

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการเชื่อมต่อโครงข่ายในการ
ประกอบกิจการกระจายเสียงของประเทศ: ขอบเขตการบังคับใช้
กฎหมายและข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่สำคัญ
Problems in the Enforcement of Regulations on Access and
Interconnection to Infrastructures in Broadcasting Activities:
Extent of Legal Application and Some Remarks
on the Relevant Legal Principles

อัศววัฒน์ เลาวณย์ศิริ¹

Akawat Laowonsiri

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นผลผลิตสืบเนื่องมาจากการศึกษาวิจัย โครงการศึกษานโยบายและหลักเกณฑ์เรื่องการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ภายในบทความจะนำเสนอประเด็นปัญหาที่ค้นพบระหว่างการศึกษาค้นคว้าและแนวทางที่ผู้วิจัยได้นำเสนอสองเรื่องด้วยกัน กล่าวคือ ปัญหาเรื่องกำหนดขอบเขตการปรับใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (เพื่อประโยชน์ในการใช้และเชื่อมต่อโครงข่าย) และข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ทั้งสองเรื่องนี้

ยังคงขาดความชัดเจนและสมควรที่จะได้รับการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

คำสำคัญ: การใช้ การเชื่อมต่อ กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ โครงข่าย กฎหมายเกี่ยวกับประกอบกิจการกระจายเสียง กฎหมายการกระจายเสียงและภาพ กฎหมายเทคโนโลยีการสื่อสารและสารสนเทศ ความเป็นธรรมทางเทคโนโลยี สิทธิมนุษยชนทางเศรษฐกิจ

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

**ABSTRACT**

This writing is the product developed from a Research Project on Policy and Regulations on Access and Interconnection to Infrastructures in Broadcasting Activities, with financial support of the Office of the National Broadcasting and Telecommunications Commission. Inside the article, the writer has selected two issues to present, extent of application of the Broadcasting and Television Act (regarding access and interconnection to infrastructures) and some remarks on the legal principles, both of which are less than clear and await significant adjustments.

KEYWORDS : Access, Interconnection, Broadcasting, Infrastructure, Broadcasting Law, Law on Information and Communication Technology, Technology Equity and Economic Human Rights

บทนำ

แม้บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่ายสำหรับการประกอบกิจการกระจายเสียงได้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 พัฒนาการของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายในเรื่องนี้นับได้ว่าเป็นไปอย่างเชื่องช้ากว่าระบบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายในกิจการโทรคมนาคม ซึ่งผ่านการลองผิดลองถูกมายาวนาน และผ่านการปรับแก้บ่อยครั้งเพื่อให้เกิดความเหมาะสม แม้การเชื่อมต่อโครงข่ายของทั้งสองระบบจะมีความใกล้ชิดกันมาก จึงเป็นเหตุให้กฎเกณฑ์ของระบบโทรคมนาคมถูกนำมาใช้กับระบบกระจายเสียงและโทรทัศน์ก็ตาม กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายสำหรับการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ก็ยังคงสมควรที่จะได้รับการพัฒนารูปแบบของตนเองเช่นกัน เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้และเกิดความเป็นธรรมต่อบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

งานวิจัยชิ้นนี้ได้เกิดขึ้นมาเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการพัฒนาระบบกฎหมายในเรื่องนี้ให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยคณะผู้วิจัยได้เก็บรวบรวมข้อมูล ประชุมระดมสมอง และแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น จากการศึกษาวิจัยได้พบประเด็นปัญหามากมาย ตั้งแต่เรื่องของการขาดความชัดเจนของกฎหมายสาระบัญญัติ จนกระทั่งข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาท โดยบทความนี้จะเลือกนำเสนอเฉพาะประเด็นขอบเขตการปรับใช้พระราชบัญญัติ และข้อจำกัดของกฎหมายสาระบัญญัตินั้นเอง

ส่วนที่ 1 – การกำหนดขอบเขตการปรับใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์สำหรับการใช้และการเชื่อมต่อโครงข่าย

การกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย นับได้ว่าเป็นอุปสรรคประการแรก ที่หลายคนมองข้าม ทำให้เกิดปัญหาลูกโซ่ตามมามากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเวลาปรับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ **ความคลุมเครือของถ้อยคำและศัพท์เทคนิครวมถึงการใช้ภาษาที่ไม่เหมือนกัน** ส่งผลให้บุคคลและองค์กรทั้งหลายที่เกี่ยวข้องมีมุมมองที่แตกต่างในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เมื่อความเข้าใจในถ้อยคำเหล่านี้เกิดความคลาดเคลื่อน ย่อมส่งผลให้การบังคับใช้บทบัญญัติทั้งหลายให้สอดคล้องตามเจตนารมณ์สามารถเกิดขึ้นได้ยาก ปัญหานั้นอาจจะลุกลามถึงขั้นกลายเป็นข้อพิพาท ทำให้เสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น ถ้อยคำที่คณะวิจัยเห็นว่ามีปัญหาและสมควรที่จะได้รับการกำหนดขอบเขตและนิยามให้ชัดเจนได้แก่คำดังต่อไปนี้

ถ้อยคำสามคำดังจะกล่าวต่อไปนี้ เมื่อพิจารณาโดยลำพังอาจมองไม่เห็นปัญหา แต่เมื่อพิจารณาประกอบกันย่อมเกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน คำว่า “โครงข่าย” คำว่า “กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่” และ คำว่า “กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่” ซึ่งได้ปรากฏคํานิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ดังนี้

“โครงข่าย” หมายความว่า “ระบบการเชื่อมโยงของกลุ่มเครื่องส่งหรือถ่ายทอดสัญญาณเสียง หรือภาพที่ผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ในการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการจากสถานีไปยังเครื่องรับ ไม่ว่าจะโดยสื่อตัวนำที่เป็นสาย คลื่นความถี่ แสง คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือสื่อตัวนำอื่นใด”

“กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่” หมายความว่า “กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ซึ่งต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม”

“กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่” หมายความว่า “กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ซึ่งไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม”



คำว่า “โครงข่าย”² มีความหมายกว้างขวางเพียงใด หมายรวมถึงดาวเทียม หรือ อินเทอร์เน็ตด้วยหรือไม่ (กรณีที่โครงข่ายที่คณะผู้วิจัยกำลังศึกษาอยู่นี้ได้เชื่อมโยงกับ โครงข่ายหรือเครือข่ายอื่น ๆ ที่ระบบสร้างขึ้นมา จะทำอย่างไร จะให้หมายรวมถึงด้วย หรือไม่) ทั้งนี้ น่าจะมีการพิจารณาบทนิยามที่จะมีการบังคับใช้ต่อไปในอนาคต เช่น อาจเกิดเทคโนโลยีบางประเภทขึ้นใหม่ ซึ่งมีขอบเขตในการใช้งานบางประการที่เกี่ยวข้อง กับการกระจายเสียงโดยหลักเสียงมิได้

จากนิยามของถ้อยคำทั้งสามข้างต้น ทำให้เกิดประเด็นปัญหาตามมาว่า การดำเนินกิจการในบางลักษณะจะจัดว่าเป็นการประกอบกิจการโครงข่ายที่อยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ฉบับนี้ ด้วยหรือไม่ การประกอบกิจการอย่างหนึ่งที่ยังพบว่าฝ่ายที่เกี่ยวข้องยังมีแนวคิดที่ ไม่ลงตัวกันก็คือดาวเทียม ซึ่งมีประโยชน์ใช้สอยหลายประการ ทั้งการใช้เป็นโครงข่ายใน กิจการโทรคมนาคม การเชื่อมต่อสัญญาณโทรศัพท์ สัญญาณอินเทอร์เน็ต รวมถึง การรับส่งสัญญาณเพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการกระจายเสียง เมื่อพิจารณาจาก นิยามข้างต้นและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง³ สิ่งที่ชัดเจนอย่างหนึ่งที่ทุกฝ่ายยอมรับก็คือ ดาวเทียมนั้นเป็นกิจการที่จะต้องขออนุญาตตาม พระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544⁴ แต่เมื่อการใช้ประโยชน์ของดาวเทียมยังรวมถึงการใช้เพื่อ การประกอบกิจการกระจายเสียงด้วยแล้ว การประกอบกิจการดาวเทียมย่อมจะต้อง ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการอีกครั้ง (กสทช. ชุดเดียวกัน) ตามพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 7⁵ ด้วยหรือไม่⁶

² คำว่า “โครงข่าย” มีใช้คำใหม่ในระบบกฎหมายไทย และได้จำกัดการใช้เฉพาะเรื่องการใช้หรือ การเชื่อมต่อในกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียงเท่านั้น หากปรากฏอยู่ในบริบทอื่นด้วย อาทิ โครงข่ายไฟฟ้า ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 และพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 โครงข่าย พลังงาน ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

³ ตาม พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ผู้ใดประสงค์ จะประกอบกิจการโทรคมนาคมตามลักษณะและประเภทที่คณะกรรมการประกาศกำหนด... ต้องได้รับใบอนุญาตจาก คณะกรรมการ”.

⁴ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 118, ตอนที่ 106ก, หน้า 11-38.

⁵ ตาม พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 7 บัญญัติ ว่า “ผู้ใดประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการตามความในหมวดนี้”.

⁶ ประเด็นเรื่องการขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 7 นั้นเกี่ยวข้องกับโดยตรงต่อการปรับใช้กฎหมายฉบับนี้ต่อการประกอบกิจการดาวเทียม (ในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับการกระจายเสียง).

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งมุ่งหวังที่จะเข้าจัดระบบการนำเสนอสื่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ผู้ประกอบการที่มีบทบาทนำเสนอเนื้อหาสาระทั้งหลายย่อมจะต้องเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ การประกอบกิจการดาวเทียมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระจายเสียงและภาพ (Broadcasting) จึงควรจัดเป็นโครงข่ายตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เช่นเดียวกัน⁷ หากการประกอบกิจการกระจายเสียงผ่านดาวเทียมอยู่นอกการบังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ย่อมจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง เพราะ**ผู้ประกอบการลักษณะเดียวกัน ดำเนินกิจการเดียวกันเพียงแต่ผ่านช่องทางที่แตกต่างกันกลับไม่ตกอยู่ภายใต้ระบบกฎเกณฑ์เดียวกัน** ทั้งนี้เมื่อมองในมุมของกฎหมายมหาชน หากมีการออกคำสั่งทางปกครอง ผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงผ่านทางดาวเทียมย่อมได้รับอภิสิทธิ์ในการไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายโดยปริยาย⁸

นอกจากการตีความให้ดาวเทียมเป็นโครงข่ายตามและอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 อาจเป็นวิธีการที่ช่วยแก้ปัญหาได้ในระดับหนึ่ง (อาจเรียกว่าได้ว่าเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า) มาตรการอื่นที่เป็นไปได้รองลงมา ยังรวมถึงการกำหนดนิยามให้ชัดเจนไว้ในแผนแม่บทการออกประกาศ หรือการวางหลักเกณฑ์การใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่าย (ซึ่งเป็นอำนาจของ

⁷ สหภาพยุโรปมีนโยบายและหลักเกณฑ์ในการแยกดาวเทียมออกมาเป็นการประกอบกิจการอีกระบบหนึ่ง แยกต่างหากจากการประกอบกิจการกระจายเสียงลักษณะอื่น เพราะสภาพการใช้งานมีลักษณะที่แตกต่างกัน กฎเกณฑ์และระเบียบเกี่ยวกับการใช้ดาวเทียมของสหภาพยุโรปมีตัวอย่างดังต่อไปนี้ Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the Coordination of Certain Rules Concerning Copyright and Rights Related to Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission, Council Resolution of 22 December 1994 on Further Development of the Community's Satellite Communications Policy, Especially with Regard to the Provision of, and Access to Space Segment Capacity และ 98/517/EC Commission Decision of 17 June 1998 on a Common Technical Regulation for Satellite News Gathering Transportable Earth Stations (SNG TES) Operating in the 11-12/13-14 GHz Frequency Bands (Notified under Document Number C (1998) 1609) ส่วนประเทศออสเตรเลียและประเทศอังกฤษมิได้แยกกิจการดาวเทียมออกมาต่างหาก

⁸ ปัญหาเกิดขึ้นจากการที่ช่องรายการบางช่องที่ถูกกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ และช่องรายการที่ถูกกล่าวหาว่ามีการปลุกระดมทางการเมืองอย่างรุนแรงอันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ได้ถูกสั่งให้ปิดรายการ ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการเคเบิล (ผู้บริหารสถานีที่ให้การสัมภาษณ์ขอให้ทางคณะวิจัยไม่เปิดเผยตัวตน) “ถ้าจะปิดก็ต้องปิดพวกที่ออกอากาศทางดาวเทียม และอินเทอร์เน็ตด้วยสิ จะมาสั่งปิดพวกผม (ผู้ประกอบการเคเบิล) อย่างเดียวได้ยังไง...” (นอกจากเรื่องของการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นธรรมและเลือกปฏิบัติแล้ว ประเด็นนี้ยังเป็นเรื่องการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้สัดส่วนเช่นกัน ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งในลักษณะนี้ได้ เรื่องของการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนนั้นจะได้กล่าวถึงในส่วนของการพิจารณาของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง)



กสทช.อยู่แล้ว⁹ แต่ข้อจำกัดของมาตรการเหล่านี้ก็คือ การกำหนดแผนแม่บทหรือหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้ถ้อยคำและใจความของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 การเขียนแผนแม่บทหรือวางข้อกำหนดที่อยู่นอกกรอบของ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ย่อมกลายเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) ของคณะกรรมการ ซึ่งอาจถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองภายหลังได้ ในฐานะที่หน่วยงานทางปกครองของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎ เนื่องจากหน่วยงานนั้นกระทำการนอกเหนืออำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2554 มาตรา 9(1) ความชัดเจนของถ้อยคำจึงควรปรากฏอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติตั้งแต่แรก เพื่อให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเข้าใจตรงกันว่ากิจการใดจัดเป็นโครงข่ายที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ฉบับนี้ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวนี้ คณะวิจัยเห็นว่ามาตรการที่น่าจะเหมาะสม และแก้ปัญหาได้สำเร็จ ก็คือการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีความชัดเจน กำหนดรายละเอียดทางเทคนิคที่จำเป็น อีกทั้ง**นิยามดังกล่าวนี้จะต้องยืดหยุ่นเพียงพอที่จะรองรับเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต (Future Proof) ได้ด้วย** กฎหมายฉบับเดียวกันนี้จะได้ปรับใช้ได้เป็นเวลานาน ไม่ต้องแก้ไขหรือปรับปรุงเกินความจำเป็น อีกทั้งยังป้องกันปัญหาการกระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) ของคณะกรรมการดังที่กล่าวมาข้างต้นได้ด้วย

จากเรื่องขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ประเด็นอีกเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องก็คือ การประกอบกิจการกระจายเสียงที่มีการเชื่อมต่อกับโครงข่ายอื่นๆ ซึ่งอยู่นอกเหนือการบังคับของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงข่าย/เครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือระบบอื่นที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต จากการพิจารณาพบว่าอินเทอร์เน็ตมิได้จัดเป็น

⁹ โดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553 มาตรา 27

“(1) จัดทำแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ ตารางกำหนดคลื่นความถี่แห่งชาติ แผนแม่บทกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ แผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม แผนความถี่วิทยุและแผนเลขหมายโทรคมนาคม

...

(3) กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

...

(8) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการให้หรือเชื่อมต่อ ... โครงข่าย...

...”

โครงข่ายตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ อีกทั้งปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่มีความหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระจายภาพและเสียงฯ ผ่านทางอินเทอร์เน็ตโดยตรง (ในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551)¹⁰

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ประกอบกับ ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมสำหรับผู้รับใบอนุญาตการให้บริการอินเทอร์เน็ต พ.ศ. 2548 อินเทอร์เน็ตจัดอยู่ในประเภทของกิจการโทรคมนาคมชนิดหนึ่งระหว่างที่ยังไม่มีความหมายเฉพาะออกมารองรับ การประกอบกิจการส่วนนี้ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายโทรคมนาคมดังกล่าว เพียงแต่เมื่อมีเรื่องของการกระจายเสียงและภาพเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยแล้ว คณะกรรมการควรที่จะมีอำนาจในการประสานงานกับหน่วยงานของรัฐซึ่งรับผิดชอบในการดูแลการประกอบกิจการทางอินเทอร์เน็ตได้ด้วย (ซึ่งคณะกรรมการหาได้มีอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าว¹¹) เพื่อให้หน่วยงานดังกล่าวได้วางมาตรการของตนเองในลำดับต่อไป อันจะเป็นผลให้การปรับใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ฉบับนี้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป อย่างไรก็ตามการกระจายภาพและเสียงผ่านทางอินเทอร์เน็ตเป็นเรื่องที่สมควรที่จะได้รับการศึกษาวิจัยเป็นอีกเรื่องต่างหาก ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นเรื่องของการผสมผสานทางเทคโนโลยี (Technological Convergence)¹²

¹⁰ แม้จะมีพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์โดยตรงนั่นก็คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 บทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้มุ่งเน้นที่ความเสียหายของเอกชนและการวางมาตรการทางอาญามากกว่าการออกคำสั่งทางปกครองดัง พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

¹¹ แม้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ มาตรา 27(14) ได้กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจในการ “ประสานงานเกี่ยวกับการบริหารคลื่นความถี่ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ” คำว่า “ประสานงาน” ในบริบทนี้ไม่น่าจะขยายไปถึงหน่วยงานอื่นดังที่กล่าวมาได้

¹² จากแนวทางของต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหภาพยุโรป การกระจายภาพและเสียงฯ ผ่านทางอินเทอร์เน็ตเป็นเรื่องที่สหภาพยุโรปเห็นว่ามีความเฉพาะ การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ผ่านทางอินเทอร์เน็ตจึงมีได้้อยู่ภายใต้บริบทของ Audiovisual Media Service Directive หากแต่อยู่ภายใต้ Directive เฉพาะซึ่งแยกกำหนดบทบัญญัติเป็นเรื่องๆ ไป เช่น กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านทางดาวเทียมย่อมอยู่ภายใต้

แม้ว่าเรื่องของการผสมผสานทางเทคโนโลยี (Technological Convergence) จะเป็นปรากฏการณ์ที่กำลังเกิดขึ้น แต่ทว่าเรื่องนี้กลับมิได้รับความสนใจแต่อย่างใด ตัวบทกฎหมายที่รับรองเรื่องนี้แทบจะไม่ปรากฏ อีกทั้งร่างแผนแม่บทกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2555-2559) และร่างแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม (พ.ศ. 2555-2559) ซึ่งกำลังจะบังคับใช้ก็มีได้วางแนวทางเรื่องนี้ไว้เลย



คำสำคัญที่สมควรพิจารณาอย่างยิ่งอีกสองคำคือ คำว่า “การใช้” และ “การเชื่อมต่อ” นั้นมีนิยามว่าอย่างไร แตกต่างกันอย่าง และเมื่อนำมาปรับใช้กับบริบทของการกระจายเสียงควรจะมีความหมายว่าอย่างไร เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับโครงข่ายโทรคมนาคมได้กำหนดรายละเอียดเรื่องนี้มากกว่ากฎหมายเกี่ยวกับโครงข่ายการประกอบกิจการกระจายเสียง แต่มีพื้นฐานและวิธีคิดที่คล้ายคลึงกัน จึงสามารถวิเคราะห์ไปด้วยกัน และอาจนำมาปรับใช้โดยเทียบเคียงได้

สถาบันการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้ให้นิยามคำว่า “การใช้” และ “การเชื่อมต่อ” (ในบริบทของการประกอบกิจการโทรคมนาคม) ไว้ดังนี้¹³

“การใช้โครงข่ายโทรคมนาคม คือ การที่บริษัทโทรคมนาคมต้องการที่จะเข้าใช้อุปกรณ์ส่วนหนึ่งส่วนใดของโครงข่ายที่มีอยู่แล้ว ของบริษัทโทรคมนาคมอื่น เพื่อมาให้บริการแก่ลูกค้าของตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องสร้างโครงข่ายเองทั้งหมด”

“การเชื่อมต่อคือ การที่บริษัทโทรคมนาคมขอเชื่อมโครงข่ายของตนเข้ากับโครงข่ายของบริษัทอื่น เพื่อให้ลูกค้าของตนเองสามารถติดต่อสื่อสารกับลูกค้าของบริษัทโทรคมนาคมอื่นรายหนึ่งได้”

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ไม่พบนิยามของคำว่า “การใช้” หากพบคำนิยามของ คำว่า “เชื่อมต่อ” เพียงคำเดียว ทั้งนี้ตามมาตรา 4 ซึ่งให้นิยามไว้ว่า “การเชื่อมต่อระหว่างโครงข่ายโทรคมนาคมภายใต้ความตกลงทางเทคนิคและทางพาณิชย์เพื่อให้ผู้ใช้บริการของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมฝ่ายหนึ่งสามารถติดต่อสื่อสารกับผู้ให้บริการหรือให้บริการโทรคมนาคมของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมอีกฝ่ายหนึ่งได้”

จากนิยามข้างต้น นิยามของคำว่า “การใช้” กำหนดโดยสถาบันการใช้และเชื่อมต่อโครงข่าย เป็นนิยามที่สามารถปรับใช้กับโครงข่ายเพื่อการประกอบกิจการกระจายเสียงได้โดยตรง เมื่อการใช้ (ในกรณีของการประกอบกิจการโทรคมนาคม) คือการเข้าใช้อุปกรณ์

¹³ กลุ่มงานโครงข่ายพื้นฐานการใช้และเชื่อมต่อโครงข่าย. สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, (ม.ป.ป.), สืบค้นเมื่อ Mach 26, 2012, จาก http://ic.nbtc.go.th/wps/portal/IC/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gTf3MX0wB3U08vQws3A09n32CLACdDRydTc6B8pFm8s7ujh4m5j4GBgZ-nqYGRS5iLn6erpYGBkxEB3eEg-3Cp8PQINoPI4zMfJG-Azga6Pt55Oem6hfkRhhkBqQrAgCP4vw2/dl3/d3/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnZ3LzZfNE83RDVQRzVJUKZTNTBJUEpLM1FDSzJBMTcl/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/library+ic/internetsite/05kmddev/502academicwork/502academicwork_detail/aba46c8043066d2e8a69cb42c66eec1d

ส่วนใดส่วนหนึ่งของโครงข่ายที่มีอยู่แล้วของเจ้าของบริษัทโทรคมนาคมรายอื่น เพื่อประโยชน์ของลูกค้าของตน การใช้สำหรับกรณีของการประกอบกิจการกระจายเสียงย่อมไม่น่าจะแตกต่างกัน นั่นคือการใช้ (โครงข่าย) สำหรับการประกอบกิจการกระจายเสียงย่อมหมายถึงการนำเนื้อหาสาระส่งผ่านไปตามโครงข่ายเพื่อที่กลุ่มผู้บริโภคของตนนั้นจะสามารถรับเนื้อหาดังกล่าวได้ โดยที่ผู้ใช้โครงข่ายไม่จำเป็นต้องสร้างโครงข่ายของตนเองขึ้นใหม่

แต่เมื่อพิจารณา นิยามของคำว่า “เชื่อมต่อ” เราจะพบปัญหาตรงที่ลักษณะของโครงข่ายเพื่อกิจการกระจายเสียงนั้นแตกต่างจากลักษณะของโครงข่ายเพื่อกิจการโทรคมนาคม โดยทั่วไปการกระจายเสียงอยู่ในรูปแบบของการเชื่อมต่อทางเดียว (One-Way Interconnection) โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยระบบวิทยุ-โทรทัศน์แอนะล็อก ซึ่งใช้การสื่อสารทางเดียว ความหมายของการเชื่อมต่อในบริบทของการประกอบกิจการกระจายเสียงโดยสภาพจึงมีอาจเหมือนกับกิจการโทรคมนาคมได้ อย่างไรก็ตาม อนาคตหากประเทศไทยเปลี่ยนระบบเครื่องรับส่งสัญญาณจากระบบแอนะล็อกเป็นระบบดิจิทัล การเชื่อมต่อสองทางย่อมเกิดขึ้นได้ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้นการกำหนดนิยามคำว่า “เชื่อมต่อ” ดังกล่าว ย่อมสามารถปรับใช้กับระบบกระจายเสียงและโทรทัศน์ได้เช่นกัน หรือหากจะกล่าวถึงกรณีของการให้บริการทางอินเทอร์เน็ต การเชื่อมต่อสองทางก็ย่อมเกิดขึ้นได้อยู่แล้วโดยสภาพนั่นเอง

ส่วนที่ 2 – ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้

ข้อควรพิจารณาที่สำคัญในการวางหลักเกณฑ์และบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็คือ แม้การใช้และเชื่อมต่อเพื่อการประกอบกิจการกระจายเสียงนั้นเป็นเรื่องทางเทคนิคค่อนข้างมาก ทำให้การกำหนดกฎเกณฑ์จะต้องคำนึงถึงความถูกต้องของหลักวิชาและรายละเอียดทางเทคนิคเป็นสำคัญ แต่ว่าหลักกฎหมายและบทบัญญัติทั้งหลายที่ทำให้การสนับสนุนและทำให้การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบุคคลที่เกี่ยวข้องได้รับความเป็นธรรม ก็เป็นอีกสิ่งหนึ่งที่จำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ จากการศึกษาพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 คณะวิจัยพบว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติเหล่านี้มิได้ให้หลักประกันที่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิของ

ผู้ประกอบการและประโยชน์อื่น ๆ ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เนื่องจากหลักการที่สำคัญของกฎหมายมหาชนบางหลักได้รับการบัญญัติให้ชัดเจน เมื่อหลักเหล่านี้ได้รับการบัญญัติให้ชัดเจน ย่อมส่งผลให้การออกคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน รวมถึงการเอาผิดเอาเปรียบระหว่างเอกชนด้วยกันเอง สามารถเกิดขึ้นได้อย่างง่ายดาย หลักการที่สำคัญซึ่งคณะวิจัยเห็นว่าเกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องที่กำลังศึกษาอยู่นี้และสมควรที่จะปรับใช้ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-Discrimination)¹⁴

¹⁴ หลักเหล่านี้จัดอยู่ในประเภทของหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งระบบกฎหมายปกครองของไทยก็ยอมรับเช่นเดียวกัน แนวคิดเรื่องการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ศ.ดร.บรรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจดังนี้

“ในกฎหมายมหาชนที่ไม่มีประมวลกฎหมายที่สมบูรณ์อย่างในกฎหมายเอกชนตรงกันข้ามกลับมีพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องหลายร้อยฉบับ และมีกฎหมายของฝ่ายบริหารอีกเป็นจำนวนมาก ความต้องการมี “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” ที่สร้างเอกภาพให้กฎหมายมหาชน สร้างระบบให้กับกฎหมายที่กระจัดกระจายกันเป็นเบี้ยหัวแตกหัวแตกนั้น ยิ่งมีมากขึ้นหลายเท่า มิเช่นนั้นกฎหมายมหาชนจะไม่มีทางเป็นระบบได้เลย นับเป็นเหตุผลประการแรกที่เรากำลังต้อง “ค้นหา” หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป มาใช้เคียงคู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประการที่สอง การที่ไม่มีแนวคิดในการค้นหาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนี้ ทำให้ศาลไทยและผู้ใช้กฎหมายไทยต้องให้ความสำคัญกับ “ตัวบทบัญญัติ” ของกฎหมายโดยเฉพาะในเรื่องทางเทคนิคมาก ๆ ที่นักกฎหมายไม่ค่อยมีความถนัด ผลเสียที่เกิดขึ้นกับการยึดตัวหนังสือมากเกินไปโดยเฉพาะทำให้กฎหมายขาดสภาพความสัมพันธกับผลในเศรษฐกิจสังคม การเมือง ซึ่งอาจไม่ก่อให้เกิดผลดีขึ้นได้

ประการที่สาม กฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทยนั้นเกือบทั้งหมด ราชการเป็นผู้ร่างเป็นผู้เสนอ รัฐสภาเป็นผู้พิจารณา ดังนั้น การยึดติดอยู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงเท่ากับยอมรับเป็นปริยายในความเป็นจริงว่าราชการต้องการให้ศาลหรือผู้ใช้กฎหมายตัดสินใจคดีอย่างไร ก็เขียนกฎหมายให้เป็นเช่นนั้น เพราะแน่ใจได้ว่าถ้าไม่ใช้กฎหมายเอกชนที่ศาลมีความชำนาญอยู่ ศาลก็ต้องตัดสินใจตามตัวหนังสือในระบบเช่นนี้ การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นได้ยากมากหรือถ้าเกิดขึ้นก็จะมีประสิทธิภาพ เพราะศาลซึ่งเป็นกรรมการตัดสินข้อพิพาท ตัดสินตามกฎหมายที่ร่างโดยคู่ความฝ่ายหนึ่ง (คือ ฝ่ายปกครอง) และเป็นการตัดสินตามตัวหนังสือเสียอีก ถ้าเช่นนั้น ปัจเจกชนคนธรรมดาที่ไม่ใช่ผู้ร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นก็แทบไม่มีหลักประกันอะไรอยู่เลย

ประการที่สี่ การขาดความเข้าใจในการค้นหาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนี้ ก็ยังลุกลามเข้าไปในฝ่ายปกครองเสียอีก ทำให้เรื่องบางเรื่องอธิบายไม่ได้ ทั้งในทางกฎหมายและในความเป็นจริง เช่น ในการแต่งตั้งให้ข้าราชการระดับ 10 ขึ้นไปให้ไปดำรงตำแหน่งใหม่ซึ่งต้องมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ นั้น ระหว่างรอพระบรมราชโองการ ข้าราชการผู้นั้นได้สั่งการในหน้าที่เดิมไปเมื่อมีพระบรมราชโองการย้อนหลังให้ผู้นั้นดำรงตำแหน่งใหม่มาตั้งแต่ต้น การสั่งการนั้นจะเสียไปหรือไม่ ในเรื่องนี้มีผู้เห็นว่า การสั่งการดังกล่าวจะเสียไป เพราะสั่งการในขณะที่ไม่มีอำนาจ ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงนี้เกิดในระบบราชการเสมอมา และไม่น่าจะมีปัญหาเพราะมีหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ว่า แม้การแต่งตั้งบุคคลผู้ไม่มีคุณสมบัติให้ดำรงตำแหน่ง ถ้าการแต่งตั้งนั้นเป็นไปโดยสุจริต และผู้ถูกแต่งตั้งก็สุจริต การกระทำที่เขาทำไปย่อมไม่เสียไป แม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเขาขาดคุณสมบัติ หลักการนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 97 (รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 - ผู้วิจัย) และปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 มาตรา 62 และ 67 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2522 มาตรา 32 ดังนั้น การที่บุคคลมีคุณสมบัติสำหรับตำแหน่งทุกประการ แต่อยู่ระหว่างการรอพระบรมราชโองการให้โอนไปดำรงตำแหน่งอื่น แม้พระบรมราชโองการจะมีผลย้อนหลังการกระทำที่เขาทำไปโดยสุจริตย่อมไม่เสียไป ตัวอย่างนี้แสดงให้เห็น “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” ที่เกี่ยวกับการดำเนินการของผู้ที่ขาดคุณสมบัติ ยังมีผลสมบูรณ์ในระบบกฎหมายได้เป็นอย่างดี

สำหรับหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) นั้น แม้จะมีได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายลักษณะอักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานที่เจ้าพนักงานทางปกครอง รวมถึงคณะกรรมการ (กสทช.) ตามกฎหมายที่กำลังทำการศึกษาวิจัย จะต้องให้ความสำคัญและปรับใช้อยู่เสมอ ก็เป็นหลักการที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องคำนึงถึงอยู่เสมอ และศาลปกครองได้ปรับใช้ในฐานะ¹⁵ ของหลักกฎหมายทั่วไป¹⁶ นอกจากนี้หลักการนี้ยังได้รับการยืนยันว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังที่ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ศ.ดร.วรพจน์ วิชากรพิชญ์ ได้กล่าวไว้ดังนี้¹⁷

“หลักความได้สัดส่วน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (moderation) ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติกำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีความบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ”

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ก็เพื่อให้นักกฎหมาย ศาล และองค์กรผู้ใช้กฎหมายอื่น พยายาม “ค้นหา” หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนมาใช้ให้มากขึ้น เพื่อความเป็นระเบียบ เป็นเอกภาพของกฎหมายมหาชน เพื่อควบคุมฝ่ายปกครองให้มีประสิทธิภาพขึ้น และเพื่อหลีกเลี่ยงผลไม่พึงประสงค์ของ “บทบัญญัตินิยาม...”

โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2547), “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย”, **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), น. 114-116.

¹⁵ ความเป็นไปได้ในการกล่าวอ้างสถานะของหลักความได้สัดส่วนอีกทางหนึ่งก็คือการพิสูจน์สถานะของการเป็นกฎหมายจารีตประเพณีทางปกครอง ทั้งนี้จากหลักการของกฎหมายปกครองนั้น การปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีสามารถทำได้เช่นกัน โดยในกรณีน่าจะพิจารณาการปรับใช้จารีตประเพณีเพื่อการตีความด้วยกฎหมาย (Coutume Interprétative – ภาษาฝรั่งเศส อ้างตาม ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ) อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว จะพบว่าหลักความได้สัดส่วนนี้ยังมิได้ตกผลึกเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Coutume Constitutionnelle) หรือจารีตประเพณีตามกฎหมายปกครอง (Coutume Administrative) ก็ตาม หลักความได้สัดส่วนนี้ยังมิได้ตกผลึก เนื่องจากขาดการปฏิบัติ (Practice) ที่ต่อเนื่องและซ้ำ ๆ กันทั้งของภาคส่วนทั้งหลาย. สำหรับเรื่องการศึกษาการตกผลึกของกฎหมายจารีตประเพณีมหาชนนั้น โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย”, เรื่องเดียวกัน, น. 94-100.

¹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 และ พ. 51/2547

¹⁷ วรพจน์ วิชากรพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”, **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), น. 204.

สิ่งที่ควรจะต้องระลึกอีกประการก็คือ หลักความได้สัดส่วนนี้ปรับใช้ทั้งกรณี ที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งที่เป็นคุณและเป็นโทษต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ องค์ประกอบที่จะต้องพิจารณามีทั้งหมดสามข้อด้วยกันกล่าวคือ (i) **หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness)** ซึ่งเจ้าพนักงานจะต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุ (Cause) และผล (Effect) ด้วยการเลือกมาตรการทางปกครองที่ทำให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ ของกฎหมาย (ii) **หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)** ซึ่งหมายความว่า เจ้าพนักงานจะต้องเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดผลเลวร้ายน้อยที่สุดต่อผู้รับคำสั่ง ทางปกครอง¹⁸ และ (iii) **หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu)** ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักผลดีและ ผลเสียของมาตรการที่ตั้งใจจะใช้ มาตรการใดที่ใช้แล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อมหาชน น้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนหรือสังคมโดยรวม ย่อมไม่ชอบด้วย องค์ประกอบในข้อนี้¹⁹

จากตัวอย่างที่ได้นำเสนอไปข้างต้น กรณีที่ผู้ประกอบการเคเบิลรายหนึ่งที่ถูก กล่าวหาว่าออกอากาศรายการที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ และถูกสั่งปิดช่องรายการนั้นทั้งช่อง การสั่งปิดช่องรายการดังกล่าวนี้ น่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยหลักความ ได้สัดส่วน เพราะขัดต่อองค์ประกอบในข้อสอง หลักเรื่องความจำเป็น และองค์ประกอบ ข้อสาม หลักเรื่องการตีความอย่างแคบ (stricto sensu) อย่างชัดเจน เป็นที่น่าเสียดาย ที่กรณีที่เกิดขึ้นนี้มิได้มีการอุทธรณ์และร้องเป็นคดีไปยังศาลปกครอง ตามนัยแห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9(1)

แม้ว่าหลักความได้สัดส่วนมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีลำดับศักดิ์ระดับ รัฐธรรมนูญดังกล่าวมานี้ คณะวิจัยเห็นว่าการบัญญัติหลักการนี้อย่างชัดเจนไว้ใน พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องเป็นสิ่งที่เหมาะสมมิได้ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายทุกส่วนภาคมีความ เข้าใจที่ตรงกัน หากการบัญญัติกฎหมายอาจต้องใช้เวลาอันยาวนาน การแก้ปัญหานี้ในเบื้องต้น น่าจะทำได้ด้วยการกำหนดแนวปฏิบัติในรายละเอียดด้วยการกำหนดไว้ในแผนแม่บท กิจกรรมกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ

¹⁸ สำหรับหลักการนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 ดังนี้

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

¹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดียวกัน, น. 204-209.

พ.ศ. 2553 มาตรา 49²⁰ ซึ่งก็สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ในระดับหนึ่ง เพราะแผนแม่บทนี้เป็นแนวทางร่วมกันที่เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องจะต้องคำนึงถึง

นอกจากหลักความได้สัดส่วนนี้ จะสำคัญอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าพนักงาน (กสทช. สำหรับบริบทนี้) ยังมีความสำคัญอย่างยิ่งกับการปฏิบัติของเอกชนเจ้าของโครงข่ายต่อเอกชนรายอื่นที่ขอใช้โครงข่ายด้วยเช่นกัน แม้ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนจะอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลัก แต่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไป เพราะกรณีของการขอใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายมิได้อยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่เท่าเทียมกัน เอกชนเจ้าของโครงข่ายมักจะมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่าผู้ขอใช้บริการโครงข่าย²¹ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของสหภาพยุโรปในเรื่องนี้ เห็นได้ว่าสหภาพยุโรปได้เห็นความสำคัญในการป้องกันมิให้เอกชนผู้ขอใช้โครงข่ายถูกเอารัดเอาเปรียบจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม “หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)” นี้จึงได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนสำหรับกรณีของสัญญาระหว่างเอกชนด้วย ทว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องทั้งสามฉบับ²² มิได้รับรองหลักการนี้เพื่อปรับใช้กับกรณีของเอกชนแต่อย่างใด ซึ่งคณะวิจัยเห็นว่าหากปล่อยให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเปิดช่องว่างเช่นนี้ จะส่งผลให้เอกชนผู้ขอใช้โครงข่ายถูกเอารัดเอาเปรียบได้

การเพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายอาจเป็นการแก้ปัญหาที่ต้องใช้เวลานาน เราอาจแก้ปัญหาเรื่องนี้ได้ด้วยการกำกับสัญญาของเอกชนอันอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการ (กสทช.) ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 44 ซึ่งกำหนดกำหนดลักษณะข้อสัญญาระหว่างเอกชนเกี่ยวกับการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายที่เป็นธรรมทั้งหมดสี่อนุมาตราด้วยกันตาม

²⁰ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการกระจายวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 49 บัญญัติว่า

“ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการ ให้ กสทช. จัดให้มีแผนแม่บทกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม เพื่อใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการระยะห้าปี...”

²¹ แม้ว่าเจ้าของโครงข่ายมีหน้าที่จะต้องยินยอมให้บุคคลอื่นเข้าใช้โครงข่ายของตนตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 42 การเจรจาต่อรองและกำหนดเงื่อนไขของสัญญาก็ยังเป็นเรื่องที่เอกชนจะต้องทำหรือกันเอง มีข้อจำกัดอย่างมากที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซง

²² พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

มาตรา 44(1)-(4) ซึ่งมีได้รับรองหลักความได้สัดส่วนแต่อย่างใด **คณะกรรมการสามารถแก้ปัญหานี้ได้ด้วยการประกาศเพิ่มเติมได้โดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 44(5) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน หรือจะกำหนดรายละเอียดในแผนแม่บทกิจกรรมกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ดังที่กล่าวมาข้างต้นก็ได้**

นอกจากการอาศัยช่องทางตามบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการในการวางหลักเกณฑ์หรือข้อเสนอแนะข้างต้น คู่สัญญาเอกชนยังคงมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันตามหลักกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวข้อง²³ สำหรับกรณีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และ 421²⁴ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต การกล่าวอ้างหลักการนี้กรณีที่ถูกโต้แย้งสิทธิก็สามารถแก้ปัญหาก็ได้ระดับหนึ่ง แต่ว่าข้อจำกัดของการกล่าวอ้างว่ามีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้นมีข้อจำกัดอย่างมาก เพราะในกรณีที่เกิดความคลุมเครือ ภาระนำสืบย่อมตกอยู่กับโจทก์หรือผู้เสียหายว่าตนเองเสียหายอย่างไร และเจ้าของโครงข่ายใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอย่างไร ความไม่แน่นอนในรูปคดีย่อมเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ อีกทั้งหากข้อสัญญาได้เขียนไว้อย่างชัดเจนว่าเอกชนเจ้าของโครงข่ายมีอำนาจวางมาตรการบางอย่างต่อเอกชนผู้ขอใช้โครงข่ายแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายย่อมจะต้องผูกพันภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาทางแพ่ง (Private Autonomy) แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้น แต่ก็ยังคงไม่ได้รับการเยียวยา

ผู้วิจัยเห็นว่าหากเราสามารถนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้กับกรณีของเอกชนด้วย เอกชนผู้ขอใช้โครงข่ายซึ่งรับผลของมาตรการของเอกชนเจ้าของโครงข่ายน่าจะได้รับความเป็นธรรมมากกว่าการกล่าวอ้างมาตรา 5 และ 421 โดยลำพัง เพราะหลักความได้สัดส่วนนี้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนมากกว่า อีกทั้งการกำหนดให้ข้อตกลงของเอกชนจะต้องสอดคล้องกับหลักนี้ย่อมสามารถป้องกันมิให้เอกชนผู้ขอใช้โครงข่ายถูกเอาเปรียบจากคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีสถานะเหนือกว่านั่นเอง

²³ นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังมีกฎหมายอีกหลายฉบับด้วยกันที่สามารถปรับใช้ต่อความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของโครงข่ายและผู้รับใบอนุญาตได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”
มาตรา 421 บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

สำหรับหลักต่อไปที่มีความสำคัญอย่างยิ่งก็คือ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-Discrimination)” เป็นหลักการที่แตกแขนงมาจาก “หลักความเสมอภาค (Principle of Equality)” ทั้งนี้ในมุมมองของกฎหมายไทยหลักความเสมอภาคได้รับการยอมรับให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไประดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน²⁵ โดยสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติพื้นฐาน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 ดังนี้

“บุคคลย่อมเสมอกันตามกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม” (เน้นโดยผู้วิจัย)

จากบทบัญญัตินี้หน่วยงานทางปกครอง ซึ่งรวมถึงคณะกรรมการ (กสทช. สำหรับบริบทนี้) จะต้องเคารพต่อหลักเกณฑ์พื้นฐานในข้อนี้ด้วย เมื่อพิจารณาหลักการไม่เลือกปฏิบัติ พบว่าการปรับใช้หลักการนี้มีอุปสรรคน้อยกว่าหลักความได้สัดส่วนดังที่กล่าวมาข้างต้น เพราะแนวคิดเรื่องของการไม่เลือกปฏิบัติปรากฏอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวข้องอย่างกระจัดกระจาย ประกอบด้วยบทบัญญัติที่รับรองเรื่องนี้อย่างเด่นชัดและรับรองเรื่องนี้โดยปริยาย ดังนี้

พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 มาตรา 27

“(6) พิจารณานุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรมและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาตเงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว

...

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดียวกัน, น. 211.



(8) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้หรือเชื่อมต่อ และหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดอัตราใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งในกิจการประเภทเดียวกันและระหว่างกิจการ แต่ละประเภท ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการและผู้ลงทุน หรือระหว่างผู้ให้บริการ โทรคมนาคม โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

(9) กำหนดโครงสร้างอัตราค่าธรรมเนียมและโครงสร้างอัตราค่าบริการให้กิจการ กระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการและ ผู้ให้บริการโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ...”

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำ โดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

แม้แนวคิดเรื่องของการไม่เลือกปฏิบัติมิได้ปรากฏอย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติ เฉพาะที่เกี่ยวข้อง หากรับรองหลักการนี้โดยปริยายตามนัยของพระราชบัญญัติองค์กร จัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 มาตรา 27(6), (8) และ (9) นี้ การละเมิดหรือฝ่าฝืน ต่อหลักการดังกล่าวย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่มีชอบอันเป็นเงื่อนไข ในการร้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ตามนัยของ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9(1) นั่นเอง กระนั้นก็ดี หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ควรชัดเจนมากกว่านี้ แม้จะได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะดังกล่าวก็ตาม **ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ เมื่อหลักการนี้นำมาปรับใช้ภายใต้บริบทของการเชื่อมต่อ โครงข่ายเพื่อการประกอบกิจการกระจายเสียงแล้ว หลักกฎหมายเรื่องนี้จะมีลักษณะ และรายละเอียดปลีกย่อยเป็นอย่างไร** จึงเห็นสมควรที่บทบัญญัติควรที่จะได้รับ การปรับปรุงและกำหนดรายละเอียดดังกล่าว

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-Discrimination) มิได้มีความสำคัญ ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการเท่านั้น หากยังมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปฏิบัติ

ของเอกชนเจ้าของโครงข่ายต่อเอกชนผู้ขอใช้บริการเช่นกัน หลักการนี้ได้รับการยอมรับใน พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 44(1) ซึ่งบัญญัติว่า

“ข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายต้องมีลักษณะดังนี้

(1) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตรายอื่น

กล่าวคือเอกชนเจ้าของโครงข่ายมีหน้าที่จะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้ขอใช้โครงข่ายของตนเอง แต่ทว่าคำพิพาทบัญญัตินี้คงจะไม่สามารถตอบได้ว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างเอกชนด้วยกันเองนั้นจะมีขอบเขตเพียงใด มีความหมายเฉพาะการไม่กีดกันจากการเข้าสู่โครงข่ายตอนแรกเท่านั้น หรือหมายรวมถึงการไม่เลือกปฏิบัติหลังจากการเข้าใช้โครงข่ายด้วย ความคลุมเครือดังกล่าวนี้จะแก้ปัญหาดังกล่าวได้ด้วยการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจน ทั้งนี้คณะผู้วิจัยเห็นว่าการให้คำนิยามของกฎหมายสหภาพยุโรป ตาม Access Directive, Article 10.2 น่าจะช่วยแก้ความไม่ชัดเจนดังกล่าวนี้ได้เป็นอย่างดี

Access Directive, Article 10.2 ได้กำหนดนิยามและขอบเขตของหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-Discrimination) ไว้ดังนี้

1. A national regulatory authority may, in accordance with the provisions of Article 8, impose obligations of non-discrimination, in relation to interconnection and/or access.

2. Obligations of non-discrimination shall ensure, in particular, that the operator applies equivalent conditions in equivalent circumstances to other undertakings providing equivalent services, and provides services and information to others under the same conditions and of the same quality as it provides for its own services, or those of its subsidiaries or partners. (เน้นโดยผู้วิจัย)

ถ้อยคำที่ชัดเจนตามที่ได้ขีดเส้นใต้ไว้ หากได้นำมาปรับให้เป็นกฎหมายไทยอย่างเหมาะสม ย่อมช่วยให้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-Discrimination) ระหว่างเอกชนมีความชัดเจนขึ้น

อย่างไรก็ตามการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงข้อเสนอระยะยาว การแก้ปัญหาเฉพาะหน้าอาจทำได้ด้วยการอธิบายหลักการนี้และขอบเขตในการปรับใช้หลักการนี้ไว้ในแผนแม่บทก็ได้

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตก็คือการเลือกปฏิบัตินั้นอาจชอบด้วยกฎหมายได้หากการวางมาตรการที่แตกต่างกันนั้นได้ตระหนักถึงปัจจัยแวดล้อมที่สำคัญประกอบด้วย

ยกตัวอย่างกรณีของการให้ความคุ้มครองผู้ประกอบการเคเบิลท้องถิ่นที่มีต้นทุนการผลิตค่อนข้างต่ำ อยู่ในสถานะที่เสียเปรียบผู้ประกอบการรายใหญ่อย่างชัดเจน ดังนั้นหากคณะกรรมการจะวางมาตรการต่อผู้ประกอบการรายที่เล็กกว่าเพื่อให้สามารถดำเนินกิจการของตนเองได้อย่างราบรื่น ย่อมจะต้องให้ความช่วยเหลือบางประการ เช่น การลดค่าธรรมเนียม การช่วยเหลือทางเทคนิค หรือการให้การสนับสนุนในรูปแบบอื่นๆ เป็นต้น กรณีนี้เห็นได้ชัดเจนว่าการปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการทั้งสองรายแตกต่างกัน อยู่บนพื้นฐานที่สมเหตุสมผล กฎหมายไทยมิได้วางหลักการที่ชัดเจนว่ากรณีที่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เป็นธรรมเช่นนี้ จะมีวิธีการพิจารณาตัดสินเพื่อเลือกมาตรการที่เหมาะสมอย่างไร

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของสหภาพยุโรป พบว่า**แนวทางของ EU Directive นั้นกำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องปรับใช้หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ประกอบด้วยในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติได้อันเป็นเหตุมาจากข้อจำกัดด้วยสภาพของผู้ประกอบการ** คณะผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางของกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นสิ่งที่น่าสนใจและสามารถนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การวางมาตรการที่แตกต่างกันยังคงสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ข้อสรุป

สิ่งที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงประเด็นเบื้องต้นเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของกฎหมายและ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากสองเรื่องนี้สามารถปรับแก้ให้เกิดความชัดเจนได้แล้ว ย่อมช่วยให้การปรับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายเพื่อการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นอกเหนือจากทั้งสองเรื่องที่ได้นำเสนอไปแล้ว ประเด็นสำคัญอื่นๆ ยังมีรายละเอียดอีกมากมายซึ่งจะได้กล่าวถึงในโอกาสต่อไป

บรรณานุกรม

- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,” ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง**, หน้า 1 – 144. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2547). “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,” ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง**, หน้า 145 – 239. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. (2555). **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษานโยบายและหลักเกณฑ์เรื่องการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์**. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ.
- Harrison, Jackie and Woods, Lorna. (2007). *European Broadcasting Law and Policy*. Cambridge : Cambridge University Press.
- กลุ่มงานโครงข่ายพื้นฐานการใช้และเชื่อมต่อโครงข่าย. (ม.ป.ป.). **สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ**. สืบค้นเมื่อ Mach 26, 2012, จาก http://ic.nbtc.go.th/wps/portal/IC!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gTf3MX0wB3U08vQw-s3A09n32CLACdDRydTc6B8pFm8s7ujh4m5j4GBgZ-nqYGRS5iLn6erpYGB-kxEB3eEg3Cp8PQINoPI4zMfJGAzga6Pt55Oem6hfkRhhkBqQrAgCP4vw2/dl3/d3/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnZ3LzZfNE83RDVQRzVJUkZTNTBJUEpLM1FDSzJBMTc!/WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/library+ic/internetsite/05kmdev/502academicwork/502academicwork_detail/aba46c-8043066d2e8a69cb42c66eec1d

ARTICLE

The first part of the paper deals with the general principles of the method of the present investigation. It is shown that the method is based on the assumption that the human body is a system of forces, and that the forces are distributed in such a way as to maintain the body in equilibrium. The second part of the paper deals with the application of the method to the study of the human body. It is shown that the method can be used to study the distribution of forces in the human body, and that it can be used to study the changes in the distribution of forces which occur during the process of growth and development. The third part of the paper deals with the results of the investigation. It is shown that the method has been used to study the distribution of forces in the human body, and that it has been found that the distribution of forces is not uniform, but that it varies in different parts of the body. It is also shown that the distribution of forces changes during the process of growth and development, and that these changes are related to the changes in the shape and size of the body.