

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ

เรื่อง ร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง
หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.

๑. ความเป็นมา

โดยที่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (“กสทช.”) โดยคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (“กสท.”) ได้จัดทำร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. (“ร่างประกาศฯ”) โดยอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ (“พ.ร.บ.องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ”) ประกอบกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ (“พ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ”)^๑ ซึ่งบัญญัติให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแล ติดตามตรวจสอบและให้คำปรึกษาแนะนำ การประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยมีอำนาจออกระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งอันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ กสทช. เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรม โดยให้ กสทช.เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้ใบอนุญาตและกำกับดูแลรายการของกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่และไม่ใช้คลื่นความถี่แทน กสทช.^๒

ทั้งนี้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลผู้รับใบอนุญาตและผู้อำนวยความสะดวก เพื่อให้มีผังรายการและเนื้อหาสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเงื่อนไขของใบอนุญาตแต่ละประเภท ตลอดจนการป้องกันการผูกขาดหรือการครอบงำกิจการซึ่งขัดต่อหลักการส่งเสริมการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การส่งเสริมและการพัฒนา

^๑ ตามความในมาตรา ๒๗ (๖) (๑๖) และ (๒๔) และมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ และความในมาตรา ๕ และมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

^๒ โปรดศึกษาเทียบเคียงกับมาตรา ๔๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่บัญญัติให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่กำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะอื่น และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม รวมทั้งต้องจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการสื่อมวลชนสาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อรับรองเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่หลากหลายของประชาชน

กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ตลอดจนส่งเสริมการรวมกลุ่มของผู้รับใบอนุญาต ผู้ผลิตรายการ และผู้ประกอบวิชาชีพสื่อสารมวลชนเพื่อควบคุมจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิและโอกาสในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะที่มาจากแหล่งข้อมูลที่หลากหลาย การคุ้มครองผู้บริโภค การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบอาชีพและวิชาชีพ

ดังนั้น กสท. จึงได้จัดทำร่างประกาศฯ เพื่อกำกับดูแลเนื้อหาการออกอากาศรายการซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๓๗ แห่งพ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ และกำหนดมาตรการต่างๆ ในการกำกับดูแลด้วย

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายซึ่งมีอำนาจหน้าที่หลักในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของประเทศ รวมทั้งปรับปรุงและพัฒนากฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ^๓ บนพื้นฐานองค์ความรู้ทางวิชาการและการมีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากกฎหมาย ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ตามร่างประกาศฯ หากมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพทั้งในด้านเสรีภาพของสื่อ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชน ดังนั้น คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจึงได้มีการสำรวจ ศึกษา และวิเคราะห์ทางวิชาการ เพื่อนำมาสู่ข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อ กสทช. เพื่อประกอบการพิจารณาร่างประกาศฯ ดังกล่าว

๒. สาระสำคัญของร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ได้พิจารณาร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. (ที่ได้มีการแก้ไขในการประชุม กสทช. ครั้งที่ ๑๑ วันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๖) ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (“สำนักงาน กสทช.ฯ”) เปิดให้มีการรับฟังความเห็นสาธารณะครั้งที่ ๒ มีสาระสำคัญ ดังนี้

๒.๑ หลักการเหตุผล

ร่างประกาศฯ ได้อ้างมาตรา ๓๗ แห่งพ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ซึ่งห้ามมิให้ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมี

^๓ พระราชบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พ.ศ.๒๕๕๓ มาตรา ๑๙ “ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) สำรวจ ศึกษา และวิเคราะห์ทางวิชาการ รวมตลอดทั้งวิจัยและสนับสนุนการวิจัย เพื่อประโยชน์ในการวางเป้าหมายนโยบาย และจัดทำแผนโครงการและมาตรการต่างๆ ในการดำเนินการตาม (๒)

(๒) ปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของประเทศ รวมทั้งการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยให้คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วย ...”

การกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจารหรือมีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง เป็นกรอบในการกำหนดเนื้อหาที่ห้ามออกอากาศ และกำหนดให้มีมาตรการในการกำกับดูแลให้มีการออกอากาศรายการเนื้อหาที่มีคุณภาพและเป็นไปอย่างสร้างสรรค์

๒.๒ เนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศ

ร่างประกาศฯ ห้ามมิให้ผู้รับใบอนุญาตออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระ ๔ ประเภท ได้แก่ รายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการลัทธิการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รายการที่มีเนื้อหาสาระที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ รายการที่มีเนื้อหาสาระที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และรายการที่มีเนื้อหาสาระที่มีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจารหรือมีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง (ข้อ ๔ ของร่างประกาศฯ) โดยกำหนดรายละเอียดเนื้อหาสาระและขอบเขตของเนื้อหารายการที่ห้ามออกอากาศเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓๗ ดังกล่าวข้างต้น (ข้อ ๖ ถึงข้อ ๑๑ ของร่างประกาศฯ)

๒.๓ การกำกับดูแล

ร่างประกาศฯ ยังได้กำหนดมาตรการในการกำกับดูแลเพื่อไม่ให้เกิดการเผยแพร่เนื้อหารายการที่มีลักษณะต้องห้ามตาม โดยให้เป็นหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตและผู้ดำเนินการสถานีในการตรวจสอบและระงับการออกอากาศรายการที่มีลักษณะต้องห้ามตามร่างประกาศฯ ซึ่งหากเป็นรายการที่มีการผลิตไว้เป็นการล่วงหน้า ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ดำเนินการสถานีจะต้องตรวจสอบเนื้อหารายการก่อนที่จะมีการออกอากาศ และหากกรณีเป็นรายการออกอากาศสด หากปรากฏว่ารายการดังกล่าวมีลักษณะต้องห้าม หรือมีแนวโน้ม หรืออาจนำไปสู่เนื้อหา รายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศ ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ดำเนินการสถานีมีอำนาจในการระงับการออกอากาศ รายการดังกล่าวได้ทันที (ข้อ ๑๒ ของร่างประกาศฯ)

ในกรณีที่มีการออกอากาศเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศ ให้กรรมการที่ได้รับมอบหมายจาก กสท. หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ มีอำนาจสั่งด้วยวาจาหรือหนังสือ เพื่อให้มีการระงับการออกอากาศ รายการดังกล่าวในส่วนที่เหลือได้ทันที และเมื่อได้มีคำสั่งแล้ว สำนักงานฯ จะต้องดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริง เพื่อเสนอ กสท. พิจารณา โดยการสอบสวนข้อเท็จจริงให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ กสทช. กำหนดไว้ ซึ่งผู้รับใบอนุญาตที่ได้รับคำสั่งดังกล่าว มีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการตรวจสอบหรือควบคุมการออกอากาศรายการต่อสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติภายใน ๓ วันทำการ นับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง (ข้อ ๑๓ และ ๑๔ ของร่างประกาศฯ)

๓. การดำเนินการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

ในการพิจารณาศึกษาร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายพิจารณาศึกษาแนวคิด ทฤษฎี กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการรับฟังความคิดเห็นของภาคส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้เป็นข้อมูลและข้อเท็จจริงประกอบการทำความเข้าใจและข้อเสนอแนะ ดังนี้

๓.๑ แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

๓.๑.๑ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression)

แนวคิดสิทธิมนุษยชนถือว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาอิสระเสรี มีศักดิ์ศรีเสมอกัน สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด โดยนัยดังกล่าวบุคคลจะทำการสิ่งใดก็ได้ ยกเว้นที่กฎหมายห้าม ดังนั้น บุคคลต้องไม่ถูกละเมิด ถูกกลั่นแกล้งหรือถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่จำเป็น แนวความคิดดังกล่าวได้พัฒนามาสู่เสรีภาพในทางประชาธิปไตย รวมไปถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นสิทธิการเมืองในการสื่อสารความเชื่อและความคิดของบุคคล โดยเห็นว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซงซึ่งในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) (ICCPR) ได้กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล รวมไปถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพในศาสนา เสรีภาพในการสมาคม สิทธิเลือกตั้ง สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น^๔ โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาดังกล่าวด้วย^๕

^๔ International Covenant on Civil and Political Rights Article 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.

2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(a) For respect of the rights or reputations of others;

(b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.

^๕ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญานี้โดยการออกญานัตติเมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๓๙ และมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยเมื่อวันที่ ๒๙ มกราคม พ.ศ. ๒๕๔๐

๓.๑.๒ แนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ภายใต้หลักการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค อันเป็นหลักการพื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และ ๒๕๕๐ เห็นว่าสิทธิของบุคคลนั้นเป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิดและเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน หรืออาจเรียกอีกนัยหนึ่งว่าสิทธิดังกล่าวเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) รัฐมีหน้าที่เคารพ ส่งเสริมและปกป้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคน โดยสิทธิของบุคคลจะถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่ชอบธรรมเท่านั้น เนื่องจากการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีความรับผิดชอบ ไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น กล่าวคือ จะต้องใช้สิทธิและเสรีภาพเพียงเท่าที่เขตแดนของตนจะใช้ได้เท่านั้น จึงเป็นที่มาของความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย นอกจากนั้นความมุ่งหมายที่สำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพยังอาจเป็นไปเพื่อการดำรงอยู่และความสามารถในการทำหน้าที่ของรัฐ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน^๖ อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถึงขั้นที่ถูกละเมิดจากรัฐ ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ และจะกระทำได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น ซึ่งหลักการจำกัดสิทธิดังกล่าวได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

๓.๑.๓ แนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Law)

ศักดิ์ของกฎหมาย หรือ ลำดับชั้นของกฎหมาย เป็นหลักที่ว่าด้วยการจัดลำดับของกฎหมายแต่ละประเภท ซึ่งกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้ หากกรณีที่มีการขัดหรือแย้งกันต้องใช้กฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าบังคับ ไม่ว่ากฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าได้ตราออกใช้ก่อนหรือหลังก็ตาม โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการจัดลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แก่ องค์การผู้ตรากฎหมาย กฎหมายแม่บทให้อำนาจในการตรากฎหมาย และแบบพิธีในกระบวนการตรากฎหมาย อาทิเช่น รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา และเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎหมายร่วมกันของสองสภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุด ในขณะที่กฎหมายที่มีลำดับชั้นรองลงมา คือ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด จะถูกพิจารณาโดยสภาผู้แทนราษฎรก่อนแล้วจึงจะผ่านไปยังวุฒิสภา ถือเป็นการแยกกันในการใช้อำนาจออกกฎหมาย (Ordinary laws are voted by the two Chambers deliberating separately)^๗

^๖ บรรเจิด สิงคนะนิติ ,หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, ๒๕๕๒, น.๒๐๔-๒๑๕.

^๗ Chapter II The different kinds of laws and their Hierachy, p.117.

นอกจากรัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดรูปแบบการปกครองและระเบียบบริหารราชการแผ่นดินแล้ว รัฐธรรมนูญยังบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างชัดเจนแน่นอน รวมถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้รัฐหรือเอกชนมากดขี่บังคับได้ เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้แล้ว รัฐบาลจึงไม่อาจออกกฎหมายลำดับรองที่เป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญได้ กรณีดังกล่าวอาจส่งผลให้กฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และจะต้องถือว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะ

๓.๒ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๒.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๕

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยได้รับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆ ของประชาชน รวมไปถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชน ตามมาตรา ๔๕ ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

การสั่งปิดกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเพื่อลดทอนเสรีภาพตามมาตรานี้ จะกระทำมิได้

การห้ามหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเสนอข่าวสารหรือแสดงความคิดเห็นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการแทรกแซงด้วยวิธีการใดๆ เพื่อลดทอนเสรีภาพตามมาตรานี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งได้ตราขึ้นตามวรรคสอง ...”

๓.๒.๒ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ เป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๕ มาตรา ๓๖ มาตรา ๔๑ มาตรา ๔๓ มาตรา ๔๕ มาตรา ๔๖ มาตรา ๔๗ มาตรา ๖๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจ

“รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๖ “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ตามกฎหมาย พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) จำนวน ๑๑ คน เพื่อให้มีอำนาจทำหน้าที่สำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรมรวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เจื่อนไซ หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว รวมถึงการออกระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งอันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

นอกจากนั้น ยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการอีก ๒ ชุด ได้แก่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสท.) เพื่อทำหน้าที่แทนคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) เพื่อทำหน้าที่แทนคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมและกิจการวิทยุคมนาคม

ในการกำกับกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม กำหนดให้ กสทช. พิจารณาการอนุญาตการใช้คลื่นความถี่ตามที่มีผู้ประสงค์ยื่นคำขออนุญาต จึงจะสามารถใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์หรือกิจการโทรคมนาคมได้ หากปรากฏว่ามีผู้ที่ใช้คลื่นความถี่โดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้นั้นจะต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ หรือพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๔๔ แล้วแต่กรณี

๓.๒.๓ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

โดยที่พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๔๓ บัญญัติให้ กสท. เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ จึงเป็นที่มาของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.๒๕๕๑ อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๒ มาตรา ๓๓ มาตรา ๓๕ มาตรา ๓๖ มาตรา ๔๑ มาตรา ๔๓ มาตรา ๔๕ มาตรา ๔๖ และมาตรา ๔๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

พ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ เจื่อนไซ รายละเอียดของการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ของ กสท. ในการ

กำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ นอกจากนั้นยังได้ให้อำนาจ กสท. ในการออกประกาศต่างๆ เพื่อปฏิบัติการตามความพระราชบัญญัติ^๙

ในส่วนของการกำกับดูแลรายการนั้น พ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ เพื่อให้ผู้รับบริการได้รับบริการที่เหมาะสมและเกิดประโยชน์มากที่สุด เช่น การกำหนดสัดส่วนรายการในผังรายการประเภทต่างๆ (มาตรา ๓๓) รวมถึงการห้ามมิให้ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการลัทธิการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำความผิดซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง โดยให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ตรวจสอบและให้ระงับการออกอากาศรายการที่มีลักษณะดังกล่าว หากผู้รับใบอนุญาตไม่ดำเนินการให้กรรมการซึ่งคณะกรรมการมอบหมายมีอำนาจสั่งด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือให้ระงับการออกอากาศรายการนั้นได้ทันที และให้คณะกรรมการดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริง หากปรากฏว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดจากการละเลยของผู้รับใบอนุญาตจริง ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการแก้ไขตามที่สมควรหรืออาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตก็ได้ (มาตรา ๓๗) นอกจากนั้นยังได้กำหนดโทษทางปกครองแก่ผู้รับใบอนุญาตที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการไว้ด้วย

นอกจากนี้ยังมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ทั้งที่เป็นพันธกรณีทางด้านศีลธรรม (Moral Obligation) ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ข้อ ๑๙^{๑๐} และ พันธกรณีทางกฎหมาย (Legal Obligation) ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๙ ซึ่งรับรองเสรีภาพในการแสดงออก และหมายรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภทโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน^{๑๑}

๓.๓ การรับฟังความคิดเห็นของภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชนที่เกี่ยวข้องและให้ความสนใจติดตามการพิจารณาร่างประกาศฯ ฉบับนี้จำนวน ๒ ครั้ง ดังนี้

^๙ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.๒๕๕๑ มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง “ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้”

^{๑๐} Universal Declaration of Human Rights Article 19

“Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”

^{๑๑} International Covenant on Civil and Political Rights Article 19.Loc.cit

๓.๓.๑ ครั้งที่ ๑ เมื่อวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๖ โดยเชิญผู้แทนจากหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องและนักวิชาการ ประกอบด้วย

- (๑.) นักวิชาการจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
- (๒.) นักวิชาการจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- (๓.) ผู้แทนสภาวิชาชีพกิจการการแพร่ภาพและการกระจายเสียง
- (๔.) ผู้แทนจากสมาคมนักข่าววิทยุและโทรทัศน์ไทย
- (๕.) ผู้แทนจากสภาวิชาชีพข่าววิทยุและโทรทัศน์ไทย
- (๖.) ผู้แทนจากสมาคมเคเบิลทีวีแห่งประเทศไทย
- (๗.) ผู้แทนจากสมาคมวิทยุเด็ก เยาวชน และครอบครัว
- (๘.) ผู้แทนจากมูลนิธิเพื่อผู้บริโภค

ในการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและนักวิชาการ มีประเด็นที่สำคัญในประเด็นแรกว่า กสทช.มีอำนาจในการออกร่างประกาศฯ หรือไม่ โดยมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ฝ่ายแรกเห็นว่าในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.๒๕๕๑ มาตรา ๓๗ มิได้กำหนดให้อำนาจ กสทช.ออกรายละเอียดหลักเกณฑ์ไว้ ต่างจากมาตราอื่นๆ ที่หากต้องการให้ กสทช. มีอำนาจออกหลักเกณฑ์เพิ่มเติม ก็จะมีการกำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ กสทช.จึงไม่มีอำนาจออกร่างประกาศฯ

ฝ่ายที่สองมีความเห็นต่อประเด็นอำนาจในการออกร่างประกาศฯ ว่า พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ มาตรา ๕ ได้ให้อำนาจแก่ กสทช. ในการออกประกาศเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ แม้ในมาตรา ๓๗ จะมีได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ แต่ด้วยอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ กสทช. จึงสามารถออกร่างประกาศฯ ได้

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศตามที่ กสทช. กำหนดไว้ มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อ และเนื่องจากสื่อมวลชนเป็นเวทีกลางของการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น การจำกัดสิทธิของสื่อย่อมจะกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลในการแสดงความคิดเห็น การแสดงออกซึ่งความรู้สึกนึกคิด ความเชื่อ และสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารอย่างยิ่ง ซึ่งจะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็น ดังนั้น จึงเห็นว่าการกำหนดมาตรการในการควบคุมควรเป็นหน้าที่ขององค์กรวิชาชีพที่จะต้องควบคุมดูแลกันเอง (Self Regulation) มากกว่าการให้ กสทช. ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเข้ามากำกับดูแลโดยตรง (State Regulation) และยังเห็นว่าการกำหนดห้ามมิให้ออกอากาศรายการเนื้อหาบางประเภทก็มีกฎหมายอื่นบัญญัติรองรับไว้อยู่แล้ว เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร มาตรา ๑๑๖ หรือ ความผิดฐานหมิ่นประมาท มาตรา ๓๒๖ เป็นต้น นอกจากนี้ การที่จะพิจารณาว่าเนื้อหารายการใดมีลักษณะที่ผิดตามมาตรา ๓๗ นั้น ควรจะต้องพิจารณาถึงบริบท

สภาพแวดล้อมของสังคมในช่วงเวลานั้นประกอบด้วย เช่น เนื้อหารายการที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากมีการกำหนดรายละเอียดมากเกินไปก็จะไม่สามารถปรับใช้ได้ตามสถานการณ์ปัจจุบัน ด้วยเหตุผลต่างๆข้างต้น จึงไม่เห็นด้วยกับร่างประกาศ ฯ

๓.๓.๒ ครั้งที่ ๒ เมื่อวันที่ ๒๖ พฤษภาคม ๒๕๕๖ โดยเชิญผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เข้าร่วมให้ความคิดเห็นและข้อสังเกตต่อร่างประกาศ ฯ

จากการรับฟังความคิดเห็นของผู้แทนสำนักงาน กสทช. มีประเด็นสำคัญโดยสังเขปต่อร่างประกาศ ฯ ในประเด็นความเป็นมา ความจำเป็นของร่างประกาศ ฯ และความเหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้แทนสำนักงาน กสทช. ให้ความเห็นว่า กสทช.มีอำนาจหน้าที่ในการอนุญาต กำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่ รวมทั้งการอนุญาต การกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้องและเป็นธรรม

ในส่วนของการกำกับดูแลเนื้อหานั้น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง ฯ มาตรา ๓๗ ได้กำหนดประเภทเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศไว้อย่างกว้าง การจัดทำร่างประกาศ ฯ จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ แนวทางในการพิจารณาซึ่งมีลักษณะเป็นการอธิบายความว่ากรณีใดบ้างที่จะเข้าข่ายมีเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศตามมาตรา ๓๗ และการกำหนดหลักเกณฑ์ แนวทางให้ชัดเจนจะเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของ กสทช. รวมถึงจะเป็นแนวทางให้แก่ผู้รับใบอนุญาตในการพิจารณาระงับการออกอากาศตามอำนาจหน้าที่ในมาตรา ๓๗ ด้วย ส่วนในประเด็นว่าการกำหนดลักษณะเนื้อหารายการบางประเภทมีกฎหมายอื่นๆรองรับไว้อยู่แล้วนั้น เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้แทน กสทช. เห็นว่าลักษณะของการบังคับใช้ของกฎหมายทั่วไปและร่างประกาศ ฯ มีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายทั่วไปจะบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดฐานนั้นๆโดยตรง ในขณะที่ร่างประกาศ ฯ จะเป็นการกำหนดความผิดแก่ผู้รับใบอนุญาตที่อนุญาตหรือละเลยให้มีการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาต้องห้าม และการกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหาจะพิจารณาเฉพาะกรณีที่เป็นความผิดตามมาตรา ๓๗ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง ฯ เท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาในกรณีที่เป็นเรื่องของจริยธรรมซึ่งมีองค์กรวิชาชีพทำหน้าที่ในการกำกับดูแล ควบคุมอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม หากกรณีใดแม้จะเป็นเรื่องของจริยธรรม แต่หากเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา ๓๗ ด้วย กสทช. ก็จะมีบทบาทในการพิจารณาตามกฎหมายเช่นกัน

๓.๔ การเข้าร่วมรับฟังความคิดเห็นในการเสวนาในหัวข้อ “เสรีภาพสื่อกับการใช้กฎหมายกำกับดูแล”^{๑๒}

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ได้จัดการเสวนาในหัวข้อ “เสรีภาพสื่อกับการใช้กฎหมายกำกับดูแล” ซึ่งได้เชิญผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายและนักสิทธิมนุษยชน รวมถึงภาคส่วนที่เกี่ยวข้องหลายภาคส่วนเข้าร่วมแสดงความคิดเห็นโดยนายสมชาย หอมลออ กรรมการในคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ได้เข้าร่วมรับฟังและแสดงความคิดเห็นต่อร่างประกาศฯ ด้วย ซึ่งผู้เข้าร่วมงานเสวนาส่วนใหญ่ต่างเห็นว่าร่างประกาศฯ ยังคงมีประเด็นที่ต้องดำเนินการศึกษา วิเคราะห์ เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเนื้อความในร่างประกาศฯ มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและสิทธิเสรีภาพและการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร และการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนอย่างกว้างขวาง

๓.๕ การค้นคว้าจากเอกสารที่เกี่ยวข้อง (Documentary Research)

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ได้ศึกษารวบรวมข้อคิดเห็นเกี่ยวกับร่างประกาศฯ จากบุคคลวงการต่างๆ ที่ได้เสนอความคิดเห็นผ่านทางสื่อและเวทีการแสดงความคิดเห็น ทั้งจากเวทีการแสดงความคิดเห็นที่จัดโดย กสทช. และเวทีอื่นๆ ประกอบการพิจารณาศึกษาด้วย

๔. ความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

จากการพิจารณาศึกษาและรับฟังความคิดเห็นของภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับร่างประกาศฯ อันเป็นร่างที่เกี่ยวกับการกำหนดเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศและมาตรการการกำกับมิให้มีการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาต้องห้ามของผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย จึงมีความเห็นต่อ อำนาจในการออกประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ในการกำหนดเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศ ดังนี้

๑.การออกประกาศฯ กำหนดเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก ร่างประกาศฯ อ้างบทบัญญัติตามมาตรา ๓๗ แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ เป็นกรอบในการวางหลักเกณฑ์และแนวทางการกำกับดูแลเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๓๗ มีลักษณะเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการของบุคคลตามรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้^{๑๓} การตีความ

^{๑๒} นายสมชาย หอมลออ กรรมการปฏิรูปกฎหมายในฐานะประธานกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านกระบวนการยุติธรรม ได้รับมอบหมายจากประธานกรรมการปฏิรูปกฎหมายให้เข้าร่วมเป็นวิทยากร การเสวนาในหัวข้อ “เสรีภาพสื่อกับการใช้กฎหมายกำกับดูแล” จัดโดย สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๖ ณ โรงแรมเซ็นจูรี่ปาร์ค กรุงเทพมหานคร

^{๑๓} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๕ วรรคสอง “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความ

กฎหมายดังกล่าวจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติ อีกทั้งเพื่อเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ให้รัฐหรือหน่วยงานในองค์กรของรัฐใช้อำนาจในการออกกฎหมายที่จะมีผลเป็นการละเมิดหรือลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา ๓๗ เห็นว่าเพื่อกำหนดประเภทเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจ กสทช. ในการออกประกาศใดเพิ่มเติม ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตราอื่นๆ ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ เช่น มาตรา ๓๓ มาตรา ๓๔ จะมีข้อความระบุว่า “ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด” ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรา ๓๗ ของพระราชบัญญัตินี้ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการให้อำนาจ กสทช. ออกหลักเกณฑ์ใดเพิ่มเติม อีกทั้งการกำหนดเนื้อหารายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศตามความในมาตรา ๓๗ ก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแล้ว

๒. การอ้างอำนาจตามมาตรา ๕ แห่ง พ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ ที่กำหนดเป็นการทั่วไปว่า กสทช. สามารถออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้น คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเห็นว่า ยังไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา ๓๗ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน การออกประกาศฯ กำหนดรายละเอียดเนื้อหาสาระที่เป็นองค์ประกอบเกินกว่ากรอบกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นบ่อเกิดของอำนาจ (มาตรา ๓๗) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เนื้อหาของร่างประกาศฯ ข้อ ๖ ถึงข้อ ๑๑ ได้ขยายความเนื้อหาสาระของรายการที่ต้องห้ามมิให้ออกอากาศเกินเลยไปกว่ากรอบบทบัญญัติมาตรา ๓๗ แห่ง พ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ^{๑๔} แม้แต่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงฯ มาตรา ๓๗ ที่ตราโดยรัฐสภา ก็ยังไม่อาจกำหนดการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจำกัดเสรีภาพสื่อมวลชนถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ความเชื่อ การสื่อสารเผยแพร่และการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชน ซึ่งถือเป็นเสรีภาพพื้นฐานของสังคมประชาธิปไตย การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะต้องกระทำด้วยความจำเป็นอย่างยิ่งและจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัดและเป็นการเฉพาะเท่านั้น กสทช. ซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานหนึ่งทางด้านบริหาร จึงไม่มีอำนาจกำหนดให้เกินเลยไปกว่าบทบัญญัติตาม พ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ และรัฐธรรมนูญได้

เป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชน”

^{๑๔} บัญญัติไว้เฉพาะ ๔ กรณี ได้แก่ (๑) เป็นรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือ (๒) มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ (๓) มีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือ (๔) มีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพประชาชนอย่างร้ายแรง; โปรดพิจารณาประกอบกับ มาตรา ๒๗ (๖) (๑๖) และ (๒๔) และมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ และมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

ดังนั้น การที่ กสทช. จะออกประกาศฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนี้ จึงเป็นการออกประกาศฯโดยไม่มีอำนาจและขัดต่อทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) ทั้งพระราชบัญญัติและรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชนและยังเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

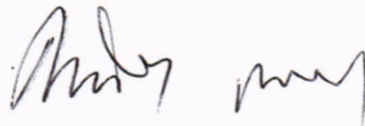
๓. ถ้อยคำตามร่างประกาศฯ ดังกล่าวยังคงคลุมเครือขาดความชัดเจนแน่นอน ทั้งการออกอากาศเนื้อหารายการใดจะขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๓๗ แห่ง พ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงฯ หรือไม่ ต้องพิจารณาข้อเท็จจริง เนื้อหาความเป็นมา เจตนา สภาพแวดล้อมและบริบททางสังคม การเมือง และวัฒนธรรมเป็นกรณีไป โดยที่บริบทดังกล่าว ย่อมมีพัฒนาการแตกต่างกันไปตามกาลเวลาและสถานการณ์ การกำหนดองค์ประกอบความผิดในลักษณะตายตัว อาจเป็นเหตุให้คณะกรรมการ เจ้าหน้าที่และผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ตีความและบังคับใช้กฎหมายไปในทางที่เป็นการจำกัดเสรีภาพสื่อมวลชนเกินสมควรแก่เหตุและไม่มีมาตรฐานที่สอดคล้องกัน ก่อให้เกิดการใช้ดุลยพินิจบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่เป็นการแทรกแซงและจำกัดสิทธิเสรีภาพประการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศเกินสมควรแก่กรณี ซึ่งอาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่กลุ่มธุรกิจ กลุ่มการเมือง กลุ่มผู้มีอำนาจ มากกว่าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ^{๑๕}

ดังนั้น ร่างประกาศฯ ดังกล่าวจึงยังไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ (principle of proportionality) ตามบทบัญญัติมาตรา ๔๕ ประกอบกับมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งวางหลักในการลิดรอนเสรีภาพสื่อมวลชนจะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นและเพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือ

^{๑๕} ประเด็นพิจารณา อาทิเช่น “(ก) เนื้อหาที่มีความไม่ชัดเจนและไม่มีการอธิบายเพิ่มเติมประกอบการตีความ ซึ่งเปิดให้มีการใช้ดุลยพินิจมากเกินไปและสุ่มเสี่ยงต่อการถูกนำไปใช้ทางการเมืองหรือการกีดกันเนื้อหาด้วยแนวคิดอนุรักษ์นิยมมากเกินไป (ข) เนื้อหาต้องห้ามหลายข้ออาจไม่ได้เป็นประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง เช่น การห้ามเนื้อหาที่ดูหมิ่นเหยียดหยามประเทศชาติ ซึ่งหากปล่อยให้มีการใช้ดุลยพินิจมากเกินไป การวิจารณ์ประเทศชาติอย่างสร้างสรรค์ก็อาจถูกแบนได้ (ค) ประกาศยังไม่ได้ให้หน้หนักกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความเห็นเท่าที่ควร ซึ่งสะท้อนจากการออกแบบประกาศแบบครอบคลุมเกินไป เช่น ห้ามนำเสนอเนื้อหาที่ขัดต่อประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงาม (ง) การแสดงความคิดเห็นทางการเมืองซึ่งเป็นหัวใจของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นยังมิได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร เช่น การห้ามรายการที่อาจทำให้เกิดความแตกแยกในสังคม หรือรายการที่อาจกระทบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งหากปล่อยให้ตีความโดยใช้ดุลยพินิจมากเกินไป ข้อห้ามเหล่านี้ก็อาจถูกนำมาใช้ปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองได้” เป็นต้น; โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ข้อเสนอในการกำกับดูแล “เนื้อหาต้องห้าม” โดยรัฐ: การสร้างสมดุลระหว่าง “เสรีภาพสื่อ” และ “การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” โดย วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง, โครงการติดตามนโยบายสื่อและโทรคมนาคม (NBTC Policy Watch), เว็บไซต์ http://www.nbtcpolicywatch.org/press_detail.php?i=1158 เข้าถึงเมื่อวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๖ และ แม้ร่างประกาศ กสทช. กำหนด “เนื้อหาต้องห้าม” สำหรับทีวีพายุ #1 โดยโครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน, เว็บไซต์ <http://ilaw.or.th/node/2860> เข้าถึงเมื่อวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๖

สุขภาพของประชาชน อีกทั้งต้องคำนึงถึงประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประการใดๆ ที่รัฐธรรมนูญได้รับรอง^{๑๖}

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเห็นว่า กสทช. ไม่มีอำนาจในการจัดทำร่างประกาศฯ เนื่องจากการจัดทำร่างประกาศฯ อาจขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามเหตุผลที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น จึงขอเสนอความเห็นและข้อเสนอแนะต่อร่างประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. เพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป



(ศาสตราจารย์ คณิต ณ นคร)

ประธานกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

วันที่ ธันวาคม ๒๕๕๖

^{๑๖} โปรดศึกษาเพิ่มเติม หมวดที่ ๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐