

สถานะความเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง
กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

The Status of the National Broadcasting and Telecommunications Commission
(NBTC)'s Status as a State Independent Organization

พัลภา นุ่มน้อย *

รับบทความเมื่อ 2 พฤษภาคม 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 7 มีนาคม 2567

บทคัดย่อ

บทบาทและการทำหน้าที่ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. ได้ทวีความสำคัญในยุคสังคมและเศรษฐกิจดิจิทัล โดยองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 การดำเนินการของ กสทช. ในฐานะเป็นองค์กรกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม มักมีผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง เนื่องจากวิถีชีวิตของประชาชนต้องพึ่งพาข้อมูลข่าวสารและการติดต่อสื่อสารผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อย่างยิ่งยวด บทความนี้จะกล่าวถึงอำนาจหน้าที่โดยรวมของ กสทช. เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดถึงความเป็นอิสระโดยสถานะทางกฎหมายของ กสทช. ว่า มีความอิสระจากความกดดันทางธุรกิจและอิสระจากอำนาจบริหารหรือไม่ จากการศึกษาวิเคราะห์ ผู้เขียนเห็นว่า กสทช. มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระซึ่งควรเป็นอิสระจากอำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหารทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมถึงเป็นอิสระจากการแทรกแซงจากอำนาจทางธุรกิจใด ๆ ที่ทำให้การกำกับกิจการโทรคมนาคมขาดความเป็นอิสระ ดังนั้น กสทช. จึงมีความเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญที่ปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจภายนอกที่มีขอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง นอกจากนี้ การทำหน้าที่ของ กสทช. ต้องคำนึงถึงหลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร หลักการบริการสาธารณะ หลักความโปร่งใส และสร้างความเป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทย

คำสำคัญ : กิจการโทรคมนาคม, การสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์, องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ, การกำกับกิจการโดยรัฐ, กฎ Must Have, หลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร, หลักการบริการสาธารณะ, หลักความโปร่งใส

* นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยคิวชู, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



Abstract

The roles and responsibilities of the National Broadcasting and Telecommunications Commission (NBTC) are increasingly crucial in the digital society and economy. The NBTC, as an independent organization established under the Act on Organization to Assign Radio Frequency and to Regulate the Broadcasting and Telecommunications Services B.E. 2553 (2010), plays a vital role in regulating and overseeing the broadcasting. The operations of the NBTC as a regulatory body often have a wide-ranging impact on the public. As people heavily rely on electronic devices for information, news, and communication, the NBTC's overall responsibilities are significant. This article discusses the general duties of the NBTC to help readers understand the legal intentions regarding its independent status. It emphasizes that legally, the NBTC is an independent regulatory agency that should operate free from pressure, both commercially and politically. Based on the writer's analysis, the NBTC is legally mandated to be independent from political influence and business interference. Therefore, it should be an expert organization free from any external influence that is not compliant with the law. Additionally, the NBTC, in performing its duties, should prioritize protecting individuals' rights in communication, promoting public service principles and transparency, as well as fostering fair competition in broadcasting which are crucial for Thailand's electronic communication in the future.

Keywords : telecommunications businesses, electronic communication, independent regulatory agency, State Regulation, Must Have Rule, the right to communicate, public service principles, transparency

บทนำ

เมื่อการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามามีบทบาทในการดำรงชีวิตของประชาชนมากขึ้นเรื่อย ๆ บทบาทและการทำหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ในบทความนี้ใช้คำแทนโดยย่อว่า “องค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ”) เป็นเรื่องที่อยู่ในความสนใจของสังคมไม่ว่าในประเทศใด ซึ่งกรณีของประเทศไทย องค์กรในลักษณะดังกล่าว คือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. โดยในช่วงเวลาที่ผ่านมาเมื่อไม่นานมานี้ปรากฏข่าวทางสื่อต่าง ๆ เกี่ยวกับบทบาทการทำหน้าที่ของ กสทช. เช่น ประเด็นเกี่ยวกับกรณีการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลโลก 2022 ได้มีการตั้งคำถามเกี่ยวกับกรณีการกีฬาแห่งประเทศไทย (กกท.) ให้สิทธิกับสถานีโทรทัศน์บางช่องถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอล 32 คู่ และให้ทีวีดิจิทัลประเภทธุรกิจและบริการสาธารณะ 20 ช่องรับสัญญาณ ถ่ายทอดสดแบบ Must Have ตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (กฎ Must Have)¹ เพียง 32 คู่ จาก 64 คู่ ซึ่งอาจไม่ตรงตามมติ กสทช. ที่ให้เงิน 600 ล้านบาท โดยจัดสรรเงินจากกองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ (กทปส.) ให้กับการกีฬาแห่งประเทศไทย (กกท.) สำหรับซื้อลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลก 64 คู่ เพื่อเผยแพร่อย่างเท่าเทียม และทั่วถึงผ่านทีวีดิจิทัลทั้งหมด ในการจัดสรรเงินก้อนนี้มีภาคเอกชนรายหนึ่งช่วยสนับสนุนค่าลิขสิทธิ์อีกเป็นจำนวนเงิน 300 ล้านบาท ในการถ่ายทอดสดฟุตบอลโลกครั้งนั้น แม้ว่าในที่สุดคนไทยได้ชมการถ่ายทอดฟุตบอลโลกในประเทศ แต่ปรากฏการวิพากษ์วิจารณ์ในเชิงลบว่า เหตุใด กกท. จึงได้ทำสัญญาโอนลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลกให้เอกชนรายที่สนับสนุนเงินสมทบค่าลิขสิทธิ์จาก กทปส. ได้สิทธิถ่ายทอดทุกช่องทางแต่เพียงผู้เดียว การที่องค์กรและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่สามารถแสดงความโปร่งใสและให้เหตุผลที่เป็นธรรมเป็นที่ประจักษ์ได้กลายเป็นสิ่งบั่นทอนความเชื่อถือในบทบาทของรัฐในส่วนนี้อย่างไม่ควรที่จะปรากฏ

ต่อมา ปรากฏประเด็นเกี่ยวกับกฎ Must Have เป็นกระแสข่าวและมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับบทบาทของ กสทช. อีกครั้ง เมื่อมีการแข่งขันกีฬาซีเกมส์ (The 32nd SEA GAMES) ซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ 5 ถึง 17 พฤษภาคม 2566 ณ กรุงพนมเปญ ประเทศกัมพูชา ซึ่งต้องมีการถ่ายทอด

¹ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (กฎ Must Have) ระบุในภาคผนวก รายการโทรทัศน์ที่กำหนด ตามข้อ 3 มีทั้งสิ้น 7 รายการ ได้แก่ การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือกีฬาซีเกมส์ (South-East Asian Games, SEA Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการอาเซียนพาราเกมส์ (ASEAN Para Games) การแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศในทวีปเอเชีย หรือเอเชียนเกมส์ (Asian Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับนักกีฬาคนพิการเอเชียนพาราเกมส์ (Asian Para Games) การแข่งขันกีฬาโอลิมปิก (Olympic Games) การแข่งขันกีฬาสำหรับคนพิการหลายประเภทจากทั่วโลก หรือกีฬาวาราลิมปิก (Paralympic Games) และการแข่งขันฟุตบอลโลกรอบสุดท้าย (FIFA World Cup Final)

ทางโทรศัพท์ตามที่กฎหมาย Must Have กำหนด แต่รัฐจะต้องแบกรับค่าลิขสิทธิ์การถ่ายทอดออกอากาศจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้ คณะอนุกรรมการพิจารณาอนุญาตด้านกิจการโทรศัพท์ได้มีมติยกเลิกกฎดังกล่าวเนื่องจากกฎหมาย Must Have ทำให้เอกชนที่ให้บริการโทรศัพท์แบบบอกรับสมาชิกหรือแพ็คเกจรายเดือนแรงจูงใจในการซื้อลิขสิทธิ์ และกฎดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อความเสมอภาคในการเข้าถึงการถ่ายทอดออกอากาศรายการโทรศัพท์ที่เป็นที่นิยมอย่างสูงซึ่งขัดกับเจตนารมณ์อันแท้จริงของการออกกฎหมายฉบับดังกล่าว

กรณีต่อมา ปรากฏประเด็นเกี่ยวกับการควบคุมกิจการของผู้ให้บริการโทรคมนาคมขนาดใหญ่ของประเทศไทยสองบริษัท โดยสำนักงาน กสทช. ได้มีหนังสือ 2 ฉบับ ได้แก่ หนังสือสำนักงาน กสทช. ที่ สทช 2402/23454 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2565 และหนังสือ ส่วนที่สุด ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2565 เพื่อรับผลการพิจารณาข้อหาหรือจากคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของ กสทช. และสำนักงาน กสทช. ในการพิจารณากรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท ทูร์ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) หรือดีแทค

ทั้งสามกรณีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากข้อขัดข้องที่ปรากฏในการทำหน้าที่ของ กสทช. ทุกครั้งกระทบต่อสิทธิในการรับข่าวสาร สารที่เป็นประโยชน์ของประชาชนโดยตรงและเป็นวงกว้าง การที่ กสทช. หลีกเลี่ยงที่จะแสดงบทบาทความเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญอย่างเข้มแข็ง โดยส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่า เป็นสถานการณ์ที่ไม่ควรเกิดขึ้นกับองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ที่ควรเป็นอิสระและมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศมากที่สุด

บทความฉบับนี้ผู้เขียนจะนำเสนอรูปแบบและสถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ จากกรณีศึกษาของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหราชอาณาจักร โดยนำเสนอในมุมมองกฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งจะทำให้เกิดภาพที่ชัดเจนยิ่งขึ้นเกี่ยวกับสถานะและหลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ อันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาการของกฎหมายมหาชน และยังเป็นประเด็นศึกษาเพื่อประโยชน์ของศาลปกครองในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ต่อไป

1. บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ

ปัจจุบันภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะด้านกิจการโทรคมนาคมทวีความสำคัญขึ้น โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่โลกกำลังเปลี่ยนผ่านรูปแบบการติดต่อสื่อสารสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์เกือบทั้งหมด คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ในฐานะองค์กรหลักซึ่งมีอำนาจหน้าที่กำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยองค์กรกำกับการที่เป็นอิสระ

ย่อมสามารถนำนโยบายของรัฐมาปฏิบัติด้วยความเป็นกลางและปราศจากอคติส่วนบุคคล อีกทั้งการเป็นอิสระจากผู้ประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมที่รัฐเป็นเจ้าของยังช่วยให้องค์กรกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางต่อผู้ให้บริการในตลาดทุกราย เช่น ในเรื่องนโยบายการแข่งขัน การเชื่อมต่อโครงข่าย เป็นต้น²

ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกมักวางโครงสร้างองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ อย่างเป็นมาตรฐานสากล ซึ่งการแยกองค์กรกำกับการออกจากผู้ประกอบกิจการในตลาดจะช่วยให้ตลาดเกิดความเชื่อมั่นและเกิดการส่งเสริมให้มีการเคารพกติกาที่รัฐวางไว้ภายใต้กรอบกติกาการค้าระหว่างประเทศ โดยในมุมมองของผู้เชี่ยวชาญด้านกิจการโทรคมนาคมเห็นว่า ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นของผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคม คือ ความเป็นอิสระขององค์กรกำกับการจากการควบคุมโดยรัฐบาล โดยแต่ละประเทศมีการกำหนดระดับของความเป็นอิสระที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับกฎหมาย สภาพแวดล้อมทางการเมือง และโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ ซึ่งมีองค์กรกำกับการเพียงส่วนน้อยที่เป็นอิสระโดยสมบูรณ์จากรัฐบาล โดยอย่างน้อยที่สุดองค์กรกำกับการจะได้รับมอบหมายและได้รับการจัดสรรงบประมาณจากรัฐบาล ซึ่งองค์กรกำกับการสามารถนำงบประมาณไปบริหารจัดการได้เอง

ด้วยเหตุที่องค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ สามารถจัดสรรและบริหารจัดการงบประมาณได้เอง จึงสามารถดึงดูดผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาปฏิบัติหน้าที่ให้องค์กรได้อย่างเพียงพอ ทั้งนี้ การยกระดับให้องค์กรกำกับการดังกล่าวมีความเป็นอิสระเพิ่มมากขึ้นมีเหตุผลสนับสนุนหลายประการ เช่น ส่งผลให้เกิดความเป็นกลางและเป็นเกราะป้องกันการแทรกแซงทางการเมือง หรือความกดดันในการดำเนินกิจการ การรับรู้ถึงความเป็นอิสระเป็นส่วนสำคัญในการคงไว้ซึ่งความเป็นเจ้าของทรัพยากรสำหรับการติดต่อสื่อสารของรัฐเพื่อให้ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันในกิจการโทรคมนาคม เช่น คลื่นความถี่ วิทยุโทรทัศน์ สัญญาณดาวเทียมของรัฐ เป็นต้น ซึ่งเอกชนผู้ประกอบการและนักลงทุนจะมีความเชื่อมั่นต่อองค์กรกำกับการ การแข่งขันในตลาดที่ทำหน้าที่อย่างเป็นธรรมและโปร่งใส อันสามารถนำไปสู่การลงทุนที่เพิ่มขึ้นในภาคอุตสาหกรรมดังกล่าวและส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม โดยที่ความเชื่อมั่นดังกล่าวขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ซึ่งปรากฏให้เห็นจากความเป็นมืออาชีพในการกำกับการและจากการวางตัวเป็นกลางในการทำหน้าที่กำกับกิจการดังกล่าว³ อย่างไรก็ตาม การทำหน้าที่ขององค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ที่มีคามเป็นอิสระดังกล่าวมิได้หมายความว่า องค์กรนั้นจะเป็นอิสระจากกฎหมายหรือนโยบายของประเทศ การออกคำสั่ง

² สำนักงานกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับกิจการโทรคมนาคม : การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : แอปป์้า พรินต์ติ้ง กรุ๊ป, [ออนไลน์], หน้า 15, เข้าถึงจาก <https://www.nbtc.go.th/getattachment/36f990a0-7969-499a-9df2-a0427e3e82d6/1.pdf.aspx> เมื่อ 17 ตุลาคม 2565.

³ Hank Intven and McCarthy Tétrault, Telecommunication Regulation Handbook (Module 1) : Overview of Telecommunications Regulation, (World Bank : Washington, 2000), [Online], p. 6, retrieved from https://www.itu.int/ITU-D/treg/Documentation/Infodev_handbook/1_overview.pdf เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

โดยองค์กรกำกับกิจการต้องมีความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศ การทำหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการต้องพร้อมรับผิดชอบต่อสมานติบัญญัติและรัฐบาลผ่านกลไกรูปแบบต่าง ๆ เช่น รายงานประจำปี หรือการรับฟังความคิดเห็นเพื่อออกกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งองค์กรกำกับกิจการต้องแสดงให้เห็นที่ประจักษ์ถึงความโปร่งใสในการออกคำสั่งตามอำนาจหน้าที่⁴ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา จะเห็นได้อย่างค่อนข้างชัดเจนว่ากฎหมายไทยได้วางรากฐานรูปแบบและสถานะองค์กรกำกับกิจการกระจายเสียงฯ ในลักษณะที่มุ่งหมายให้ กสทช. เป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงทั้งจากฝ่ายผู้ประกอบการเอกชนและฝ่ายอำนาจทางการเมืองให้มากที่สุด

ส่วนในด้านการแสดงให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ถึงความเข้มแข็งในเชิงสถาบันในการเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงนั้น ผู้เขียนเห็นสอดคล้องกับรองศาสตราจารย์ ดร.ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง ซึ่งเคยแสดงทัศนะไว้มีความโดยสรุปว่า “โดยทั่วไปแล้ว ความเป็นอิสระของหน่วยงานหนึ่งอาจประเมินได้ในสองลักษณะ ลักษณะแรก เป็นการประเมินเชิงโครงสร้างขององค์กรซึ่งเป็นการกำหนดกรอบเชิงโครงสร้างป้องกันการมีส่วนได้เสีย ลักษณะที่สอง เป็นการประเมินในทางปฏิบัติซึ่งสะท้อนจากการที่หน่วยงานแสดงออกซึ่งความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการดำเนินการอย่างต่อเนื่องยาวนานเป็นที่น่าเชื่อถือ เพราะเพียงแค่การออกแบบเชิงโครงสร้างไม่สามารถประกันความเป็นอิสระได้ทั้งความเข้มแข็งเชิงสถาบันไม่อาจสร้างได้ในชั่วข้ามคืน ไม่อาจสร้างได้เพียงแค่การจัดตั้งองค์กร ไม่อาจสร้างได้เพียงการออกกฎหมาย และไม่อาจสร้างได้เพียงการลงนามความร่วมมืออย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ต้องอาศัยการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องยาวนานผ่านการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ และการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนี้เองที่จะเป็นตัวบ่งชี้ให้เห็นถึงความเข้มแข็งเชิงสถาบัน ความเป็นอิสระเชิงโครงสร้างจึงเป็นเพียงแต่จุดเริ่มต้นและเป็นการรับรองความสำคัญของความเป็นอิสระเท่านั้น”⁵ ดังนั้น การที่ กสทช. จะได้รับการยอมรับถึงความความเป็นอิสระในทางปฏิบัติจึงเป็นเรื่องที่จะต้องพิสูจน์ด้วยการทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระอย่างต่อเนื่องต่อไป

2. สถานะทางกฎหมายขององค์กรอิสระ

การจัดตั้งองค์กรกำกับกิจการกระจายเสียงฯ ปรากฏขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ภายใต้โครงสร้างองค์กรแบบคณะกรรมการกึ่งตุลาการ (quasi-judicial boards) หรือคณะกรรมการ (commissions) โดยมีประธานคณะกรรมการ

⁴ Ibid

⁵ ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, “ปัญหาทางกฎหมายของการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมโดยปราศจากนโยบาย กรณีกิจการดาวเทียมสื่อสารไทย,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้า ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, 2560, หน้า 6-7.

เป็นหัวหน้า⁶ ต่อมา แนวคิดในการจัดตั้งองค์กรอิสระในแนวทางดังกล่าวส่งอิทธิพลทางความคิดไปยังประเทศอื่น ๆ รวมทั้งประเทศฝรั่งเศส สำหรับการปรากฏขึ้นของ “องค์กรอิสระของรัฐ” หรือ “independent administrative authority” มีการกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศส ประมาณปี ค.ศ. 1978⁷ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ปรากฏหน่วยงานอิสระของรัฐหลายองค์กรซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ทำภารกิจตามกฎหมายอันแตกต่างจากฝ่ายปกครอง โดยในหลายกรณีองค์กรอิสระของรัฐทำหน้าที่กำกับกิจการตลาดหรือสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ประกอบการ ซึ่งต่างจากหน่วยงานทางปกครองทั่วไป เนื่องจากองค์กรอิสระของรัฐมีอำนาจให้ความเห็นหรือคำแนะนำตลอดจนกำกับกิจการหลายประการ รวมถึงอำนาจชี้ขาดตัดสินบุคคลหรือกำหนดโทษทางอาญาต่อกรณีซึ่งไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์กรผู้กำกับกิจการด้านการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจเรียกค่าปรับที่สำคัญ⁸ เป็นกรณีซึ่งจะมีการเรียกค่าปรับจากเอกชนที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ กรณีฝ่าฝืนเงื่อนไขการมีอำนาจเหนือตลาด (dominance) กรณีฝ่าฝืนการกำหนดราคา (price fixing) และจากการรวบส่วนแบ่งการตลาด (market sharing)⁹ อำนาจตัดสินบุคคลหรือกำหนดโทษดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการทำหน้าที่ในฐานะหน่วยงานทางปกครองโดยมิได้ทำให้องค์กรอิสระของรัฐมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการแต่อย่างใด

โดยที่แต่ละประเทศมีพัฒนาการในการจัดตั้งองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่กำกับกิจการโทรคมนาคมที่แตกต่างกัน การกำหนดนิยามของ “องค์กรกำกับกิจการที่เป็นอิสระ” จึงมีความหลากหลายในแต่ละระบบกฎหมาย นักวิชาการแต่ละประเทศต่างกำหนดชื่อเรียกและบทนิยามไว้แตกต่างกัน สำหรับนักวิชาการของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า องค์กรอิสระเป็นองค์กรที่มีอำนาจกำกับกิจการประกอบอยู่ด้วยซึ่งแยกต่างหากจากฝ่ายบริหารและไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของประธานาธิบดี กรณีความเป็นอิสระนี้นอกจากได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว แต่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1935 ยังปรากฏคำพิพากษาของศาลของสหรัฐอเมริกาที่พิพากษารับรองความเป็นอิสระขององค์กรในลักษณะนี้ด้วย เช่น ในคดี *Humphrey's Executor v. United States* คดีนี้ศาลแห่งเมือง Humphrey พิพากษาว่า ประธานาธิบดีไม่สามารถปลดสมาชิกในคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (FTC) ตามความต้องการได้ ถือเป็นคำพิพากษา

⁶ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra note 3*, p. 7.

⁷ Robert Elgie and Iain McMenamin, Credible commitment, political uncertainty, or policy complexity? Explaining variations in the independence of non-majoritarian institutions in France, [Online], pp. 11-12, retrieved from https://doras.dcu.ie/59/2/credible_commitment.pdf เมื่อ 5 มกราคม 2567.

⁸ Nicolas Contis and Camille Doguet, Members of independent administrative authorities can be recused under principle of impartiality, (September 29th, 2020), [Online], retrieved from <https://www.lexology.com/commentary/litigation/france/kallioip/members-of-independent-administrative-authorities-can-be-recused-under-principle-of-impartiality> #Right เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

⁹ European Commission, Fines for breaking EU Competition Law, [Online], retrieved from https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-01/factsheet_fines_en.pdf เมื่อ 11 มีนาคม 2566.



ที่วางหลักว่า องค์การของรัฐผูกพันภายใต้บทบัญญัติกฎหมายย่อมมีอิสระจากการควบคุมบังคับบัญชาจากฝ่ายบริหารทั้งทางตรงและโดยอ้อม¹⁰ จึงอาจอนุมานได้ว่า หากองค์การของรัฐที่กฎหมายมุ่งหมายให้จัดตั้งในลักษณะเป็นองค์กรหรือคณะกรรมการที่เป็นอิสระ ย่อมมีความมุ่งหมายให้อิสระจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหารนั่นเอง

ด้านนักวิชาการของฝรั่งเศสกำหนดนิยามว่า “องค์กรอิสระ” เป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งแยกออกจากการควบคุมตามปกติของฝ่ายบริหารหรือเป็นองค์กรที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามปกติของราชการส่วนกลาง¹¹ ซึ่งการรับรองให้องค์กรอิสระไม่อาจถูกแทรกแซงจากอำนาจฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะฝ่ายการเมืองได้นั้นนับว่าเป็นไปในแนวทางที่สากลยอมรับ เนื่องจากหากยอมให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายการเมืองแทรกแซงได้แล้ว ความเชื่อมั่นและความโปร่งใสในการทำหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการอาจด้อยลงได้ ทั้งยังทำให้เกิดความไม่เชื่อมั่นในความเป็นอิสระอย่างแท้จริงขององค์กรนี้ จึงยากที่ประชาชนจะยอมรับการทำหน้าที่องค์กรที่ต้องปกป้องสิทธิพื้นฐานของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิการรับรู้ข้อมูลข่าวสารอย่างเสมอภาค ทัวถึง และเป็นธรรมได้

ส่วนนักวิชาการของสหราชอาณาจักรยอมรับองค์การอิสระนี้ในฐานะองค์กรซึ่งใช้งบประมาณของรัฐในการทำการกิจของรัฐให้บรรลุผล โดยมีความเป็นอิสระจากผู้แทนปวงชนที่มาจากการเลือกตั้ง¹²

แม้ว่าการกำหนดนิยามและประเภทขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจะมีความหลากหลายดังที่กล่าวมาแล้วนี้ แต่ก็มีจุดร่วมกันอยู่ โดยอาจสกัดข้อความคิดจำแนกมาเป็นลักษณะสำคัญได้ 5 ประการ ได้แก่ *ประการแรก* ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญที่สุด คือ องค์กรดังกล่าวเป็นการจัดตั้งขึ้นโดยแยกจากหน่วยงานของรัฐที่ใช้อำนาจบริหาร *ประการที่สอง* เป็นหน่วยงานของรัฐ (public organizations) ซึ่งมักมีอำนาจกำกับกิจการในลักษณะกึ่งอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และกึ่งตุลาการ *ประการที่สาม* ผู้บริหารขององค์กรจะต้องไม่ใช่บุคคลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน และต้องมิใช่บุคคลที่ได้รับการจัดสรรโดยนักการเมือง *ประการที่สี่* อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบขององค์กรดังกล่าวได้รับมอบหมายภายใต้กฎหมายมหาชน และ *ประการที่ห้า* โดยปกติรัฐสภาและประธานาธิบดีจะเข้าร่วมในการสรรหาผู้บริหารขององค์กรอิสระดังกล่าว¹³

¹⁰ 295 U.S.602 (1935). (See Susan M.Olson, ‘Challenges to the Gatekeeper: The Debate over Federal Litigating Authority’, 68 *Judicature* 71, 73 n.12 (1984), p. 628.

¹¹ Bougrab, J., *Independent Administrative Authorities in France in Independent Administrative Authorities*. Edited by Caranta, R., Andernas, M., Fairgrieve, D. London : British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 57. quoted in Aurelija Pūraitė and Leva Deviantikovaite, *Independent Regulatory and Administrative Authorities in the Republic of Lithuania*, [Online], p. 284, retrieved from <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/99> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

¹² *Ibid*

¹³ *Ibid*

นักวิชาการของไทยได้นิยามคำว่า “องค์กรอิสระ” หมายถึง องค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับภารกิจของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยเป็นองค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษ ซึ่งได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติภารกิจหน้าที่ได้โดยอิสระ ปลอดภัยจากการแทรกแซงจากองค์กรของรัฐอื่น หรือสถาบันการเมือง รวมทั้งอยู่เหนือกระแสและการกดดันใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายในสังคม ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง¹⁴ ทั้งนี้ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) มีฐานะเป็นองค์กรอิสระ¹⁵ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ตามมาตรา 60 วรรคสาม ประกอบกับมาตรา 274¹⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย องค์กรอิสระจึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโครงสร้างระบบบริหารรูปแบบเดิมมีข้อจำกัด ประเทศไทยจึงมีการจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองหรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁷ และจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังคงรับรองความเป็นองค์กรอิสระของ กสทช. เรื่อยมา

อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้นิยาม คำว่า “องค์กรอิสระ” ว่าหมายถึง องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหารหรือปฏิบัติภารกิจของรัฐในลักษณะที่เป็นภารกิจในทางบริหาร แต่องค์กรดังกล่าวเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาหรือการกำกับกิจการของคณะรัฐมนตรี¹⁸ นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ฯ ยังได้นำเสนอรายงานผลการวิจัย เรื่อง องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไว้ว่า แม้องค์กรอิสระจะสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับได้ก็ตาม แต่อำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับขององค์กรอิสระก็ไม่ถือว่าเป็นอำนาจนิติบัญญัติ เพราะองค์กรอิสระมิได้มีอำนาจในการตรากฎหมายแม่บทขึ้นใช้บังคับเหมือนกับรัฐสภาและมอบหมายให้องค์กรอื่นบังคับใช้กฎหมายตามที่ตนได้ตราขึ้น แต่องค์กรอิสระออกกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกฎหมาย

¹⁴ นพดล เสงเจริญ, “องค์กรอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ,” (2 เมษายน 2549), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=895> เมื่อ 16 ตุลาคม 2565.

¹⁵ เฟ้งอ้าง

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 274 “ให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรตามมาตรา 60 วรรคสาม และให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้”

¹⁷ นพดล เสงเจริญ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540’ (รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) หน้า 16-17.

ลำดับรองในกรอบของกฎหมายแม่บทเพื่อกำหนดรายละเอียด ทั้งนี้ ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายและตนเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายลำดับรองนั้นเอง แม้มีปัญหาให้องค์กรอิสระต้องวินิจฉัยชี้ขาดก็ไม่ถือว่าการวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตุลาการ เพราะองค์อิสระไม่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นศาล ไม่ได้ทำหน้าที่เป็นคนกลางวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เพราะหากตีความว่า การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์อิสระเป็นอำนาจตุลาการแล้ว ต้องถือว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้พิพากษาศาลาการ ซึ่งจะถือเช่นนั้นไม่ได้ เพราะมิฉะนั้นแล้ว จะขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ที่ผู้พิพากษาศาลาการมีอำนาจบริหารจัดการในการเลือกตั้งหรือทำการตรวจเงินแผ่นดินพร้อม ๆ กับการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่ตนเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นเองตั้งแต่นั้น¹⁹

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent Regulatory Agency) เป็นสถาบันทางการบริหารที่มีบทบาทสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารรูปแบบเดิมที่มีข้อจำกัด เนื่องจากการจัดลำดับของอำนาจหน้าที่และการควบคุมบังคับบัญชาตามลำดับชั้นทำให้เกิดความล่าช้าและขาดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมและสิทธิเสรีภาพของประชาชน²⁰ คำว่า “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” มีการนิยามความหมายซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทางด้วยกัน คือ *แนวทางแรก* เป็นแนวทางการวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายโดยแท้ ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายอย่างแคบ (Approach Restrictive) ให้แก่องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระมิใช่เพียงความเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของหน่วยงานหนึ่งหน่วยงานใดของรัฐเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการอย่างแท้จริงได้ด้วย และ*แนวทางที่สอง* เป็นแนวทางการวิเคราะห์ในเชิงสังคมวิทยาหรือในทางข้อเท็จจริง (Sociology - Administrative Approach) เป็นการพิจารณาในเชิงการให้คำนิยามแก่องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในความหมายอย่างกว้าง นั่นคือ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจเพียงให้คำแนะนำและจัดทำรายงานพิมพ์เผยแพร่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการ²¹

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของรัฐในระดับสูงสุดอันเป็นส่วนหนึ่งของสถาบันทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) ฝ่ายตุลาการ (ศาล) นั้น การกำกับกิจการโทรคมนาคมเป็นการดำเนินการแยกต่างหากจากฝ่ายบริหารแบบดั้งเดิม เนื่องด้วยปัญหาหลักสามประการอันเกิดจากโครงสร้างการบริหารแบบดั้งเดิมอันได้แก่ *ประการแรก* ปัญหาอันเกิดจากความล่าช้าในการตัดสินใจ การยึดติดกับกฎระเบียบที่ยืดหยุ่นและการปรับใช้โดยไม่พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย *ประการที่สอง* ปัญหาการขาดความรู้ความเข้าใจ

¹⁹ เฟิงอ้าว

²⁰ นพดล เสงเจริญ, *อ้าวแล้ว เชิงรรถที่ 14*

²¹ วิษณุ วรรณุญ, องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในบางประเทศ : สหรัฐอเมริกา อังกฤษและฝรั่งเศส, รายงานการศึกษาวิจัย ‘องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ’ (Independent Administrative Body) เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.), สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย (สกว.), กันยายน 2538, หน้า 14-15. อ้างใน จินตนา พนมชัยยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 96.

เรื่องเทคโนโลยีใหม่ ๆ ซึ่งมีความสลับซับซ้อนและก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว จึงต้องอาศัยการปรับตัวของฝ่ายปกครองอย่างสูง และประการสุดท้าย ปัญหาอันเกิดจากความไม่มีประสิทธิภาพของโครงสร้างการบริหารแบบดั้งเดิมในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมของรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน²²

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ด้วยเหตุที่การดำเนินงานและสถานะขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้นจะมีการตราพระราชบัญญัติเป็นเรื่อง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจขององค์กรอิสระเป็นอำนาจทางปกครองที่กำหนดภายใต้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นสำคัญ ทำให้การมีอำนาจหน้าที่ที่รับมาโดยตรงตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการแต่อย่างใด²³ หากแต่อำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระแยกเช่นองค์กรกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นอำนาจทางปกครองที่มาจากพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 นั่นเอง

แม้ในปัจจุบันองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นบางองค์กรมีอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง ในขณะที่บางองค์กรรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม องค์กรอิสระทุกองค์กรมีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ตลอดจนอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎ (อนุบัญญัติ) อีกด้วย ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า อำนาจที่องค์กรอิสระได้รับตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัตินั้นถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยประเภทใด กล่าวคือ เป็นอำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ หรือเป็นอำนาจอธิปไตยประเภทที่เพิ่มขึ้นมาใหม่²⁴ ข้อพิจารณานี้จะเกิดความกระจ่างยิ่งขึ้นเมื่อพิจารณาจากกรณีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญ

โดยที่มาของการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการนำเสนอแนวคิดจากการที่รองศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ วรรุญญ (ในขณะที่เป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ได้จัดทำรายงานการวิจัย เรื่อง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.) หลังเกิดเหตุการณ์เดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535 โดย รองศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ วรรุญญ เห็นว่า มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติหลักการเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่ง เพื่อให้เป็นอิสระและไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของสถาบันตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจทำได้เป็น 2 แนวทาง คือ

²² เพ็งอ้าง, หน้า 94.

²³ สถาบันพระปกเกล้า, องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=8A_2560 เมื่อ 1 มกราคม 2567.

²⁴ ขาญชัย แสงศักดิ์, องค์กรอิสระ : ข้อพิจารณาทางกฎหมายมหาชน, 2561, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 31.



แนวทางที่หนึ่ง คือ บัญญัติหลักการเรื่ององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง ๆ เฉพาะสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ สำหรับปัญหาว่าองค์กรใดบ้างจะมีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระนั้น ให้ออกเป็นพระราชบัญญัติเป็นเรื่อง ๆ ไป

แนวทางที่สอง คือ ระบุในรัฐธรรมนูญว่าองค์กรใดบ้างที่จะให้มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งจะทำให้องค์กรเหล่านั้นมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญไปในตัวด้วย

โดยที่รองศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ วารัญญ เห็นว่า ควรใช้แนวทางแรกเพราะจะยืดหยุ่น และสามารถปรับเปลี่ยนเพิ่มเติมหรือยกเลิกองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระได้โดยง่ายโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁵

สำหรับ “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นบัญญัติไว้ในหมวด 12 องค์กรอิสระ ประกอบด้วย 5 องค์กร ได้แก่

- (1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา 222 ถึงมาตรา 227)
- (2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (มาตรา 228 ถึงมาตรา 231)
- (3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (มาตรา 232 ถึงมาตรา 237)
- (4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 238 ถึงมาตรา 245)
- (5) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (มาตรา 246 ถึงมาตรา 247)

โดยองค์กรใดจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2541 ซึ่งได้ให้ความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายความว่า “องค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับความเห็นทางวิชาการเห็นพ้องกันว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมือง โดยระบอบองค์กรนั้น ๆ ในรัฐธรรมนูญ และมีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย” ดังนั้น โดยสรุป องค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงหมายความว่า องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีรัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้ และเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ หรืออำนาจในลักษณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่น แต่หากมีความหมายดังที่กล่าวมาข้างต้น องค์กรนั้นย่อมเรียกได้ว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งสิ้น²⁶

ดังที่กล่าวมาผู้เขียนจึงขอสรุปในส่วนท้ายนี้ว่า เมื่อพิจารณาลักษณะดังกล่าว กสทช. มิใช่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากแต่เป็นองค์กรของรัฐที่มีการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

²⁵ เฟื่องอ้าง, หน้า 44-45.

²⁶ คณะอนุกรรมการบริหารศาลปกครอง, จัดทำคู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, คู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, 2564, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 6-7.

2. หลักทฤษฎีเกี่ยวกับการเปิดเสรีกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมกับการเป็นองค์กรอิสระ

ผลจากการหลอมรวมเพื่อนำมาซึ่งการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ในบทความนี้ใช้คำแทนโดยย่อว่า “กิจการโทรคมนาคม”) ที่ขยายวงกว้างและพัฒนาารูปแบบกิจการโทรคมนาคมทั่วโลกอย่างรวดเร็ว ผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมรายใหญ่จากประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร ญี่ปุ่น และออสเตรเลียเริ่มหันมาเน้นขยายตลาดบริการกิจการโทรคมนาคมในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ด้วยการให้บริการผ่านพันธมิตรธุรกิจ (Strategic Alliance) ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งสอดคล้องกับการกระตุ้นให้เปิดเสรีบริการกิจการโทรคมนาคมตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service; GATs) ซึ่งรวมถึงบริการกิจการโทรคมนาคมด้วย และด้วยลักษณะธรรมชาติของเทคโนโลยีหลอมรวมสื่อที่ข้ามพรมแดน (Non Barrier) เช่น บริการโรมมิ่งของโทรศัพท์เคลื่อนที่ และระบบการสื่อสารโทรคมนาคมผ่านดาวเทียม เป็นต้น ดังนั้น การกำหนดมาตรฐานของเทคโนโลยีและองค์การกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมจึงเป็นเรื่องสำคัญที่ปรากฏในเอกสารอ้างอิงขององค์การการค้าโลก (WTO Reference Paper) ข้อกำหนดที่ 5 กำหนดให้หน่วยงานกำกับกิจการต้องแยกออกจากผู้ให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน และไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมรายใด ๆ รวมถึงกระบวนการตัดสินใจและการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานกำกับกิจการควรอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน โปร่งใส และเป็นธรรม²⁷ การที่มีมาตรฐานขององค์การระหว่างประเทศและกติกาสากลกำหนดรองรับการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวนี้เป็นกติกามีพัฒนาการภายใต้หลักทฤษฎีที่สำคัญหลายประการ ดังต่อไปนี้

3.1 หลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร (Right to Communication)

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก รวมทั้งสิทธิการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเป็นสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights; UDHR) ข้อ 19 ซึ่งกำหนดว่า “ทุกคนมีสิทธิในอิสระแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”²⁸ ทั้งนี้ ปฏิญญาสากลดังกล่าวมีสาระสำคัญดังนี้

- 1) บุคคลทุกคนมีสิทธิแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
- 2) บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งรวมถึงสิทธิในการแสวงหา การรับ และการสื่อข้อมูลและแนวความคิดในเรื่องต่าง ๆ โดยไร้ข้อจำกัดทั้งทางวาจา ทางลายลักษณ์อักษร หรือสื่อสิ่งพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะ หรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามเจตนาของผู้นั้น

²⁷ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 55.

²⁸ กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf> เมื่อ 11 มกราคม 2566.



3) การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบที่จำเป็น เช่น สิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การป้องกันความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยของสังคม ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการสาธารณสุขของส่วนรวม เป็นต้น²⁹

เมื่อประเทศไทยยอมรับกรอบแนวคิดตามกติการะหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร ดังนั้น การทำหน้าที่ของหน่วยงานรัฐในฐานะองค์กรที่มีหน้าที่กำกับกิจการย่อมมีเป้าหมายสำคัญ ได้แก่ การทำให้มีการแข่งขันอย่างต่อเนื่อง และการปกป้องผู้บริโภคจากผลกระทบจากการครอบงำตลาดโดยการต่อต้านพฤติกรรมกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง หรือพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน (Anti-Competitive Behavior) ในรูปแบบอื่น ๆ เนื่องจากโดยธรรมชาติของตลาดถือเป็นเรื่องค่อนข้างยากที่จะมีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพหรือเป็นธรรม เนื่องจากปัจจัยที่สำคัญของกลไกตลาด คือ อำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกัน (Equal Bargaining Power) อาทิ การเข้าร่วมการแข่งขันประกวดราคาโดยกติกาที่เท่าเทียมและเป็นธรรม การกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น หากมีความไม่เท่าเทียมกันเกิดขึ้นย่อมจำเป็นต้องมีการกำกับกิจการเพื่อปกป้องผลประโยชน์บางประการ³⁰ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์หลักของการกำกับกิจการโทรคมนาคมอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยรัฐบาลในประเทศส่วนใหญ่เห็นว่า การสื่อสารโทรคมนาคมเป็นการบริการสาธารณะที่จำเป็น ซึ่งแม้ว่าในระยะหลังรัฐบาลจะมีผู้ดำเนินการจัดทำบริการด้านเครือข่ายด้วยตนเองอีกต่อไป แต่โดยทั่วไปรัฐบาลยังคงผูกขาดอำนาจในการกำกับกิจการดังกล่าวไว้เพื่อสร้างความเชื่อมั่นต่อระบบการให้บริการเครือข่ายโทรคมนาคมด้วยการตระหนักถึงการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจากการแพร่ขยายของแนวทางการกำหนดให้ตลาดเป็นศูนย์กลางในการตอบสนองต่อความต้องการด้านโทรคมนาคม และจากการเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมโทรคมนาคมทำให้องค์กรกำกับกิจการไม่ควรเข้าแทรกแซงในรายละเอียดของการบริหารจัดการมากเกินไป อย่างไรก็ตาม องค์กรกำกับกิจการดังกล่าวยังคงมีบทบาทในการสร้างสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมในการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมสำหรับผู้ประกอบกิจการซึ่งส่วนใหญ่เป็นเอกชน โดยในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะลดการกำกับกิจการลง (Deregulation) เนื่องจากการกำกับกิจการแบบดั้งเดิมหลายรูปแบบถูกวิพากษ์วิจารณ์จนส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศมากกว่าที่จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการบริการกิจการโทรคมนาคมของประเทศ ปัจจุบันเมื่อมีการกำหนดหรือทบทวนมาตรการกำกับกิจการ โดยทั่วไปรัฐบาลและองค์กรกำกับกิจการประกอบกิจการดังกล่าวจะต้องทำให้เกิดความเชื่อมั่นใน 2 ประการ ได้แก่ (1) มีความต้องการให้มีการกำกับกิจการ และ (2) มาตรการที่มีประสิทธิภาพสูงสุด

²⁹ Sharynne McLeod, Communication rights: Fundamental human rights for all, (21st February, 2018), [Online], retrieved from <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17549507.2018.1428687?Need Access=true> เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

³⁰ ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, เข้าใจการกำกับดูแล : ทฤษฎี กลยุทธ์ และหลักปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2553, กรุงเทพฯ : เทคโนโลยี มีเดีย, หน้า 38-39.

ได้รับการเลือกใช้เพื่อตอบสนองต่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการกำกับกิจการ (Specific regulatory objective) แม้ว่ามาตรการในการกำกับกิจการจะมีความหลากหลายในแต่ละประเทศ หากแต่วัตถุประสงค์หลักของการกำกับกิจการโทรคมนาคมไม่แตกต่างกันมากนัก³¹

3.2 หลักการบริการที่เป็นพื้นฐาน (Universal Service)

ในอดีตการบริการสาธารณะจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้งการให้ประชาชนอยู่ดีกินดี ต่อมา เมื่อสังคมขยายใหญ่ขึ้นและเทคโนโลยีพัฒนามากขึ้นทำให้ประชาชนมีความต้องการในหลาย ๆ สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิต การบริการสาธารณะจึงเริ่มมีรูปแบบและวิธีการในการจัดทำที่หลากหลายมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม ซึ่งจัดเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนทุกคนควรได้รับ อันมีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศต่าง ๆ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง³²

กิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยจัดเป็นบริการสาธารณะ (Public Service) ที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยที่การจัดทำบริการสาธารณะในด้านนี้ผูกพันต่อหลักการที่สำคัญ ก็คือ หลักการบริการที่เป็นพื้นฐาน (Universal Service) ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสารด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีหน้าที่ในการกำกับกิจการให้มีการบริการกิจการโทรคมนาคมอย่างครอบคลุมทั่วทุกพื้นที่ แม้แต่ในถิ่นทุรกันดาร หรือแม้แต่ในสถานที่ที่มีการติดต่อสื่อสารในปริมาณต่ำ ไม่คุ้มค่าในการลงทุน แม้ว่าในการให้บริการนั้น รัฐจะต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือลงทุนสูงเพียงใดก็ตาม ต้นทุนในการบริการดังกล่าวย่อมมาจากภาษีของประชาชน รัฐจำเป็นต้องจัดทำบริการโทรคมนาคมอย่างทั่วถึง และลดช่องว่างหรือความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของประชาชนซึ่งขัดกับวัตถุประสงค์โดยธรรมชาติของเอกชนตามทฤษฎีบริษัท (Theory of Firm) ที่มุ่งเน้นให้ตนเองได้กำไรสูงสุด (Profit Maximization) องค์กรของรัฐจึงเป็นผู้เหมาะสมที่สุดในการให้บริการสาธารณะ³³ นอกจากนี้ หลักการบริการที่เป็นพื้นฐานได้กลายมาเป็นภารกิจหลักของสำนักงาน กสทช. ในการเชื่อมต่อทุกครัวเรือนหรือแทบทุกครัวเรือนไปยัง

³¹ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra note 3*, pp. 1-2.

³² จินตนา พนมชัยยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 86-88.

³³ สุธรรม อยู่ในธรรม, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกิจการโทรคมนาคม, เอกสารวิชาการหลักสูตรผู้บริหารกระบวนกรยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 15 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554, หน้า 5-10. อ้างใน จินตนา พนมชัยยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 67.



โครงข่ายโทรคมนาคมสาธารณะ โดยทั่วไปมีชื่อเรียกว่า พันธะของการบริการอย่างทั่วถึง (Universal Service Obligation หรือ USO)³⁴ นั่นเอง

หากย้อนกลับไปยังระยะแรกของการจัดทำบริการสาธารณะด้านกิจการโทรคมนาคม และวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ในประเทศไทยนั้น รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะเอง โดยการจัดสรรทรัพยากรซึ่งสะท้อนความคิดว่า ทรัพยากรคลื่นความถี่วิทยุและกิจการที่ใช้คลื่นความถี่วิทยุ เพื่อกิจการโทรคมนาคมหรือกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์เป็น “บริการสาธารณะ” (Public Service) ระดับชาติเช่นเดียวกับบริการสาธารณะประเภทอื่น ๆ เช่น บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ (Public Defense Service) ที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำ เป็นต้น ต่างกันตรงที่การใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่วิทยุเพื่อกิจการโทรเลขและโทรศัพท์หรือเพื่อกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์เป็นบริการสาธารณะที่รัฐอาจมอบอำนาจให้เอกชนไปดำเนินการได้ เพราะจัดเป็น “บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางพาณิชย์กรรม” (Commercial Public Service)³⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การบริการสาธารณะในปัจจุบันนี้เปรียบเสมือนหน้าที่ที่รัฐต้องจัดทำ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยอำนาจมหาชนซึ่งเป็นสิ่งที่ประชาชนทั่วไปไม่สามารถอ้างได้มาเป็นแนวทางในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐจึงมีความชอบธรรมแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ ในนามของรัฐ หากเกิดกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดหรือเกิดความรับผิดอย่างอื่น และในระยะแรกรัฐไม่ยอมรับการให้เอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะพื้นฐานในส่วนกิจการโทรคมนาคมและวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์³⁶ ทั้งที่ในบางกรณีรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำบริการสาธารณะเอง แต่อาจมอบให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ โดยรัฐเพียงควบคุมดูแลการจัดทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริการสาธารณะโดยเอกชนเพื่อให้บริการที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ทั้งนี้ กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคมเป็นบริการหนึ่งที่ทั้งรัฐและเอกชนสามารถดำเนินการได้³⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสภาพตลาดเทคโนโลยีและเศรษฐกิจดิจิทัล

เมื่อรัฐเริ่มเห็นว่า เอกชนอาจสามารถดำเนินการในกิจการโทรคมนาคมและวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่านี้เองทำให้เกิดการปรับตัวในเวลาต่อมา จนกระทั่งในปัจจุบันที่เน้นด้านการผลิตเทคโนโลยีใหม่ ๆ เพื่อการจำหน่ายอุปกรณ์หรือซื้อขายหรือมีบริการใหม่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว รัฐจำเป็นต้องให้เอกชนเข้าดำเนินการเป็นหลักเพื่อปรับเปลี่ยนการบริหารจัดการที่คล่องตัว

³⁴ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, การบริการอย่างทั่วถึงและการเข้าถึงอย่างทั่วถึง, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.nbt.go.th/getattachment/329bab9e-2f12-4e32-b0c0-431aff6d45e/2-Universal-Service.pdf.aspx> เมื่อ 20 มกราคม 2567.

³⁵ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 71.

³⁶ *เพ็งอ้าว*, หน้า 77.

³⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, 2541, กรุงเทพฯ : นิติธรรม, หน้า 28.

และทันต่อความเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งแตกต่างจากบริการสาธารณะประเภทอื่น อีกทั้งค่าตอบแทนจากการให้บริการของผู้ใช้บริการยังสร้างรายได้เข้าสู่รัฐเป็นจำนวนมาก แต่ด้วยสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างรัฐผู้ให้บริการกับประชาชนผู้ให้บริการ รัฐจึงต้องจัดรูปแบบของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและทางพาณิชย์กรรมในกิจการบริการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคมในรูปแบบความสัมพันธ์ในลักษณะ “สัญญา” ตามกฎหมายเอกชนทั่วไป³⁸ ดังนั้น ในปัจจุบันจึงปรากฏชัดว่า เอกชนเป็นผู้ให้บริการในกิจการโทรคมนาคมเป็นหลักโดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐในแนวทางที่มุ่งให้เกิดการบริการที่มีความครอบคลุมทั่วถึงในทุกพื้นที่ของประเทศตามหลักการบริการที่เป็นพื้นฐาน (Universal Service) นั่นเอง

3.3 หลักความโปร่งใส (Principle of Transparency)

เมื่อองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ปัจจุบันเป็นผู้คอยรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมและประโยชน์สาธารณะ ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อความโปร่งใสและความเป็นกลางขององค์กรอิสระถือเป็นหัวใจสำคัญ กล่าวคือ “หลักความโปร่งใส” คือ การที่กฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับที่จะกระทบต่อการค้า การบริการ จะต้องได้รับการตีพิมพ์และเผยแพร่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประกาศข้อกำหนดในเรื่องการจดทะเบียนหรือการออกใบอนุญาต รวมถึงการยอมรับหรือรับรองในรูปแบบอื่น ๆ ที่จำเป็นสำหรับผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคมต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการอย่างถูกต้องตามกฎหมายของแต่ละประเทศ³⁹ ผู้ประกอบกิจการด้านโทรคมนาคมและนักลงทุนย่อมมีความเชื่อมั่นอย่างมากหากองค์กรกำกับการมีความเป็นอิสระและสามารถกำกับกิจการในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความโปร่งใส ซึ่งความเชื่อดังกล่าวนำไปสู่การลงทุนที่เพิ่มขึ้นในภาคอุตสาหกรรมโทรคมนาคมและส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจ โดยที่ความเชื่อดังกล่าวนั้นจะขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือในความเป็นมืออาชีพและการวางตัวเป็นกลางขององค์กรกำกับการซึ่งหลายประเทศกำหนดค่าตอบแทนที่สูงเป็นพิเศษให้แก่เจ้าหน้าที่ในองค์กรกำกับการโทรคมนาคมเพื่อให้ยากต่อการแทรกแซง และเพื่อที่จะสามารถสรรหาบุคลากรที่มีคุณสมบัติค่อนข้างสูงและไม่มีการทุจริตโดยบุคลากรภายในองค์กร⁴⁰ นอกจากนี้ แหล่งที่มาของเงินที่องค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ได้รับจากการออกใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์โดยจัดการประมูลตามที่กฎหมายกำหนดและจากรายได้อื่นในความรับผิดชอบนั้น ยังอาจมากกว่าเงินที่รัฐบาลจัดสรรให้กับองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ส่งผลให้ค่าธรรมเนียมการขอใบอนุญาตดังกล่าวครอบคลุมค่าใช้จ่ายในการบริการของรัฐบนพื้นฐานของหลักที่ว่า “ผู้ให้บริการต้องจ่าย”

³⁸ จินตนา พนมชัยยวัฒน์, *อ้างแล้ว* เจียงอรรถที่ 27, หน้า 85-86.

³⁹ เพ็ญอ้าง, หน้า 137.

⁴⁰ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra note 3*, pp. 6-7.

(User pay basis) ซึ่งค่าธรรมเนียมการรับใบอนุญาตในกิจการโทรคมนาคมเป็นแหล่งงบประมาณจำนวนมากที่นำไปสู่การได้มาซึ่งผู้เชี่ยวชาญที่จะทำหน้าที่กำกับกิจการ⁴¹

อำนาจหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งขององค์กรกำกับกับการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ได้แก่ การออกใบอนุญาตเกี่ยวกับการให้เอกชนใช้คลื่นความถี่และสิทธิในการประกอบกิจการด้านโทรคมนาคม ซึ่งกระบวนการออกใบอนุญาตดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักประการหนึ่งที่สำคัญ คือ “หลักความโปร่งใส” (Transparency) ซึ่งจะเพิ่มความน่าเชื่อถือของรัฐบาลและยังเพิ่มรายได้ให้รัฐจากการออกใบอนุญาตสำหรับการให้บริการใหม่ ๆ รวมทั้งช่วยเพิ่มความเชื่อมั่นต่อตลาดอันส่งผลให้มีการลงทุนมากขึ้น อันสอดคล้องกับหลักการในเอกสารอ้างอิงเกี่ยวกับการกำกับกิจการขององค์การการค้าโลก หรือ WTO โดยกระบวนการออกใบอนุญาตต้องกระทำโดยเปิดเผยและต้องเป็นการตัดสินใจบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ที่ได้ประกาศไว้ล่วงหน้าแล้ว⁴²

ภายใต้หลักเกณฑ์อ้างอิงการวางมาตรการกำกับกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดย WTO ส่งผลให้มีการกำหนดมาตรการโดยอาศัยตลาดเป็นศูนย์กลางมากกว่าการให้รัฐบาลเป็นศูนย์กลาง การกำกับกิจการ นอกจากนี้ กรอบแนวทางภายใต้รายงานอ้างอิงในการกำกับกิจการขององค์การการค้าโลก (the WTO Regulation Reference Paper) ยังกำหนดให้จัดตั้งองค์กรกำกับกิจการแยกต่างหากจากผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคม และองค์กรกำกับกิจการสามารถแก้ไขเยียวยาข้อพิพาทเกี่ยวกับกรณีการเชื่อมต่อสัญญาณโทรคมนาคมเข้าด้วยกัน โดยที่ความเชื่อถือนของตลาดต่อองค์กรกำกับกิจการมักจะเพิ่มขึ้นตามปัจจัยด้านความเป็นอิสระขององค์กรกำกับกิจการจากรัฐบาลและผู้ให้บริการด้านโทรคมนาคม ความเชื่อมั่นของตลาดเช่นนั้นย่อมส่งผลสนับสนุนให้เกิดการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนภายในเพิ่มสูงขึ้น ทั้งยังเพิ่มความเชื่อมั่นต่อผู้ประกอบการที่มีอยู่แล้วและผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาในตลาด⁴³ อีกด้วย

นอกจากนี้ หลักสำคัญอีกประการที่มักได้รับการอ้างถึงควบคู่กับหลักความโปร่งใส คือ หลักความพร้อมรับผิดชอบ (Accountability) ซึ่งหมายถึง ความพร้อมรับผิดชอบขององค์กรผู้ทำหน้าที่กำกับกิจการที่มีต่อประชาชน ต่อรัฐสภา ต่อศาล เมื่อต้องแสดงให้เห็นประจักษ์ซึ่งการทำหน้าที่อย่างระมัดระวังเพื่อเป็นหลักประกันในส่วนของคุณภาพของประชาชนในการติดต่อสื่อสาร ตลอดจนเสริมภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อตน

⁴¹ Ibid

⁴² จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 27, หน้า 145.

⁴³ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra* note 3, p. 5.

4. สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ

4.1 สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส การจัดตั้งองค์กรอิสระเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบการกระจายอำนาจในการจัดทำภารกิจของรัฐ ในกรณีที่รัฐต้องการกระจายอำนาจ รัฐจะจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนขึ้นเพื่อรับโอนอำนาจจากรัฐ โดยถ้าเป็นการกระจายอำนาจทางเขตแดนหรือทางพื้นที่ รัฐจะจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนในรูปขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้อำนาจการกระจายอำนาจบางส่วนไปจากรัฐ แต่หากเป็นการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางภารกิจ รัฐจะจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนขึ้นมาในรูปขององค์การมหาชน (établissement public) เพื่อให้อำนาจการกระจายอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดไปจากรัฐ ทั้งนี้ นิติบุคคลมหาชนในประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ (1) รัฐ (2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และ (3) องค์การมหาชน (établissement public)⁴⁴ ต่อมา เมื่อมีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในรูป “Independent regulatory agencies” ขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีบทบาทในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสตระหนักถึงความสำคัญของการจัดตั้งองค์กรลักษณะดังกล่าวขึ้นเพื่อให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม ประเทศฝรั่งเศสจึงนำแนวคิดเรื่อง Independent regulatory agencies หรือ IRA ของสหรัฐอเมริกา มาจัดตั้งเป็นองค์กรประเภทใหม่ที่เรียกว่า “Autorités administratives indépendantes” หรือ “AAI”⁴⁵ ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่มีได้มีลักษณะเป็นนิติบุคคล และมีได้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับกิจการของรัฐบาล แต่ให้ความเป็นอิสระในการดำเนินงาน⁴⁶ แม้ว่าในระยะแรกของการจัดตั้งองค์กรประเภทนี้ขึ้นในประเทศฝรั่งเศสจะมีนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสถานะความเป็นอิสระขององค์กรดังกล่าว แต่ต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐในฐานะองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้วินิจฉัยรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรประเภทนี้⁴⁷

เนื่องจาก AAI ของประเทศฝรั่งเศสเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจถึงตุลาการในการวินิจฉัยกรณีพิพาทเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม และมีพัฒนาการที่มุ่งป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร⁴⁸

⁴⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, หน้า 39.

⁴⁵ Autorités administratives indépendantes อาจแปลเป็นภาษาไทยว่า องค์กรทางปกครองอิสระ เพื่อให้ปะปนกับคำว่า องค์การมหาชน (ซึ่งแปลมาจากคำว่า “établissement public”) อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *เพ็งอ้าว*, หน้า 40.

⁴⁶ *เพ็งอ้าว*, หน้า 39.

⁴⁷ Michel Gentot, *Les Autorités administratives indépendantes*, 2^e éd, Montchrestien, 1994, pp. 20-21. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *เพ็งอ้าว*, หน้า 35.

⁴⁸ Robert Elgie, *Why do governments delegate authority to quasi-autonomous agencies? The Case of Independent Administrative Authorities in France*, [Online], p. 3, retrieved from https://www.researchgate.net/publication/29651398_Why_Do_Governments_Delegate_Authority_to_Quasi-Autonomous_Agencies_The_Case_of_Independent_Administrative_Authorities_in_France เมื่อ 15 ตุลาคม 2565.

นักวิชาการเคยอธิบายว่า การเกิดขึ้นขององค์กรอิสระของรัฐเกิดจากพลวัตของสังคมที่เป็นสากล รวมทั้งมีปัจจัยอันเกิดจากการเปิดเสรีให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในยุโรปราวปี ค.ศ. 1980 อีกทั้งมาจากแนวคิดทางการเมืองที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือในการกำกับกิจการซึ่งออกโดยผู้กำหนดนโยบาย เพื่อเป็นการปรับปรุงความสามารถของผู้เชี่ยวชาญ อนึ่ง นักวิชาการบางส่วนเชื่อว่า การแพร่หลายของการจัดให้มีองค์กรอิสระของรัฐนั้นมีความเชื่อมโยงกับบทบาทของรัฐที่เปลี่ยนแปลงไป โดยปัจจุบันรัฐดำเนินการคล้ายคนกลางชี้ขาด (Arbitrator) และเป็นผู้กำกับกิจการ (Regulator) ซึ่งต่างจากผู้ประกอบกิจการเอกชนและผู้เล่นในตลาด⁴⁹

องค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของประเทศฝรั่งเศสที่สำคัญ คือ องค์กรกำกับกิจการการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และไปรษณีย์ (Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes : ARCEP) ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (AAI) ประเภททางกฎระเบียบด้านกิจการโทรคมนาคมและกิจการไปรษณีย์ ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2540 ซึ่งแปลงองค์กรมาจากหน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคม (Autorité de Régulation des Télécoms : ART) ในเวลานั้นรัฐสภามอบหมายให้ทำหน้าที่สนับสนุนให้มีการแข่งขันของภาคการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถประกอบกิจการควบคู่ไปกับผู้ให้บริการในอดีต ดังกรณีของ France Télécom ซึ่งเข้าควบรวมกิจการของ Orange และต่อมาเปลี่ยนเป็นชื่อ Orange S.A. (Société anonyme)⁵⁰

ต่อมา เมื่อปี ค.ศ. 1997 หน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคม หรือ ART ก็เปลี่ยนเป็นชื่อที่ใช้ในปัจจุบัน นั่นก็คือ France's Electronic Communications, Postal and Print media distribution Regulatory Authority หรือ ARCEP (L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse) ซึ่ง ARCEP เกิดขึ้นพร้อมแนวคิดที่ประเทศฝรั่งเศสมีมุมมองในการนำเทคโนโลยีดิจิทัลเป็นศูนย์กลางในการติดต่อสื่อสาร⁵¹ จึงเห็นได้ว่า เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเริ่มมีบทบาทสำคัญในการทำงานของประเทศและชีวิตประจำวันของชาวฝรั่งเศสยิ่งขึ้น รัฐมีความจำเป็นต้องมีการแทรกแซงหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระจากบริษัทและรัฐบาลเพื่อให้แน่ใจว่าหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระดังกล่าวจะพัฒนาความสามารถในการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมได้⁵²

⁴⁹ Aurelija Pūraitė and Leva Deviantikovaite, 'Independent Regulatory and Administrative Authorities in the Republic of Lithuania', [Online], p. 283, retrieved from <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/99> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

⁵⁰ Logopedia, 'Orange S.A.' [Online], retrieved from https://logos.fandom.com/wiki/Orange_S.A. เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2566.

⁵¹ ARCEP, 'Our duties'. [Online], retrieved from <https://en.arcep.fr/arcep/our-duties.html> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2566.

⁵² อรรถมน พิเชษฐวรกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 100.

ทั้งนี้ หากมีคดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรอิสระที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้ ซึ่งหลักการพื้นฐานดังกล่าวอาจถูกจำกัดโดยการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติในกรณีที่มีความจำเป็นต่อการบริหารจัดการอำนวยความยุติธรรมที่ดี⁵³ เช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของ กสทช. เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

4.2 สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมตามระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำด้านเทคโนโลยีระดับโลกและมีประสบการณ์การกำหนดนโยบายกำกับกิจการโทรคมนาคมอย่างน่าสนใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคหลอมรวมเทคโนโลยีผ่านอุปกรณ์สื่อสาร (Convergence Technology) ซึ่งหมายถึง การรวมตัวกันของเทคโนโลยีให้เป็นเทคโนโลยีรูปแบบเดียวที่สามารถใช้งานได้หลายวัตถุประสงค์ในหนึ่งเดียว เช่น สามารถใช้โทรศัพท์มือถือเครื่องเดียวในการพูดคุย ฟังวิทยุ และดูโทรทัศน์ได้ หรือคอมพิวเตอร์แบบพกพาที่นอกจากจะใช้ในการประมวลผลและจัดเก็บข้อมูลแล้วยังสามารถใช้ในการติดต่อสื่อสารบนอินเทอร์เน็ต หรือค้นคว้าหาข้อมูลได้ เป็นต้น ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระและกำหนดกฎหมายในการกำกับกิจการที่กลายเป็นต้นแบบให้กับนานาประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรอิสระที่ชื่อว่า คณะกรรมการกิจการสื่อสารแห่งรัฐบาลกลาง (Federal Communications Commission : FCC) ซึ่งจัดอยู่ในฐานะองค์กรกำกับกิจการแห่งที่ 4 ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เพื่อทำหน้าที่กำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม⁵⁴ เมื่อสหรัฐอเมริกาเป็นต้นกำเนิดรูปแบบขององค์กรอิสระของรัฐด้านการกำกับกิจการโทรคมนาคม ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำรูปแบบขององค์กรกำกับกิจการดังกล่าวมาศึกษาเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

จากพัฒนาการในสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1887 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการกิจการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (the Interstate Commerce Commission : ICC) สังกัดกระทรวงการค้า (Department of Commerce) ขึ้นเป็นองค์กรระดับรัฐบาลกลางที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาการบริหารโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศ และภายหลังมีการยกฐานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรแรก (the First Independent Regulatory Agency) จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1891 สภาองเกรสแห่งสหรัฐอเมริกาได้ลงมติเห็นชอบในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (ICC)⁵⁵ อันประกอบด้วยคณะกรรมการ

⁵³ Michel Gentot, *Supra note 47*.

⁵⁴ อรรถมน พิเชฐวรกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, หน้า 98.

⁵⁵ Zucker, David K. 2016, *The Origin and Development of the Interstate Commerce Commission and Its Impact on the Origination of Independent Regulatory Commissions in the American Legal System : A Historical Perspective*. Master's thesis, Harvard Extension School, [Online], p. 90, retrieved <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33797258/ZUCKER-DOCUMENT-2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y> เมื่อ 2 มกราคม 2566.



จำนวน 5 คน ที่ขึ้นตรงกับกระทรวงมหาดไทย (Department of the Interior) มีอำนาจหน้าที่ดูแลควบคุมและวางระเบียบการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างนักธุรกิจต่างมลรัฐกัน ลักษณะพิเศษขององค์กรนี้คือ ความเป็นเอกเทศหรืออัตตาณัติ (Autonomy) ที่ไม่ต้องฟังคำสั่งจากหน่วยงานราชการที่สังกัด มีความเป็นกลาง ไม่ต้องถูกครอบงำโดยประเด็นทางการเมือง ทำให้มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่⁵⁶ ในเวลาต่อมาได้มีการตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระอีกหลายองค์กรรวมถึงการจัดตั้ง “คณะกรรมการกิจการสื่อสารแห่งรัฐบาลกลาง” (Federal Communications Commissions : FCC) ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร ค.ศ. 1934 (Communication Act of 1934) จากนั้น ในปี ค.ศ. 1940 ประธานาธิบดี Roosevelt ได้ออกกฎหมาย Walter - Logan Act of 1940 อันเป็นความพยายามครั้งแรกในการสร้างมาตรฐานในคำวินิจฉัยขององค์กรทางปกครอง โดยสร้างรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการกำหนดโครงสร้างองค์กรของตนเอง ต่อมา ในปี ค.ศ. 1946 สภาkongเกรสจึงได้ตรากฎหมาย Federal Administrative Procedure Act หรือที่เรียกโดยย่อว่า APA เพื่อสร้างความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติงานขององค์กรปกครองที่เกิดขึ้นมา ซึ่งรวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ทั้ง FCC และ ICC

ภายใต้กระแสของการจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ดังเช่น ICC อันเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรแรก รัฐบาลได้จัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระขึ้นอีกหลายองค์กร ในช่วงศตวรรษที่ 19 รัฐบาลจึงเลือกใช้วิธีในการกำกับกิจการโทรคมนาคมภายใต้หน่วยงานกำกับกิจการเพียงหน่วยงานเดียวที่มีอำนาจกำกับกิจการทั้งกิจการที่ใช้สายและไร้สายด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร ค.ศ. 1934 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่บังคับใช้ในระดับรัฐบาลกลางที่บัญญัติถึงการกำกับกิจการพาณิชย์ต่างประเทศ ในกิจการสื่อสารทั้งใช้สายและไร้สายปรากฏตามหมวด 1 ข้อ 1 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการสื่อสารฯ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1934 หน่วยงานกลางตามรัฐบัญญัติดังกล่าว จึงได้จัดตั้งองค์กรในระดับรัฐบาลกลางทำหน้าที่โดยตรงในการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุและการกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของสองหน่วยงาน คือ คณะกรรมการกิจการสื่อสารแห่งรัฐบาลกลาง (Federal Communications Commission : FCC) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นโดยฝ่ายบริหารและเป็นองค์กรกำกับกิจการระดับรัฐบาลกลาง (Federal Regulatory Agencies) แห่งที่ 4 ที่รัฐบาลกลางจัดตั้งขึ้น อีกหน่วยงานหนึ่งคือ สำนักงานบริหารข้อมูลข่าวสารและโทรคมนาคมแห่งชาติ (National Telecommunications and Information Administration : NTIA) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการออกนโยบายในการจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุและการใช้คลื่นความถี่วิทยุโดยหน่วยงานรัฐบาลกลาง ตลอดจนแผนพัฒนา

⁵⁶ Zuckman, H. L. and Corn-Reverse, R. L., Modern Communication Law (Chapter ten; The Federal Communications Commission : Jurisdiction, Structure and Procedures), St.Paul, Minn.West Group, 1999, p. 371. อ้างใน จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, หน้า 166.

สำหรับการใช้คลื่นความถี่วิทยุในสภาวะสงครามและสภาวะปกติ และจัดเตรียมการมีส่วนร่วมและการปรับใช้ตามมติในการประชุมระหว่างประเทศทั้งหลายต่าง ๆ⁵⁷

ทั้งนี้ องค์การกำกับกิจการที่เป็นอิสระ เช่น FCC จะได้รับมอบอำนาจบางประการที่เป็นกลไกอันจำเป็นในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่อย่างเพียงพอ เช่น อำนาจสอบสวนข้อเท็จจริง อำนาจเรียกให้ส่งเอกสารหรือพยานหลักฐาน อำนาจออกกฎระเบียบ อำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาลแทนผู้เสียหาย เป็นต้น สำหรับในการปฏิบัติหน้าที่นั้น องค์การกำกับกิจการ (IRA) ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Administrative Procedure Act of 1946) และอาจถูกควบคุมด้วยกระบวนการทางศาลหรือโดยกรรมาธิการวิสามัญของรัฐสภา แต่การควบคุมการทำงานที่มีประสิทธิภาพที่สุด ได้แก่ การควบคุมผ่านสำนักงานงบประมาณ (Office of Management and Budget : OMB) อันเป็นหน่วยงานที่ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดีและเป็นหน่วยงานที่ตั้งงบประมาณในการทำงานให้ FCC ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการสื่อสาร⁵⁸

มิแชล ฌ็องโด้ (Michel Gentot) อธิบายว่า ตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาบัญญัติว่า “อำนาจทางบริหาร ให้ประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ใช้” งานบริหารในแต่ละกระทรวงให้ดำเนินการโดยส่วนราชการและ “executive agencies” องค์กรกลุ่มหลังนี้มีได้เป็นอิสระ แต่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของประธานาธิบดี รัฐสภามีความประสงค์ที่จะให้กิจการบางประเภทมีความเป็นอิสระจากอำนาจของประธานาธิบดี จึงเป็นที่มาของการจัดตั้ง “Independent commissions” ขึ้น⁵⁹ ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า โดยโครงสร้างองค์กรของรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา องค์กรจำนวนมากจะอยู่ใต้อำนาจบริหารของประธานาธิบดี แต่มีรูปแบบองค์กรในลักษณะขององค์กรอิสระ คือ องค์กรที่มุ่งเน้นความเป็นอิสระจากประธานาธิบดีซึ่งเป็นอำนาจทางการเมือง การที่สหรัฐอเมริกากำหนดให้ FCC เป็นองค์กรอิสระอันดับต้น ๆ ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นย่อมสะท้อนว่า กิจการด้านโทรคมนาคมเป็นกิจการสำคัญที่อาจกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการเจริญเติบโตของประเทศโดยรวม

4.3 สถานะทางกฎหมายขององค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมตามระบบกฎหมายสหราชอาณาจักร

เดิมองค์กรกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมและวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ในระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรเป็นหน่วยงานซึ่งไม่เป็นของรัฐ ไม่ขึ้นตรงต่อการเมือง และไม่อยู่ในสังกัดของกระทรวงใด ๆ เรียกชื่อว่า สำนักงานด้านกิจการโทรคมนาคม หรือ Office of Telecommunications (OFTEL) ซึ่งปฏิบัติงานอย่างอิสระโดยมี Director General of Telecommunications (DG-OFTEL) เป็นผู้บริหารสูงสุด ทำหน้าที่วางนโยบายและแนวทางเฉพาะอย่างกว้าง ๆ โดยร่วมรับผิดชอบกับ Secretary

⁵⁷ จินตนา พนมชัยชยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 27, หน้า 174.

⁵⁸ เฟิงอ้าว, หน้า 196.

⁵⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 24, หน้า 35.



of State for the Department of Trade and Industry โดยกฎหมายโทรคมนาคมของสหราชอาณาจักร กำหนดให้ Secretary of State เป็นผู้แต่งตั้ง DG-OFTEL โดยให้อยู่ในตำแหน่งไม่เกิน 5 ปี แต่อาจแต่งตั้งใหม่ได้ หรืออาจถอดถอนได้ โดยอาศัยเหตุผลเรื่องความสามารถในการปฏิบัติงานที่บกพร่องหรือประพฤติมิชอบ ทั้งนี้ OFTEL มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับกิจการโทรคมนาคมรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการอนุญาต การเปลี่ยนแปลงแก้ไขใบอนุญาต และดูแลให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ แต่อำนาจการตัดสินใจ เช่น อำนาจในการออกใบอนุญาตต้องดำเนินการคู่ไปกับ Secretary of State ยังมีลักษณะเป็นหน่วยงาน กึ่งอิสระ โดย DG-OFTEL รับผิดชอบขึ้นตรงกับรัฐสภาและไม่ได้รับผลกระทบหากมีการเปลี่ยนแปลง ทางการเมือง อีกทั้งยังไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของ Secretary of State ยกเว้นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคง ของชาติและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า OFTEL มีความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ไม่ได้ปลอดจากการเมืองอย่างแท้จริงนั่นเอง⁶⁰ ซึ่ง OFTEL เป็นหน่วยงานกึ่งอิสระที่ดำเนินงานระหว่าง ปี ค.ศ. 1984 - ค.ศ. 2003 ต่อมา ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2003 OFTEL ถูกยกเลิกบทบาทและถูกแทนที่ ด้วยองค์กรที่มีชื่อว่า สำนักงานการสื่อสาร หรือ Office of Communications (OFCOM)⁶¹ โดยถูกจัดตั้ง เป็นองค์กรกำกับการประกอบกิจการด้านการสื่อสารในประการใด ๆ ของสหราชอาณาจักร

สำหรับพัฒนาการของหน่วยงานกำกับกิจการด้านโทรคมนาคมในสหราชอาณาจักรนั้น ปรากฏว่าในช่วงศตวรรษที่ 20 การที่รัฐเป็นเจ้าของกิจการด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ เช่น ไฟฟ้า แก๊ส ประปา และรถไฟ อาจทำให้มีข้อจำกัดในพัฒนาการของการกำกับกิจการ แต่พัฒนาการของการกำกับกิจการ ก็ปรากฏอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี ค.ศ.1930 เป็นต้นมา โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวได้มีการอนุญาตให้มีการขนส่งสินค้าและผู้โดยสารทางบก รวมทั้งได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการด้านการตลาด (Marketing Boards) ในอุตสาหกรรมประมง (Fishing Industry) ภายหลังสงครามโลกได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ ด้านการตลาดขึ้นในอุตสาหกรรมประเภทอื่น ๆ และในปี ค.ศ.1954 ได้มีการจัดตั้งหน่วยงานกำกับกิจการ ที่เป็นอิสระตามรูปแบบของสหรัฐอเมริกาขึ้นในบริเตน (สหราชอาณาจักร) ได้แก่ หน่วยงานกิจการโทรทัศน์เสรี (Independent Television Authority : ITA) โดย ITA เป็นรูปแบบใหม่ที่มีการผสมผสานระหว่างความเป็นอิสระ จากรัฐในระดับหนึ่งกับการปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัย กำกับกิจการ และกำหนดนโยบาย⁶²

โดยปกติองค์กรที่มีหน้าที่กำกับกิจการโทรคมนาคมมักทำหน้าที่กำกับกิจการ เฉพาะกิจการที่เกี่ยวข้องกับตลาดโทรคมนาคมเท่านั้น แต่บางครั้งอาจได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ กำกับกิจการหรือตลาดที่มีลักษณะใกล้เคียงกันด้วย เช่น ตลาดด้านบริการแพร่ภาพและกระจายเสียง

⁶⁰ อรรถมน พิเชษฐกุล, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 52*, หน้า 99.

⁶¹ Thomson Reuters Practical Laws, 'Office of Telecommunications (OfTel)'. [Online], retrieved from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/I3f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/I3f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) เมื่อ 15 มกราคม 2567.

⁶² ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, *อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 30*, หน้า 21-22.

(เช่น ในประเทศแคนาดาและสหราชอาณาจักร) กับบริการสารสนเทศ รวมทั้งในประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้หน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคมใช้รูปแบบ “การกำกับกิจการหลายกิจการ” หรือ Multi-Sectors Regulators ซึ่งอาจเป็นรูปแบบที่สอดคล้องกับพลวัตของยุคหลอมรวมสื่อมากกว่ารูปแบบของหน่วยงานกำกับกิจการโทรคมนาคมที่มักทำหน้าที่กำกับกิจการเฉพาะกิจการที่เกี่ยวข้องกับตลาดโทรคมนาคมเท่านั้น กรณีของสหราชอาณาจักรปรากฏองค์กรอิสระที่เรียกว่า “Quasi-autonomous Non-Governmental Organizations” (QUANGOs)⁶³ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการจัดตั้ง OFCOM ขึ้นเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ซึ่งรวบรวมองค์กรกำกับกิจการประกอบกิจการด้านการสื่อสารแห่งชาติไว้ในองค์กรเดียว ส่งผลในการลดจำนวนสมาชิกใน QUANGOs ในเวลาต่อมา⁶⁴

หัวใจสำคัญของการกำกับกิจการด้านบริการสาธารณูปโภคในสหราชอาณาจักร ได้แก่ แนวความคิดในเรื่องหน่วยงานกำกับกิจการเฉพาะสาขาที่เป็นอิสระ ณ เวลาที่มีการแปรรูปกิจการโทรคมนาคมเป็นเอกชนนั้น รัฐบาลมีความเชื่อว่าการกำกับกิจการเฉพาะสาขาจะทำให้เกิดรูปแบบการควบคุมที่มีความรวดเร็วมากขึ้น มีความเด็ดขาดมากขึ้น และลดขั้นตอนตามระบบราชการได้มากกว่ารูปแบบที่จะเกิดขึ้นจากระบบองค์คณะ (Collegiate Regime) ระบบดังกล่าวถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายในกิจการสาธารณูปโภคอื่น โดยรูปแบบของการกำกับกิจการจะเป็นการผสมผสานระหว่างกฎหมายทั่วไป (เช่น กฎหมายว่าด้วยการค้าที่เป็นธรรมและการแข่งขัน) และการให้ใบอนุญาตแก่ผู้ประกอบการแต่ละราย กฎหมายที่เกี่ยวข้องจะทำให้เกิดโครงสร้างสถาบัน และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ใบอนุญาตผู้ประกอบการ แต่ใบอนุญาตที่ออกให้กับผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นจะประกอบไปด้วยข้อกำหนดในรายละเอียดที่ใช้ควบคุมการให้บริการ และในหลายกรณีจะมีข้อกำหนดสำหรับการควบคุมอัตราค่าบริการ ดังนั้น จึงมีการบังคับใช้เพดานราคา RPI-X⁶⁵ กับผู้ประกอบการ ซึ่งเสมือนเป็นเงื่อนไขของผู้ประกอบการเหล่านั้น และการเปลี่ยนแปลงเพดานราคาจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของใบอนุญาต⁶⁶ จากประสบการณ์ของสหราชอาณาจักรพบว่า ความสำเร็จหรือความล้มเหลวในการกำกับกิจการสาธารณูปโภคมิได้ขึ้นอยู่กับการมองว่า การดำเนินการนั้นก่อให้เกิด

⁶³ จินตนา พนมชัยยวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 27*, หน้า 196.

⁶⁴ The Guardian, ‘Ofcom hits back at David Cameron’, (6th July, 2009), [Online], retrieved from <https://www.theguardian.com/media/2009/jul/06/ofcom-david-cameron> เมื่อ 15 มกราคม 2567.

⁶⁵ เพดานราคา RPI-X เป็นราคาที่อยู่ภายใต้กฎระเบียบ RPI-X : RPI ลบ X จะหมายถึง รูปแบบของเพดานอัตราค่าบริการที่พัฒนาในสหราชอาณาจักรและใช้ในหลายประเทศ โดยราคาจะถูกปรับอัตโนมัติตามเงินเฟ้อของราคาขายปลีกปีก่อน (RPI) และปรับปรุงประสิทธิภาพที่คาดหวัง (X) ระหว่างช่วงระยะเวลาที่สูตรการปรับราคานั้นใช้อยู่ X อาจจะใช้วิธีการคำนวณจากจำนวนของกระบวนการ (อ้างใน Sanford V.Berg, *อภิธานศัพท์สำหรับองค์ความรู้การกำกับดูแลโครงสร้างและกิจการสาธารณูปโภค*, (30 มิถุนายน 2548), Public Utility Research Center, University of Florida จัดทำให้กับธนาคารโลก, หน้า 120.

⁶⁶ ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 30*, หน้า 361.

ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพ น่าเชื่อถือ และมีความเป็นธรรมเท่านั้น แต่ยังขึ้นอยู่กับมุมมองว่าการดำเนินการนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ในระดับที่ยอมรับได้ ซึ่งในมุมมองการดูแลกิจการสาธารณะปโภคมิได้มีความแตกต่างไปจากการกำกับกิจการอื่น ๆ แต่อย่างใด⁶⁷ ทั้งนี้ การกำกับกิจการสาธารณะปโภคที่มีเอกชนเป็นเจ้าของนั้น ระบบการควบคุมอัตราค่าบริการจะต้องสร้างจุดสมดุลระหว่างประโยชน์ของลูกค้าที่ควรได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหากำไรจากการผูกขาด และประโยชน์ของผู้ลงทุนซึ่งเมื่อต้องลงทุนด้วยเงินจำนวนมาก กับการลงทุนที่เรียกคืนไม่ได้ (Irrecoverable Investment) ก็มีความกังวลด้วยเกรงว่าหน่วยงานกำกับกิจการจะกำหนดอัตราค่าบริการที่ทำให้ตนไม่สามารถได้รับคืนทุนที่ลงทุนไปแล้ว ซึ่งในที่สุดแล้วเพียงแค่ความกลัวดังกล่าวก็เพียงพอที่จะยับยั้งการลงทุนของนักลงทุนได้ตั้งแต่แรกเริ่มแล้ว ดังนั้นหน้าที่หลักสองประการควบคู่กันในการกำกับกิจการ ได้แก่ การปกป้องผู้บริโภคจากการแสวงหากำไรจากการผูกขาด และการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนเพื่อให้มีโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อการให้บริการ⁶⁸ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งแก่สาธารณะและสำหรับปัจเจกบุคคล

5. บทวิเคราะห์เกี่ยวกับสถานะความเป็นองค์กรอิสระขององค์กรกำกับกิจการด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่า กสทช. ซึ่งเป็นองค์กรกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม มีสถานะภาพเป็น “องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระ” ซึ่งเป็นองค์กรอิสระประเภทหนึ่งที่ไม่ใช่ส่วนราชการ ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ ไม่ใช่องค์การมหาชน และไม่ใช่บริษัทเอกชน แต่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามมาตรา 274⁶⁹ ประกอบกับมาตรา 60 วรรคสาม⁷⁰ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น กสทช. จึงมิใช่หน่วยงานทางปกครองทั่วไปที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อให้ กสทช. สามารถทำหน้าที่ปกป้องประโยชน์สาธารณะด้านการสื่อสารโทรคมนาคม และสามารถคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้โดยปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจทางการเมือง เมื่อเปรียบเทียบกับรูปแบบองค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศทั้งของประเทศฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรแล้ว พบว่า มีประเด็นรูปแบบองค์กรที่สามารถอธิบายเป็นข้อเสนอแนะ

⁶⁷ เฟื่องอ้าง, หน้า 369.

⁶⁸ เฟื่องอ้าง, หน้า 410.

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 274 “ให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรตามมาตรา 60 วรรคสาม และให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้”

⁷⁰ โปรดดู สำนักงานกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2

ในการพัฒนากำหนดกรอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและกำหนดกรอบแนวทางการตีความเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ได้ชัดเจนขึ้น

ภารกิจหลักของ กสทช. คือ การจัดให้มีมาตรการป้องกันผู้ประกอบกิจการด้านโทรคมนาคม เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็น ทั้งนี้ ตามที่พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในการกิจการโทรคมนาคม และประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณากำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2557 ซึ่งได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ในการควบคุมกำกับกิจการการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีพระราชบัญญัติ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะให้อำนาจไว้ กสทช. จึงมีอำนาจตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ในการกำหนดมาตรการเฉพาะมิให้ผู้รับใบอนุญาตกระทำการอย่างใดอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการกิจการโทรคมนาคม ตลอดจนมีอำนาจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ในการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม⁷¹

เมื่อสถานะทางกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของ กสทช. ได้รับการจัดตั้งตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และปรากฏการรับรองความเป็นอิสระจากเอกชนผู้ประกอบการและอิสระจากอำนาจทางการเมืองไว้โดยรัฐธรรมนูญ ภายใต้กฎหมายที่กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ดังกล่าวโดยหลัก กสทช. จึงเป็นองค์กรอิสระที่ใช้อำนาจหน้าที่ทางบริหารและมีความพิเศษในส่วนที่มีอำนาจวินิจฉัยหลายกรณีเกี่ยวกับการกำกับกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นอำนาจกึ่งตุลาการควบคุมด้วย ซึ่งทั้งความเป็นอิสระและการมีอำนาจทางบริหารและอำนาจกึ่งตุลาการเช่นนี้คล้ายคลึงกับองค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคม

⁷¹ ยังฟังไม่ได้มีเหตุไม่ชอบด้วยกม.! ‘ศาล ปค.’ ยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฯ คดีควรวม TRUE-DTAC, สำนักข่าวอิศรา [ออนไลน์], 10 ธันวาคม 2565), เข้าถึงจาก <https://www.isranews.org/article/isranews-news/114322-Central-Administrative-Court-NBTC-TRUE-DTAC-Amalgamation-case-news.html> เมื่อ 12 ธันวาคม 2565.



ในสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส ขณะที่บทบาทและความเป็นอิสระของ OFCOM ของสหราชอาณาจักร มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับกิจการโทรคมนาคมรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการอนุญาต การเปลี่ยนแปลง แก๊สไขใบอนุญาต และดูแลให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกัน ก็มีอำนาจการตัดสินใจ อย่างองค์กรกำกับการประกอบกิจการด้านการสื่อสารและสื่อบันเทิง (media and telecoms regulator) ที่เป็นองค์กรอิสระ⁷² ซึ่งหากพิเคราะห์มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 (Communications Act 2003) ซึ่งกำหนดบทบาทหน้าที่หลักของ OFCOM ของสหราชอาณาจักรซึ่งมีหน้าที่เชิงกำกับกิจการหลัก คือ การปกป้องผู้บริโภคจากการแสวงกำไรจากการผูกขาด และการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุน เพื่อให้มีโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อการให้บริการในกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมทั้งในส่วนของการสร้างความบันเทิงและการติดต่อสื่อสาร ภายใต้หลักการสำคัญ ได้แก่ หลักความโปร่งใส (transparency) หลักความพร้อมรับผิดชอบ (accountability) หลักความได้สัดส่วน (proportionality) การกำกับการประกอบกิจการมีความเจาะจงและมีเสถียรภาพ และหลักการทางกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ⁷³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันบทบาทหน้าที่ กสทช. มีลักษณะในทำนองเดียวกันนี้ ส่วนที่ว่าจะมีความเคร่งครัดต่อการป้องกันการแทรกแซงจากอำนาจของฝ่ายบริหารมากน้อยเพียงใด ผู้เขียนเห็นว่าเป็นไปตามบริบทของแต่ละประเทศ

อนึ่ง การบัญญัติองค์กรอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญโดยมีที่มาและรูปแบบโครงสร้างองค์กร เป็นไปตามสภาพของกิจการที่เกิดขึ้นมากกว่าเป็นการคิดค้นโดยอาศัยทฤษฎีใด ๆ ส่งผลให้องค์กรอิสระเหล่านี้ ไม่มีลักษณะร่วมทางกฎหมายอย่างชัดเจน และมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป แม้ว่ารัฐธรรมนูญ จะกล่าวถึงความเป็นอิสระไว้เช่นเดียวกันก็ตาม ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีบทบาททำนองเดียวกันกับองค์กร ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยดั้งเดิม ขณะที่องค์กรอิสระอื่น ๆ นั้น รัฐธรรมนูญจะกำหนดเพียงให้มีอำนาจหน้าที่อย่างไร ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จากที่กล่าวมาข้างต้นพบว่า องค์กรอิสระของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็น IRA ของสหรัฐอเมริกาหรือ AAI ของฝรั่งเศสล้วนมีสถานะเป็นเพียง “องค์กรทางปกครอง” ประเภทหนึ่ง ที่มีการทำงานเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหาร ซึ่งองค์กรอิสระเหล่านี้อาจมีชื่อเรียก แตกต่างกันไป โดยที่ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีการนิยามหรือกล่าวถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง แต่ในมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กล่าวถึง “สถาบันการเมืองแห่งรัฐ” (l'organisation des pouvoirs publics) ไว้ ซึ่งหมายความว่า หน่วยงานที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนที่ใช้อำนาจมหาชน ทั้งหลาย อีกทั้งในมาตรา 16 ยังกล่าวถึง “สถาบันแห่งอำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ” (องค์กรตามรัฐธรรมนูญ)

⁷² The Guardian, *Supra* note 64.

⁷³ Legislation.gov.uk, ‘Communications Act 2003’. [Online], retrieved from [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/notes/division/5/1/3#:~:text=OFCOM's%20principal%20duty%20is%3A%20\(i,in%20section%20405\(5\)\)](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/notes/division/5/1/3#:~:text=OFCOM's%20principal%20duty%20is%3A%20(i,in%20section%20405(5))) เมื่อ 15 มกราคม 2567.

หรือที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า “Pouvoirs Publics Constitutionnels” ซึ่งมีความหมายแคบกว่าคำแรก เนื่องจากหมายถึงเฉพาะสถาบันหรือองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญกล่าวถึง คือ ประธานาธิบดี รัฐบาล รัฐสภา ตุลาการ และศาลอาญาชั้นสูง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้น ต้องเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยสูงสุด แต่เมื่อมองในบริบทของรัฐธรรมนูญไทยนั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการร่างรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น ความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทยจึงอาจพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง⁷⁴

การตีความคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 2/2541⁷⁵ ซึ่งเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น หมายถึง องค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ องค์กรที่ได้มีการบัญญัติถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ การพิจารณาในแง่นี้เป็นการพิจารณาในทางรูปแบบ⁷⁶ เท่านั้น ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. เป็นการจัดตั้งองค์กรตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553 โดยปรากฏว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังคงรับรองความเป็นองค์กรอิสระของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ย่อมกล่าวได้ว่า สถานะปัจจุบันของ กสทช. เป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง แม้ไม่อาจเรียกว่าเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้ดังเดิมที่เคยปรากฏในครั้งที่ เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ตาม

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กสทช. ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด การที่องค์กรกำกับกิจการจะสามารถมีความอิสระมากน้อยหรือไม่ เพียงไร การเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติโดยที่ผู้เข้ามาเป็น กสทช. ดำรงหลักการทางกฎหมายที่สำคัญในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถย่อมดำรงความอิสระได้อย่างดี หลักการทางกฎหมาย

⁷⁴ อรรถมน พิเชษฐวรกุล, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 52*, หน้า 107.

⁷⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2541 คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วเห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง องค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง*, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 121.

⁷⁶ การพิจารณาในทางรูปแบบ (formelle Kriterien) ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น มีสาระสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก พิจารณาในแง่การก่อตั้ง องค์กรนั้นจะต้องได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง พิจารณาในแง่ของการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นไว้โดยรัฐธรรมนูญเช่นกัน มีบางองค์กร เช่น สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ถือว่าได้ก่อตั้งขึ้นโดยตรงตามมาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญ แต่ในทางรูปแบบแล้ว หากพิจารณาในแง่ของการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์กรแล้วไม่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 องค์กรดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพ็งอ้าว*, หน้า 121.



ที่ กสทช. ต้องดำรงไว้ ได้แก่ หลักสิทธิมนุษยชนในการติดต่อสื่อสาร หลักการบริการสาธารณะ หลักความโปร่งใสและเป็นธรรม ดังนั้น สถานะของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. ของไทยมิใช่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ แต่เป็นองค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองความเป็นอิสระ

เมื่อพิจารณาจากสถานะทางกฎหมายของ กสทช. ดังที่อธิบายมาข้างต้น การที่สำนักงาน กสทช. มีหนังสือเพื่อรับผลการพิจารณาข้อหาหรือจากคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของ กสทช. และสำนักงาน กสทช. ในการพิจารณากรณีการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท โทรคมนาคม และบริษัท ดีแทค การที่สำนักงาน กสทช. มีหนังสือจำนวน 2 ฉบับ เพื่อการนี้ ได้แก่ หนังสือสำนักงาน กสทช. ที่ สทช 2402/23454 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2565 และหนังสือ ส่วนที่สุด ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2565 เพื่อให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้สั่งการไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น การจะพิจารณาว่านายกรัฐมนตรีควรมีข้อสั่งการอย่างไร และคณะกรรมการกฤษฎีกาควรมีการพิจารณาประเด็นดังกล่าวให้ตามคำขอหรือไม่นั้น ปรากฏมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2482 ได้มีการลงมติวางระเบียบในเรื่องการตีความและการให้ความเห็นในทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้ ความว่า “เมื่อกระทรวง ทบวง กรมใด มีความสงสัยในปัญหากฎหมาย จะเป็นโดยเกี่ยวกับวงหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมนั้น ๆ โดยเฉพาะก็ดี หรือเกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมอื่น ซึ่งไม่เป็นที่ตกลงกันได้ก็ดี และได้ส่งปัญหาในทางกฎหมายนั้น ๆ มาเพื่อขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็น และในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระทรวง ทบวง กรมใด ก็ให้เชิญผู้แทนกระทรวง ทบวง กรมนั้น ๆ ร่วมในการพิจารณาด้วย และเมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในทางกฎหมายเป็นประการใดแล้ว โดยปกติให้เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา นั้น”⁷⁷ ซึ่งจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีย่อมมุ่งหมายให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นทางกฎหมายและผูกพันต่อหน่วยงานภายใต้โครงสร้างบังคับบัญชาที่เป็นกระทรวง ทบวง กรม ที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐบาลเท่านั้น และแม้จะครอบคลุมหน่วยงานในการกำกับกิจการของฝ่ายบริหาร ก็ไม่อาจให้ความเห็นทางกฎหมายโดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีผลผูกพันรวมไปถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระอย่างกรณีของ กสทช. แต่อย่างใด ดังที่ปรากฏมุมมองของผู้เชี่ยวชาญด้านกิจการโทรคมนาคมว่า ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นของผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคม คือ การเป็นอิสระขององค์กรกำกับกิจการจากการควบคุมโดยรัฐบาล⁷⁸ นั่นเอง

⁷⁷ กระทรวงมหาดไทย, หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ น. 11310/2482 เรื่อง การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในกฎหมาย ลงวันที่ 2 มีนาคม 2482, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.law.moi.go.th/pdf/11310.2482.pdf> เมื่อ 17 มีนาคม 2566.

⁷⁸ Hank Intven and McCarthy Tétrault, *Supra* note 3, p. 6.

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามข้อ 3 ของระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีหน้าที่ให้ความเห็นแก่หน่วยงานของรัฐ กระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ หรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ประกอบกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ กสทช. ไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาจะให้ความเห็นกำหนดทิศทางการใช้อำนาจหน้าที่ของ กสทช. น่าจะไม่เหมาะสมนัก เนื่องจากบทบาทด้านหนึ่งของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานที่ปรึกษาทางกฎหมายของรัฐบาล อยู่ภายใต้โครงสร้างการบังคับบัญชาโดยฝ่ายบริหารตามปกติ ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน การยอมรับให้องค์กรอิสระทั้งหลายต้องปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการกฤษฎีกา อาจกระทบหลักประกันความเป็นอิสระจากฝ่ายการเมืองในมุมมองของประชาชนก็เป็นได้ อนึ่ง ในที่นี้ ผู้เขียนมิได้หมายความว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่มีความเป็นกลาง ตลอดระยะเวลาอันยาวนาน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิสูจน์ความแข็งแกร่งในทางปฏิบัติต่อสังคมว่าปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ผู้ทำหน้าที่ในองค์กรอิสระได้รับความคาดหวังจากประชาชนว่าเป็นองค์กรของผู้เชี่ยวชาญในด้านนั้น ๆ จำเป็นต้องมีความลึกซึ้งในบทบาท อำนาจหน้าที่บนพื้นฐานของการระดมความรู้อย่างเข้มข้น และต้องแสดงให้เห็นที่ประจักษ์ถึงความเป็นกลาง เพื่อที่จะสามารถทำหน้าที่พิทักษ์รักษาสถิติพื้นฐานของประชาชนเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังเช่นกรณี กสทช. ให้ทุนสนับสนุนโดยมีมติให้เงิน 600 ล้านบาท กับการศึกษาแห่งประเทศไทย (กทท.) ชื่อลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลก 64 คู่ เพื่อนำมาเผยแพร่อย่างเท่าเทียมและทั่วถึงผ่านทีวีดิจิทัลทั้งหมด ในฐานะที่ กสทช. นำรายได้จากการออกใบอนุญาตด้านกิจการโทรคมนาคมมาบริหารให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ เป็นกรณี กสทช. ไม่อาจบริหารจัดการรายได้โดยปราศจากกรอบแนวทางและการชี้แจงถึงความสมเหตุสมผลในการใช้งบประมาณของส่วนรวมดังกล่าวได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ในปัจจุบันนี้รัฐวางบทบาทในลักษณะกำกับการประกอบกิจการที่เอกชนเข้าดำเนินการเป็นหลัก เนื่องจากศักยภาพการดำเนินกิจการของเอกชนในปัจจุบันมีการบริหารจัดการที่คล่องตัวและทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เป็นผลดีต่อการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนของการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นสาธารณูปโภคพื้นฐานของประชาชนที่มีความเชื่อมโยงกับความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีสูงกว่าบริการสาธารณะด้านอื่น ๆ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการทำหน้าที่ของ กสทช. ในการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนผู้ประกอบการและประโยชน์สาธารณะของประชาชนโดยรวมเป็นความท้าทายอย่างสูงและจำเป็นต้องเป็นอิสระจากการแทรกแซงจากภาคการเมืองและภาคธุรกิจ ดังที่ได้อธิบายหลักการและเหตุผลมาเป็นลำดับข้างต้น

ทั้งนี้ ในความเห็นของผู้เขียนโดยส่วนตัวเห็นว่า โดยเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายต้องการกำหนดสถานะความเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของ กสทช. ถึงแม้มีข้อครหาตามรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อเทียบกับองค์กรกำกับกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศ ทั้งสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง องค์กรและบทบาทหน้าที่ในระบบกฎหมายไทยมิได้ด้อยกว่าในรูปแบบของต่างประเทศแต่อย่างใด แต่สิ่งที่ทำให้เกิดการตั้งคำถามต่อบทบาทหน้าที่ของ กสทช. หลายกรณี อาทิ กรณีที่ กสทช. ที่ให้เงิน 600 ล้านบาทกับการกีฬาแห่งประเทศไทย (กกท.) ซื้อลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลก 64 คู่ หรือกรณีที่คณะอนุกรรมการพิจารณาอนุญาตด้านกิจการโทรทัศน์ได้มีมติยกเลิกประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่ให้เผยแพร่ได้เฉพาะในบริการโทรทัศน์ ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (กฎ Must Have) การมีมติให้ยกเลิกกฎดังกล่าวเพื่อสอดคล้องกับสถานการณ์การแพร่ภาพการแข่งขันกีฬาซีเกมส์ครั้งที่ 32 ที่กำลังจะจัดขึ้นที่ประเทศกัมพูชา และกรณีที่ กสทช. มีหนังสือสองฉบับให้คณะกรรมการกฤษฎีกาชี้ทางออกการตีความกรณีควมรวมสองบริษัทขนาดใหญ่ ในกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น ปัญหาไม่ได้เกิดจากการเคลือบแคลงสงสัยจากสถานะทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ข้อกังขาของประชาชนที่สะท้อนผ่านกรณีทั้งสามในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาเกิดจากการทำหน้าที่ของผู้ที่เข้าไปปฏิบัติหน้าที่ กสทช. ที่มักไม่แสดงให้เห็นประชาชนประจักษ์ถึงความโปร่งใส เป็นกลาง และความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริงในการทำหน้าที่ดังกล่าว ดังนั้น ผู้เขียนเชื่อว่า การแสดงความโปร่งใส และการให้ข้อมูลอย่างรอบด้านของ กสทช. ให้เป็นที่ประจักษ์เป็นสิ่งจำเป็นในการสร้างบรรทัดฐาน และเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและศรัทธาแก่ประชาชนตลอดจนผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

ตามที่ได้อธิบายมาข้างต้นทั้งหมดผู้เขียนจึงเห็นว่า การที่ กสทช. มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากโครงสร้างปกติของฝ่ายบริหารของรัฐยังคงเป็นรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดในปัจจุบันสำหรับการกำกับกิจการด้านโทรคมนาคม ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองความเป็นอิสระจากการแทรกแซงของเอกชนหรืออำนาจทางการเมือง อย่างไรก็ตาม ความเป็นอิสระเช่นนี้มิได้หมายความว่า กสทช. จะเป็นอิสระจากนโยบายพื้นฐานของรัฐ และมีได้หมายความว่า จะเป็นอิสระจากความพร้อมรับผิดชอบต่อประชาชน หรือต่อองค์กรตุลาการแต่อย่างใด แต่ กสทช. ยังคงอยู่ภายใต้การตรวจสอบการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ซึ่งในปัจจุบันยังมีคดีพิพาทที่มีการโต้แย้งการใช้อำนาจของ กสทช. อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครอง

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองที่สนับสนุนการพิจารณาคดีของศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมและการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ของไทยยังมีอยู่อย่างจำกัด ดังนั้น ผู้เขียนจึงตั้งใจที่จะนำเสนอหลักทฤษฎีทางกฎหมายที่เชื่อมโยงและเกี่ยวข้องกับ การพัฒนาแนวทางการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรกำกับกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมอย่างต่อเนื่องในโอกาสต่อไป

บรรณานุกรม

กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. Universal Declaration on Human Rights, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

กระทรวงมหาดไทย, หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ น. 11310/2482 เรื่อง การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความในกฎหมาย ลงวันที่ 2 มีนาคม 2482, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.law.moi.go.th/pdf/11310.2482.pdf>

คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, การบริการอย่างทั่วถึงและการเข้าถึงอย่างทั่วถึง, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.nbtc.go.th/getattachment/329bab9e-2f12-4e32-b0c0-431aff6d45e/2-Universal-Service.pdf.aspx> เมื่อ 20 มกราคม 2567.

คณะอนุกรรมการบริหารศาลปกครอง, จัดทำคู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, คู่มือการปฏิบัติงานภายในของศาลปกครองสูงสุด, 2564, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

จินตนา พนมชัยวัฒน์, กฎหมายโทรคมนาคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2563, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ชาญชัย แสวงศักดิ์, องค์การอิสระ : ข้อพิจารณาทางกฎหมายมหาชน, 2561, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

นพดล เสงเจริญ, “องค์การอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ,” (2 เมษายน 2549), [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=895> เมื่อ 16 ตุลาคม 2565.

นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, 2541, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

บรรเจิด สิงคะเนติ, รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, “ปัญหาทางกฎหมายของการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม โดยปราศจากนโยบาย กรณีกิจการดาวเทียมสื่อสารไทย,” วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้า ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, 2560.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘องค์การอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540’ (รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550)

ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, เข้าใจการกำกับดูแล : ทฤษฎี กลยุทธ์ และหลักปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 : 2553, กรุงเทพฯ : เทคโนโลยี มีเดีย.

สถาบันพระปกเกล้า, องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=8A_2560 เมื่อ 1 มกราคม 2567.



สุธรรม อยู่ในธรรม, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกิจการโทรคมนาคม, เอกสารวิชาการหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 15 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2554.

สำนักงานกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับกิจการโทรคมนาคม : การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, 2552, กรุงเทพฯ : แอปป้า พรินติ้ง กรุ๊ป, [ออนไลน์], หน้า 15, เข้าถึงจาก <https://www.nbt.go.th/getattachment/36f990a0-7969-499a-9df2-a0427e3e82d6/1.pdf.aspx> เมื่อ 17 ตุลาคม 2565.

สำนักข่าวอิศรา, ยังฟังไม่ได้มีเหตุไม่ชอบด้วยกม.! ‘ศาล ปค.’ ยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฯ คดีควบรวม TRUE-DTAC, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://www.isranews.org/article/isranews-news/114322-Central-Administrative-Court-NBTC-TRUE-DTAC-Amalgamation-case-news.html> เมื่อ 12 ธันวาคม 2565.

อรัชมน พิเชฐวรกุล, กฎหมายโทรคมนาคม : ความรู้เบื้องต้น, 2564, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

Aurelija Pūraitė and Leva Deviantikovaite, ‘Independent Regulatory and Administrative Authorities in the Republic of Lithuania’, [Online], p. 283, retrieved from <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/99> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

European Commission, Fines for breaking EU Competition Law. [Online], retrieved from https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-01/factsheet_fines_en.pdf เมื่อ 11 มีนาคม 2566.

Hank Intven and McCarthy Tétrault, Telecommunication Regulation Handbook (Module 1) : Overview of Telecommunications Regulation, (World Bank : Washington, 2000), [Online], p. 6, retrieved from https://www.itu.int/ITU-D/treg/Documentation/Infodev_handbook/1_overview.pdf เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

Nicolas Contis and Camille Doguet, Members of independent administrative authorities can be recused under principle of impartiality, (September 29th, 2020), [Online], retrieved from <https://www.lexology.com/commentary/litigation/france/kalliop/members-of-independent-administrative-authorities-can-be-recused-under-principle-of-impartiality#Right> เมื่อ 21 พฤศจิกายน 2565.

Robert Elgie and Iain McMenamin, Credible commitment, political uncertainty, or policy complexity? Explaining variations in the independence of non-majoritarian institutions in France, [Online], pp. 11-12, retrieved from https://doras.dcu.ie/59/2/credible_commitment.pdf เมื่อ 5 มกราคม 2567.

Susan M.Olson. ‘Challenges to the Gatekeeper : The Debate over Federal Litigating Authority’, *68 Judicature* 71, 73 n.12 (1984).

Sharynne McLeod, Communication rights : Fundamental human rights for all, (21st February, 2018), [Online], retrieved from <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17549507.2018.1428687?Need Access=true> เมื่อ 5 ธันวาคม 2565.

Thomson Reuters Practical Laws, ‘Office of Telecommunications (OfTel)’ . [Online], retrieved from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/13f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/13f4a4292e8db11e398db8b09b4f043e0?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) เมื่อ 15 มกราคม 2567.

Zucker, David K. 2016, The Origin and Development of the Interstate Commerce Commission and Its Impact on the Origination of Independent Regulatory Commissions in the American Legal System : A Historical Perspective. Master’s thesis, Harvard Extension School, [Online], p. 90, retrieved <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33797258/ZUCKER-DOCUMENT-2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y> เมื่อ 2 มกราคม 2566.