

บทความกิตติมศักดิ์



designed by Freepik.com

**แนวทางการขับเคลื่อนแนวนโยบายสาธารณะ
ในกิจการโทรทัศน์ภายใต้กรอบกฎหมาย :
กรณีกิจการโทรทัศน์และรายการโทรทัศน์สำคัญ
ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป**

**A Guide to Managing Public Policy under
Legal Framework : Case Studies of
Thailand's Must Carry and Must Have Rule**

พันเอก ดร.นที ศุกลรัตน์
ณัฐชญา ทวีวิทย์ชาครียะ

แนวทางการขับเคลื่อนนโยบายสาธารณะในกิจการโทรทัศน์ ภายใต้กรอบกฎหมาย : กรณีกิจการโทรทัศน์ และรายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้บริการเป็นการทั่วไป A Guide to Managing Public Policy under Legal Framework : Case Studies of Thailand's Must Carry and Must Have Rule

พินเอก ดร.นที ศุกลรัตน์
ณัฐชญา ทวีวิทย์ชาคริยะ

บทคัดย่อ

การศึกษาแนวทางการขับเคลื่อนนโยบายสาธารณะในกิจการโทรทัศน์ภายใต้กรอบกฎหมายใช้กรณีการออกประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry) และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (ประกาศ Must Have) เป็นกรณีศึกษา ซึ่งประกาศทั้งสองฉบับเป็นกติกาพื้นฐานที่สำคัญในกิจการโทรทัศน์ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ที่นำเสนอแนวคิดสมัยใหม่ที่คำนึงถึงความจำเป็นของประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่งและความสมดุลที่จะให้เอกชนที่ได้รับอนุญาตประกอบกิจการสามารถใช้ทรัพย์สินของตนในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ แนวคิดดังกล่าวของ กสทช. นอกจากจะปฏิบัติตามหลักกฎหมายแล้ว ยังได้นำหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้วิเคราะห์ความจำเป็นและผลกระทบที่จะเกิดจากการกำหนดประกาศทั้งสองฉบับ ในขณะเดียวกัน ก็ได้้นำแนวคิดจากต่างประเทศที่ได้มีการกำหนดกติกาก่อนประเทศไทย มาศึกษาและปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมและโครงสร้างอุตสาหกรรมโทรทัศน์ของประเทศ

เพื่อเป็นประโยชน์ในการกำกับดูแลให้แก่องค์กรอื่นๆ ในการปรับใช้กฎหมายในลักษณะเดียวกัน ในอนาคต บทความฉบับนี้จึงได้ศึกษาแนวคิดในการออกประกาศทั้งสองฉบับเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาแนวทางการตัดสินใจของศาลปกครองต่อข้อพิพาท โดยเปรียบเทียบกับกรณีของกระบวนการยุติธรรมในต่างประเทศ

คำสำคัญ : นโยบายสาธารณะ กิจการโทรทัศน์ บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป รายการโทรทัศน์
สำคัญ นิติเศรษฐศาสตร์

ABSTRACT

The article presents an analysis of public policy management under legal framework and selects Thailand's Must Carry and Must Have rule as case studies. The "Must Carry" and the "Must Have" lay down the fundamental regulations for regulating Thailand's broadcasting under the National Broadcasting and Telecommunications Commission (NBTC) and are designed based on modern concept to guarantee the rights of people for accessing public goods (broadcasting services) as well as to allow the private sectors to properly operate broadcasting and content businesses. The rationale of the NBTC towards Must Carry and Must Have rule not only follows the principle of law but also adopts law and economics approach for analyzing the necessities and the costs arising from the rules. The NBTC also studies international experiences as guidelines and carefully adopts them based on country's environment and structure of television's industry.

In order to benefit other administrative agencies in implementing the similar rule and regulation in the future, this article will deeply analyze concept and rationale of the Must Carry and Must Have rule and then make a comparison with international cases and experiences. The article will also provide an analysis of courts' judgments towards the disputes and compare them with the judgments, ruling in other countries.

Keywords : Public policy, Television, Must Carry, Must Have, Law and economics

บทนำ

กิจการโทรทัศน์เป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะ ความบันเทิง ศิลปวัฒนธรรม เศรษฐกิจ และสังคมโดยรวมของประเทศ ซึ่งจัดเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่เป็น บริการสาธารณะประเภทหนึ่งที่รัฐจะต้องจัดหาและให้บริการต่อประชาชนเพื่อให้ประชาชนสามารถ เข้าถึงข้อมูลข่าวสารอย่างมีคุณภาพ เท่าเทียม และทั่วถึง โดยในอดีตที่ผ่านมา กิจการโทรทัศน์ ถือว่าเป็นกิจการที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศซึ่งอยู่ภายใต้การให้บริการโดยภาครัฐ มาโดยตลอด กล่าวคือ รัฐเป็นผู้ที่ได้รับการจัดสรรคลื่นวิทยุและโทรทัศน์ และดำเนินการจัดตั้งสถานี และประกอบกิจการเอง หรือรัฐนำคลื่นที่ได้รับการจัดสรรนั้นมาให้สัมปทานเพื่อให้เอกชนดำเนินการ แทนภาครัฐอีกทอดหนึ่ง นั้นหมายความว่า กิจการโทรทัศน์ไทยในยุคแอนะล็อกที่ผ่านมาเป็นกิจการที่ถูก ควบคุมโดยรัฐ ซึ่งรัฐมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการบริหารจัดการคลื่นความถี่ จนสามารถเอื้อประโยชน์ให้แก่ กลุ่มเอกชนที่มีสายสัมพันธ์อย่างเหนียวแน่นกับรัฐหรือกับผู้ที่มีอำนาจทางการเมืองได้

ในขณะเดียวกันนั้น รัฐยังใช้สื่อที่รัฐจัดตั้งขึ้นเป็นช่องทางสำคัญในการปลุกกระดมทางการเมือง และเป็นเครื่องมือทางการเมืองของผู้นำฝ่ายอำนาจนิยม เช่น ในช่วงเวลา พ.ศ. 2498 จอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้เปิดสถานีโทรทัศน์ไทยทีวีช่อง 4 บางขุนพรหม ระบบขาวดำเป็นแห่งแรก ซึ่งสถานี โทรทัศน์ช่อง 4 แห่งนี้ได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองและทางการเมืองของจอมพล ป. พิบูลสงคราม มาอย่างต่อเนื่อง จวบจนในเวลาต่อมา ภายหลังจากการทำรัฐประหารและยึดอำนาจการปกครอง ประเทศ จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ก็ได้จัดตั้งสถานีโทรทัศน์แห่งชาติ 2 ของประเทศไทย โดยใช้งบประมาณ จากหน่วยงานทหารในการจัดตั้งสถานีโทรทัศน์กองทัพบกช่อง 7 ระบบขาวดำ เพื่อใช้เป็นสื่อกลางใน การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างทหารและประชาชน (พิรดา พรนิมิตเลิศเจริญ, 2558)

เหตุการณ์ “พฤษภาทมิฬ” ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535 เป็นเหตุการณ์หนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า รัฐได้ปิดกั้นการเผยแพร่ข่าวสารผ่านการควบคุมวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ที่อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐได้อย่างเบ็ดเสร็จจนส่งผลให้สื่อโทรทัศน์ไทยไม่สามารถถ่ายทอดภาพ หรือเสียง หรือรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้นบนถนนราชดำเนินได้ เหตุการณ์พฤษภาทมิฬจึงเป็นภาพสะท้อนของความล้มเหลวของสื่อโทรทัศน์ไทยจนนำมาสู่การผลักดันเพื่อให้มีการปฏิรูปสื่อโทรทัศน์ครั้งใหญ่ และนำไปสู่การบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 40 ให้ “คลื่นความถี่ ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ” โดยให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแล

การประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

การบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 ข้างต้น เป็นผลมาจากแนวคิดเรื่องกิจการโทรทัศน์ที่เป็นสาธารณูปโภคพื้นฐาน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำให้แก่ประชาชนในลักษณะของบริการสาธารณะประเภทหนึ่งอย่างทั่วถึง การบัญญัติดังกล่าวเปิดโอกาสให้มีการจัดสรรคลื่นความถี่ให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมประกอบกิจการโทรทัศน์และสร้างกลไกนำไปสู่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยให้มีการกำกับดูแลโดยองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระ แต่เนื่องจากปัญหาของการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลด้านกระจายเสียงและโทรทัศน์ตามรัฐธรรมนูญ ทำให้ประเทศไทยเกิดภาวะสุญญากาศของการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เป็นระยะเวลาเกือบ 15 ปี และการผลักดันให้แนวความคิดดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในประเทศไทยจึงชะงักงัน

ผลกระทบสำคัญที่เกิดจากภาวะสุญญากาศของการกำกับดูแล คือ การขาดดุลยภาพในอุตสาหกรรมโทรทัศน์ ซึ่งเกิดจากเทคโนโลยีและภาคอุตสาหกรรมประกอบกิจการโทรทัศน์ได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็วและต่อเนื่อง แต่ขาดการกำหนดหลักเกณฑ์และกติกาในการกำกับดูแลยกตัวอย่างเช่น เทคโนโลยีด้านการประกอบกิจการโทรทัศน์ในระดับสากลได้มีการพัฒนาจากระบบแอนะล็อกไปสู่ระบบดิจิทัล แต่การประกอบกิจการโทรทัศน์ของไทยยังคงใช้เทคโนโลยีการรับส่งแบบระบบแอนะล็อกอยู่เช่นเดิม ความล่าช้าในการพัฒนากิจการโทรทัศน์ข้างต้นได้ส่งผลให้ประเทศไทยมีสถานีโทรทัศน์ที่ให้บริการ “ฟรีทีวี” (Free TV)¹ เพียงจำนวน 6 สถานี คือ สถานีวิทยุโทรทัศน์ไทยทีวีสีช่อง 3 สถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบกช่อง 5 สถานีโทรทัศน์สีกองทัพบกช่อง 7 สถานีโทรทัศน์โมเดิร์นไนน์ (ช่อง 9 อ.ส.ม.ท.) สถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งประเทศไทย (สทท.) และสถานีโทรทัศน์ไทยพีบีเอส ซึ่งบริการฟรีทีวีดังกล่าวประสบปัญหาการขยายโครงข่ายของกิจการโทรทัศน์ไม่ทั่วถึง ส่งผลให้ประชาชนไทยจำนวนมากไม่สามารถรับบริการโทรทัศน์ได้อย่างมีคุณภาพ

1 “ฟรีทีวี” (Free TV) หรือ “การให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป” เป็นบริการโทรทัศน์ที่ประชาชนไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าบริการเพื่อรับชม โดยเป็นค่าที่ตรงกันข้ามกับ “เพย์ทีวี” (Pay TV) ซึ่งเป็นบริการโทรทัศน์ในยุคใหม่ที่ให้บริการเฉพาะสมาชิก มีเงื่อนไขจำกัดโดยการใช้อุปกรณ์เครื่องรับพิเศษหรือค่าสมาชิกรายเดือน นอกจากนี้ ในระยะเวลานี้ที่ผ่านมา ยังไม่เคยมีการกำหนดกฎเกณฑ์ กติกา ที่สอดคล้องกับการพัฒนาเทคโนโลยี และยังไม่เคยมีการนิยามคำว่า “การให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป” อย่างเป็นทางการในเชิงกฎหมาย แต่ความเข้าใจที่รับรู้กันโดยทั่วไป “ฟรีทีวี” หมายรวมถึงบริการโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดินที่ใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่ที่เป็นทรัพยากรของชาติ โดยการออกอากาศผ่านระบบภาคพื้นดินด้วยโครงข่ายของตนเอง และเป็นบริการที่ไม่มีค่าบริการเรียกเก็บจากประชาชน

ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีการส่งสัญญาณโทรทัศน์ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียม ซึ่งมีคุณภาพความคมชัดที่ดีกว่า รวมถึงมีจำนวนช่องรายการที่มีทางเลือกและความหลากหลายมากกว่า ประชาชนจึงให้ความสนใจและหันมารับบริการโทรทัศน์ระบบเคเบิลและดาวเทียม หรือบริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิก (เพย์ทีวี) กันมากขึ้น และเนื่องจาก “ฟรีทีวี” มีฐานผู้ชมจำนวนมาก ผู้ประกอบการโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมซึ่งเป็นบริการใหม่ จึงดึงเอาสัญญาณฟรีทีวีไปออกอากาศผ่านโครงข่ายของตนเพื่อให้บริการต่อประชาชนโดยไม่มีสัญญาทางธุรกิจระหว่างกัน แต่อย่างไรก็ดี การดึงสัญญาณไปออกอากาศดังกล่าวเป็นที่รับรู้และยินยอมของทั้งสถานีโทรทัศน์ฟรีทีวีและผู้ประกอบกิจการโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียม เพราะทั้งสองฝ่ายเล็งเห็นว่าจะเกิดประโยชน์ร่วมกัน กล่าวคือ สถานีโทรทัศน์ฟรีทีวีสามารถใช้โครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมเป็นช่องทางหนึ่งในการให้บริการต่อประชาชน ส่วนผู้ประกอบกิจการโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมก็มีเนื้อหาฟรีทีวีซึ่งเป็นช่องรายการที่ประชาชนชื่นชอบไปออกอากาศ ในขณะที่ประชาชนก็ได้รับบริการฟรีทีวีที่มีความคมชัด และมีคุณภาพดีกว่าการรับสัญญาณภาคพื้นดินในระบบแอนะล็อกเดิม ด้วยเหตุนี้ ในเวลาต่อมา การรับบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมในประเทศไทยจึงเกิดการขยายตัวอย่างรวดเร็ว

ดังนั้น ในช่วง พ.ศ. 2545-2555 การให้บริการโทรทัศน์ของประเทศไทยสามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบหลัก คือ (1) “ฟรีทีวี” ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป และ (2) “เพย์ทีวี” ที่ให้บริการเฉพาะสมาชิก ซึ่งกิจการโทรทัศน์ของไทยก็ได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการส่งสัญญาณโทรทัศน์มาตามลำดับ แต่เนื่องจากเกิดสภาวะสัญญาณขาดและไม่มั่นคงรบกวนกับดูแลในช่วงเวลาดังกล่าว ทำให้ไม่มีการกำกับดูแลหรือการกำหนดกติกา หน้าที่ ความรับผิดชอบ และความสัมพันธ์ระหว่างกิจการโทรทัศน์ประเภทต่างๆ ได้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่าง “เพย์ทีวี” กับ “ฟรีทีวี” จนนำมาสู่ปัญหา “จอต้า” ในการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ซึ่งเกิดจากการที่เจ้าของสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดผ่านฟรีทีวีไม่ยินยอมให้มีการนำการถ่ายทอดสดการแข่งขันไปเผยแพร่ผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียม ส่งผลให้ประชาชนที่รับบริการฟรีทีวีผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมไม่สามารถรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ประชาชนมีความต้องการที่จะรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ก็ต้องซื้ออุปกรณ์รับสัญญาณดาวเทียมจากเอกชนเจ้าของสิทธิ์

ปัญหา “จอต้า” ในการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 เป็นตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการจำกัดสิทธิ์ในการเข้าถึงบริการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปของประชาชน และเป็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนว่าองค์กรกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์จำเป็นต้องเร่งสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ์ของประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ได้อย่างเท่าเทียม

ทั่วถึง และเป็นธรรม และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดในลักษณะเดียวกันจนส่งผลกระทบต่อประชาชนในอนาคต โดยเฉพาะเมื่อมีการเผยแพร่รายการสำคัญที่มีค่าลิขสิทธิ์มูลค่าสูง

เพื่อแก้ไขปัญหาที่ประชาชนผู้ใช้บริการไม่สามารถรับชมบริการโทรทัศน์ของสถานีโทรทัศน์ภาคพื้นดินซึ่งให้บริการเป็นการทั่วไปผ่านบริการโทรทัศน์ในระบบดาวเทียมหรือผ่านทางสายเคเบิลได้ในบางช่วงเวลา หรือป้องกันปัญหา “จอดำ” ในระยะยาว กสทช. จึงได้การออกประกาศ กสทช. เรื่อง **หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry)** โดยประกาศฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะรับรองสิทธิของประชาชนในการรับบริการสาธารณสุขภาคพื้นดินในกิจการโทรทัศน์อันเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการข้อมูล ข่าวสาร สารระที่มีประโยชน์อย่างเท่าเทียมและทั่วถึงในทุกช่องทางการรับบริการโทรทัศน์ ซึ่งมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงไม่เป็นการก่อให้เกิดภาระอันเกินสมควรแก่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ประกาศ Must Carry ได้กำหนดนิยามของคำว่า “บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป” ให้หมายถึง บริการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่ที่ผู้ใช้บริการสามารถรับชมได้เป็นการทั่วไป โดยไม่กำหนดเงื่อนไขในการรับบริการทั้งหมด และกำหนดให้การให้บริการโทรทัศน์ผ่านระบบคลื่นความถี่ภาคพื้นดิน (Terrestrial) เป็น “บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป” เพราะการเข้าถึงโทรทัศน์ผ่านระบบคลื่นความถี่ภาคพื้นดินเป็นการเข้าถึงได้โดยตรงและไม่มีเงื่อนไขโดยที่ประชาชนไม่จำเป็นที่จะต้องเสียค่าใช้จ่าย ส่วนบริการโทรทัศน์ผ่านระบบสายเคเบิลและผ่านระบบดาวเทียม ถือเป็น “บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิก” เพราะการที่ประชาชนจะสามารถเข้าถึงได้ จำเป็นต้องติดตั้งอุปกรณ์เพิ่มเติม เช่น อุปกรณ์แปลงสัญญาณหรืออุปกรณ์ถอดรหัส ซึ่งถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขในการเข้าถึงบริการ นอกจากนั้นแล้วประกาศ Must Carry ยังได้กำหนดหลักการสำคัญให้ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกจะต้องนำพาสัญญาของรายการโทรทัศน์ของบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป ไปออกอากาศให้ผู้ให้บริการของตนได้โดยตรงอย่างต่อเนื่อง และไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลง ทำซ้ำ ดัดแปลงผังรายการหรือเนื้อหารายการ และผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปจะต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดขวางให้ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกนำพาสัญญาของตนไปออกอากาศด้วย

การออกประกาศ Must Carry ของ กสทช. ข้างต้น นอกจากจะเป็นการประกันสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปได้โดยเท่าเทียม ทั่วถึง และเป็นธรรมแล้วยังเป็นการกำหนดขอบเขตของเอกชนในการแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจภายใต้กรอบของกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปจะต้องยินยอมที่จะไม่แสวงหาประโยชน์ใดจากสิทธิในรายการที่แพร่ภาพผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป หรือจะเรียกกร่องผลประโยชน์

เพิ่มเติมโดยการเผยแพร่ผ่านช่องทางของ “เพย์ทีวี” ที่เป็นระบบดาวเทียมหรือระบบเคเบิลไม่ได้ ในขณะที่ผู้ประกอบการประเภทบอกรับสมาชิกที่ให้บริการผ่านระบบเคเบิลและดาวเทียมก็มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะส่วนหนึ่งจากการยินยอมให้ช่องทางของตนเองเป็นทางผ่านของบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป

นอกจากการรับประกันสิทธิ์เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึง “บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป” ได้โดยเท่าเทียม ทั้งถึง และเป็นธรรมแล้ว ยังมีความจำเป็นที่จะต้องรับประกันไปถึงเนื้อหารายการที่สำคัญบางประเภท เนื่องจากในบางกรณีอาจมีการนำเอาเนื้อหารายการสำคัญที่มีผลกระทบต่อสังคม และเป็นที่ยอมรับของประชาชนจำนวนมากไปแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจโดยวิธีการจำกัดช่องทางการเผยแพร่ ซึ่งส่งผลให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่สำคัญและจำเป็นจนกระทบต่อประโยชน์สาธารณะได้ ด้วยเหตุนี้ กสทช. จึงได้นำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นพื้นฐานในการออกประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (ประกาศ Must Have) โดยประกาศดังกล่าวเป็นการรับประกันสิทธิ์ขั้นพื้นฐานให้ประชาชนได้รับชมรายการโทรทัศน์บางรายการที่มีความสำคัญและที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะได้อย่างเป็นธรรม เสมอภาค ทั้งถึง และปราศจากเงื่อนไขทางด้านเทคนิคและด้านเศรษฐศาสตร์ โดยระบุให้รายการโทรทัศน์แบบถ่ายทอดสดตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวกของประกาศ Must Have ถือเป็นรายการโทรทัศน์ที่สามารถให้บริการแก่ประชาชนได้ภายใต้การให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปเท่านั้น² นั้นหมายความว่า ผู้ประกอบการโทรทัศน์รายใดที่ไม่ใช่ผู้ที่ให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป ย่อมไม่อาจที่จะนำการถ่ายทอดสดรายการต่างๆ ดังที่ระบุในภาคผนวกมาออกอากาศ เพื่อให้บริการแก่ผู้ใช้บริการของตนได้ แต่อย่างไรก็ดี หากผู้ประกอบการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีความประสงค์ที่จะนำรายการตามภาคผนวกไปออกอากาศในระบบบอกรับสมาชิกก็สามารถกระทำได้ แต่จำเป็นที่จะต้องชี้แจงเหตุความจำเป็นต่อ กสทช. เพื่อให้พิจารณาอนุญาตต่อไป

2 รายการโทรทัศน์ตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวกแนบท้ายของประกาศ Must Have ได้แก่ การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรือกีฬาซีเกมส์ (South-East Asian Game, SEA Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการหรืออาเซียนพาราเกมส์ (ASEAN Para Games) การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในทวีปเอเชียหรือเอเชียนเกมส์ (Asian Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการอาเซียนพาราเกมส์ (Asian Para Games) การแข่งขันกีฬาโอลิมปิก (Olympic Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับคนพิการหลายประเภทจากทั่วโลกหรือกีฬาพาราโอลิมปิก (Paralympic Games) และการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย (FIFA World Cup Final)

จะเห็นได้ว่า การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have ข้างต้นถือได้ว่าเป็นการออกหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็น การทั่วไป ซึ่งเป็นบริการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่อันเป็นทรัพยากรของชาติที่ประชาชนทุกคนร่วมกันเป็น เจ้าของตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้อย่างเท่าเทียมและทั่วถึงโดยไม่มีข้อจำกัดด้านเทคโนโลยี และ ยังประกันสิทธิในการเข้าถึงเนื้อหารายการที่สำคัญได้อย่างเท่าเทียม ทั่วถึง และเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าประกาศฯ ทั้ง 2 ฉบับจะมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการปกป้องสิทธิของผู้บริโภคและประโยชน์ สาธารณะเป็นสำคัญ หากแต่ก็ได้มีเอกชนบางรายได้รับผลกระทบจากการออกประกาศฯ ดังกล่าว จนนำไปสู่ข้อโต้แย้งและคดีพิพาทในศาลปกครอง ดังนั้น การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have จึงเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจในการวิเคราะห์กรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่าย ปกครอง เพื่อเป็นแนวทางและข้อเสนอแนะในการออกนโยบายสาธารณะหรือปรับปรุงการออกกฎ หมายปกครอง โดยจะพิจารณาภายใต้กรอบของประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) รวมถึง การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการแสวงหาประโยชน์ของภาคเอกชน (Private Interest)

วิธีการศึกษา

การวิเคราะห์แนวทางการขับเคลื่อนแนวนโยบายสาธารณะในกิจการโทรทัศน์ภายใต้กรอบ กฎหมาย : กรณีกิจการโทรทัศน์และรายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้บริการเป็นการทั่วไป เป็นการศึกษา และวิเคราะห์หลักการ แนวคิด และแนวทางการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของ กสทช. ใน การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have การศึกษาและวิเคราะห์ดังกล่าวจะใช้กรอบ การวิเคราะห์ทางนิติเศรษฐศาสตร์เป็นหลัก ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างหลักทางกฎหมายปกครองและ หลักทางเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์เหตุผลเบื้องหลังทางกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายที่จะ เกิดขึ้นต่อปัจเจกบุคคลและสังคมโดยรวม โดยบทความฉบับนี้ได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วนใหญ่ คือ ในส่วนแรกจะเป็นการศึกษาแนวทางและกรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (กสทช.) ในแง่มุมทางหลักนิติเศรษฐศาสตร์ หลักนิติธรรม หลักการของกฎหมายปกครอง และ การเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศ และในส่วนที่สองจะเป็นการศึกษาแง่มุมการพิจารณา พิพากษาของศาลปกครองในประเด็นเรื่องการใช้ดุลพินิจในการออกกฎของฝ่ายปกครอง

บทความฉบับนี้เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ซึ่งจะใช้ข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) เป็นหลักในการศึกษาและวิเคราะห์ กล่าวคือ จะศึกษาจากคำพิพากษาของศาล ปกครองกลาง ศาลปกครองสูงสุด ความเห็นขององค์คณะตุลาการที่เกี่ยวข้อง ตุลาการผู้แถลงคดี รวมถึง

เอกสารการศึกษาการออกประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 รวมทั้งแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

ผลการศึกษา

1. การวิเคราะห์แนวทางและกรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (กสทช.)

1.1 มุมมองนิติเศรษฐศาสตร์

ประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เกิดจากแนวความคิดของ กสทช. ที่มีความมุ่งหมายในการแก้ไขภาวะล้มเหลวของตลาดในการจัดหาหรือให้บริการสินค้าสาธารณะ (Public Goods) ที่เป็นการต้องการโดยทั่วไปและมีความจำเป็นต่อชีวิตประชาชน แนวคิดดังกล่าวยึดหลักทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ³ ที่มุ่งหมายที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งสำคัญ กล่าวคือ ในสภาวะที่ตลาดล้มเหลวที่ผู้บริโภคไม่สามารถเข้าถึงสินค้าบางประเภท เช่น สินค้าสาธารณะ⁴ การเข้าแทรกแซงจากรัฐเพื่อจัดหาและให้บริการสินค้าสาธารณะนั้นมีความจำเป็น หรือในกรณีของสินค้าประเภทกึ่งสาธารณะ (Semi Public Goods)⁵ ซึ่งเป็นสินค้าที่ก้ำกึ่งอยู่ระหว่างสินค้าเอกชนและสินค้าสาธารณะนั้น

3 ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะสามารถอิงอยู่บนพื้นฐานความคิดทางด้านการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ได้ โดยเน้นตอบคำถามว่า เมื่อไรและอย่างไรที่รัฐควรเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการทางธุรกิจของเอกชนเพื่อต้องการส่งเสริมหรือยกระดับสวัสดิการและความเป็นอยู่ของประชาชนในสังคม รวมทั้งต้องให้ความคุ้มครองประชาชนในฐานะผู้บริโภค ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์ได้กล่าวตอบในประเด็นนี้ไว้ว่า ในกรณีที่ตลาดเกิดความล้มเหลว (Market Failure) นั้นรัฐสามารถเข้าแทรกแซงกลไกตลาดได้

นักเศรษฐศาสตร์ได้อธิบายรูปแบบหลักของความล้มเหลวของตลาดไว้ 4 รูปแบบ คือ (1) สินค้าสาธารณะ (Public Goods) (2) อำนาจผูกขาด (Monopoly) (3) ผลกระทบภายนอก (Externality) และ (4) สารสนเทศไม่สมบูรณ์หรือไม่สมมาตร (Imperfect Information or Asymmetric Information) (อนุรักษ์ วัฒนธรรวรงค์, 2552)

4 สินค้ามหาชนหรือสินค้าสาธารณะ (Public Goods) มีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก ลักษณะของการไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อกันในการบริโภค (Non-rival) นั่นคือ การบริโภคสินค้าของบุคคลหนึ่งไม่มีผลให้จำนวนสินค้านั้นสำหรับการบริโภคของบุคคลอื่นลดน้อยลง คนอื่นๆ ก็ยังคงสามารถบริโภคสินค้านั้นจำนวนเดียวกันได้ในปริมาณที่ทัดเทียมกัน และประการที่สอง ลักษณะของการไม่สามารถกีดกันการบริโภคสินค้า (Non-exclusive) นั่นคือ การผลิตหรือจัดหาสินค้าหนึ่งๆ จะมีผลให้คนอื่นๆ พลอยได้บริโภคสินค้านั้นไปด้วยอย่างทัดเทียมโดยไม่ต้องจ่ายซื้อ เพราะผู้ผลิตหรือผู้จัดหาสินค้าไม่สามารถขัดขวางการบริโภคได้ (เยวเรศ ทับพันธุ์, 2550)

5 สินค้ากึ่งสาธารณะ (Semi Public Goods) นั้น แท้จริงแล้วจัดว่าเป็นสินค้าสาธารณะ แต่เนื่องด้วยว่า ในบางสถานการณ์ สินค้าชนิดนั้นได้ขาดคุณสมบัติบางประการของการเป็นสินค้าสาธารณะ จึงมีผู้ให้ข้อสังเกตนี้ว่า

การเข้าแทรกแซงของรัฐเพื่อทำให้สินค้าประเภทนี้เป็นสินค้าสาธารณะอย่างแท้จริงจึงมีความสำคัญและจำเป็นเช่นกัน เนื่องจากการแทรกแซงของรัฐสามารถป้องกันไม่ให้ผู้ผลิตทำการกีดกันการบริโภคสินค้าของประชาชน ซึ่งจะทำให้ประชาชนได้รับสวัสดิการสังคมเพิ่มสูงขึ้นและได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้บริโภค (อนุรักษ์ วัฒนธรรวรงค์, 2552)

ในแง่นี้ กสทช. เล็งเห็นว่า เนื้อหารายการโทรทัศน์ เป็นสินค้าประเภทกึ่งสาธารณะอย่างหนึ่ง กล่าวคือ โดยธรรมชาติของเนื้อหารายการมีลักษณะของความไม่เป็นปฏิกิริยากันในการบริโภค นั่นหมายความว่า ถ้าผู้ชมเปิดรับชมรายการโทรทัศน์ใดๆ แล้ว ก็ได้ทำให้จำนวนเนื้อหารายการของโทรทัศน์นั้นๆ ลดลง แต่อย่างไรก็ดี เจ้าของหรือผู้ผลิตรายการเนื้อหาโทรทัศน์สามารถก่อให้เกิดการกีดกันการบริโภคสินค้าได้ การกีดกันดังกล่าวทำให้สินค้าประเภทนี้มีมูลค่าในเชิงเศรษฐกิจ ซึ่งเอกชนสามารถนำมาใช้แสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจได้ ซึ่งถ้าผู้ใดต้องการรับชมเนื้อหารายการก็สามารถทำได้ เพียงแค่ต้องจ่ายค่าเข้าชมหรือค่าบอกรับสมาชิกให้แก่เจ้าของเนื้อหารายการ

ในอดีตที่ผ่านมา นั้น ประชาชนชาวไทยสามารถรับชมรายการต่างๆ ผ่านทางโทรทัศน์ได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย โดยเฉพาะรายการถ่ายทอดสดเหตุการณ์สำคัญต่างๆ เนื่องจากกลไกตลาดที่ผ่านมาผู้ประกอบการโทรทัศน์ภาคพื้นดินที่เป็นฟรีทีวีในขณะนั้นจำนวน 6 ช่อง จะร่วมกันซื้อลิขสิทธิ์การถ่ายทอดจากเจ้าของสิทธิ์นำมาออกอากาศทางช่องโทรทัศน์ของตน โดยรายได้หลักจากการถ่ายทอดสดเหตุการณ์สำคัญจะมาจากการขายโฆษณาประชาสัมพันธ์ให้แก่ผู้สนับสนุนการถ่ายทอดสดรายการนั้นๆ เช่น การแข่งขันกีฬาระดับโลก (โดยเฉพาะการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย) ซึ่งตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 เป็นต้นมา ประชาชนไทยสามารถรับชมการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายได้ครบทั้ง 64 นัด โดยโทรทัศน์ฟรีทีวีช่องต่างๆ ที่รวมตัวกันในนาม “ทีวีพูล” ได้ร่วมมือกันซื้อลิขสิทธิ์การถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายจากสหพันธ์ฟุตบอลระหว่างประเทศ (ฟีฟ่า) เพื่อนำมาออกอากาศทางโทรทัศน์ให้ประชาชนไทยได้รับชมโดยไม่มีค่าใช้จ่าย แต่ต่อมา เกิดเหตุการณ์ที่เรียกว่า “จอดำ” ในปี พ.ศ. 2555 ซึ่งเกิดจากการที่เจ้าของสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดผ่านฟรีทีวีไม่ยินยอมให้มี

สินค้ากึ่งสาธารณะ ยกตัวอย่างเช่น ถนน รถยนต์ทุกคนสามารถเข้าวิ่งบนถนนเส้นเดียวกันได้ ไม่มีใครสามารถกีดกันใครไม่ให้ใช้ถนนได้ แต่ถ้าเมื่อใดที่มีรถหนาแน่นและแออัด พื้นที่บนถนนจะถูกยึดครองโดยรถที่จอดติดอยู่ พื้นที่บนถนนที่จะให้รถคันอื่นๆ เข้ามาเคลื่อนที่ได้ก็ลดน้อยลง จึงขาดคุณสมบัติของการไม่เป็นปฏิกิริยากันของสินค้าสาธารณะ

นอกจากนี้ อาจมีสินค้าบางประเภทที่มีลักษณะของการไม่เป็นปฏิกิริยากันในการบริโภค แต่ผู้ผลิตสามารถทำการกีดกันการบริโภคสินค้าได้ โดยสินค้าประเภทนี้สามารถทำการซื้อขายได้เหมือนสินค้าเอกชนทั่วไป (เยาวเรต ทับพันธุ์, 2550)

การนำการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ไปเผยแพร่ผ่านโครงข่ายในระบบเคเบิลและระบบดาวเทียม ซึ่งหากประชาชนประสงค์ที่จะรับชมการแข่งขันฟุตบอลรายการดังกล่าว ก็ต้องจ่ายเงินเพื่อซื้อกล่องรับสัญญาณจึงจะสามารถรับชมรายการได้

ด้วยเหตุนี้ กสทช. ในฐานะองค์กรกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรทัศน์จึงต้องกำหนดแนวทางเพื่อแก้ไขปัญหาภาวะล้มเหลวของตลาดในการจัดหาหรือให้บริการสินค้าที่สำคัญและจำเป็นแก่ประชาชน กสทช. จึงได้ออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have กล่าวคือ ประกาศ Must Carry เป็นการประกันสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยกำหนดให้บริการโทรทัศน์ฟรีทีวีเป็นสิทธิ์พื้นฐานที่ประชาชนจะต้องสามารถรับบริการผ่านทุกช่องทางและผ่านบริการโทรทัศน์ทุกประเภท ซึ่งเป็นหน้าที่ทั้งของผู้ให้บริการฟรีทีวีและผู้ให้บริการเพย์ทีวีที่จะต้องนำช่องรายการฟรีทีวีไปให้บริการต่อประชาชน การกำหนดดังกล่าวเป็นการกำหนดให้ผู้ผลิตเนื้อหารายการโทรทัศน์และผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ที่เผยแพร่รายการผ่านช่องรายการฟรีทีวีทุกรายการทราบว่า เมื่อมีการเผยแพร่ออกอากาศผ่านช่องรายการฟรีทีวีแล้วจะได้แย่งสิทธิ์การออกอากาศผ่านเพย์ทีวีในระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลอีกไม่ได้ ส่วนประกาศ Must Have นั้น เป็นการกำหนดให้เนื้อหารายการโทรทัศน์รายการสำคัญ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสินค้ากึ่งสาธารณะและเป็นทรัพย์สินของเอกชน (แต่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในแง่ของความเป็นชาติ ได้รับความนิยมจากคนในชาติ หรือเคยมีการเผยแพร่ผ่านฟรีทีวีมาแต่เดิม) ได้กลายเป็นสินค้าสาธารณะประเภทหนึ่งที่ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงและรับชมได้อย่างทั่วถึงและเท่าเทียม

1.2 มุมมองของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมเป็นหลักที่ได้พัฒนาขึ้นในโลกตะวันตกโดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ทำนองเดียวกับหลักนิติรัฐ ซึ่งหมายความว่า ผู้ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมืองจะกระทำการใดๆ ก็ตาม การกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย จะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ (อรรถพล ใหญ่สว่าง, 2558)

การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have ของ กสทช. อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และถึงแม้ว่าประกาศจะเป็นการจำกัดสิทธิ์ของเอกชน แต่ก็เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้ให้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายที่จะจำกัดสิทธิ์ของบุคคลในทรัพย์สิน เสรีภาพ

ในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้ง การจำกัดสิทธิ์ และเสรีภาพของบุคคลได้ ดังนั้น การออกประกาศของ กสทช. จึงเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การออกกฎเกณฑ์และประกาศของ กสทช. ยังเป็นการดำเนินการตามกระบวนการและขั้นตอนที่ กฎหมายบัญญัติไว้ให้ กล่าวคือ ในกระบวนการออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have นั้น กสทช. ได้จัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไป เพื่อนำความเห็น ที่ได้มาประกอบการพิจารณาก่อนออกประกาศทั้งสอง ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นการดำเนินการ ตามที่มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ได้กำหนดไว้ โดยส่งเสริม ให้การออกกฎหมายมีความโปร่งใส ชัดเจน และสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชน นอกจากนี้ การออกประกาศและกฎเกณฑ์ของ กสทช. เป็นการออกกฎโดยที่ไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งประกาศของ กสทช. ได้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

นอกจากนี้ การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการออกกฎหมายที่มี เจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนใหญ่ของคนในชาติ กล่าวคือ เป็นการรับประกันสิทธิประชาชน ในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์โดยทั่วถึง อย่างเท่าเทียม และเป็นธรรมโดยไม่มี ข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยีหรือช่องทางการรับบริการ (ประกาศ Must Carry) และเป็นการประกัน สิทธิการรับบริการสาธารณสุขไปรษณีย์พื้นฐานด้านโทรทัศน์ที่มีคุณภาพด้วยความเท่าเทียมในการเข้าถึง รายการโทรทัศน์ที่มีความสำคัญ (ประกาศ Must Have) การรักษาสีทัศน์ขั้นพื้นฐานของประชาชนข้างต้น ของประกาศทั้งสองฉบับจึงเป็นลักษณะที่ดีของกฎหมายตามหลักนิติธรรมโดยทั่วไป

โดยสรุปแล้ว การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการออกกฎเกณฑ์ ที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาชัดเจน ไม่ขัดแย้งกันเอง ไม่มีผลย้อนหลัง มีเหตุผลสนับสนุน และมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ตลอดจนมีกระบวนการ ตามกฎหมายที่โปร่งใสและเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

1.3 มุมมองของกฎหมายปกครอง

การวิเคราะห์และตรวจสอบการกระทำทางปกครองของ กสทช. ในการออกประกาศฯ จะศึกษา และวิเคราะห์ภายใต้หลักการของกฎหมายปกครอง ซึ่งได้แก่ หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย หลักแห่ง ความเสมอภาค และหลักแห่งความได้สัดส่วน ดังนี้

- **หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย**

การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have ถือเป็น การออกกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์ทั้งฟรีทีวี เพย์ทีวี และเจ้าของลิขสิทธิ์รายการโทรทัศน์สำคัญ ตามประกาศ Must Have โดยการออกประกาศดังกล่าวถือเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองที่ต้องชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ปรากฏว่า “มาตรา 27 กำหนดให้ กสทช. มีอำนาจดังนี้ (6) พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรม และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียม การอนุญาตดังกล่าว และ (24) ออกระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งอันเกี่ยวกับอำนาจของ กสทช.” ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่ได้ให้อำนาจแก่ กสทช. ในการออกกฎหมายลูกบท ในระดับประกาศเพื่อเป็นประโยชน์ในการกำกับดูแลแล้ว จึงถือได้ว่า การกระทำทางปกครองของ กสทช. เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

- **หลักแห่งความเสมอภาค**

หลักแห่งความเสมอภาค คือ หลักการที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มี สาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล (วรพจน์ วิศวตพิชญ์, 2538)

เมื่อวิเคราะห์จากหลักการในการออกประกาศ กสทช. ทั้ง 2 ฉบับ จะเห็นได้ว่า กสทช. ได้จำแนก ผู้รับใบอนุญาตและกำหนดหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตในแต่ละประเภทกิจการไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ตามประกาศ Must Carry กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตเพื่อบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปประเภทกิจการ บริการสาธารณะและกิจการบริการทางธุรกิจมีหน้าที่ต้องนำรายการของตนเองเผยแพร่ผ่านทั้งระบบ ภาคพื้นดิน และระบบผ่านดาวเทียม และในทางกลับกัน ก็ได้กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตเพื่อให้บริการ โทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ผู้ให้บริการของตนได้รับบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปด้วย ส่วนประกาศ Must Have นั้น ได้กำหนดให้เฉพาะผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปเท่านั้นที่สามารถ ถ่ายทอดสดรายการตามภาคผนวกแนบท้ายประกาศ

แม้ว่าผู้รับใบอนุญาตทุกรายไม่ว่าจะเป็นเพื่อให้บริการเป็นการทั่วไป หรือบอกรับสมาชิกจะมีความเหมือนกันในสถานภาพการเป็นผู้รับใบอนุญาต (ผู้ประกอบกิจการ) ก็ตาม แต่ผู้รับใบอนุญาต

ทั้ง 2 ประเภทนี้มีรูปแบบ ลักษณะการประกอบกิจการที่แตกต่างกัน และมีข้อกำหนดทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งการใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่ของสาธารณะและกฎเกณฑ์กำกับดูแลในการให้บริการ ข้อมูล ข่าวสาร และรายการที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ดังนั้น กสทช. จึงต้องออกกฎที่มีการกำหนด สิทธิและหน้าที่ไว้แตกต่างกัน ซึ่งเป็นการออกกฎที่อาศัยหลักแห่งความเสมอภาค

- **หลักแห่งความจำเป็นและหลักแห่งความได้สัดส่วน (อย่างแคบ)**

หลักแห่งความจำเป็นและหลักแห่งความได้สัดส่วน (อย่างแคบ) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการโดยใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่าก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ปัจเจกชน ดังนั้น มาตรการใดที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรมน้อยกว่าก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ปัจเจกชน ฝ่ายปกครองจะนำมาตรการนั้นมากระทำการไม่ได้โดยเด็ดขาด (อังกูร วัฒนรุ่ง, 2554)

ทั้งนี้ การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have มีเนื้อหาอันเป็นการจำกัดสิทธิ ของผู้ประกอบการตามที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่อย่างไรก็ดี หากบทบัญญัติ แห่งกฎหมายมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติออกมาเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ก็สามารถดำเนินการได้ ซึ่งในกรณีของประกาศทั้ง 2 ฉบับนี้ กสทช. ได้เปรียบเทียบความจำเป็นและความได้สัดส่วน กล่าวคือ ได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างความจำเป็นของประชาชนที่ต้องการเข้าถึงเนื้อหารายการอันเป็นประโยชน์ ได้อย่างทั่วถึงและเป็นธรรมกับผลกระทบที่จะเกิดต่อสิทธิหรือประโยชน์ของปัจเจกชนแล้วพบว่า ความจำเป็นและความได้สัดส่วนในการเข้าถึงเนื้อหารายการของประชาชนมีความสำคัญยิ่งกว่า จึงถือได้ว่าเป็นการออกกฎที่มีความสอดคล้องกับหลักความจำเป็นและหลักแห่งความได้สัดส่วน (อย่างแคบ) แต่อย่างไรก็ดี กสทช. ก็มีได้ละเลย หรือเพิกเฉยต่อผลกระทบที่เกิดต่อสิทธิหรือประโยชน์ของปัจเจกชน แต่อย่างใด เนื่องจาก กสทช. ได้ออกมาตรการเพื่อใช้เยียวยากับความเสียหายที่จะเกิดแก่ปัจเจกชนไว้ กล่าวคือ ในกรณีของการถ่ายทอดสดฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายปี 2557 นั้น กสทช. ได้กำหนดไว้ในข้อ 4 ของประกาศ Must Have ให้ กสทช. ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาความจำเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการ ไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามประกาศฯ ด้วยเหตุผลความจำเป็นต่างๆ นอกจากนี้ ในขั้นตอนการรับฟัง ความคิดเห็นสาธารณะ เอกชนก็สามารถท้วงติงต่อร่างกฎเกณฑ์ กสทช. ได้เช่นกัน

จากที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้นทั้งหมด จะเห็นได้ว่าการออกกฎของ กสทช. ทั้ง 2 ฉบับ ได้ยึดตาม หลักการของกฎหมายปกครอง กล่าวคือ หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย หลักแห่งความเสมอภาค หลักแห่งความได้สัดส่วนอย่างเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ดี เมื่อการออกกฎมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์

ของเอกชน จึงทำให้ผู้ได้รับผลกระทบร้องขอความเป็นธรรมด้วยการยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ท้ายที่สุดการจะนำกฎดังกล่าวมาบังคับใช้ได้หรือไม่ มิได้ขึ้นอยู่กับผู้ที่มีอำนาจในการออกกฎ หรือการออกกฎโดยการยึดตามหลักกฎหมายปกครองโดยครบถ้วนแล้วเท่านั้น แต่อาจมีปัจจัยอื่นๆ ที่ส่งผลให้ไม่สามารถนำกฎมาบังคับใช้ได้ เช่น คำวินิจฉัย หรือคำพิพากษาของฝ่ายตุลาการที่เป็นที่สุดซึ่งให้เพิกถอน หรือมิให้นำเอากฎดังกล่าวมาบังคับใช้เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง เฉพาะรายฝ่ายปกครองจึงจะต้องถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาดังกล่าว

1.4 มุมมองแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

การกำหนดหลักเกณฑ์ตามประกาศ Must Carry และ Must Have ของประเทศไทยสอดคล้องกับหลักปฏิบัติสากล โดย กสทช. ได้ศึกษาและรวบรวมข้อมูลของประเทศในภาคพื้นยุโรป เพื่อเป็นแนวทางในการออกมาตรการ Must Carry และ Must Have ทั้งนี้ จากการรวบรวมข้อมูลของ กสทช. นั้นพบว่า หลักการ Must Carry และ Must Have เป็นสิ่งที่หลายประเทศได้ยึดถือปฏิบัติ แต่อาจมีรูปแบบวิธีการ และลักษณะของมาตรการเพื่อประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในการเข้าถึงเนื้อหาและบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปของประชาชนแตกต่างกันไปตามความจำเป็น ข้อจำกัดทางสังคม เศรษฐกิจ กฎหมาย หรือบริบทอื่นใด ตลอดจนลักษณะเฉพาะของอุตสาหกรรมโทรทัศน์ของแต่ละประเทศ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

- **กรณีประกาศ Must Carry ของประเทศฝรั่งเศส**

ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักการและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ Must Carry ไว้ 2 ส่วนหลัก คือ ส่วนที่ 1) กฎเกณฑ์ภาคบังคับ “Must Carry Obligation” ที่ปรับใช้กับผู้แจกจ่าย (Distributor) ซึ่งได้แก่ ผู้ประกอบการโทรทัศน์ในระบบเคเบิลและผู้ประกอบการโทรทัศน์ในระบบดาวเทียม กล่าวคือ ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ระบบเคเบิลต้องนำพาสัญญาการออกอากาศช่องรายการโทรทัศน์ภาคพื้นดินที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ช่องสาธารณะและช่องธุรกิจ) และช่องโทรทัศน์ที่ให้บริการระดับท้องถิ่น (Local Channel) ซึ่งมีอยู่ในเขตพื้นที่นั้นๆ ไปออกอากาศให้ผู้ใช้บริการหรือสมาชิกของตนได้รับชม ในขณะที่ผู้ประกอบการโทรทัศน์ระบบดาวเทียมก็มีหน้าที่ต้องนำพาสัญญาการออกอากาศของช่องรายการโทรทัศน์ภาคพื้นดินที่ให้บริการเป็นการทั่วไปประเภทช่องรายการสาธารณะไปออกอากาศให้ผู้ใช้บริการของตนได้รับชม และส่วนที่ 2) กฎ “Must Offer Obligation” เป็นกรณีที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการเนื้อหาหรือช่องรายการโทรทัศน์ที่ออกอากาศผ่านระบบภาคพื้นดินที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ต้องยอมรับที่จะให้ผู้ประกอบการโทรทัศน์ในระบบเคเบิลและโทรทัศน์ระบบดาวเทียมนำพาสัญญาและเนื้อหารายการของตนไปออกอากาศ หรือเป็นการกำหนดให้ผู้ให้

บริการเนื้อหาหรือช่องรายการโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดินที่ให้บริการเป็นการทั่วไปสละสิทธิ์ของตนในการแสวงหากำไรในเชิงธุรกิจเพิ่มเติมเมื่อมีการนำเนื้อหารายการของตนไปเผยแพร่ผ่านโครงข่ายโทรทัศน์ระบบเคเบิลและโทรทัศน์ระบบดาวเทียม (Ovum & SSD, 2001)

ทั้งนี้ กฎ Must Carry ของประเทศไทยนั้น กสทช. ได้กำหนดโดยปรับใช้แนวคิดที่คล้ายคลึงกัน แต่ก็ยังมีความแตกต่างจากกฎ Must Carry ที่บังคับใช้ของประเทศฝรั่งเศสในบางส่วน เนื่องจากสภาพโครงสร้างหรือภูมิทัศน์โดยรวมของกิจการโทรทัศน์ในห้วงเวลาที่มีการกำหนดกติกามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ

กรณีประเทศฝรั่งเศส : ในขณะที่มีการกำหนดกฎ Must Carry นั้น สภาพโครงสร้างหรือภูมิทัศน์โดยรวมของอุตสาหกรรมโทรทัศน์ของประเทศฝรั่งเศสประกอบไปด้วยสัดส่วนตลาดหรือสัดส่วนผู้รับบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดินมากที่สุด ตามมาด้วยผ่านโครงข่ายโทรทัศน์ระบบดาวเทียม (มีผู้ให้บริการ 2 ราย) และผ่านโครงข่ายโทรทัศน์ในระบบเคเบิล (มีผู้ให้บริการ 1 ราย) ตามลำดับ ดังนั้นในแง่ของช่องทางการรับบริการโทรทัศน์นั้น โครงข่ายโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดินเป็นช่องทางที่ได้รับความนิยมจากประชาชนสูงสุด ส่วนการให้บริการโทรทัศน์ระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลมีลักษณะที่ผูกขาดและมีศักยภาพสูง ด้วยเหตุนี้ กฎ Must Carry ที่กำหนดในประเทศฝรั่งเศสจึงมีการกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับผู้ได้รับอนุญาตต่างประเภทกัน ซึ่งการกำหนดที่แตกต่างกันระหว่างผู้ประกอบการโทรทัศน์เคเบิลและผู้ประกอบการโทรทัศน์ดาวเทียมดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสได้พิพากษาให้สามารถกระทำได้ โดยศาลได้มุ่งเน้นการพิจารณาจากการประกอบกิจการ ชัดความสามารถ ระดับการผูกขาด และขอบเขตของการประกอบกิจการที่แตกต่างกัน รวมถึงความจำเป็นของประชาชนที่รับบริการจากระบบโทรทัศน์ที่แตกต่างกัน เช่น ในบางพื้นที่ ประชาชนไม่สามารถรับบริการจากระบบดาวเทียมและระบบภาคพื้นดินได้เนื่องจากข้อจำกัดที่ไม่มีสายอากาศ (Antenna) ดังนั้น ประชาชนจึงไม่มีทางเลือกและจำเป็นต้องรับบริการโทรทัศน์ผ่านระบบเคเบิล ดังนั้น การกำหนดให้ผู้ให้บริการผ่านระบบเคเบิลต้องนำพาสัญญาณการออกอากาศมากกว่าผู้ให้บริการในระบบดาวเทียมจึงเป็นการกำหนดที่สอดคล้องกับความจำเป็นในการให้บริการประชาชน

กรณีประเทศไทย : ในขณะที่มีการกำหนดกฎ Must Carry นั้น สภาพโครงสร้างหรือภูมิทัศน์โดยรวมของอุตสาหกรรมโทรทัศน์ของประเทศไทยประกอบไปด้วยสัดส่วนตลาดหรือสัดส่วนผู้รับบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายโทรทัศน์ระบบดาวเทียมมากที่สุด ซึ่งมีประชาชนรับบริการมากกว่าร้อยละ 50 โดยมีผู้ให้บริการรายใหญ่ 1 ราย และมีผู้ให้บริการขนาดกลางอีกกว่า 10 ราย ในขณะที่สัดส่วนผู้รับบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายโทรทัศน์ระบบเคเบิลและโครงข่ายโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดินมีจำนวน

ใกล้เคียงกัน ซึ่งมีประชาชนรับบริการประมาณร้อยละ 25-30 โดยโครงข่ายโทรทัศน์ระบบเคเบิลมีผู้ให้บริการระดับท้องถิ่น (Local Cable Operators) มากกว่า 400 ราย (ทั้งรายขนาดกลางและรายขนาดเล็ก) ดังนั้น ในแง่ของช่องทางการรับบริการโทรทัศน์ ประชาชนไทยส่วนใหญ่รับบริการโทรทัศน์ผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิล เหตุผลประการสำคัญที่ประชาชนเลือกรับบริการผ่านสองช่องทางดังกล่าวเป็นเพราะบริการที่มีคุณภาพและมีสัญญาณที่ดีกว่า แต่อย่างไรก็ดี แม้ผู้ให้บริการระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลจะมีจำนวนมาก แต่ก็มีเพียงจำนวนน้อยที่มีศักยภาพสูง ดังนั้น การกำหนดกฎ Must Carry ของประเทศไทยจึงต้องกำหนดให้ภาระการส่งสัญญาณผ่านระบบดาวเทียมเป็นของผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป และก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ให้บริการโทรทัศน์ระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลน้อยที่สุด

ด้วยเหตุนี้ ประกาศ Must Carry ที่ออกโดย กสทช. จึงได้จำแนกผู้รับใบอนุญาตและหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ได้กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตเพื่อบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปประเภทกิจการบริการสาธารณะและกิจการบริการทางธุรกิจมีหน้าที่ต้องนำรายการของตนเองเผยแพร่ผ่านทั้งระบบภาคพื้นดินและระบบผ่านดาวเทียม และในทางกลับกันก็ได้กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตเพื่อให้บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ผู้ใช้บริการของตนได้รับบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปด้วย ดังนั้น การกำหนดหน้าที่เงื่อนไขที่แตกต่างกันของ กสทช. ต่อผู้ให้บริการที่มีลักษณะแตกต่างกันเกิดจากแนวคิด บริบท และความจำเป็นของภาวะอุตสาหกรรมโทรทัศน์ของประเทศไทยในขณะนั้น

การกำหนดประกาศ Must Carry ของประเทศไทยยังสะท้อนความเป็นจริงว่า การขยายโครงข่ายการให้บริการโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดินไม่สามารถที่ดำเนินการให้ครอบคลุมทั่วคร้วเรือนในประเทศไทยได้ โดยจะเห็นได้ว่า ข้อกำหนดของการขยายโครงข่ายของผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ระบบดิจิทัลระบุให้ต้องมีการขยายโครงข่ายให้ครอบคลุมอย่างน้อยร้อยละ 95 ของคร้วเรือนในประเทศไทยภายในระยะเวลา 4 ปี ดังนั้น ตามข้อกำหนดดังกล่าว จะมีคร้วเรือนในประเทศไทยอีกอย่างน้อยร้อยละ 5 ของพื้นที่ห่างไกลที่ไม่สามารถรับบริการโทรทัศน์ระบบภาคพื้นดินได้ นอกจากนี้ ยังมีคร้วเรือนอีกจำนวนไม่น้อยที่อยู่ในพื้นที่ให้บริการของโครงข่ายโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปแต่ไม่สามารถรับสัญญาณได้เนื่องจากอุปสรรคอื่นๆ เช่น มีอาคารสูงบังสัญญาณ ฯลฯ คร้วเรือนเหล่านี้จำเป็นต้องรับบริการโทรทัศน์จากระบบเคเบิล ดังนั้น การกำหนดประกาศ Must Carry ภายใต้หลักการและแนวคิดที่ว่า “ผู้รับใบอนุญาตต่างประเภทกันมีรูปแบบและลักษณะการประกอบกิจการที่แตกต่างกัน จึงต้องออกกฎที่มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้แตกต่างกัน เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการโทรทัศน์ (โดยเฉพาะบริการที่เป็นการทั่วไป) ได้โดยทั่วถึง ไม่มีข้อจำกัดผ่านทุกช่องทาง” จึงเป็นการกำหนด

และวางหลักเกณฑ์ที่เหมือนกับหลักการสากลที่ต่างประเทศยึดถือปฏิบัติ

- **กรณีประกาศ Must Have ของสหราชอาณาจักรและประเทศเบลเยียม**

สหภาพยุโรปได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการ Must Have ไว้ในกฎหมายภายในหรือที่รู้จักในนามว่า “European Directives” โดยกฎหมายของสหภาพยุโรป ที่ 89/552/อีอีซี ข้อ 3 เอ (1) และกฎหมายของสหภาพยุโรป ที่ 97/36/อีอีซี ระบุว่า “ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถออกมาตรการห้ามผู้ให้บริการโทรทัศน์ในประเทศของตนเผยแพร่รายการโทรทัศน์บางรายการที่ถือว่าเป็นรายการที่สำคัญต่อสังคมแบบผูกขาดแต่เพียงรายเดียว อันจะส่งผลให้ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศไม่สามารถเข้าถึงรายการโทรทัศน์สำคัญดังกล่าวได้ทั้งแบบถ่ายทอดสดหรือถ่ายทอดย้อนหลังผ่านทางโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ฟรีทีวี) ทั้งนี้ ในการออกมาตรการหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าว ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดได้ว่ารายการใดที่ถือว่าเป็นรายการที่สำคัญต่อสังคม เช่น รายการกีฬาโอลิมปิก รายการแข่งขันฟุตบอลโลก และรายการฟุตบอลชิงแชมป์แห่งชาติยุโรป ซึ่งการกำหนดดังกล่าวจะต้องทำโดยกระบวนการที่ชัดเจนและโปร่งใส และพิจารณาถึงของผลประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก และต้องไม่ขัดกับกฎหมายของสหภาพยุโรป” ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการ Must Have ของสหภาพยุโรปดังกล่าวก็เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายการสำคัญโดยเท่าเทียมกัน และป้องกันความไม่ชัดเจนของกฎหมายและการบิดเบือนตลาดที่อาจเกิดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ สนับสนุนให้รายการสำคัญต่อสังคมต้องได้รับการเผยแพร่ผ่านโทรทัศน์อย่างกว้างขวางและทั่วถึง ซึ่งรายการที่จะถือว่าเป็นรายการที่สำคัญต่อสังคมได้นั้นต้องเป็นรายการที่สาธารณะชนส่วนใหญ่ในสหภาพยุโรปหรือประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปให้ความสนใจ และเป็นรายการที่มีการกำหนดไว้ล่วงหน้า ซึ่งจัดขึ้นโดยผู้จัดที่มีลิขสิทธิ์ในรายการนั้น (อรรถจน์ ชลวร, 2557)

ในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการ Must Have ที่ระบุไว้ใน European Directives นั้น สหราชอาณาจักรและประเทศเบลเยียมซึ่งเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปได้ออกมาตรการกำหนดให้รายการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายทุกคู่การแข่งขันเป็นรายการสำคัญต่อสังคม โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้มีการเผยแพร่รายการทางโทรทัศน์แบบถ่ายทอดสดแบบผูกขาดแต่เพียงรายเดียว อันจะส่งผลให้ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศไม่สามารถเข้าถึงรายการดังกล่าวผ่านทางฟรีทีวีได้ การกำหนดรายการสำคัญของสหราชอาณาจักรและประเทศเบลเยียมดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อธุรกิจต่อเจ้าของสิทธิ์ที่เป็นภาคเอกชน (กีฬา) จนเกิดการโต้แย้งในเชิงกระบวนการและเส้นแบ่งที่เหมาะสมในการกำหนดมาตรการ ซึ่งในที่สุด ศาลยุติธรรมชั้นสูงแห่งสหภาพยุโรป (ศาลสูง) ได้พิจารณาให้การกำหนดรายการแข่งขันฟุตบอลโลกทุกคู่การแข่งขันของประเทศเบลเยียมและสหราชอาณาจักร

เพื่อเป็นรายการที่สำคัญต่อสังคมนั้น สามารถมีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ศาลสูงได้ให้ความเห็นว่า แม้ว่าการกำหนดรายการสำคัญจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพการให้บริการ และการประกอบธุรกิจ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่การกำหนดรายการสำคัญดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและสิทธิในการรับชมรายการสำคัญได้อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ ภายใต้กรอบในการพิจารณาตีตามกฎหมายข้างต้นนั้น ศาลมีอำนาจเพียงแต่ตรวจสอบว่า ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกำหนดรายการสำคัญต่อสังคมก่อให้เกิดเสียหายกับสิทธิเสรีภาพการให้บริการและการประกอบธุรกิจ และสิทธิในทรัพย์สิน เกินกว่าเหตุอันควรหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ พิฟ้าซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิไม่ได้ให้เหตุผลหรือแสดงให้เห็นถึงผลกระทบหรือผลเสียหายที่ตนได้รับต่อสิทธิเสรีภาพการให้บริการ และการประกอบธุรกิจ หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน ดังนั้น ศาลจึงไม่มีเหตุที่ตัดสินว่ามาตรการที่กำหนดให้รายการฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายทุกคู่การแข่งขันเป็นรายการที่สำคัญต่อสังคมเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพการให้บริการ และการประกอบธุรกิจ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จนเกินกว่าเหตุอันควร หรือจำเป็นต้องกำหนดมาตรการเยียวยาให้แก่พิฟ้า

การออกประกาศ Must Have ของ กสทช. นั้น ก็ได้้นำแนวทางการออกมาตรการของสหภาพยุโรปมาใช้ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อจัดหารายการสาธารณะด้านโทรทัศน์ที่มีคุณภาพดีให้แก่ประชาชน และประกันสิทธิพื้นฐานของประชาชนที่จะสามารถเข้าถึงและรับชมรายการบางประเภทที่มีความสำคัญ ทั้งนี้ ในกระบวนการออกประกาศ Must Have นั้น กสทช. ได้ตระหนักแล้วว่า การกำหนดรายการสำคัญจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพการให้บริการ และการประกอบธุรกิจ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชน ซึ่งควรที่จะมีการกำหนดเฉพาะเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อีกทั้ง กสทช. ได้พิจารณาด้วยความรอบคอบภายใต้กรอบแห่งกฎหมายและแนวปฏิบัติจากต่างประเทศแล้วจึงเห็นว่า รายการตามบัญชีแนบท้ายของประกาศ Must Have เป็นรายการแข่งขันทางกีฬาที่สำคัญที่คนในชาติส่วนใหญ่ให้ความสนใจ (ไม่ใช่เฉพาะคนที่ชื่นชอบกีฬาเท่านั้น) เป็นรายการที่เกี่ยวข้องกับทีมชาติหรือนักกีฬาในชาติ เป็นรายการที่มีความสำคัญที่มีผู้สนใจรับชมทางโทรทัศน์จำนวนมาก รวมถึงเป็นรายการที่โดยปกติมีการถ่ายทอดสดการแข่งขันผ่านช่องรายการฟรีทีวี ดังนั้น การกำหนดรายการกีฬาตามบัญชีแนบท้ายของประกาศ Must Have ดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดภาระที่เกินจะเยียวยาแก่เอกชนผู้ที่ได้ลิขสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดรายการกีฬา อย่างไรก็ตาม การที่มีภาคเอกชนบางรายที่ได้ลิขสิทธิ์การถ่ายทอดรายการกีฬาตามบัญชีแนบท้ายมาก่อนประกาศจะมีผลบังคับใช้นั้น กสทช. ก็ได้คำนึงหลักความได้สัดส่วนในการบังคับใช้กฎหมาย โดยได้กำหนดข้อ 4 ของประกาศ ให้ผู้ประกอบการที่ไม่สามารถปฏิบัติตามประกาศได้ สามารถที่จะยื่นเหตุจำเป็นเพื่อขอยกเว้นการไม่ปฏิบัติตามประกาศ ซึ่ง กสทช. จะพิจารณาเพื่อกำหนดมาตรการที่เหมาะสมและเป็นธรรมเพื่อสร้างความสมดุลในการบังคับใช้กฎ

ทางปกครอง สิทธิของเอกชน และประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการกำหนดดังกล่าวของ กสทช. มีความยืดหยุ่น และแตกต่างไปจากแนวทางของสหราชอาณาจักรและประเทศเบลเยียมที่กำหนดให้รายการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายทุกคู่การแข่งขันเป็นรายการที่สำคัญต่อสังคม โดยไม่ได้มีการกำหนดมาตรการการเยียวยาให้แก่กีฬาแต่ประการใด ซึ่งกีฬาไม่ได้เป็นเฉพาะเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนที่จะมีการออกมาตรการเท่านั้น แต่ยังเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในอนาคตด้วย

2. การวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองในประเด็นเรื่องการใช้ดุลพินิจในการออกกฎของฝ่ายปกครอง (กสทช.)

2.1 กรณีประกาศ Must Carry

การกำหนดประกาศ Must Carry ของ กสทช. เป็นการออกหลักเกณฑ์ในช่วงเวลาที่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ส่วนใหญ่ไม่รู้สึกว่าประกาศจะส่งผลกระทบต่อตนเอง เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้นผู้ประกอบการมีการดำเนินการตามที่ประกาศกำหนดอยู่แล้ว โดยเฉพาะในส่วนของบทเฉพาะกาลที่กำหนดให้ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์รายเดิมที่ออกอากาศในระบบแอนะล็อกทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการโทรทัศน์เป็นการทั่วไปก่อนจนกว่าคณะกรรมการจะกำหนดเป็นอย่างอื่น และแม้ว่าข้อกำหนดในบทหลักของประกาศ Must Carry จะกำหนดนิยามของบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปให้หมายถึงโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัลประเภทบริการธุรกิจและบริการสาธารณะก็ตาม แต่ในห้วงเวลานั้น กระบวนการเปลี่ยนผ่านจากการให้บริการโทรทัศน์แอนะล็อกไปสู่ดิจิทัลยังไม่มีความชัดเจน การออกประกาศ Must Carry จึงเสมือนเป็นการสร้างความชัดเจนให้ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์รายเดิม (โดยเฉพาะกรณีที่เป็นสัญญาสัมปทานกับภาครัฐ) สามารถเผยแพร่ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียมได้ ในขณะที่ผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลก็มีความรู้สึก ว่าตนเองได้รับประโยชน์จากประกาศฉบับนี้ เนื่องจากมีความต้องการนำสัญญาณโทรทัศน์ในระบบแอนะล็อกซึ่งเป็นที่นิยมของประชาชนไปให้บริการแก่สมาชิกของตนและไม่ต้องการให้มีข้อจำกัดเมื่อมีการถ่ายทอดรายการสำคัญที่มีค่าลิขสิทธิ์สูง ดังนั้น ในช่วงแรกหลังจากที่ประกาศ Must Carry มีผลบังคับใช้ จึงไม่เกิดข้อพิพาททางปกครองใดๆ และสามารถบังคับใช้กฎ Must Have ในการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์ ซีเกมส์ และโอลิมปิก โดยไม่เกิดปัญหาเรื่องการถ่ายทอดสดหรือการปิดกั้นการเผยแพร่ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียมแต่ประการใด

ประเด็นข้อพิพาทโต้แย้งเกิดขึ้นเมื่อคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสท.) มีมติตามประกาศ Must Carry ให้มีการยกเลิกการทำหน้าที่ผู้ให้บริการโทรทัศน์เป็นการทั่วไปของผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์รายเดิมที่ออกอากาศในระบบแอนะล็อก (เมื่อมีการเริ่มออกอากาศของ

โทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัลประเภทบริการธุรกิจและบริการสาธารณะแล้ว 30 วัน) มติ กสท. ดังกล่าวกระทบสิทธิ์ของผู้ให้บริการโทรทัศน์รายเดิมที่ออกอากาศในระบบแอนะล็อก โดยเฉพาะกรณีที่ไม่มีการออกอากาศคู่ขนาน (Simulcast) ในระบบดิจิทัล เนื่องจากประชาชนจะไม่สามารถรับชมช่องรายการของตนเองได้ผ่านระบบดิจิทัล มติดังกล่าวยังส่งผลให้การบริการช่องรายการแอนะล็อกเดิมต้องเผยแพร่ผ่านระบบภาคพื้นดิน (ตามสิทธิ์เดิม) และไม่สามารถเผยแพร่ผ่านระบบเคเบิลหรือระบบดาวเทียมได้ เว้นแต่กรณีมีการออกอากาศคู่ขนาน ในระบบดิจิทัล ส่วนช่องรายการระบบดิจิทัลที่ถูกกำหนดให้เป็นฟรีทีวี (ตามประกาศ Must Carry) ก็สามารถเผยแพร่ออกอากาศได้โดยอัตโนมัติผ่านทุกระบบ ซึ่งรวมทั้งในระบบดาวเทียมและระบบเคเบิล ดังนั้น จากมติ กสท. ดังกล่าวจึงส่งผลให้ช่อง 3 (ซึ่งไม่มีการออกอากาศแบบคู่ขนานในระบบดิจิทัล) ไม่สามารถเผยแพร่ช่องรายการของตนเองผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียมได้ ซึ่งในที่สุดได้กลายเป็นประเด็นที่บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเมนต์ จำกัด (ช่อง 3) ได้ฟ้องร้องขอเพิกถอนมติของ กสท. และขอให้ศาลมีคำสั่งชะลอหรือระงับการปฏิบัติตามมติ กสท. ในกรณีดังกล่าว

ศาลปกครองกลางได้พิจารณาคำร้องของบริษัท บางกอกฯ ให้ศาลมีคำสั่งชะลอหรือระงับการปฏิบัติตามมติ กสท. ในการยุติการทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป ซึ่งศาลปกครองได้พิจารณาเงื่อนไขแห่งการออกคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสามประการ คือ 1. กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ 2. การให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บางกอกฯ จนยากแก่การเยียวยาในภายหลังหรือไม่ และ 3. การชะลอการบังคับใช้ประกาศ Must Carry จะเป็นอุปสรรคการบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะหรือไม่

ศาลปกครองกลางได้พิจารณาแล้วเห็นว่า กสทช. ได้ออกประกาศ Must Carry โดยมีอำนาจและปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับเป็นการดำเนินงานที่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลที่ได้มีการแถลงไว้แล้วตามมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งประกาศ Must Carry กำหนดให้ผู้ให้บริการโทรทัศน์รายเดิมที่ออกอากาศในระบบแอนะล็อกมีหน้าที่จะต้องให้บริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปจนกว่า กสท. จะมีคำสั่งหรือประกาศเป็นอย่างอื่น การดำเนินงานของ กสท. จึงเป็นการดำเนินงานที่สอดคล้องกับกฎหมาย เมื่อกระบวนการเพื่อยุติของ กสท. เป็นไปตามข้อกำหนด จึงไม่ใช่กรณีที่มีมติหรือคำสั่งทางปกครองน่าจะชอบด้วยกฎหมายตามเงื่อนไขประการแรก ด้วยเหตุนี้จึงไม่เข้าเงื่อนไขครบทั้งสามประการ ศาลจึงไม่อาจทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามคำขอของบริษัท บางกอกฯ ได้

จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองกลางได้พิจารณาคำร้องของบริษัท บางกอกฯ โดยศาลได้พิจารณาถึงการปฏิบัติตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการกำหนดให้เริ่มมีการรับส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ในระบบดิจิทัลซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนเป็นการดำเนินงานที่สอดคล้องกับแนวนโยบายของรัฐบาลที่ได้มีการแถลงไว้ต่อรัฐสภาตามกฎหมายที่กำหนดให้ กสท. ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นศาลจึงไม่ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามคำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าว

ต่อมา ศาลปกครองกลางได้นัดไต่สวนคู่กรณี และจึงมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมติของ กสท. เนื่องจากศาลพิเคราะห์เห็นว่า คู่กรณีทั้งสองจะไปตกลงทำความเข้าใจกันเพื่อหาข้อยุติข้อพิพาทในคดีนี้ นอกจากนี้ บริษัท บางกอกฯ ยังได้แถลงต่อศาลปกครองว่า หากสามารถที่จะนำรายการไปออกอากาศในช่องรายการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัล ช่อง 33 ของบริษัท บีอีซี แมคดิมีเดีย จำกัด ได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แล้ว ก็จะมีการดำเนินการตามแนวทางดังกล่าว ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำรายการเนื้อหาและผังรายการ

จะเห็นได้ว่า ในกรณีของประกาศ Must Carry นี้ ศาลปกครองมุ่งหมายให้มีการเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างผู้ออกกฎหมายปกครอง และเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากกฎหมายปกครอง เนื่องจากเล็งเห็นถึงผลกระทบที่จะเกิดแก่ประชาชนในวงกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการก่อให้เกิดอุปสรรคในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และการได้รับบริการโทรทัศน์อย่างต่อเนื่องของประชาชน

2.2 กรณีประกาศ Must Have

การออกประกาศ Must Have เป็นแนวคิดที่สำคัญโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาความล้มเหลวของตลาด สร้างเส้นแบ่งของการแข่งขันในเชิงธุรกิจของเอกชนมิให้ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงการกำหนดคุณภาพการจัดบริการสาธารณสุขปโภคพื้นฐานด้านกิจการโทรทัศน์ที่มีความเหมาะสมให้แก่ประชาชน และถึงแม้แนวปฏิบัติการออกประกาศ Must Have จะมีการดำเนินการแล้วในหลายประเทศ แต่ก็ยังเป็นแนวคิดใหม่สำหรับประเทศไทย ข้อพิพาทกรณีประกาศ Must Have จึงเป็นกรณีทีละเอียดอ่อน ซึ่งแม้กระทั่งองค์คณะตุลาการผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องในทุกระดับก็มีความเห็นที่แตกต่างกันในประเด็นของข้อกำหนด และการชั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิของภาคเอกชนที่จะแสวงหาประโยชน์จากการประกอบธุรกิจในการกิจการโทรทัศน์ที่เป็นการบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง

ประเด็นที่สำคัญที่เป็นข้อโต้แย้งที่เอกชนเจ้าของสิทธิในรายการสำคัญฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ได้แก่ ประเด็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ ประเด็นที่ประกาศ Must Have อาจขัดหรือละเมิดสิทธิของเอกชนตามกฎหมายลิขสิทธิ์ รวมถึงประเด็น การใช้ดุลยพินิจในการเยียวยาเอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการออกกฎที่กระทบกับภาคเอกชนว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ ทั้งนี้ ประเด็นดังกล่าวสามารถวิเคราะห์กระบวนการพิจารณาของฝ่ายตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาทได้ดังต่อไปนี้

1) คำตัดสินยกการขอคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลาง : ในการพิจารณาคำขอคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินของศาลปกครองกลางนั้น ศาลได้ยึดหลักประโยชน์สาธารณะของมหาชนเป็นสิ่งสำคัญ ศาลได้พิจารณาว่า กสทช. มีอำนาจตามกฎหมายในการออกกฎเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภค การออกประกาศ Must Have มีได้กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกินสมควร รวมถึงมิได้ขัดพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ทั้งนี้ ในกรณีที่เป็นการออกประกาศบังคับใช้มีผลย้อนหลังนั้น ศาลเห็นว่าหาได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังแต่อย่างใด เนื่องจากกำหนดให้มีผลบังคับใช้นับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป และศาลยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่า แม้กรณีของการออกกฎหมายให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังก็อาจดำเนินการได้เมื่อได้มีการพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับจากการมีผลย้อนหลังของกฎหมายกับประโยชน์ของปัจเจกชนที่ต้องเสียไปเพราะการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย หากประโยชน์มหาชนจะพึงได้รับมากกว่าความสูญเสียของปัจเจกชนแล้ว กฎหมายย่อมมีผลย้อนหลังได้ภายใต้หลักพอสมควรแก่เหตุเพื่อควบคุมให้ประโยชน์ของปัจเจกชนที่ต้องสูญเสียนั้นมีจำนวนน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

2) คำพิพากษาคัดสินโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลาง : ในขั้นนี้ ศาลมีความเห็นแตกต่างจากคำตัดสินยกการขอคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลาง สรุปได้ว่า “การออกประกาศ Must Have (เฉพาะข้อบังคับในส่วนของการถ่ายทอดสดฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายในปี 2014) มีลักษณะเป็นการกระทำที่เกินจำเป็น แม้ผลบังคับของประกาศจะทำให้ประชาชนเข้าถึงและรับชมรายการดังกล่าวโดยไม่มีภาระค่าใช้จ่าย แต่หลักกฎหมายปกครองในระบอบนิติรัฐไม่ได้พิจารณาอรรถการอ้างเหตุผลเรื่องประโยชน์สาธารณะโดยให้กับผู้ใดผู้หนึ่งแบกรับภาระเอาไว้แทน” จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิภาคเอกชน แม้การออกประกาศ Must Have จะทำให้ประชาชนเข้าถึงและรับชมฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย 2014 ซึ่งเป็นโทรทัศน์รายการสำคัญ เป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ก็มีความเห็นว่าไม่ควรละเมิดสิทธิของเอกชน

3) ความเห็นแย้งขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางที่เป็นผู้รับผิดชอบคดี : องค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางที่เป็นผู้รับผิดชอบคดีมีแนวทางการพิพากษาคดีที่แตกต่างกับคำตัดสินของศาลปกครองกลาง (โดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลาง) กล่าวคือ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางได้ให้น้ำหนักในการตีความไปทางสิทธิของเอกชนมากกว่าประโยชน์ของสาธารณะ ส่วนองค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางเน้นซึ่งน้ำหนักผลประโยชน์ของประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ โดยมีความเห็นที่แตกต่างที่สำคัญ คือ “ประกาศ Must Have เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภคตามรัฐธรรมนูญ เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตลอดไป ทำให้ประชาชนซึ่งเคยได้รับชมการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายครบทุกนัดผ่านทางฟรีทีวีตั้งแต่ พ.ศ. 2541 เป็นเวลา 16 ปีล่วงมาแล้ว สามารถใช้บริการตามสิทธิที่ประชาชนเคยได้รับต่อไป การออกประกาศ Must Have เป็นการกระทำที่จำเป็นและหาเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ เพราะบริษัท อาร์เอสฯ ยังคงเป็นผู้ทรงสิทธิแต่ผู้เดียวในการถ่ายทอดรายการการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายเช่นเดิม แต่เพียงอาจทำให้บริษัท อาร์เอสฯ ไม่ได้รับผลประโยชน์มากตามที่ตนเองต้องการ ดังนั้น เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับชมการถ่ายทอดฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายกับประโยชน์ของบริษัท อาร์เอสฯ แล้วเห็นว่า ประโยชน์ของประชาชนมีมากกว่า ดังนั้นประกาศ Must Have จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แต่อย่างใด” นอกจากนี้ ในความเห็นแย้งขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางที่เป็นผู้ตัดสินคดีได้อ้างอิงถึงคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในกรณีข้อพิพาทระหว่างสหราชอาณาจักรกับเอกชน (ฟีฟ่า) ในกรณีของมาตรการ Must Have ที่คล้ายคลึงกัน

4) คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศาลปกครองสูงสุดมีแนวทางการพิจารณาคดีที่แตกต่างไปจากศาลปกครองกลาง กล่าวคือ มีการปรับใช้การตีความที่แตกต่างไปจากศาลปกครองกลาง โดยเน้นการตีความกฎหมายปกครองตามหลักกฎหมายมหาชน (Public Law) ที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ประกาศ Must Have ดำเนินการโดยไม่เกินความจำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิของบริษัทฯ และประกาศไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ โดยศาลได้พิจารณาเห็นว่า แม้กฎหมายจะบัญญัติห้ามการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่ก็ได้ให้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ทั้งนี้ ศาลเห็นว่า กสทช. ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะในการออกประกาศ Must Have ซึ่งถึงแม้ว่าประกาศดังกล่าวจะเป็นการจำกัดสิทธิของบริษัทฯ ที่จะเผยแพร่รายการการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย แต่ก็เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตาม

บทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งสามารถดำเนินการได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ การออกประกาศฯ มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าประกาศนี้ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และในส่วนของสิทธิของบริษัทฯ ในการเผยแพร่รายการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายต่อสาธารณชนตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าบริษัทฯ มีสิทธิเผยแพร่งานดังกล่าวต่อสาธารณชนได้แต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ซึ่งประกาศฯ มิได้จำกัดสิทธิของบริษัทฯ ดังกล่าวแต่อย่างใด โดยบริษัทฯ สามารถนำรายการดังกล่าวไปเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยวิธีการใดๆ หรือช่องทางใดก็ได้ แต่หากวิธีการหรือช่องทางการเผยแพร่ดังกล่าวมีบทบัญญัติของกฎหมายใดควบคุม บริษัทฯ ก็ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งประกาศฯ มิได้ห้ามมิให้บริษัทฯ แสวงหาผลประโยชน์หรือเผยแพร่ทางโทรทัศน์แต่อย่างใด ดังนั้นจึงไม่ใช่กรณีที่ขัดต่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาคัดสินตรงกันข้ามกับศาลปกครองกลางในประเด็นข้อกฎหมายทั้งสองประเด็น แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดท้ายที่สุดก็ได้พิจารณาตัดสิน มิให้ประกาศ Must Have บังคับใช้กับบริษัท อาร์เอสฯ เนื่องจาก กสทช. ใช้ดุลยพินิจที่ไม่ชอบในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่บริษัทอาร์เอสฯ อาจจะได้รับ ซึ่งศาลได้ให้ความเห็นว่าการวินิจฉัย กสทช. รู้ถึงสิทธิของบริษัทอาร์เอสฯ แล้ว กสทช. จึงควรที่กำหนดมาตรการหรือวิธีการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่บริษัทอาร์เอสฯ อาจจะได้รับ และแม้ประชาชนจะได้รับชมรายการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายมาโดยตลอด หากแต่ก็เป็นไปตามที่ผู้รับอนุญาตลิขสิทธิ์จะพิจารณาและไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ แม้ กสทช. จะได้กำหนดมาตรการในการขอผ่อนผันการปฏิบัติตามประกาศ Must Have ไว้ แต่ก็เป็นการใช้กับผู้รับใบอนุญาตโดยทั่วไปที่จะใช้สิทธิดังกล่าวในอนาคต มิใช่มาตรการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของบริษัท อาร์เอสฯ แต่อย่างใด และเห็นสมควรมิให้มีการบังคับใช้ประกาศฯ เฉพาะในส่วนที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบริษัท อาร์เอสฯ ซึ่งได้ทรงไว้โดยชอบก่อนประกาศฯ มีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลว่า มีอาจที่จะละเลยที่จะพิจารณาผลกระทบของสิทธิของเอกชนที่มีอยู่ก่อนที่จะมีการออกประกาศฯ นั้น ค่อนข้างที่จะสวนทางกับการตีความที่ศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลสนับสนุนในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคและปกป้องประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ การตีความเรื่องสิทธิที่ประชาชนจะได้รับชมรายการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายก็มีความแตกต่างจากแนวปฏิบัติสากลซึ่งกำหนดให้เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการกำหนดและจัดทำรายการสำคัญ

5) ข้อวินิจฉัยคดีของตุลาการณผู้แถลงคดีของศาลปกครองสูงสุด : คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดมีความขัดแย้งกับแนวทางการพิจารณาที่ตุลาการณผู้แถลงคดีของศาลปกครองสูงสุด

ได้แถลงให้ความเห็นไว้ว่า “ประกาศ Must Have เป็นประกาศที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย 2014 ซึ่งอาจทำให้ขาดรายได้ไปบ้างก็ตาม แต่เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ของประชาชนที่จะได้รับชมรายการดังกล่าวผ่านทางบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปหรือฟรีทีวี ประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นตามประกาศ Must Have จึงย่อมมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของบริษัท อาร์เอสฯ และเป็นการดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน จึงยังรับฟังไม่ได้ว่าการออกประกาศดังกล่าวเกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งบริษัท อาร์เอสฯ เองก็ไม่ได้ชี้แจงให้เห็นว่า ตนได้รับความเสียหายจากการที่ต้องปฏิบัติตามประกาศ Must Have อย่างไร และหากจะมีความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ก็เป็นกรณีที่น่าจะเรียกร้องจาก กสทช. ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดการปฏิบัติหน้าที่ได้”

ข้อวินิจฉัยคดีของตุลาการณผู้แถลงคดีของศาลปกครองสูงสุดแตกต่างจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ เน้นให้น้ำหนักประโยชน์ของประชาชนที่จะได้รับชมรายการดังกล่าวผ่านทางบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป หรือฟรีทีวี มากกว่าประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของบริษัท อาร์เอสฯ

6) แนวทางการตัดสินที่เป็นสากล : คำพิพากษานั้นเป็นที่สุดของศาลปกครองสูงสุดที่ให้น้ำหนักการคุ้มครองสิทธิของเอกชนมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดแก่สาธารณะและสังคมโดยรวม ไม่สอดคล้องกับแนวทางการตัดสินที่เป็นสากลที่ให้ความสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะในกรณีของการตัดสินคดีของศาลสหภาพยุโรปต่อการฟ้องร้องของสหพันธ์ฟุตบอลระหว่างประเทศ (ฟีฟ่า)

แนวทางการพิจารณาข้อพิพาทกรณีประกาศ Must Have ของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดที่มีความเห็นและข้อพิจารณาที่แตกต่าง จนทำให้แนวทางการพิจารณาคดีเกิดความเห็นแย้งกันเองตลอดกระบวนการนั้น ดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมที่เน้นย้ำให้กระบวนการยุติธรรมต้องมีความชัดเจน มีเหตุผล ไม่ขัดแย้งกันเอง และต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นหลัก และหากเปรียบเทียบการพิจารณาคดี Must Have ของศาลปกครองข้างต้นกับแนวทางการตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป เรื่องมาตรการข้อกำหนดรายการฟุตบอลโลก จะเห็นว่า แนวทางการตีความของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีความชัดเจน ไม่คลุมเครือ และมีความคงเส้นคงวา โดยมุ่งยึดถือประโยชน์ที่จะเกิดแก่สาธารณชนเป็นหลัก ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเห็นว่าการออกมาตรการข้อกำหนดของสหราชอาณาจักรและประเทศเบลเยียมถูกต้องตามกระบวนการภายใต้กฎหมายภายในของทั้งสองประเทศ และถูกต้องตามหลักเกณฑ์การกำหนด “รายการสำคัญต่อสังคม” คือ รายการฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายทั้งหมดทุกคู่มีความสำคัญระดับชาติที่ประชาชนจำนวน

มากในประเทศให้ความสนใจติดตามชมผ่านโทรทัศน์ (ไม่ใช่เฉพาะผู้ที่สนใจกีฬาเท่านั้น) และได้เผยแพร่ให้ประชาชนสามารถรับชมได้ผ่านฟรีทีวีเป็นปรกติอยู่แล้วตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน นอกจากนี้ ถึงแม้ว่ามาตรการข้อกำหนดดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพการให้บริการ และการประกอบธุรกิจ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่มาตรการข้อกำหนดดังกล่าวก็มีความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและสิทธิในการรับชมรายการสำคัญได้อย่างกว้างขวาง

สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

1. สรุปผลการศึกษา

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

ผลการวิเคราะห์จากบทความฉบับนี้แสดงให้เห็นว่า การออกกฎ Must Carry และ Must Have เกิดจากแนวความคิดของ กสทช. ที่มีความมุ่งหมายในการแก้ไขภาวะล้นเหลือของตลาดในการจัดหาหรือให้บริการสินค้าสาธารณะที่เป็นความต้องการโดยทั่วไปและมีความจำเป็นต่อชีวิตประชาชน รวมทั้งเป็นการกำหนดเส้นแบ่งของการแสวงหาประโยชน์ของภาคเอกชน และความจำเป็นที่ต้องจำกัดสิทธิของเอกชนในการประกอบธุรกิจภายใต้กรอบของกฎหมาย ทั้งนี้ กสทช. ได้นำแนวทางการออกมาตรการของสหภาพยุโรปมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาค่าความล้นเหลือของตลาดที่เกิดขึ้นโดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับโครงสร้างกิจการโทรทัศน์ของประเทศ การออกกฎดังกล่าวยังมีการออกแบบให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายปกครองและหลักนิติธรรม กล่าวคือ เป็นกฎที่มีความโปร่งใสและอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมทั้งวางหลักการเชิงโครงสร้างเพื่อเป็นการรับประกันสิทธิประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปได้โดยเท่าเทียม ทั่วถึง และเป็นธรรม โดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยี และส่งเสริมการประกอบกิจการโทรทัศน์ของภาคเอกชนให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อการออกกฎดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของเอกชน จึงทำให้เอกชนผู้ได้รับผลกระทบร้องขอความเป็นธรรมด้วยการยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งหากวิเคราะห์ถึงคำพิพากษา

ศาลปกครองกลางในกรณีของประกาศ Must Carry นั้น จะเห็นว่า ศาลปกครองกลางพิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองว่ามุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเป็นหลัก และได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่จะเกิดแก่ภาคเอกชนรายใดรายหนึ่งกับผลประโยชน์ที่จะเกิดแก่สาธารณะ ศาลปกครองกลางจึงมุ่งหมายให้เกิดการเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างผู้ออกกฎหมายปกครอง และเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากกฎหมายปกครอง เพื่อลดผลกระทบที่จะมีต่อประชาชนและเอกชนที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองที่เป็นการตัดสินตามข้อกฎหมาย

ในกรณีของประกาศ Must Have นั้น จะเห็นได้ว่า แนวทางการพิจารณาคดีขององค์คณะตุลาการผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องในทุกระดับมีความเห็นที่แตกต่างกัน ทั้งในประเด็นข้อกฎหมาย และการชี้แจงน้ำหนักความสำคัญระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิของภาคเอกชนที่จะแสวงหาประโยชน์จากการประกอบธุรกิจในการโทรทัศน์ที่เป็นการบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง กล่าวคือ คำตัดสินของศาลปกครองกลางโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางมีแนวทางการพิพากษาคดีที่แตกต่างกับร่างคำพิพากษาเดิมขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางที่เป็นผู้ตัดสินคดี ซึ่งมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางได้ให้น้ำหนักในการตีความไปทางสิทธิของเอกชนมากกว่าประโยชน์ของสาธารณะ ส่วนร่างคำพิพากษาเดิมขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางเน้นชี้แจงน้ำหนักผลประโยชน์ของประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

ทั้งนี้ เมื่อกรณีพิพาทดำเนินมาถึงศาลปกครองสูงสุด ปรากฏว่า ศาลปกครองสูงสุดมีแนวทางการพิจารณาคดีที่แตกต่างไปจากศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดเน้นการตีความกฎหมายปกครองตามหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ จึงพิพากษาให้ประกาศ Must Have เป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดทำที่สุดก็ได้พิจารณาตัดสินมิให้ประกาศ Must Have บังคับใช้กับผู้ฟ้องคดี เนื่องจากเห็นว่า ประกาศ Must Have เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบของ กสทช. ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายซึ่งคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวได้ส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีสามารถนำสิทธิในการเผยแพร่ฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายปี 2014 ไปแสวงหาประโยชน์ด้วยวิธีการของผู้ฟ้องคดีอย่างไรก็ได้ โดยก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิการเข้าถึงของประชาชนต่อรายการดังกล่าวด้วย

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า แม้คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะได้กำหนดหลักการและแนวทางการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ แต่ในขณะเดียวกัน ศาลก็มุ่งคุ้มครองสิทธิของภาคเอกชน

เป็นรายกรณี โดยในกรณี Must Have นี้ ศาลได้วินิจฉัยว่า องค์กรกำกับดูแลควรจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาการเยียวยาที่เหมาะสมให้กับผู้ที่มีสิทธิ์อยู่ก่อนที่จะมีการออกประกาศ ข้อวินิจฉัยดังกล่าวจึงทำให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาคัดล้างคำสั่งของเอกชนมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดแก่สาธารณะและสังคมโดยรวม ซึ่งเป็นที่น่าสนใจว่า คำตัดสินของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมีความขัดแย้งกับแนวทางการพิจารณาของตุลาการผู้แถลงคดีของศาลปกครองสูงสุด และไม่สอดคล้องกับแนวทางการตัดสินที่เป็นสากลที่ให้ความสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก โดยเฉพาะในกรณีของการตัดสินคดีของศาลสหภาพยุโรปต่อการฟ้องร้องของสหพันธ์ฟุตบอลระหว่างประเทศ (ฟีฟ่า)

2. ข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาในบทความฉบับนี้สะท้อนให้ฝ่ายปกครองจะต้องตระหนักว่า ในส่วนของการออกนโยบายหรือกฎเกณฑ์ฝ่ายปกครองนั้น นอกจากจะต้องตระหนักถึงฐานอำนาจตามกฎหมาย หลักการทางกฎหมาย และหลักประโยชน์สาธารณะแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงผลกระทบของนโยบายหรือกฎเกณฑ์ที่จะเกิดต่อสิทธิ์หรือประโยชน์ของปัจเจกชนด้วย ซึ่งตามกรณีศึกษาของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในกรณีประกาศ Must Have แสดงให้เห็นว่า การใช้ดุลพินิจในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อภาคเอกชนมีความจำเป็นและต้องกำหนดล่วงหน้าให้มีความชัดเจน แม้ว่าข้างต้นแล้วว่า ผลประโยชน์ที่เกิดต่อสาธารณะมีมากกว่าผลกระทบที่เกิดต่อภาคเอกชนก็ตาม

ในทางปฏิบัติแล้ว มาตรการเยียวยาอาจสามารถดำเนินการได้หลายประการ เช่น การขยายระยะเวลาการมีผลบังคับใช้นโยบายหรือประกาศออกไป เพื่อให้ภาคเอกชนมีระยะเวลาในการปรับตัวหรือการจัดเตรียมงบประมาณไว้เพื่อชดเชยผลกระทบที่มีต่อภาคเอกชน หรือการออกมาตรการพิเศษบางประการเพื่อให้ภาคเอกชนที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิ์พิเศษอื่นๆ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การเลือกมาตรการเยียวยาที่เหมาะสมก็จำเป็นที่จะต้องบนพื้นฐานของหลักการที่เป็นธรรมและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เช่น หากใช้มาตรการเยียวยาโดยการขยายระยะเวลาการมีผลบังคับใช้ออกไปก็ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดต่อประชาชนที่จะได้รับบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ทางเลือกของมาตรการเยียวยาเหล่านี้ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดต่างๆ ของหน่วยงานทางปกครอง แต่สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ทุกหน่วยงานสามารถทำได้คือ การเจรจาข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับภาคเอกชนที่จะได้รับผลกระทบเพื่อหาข้อตกลงร่วมกัน เพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อขัดแย้ง อันจะนำมาสู่ข้อพิพาทในศาลปกครองได้

บรรณานุกรม

- คำสั่งวิธีชั่วคราวก่อนการพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 726/2557
- คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 726/2557
- คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 726/2557 คดีหมายเลขแดงที่ 530/2557
- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.513/2557 คดีหมายเลขแดงที่ อ.215/2557
- คำสั่งยกคำขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 686/2557
- คำสั่งคำขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1561/2557
- เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล. (2556). ทฤษฎีว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ. สืบค้นจาก <http://chalerchai-nbtc.blogspot.com>
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2541). *บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- ปกป้อง จันวิทย์. (2554). *การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์*. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.
- ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป. (2555, กรกฎาคม 24). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 129 ตอนพิเศษ 118 ง.
- ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555. (2556, มกราคม 4). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 130 ตอนพิเศษ 1 ง.
- พีรดา พรนิมิตรเลิศเจริญ. (2558). *ลับ ดราม่า ดิจิทัลทีวี*. กรุงเทพฯ: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด (มหาชน).
- พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่มที่ 127 ตอนที่ 78 ก.

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551. ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 125 ตอนที่ 42 ก.

เยาวเรศ ทับพันธุ์. (2550). ความล้มเหลวของตลาด. สืบค้นจาก <http://www.econ.tu.ac.th>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. (2550, สิงหาคม 24). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 ก.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

อังกูร วัฒนรุ่ง. (2554). กระทำของฝ่ายปกครอง. สืบค้นจาก www.bpp.go.th

อนรรักษ์ วัฒนะถาวรวงศ์. (2552) แนวคิดของการตลาดกับการประยุกต์ใช้ในการบริหารรัฐกิจ. สืบค้นจาก http://anuruckwatanathawornwong.blogspot.com/2009/12/blog-post_9013.html

อรรถนัย ชลวร. (2557). มาตรการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการรับชมฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายผ่านทางฟรีทีวี ในสหราชอาณาจักรประเทศเบลเยียมและประเทศไทย. *วารสาร กสทช. ประจำปี 2557*, 2557 (2), 249-263.

อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2558). หลักนิติธรรมภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย. สืบค้นจาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1424682345

Ovum & SSD. (2001). An Inventory of EU “Must Carry” Regulations. Retrieved from <http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-bo/gdi/01/OVUM-mustcarry.pdf>

Posner, Richard. (1974). Theories of Economic Regulation. Retrieved from <http://www.thecre.com/oira/wp-content/uploads/2016/03/Posner.pdf>