

## คำวินิจฉัยของ นายสุธี สุทธิสมบุรณ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๕๖/๒๕๕๕

วันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๕๕

เรื่อง พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๔ มาตรา ๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗  
พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕ มาตรา ๖  
และกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๓๖) ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ มาตรา ๔๐  
และมาตรา ๓๓๕ (๒) หรือไม่

ศาลอาญาส่งคำโต้แย้งของจำเลย ในคดีอาญาหมายเลขคำที่ ๒๒/๒๕๕๔ ระหว่างพนักงานอัยการ  
สำนักงานอัยการสูงสุด เป็นโจทก์ บริษัท สาคเรเบิ้ลทีวีเน็ตเวิร์ค จำกัด ที่ ๑ กับพวก รวมสองคน  
เป็นจำเลย เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๔ ว่าพระราชบัญญัติ  
วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๔ มาตรา ๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ พระราชบัญญัติ  
วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕ มาตรา ๖ และกฎกระทรวง  
ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๓๖) ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒)  
หรือไม่

ข้อเท็จจริงตามคำร้อง สรุปได้ว่า พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยกับพวก รวมสองคน  
ในความผิดฐานร่วมกันดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนโดยไม่ได้รับ  
ใบอนุญาต การกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์  
พ.ศ. ๒๕๕๔ มาตรา ๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์  
(ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕ มาตรา ๖ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ และกฎกระทรวง  
ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๓๖) ขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยตามกฎหมาย

จำเลย (ผู้ร้อง) ยื่นคำร้องต่อศาลอาญาโต้แย้งบทบัญญัติของกฎหมายชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ  
โดยให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสอง กำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง  
และกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) เป็นองค์กร  
ของรัฐที่เป็นอิสระ มีหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง แต่ กสช. และ กทช.  
จัดตั้งมาแล้วเสร็จภายในกำหนดสามปีตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) การจัดตั้ง  
คณะกรรมการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม จึงมีผลเป็นโมฆะ

เป็นเหตุให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรที่สื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง ผู้ร้องจึงมีสิทธิที่จะใช้คลื่นความถี่ในการดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีใบอนุญาตหรือต้องขอใบอนุญาตจากผู้ใด การที่โจทก์ฟ้องผู้ร้องกับพวกเป็นจำเลย ในความผิดฐานร่วมกันดำเนินบริการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนโดยไม่ได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๘๘ มาตรา ๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕ มาตรา ๖ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ และกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๓๖) บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งจะใช้บังคับแก่คดีหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒) และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าว จึงขอให้ศาลรื้อการพิจารณาพิพากษาไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นตามทางการเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๔

ศาลรัฐธรรมนูญมีมติ เมื่อวันที่ ๒๓ ธันวาคม ๒๕๔๗ ให้รับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๔ และแจ้งกรมประชาสัมพันธ์ในฐานะผู้เกี่ยวข้องทราบ หากประสงค์จะชี้แจงหรือแสดงความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ยื่นเป็นหนังสือได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือ

อธิบดีกรมประชาสัมพันธ์มีหนังสือชี้แจงต่อศาลรัฐธรรมนูญ สรุปได้ว่า บริษัท สาครเคเบิลทีวี่เน็ทเวิร์ค จำกัด ได้ยื่นคำร้องขอใบอนุญาตให้บริการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ต่อกรมประชาสัมพันธ์ เมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๔๒ ขณะอยู่ระหว่างกระบวนการตรวจสอบเอกสารเพื่อเสนอคณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการขออนุญาตดำเนินบริการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ ฯ รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๔๓ พระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทเฉพาะกาล มาตรา ๘๐ ห้ามมิให้หน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการบริหารคลื่นความถี่ หรือกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง หรือกิจการโทรทัศน์พิจารณาจัดสรรคลื่นความถี่ ออกใบอนุญาตประกอบกิจการ หรืออนุญาตให้ประกอบกิจการเพิ่มเติมจนกว่าจะมีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) ออกมาใช้บังคับ ดังนั้น กรมประชาสัมพันธ์จึงไม่สามารถออกใบอนุญาตให้ได้

ข้อโต้แย้งของจำเลยและคำชี้แจงของอธิบดีกรมประชาสัมพันธ์มีเพียงพอในการพิจารณาวินิจฉัย แต่เนื่องจากข้อโต้แย้งในประเด็นว่า กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๓๖) ออกตามความในพระราชบัญญัติ วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๙๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นั้น เห็นว่าไม่อยู่ในบังคับ ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๔ วรรคหนึ่ง เพราะมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา แต่ประกาศ ใช้บังคับโดยคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหาร จึงไม่ต้องพิจารณาวินิจฉัย ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ เป็นบททั่วไป ที่บัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาวินิจฉัยเช่นเดียวกัน และโดยที่มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๙๘ ถูกยกเลิก และให้ใช้ความใหม่แทน โดยมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ และ มาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๙๘ ถูกยกเลิก โดยมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ จึงมีประเด็นตามคำร้อง ที่ต้องพิจารณาวินิจฉัย คือ พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๙๘ มาตรา ๕ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕) มาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๖) และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒) หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒) บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา ๔๐ “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบ กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม”

มาตรา ๓๓๕ “ในวาระเริ่มแรก มิให้นำบทบัญญัตินี้ไปใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ ภายใต้อำนาจของ

เงื่อนไขดังต่อไปนี้

-----

(๒) มิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๔๐ มาใช้บังคับ จนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ กฎหมายที่จะตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ซึ่งมีผลสมบูรณ์อยู่ในขณะที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ จนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น จะสิ้นผล

-----”

พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๙๘ มาตรา ๕ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕) มาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๖) บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา ๕ “ห้ามมิให้ผู้ใดส่งวิทยุกระจายเสียงหรือส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตให้ดำเนินบริการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือบริการส่งวิทยุโทรทัศน์จากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต

การส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์ ที่กระทำโดยการทำให้คลื่นแอสตเขียนแพร่กระจายไปในบรรยากาศ ถ้าได้ทำการส่งโดยมีรายการแน่นอนสม่าเสมอหรือเป็นประจำ และบุคคลอื่นสามารถรับการส่งวิทยุสัญญาณได้โดยใช้เครื่องรับวิทยุกระจายเสียงหรือเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์ที่ผู้ส่งจัดหาให้หรือที่มีจำหน่ายโดยทั่วไป ให้ถือว่าการส่งวิทยุสัญญาณเป็นการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนตามความในวรรคหนึ่ง

การส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์ ที่กระทำโดยการทำให้คลื่นแอสตเขียนผ่านไปทางสายหรือสื่อตัวนำไฟฟ้า ถ้าได้ทำการส่งโดยมีรายการแน่นอนสม่าเสมอหรือเป็นประจำและบุคคลอื่นสามารถรับการส่งวิทยุสัญญาณได้โดยใช้เครื่องรับวิทยุกระจายเสียงหรือเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์ที่ผู้ส่งจัดหาให้หรือที่มีจำหน่ายโดยทั่วไป ไม่ว่าเครื่องรับนั้นจะมีความจำเป็นต้องดัดแปลงหรือติดตั้งอุปกรณ์เพิ่มเติมหรือไม่ก็ตาม และถ้าการส่งวิทยุสัญญาณได้กระทำตามลักษณะหรือขอบเขตตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ให้ถือว่าการส่งวิทยุสัญญาณเป็นการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนตามความในวรรคหนึ่ง

กฎกระทรวงที่ออกตามความในวรรคสาม ให้ใช้บังคับในวันที่ระบุในกฎกระทรวงแต่จะใช้บังคับก่อนเก้าสิบวันนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้ กฎกระทรวงที่ออกมาเปลี่ยนแปลงลักษณะและขอบเขตของการส่งวิทยุตามที่ได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้แล้ว ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับใบอนุญาตอยู่แล้วก่อนวันที่กฎกระทรวงดังกล่าวใช้บังคับ และให้ผู้รับใบอนุญาตดังกล่าวดำเนินการต่อไปได้จนกว่าอายุใบอนุญาตนั้นจะสิ้นสุดลง”

(ความในมาตรา ๕ เดิมถูกยกเลิก และใช้ความใหม่แทนโดยมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐)

มาตรา ๑๖ “เมื่อมีคำพิพากษาว่า ผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ศาลจะสั่งริบสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดนั้น เพื่อให้ไว้ใช้ในราชการกรมประชาสัมพันธ์ด้วยก็ได้”

มาตรา ๑๗ “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๕ หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการดำเนินบริการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๒๕ (๒) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับเป็นรายวันอีกวันละสองพันบาทจนกว่าจะดำเนินการให้ถูกต้อง”

(ความในมาตรา ๑๗ เดิมถูกยกเลิก และใช้ความใหม่แทนโดยมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐)

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๘๐ บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา ๘๐ “ในวาระเริ่มแรกที่การคัดเลือกและแต่งตั้ง กสช. หรือ กทช. แล้วแต่กรณี ยังไม่แล้วเสร็จให้นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี อธิบดีกรมประชาสัมพันธ์ อธิบดีกรมไปรษณีย์โทรเลข และเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นใดที่เกี่ยวกับการบริหารคลื่นความถี่ การจัดสรรคลื่นความถี่ การอนุญาตและการกำกับดูแลหรือการควบคุมการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ กฎหมายว่าด้วยวิทยุคมนาคม กฎหมายว่าด้วยโทรเลขและโทรศัพท์ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติจนถึงวันพ้นกำหนดเวลาตามมาตรา ๗๗ แต่ในระหว่างนั้นจะพิจารณาจัดสรรคลื่นความถี่ ออกใบอนุญาตประกอบกิจการหรืออนุญาตให้ประกอบกิจการเพิ่มเติมไม่ได้”

พิจารณาแล้ว เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง กำหนดให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสอง กำหนดให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) ในบทเฉพาะกาล กำหนดมิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๔๐ มาใช้บังคับ จนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ต่อมารัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๔๓ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ซึ่งการแต่งตั้งคณะกรรมการทั้งสองชุดนี้ต้องผ่านกระบวนการที่พระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา แต่ในปัจจุบันการดำเนินการตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง กทช. ตามคำแนะนำของวุฒิสภาแล้ว ส่วนการแต่งตั้ง กสช. ยังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาคัดเลือกของวุฒิสภาจากผู้ที่ผ่านการสรรหาจำนวนสิบสี่คน เพื่อให้วุฒิสภาคัดเลือกให้เหลือเจ็ดคน เมื่อคัดเลือกบุคคลเป็นกรรมการครบจำนวนแล้วให้ผู้ที่ได้รับเลือกทั้งหมดประชุมร่วมกันเพื่อคัดเลือกกันเอง ให้คนหนึ่งเป็นประธานกรรมการแล้วแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ซึ่งขณะนี้มีการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ประกอบมาตรา ๓๓๕ (๒) เพียงแต่กระบวนการในการพิจารณาคัดเลือก กสช. ยังไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย และยังไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดสามปี แต่ทั้งนี้มาตรา ๘๐ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ก็ได้กำหนดกลไกในทางปฏิบัติไว้แล้ว

สำหรับเหตุผลที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า กสช. จัดตั้งไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดสามปีตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) มีผลให้การจัดตั้ง กสช. เป็นโมฆะ และผู้ร้องมีสิทธิที่จะใช้คลื่นความถี่โดยไม่จำเป็นต้องมีใบอนุญาตหรือต้องขอใบอนุญาตจากผู้ใดนั้น ข้อโต้แย้งของผู้ร้องดังกล่าวรับฟังไม่ขึ้น เพราะไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ

ส่วนเหตุผลที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๙๘ มาตรา ๕ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕) มาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๖) กรณีขออนุญาตส่งวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนต้องได้รับใบอนุญาตก่อน หากฝ่าฝืนต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒) เพราะมิได้มีการแต่งตั้ง กสช. ภายในกำหนดสามปี เป็นคนละประเด็นกันเนื่องจากกำหนดเวลาสามปีตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) เป็นกำหนดเวลาเพื่อเร่งรัดให้มีการตรากฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ประกาศใช้บังคับภายในกำหนดเวลาสามปีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว ส่วนการแต่งตั้ง กสช. ซึ่งอยู่ระหว่างขั้นตอนการคัดเลือกของวุฒิสภา เนื่องจากมีปัญหาการฟ้องร้องให้เพิกถอนขั้นตอนการสรรหา กสช. ต่อศาลปกครอง ก็มีได้ ทำให้การจัดตั้ง กสช. มีผลเป็นโมฆะและมีผลให้คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง เป็นทรัพยากรสื่อสารสาธารณะที่ผู้ร้องสามารถจะใช้คลื่นความถี่วิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ได้อย่างเสรี โดยไม่จำเป็นต้องมีใบอนุญาตหรือต้องขอใบอนุญาตตามความเข้าใจของผู้ร้องแต่ประการใด โดยเฉพาะความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ นั้น ต้องการให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ตามที่กฎหมายบัญญัติ และเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๓๐ และพระราชบัญญัติฉบับนี้ มาตรา ๒๓ (๔) ได้บัญญัติให้ กสช. มีอำนาจหน้าที่พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และมาตรา ๓๐ ได้บัญญัติให้การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และการกำกับดูแลการประกอบกิจการดังกล่าวเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ จึงหมายความว่า ในการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับอนุญาตจาก กสช. หากมีการฝ่าฝืนก็จะต้องได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๙๘ และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น บทบัญญัติของ

กฎหมายที่บัญญัติให้ต้องขออนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และกำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนไว้ จึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒) และไม่มีประเด็นที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒)

สำหรับประเด็นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒) หรือไม่ เห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ เป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป กรณีความผิดเกิดจากการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกันเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ ดังกล่าว จึงไม่มีประเด็นที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒) แต่ประการใด

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๔๕๘ มาตรา ๕ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๕) มาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๖) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๓๓๕ (๒)

นายสุธี สุทธิสมบูรณ์  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ