



วารสารวิชาการ

**นสทศ.**

ประจำปี 2563

**NBTC**  
JOURNAL  
2020



# หลักนิติธรรมและการจับเคส : กรณีกิจการโทรทัศน์และรายการโทรทัศน์ สำคัญที่ให้บริการเป็นการทั่วไป

PUBLIC POLICY AND THE RULE OF LAW:  
PERSPECTIVES FROM 'MUST CARRY' AND  
'MUST HAVE' RULE

กสทช. พันเอก ดร.นที สุกอรัตน์<sup>1</sup> และ ณิชชญา มะกะระธิช<sup>2</sup>  
Colonel Natee Sukonrat, Ph.D. <sup>1</sup> and Natchaya Makarathat <sup>2</sup>

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์  
และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ กรุงเทพฯ 10400 <sup>1</sup>

สำนักนโยบายและวิชาการกระจายเสียงและโทรทัศน์ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง  
กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ กรุงเทพฯ 10400 <sup>2</sup>

Office of the National Broadcasting and Telecommunications Commission, Bangkok 10400 Thailand <sup>1</sup>

Broadcasting Policy and Research Bureau, Office of the National Broadcasting  
and Telecommunications Commission, Bangkok 10400 Thailand <sup>2</sup>

Corresponding E-mail : [nbtjournal@nbt.go.th](mailto:nbtcjournal@nbt.go.th)

## บทคัดย่อ

หลักนิติธรรมเป็นหลักพื้นฐานทางกฎหมายที่ได้พัฒนาขึ้นในโลกตะวันตก โดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย โดยในประเทศไทยนั้น หลักนิติธรรมได้ถูกทำให้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมและจับต้องได้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ เช่น การออกกฎหมายต่าง ๆ ต้องสอดคล้องและเป็นไปตามหลักนิติธรรม ในฐานะองค์การกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ก็ได้มีการนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้และเป็นพื้นฐานในการออกประกาศและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งในบทความฉบับนี้ได้นำเสนอประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry) และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (ประกาศ Must Have) มาใช้เป็นกรณีศึกษาเพื่อวิเคราะห์มุมมองการขับเคลื่อนแนวนโยบายสาธารณะภายใต้หลักนิติธรรม

**คำสำคัญ :** นโยบายสาธารณะ กิจการโทรทัศน์ หลักนิติธรรม

## Abstract

The Rule of Law is fundamental principle of law, developed in the western world. Its objective is to constrain the rulers' power so that no one including the most highly official is above the law. In Thailand, the Rule of Law has been established in the 2007 Constitution stating that government agencies must adhere the Rule of Law in their operations such as the creation of laws and regulations. The National Broadcasting and Telecommunications Commission (NBTC), as a national regulator, has adopted the Rule of Law principle as a guideline for formulating rules and regulations. The article selects Thailand 'Must Carry' and 'Must Have' Rule as cases for presenting the Rule of Law of NBTC.

**Keywords :** Public policy, Television, Rule of Law

## บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 40 ได้บัญญัติให้ “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ” โดยให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

การบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 ข้างต้น เป็นผลมาจากแนวคิดเรื่องกิจการโทรทัศน์ที่เป็นสาธารณูปโภคพื้นฐาน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดหาให้แก่ประชาชนในลักษณะของบริการสาธารณะประเภทหนึ่งอย่างทั่วถึง การบัญญัติดังกล่าวเปิดโอกาสให้มีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่ให้แก่เอกชนเข้ามาร่วมประกอบกิจการโทรทัศน์และสร้างกลไกที่นำไปสู่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม โดยให้มีการกำกับดูแลโดยองค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระ แต่เนื่องจากปัญหาของการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลด้านกระจายเสียงและโทรทัศน์ตามรัฐธรรมนูญ ทำให้ประเทศไทยเกิดภาวะสุญญากาศของการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เป็นระยะเวลาเกือบ 15 ปี และการผลักดันให้แนวความคิดดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างเป็นทางการในประเทศไทยจึงชะงักงัน

ทั้งนี้ ในช่วงปี 2545-2555 การให้บริการโทรทัศน์ของประเทศไทยสามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบหลัก คือ 1) “ฟรีทีวี” ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป และ 2) “เพย์ทีวี” ที่ให้บริการเฉพาะสมาชิก ซึ่งกิจการโทรทัศน์ของไทยก็ได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการส่งสัญญาณโทรทัศน์มาตามลำดับ แต่เนื่องจากเกิดสภาวะสุญญากาศและไม่มีการกำกับดูแลในห้วงเวลาดังกล่าว ทำให้ไม่มีการกำกับดูแลหรือการกำหนดกติกา หน้าที่ ความรับผิดชอบ

และความสัมพันธ์ระหว่างกิจการโทรทัศน์ประเภทต่าง ๆ ได้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่าง “เพย์ทีวี” กับ “ฟรีทีวี” จนนำมาสู่ปัญหา “จอต้า” ในการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่เจ้าของสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดผ่านฟรีทีวีไม่ยินยอมให้มีการนำการถ่ายทอดสดการแข่งขันไปเผยแพร่ผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียม (เพย์ทีวี) ส่งผลให้ประชาชนที่รับบริการฟรีทีวีผ่านโครงข่ายเคเบิลและระบบดาวเทียมไม่สามารถรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ประชาชนมีความต้องการที่จะรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ก็ต้องซื้ออุปกรณ์รับสัญญาณดาวเทียมจากเอกชนเจ้าของสิทธิ์

ปัญหา “จอต้า” ในการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 เป็นตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการจำกัดสิทธิ์ในการเข้าถึงบริการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปของประชาชน และเป็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนว่า องค์กรกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์จำเป็นต้องเร่งสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ได้อย่างเท่าเทียม ทัวถึง และเป็นธรรม และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดในลักษณะเดียวกันจนส่งผลกระทบต่อประชาชนในอนาคต โดยเฉพาะเมื่อมีการเผยแพร่รายการสำคัญที่มีค่าลิขสิทธิ์มูลค่าสูง ด้วยเหตุนี้ กสทช. จึงได้ออกประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry) และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (ประกาศ Must Have) แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าประกาศฯ ทั้ง 2 ฉบับจะมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการปกป้องสิทธิของผู้บริโภคและประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ หากแต่ก็ได้มีเอกชนบางรายได้รับผลกระทบจากการออกประกาศฯ ดังกล่าว จนนำไปสู่ข้อโต้แย้งและคดีพิพาทในศาลปกครอง ในแง่นี้ การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have จึงเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจในการวิเคราะห์กรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรม เพื่อเป็นแนวทางและข้อเสนอแนะในการออกนโยบายสาธารณะหรือปรับปรุงการออกกฎเกณฑ์ทางปกครองต่อไป

## 1. ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry) และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (ประกาศ Must Have)

### 1.1 หลักการ เหตุผล และเจตนารมณ์ในการออกกฎเกณฑ์

#### 1.1.1 ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ประกาศ Must Carry)

เนื่องจากเกิดสภาวะสุญญากาศและไม่มียุทธศาสตร์กำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ในห้วงเวลาเกือบ 15 ปี จึงไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

รวมถึงการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างผู้ให้บริการกิจการโทรทัศน์ประเภทต่าง ๆ โดยชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่าง “เพย์ทีวี” กับ “ฟรีทีวี” จนนำมาสู่ปัญหา “จอต้า” ในการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 ซึ่งปัญหาจอต้าเกิดจากการโต้แย้งสิทธิ์ระหว่างเจ้าของสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดผ่าน “ฟรีทีวี” ที่ยืนยันว่าการเผยแพร่ผ่านบริการ “ฟรีทีวี” เป็นบริการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน ไม่รวมถึงการเผยแพร่ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียม จึงไม่ยินยอมให้นำการถ่ายทอดสดการแข่งขันไปเผยแพร่ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียม ทำให้ประชาชนที่รับบริการ “ฟรีทีวี” ผ่านระบบเคเบิลและระบบดาวเทียมไม่สามารถรับชมการถ่ายทอดสดรายการการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 หรือไม่มีการแพร่ภาพของ “ฟรีทีวี” ผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลในระหว่างการถ่ายทอด แต่ยังคงแพร่ภาพรายการอื่น ๆ ของฟรีทีวีผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลตามปกติ การเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นรูปแบบหนึ่งของความล้มเหลวของตลาดที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ เนื่องจากเอกชนเจ้าของสิทธิ์ในรายการโทรทัศน์ได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในการรับชม “ฟรีทีวี” ผ่านระบบดาวเทียมและระบบเคเบิลของประชาชน

ปัญหา “จอต้า” ในการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอล Euro 2012 เป็นตัวอย่างของการกระทำที่เป็น การจำกัดสิทธิ์ในการเข้าถึงบริการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปแก่ประชาชน เป็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนว่า องค์กรกำกับดูแลจำเป็นต้องเร่งสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนในการรับบริการโทรทัศน์ได้อย่างเท่าเทียม ทัวถึง และเป็นธรรม เพื่อป้องกันปัญหาในลักษณะเดียวกันและลดผลกระทบต่อประชาชนในอนาคต โดยเฉพาะเมื่อมีการเผยแพร่รายการสำคัญที่มีลิขสิทธิ์มูลค่าสูง

เพื่อแก้ไขปัญหที่ประชาชนไม่สามารถรับชมบริการโทรทัศน์ของสถานีโทรทัศน์ภาคพื้นดิน ซึ่งให้บริการเป็นการทั่วไปผ่านบริการโทรทัศน์ในระบบดาวเทียมหรือผ่านทางสายเคเบิลได้ในบางช่วงเวลา หรือปัญหา “จอต้า” กสทช. จึงได้ออกประกาศ Must Carry ซึ่งประกาศฯ ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะรับรองสิทธิของประชาชนในการรับบริการสาธารณสุขปกคพื้นฐานในกิจการโทรทัศน์อันเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการข้อมูลข่าวสารสาระที่มีประโยชน์ได้อย่างเท่าเทียมและทัวถึงในทุกช่องทางกรรับบริการโทรทัศน์ โดยประกาศฯ มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงไม่เป็นการก่อให้เกิดภาระอันเกินสมควรแก่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสาระสำคัญของ ประกาศ Must Carry กำหนดให้

1) ผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่ประเภท บริการสาธารณะและประเภทบริการทางธุรกิจ นอกจากจะต้องให้บริการในระบบที่ได้รับใบอนุญาตแล้วยังมีหน้าที่ที่จะต้องให้บริการผ่านระบบดาวเทียม โดยเนื้อหาของรายการที่ออกอากาศในระบบบริการที่ได้รับ อนุญาตและเนื้อหารายการที่ออกอากาศผ่านดาวเทียมจะต้องมีผังรายการและเนื้อหารายการเป็นอย่างเดียวกัน และจะต้องไม่มีการจำกัดเงื่อนไขในการได้รับบริการทั้งหมดหรือบางส่วน รวมถึงไม่สามารถเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ให้บริการได้

2) ผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ที่ให้บริการแก่ผู้ประกอบการกิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ประเภทบริการสาธารณะและประเภทบริการทางธุรกิจ หรือผู้ให้บริการที่ กสทช. กำหนดให้ มีหน้าที่เช่นเดียวกับ

ผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศนที่ให้บริการเป็นการทั่วไปประเภทบริการสาธารณะและประเภทบริการทางธุรกิจ นอกจากมีหน้าที่ในการส่งสัญญาณโทรทัศนในระบบตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ยังจะต้องส่งออกอากาศสัญญาณโทรทัศนดังกล่าวผ่านระบบดาวเทียมโดยจะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลง ทำซ้ำ ตัดแปลงผังรายการหรือเนื้อหา รายการ

3) ผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศนที่ให้บริการแก่ผู้ประกอบการแบบบอกรับสมาชิก หรือผู้ให้บริการโทรทัศนแบบบอกรับสมาชิกที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง มีหน้าที่ที่จะต้องให้ประชาชนผู้ใช้บริการได้รับบริการโทรทัศนที่เป็นการทั่วไป โดยจะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลง ทำซ้ำ ตัดแปลงผังรายการหรือเนื้อหา รายการ

การออกประกาศ Must Carry ของ กสทช. ข้างต้น เป็นกระบวนการวางหลักการพื้นฐานเชิงโครงสร้าง ในอุตสาหกรรมโทรทัศนของประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) เป็นการประกันสิทธิของประชาชนในการเข้าถึง ข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศนที่เป็นการทั่วไปได้โดยเท่าเทียม ทั้งถึง และเป็นธรรม โดยไม่มีข้อจำกัด ทางด้านเทคโนโลยีและช่องทางการรับบริการโทรทัศน 2) เป็นการกำหนดประโยชน์สาธารณะที่รัฐจัดให้เป็น บริการแก่ประชาชนในกิจการโทรทัศน รวมถึง 3) เป็นการกำหนดขอบเขตเงื่อนไข การอนุญาตให้เอกชนสามารถ แสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ โดยผู้ให้บริการโทรทัศนที่เป็นการทั่วไปจะต้องยินยอมที่จะไม่แสวงหา ประโยชน์อื่นใดจากสิทธิในรายการที่แพร่ภาพผ่านบริการโทรทัศนที่เป็นการทั่วไป หรือจะเรียกกรองผลประโยชน์ เพิ่มเติมโดยการเผยแพร่ผ่านช่องทางของ “เพย์ทีวี” ที่เป็นระบบดาวเทียมหรือระบบเคเบิลไม่ได้ ในขณะที่ ผู้ประกอบการประเภทบอกรับสมาชิกที่ให้บริการผ่านระบบเคเบิลและดาวเทียมมีหน้าที่ให้บริการสาธารณะ ส่วนหนึ่งจากการยินยอมให้ช่องทางของตนเองเป็นทางผ่านของบริการโทรทัศนที่เป็นการทั่วไป

### 1.1.2 ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่เผยแพร่ได้เฉพาะ ในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (ประกาศ Must Have)

ประกาศ Must Have เป็นการกำหนดมาตรการทางกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนได้รับ บริการรายการโทรทัศน์ที่สำคัญโดยเท่าเทียม รวมถึงเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของ คน ด้อยโอกาสให้เข้าถึงหรือรับรู้ และใช้ประโยชน์จากรายการโทรทัศน์ได้อย่างเสมอภาคกับบุคคลทั่วไป

มาตรการสำคัญในประกาศ Must Have คือ การกำหนดวิธีการเฉพาะสำหรับการเผยแพร่รายการ โทรทัศน์ที่มีความสำคัญต่อประชาชนทั่วไปและผู้ด้อยโอกาสบางรายการ ซึ่งจะต้องเผยแพร่ผ่านบริการโทรทัศน ที่เป็นการทั่วไปเท่านั้น ซึ่งในเบื้องต้นได้กำหนดรายการโทรทัศน์สำคัญดังกล่าวไว้ในภาคผนวก<sup>1</sup> ดังต่อไปนี้

<sup>1</sup> ตามข้อ 3 ของประกาศ Must Have ระบุว่า “เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของประชาชนทุกคน รวมถึงคนด้อยโอกาสให้เข้าถึงและรับรู้ และ ใช้ประโยชน์จากรายการโทรทัศน์บางรายการที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะได้อย่างเป็นธรรม เสมอภาค และทั่วถึง ให้รายการถ่ายทอดสดตามที่กำหนดไว้ใน ภาคผนวกของประกาศฉบับนี้ ถือเป็นรายการโทรทัศน์ที่สามารถให้บริการแก่ประชาชนได้ภายใต้การให้บริการโทรทัศนที่เป็นการทั่วไปเท่านั้น”



1. การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือกีฬาซีเกมส์ (South-East Asian Game, SEA Games)
2. การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการหรืออาเซียนพาราเกมส์ (ASEAN Para Games)
3. การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในทวีปเอเชีย หรือเอเชียนเกมส์ (Asian Games)
4. การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการอาเซียนพาราเกมส์ (Asian Para Games)
5. การแข่งขันกีฬาโอลิมปิก (Olympic Games)
6. การแข่งขันกีฬาสำหรับคนพิการหลายประเภทจากทั่วโลก หรือกีฬาพาราลิมปิก (Paralympic Games)
7. การแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย (FIFA World Cup Final)

หรืออีกนัยหนึ่ง ประกาศ Must Have กำหนดขอบเขตที่เอกชนจะแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากรายการโทรทัศน์ที่มีความสำคัญ โดยให้เผยแพร่รายการที่มีความสำคัญดังกล่าวผ่านช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ซึ่งไม่สามารถเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนเพิ่มเติมจากวิธีการบอกรับสมาชิก แต่สามารถแสวงหารายได้จากการให้บริการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนดให้สำหรับการเผยแพร่รายการผ่านช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ดังนั้นประกาศ Must Have จึงเป็นการจำกัดมิให้เอกชนที่เป็นเจ้าของสิทธิ์ในรายการโทรทัศน์ที่เป็นรายการสำคัญตามข้อกำหนดในประกาศ Must Have นำรายการสำคัญเหล่านี้ไปจำกัดการเผยแพร่ไว้ในบริการโทรทัศน์ประเภทบอกรับสมาชิกที่มีการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน แต่อย่างไรก็ดี หากเอกชนหรือผู้ประกอบการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีความประสงค์ที่จะนำรายการโทรทัศน์ที่เป็นรายการสำคัญตามประกาศ Must Have ไปเผยแพร่ออกอากาศในระบบบอกรับสมาชิกเพิ่มเติม ก็สามารถทำได้ หากแต่ต้องมีการเผยแพร่รายการผ่านช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปตามกติกาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ซึ่งเอกชนจะต้องชี้แจงเหตุความจำเป็นต่อ กสทช. เพื่อให้พิจารณาอนุญาตต่อไปด้วย การอนุญาตเพิ่มเติมดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ กสทช. สามารถใช้ดุลพินิจอนุญาตให้ดำเนินการได้ในกรณีที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามประกาศ Must Have แล้ว เช่น เมื่อรายการเหล่านี้ได้มีการเผยแพร่ผ่านช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไปแล้ว แต่เอกชนหรือผู้ประกอบการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกมีความประสงค์ที่จะนำรายการโทรทัศน์ที่เป็นรายการสำคัญไปเผยแพร่ผ่านโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกด้วยคุณภาพสูง (High Definition) ฯลฯ

## 2. ความหมายของหลักนิติธรรมและกรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (กสทช.) ภายใต้หลักนิติธรรม

### 2.1 ความหมายของหลักนิติธรรม

“หลักนิติธรรม” มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “Rule of Law” ซึ่งมีผู้ให้คำแปลไว้หลากหลาย อาทิ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย” บ้างก็ แปลว่า “หลักการปกครองด้วยกฎหมาย” แต่คำแปลที่ได้รับความนิยมและใช้กันแพร่หลายโดยทั่วไปคือคำว่า “หลักนิติธรรม” ทั้งนี้ “หลักนิติธรรม” ไม่ใช่คำหรือแนวคิดทางกฎหมายใหม่ในประเทศไทย นักวิชาการและนักกฎหมายไทยได้ยืมและรู้จักกับคำว่าหลักนิติธรรมกันมานานพอสมควร แต่เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นแนวคิดที่กำลังกำเนิดและพัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษ อันมีระบบกฎหมาย แนวคิด และสภาพแวดล้อมที่ต่างจากกฎหมายไทย ประกอบกับหลักนิติธรรมเป็นหลักคิดที่เป็นนามธรรม เป็นเรื่องที่ค่อนข้างเข้าใจยาก นักกฎหมายและนักวิชาการจึงได้อธิบายและให้ความหมาย องค์กรประกอบ และสาระสำคัญของคำว่าหลักนิติธรรมไว้ไม่ตรงกัน เช่น

ศาสตราจารย์ธานีรินทร์ ภัยวิเชียร (อรรถพล ใหญ่สว่าง, 2557, น. 43) ได้อธิบาย The Rule of Law ซึ่งแปลว่า “นิติธรรมวินัย” ว่าหมายถึง “หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์แห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชน ทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายของบ้านเมือง”

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธุ์ (อรรถพล ใหญ่สว่าง, 2557, น. 46) ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่า มีความหมายกว้าง โดยหมายถึง “หลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ทำนองเดียวกันกับหลักนิติรัฐ และยิ่งรวมถึง หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผลไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมาย ซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนมีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”

ทั้งนี้ หลักนิติธรรม ได้ถูกทำให้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมและจับต้องได้ครั้งแรก โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ มาตรา 3 ววรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรู้ถึงความรู้และความสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวดที่ 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 3 แนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 78 (6) ยังได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ (6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

อย่างไรก็ดี หลักนิติธรรมที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญยังไม่มี ความชัดเจนว่า อะไรคือหลักนิติธรรม สาระสำคัญหรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรมมีอะไรบ้าง และถ้าหากมีการฝ่าฝืนไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม ผลจะเป็นอย่างไร ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติจึงได้กำหนด ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจน 2 ประการ เพื่อเป็นแนวทาง ในการตีความและปรับใช้หลักนิติธรรม กล่าวคือ

**2.1.1 หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการ ยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรม หรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกส่งละเมิดไม่ได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือ การกระทำใด ๆ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลบังคับใช้”**

ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ประกอบด้วย หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลาง ของผู้พิพากษาและตุลาการ กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมีการประกาศให้ประชาชน รับทราบ กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิ ในการต่อสู้คดี เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ และกฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบ ให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

**2.1.2 หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือ การกระทำใด ๆ ที่อาจเรียกได้อย่างหนึ่งว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะไม่มีลักษณะสาระ สำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ดี หรือขาดตกบกพร่องไปบ้าง ก็ตาม กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ยังใช้บังคับได้อยู่ตามเท่าที่ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด**

ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่ กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม กฎหมายที่ดี ต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลัง เป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล และกระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็น กระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้

**2.2 กรอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (กสทช.) ภายใต้หลักนิติธรรม**

บทความฉบับนี้ได้วิเคราะห์หลักนิติธรรมตาม “หลักนิติธรรมโดยทั่วไป” ซึ่งมีสาระสำคัญของหลัก นิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง และสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม

กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล และกระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

## 2.2.1 กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน ต้องไม่ขัดแย้งกันเอง และสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have ของ กสทช. อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และถึงแม้ว่าประกาศจะเป็นการจำกัดสิทธิของเอกชน แต่ก็เป็นกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้ให้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ดังนั้นการออกประกาศของ กสทช. จึงเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

## 2.2.2 กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล และกระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้

การออกกฎเกณฑ์และประกาศของ กสทช. ยังเป็นการดำเนินการตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ กล่าวคือ ในกระบวนการออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have นั้น กสทช. ได้จัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนทั่วไป เพื่อนำความเห็นที่ได้มาประกอบการพิจารณาก่อนออกประกาศฯ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามที่มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ได้กำหนดไว้ โดยส่งเสริมให้การออกกฎหมายมีความโปร่งใส ชัดเจน และสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชน นอกจากนี้ การออกประกาศและกฎเกณฑ์ของ กสทช. เป็นการออกกฎโดยที่ไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งประกาศของ กสทช. ได้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

## 2.2.3 กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน

การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการออกกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนใหญ่ของคนในชาติ กล่าวคือ เป็นการรับประกันสิทธิประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์โดยทั่วถึง อย่างเท่าเทียม และเป็นธรรม โดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยีหรือช่องทางการรับบริการ (ประกาศ Must Carry) และเป็นการรับประกันสิทธิการรับบริการสาธารณสุขปลอดภัยพื้นฐานด้านโทรทัศน์ที่มีคุณภาพด้วยความเท่าเทียมในการเข้าถึงรายการโทรทัศน์ที่มีความสำคัญ (ประกาศ Must Have)

การรักษาสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนข้างต้นของประกาศทั้งสองฉบับจึงเป็นลักษณะที่ดีของกฎหมายตามหลักนิติธรรมโดยทั่วไป

จะเห็นได้ว่า การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการออกกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาชัดเจน ไม่ขัดแย้งกันเอง ไม่มีผลย้อนหลัง มีเหตุผลสนับสนุน และมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ตลอดจนมีกระบวนการตรากฎหมายที่โปร่งใส และเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี เมื่อการออกกฎดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของเอกชน จึงทำให้เอกชนผู้ได้รับผลกระทบร้องขอความเป็นธรรมด้วยการยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งหากวิเคราะห์ถึงคำพิพากษาศาลปกครองกลางในกรณีของประกาศ Must Carry นั้น จะเห็นว่า ศาลปกครองกลางพิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมายว่ามุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเป็นหลัก และได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่จะเกิดแก่ภาคเอกชนรายใดรายหนึ่งกับผลประโยชน์ที่จะเกิดแก่สาธารณะ ศาลฯ จึงมุ่งหมายให้เกิดการเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างผู้ออกกฎหมายปกครอง และเอกชน (บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเมนต์ จำกัด (ช่อ 3)) ซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากกฎหมายปกครอง เพื่อลดผลกระทบที่จะมีต่อประชาชนและเอกชนที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองที่เป็นการตัดสินตามข้อกฎหมาย

ในกรณีของประกาศ Must Have นั้น แนวทางการพิจารณาคดีขององค์คณะตุลาการผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องในทุกระดับมีความเห็นที่แตกต่างกัน ทั้งในประเด็นข้อกฎหมายและการชี้แจงน้ำหนักความสำคัญระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิของภาคเอกชนที่จะแสวงหาประโยชน์จากการประกอบธุรกิจในกิจการโทรทัศน์ที่เป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง กล่าวคือ คำตัดสินของศาลปกครองกลางโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางมีแนวทางการพิพากษาคดีที่แตกต่างกับร่างคำพิพากษาเดิมขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางที่เป็นผู้ตัดสินคดี ซึ่งมีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองกลางได้ให้น้ำหนักในการตีความไปทางสิทธิของเอกชนมากกว่าประโยชน์ของสาธารณะ ส่วนร่างคำพิพากษาเดิมขององค์คณะตุลาการศาลปกครองกลางเน้นชี้แจงน้ำหนักประโยชน์ของสาธารณะเป็นหลัก ทั้งนี้ เมื่อกรณีพิพาทดำเนินมาถึงศาลปกครองสูงสุด ปรากฏว่า ศาลปกครองสูงสุดมีแนวทางการพิจารณาคดีที่แตกต่างไปจากศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดเน้นการตีความกฎหมายปกครองตามหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ จึงพิพากษาให้ประกาศ Must Have เป็นประกาศที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดท้ายที่สุดก็ได้พิจารณาคัดสิน ให้ประกาศ Must Have บังคับใช้กับผู้ฟ้องคดี (บริษัท อาร์เอส อินเทอร์เน็ต บรอดคาสติ้ง แอนด์ สปอร์ต แมเนจเม้นท์ จำกัด) เนื่องจากเห็นว่า ประกาศ Must Have เป็นการใช้อำนาจที่มิชอบของ กสทช. ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง ก่อนที่จะมีการออกประกาศ Must Have ได้มีการตระหนักและคำนึงถึงผลกระทบของภาคเอกชนไว้ด้วยแล้ว ดังนั้นจึงได้มีการระบุข้อ 4 ในประกาศ Must Have ว่า “การดำเนินการอื่นใด นอกเหนือจากข้อ 3 ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน” เพื่อเป็นวิธีการหรือช่องทางในการเยียวยา หรือบรรเทาความเสียหายแก่ผู้ที่ถูกระทบสิทธิ ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวได้ส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีสามารถนำสิทธิ์ในการเผยแพร่ฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายปี 2014 ไปแสวงหาประโยชน์ด้วยวิธีการของผู้ฟ้องคดีอย่างไรก็ได้ โดยก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิ์การเข้าถึงของประชาชนต่อรายการดังกล่าวด้วย

## ข้อสรุป

การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เป็นการกำหนดกติกาพื้นฐานสำหรับกิจการโทรทัศน์ โดยประกาศ Must Carry กำหนดหน้าที่ของกิจการโทรทัศน์ประเภทต่าง ๆ เพื่อให้เกิดบริการโทรทัศน์โดยทั่วถึงแก่ประชาชน และประกาศ Must Have กำหนดรายการสำคัญที่จะต้องเผยแพร่โดยกว้างขวางผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการสร้างหลักประกันว่าประชาชนสามารถเข้าถึง และรับชมรายการสำคัญเหล่านี้ได้โดยมีอุปสรรคและเงื่อนไขน้อยที่สุด

ทั้งนี้ การออกประกาศ Must Carry และประกาศ Must Have เกิดจากแนวความคิดของ กสทช. ที่มีความมุ่งหมายในการแก้ไขภาวะล้มเหลวของตลาดในการจัดหาหรือให้บริการสินค้าสาธารณะที่เป็นความต้องการโดยทั่วไปและมีความจำเป็นต่อชีวิตประชาชน รวมทั้งเป็นการกำหนดเส้นแบ่งของการแสวงหาประโยชน์ของภาคเอกชน และความจำเป็นที่ต้องจำกัดสิทธิของเอกชนในการประกอบธุรกิจภายใต้กรอบของกฎหมาย ทั้งนี้ กสทช. ได้ออกแบบประกาศฯ ทั้งสองให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรม กล่าวคือ เป็นกฎที่มีความโปร่งใสและอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมทั้งวางหลักการเชิงโครงสร้างเพื่อเป็นการรับประกันสิทธิประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปได้โดยเท่าเทียม ทั่วถึง และเป็นธรรมโดยไม่มีข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยี ตลอดจนส่งเสริมการประกอบกิจการโทรทัศน์ของภาคเอกชนให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

อย่างไรก็ดี จากผลการศึกษาในบทความฉบับนี้สะท้อนให้ฝ่ายปกครองจะต้องตระหนักว่า ในส่วนของการออกนโยบายหรือกฎเกณฑ์ฝ่ายปกครองนั้น นอกจากจะต้องตระหนักถึงฐานอำนาจตามกฎหมาย หลักนิติธรรม และหลักประโยชน์สาธารณะแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงผลกระทบของนโยบายหรือกฎเกณฑ์ที่จะเกิดต่อสิทธิหรือประโยชน์ของปัจเจกชนด้วย ซึ่งตามกรณีศึกษาของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในกรณีประกาศ Must Have แสดงให้เห็นว่า การใช้ดุลพินิจในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อภาคเอกชนมีความจำเป็นและต้องกำหนดล่วงหน้าให้มีความชัดเจน อย่างไรก็ตาม เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเอกชนและสาธารณะแล้ว สมควรคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะมากกว่า ประกาศ Must Have จึงมีกระบวนการเยียวยาผลกระทบที่เกิดต่อเอกชนตามข้อ 4 ของประกาศฯ

ในทางปฏิบัติแล้ว มาตรการเยียวยาอาจสามารถดำเนินการได้หลายประการ เช่น การขยายระยะเวลาการมีผลบังคับใช้นโยบายหรือประกาศออกไป เพื่อให้ภาคเอกชนมีระยะเวลาในการปรับตัว หรือการจัดเตรียมงบประมาณไว้เพื่อชดเชยผลกระทบที่มีต่อภาคเอกชน หรือการออกมาตรการพิเศษบางประการเพื่อให้ภาคเอกชนที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิพิเศษอื่น ๆ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม การเลือกมาตรการเยียวยาที่เหมาะสม จำเป็นที่จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่เป็นธรรมและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เช่น หากใช้มาตรการเยียวยาโดยการขยายระยะเวลาการมีผลบังคับใช้ออกไป ก็ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดต่อประชาชนที่จะได้รับบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ทางเลือกของมาตรการเยียวยาเหล่านี้ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดต่าง ๆ ของหน่วยงานทางปกครอง แต่สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ทุกหน่วยงานสามารถทำได้คือ การเจรจาหาข้อตกลง

ร่วมกันระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับภาคเอกชนที่จะได้รับผลกระทบเพื่อหาข้อตกลงร่วมกัน เพื่อป้องกัน  
มิให้เกิดข้อขัดแย้ง อันจะนำมาสู่ข้อพิพาทในศาลปกครองได้

## บรรณานุกรม

- คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรมใน คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. (2557). หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม. ค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2562, จาก <http://www.nrlcthailand.org/nrlc2013/download/20141126.pdf>.
- นที ศุกลรัตน์ และณัฐชญา ทวีวิทยชาครีย์. (2559). แนวทางการขับเคลื่อนแนวนโยบายสาธารณะในกิจการโทรทัศน์ ภายใต้กรอบกฎหมาย: กรณีกิจการโทรทัศน์และรายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้บริการเป็นการทั่วไป. *วารสาร กสทช. ประจำปี 2559*. 2016(1), 15-45.
- ปกป้อง จันวิทย์. (2554). *การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์*. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.
- ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่ กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป. (24 กรกฎาคม 2555). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 129 ตอนพิเศษ 118 ง.
- ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการ โทรทัศน์สำคัญที่เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555. (4 มกราคม 2556). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 130 ตอนพิเศษ 1 ง.
- พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551. (26 กุมภาพันธ์ 2551). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 125 ตอนที่ 42 ก.
- พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และ กิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553. (17 ธันวาคม 2553). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 127 ตอนที่ 78 ก.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. (24 สิงหาคม 2550). ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 ก.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง และการกระทำ ทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน
- อรรถพล ไหญ่สว่าง. (2557). หลักนิติธรรม. ค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2562, จาก [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub\\_Jun/3journal/b166%20jun\\_11\\_1.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/3journal/b166%20jun_11_1.pdf)
- อรรถพล ไหญ่สว่าง. (2558). หลักนิติธรรมภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย. ค้นเมื่อ 30 มีนาคม, 2562, จาก [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=1424682345](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1424682345)