามกระบวนการ⁸

2. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา (substantive approach)

ต่อมาสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law theorists) เกิดความคับข้องใจว่าหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ เพราะระดับคุณธรรมของกฎหมายขึ้นอยู่กับผู้ตรากฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นการพึ่งพาตัวบุคคลผู้ร่างกฎหมายมากเกินไป หากผู้ตรากฎหมายคำนึงถึงเนื้อหาของกฎหมายก็เป็นการดี หากไม่ประชาชนก็อาจได้รับความเดือดร้อนได้

หลักการนี้มีอิทธิพลมาจากคำประกาศสิทธิมนุษยย์และพลเมืองฝรั่งเศส ซึ่งประกาศไว้ชัดเจนว่าบุคคลมีเสรีภาพที่จะทำการใดๆ ที่กฎหมายไม่ห้ามและกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นเครื่องจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนได้ โดยกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ก็เพื่อความสงบสุขของสังคมเท่านั้น การจำกัดเสรีภาพตามอำเภอใจของผู้ปกครองจะทำได้อีกต่อไป ทั้งการตรากฎหมายต้องเป็นเจตจำนงร่วมกันของปวงชน⁹

Lon Fuller ซึ่งเป็นปรมาจารย์ด้านกฎหมาย จึงได้อธิบายว่าหลักนิติธรรมประกอบด้วย 8 ข้อดังต่อไปนี้

- (1) ทุกคนต้องเคารพกฎหมายที่มีอยู่
- (2) กฎหมายต้องประกาศให้ทราบล่วงหน้าโดยทั่วกัน
- (3) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง
- (4) กฎหมายต้องบัญญัติไว้ชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจโดยมิชอบ
- (5) กฎหมายต้องหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันเอง
- (6) กฎหมายต้องไม่บังคับสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

⁷ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, Legal Information Institute, Cornell University Law School, http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436#writing-USSC_CR_0384_0436_ZO, 13 กุมภาพันธ์ 2557

⁸ David Ingram, Law: Key Concepts in Philosophy, Continuum: 2007, 33.

⁹ บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 27

(7) กฎหมายต้องยืนยง คงอยู่เพื่อให้หยั่งรากลึกในสังคม แต่ต้องปรับตัวให้เข้ากับสภาพความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคมได้

(8) การบังคับใช้กฎหมายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ประกาศไว้ทุกประการ¹⁰

จึงเห็นได้ว่า หลักนิติธรรมของ Lon Fully ประกอบไปด้วยทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ สำนักกฎหมายธรรมชาติจึงเกิดแนวคิดที่ว่ากฎหมายจะประกอบไปด้วยหลักนิติธรรมเมื่อเนื้อหาของกฎหมายนั้นเองมีความเป็นธรรมด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาพิจารณาทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายก็คัดค้านคนสีผิว (กฎหมายที่มี racial discrimination) ไม่สามารถเป็นไปตามหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาได้เลย แม้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบทุกกระบวนการก็ตาม

3. หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมถึงหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาด้วย โดยมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แน่นอนว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับได้จะต้องตราขึ้นโดยชอบ หลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง จึงหมายถึงหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการอย่างชัดเจน แต่เมื่อมาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย ซึ่งครอบคลุมถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ จึงย่อมหมายความว่า กฎหมายที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามจะต้องมีความเป็นธรรมด้วย (มี morality of law) มิฉะนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐจะเป็นธรรมและเป็นไปตามหลักนิติธรรมได้อย่างไร

ดังนั้น หลักนิติธรรมตามความหมายในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ จึงหมายความว่ารวมทั้งหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการและหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องและเนื้อหาของกฎหมายต้องเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติและตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบันได้ด้วย

การวิเคราะห์ความสอดคล้องของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กับหลักนิติธรรม

แม้ว่ามาตรา 47 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ โดย “คลื่นความถี่” หมายถึง คลื่นความถี่ที่ใช้ใน

¹⁰ บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 29

การส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม แต่มาตรา 305 แห่งรัฐธรรมนูญฯ กลับกำหนดให้กฎหมายจัดตั้งองค์กรตามมาตรา 47 ประกอบไปด้วยสองหน่วยย่อยภายในองค์กรเดียวกัน โดยแยกอำนาจหน้าที่ออกจากกัน องค์กรหนึ่งทำหน้าที่กำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ และอีกองค์กรหนึ่งกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม ดังนั้น ในปัจจุบัน แม้ว่า กสทช. จะเป็นองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ แต่หากเป็นการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อ กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสท.) จะเป็นผู้ดำเนินการแทน กสทช. และหากเป็นการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) จะเป็นผู้ดำเนินการแทน กสทช. ตามมาตรา 35 และ มาตรา 38 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ตามลำดับ

การที่คณะกรรมการย่อยที่ได้รับมอบอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายให้มีอำนาจหน้าที่ ปฏิบัติการแทน กสทช. ในภารกิจบางประการซึ่งมีหลักการตามรัฐธรรมนูญเหมือนกัน จะเกิดปัญหา เรื่องมาตรฐานการดำเนินงานที่แตกต่างกันและจะกระทบต่อหลักนิติธรรมหรือไม่ จึงเป็นประเด็นที่จะ ศึกษาต่อไปโดยจำเป็นต้องทำการวิเคราะห์หว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าว สอดคล้องหรือ ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมอย่างไร

1. พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ของ กิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่มาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญฯ วางหลักการไว้เหมือนกัน

ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น แม้ว่าทั้ง กสท. และ กทค. ต่างก็มีหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ เช่นเดียวกันเพียงแต่คลื่นความถี่นั้นจะถูกนำไปใช้ในกิจการประเภทใดเท่านั้น แต่วิธีการใช้คลื่นความถี่ ก็มีได้แตกต่างกันแต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่น่าแปลกกว่าในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 มิได้กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่น ความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไว้โดยเฉพาะเจาะจงนอกจากการประกอบกิจการ ทางธุรกิจเท่านั้นที่ใช้วิธีการประมูลคลื่นความถี่ โดยที่มาตรา 41 ระบุไว้เพียงว่า “ผู้ใดประสงค์จะใช้ คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้” แต่ในทางกลับกันการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม มาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์กร จัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม ต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งต้องดำเนินการโดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่” ซึ่งหมายความว่ามาตรา 45 ได้กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมเป็นการ เฉพาะเจาะจง ซึ่งให้กระทำได้โดยการประมูลคลื่นความถี่เพียงวิธีการเดียวเท่านั้น

ดังนั้น ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์สามารถจัดสรรคลื่นความถี่ได้หลายวิธี เว้นแต่เฉพาะการประกอบกิจการทางธุรกิจเท่านั้นที่จะต้องวิธีการประมูล แต่ในกิจการโทรคมนาคม การจัดสรรคลื่นความถี่ต้องใช้วิธีการประมูลเท่านั้น จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าการจัดสรรคลื่นความถี่โดย หน่วยงานเดียวกัน (ซึ่งกรณีนี้ต้องถือว่าเป็นการจัดสรรคลื่นความถี่โดยหน่วยงานเดียวกันเพราะทั้ง กสท. และ กทค. ก็ต่างดำเนินการแทน กสทช.) แต่กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่ต่างกันเช่นนี้

ถือเป็นการเลือกปฏิบัติและสุ่มเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐตามอำเภอใจอันเป็นการขัดหลักนิติธรรมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมาตรา 47 วรรคหนึ่งแห่งรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้คลื่นความถี่ “เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ” และมาตรา 47 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้ในการจัดสรรคลื่นความถี่ “ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดในระดับชาติและระดับท้องถิ่น”

2. การที่ พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้ใช้วิธีการจัดสรรคลื่นความถี่แตกต่างกันระหว่างกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

หากพิจารณาตามความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ อาจสรุปได้ว่าการกำหนดวิธีการที่ต่างกันในการจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เป็นไปตามหลักนิติธรรมเนื่องจากมาตรา 41 และมาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ตราขึ้นโดยถูกต้องตามกระบวนการตามรัฐธรรมนูญฯ แต่หากพิจารณาตามความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา ความแตกต่างดังกล่าวอาจขัดต่อหลักนิติธรรม เนื่องจากคลื่นความถี่เป็นทรัพยากรของชาติ และการจัดสรรคลื่นความถี่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของชาติและระดับท้องถิ่น แต่การกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่ต่างกันเป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม (ไม่มี morality of law) และไม่สามารถตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบัน อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาและหลักนิติธรรมในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ อย่างสิ้นเชิง

ผู้เขียนเห็นว่า ในกิจการโทรคมนาคมที่บังคับให้ใช้วิธีการประมูลในการจัดสรรคลื่นความถี่เท่านั้น ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเนื่องจากเหตุผลสองประการหลักๆ ดังนี้

(1) พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดคุณสมบัติของกรรมการ กสทช. ไว้อย่างสูง โดยกำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญหลายด้าน อาทิเช่น ผู้เชี่ยวชาญด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม ด้านกฎหมาย ด้านเศรษฐศาสตร์ และด้านการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ กสทช. ใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมเป็นประโยชน์สูงสุดต่อชาติและประชาชน จึงเห็นได้ชัดว่าการกำหนดคุณสมบัติเช่นนี้ กฎหมายต้องการใช้ประโยชน์จากความรู้ ความเชี่ยวชาญของกรรมการ กสทช. เพื่อให้กรรมการ กสทช. ดำเนินการอันจำเป็นเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด จึงสามารถอนุมานได้ว่ากฎหมายต้องการให้ดุลพินิจกรรมการในการกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ด้วย เพราะคลื่นความถี่เป็นทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดของชาติและรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้สงวนไว้ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ กรรมการ กสทช. จึงต้องหาวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่จะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุด แต่การกำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคม ใช้วิธีการประมูลเท่านั้น ในขณะที่ไม่จำกัดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เป็นการจำกัดดุลพินิจของกรรมการ กสทช. ที่เป็น กทค. ขณะที่ไม่จำกัดดุลพินิจของกรรมการ กสทช. ที่เป็น กสท. ฉะนั้น การกำหนดวิธีการแบบสองมาตรฐานเช่นนี้จึงเป็นการจำกัด

ดุลพินิจกรรมการ กสทช. ที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชน

ทั้งนี้ อาจมีผู้กังวลว่าหากไม่มีการจำกัดดุลพินิจกรรมการ กสทช. ในการจัดสรรคลื่นความถี่ ด้วยวิธีการประมูล กรรมการ กสทช. อาจใช้วิธีการที่เอื้อผลประโยชน์ต่อผู้ประกอบการบางกลุ่มหรือไม่

การตอบคำถามนี้ ต้องพิจารณา มาตรา 41 วรรคสี่ แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 แม้ว่ามาตรา 41 จะมีได้กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ แต่ก็ได้ไม่ได้หมายความว่า พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 จะให้ดุลพินิจแก่กรรมการ กสทช. กำหนดวิธีการใดก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะมาตรา 41 วรรคสี่ บัญญัติไว้ว่า “การอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับท้องถิ่น ในด้าน...ประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและต้องดำเนินการในลักษณะที่มีการกระจายการใช้ประโยชน์โดยทั่วถึงในกิจการด้านต่างๆ ให้เหมาะสมแก่การเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติ เพื่อประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งเป็นการกำหนดกรอบดุลพินิจของกรรมการ กสทช. ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไว้อย่างชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เหมาะสมและเป็นธรรมกว่าการกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมอย่างมาก เพราะเป็นการให้ดุลพินิจแก่กรรมการ กสทช. มากพอที่จะได้ใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาอาชีพของตน แต่ในขณะเดียวกันการใช้ดุลพินิจนั้นก็ยังคงอยู่ภายใต้กรอบเพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 41 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 นอกจากนี้ ดุลพินิจดังกล่าวยังถูกกำกับโดยมาตรา 47 แห่ง รัฐธรรมนูญฯ อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งกำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ในระดับชาติและระดับท้องถิ่นอีกด้วย

(2) การจำกัดดุลพินิจกรรมการ กสทช. ในกิจการโทรคมนาคมอาจเป็นการขัดขวางการจัดสรรคลื่นความถี่ “เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดในระดับชาติและระดับท้องถิ่น” ตามรัฐธรรมนูญด้วย เพราะในบางกรณี การประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม อาจไม่ใช่วิธีการที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน เช่น กรณีกิจการดาวเทียมสื่อสาร เป็นต้น

เนื่องจากนิยามคำว่า “กิจการโทรคมนาคม” ในมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 “รวมถึง กิจการซึ่งให้บริการดาวเทียมสื่อสาร” ด้วย ดังนั้น ในกิจการดาวเทียมสื่อสาร กสทช. จึงต้องดำเนินการจัดสรรคลื่นความถี่ด้วยวิธีการประมูลด้วย

ปกติแล้วแรงจูงใจหลักในการใช้วิธีการประมูลในการจัดสรรคลื่นความถี่คือการได้มาซึ่งมูลค่าทางตลาดที่แท้จริงของทรัพยากรสาธารณะ (extract market value of a public resource) ซึ่งกรณีนี้คือคลื่นความถี่¹¹ โดยการประมูลตอบสนองสองเป้าหมายหลัก คือ ช่วยหาผู้เสนอที่ให้ราคาสูงสุด และผู้เสนอที่จะนำทรัพยากรไปใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดจากการได้รับการอนุญาตซึ่งจะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด (effective use of resource) ทั้งนี้ จะสามารถตอบสนองเป้าหมายหลักสองเป้าหมายนี้ได้จะต้องมีผู้ประกอบการหลายรายที่ให้ความสนใจในการประมูล

¹¹ รายงานการศึกษาแนวปฏิบัติระดับนานาชาติสำหรับการอนุญาตประกอบกิจการดาวเทียมและองค์ประกอบที่เกี่ยวข้อง ฉบับล่าสุด Nordicity การศึกษาเพื่อ Industry Canada. พฤศจิกายน 2553, 40.

เพื่อก่อให้เกิดการแข่งขันและได้มูลค่าสูงสุดจากคลื่นความถี่ที่ประมูลนั้น และสิทธิที่ได้จากการประมูล จะต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด (exclusive right) หรืออย่างน้อยจะต้องมีผู้มีสิทธิจำนวนจำกัดและเป็นจำนวนที่ทราบได้แน่นอน (definite number of right holders)

อย่างไรก็ตาม ลักษณะของธุรกิจดาวเทียมสื่อสารนั้นต่างจากธุรกิจอื่นโดยทั่วไป โดยธุรกิจดาวเทียมสื่อสารมีผู้ประกอบการในสองระดับ คือผู้ให้บริการช่องสัญญาณดาวเทียมสื่อสาร (Satellite Service Operator) ในอวกาศ และผู้ให้บริการดาวเทียมสื่อสารภาคพื้นดิน (Earth Satellite Service Provider) ในประเทศแต่ละประเทศ

กรณีการให้บริการช่องสัญญาณดาวเทียมสื่อสารในอวกาศเกี่ยวข้องกับทรัพยากรโทรคมนาคมสองส่วน กล่าวคือ

- (1) วงโคจรดาวเทียม และ
- (2) คลื่นความถี่ดาวเทียมบนภาคพื้นดิน

วงโคจรดาวเทียมนั้นเป็นทรัพยากรในอวกาศที่ไม่มีประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นเจ้าของ แต่อยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีกติการ่วมกันในกระบวนการและขั้นตอนให้ได้มาซึ่งสิทธิในการใช้ตำแหน่งวงโคจรดาวเทียม (satellite orbit filings) โดยมีสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union หรือ ITU) เป็นผู้ประสานงานในขั้นตอนดังกล่าว ซึ่งกรณีประเทศไทย กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเป็นสมาชิก

ส่วนคลื่นความถี่ดาวเทียมบนภาคพื้นดิน เช่น คลื่นความถี่ย่าน KU Band, C Band สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศเป็นผู้กำหนดมาตรฐานทางเทคนิคซึ่งประเทศสมาชิกทั่วโลกรวมทั้งประเทศไทยต่างยอมรับ เพื่อให้การสื่อสารดาวเทียมภาคพื้นดินกับสถานีดาวเทียมในอวกาศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ปราศจากการรบกวนของคลื่นสัญญาณระหว่างดาวเทียมหลายๆ ดวง

กสทช. นั้นมีอำนาจกำกับดูแลเฉพาะกรณีการจัดสรรคลื่นความถี่ดาวเทียมบนภาคพื้นดิน แต่ไม่มีอำนาจจัดสรรวงโคจรดาวเทียม โดย กสทช. มีเพียงหน้าที่ในการสนับสนุนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในกระบวนการจองตำแหน่งวงโคจรดาวเทียมเท่านั้น

ดังนั้น การจัดสรรคลื่นความถี่ด้วยวิธีการประมูลจึงไม่เหมาะกับกิจการดาวเทียมสื่อสาร เนื่องจากลักษณะเฉพาะของกิจการดาวเทียมสื่อสารที่ กสทช. ไม่สามารถให้สิทธิเด็ดขาดในวงโคจรดาวเทียมได้ ประกอบกับย่านคลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการดาวเทียมสื่อสารมีลักษณะที่แตกต่างจากคลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เนื่องจากผู้ประกอบการสามารถใช้คลื่นความถี่ย่านเดียวกันนี้พร้อมๆ กันได้ ในทางสากล จึงแทบไม่มีประเทศใดในโลกที่มีการประมูลคลื่นความถี่สำหรับกิจการดาวเทียมสื่อสาร ดังนั้น การประมูลคลื่นความถี่จึงไม่ใช่วิธีการที่ดีที่สุดในการได้มาซึ่งมูลค่าทางตลาดที่แท้จริงของคลื่นความถี่ แต่เมื่อมาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม ซึ่งรวมถึงกิจการดาวเทียมสื่อสาร ต้องใช้วิธีการประมูล ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักนิติธรรมเชิงเนื้อหาอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของปรมาจารย์ทางกฎหมายของสหรัฐ คือ Lon Fuller ที่ได้กล่าวถึงกฎหมายย่อมไม่บังคับสิ่งที่เป็นไปไม่ได้และกฎหมายต้องสามารถปรับตัวให้เข้ากับสภาพความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคมได้

ในแนวปฏิบัติที่เป็นสากลนั้น กรณีกิจการโทรคมนาคม นอกจากวิธีการประมูลคลื่นความถี่ ยังมีวิธีการอื่นอีกมากมายในการจัดสรรคลื่นความถี่ เช่น การประกวดราคาโดยยื่นซองข้อเสนอ (beauty contest) ซึ่งต้องนอกจากราคาแล้วยังต้องพิจารณาคุณภาพงานที่เสนอด้วย

นอกจากนี้ การประมูลคลื่นความถี่ยังเป็นวิธีการที่ทำให้ผู้ประกอบการที่ประกอบการอยู่ในตลาดอยู่แล้วได้เปรียบผู้ประกอบการใหม่ที่กำลังจะเข้าตลาดเดียวกัน เนื่องจากผู้ประกอบการในตลาดย่อมมีอำนาจทุนสูงกว่าผู้ประกอบการใหม่ ซึ่งการนี้ก็ส่งผลต่อสาธารณชนในฐานะผู้บริโภค เพราะเมื่อการแข่งขันในตลาดถูกจำกัดลง ผู้บริโภคก็อาจไม่ได้ประโยชน์สูงสุดไม่ว่าในด้านราคาหรือในด้านบริการ ปัจจุบัน จึงเริ่มมีการมองหาวิธีการอื่นในการจัดสรรคลื่นความถี่ เช่น ในประเทศอังกฤษ Ofcom (หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่เทียบเคียงได้กับ กสทช.) จะกันคลื่นความถี่บางคลื่นไว้สำหรับผู้ประกอบการรายใหม่เพื่อให้เกิดความแข่งขันในตลาดมากขึ้น¹²

กรณีจึงไม่แนชัดอีกต่อไปว่าการประมูลคลื่นความถี่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อชาติและประชาชนเสมอไป เนื่องจากมีองค์ประกอบมากมายที่ต้องคำนึงถึงไม่ว่าจะเป็นจำนวนผู้ประกอบการในตลาดปัจจุบัน ผู้ประกอบการรายใหม่ หรือลักษณะของธุรกิจ ดังนั้น การที่ มาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม ต้องทำโดยวิธีการประมูลเท่านั้นจึงขัดต่อหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา และเมื่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการและหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา มาตรา 45 ดังกล่าวจึงขัดต่อหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญฯ ด้วย

3. พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคมต้องส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดิน แต่กลับกำหนดให้เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องส่งเข้ากองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ

นอกจากวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่แตกต่างกันระหว่างกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ กับกิจการโทรคมนาคมแล้ว พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ยังมีวิธีการบริหารจัดการเกี่ยวกับเงินที่ได้จากการประมูลในแต่ละกิจการต่างกันด้วย โดยเงินที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องนำส่งเข้ากองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ (“กองทุนฯ”) ตาม มาตรา 53 (2) ประกอบ มาตรา 41 วรรคหก ในขณะที่เงินที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมเมื่อหักค่าใช้จ่ายแล้วให้ส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดินตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง

จุดนี้จึงเป็นอีกประเด็นที่น่าสนใจว่าการบริหารจัดการรายได้จากการประมูลคลื่นความถี่ ซึ่งนำไปใช้ประโยชน์ในแนวทางเดียวกันที่ต่างกันขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่

¹² Spectrum value of 800MHz, 1800MHz and 2.6GHz, A DotEcon and Aetha Report for Ofcom, กรกฎาคม 2555, v, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/award-800mhz/statement/spectrum-value.pdf>

4. การที่ พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การบริหารจัดการรายได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ของกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แตกต่างกัน ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

เนื่องจากปัจจุบันมีการหลอมรวมของเทคโนโลยี รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 47 จึงกำหนดให้มีองค์กรเพียงองค์กรเดียวในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อให้การจัดสรรคลื่นความถี่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนอย่างแท้จริง การบริหารจัดการเงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ไม่ว่าจะเป็นเพื่อกิจการโทรคมนาคม หรือกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ จึงควรมีเพียงมาตรฐานเดียว และมาตรฐานนั้นควรเป็นการนำส่งรายได้ที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่เข้ารัฐเพื่อเป็นรายได้แผ่นดิน

ปัจจุบันการกำหนดวิธีการบริหารจัดการรายได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ของกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเนื่องจากการบริหารจัดการที่แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่ลักษณะของสิ่งที่นำมาจัดสรรนั้นไม่แตกต่างกันเลย นั่นคือเป็นคลื่นความถี่ด้วยกันทั้งสองกรณี แม้จะถูกนำไปใช้ในกิจการต่างกัน แต่ตามมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ก็ได้บัญญัติให้มีการวางกติกาการบริหารจัดการรายได้ด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน ฉะนั้น เมื่อสิ่งที่นำมาจัดการเป็นสิ่งเดียวกัน จึงต้องมีการบริหารจัดการในลักษณะเดียวกันจึงจะเป็นไปตาม หลักนิติธรรม

นอกจากนี้ ในอนาคตจะเกิดการหลอมรวมในเทคโนโลยีมากขึ้นโดยผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมและผู้ประกอบการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์จะให้บริการเดียวกันมากขึ้น เช่น บริการอินเทอร์เน็ต เป็นต้น ในอนาคตโครงข่ายเคเบิลทีวีกับโครงข่ายโทรศัพท์ประจำที่จะถูกนำมาใช้เป็นโครงข่ายเพื่อให้บริการอินเทอร์เน็ตมากขึ้น โทรศัพท์จะไม่ใช้โทรศัพท์ตามบ้านอีกต่อไป แต่จะเป็นโทรศัพท์บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ จึงเห็นได้ว่ากิจการทั้งสองประเภทนั้นจะถูกหลอมรวมอย่างแท้จริงและจำเป็นต้องมีการบริหารจัดการเพียงวิธีเดียวจึงจะเกิดประสิทธิภาพสูงสุดแก่ประชาชน

การกำหนดให้รายได้ที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดินนั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสมกว่าเนื่องจากการกำหนดให้ส่งรายได้ที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เข้ากองทุนฯ เท่านั้น ไม่น่าจะเหมาะสมเพราะกองทุนฯ ตามมาตรา 52 มีวัตถุประสงค์ที่กว้างเกินไปจนเปรียบเสมือนไม่มีการกำหนดกรอบใดๆ ในการนำเงินกองทุนฯ มาใช้

มาตรา 52 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ ไว้ดังนี้

“(1) ดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม อย่างทั่วถึง ตลอดจนส่งเสริมชุมชนและสนับสนุนผู้ประกอบการบริการชุมชน ตามมาตรา 51 (วิหยชุมชน)

(2) ส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาทรัพยากรสื่อสาร การวิจัยและพัฒนาด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งความสามารถในการรู้เท่าทัน

สื่อเทคโนโลยีด้านการใช้คลื่นความถี่ เทคโนโลยีสารสนเทศ เทคโนโลยีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้พิการ ผู้สูงอายุ หรือผู้ด้อยโอกาส ตลอดจนอุตสาหกรรมโทรคมนาคม และอุตสาหกรรมต่อเนื่อง

(3) ส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาบุคลากรด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม และเทคโนโลยีสารสนเทศ ตลอดจนการดำเนินการขององค์กรซึ่งทำหน้าที่จัดทำมาตรฐานทางจริยธรรมของการ ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบ กิจการกระจายเสียงและ กิจการโทรทัศน์

(4) สนับสนุน ส่งเสริม และคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และ กิจการโทรคมนาคม

(5) สนับสนุนการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ โดยจัดสรรเงินให้แก่กองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์”

วัตถุประสงค์ของกองทุนฯ นี้ครอบคลุมแทบจะทุกด้านและบางส่วนซ้ำซ้อนกับงานประจำ ของสำนักงาน กสทช. ที่มีอยู่แล้ว

นอกจากนี้ การกำหนดให้สามารถนำเงินกองทุนฯ มาใช้ตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนา สื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ตามมาตรา 52 (5) เป็นการไม่กำหนดกรอบการใช้เงินกองทุนฯ แต่อย่างใด เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีมาตรการกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยในความรับผิดชอบ (accountability) ในเงินกองทุนฯ ในส่วนนี้ได้

จากเหตุผลข้างต้นการที่ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดการบริหาร จัดการรายได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์อย่างหนึ่ง และ กิจการโทรคมนาคมอีกอย่างหนึ่ง ต่างกันจึงเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ

บทสรุป

เมื่อพิจารณา พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ซึ่งกำหนดให้ กสท. จัดสรร คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และ กทค. จัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการ โทรคมนาคม แต่ในกรณีกิจการโทรคมนาคม พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่ต้องกระทำโดยการประมูลเท่านั้นในขณะที่กรณีกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ กฎหมายมิได้กำหนดวิธีการไว้โดยเฉพาะเจาะจง เว้นแต่กรณีการประกอบกิจการ ทางธุรกิจที่กฎหมายบัญญัติว่าให้ต้องใช้วิธีการประมูลคลื่นความถี่ ซึ่งการกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่น ความถี่ที่ต่างกันเช่นนี้ขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญฯ เพราะ การประมูลคลื่นความถี่มิได้นำมาซึ่งประโยชน์สาธารณะสูงสุดเสมอไป เช่น ในกรณีกิจการดาวเทียม สื่อสาร จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม เป็นการเลือกปฏิบัติ และไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและ สังคมของประเทศไทย การกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคมที่เหมาะสมกว่า จึงไม่ควรกำหนดให้กระทำโดยวิธีการประมูลเท่านั้น แต่ควรกำหนดให้สอดคล้องกับวิธีการจัดสรร คลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ซึ่งไม่ถูกกำหนดวิธีการไว้โดยเฉพาะเจาะจง

นอกจากนี้ การที่กำหนดให้เงินที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม เมื่อหักค่าใช้จ่ายแล้วให้ส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดินโดยไม่ต้องนำส่งเข้ากองทุนฯ แต่เงินที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องนำส่งเข้ากองทุนฯ ซึ่งการกำหนดวิธีการนำส่งเงินที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่มีความแตกต่างกันนั้นเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม เนื่องจากการเลือกปฏิบัติ ทั้งๆ ที่คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการทั้งสองประเภทไม่มีความแตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ดี อีกทั้งการกำหนดวัตถุประสงค์กองทุนฯ ตามมาตรา 52 ยังเป็นการกำหนดกรอบทำงาน ข้ำซ้อนกับภารกิจงานประจำของสำนักงาน กสทช. และอาจก่อให้เกิดความไม่โปร่งใสในการจัดการกองทุนฯ ได้เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ จึงเท่ากับยังไม่มีกำหนดวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ ที่ชัดเจน การกำหนดวิธีบริหารจัดการรายได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่ต่างกันจึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม ตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน การบริหารจัดการเงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่เหมาะสมกว่า จึงควรกำหนดให้สอดคล้องกับการบริหารจัดการเงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคมคือ ให้นำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดิน

ในการดำเนินการแก้ไขปัญหาดังต้นสมควรที่จะมีการศึกษาวิเคราะห์ในรายละเอียด เพื่อพิจารณาเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 แต่ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันควรที่จะใช้ความระมัดระวังเพื่อให้การกำกับดูแลในกิจการตามอำนาจหน้าที่ของ กสทช. สอดคล้องกับหลักนิติธรรมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้และเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน สมดังเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550