

การกำกับสื่อที่มีการหลอมรวมของช่องทางการสื่อสารข้อมูล :
กรณีศึกษาการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต (OTT)



เสาวรส ทิพย์ธรรมธารา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2563

การกำกับสื่อที่มีการหลอมรวมของช่องทางการสื่อสารข้อมูล :

กรณีศึกษาการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต (OTT)

เสาวรส ทิพย์ธรรมธารา

คณะนิติศาสตร์

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.สรายุทธ ปิตยาศักดิ์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

..... คณบดี
(รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร)

_____/_____/_____
.....

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	การกำกับสื่อที่มีการหลอมรวมของช่องทางการสื่อสารข้อมูล : กรณีศึกษาการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต (OTT)
ชื่อผู้เขียน	นางสาวเสาวรส ทิพย์ธรรมธารา
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2563

อินเทอร์เน็ตได้เข้ามามีบทบาทในการใช้ชีวิตของมนุษย์เป็นอย่างมากโดยเฉพาะการใช้งานผ่านช่องทางอื่นนอกเหนือไปจากระบบคอมพิวเตอร์ เช่น การรับชมโทรทัศน์ในรูปแบบของ Streaming หรือในรูปแบบการรับชมการแพร่ภาพและเสียงได้ตามเวลาที่ต้องการ (Video On Demand) ผ่านโทรศัพท์มือถือ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ซึ่งการใช้งานลักษณะดังกล่าวมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องทั่วโลก จึงทำให้เกิดการให้บริการในลักษณะการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุนโครงสร้างสัญญาณเอง หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าการให้บริการแบบ Over The Top (OTT) การให้บริการแบบ OTT นี้ เป็นที่นิยมแพร่หลายมากหรือก็คือ การรับชมหรือทำการรายการผ่าน Youtube, Facebook, Netflix หรือ Line TV เป็นต้น แม้เทคโนโลยีจะก้าวหน้ามากขึ้น แต่บทกฎหมายหรือข้อบังคับในปัจจุบันยังมิได้รับการแก้ไขเพื่อกำกับดูแลให้ครอบคลุมกับการให้บริการลักษณะดังกล่าวเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ไม่มีกฎหมายที่ควบคุมเนื้อหาในการแพร่ภาพและเสียงสู่สาธารณะชน ไม่มีมาตรการลงโทษแก่ช่องทางของผู้ให้บริการเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องเป็นการเฉพาะ และยังไม่มียุทธศาสตร์หลักที่มีหน้าที่เฉพาะในการเข้ามากำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะมีกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาใช้บังคับโดยอนุโลมก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาหรือเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำความผิดในกรณีนี้ได้อย่างครบถ้วน งานวิจัยฉบับนี้จึงจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT พร้อมเสนอแนะแนวทางการในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ ในการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ของประเทศไทย เพื่อเป็นหลักการในการกำหนดมาตรการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยได้อย่างชัดเจน โดยศึกษาจากกฎหมายหรือแนวทางปฏิบัติที่ใกล้เคียงของต่างประเทศและสภาพปัญหาของประเทศไทย รวมทั้งสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญและผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในประเด็นที่เป็นปัญหาต่อไป

ABSTRACT

Title of Thesis	The Regulation on Media with the Combination of Data Communication Channels :A Case Study of Broadcasting via Internet
Author	Saowarot Thipthamthara
Degree	Master of Laws
Year	2020

The internet has played a major role in human's lives, especially the use of internet via various channels other than computer system, such as watching television by streaming or the Video-on-Demand service on mobile phone or other electronic devices. The growth of such usage worldwide tends to continuously increase, and that has resulted in broadcasting service via the internet of which the service providers are not required to invest in their own signal network; also known as the Over The Top (OTT) service. The OTT service becomes very popular; referring to watching or producing programmes on Youtube, Facebook etc. However, In clarification, there is no law governing the content for public broadcasting also no organization with specific authority to govern the OTT service provision. Therefore, this research has been conducted with the objective of studying and analyzing legal problems, as well as offering suggestions on amendment of the existing laws in order to promote explicit measures for the regulation of OTT service in Thailand. The method of this research was studying the

laws, specialists which could lead to suggestions on the further improvement of relevant laws.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยดีเพราะได้รับความกรุณาชี้แนะและช่วยเหลืออย่างดียิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ให้คำแนะนำความเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างมากต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงร่วมตรวจสอบแก้ไขตั้งแต่เริ่มต้นจนสำเร็จเรียบร้อย ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณด้วยความเคารพอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

กราบขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิจากสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ทั้ง 5 ท่าน นายพวกเพียร สุนทรสิต นายพสุ ศรีหิรัญ นางสาวมณีนรัตน์ กำจรกิจการ นายสุธีระ พึ่งธรรม และนายประณมพงศ์ ศรีนวล ที่ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ ช่วยเหลือและให้ความกรุณาต่อผู้วิจัยมาตั้งแต่ก่อนเริ่มการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบคุณเพื่อน ๆ ในชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ ภาคพิเศษ รุ่น 8 ที่ให้กำลังใจ รวมถึงเพื่อนอีกหลายคนที่ร่วมสนับสนุนข้อมูลในการดำเนินการจัดทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้

ขอขอบพระคุณบิดามารดา ที่สนับสนุนและให้กำลังใจจนงานวิจัยสำเร็จด้วยดี คุณค่าและประโยชน์อันพึงมีจากการศึกษาวิจัยนี้ ผู้วิจัยขอน้อมบูชาพระคุณบิดามารดาและบูรพาจารย์ทุกท่านที่ได้อบรมสั่งสอนความรู้ และให้ความเมตตาแก่ผู้วิจัยมาโดยตลอด และเป็นกำลังใจสำคัญที่ทำให้การศึกษานี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

เสาวรส ทิพย์ธรรมธारा

พฤษภาคม 2563

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ.....	ก
ABSTRACT.....	ข
กิตติกรรมประกาศ.....	ง
สารบัญ	จ
สารบัญตาราง	ซ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 โจทย์วิจัย	15
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	16
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	17
1.5 วิธีการศึกษา.....	18
1.6 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	18
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	19
1.8 แนวทางการศึกษาวิจัยและโครงสร้างของวิทยานิพนธ์	19
1.9 ความแตกต่างของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้กับงานวิจัยฉบับอื่น ๆ.....	20
บทที่ 2 ความทั่วไป แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ OTT.....	23
2.1 ความทั่วไปว่าด้วย OTT.....	23
2.1.1 การหลอมรวมสื่อหรือเทคโนโลยี (Convergence).....	24
2.1.2 คำนิยามของ OTT.....	26
2.1.3 องค์ประกอบของการให้บริการ OTT	30
2.1.4 ลักษณะผู้ให้บริการ OTT ตามกรณีศึกษาที่มีประเด็นปัญหา	31

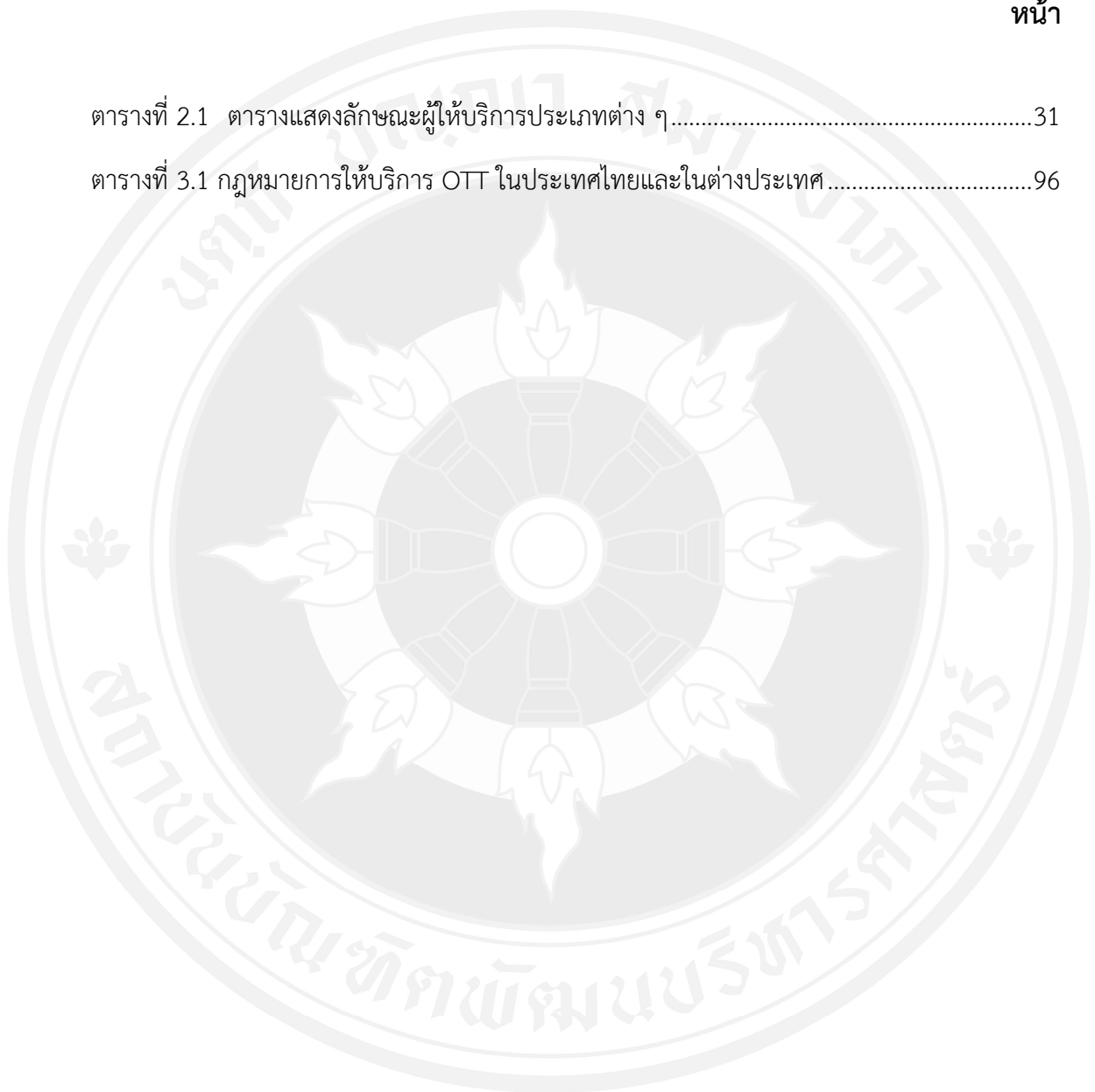
2.1.5 ปัญหาที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับ OTT กรณีตามประเด็นศึกษา (ผู้ให้บริการ OTT อีสระ)	32
2.2 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการให้บริการ OTT	35
2.2.1 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเนื้อหาในการให้บริการ OTT	35
2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยเรื่องมาตรการในการลงโทษแก่ผู้แพร่ภาพและเสียงที่มีเนื้อหาไม่ถูกต้อง.....	44
2.2.3 แนวคิดที่ว่าด้วยเรื่ององค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT	52
บทที่ 3 การศึกษากฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและในต่างประเทศ	55
3.1 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT.....	56
3.1.1 กิจกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย	56
3.1.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา.....	57
3.1.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ.....	60
3.1.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT	63
3.2 กฎหมายของสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT	65
3.2.1 กิจกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย	65
3.2.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา.....	69
3.2.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ.....	75
3.2.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT	77
3.3 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการให้บริการในลักษณะ OTT	79
3.3.1 กิจกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย	80
3.3.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา.....	81
3.3.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ.....	84
3.3.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT	85
3.4 กฎหมายประเทศเกาหลีใต้กับการให้บริการในลักษณะ OTT.....	87
3.4.1 กิจกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย	88

3.4.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา.....	88
3.4.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ.....	93
3.4.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT	94
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT	100
4.1 วิเคราะห์กิจการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย	100
4.2 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา	102
4.3 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ	105
4.4 วิเคราะห์กรณีองค์กรที่ควรมีหน้าที่กำกับดูแลการให้บริการในรูปแบบ OTT	107
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	111
5.1 บทสรุป	111
5.2 ข้อเสนอแนะ	116
5.2.1 การแก้ปัญหาในเชิงกฎหมาย	116
5.2.2 การแก้ปัญหาเชิงนโยบาย.....	118
บรรณานุกรม	123
ภาคผนวก	131
ประวัติผู้เขียน	137

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงลักษณะผู้ให้บริการประเภทต่าง ๆ.....	31
ตารางที่ 3.1 กฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและในต่างประเทศ.....	96



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

อินเทอร์เน็ตได้เข้ามาในประเทศไทยครั้งแรกประมาณช่วงปี พ.ศ. 2530 ซึ่งในสมัยนั้นการใช้อินเทอร์เน็ตยังไม่มีแพร่หลายและได้รับความนิยมมากเท่าสมัยปัจจุบัน อาจเนื่องมาจากความรู้ถึงศักยภาพ มาตรฐานการให้บริการ ความหลากหลายของประโยชน์ในการใช้อินเทอร์เน็ต และเหตุผลอีกนัยหนึ่งการสำหรับประชาชนในประเทศไทยที่เพิ่งจะได้รับเทคโนโลยีชนิดใหม่นี้เข้ามาแต่อย่างไรก็ดี เมื่อเวลาผ่านไปเพียง 30 ปี จากประเทศที่ไม่เคยมีและไม่เคยรู้จักประโยชน์ของอินเทอร์เน็ตกลับเป็นประเทศที่ใช้เวลาต่อวันอยู่กับอินเทอร์เน็ตมากที่สุดในโลก โดยนับรวมทุกอุปกรณ์ที่สามารถเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตได้ โดยเฉลี่ยอยู่ที่ 9 ชั่วโมง 38 นาทีต่อวัน และถ้านับเฉพาะการใช้งานอินเทอร์เน็ตบนสมาร์ทโฟน (Smart Phone) ประเทศไทยก็ยังคงเป็นประเทศที่ใช้บริการอินเทอร์เน็ตต่อวันมากที่สุดในโลกเช่นกัน โดยเฉลี่ยอยู่ที่ 4 ชั่วโมง 56 นาทีต่อวัน ซึ่งหากกล่าวถึงความถี่คนไทยจำนวน 90% ใช้งานอินเทอร์เน็ตทุกวัน โดย 8% ใช้งานอย่างน้อยสัปดาห์ละหนึ่งครั้ง และอีก 2% ใช้งานอย่างน้อย 1 ครั้งต่อเดือน และใช้เวลาไปกับการรับชมโทรทัศน์ อาทิ ในรูปแบบช่องโทรทัศน์ (Broadcast) ในรูปแบบ Streaming หรือในรูปแบบการรับชมการแพร่ภาพและเสียงได้ตามเวลาที่ต้องการ (Video On Demand) ไม่ต่ำกว่า 4 ชั่วโมง 3 นาทีต่อวัน¹ นอกจากนี้ ปัจจุบันประเทศไทยมีแนวโน้มในการรับบริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอื่นที่มีใช้โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ เช่น Video On Demand ได้แก่ YouTube คลิปวิดีโอสั้น ภาพยนตร์ และซีรีส์ มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่การรับชมการบริการที่ผู้ชมรับชมรายการโทรทัศน์ที่ไม่สามารถควบคุมเวลาการออกอากาศได้ หรือที่เรียกกันว่า Linear TV² ผ่านหน้าจอ

¹ Brain Buffet, สถิติการใช้งานอินเทอร์เน็ตทั่วโลก, ค้นวันที่ 11 มิถุนายน 2561 จาก <https://www.brandbuffet.in.th/2018/02/global-and-thailand-digital-report-2018/>

² สกลฤดา ลิ้มปิสวัสดิ์ และชนกพร ตุ่มทอง, "ทิศทางและแนวโน้มการกำกับดูแล Audio Visual Media Content ผ่าน IPTV/OTT/ BB-HbbTV," บทความวิชาการกิจการกระจายเสียง

โทรทัศน์มีแนวโน้มลดลง จึงทำให้เกิดการให้บริการในลักษณะเป็นการให้บริการสื่อสารและแพร่ภาพ และเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตโดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุนโครงข่ายสัญญาณเอง หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า การให้บริการแบบ Over The Top (ต่อไปนี้จะเรียกว่า การให้บริการแบบ OTT) การให้บริการแบบ OTT เป็นที่นิยมแพร่หลายมากยิ่งขึ้น อาทิ การรับชมรายการผ่าน Youtube, Facebook, Netflix หรือ Line TV เป็นต้น

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าปัจจุบันประชาชนคนไทยมีความถนัดในการใช้บริการ อินเทอร์เน็ตหรือการรับชมการแพร่ภาพและเสียงได้ตามเวลาที่ต้องการมากกว่าแต่ก่อนอย่างเห็นได้ชัด และสะท้อนข้อเท็จจริงที่แตกต่างจากอดีตโดยชัดเจนอีกหนึ่งประการหนึ่งคือ ถึงแม้ว่าปัจจุบันประชาชนคนไทยจะมีโทรทัศน์อยู่ทุกครัวเรือน แต่จากผลการสำรวจการใช้งานอินเทอร์เน็ตของ We Are Social ซึ่งเป็นบริษัทเอเจนซีจากสหราชอาณาจักรและ Hootsuite ผู้ให้บริการการตลาดบนโซเชียลมีเดีย ได้กล่าวถึงจำนวนเวลาที่ประชาชนคนไทยได้ใช้ในการรับชมโทรทัศน์ผ่าน Social Media ในจำนวนเวลาที่สวนทางกับข้อเท็จจริงที่ว่าแทบทั่วทุกครัวเรือนในประเทศไทยมีโทรทัศน์ที่ใช้ในการรับชมรายการต่าง ๆ อยู่แล้ว จึงกล่าวได้ว่าในขณะนี้การรับชมโทรทัศน์ผ่าน Social Media ได้รับความนิยมจากประชาชนคนไทยไม่น้อยไปกว่าการชมรายการต่าง ๆ ผ่านโทรทัศน์แต่อย่างใด

การให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยปกติแล้วจะอยู่ในรูปแบบการให้บริการโทรคมนาคม³ รูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นหนึ่งในการให้บริการอื่น ๆ ในอีกหลายรายการของกิจการโทรคมนาคม⁴ โดยปกติจะควบคู่

และโทรทัศน์ (ธันวาคม 2559): 15-19, ค้นวันที่ 11 มิถุนายน 2561 จาก

https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2559/doc/2559_12_4.pdf

Linear TV คือการบริการที่ผู้ชมรับชมรายการโทรทัศน์ที่ไม่สามารถควบคุมเวลาการออกอากาศได้ / Non – Linear TV คือการบริการที่ผู้ชมสามารถเลือกรับชมรายการที่ต้องการได้จากโปรแกรมรายการที่ผู้ให้บริการจัดสรรไว้

³ ศูนย์ข้อมูล SMEs Knowledge Center, **ความหมายและประเภทธุรกิจของธุรกิจบริการโทรคมนาคม**, ค้นวันที่ 11 มิถุนายน 2561 จาก http://www.sme.go.th/upload/mod_download/05-001%20โทรคมนาคม.PDF

"การให้บริการโทรคมนาคม" เป็นกิจกรรมโทรคมนาคมประเภทต่าง ๆ ที่เชื่อมต่อกับผู้ใช้บริการอันเป็นส่วนที่เป็นฉากหน้าของบริการโทรคมนาคม อาจกล่าวได้ว่าเป็นบริการโทรคมนาคมประเภทต่าง ๆ ที่ผู้บริโภคสามารถเลือกใช้บริการได้ในตลาด ได้แก่ บริการโทรศัพท์ บ้าน โทรศัพท์เคลื่อนที่ บริการรับ-ส่ง Download ข้อมูล บริการอินเทอร์เน็ต ฯลฯ

⁴ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า "กิจการ

ไปกับการให้บริการโทรศัพท์ อันจะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งในอดีตกล่าวได้ว่าการให้บริการโทรคมนาคมดังกล่าวจะมีกฎหมายเฉพาะที่คอยกำกับดูแลอย่างเคร่งครัดโดยองค์กรที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องตามกฎหมาย หากแต่ในปัจจุบันจากสถิติการใช้งานอินเทอร์เน็ตผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลการประมวลจำนวนประชาชนที่ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในการรับชมโทรทัศน์ในรูปแบบต่าง ๆ มีปริมาณที่สูงมาก แสดงให้เห็นว่าการให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือการให้บริการโทรศัพท์มือถืออันเป็นหนึ่งในบริการโทรคมนาคม ขณะนี้ได้มีการนำเทคโนโลยีการแพร่ภาพและเสียงได้ตามเวลาที่ต้องการ (Video On Demand) เข้ามามีบทบาทในกิจการโทรคมนาคมด้วยแล้ว อย่างไรก็ดี หากผู้ให้บริการรายใดนำรายการใด ๆ อันถือเป็นการแพร่ภาพและเสียงอันตกอยู่ภายใต้คำจำกัดความของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ก็ต้องถือว่าการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์⁵ นั้นก็ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยซึ่งผู้ให้บริการเช่นว่าต้องเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตการให้บริการที่ถูกต้องตามกฎหมายจากองค์กรที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องด้วยเช่นกัน

โทรคมนาคม” หมายความว่า กิจการซึ่งให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือสิ่งอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้โดยระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน และรวมถึงกิจการซึ่งให้บริการดาวเทียมสื่อสาร หรือกิจการอื่นที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่รวมถึงกิจการที่เป็นกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการวิทยุคมนาคม

⁵ ข้อ 4 แห่งประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 บัญญัติว่า “การให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์” หมายความว่า การประกอบกิจการกระจายเสียง หรือโทรทัศน์เพื่อให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมหรือรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าหรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน หรือการให้บริการอื่นทำนองเดียวกันที่คณะกรรมการกำหนดให้เป็นกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์

จากสถานการณ์ปัจจุบันสำหรับกรณีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงวิวัฒนาการเทคโนโลยีที่มีการหลอมหลวมเข้าด้วยกันหรือเรียกว่าเป็นการหลอมรวมสื่อ (Convergence)⁶ รูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ เมื่อประเทศไทยในอดีตได้มีการแบ่งแยกกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ออกจากกันอย่างชัดเจนพร้อมทั้งมีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลกิจการทั้งสองอย่างเด็ดขาดดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่เมื่อปัจจุบันสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปโดยการแพร่ภาพและเสียงได้เข้ามามีบทบาทในช่องทางของกิจการโทรคมนาคมผ่านอุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่หรือผ่านอินเทอร์เน็ต หากเป็นการนำเข้ามาซึ่งข้อมูลภาพและเสียงโดยผ่านผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตจากองค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแล เช่นนี้ เป็นที่แน่ชัดว่าแม้จะสามารถให้บริการข้ามกิจการได้ กล่าวคือ การแพร่ภาพและเสียงซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติกฎหมายกระจายเสียงและโทรทัศน์ ได้ถูกนำมาเผยแพร่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่ผ่านอินเทอร์เน็ตอันเป็นส่วนหนึ่งของการกำกับดูแลภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ก็จะไม่ก่อให้เกิดความสับสนหรือมีปัญหาในการใช้บังคับแต่ประการใด ยกตัวอย่าง ผู้ขอรับใบอนุญาต⁷หรือผู้ประกอบการในกิจการ

⁶ ญัตติญ โสภาศ, การศึกษาถึงอิทธิพลของการหลอมรวมสื่อที่ส่งผลต่อการตัดสินใจใช้บริการ บริษัท ทรูคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน), (การค้นคว้าอิสระปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2558).

“การหลอมรวมสื่อ” เป็นการนำเทคโนโลยีในรูปแบบต่าง ๆ มาผสมผสานเข้าด้วยกัน เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ ปัจจุบันเทคโนโลยีเหล่านี้สามารถนำมาใช้งานร่วมกันกับเทคโนโลยีประเภทอื่น ๆ เช่น การหลอมรวมของเทคโนโลยีด้านการแพร่ภาพและกระจายเสียงกับเทคโนโลยีโทรศัพท์ อันจะทำให้ผู้บริโภคสามารถฟังเพลงหรือวิทยุรับชม โทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้ยังมีการหลอมรวมทั้งนี้ หากวิเคราะห์ตามลักษณะของเครือข่ายแล้ว สามารถจำแนกการหลอมรวม ด้านบริการออกตามลักษณะของ เครือข่ายต่างๆ ได้แก่ เครือข่ายโทรคมนาคมรวมกับความก้าวหน้าของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้วจึงก่อให้เกิดการให้บริการที่หลากหลาย เช่น การบริการในรูปแบบของโทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต (VoIP) หรือ เครือข่ายวิทยุและโทรทัศน์ เครือข่ายในรูปแบบนี้ส่วนใหญ่เป็นการให้บริการในรูปแบบของความบันเทิง เมื่อเครือข่ายนี้สามารถเชื่อมต่อผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้วทำให้เกิดบริการในรูปแบบต่างๆ ที่หลากหลาย เช่น การรับชมโทรทัศน์ผ่านอินเทอร์เน็ตหรือ เป็นต้น

⁷ มาตรา 4 แห่งประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 บัญญัติว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาต” หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ตามประกาศนี้

กระจายเสียงและโทรทัศน์⁸ ในรูปแบบของช่องรายการ เช่น ช่อง 3, ช่อง Workpoint และช่อง Mono เป็นต้น นำเนื้อหารายการของช่องรายการมาออกอากาศผ่านอินเทอร์เน็ตในหน้าเว็บไซต์ของตนเอง กรณีเช่นนี้กฎหมายที่จะเข้ามากำกับดูแลไม่ว่าจะเป็นในด้านของเนื้อหา การได้รับใบอนุญาต การจ่ายค่าธรรมเนียม จะถูกกำกับดูแลโดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ทั้งสิ้น ถึงแม้ว่าจะเป็น การแพร่ภาพและเสียงโดยใช้กิจการโทรคมนาคม เป็นฐานรองรับการแพร่ภาพและเสียงในช่องรายการของช่องนั้น ๆ ก็ตาม ดังนั้น แม้จะมีการหลอมรวมเทคโนโลยีเกิดขึ้นก็ดูเหมือนจะไม่เป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายแต่อย่างใด แต่ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นคือกรณีที่ผู้ให้บริการมิใช่เป็นผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ตามกฎหมาย ได้แก่ การให้บริการแบบ OTT เช่น เว็บไซต์ Youtube เว็บไซต์ Facebook เว็บไซต์ Netflix เป็นต้น ซึ่งมีวิธีการเริ่มต้นจากผู้ให้บริการนำเนื้อหารายการทั้งจากการผลิตเนื้อหาขึ้นเอง (Local Production) หรือรับจากแหล่งข้อมูลอื่น (External Feeds) มารวบรวม แปลงสัญญาณ หลังจากนั้น ผู้ให้บริการในลักษณะนี้จะส่งข้อมูลไปบนระบบอินเทอร์เน็ตแบบเปิด (Open Internet) แล้วนำส่งไปยังผู้รับบริการปลายทางโดยผ่านผู้ให้บริการโครงข่าย (Network Operator) เพื่อให้บริการแก่ผู้ใช้ปลายทางต่อไป⁹ ซึ่งการให้บริการในรูปแบบดังกล่าวแม้จะมีการแพร่ภาพและเสียงหรือเป็นการให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ก็ตาม แต่ด้วยคำจำกัดความและ

⁸ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “กิจการกระจายเสียง” หมายความว่า กิจการวิทยุกระจายเสียงและกิจการกระจายเสียง ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการกระจายเสียง

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “กิจการโทรทัศน์” หมายความว่า กิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์

⁹ ปานระพี รพีพันธุ์, รู้จักความเป็นไปของ OTT ในประเทศไทย, ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก <https://www.it24hrs.com/2017/ott-over-the-top-tv-thailand/>

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏทำให้การให้บริการดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 แต่อย่างใด เป็นการแพร่ภาพและเสียงโดยใช้กิจการโทรคมนาคมเป็นฐานรองรับการแพร่ภาพและเสียงคล้ายกรณีผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต แต่ก็มีได้ถูกบังคับอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาในทางการกำกับดูแลขึ้น ยกตัวอย่างเช่น หากมีผู้ใช้บริการ Youtube ช่องหนึ่งได้ทำการแพร่ภาพและเสียงที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิจารณ์หรือให้ความเห็นในทางเสียหายแก่สถาบันพระมหากษัตริย์¹⁰ หากเป็นช่องแพร่ภาพและเสียงในรายการโทรทัศน์ องค์กรที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องสามารถดำเนินการตักเตือน พักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งปิดช่องรายการโทรทัศน์นั้น ๆ ได้ทันที แต่กรณีที่แพร่ภาพและเสียงในรูปแบบการให้บริการ OTT เช่นนี้้องค์กรดังกล่าวไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ต้องปล่อยให้มีการเผยแพร่ต่อไปจนกว่าจะมีผู้ร้องเรียนเพื่อนำกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 อันเป็นฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้ ดำเนินการขอหมายศาลและแจ้งให้ Youtube นำเนื้อหาดังกล่าวออกจากสารบบต่อไป

ทั้งนี้ ขออธิบายประเด็นปัญหาโดยแยกเป็นประเภทภารกิจได้ ดังนี้

ภารกิจของกิจการโทรคมนาคม (ภายใต้ พ.ร.บ. ประกอบกิจการโทรคมนาคม)

- 1) การให้บริการทางโทรศัพท์
- 2) การให้บริการทางอินเทอร์เน็ต
- 3) การให้บริการอื่น ๆ

ภารกิจของกิจการกระจายเสียงฯ (ภายใต้ พ.ร.บ. ประกอบกิจการกระจายเสียง)

- 1) ผู้ขอใบอนุญาต: แพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์
- 2) ผู้ขอใบอนุญาต: แพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต

จากภารกิจที่แยกกันชัดเจนออกเป็น 2 ภารกิจ จะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการ OTT (ไม่ใช่ผู้ขอใบอนุญาต) ได้แพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตในรูปแบบ อาทิ Youtube/Facebook เป็นต้น ซึ่งเป็นการกิจที่ไม่มีบทกฎหมายหรือมาตรการมาควบคุม

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นปัญหานอกจากกรณีดูหมิ่นพระมหากษัตริย์ตามมาตรา 112 โดยสามารถยกตัวอย่างเพิ่มเติมได้ เช่น การไลฟ์สดหนังลามก-อนาจาร การลักลอบฉายหนังผิดลิขสิทธิ์ การขายสินค้าเถื่อนผิดกฎหมาย เรื่อยไปจนถึงไลฟ์สดฆ่าตัวตาย การทารุณกรรมสัตว์ หรือการทำร้าย

¹⁰ มาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี

ร่างกาย¹¹ ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาดังกล่าวพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้ถูกนำมาหยิบยกเป็นช่องทางในการอุดช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้น ซึ่งจากกรณีของคลิปที่มีการทำร้ายร่างกายกันข้างต้นได้นำมาตรา 16 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมาบังคับใช้ โดยระบุว่า “ผู้ใดนำเข้าสู่อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท” ซึ่งเป็นมาตราที่น่าจะตรงกับกรณีนี้มากที่สุด ทั้งที่จากข้อเท็จจริงแล้วกฎหมายดังกล่าวก็มีได้มีเนื้อหาการถูกบังคับใช้ที่ตรงกับกรณีที่เกิดขึ้นและมีได้กล่าวถึงคลิปวิดีโอดังกล่าวว่าต้องมีการดำเนินการออกจากสารบบข้อมูลเมื่อใด อย่างไร หรือไม่

อย่างไรก็ดี เมื่อประมาณเดือนพฤศจิกายนปี 2560 เฟซบุ๊กเคยออกมาเปิดเผยว่าบริษัทได้นำปัญญาประดิษฐ์ หรือ AI¹² เข้ามาประยุกต์ใช้กับการมอนิเตอร์แพลตฟอร์มเพื่อช่วยเหลือผู้ใช้งานที่มีแนวโน้มจะฆ่าตัวตาย โดยอาศัยการตรวจจบบรูปแบบการโพสต์ข้อความหรือการไลฟ์วิดีโอสดที่มีแนวโน้มนำไปสู่การฆ่าตัวตายก่อนแจ้งผู้ดูแลในท้องที่ รวมถึงจัดตั้งทีมเฝ้าระวังหลายพันคนจากทั่วทุกมุมโลกร่วมกันสอดส่องสังคมผู้ใช้งานเฟซบุ๊ก และตรวจจบบริการการฆ่าตัวตายและทำร้ายตัวเองได้แบบปัจจุบันตลอด 24 ชั่วโมงเพื่อให้ความช่วยเหลือได้ทันการณ์ จากประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่ได้ยกตัวอย่างแสดงให้เห็นถึงปัญหาจากการที่ไม่มีองค์กรหรือหน่วยงาน หรือกฎหมายในการจัดการกับปัญหาด้านการแพร่ภาพและเสียง รวมไปถึงมาตรการดำเนินการกับคลิปวิดีโอต่าง ๆ ภายหลังจากที่ได้ดำเนินการเผยแพร่ผ่านการให้บริการในรูปแบบ OTT ดังกล่าว

ในปัจจุบันองค์กรในประเทศไทยที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและมีหน้าที่กำกับดูแลจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศคือสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

¹¹ ปณชัย อารีเพิ่มพร, เราเรียนรู้อะไรจาก เอ็ม ชัยชนะ ไลฟ์สดทำร้ายแฟนสาว เมื่อเทคโนโลยีกลายเป็นอาวุธ ป้องกันอย่างไร, ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก <https://today.line.me/th/pc/article/%>

¹² บุญเสริม กิจศิริกุล, ปัญญาประดิษฐ์ (กรุงเทพมหานคร: ภาควิชาวิศวกรรมคอมพิวเตอร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548).

ปัญญาประดิษฐ์ ในภาษาอังกฤษเรียกว่า Artificial Intelligence มีคำย่อว่า AI เป็นความฉลาด ความรู้ที่สร้างขึ้นมาจากสิ่งที่ไม่มีชีวิต ซึ่งรวบรวมหลายๆสิ่งไว้ในสิ่งนั้น เพื่อให้ตอบสนองความต้องการของมนุษย์ให้สามารถคิดและเป็นผู้ช่วยในด้านต่าง ๆ.

แห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) อันเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักในการกำกับดูแลทรัพยากรที่สำคัญของประเทศทั้งสองชนิด หากแต่จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบันในโลกแห่งการวิวัฒนาการเทคโนโลยีและการหลอมรวมสื่อ กลับเกิดช่องว่างในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ขึ้น ซึ่งสำนักงาน กสทช. ที่เป็นองค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวก็ยังไม่สามารถดำเนินการจัดการใด ๆ ได้ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญที่สำนักงาน กสทช. อยู่ระหว่างการหารือ¹³ เพื่อดำเนินการจัดทำข้อบังคับการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ไม่ให้เกิดปัญหาที่ร้ายแรงต่อการให้ข้อมูลระหว่างประชาชนในลักษณะสาธารณะที่ควบคุมไม่ได้อีกต่อไป

จากการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนได้รวบรวมปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวมาพอสังเขป โดยมีประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

1) ปัญหาประการแรก คือ ไม่มีกฎหมายในการควบคุมการให้บริการในลักษณะ OTT ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนที่จะครอบคลุมไปถึงการให้บริการในลักษณะ OTT เพื่อที่จะทำให้องค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลหรือสำนักงาน กสทช. สามารถเข้าไปกำกับดูแลผู้ใช้บริการในลักษณะดังกล่าวได้ ดังนั้น จึงทำให้เมื่อมีปัญหาในเนื้อหาของภาพและเสียงในลักษณะนี้ ประเทศไทยจึงทำได้เพียงใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในการแก้ไขปัญหา คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 อันเป็นฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งหากแท้จริงแล้วพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ไม่ได้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมไปถึงการให้บริการในลักษณะ OTT แต่ประการใด โดยส่วนใหญ่จะใช้หมวดที่ 1 ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มาตรา 14-17 เป็นฐานในการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับการนำเข้าและเผยแพร่ข้อมูลสู่ระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ยกตัวอย่างตามมาตรา 14 ได้ดังนี้

(1) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ

¹³ สำนักงาน กสทช., รายงานการบริการ OTT หรือบริการแพร่เสียงและภาพผ่านโครงข่ายอื่น นอกจากโครงข่ายวิทยุโทรทัศน์แบบเดิมเป็นบริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์, ในรายงานการบริการ OTT หรือบริการแพร่เสียงและภาพผ่านโครงข่ายอื่น นอกจากโครงข่ายวิทยุโทรทัศน์แบบเดิมเป็นบริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน กสทช., 2560), หน้า 3.

โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)

ซึ่งเมื่อผู้ใดได้กระทำการโพสต์สิ่งผิดกฎหมายตามมาตราดังกล่าวข้างต้น ต้องมีผู้เสียหายร้องทุกข์ หรือแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีอาญาต่อไป โดยการดำเนินการดังกล่าวเป็นการช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหาย แต่กฎหมายมิได้ระบุถึงการดำเนินการต่อข้อมูลบางชนิดที่ยังคงค้างอยู่ในสารบบคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ดี แม้จะมีข้อ 20 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม กล่าวถึงการขออำนาจศาลเพื่อขอให้ออกคำสั่งระงับการทำให้เผยแพร่ข้อมูลก็ตาม แต่ก็ยังมิได้ครอบคลุมเนื้อหาทุกประเภท อีกทั้งเว็บไซต์ที่เป็นประเด็นปัญหาล้วนอยู่ต่างประเทศ เจ้าของเว็บไซต์เป็นชาวต่างชาติ หากมิใช่ความผิดสากล เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย หรือความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ เว็บไซต์ต่างประเทศดังกล่าวย่อมมิทำการลบข้อมูลออกจากระบบให้ ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีการขอหมายศาลถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมก็ตาม รวมไปถึงความยุ่งยากในการยื่นคำร้องเรียนต่อเว็บไซต์ต่างประเทศด้วย เช่น หากเป็นกรณีของ Youtube วิธีการคือต้องดำเนินการร้องเรียนโดยตรงต่อทาง Youtube ตามช่องทางการร้องเรียนของทาง Youtube ที่กำหนดไว้เท่านั้น และ Youtube จะเป็นผู้พิจารณาดำเนินการโดยต้องรอเวลาพิจารณาจากทาง Youtube เพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้ การเขียนหนังสือร้องเรียนดังกล่าวต้องเขียนเป็นภาษาอังกฤษเพื่อให้ Youtube ดำเนินการพิจารณา ซึ่งจากข้อเท็จจริงผู้ให้บริการเว็บไซต์ดังกล่าวในประเทศไทยมีมากมาย หลากหลายระดับของผู้มีความรู้ เป็นการยากยิ่งหากต้องให้ผู้เสียหายหรือแม้แต่เจ้าพนักงานสอบสวนต้องมาเขียนคำร้องเรียนด้วยภาษาอื่น หรือกรณีมีการดำเนินคดีเป็นที่เรียบร้อยแล้วตามกฎหมายของ Youtube ผู้ดำเนินคดีต้องแนบสำเนาคำสั่งศาลไปกับแบบการร้องเรียน

เมื่อผ่านกระบวนการร้องเรียนกับ Youtube แล้ว โดยคำสั่งศาลทุกฉบับจะได้รับการตรวจสอบและประเมินตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระดับภูมิภาคและระดับโลก¹⁴ ซึ่งจากวิธีที่กล่าวข้างต้นกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถก้าวล่วงเข้าไปกำกับหรือควบคุมดูแลกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ เหล่านี้ได้ เนื่องด้วยเหตุที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ทำการควบคุม กำกับดูแล การให้บริการในลักษณะดังกล่าวหรือที่เรียกว่า การให้บริการในลักษณะ OTT ซึ่งหากปัญหานี้ยังคงอยู่ เมื่อมีปัญหาต่าง ๆ เกิดขึ้นจากผู้ให้บริการ อย่างมากที่สุดประเทศไทยทำได้เพียงใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงในการเยียวยาให้แก่ผู้เสียหายไปตามขั้นตอนเท่าที่มีเท่านั้น แต่จะไม่สามารถดำเนินการหรือก้าวล่วงใด ๆ ต่อผู้ให้บริการการแพร่ภาพและเสียงที่ได้รับความนิยมมากในลักษณะเดียวกับการเผยแพร่ในช่องรายการโทรทัศน์ได้

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเป้าประสงค์ที่จะพิจารณาถึงมาตรการทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรในการ กำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT โดยองค์กรของประเทศไทยที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เพื่อสามารถให้องค์กรดังกล่าวเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลผู้ให้บริการการบริการในลักษณะนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นในด้านของเนื้อหา การมีบทลงโทษต่อช่องรายการที่กระทำผิด การดำเนินการตักเตือนผู้ให้บริการเทียบลักษณะเป็นผู้ให้บริการในรูปแบบช่องรายการโทรทัศน์ (เช่น Youtube Facebook เป็นต้น) การให้ใบอนุญาตเพื่อให้ผู้ให้บริการเหล่านั้นเข้ามาอยู่ภายใต้การควบคุมและเพื่อจัดส่งผลประโยชน์ให้แก่ประเทศชาติในลักษณะเดียวกับการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในรูปแบบช่องรายการโทรทัศน์ดังที่เป็นอยู่ โดยจะเสนอแนวความคิดรวมไปถึงหลักการในการแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายที่มีอยู่ให้ครอบคลุมไปถึงการให้บริการนี้ลักษณะ OTT เพื่อให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต่อไป

2) ปัญหาประการที่สองอันสืบเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายควบคุมคือ คือ ไม่มีกฎหมายที่ควบคุมเนื้อหาในการแพร่ภาพและเสียงสู่สาธารณชน

ในขณะนี้ประเทศไทยมีกฎหมายในการควบคุมดูแลเนื้อหาที่เผยแพร่ผ่านวิทยุหรือโทรทัศน์ไปยังสาธารณะชนแล้ว ทั้งในเรื่องของลักษณะต้องห้ามของเนื้อหาที่ทำการเผยแพร่และการกำหนดช่วงเวลาในการออกอากาศของเนื้อหาโดยกำหนดจากความรุนแรงด้านเนื้อหาที่มีความรุนแรงน้อยไปถึงระดับความรุนแรงมากเพื่อให้ผู้รับชมในช่วงวัยต่าง ๆ สามารถรับชมเนื้อหาได้ตามความเหมาะสมซึ่งถูกกำหนดไว้ในประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556 ตามลำดับ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมาย

¹⁴ ภูเก็ตทคอม, การร้องเรียนทางกฎหมายและคำสั่งศาล, ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก <https://support.google.com/youtube/answer/6156383?hl=th>

ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับกิจการวิทยุกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ แต่ไม่ได้บังคับใช้กับการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด เนื่องจากคำจำกัดความของการแพร่ภาพและเสียงมิได้หมายความว่ารวมถึงลักษณะการให้บริการดังกล่าว และผู้ขอใบอนุญาตในการเผยแพร่เนื้อหานี้ก็มิได้หมายความว่าถึงเจ้าของช่องบนสื่อออนไลน์ประเภทผู้ให้บริการ OTT อีกด้วย

โดยที่เมื่อเกิดปัญหาในการเผยแพร่เนื้อหาให้แก่สาธารณชนแล้ว ผู้ได้รับผลกระทบจะไม่สามารถขอให้เจ้าของช่อง เช่น Youtube หรือ Facebook ดำเนินการลบวิดีโอหรือเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบได้ทันที จนกว่าจะมีการเขียนคำร้องเรียนไปยังเว็บไซต์ดังกล่าว และผ่านกระบวนการตรวจสอบอีกชั้นหนึ่งถึงจะดำเนินการลบเนื้อหาดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ล่าช้ามากกว่าจะดำเนินการลบข้อมูลที่ไม่ถูกต้องออกจากระบบ และการที่เว็บไซต์ของต่างประเทศดังกล่าวจะดำเนินการลบเนื้อหาของผู้เสียหายออกนั้น จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เรียกได้ว่าเป็นเปอร์เซ็นต์ที่น้อยมากเมื่อเทียบกับเนื้อหาที่ยังมิได้ถูกลบออกจากสารบบคอมพิวเตอร์ แม้ว่าจะได้ดำเนินการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยครบถ้วนแล้วก็ตาม ยกตัวอย่าง ข้อมูลจากเว็บไซต์ ILAW FREEDOM รายงานว่าบริษัท กูเกิ้ลฯ ผู้เป็นเจ้าของการให้บริการ Youtube, Google+, Web Search, Google Play apps, Google Docs, Blogger เป็นต้น ได้รับเรื่องร้องเรียนจากรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐแต่ละประเทศเพื่อขอให้ลบเนื้อหาบนหน้าเว็บไซต์เนื่องจากเป็นเนื้อหาที่ผิดกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เช่น เป็นเนื้อหาหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา เนื้อหาละเมิดความเป็นส่วนตัว (Privacy) หรือเรื่องลิขสิทธิ์ ซึ่งกูเกิ้ลจะประเมินแต่ละคำร้องเรียนว่าเป็นการผิวนโยบายด้านเนื้อหาของกูเกิ้ลหรือไม่เพราะความแตกต่างของกฎหมายในแต่ละประเทศมีความไม่เหมือนกัน หากประเมินแล้วจึงดำเนินการลบเนื้อหาออกจากสารบบคอมพิวเตอร์ โดยเหตุที่กูเกิ้ลอาจไม่ลบเนื้อหาตามคำร้องให้ อาจเป็นเพราะคำร้องไม่ระบุ URL¹⁵ ให้ชัดเจน หรือคำร้องที่ขอให้ลบเนื้อหาไม่ได้แนบคำสั่งศาลมาด้วย ซึ่งในปี พ.ศ. 2552 บริษัท กูเกิ้ลฯ ได้เริ่มจัดเก็บและเผยแพร่รายงานความโปร่งใส อธิบายข้อมูลคำร้องลบเนื้อหาของรัฐบาลแต่ละประเทศและสถิติการลบเนื้อหาตามคำร้อง โดยในระหว่างปี 2552-2560 บริษัท กูเกิ้ลฯ ได้รับคำร้องให้ลบข้อมูลจากหน่วยงานรัฐของไทย จำนวน 425 ฉบับ รวมแล้วมีคำร้องขอให้ลบเนื้อหาทั้งหมด 10,813 URL โดยหลังการพิจารณา บริษัท กูเกิ้ลฯ ปฏิบัติตามคำร้อง 360 ฉบับ ยกตัวอย่างสถิติปี 2559 ประเทศไทยได้ยื่นคำร้องเรียนให้ลบเนื้อหาในระบบคอมพิวเตอร์มากที่สุดถึง 168 ฉบับ คิดเป็น 3,627 URL ซึ่งเป็นเนื้อหาวิจารณ์รัฐบาล โดยในปี 2559 และ 2560 เป็นปีที่ยื่นคำร้องด้วยเหตุดังกล่าวมากที่สุด เหตุอ้างรองลงมาคือ เนื้อหาหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา

¹⁵ บริษัท เทคโนโลยีแลนด์ จำกัด, URL คือ อะไร และ เข้าตรงไหนในโปรแกรมต่างๆ ?,
 ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก <http://emailserverhosting.maildee.com/2014/06/url-means.html>

โดยที่บริษัท กูเกิ้ลฯ พิจารณาว่าคำร้องประเพณีวิจารณ์รัฐบาลบางคำร้องเป็นการปิดกั้นเนื้อหาการเข้าถึงของคนทั่วโลกจึงมิได้ลบ URL ทุกคำร้อง¹⁶ กล่าวโดยสรุปคือ ความล่าช้าในการลบข้อมูลออกจากระบบอันสร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้เสียหายอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมายนั้น จะยังเป็นการทวีความเดือดร้อนให้แก่ผู้เสียหาย จนอาจจะเกิดผลกระทบในรูปแบบอื่นตามมาก็เป็นได้ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าปัญหาในการเผยแพร่เนื้อหาให้แก่สาธารณชนนี้ นอกจากเรื่องขั้นตอนการพิจารณาว่าเจ้าของช่องผู้ให้บริการลักษณะ OTT จะลบข้อมูลออกจากระบบตามที่ประเทศไทยร้องขอหรือไม่แล้วนั้น ยังรวมถึงความเดือดร้อนอื่นอันเป็นผลมาจากความล่าช้าของกระบวนการพิจารณาในการลบข้อมูลที่ไม่ถูกต้องออกจากระบบด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเป้าประสงค์ที่จะผลักดันให้เกิดแนวทางในการควบคุมเนื้อหาในการเผยแพร่ไปสู่สาธารณะผ่านการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการคุ้มครองโดยเร็วที่สุดโดยวิธีการลบเนื้อหาอันเป็นเนื้อหาต้องห้ามตามกฎหมายออกจากระบบ ซึ่งถือเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องดังกล่าว

3) ปัญหาประการที่สามอันสืบเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายควบคุม คือ ไม่มีมาตรการในการลงโทษแก่ผู้ให้บริการเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องเป็นการเฉพาะ

โดยปกติแล้วทุกการกระทำความผิดจะมีบทกฎหมายกำหนดโทษแห่งการกระทำความผิดไว้อย่างเหมาะสมทุกกรณี เพื่อให้เกิดความสงบสุขแก่สังคมพร้อมทั้งทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหลาบจำไม่กระทำความผิดซ้ำสองอีก ซึ่งการลงโทษจะมีกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายหลักในการให้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิด แต่สำหรับกรณีโทษของผู้กระทำความผิดในเรื่องการแพร่ภาพผ่านทางโทรทัศน์และเสียงผ่านช่องทางวิทยุอันมีเนื้อหาไม่เหมาะสมนี้ จะถูกกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยกำหนดความรุนแรงได้ 2 ระดับ ได้แก่ การพักใช้ใบอนุญาต และการเพิกถอนใบอนุญาต อันจะใช้กับการแพร่เสียงผ่านวิทยุกระจายเสียงและการแพร่ภาพผ่านโทรทัศน์ หรือช่องทางอื่นที่เป็นของผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

อย่างไรก็ดี การลงโทษดังกล่าวก็ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายผ่านการให้บริการลักษณะ OTT ได้ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมไปถึงการให้บริการลักษณะนี้ ดังนั้น เมื่อเกิดการกระทำความผิดในการเผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องเกิดขึ้น

¹⁶ Freedom of Expression Documentation Center, 9 ปี ไทยขอกูเกิ้ลลบเนื้อหา 425 คำร้องหรือ 10,813 URL, คำนวนที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก <http://emailserverhosting.maildee.com/2014/06/url-means.html>

จึงต้องนำกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มาบังคับใช้โดยอนุโลมเท่านั้น โดยในกฎหมายดังกล่าวได้มีการนำมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดจากประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้ด้วย นอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กล่าวถึงคือผู้ที่เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องต่อสาธารณะโดยจะต้องได้รับผลของการกระทำความผิดต่อผู้เสียหาย แต่ไม่ได้มีบทลงโทษในเรื่องการเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ว่าหลังจากนี้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะต้องได้รับโทษในการใช้งานเว็บไซต์เหล่านั้นต่อไปหรือไม่ อย่างไร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเป้าประสงค์ที่จะสนับสนุนการกำหนดมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดภายหลังการแพร่ภาพและเสียงต่อสาธารณะเป็นการเฉพาะ ในเรื่องของโทษที่ผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะได้รับ รวมไปถึงมาตรการในการลงโทษผู้ที่เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายดังกล่าวว่าภายหลังจากที่ได้กระทำความผิดไปแล้ว การเข้าเว็บไซต์ที่เป็นการให้บริการลักษณะ OTT นี้ ผู้กระทำความผิดควรต้องได้รับโทษอย่างต่อเนื่อง

4) ปัญหาประการที่สี่ คือ องค์กรที่มีหน้าที่ที่จะเข้ามากำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

สืบเนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เฉพาะเพื่อควบคุมการให้บริการในลักษณะ OTT แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเท่านั้น เมื่อมีโทษทางอาญาการดำเนินการจึงต้องผ่านพนักงานสอบสวนเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมซึ่งพนักงานสอบสวนด้วยอำนาจหน้าที่อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁷ ได้อธิบายอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนไว้พอสังเขป แต่อย่างไรก็ดีจากเนื้อหาดังกล่าวนี้ได้กล่าวถึงกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการกับผู้ให้บริการในการให้บริการแบบ OTT แต่ประการใด ซึ่งสามารถอนุมานได้ว่าเมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวไว้ พนักงานสอบสวนจึงอาจมิใช่ผู้ที่มีความรู้ ความชำนาญ และความเชี่ยวชาญกับเรื่องดังกล่าว ทั้งในเรื่องการแจ้งเรื่องต่อบริษัทผู้ให้บริการแบบ OTT และการจัดการในสารบบคอมพิวเตอร์ของคลิปต่าง ๆ ที่เป็นประเด็นปัญหา นอกจากนี้ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีของผู้ให้บริการในลักษณะ OTT กฎหมายมิได้มีกล่าวถึงกระบวนการดำเนินการในเรื่องของการแพร่ภาพและเสียงในช่องรายการต่าง ๆ ว่าเมื่อเกิดเป็นคดีความหรือผ่านกระบวนการดำเนินคดีแล้ว หรือแม้จะยังไม่ได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดี แต่มีการนำเข้าสู่ข้อมูลอันผิดกฎหมาย จะต้องทำอย่างไรกับช่องรายการในลักษณะการให้บริการ OTT ที่ยังคงเผยแพร่ภาพและเสียงนั้นอยู่

¹⁷ มาตรา 133-139 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ด้วยเหตุนี้ นอกจากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องดังกล่าวแล้ว ควรต้องกำหนดองค์กรที่เกี่ยวข้องที่จะมีหน้าที่เข้ามากำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT อีกด้วย ในการนี้ จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาข้อมูลองค์กรที่อาจจะมีบทบาทหน้าที่ซึ่งตรงกับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT นั้นมากที่สุด พบว่ามี 2 องค์กร ได้แก่ 1. กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (DE) ซึ่งมีภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ดังนี้

1) เป็นศูนย์กลางประสานงานและสนับสนุนการปฏิบัติงานตามนโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมรวมทั้งนโยบายและแผนเฉพาะด้าน

2) สืบรวจเก็บรวบรวมข้อมูลติดตามความเคลื่อนไหวของสถานการณ์ด้านการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมและแนวโน้มการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมรวมทั้งวิเคราะห์และวิจัยประเด็นทางเศรษฐกิจดิจิทัลที่มีผลต่อการพัฒนาประเทศเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการหรือคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง

สำหรับอีกหนึ่งองค์กรที่อาจจะมีบทบาทซึ่งตรงกับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) โดยมีหนึ่งในภารกิจหลักของสำนักงาน กสทช.¹⁸ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวได้แก่

1) การกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

2) การพิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรมและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว การกำหนดมาตรฐานและลักษณะพึงประสงค์ทางด้านเทคนิคในการประกอบกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม และในกิจการวิทยุคมนาคม

3) การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้หรือเชื่อมต่อ และหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดอัตราค่าใช้หรือค่าเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งในกิจการประเภทเดียวกันและระหว่างกิจการแต่ละประเภท ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการและผู้ลงทุน หรือระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคมโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

¹⁸ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2555

4) กำหนดโครงสร้างอัตราค่าธรรมเนียมและโครงสร้างอัตราค่าบริการในกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

5) ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการและค้ำครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม และส่งเสริมสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

จากภารกิจส่วนหนึ่งของสำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลฯ และสำนักงาน กสทช. ในเบื้องต้นแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องและเกี่ยวเนื่องกันของการให้บริการลักษณะ OTT

เมื่อยังไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อที่จะมีมาตรการเฉพาะในการควบคุม กำกับดูแลการให้บริการประเภทนี้ และยังไม่มียกเว้นที่มากำกับดูแล จะส่งผลให้เกิดความวุ่นวายขึ้น เนื่องจากพนักงานสอบสวนมิใช่ผู้มีหน้าที่หรือความชำนาญในเรื่องดังกล่าว จึงอาจมีความไม่สะดวกในเรื่องการดำเนินการกับผู้ให้บริการในรูปแบบ OTT ดังนั้น นอกจากจะต้องกำหนดมาตรการในการกำกับดูแลการให้บริการประเภทนี้แล้ว จึงเห็นควรให้มีการกำหนดองค์กรที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและมีความชำนาญในการจัดการเรื่องดังกล่าวเพื่อมาแก้ไขปรับปรุงในเรื่องดังกล่าวด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเป้าประสงค์ที่จะสนับสนุนให้สำนักงาน กสทช. เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแลหรือสร้างมาตรการในการกำกับการให้บริการในลักษณะ OTT ขึ้น พร้อมทั้งเสนอหลักการในการกำหนดภารกิจหน้าที่เพิ่มเติมของสำนักงาน กสทช. เพื่อให้ครอบคลุมถึงการให้บริการดังกล่าว เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนที่ได้รับความเสียหายในการจัดการข้อมูลที่ยังเป็นที่ประจักษ์ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ต่อไป

1.2 โจทย์วิจัย

1) โจทย์วิจัยหลัก

มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแล OTT ควรจะมีกฎหมายควบคุมอย่างไร และองค์กรที่จะกำกับดูแล OTT ควรเป็นองค์กรใด มีบทบาทหน้าที่อย่างไร

2) โจทย์วิจัยย่อย

(1) การให้บริการในลักษณะ OTT เป็นการให้บริการในลักษณะใดหรือเป็นเว็บไซต์ประเภทใด

(2) เพราะเหตุใดการให้บริการในลักษณะ OTT จึงควรมีกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมและกำกับดูแล

(3) ในปัจจุบันประเทศไทยมีมาตรการตามกฎหมายที่มีความใกล้เคียงสำหรับควบคุมดูแลเกี่ยวกับการให้บริการในลักษณะ OTT หรือไม่ อย่างไร

(4) หากประเทศไทยมีมาตรการตามกฎหมายที่ใกล้เคียงสำหรับควบคุมดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT อยู่ มีกฎหมายใดบ้าง และกฎหมายดังกล่าวมีความครอบคลุมสำหรับการให้บริการในลักษณะ OTT อย่างไร

(5) กฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงกับการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT มีหรือไม่ ถ้าไม่มีประเทศต่าง ๆ นั้น มีวิธีการในการแก้ปัญหาเรื่องการแพร่ภาพและเสียงภายหลังจากที่เกิดความเสียหายแก่ประชาชนอย่างไร

(6) มีหลักการ ทฤษฎีทางกฎหมาย หรือทฤษฎีในเรื่องใด ที่สามารถนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดหลักการเพื่อเสนอให้มีมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

(7) หลักการในการเสนอให้มีมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ของประเทศไทย ควรมีมาตรการในเรื่องใดบ้าง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีแนวโน้มในการรับบริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอื่นที่มีใช้โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ เช่น การนำเทคโนโลยีการแพร่ภาพและเสียงได้ตามเวลาที่ต้องการ (Video On Demand) มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่การรับชม Linear TV¹⁹ ผ่านหน้าจอโทรทัศน์มีแนวโน้มลดลง จึงทำให้เกิดการให้บริการในลักษณะ OTT เป็นที่นิยมแพร่หลายมากยิ่งขึ้น อาทิ การรับชมรายการผ่าน Youtube Facebook Netflix หรือ Line TV เป็นต้น ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงส่งผลให้มีผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงผ่านช่องทางเช่นว่ามีเป็นจำนวนมาก และเนื่องจากการให้บริการนี้ มีได้อยู่ในโครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ อันจะต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงาน กสทช. ซึ่งเป็นสำนักงานที่กำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงทำให้ไม่มีมาตรการใดที่จะเข้ามาควบคุม หรือกำกับดูแลการให้บริการประชาชนในลักษณะ OTT ได้หรือ

¹⁹ สกกลฤตา ลิ้มปิสวัสดิ์ และชนกพร ตุ่มทอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 15.

แม้กระทั่งองค์กรที่จะเข้ามามีบทบาทดำเนินการกำกับดูแลหรือควบคุมผู้ให้บริการเหล่านั้นก็ไม่มีเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงเกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้น หากมีผู้ได้รับความเสียหายจากการแพร่ภาพและเสียงดังกล่าว ทั้งที่ได้ดำเนินคดีหรือไม่ได้ดำเนินคดีก็ตาม หากเป็นในทางกฎหมายจะไม่สามารถมีผู้ใดดำเนินการกับช่องรายการที่ผู้ให้บริการซึ่งกระทำการนำข้อมูลผิดกฎหมายเข้าระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ และประการสำคัญปัจจุบันกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีกฎหมายใดที่เป็นกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวด้วย

ดังนั้น หากมีมาตรการกำกับดูแลจากองค์กรที่มีหน้าที่หรือภารกิจหลักที่เกี่ยวข้อง หรือในที่นี้คือสำนักงาน กสทช. จะส่งผลให้มีการถูกกำกับดูแลในเรื่องของเนื้อหา ใบอนุญาต การลงโทษ การจ่ายค่าธรรมเนียมเป็นกรอบของแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมลดปัญหาการแพร่ภาพและเสียงที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม หากฝ่าฝืนย่อมต้องได้รับโทษตามกฎหมายเฉพาะ เป็นต้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาหลักการในการนำเสนอมาตรการในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT หรือการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางโครงข่ายอื่นที่มีใช้โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ โดยผู้ให้บริการมิต้องเป็นผู้ลงทุนโครงข่ายสัญญาณเองเท่านั้น โดยศึกษาภายในขอบเขตดังต่อไปนี้

การศึกษากฎหมายภายในประเทศ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติ และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เท่านั้น มิได้ศึกษาถึงกฎหมายกิจการโทรคมนาคม อันเป็นกฎหมายหนึ่งในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 แต่อย่างใด

การศึกษากฎหมายต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเฉพาะกฎหมายบางประเทศที่เกี่ยวข้องกับการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบลักษณะของการให้บริการแบบ OTT เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน เป็นต้น

การศึกษาศาสตร์อื่นที่ไม่ใช่นิติศาสตร์ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาแนวทางในหลักการเพื่อเสนอมาตรการการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT โดยศึกษาในเชิงหลักการอย่างกว้างเพื่อนำมาเป็นข้อมูลประกอบในการเสนอหลักการเพื่อกำหนดมาตรการดังกล่าวเท่านั้น มิได้ศึกษาถึงรายละเอียดเชิงลึกในเรื่องของเทคนิคหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์แต่อย่างใด

1.5 วิธีการศึกษา

1) การศึกษาใช้รูปแบบการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ในลักษณะของการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อันได้แก่ ตำราทางวิชาการ หนังสือ รายงาน วิจัย บทความทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง ตัวบทกฎหมาย เอกสารการประชุม รายงานการประชุม เว็บไซต์ต่าง ๆ ตลอดจนเอกสารที่เกี่ยวข้อง แล้วนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาหลักเกณฑ์ แนวคิดทฤษฎี กฎหมายอย่างเป็นระบบ เพื่อใช้เป็นข้อสรุปในการเสนอแนะหลักการในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ของประเทศไทย

2) การสัมภาษณ์บุคคลผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเรื่องที่กำลังเป็นประเด็นศึกษา เพื่อนำมาวิเคราะห์ และหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาต่อไป

1.6 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) ศึกษานิยามความหมาย หลักเกณฑ์ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย

2) ศึกษาหลักเกณฑ์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือกฎหมายที่ใกล้เคียงกับการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ

3) วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน

4) เสนอแนะแนวทางการในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ในการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย เพื่อเป็นหลักการในการกำหนดมาตรการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยอย่างชัดเจนต่อไป

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้ทราบถึงนิยามความหมาย หลักเกณฑ์ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม กำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย
- 2) ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือกฎหมายที่ใกล้เคียงกับการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศว่ามีความเหมือนหรือต่างกันอย่างไร
- 3) ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน
- 4) ทำให้เกิดแนวคิดในทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ในการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย เพื่อเป็นหลักการในการกำหนดมาตรการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยอย่างชัดเจนต่อไป

1.8 แนวทางการศึกษาวิจัยและโครงสร้างของวิทยานิพนธ์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 5 บท ดังต่อไปนี้

บทที่ 1 เป็นปฐมบทโดยเริ่มจากการศึกษาถึงสภาพข้อเท็จจริงของการให้บริการในลักษณะ OTT ในประเทศไทยและปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะดังกล่าวว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมีความบกพร่องและไม่ครอบคลุมถึงการให้บริการดังกล่าวอย่างไร และด้วยสาเหตุใดจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT อีกทั้งอธิบายถึงสมมติฐาน ขอบเขตการศึกษา วิธีการศึกษา และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพื่อให้เห็นถึงภาพรวมของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

บทที่ 2 เป็นการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือกฎหมายที่ใกล้เคียงกับการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย ที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อเป็นแนวทางในการนำเสนอหลักการในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่อันจะนำไปสู่การกำหนดมาตรการในการควบคุมกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวต่อไป และเพื่อเป็นแนวทางในการตรวจสอบสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ในขั้นสุดท้ายด้วย

บทที่ 3 ศึกษาข้อกฎหมายของประเทศไทยและของต่างประเทศอันเกี่ยวกับการให้บริการในลักษณะ OTT ที่มีอยู่ในปัจจุบันว่าเป็นอย่างไร และเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศกรณีวิธีการดำเนินการควบคุมกำกับดูแลในเรื่องดังกล่าวว่ามีหรือไม่ ถ้าไม่มี

ประเทศเหล่านั้นใช้วิธีการอย่างไร โดยคำนึงถึงบริบทแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน เพื่อพิจารณาว่ามีกฎหมายของต่างประเทศใดหรือไม่ที่อาจนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

บทที่ 4 เป็นการนำข้อมูลที่ศึกษาในบทต่าง ๆ ข้างต้นมาวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ว่าปัญหาทางกฎหมายนั้นต้องได้รับการแก้ไขโดยวิธีใด ควรแก้ไขอย่างไร สามารถนำแนวทางหรือกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ได้หรือไม่ หากนำมาปรับใช้ได้นั้นสามารถนำมาปรับใช้ได้มากน้อยเพียงใด

บทที่ 5 ภายหลังการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายแล้ว บทนี้จะเป็นปัจจัยบทเพื่อสรุปผลการศึกษาทั้งหมด นำไปสู่ข้อเสนอแนะของหลักการในการกำหนดมาตรการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT โดยอาจนำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงหรือบัญญัติกฎหมายที่มีความเหมาะสมในเรื่องดังกล่าวของประเทศไทยต่อไป

1.9 ความแตกต่างของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้กับงานวิจัยฉบับอื่น ๆ

จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับอื่น ๆ ที่มีความใกล้เคียงกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้พบว่า มีดังต่อไปนี้

กฤษฎา โรจนสุวรรณ ศึกษาเรื่อง ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ในยุคหลอมรวมเทคโนโลยี²⁰ การวิจัยมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาศึกษาเปรียบเทียบองค์การกำกับดูแลของไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น และมาเลเซีย ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดสรรคลื่นความถี่และการกำกับประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม และเพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยในยุคหลอมรวมเทคโนโลยีรวมทั้งเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขกฎหมายเพื่อให้การกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมในยุคหลอมรวมเทคโนโลยีเป็นไปอย่างถูกต้องเหมาะสม ทันสมัย มีการแข่งขันโดยเสรีอย่างเปนครม สอดคล้องกับหลักนิติธรรม โดยกฎหมายหลักของไทยที่ศึกษาคือ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ

²⁰ กฤษฎา โรจนสุวรรณ, ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ในยุคหลอมรวมเทคโนโลยี (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหารธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558).

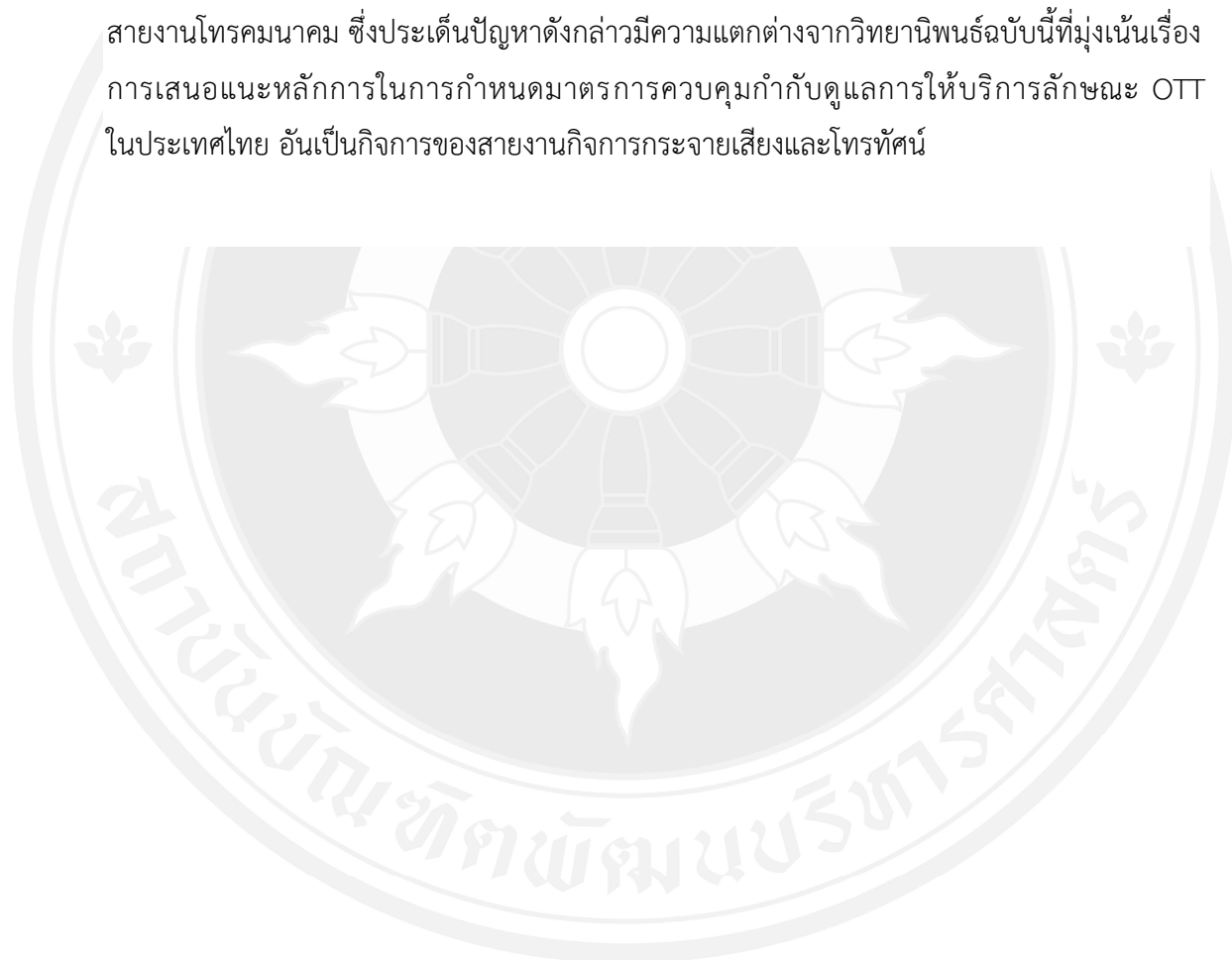
วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

ดุชนินิพนธ์ดังกล่าวข้างต้นเป็นการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ จำนวน 3 คณะ ได้แก่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) และ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ (กสท.) อันเป็นการใช้อำนาจที่ทับซ้อนกัน ขาดความเป็นเอกภาพ และไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมในยุคที่มีการหลอมรวมเทคโนโลยี ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าดุชนินิพนธ์นี้ แม้จะกล่าวถึงการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องในยุคที่มีการหลอมรวมเทคโนโลยี แต่ก็ได้กล่าวถึงกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด จึงแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่มุ่งเสนอแนะหลักการในการกำหนดมาตรการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยอย่างเหมาะสม

จริยาภรณ์ โกมลวัญนะ ศึกษาเรื่อง ผลกระทบของการหลอมรวมเทคโนโลยีในระบบธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่ ที่มีต่อกฎหมายโทรคมนาคม²¹ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายในเรื่องของการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งเป็นการให้บริการในลักษณะกิจการโทรคมนาคม ที่กฎหมายมีความล้าหลังและตามไม่ทันเทคโนโลยีด้านโทรคมนาคมที่เกิดการหลอมรวมเทคโนโลยีของเครื่องรับโทรศัพท์เคลื่อนที่ อันเป็นจุดเริ่มต้นของการให้บริการที่หลากหลายและทับซ้อนกัน ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการวิทยุโทรทัศน์ โทรศัพท์ หรืออินเทอร์เน็ต ซึ่งการให้บริการวิทยุ โทรทัศน์เป็นกิจการที่มีได้อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของ กทช. แต่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสทช.) ตามกฎหมายโทรคมนาคม กรณีดังกล่าวจึงเป็นช่องว่างของกฎหมายที่อำนาจของ กทช. ไม่ครอบคลุมถึง จึงเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องการจัดตั้งองค์กรควบคุมกำกับดูแล และการใช้อำนาจในรูปแบบเดิม มาเป็นองค์กรเดียวที่ใช้อำนาจกำกับดูแลทั้งกิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น

²¹ จริยาภรณ์ โกมลวัญนะ, ผลกระทบของการหลอมรวมเทคโนโลยีในระบบธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่ ที่มีต่อกฎหมายโทรคมนาคม (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549).

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวข้างต้นเป็นการแก้ไขปัญหามาเมื่อครั้งที่ประเทศไทยยังมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 อยู่ โดยสมัยนั้นแม้จะมีการหลอมรวมเทคโนโลยีเกิดขึ้นแล้ว แต่กฎหมายสำหรับองค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลเทคโนโลยีดังกล่าวหรือสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กทช.) ซึ่งภายหลังเมื่อปี พ.ศ. 2553 จึงเปลี่ยนมาเป็นสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2553 (ฉบับที่มีการปรับปรุงแก้ไขแล้ว) ยังมีความล้าหลังอยู่ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ และการทับซ้อนกันของการบังคับใช้กฎหมาย โดยวิทยานิพนธ์ดังกล่าวมุ่งเน้นไปทางการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่อันเป็นกิจการของสายงานโทรคมนาคม ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวมีความแตกต่างจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่มุ่งเน้นเรื่องการเสนอแนะหลักการในการกำหนดมาตรการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย อันเป็นกิจการของสายงานกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์



บทที่ 2

ความทั่วไป แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ OTT

2.1 ความทั่วไปว่าด้วย OTT

การให้บริการในลักษณะ OTT หรือ Over The Top เป็นการให้บริการรูปแบบหนึ่งทางอินเทอร์เน็ตในลักษณะของ ภาพ ข้อความ หรือเสียง โดยมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการให้บริการของกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่²² ส่วนการได้มาซึ่งเนื้อหาในการแพร่ภาพและเสียงเหล่านั้น ได้มาจากสองช่องทาง ช่องทางแรกได้มาจากการรวบรวมเนื้อหารายการที่มาจากผู้ผลิตเนื้อหาเอง หรือช่องรายการต่างๆ ที่เป็นผู้ให้บริการเนื้อหาโดยตรง ส่วนอีกช่องทางหนึ่ง ได้มาจากการที่ผู้ใช้หรือผู้ให้บริการ OTT นั้นผลิตเนื้อหาขึ้นมาได้เอง เช่น YouTube, Facebook, Instagram และ Twitter แล้วส่งเนื้อหาดังกล่าวต่อไปยังแพลตฟอร์มหรือที่เรียกว่าช่องทางสื่อกลางของการนำบริการสื่อหรือเนื้อหาจากเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ผลิตไปยังผู้ใช้บริการ โดยแพลตฟอร์ม OTT ส่วนมากจะอยู่ในรูปแบบของเว็บไซต์ และแอปพลิเคชัน ทั้งนี้โดยใช้โครงข่ายสนับสนุน (ISP และ Open Internet) ส่งบริการไปยังผู้รับชมทั่วโลก²³

โดยในบทนี้จึงจะมุ่งกล่าวถึงประเด็นปัญหาด้านกฎหมายต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตเกี่ยวกับการใช้บริการ และการให้บริการด้านอินเทอร์เน็ตในรูปแบบที่กฎหมายมิได้กำหนดถึง

²² มาตรา 4 แห่งประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดหมวดหมู่และการจัดลำดับบริการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ พ.ศ. 2556 บัญญัติว่า การให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ หมายความว่า การให้บริการ การส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมหรือรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ซึ่งไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

²³ ณัฐสุตา จารุพูน, สุธรรม อยู่ในธรรม และศิริยญา ดุสิตนานนท์. โครงการการศึกษามาตรการส่งเสริมอุตสาหกรรมผู้ผลิตเนื้อหารายการและผู้ผลิตสื่อโฆษณาผ่านช่องทางบริการ OTT, Pub. L. No. 22 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ม.ป.ป.).

หลักเกณฑ์หรือกระบวนการบังคับใช้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะนำไปสู่การสร้างมาตรการกำกับดูแลการให้บริการอินเทอร์เน็ตในลักษณะ OTT ดังกล่าว อันสืบเนื่องมาจากการหลอมรวมเทคโนโลยีด้านการสื่อสารหรือการโทรคมนาคม และเทคโนโลยีด้านการกระจายเสียงและโทรทัศน์

2.1.1 การหลอมรวมสื่อหรือเทคโนโลยี (Convergence)

การหลอมรวมสื่อหรือเทคโนโลยีเป็นการนำองค์ประกอบของสื่อในรูปแบบที่หลากหลายมาผสมผสานเพื่อสร้างสรรค์เทคโนโลยีรูปแบบใหม่ขึ้น อันเป็นการตอบสนองความต้องการและมุ่งสร้างอรรถประโยชน์ให้แก่มนุษย์มากมาย โดยเฉพาะในเรื่องของโลกแห่งการติดต่อสื่อสารที่ไร้ขีดจำกัดหรือไร้พรมแดน ได้แก่ โลกออนไลน์หรือโลกแห่งโซเชียล กล่าวคือเมื่อปัจจุบันนี้เครื่องโทรศัพท์สามารถมีประโยชน์มากกว่าการติดต่อสื่อสารโดยการส่งข้อมูลผ่านเสียงได้เพียงอย่างเดียวแล้ว ขณะนี้ยังสามารถเห็นใบหน้าผ่านระบบ Video Conference ประกอบกันไปด้วยได้ และที่สำคัญเครื่องโทรศัพท์ยังสามารถรับชมข้อมูลข่าวสารผ่านอินเทอร์เน็ต หรือการรับชมสื่อบันเทิงเพื่อการสันทนาการ เช่น ละคร กีฬา ภาพยนตร์ เมื่อใดก็ได้ตามต้องการอีกด้วย โดยเทคโนโลยีรูปแบบนี้เกิดจากการหลอมรวมเทคโนโลยีด้านการแพร่ภาพและกระจายเสียง กับเทคโนโลยีด้านการสื่อสาร ซึ่งเป็นการให้บริการโทรคมนาคมรูปแบบหนึ่งเข้าไว้ด้วยกัน โดยสามารถอธิบายลักษณะของเทคโนโลยีที่กล่าวข้างต้นได้²⁴ ดังนี้

1) เทคโนโลยีด้านการสื่อสาร หรือการโทรคมนาคม โดยเริ่มต้นการให้บริการจากสายทองแดงซึ่งมีราคาถูก เรื่อยมาถึงในยุคของการให้บริการจากสายเคเบิล ซึ่งแม้จะได้รับความนิยมมากกว่าแต่เนื่องจากปัญหาในเรื่องของราคาและความไม่เสถียร จึงได้มีการพัฒนามาจนถึงการให้บริการผ่านดาวเทียม ซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าวได้มีการพัฒนาเป็นช่องทางในการเลือกใช้บริการขึ้นมากมาย พร้อมทั้งความก้าวหน้าในระบบอินเทอร์เน็ต เมื่อเป็นเช่นนี้หากนำความก้าวหน้าในเทคโนโลยีชนิดนี้ไปรวมกับเทคโนโลยีรูปแบบอื่น ก็จะก่อให้เกิดการให้บริการที่มีคุณภาพ ความสะดวกสบายและประโยชน์ที่หลากหลาย

2) เทคโนโลยีด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ โดยปกติการให้บริการรูปแบบดังกล่าวจะเป็นการให้บริการแพร่ภาพและเสียงผ่านช่องรายการทางโทรทัศน์ แต่เมื่อเทคโนโลยีนี้ได้เกิดการหลอมรวมขึ้นผ่านระบบอินเทอร์เน็ต จึงทำให้เกิดช่องทางการให้บริการที่หลากหลายมากกว่าหนึ่งช่องทาง กล่าวคือ ประชาชนสามารถรับชมรับชมข้อมูลข่าวสาร ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันเทิงใจ

²⁴ สุจิตต์ ตรีวิจิตรศิลป์, ผลสัมฤทธิ์ของการให้บริการการหลอมรวมสื่อของบริษัท ทรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), หน้า 15.

ต่าง ๆ ได้ผ่านโทรศัพท์มือถือโดยใช้อินเทอร์เน็ตที่มีความเร็วสูง ซึ่งคุณภาพการรับชมย่อมเทียบเท่ากับการรับชมผ่านช่องรายการโทรทัศน์

การหลอมรวมเทคโนโลยีด้านการสื่อสาร หรือการโทรคมนาคม และเทคโนโลยีด้านการกระจายเสียงและโทรทัศน์ของประเทศไทย จากที่กล่าวข้างต้น การแพร่ภาพและเสียงผ่านช่องทางโทรทัศน์จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 แต่อย่างไรก็ดี เมื่อขณะนี้ มีช่องทางการเผยแพร่ที่มากกว่าหนึ่งช่องทาง โดยนอกจากจะมีการแพร่ภาพและเสียงผ่านช่องรายการโทรทัศน์เพียงช่องทางเดียวเหมือนในอดีตแล้ว ขณะนี้ยังมีการแพร่ภาพและเสียงผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตหรือผ่านช่องทางโทรศัพท์มือถือได้อีกด้วย ซึ่งการให้บริการดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายใดเข้ามาควบคุมดูแล กล่าวคือ โดยปกติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการจะดำเนินการแพร่ภาพและเสียงไปยังสาธารณชน จะต้องได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้แก่สำนักงาน กสทช. หลังจากนั้น ผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตจะต้องจ่ายค่าประมูลคลื่นหรือที่เรียกว่าค่าการประมูลช่องรายการให้แก่สำนักงาน กสทช. จำนวนเป็นรายปีตามที่ได้ตกลงไว้ นอกจากนี้ผู้ประกอบการต้องจ่ายค่าเช่าโครงข่ายหรือที่เรียกว่า MUX (Multiplexer)²⁵ เพื่อดำเนินการรวมสัญญาณแล้วส่งเนื้อหาขึ้นไปตามช่องที่ได้ประมูลไว้ให้แก่สาธารณชนได้รับชม ดังนั้น ประชาชนจึงต้องมีกล่องรับชมสัญญาณหรือที่เรียกว่า Set-Top-Box เพื่อถอดรหัสสัญญาณให้ออกมาเป็นภาพและเสียงเพื่อรับชมเนื้อหาของช่องนั้น ๆ โดยการดำเนินการตามวิธีดังกล่าวต้องใช้งบประมาณที่สูงมาก แต่ต่อมาเมื่อเกิดวิวัฒนาการของเทคโนโลยีในทุกรูปแบบส่งผลให้เทคโนโลยีด้านการแพร่ภาพและเสียงได้มีการพัฒนาตามไปด้วย โดยเทคโนโลยีดังกล่าวนี้ได้หลอมรวมไปกับเทคโนโลยีด้านการสื่อสาร หรือกิจการโทรคมนาคมผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตทำให้ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์จากการพัฒนาได้อย่างหลากหลายโดยสามารถเลือกช่องทางการรับข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ ได้ ทั้งจากช่องทางโทรทัศน์ และช่องทางการรองรับข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ต อันได้แก่ คอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือ แลปท็อป เป็นต้น

กรณีเกิดการหลอมรวมสื่อหรือเทคโนโลยีของกิจการทั้งสองกิจการ อันได้แก่ กิจการแพร่ภาพและเสียง และกิจการโทรคมนาคม ส่งผลให้เกิดการให้บริการในรูปแบบการแพร่ภาพและเสียงผ่าน

²⁵ มาตรา 3 แห่งประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตเพิ่มเติมในส่วนการให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ ประเภทที่ใช้คลื่นความถี่ภาคพื้นดินในระบบดิจิตอล พ.ศ. 2556 “มัลติเพล็กซ์” หมายความว่า โครงข่ายตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ที่รวบรวมบริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ หรือบริการสัญญาณอื่นใดที่จำเป็นเพื่อส่งหรือถ่ายทอดผ่านช่องสัญญาณเดียวพร้อมกัน

อินเทอร์เน็ตได้ ไม่ว่าในรูปแบบคอมพิวเตอร์หรือโทรศัพท์มือถือ โดยเฉพาะจากสถิติ²⁶ ที่ได้มีผู้ศึกษา แสดงให้เห็นถึงจำนวนผู้คนที่นิยมใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่อันมีบริการอินเทอร์เน็ตเพื่อรับชมข้อมูลข่าวสาร ต่าง ๆ ในรูปแบบ Video On Demand มากมาย ซึ่งผู้ให้บริการในการแพร่ภาพและเสียงผ่าน อินเทอร์เน็ตนั้นมีหลากหลายรูปแบบ แต่ที่ได้รับความนิยมตามสถิติดังกล่าว ได้เน้นไปทาง Youtube หรือ Facebook เป็นจำนวนมาก ทั้งนี้ การให้บริการแพร่ภาพและเสียงโดยมิใช่การประมวลคลื่น ความถี่ หรือการประมวลช่องในลักษณะนี้ และมีได้ตกอยู่ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ กระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงมีลักษณะการให้บริการที่เรียกว่า การให้บริการ ลักษณะ OTT ซึ่งยังไม่มีหน่วยงานใดที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมเนื้อหาของการแพร่ภาพและ เสียงรวมถึงไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะดังกล่าว

อนึ่ง หากเป็นผู้ขอรับใบอนุญาตจากสำนักงาน กสทช. ในการแพร่ภาพและเสียงผ่านช่อง รายการโทรทัศน์แล้วนำเนื้อหามาลงในการให้บริการในลักษณะ OTT นี้ โดยปกติจะไม่มีประเด็น ปัญหาในเรื่องเนื้อหาที่ทำการเผยแพร่ เนื่องจากการให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวจะเป็นการรีรัน เนื้อหาที่เคยเผยแพร่ผ่านช่องโทรทัศน์มาแล้ว ซึ่งเนื้อหาดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาตรวจสอบจาก สำนักงาน กสทช. อันอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เว้นแต่ว่า ผู้ขอรับใบอนุญาตจากสำนักงาน กสทช. ในการแพร่ภาพและเสียงรายนั้น จะแพร่ภาพและเสียงในเนื้อหาอื่นที่อยู่นอกเหนือจากผังรายการโทรทัศน์ที่สำนักงาน กสทช. ได้ตรวจสอบแล้ว หากเป็นการแพร่ภาพและเสียงกรณีเช่นนี้ จะเกิดประเด็นปัญหาได้ว่าไม่มีหน่วยงาน ใดที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมเนื้อหาของการแพร่ภาพและเสียงรวมถึงไม่มีกฎหมายเฉพาะใน การกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะดังกล่าว ซึ่งเป็นปัญหาเดียวกับลักษณะการให้บริการของ ผู้ให้บริการในลักษณะ OTT ในรูปแบบอิสระ ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับหรือหลักเกณฑ์ใด ๆ อันจะ นำไปสู่ปัญหาที่จะตามมาในรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไป

2.1.2 คำนิยามของ OTT

1) ตามประกาศ กสทช. เรื่อง การกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจาย เสียงและโทรทัศน์ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2555²⁷ ได้กำหนดลักษณะการให้บริการการประกอบกิจการ กระจายเสียงและโทรทัศน์ ออกเป็น 4 ชนิด ได้แก่

²⁶ Brain Buffet, *เรื่องเดิม*, หน้า 1.

²⁷ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม แห่งชาติ เรื่อง กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2555

(1) การให้บริการโครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ หมายความว่า การให้บริการระบบการเชื่อมโยงของกลุ่มเครื่องส่งหรือถ่ายทอดสัญญาณเสียงหรือภาพที่ใช้ในการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการจากสถานีไปยังเครื่องรับ ไม่ว่าจะโดยสื่อตัวนำที่เป็นสาย คลื่นความถี่ แสง คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าหรือสื่อตัวนำอื่นใด

(2) การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกด้านกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ หมายความว่า การให้บริการโครงสร้างพื้นฐาน หรือสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อการให้บริการกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน อาคาร สิ่งปลูกสร้าง เสา ระบบสาย สายอากาศ ท่อ หรือสิ่งอื่นใดตามที่คณะกรรมการกำหนด

(3) การให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ หมายความว่า การให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมหรือรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบรวมกัน หรือการให้บริการอื่นทำนองเดียวกันที่คณะกรรมการกำหนดให้เป็นกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์

(4) การให้บริการแบบประยุกต์ หมายความว่า การให้บริการเสียง การให้บริการข้อมูล การให้บริการสื่อประสม หรือการให้บริการอื่นทำนองเดียวกัน โดยผ่านโครงข่ายกระจายเสียง หรือโทรทัศน์ที่เป็นการให้บริการโดยตรงต่อผู้รับบริการ ไม่ว่าจะมีการเรียกเก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียม หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดหรือไม่ก็ตาม

จากลักษณะการให้บริการดังกล่าว สำนักงาน กสทช. จึงได้ให้คำนิยามของบริการ OTT ว่าการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการให้บริการในรูปแบบอินเทอร์เน็ตทางเลือกใหม่ และถือว่าการให้บริการในการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์รูปแบบหนึ่งโดยไม่ใช้คลื่นความถี่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยการประกอบกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่นั้นจะมีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหลัก 3 ส่วน ส่วนแรกคือ ผู้ให้บริการ อันเป็นผู้ผลิตหรือผู้รวบรวมเนื้อหารายการเพื่อส่งไปยังระบบเชื่อมโยงสัญญาณ ส่วนที่สองคือ ผู้ให้บริการระบบเชื่อมโยงสัญญาณคือผู้ที่เชื่อมโยงสัญญาณเพื่อส่งเนื้อหาไปยังผู้ชมหรือผู้รับบริการ และส่วนที่สามคือ ผู้ชม หรือผู้รับบริการในการนี้ ลักษณะของการให้บริการ OTT นั้นจะเริ่มต้นจากการรวบรวมเนื้อหารายการจากผู้ผลิตรายการจากสตูดิโอ หรือช่องรายการต่าง ๆ หรือ ผู้ใช้บริการที่เป็นปัจเจกบุคคลที่ผลิตเนื้อหาเองเช่น YouTube, Facebook, Instagram และ Twitter แล้วส่งต่อไปยังแพลตฟอร์มโดยใช้โครงข่ายสนับสนุน โดยโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ไปยังผู้รับชมหรือผู้รับบริการ ดังนั้น หากพิจารณาจากลักษณะการให้บริการของผู้ให้บริการ OTT แล้วการให้บริการ OTT นั้นมีลักษณะเป็นการให้บริการที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการให้บริการของกิจการ

โทรทัศน์ที่ไม่ใช่คลื่นความถี่ โดยในรายงานของบริษัท TIME Consulting²⁸ ได้ให้คำนิยามการให้บริการลักษณะ OTT ว่าหมายถึง การให้บริการส่งผ่านข้อมูลไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของข้อความ ภาพ หรือเสียงผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตโดยไม่ต้องลงทุนโครงข่ายเอง บริการ OTT สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภทหลักๆ คือ

(1) การให้บริการ OTT ในลักษณะรูปแบบการดำเนินชีวิตประจำวัน (Life Style Applications) คือ บริการ เว็บไซต์ สำหรับการดำเนินชีวิตประจำวันที่ไม่เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารหรือกิจการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ตัวอย่างเช่น Kaidee Grab Shoppee Dropbox Google Maps เป็นต้น

(2) การให้บริการ OTT ในลักษณะการสื่อสารระหว่างบุคคลผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในรูปแบบสื่อสังคม (Social Media) เช่น Facebook Instagram เป็นต้น และในรูปแบบระบบส่งข้อความทันที (Instant Messaging) เช่น LINE Facebook Messenger Whatsapp เป็นต้น

(3) การให้บริการ OTT ในลักษณะกิจการโทรทัศน์ (OTT TV) คือบริการ เว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชันที่ทำหน้าที่ส่งเนื้อหารายการไปสู่ผู้ใช้บริการปลายทางผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตใดก็ได้ เช่น Netflix Hulu YouTube และ LINE TV เป็นต้น

2) The Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) หน่วยงานของสหภาพยุโรปที่กำลังดูแลด้านการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ให้คำจำกัดความสำหรับการให้บริการ OTT ว่าเป็นการให้บริการเนื้อหาผ่านอินเทอร์เน็ตแก่ผู้ใช้บริการปลายทาง ซึ่งมีลักษณะเป็นการให้บริการแบบเปิดกว้าง โดยปราศจากการมีส่วนร่วมของ IAP (Internet Access Provider) หรือก็คือหน่วยงานที่ให้บริการเชื่อมต่อเข้ากับโครงข่ายอินเทอร์เน็ต โดยการเชื่อมต่อให้บุคคลหรือองค์กรสามารถใช้งานอินเทอร์เน็ตได้ โดยปราศจากการควบคุมการให้บริการของหน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลโดยเฉพาะในด้านการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ การให้บริการ OTT อาจเป็นการให้บริการในการจัดหาเนื้อหา ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการทางเสียงผ่านทางอินเทอร์เน็ต การให้บริการเนื้อหาบนเว็บไซต์ ข่าว โซเชียลมีเดีย เป็นต้น โดยการให้บริการนี้ ผู้ประกอบกิจการให้บริการ OTT จะให้บริการผ่านทางอินเทอร์เน็ต ดังนั้น OTT จึงมีลักษณะเป็นการให้บริการเนื้อหา อันมาจากบุคคลที่สาม ซึ่งไม่ได้รับการจัดหาโดย IAP ที่ให้บริการโดยเชื่อมต่อกับผู้ใช้ปลายทางโดยตรง²⁹

²⁸ บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษาแนวทางการกำกับดูแลการแข่งขันในกิจการโทรทัศน์แบบ Over the Top (Competition Regulation on OTT TV) (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, 2560).

²⁹ The Body of European Regulators for Electronic Communications, Report on OTT Services, pp. 15-16, Retrieved December 19, 2018 from

3) Office of Communications หรือ Ofcom³⁰ หน่วยงานอิสระที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการสื่อสารโทรคมนาคมและสื่อ ในสหราชอาณาจักร ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (Communications Act 2003) โดยมีหน้าที่รับผิดชอบในภาพรวมของอุตสาหกรรมสื่อสารโทรคมนาคม ไม่ว่าจะเป็นการกำกับดูแลกิจการในอุตสาหกรรมสื่อสารโทรคมนาคมรวมถึงกระบวนการต่างๆในการอนุญาตในการให้สิทธิการประกอบกิจการ ออกนโยบาย กฎ ระเบียบ เพื่อการบริหารจัดการและควบคุมอุตสาหกรรมสื่อสารโทรคมนาคมของสหราชอาณาจักร ได้มีการให้คำจำกัดความของ OTT ว่าเป็นการให้บริการเบื้องต้นโดยแอปพลิเคชันเกี่ยวกับระบบการสื่อสารโดยใช้อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลางในการเชื่อมต่อข้อมูลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคม ตั้งแต่ที่การให้บริการในรูปแบบนี้เกิดขึ้น ลักษณะในการติดต่อสื่อสารผ่านเสียงและข้อความก็เป็นที่นิยมมากยิ่งขึ้น การพัฒนาระบบเน็ตเวิร์คทำให้รูปแบบหรือฟังก์ชันในโทรศัพท์มือถือรวมไปถึงอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ เช่น แท็บเล็ต มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มขึ้นของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตในด้านการใช้งานวิดีโอคอลในการติดต่อสื่อสาร ซึ่งการให้บริการ OTT ยังรวมถึงการใช้วิดีโอในการเผยแพร่เนื้อหา รวมไปถึงภาพและเสียง การออนไลน์ และการดาวน์โหลดข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ตอีกด้วย³¹

จากการศึกษาที่กล่าวข้างต้นสามารถสรุปคำจำกัดความของการให้บริการลักษณะ OTT ได้ กล่าวคือ การให้บริการลักษณะ OTT เป็นการให้บริการอินเทอร์เน็ตทางเลือกรูปแบบหนึ่งโดยไม่ใช้คลื่นความถี่ และส่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบของข้อความ ภาพ หรือเสียง ผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ต โดยไม่ต้องลงทุนโครงข่ายเอง หรือก็คือใช้อินเทอร์เน็ตเป็นศูนย์กลางในการส่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบการดำเนินชีวิตประจำวันที่ไม่เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสาร เช่น Shopee Grab เป็นต้น หรือจะในรูปแบบของการสื่อสารในรูปแบบสื่อสังคม (Social Media) เช่น Line Facebook Instagram เป็นต้น หรือการเผยแพร่ภาพและเสียงจากช่องโทรทัศน์สู่ทีวีออนไลน์ในรูปแบบการบริการผ่านเว็บไซต์ เป็นต้น รวมไปถึงการให้บริการในรูปแบบกิจการโทรทัศน์โดยไม่มีช่องทางการเผยแพร่ในคลื่นความถี่โทรทัศน์แต่จะส่งผ่านช่องทางของอินเทอร์เน็ตทางเดียว เช่น Netflix Youtube เป็นต้น

https://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/bereg/reports/5751-bereg-report-on-ott-services

³⁰ Shirley Baldry, Markus Steingröver, and Markus A. Hessler, The Rise of OTT Players: What is the Appropriate Regulatory Response?, In **25th European Regional Conference of the International Telecommunication Society, Brussels, Belgium, 22-25 June 2014, Shirley Baldry, p. 4.**

2.1.3 องค์ประกอบของการให้บริการ OTT

การให้บริการ OTT นั้น ประกอบไปด้วย 5 ส่วนที่สำคัญ³² ได้แก่

1) สื่อหรือเนื้อหา (Content) อาทิ ภาพยนตร์ ข่าวสาร การกีฬา ละครโทรทัศน์ ซีรีส์ การ์ตูน รวมไปถึงเนื้อหาที่ผู้ใช้บริการในแพลตฟอร์มสร้างขึ้น

2) ผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม OTT (Service Platform) กล่าวคือ เป็นผู้ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการนำบริการสื่อหรือเนื้อหาจากเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ผลิตไปยังผู้ใช้บริการ โดยแพลตฟอร์มของผู้ให้บริการลักษณะ OTT นี้ โดยส่วนมากจะอยู่ในรูปแบบของเว็บไซต์และแอปพลิเคชัน ซึ่งให้บริการ OTT ในรูปแบบของการถ่ายทอดสดตามเวลาออกอากาศจริง (Live Content) หรือการรับชมสื่อเนื้อหาในเวลาใดก็ได้ตามความต้องการของผู้บริโภค (Video on demand) ตัวอย่างผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม OTT ในประเทศไทย ได้แก่ YouTube, LINE TV, Netflix, Hollywood HD เป็นต้น

3) ผู้ผลิตอุปกรณ์ที่รองรับการให้บริการ OTT (Device) โดยปกติแล้วอุปกรณ์ที่ทำหน้าที่รับสัญญาณภาพและเสียงมาจากบริการแพลตฟอร์ม OTT โดยอุปกรณ์ที่รองรับ OTT เหล่านี้แบ่งออกเป็น

- (1) อุปกรณ์พกพา เช่น Smartphone, Laptop
- (2) อุปกรณ์ประจำที่ เช่น Computer PC, Smart TV
- (3) อุปกรณ์เสริมเพื่อตัวเชื่อมต่อให้ TV ธรรมดาสามารถรับบริการ OTT ได้

เช่น กล่องรับสัญญาณ OTT (Set-top Box) เป็นต้น

4) ผู้ใช้บริการ OTT TV (End User) ผู้ที่ใช้งานแพลตฟอร์ม OTT TV ซึ่งมีทั้งชนิดที่เก็บค่าบริการ และแบบไม่เก็บค่าบริการ

5) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Delivery Network) กล่าวคือเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านเทคโนโลยีใดก็ได้ ซึ่งทำหน้าที่ส่งเนื้อหารายการ (Content) ผ่านไปถึงผู้ใช้บริการปลายทางได้ ได้แก่ ISP (Internet Service Provider)³³ เป็นต้น

³² ภัสรา ปิตยานนท์, OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์, ค้นวันที่ 5 มิถุนายน 2561 จาก <http://www.timeconsulting.co.th/ott-tv>

³³ สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ สผกอ., เทคโนโลยีสารสนเทศ, ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2561 จาก <https://www.etda.or.th/terminology-detail/1590.html>

ISP คือ บริษัทที่ให้ลูกค้าหรือผู้ใช้บริการสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ต โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือ ISP นี้จะเชื่อมโยงลูกค้าเข้ากับเทคโนโลยีรับส่งข้อมูลที่เหมาะสมสำหรับในประเทศไทยมีหน่วยงานที่ให้บริการด้านนี้อยู่ 2 ประเภทด้วยกันคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์

ในการนี้ จากหัวข้อผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม OTT (Service Platform) ในประเทศไทยนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 6 กลุ่มใหญ่³⁴คือ

- 1) ผู้ให้บริการ OTT อิสระ
- 2) ผู้ให้บริการ OTT ที่เป็นผู้ผลิตคอนเทนต์
- 3) ช่องรายการโทรทัศน์ที่ให้บริการ OTT
- 4) ผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ให้บริการ OTT
- 5) ผู้ให้บริการเพย์ทีวีในรูปแบบ OTT
- 6) บริการ OTT ที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างผู้ให้บริการต่างๆ

ทั้งนี้ สามารถอธิบายลักษณะผู้ให้บริการดังกล่าวได้ ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงลักษณะผู้ให้บริการประเภทต่าง ๆ

ผู้ให้บริการ OTT อิสระ	ผู้ผลิตคอน เทนต์ที่ ให้บริการ OTT	ช่องรายการ โทรทัศน์ที่ ให้บริการ OTT	ผู้ประกอบการ โทรคมนาคม ที่ให้บริการ OTT	บริการ OTT ที่เกิดขึ้นจาก ความร่วมมือ ระหว่างผู้ ให้บริการ	ผู้ให้บริการ เพย์ทีวีใน รูปแบบ OTT
- Facebook	- HBO NOW	- ช่อง 3	- Singtel TV	- TOGGLE	- PSI
- Youtube	- MLB.TV	- ช่อง 8	GO	- Hulu	- Astro GO
- Netflix	- SHOETIME	- WORK POINT - MONO	- AIS PLAY	PLUS	

2.1.4 ลักษณะผู้ให้บริการ OTT ตามกรณีศึกษาที่มีประเด็นปัญหา

ลักษณะของผู้ให้บริการ OTT ใน 6 รูปแบบข้างต้น แม้จะเป็นผู้ให้บริการ OTT เหมือนกัน แต่ว่าลักษณะของแต่ละผู้ให้บริการมีความแตกต่างกัน เพราะบางผู้ให้บริการจะเป็นผู้ผลิตเนื้อหาและเผยแพร่เนื้อหาเอง หรือบางรายจะเป็นช่องรายการโทรทัศน์ที่มีใบอนุญาตประกอบกิจการโทรทัศน์

(Commercial ISP) และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสำหรับสถาบันการศึกษา การวิจัยและหน่วยงานของรัฐ (Non-Commercial ISP)

³⁴ ปานระพี ทรัพพันธุ์, เรืองเดิม, หน้า 4.

เรียบร้อยแล้วแต่ต้องการจะขยายช่องทางการเผยแพร่โดยมาให้บริการลักษณะ OTT ด้วยอีกทางหนึ่ง สำหรับประเด็นปัญหาที่วิทยานิพนธ์นี้มุ่งจะศึกษาจะเกี่ยวข้องกับผู้ให้บริการ OTT อิสระ เป็นหลัก เนื่องจากเป็นช่องบริการที่อยู่ใกล้ชิดกับชีวิตประจำวันของคนส่วนใหญ่ อีกทั้งยังเป็นช่องทางที่เป็นที่นิยมและเป็นที่รู้จักกับสาธารณะชน นอกจากนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารผ่าน Facebook หรือ Youtube ยังเป็นที่พบเห็นได้โดยทั่วไปอีกด้วย

ผู้ให้บริการ OTT อิสระ มีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) เป็นผู้ให้บริการที่ไม่ได้เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตแพร่ภาพและเสียงตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551
- 2) เป็นผู้ให้บริการที่ไม่เสียค่าโครงข่ายในการเป็นสื่อกลางในการนำบริการสื่อหรือเนื้อหาจากเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ผลิตไปยังผู้ใช้บริการ
- 3) ผู้ให้บริการส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นเว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชันจากต่างประเทศที่เปิดให้บุคคลทั่วไปสามารถสมัครเป็นสมาชิกและสร้างช่องทางการแพร่ภาพและเสียงเป็นของตนเองได้
- 4) ผู้ให้บริการในลักษณะนี้จะไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมเนื้อหาการแพร่ภาพและเสียงตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องภายในประเทศของสมาชิกรันั้น ๆ จึงส่งผลให้ไม่มีบทลงโทษหากมีกรณีที่เกิดการแพร่ภาพและเสียงที่ไม่ถูกต้อง
- 5) ผู้ให้บริการในลักษณะนี้จะไม่ถูกเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการให้บริการเพื่อส่งให้รัฐบาล
- 6) เป็นผู้ให้บริการที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมจากหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐใด ๆ ในประเทศไทย

2.1.5 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับ OTT กรณีตามประเด็นศึกษา (ผู้ให้บริการ OTT อิสระ)

- 1) ปัญหาว่าด้วยเรื่องการไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการลักษณะ OTT
 - (1) ปัญหาว่าด้วยเรื่องการไม่ถูกควบคุมด้านเนื้อหา

ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาดังกล่าวที่จะหยิบยกเป็นตัวอย่างในกรณีที่ได้เห็นได้ชัดเจนคือเรื่องของการโพสต์วิดีโอฆ่าตัวตายผ่านเว็บไซต์เฟซบุ๊ก แม้ก่อนหน้านี้บริษัททาง Facebook จะออกมาตรการจัดการปัญหาดังกล่าวโดยเฉพาะ คือการเพิ่มปัญญาประดิษฐ์ (AI) เข้ามาช่วยคัดกรองเนื้อหาสุ่มเสี่ยง หรืออำนวยความสะดวกในการรายงานเหตุฆ่าตัวตายให้เร็วยิ่งขึ้นก็ตาม แต่ Facebook ก็ไม่เคยเปิดเผยจำนวนเหตุไลฟ์สดฆ่าตัวตาย โดยมีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยเมื่อไม่นานมานี้ในต่างประเทศปี 2560 เกิดเหตุชายอายุ อายุ 49 ปี ที่รัฐอลาบามาของสหรัฐอเมริกา ยิงตัวตายถ่ายทอดสดผ่านเฟซบุ๊กโดยมียอดวิวมากกว่า 1,000 คน และยังแชร์กันต่ออีก

มากมาย และต่อมาไม่นานก็เกิดเหตุน่าสลดใจกับชายอายุ 21 ปี ในประเทศไทยฆาตกรรมลูกสาวอายุ 11 เดือน โดยตลอดเหตุการณ์ได้ถ่ายทอดสดผ่านเฟซบุ๊ก โดยมียอดวิวและยอดแชร์เป็นจำนวนมาก

หากเป็นผู้ให้บริการ OTT อิสระ อันได้แก่ บุคคลธรรมดาหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั่วไปที่สมัครเว็บไซต์กับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มในลักษณะนี้ และได้เผยแพร่ภาพและเสียงออกไปนั้น เนื้อหาของผู้ให้บริการด้านเนื้อหาดังกล่าวจะไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมเนื้อหาของการแพร่ภาพและเสียงตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่แพร่ภาพและเสียง และผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดังกล่าว มิใช่เป็นผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการตามกฎหมาย ดังนั้น เนื้อหาที่เผยแพร่ออกสู่สาธารณชน หากเป็นกรณีความรับผิดชอบของผู้ที่ทำการเผยแพร่จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แต่หากเป็นกระบวนการภายหลังจากการกระทำความผิด เช่น ข้อมูลที่ยังคงค้างอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์นั้น หากไม่ผิดกฎหมายสากลของต่างประเทศ ข้อความรูปภาพ หรือวิดีโอดังกล่าวย่อมคงค้างอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์นั้น แม้จะมีการร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการแพลตฟอร์มนั้น ๆ ก็อาจจะมิได้ถูกดำเนินการตามที่ผู้ร้องเรียนประสงค์ ซึ่งหากมีมาตรการที่ชัดเจนในการตรวจสอบเนื้อหาดังกล่าวตามกฎหมายโดยองค์กรที่เกี่ยวข้องเหมือนเช่นการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ เมื่อมีผู้ฝ่าฝืนก็จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนดย่อมจะเป็นการลดความเสี่ยงในการแพร่ภาพและเสียงที่ไม่เหมาะสมและไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

(2) ปัญหาว่าด้วยเรื่องการไม่มีกระบวนการดำเนินการภายหลังเกิดประเด็นปัญหาและไม่มีมาตรการเฉพาะในการลงโทษแก่ผู้แพร่ภาพและเสียงที่มีเนื้อหาไม่ถูกต้อง

ข้อเท็จจริงในกรณีนี้สามารถยกตัวอย่างข่าวที่เกิดขึ้นในปี 2561 มาเป็นข้อเท็จจริงตามอุทธรณ์ตามประเด็นศึกษาได้ว่า กรณีการทำร้ายร่างกายโดยการถ่ายทอดสดเหตุการณ์ทำร้ายร่างกายลงในเฟซบุ๊ก โดยตำรวจได้ตั้งข้อหาผู้กระทำความผิด ดังนี้ การทำร้ายร่างกาย การกักขังหน่วงเหนี่ยว การเสพยาเสพติดและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 (ฉบับที่ 2) กรณีนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ทำให้ปรากฏภาพผู้อื่นอันจะทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงหรืออับอาย³⁵

จากข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวอ้างไว้เบื้องต้น แสดงให้เห็นว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงในการแพร่ภาพและเสียงอันมีลักษณะที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายผ่านผู้ให้บริการแพลตฟอร์มในลักษณะ OTT (กรณีตามข้อเท็จจริงคือเว็บไซต์ Facebook) กฎหมายในปัจจุบันที่มี ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 (ฉบับที่ 2) จะนำหลักกฎหมายมาลงโทษผู้กระทำความผิดในเรื่องที่ผู้เสียหายได้รับ แต่มิได้มีเนื้อหาที่กล่าวถึงกระบวนการจัดการกรณีที่ยังมีภาพและเสียงที่

³⁵ ปณชัย อารีเพิ่มพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

ยังคงอยู่ในแพลตฟอร์ม หรือในสารบบคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด นอกเสียจากจะเป็นดุลพินิจของเจ้าของเว็บไซต์ว่าจะนำออกจากระบบหรือไม่ และเมื่อใดเท่านั้น ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายที่ยังคงอยู่ต่อผู้เสียหายโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการนำข้อมูลภาพและเสียงนั้นออกจากสารบบ เนื่องจากไม่มีกฎหมายหรือมาตรการใด ๆ ที่กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ ระยะเวลาจึงขึ้นอยู่กับวิธีการดำเนินการแจ้งเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องของผู้เสียหายหรือผู้ที่เกี่ยวข้องต่อผู้ให้บริการแพลตฟอร์มตามเว็บไซต์นั้น ๆ หรือตามแต่ดุลพินิจของเจ้าของเว็บไซต์เท่านั้น โดยที่ประเทศของผู้รับบริการแพลตฟอร์มไม่สามารถดำเนินการบังคับให้นำข้อมูลดังกล่าวออกจากสารบบได้ นอกจากนี้ ยังไม่มีมาตรการหรือกฎหมายใดที่จะกล่าวไปถึงการลงโทษผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอีกด้วยว่าต้องได้รับผลการกระทำเช่นใด หากผู้ให้บริการแพลตฟอร์มมิได้ทำการลบเนื้อหาหรือข้อความที่ผิดกฎหมายนั้นตามที่ประเทศผู้รับบริการแพลตฟอร์มร้องขอ

2) ปัญหาว่าด้วยเรื่องการไม่มีองค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ตามภารกิจที่เกี่ยวข้องที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 จะเห็นได้ว่ามีองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งอันเป็นสำนักงานที่มีภารกิจที่ใกล้เคียงและเหมาะสมที่จะได้รับหน้าที่ในการกำกับดูแล³⁶ การให้บริการแพร่ภาพและเสียงทุกประเภท อันได้แก่สำนักงาน กสทช. เนื่องจากเป็นองค์กรเดียวที่มีกฎหมายประกอบการดำเนินการครบทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ ระเบียบ หรือประกาศที่เกี่ยวข้อง ยกตัวอย่าง การกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือการพิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรมและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว การกำหนดมาตรฐานและลักษณะพึงประสงค์ทางด้านเทคนิคในการประกอบกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม และในกิจการวิทยุคมนาคม³⁷ เป็นต้น ดังนั้น หากมีมาตรการกำกับดูแลจากองค์กรที่มีหน้าที่หรือภารกิจหลักที่เกี่ยวข้อง ก็จะส่งผล

³⁶ Martin Cave and Robert Baldwin, **เข้าใจการกำกับดูแล: ทฤษฎี กลยุทธ์ และหลักปฏิบัติ**, แปลโดย ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, 2553).

“การกำกับดูแล” มีลักษณะเป็นการออกคำสั่งเฉพาะ เป็นอำนาจบังคับโดยเจตนาของรัฐ และเป็นการควบคุมหรืออิทธิพลทางสังคม โดยที่การกำกับการนั้นมักถูกมองเป็นกิจกรรมที่จำกัดพฤติกรรมและป้องกันการเกิดกิจกรรมที่ไม่พึงประสงค์บางประการ.

³⁷ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

ให้มีการถูกกำกับดูแลโดยครบถ้วนและทั่วถึงทั้งในเรื่องของเนื้อหา ใบอนุญาต การลงโทษ การจ่ายค่าธรรมเนียมเป็นกรอบของแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมลดปัญหาการแพร่ภาพและเสียงที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม หากฝ่าฝืนย่อมต้องได้รับโทษตามกฎหมายเฉพาะ เป็นต้น

หากไม่มีการกำกับดูแลโดยองค์กรที่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือมีความเชี่ยวชาญดังเช่นในปัจจุบัน ปัญหาที่ตามมาคือพนักงานสอบสวนที่ไม่มีการกิจหลักในการดูแลเรื่องดังกล่าวจะต้องรับภาระในการดำเนินการทำเรื่องยื่นคำร้องไปยังเว็บไซต์นั้น ๆ เพื่อขอหมายศาลและรอไปยื่นแก่เว็บไซต์ดังกล่าวเพื่อให้ดำเนินการลบเนื้อหาภาพและเสียงออกจากสารบบข้อมูลในโลกออนไลน์ต่อไป นอกจากนี้ กฎหมายที่ใกล้เคียงที่นำมาปรับใช้กับสถานการณ์ปัญหาดังกล่าวได้นั้นมีเพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยนำมาปรับในหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกรณีจัดการกับผลคงค้างที่ยังอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น ทั้งจากข้อเท็จจริงแล้วกฎหมายดังกล่าวมิได้มีเนื้อหาการถูกบังคับใช้ที่ครอบคลุมกับกรณีที่เกิดขึ้นและมีได้กล่าวถึงเนื้อหาภาพและเสียง ว่าต้องมีการดำเนินการออกจากสารบบเมื่อใดอย่างไร หรือไม่ ซึ่งเป็นขั้นตอนการดำเนินการภายหลังจากที่มีประเด็นอาชญากรรมเกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีองค์กรเฉพาะที่เข้ามากำกับดูแล หรือมีองค์กรเฉพาะที่จะสามารถออกมาตรการบังคับกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ประเภทสำหรับผู้ให้บริการอิสระนี้

ทั้งนี้ กรณีองค์กรใดควรจะเป็นผู้กำกับดูแลพร้อมออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวเห็นสมควรเป็นสำนักงาน กสทช. ตามที่กล่าวไว้ข้างต้นหรือไม่ จะต้องนำไปพิจารณาเปรียบเทียบกับหน่วยงานหรือองค์กรในต่างประเทศเพื่อแสดงให้เห็นโดยชัดเจนในลำดับถัดไป

2.2 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการให้บริการ OTT

2.2.1 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเนื้อหาในการให้บริการ OTT

เนื่องจากประเด็นปัญหาหลักในเรื่องของการให้บริการแบบ OTT ในลักษณะผู้ให้บริการอิสระตามประเด็นปัญหาคือเรื่องของการที่สิ่งที่แพร่ภาพและเสียงนั้นมิได้ถูกควบคุมในเรื่องของเนื้อหาอันที่จะต้องตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เหมือนดังเช่นช่องรายการโทรทัศน์ที่ถูกจำกัดความว่าเป็นกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ประเภทหนึ่งที่ต้องได้รับการควบคุมด้านเนื้อหาดังกล่าว

อย่างไรก็ดี การที่จะจำกัดสิทธิในด้านเนื้อหาของผู้ให้บริการในลักษณะ OTT นั้น จำต้องอาศัยอำนาจทางกฎหมายเนื่องจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น³⁸ โดยทฤษฎีที่จะนำมาอธิบายในเรื่องดังกล่าว ได้แก่

1) แนวคิดการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพ

หลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพได้ถูกพัฒนาจากอดีตสู่ปัจจุบัน โดยการกำหนดวงหลักของสิทธิและเสรีภาพ เจื้อนไขและหลักการจำกัดสิทธิของประชาชน จะอยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดหรือเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในรัฐ โดยถือว่าการที่ประชาชนต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยนั้นก็เพราะประสงค์จะให้คนมีสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งขณะนี้รัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน จะมีบทบัญญัติกำหนดเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้ทั้งสิ้น หรือกรณีของประเทศฝรั่งเศส ยังมีการรับรองถึง ปณิญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 นั้นยังคงใช้ได้โดยรับรองไว้ในคำปรารภและเพิ่มเติมสิทธิเสรีภาพบางอย่างลงไว้ในคำปรารภด้วย³⁹ โดยคำจำกัดความของคำว่า “สิทธิ” ได้มีนักกฎหมายได้ให้คำจำกัดความ ดังนี้

(1) ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของ “สิทธิ” อันเป็นความหมายของคำว่าสิทธิในหลักกฎหมายทั่วไป โดยสามารถปรับใช้ได้ทั้งกับกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนไว้ว่ามีสองความหมาย ได้แก่ การมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิคือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้” อันเป็นแนวความคิดของ Jhering และการมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ คือ “อำนาจที่กฎหมายออกให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง”⁴⁰

³⁸ มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของ บุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของ ประชาชน เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของ ปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น

³⁹ หยุด แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), หน้า 153.

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 11

(กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2535), หน้า 225-226.

(2) ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของ “สิทธิ” ว่า หมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคล ในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย” เป็นต้น⁴¹

ดังนั้น จากคำจำกัดความต่าง ๆ อาจกล่าวได้ว่าประชาชนมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐ เพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ที่สามารถรับรองและคุ้มครองให้ประชาชน และเพื่อให้ประชาชนในรัฐได้รับประโยชน์อันเป็นไปตามสิทธินั้น ๆ นอกจากนี้ สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังมีความหมายรวมถึง การให้หลักประกันในเชิงสถาบันจึงทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ ดังนั้น องค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐ จึงต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์ ได้รับความเคารพและได้รับการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลได้อย่างสมบูรณ์ในทางปฏิบัติ แต่ถ้าเป็นการกระทำใดที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจต่อรัฐในการควบคุมดูแล หรืออำนาจในการจัดการเรื่องใด ๆ ในสังคม ย่อมถือเป็นเรื่องที่ประชาชนได้มอบสิทธิส่วนหนึ่งไว้ให้แก่รัฐในการบริหารจัดการแล้ว ประชาชนย่อมต้องถือปฏิบัติตามหรือก็คือ สิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมาย ด้วยเหตุว่าสิทธิเป็นเรื่องของอำนาจที่จะบังคับเอาแก่บุคคลอื่นหรือรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลและกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่นเท่านั้น ยกตัวอย่าง แม้ว่าบุคคลจะมีอิสระในการทำสัญญาแพ่งตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตามนิติกรรมนั้นก็ต้องชอบด้วยเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด จึงเห็นได้ชัดว่า สิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมาย ทั้งนี้กฎหมายอาจจะกำหนดสิทธิไว้โดยชัดเจน หรือให้อำนาจแก่ปัจเจกชนไปกำหนดการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ต่อกันได้โดยเสรีราบเท่าที่นิติกรรมหรือข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชนส่วน **สิทธิที่บุคคลมีต่อรัฐ ก็เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติ**

สำหรับกรณีคำจำกัดความของคำว่า “เสรีภาพ” ได้มีนักกฎหมายได้ให้คำจำกัดความดังนี้

(1) ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของ “เสรีภาพ” ว่า หมายถึง “ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นมีอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ”⁴²

(2) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤตและคณะ ได้ให้ความหมายของ “เสรีภาพ” ว่าหมายถึง “สภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือ

⁴¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), หน้า 153.

⁴² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 29.

ปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวางบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่เท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำหรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง ไม่ให้กระทำในสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์ที่จะกระทำ”⁴³

ดังนั้น จากคำจำกัดความต่าง ๆ อาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพหมายถึงการที่บุคคลจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด โดยสมัครใจหรือหาได้อยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลอื่นหรือรัฐไม่ นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่าสิทธิและเสรีภาพมีความแตกต่างกันตรงที่ว่า สิทธิเป็นประโยชน์ในเรื่องที่ประชาชนสามารถเรียกจากบุคคลอื่นหรือรัฐ โดยที่การเรียกร้องมีทั้งสิทธิทางเอกชน เช่น สิทธิในทางแพ่ง แต่ถ้าเป็นการเรียกร้องเอาจากรัฐ สิทธินั้นก็จะเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง ส่วนอีกด้านหนึ่งนั้น เสรีภาพคือ ประโยชน์ในลักษณะที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ย่อมได้ตามอิสระ มิได้อยู่ภายใต้บังคับของผู้ใด แต่เสรีภาพนั้นจะส่งผลให้บุคคลผู้มีเสรีภาพนั้น ปลอดภัยจากการถูกบังคับให้กระทำ หรือไม่กระทำการใด ๆ อยู่แล้ว เมื่อยังมีสิทธิในเสรีภาพนั้น นอกจากนี้ เสรีภาพย่อมก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน กล่าวคือ เสรีภาพนั้นทำให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องต่อ “บุคคลอื่น” มิให้บุคคลอื่นหรือรัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการลิดรอนเสรีภาพ หากมีการลิดรอนเสรีภาพ ผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพย่อมมีสิทธิร้องขอหรือเยียวยาเพื่อให้ยุติการลิดรอนเสรีภาพนั้น หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมไปถึงกฎหมายด้วย นอกจากนี้แล้วเสรีภาพยังก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นในอันที่จะต้องเคารพในเสรีภาพด้วย โดยประชาชนคนอื่นย่อมไม่สามารถละเมิดเสรีภาพนั้นได้ แต่อย่างไรก็ดีต้องอยู่ในขอบเขตที่ว่ากฎหมายได้ให้อำนาจ และไม่เกินไปกว่ากรอบที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ กล่าวโดยสรุปแล้ว เมื่อสิทธิและเสรีภาพมีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงกันเมื่อถึงคราวพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแล้ว โดยส่วนใหญ่จะร่วมพิจารณาไปพร้อมกันว่ากิจกรรมที่ประชาชนหรือรัฐได้กระทำนั้น จะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือไม่

จากคำอธิบายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพข้างต้น การที่ประชาชนจะต้องถูกจำกัดสิทธิในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารโดยอาจถูกตรวจสอบเนื้อหาจากองค์กรที่เกี่ยวข้องทำให้ไม่สามารถเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารทุกประเภทได้ตามความต้องการ โดยหลักการย่อมถือเป็นการลิดรอนสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของผู้อื่น แต่เมื่อพิจารณาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมแล้ว เช่น การเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร ภาพหรือวิดีโอการทารุณกรรมสัตว์ การหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ เป็นต้น ซึ่งการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์หรืออินเทอร์เน็ตในช่องของโทรทัศน์นั้น ๆ ในประเทศไทยยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแล แต่ในการให้บริการในลักษณะ OTT ผ่านแอปพลิเคชันที่มีชื่อเสียงอย่าง Youtube Facebook เป็นต้น ประเทศไทยยังไม่มีองค์กรใดสามารถกำกับดูแลเรื่อง

⁴³ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), หน้า 86.

ดังกล่าวได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่สามารถเข้ามากำกับดูแลในกรณีดังกล่าวได้เนื่องจากถือเป็นกฎหมายที่ได้ให้อำนาจต่อรัฐในการควบคุมดูแล หรือจัดการเรื่องใด ๆ ในสังคม เป็นการที่ประชาชนได้มอบสิทธิส่วนหนึ่งไว้ให้แก่อำนาจในการบริหารจัดการแล้ว แม้อาจดูเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แต่เมื่อเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว บุคคลทุกคนต้องเคารพในสิทธิและเสรีภาพนี้ด้วย โดยไม่กระทำการใดที่เกินไปกว่ากรอบที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้

2) แนวคิดหลักความได้สัดส่วน

ตามหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยสรุปคือหลักความได้สัดส่วน แบ่งออกเป็น 1) หลักแห่งความจำเป็น ซึ่งเกี่ยวกับการดำเนินการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน โดยต้องเป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐจะเรียกร้องให้ประชาชนต้องยอมสละสิทธิและเสรีภาพของตนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นเท่านั้น ดังนั้น ถ้าไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าจำเป็นในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมาย ย่อมไม่ขัดต่อหลักแห่งความจำเป็น⁴⁴ 2) หลักแห่งความเหมาะสม ซึ่งเป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนโดยต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม คือการสามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้เกิดขึ้นได้จริง โดยจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยไม่กระทบถึงสิทธิบุคคลอื่น ดังนั้น การตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้ประชาชนกระทำการใดหรือมิให้กระทำการใด โดยที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นและประโยชน์มหาชนไม่ได้รับการคุ้มครอง ก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ขัดต่อหลักความเหมาะสม และ 3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือหลักความสมดุล ซึ่งเป็นการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนโดยต้องเป็นมาตรการที่ก่อประโยชน์แก่มหาชนมากกว่าที่จะเกิดความเสียหายให้แก่เอกชน แต่หากบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมอย่างมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ส่วนรวมพึงได้รับก็จะเป็นการขัดต่อหลักความสมดุล ทั้งนี้ การที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใดกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพหรือเกินความจำเป็นสมควรหรือไม่ คือจะใช้หลักความได้ส่วนนี้ ในการพิจารณาประกอบ กฎหมายที่ออกมาว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพเกินความจำเป็นหรือไม่ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมาย หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนได้ก็ตาม แต่ก็หาได้มีอำนาจตัด

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560).

หรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพด้วยไม่ ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เพิกถอนสิทธิเสรีภาพด้านใด ด้านหนึ่งของประชาชนย่อมมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และในทำนองเดียวกัน กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือการละเว้นไม่กระทำการใดเป็นความผิดทางอาญา และกำหนดระวางโทษทางอาญาไว้อย่างโหดร้ายทารุณหรือสร้างความอับอายแก่ผู้กระทำความผิด เช่นนี้ ย่อมเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมมีผลใช้บังคับไม่ได้

จากแนวคิดหลักความได้สัดส่วนนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าการกระทำใด ๆ โดยรัฐหากเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนย่อมจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการกระทำที่จำเป็น และเหมาะสมเท่านั้น รัฐจึงสามารถออกกฎหมายบังคับใช้ได้ให้ประชาชนปฏิบัติตามภายใต้สัดส่วนที่เหมาะสมและไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพเกินความจำเป็นสมควร สำหรับกรณีของการให้บริการลักษณะ OTT นี้ เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการควบคุมการเผยแพร่เนื้อหา หรือมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดออกมาอย่างชัดเจน แต่หากรัฐบาลจะมีนโยบายเพื่อที่จะควบคุมเรื่องดังกล่าว โดยการออกเป็นกฎหมายก็ควรคำนึงถึงแนวคิดหลักความได้สัดส่วนนี้เป็นประการแรก เนื่องจากการรับรู้ข้อมูลข่าวสารเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนที่มีสิทธิตามกฎหมายอย่างเสรีในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารทุกประเภท ดังนั้น การจำกัดการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมาย แต่เพื่อดำรงไว้ซึ่งความสงบสุขของประชาชนหากเป็นการเผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้อง เช่น ขัดต่อศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน รัฐบาลควรมีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในสังคมด้วยความเหมาะสม ไม่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปหรือเกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนส่วนใหญ่ ควรกำหนดข้อบังคับให้เกิดความสมดุลเพื่อประโยชน์ของมวลมหาชนมากกว่าที่จะเกิดความเสียหายแก่เอกชน

3) แนวคิดเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Speech)

แนวคิดเสรีภาพในการแสดงออก ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งถือกำเนิดและมีพัฒนาทางการทางประวัติศาสตร์มาเป็นเวลายาวนานตั้งแต่ช่วงสมัยกรุงเอเธนส์โบราณ เสรีภาพในการแสดงออกได้รับอิทธิพลครั้งแรกจากกฎหมายธรรมชาติที่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) และความเป็นปัจเจกชน (Individualism) และต่อมากลายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์พึงได้รับ แนวความคิดนี้ได้ถูกหลอมรวมและประยุกต์เข้ากับสังคม วัฒนธรรมแต่ละประเทศ และถูกนำมาใส่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ อาทิ ปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง⁴⁵ แม้แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่

⁴⁵ นที ศุกลรัตน์, “การกำกับดูแลเนื้อหาการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ประสพการณ์จากต่างประเทศสู่ประเทศไทย (Broadcasting Content Regulation : International

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน โดยในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”⁴⁶

เสรีภาพในการแสดงออกเป็นหลักการขั้นพื้นฐานและได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลในทุกสังคมระบอบประชาธิปไตย มิใช่เพียงเพราะเสรีภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น หากแต่มีความจำเป็นและประโยชน์นานัปการที่เสรีภาพในการแสดงออกจะยังให้เกิดแก่สังคม อาทิ การเสริมสร้างสังคมแห่งข้อมูล (Information Society) ตามแนวคิดตลาดแห่งความคิดเห็น (Marketplace of Ideas) ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยรัฐจะเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นที่หลากหลายได้ เป็นแนวคิดที่รับมาจากระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Liberal Economic Regime) ที่นำมาประยุกต์ใช้กับการควบคุมดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งจะก่อให้เกิดความหลากหลายของข้อมูลและความคิด เมื่อระดมความคิดเหล่านั้นมาไว้ในสื่อที่เป็นพื้นที่สาธารณะ ประชาชนจึงสามารถเข้าตรวจสอบได้ หรือมีทางเลือกในการตัดสินใจกับข้อมูลที่หลากหลายในสังคมข้อมูลข่าวสาร ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการรับรองเสรีภาพในการแสดงออก เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย⁴⁷

ในกรณีของการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ เสรีภาพในการแสดงออกมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการกำกับดูแลเนื้อหารายการ เนื่องจากกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์มีอิทธิพลต่อความคิด ความเข้าใจของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมระบอบประชาธิปไตย ที่ประชาชนได้รับสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกควบคู่ไปกับสิทธิที่จะได้รับรู้ข้อมูลข่าวสาร อย่างไรก็ดี หากปล่อยให้มีการใช้เสรีภาพในการแสดงออกอย่างไม่จำกัดแล้ว อาจนำไปสู่การ

Experiences to Thai Perspective (BCRIT)),” **บทความวิชาการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์** (ธันวาคม 2555).

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁴⁷ Toby Mendel and Eve Salomon, “Freedom of Expression and Broadcasting Regulation,” **UNESCO series CI Debates** 8 (February 2011): 8.

ใช้สื่อเป็นเครื่องมือหรือช่องทางในการแสวงหาประโยชน์ของผู้มีอิทธิพลหรือมีอำนาจเหนือสื่อ แทนที่จะคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมอันพึงจะเกิดแก่สังคมได้ ส่งผลให้เกิดการควบคุมและการโน้มแน่วความคิดของประชาชนในสังคม ด้วยเหตุนี้ เสรีภาพในการแสดงออกจึงเกี่ยวกับสังคมในทุกระดับ ในบทบาทที่ต่างกัน รัฐต้องรับรองเสรีภาพในการแสดงออกให้แก่ผู้ประกอบการและประชาชนทั่วไป ในขณะเดียวกันผู้ประกอบการหรือสื่อเองก็ต้องใช้เสรีภาพนั้นโดยคำนึงถึงหน้าที่ที่ตนมีต่อสังคม และเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ใช้สื่อในการแสดงออก ท้ายสุดแล้วประชาชนทุกคนก็ต้องใช้เสรีภาพดังกล่าวด้วยอย่างมีความรับผิดชอบด้วย⁴⁸

อย่างไรก็ดี สามารถกล่าวถึงหลักการสำคัญในเสรีภาพของการแสดงออกได้ ดังนี้⁴⁹

1) หลักการ: บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงออก โดยรัฐมีหน้าที่คุ้มครองว่าการแสดงความคิดเห็นต่าง ๆ นั้น สามารถกระทำได้โดยไม่ถูกจำกัดหรือแทรกแซงโดยรัฐ หากมิใช่เป็นการแสดงออกที่ผิดกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ การแสดงออกเช่นว่าได้รวมไปถึงความคิด (Idea) ความรู้สึก (Sentiment) ความเชื่อ (Belief) อีกทั้ง มิได้จำกัดแค่เพียงวาจา ยังรวมไปถึงอวัจนภาษาด้วย (Non-Verbal) ⁵⁰

2) เนื้อหาของการแสดงออก: ไม่มีกฎหมายใดที่จะพิสูจน์ถึงความถูกต้องในเรื่องความเห็น ความคิด ความรู้สึกต่าง ๆ ที่แสดงออกมาได้ ที่แตกต่างจากข้อมูลหรือข้อเท็จจริง แต่อย่างไรก็ดี สื่อกิจการกระจายเสียงและโทรทัศนย่อมมีความรับผิดชอบต่อสังคมที่สูงกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการนำเสนอข้อมูลหรือข่าวก็จะต้องนำเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง

3) เสรีภาพในการแสดงออกมิใช่สิทธิเด็ดขาด: ในเมื่อรัฐมีหน้าที่รับรองการมีเสรีภาพในการแสดงออก ขณะเดียวกัน รัฐก็ต้องหาขอบเขตหรือกรอบการใช้เสรีภาพด้วย สิ่งสำคัญที่ผู้กำกับดูแลต้องพิจารณาคือการใช้เสรีภาพในลักษณะใดถือว่าย่างคงอยู่ภายใต้ขอบเขตความคุ้มครองตามกฎหมายและการใช้เสรีภาพในลักษณะใดที่ถือว่าเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและสามารถกระทำได้โดยระดับการคุ้มครองเสรีภาพการแสดงออกมีความแตกต่างโดยขึ้นอยู่กับเนื้อหา โดยที่การตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพนี้ต้องเป็นไปอย่างชอบธรรม หรือแม้แต่สภาพสังคมที่แตกต่างก็ย่อมให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน อาทิ การกล่าวถึงลัทธินาซี ที่จะถูกกำกับดูแลอย่างเข้มงวดในประเทศสหภาพยุโรปเพราะถือเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหว ในขณะที่สหรัฐอเมริกาให้เสรีภาพในการแสดงออกเรื่องนี้ในระดับที่สูงในขอบเขตที่กว้างกว่า

⁴⁸ นที ศุกลรัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 31.

⁴⁹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 31.

⁵⁰ Joan Barata, "Broadcasting and Media Regulation," ใน **รายงานการประชุมประจำปี 2554** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน กสทช., 2554).

4) ลักษณะของเนื้อหาที่ถือว่าเกินขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก: ยกตัวอย่าง เช่นการยุยงส่งเสริมให้เกิดความแตกแยก คำพูดหรือการแสดงออกที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง การแสดงออกที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือการคุกคาม การแสดงออกที่ทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสีย การแสดงออกในทางลามกอนาจาร การแสดงออกในทางหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ เป็นต้น

5) ขอบเขตการใช้อำนาจอรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก: ประเด็นนี้จะขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ เช่น หากเป็นของสหรัฐอเมริกาจะมีแนวทางเป็นหลักการอยู่ 2 ประเด็น ได้แก่ การคำนึงถึงองค์ประกอบด้านเวลา สถานที่ และพฤติการณ์ และการให้คำนิยามคำว่าเสรีภาพซึ่งแน่นอนว่าการจำกัดว่าสิ่งใดอยู่นอกเหนือขอบเขตก็จะแตกต่างกันไปตามลักษณะของสังคม (Community values)⁵¹

6) หลักความเป็นธรรม: โดยหลักการแล้วผู้กำกับดูแลย่อมมีหน้าที่ให้สื่อเปิดโอกาสให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบหรือถูกพาดพิงถึงสามารถแสดงความคิดเห็นตอบโต้และชี้แจงได้ด้วยตรابطเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายกำหนด เพื่อข้อมูลที่จะออกอากาศหรือเผยแพร่ภาพไปสู่ประชาชนจะได้ถูกต้องและครบถ้วนมากขึ้น

จากแนวคิดนี้ หากมีการแก้ไขกฎหมายโดยออกมาตรการในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ จะเห็นได้ว่าโดยหลักแนวคิดเสรีภาพในการแสดงออกถือเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยเพราะเสมือนเป็นเครื่องหมายแห่งการแสดงออกซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลผู้หนึ่งจะมีในสังคม แต่อย่างไรก็ดี การที่รัฐบาลให้สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งมากเกินไป ย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลผู้อื่นโดยเฉพาะการให้อำนาจกับสื่อ เนื่องจากการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารโดยสื่อไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ทางวิทยุ โทรทัศน์ หรืออินเทอร์เน็ต ย่อมต้องเป็นการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารอย่างรวดเร็วต่อสาธารณชนซึ่งเป็นผู้คนหมู่มาก ดังนั้น หากเนื้อหาที่เผยแพร่เป็นเนื้อหาที่มีลักษณะต้องห้ามและสร้างผลกระทบให้แก่ผู้อื่น ผู้เสียหายย่อมต้องได้รับผลกระทบจากสังคมในวงกว้าง เช่นนี้ การที่ประชาชนจะแสดงความคิดเห็นใด ๆ ยังคงเป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลผู้หนึ่งย่อมพึงกระทำได้ แต่การแสดงออกซึ่งข้อมูลข่าวสารนั้นไปยังบุคคลผู้อื่น รัฐบาลอาจควรมีบทบาทเข้ามากำกับดูแลโดยอยู่บนพื้นฐานความเหมาะสมและความสมดุล

⁵¹ Andrea Millwood Hergrave, “Seminar on Broadcasting and Media Regulation Primer at the Blanquema School,” ใน รายงานการประชุม ประจำปี 2554 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน กสทช., 2554).

2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยเรื่องมาตรการในการลงโทษแก่ผู้แพร่ภาพและเสียงที่มีเนื้อหาไม่ถูกต้อง

1) ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นบทบังคับต่าง ๆ ที่ได้กำหนดเกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ที่รัฐเป็นผู้ประกาศเพื่อบังคับใช้ในการวางระเบียบในสังคม กฎหมายอาญาจึงมีลักษณะ⁵² ดังนี้

(1) เป็นข้อบังคับของรัฐ (Politicality) คือเป็นบทบัญญัติที่กำหนดโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจไม่รวมถึงกฎหรือข้อบังคับขององค์กรอื่นไม่ใช่รัฐ

(2) เป็นข้อบังคับที่มีความชัดเจนแน่นอน (Specificity) เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่มีความรุนแรง ดังนั้น การจะลงโทษผู้กระทำความผิดต้องลงโทษที่ได้กำหนดไว้ชัดเจนแล้วเท่านั้น

(3) ใช้บังคับแก่บุคคลทุกคน (Uniformity) คือ การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญา หากมีผู้กระทำการดังกล่าวนั้นย่อมเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย

(4) เป็นบทบัญญัติที่มีบทลงโทษ (Penal Sanction) เป็นการกำหนดสำหรับใช้บังคับผู้กระทำความผิด

ในการนี้ ทฤษฎีที่เกี่ยวกับโทษทางอาญาที่จะกล่าวถึงมีจำนวน 2 ทฤษฎีคือ ทฤษฎีเด็ดขาด และทฤษฎีสัมพันธ์⁵³

(1) ทฤษฎีเด็ดขาด (Absolute Theory) ถือว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่อยู่แล้วอันเป็นตามหลักกฎหมายแห่งกรรม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นย่อมต้องถูกลงโทษ แม้ว่าจะไม่มีรัฐก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ตั้งแต่ในทางปฏิบัติแล้ว ทั้งนี้ รัฐจะเป็นผู้ดำเนินการลงโทษเพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมาย อย่างไรก็ดี วัตถุประสงค์ในการลงโทษตามทฤษฎีนี้เห็นว่า การลงโทษเป็นสิ่งที่ควบคู่กับการกระทำความผิด หากไม่ดำเนินการสิ่งใด ย่อมเกิดข้อครหาได้ว่ารัฐได้สนับสนุนคนกระทำความผิด รวมทั้งทฤษฎีนี้ ยังเห็นว่าการลงโทษไม่ควรใช้เป็นเครื่องมือ ให้เกิดประโยชน์อย่างอื่นใด ไม่ว่าจะเป็นกับผู้ใด ดังนั้น กล่าวคือ ทฤษฎีนี้ไม่ได้คำนึงถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในทางป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ การลงโทษเกิดขึ้นโดยกฎหมายและกฎหมายก็เป็นเครื่องมือของรัฐ ซึ่งภารกิจหลักของรัฐย่อมหมายถึง สวัสดิภาพของประชาชนในรัฐ ดังนั้น การลงโทษตามกฎหมายก็

⁵² ประธาน วัฒนวาณิชย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา* (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2546), หน้า 46.

⁵³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, “แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการลงโทษ,” ใน *รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์* (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 195.

ควรกระทำอย่างยุติธรรม เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ถูกลงโทษเองหรือต่อประชาชนส่วนรวม ปัจจุบันมีความผิดอาญา (Crime) จำนวนมากโดยมีผู้กระทำความผิดหลากหลาย นอกเหนือจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับศีลธรรม ยังมีความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอีกด้วย⁵⁴

(2) ทฤษฎีสัมพันธ์ (Relative Theory) ทฤษฎีนี้เป็นการพิจารณาว่ารัฐควรลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์แก่ตัวผู้กระทำความผิดและประชาชนของสังคมส่วนรวม

การลงโทษต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดและสภาพแวดล้อมอื่น ๆ ด้วย ดังนั้นโทษจึงควรมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว เพื่อให้เกิดสำนึกในการกลับตัวกลับใจ ไม่กระทำความผิดซ้ำอีก ทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด ทฤษฎีนี้มีลักษณะเป็นการเน้นการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปแบบของการข่มขู่ไม่ให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิดหรือ เป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดดังที่กล่าวไว้ ดังนั้น การลงโทษจึงต้องมีลักษณะเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิด ไปกระทำความผิดซ้ำอีก⁵⁵

(3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขปรับปรุงหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด (Rehabilitation) ตามทฤษฎีนี้ เป็นการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ที่วางเป้าหมายไว้ในภายภาคหน้าโดยการลงโทษเพื่อการแก้ไขปรับปรุงนั้นจะส่งผลเป็นการเฉพาะตัวแก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษแล้วจะเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมและกลับตัวเป็นคนดีเพื่อให้เข้าสังคมได้อีกครั้ง โดยไม่เกิดปมด้อยว่าตนได้เคยกระทำความผิดและ ได้รับโทษ⁵⁶ แนวความคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษประเภทนี้ คือ การที่บุคคลกระทำความผิดเกิดขึ้นจากการที่จิตใจของผู้นั้นเห็นว่าสิ่งที่เขากระทำนั้นเป็นสิ่งถูกต้อง จึงกระทำลงไปโดยไม่รู้ตัวว่าเป็นสิ่งที่ผิด สาเหตุอาจเกิดจากสภาพแวดล้อมของบุคคลนั้นหรือสภาพจิตใจของเขาเองมีความเห็นที่ผิดเพี้ยนไป ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขหรือเยียวยาให้มีค่านิยมและทัศนคติที่ถูกต้องตรงกับบรรทัดฐานของสังคม ก็จะทำให้ผู้นั้นไม่กระทำความผิดต่อไป กรณีวิธีการลงโทษในลักษณะนี้ได้มีหลายวิธีขึ้นอยู่กับลักษณะและพื้นฐานทางจิตใจของผู้กระทำผิด การลงโทษตามความมุ่งหมายนี้ จึงมีลักษณะเป็นการแก้ไขผู้กระทำ

⁵⁴ อุททิศ แส่นโกศิก, **หลักกฎหมายอาญา: การลงโทษ** (กรุงเทพมหานคร: กรมสรรพสามิต, 2515).

⁵⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, **เรื่องเดิม**, หน้า 35.

⁵⁶ สหธน รัตนไพจิตร, **ความประสงค์ของการลงโทษอาญา ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 45.

ผิดเป็นรายบุคคล (Individualization) และมุ่งเน้นที่การบำบัดรักษา (Treatment) แทนการลงโทษ เพื่อให้ได้รับการเจ็บปวดทรมาน (Punishment)⁵⁷

จากทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญานี้ จะเห็นได้ว่าการลงโทษเป็นพื้นฐานในการทำให้สังคมมีความสงบสุข ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษเพื่อให้เกิดความกลัว เป็นการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความสำนึกและกลับตัวกลับใจ หรือจะเป็นการลงโทษเพื่อฟื้นฟูแก้ไขให้ผู้กระทำผิดมีความตั้งใจในการกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อีกครั้งก็ตาม ซึ่งการลงโทษเหล่านี้ย่อมต้องมีภายใต้การกระทำใด ๆ อันเป็นกฎของสังคม ส่วนระดับความรุนแรงจะขึ้นอยู่กับสภาพของการกระทำ ความผิดนั้น ๆ ซึ่งการกระทำผิดเกี่ยวกับการแพร่ภาพและเสียงของการให้บริการลักษณะ OTT ที่ยังมีได้ถูกกำหนดขึ้นนั้น อาจจะนำมาเทียบเคียงกับกฎหมายอื่น เช่น โทษของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งอาศัยโทษทางอาญาเข้ามาปรับบังคับใช้ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความกลัว เป็นต้น

2) ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางปกครอง

ความผิดทางปกครอง (Administrative Offense) เป็นความผิดที่มีความประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ในการจัดระเบียบความเรียบร้อยในรัฐ เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยความผิดเหล่านี้เกี่ยวข้องกับกิจการต่าง ๆ ที่คนในสังคมต้องประกอบอยู่ในการดำเนินชีวิตประจำวัน โดยมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะยกระดับมาตรฐานความปลอดภัย ป้องกันความไม่สุจริตระหว่างกัน รวมทั้งระงับการใช้ความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นจากการอยู่ร่วมกัน⁵⁸ โดยมีลักษณะเป็นการที่รัฐเป็นผู้เสียหาย ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่โดยตรงที่จะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในการบริหารงานของรัฐ ซึ่งรัฐควรกำหนดวิธีการที่สะดวกและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้อย่างทั่วถึง โดยโทษทางปกครองนี้ ถือเป็นสภาพบังคับทางปกครองที่มุ่งใช้กับผู้กระทำที่ฝ่าฝืนความผิดทางปกครองเพราะเหตุแห่งลักษณะของการกระทำความผิดทางปกครองไม่มีลักษณะความร้ายแรงและไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคม ดังนั้น การกำหนดสภาพบังคับสำหรับความผิดดังกล่าว จึงต้องใช้มาตรการที่ไม่มีลักษณะรุนแรงต่อผู้กระทำความผิดดังกล่าว

⁵⁷ เชษฐภัทร พรหมชนะ, การนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับค่าปรับนอกเหนือการกักขังแทนค่าปรับ (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546).

⁵⁸ Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (London: Stevens & Sons, 1978), pp. 8-9.

โทษทางปกครองสามารถสรุปลักษณะได้ ดังต่อไปนี้⁵⁹

- (1) ลักษณะของโทษทางปกครอง: เป็นมาตรการลงโทษ เนื่องจากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งทางปกครอง
- (2) วัตถุประสงค์: เพื่อประโยชน์แห่งการบริการสาธารณะซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

(3) ระดับความร้ายแรง: ความผิดที่จะกำหนดให้มีโทษทางปกครองโดยมากจะเป็นกรณีที่มีการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำ เพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะ โดยลักษณะของความผิดดังกล่าวจะไม่มีลักษณะเป็นความชั่วร้ายหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(4) องค์กรผู้ใช้อำนาจลงโทษ: เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในองค์กรของรัฐเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและกำหนดโทษทางปกครอง ซึ่งจะอยู่ในรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง กรณีวิธีการดำเนินการและลักษณะที่รัฐจะนำโทษทางปกครองไปใช้แก่ผู้ถูกลงโทษทางปกครอง อธิบายได้ดังนี้

(1) วิธีการดำเนินการและลักษณะของโทษทางปกครอง การกำหนดประเภทของโทษทางปกครองจะมีรูปแบบที่แตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษและจะสอดคล้องกับสภาพของบริการสาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้นำโทษทางปกครองไปกำหนดไว้ในกฎหมายหลายด้านได้ดังนี้⁶⁰

ก) โทษที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ โดยโทษนี้จะกำหนดควบคู่ไปกับการประกอบกิจการประเภทที่ต้องมีการควบคุมหรือตรวจสอบโดยฝ่ายปกครอง และการเริ่มต้นประกอบกิจการนั้นจะต้องมีการขออนุญาตของจดทะเบียน หรือเมื่อได้ประกอบกิจการแล้วจะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานตามกฎหมายรับรู้สำหรับโทษทางปกครองประเภทนี้อาจแบ่งรูปแบบออกไปตามความรุนแรงของโทษที่จะกำหนดโดยเริ่มจากมีคำสั่งจำกัดการประกอบกิจการ การพักใช้ใบอนุญาตหรือการจดทะเบียนหรือการให้

ข) โทษทางการเงิน โดยโทษนี้เป็นโทษทางปกครองที่มีการนำมาใช้อย่างทั่วถึงทั้งประเทศ โดยกระทำในรูปของโทษปรับทางปกครอง หรือการมีคำสั่งระงับการจ่าย หรือให้หักเงินช่วยเหลือตามกฎหมายก็ได้ การกำหนดโทษปรับทางปกครอง ซึ่งจะกำหนดโทษปรับให้มีอัตราสูง

⁵⁹ อรรถสิทธิ์ กันมล, ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549).

⁶⁰ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เสนอคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

เพื่อให้ผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนกฎหมายเกรงกลัว และมักจะกำหนดโทษขั้นต่ำสุดจนถึงสูงสุดเอาไว้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ๆ ไป

ค) โทษที่กระทบต่อชื่อเสียง โดยโทษนี้จะเกี่ยวกับการประกอบกิจการบางประเภทจำเป็นต้องอาศัยความน่าเชื่อถือ ชื่อเสียงของผู้ประกอบการเป็นสำคัญ เพราะฉะนั้นการกำหนดโทษทางปกครองที่จะทำให้ชื่อเสียงหรือความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบการต้องเสียไปจึงนำมาใช้กับกรณีนี้ได้

ฅ) การเปรียบเทียบคดีตามใบสั่ง โดยโทษนี้เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเปรียบเทียบคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล ทั้งนี้ เพื่อลดภาระของศาลในการพิจารณาคดีเล็กน้อย โดยเมื่อมีผู้กระทำการอันกฎหมายห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกใบสั่ง (Infringement notice) แจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลดังกล่าวทราบ และให้มาชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบซึ่งต้องไม่เกินเพดานที่กฎหมายกำหนด หากบุคคลดังกล่าวไม่ชำระค่าปรับตามที่เปรียบเทียบ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องฟ้องบุคคลดังกล่าวเป็นคดีต่อศาล

(2) การบังคับใช้โทษทางปกครอง โดยหลักจะออกมาในรูปของคำสั่งทางปกครอง โดยมีการพิจารณา 2 ประการ ด้วยกัน ได้แก่

ก) องค์การที่ทำหน้าที่กำหนดโทษทางปกครอง โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ทางปกครองจะมีอำนาจตามกฎหมายในการกำหนดโทษทางปกครองสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ โดยเจ้าหน้าที่ผู้กำหนดโทษอาจเป็นปัจเจกบุคคล เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น หรือจะกระทำในรูปแบบของกลุ่มบุคคลในลักษณะของคณะกรรมการเพื่อพิจารณาโทษตามที่กฎหมายกำหนด

ข) ระบบกฎหมายที่นำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาโทษทางปกครอง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งลงโทษทางปกครองอันถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น กระบวนการทำคำสั่งจึงอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น หลักการโต้แย้งคำสั่ง หลักการฟังความสองฝ่าย แต่ในบางประเทศก็มีการพัฒนาหลักการลงโทษทางปกครองไปมากแล้ว จึงมีการตรากฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับโทษทางปกครองขึ้นบังคับใช้เป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศเยอรมัน มีการตราบัญญัติว่าด้วยการละเมิดต่อกฎระเบียบขึ้นบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1952 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1968 และปี ค.ศ. 1987 ประเทศอิตาลี มีการตราบัญญัติลงวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1981 ว่าด้วยการปรับเปลี่ยนระบบการลงโทษทางอาญา เป็นต้น⁶¹

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

จากทฤษฎีความรับผิดชอบทางปกครองนี้จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันระหว่างโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง โดยโทษทางอาญาจะเน้นที่การลงโทษตัวบุคคล การจำกัดสิทธิบางประการในร่างกาย เช่น การจำกัดเสรีภาพ การลงโทษต่อเนื่องต่อตัวร่างกาย เป็นต้น แต่สำหรับการลงโทษทางปกครองจะเป็นวิธีที่ต้องสอดคล้องกับสภาพของบริการสาธารณะที่รัฐมุ่งคุ้มครองเป็นหลัก อาทิ การเพิกถอนสิทธิ การเปรียบเทียบตามใบสั่ง เป็นต้น ซึ่งการลงโทษสำหรับการให้บริการลักษณะ OTT ยังไม่มีกฎหมายออกเป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดี อาจจะสามารถนำมาปรับใช้ได้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยกฎหมายกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนการเผยแพร่เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายโดยวิธีการปกปิดไว้ในอนุญาตและเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งถือเป็นวิธีการลงโทษทางปกครองรูปแบบหนึ่ง

3) แนวคิดเรื่องเขตอำนาจศาลในการลงโทษ

โดยทั่วไปแล้วนั้น การบังคับใช้กฎหมายอาญาของแต่ละประเทศ ย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้ภายในประเทศของตนเอง เพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่น ๆ ดังตัวอย่างกรณีสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritoriality/Extraterritorial Right) ซึ่งประเทศหนึ่งมีสิทธิพิเศษที่จะใช้กฎหมายในประเทศของตนไปบังคับใช้กับบุคคลสัญชาติของตน ที่ไปกระทำความผิดนอกประเทศ อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายอาญา อาจขยายขอบเขตออกไปนอกประเทศได้ ด้วยเหตุผลของความเกี่ยวพันทางสัญชาติ ความมั่นคงภายในประเทศ หรือเพื่อความสุขโดยรวมของสังคมโลก ซึ่งสามารถแบ่งหลักการในการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวได้ 5 ประการ⁶² ดังนี้

(1) หลักดินแดน (Territorial Principle)

เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดนนี้มีด้วยกัน 4 ลักษณะ ที่รัฐ ๆ หนึ่งสามารถตรากฎหมาย พิจารณาคดีและลงโทษได้ ดังนี้

ก) การใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนที่เป็นอัตวิสัย (Subjective Territorial Principle) หรือก็คือหลักดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้กระทำความผิด อาทิ คนไทยอยู่ในไทยยิงคนพม่าตาย เช่นนี้ไทยมีเขตอำนาจศาลตามหลักดินแดนของเจ้าของสัญชาติผู้กระทำความผิด

ข) การใช้เขตอำนาจรัฐตามหลักดินแดนที่เป็นภาวะวิสัย (Objective Territorial Principle) หรือก็คือหลักดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้เสียหาย จากกรณีข้างต้นพม่ามี

⁶² กัญญา หิรัญย์วัฒนพงศ์, **ความรับผิดชอบของรัฐ**, เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและคดีอาญา (เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549).

เขตอำนาจศาลตามหลักการนี้ นอกจากนี้ ในหลักการเรื่องเขตอำนาจศาลตามหลักดินแดนของรัฐผู้เสียหาย สหรัฐได้พัฒนาหลักการ “The Effect Doctrine” ซึ่งในเบื้องต้นนั้น หลักการนี้ใช้ในกรณี Anti-Trust กล่าวคือ เมื่อมีการจำกัดการค้าหรือข้อตกลงที่ขัดต่อการแข่งขันระหว่างบริษัท แม้ว่าไม่ได้มีเจตนาที่จะสร้างความเสียหายให้กับสหรัฐซึ่งศาลสหรัฐจะถือว่ามิใช่เขตอำนาจศาลแม้องค์ประกอบความผิดไม่ได้เกิดในสหรัฐ แต่สหรัฐได้รับผลต่อเศรษฐกิจ หรือกล่าวได้ว่าเป็นการใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตนั่นเอง

ค) หลักดินแดนด้วยสาเหตุการติดตามอย่างกระชั้นชิด (Hot Pursuit) กล่าวคือเป็นกรณีที่มีข้อสงสัยอย่างยิ่งว่าเรือกำลังทำผิด หรือเมื่อเกิดการกระทำผิดในเรือในเขตของทะเลอาณาเขต และ/หรือ ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone) รัฐชายฝั่งมีสิทธิติดตามเรือนั้นเข้าไปในทะเลหลวงได้ถ้าการติดตามนั้นกระทำอย่างกระชั้นชิดและต่อเนื่อง (Hot and Continuous)

ง) เขตอำนาจศาลตามหลักดินแดนที่มีส่วนในความผิด แต่ผลความผิดนั้นเกิดในอีกรัฐ (Participation in or Attempt to Commit a Crime) กล่าวคือ รัฐทั้งสองรัฐ โดยที่รัฐหนึ่งเป็นสถานที่ในการก่อหรือวางแผนการกระทำผิด และอีกรัฐหนึ่งที่มีผลความผิดเกิดขึ้น ต่างก็มีเขตอำนาจศาลด้วยกันทั้งสองรัฐ

(2) หลักสัญชาติผู้กระทำความผิด (Nationality or Active Personality Principle)

รัฐแต่ละรัฐมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีของผู้กระทำความผิดที่มีสัญชาติของรัฐนั้น ๆ โดยหลักแล้วถ้ามีการขัดกันของเขตอำนาจศาลระหว่างหลักดินแดนและหลักสัญชาติแล้ว ให้ใช้หลักดินแดน เช่น คดี Friedrich Engel Case เป็นกรณีที่อดีตทหารนาซีเองเกล อายุ 93 ปี ในศาลคดีอาชญากรรมสงครามในปี 2002 ที่เยอรมันโดยที่อิตาลีก็เร่งให้มีการดำเนินคดี นอกจากนั้น ในศาลทหารอิตาลีในปี 1999 ก็ได้พิจารณาคดีของเองเกล โดยที่เขาไม่ได้ปรากฏตัวต่อศาล คดีนี้เยอรมันไม่ส่งตัวเองเกล ไปเข้ารับการพิจารณาคดีที่อิตาลีเพราะเยอรมันจะไม่ส่งคนสัญชาติของตนไปในความผิดอาญาที่กระทำในรัฐอื่น ซึ่งปัจจุบันหลายประเทศได้ตรากฎหมายที่ทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติมีเขตอำนาจศาลในความผิดที่กระทำนอกอาณาจักรแล้ว

(3) หลักป้องกัน (Protective or Security Principle)

เขตอำนาจศาลตามหลักป้องกัน กล่าวคือ รัฐมีเขตอำนาจศาลต่อคนที่กระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของชาติ แม้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำนอกอาณาจักรก็ตาม เช่น ความมั่นคง เอกภาพทางดินแดน เกราชหรืออิสระทางการเมือง รวมถึงภัยอันตรายทางเศรษฐกิจ เป็นต้น เช่น Attorney-General of the Government of Israel v. Eichman [1961] Eichman เป็นคนเยอรมันได้รับมอบให้ดูแลการฆ่าคนยิวหกล้านคนในยุโรป หลังสงครามเขาได้รับหนังสือเดินทางของผู้ลี้ภัยจากองค์การอนุโลมแดงภายใต้ชื่อใหม่และไปอยู่ที่อาร์เจนตินา ในปี 1960 สายลับ

อิสราเอลพบตัวเขาและลักพาตัวมาที่อิสราเอลเพื่อขึ้นศาลและได้รับคำพิพากษาประหารชีวิต ศาลอิสราเอลอ้างเขตอำนาจศาลตามหลักป้องกันนี้

(4) หลักเขตอำนาจศาลสากล (Universal Principle)

เขตอำนาจศาลสากล คือ เป็นกรณีที่รัฐทั้งหลายที่คนกระทำผิดอาศัยอยู่โดยรัฐนั้นสามารถใช้เขตอำนาจศาลเพราะเหตุว่า ความผิดที่กระทำนั้นเป็นความผิดอาญาสากล เช่น โจรสลัด การก่อวินาศกรรม การค้าทาส ยาเสพติด ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมสงคราม เป็นต้น

(5) หลักสัญชาติผู้เสียหาย (Passive Nationality or Personality Principle)

รัฐมีเขตอำนาจศาลเมื่อผู้เสียหายในคดีอาญานั้น เป็นคนสัญชาติของตน หลักการนี้เป็นการปกป้องคนในชาติของรัฐนั้น ๆ ซึ่งหลักการนี้มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ซึ่งในสมัยโรมันก็ใช้หลักการนี้ เมื่อคนโรมันไปยังจักรวรรดิโรมันก็มักจะประกาศตนว่าเป็นคนโรมันก็จะได้รับการผ่อนผันและได้รับการดูแล หลักการนี้อย่างไรก็ตาม ไม่ได้มีการยอมรับมากนักโดยเฉพาะจากประเทศเล็ก ๆ ในภาวะการณ์ของการก่อการร้ายที่เพิ่มมากขึ้น หลักการเขตอำนาจศาลของรัฐผู้เป็นเจ้าของสัญชาติผู้เสียหายก็ได้รับการยอมรับและปฏิบัติมากขึ้น

จากแนวคิดเรื่องเขตอำนาจศาลในการลงโทษนี้ เมื่อนำมาวิเคราะห์กับเรื่องการให้บริการลักษณะ OTT จะเห็นได้ว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดเผยแพร่เนื้อหาสู่สาธารณชนในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษตามกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในฐานะความผิดที่เกี่ยวข้อง แต่อย่างไรก็ดี กรณีผลความเสียหายที่คงค้างอาจยังคงอยู่ในระบบ ซึ่งผู้ที่เป็นเจ้าของระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวส่วนใหญ่เป็นผู้ให้บริการต่างชาติ ดังนั้น เมื่อเกิดเหตุอาชญากรรมใด ๆ ขึ้น ผู้ที่ต้องรับผิดชอบจึงควรมี 2 บุคคล ได้แก่ ผู้กระทำความผิดที่นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ด้วยข้อมูลที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย และผู้ให้บริการเว็บไซต์หรือช่องทางการเผยแพร่ที่ไม่ลบข้อมูลออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของตน เช่นนี้การต้องรับผิดชอบของผู้ให้บริการดังกล่าวอาจนำหลักดินแดน หลักสัญชาติผู้กระทำความผิด หลักเขตอำนาจศาลสากล (ความผิดที่กระทำเป็นความผิดสากล) และหลักสัญชาติของผู้เสียหายมาปรับใช้ได้ อาทิ ผู้ให้บริการเป็นองค์กรในประเทศสหรัฐอเมริกา และผู้เสียหายเป็นคนไทย กรณีนี้ ศาลที่มีเขตอำนาจคือศาลในประเทศอเมริกา และศาลไทย ตามหลักดินแดน หลักสัญชาติผู้กระทำความผิดและหลักสัญชาติผู้เสียหาย เป็นต้น

2.2.3 แนวคิดว่าด้วยเรื่ององค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT

1) แนวคิดว่าด้วยเรื่องการมอบอำนาจ

โดยหลักแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจะมีอำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง กฎหมายจะกำหนดอำนาจและหน้าที่นั้น ๆ ไว้อย่างชัดเจน ผู้ที่กฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจไว้ย่อมไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น ๆ ได้ อันเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายปกครองที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”⁶³ หมายความว่า การที่บุคคลใดจะมีอำนาจหน้าที่เรื่องใด กฎหมายต้องกำหนดอำนาจและหน้าที่ไว้ แต่ด้วยข้อจำกัดหลายประการในความเป็นจริง องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจย่อมไม่อาจใช้อำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายด้วยตนเองได้ทุกกรณีด้วยเหตุการณ์ที่ซับซ้อนและจำนวนงานที่มีมากขึ้นทุกขณะ การมอบอำนาจทางปกครองจึงเป็นการกระทำการแทนที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายยังคงปฏิบัติงานอยู่ในตำแหน่งและไม่ได้มีเหตุขัดข้องที่ทำให้ไม่อาจทำหน้าที่ได้ โดยการที่ได้มอบอำนาจไปนั้น ก็เพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ความจำเป็นของการมอบอำนาจทางปกครองมี 2 ประการหลัก ๆ⁶⁴ ได้แก่ เหตุผลที่เกี่ยวข้องกับความล่าช้าในการปฏิบัติราชการแทน เพื่อเป็นเครื่องมือของผู้บังคับบัญชาในการกระจายงานที่อยู่ในความรับผิดชอบให้ส่วนงานย่อยภายในองค์กรตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ปฏิบัติการแทนต่อไป อันเป็นการแบ่งเบาภาระของผู้บังคับบัญชาโดยจะได้ให้ความสำคัญกับเรื่องที่มีความสำคัญหรือต้องการการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเป็นพิเศษอย่างเต็มที่ และอีกประการหนึ่งคือเหตุผลเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการตัดสินใจ โดยหลักกฎหมายจะกำหนดให้การตัดสินใจในเรื่องใด ๆ เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาในระดับสูงในฝ่ายปกครอง แต่มักปรากฏข้อเท็จจริงอยู่เสมอว่าผู้มีอำนาจนี้ไม่มีโอกาสได้อยู่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ด้วยสภาพเช่นนี้จึงอาจนำมาซึ่งการตัดสินใจที่ผิดพลาดได้ และเพื่อป้องกันความผิดพลาดในอันที่อาจจะเกิดขึ้นได้นี้ จึงไปอ้างแนวบรรทัดฐานในอดีตของตนโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่แปรเปลี่ยนไป ดังนั้น จึงอาจนำมาซึ่งผลเสียแก่การปฏิบัติราชการ ปัญหาดังกล่าวอาจถูกแก้ไขได้ด้วยการมอบอำนาจในเรื่องนั้น ๆ ให้แก่ส่วนงานผู้ปฏิบัติงานระดับล่างที่มีความใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากกว่าให้เป็นผู้ตัดสินใจเรื่องนั้น ๆ ไปเอง ด้วยซึ่งย่อมส่งผลในทางเพิ่มประสิทธิภาพในการตัดสินใจให้เป็นไปโดยถูกต้องมากยิ่งขึ้น

จากแนวคิดเรื่องการมอบอำนาจนี้ เมื่อนำมาวิเคราะห์กับเรื่องการให้บริการลักษณะ OTT จะเห็นได้ว่า การให้บริการลักษณะนี้ยังไม่มีองค์กรใดที่ทำหน้าที่เฉพาะเพื่อเข้ามาบริหารจัดการ

⁶³ พนม เอี่ยมประยูร, “การมอบอำนาจในฝ่ายบริหาร,” วารสารนิติศาสตร์ 18, 3 (กันยายน 2531): 15.

⁶⁴ กริช ภูณียามา, การมอบอำนาจทางปกครองในระบบราชการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550).

ในหลาย ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นการกำกับดูแลการให้บริการของผู้เผยแพร่เนื้อหาผ่านการให้บริการลักษณะ OTT หรือมาตรการในการลงโทษผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ซึ่งหากรัฐบาลจะดำเนินการจัดตั้งองค์กรใหม่เป็นการเฉพาะเพื่อมาทำหน้าที่ดูแลเรื่องดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดความล่าช้าและไม่สะดวกในการบริหารจัดการ ดังนั้น หากมีการมอบอำนาจให้กับองค์กรที่มีการจัดตั้งอยู่แล้วในปัจจุบัน และมีหน้าที่ใกล้เคียงกับภารกิจของการให้บริการลักษณะดังกล่าว ย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารจัดการแก่สาธารณะชนมากกว่า เนื่องจากองค์กรเช่นนั้นมีประสิทธิภาพและมีผู้มีความรู้เฉพาะทางอยู่แล้ว ย่อมเข้าใจสภาพปัญหาและสามารถบริหารจัดการได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

2) แนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรอิสระ

องค์กรอิสระ⁶⁵ หมายถึง องค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับการกิจของรัฐตามบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเป็นองค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษ ซึ่งได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติภารกิจหน้าที่ได้โดยอิสระ ไม่มีการแทรกแซงขององค์กรของรัฐอื่นหรือสถาบันการเมืองอื่น

แม้ว่าในต่างประเทศที่เป็นรัฐประชาธิปไตย ได้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent Regulatory Agency) มานานแล้ว โดยองค์กรอิสระจัดเป็นสถาบันทางการบริหารเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยโครงสร้างระบบบริหารรูปแบบเดิมมีข้อจำกัด เนื่องจากมีการจัดลำดับของอำนาจหน้าที่และการควบคุมบังคับบัญชาตามลำดับชั้น ทำให้เกิดความล่าช้าและขาดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวมและสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่สำหรับประเทศไทย องค์กรอิสระได้ถือกำเนิดขึ้นเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองหรือรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการทำงานของฝ่ายการเมืองและฝ่ายราชการในด้านต่าง ๆ รวมทั้งเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกทางหนึ่งด้วย แต่มีความหมายครอบคลุมไปถึงสถาบันตุลาการด้วย ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้พอเพียงกับการบริหารงานโดยอิสระขององค์กรฝ่ายตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และองค์กรอิสระ คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ทั้งนี้ เนื่องจากระบบเดิม องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกับองค์กรผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอยู่ในองค์กรเดียวกัน คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และ

⁶⁵ นกตล เสงเจริญ, องค์กรอิสระ: ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ, ค้นวันที่ 1 มกราคม 2562 จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=895>

องค์กรฝ่ายตุลาการ ต่างก็เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจและในขณะเดียวกันองค์กรนั้นเองก็มีหน้าที่ในการตรวจสอบกันเองด้วย ระบบที่ถูกออกแบบขึ้นมาใหม่ได้จัดตั้งหรือแยกกลไกการตรวจสอบการใช้ อำนาจออกจากกลไกการใช้อำนาจเพิ่มเติมผ่านองค์กรพิเศษซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรเฉพาะ นอกจาก องค์กรฝ่ายตุลาการ นั่นก็คือ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทั้งห้าองค์กรดังกล่าว โดยมีเจตนารมณ์ที่จะ เสริมช่องว่างในโครงสร้างการบริหารประเทศ เนื่องจากปัญหาการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ขององค์กร ตรวจสอบการใช้อำนาจที่ผ่านมาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะอาจถูก ครอบงำจากฝ่ายการเมือง

องค์กรอิสระนอกจากจะมีองค์กรตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นองค์กร อิสระแล้วนั้น ยังมีการกำหนดโดยใช้อำนาจหน้าที่ในการกำหนดให้เกิดองค์กรที่เป็นอิสระขึ้นอีกด้วย เช่น มาตรา 60 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี 2560 ได้กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มี องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อรับผิดชอบและกำกับ การดำเนินการเกี่ยวกับ คลื่นความถี่ ในการนี้ องค์กรดังกล่าวต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จาก ผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็น ป้องกันมิให้คลื่นความถี่รบกวน กัน รวมตลอดทั้งป้องกันการกระทำที่มีผลเป็นการขัดขวางเสรีภาพในการรับรู้ หรือปิดกั้นการรับรู้ ข้อมูลหรือข่าวสารที่ถูกต้องตามความเป็นจริงของประชาชน และป้องกันมิให้บุคคล หรือกลุ่มบุคคลใดใช้ ประโยชน์จากคลื่นความถี่โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของประชาชนทั่วไป รวมตลอดทั้งการกำหนดสัดส่วนขั้นต่ำที่ ผู้ใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

จากแนวคิดเรื่องการจัดตั้งองค์กรอิสระนั้น จะเห็นได้ว่าการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารไป ยังสาธารณะเป็นการดำเนินการที่กระทบต่อคนหมู่มาก ดังนั้น จึงควรมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ เข้ามากำกับดูแล ซึ่งองค์กรที่ว่าควรมีสถานะเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การสั่งการของผู้ใดเพื่อป้องกัน ประชาชนไม่ให้เกิดความเข้าใจผิดในข้อมูลข่าวสารที่ได้รับและป้องกันการก่อให้เกิดจลาจลรวมไปถึง การไม่ให้ประชาชนถูกครอบงำจากองค์กรทางการเมืององค์กรใดองค์กรหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจน ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี 2560 ได้กำหนดให้รัฐต้องมีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในการ ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ ซึ่งในที่นี้กล่าวถึงองค์กร สำนักงาน กสทช. ซึ่งมีหน้าที่หลักในการกำกับดูแลการบริหารคลื่นความถี่เกี่ยวกับวิทยุ โทรทัศน์ และ โทรคมนาคม แต่อย่างไรก็ดี แม้การให้บริการลักษณะ OTT จะมีใช้การให้บริการในลักษณะใช้คลื่น ความถี่ในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร แต่ก็เป็นการให้บริการในลักษณะที่ใกล้เคียงกับการใช้คลื่น ความถี่ในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารไปยังสาธารณะชน อีกทั้ง สำนักงาน กสทช. ยังมีภารกิจในการ กำกับดูแลการให้บริการในลักษณะไม่ใช้คลื่นความถี่อีกด้วย จึงอาจเป็นองค์กรที่เหมาะสมในการกำกับ ดูแลการให้บริการประเภทนี้ก็เป็นได้

บทที่ 3

การศึกษากฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและในต่างประเทศ

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT มีแต่เพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น จึงยังคงเกิดประเด็นปัญหาในเรื่องมาตรการในการกำกับดูแลด้านต่าง ๆ ของผู้ให้บริการในลักษณะนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะแบ่งประเด็นปัญหาออกเป็น 2 เรื่อง ได้แก่ 1) ประเด็นที่ไม่มีกฎหมายในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องเนื้อหาที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมและมาตรการในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่ไม่ดำเนินการลบเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องดังกล่าวออกจากระบบคอมพิวเตอร์ และ 2) องค์กรใดที่เป็นองค์กรอันควรมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT

การศึกษากฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศในส่วนนี้ จะมุ่งศึกษาความแตกต่างของการบังคับใช้กฎหมายหรือแนวทางการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ระหว่างประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ ซึ่งจะยกตัวอย่างมาพอสังเขป อันอาจมีความเหมือนหรือความแตกต่างกันในลักษณะของการกำกับดูแลรวมถึงการแก้ปัญหาในแต่ละด้านตามบริบทของสังคมของแต่ละประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการศึกษา เปรียบเทียบ วิเคราะห์และสังเคราะห์แนวทางการกำกับดูแลที่เหมาะสมและมีความเป็นไปได้มากที่สุดเพื่อมาวางหลักเกณฑ์การกำกับดูแลภายในประเทศไทยต่อไป การศึกษามาตรการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ในต่างประเทศที่จะนำมาศึกษาและวิเคราะห์นั้นมีจำนวนทั้งหมด 3 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งประเทศดังกล่าวมีมาตรการในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ในเบื้องต้นแล้วทุกประเทศ หากแต่จะมีรายละเอียดของการบังคับใช้มาตรการที่แตกต่างกัน รวมไปถึงวิธีการและองค์กรที่ทำการกำกับดูแลด้วย

สำหรับเหตุที่ยกประเทศทั้ง 3 มาเปรียบเทียบกับเรื่องดังกล่าวเป็นเพราะว่า แม้แต่ละประเทศยังไม่สามารถกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยสมบูรณ์แบบจากเจ้าของผู้ให้บริการ OTT ทุกรายได้ แต่สหราชอาณาจักร และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าอย่างมากและเรียกได้ว่าเป็นประเทศแรก ๆ ในการริเริ่มการให้บริการลักษณะ OTT ดังนั้น ถึงแม้ว่าปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้กำกับดูแลเรื่องดังกล่าว แต่มาตรการใด ๆ ที่มีอยู่ย่อมมีความชัดเจนมากกว่า

ประเทศอื่น ๆ สำหรับประเทศเกาหลีใต้⁶⁶ นั้น เป็นประเทศเอเชียประเทศแรกที่มีการริเริ่มการให้บริการ ลักษณะ OTT อีกทั้ง ยังมีการให้บริการอย่างแพร่หลายในอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ซีรีส์ หรือสื่อบันเทิง ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุผลสำคัญในการนำประเทศทั้ง 3 มาเป็นหลักในการศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องนี้

3.1 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT

3.1.1 กิจกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

กิจกรรมที่เกี่ยวกับกิจการกระจายเสียง กิจการวิทยุ กิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคมหรือ กิจการอันเกี่ยวกับการใช้คลื่นความถี่ ย่อมถือเป็นสมบัติภายในชาตินั้น ๆ เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชนอันต้องได้รับการจัดสรรที่เหมาะสม ดังนั้น ไม่ว่าประเทศใดย่อมต้องมีกฎหรือหลักเกณฑ์ในการจัดสรรกิจการดังกล่าวให้ถูกต้องเป็นระเบียบ ซึ่งวิธีการในการกำกับดูแลนั้น อาจจะขึ้นอยู่กับสภาพการใช้งาน ความนิยมในการใช้งาน หรือสภาพสังคมและการใช้ชีวิตความเป็นอยู่ของแต่ละประเทศนั้น ๆ ซึ่งในประเทศไทยสามารถแบ่งกิจกรรมที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายได้ ดังนี้

1) กิจการกระจายเสียง

กิจการกระจายเสียงตามความหมายของพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553⁶⁶ สรุปความได้ว่า หมายถึงกิจการวิทยุกระจายเสียงและกิจการกระจายเสียงอื่น ๆ ซึ่งให้บริการการส่งข้อมูลข่าวสารในลักษณะทั่วไป ผ่านไปยังเครื่องรับที่สามารถรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าหรือระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกัน ก็ให้ถือว่าเป็นกิจการกระจายเสียงทั้งสิ้น เช่น วิทยุผ่านคลื่นสถานีต่าง ๆ ที่ได้รับการอนุญาต วิทยุสื่อสารทั้งของภาครัฐและส่วนบุคคล

2) กิจการโทรทัศน์

กิจการโทรทัศน์ ตามความหมายของพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553⁶⁷ สรุปความได้ว่า หมายถึงกิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข้อมูลข่าวสารในลักษณะทั่วไปหรือเป็นข่าวสารสาธารณะ หรือในรูปแบบของรายการ ผ่านไปยังเครื่องรับหรือในที่นี้

⁶⁶ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

หมายถึงเครื่องโทรทัศน์ ที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกันก็ให้ถือว่าเป็นกิจการโทรทัศน์ทั้งหมด

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าการให้บริการในลักษณะ OTT เป็นการบริการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ โดยส่งผ่านระบบต่าง ๆ ได้เช่นกัน หากแต่การให้บริการในลักษณะนี้ไม่ใช่การให้บริการที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ซึ่งจะส่งผลในเรื่องของช่องว่างในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะดังกล่าว

3.1.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของระบบวิทยุสื่อสารหรือวิทยุกระจายเสียง⁶⁸ หรือการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์⁶⁹ ไปยังประชาชน จะมีกฎหมายลำดับรองกำกับดูแลด้านเนื้อหาอย่างเป็นรูปธรรมและชัดเจน ยกตัวอย่าง ตามข้อ 14 (11)⁷⁰ ของประกาศ

⁶⁸ ภาควิชา อิงคปรัชญาณกุล, **ความรู้ด้านระบบวิทยุสื่อสาร**, ค้นวันที่ 30 กันยายน 2561 จาก http://kmcenter.rid.go.th/kcitic/2011/index.php?option=com_fireboard&func=userlist&limitstart=90

วิทยุสื่อสาร คือการทำงานโดยแปลงกระแสไฟฟ้าเป็นคลื่นแม่เหล็กแบ่งเป็นภาครับ และภาคส่งแผ่กระจายคลื่นวิทยุออกทางสายอากาศ ส่วนคลื่นวิทยุ คือ คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า อันถือเป็นพลังงานชนิดหนึ่งซึ่งมีความเร็วในระดับความเร็วแสง ดังนั้น คลื่นวิทยุ จึงเกิดจากการเคลื่อนที่ของกระแสไฟฟ้าที่อยู่ในอากาศ แล้วแผ่กระจายไปในอากาศลักษณะเดียวกับคลื่นในน้ำเป็นลูกคลื่น

⁶⁹ เกียรติศักดิ์ ศรีพิมานวัฒน์, บรรณาธิการ, **สารานุกรมโทรคมนาคมไทย ฉบับพุทธศักราช 2552** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2554).

การถ่ายทอดเสียงและภาพพร้อมกันจากสถานที่หนึ่ง หรือเครื่องส่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง หรือเครื่องรับ โดยเครื่องดังกล่าวจะเปลี่ยนสัญญาณภาพ และเสียงเป็นคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า เพื่อถ่ายทอดออกไป เรียกว่าเครื่องส่งโทรทัศน์ และเครื่องที่เปลี่ยนคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้ากลับเป็นสัญญาณภาพและเสียงดังเดิม เรียกว่าเครื่องรับโทรทัศน์

⁷⁰ ข้อ 14 (11) แห่งประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 กำหนดว่า ขอบเขตและเงื่อนไขการอนุญาต ผู้รับใบอนุญาตต้อง ตรวจสอบ แก้ไข ปรับปรุง หรือระงับรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ

กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 ได้กำหนดให้ ผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องตรวจสอบแก้ไข ปรับปรุง หรือระงับรายการที่มีเนื้อหาสาระอันต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมาย อาจแบ่งประเภทได้ ดังนี้

1) เนื้อหาที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เนื้อหาดังกล่าวต้องไม่ใช่ลักษณะของรายการที่มีเนื้อหาที่มีการยุยง ปลุกปั่น หรือปลุกระดมให้มีการล้มล้างอำนาจอธิปไตยไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือทำให้ไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ หรือเป็นการเผยแพร่เนื้อหาสาระที่มีลักษณะชักชวนให้มีการแบ่งแยกอำนาจ หรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

2) เนื้อหาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ

เนื้อหาดังกล่าวห้ามมีการแสดงออกด้วยภาพ หรือข้อความใด ๆ อันเป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือมีการแสดงออกซึ่งความอาฆาตต่อราชวงศ์หรือสถาบันของกษัตริย์ โดยเฉพาะการเผยแพร่ภาพและเสียงอันมีเนื้อหาจงใจถูกเหยียดหยามประเทศชาติ ประมุขของประเทศอื่น ๆ อันอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รวมไปถึงการใช้ข้อความหรือคำพูดที่อาจเป็นการยุยงให้เกิดความแตกแยกกันภายในสังคม

3) เนื้อหาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เนื้อหาดังกล่าวต้องมีเนื้อหาสาระที่มีการแสดงออกซึ่งการดูถูก สร้างความเกลียดชังจนเป็นเหตุให้กระทบหรือลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ในเรื่องของถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพ สติปัญญา การศึกษา ความคิดเห็นต่าง ๆ ซึ่งไม่ขัดต่อกฎหมาย การประกอบอาชีพ เป็นต้น นอกจากนี้ ต้องมิใช่การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมเลียนแบบการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ขนบธรรมเนียม ประเพณี วัฒนธรรมอันดีของประเทศในลักษณะก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคมไทย โดยให้รวมถึงการประชาสัมพันธ์หรือค่าบริการที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น การพนัน เป็นต้น

4) เนื้อหาที่มีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร

เนื้อหาดังกล่าวคือการแสดงออกด้วยการกระทำ ถ้อยคำหรือรูปภาพอันมีลักษณะหยาบโลน น่ารังเกียจ ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการแสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมการมีเพศสัมพันธ์ เปิดเผยอวัยวะเพศหรืออวัยวะส่วนที่ไม่ควรเปิดเผยต่อหน้าสาธารณชน หรือเนื้อหา

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง

รายการที่ยั่วยุอารมณ์ทางเพศอันเป็นการนำเสนอที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการศึกษา หรือเสริมคุณค่าทางศิลปวัฒนธรรม และเนื้อหารายการที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นการกระทำซึ่งเข้าข่ายลามกอนาจาร

5) เนื้อหาที่มีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง

เนื้อหาดังกล่าวคือเนื้อหาที่เผยแพร่หรือเป็นการสาธิตให้เห็นถึงรูปแบบหรือวิธีการทำอัตวินิบาตกรรม การแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่มีลักษณะทารุณกรรมสัตว์และคน การชักจูงให้บุคคลซื้อสินค้าหรือบริการโดยอาศัยการอวดอ้างสรรพคุณ แสดงคุณวิเศษเหนือธรรมชาติเกินจริง หรืออำนาจทางไสยศาสตร์ที่ไม่อาจพิสูจน์ได้จนทำให้ผู้ชมรายการหลงเชื่อ การเลียนแบบพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชน หรือการแสดงออกข้อความหรือแพร่ภาพและเสียงในประการที่เป็นเท็จ หรือปกปิด ละเว้นการแจ้งสาระสำคัญ หรือกล่าวอ้างถึงข้อมูลทางวิชาการที่เป็นเท็จหรือไม่ถูกต้องตรงตามความเป็นจริงในอันที่จะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพของประชาชน

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลำดับรองฉบับอื่นที่ควบคุมและกำกับขอบเขตการเผยแพร่เนื้อหาในมิติอื่น ๆ เพื่อให้เกิดความชัดเจนเพิ่มเติมขึ้นอีกด้วย เช่น การแบ่งระดับประเภทของเนื้อหาที่เผยแพร่ให้แก่ประชาชนตั้งแต่ระดับที่มีความรุนแรงน้อยไปถึงระดับที่มีความรุนแรงมากโดยกำหนดช่วงเวลาในการออกอากาศ และมีตัวอย่างแสดงถึงประเภทความรุนแรงของเนื้อหาที่จะเผยแพร่ ดังเช่นข้อกำหนดในประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556⁷¹ ที่แสดงถึงการจัดระดับความเหมาะสมของรายการไว้ เช่น รายการที่มีระดับความเหมาะสมของรายการในระดับ ฉ ห้ามมิให้ออกอากาศในช่วงเวลาก่อน 24.00 น. ของทุกวัน และให้ออกอากาศได้จนถึงเวลา 05.00 น. ของวันถัดไป โดยให้รวมถึงรายการประเภทต่อไปนี้

1) มีการกระทำซึ่งอาจเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือยั่วยุทางเพศ หรือแสดงถึงความรุนแรงทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศ หรือกระตุ้นให้เกิดพฤติกรรมลอกเลียนแบบในทางเพศหรือมีเนื้อหาทางเพศ หรือการแต่งกายที่ล่อแหลมหรือไม่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการใช้ภาพ เสียง เนื้อหาและพฤติกรรมต่าง ๆ เช่น รายการตีสืบบางเรื่อง (ผู้ชายข้ามเพศ) จะมีการกล่าวถึงเนื้อหาในเรื่องเพศ และมีการแสดงรูปอวัยวะเพศที่ทำการผ่าตัดศัลยกรรมแล้ว

2) การใช้ภาษา หรือมีพฤติกรรมที่แสดงออกถึงความรุนแรง หรือนำไปสู่ความรุนแรง ทารุณโหดร้าย ที่ก่อให้เกิดผลต่อความรู้สึกทางจิตใจอย่างรุนแรง เช่น ละครในบางช่วงบางตอน ได้แก่ แรงเงา บัวปริ่มน้ำ ดอกสั้มสีทอง เป็นต้น

⁷¹ ข้อ 11 แห่งประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556

3) การนำเสนอที่ก่อให้เกิดการอคติ การเลือกปฏิบัติ การกระทำอันขัดต่อหลักมนุษยธรรม ละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

4) การใช้ภาษา หรือมีพฤติกรรมที่ขัดต่อศีลธรรม วัฒนธรรม และขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของชาติ เช่น ละครในบางช่วงบางตอน ได้แก่ แรงเงา บัวปริ่มน้ำ ภาพยนตร์บิกซิงม่าในบางสัปดาห์

5) มีการกล่าวอ้างหรือจงใจให้เชื่อว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมีอำนาจพิเศษ หรือความสามารถพิเศษเหนือธรรมชาติ

6) ชี้นำหรือให้ข้อมูลหรือแสดงออกเพื่อจูงใจหรือสนับสนุนให้เกิดการเล่นการพนัน

การออกอากาศรายการที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้น ผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการจัดทำเนื้อหารายการและตรวจสอบผู้ผลิตเนื้อหาในช่องรายการของตน ให้ดำเนินการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งจากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในแง่ของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์อันมีการแพร่ภาพและเสียงไปยังสาธารณชน จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำกับดูแลด้านเนื้อหาอย่างมีประสิทธิภาพแล้วแต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน เมื่อกล่าวถึงการให้บริการในลักษณะ OTT สามารถกล่าวได้ว่ายังไม่มีมาตรการเฉพาะในการกำกับดูแลและควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการแต่ละรายใด ซึ่งเป็นหนึ่งในประเด็นปัญหาที่ควรได้รับการแก้ไขให้มีมาตรฐานที่ใกล้เคียงกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่มีอยู่ในขณะนี้

3.1.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องของมาตรการในการลงโทษการแพร่ภาพและเสียงอันมีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551⁷² และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555⁷³ ได้กำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่ได้รับใบอนุญาตในการออกอากาศทางโทรทัศน์หรือทางวิทยุในเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการลบล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง โดยผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการจัดทำเนื้อหารายการและตรวจสอบผู้ผลิตเนื้อหาในช่องรายการของตน หากไม่ปฏิบัติตาม

⁷² ข้อ 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

⁷³ ข้อ 19 แห่งประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555

กฎหมายแล้วมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วจะต้องได้รับโทษโดยโทษสามารถกำหนดความรุนแรงได้ 2 ระดับ ดังนี้

1) การพักใช้ใบอนุญาต

ก่อนการลงโทษโดยการให้พักใช้ใบอนุญาตนั้น สำนักงาน กสทช. หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองโดยส่งหนังสือตักเตือนไปยังผู้รับใบอนุญาตที่กระทำความผิดกฎหมายก่อน ยกตัวอย่างของช่อง 1TV (วันทีวี)⁷⁴ เนื่องจากสำนักงาน กสทช. ได้รับเรื่องร้องเรียน กรณีรายการเส้นผมบังภูเขา ที่ออกอากาศเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2558 และรายการแฉกระจาย ที่ออกอากาศวันที่ 19 กันยายน 2558 มีเนื้อหาขัดต่อประกาศของ คสช. ฉบับที่ 97/2557⁷⁵ โดยแสดงข้อมูลข่าวสารที่ก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร เป็นต้น

สำหรับกรณีที่สำนักงาน กสทช. ได้ดำเนินการพักใช้ใบอนุญาตตามกฎหมายนั้นสามารถยกตัวอย่างได้ในเรื่องของช่องพีชทีวี (PEACH TV) โดย กสทช. มีมติให้พักใช้ใบอนุญาตช่องพีชทีวี เป็นเวลา 30 วัน เนื่องจากการออกอากาศรายการเดินหน้าต่อไป เมื่อวันที่ 26-27 มีนาคม และวันที่ 5 เมษายน 2561 เวลา 14.30-15.30 น. โดยประมาณ รายการหยิบข่าวมาคุย เมื่อวันที่ 27 มีนาคม และวันที่ 9 เมษายน 2561 เวลา 10.30-12.00 น. โดยประมาณ เป็นต้น มีเนื้อหารายการอันเป็นการก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร และยังเป็นการนำเสนอที่ขัดต่อคำสั่งศาลปกครองที่มีคำสั่งให้บริษัท พีช เทเลวิชั่น จำกัด ปฏิบัติตามประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติที่ 97/2557 ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2557 และฉบับที่ 103/2557 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2557⁷⁶ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดกล่าวถึงเป็นการกระทำความผิดซ้ำซาก ทั้งที่ ขั้นตอนปกติเมื่อมีผู้ร้องเรียนเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย จะต้องนำเนื้อหา

⁷⁴ บีบีซี นิวส์, กสทช. ลงดาบช่องทีวีวิจารณ์รัฐบาลไปแล้วก็ราย, ค้นวันที่ 1 มกราคม 2562 จาก <https://www.bbc.com/thai/thailand-39415924>

⁷⁵ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เรื่อง การให้ความร่วมมือต่อการปฏิบัติงานของคณะรักษาความสงบแห่งชาติและการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ, วันที่ 23 กรกฎาคม 2557

⁷⁶ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 103/2557 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557, 30 กรกฎาคม 2557

ดังกล่าวเข้าสู่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พิจารณา⁷⁷ เป็นต้น

2) การเพิกถอนใบอนุญาต

การเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ถือเป็นโทษในทางปฏิบัติที่มีความรุนแรงในระดับหนึ่ง เนื่องจากจะทำให้ไม่สามารถเผยแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์หรือช่องทางอื่นได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งสามารถยกกรณีตัวอย่าง ได้แก่ กรณีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ (กสท.) มีมติให้เพิกถอนใบอนุญาตสถานีโทรทัศน์ DMC ของมูลนิธิศึกษาธรรมเพื่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานีดาวเทียม หลังจากพบว่า นายองอาจ ธรรมนิทา โฆษกวัดพระธรรมกายในขณะนั้นได้ใช้วัดพระธรรมกายแถลงจุดยืนหลังจากศาลอาญาออกหมายจับข้อหาความผิดฐานกระทำให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักรซึ่งก่อนหน้านี้ สถานีโทรทัศน์ดังกล่าวถูกพักใช้ใบอนุญาตไปแล้วเป็นเวลา 30 วัน⁷⁸ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากบทลงโทษดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ข้อกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และกฎหมายลำดับรองที่ใช้ฐานอำนาจของพระราชบัญญัตินี้ในการออกกฎเท่านั้น มิได้รวมถึงการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตโดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุนโครงสร้างสัญญาณเองหรือที่เรียกว่าการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าในปัจจุบันจึงยังไม่สามารถดำเนินการลงโทษแก่ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ได้ ทำได้เพียงป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าวโดยการบล็อกเว็บไซต์แต่เพียงเท่านั้น จะไม่มีการลงโทษผู้กระทำความผิดในข้อหาที่เกี่ยวข้องโดยตรง หรือมีมาตรการในการระงับบัญชีผู้ใช้ (User) ของผู้กระทำความผิด เนื่องจากมิใช่อยู่ในคำจำกัดความด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอย่างสำนักงาน กสทช. ที่จะก้าวล่วงเข้าไปดำเนินการตามกฎหมายได้ ดังนั้น หากมีกฎหมายใดที่ทำให้การให้บริการลักษณะ OTT ได้ถูกควบคุมอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายใต้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ย่อมเกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติมากกว่าปัจจุบัน

⁷⁷ กองบรรณาธิการวอยซ์ออนไลน์, **อีกแล้ว! กสทช. พักใบอนุญาตช่องพีชทีวี 30 วัน**, ค้นวันที่ 30 กันยายน 2561 จาก <https://voicetv.co.th/read/B13nhbl0zv>

⁷⁸ บีบีซี นิวส์, *เรื่องเดิม*, หน้า 1.

3.1.4 องค์การที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

โดยเมื่อเปรียบเทียบภารกิจของสำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลฯ และภารกิจของสำนักงาน กสทช. ในเบื้องต้นแล้ว ในความเห็นของผู้เขียนมองว่าจากมาตรา 27 และมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของ กสทช. และคำจำกัดความในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ อันกล่าวโดยสรุปว่า หน้าที่ของ กสทช. ที่สำคัญหลายประการจะเกี่ยวเนื่องกับอำนาจในการควบคุมดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT โดยเฉพาะมากกว่า โดยสามารถยกตัวอย่างภารกิจบางประการเพื่อสนับสนุนเหตุผลในเรื่องการเป็นองค์กรที่ควรมีหน้าที่ในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวได้ ดังนี้⁷⁹

1) การกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยที่การให้บริการในลักษณะ OTT เป็นการให้บริการแพร่ภาพและเสียงรูปแบบหนึ่ง ซึ่ง กสทช. เป็นคณะกรรมการเดียวที่มีอำนาจกำหนดลักษณะและประเภทในเรื่องนั้น ๆ

2) การพิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้อง และเป็นธรรมและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว การกำหนดมาตรฐานและลักษณะพึงประสงค์ทางด้านเทคนิคในการประกอบกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม และในกิจการวิทยุคมนาคม

3) กำหนดโครงสร้างอัตราค่าธรรมเนียมและโครงสร้างอัตราค่าบริการในกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

4) ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการ และค้ำครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม และส่งเสริมสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่อันมีความเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าสำนักงาน กสทช. เป็นองค์กรที่มีภารกิจและหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการควบคุมหรือกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ซึ่งเป็นการให้บริการแพร่ภาพและเสียงรูปแบบหนึ่งที่ได้แพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ แต่เป็นการให้บริการ

⁷⁹ มาตรา 27 ประกอบมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2555

ผ่านอินเทอร์เน็ตอันถือเป็นหนึ่งในการให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมประเภทหนึ่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องได้รับใบอนุญาตจากสำนักงาน กสทช. ตามประเภทต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544⁸⁰ ได้กำหนดประเภทของใบอนุญาตไว้ 3 แบบ ได้แก่

- 1) ใบอนุญาตแบบที่หนึ่ง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ไม่มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเอง และประกอบกิจการที่มีลักษณะสมควรให้มีการบริการได้โดยเสรี
- 2) ใบอนุญาตแบบที่สอง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการ โทรคมนาคมที่มีหรือไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ให้บริการจำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคลหรือเป็นการประกอบกิจการที่ไม่มีผลกระทบโดยนัยสำคัญต่อ การแข่งขันโดยเสรีอย่าง เป็นธรรม หรือต่อประโยชน์สาธารณะและผู้บริโภค
- 3) ใบอนุญาตแบบที่สาม ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการแก่บุคคลทั่วไปจำนวนมาก หรืออาจมีผลกระทบโดยนัยสำคัญต่อการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม หรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีเหตุจำเป็นต้องคุ้มครองผู้บริโภคเป็นพิเศษ

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตภายในประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการตามเงื่อนไขดังกล่าว ต้องเข้าสู่กระบวนการขอใบอนุญาตจากสำนักงาน กสทช. เพื่อให้บริการประชาชนต่อไป แต่อย่างไรก็ดี แม้ในทางปฏิบัติจะมีกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของประกาศ กสทช. เพื่อกำกับดูแลผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดังกล่าว เช่น ประกาศ กสทช. เรื่อง แนวทางการพิจารณาเงื่อนไขการให้บริการอินเทอร์เน็ตเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมแรกเข้าและค่าติดตั้งอุปกรณ์ ลงวันที่ 22 มิถุนายน 2559 ซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้บริโภคต่อการเอาเปรียบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ประกอบการภายในประเทศนั้น ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งในการกำกับดูแลผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการภายในประเทศเท่านั้น ไม่สามารถควบคุมหรือกำกับดูแลผู้ให้บริการต่างประเทศหรือในลักษณะการให้บริการ OTT ได้ เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในส่วนของคำจำกัดความตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นพื้นฐานอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองไม่สามารถครอบคลุมไปถึง ดังนั้น จากเหตุผลในเบื้องต้นดังกล่าว ประเทศไทยจึงควรใช้อำนาจหน้าที่จากองค์กรที่มีบทบาทและหน้าที่อันใกล้เคียงกับสภาพการให้บริการในลักษณะการให้บริการ OTT หรือสำนักงาน กสทช. มาดำเนินการกำกับดูแลการให้บริการประเภทนี้ โดยให้มีอำนาจกำกับดูแลด้านเนื้อหาของการเผยแพร่ภาพและเสียง มาตรฐานการให้บริการที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพ การกำหนดค่าธรรมเนียมการอนุญาต อัตราค่าบริการอย่างเป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการโดย

⁸⁰ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ เป็นต้น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานการกำกับดูแลการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ รวมไปถึงกิจการโทรคมนาคมในส่วนการให้บริการอินเทอร์เน็ตของผู้ประกอบการในปัจจุบัน ดังนั้น ถึงแม้ว่าปัจจุบันนี้การให้บริการลักษณะ OTT ยังไม่มีการกำกับดูแลโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เป็นการเฉพาะ แต่จะใช้วิธีนำกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มาบังคับใช้โดยอนุโลมก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี เพื่อให้การกำกับดูแลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งถึงและเกิดความรวดเร็วในการเยียวยาผู้เสียหายจึงควรกำหนดองค์กรที่มีหน้าที่เป็นการเฉพาะในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวพร้อมออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้ควบคู่กันไปด้วย

3.2 กฎหมายของสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT

สหราชอาณาจักรมีการให้บริการลักษณะ OTT อย่างแพร่หลาย อันเป็นผลมาจากการหลอมรวมเทคโนโลยีในสมัยปัจจุบันที่มีวิวัฒนาการที่ก้าวหน้ามากขึ้น โดยการให้บริการ OTT ในสหราชอาณาจักรเริ่มต้นขึ้นจากผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์เดิมมีความประสงค์เพิ่มช่องทางการเข้าถึงเนื้อหาผ่านทางอุปกรณ์พกพาต่าง ๆ ที่สามารถเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตได้ โดยเริ่มให้บริการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549⁸¹ ซึ่ง Sky ผู้ให้บริการรายใหญ่ของสหราชอาณาจักร เปิดให้บริการ Sky Go แก่ผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นลูกค้าเดิมของ Sky เพื่อทดลองเปิดให้บริการในลักษณะ OTT TV ในรูปแบบการรับชมรายการตามความต้องการ เมื่อใดและที่ใดก็ได้ตามความประสงค์ของผู้ใช้บริการ ซึ่งต่อมาเมื่อมีการให้บริการลักษณะ OTT เกิดขึ้นจนเป็นที่ได้รับความนิยม จึงเกิดผู้ให้บริการ OTT รายอื่นทั้งจากในประเทศและต่างประเทศเข้ามามีบทบาทกับการให้บริการในลักษณะ OTT เกิดการแข่งขันทางการตลาด ซึ่งทำให้การให้บริการลักษณะนี้เกิดความแพร่หลายมากยิ่งขึ้น สำหรับผู้ให้บริการในลักษณะ OTT ในสหราชอาณาจักรที่เป็นที่นิยม อาทิ Hopster, Curzon Home Cinema, Netflix, Amazon Video เป็นต้น

3.2.1 กิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

ภายใต้การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ รวมทั้งการให้บริการในลักษณะ OTT ในปัจจุบันได้มีองค์กร Office of Communications หรือ Ofcom เป็นหน่วยงาน

⁸¹ ธรรมนูญชาติ พวงสุตรัก, **สำรวจตลาด OTT กับการชิงพื้นที่ทีวีในอนาคต (ตอนที่ 2)**, หน้า 9, ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2561 จาก http://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560_03_3.pdf

อิสระที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการดังกล่าวอยู่ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย Communications Act 2003 หรือพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 โดยมีหน้าที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลกิจการสื่อสาร กิจการโทรคมนาคมและสื่อกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ของประเทศ และกิจการที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ได้แก่ วิดีทัศน์ตามคำขอ (Video on Demand) โทรคมนาคมระบบสาย (Fixed Line Telecoms) โทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobiles) บริการไปรษณีย์ (Postal Services) และคลื่นความถี่สำหรับอุปกรณ์ไร้สายต่างๆ (Airwaves over which Wireless Devices Operate)⁸² โดยสามารถแบ่งเป็นประเภทได้ ดังนี้

1) กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่

Ofcom จะเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับแผนการจัดการเลขหมาย อาทิ⁸³ การประกาศแผนเลขหมายโทรศัพท์แห่งชาติเพื่อให้สอดคล้องกับจำนวนประชาชนผู้ต้องการเลขหมายโทรศัพท์ในการใช้งาน การกำหนดข้อจำกัดต่าง ๆ รวมถึงข้อกำหนดอื่น ๆ ตามที่เห็นสมควรในแผนดังกล่าว นอกจากนี้ หน่วยงาน Ofcom ยังมีหน้าที่ในการทบทวนแผนเลขหมายโทรศัพท์แห่งชาติเป็นครั้งคราว

⁸² Communications Act 2003 Chapter 21, An Act to confer functions on the Office of Communications; to make provision about the regulation of the provision of electronic communications networks and services and of the use of the electromagnetic spectrum; to make provision about the regulation of broadcasting and of the provision of television and radio services; to make provision about mergers involving newspaper and other media enterprises and, in that connection, to amend the Enterprise Act 2002; and for connected purposes

⁸³ Section 56, Communications Act 2003, The National Telephone Numbering Plan,

(1) It shall be the duty of OFCOM to publish a document (to be known as “the National Telephone Numbering Plan”) setting out—

(a) the numbers that they have determined to be available for allocation by them as telephone numbers;

(b) such restrictions as they consider appropriate on the adoption of Numbers available for allocation in accordance with the plan; and

(c) such restrictions as they consider appropriate on the other uses to which numbers available for allocation in accordance with the plan may be put.

และแก้ไขให้มีความเหมาะสมอย่างต่อเนื่อง รวมไปถึงการจัดเก็บประวัติของเลขหมายที่ได้ทำการจัดสรรไปให้ประชาชนเพื่อนำไปปรับปรุงแก้ไขแผนการจัดการเลขหมายให้มีความเหมาะสมต่อไป อีกทั้ง กิจการดังกล่าวในพระราชบัญญัติการสื่อสารฉบับนี้ยังกำหนดเงื่อนไขในการรักษาความปลอดภัยในการเข้าถึงเลขหมายโทรศัพท์เคลื่อนที่ เงื่อนไขในการใช้เลขหมายที่องค์กรเป็นผู้จัดสรรให้ ซึ่งในที่นี้หมายถึงการโอนเลขหมาย การเพิกถอนเลขหมายด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้มีการกำกับดูแลกิจการประเภทนี้ได้ครอบคลุมครบถ้วนแล้ว

2) กิจการด้านคลื่นความถี่ต่าง ๆ

เนื่องจากในสหราชอาณาจักรมีกิจการการสื่อสารที่ Ofcom ได้กำกับดูแลหลายกิจการ โดยที่ Ofcom ยังมีความรับผิดชอบในการกำกับดูแลการบริหารจัดการความถี่วิทยุและการออกใบอนุญาตในการใช้แถบคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Electromagnetic Spectrum) รวมไปถึงการอนุญาตเพื่อประกอบกิจการโทรศัพท์และวิทยุกระจายเสียง โครงข่ายสื่อสารส่วนตัว (Private Communications Networks) และกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้แถบคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Electromagnetic Spectrum) ด้วย ดังจะยกตัวอย่างหน้าที่ในการกำกับดูแลของ Ofcom พอสังเขปได้ว่า Ofcom มีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้แม่เหล็กไฟฟ้า คลื่นความถี่ของโทรเลขไร้สาย การวิเคราะห์ถึงผลกระทบในการใช้คลื่นความถี่ การดูแลและการจัดการให้มีการใช้งานกิจการดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ การออกใบอนุญาตรวมไปถึงการจัดทำแผนการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ด้วย⁸⁴

3) กิจการด้านการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบโทรทัศน์

สหราชอาณาจักรมีผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงที่มีความสำคัญหลายราย โดยเฉพาะผู้ให้บริการรายแรก ๆ ของสหราชอาณาจักร ซึ่งมีจำนวน 4 ราย⁸⁵ ได้แก่

(1) BBC โดยก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1922 อันเป็นสื่อสาธารณะที่ได้รับความนิยมโดยจะมีเนื้อหารายการที่หลากหลาย โดย BBC ได้รับเงินสนับสนุนจากค่าธรรมเนียมที่ประชาชนต้องจ่ายโดยประมาณ 145 ปอนด์ต่อปี เพื่อเป็นค่ารับชมโทรทัศน์ ให้บริการสื่อโทรทัศน์ระดับประเทศและระดับภูมิภาคจำนวน 10 ช่อง สื่อวิทยุระดับประเทศจำนวน 10 สถานี และสื่อวิทยุระดับท้องถิ่นจำนวน 40 สถานี รวมไปถึงการให้บริการสื่อออนไลน์ทางเว็บไซต์

⁸⁴ Communications Act 2003, Section 152-156

⁸⁵ Thomson Foundation, รายงานโครงการอบรมหลักสูตร Broadcast Regulatory Workshop, ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2561 จาก <https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/590800000002.pdf>

(2) ITV โดยก่อตั้งเมื่อปีค.ศ. 1950 เป็นสื่อธุรกิจที่ใหญ่ที่สุดในราชอาณาจักร มีการออกอากาศผ่านทั้งช่องทางปกติ และ ช่องทางวิดีโอตามคำขอ (Video on Demand) และยังผลิตเนื้อหาเพื่อออกอากาศทั้งในสื่อของตนเองและขายเนื้อหารายการให้สื่ออื่น ๆ ทั้งในและนอกประเทศ

(3) Channel 4 โดยก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1982 เป็นสื่อที่มีความเป็นสาธารณะ ปราศจากการแทรกแซงจากทางรัฐบาล แต่ได้รับเงินสนับสนุนจากการโฆษณา และผู้สนับสนุนรายอื่น ๆ และไม่มีลักษณะความเป็นเจ้าของแบบผู้ถือหุ้น เป็นช่องที่ไม่มีการทำธุรกิจเพื่อมุ่งหวังกำไร มีการทำงานครอบคลุมไปถึงกิจการด้านโทรทัศน์ ภาพยนตร์ และสื่อดิจิทัล

4) Channel 5 ก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1997 เป็นสื่อโทรทัศน์ ภายใต้บริษัท Northern & Shell เป็นช่องที่ได้รับความนิยมอันดับต้น ๆ ในสหราชอาณาจักร โดยมีเนื้อหารายการครอบคลุมด้านบันเทิง กีฬา สารคดีเยาวชน ละคร ข่าว และภาพยนตร์ ซึ่งรายการที่ได้รับความนิยมสูงสุด คือ รายการ Big Brother

ผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงข้างต้นจะต้องได้รับใบอนุญาตจาก Ofcom แต่ในขณะเดียวกัน Ofcom ก็มีหน้าที่ในการออกใบอนุญาตที่เรียกว่า “TLC” ด้วย โดยมีการออกใบอนุญาตชนิดนี้มากกว่า 1,000 ใบ ซึ่งผู้ประกอบการที่จะมารับใบอนุญาตลักษณะนี้ จะมีลักษณะที่แตกต่างจากสื่อช่องข้างต้น เนื่องจากช่องนี้อาจจะมีคำบรรยายอยู่ด้านล่างหน้าจอโทรทัศน์สำหรับคนพิการทางหูหรือคนที่มีความพิการพิเศษ

อย่างไรก็ดี ในกฎหมายที่ใช้บังคับได้สะท้อนถึงหลักการสำคัญของผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ในสหราชอาณาจักร⁸⁶ ดังนี้

1) ความเป็นอิสระในการกำกับดูแลสื่อ (Independent) สื่อจะต้องเป็นอิสระในการนำเสนอข้อมูล ข่าวสาร โดยการทำหน้าที่ของสื่อต้องไม่เกิดผลประโยชน์ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ขาดอิสระในการนำเสนอข้อมูล ข่าวสารต่าง ๆ

2) ความเป็นกลาง (Impartiality) สื่อต้องไม่นำเสนอข่าวที่เป็นการฝักใฝ่ฝ่ายใด แต่ต้องนำเสนอข่าวด้วยความเป็นกลาง

3) เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) ข่าวสารที่นำเสนอโดยไม่ถูกปิดเบือนต้องมีความโปร่งใส และต้องอยู่ในกรอบกฎหมาย

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

3.2.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

แต่เดิมการดำเนินการภายใต้การกำกับดูแลของ Ofcom ในเรื่องเนื้อหานี้จะดำเนินการตามทิศทางของกฎหมาย Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) โดยคณะกรรมการยุโรปเป็นผู้กำหนดขึ้นอันมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นกำหนดมาตรการกำกับเพื่อคุ้มครองด้านเนื้อหารายการ⁸⁷ ด้านโฆษณา และด้านการสนับสนุนรายการ หรือเป็นกฎหมายที่ครอบคลุมผู้ให้บริการเนื้อหาในทุกรูปแบบโดยไม่จำกัดเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับส่งเนื้อหา⁸⁸ กฎหมายนี้จะมีผลใช้บังคับไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ อินเทอร์เน็ต เคเบิลทีวีหรือแม้แต่กระทั่งการรับชมเนื้อหาผ่านโทรศัพท์มือถือตามแอปพลิเคชันต่าง ๆ โดยคณะกรรมการยุโรปใช้กฎหมาย AVMSD ฉบับปี ค.ศ. 2010 กับทั้งผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์และผู้ให้บริการในลักษณะ OTT ซึ่งการกำกับดูแลผู้ให้บริการ OTT มีกฎระเบียบที่ได้รับความยืดหยุ่นมากกว่าผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ ในด้านการโฆษณา และการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยผู้ให้บริการในลักษณะ OTT นี้ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบทั้งหมด 6 ด้าน⁸⁹ ได้แก่

1) การคุ้มครองผู้เยาว์ ตามมาตรา 12 ของกฎหมาย AVMSD⁹⁰ กำหนดให้ประเทศสมาชิกโดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหาต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการกำหนดเนื้อหาต่าง ๆ ที่จะเผยแพร่โดยเฉพาะเนื้อหาที่อาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการด้านร่างกายและจิตใจของผู้เยาว์ และต้องจำกัดการเข้าถึงมิให้ผู้เยาว์เหล่านี้เข้าถึงเนื้อหาที่ไม่สมควรได้โดยง่าย

⁸⁷ บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 127.

⁸⁸ Technological Neutrality, **Digital Single Market Policy General Principles**, Retrieved January 1, 2019 from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/general-principles>

⁸⁹ บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 127.

⁹⁰ Directive 2010/13/EU of The European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive, Article 12: Member States shall take appropriate measures to ensure that on-demand audiovisual media services provided by media service providers under their jurisdiction which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors are only made available in such a way as to ensure that minors will not normally hear or see such on-demand audiovisual media services,

2) เนื้อหาที่อาจก่อให้เกิดความเกลียดชัง ตามมาตรา 6 ของกฎหมาย AVMSD⁹¹ กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องมีการควบคุมผู้ให้บริการด้านเนื้อหาภายใต้การกำกับดูแลว่าต้องไม่มีการนำเสนอเนื้อหาใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อกันในด้านของสัญชาติ เพศ เชื้อชาติ และศาสนา

3) การเข้าถึงข้อมูลของผู้ให้บริการเนื้อหา ตามมาตรา 5 (a)-(d) ของกฎหมาย AVMSD⁹² กำหนดให้ประเทศสมาชิกโดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหาภายใต้การกำกับดูแลต้องสะดวกต่อการเข้าถึงโดยตรงของผู้รับบริการ ได้แก่

- (1) การแสดงชื่อของผู้ให้บริการสื่อ
- (2) ที่อยู่ทางภูมิศาสตร์ของผู้ให้บริการสื่อ
- (3) รายละเอียดของผู้ให้บริการสื่อ ได้แก่ ช่องทางเว็บไซต์ ช่องทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือช่องทางการติดต่อที่สะดวกและรวดเร็วที่สุดในสามารถติดต่อสื่อสารได้โดยตรงและอย่างมีประสิทธิภาพ
- (4) สถานที่หรือหน่วยงาน หรือองค์กรที่กำกับดูแลผู้ให้บริการด้านเนื้อหา เพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถติดต่อได้อย่างเหมาะสม

⁹¹ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, Article 6: Member States shall ensure by appropriate means that audiovisual media services provided by media service providers under their jurisdiction do not contain any incitement to hatred based on race, sex, religion or nationality

⁹² Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, Article 5: Member States shall ensure that audiovisual media service providers under their jurisdiction shall make easily, directly and permanently accessible to the recipients of a service at least the following information:

- (a) the name of the media service provider;
- (b) the geographical address at which the media service provider is established;
- (c) the details of the media service provider, including its electronic mail address or website, which allow it to be contacted rapidly in a direct and effective manner;
- (d) where applicable, the competent regulatory or supervisory bodies

4) ด้านการส่งเสริมเนื้อหา ตามมาตรา 13 ของกฎหมาย AVMSD⁹³ กำหนดให้ประเทศสมาชิกโดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหาควรมีการตรวจสอบความต้องการในการผลิตเนื้อหาภายในประเทศอีกทั้งผู้ให้บริการด้านเนื้อหาที่อยู่ภายในเขตอำนาจนี้ควรต้องมีการส่งเสริมการผลิตเนื้อหาในยุโรป เช่น การส่งเสริมงานขายโดยการสนับสนุนทางการเงินในการผลิตชิ้นงาน การซื้อลิขสิทธิ์เพื่อนำมาเผยแพร่ในช่องทางการสื่อสาร หรือจัดทำแคตตาล็อกเพื่อใช้ประโยชน์ในการให้บริการด้านเนื้อหาดังกล่าว ทั้งนี้ กฎหมาย AVMSD ให้คำจำกัดความเนื้อหาที่ผลิตในยุโรปว่าเป็เนื้อหาที่ผลิตในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป หรือเนื้อหาที่ผลิตร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกและประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก เป็นต้น นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกต้องมีการรายงานต่อคณะกรรมการฯ ตามระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายฉบับนี้ด้วย

5) การสนับสนุนเนื้อหาเกี่ยวกับผู้พิการ ตามมาตรา 7 ของกฎหมาย AVMSD⁹⁴ ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกโดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหาต้องอำนวยความสะดวกแก่ผู้ให้บริการที่เป็นผู้พิการทางสายตาและการได้ยินให้สามารถเข้าถึงบริการนั้น ๆ ได้อย่างทั่วถึงด้วย

⁹³ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, Article 13: 1) Member States shall ensure that on-demand audiovisual media services provided by media service providers under their jurisdiction promote, where practicable and by appropriate means, the production of and access to European works. Such promotion could relate, inter alia, to the financial contribution made by such services to the production and rights acquisition of European works or to the share and/or prominence of European works in the catalogue of programmes offered by the on-demand audiovisual media service. 2) Member States shall report to the Commission no later than 19 December 2011 and every 4 years thereafter on the implementation of paragraph 1. 3) The Commission shall, on the basis of the information provided by Member States and of an independent study, report to the European Parliament and to the Council on the application of paragraph 1, taking into account the market and technological developments and the objective of cultural diversity

⁹⁴ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, Article 7: Member States shall encourage media service providers under their jurisdiction to ensure that their services are gradually made accessible to people with a visual or hearing disability

6) การโฆษณาบนช่องทางการสื่อสาร ตามมาตรา 9-11 ของกฎหมาย AVMSD⁹⁵ ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการด้านเนื้อหาห้ามทำการโฆษณาเนื้อหาที่มีในเชิงอคติ และเลือกปฏิบัติโดยใช้ข้อมูลด้านเพศ เชื้อชาติ และศาสนา มาเป็นองค์ประกอบของเนื้อหา นอกจากนี้ ยังมีการห้ามโฆษณา บุหรี่ เครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยเจาะจงไปที่เด็กและผู้เยาว์โดยเด็ดขาด รวมไปถึงการห้ามโฆษณา เนื้อหาที่อาจส่งผลกระทบต่อร่างกาย และจิตใจของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งอาจเกี่ยวเนื่องไปยังมาตรา 12 ที่กล่าวไว้ข้างต้น รวมไปถึงเรื่องของ การเปิดรับหาผู้สนับสนุน และการโฆษณาผลิตภัณฑ์ให้ผู้ให้บริการ ด้านเนื้อหาจะต้องปฏิบัติตามอีกด้วย

อย่างไรก็ดี ในปี พ.ศ. 2560 สหราชอาณาจักรได้ออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งข้อกำหนดของสหภาพยุโรปในการกำกับดูแลสื่ออย่างกฎหมาย AVMSD มีแนวโน้มที่จะมี ผลกระทบต่อการกำกับดูแลสื่อในด้านเนื้อหาของสหราชอาณาจักรดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งเมื่อ พิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว สหราชอาณาจักรได้มีการกล่าวถึงการกำกับดูแลด้านเนื้อหาไว้ใน กฎหมาย Communications Act 2003 ภายใต้การกำกับดูแลโดยหน่วยงาน Ofcom เริ่มจากการ แต่งตั้งคณะกรรมการดูแลด้านเนื้อหา⁹⁶ โดยจะต้องมีองค์ประกอบของคณะกรรมการเป็นไปตามที่ กฎหมายกำหนด อันเป็นคณะกรรมการกลางในการพิจารณา หรือทำหน้าที่กำกับดูแลการออกอากาศ หรือการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบอื่น ๆ รวมไปถึงการสร้างตระหนักรู้ และความรู้ความเข้าใจให้แก่สาธารณะในเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วย⁹⁷ เป็นต้น

⁹⁵ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, Article 9-11

⁹⁶ Communication Act 2003, Section 12 Duty to establish and maintain Content Board (1) It shall be the duty of Ofcom, in accordance with the following provisions of this section, to exercise their powers under paragraph 14 of the Schedule to the Office of Communications Act 2002 (c. 11) (committees of Ofcom) to establish and maintain a committee to be known as “the Content Board”

⁹⁷ Communication Act 2003, Section 13 Functions of the Content Board (2) The functions conferred on the Board must include, to such extent and subject to such restrictions and approvals as Ofcom may determine, the carrying out on Ofcom’s behalf of— (a) functions in relation to matters that concern the contents of anything which is or may be broadcast or otherwise transmitted by means of electronic communications networks; and (b) functions in relation to the promotion of public

นอกจากนี้ Ofcom มีหน้าที่ตามมาตรา 319 ของกฎหมาย Communication Act, 2003 ซึ่งในมาตรานี้ได้กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับเนื้อหาของการกระจายเสียงและด้านกิจการโทรทัศน์ อันจำต้องกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานการกำหนดอากาศตามมาตรา 325⁹⁸ ของกฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อกำหนดวิธีการพิจารณาเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติตามมาตรา 319 โดยผู้ใดจะสามารถยื่นเรื่องร้องเรียนก็ได้หากพบเห็นว่าการแพร่ภาพและเสียงของเนื้อหาการกระจายเสียงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 319⁹⁹ ของกฎหมาย Communication Act 2003 โดยสรุปได้ ดังนี้

understanding or awareness of matters relating to the publication of matter by means of the electronic media

⁹⁸ Communication Act 2003, Section 325 Observance of standards code (1) The regulatory regime for every programme service licensed by a Broadcasting Act licence includes conditions for securing— (a) that standards set under section 319 are observed in the provision of that service; and (b) that procedures for the handling and resolution of complaints about the observance of those standards are established and maintained. (2) It shall be the duty of Ofcom themselves to establish procedures for the handling and resolution of complaints about the observance of standards set under section 319

⁹⁹ Communication Act 2003, The standards objectives are— (a) that persons under the age of eighteen are protected; (b) that material likely to encourage or to incite the commission of crime or to lead to disorder is not included in television and radio services; (c) that news included in television and radio services is presented with due impartiality and that the impartiality requirements of section 320 are complied with; (d) that news included in television and radio services is reported with due accuracy; (e) that the proper degree of responsibility is exercised with respect to the content of programmes which are religious programmes; (f) that generally accepted standards are applied to the contents of television and radio services so as to provide adequate protection for members of the public from the inclusion in such services of offensive and harmful material; (g) that advertising that contravenes the prohibition on political advertising set out in section 321 (2) is not included in television or radio services; (h) that the inclusion of advertising which may be misleading, harmful or offensive in television and radio services is prevented; (i) that the international

- 1) เนื้อหาที่เด็กและเยาวชนที่อายุไม่เกิน 18 ปี ต้องได้รับการคุ้มครอง
- 2) เนื้อหาดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะส่งเสริมหรือกระตุ้นการก่ออาชญากรรมหรือนำไปสู่ความวุ่นวาย
- 3) เนื้อหาของการดำเนินการอาชญากรรม
- 4) การไม่เคารพในศาสนาต่าง ๆ
- 5) ความไม่เสมอภาค ความไม่เป็นกลาง ความไม่เที่ยงตรงและการเลือกข้าง
- 6) การโฆษณาที่ขัดต่อข้อห้ามทางการเมือง
- 7) การรวมโฆษณาที่อาจทำให้เข้าใจผิดเป็นอันตรายหรือเป็นที่น่ารังเกียจในการให้บริการโทรทัศน์และวิทยุ
- 8) การโฆษณาและการขายรายได้ในกิจการวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์
- 9) การให้การสนับสนุนรายการโทรทัศน์ที่ไม่เหมาะสมทั้งรายการวิทยุและโทรทัศน์
- 10) การโฆษณาที่มีเนื้อหาเลือกปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม

ในการจัดทำเรื่องร้องเรียนต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อร้องเรียน เช่น ชื่อรายการ วันและเวลาที่นำเสนอ ช่องรายการที่นำเสนอ รายละเอียดของเนื้อหาที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ผู้ร้องเรียนจะต้องจัดทำข้อเรียนและยื่นต่อ Ofcom ภายใน 20 วันทำการภายหลังพบการกระทำที่ผิดกฎหมายของผู้ประกอบกิจการ¹⁰⁰

สหราชอาณาจักรยังมีนโยบายที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแลด้านเนื้อหาอีก 1 ประเภท ได้แก่ นโยบาย Net Neutrality หรือ “ความเสมอภาคทางอินเทอร์เน็ต” ซึ่งประกาศใช้เมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2559 โดยเป็นการเน้นถึงหลักการเรื่องการห้ามปิดกั้นหรือควบคุมหรือคัดแยกข้อมูลเนื้อหาแอปพลิเคชันและบริการออนไลน์หรือคือการกำหนดให้ทุกคนในยุโรปต้องสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตหรือข้อมูลข่าวสารในช่องทางดังกล่าวได้อย่างมีคุณภาพ ห้ามผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปรับลดคุณภาพของเนื้อหา และต้องมีความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่แบ่งแยก เว้นแต่เข้าข่ายกเว้นตาม

obligations of the United Kingdom with respect to advertising included in television and radio services are complied with; (j) that the unsuitable sponsorship of programmes included in television and radio services is prevented; (k) that there is no undue discrimination between advertisers who seek to have advertisements included in television and radio services; and (l) that there is no use of techniques which exploit the possibility of conveying a message to viewers or listeners, or of otherwise influencing their minds, without their being aware, or fully aware, of what has occurred

¹⁰⁰ Thomson Foundation, *เรื่องเดิม*, หน้า 12.

กฎหมายหรือมีเหตุในการได้รับการยกเว้น เพื่อรักษาความมั่นคงของโครงข่ายอินเทอร์เน็ตหรือกรณีที่ผู้ให้บริการสามารถขัดขวางการเข้าถึงบริการเนื้อหาที่ผิดกฎหมายได้ หรือบริการที่มีไวรัสหรือมัลแวร์ ซึ่งเป็นอันตรายต่อผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตโดยรวมเท่านั้น สรุปคือช่องทางการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนี้ต้องสามารถเข้าถึงได้อย่างเป็นธรรมมีความเป็นอิสระในการเลือกรับข้อมูลข่าวสารต้องมีคุณภาพ และได้รับเท่าเทียมกันจากผู้ให้บริการทุกคนในภาคพื้นยุโรป

3.2.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

นโยบายการคุ้มครองผู้บริโภคของ Ofcom มีความเข้มข้นเป็นอย่างมากเนื่องจากเป็นหน่วยงานที่มีการกำกับดูแลตามอำนาจรัฐที่เป็นอิสระและมีอำนาจในการลงโทษสูง โดยสามารถกำหนดให้มีการออกกฎหมายคุ้มครองเด็กจากสื่อ กฎหมายเกี่ยวกับเนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง และกฎหมายการอ้างอิงเชิงพาณิชย์ตั้งมาตรฐานการออกอากาศที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ซึ่งมีการกำหนดบทลงโทษอย่างชัดเจน โดย Ofcom จะมีวิธีการลงโทษโดยมีการพิจารณาที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นไปด้วยความรอบคอบเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและโปร่งใส ตามกฎหมาย Communication Act 2003 ได้มีการกำหนดบทลงโทษผู้ประกอบการกระจายเสียง โทรทัศน์และวิทยุที่กระทำผิดออกอากาศเนื้อหาที่ห้ามมิให้ออกอากาศตามลำดับความร้ายแรงไว้¹⁰¹ ดังต่อไปนี้

- 1) การประกาศผลพิจารณา
- 2) การมีคำสั่งห้ามมิให้มีการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาต้องห้ามตามกฎหมายอีก
- 3) การมีคำสั่งให้ออกอากาศเพื่อแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น
- 4) การมีคำสั่งปรับ
- 5) การเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการ

นอกจากนี้ Ofcom ยังมี Editorial Code หรือประมวลจริยธรรม ในการพิจารณาเรื่องร้องเรียนว่า มีการละเมิดกฎหมายข้อใดบ้าง ทั้งนี้ Ofcom สามารถพิจารณาลงโทษขั้นต่ำสุด เช่น การตักเตือน ไปจนถึงขั้นสูงสุด เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยประมวลจริยธรรมดังกล่าวแบ่งออกเป็น 10 หมวด ตามมาตรา 319¹⁰² ของกฎหมาย Communication Act 2003 ดังที่ได้อธิบายไว้

¹⁰¹ Thomson Foundation, *เรื่องเดิม*, หน้า 24.

¹⁰² Communication Act 2003, The standards objectives are— (a) that persons under the age of eighteen are protected; (b) that material likely to encourage or to incite the commission of crime or to lead to disorder is not included in television and radio services; (c) that news included in television and radio services is presented with

ข้างต้นแล้ว สำหรับการกำหนดโทษตามกฎหมายนั้น Ofcom ได้ให้ความสำคัญอย่างยิ่งต่อการไต่สวนที่เป็นธรรม การพิจารณาใด ๆ จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลและข้อเท็จจริงที่ได้รับเมื่อเจ้าหน้าที่ดำเนินการเสร็จสิ้น กระบวนการต้องประกันความโปร่งใสในการพิจารณาโดยการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดทราบเหตุผลและคำตัดสินที่ได้รับ พร้อมทั้งให้โอกาสในการคัดค้านโต้แย้งผลการตัดสินดังกล่าว และท้ายที่สุดเจ้าหน้าที่ต้องเผยแพร่คำตัดสินนั้น ๆ สู่สาธารณะ โดยเราสามารถแบ่งกระบวนการกำหนดโทษตามกฎหมายอย่างเป็นระบบได้ ดังต่อไปนี้

- 1) การกล่าวหาว่าละเมิดกฎหมาย
- 2) การประเมน
- 3) การไต่สวนที่เป็นธรรม
- 4) การตรวจสอบหาหลักฐานต่างๆ เช่น เนื้อหารายการ งานเขียนบท และการค้นคว้าจากภายนอก เป็นต้น
- 5) ตรวจสอบว่าละเมิดประมวลกฎหมายใดบ้าง
- 6) เหตุผลในการตัดสินใจ

due impartiality and that the impartiality requirements of section 320 are complied with; (d) that news included in television and radio services is reported with due accuracy; (e) that the proper degree of responsibility is exercised with respect to the content of programmes which are religious programmes; (f) that generally accepted standards are applied to the contents of television and radio services so as to provide adequate protection for members of the public from the inclusion in such services of offensive and harmful material; (g) that advertising that contravenes the prohibition on political advertising set out in section 321(2) is not included in television or radio services; (h) that the inclusion of advertising which may be misleading, harmful or offensive in television and radio services is prevented; (i) that the international obligations of the United Kingdom with respect to advertising included in television and radio services are complied with; (j) that the unsuitable sponsorship of programmes included in television and radio services is prevented; (k) that there is no undue discrimination between advertisers who seek to have advertisements included in television and radio services; and (l) that there is no use of techniques which exploit the possibility of conveying a message to viewers or listeners, or of otherwise influencing their minds, without their being aware, or fully aware, of what has occurred

- 7) โอกาสในการคัดค้านโต้แย้งผลการตัดสิน
- 8) เผยแพร่คำตัดสินสู่สาธารณะ (ความโปร่งใส)

3.2.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

Office of Communications (Ofcom) เป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003¹⁰³ (Communication Act 2003) ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการสื่อสารของสหราชอาณาจักร ประกอบด้วยกิจการโทรทัศน์ กิจการวิทยุ กิจการวิดีโอตามคำขอ (Video On demand) กิจการโทรคมนาคม กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ และกิจการไปรษณีย์ รวมถึงบริหารจัดการคลื่นความถี่วิทยุ การดำเนินงานของ Ofcom เป็นไปเพื่อให้ประชาชนชาวอังกฤษได้รับบริการสื่อสารที่ดี ได้รับการคุ้มครองในขณะที่มีการแข่งขันในอุตสาหกรรมเพิ่มขึ้น ซึ่งโดยหลักการแล้ว Ofcom พยายามรักษาคุณภาพการให้บริการสาธารณะในด้านการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นอย่างยิ่ง ด้วยการมุ่งเน้นให้มีการผลิตสื่อด้วยผู้ผลิตที่มีความเป็นอิสระ (Independent Producers) ไม่มีการแทรกแซง อีกทั้งยังคุ้มครองผู้บริโภคด้วยการตรวจสอบกรณีผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบ จากผู้ให้บริการในด้านการคิดราคาค่าบริการที่ไม่เป็นธรรม Ofcom ยังต้องแน่ใจด้วยว่าประชาชนทุกคนในสหราชอาณาจักรต้องสามารถเข้าถึงการได้รับบริการจากระบบโทรศัพท์พื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประชาชนผู้มีรายได้น้อยและประชาชนตามพื้นที่ชนบท

สำหรับการบังคับใช้กฎ ระเบียบ นั้น Ofcom ได้มีการจัดกลุ่มงาน 3 กลุ่มงานในการควบคุมดูแล และบังคับใช้กฎ ระเบียบ ดังนี้

- 1) กลุ่มงาน Radio Spectrum Enforcement มีหน้าที่รับผิดชอบในการป้องกันอันตรายจากการรบกวนของแถบความถี่วิทยุ (Radio spectrum)
- 2) กลุ่มงาน The Broadcast Bulletin รับผิดชอบกลุ่มงานด้าน เนื้อหา และมาตรฐานของ Ofcom โดยทำหน้าที่รับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับสื่อทางวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ เพื่อให้มั่นใจได้ว่า กฎ ระเบียบ ของ Ofcom สามารถที่จะกำกับดูแลกับปัญหาการละเมิดสิทธิเสรีภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพ
- 3) กลุ่มงาน The Competition and Consumer Enforcement Bulletin รับผิดชอบกลุ่มงาน Competition Group Investigations Team และ Consumer Affairs Team ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎ ระเบียบ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ประเด็นด้านการแข่งขันอย่าง

¹⁰³ Ofcom, **About Ofcom**, Retrieved October 17, 2018 from <https://www.ofcom.org.uk/home>

เป็นธรรม และการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ให้บริการด้านสื่อสารโทรคมนาคม (Communication Providers)

กรณีการดำเนินงานของ Ofcom นั้นมีหลักการในการกำกับดูแลตามกฎหมาย Communication Act 2003 ดังนี้¹⁰⁴

- 1) กำหนดนโยบาย และจัดทำแผนการดำเนินงานประจำปีให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับนโยบายด้านการสื่อสารของรัฐบาล
- 2) เข้าแทรกแซงเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายในการจัดให้มีบริการสื่อสารโทรคมนาคมสาธารณะซึ่งไม่สามารถใช้กลไกตลาดได้
- 3) ดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการแข่งขันการให้บริการ ด้วยการเข้าแทรกแซงอย่างมีประสิทธิภาพ มิให้ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีอำนาจเหนือตลาด
- 4) การใช้กลยุทธ์ที่ไม่เป็นธรรมในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของภาคเอกชน ต้องอยู่ในสัดส่วนที่พอเหมาะโปร่งใสและตรวจสอบได้ มีการไตร่ตรองอย่างรอบคอบถึงผลที่จะตามมา
- 5) กำหนดกฎเกณฑ์ กติกา ระเบียบ ข้อบังคับ เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจหรือการให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมของผู้ประกอบการทุกประเภท
- 6) วิจัยและพัฒนาการตลาดการสื่อสารอย่างต่อเนื่อง เพื่อมุ่งที่จะนำเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาใช้ในการบริการของผู้ประกอบการ
- 7) ให้คำปรึกษาแก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดจากการออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับ ก่อนที่จะตรากฎระเบียบ

นอกจากนี้ การดำเนินงานของ Ofcom ยังเป็นการดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการต่าง ๆ ในแต่ละด้าน อาทิ คณะกรรมการมาตรฐานการกระจายเสียง คณะกรรมการโทรทัศน์เสรี สำนักงานการโทรคมนาคม เป็นต้น ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กฎหมาย Communication Act 2003 กำหนด หรือในบางกรณีสามารถตั้งคณะอนุกรรมการเข้ามาเป็นที่ปรึกษาให้กับ Ofcom และให้ข้อมูลประกอบการตัดสินใจในการดำเนินงานได้อีกด้วย

¹⁰⁴ Ofcom, **Policies and Guidelines**, Retrieved October 17, 2018 from <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/policies-and-guidelines>

3.3 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการให้บริการในลักษณะ OTT

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นหนึ่งในประเทศแรกๆ ที่มีการให้บริการในรูปแบบ OTT TV และมีการให้บริการ OTT TV อย่างแพร่หลายและเป็นที่นิยมอย่างมากในปัจจุบัน โดยการให้บริการ OTT TV ในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี 2548 โดยเป็นบริการแบ่งช่องทางการออกอากาศจาก Youtube ซึ่งมีเนื้อหาในรูปแบบของ User Generated Content (UGC)¹⁰⁵ หรือที่เรียกว่าเป็นข้อมูลที่ได้รับสาร หรือผู้ใช้สื่อออนไลน์ผลิตสื่อขึ้นเองและเผยแพร่บนสื่อออนไลน์ ซึ่งหากกล่าวถึงคำว่าสื่อออนไลน์หมายรวมถึงแพลตฟอร์มทุกประเภทที่มีการเชื่อมต่อกับระบบอินเทอร์เน็ต ทั้งเว็บไซต์แอปพลิเคชันและสื่อสังคม ก็สามารถหมายความได้ถึง Facebook Youtube Instagram Twitter Blog เป็นต้น นอกจากนี้ Youtube แล้ว ยังมี Vimeo ซึ่งเริ่มต้นให้บริการแพลตฟอร์มแบ่งปันวิดีโอเช่นเดียวกับ Youtube ในปีเดียวกัน โดยทั้ง Youtube และ Vimeo ต่างก็เป็นผู้ให้บริการ OTT TV อิสระ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้บริการทั้งสองมีรูปแบบวิธีการหารายได้ที่แตกต่างกัน โดย Youtube หารายได้ผ่านการโฆษณาบนแพลตฟอร์ม (AVOD)¹⁰⁶ เป็นหลัก ในขณะที่ Vimeo หารายได้ผ่านการจัดเก็บค่าบริการสมาชิก (SVOD)¹⁰⁷

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 เป็นต้นมา¹⁰⁸ ประเทศสหรัฐอเมริกามีบริการ OTT TV เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากโดยเป็นการปรับตัวของผู้ผลิตเนื้อหา ทั้งช่องรายการพรีเมียมในเคเบิลทีวี เช่น HBO, Max, Disney Channel เป็นต้น ทำให้พฤติกรรมในการรับชมโทรทัศน์ของผู้บริโภคภายหลังจาก

¹⁰⁵ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) และคณะนิติศาสตร์ สถาบันการจัดการปัญญาภิวัฒน์, **คู่มือแนวปฏิบัติและมาตรฐานจริยธรรมในการใช้ข้อมูลจากสื่อออนไลน์ในกระบวนการสื่อข่าว** (กรุงเทพมหานคร: กสทช., 2559), หน้า 6.

¹⁰⁶ ญัตติ พงศ์สุริย, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

Advertising-Based Video on Demand: AvoD คือผู้ให้บริการ OTT TV จะไม่เรียกเก็บค่าบริการจากผู้ให้บริการปลายทางแต่จะคิดค่าบริการจากเจ้าของสินค้าและบริการหรือจากบริษัทโฆษณา (Advertising/Media Agency) เช่น YouTube และ Line TV เป็นต้น

¹⁰⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 3.

Subscription Video on Demand: SVoD คือการเรียกเก็บค่าสมาชิกแบบรายเดือนหรือรายปีโดยสมาชิกสามารถรับชมเนื้อหาในบริการ OTT TV อย่างไม่จำกัดระยะเวลาที่เป็นสมาชิก เช่น Netflix และ Primetime เป็นต้น

¹⁰⁸ บริษัท ไทม์ คอนซัลติงจำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 89.

การเข้ามาของการให้บริการในลักษณะ OTT เปลี่ยนแปลงไป โดยผู้บริโภคจะเลือกสมัครหรือเข้ารับชมการให้บริการของ OTT TV มากขึ้น โดยหันมาสมัครใช้บริการ OTT TV ในรูปแบบ SVOD เพื่อรับชมเฉพาะเนื้อหาที่ตนต้องการ ซึ่งเป็นที่นิยมเป็นอย่างมาก ในขณะที่รูปแบบ AVOD จะมี Youtube เป็นผู้ให้บริการรายใหญ่เพียงรายเดียว และเป็นที่น่าสังเกตว่า ผู้ให้บริการ OTT ที่เกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2548-2552 เช่น Netflix ,Amazon ,iTunes สามารถกลายเป็นผู้ให้บริการ OTT รายใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งยังขยายการให้บริการไปยังประเทศต่าง ๆ และเป็นที่ได้รับความนิยมทั่วโลก

3.3.1 กิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

ภายใต้การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ รวมทั้งการให้บริการในลักษณะ OTT ในปัจจุบันมีองค์กร The Federal Communications Commission (FCC) หรือ คณะกรรมการกลางกำกับดูแลกิจการสื่อสาร ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระของรัฐภายใต้การกำกับดูแลของรัฐสภาสหรัฐอเมริกา (Congress) โดยกำกับดูแลการสื่อสารระหว่างประเทศ ทั้งระบบวิทยุ โทรทัศน์ ดาวเทียม และเคเบิล รวมถึงโทรคมนาคม ครอบคลุมทั้งหมดจำนวน 50 รัฐ ตลอดจนเขตปกครองของสหรัฐอเมริกา และเขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย โดยสามารถแบ่งเป็นประเภทได้ ดังนี้

1) คลื่นความถี่วิทยุ¹⁰⁹

ตามกฎหมายการสื่อสารของสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการใช้งานด้านคลื่นความถี่วิทยุ จำนวน 2 หน่วยงาน ได้แก่

(1) หน่วยงาน FCC เป็นผู้กำกับดูแลการใช้งานด้านความถี่ของผู้ใช้งานที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐบาลกลาง เช่น ความปลอดภัยด้านสาธารณะ การแพร่ภาพกระจายเสียง และผู้ใช้งานภาครัฐตามรัฐต่าง ๆ ในระดับภูมิภาค

(2) หน่วยงาน National Telecommunications and Information Administration (NTIA) มีหน้าที่หลักในการกำกับดูแลการใช้งานด้านความถี่ของผู้ใช้งานในส่วนของรัฐบาลกลาง

(2.1) โทรทัศน์และเคเบิล

(2.2) ดาวเทียม

2.3) การโทรคมนาคม

¹⁰⁹ The Federal Communications Commission, **Radio Spectrum Allocation**, Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/engineering-technology/policy-and-rules-division/general/radio-spectrum-allocation>

3.3.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมีองค์กร FCC เป็นผู้ดูแลด้านเนื้อหาทั้งในรูปแบบของช่องรายการโทรทัศน์และในรูปแบบของการให้บริการในลักษณะ OTT โดยในกรณีของผู้ให้บริการช่องโทรทัศน์นั้น องค์กร FCC ได้ใช้กฎหมาย Communications Act of 1934 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 ในการกำกับดูแลด้านเนื้อหาโดยห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการในรูปแบบของช่องรายการโทรทัศน์ ถ่ายทอดเนื้อหาที่น่ารังเกียจเป็นอันตราย สำหรับเนื้อหาไม่สุภาพและเนื้อหาในเชิงดูหมิ่นนั้น องค์กร FCC กำหนดให้ผู้ให้บริการช่องโทรทัศน์สามารถออกอากาศได้ในช่วงเวลา 22.00 น. ถึง 06.00 น. เท่านั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี¹¹⁰

¹¹⁰ Communications Act of 1934 as amended by the 1996 Act, SEC. 639. [47 U.S.C. 559] Obscene Programming. Whoever transmits over any cable system any matter which is obscene or otherwise unprotected by the Constitution of the United States shall be fined under title 18, United States Code, or imprisoned not more than 2 years, or both

Communications Act of 1934 as amended by the 1996 Act, SEC. 612. [47 U.S.C. 532] Cable Channels for Commercial Use. (j) (1) Within 120 days following the date of the enactment of this subsection, the Commission shall promulgate regulations designed to limit the access of children to indecent programming, as defined by Commission regulations, and which cable operators have not voluntarily prohibited under subsection (h) by--

(A) requiring cable operators to place on a single channel all indecent programs, as identified by program providers, intended for carriage on channels designated for commercial use under this section;

(B) requiring cable operators to block such single channel unless the subscriber requests access to such channel in writing; and

(C) requiring programmers to inform cable operators if the program would be indecent as defined by Commission regulations

SEC. 641. [47 U.S.C. 561] Scrambling of Sexually Explicit Adult Video Service Programming.

สำหรับกรณีของการให้บริการในลักษณะ OTT นั้น องค์กร FCC จะกำกับดูแลด้านเนื้อหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นกฎระเบียบที่ FCC ใช้บังคับกับผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์โดยทั่วไป เนื่องจากในปัจจุบันนี้ องค์กร FCC จัดให้การให้บริการลักษณะ OTT อยู่ในประเภท Online Video Distributor¹¹¹ อย่างไรก็ดี ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าองค์กร FCC มีการควบคุมเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ซึ่งประกอบไปด้วยเนื้อหาที่น่ารังเกียจ เนื้อหาที่ไม่สุภาพ และเนื้อหาในเชิงดูหมิ่น รวมถึงการจัดลำดับความนิยมของเนื้อหาในการให้บริการในลักษณะ OTT ในลักษณะเดียวกับผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ด้วยหรือไม่ สำหรับกฎระเบียบของการควบคุมเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมนั้นจะเป็นมาตรการที่องค์กร FCC จะพิจารณาคำร้องขอของผู้บริโภคเป็นรายกรณี ทั้งนี้ สาเหตุที่การกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT หรือแม้แต่ผู้ให้บริการโทรทัศน์เพียงเล็กน้อยเช่นนี้ก็เนื่องมาจากกฎหมาย Communication Act ซึ่งห้ามไม่ให้องค์กร FCC เซ็นเซอร์เนื้อหาที่ออกอากาศรวมถึงการ

(b) Implementation.—Until a multichannel video programming distributor complies with the requirement set forth in subsection (a), the distributor shall limit the access of children to the programming referred to in that subsection by not providing such programming during the hours of the day (as determined by the Commission) when a significant number of children are likely to view it

Communications Act of 1934 as amended by the 1996 Act, 2. The Commission adopted an Order and Notice of Proposed Rulemaking implementing Section 505 and defining, on an interim basis, the hours of 6:00 am to 10:00 pm as those hours when a significant number of children are likely to view such programming. 7 Section 505 provides that these provisions take effect 30 days after the date of enactment of the 1996 Act, i.e., March 9, 1996. 8 The Commission has not enforced Section 505 due to a temporary restraining order and a number of stays that were granted by the United States District Court for the District of Delaware

¹¹¹ บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 103.

Online Video Distributor คือผู้เผยแพร่วิดีโอในสื่อออนไลน์ หรือโซเชียลมีเดีย เช่น Netflix เป็นต้น

ออกกฎหมายที่อาจขัดต่อแนวทาง Freedom of Speech¹¹²อีกด้วย เพื่อเปิดโอกาสให้ชาวอเมริกันได้รับทราบเนื้อหาในหลากหลายมุมมอง¹¹³

นอกจากนี้ องค์กร FCC ได้นำหลักการ Net Neutrality มาใช้ในการกำกับดูแลทั้งด้านโครงข่ายโทรคมนาคม และด้านเนื้อหาที่เผยแพร่ผ่านโครงข่ายดังกล่าว และได้มีการประกาศใช้ Open Internet Order 2015¹¹⁴ ซึ่งมีหลักการสำคัญอยู่ 3 ประการเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตได้อย่างเสรี ได้แก่

1) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหา และบริการที่ถูกต้องตามกฎหมายบนอินเทอร์เน็ตได้ รวมทั้งไม่สามารถขัดขวางการใช้งานอุปกรณ์ที่ไม่เป็นภัยต่อโครงข่ายอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดการลดคุณภาพของการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหา และบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต หรือทำให้อุปกรณ์ที่ไม่เป็นภัยต่อโครงข่ายอินเทอร์เน็ตใช้การไม่ได้

3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถเลือกปฏิบัติในการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหา และบริการที่ถูกกฎหมาย หรือให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ให้บริการเนื้อหารายใดรายหนึ่งเพื่อแลกกับค่าบริการพิเศษ รวมถึงไม่สามารถให้สิทธิพิเศษแก่บริการเนื้อหาของตนเองหรือบริษัทในเครือได้

¹¹² Amnesty International Thailand, **Freedom of Expression**, ค้นวันที่ 23 พฤศจิกายน 2561 จาก <https://www.amnesty.or.th/en/our-work/freedom-expression>

Freedom of Speech คือ สิทธิของบุคคลทุกคนที่จะมีเสรีภาพในการแสดงออก การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร และการแสดงความคิดเห็น เป็นสิทธิในระดับสากลที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายระหว่างประเทศ เสรีภาพในการแสดงออกเป็นพื้นฐานของความเจริญของสังคมและความองอาจของปัจเจกบุคคล คุณภาพการศึกษา การสร้างและพัฒนาเทคโนโลยี ความก้าวหน้าของภาคธุรกิจ และการเข้าถึงความยุติธรรม ล้วนมีพื้นฐานจากการที่บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะพูด เขียน แลกเปลี่ยน หรือถกเถียงความคิดเห็นต่างๆ ในพื้นที่สาธารณะ เพื่อให้ความคิดเห็นเหล่านั้นพัฒนาต่อยอดนำไปสู่ความรุ่งเรืองของสังคม

¹¹³ The Federal Communications Commission, **What is the Responsibility?**
Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/consumers/guides/fcc-and-freedom-speech>

¹¹⁴ บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 104.

นอกจากหลักการ 3 ข้อนี้อีกแล้ว กฎหมาย Open Internet Order ยังห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แทรกแซงการเข้าถึงเนื้อหา และบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะเป็นทางผู้ให้บริการเนื้อหา หรือผู้ใช้บริการปลายทาง โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรทางด้านการบริหารจัดการโครงข่าย รวมทั้งกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องเปิดเผยข้อมูลด้านการบริหารจัดการโครงข่าย ประสิทธิภาพของโครงข่ายและข้อมูลด้านการค้าขาย ค่าบริการ รายการส่งเสริมการขาย และโควตาการใช้งานข้อมูลให้กับผู้บริโภคโดยทั่วไป ทั้งนี้กฎหมาย Open Internet Order 2015 เป็นมาตรการซึ่งให้อำนาจองค์กร FCC ในการเข้าไปตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ที่มีแนวโน้มที่จะขัดกับหลักการ Net Neutrality อย่างไรก็ดี องค์กร FCC ได้มีมติยกเลิกหลักการดังกล่าวไปแล้ว¹¹⁵ ซึ่งอาจจะส่งผลให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลบเนื้อหาบางส่วนที่เคยเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต หรือคิดค่าบริการเพิ่มขึ้นจากผู้บริโภคเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับบริการที่ดีกว่าโดยแลกกับการจ่ายค่าสมาชิกที่สูงขึ้น และจะส่งผลกระทบต่อธุรกิจขนาดเล็กที่มีทุนไม่มากพอทำให้เกิดการผูกขาดของช่องทางการให้บริการผ่านอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

3.3.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยหลักเป็นการคุ้มครองการใช้เสรีภาพและให้เสรีต่อสื่อมวลชนในการเผยแพร่เนื้อหาต่าง ๆ ภายใต้แนวคิดที่ว่าสื่อมวลชนจะต้องมีความเป็นอิสระและสามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยปราศจากการครอบงำจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยสอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนเอาไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 ของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา¹¹⁶ บทบัญญัติดังกล่าวมีใจความสำคัญเป็นการห้ามมิให้รัฐสภาดำเนินการใด ๆ อันมีผลเป็นการจำกัดหรือตัดทอนสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน ทั้งนี้เพื่อให้สื่อมวลชนมีความเป็นอิสระและสามารถที่จะแสดงความคิดเห็น

¹¹⁵ The New York Time, **Net Neutrality has officially been repealed. Here, show that could affect you**, Retrieved November 23, 2018 from <https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html>

¹¹⁶ The Constitution and the Bill of Rights: Amendment, First Amendment of the Bill of Rights ความว่า “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

ได้อย่างเสรีเพื่อนำไปพัฒนาและปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองและรับรองเสรีภาพของสื่อมวลชน อย่างไรก็ตามโดยหลักรัฐบาลไม่อาจจำกัดการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารของสื่อมวลชนไม่ว่าในทางใด ๆ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเปิดเผยดังกล่าวจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ และรัฐไม่อาจที่จะกำหนดโทษในทางอาญา หรือเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งต่อสื่อมวลชน ในกรณีที่ข้อความที่นำเสนอเป็นความจริงและเรื่องที่น่าเสนอเป็นเรื่องที่กระทบต่อสาธารณชนได้

ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น องค์กร FCC ในฐานะองค์กรที่กำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สามารถทำให้ประชาชนชาวอเมริกันสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเสรี แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เป็นการเผยแพร่เนื้อหาที่มีความลามก อนาจาร (Obscenity) จะถูกห้ามไม่ให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยเด็ดขาด แต่หากเป็นเนื้อหาที่ไม่สุภาพหรือไม่เหมาะสม (Indecency) และเนื้อหาในเชิงดูหมิ่น (Profanity) จะถูกจำกัดการเผยแพร่และมีเงื่อนไขในการออกอากาศ หากผู้ใดทำการฝ่าฝืน องค์กร FCC มีมาตรการในการลงโทษโดยกำหนดค่าปรับทางแพ่ง เพิกถอนและไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้ประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ต่อไป ส่วนกรณีการลงโทษของกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายให้อำนาจในการกำหนดโทษปรับในทางอาญาและจำคุกไม่เกิน 2 ปี¹¹⁷

3.3.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

The Federal Communications Commission (FCC) เป็นหน่วยงานพิเศษที่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้รัฐบาลซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย Communications Act of 1934 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาโดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 ซึ่งมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการสื่อสารระหว่างมลรัฐและระหว่างประเทศผ่านกิจการวิทยุ กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมถึงดาวเทียมและเคเบิลโดยกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการ

¹¹⁷ The Federal Communications Commission, **Obscenity, Indecency and Profanity**, Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/general/obscenity-indecency-and-profanity>

The FCC has authority to issue civil monetary penalties, revoke a license or deny a renewal application. The FCC vigorously enforces this law where we find violations. In addition, the United States Department of Justice has authority to pursue criminal violations. Violators of the law, if convicted in a federal district court, are subject to criminal fines and/or imprisonment for not more than two years

พิจารณาให้ใบอนุญาตและต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการแก่องค์กรธุรกิจสื่อสารมวลชน (Broadcast Licenses) อำนาจในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบกิจการ (Media Regulations) รวมทั้งอำนาจในการลงโทษในกรณีที่ผู้ประกอบการกระจายเสียงและโทรทัศน์ที่ได้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่องค์กร FCC ได้กำหนดไว้ โดยใบอนุญาตในการประกอบกิจการนั้นจะต้องได้รับการจัดสรรอย่างเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการในประเภทเดียวกันทั่วประเทศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้สิทธิแก่องค์กร FCC ในการเข้าไปแทรกแซงการออกอากาศของสื่อค่อนข้างจำกัด เว้นแต่กรณีเนื้อหาที่ออกอากาศผิดหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Communications Act of 1934 และที่แก้ไขเพิ่มเติมตาม Telecommunications Act of 1996 องค์กร FCC จึงมีอำนาจตามกฎหมายในการเข้าไปแทรกแซงในกรณีดังกล่าว¹¹⁸

นอกจากนี้ องค์กร FCC ยังมีเป้าประสงค์หลักหรือพันธกิจในการดำเนินการ จำนวน 4 ประการ¹¹⁹ ดังนี้

1) การส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจและภาวะผู้นำระดับชาติ

ส่งเสริมการขยายเครือข่ายโทรคมนาคมที่แข่งขันซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญของนวัตกรรมด้านเทคโนโลยีและการเติบโตทางเศรษฐกิจและสร้างความมั่นใจให้แก่ประชาชนว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังคงเป็นผู้นำในการพัฒนาเศรษฐกิจและการศึกษาแก่ประชาชนของตนอย่างต่อเนื่อง

2) การป้องกันประโยชน์สาธารณะภายในประเทศ

องค์กร FCC จะป้องกัน คุ้มครองและส่งเสริมนโยบายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ใช้บริการและหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการโดยการสร้างหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคทั้งในด้านการแข่งขัน การได้รับบริการอย่างทั่วถึง ความปลอดภัยสาธารณะและความมั่นคงของชาติ

3) ประชาชนทุกคนสามารถใช้บริการในโครงข่ายได้อย่างทั่วถึง

นอกเหนือจากการส่งเสริมการพัฒนาโครงข่ายแล้วองค์กร FCC ยังมีหน้าที่ตรวจสอบให้แน่ใจว่าชาวอเมริกันทุกคนจะสามารถใช้ประโยชน์จากบริการที่องค์กรจัดหาได้โดยไม่มีอุปสรรค

4) การส่งเสริมความเป็นเลิศในการปฏิบัติงาน

เสริมสร้างองค์กร FCC ให้เป็นแบบอย่างในการปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพและยึดมั่นในกระบวนการที่โปร่งใสและกระตุ้นให้เกิดการมีส่วนร่วมของสาธารณชนเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสาธารณะ

¹¹⁸ The Federal Communications Commission, **What we do**, Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/about-fcc/what-we-do>

¹¹⁹ The Federal Communications Commission, **About the FCC**, Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/about/overview>

3.4 กฎหมายประเทศเกาหลีใต้กับการให้บริการในลักษณะ OTT

ประเทศเกาหลีใต้เป็นประเทศในแถบเอเชียที่มีการให้บริการในลักษณะ OTT มาช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้ว ตั้งแต่ประมาณปี พ.ศ. 2547 และยังเป็นประเทศอันดับต้น ๆ ที่มีการให้บริการลักษณะ OTT อย่างแพร่หลายและมีผู้ให้บริการเกิดขึ้นใหม่อย่างต่อเนื่อง ด้วยเหตุในหลายปัจจัยด้วยกัน ได้แก่ ทางด้านโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งประเทศเกาหลีใต้เป็นประเทศที่มีความเจริญทางด้านเทคโนโลยีเป็นอันดับต้น ๆ ของโลก จากการจัดอันดับของ ITU ทางด้านดัชนีชี้วัดการพัฒนาทางเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ICT Development Index) ประเทศเกาหลีใต้ได้ถูกจัดอันดับให้เป็นอันดับหนึ่งของโลกในปี พ.ศ. 2558 ในเรื่องการเป็นประเทศที่พัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร¹²⁰ สัดส่วนการใช้โทรศัพท์สมาร์ทโฟน ของประชากรที่มีโทรศัพท์เคลื่อนที่ของทั้งหมดในประเทศเกาหลีใต้มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ในขณะเดียวกันสัดส่วนผู้ที่ไม่ได้ใช้โทรศัพท์สมาร์ทโฟนก็มีสัดส่วนที่ลดลงเรื่อย ๆ เช่นกัน นอกจากนี้ ด้วยผลของประชากรที่ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่สมาร์ทโฟนดังกล่าวได้ส่งผลถึงจำนวนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศเกาหลีใต้ด้วย เพราะขณะนี้อัตราการใช้อินเทอร์เน็ตของประชากรทั้งหมดได้เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 ถึง พ.ศ. 2557 เพิ่มขึ้นร้อยละ 77.8 เป็นร้อยละ 83.6 ตามลำดับ ซึ่งพบว่าร้อยละ 95 มีการใช้อินเทอร์เน็ตผ่านอุปกรณ์สมาร์ทโฟน และสมาร์ตแพดอย่างแพร่หลาย¹²¹ จากการเพิ่มขึ้นของการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศเกาหลีใต้ ทำให้จำนวนผู้รับชมรายการโทรศัพท์แบบเดิมลดลง สำหรับอีกปัจจัยหนึ่งนอกจากเรื่องโครงสร้างพื้นฐานและการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตของประชากรในประเทศแล้ว อีกปัจจัยหนึ่งคือสภาพสังคมและวัฒนธรรมของชาวเกาหลีใต้ที่มีความแตกต่างออกไป กล่าวคือ ชาวเกาหลีใต้มีความนิยมรับชมวิดีโอผ่านสมาร์ทโฟน ในสถานที่ต่าง ๆ ซึ่งปัจจัยนี้ทำให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT มีเพิ่มมากขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค

ผู้ให้บริการรายหลักในตลาด OTT ในประเทศเกาหลีใต้มาจากผู้ให้บริการรายเดิมในตลาดเคเบิลทีวี หรือฟรีทีวี โดยสามารถยกตัวอย่าง คือ Olleh TV Mobile, TVing, Pooq เป็นต้น อีกทั้งประเทศเกาหลีใต้ยังเป็นตัวอย่างของประเทศที่ให้ความสำคัญกับอุตสาหกรรมการผลิตเนื้อหาภายในประเทศ (Local Content) มากกว่าจะรับเอาเนื้อหารายการจากต่างประเทศเข้ามาและมีแนวโน้มให้การสนับสนุนผู้ให้บริการในลักษณะ OTT ที่เป็นผู้ให้บริการภายในประเทศมากกว่าผู้ให้

¹²⁰ ITU, **Measuring the Information Society Report**, Retrieved November 23, 2018 from <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/mis2015.aspx>

¹²¹ Korea Internet & Security Agency (KISA), **Korea Internet White Paper 2015**, (Korea: KyungSung, 2015), p. 66.

บริการจากภายนอก สำหรับประเภทเนื้อหาที่ได้รับความนิยมจะเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมบันเทิง ซึ่งถือเป็นการสร้างรายได้หลักนำเข้าประเทศค่อนข้างมาก เนื่องจากมีผู้นิยมรายการทั้งภาพยนตร์ ทีวี และซีรีส์เกาหลีทั้งในและต่างประเทศ ทำให้บริการ OTT ของประเทศเกาหลีได้มีเนื้อหา รายการภายในประเทศหมุนเวียนอยู่และยังสามารถนำเนื้อหาดังกล่าวขายลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการ โทรทัศน์และผู้ให้บริการลักษณะ OTT ในต่างประเทศได้อีกด้วย

3.4.1 กิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

ภายใต้การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ รวมทั้งการให้บริการใน ลักษณะ OTT ในปัจจุบันมีองค์กร Korea Communications Commission (KCC) และ Minister of Science, ICT and Future Planning (MSIP) เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ โดยรวมไปถึงเรื่องการให้บริการลักษณะ OTT ซึ่งจะเป็นการกำกับดูแลในแง่มุมของการแข่งขันการให้บริการ การคุ้มครองผู้บริโภค และควบคุมทางด้านเนื้อหาภายใต้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ได้แก่ Internet Multimedia Broadcasting Business Act (2013)¹²² ซึ่งประเทศเกาหลีได้มีการแบ่งการกำกับดูแลออกเป็นด้าน ๆ เป็นการเฉพาะโดยจะมีแต่ละหน่วยงานแบ่งหน้าที่ในการกำกับดูแล¹²³ ซึ่งมีความแตกต่างกับประเทศไทย สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา ที่มีหน่วยงานที่เป็นอิสระในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวร่วมกันไม่ว่าจะเป็นกิจการโทรคมนาคม กิจการวิทยุ กิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ รวมไปถึงการให้บริการในลักษณะ OTT ด้วย

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าองค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลในเรื่องของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และการให้บริการในลักษณะ OTT อย่างองค์กร KCC และ MSIP จึงเป็นองค์กรที่มีอำนาจหลักที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมสื่อและอุตสาหกรรมโทรคมนาคม (Telecommunications and Broadcasting Industry) ทั้งหมดในประเทศเกาหลีใต้

3.4.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

การเข้าถึงเนื้อหาต่าง ๆ ผ่านอินเทอร์เน็ตหรือการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศเกาหลีใต้นั้นเกี่ยวข้องกับนโยบาย Net Neutrality and Internet Traffic Management Rules 2014

¹²² บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 150.

¹²³ ICLG.Com, **Korea: Telecoms, Media and Internet Law and Regulations**, Retrieved December 21, 2018 from <https://iclg.com/practice-areas/telecoms-media-and-internet-laws-and-regulations/korea>

ซึ่งเป็นนโยบายที่เกี่ยวกับความเท่าเทียมในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารบนอินเทอร์เน็ตโดยปฏิบัติต่อข้อมูลที่ได้รับการเผยแพร่อย่างเท่าเทียมและไม่มีการแบ่งแยกใด ๆ หรือเรียกอีกอย่างว่า ความเป็นกลางทางอินเทอร์เน็ตในการบริหารจัดการรับส่งข้อมูล¹²⁴ ซึ่งถูกบังคับใช้ภายใต้องค์กร KCC และ MSIP โดยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ OTT ภายใต้ Net Neutrality and Internet Traffic Management Rules 2014 นั้นมีทั้งหมด 5 ประเด็น¹²⁵ ได้แก่

1) สิทธิของผู้ใช้บริการ

ผู้ให้บริการสามารถเข้าถึงเนื้อหาที่ถูกต้องตามกฎหมาย แอปพลิเคชัน หรือบริการใด ๆ ตามความต้องการของผู้ใช้บริการ และผู้ให้บริการมีสิทธิในการเลือกใช้อุปกรณ์ใด ๆ ในการเข้าถึงหรือใช้บริการต่าง ๆ ได้ โดยอุปกรณ์ดังกล่าวต้องไม่เป็นอันตรายกับโครงข่ายการให้บริการอินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการมีสิทธิในการรับรู้ข้อมูลการบริหารจัดการรับส่งข้อมูลอินเทอร์เน็ตจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

2) การเปิดเผยข้อมูล

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลการบริหารจัดการการรับส่งข้อมูลต่าง ๆ รวมไปถึงนโยบายและเงื่อนไขในการบริหารจัดการข้อมูลต่าง ๆ ต่อสาธารณะ

3) การบริหารจัดการรับส่งข้อมูลและการจัดการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างสมเหตุสมผล

โดยความสมเหตุสมผลนี้ขึ้นอยู่กับแต่ละรูปแบบของการให้บริการ และจะพิจารณาเป็นรายกรณี เช่น การบริหารจัดการรับส่งข้อมูลอย่างมีเสถียรภาพ และมีความปลอดภัย การให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ดีที่สุดเต็มประสิทธิภาพของผู้ให้บริการ เป็นต้น

4) การส่งเสริมความร่วมมือระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

การส่งเสริมความร่วมมือดังกล่าวสามารถยกตัวอย่างได้ เช่น ผู้ให้บริการในลักษณะ OTT ผู้ให้บริการด้านเนื้อหา และแอปพลิเคชันอื่น ๆ ความให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันในการผลิตและพัฒนาการให้บริการที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพแก่ผู้ให้บริการ

¹²⁴ Angele A. Gilroy, **The Net Neutrality Debate: Access to Broadband Networks**, p, 1, Retrieved December 21, 2018 from <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40616.pdf>

¹²⁵ บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 164-165.

5) การส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่มีสิทธิในการห้ามการเข้าถึงบริการ เนื้อหาต่าง ๆ ที่ถูกกฎหมายของผู้ใช้บริการ และห้ามการเข้าถึงเนื้อหาและบริการต่าง ๆ บนอุปกรณ์ที่ไม่เป็นอันตรายต่อระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต รวมไปถึงการเลือกในการให้บริการต่อบริการใดบริการหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรม และไม่สมเหตุสมผล

นอกจากนี้ ประเทศเกาหลีใต้ยังนำนโยบาย Net Neutrality มาบัญญัติหลักการไว้ในกฎหมายภายในประเทศด้วย โดยมุ่งเน้นเรื่องการเข้าถึงเนื้อหาอย่างเป็นธรรม รวมไปถึงวิธีการดำเนินการในเรื่องการต้องได้รับใบอนุญาตและการลงทะเบียนเนื้อหารายการของผู้ให้บริการลักษณะ OTT การส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างผู้ให้บริการลักษณะ OTT การให้บริการระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและการคุ้มครองผู้บริโภคในการใช้บริการ OTT โดยยกตัวอย่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ ดังนี้

1) Telecommunications Business Act 2015

ในมาตรา 3 และมาตรา 50¹²⁶ ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมไม่สามารถปฏิเสธการให้บริการแก่ผู้ใดโดยไม่สมเหตุสมผลได้ และผู้ให้บริการคมนาคมจะต้องให้ความยุติธรรมทั้ง

¹²⁶ Telecommunications Business Act, Article 3 (Duty of Providing Services, etc.)

(1) A telecommunications business operator shall not refuse to provide any telecommunications service, without justifiable reasons. (2) A telecommunications business operator shall guarantee fairness, timeliness and accuracy in performing his business. (3) A telecommunications service fee shall be reasonably determined so as to ensure the development of telecommunications business and to provide the users with various and convenient telecommunications services in a fair and less costly way

Article 50 (Protection of Telecommunication Facilities) (1) No person shall destruct telecommunication facilities and obstruct the flow of telecommunication by impeding the function of telecommunication facilities through making objects contacted to them thereto or any other devices. (2) No person shall stain telecommunication facilities or damage the measurement marks of the telecommunication facilities through devices like throwing objects to the telecommunication facilities or fastening animal, vessel or a log raft thereto to the facilities

กับผู้ให้บริการและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรายอื่น ๆ โดยไม่มีการตั้งข้อจำกัดในการใช้งานและกีดกันการใช้บริการผู้ใดผู้หนึ่ง

2) Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013

ในบทกฎหมายดังกล่าวจะให้คำนิยามการดำเนินกิจการในลักษณะ OTT ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ในมาตรา 2¹²⁷ จะกล่าวถึงลักษณะการให้บริการโดยสื่อ การแพร่ภาพและเสียงที่ให้บริการเนื้อหาเป็นข้อมูล ภาพ เสียง รายการออกอากาศ รวมไปถึงการให้บริการต่าง ๆ บนอินเทอร์เน็ต และในมาตราเดียวกันยังกล่าวถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะต้องเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตในการดำเนินธุรกิจการให้บริการสื่อและกระจายเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

การให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศเกาหลีใต้ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการในช่องทางออกอากาศ (ผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม) หรือผู้ให้บริการเนื้อหารายการผ่านอินเทอร์เน็ตจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตและรายงานเนื้อหาการทั้งสิ้น ซึ่งถูกบังคับใช้ภายในมาตรา 4¹²⁸ และมาตรา 18¹²⁹

¹²⁷ Internet Multimedia Broadcasting Business Act, Article 2 (Definition) The definition of the terms used in this act is as follows.

1. “Internet multimedia broadcasting” is a broadcasting that offers various contents such as data, visual image, audio, electronic transaction including real time broadcasting programs to users through a television monitor securing a certain quality of service in a two-way communication internet protocol type by using broadband integrated information communication network(regardless of self-owned or leased, it excludes the electric communication line facility that is used in services that utilizes frequency in order to secure terminal communication business according to article 10, Para 1, item 1 of Frequency act). , Internet Multimedia Broadcasting Business Act

¹²⁸ Article 4 (Approval of Internet multimedia broadcasting offering business etc.) One who wants to act on doing Internet multimedia broadcasting offering business needs to get approval of the Broadcasting and the Communication Committee. ...

¹²⁹ Internet Multimedia Broadcasting Business Act, Article 18 (Supplying contents etc.) 2. Ones who want to supply contents according to para. 1 should report or register to Broadcasting and the Communication Committee. However, one who wants to supply contents specialized in reporting or product introduction and sales or contents covering various fields such as reporting/culture/entertainment to internet

3) Broadcasting Act 2015

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำกับดูแลเกี่ยวกับสื่อ การแพร่ภาพและกระจายเสียง โดยรวมในประเทศเกาหลีใต้อันหมายความว่ารวมถึงกิจการโทรทัศน์ และกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT ด้วย โดยถูกบังคับภายใต้องค์กร KCC และองค์กร MSIP โดยมีการรับรองสิทธิและผลประโยชน์ของผู้รับชม มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้บริโภคสื่อ ปัญหาและข้อร้องเรียนต่าง ๆ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 3¹³⁰ ของกฎหมายฉบับนี้ นอกจากนี้ในมาตรา 5¹³¹ ยังได้วางหลักการในเรื่องความรับผิดชอบต่อสาธารณะในการแพร่ภาพและเสียงซึ่งมีเนื้อหาสำคัญดังนี้

- (1) เคารพศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์
- (2) ไม่สร้างความแตกแยกในหมู่ประชาชน
- (3) ไม่ทำลายชื่อเสียงของผู้อื่นหรือละเมิดสิทธิของผู้อื่น
- (4) ไม่เผยแพร่ภาพและเสียงอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ

ประชาชน

multimedia broadcasting offerer should get an approval from Broadcasting and the Communication Committee

¹³⁰ Broadcasting Act 2015, Article 3 (Protection of Rights and Interests of Viewers) A broadcasting business operator shall make the viewers to be able to participate in decision-making with regard to planning, programming or producing broadcast programs, and shall make the results of broadcasts to comply with the viewers' interests

¹³¹ Broadcasting Act 2015, Article 5 (Public Responsibility of Broadcasting) (1) A broadcast shall respect the dignity and value of human beings as well as the fundamental democratic order. (2) A broadcast shall contribute to the unity of the people to a harmonious development of the State and a democratic formation of the public opinion, and shall not promote any discords among regions, generations, classes and sexes. (3) A broadcast shall not injure other's reputation or infringe on other's rights. (4) A broadcast shall not promote crimes, immoral conducts or a speculative spirit. (5) A broadcast shall not promote lewdness, decadence or violence which has a negative influence on a sound family life and on a guidance of children and juveniles

(5) ไม่เผยแพร่ภาพลามกอนาจาร ความเสื่อมโทรมหรือความรุนแรงที่มีอิทธิพลต่อเด็กและเยาวชน

อย่างไรก็ดี นอกจากกฎหมายหลักทั้ง 3 ฉบับที่กล่าวข้างต้นแล้ว ประเทศเกาหลีใต้ยังมีการกำหนดข้อจำกัดด้านเนื้อหาที่เผยแพร่ในรูปแบบโทรทัศน์และการให้บริการลักษณะ OTT ด้วย โดยกำกับดูแลผ่าน Korea Media Rating Board (KMRB)¹³² ซึ่งได้จัดอันดับความรุนแรงของเนื้อหาที่เผยแพร่ให้เหมาะสมกับอายุของผู้รับชมทั้งหมดไว้จำนวน 5 ช่วงอายุ ได้แก่ เนื้อหาที่สามารถรับชมได้ทุกวัย เนื้อหาสำหรับผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือ 15 ปี ควรมีผู้ใหญ่ร่วมด้วยในการรับชม เนื้อหาที่ผู้รับชมต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไป และเนื้อหาที่ต้องได้รับการอนุญาตพิเศษในการรับชม และสำหรับเนื้อหาของผู้ให้บริการลักษณะ OTT นั้น ผู้ที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไป จำเป็นต้องทำการยืนยันอายุของผู้รับชม จึงจะสามารถทำการรับชมได้

3.4.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

ตามมาตรา 24-28¹³³ ของ Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013 ได้กำหนดมาตรการลงโทษในกรณีที่เผยแพร่ภาพและเสียงที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้

1) การยกเลิกการอนุมัติและให้หยุดดำเนินกิจการ เมื่อเข้ากรณีต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดโดยคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและโทรคมนาคม มีอำนาจในการยกเลิกหรือให้หยุดการดำเนินกิจการแพร่ภาพและเสียงได้ ยกตัวอย่างเช่น การได้รับใบอนุญาตแล้วไม่ปฏิบัติตามประเภทหรือชนิดใบอนุญาตที่ขอ หรือเป็นการได้ใบอนุญาตมาโดยมิชอบ หรือการไม่เริ่มกิจการภายใน 1 ปี หรือเลื่อนการดำเนินการออกไปมากกว่า 1 ปี เป็นต้น

2) เบี้ยปรับทางปกครอง เมื่อผู้ให้บริการในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารผ่านอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและเมื่อการยกเลิกใบอนุญาตหรือการเลื่อนการเปิดกิจการของ

¹³² Korea Media Rating Board, **Categories**, Retrieved December 29, 2018 from <http://global.kmr.or.kr/classification/categories.do>

¹³³ Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013

Article 24 (Cancellation of approval and suspension of business) ...

Article 25 (Surcharge) ...

Article 27 (Penalty) ...

Article 28 (Fine) ...

ผู้ประกอบการทำให้เกิดปัญหาหรือผลกระทบต่อประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและโทรคมนาคมสามารถตัดสินใจให้ผู้ให้บริการจ่ายเบี้ยปรับได้

3) การให้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เมื่อผู้ให้บริการในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารผ่านอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและโทรคมนาคมจะสั่งให้ผู้ให้บริการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารผ่านอินเทอร์เน็ตนั้นปฏิบัติตามคำสั่งได้ภายใต้เงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด เช่น กรณีการทำงานของระบบดูเหมือนจะมีปัญหาที่จะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้ใช้งานอย่างมีนัยสำคัญ หรือเมื่อเกิดปัญหาการใช้อินเทอร์เน็ตจากอุบัติเหตุบางอย่างที่ไม่สามารถ

4) การจำคุกและ/หรือปรับ กรณีผู้ให้บริการที่ฝ่าฝืนกฎหมายตามเงื่อนไขต่อไปนี้ ต้องได้รับโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือได้รับโทษปรับไม่น้อยกว่า 30 ล้านบาท ยกตัวอย่าง ผู้ที่ไม่ขอใบอนุญาตหรือเปลี่ยนชนิดใบอนุญาตภายในกำหนดระยะเวลา ผู้ให้บริการข้อมูลข่าวสารที่ปฏิเสธการเข้าถึงระบบของผู้ใช้บริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีโทษปรับแค่เพียงอย่างเดียวโดยปรับไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท ในกรณีผู้ที่ไม่ยอมจำนนในพยานหลักฐานตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ในหมวดที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่ไม่ยอมรายงานผลการดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนด (ในหมวดที่เกี่ยวข้อง) หรือผู้ให้บริการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่ไม่ยอมเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น

3.4.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

Korea Communications Commission (KCC) และ Minister of Science, ICT and Future Planning (MSIP) เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ โดยรวมไปถึงเรื่องการให้บริการลักษณะ OTT¹³⁴ โดยอธิบายได้ ดังนี้

1) องค์กร KCC จะดูแลรับผิดชอบในส่วนของผังรายการและมาตรฐานของเนื้อหาที่เผยแพร่ รวมถึงผู้ประกอบการลักษณะ Internet Protocol Television (IPTV) หรือผู้ประกอบการจัดทำรายการโทรทัศน์ผ่านอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีพันธกิจที่สำคัญ¹³⁵ ดังนี้

¹³⁴ Asia Video Industry Association, **OTT TV Policies in Asia: South Korea**, p, 22, Retrieved December 29, 2018 from <https://avia.org/wp-content/uploads/2018/08/PUB-OTT-TV-Policies-in-Asia-2018.pdf>

¹³⁵ Korea Communication Commission, **Vision and Goals**, Retrieved December 29, 2018 from <https://eng.kcc.go.kr/user.do?page=E03020000&dc=E03020000>

(1) สร้างความเท่าเทียมของให้บริการอย่างเป็นธรรมในการแพร่ภาพและเสียง รวมไปถึงการให้บริการด้านโทรคมนาคมด้วย

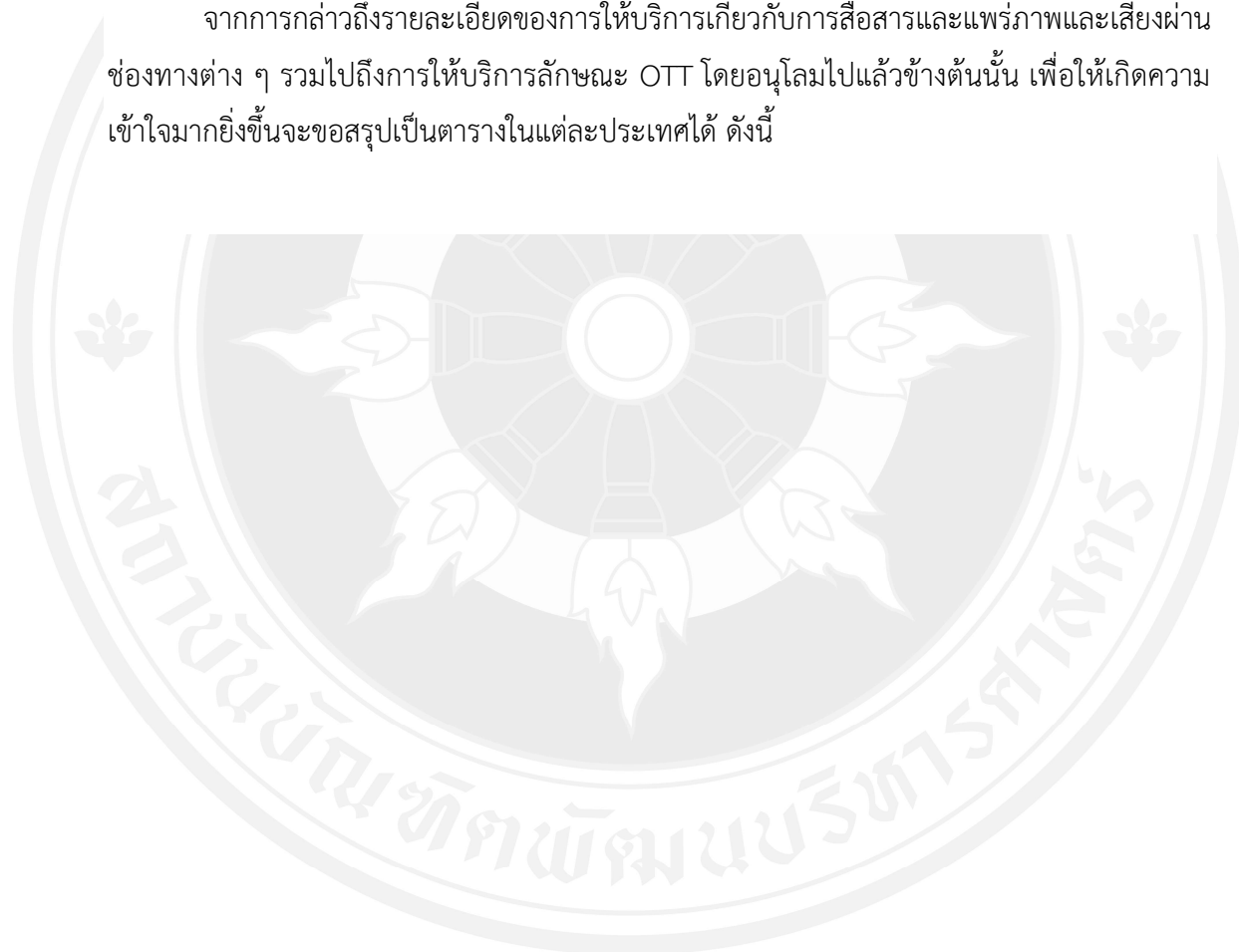
(2) สนับสนุนและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของผู้ใช้บริการ

(3) วางรากฐานที่มั่นคงและยั่งยืนในการดำเนินการแพร่ภาพและเสียง รวมไปถึงกิจการโทรคมนาคม

(4) มีความเท่าทันเทคโนโลยีเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน

2) องค์กร MSIP จะเป็นผู้ออกใบอนุญาตประกอบการให้แก่ผู้ให้บริการการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตและต้องรายงานรวมถึงลงทะเบียนเนื้อหาที่จะออกอากาศให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013

จากการกล่าวถึงรายละเอียดของการให้บริการเกี่ยวกับการสื่อสารและแพร่ภาพและเสียงผ่านช่องทางต่าง ๆ รวมไปถึงการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลมไปแล้วข้างต้นนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้นจะขอสรุปเป็นตารางในแต่ละประเทศได้ ดังนี้



ตารางที่ 3.1 กฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและในต่างประเทศ

ประเทศ	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
หัวข้อ				
1. กิจกรรมที่ถูกควบคุม ภายใต้กฎหมาย	1. โทรศัพท์เคลื่อนที่ 2. คลื่นความถี่ต่าง ๆ 3. การแพร่ภาพและเสียงผ่าน โทรทัศน์	1. คลื่นความถี่วิทยุ 2. โทรศัพท์และเคเบิล 3. ดาวเทียม 4. การโทรคมนาคม	1. กิจกรรมกระจายเสียง 2. กิจกรรมโทรทัศน์ 3. การโทรคมนาคม ทั้งนี้ มีการแยกการกำกับ ดูแลออกเป็นด้านๆ	1. กิจกรรมกระจายเสียง 2. กิจกรรมโทรทัศน์
2. เนื้อหาที่ถูกควบคุม ภายใต้กฎหมาย	1. เนื้อหาที่เด็กและเยาวชน อายุไม่เกิน 18 ปี ควรได้รับ การคุ้มครอง 2. ไม่เป็นเนื้อหาที่มีแนวโน้ม ส่งเสริมการก่ออาชญากรรม 3. การไม่เคารพในศาสนา ต่าง ๆ 4. ความไม่เสมอภาค 5. โฆษณาที่ขัดต่อข้อห้าม ทางการเมือง	1. เนื้อหาที่กระทบต่อความ มั่นคงของประเทศ 2. เนื้อหาที่มีการละเมิด ลิขสิทธิ์ 3. เนื้อหาที่น่ารังเกียจ เช่น ลามก อนาจาร 4. เนื้อหาที่ไม่สุภาพและเชิง ดูหมิ่น ทั้งนี้ มีการกำหนดช่วงเวลา ในการออกอากาศคุ้มครอง	1. ไม่เคารพศักดิ์ศรีและ คุณค่าความเป็นมนุษย์ 2. เนื้อหาที่สร้างความ แตกแยกในสังคม 3. ทำลายชื่อเสียงหรือละเมิด สิทธิผู้อื่น 4. ขัดต่อความสงบและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน 5. เนื้อหาลามก อนาจาร มี ความเสื่อมโทรมหรือความ	1. เนื้อหาที่ก่อเกิดการลัทธิ ทางปกครอง 2. มีผลต่อความมั่นคงของรัฐ 3. ขัดต่อความสงบและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน 4. เนื้อหาลามก อนาจาร 5. มีผลต่อการเกิดความเสื่อม ทรามของจิตใจหรือสุขภาพ ของประชาชนอย่างร้ายแรง

ประเทศ หัวข้อ	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
	6. โฆษณาที่อาจเข้าใจผิด หรือเป็นที่น่ารังเกียจในการ ให้บริการโทรทัศน์และวิทยุ	เด็กและเยาวชนที่อายุไม่เกิน 18 ปี	รุนแรงที่มีผลกระทบต่อเด็กหรือ เยาวชน ทั้งนี้ มีการกำหนดระดับอายุ ผู้เข้าชมของเนื้อหารายการ	ทั้งนี้ มีการกำหนดระดับอายุ ผู้เข้าชมของเนื้อหารายการ
	7. โฆษณาที่หารายได้ใน กิจการวิทยุและโทรทัศน์			
	8. การสนับสนุนรายการ โทรทัศน์ที่ไม่เหมาะสม			
	9. โฆษณาที่มีเนื้อหาเลือก ปฏิบัติ			
3. มาตรการในการลงโทษ	1. ประกาศผลการพิจารณา 2. มีคำสั่งห้ามมิให้ ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหา ต้องห้ามตามกฎหมาย 3. มีคำสั่งให้ออกอากาศเพื่อ แก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น 4. มีคำสั่งปรับ	1. มีคำสั่งห้ามเผยแพร่การ ออกอากาศ 2. กำหนดค่าปรับทางแพ่ง 3. เพิกถอนและไม่ต่ออายุ ใบอนุญาต 4. โทษปรับทางอาญาและ จำคุกไม่เกิน 2 ปี	1. การยกเลิกใบอนุญาตและ ให้หยุดดำเนินกิจการ 2. เบี้ยปรับทางปกครอง 3. การให้ปฏิบัติตามคำสั่ง ทางปกครอง 4. การจำคุก/ปรับ	1. การพักใช้ใบอนุญาต 2. การเพิกถอนใบอนุญาต 3. การจำคุก/ปรับ

ประเทศ หัวข้อ	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
4. องค์กรที่กำกับดูแล	5. เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการ Office of Communications (Ofcom) โดยใช้กฎหมายพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 (Communications Act 2003)	The Federal Communications Commission (FCC) โดยใช้กฎหมาย Communications Act of 1934 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996	Korea Communications Commission (KCC) และ Minister of Science, ICT and Planning (MSIP) โดยใช้กฎหมาย Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013 และ Telecommunications Business Act 2015	สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) โดยใช้กฎหมายพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ประเทศ	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
หัวข้อ				
5. รูปแบบและขอบเขตการกำกับดูแล OTT TV ¹³⁶	1. รับแนวทางการกำกับดูแลมาจาก EU Directives 2. ต้องขอใบอนุญาตโดยเนื้อหาที่ให้บริการต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม	1. การกำกับดูแล OTT TV ยังไม่จริงจังมาก โดยเน้นการเข้าไปตรวจ สอบเป็นรายกรณี 2. เน้นนโยบาย Net Neutrality	1. ต้องขอใบอนุญาตจาก MSIP โดยเนื้อหาต้องได้รับอนุมัติจาก KCC 2. ใช้นโยบาย Net Neutrality 3. KCC เน้นการกำกับดูแลในด้านการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย	1. ปัจจุบันยังไม่มีการกำกับดูแล OTT TV โดยตรง 2. หากผู้ให้บริการ OTT TV เป็นช่องสถานี (กิจการโทรทัศน์) ย่อมต้องขอใบอนุญาตเพื่อออกอากาศ 3. ปัจจุบันยังไม่มีนโยบาย Net Neutrality

¹³⁶ บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, *เรื่องเดิม*, หน้า 32-33.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการให้บริการลักษณะ OTT จะเห็นได้ว่าในแต่ละประเทศจะมีประเด็นปัญหาที่มีความคล้ายคลึงกันไม่ว่าจะเป็นความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแล การควบคุมด้านเนื้อหาออนไลน์ มาตรการในการลงโทษผู้ให้บริการเผยแพร่เนื้อหาและการจัดการเนื้อหาที่ไม่ถูกต้อง และองค์กรใดที่จะมีหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาโดยส่วนใหญ่จะนำกฎหมายคอมพิวเตอร์มาบังคับใช้โดยอนุโลมกับผู้กระทำความผิดโดยตรงต่อผู้เสียหาย แต่ยังไม่มียุติประเทศใดที่บัญญัติกฎหมายในการกำกับการให้บริการลักษณะ OTT ออกมาเป็นการเฉพาะ เนื่องด้วยอินเทอร์เน็ตเป็นการให้บริการลักษณะเชื่อมโยงเครือข่ายข้อมูลที่ครอบคลุมไปทั่วโลก รวมถึงการไม่มีมาตรการในการลงโทษแก่ผู้ให้บริการที่ไม่จัดการกับเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องที่ยังคงค้างอยู่ในระบบ ดังนั้น การที่จะทำให้ทุกประเทศทั่วโลกใช้เกณฑ์หรือมาตรฐานในการบังคับใช้กฎหมายที่เหมือนกันทั้งหมดหรือเรียกว่าเป็นมาตรฐานสากลจึงอาจจะเป็นเรื่องที่ยากมาก

ประเทศไทยก็เป็นเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่มีการสร้างแนวทางปฏิบัติในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในรูปแบบของตนเอง แต่ก็อาจจะมีข้อบกพร่องหรือยังไม่ครอบคลุมพอที่จะหยุดปัญหาต่าง ๆ ในโลกไซเบอร์เน็ตเวิร์คได้ จึงเห็นสมควรที่จะต้องศึกษาแนวทางการปฏิบัติในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศต่าง ๆ เพื่อนำประเด็นปัญหาที่คล้ายคลึงกันมาคิดวิเคราะห์และแยกแยะเพื่อนำมาปรับปรุงและปรับใช้กฎหมายของประเทศไทยต่อไป

โดยจะแยกเป็นประเด็นปัญหาของประเทศไทยเพื่อเปรียบเทียบกับแนวทางการแก้ปัญหาของประเด็นนั้น ๆ ในต่างประเทศตามที่ได้ศึกษามาในบทก่อนหน้า ดังนี้

4.1 วิเคราะห์กิจการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

ในประเทศไทยมีกิจการด้านการแพร่ภาพและเสียงที่ได้รับการกำกับดูแลภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วจำนวน 2 กิจการ ได้แก่ กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ

โทรคมนาคมแห่งชาติ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง แต่กิจการที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการการสื่อสารและแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุนโครงข่ายสัญญาณเอง หรือก็คือการให้บริการลักษณะ OTT ซึ่งขณะนี้ต้องยอมรับว่าเป็นการให้บริการที่เป็นธุรกิจรูปแบบใหม่ที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากในยุคปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดแนวทางการควบคุมและการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยปัจจุบันนำเพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม มาบังคับใช้โดยอนุโลม พร้อมกับบทลงโทษตามกฎหมายอาญาเท่านั้น

โดยที่ประเทศที่ได้ทำการศึกษามาจำนวน 3 ประเทศ มีกิจการการแพร่ภาพและเสียงที่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กร หรือกฎหมายที่องค์กรนั้น ๆ บังคับใช้อยู่ในกิจการที่คล้ายคลึงกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) สหราชอาณาจักร มีกฎหมายกำกับดูแลในด้านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ด้านคลื่นความถี่ต่าง ๆ ด้านการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบโทรทัศน์ สำหรับกิจการลักษณะ OTT ถูกกำกับดูแลโดยองค์กร Office of Communications (Ofcom) ภายใต้กฎหมายหลัก ได้แก่ พระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 (Communication Act 2003)

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายกำกับดูแลในด้านคลื่นความถี่วิทยุ ด้านโทรทัศน์และเคเบิล ด้านดาวเทียม ด้านการโทรคมนาคม สำหรับกิจการลักษณะ OTT ถูกกำกับดูแลโดยองค์กร The Federal Communications Commission (FCC) ภายใต้กฎหมายพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 1934 (Communication Act of 1934) และพระราชบัญญัติกิจการโทรทัศน์ (Telecommunications Act of 1996) ที่แก้ไขเพิ่มเติม

3) ประเทศเกาหลีใต้ มีกฎหมายกำกับดูแลในด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ควบรวมกันโดยรวมไปถึงการให้บริการในลักษณะ OTT ด้วย ซึ่งกำกับดูแลโดยองค์กรหลักที่กำกับดูแลด้านอุตสาหกรรมสื่อและอุตสาหกรรมโทรคมนาคมทั้งหมดในประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013

จากแนวทางในการแบ่งประเภทกิจการเกี่ยวกับการแพร่ภาพและเสียงในแต่ละประเทศข้างต้นซึ่งเป็นประเทศที่มีการให้บริการลักษณะ OTT มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานเป็นลำดับแรกๆ ของโลก ยังไม่มีประเทศใดที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการในลักษณะ OTT ออกมาเป็นการเฉพาะ โดยกิจการลักษณะนี้ของแต่ละประเทศจะถูกกำกับดูแลโดยองค์กรซึ่งมีภารกิจที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนด และใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในการบังคับใช้โดยอนุโลม ดังนั้น ในประเด็นนี้ ประเทศไทยซึ่งมีลักษณะในการแบ่งกิจการประเภทแพร่ภาพและเสียงที่ชัดเจน ได้แก่ กิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ และยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT เหมือนประเทศที่ได้ศึกษาข้างต้น โดยเมื่อเกิดคดีในการให้บริการลักษณะ

ดังกล่าว ปัจจุบันประเทศไทยได้ใช้วิธีการดำเนินการโดยนำกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม มาบังคับใช้โดยอนุโลม จึงเป็นการดำเนินการที่มีมาตรฐานในการกำกับดูแลเช่นเดียวกับวิธีการ ดำเนินการสากลเหมือนประเทศอื่น ๆ แล้ว แต่ก็มีได้หมายความว่าวิธีการดำเนินการดังกล่าวจะเป็น วิธีการที่ดีที่สุดในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะนี้ จึงเห็นสมควรมีข้อเสนอแนะในการออก กฎหมายในเรื่องการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ โดยอาจจะเป็นออกเป็น กฎหมายลำดับพระราชบัญญัติหรือประกาศ หรือหลักเกณฑ์ ซึ่งเป็นชั้นกฎหมายลำดับรองต่อไป

4.2 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลเนื้อหาในการแพร่ภาพและเสียงที่ไม่ เหมาะสมซึ่งเป็นการเผยแพร่ทางโทรทัศน์ หรือในรูปแบบของระบบวิทยุสื่อสารหรือวิทยุกระจายเสียง แล้ว ตามประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือ โทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยกำหนดให้ผู้เผยแพร่ภาพและเสียงดังกล่าวต้องได้รับการตรวจสอบ แก้ไข ปรับปรุง หรือระงับรายการที่มีเนื้อหาต้องห้ามตามกฎหมาย 5 ประเภท สรุปได้ดังนี้ เนื้อหาเกี่ยวกับการ ล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย เนื้อหาที่มีผลต่อความมั่นคง เนื้อหาที่ขัดต่อความสงบ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื้อหาที่เข้าข่ายลามกอนาจาร และเนื้อหาที่มีผลกระทบต่อการเกิด ความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง รวมไปถึงประเทศไทยยังมี กฎหมายที่กำหนดขอบเขตการเผยแพร่เนื้อหาต่อประชาชนโดยกำหนดระดับประเภทความรุนแรง ของเนื้อหาที่มีความรุนแรงน้อยไปจนถึงระดับที่มีความรุนแรงมากอันจะต้องกำหนดเวลาในการ เผยแพร่ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายในประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการ ให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556

อย่างไรก็ดี กฎหมายข้างต้นเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ได้เฉพาะการแพร่ภาพและเสียงผ่านทาง โทรทัศน์ หรือในรูปแบบของระบบวิทยุสื่อสารหรือวิทยุกระจายเสียงเท่านั้น ไม่สามารถใช้บังคับใน การแพร่ภาพและเสียงฝ่ายการให้บริการในลักษณะ OTT ได้เพราะไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจในการ บังคับใช้ไว้

โดยที่ประเทศที่ได้ทำการศึกษาจำนวน 3 ประเทศ มีแนวทางในการดำเนินการควบคุม เนื้อหาที่แตกต่างกันโดยแบ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับการแพร่ภาพและเสียงในแต่ละประเทศ ซึ่งบาง ประเทศมีแนวทางเฉพาะในการควบคุมเนื้อหาของการให้บริการลักษณะ OTT และบางประเทศก็นำ กฎหมายที่ใกล้เคียงมาบังคับใช้โดยอนุโลม โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) สหราชอาณาจักร

(1) ภายหลังจากที่สหราชอาณาจักรออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปในปี พ.ศ. 2560 ซึ่งแต่เดิมสหราชอาณาจักรได้ใช้บังคับข้อกำหนดของสหภาพยุโรป (กฎหมาย AVMSD) ในการกำกับดูแลสื่อในด้านเนื้อหา จึงได้นำข้อกฎหมาย Communications Act 2003 ภายใต้อำนาจกำกับดูแลโดยหน่วยงาน Ofcom ผ่านคณะกรรมการดูแลด้านเนื้อหาที่ได้รับการแต่งตั้งจากองค์กรดังกล่าวมาบังคับใช้กับการแพร่ภาพและเสียงแทนจนถึงปัจจุบัน ซึ่งนำไปบังคับใช้กับการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลมด้วย

(2) ข้อบังคับเกี่ยวกับเนื้อหาในด้านต่าง ๆ 10 ข้อ สรุปได้ดังนี้ เนื้อหาที่เด็กและเยาวชนอายุไม่เกิน 18 ปี ต้องได้รับการคุ้มครอง เนื้อหาที่มีแนวโน้มกระตุ้นการก่ออาชญากรรม เนื้อหาในการดำเนินการอาชญากรรม เนื้อหาการไม่เคารพศาสนา เนื้อหาเกี่ยวกับความไม่เสมอภาค เนื้อหาเกี่ยวกับการโฆษณาที่ขัดต่อข้อห้ามทางการเมืองรวมถึงการรวมโฆษณาที่อาจทำให้เข้าใจผิดเป็นอันตราย หรือเป็นที่น่ารังเกียจ เนื้อหาการโฆษณาหารายได้ในกิจการวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ เนื้อหาการสนับสนุนรายการโทรทัศน์ที่ไม่เหมาะสมทั้งรายการวิทยุและโทรทัศน์ และเนื้อหาการโฆษณาที่มีเนื้อหาเลือกปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม เป็นต้น

(3) นโยบาย Net Neutrality หรือ นโยบายความเสมอภาคทางอินเทอร์เน็ต เป็นการเน้นถึงหลักการในการห้ามปิดกั้น ควบคุม คัดแยกข้อมูลเนื้อหาและการบริการออนไลน์ โดยทุกคนต้องสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้อย่างมีคุณภาพและเท่าเทียม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตห้ามลดคุณภาพเนื้อหา เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นตามกฎหมายหรือมีเหตุในการได้รับการยกเว้น

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) องค์กร FCC เป็นองค์กรดูแลด้านเนื้อหาในการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบรายการโทรทัศน์และการให้บริการในลักษณะ OTT โดยอนุโลมตามกฎหมาย Communications Act of 1934 และกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996

(2) ข้อบังคับเกี่ยวกับเนื้อหาในด้านต่าง ๆ สรุปได้ดังนี้ ห้ามมิให้ผู้ให้บริการเผยแพร่เนื้อหาในช่องรายการโทรทัศน์ที่น่ารังเกียจ เนื้อหาที่ไม่สุภาพ เนื้อหาในเชิงดูหมิ่น โดยหากเข้าข่ายต้องออกอากาศตามเวลาที่กำหนดไว้เท่านั้น คือช่วง 22.00-06.00 น. เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี สำหรับกรณีการให้บริการลักษณะ OTT ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าจะต้องบังคับตามข้อบังคับข้างต้นหรือไม่ แต่องค์กร FCC จะเน้นเรื่องเนื้อหาที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์เป็นส่วนใหญ่

(3) นโยบาย Net Neutrality โดยมีหลักสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหาได้ ไม่สามารถกระทำการใด ๆ อันเป็นการลด

คุณภาพการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหาได้ และไม่สามารถเลือกปฏิบัติในการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหา แต่อย่างไรก็ดี จะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่ว่าต้องไม่เป็นเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมาย

3) ประเทศเกาหลีใต้

(1) องค์กร KCC และองค์กร MSIP เป็นองค์กรที่กำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์รวมถึงการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลมตามกฎหมาย Broadcasting Act 2015

(2) ข้อบังคับในการแพร่ภาพและเสียง สรุปได้ดังนี้ เนื้อหาที่ไม่ละเมิดศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์ ไม่สร้างความแตกแยกในหมู่ประชาชน ไม่ทำลายชื่อเสียงของผู้อื่นหรือละเมิดสิทธิผู้อื่น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่เผยแพร่ภาพลามกอนาจาร ความเสื่อมโทรมหรือความรุนแรงต่อเด็กและเยาวชน นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่จัดอันดับความรุนแรงของเนื้อหาที่เผยแพร่ให้เหมาะสมกับอายุของผู้รับชมด้วย อันเป็นไปตามกฎหมาย Korea Media Rating Board (KMRB)

จากแนวทางในการควบคุมเนื้อหาของแต่ละประเทศจะเห็นได้ว่ามีข้อกำหนดที่มีส่วนคล้ายคลึงและแตกต่างกันตามที่กฎหมายประเทศนั้น ๆ กำหนด แต่สิ่งที่เหมือนกันคือในแต่ละประเทศจะเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยอนุโลมร่วมกับกฎหมายแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์เท่านั้น โดยมีได้มีหลักเกณฑ์หรือกฎหมายเฉพาะในเรื่องการควบคุมเนื้อหาในการให้บริการลักษณะ OTT ที่ชัดเจน ประเทศที่มีเกณฑ์การควบคุมเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวชัดเจนที่สุดคือประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งมีการกำหนดข้อจำกัดด้านเนื้อหาที่เผยแพร่ในรูปแบบโทรทัศน์และการให้บริการลักษณะ OTT โดยกำกับดูแลผ่าน Korea Media Rating Board (KMRB) ซึ่งได้จัดอันดับความรุนแรงของเนื้อหาที่เผยแพร่ให้เหมาะสมกับอายุของผู้รับชมทั้งหมดไว้จำนวน 5 ช่วงอายุ ได้แก่ เนื้อหาที่สามารถรับชมได้ทุกวัย เนื้อหาผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือ 15 ปี ควรมีผู้ใหญ่ร่วมด้วยในการรับชม เนื้อหาที่ผู้รับชมต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไป และเนื้อหาที่ต้องได้รับการอนุญาตพิเศษในการรับชม และสำหรับเนื้อหาของผู้ให้บริการลักษณะ OTT นั้น ผู้ที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไป จำเป็นต้องทำการยืนยันอายุของผู้รับชม จึงจะสามารถทำการรับชมได้ เป็นต้น

โดยหลักแล้วประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะรับรู้ข่าวสารเพื่อแสดงความคิดเห็นได้อย่างแพร่หลายเนื่องจากเป็นหนึ่งในสิทธิและเสรีภาพที่ประชาชนทั่วไปควรพึงมี แต่อย่างไรก็ดี สิทธิเช่นว่าหากมีมากเกินไปและไปกระทบสิทธิของผู้อื่นย่อมเกิดความไม่สงบในสังคม ดังนั้น รัฐควรมีบทบาทในการกำหนดเนื้อหาที่สามารถเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ในการให้บริการลักษณะ OTT โดยคำนึงถึงแนวคิดหลักความได้สัดส่วนโดยยึดความจำเป็นในการออกกฎหมายเพื่อให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด และต้องไม่มากเกินไปจนเกินความเหมาะสม และโดยที่ข้อกำหนดในเรื่องการควบคุมเนื้อหาของไทยที่ใช้โดยอนุโลมกับกฎหมายแพร่ภาพและเสียงในปัจจุบัน

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศตัวอย่างที่ได้ทำการศึกษาแล้ว เห็นควรมีข้อกำหนดเพิ่มเติมในเรื่องของเนื้อหาที่คุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นเยาวชนเพิ่มเข้าไปด้วย เช่นเดียวกับของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเกาหลี รวมไปถึงควรเพิ่มการคุ้มครองเนื้อหาที่อาจจะเข้าข่ายละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริการเพิ่มเข้าไปด้วยเช่นกัน ซึ่งสามารถนำแนวคิดเรื่องหลักความได้สัดส่วนที่กล่าวข้างต้นมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้

4.3 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

ในปัจจุบันประเทศไทยมีมาตรการในการลงโทษผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงอันมีเนื้อหาไม่เหมาะสมตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการจัดทำเนื้อหารายการและตรวจสอบผู้ผลิตเนื้อหาในช่องรายการของตน หากไม่ปฏิบัติตามแล้วมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว ต้องได้รับโทษ 2 ระดับ ได้แก่

- 1) การพักใช้ใบอนุญาต
- 2) การเพิกถอนใบอนุญาต

จากกฎหมายดังกล่าว เห็นได้ว่ามีได้มีข้อกำหนดเฉพาะในการลงโทษผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมผ่านการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด ดังนั้น จึงทำได้เพียงป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมโดยวิธีการบล็อกเว็บไซต์ที่เข้าข่ายมีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมหรือขัดต่อกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีบทลงโทษสำหรับผู้ให้บริการเผยแพร่เนื้อหาผ่านเว็บไซต์ เช่น มาตรการระงับบัญชีผู้ใช้ (User) หรือการขึ้นบัญชีประวัติของผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวอยู่ต่างประเทศ ย่อมเป็นที่ยากยิ่งในการสืบเสาะหาข้อมูลหรือลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย

ประเทศที่ทำการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดในการแพร่ภาพและเสียงนั้น จากที่ทำการศึกษามา 3 ประเทศ แสดงให้เห็นถึงบทลงโทษผู้กระทำความผิดที่ไม่ค่อยแตกต่างกันในสาระสำคัญมากนัก เนื่องจากในทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษาใช้ระบบใบอนุญาตประกอบกิจการเหมือนกันหมด ดังนั้น โทษในเรื่องการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางโทรทัศน์ที่เหมือนกันคือการเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ประกอบการนั้น ๆ ส่วนกรณีอื่นจะขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยกล่าวได้โดยสรุป ดังนี้

1) สหราชอาณาจักร

(1) ตามกฎหมาย Communication Act 2003 โดยการกำกับดูแลขององค์กร Ofcom ได้มีการกำหนดบทลงโทษผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียง โทรทัศน์ และวิทยุที่กระทำผิดออกอากาศเนื้อหาที่เข้าข่ายผิดกฎหมายตามลำดับความร้ายแรงไว้ ดังนี้ การประกาศผลพิจารณาการมีคำสั่งห้ามมิให้มีการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาต้องห้ามตามกฎหมายอีก การมีคำสั่งให้ออกอากาศเพื่อแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น การมีคำสั่งปรับ และการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการ

(2) ตามกฎหมายประมวลจริยธรรม (Editorial Code) เช่น การตักเตือนการเพิกถอนใบอนุญาต

(3) การบังคับใช้กฎหมายกับการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลม

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) โดยหลักคือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนให้ไม่ถูกจำกัดสิทธิในการเข้าถึง หรือตัดทอนเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลเว้นแต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการแพร่ภาพและเสียงเหล่านั้นจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ

(2) องค์กร FCC มีมาตรการในการลงโทษโดยกำหนดค่าปรับทางแพ่ง เพิกถอนและไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้ประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ และมีการกำหนดโทษปรับทางอาญาและโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีด้วย

(3) การบังคับใช้กฎหมายกับการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลม

3) ประเทศเกาหลีใต้

(1) ตามกฎหมาย Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013 ได้กำหนดมาตรการลงโทษในกรณีเผยแพร่ภาพและเสียงที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้ การยกเลิกการอนุมัติ และให้หยุดดำเนินกิจการ ให้ชำระเบี้ยปรับทางปกครอง การจำคุกและ/หรือการชำระค่าปรับ

(2) การบังคับใช้กฎหมายกับการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลม

จากกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องมาตรการในการลงโทษที่มีเพียง 2 มาตรการนั้น จะเห็นได้ว่าหากมีคดีจากการให้บริการในลักษณะ OTT เกิดขึ้น ผู้เสียหายย่อมต้องได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์ดังกล่าว โดยเฉพาะการเสื่อมเสียชื่อเสียง ดังนั้น ควรกำหนดโทษและมาตรการเยียวยาให้แก่ผู้เสียหายเพิ่มเติม จากทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในเรื่องของทฤษฎีการลงโทษทางอาญานั้น มีวัตถุประสงค์มุ่งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดอีก โดยในเรื่องการแพร่ภาพและเสียงนี้เป็นฐานความผิดที่อาจมิได้มีความร้ายแรงเมื่อเทียบกับโทษฐานฆ่าคนตาย ดังนั้น บทลงโทษควรกำหนดให้เหมาะสมกับฐานความผิดเช่นกัน ซึ่งทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขปรับปรุงหรือ

ฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิดเป็นทฤษฎีที่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้ในเรื่องนี้ โดยอาจจะนำโทษปรับในมูลค่าที่สูงมาใช้เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำสอง อีกทั้ง ยังเป็นโทษที่มิได้มีความรุนแรงเมื่อเทียบกับโทษสถานอื่น หรืออาจกำหนดให้ผู้กระทำความผิดทำประโยชน์เพื่อสังคมเพื่อชดใช้สิ่งที่ได้กระทำความผิดไปก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของโทษทางปกครองซึ่งทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางปกครองได้กำหนดให้รัฐจัดระเบียบความเรียบร้อยภายในสังคมเพื่อประโยชน์การบริหารแผ่นดิน รักษาความปลอดภัยมาตรฐานในสังคม ซึ่งในปัจจุบันการเพิกถอนหรือยกเลิกใบอนุญาตก็เพียงพอกับโทษที่ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับแล้ว นอกจากนี้ สำหรับมาตรการเยียวยาอื่น ๆ นั้น เมื่อการเสื่อมเสียชื่อเสียงเป็นผลกระทบหลักในการบริการแพร่ภาพและเสียง ดังนั้นผู้ให้บริการสมควรต้องรับผิดชอบในเรื่องที่เกิดขึ้นโดยการเผยแพร่ข้อมูลที่แท้จริงหรือแถลงการณ์แก้ไขความเข้าใจผิดให้แก่สาธารณะผ่านช่องทางออนไลน์ซึ่งเป็นวิธีเช่นเดียวกับสหราชอาณาจักร พร้อมกำหนดระยะเวลาในการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว รวมไปถึงกำหนดโทษปรับให้แก่ผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดนั้นด้วย และกำหนดกฎหมายเฉพาะสำหรับการให้บริการลักษณะ OTT โดยแยกหมวดมาตรการในการลงโทษ และมาตรการในการเยียวยาผู้เสียหาย

4.4 วิเคราะห์กรณีองค์กรที่ควรมีหน้าที่กำกับดูแลการให้บริการในรูปแบบ OTT

ในปัจจุบันนี้ประเทศไทยมีผู้รับผิดชอบดำเนินการในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการแพร่ภาพและเสียงอยู่ 2 องค์กรหลัก ได้แก่ การแพร่ภาพและเสียงผ่านระบบวิทยุและโทรทัศน์ จะมีสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (สำนักงาน กสทช.) มีหน้าที่กำกับดูแลภายใต้กฎหมายพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลผู้ประกอบการแพร่ภาพและเสียงไปสู่สาธารณะ ส่วนการแพร่ภาพและเสียงผ่านระบบออนไลน์ จะมีกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (DE) ในฐานะผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ดำเนินการตามกระบวนการของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์กำกับดูแลนำตัวผู้กระทำความผิดไปดำเนินคดีอันมีโทษทางอาญา ซึ่งต้องประสานเรื่องกับเจ้าพนักงานสอบสวน สำหรับการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการให้บริการลักษณะแพร่ภาพและเสียงไปสู่สาธารณะผ่านระบบโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เช่น Youtube Netflix เป็นต้น ดังนั้น กิจการดังกล่าวจึงเหมือนเป็นกึ่งกลางในการให้บริการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบรายการโทรทัศน์ผ่านระบบคอมพิวเตอร์ หรือผ่านระบบออนไลน์ ซึ่งยังไม่มีองค์กรใดที่กฎหมายกำหนดภารกิจในการบริหารจัดการเป็นการเฉพาะ มีเพียงการนำกฎหมายทั้งสองมาอนุโลมใช้เท่านั้น นอกจากจะทำ

ให้ประชาชนเกิดความสับสนในการร้องเรียน ยังไม่สามารถเยียวยาประชาชนหรือลงโทษผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมจากการให้บริการในลักษณะดังกล่าวได้

สำหรับประเทศต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการศึกษา จำนวน 3 ประเทศ นั้น จะมีแนวทางขององค์กรที่กำกับดูแลการให้บริการแพร่ภาพและเสียง ที่คล้ายคลึงกัน เช่น เป็นองค์กรอิสระที่ไม่ขึ้นตรงต่อรัฐบาลเหมือนกัน หรือเป็นเพียงองค์กรเดียวภายในประเทศที่ดูแลเฉพาะด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ด้วย เป็นต้น ซึ่งการให้บริการลักษณะ OTT จะมีเพียงประเทศเกาหลีใต้ที่ค่อนข้างมีความชัดเจนในเรื่องมาตรการควบคุมการแพร่ภาพและเสียงแต่ก็เป็นเช่นเดียวกันเหมือนในประเทศอื่นที่ยังไม่มีบทกฎหมายดูแลการให้บริการลักษณะนี้เป็นการเฉพาะ โดยจะสามารถศึกษารายละเอียดของการให้บริการแพร่ภาพและเสียงต่าง ๆ ได้ ดังนี้

1) สหราชอาณาจักร

(1) Office of Communications (Ofcom) หน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล เป็นองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการสื่อสารของสหราชอาณาจักร ประกอบด้วย กิจการโทรทัศน์ กิจการวิทยุ กิจการโทรคมนาคม กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่และกิจการไปรษณีย์ โดยมีการดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการต่าง ๆ อันเป็นไปตามที่กฎหมาย Communications Act 2003 กำหนด

(2) หนึ่งในภารกิจที่ Ofcom ต้องกำกับดูแลจะมีภารกิจเกี่ยวกับกิจการวิดีโอตามคำขอ (Video On Demand) ด้วย เป็นการกำกับดูแลการแพร่ภาพและเสียงที่สามารถกำหนดเวลาในการรับชมเนื้อหาข้อมูลได้ตามต้องการ โดยอาจเทียบได้กับการให้บริการลักษณะ OTT ซึ่งสามารถใช้กฎหมายหลักคือ Communications Act 2003 มาบังคับใช้โดยอนุโลมได้ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของเนื้อหาที่มีลักษณะต้องห้าม หรือมาตรการในการลงโทษผู้ประกอบการหรือผู้นำเข้าซึ่งเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) The Federal Communications Commission (FCC) เป็นหน่วยงานพิเศษที่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับของรัฐบาล และถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย Communications Act of 1934 และถูกปรับปรุงโดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 โดยมีหน้าที่กำกับดูแลการสื่อสารระหว่างมลรัฐและระหว่างประเทศผ่านกิจการวิทยุ กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมถึงดาวเทียมและเคเบิลโดยกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจพิจารณาใบอนุญาตและต่อใบอนุญาตแก่องค์กรธุรกิจการสื่อสาร อำนาจในการลงโทษผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ที่ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่องค์กร FCC กำหนด

(2) FCC ยังมีหน้าที่กำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT โดยใช้กฎหมายการแพร่ภาพและเสียงซึ่งเป็นการบังคับใช้โดยอนุโลมด้วย

3) ประเทศเกาหลีใต้

(1) Korea Communications Commission (KCC) และ Minister of Science, ICT and Future Planning (MSIP) เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ โดยรวมไปถึงการให้บริการลักษณะ OTT ด้วย โดยองค์กรนี้มีการแบ่งการกำกับดูแลออกเป็นแต่ละด้านเฉพาะ

(2) องค์กร KCC รับผิดชอบผังรายการและมาตรฐานเนื้อหาที่เผยแพร่รวมถึงผู้ประกอบการจัดทำรายการโทรทัศน์ผ่านอินเทอร์เน็ตด้วย ส่วนองค์กร MSIP เป็นผู้ออกใบอนุญาตประกอบการให้แก่ผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตและต้องรายงานหรือลงทะเบียนเนื้อหาที่จะออกอากาศให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Internet Multimedia Broadcasting Business Act 2013 ด้วย

(3) ประเทศเกาหลีมีการแบ่งย่อยหน้าที่ของผู้กำกับดูแลค่อนข้างมากกว่าประเทศอื่น ๆ เพราะมีมาตรการการจัดรายการโทรทัศน์ผ่านอินเทอร์เน็ตรวมอยู่ด้วย แต่รายการดังกล่าวเนื่องจากเป็นรายการที่ผู้ประกอบการเป็นผู้เดียวกันกับผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ จึงยังไม่ครอบคลุมไปถึงการให้บริการลักษณะที่ไม่ได้ลงทุนโครงข่ายผ่านช่องโทรทัศน์เช่น การให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด

เมื่อนำทฤษฎีว่าด้วยเรื่องการเมืองอำนาจและแนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรอิสระมาพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเมื่อรัฐผู้มีอำนาจสูงสุดในการบริหารมีอาจเข้ามากำกับดูแลด้วยตนเองในเรื่องเฉพาะบางเรื่องได้ และเพื่อไม่ให้เกิดความไม่สงบและความเหลื่อมล้ำในสังคม จึงต้องมีการมอบอำนาจให้องค์กรที่มีภารกิจที่ใกล้เคียงหรือมีภารกิจที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ เข้ามากำกับดูแล แต่ในบางเรื่องก็อาจที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมจากรัฐโดยเด็ดขาดได้ องค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจัดตั้งเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากรัฐบาลโดยตรงแต่อย่างใด ซึ่งการแพร่ภาพและเสียงนั้นจัดเป็นภารกิจที่เข้าลักษณะที่กล่าวข้างต้น เพราะเป็นการดำเนินการที่กระทบต่อสาธารณชน จึงไม่อาจที่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลทั้งเอกชนรวมไปถึงขึ้นตรงต่อรัฐบาลได้ แต่ถึงกระนั้นเมื่อเป็นการดำเนินการที่กระทบต่อคนหมู่มาก จะปล่อยให้การดำเนินการเป็นไปอย่างไม่มีทิศทางก็มิได้เช่นกัน ดังนั้น จึงต้องมีองค์กรที่กำกับดูแลในเรื่องดังกล่าวซึ่งเป็นองค์กรอิสระมีการกำกับดูแลด้วยตนเอง ไม่ขึ้นตรงต่อรัฐแต่ก็ต้องไม่เป็นเอกเทศเช่นเดียวกับกิจการของเอกชน

โดยที่ตามมาตราที่เกี่ยวข้องของพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดมาตราที่เกี่ยวข้องหลายมาตรา โดยสรุปคือสำนักงาน กสทช. เป็นองค์กรที่มีภารกิจโดยตรงในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ไม่ว่าจะเป็นกิจการที่มีคลื่นความถี่หรือไม่มีคลื่นความถี่ก็ตาม โดยที่การให้บริการลักษณะ OTT จัดเป็นกิจการที่ไม่มีคลื่นความถี่ประเภท

หนึ่ง ดังนั้น สำนักงาน กสทช. จึงมีคุณสมบัติครบถ้วนเหมาะสมในการที่จะเป็นองค์กรเดียวที่จะกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหา มาตรการในการลงโทษ รวมไปถึงเรื่องอื่น ๆ อาทิ ค่าธรรมเนียม หรือด้านภาษี เป็นต้น ของการให้บริการลักษณะ OTT นี้

สำหรับกรณีการกำกับดูแลกิจการการแพร่ภาพและเสียงผ่านการให้บริการลักษณะ OTT นี้ จากการวิเคราะห์ถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องรวมไปถึงการศึกษาของประเทศอื่น ๆ จะเห็นได้ว่าการกำกับดูแลกิจการการแพร่ภาพและเสียงโดยมีองค์กรหน่วยเดียวเป็นผู้กำกับดูแล เป็นวิธีที่ดีอยู่แล้ว ไม่ควรการกำกับดูแลเป็นส่วน ๆ แบบประเทศเกาหลีใต้ เนื่องจากการมีหน่วยงานเดียวเป็นผู้ดูแลนั้นง่ายต่อการบริหารงานโดยเชื่อมโยงความรู้เข้าด้วยกัน ใช้วิธีบริหารจัดการรูปแบบเดียวกันเนื่องจากกิจการทั้งสองไม่ได้มีการกำกับดูแลที่แตกต่างกันโดยมีนัยยะสำคัญแต่ประการใด อีกทั้ง เมื่อการประสานงานหรือตอบข้อซักถามจากบุคคลภายนอกจะเป็นเรื่องง่ายเพราะจะยากต่อการสับสนของประชาชนจะเป็นการอำนวยความสะดวกของประชาชนได้ดีกว่าหากหน่วยงานฟ้องร้องในเรื่องดังกล่าวมีเพียงหน่วยงานเดียว นอกจากนี้ ในเรื่องของบริหารจัดการภายในองค์กรแม้จะเป็นเพียงองค์กรเดียว แต่เมื่อมีการกำกับดูแลทั้งสองเรื่องในเรื่องของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ก็ ควรจัดตั้งการบริหารจัดการในรูปแบบคณะกรรมการฯ เช่นเดียวกับองค์กร Ofcom เนื่องจากจะสร้างความโปร่งใสในการบริหาร โดยมีการหมุนเวียนเปลี่ยนกรรมการเพื่อสร้างความโปร่งใสในการปฏิบัติงานและตรวจสอบได้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาในครั้งนี้พบว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในการรับชมรายการโทรทัศน์รูปแบบของ Streaming หรือ การรับชมรายการตามความต้องการ (Video on demand) ติดอันดับต้น ๆ ของโลก ซึ่งการใช้บริการอินเทอร์เน็ตในรูปแบบดังกล่าวนำไปสู่การพัฒนาการให้บริการในรูปแบบนี้มากขึ้นโดยบริษัทผู้ประกอบการต่าง ๆ ในต่างประเทศ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนซึ่งแน่นอนว่าประเทศไทยย่อมเปิดกว้างและรับการพัฒนาระบบเทคโนโลยีรูปแบบนี้เข้ามาในประเทศ ประกอบกับประเทศไทยได้มีการพัฒนาในเรื่องของการให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นการให้บริการในรูปแบบของกิจการโทรคมนาคมประเภทหนึ่ง และการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางโทรทัศน์อันเป็นหนึ่งในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งแต่เดิมการให้บริการกิจการทั้งสองนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกัน เป็นการให้บริการที่แยกจากกันโดยสิ้นเชิง แต่ต่อมาเมื่อเข้าสู่ยุคหลอมรวมเทคโนโลยีหรือก็คือยุคที่นำองค์ประกอบของสื่อในรูปแบบต่าง ๆ มาผสมผสานเพื่อสร้างสรรค์เทคโนโลยีรูปแบบใหม่ขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการประชาชนรวมถึงการสร้างประโยชน์ต่าง ๆ ให้แก่ประชาชน ดังนั้น การให้บริการกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ จึงเกิดการหลอมรวมเข้าด้วยกัน เกิดช่องทางการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนได้มากกว่าเดิม เพิ่มเติมอีก 1 ช่องทาง นั่นคือการให้บริการในรูปแบบการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตได้ สามารถรับชม และรับรู้ข้อมูลข่าวสาร หรือสื่อบันเทิงใจ ที่มากไปกว่าการรับชมผ่านโทรทัศน์ และต้องเป็นไปตามตารางโทรทัศน์ที่กำหนดขึ้นเท่านั้น โดยการรับชมผ่านมือถือ แล็ปท็อป ทีไอ และเมื่อใดก็ได้ เป็นต้น รวมถึงประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็น หรือสร้างเนื้อหาในรูปแบบของข่าว การทำสื่อบันเทิง หรือข้อมูลใดก็ได้ เพื่อเผยแพร่ให้แก่สาธารณะได้เองโดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตในการเผยแพร่เนื้อหาเท่านั้น อีกทั้งวิธีการในการเผยแพร่เนื้อหาดังกล่าวก็มิได้มีความยุ่งยาก ไม่ต้องทำเรื่องเพื่อลงทะเบียนและขอใบอนุญาตจากผู้ใด เพียงแค่สมัครสมาชิกและยอมรับเงื่อนไขของเว็บไซต์นั้น ๆ โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ในทางตรงกันข้ามอาจจะได้รับเงินหรือผลประโยชน์อื่นจากการใช้งานเว็บไซต์นั้น ๆ ด้วย เพราะเหตุนี้

ประเทศไทยจึงนำไปสู่การพัฒนาอินเทอร์เน็ตทางเลือก โดยไม่อาศัยคลื่นความถี่ในการออกอากาศ และสามารถส่งข้อมูล ภาพ และเสียง ผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตโดยผู้เผยแพร่เนื้อหาไม่ต้องลงทุนโครงข่ายเอง หรือก็คือการให้บริการลักษณะ OTT ตามกรณีศึกษานี้

เมื่อเทคโนโลยีมีการพัฒนาขึ้นเกิดการให้บริการรูปแบบใหม่แก่ประชาชนเข้ามา ทำให้โดยข้อเท็จจริงแล้วกฎหมายย่อมควรที่จะมีการแก้ไขเพื่อพัฒนาให้รองรับการให้บริการรูปแบบนี้ตามไปด้วย เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติย่อมต้องเกิดปัญหาอย่างแน่นอน ซึ่งปัจจุบันกฎหมายของแต่ละประเทศยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่สามารถบังคับใช้เกี่ยวกับการให้บริการดังกล่าวได้ ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสน วุ่นวาย และเกิดปัญหาภายในสังคม แต่ละประเทศจึงใช้กฎหมายเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม กิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์เข้ามาบังคับใช้โดยอนุโลม เนื่องจากผู้ให้บริการหลักในการให้บริการลักษณะ OTT นี้ เป็นบริษัทเอกชนและอาจอยู่ต่างประเทศ ส่งผลให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศกับบริษัทเอกชนนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีการนำกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และกฎหมายเกี่ยวกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ มาบังคับใช้โดยอนุโลม ทั้งในเรื่องของการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดและการจัดสรรเนื้อหาที่เผยแพร่ให้กับประชาชน แต่ก็มีได้ครอบคลุมทุกกรณีซึ่งประเด็นปัญหาหลักในการให้บริการลักษณะ OTT นี้ จากการศึกษาสามารถสรุปได้ 2 ประเด็น ดังนี้

1) ไม่มีกฎหมายในการควบคุมการให้บริการในลักษณะ OTT ซึ่งแบ่งออกเป็น

- (1) ไม่มีการตรวจสอบเนื้อหาที่เผยแพร่ไปยังสาธารณะรวมถึงการจัดการกับผลตกค้างของการกระทำผิดของผู้กระทำผิดที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์
- (2) ไม่มีมาตรการด้านการลงโทษโดยเฉพาะแก่ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ในกรณีที่กระทำความผิด หรือเพิกเฉยต่อการดำเนินการเกี่ยวกับเนื้อหาที่เผยแพร่โดยผู้กระทำความผิดที่ยังค้างอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์

2) ไม่มีองค์กรเฉพาะที่กำกับดูแลการให้บริการในรูปแบบ OTT ที่ชัดเจน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากประเด็นปัญหาดังกล่าวแล้ว หากมีการแก้ไขกฎหมาย หรือมีวิธีอื่นในการสร้างหลักเกณฑ์เพื่อกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในเรื่องของการตรวจสอบเนื้อหาที่เผยแพร่ต่อสาธารณชน การจัดการกับข้อมูลหรือเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องโดยการกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานหรือองค์กรที่ได้รับมอบหมายหรืออำนาจมาเป็นการเฉพาะ ย่อมต้องทำให้การใช้บริการและการให้บริการลักษณะดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่เกิดความเดือดร้อนแก่สาธารณชน อีกทั้ง อาจเป็นการนำมาซึ่งผลประโยชน์อื่นให้แก่ประชาชนในประเทศชาติได้อีกด้วย

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว นำมาสู่การศึกษากฎหมายและองค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการลักษณะ OTT ในต่างประเทศ ซึ่งเป็นประเทศตัวอย่างที่เลือกมาเพื่อศึกษา จำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเกาหลีใต้ โดยภายหลังจากที่ได้ทำการศึกษาแล้วพบว่าในแต่ละประเทศยังไม่มีกรอบกฎหมายที่เป็นการเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด มีเพียงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและการกำกับดูแลของสื่อไปยังสาธารณะมาบังคับใช้โดยอนุโลมเท่านั้น ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีองค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการกำกับดูแลอยู่ โดยองค์กรหรือหน่วยงานดังกล่าวนี้จะเป็นองค์กรหรือหน่วยงานเดียวกันในการกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ด้วย เช่น สหราชอาณาจักรจะมี Office of Communications (Ofcom) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลดูแล เช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหน่วยงาน The Federal Communications Commission (FCC) ซึ่งเป็นหน่วยงานพิเศษที่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับของรัฐบาลเช่นกันเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแล และประเทศเกาหลีใต้ซึ่งจะมีหน่วยงาน 2 หน่วย ได้แก่ Korea Communications Commission (KCC) และ Minister of Science, ICT and Future Planning (MSIP) เป็นหน่วยงานที่กำกับดูแล เนื่องจากการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารไปยังสาธารณะชนอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศชาติ ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล แต่ในทางกลับกันหน่วยงานประเภทนี้ย่อมต้องมีการบริหารงานที่เป็นอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้การสั่งการของรัฐบาลโดยสมบูรณ์เพราะมิฉะนั้นจะเป็นการปิดกั้นข้อมูลข่าวสารของประชาชนอันเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเทศไทยก็มีการบริหารจัดการในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นไปตามนี้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม แม้จะมีหน่วยงานในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ไปพลางก่อนแล้ว แต่กฎหมายหรือหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวก็ยังไม่มียประเทศใดมีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน แต่จากการศึกษาเพิ่มเติมพบว่าในขณะนี้สหภาพยุโรป (EU) ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย AVMSD¹³⁷ โดยในเนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะด้วย ซึ่งประกาศฉบับปรับปรุงไปเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน 2561 (แต่ยังไม่มีผลบังคับใช้) โดยมีเนื้อหาสรุปเป็นประเด็นสำคัญได้¹³⁸ ดังนี้

¹³⁷ Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) โดยคณะกรรมการธิการยุโรป

¹³⁸ ญัตติราชกิจจานุเบกษา, พงศสุตกร, เรื่องเดิม.

- 1) ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การให้บริการสื่อสตรีมมิ่ง โดยต้องให้ความสำคัญกับความปลอดภัยสาธารณะและความเสี่ยงด้านสุขภาพประชาชนในประเทศ
- 2) หลักเกณฑ์การให้บริการสื่อสตรีมมิ่งครอบคลุมถึงการกำกับดูแลเนื้อหาวิดีโอ แชรร์ริงแอปพลิเคชันหรือสื่อบนโซเชียลมีเดีย เช่น Youtube Facebook ด้วย
- 3) การปกป้องผู้เยาว์จากเนื้อหาที่มีความอันตรายจากการรับชมผ่านสื่ออินเทอร์เน็ต ซึ่งประเทศสมาชิกต้องหาทางรับมือและป้องกันอย่างเหมาะสม
- 4) ต้องกำหนดมาตรการการกำกับดูแลเนื้อหาที่มีความเสี่ยงในการปลุกปั่นประชนให้เกิดความรุนแรง ความเกลียดชัง หรือส่งไปทางก่อให้เกิดอาชญากรรมในสังคม โดยให้มีผลครอบคลุมทั้งสื่อโทรทัศน์ วิดีโอออนไลน์ และวิดีโอแชร์ริง ด้วย
- 5) เพิ่มโอกาสในการส่งเสริมการให้บริการวิดีโอออนไลน์ ซึ่งในประเทศสมาชิกต้องถ่ายทอดเนื้อหาที่เป็นผลงานของสหภาพยุโรปไม่น้อยกว่าร้อยละ 30
- 6) เพิ่มความยืดหยุ่นในการกำกับดูแลการโฆษณา ซึ่งปัจจุบันจะสามารถโฆษณาได้ 12 นาทีต่อชั่วโมง โดยยืดหยุ่นให้สถานีโทรทัศน์สามารถเลือกระยะเวลาการโฆษณาได้อิสระมากขึ้น ตลอดทั้งวันมีเวลาจำกัดรวมแล้วไม่เกินร้อยละ 20 ของเวลาออกอากาศในช่วง 06.00-18.00 น. และอนุญาตให้ใช้ได้ในช่วงเวลา 18.00-24.00 น. ด้วย
- 7) กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องมีกฎหมายที่เข้มงวดในการปกป้องเด็กจากการสื่อสารเชิงพาณิชย์ด้วยภาพและเสียงที่ไม่เหมาะสมจำพวกอาหารที่มีไขมัน เกลือ และน้ำตาลเป็นส่วนผสมพร้อมต้องสนับสนุนหลักจรรยาบรรณระดับภูมิภาค โดยหลักเกณฑ์นี้ครอบคลุมทุกมิติของเนื้อหาในทุกช่องทางที่เด็กจะสามารถเข้าถึงได้
- 8) หน่วยงานกำกับดูแลด้านสื่อภายใต้สหภาพยุโรปต้องเป็นอิสระจากรัฐบาล กล่าวได้ว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปฉบับปรับปรุงนี้¹³⁹ ได้มีการกำหนดกรอบเกณฑ์ครอบคลุมไปถึงการให้บริการลักษณะ OTT ด้วย แต่เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวแม้จะประกาศแล้วแต่กำหนดผลบังคับใช้ทั่วสหภาพยุโรปในวันที่ 19 กันยายน 2020¹⁴⁰ ดังนั้น จึงยังกล่าวไม่ได้ว่าภายหลัง

¹³⁹ European Commission, **Revision of the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)**, Retrieved January 2, 2020 from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/revision-audiovisual-media-services-directive-avmsd>

¹⁴⁰ Farrer & Co LLP, **Audiovisual Media Services Directive-what is the Government Planning?**, Retrieved January 2, 2020 from

การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้จะได้ผลมากหรือน้อยเพียงใด แต่ก็ยังเป็นเพียงสิ่งเดียวที่มีความก้าวหน้าในการพยายามจะกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ที่ออกมาในรูปของกฎหมายและมีเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ซึ่งหากการบังคับใช้ให้ผลลัพธ์ออกมาเป็นที่น่าพอใจ ประเทศผู้นำต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นฝั่งตะวันออกหรือตะวันตก รวมไปถึงประเทศไทย ก็อาจมีการนำไปศึกษาและดัดแปลงออกมาให้เข้ากับลักษณะการใช้งานของประชาชนในประเทศของตนก็เป็นได้ แต่ในปัจจุบันเมื่อยังไม่มีผลออกมาเป็นที่ปรากฏในแต่ละประเทศจึงยังคงต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่เพื่อกำกับดูแลกิจการการให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าว ซึ่งการศึกษานี้พบว่าประเทศไทยมีทั้งจุดแข็งและจุดอ่อนเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศที่ทำการศึกษากว่า 3 ประเทศนี้ โดยมีจุดที่ควรนำมาปรับใช้เพื่อพัฒนากับประเทศไทยได้อย่างเช่น เน้นเรื่องการปลูกฝังเยาวชนในการรับชมสื่อเหมือนเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อป้องกันในการรับเนื้อหาที่ไม่ดี และแยกแยะได้อย่างถูกต้อง ไม่ให้เกิดปัญหาเมื่อเติบโตเป็นพลเมืองของสังคมในภายภาคหน้า เป็นต้น ส่วนจุดแข็งของประเทศไทยที่ดีอยู่แล้วคือผู้ที่เป็นผู้กำกับดูแลการให้บริการสื่อหรือเนื้อหาควรเป็นองค์กรหรือหน่วยงานเพียงหน่วยเดียว ไม่ควรแยกประเภทหน่วยงานออกเป็น 2 หน่วยงานเช่นประเทศเกาหลีใต้ เพื่อไม่ให้ประชาชนต้องเกิดความสับสนในการติดต่อสอบถาม หรือการจะบังคับใช้กฎหมายจะสามารถดำเนินการได้สะดวก และรวดเร็วมากกว่า เป็นต้น

จากประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวไว้จะมุ่งประเด็นไปที่การไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ทั้งในเรื่องของการคัดกรองตรวจสอบเนื้อหาของผู้ที่สามารถสร้างเนื้อหาหรือส่งข้อมูลลงในอินเทอร์เน็ตได้อย่างง่ายดาย หรือการไม่มีมาตรการลงโทษแก่ผู้ประกอบการในการให้บริการข้อมูลข่าวสาร หรือไม่จัดการกับเนื้อหาที่เป็นเนื้อหาที่ผิดกฎหมายในบางส่วนแต่ไม่เข้าเงื่อนไขการจัดการเนื้อหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ทำให้ยังมีเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องค้างอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ต และปัญหาในเรื่องการไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรหลักในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT นี้ ซึ่งจากปัญหาทั้งสองประเด็นนี้ เมื่อได้ดำเนินการศึกษาจากการศึกษากฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ และการไปสัมภาษณ์ผู้ที่มีความรู้และเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวแล้ว จึงมีวิธีการแก้ปัญหาโดยที่ไม่ได้จำกัดเพียงวิธีการแก้กฎหมาย หรือให้ฝ่ายผู้ประกอบการในต่างประเทศเข้ามาร่วมอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายของไทยในเรื่องที่เกี่ยวข้องเท่านั้น หากแต่จะมีวิธีการในด้านนโยบายต่าง ๆ ที่พอมีความเป็นไปได้ในการแก้ปัญหาดังกล่าวด้วย ซึ่งแม้จะยังไม่มีผลที่ยืนยันผลที่เกิดขึ้นของวิธีดังกล่าวที่ชัดเจน

เนื่องจากปัจจัยในการดำเนินการหลายอย่าง แต่ก็เพื่อเป็นข้อมูลในทางที่พอเป็นไปได้ในการแก้ปัญหา ดังกล่าวต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในเรื่องที่เป็นประเด็นปัญหา ประกอบกับการนำมาคิด วิเคราะห์ และแยกแยะวิธีการแก้ปัญหาดังกล่าวของผู้จัดทำวิทยานิพนธ์นั้น สามารถแยกวิธีการแก้ปัญหาได้ออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

5.2.1 การแก้ปัญหาในเชิงกฎหมาย

1) การออกหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ

ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ที่ให้อำนาจสำนักงาน กสทช. กำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์นั้น จะไม่มีคำนิยามของการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงรูปแบบในการให้บริการลักษณะ OTT แล้วจะเห็นว่าเป็นการให้บริการลักษณะกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ซึ่งไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 4 ในนิยามของ “กิจการกระจายเสียง หรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่” ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อกฎหมายให้อำนาจให้สำนักงาน กสทช. กำกับดูแลการให้บริการดังกล่าว เช่นนี้ สำนักงาน กสทช. จึงควรผลักดันหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ให้ออกมาในรูปแบบของกฎหมายที่บังคับใช้ได้เป็นลายลักษณ์อักษรต่อไป ถึงแม้ว่าในเชิงปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายนี้ อาจจะต้องเตรียมรับมือหรือวิธีเจรจากับผู้ประกอบการหรือบริษัทที่ให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวในต่างประเทศว่าการบังคับใช้กฎหมายจะมีประสิทธิภาพและได้ผลหรือไม่มากนักเพียงใดก็ตาม จะต้องมีการเข้ามาตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยเพื่อที่จะสามารถให้กฎหมายไทยใช้บังคับได้หรือไม่ ทั้งนี้ หากเราออกกฎหมายไว้ชัดเจนและรองรับการควบคุมและกำกับดูแลการแพร่เนื้อหา ภาพและเสียง ออกสู่สาธารณชน พร้อมมีมาตรการในการจัดการกับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มช่องทางการแพร่ภาพและเสียงดังกล่าว โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่ผู้รับผิดชอบโดยตรงย่อมเป็นการเตรียมพร้อมที่ดีและแสดงถึงความพยายามในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

2) การเรียกให้ผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการแพลตฟอร์มชั้นนำ มาร่วมลงนามใน MOU หรือข้อตกลงในการช่วยให้มีการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย

เนื่องจากวิธีในการออกหลักเกณฑ์หรือกฎหมายกำกับการให้บริการลักษณะ OTT อาจมีความยุ่งยากเนื่องจากผู้ให้บริการแพลตฟอร์มล้วนเป็นนิติบุคคลที่มีสถานประกอบการตั้งอยู่ต่างประเทศ โดยไม่มีการตั้งบริษัทหรือสถานประกอบกิจการในประเทศไทย ดังนั้น การจะให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดังกล่าวเข้ามาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประเทศไทยจึงอาจเป็นไปได้ยาก ด้วยเหตุผลอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น เพื่อเป็นการมุ่งแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีความเห็นเสนอให้มีการจัดทำข้อตกลงความร่วมมือระหว่างรัฐบาลของประเทศไทยกับผู้ให้บริการลักษณะ OTT อิสระ ซึ่งผ่านการสำรวจจากสถิติของประเทศไทยแล้วว่าประชาชนคนไทยใช้บริการเว็บไซต์ใดบ้าง และความนิยมเป็นเช่นใด ต่อจากนั้นจึงเชิญผู้ให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวเข้ามาร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือระหว่างกัน โดยข้อตกลงจะเน้นไปที่การให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ที่เข้ามาร่วมลงนามในข้อตกลงใช้หลักธรรมาภิบาลในการพิจารณาเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสมออกจากสารบบคอมพิวเตอร์ร่วมกับการหารือกันโดยใช้บรรทัดฐานกลางทางสังคม โดยที่หากเป็นการกระทำความผิดที่เป็นความผิดสากล เช่น การถ่ายทอดสดเนื้อหาการฆาตกรรม การสังหารหมู่ หรือการเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการลักษณะ OTT นี้จะต้องลบออกจากสารบบคอมพิวเตอร์อันเป็นมาตรการภายในอยู่แล้ว หรือการกำหนดเงื่อนไขในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือนี้อาจจะทำเฉพาะในบางเรื่อง โดยที่ไม่เป็นการกำกับผู้ให้บริการลักษณะนี้เต็มรูปแบบเหมือนกฎหมายกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ของประเทศไทย ที่ต้องมีการเก็บค่าธรรมเนียมการให้บริการของผู้ประกอบการ การออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบการ เป็นต้น แต่ในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือนี้จะกำหนดในเรื่องของหลักการพิจารณาตรวจสอบเนื้อหาโดยหลักธรรมาภิบาลที่ทำการตกลงกันของทั้งสองฝ่าย และหากพบก็ขอให้ลบเนื้อหาดังกล่าวออก ไม่กำหนดบทลงโทษ ไม่กำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมใด ๆ เพื่อให้ง่ายต่อผู้ให้บริการในการที่จะเข้ามาร่วมจัดทำข้อตกลงความร่วมมือนี้ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ประเทศ โดยเราต้องมีความยืดหยุ่นในการจัดทำแล้วภายหลังจากการจัดทำบันทึกข้อตกลงนี้ประสบความสำเร็จและมีผลตอบรับที่น่าพอใจจึงอาจจะเพิ่มเติมการเจรจาให้มีผลในประเด็นอื่นเพื่อให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่าง กรณีการประสานงานโดยรัฐมนตรีว่าการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (DES) กับ Facebook Youtube Twitter เพื่อลบเนื้อหาที่เป็นภาพความรุนแรงกรณีมีการกราดยิงที่จังหวัดนครราชสีมา ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ รวมถึงคลิปการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ด้วย ซึ่งสถานการณ์ปัจจุบัน Facebook ได้ให้ความร่วมมือเป็นอย่างดี และทยอยนำออกจากระบบแล้ว และจากนี้ไปจะร่วมกันมอนิเตอร์อย่างใกล้ชิดด้วย ส่วนผู้บริหาร Twitter ที่ขณะนี้ประจำการอยู่ที่ประเทศสิงคโปร์ จะเดินทางมาหารือเรื่องการแพร่ภาพและเสียงที่เป็นเท็จกับประชาชน (Fake News) เกี่ยวกับไข้หวัดโคโรนาและเรื่องการลบ

ภาพความรุนแรงกรณีเหตุกราดยิงจังหวัดนครราชสีมากับประเทศไทยในวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2563 นี้¹⁴¹

จากตัวอย่างดังกล่าวเห็นได้ชัดว่าหากเรามีการเจรจาหรือหรือจัดทำบันทึกข้อตกลงก่อนหน้าที่จะเกิดปัญหา เนื้อหาความรูดังกล่าวอาจจะถูกลบได้ทันทีโดยไม่ต้องมีหน่วยงานใดเข้าหารือกับผู้ให้บริการดังกล่าว หรือหากเป็นกรณีวิธีแก้ปัญหามิใช่กรณีแรกคือมีหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ และผู้ให้บริการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประเทศไทย องค์กรที่เกี่ยวข้องอาจสามารถทำการมอนิเตอร์และลบเนื้อหาความรูดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการหรือวิธีการใด แต่วิธีการนี้เป็นไปได้ยากมากในทางปฏิบัติ ดังนั้น หากมีเพียงการจัดทำบันทึกข้อตกลงระหว่างประเทศไทย กับผู้ให้บริการลักษณะ OTT ย่อมเป็นทางเลือกที่เป็นไปได้มากที่สุด และยังสามารถจัดการกับสถานการณ์ที่เป็นปัจจุบันได้รวดเร็วไม่ต้องรอการหารือจากหน่วยงานใด

แต่อย่างไรก็ดี จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเรื่องของการใช้บริการลักษณะ OTT ในหลากหลายช่องทางนั้น การที่ประเทศไทยเพียงประเทศเดียวจะขอเสนอจัดทำบันทึกความร่วมมือกับบริษัทผู้ให้บริการ OTT อาจจะเป็นไปได้อย่างยาก เนื่องจากอำนาจการต่อรองซึ่งดูจาก USER ของผู้ให้บริการ และจำนวนรวมคนในประเทศ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ แล้ว อาจมีปริมาณที่น้อยมาก ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากดำเนินการร่วมกันในหลายประเทศที่มีวัฒนธรรม หรือบรรทัดฐานทางสังคมที่ใกล้เคียงกัน เช่น จากประเทศเพื่อนบ้าน หรือสมาคมอาเซียน เป็นต้น และขอเสนอจัดทำบันทึกข้อตกลง หรืออนุสัญญาขึ้น ระหว่างประเทศสมาชิกและบริษัทผู้ให้บริการลักษณะ OTT จะก่อให้เกิดอำนาจการต่อรองที่มากขึ้นซึ่งแน่นอนว่ามากกว่าเพียงหนึ่งประเทศ (Bargaining Power) จึงจะเป็นวิธีการที่ดีทางหนึ่งที่จะประสบความสำเร็จในการจัดทำบันทึกข้อตกลงก็เป็นได้

5.2.2 การแก้ปัญหาเชิงนโยบาย

1) เน้นการรณรงค์กิจกรรมการรู้เท่าทันสื่อให้แก่ประชาชน

เนื่องจากส่วนหนึ่งของปัญหาที่เกิดขึ้นมิได้เป็นผลมาจากการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารหรือเนื้อหาต่าง ๆ ให้แก่สาธารณชนและเกิดการเผยแพร่กันต่อไปเรื่อย ๆ ในโลกโซเชียลแต่เพียงประการเดียว ซึ่งการตามลบเนื้อหาที่เผยแพร่ก็นั้นอาจเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ เพราะก่อนที่จะเกิดเหตุการณ์ในลักษณะนี้ ประเทศไทยแม้จะได้รับอินเทอร์เน็ตเข้ามามีอิทธิพลในชีวิตประจำวันแล้ว ก็ยังไม่เคยเกิดเหตุการณ์บ่อยครั้งในลักษณะนี้มาก่อน ซึ่งการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารลักษณะนี้อาจมี

¹⁴¹ Asina Pornwasin, “ดีอีเอส ประสาน ‘เฟซบุ๊ก-กูเกิล-ยูทูบ’ นำภาพ-คลิป ผู้เสียชีวิตกราดยิงโคราช ออกจากระบบ,” **BusinessToday**, ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก <https://businesstoday.co/technology/media/09/02/2020/>

ตัวอย่างจากต่างประเทศ หรือพฤติกรรมเลียนแบบจากช่องทางอื่น ๆ ดังนั้น หากมีการรณรงค์สร้างเสริมความรู้ ความเข้าใจในการใช้งานสื่อมาตั้งแต่แรกเริ่ม ไม่ว่าจะเริ่มจากเยาวชนหรือภาคประชาชนก็ตาม ย่อมเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุ ซึ่งหากวางรากฐานความรู้ ความเข้าใจ และแสดงให้เห็นถึงผลลัพธ์อันเลวร้ายที่จะตามมา ย่อมเป็นการสร้างจิตสำนึกที่ให้แก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต ทั้งการเลือกรับชมข้อมูลข่าวสาร หรือเป็นผู้เผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร หรือสร้างเนื้อหาและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเหล่านั้น โดยที่ไม่จำเป็นจะต้องเป็นหน่วยงานใดในการมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงที่จะจัดทำกิจกรรมนี้ก็ได้ เพราะกิจกรรมนี้ไม่ว่าจะเป็นองค์กรใดเป็นผู้ดำเนินการล้วนเป็นประโยชน์ให้แก่ประชาชนในการรับทราบข้อมูลข่าวสาร หรือการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารนั้น ๆ ยกตัวอย่าง กรณีการจัดกิจกรรมการรู้เท่าทันสื่อโดยสำนักงาน กสทช. ที่มีการจัดกิจกรรมขึ้นทุกปี ในพื้นที่ทั้งในและต่างจังหวัด โดยรูปแบบของการจัดกิจกรรมจะแตกต่างกันไปในแต่ละครั้ง ทั้งภาคเยาวชนและประชาชน มีในรูปแบบของการบรรยายให้ความรู้ การจัดกิจกรรมเชิงปฏิบัติการจริง เพื่อให้ผู้รับการอบรมมีทักษะ แยกแยะ และวิเคราะห์ข้อมูล มีวิจารณญาณในการเผยแพร่ต่อไปยังผู้อื่นได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ ยังมีการจัดทำเว็บไซต์เพื่อให้ความรู้ความเข้าใจในการใช้สื่อโซเชียลอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น อาทิ เว็บไซต์งานคุ้มครองผู้บริโภคสื่อวิทยุ – โทรทัศน์ ของสำนักงาน กสทช. ดำเนินการโดยสำนักคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองประชาชนผู้บริโภคสื่อวิทยุและโทรทัศน์ ทั้งในเรื่องของการถูกละเมิดละเลยในสิทธิและเสรีภาพ การถูกเอารัดเอาเปรียบ และส่งเสริมผู้ด้อยโอกาสให้ถึงข้อมูลการสื่อสาร เป็นต้น ซึ่งการจัดกิจกรรมดังกล่าวโดยองค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจได้ประโยชน์ในแง่มุมมองการรู้เท่าทันสื่อได้ไม่ครบทุกมุม เพราะในแต่ละองค์กรอาจมองเห็นปัญหาหรือข้อควรระวังหรือให้ความสำคัญที่แตกต่างกัน ดังนั้น จึงเป็นการที่เหมาะสม มีประสิทธิภาพและเป็นประโยชน์ต่อประชาชนมากกว่า หากมีหลายหน่วยงานหรือองค์กรเข้ามาให้ความสำคัญ หรือความสนใจ โดยเฉพาะแง่มุมมองในเรื่องการแชร์ภาพและเสียงที่เป็นการกระทำของอาชญากร หรือวิธีการแชร์ภาพและเสียงที่มีลักษณะของความรุนแรง หรือการให้ความสำคัญแก่ผู้คนที่อยากมีชื่อเสียงจึงได้ก่ออาชญากรรมขึ้น เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี การชี้นำ คัดกรอง แยะแยะ หรือแนะนำข่าวสารหรือประเด็นต่าง ๆ ทางสังคมบางหัวข้อ ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชน อันเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนพึงมีและมีโดยเท่าเทียมกัน มีสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคในการแสดงความคิดเห็นการกระทำที่ไม่มีการล่วงละเมิด โดยได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งในที่นี้หมายถึงประชาชนทุกคนย่อมสมควรได้รับทราบข้อมูลข่าวสารจากช่องทางการแพร่ภาพและเสียงทุกช่องทาง และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี เช่น การมีสิทธิในการได้รับทราบการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐบาล และมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของการดำเนินการดังกล่าว แต่ถึงกระนั้นการแพร่ภาพและเสียงในบางเรื่องต้องไม่ไปละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น ๆ เช่น การปรากฏภาพโป๊เปลือยของเด็กและเยาวชน

ผ่านช่องทางการให้บริการลักษณะ OTT โดยเด็กดังกล่าวอาจจะมีอายุเพียง 3-5 ขวบ ก็ตาม ซึ่งเด็กเหล่านี้ย่อมต้องไม่สมควรถูกแสดงความคิดเห็นใด ๆ จากบุคคลอื่น ๆ เพราะเป็นการละเมิดสิทธิของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าหากมีการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT นี้ ประชาชนจะต้องมีสิทธิในการรับทราบข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ แต่ก็ต้องอยู่ในขอบเขต ไม่แพร่ภาพและเสียงใด ๆ อันมีเนื้อหาไปกระทบหรือละเมิดกับบุคคลอื่น

2) การสนับสนุนเทคโนโลยีภายในประเทศไทยเพื่อสร้างสื่อโซเชียลของชนโดยศึกษาความสำเร็จจากประเทศอื่น

จากการสำรวจพบว่าประเทศไทยส่วนใหญ่มี USER ในแพลตฟอร์ม Facebook อันเป็นลักษณะการให้บริการแบบ OTT ทั้งหมด 45 ล้านบัญชี โดยมีช่วงอายุ 18-64 ปี โดยแบ่งออกเป็นผู้ใช้งานเพศชายจำนวน 23 ล้านบัญชี และผู้ใช้งานเพศหญิงจำนวน 22 ล้านบัญชี ซึ่งถือว่ามียอดราส่วนที่ใกล้เคียงกันมาก และโดยข้อมูลจากงาน Thailand Social Awards 2019 ระบุว่าในประเทศไทยมีผู้ที่เข้าใช้งาน Facebook ทุก ๆ วันมากถึง 37 ล้านบัญชี ซึ่ง 98 เปอร์เซ็นต์ของผู้ใช้งานในไทยต่างเล่น Facebook ผ่านสมาร์ทโฟน และมีจำนวนผู้ใช้งาน Facebook ทั่วโลกอยู่ที่ 2.3 พันล้านบัญชี¹⁴² ซึ่งจากตัวเลขที่ทำการเปรียบเทียบนี้ แม้ในปี 2562 ประเทศไทยจะติดอันดับ 8 ในโลกที่มีผู้ใช้งาน Facebook มากที่สุด¹⁴³ แต่เมื่อเทียบกับสองพันล้านกว่าบัญชีจากผู้ใช้งาน Facebook ทั่วโลก ประเทศไทยแทบไม่มีอิทธิพลในเรื่องจำนวนประชากรในการเป็นเหตุผล เพื่อจูงใจให้ Facebook มาร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงของประเทศไทยแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาจากจำนวนประชากรที่ใช้แพลตฟอร์มลักษณะนี้ซึ่งมีเป็นจำนวนมากนั้น สามารถวิเคราะห์ได้ว่าหากจะมีการสร้างแพลตฟอร์มลักษณะนี้ขึ้นมาใหม่โดยประเทศไทย คล้ายกับลักษณะของเว็บ Weibo¹⁴⁴ ในประเทศจีน ที่ประสบความสำเร็จจากการใช้งานเป็นอันมากนั้น

¹⁴² Wittawin.A, Infographic: สรุปสถิติผู้ใช้ Facebook ในไทย โดย Customer Insight, ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก <https://www.thumbsup.in.th/facebook-thailand-insight>

¹⁴³ Narongyod Mahittivanicha, สถิติและพฤติกรรมการใช้ Social Media ทั่วโลก Q3 ปี 2019, ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก <https://www.twfdigital.com/blog/2019/08/global-social-media-usage-stats-q3-2019/>

¹⁴⁴ it24hrs, Weibo เว็บไซต์โซเชียลอันดับ 1 ในจีน เผยชาวจีนชอบดูอะไรในโลกออนไลน์, ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก <https://www.it24hrs.com/2019/weibo-stats-come-thailand/>

Weibo คือ เครือข่ายสังคมออนไลน์ที่ใหญ่ที่สุดในจีน จากเดิม Weibo คือ twitter สไตร์จีน จนมาปัจจุบันนี้กลายเป็นเว็บรายใหญ่ ที่เติบโตแรงแบบ Facebook แล้ว มีผู้ใช้งานสูงถึง 4.86

อาจเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ด้วยเหตุผลของเทคโนโลยี มาตรฐานในการใช้งานที่ต้องเทียบเท่ากับมาตรฐานเดิม หรือระบอบการปกครอง และประเทศจีนไม่อนุญาตให้ประชาชนใช้ Facebook หรือ Twitter จึงยิ่งส่งผลให้การใช้งาน Weibo ของประเทศจีนประสบความสำเร็จมากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ความสำเร็จดังกล่าวแม้ประเทศไทยมีอาจสร้างโดยลำพังได้ แต่ถ้ามักมีการศึกษาและเรียนรู้จากการบูรณาการกับประเทศจีนในการใช้ Weibo อย่างเช่นในกรณีของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ร่วมกับที่ปรึกษาทางธุรกิจใหญ่สถานเอกอัครราชทูต สาธารณรัฐประชาชนจีน ประจำประเทศไทยร่วมพิธีเปิดบัญชี Weibo ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง อย่างเป็นทางการโดยมีเป้าหมายให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยวในอาเซียน ทำให้มีชาวต่างชาติเดินทางเข้าและออกราชอาณาจักรเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะนักท่องเที่ยวชาวจีน ที่มีจำนวนการเดินทางเข้าออกประเทศไทยกว่า 10 ล้านคน ในปี พ.ศ. 2560 โดยปัจจุบันนี้ Weibo ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง มียอดผู้ติดตามมากกว่า 23,000 คน และเป็นที่ยอมรับจากชาวจีนว่า ข้อมูลที่เผยแพร่ออกไป เป็นข้อมูลที่เชื่อถือได้จากหน่วยงานราชการไทยอย่างแท้จริง รวมไปถึงบริการสอบถามข้อสงสัยต่าง ๆ ซึ่งจะช่วยอำนวยความสะดวกแก่นักท่องเที่ยวชาวจีนในการเข้ามาท่องเที่ยวประเทศไทยมากยิ่งขึ้น¹⁴⁵ จากเหตุการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแพลตฟอร์ม Weibo ของประเทศจีน นอกจากจะประสบความสำเร็จภายในประเทศแล้ว ยังประสบความสำเร็จในการให้ประเทศอื่นร่วมใช้งานอย่างเป็นทางการได้อีกด้วย ดังนั้นประเทศไทยในขณะนี้แม้จะยังสร้างแพลตฟอร์มด้วยตนเองแบบประเทศจีนไม่ได้ แต่หากมีการศึกษาที่เปิดกว้างดังเช่นในปัจจุบัน ไม่จำกัดประเภทแพลตฟอร์มใหม่ ๆ ที่เข้ามาในประเทศ ประกอบกับอีกไม่นานจะเข้าสู่ยุค 5G ซึ่งจะส่งผลให้มีการโฆษณาผ่านโทรศัพท์เป็นรายได้เพิ่มมากขึ้น คนรับข้อมูลละคร เนื้อหาต่าง ๆ ผ่านโทรศัพท์ ผ่านแอปพลิเคชันต่าง ๆ มากขึ้น อีกทั้ง เทคโนโลยี 5G สามารถรองรับความต้องการในการรับส่งข้อมูลปริมาณมากได้อย่างรวดเร็ว เช่น สามารถดาวน์โหลดภาพยนตร์และสื่อบันเทิงความคมชัดสูงได้ในเวลาไม่กี่วินาทีแม้ในช่วงที่มีผู้ใช้บริการพร้อมกันจำนวนมากก็ตาม นอกจากนี้ การแชร์ข้อมูลในโซเชียลมีเดีย การแชร์เนื้อหาที่ผลิตโดยผู้ใช้งานเอง รวมถึงการเลือกรับชมวิดีโอตามคำขอ (Video on Demand) จะสามารถใช้งานได้ผ่านอุปกรณ์ที่หลากหลายโดย

ร้อยละร้อย มีผู้ใช้รายวัน 2.11 ร้อยล้านราย ซึ่งส่วนใหญ่ใช้กับอุปกรณ์เคลื่อนที่สูงถึง 94% และมีรายได้ถึง 114 ร้อยล้านหยวนต่อปี

¹⁴⁵ INN News, ตม.ไทยเปิดบัญชี 'weibo' หวังใช้สื่อสารกับนักท่องเที่ยวจีน, ค้นวันที่

ไม่จำกัดเพียงแค่นวัตกรรมมือถืออีกต่อไป ในทุกที่ ทุกเวลา¹⁴⁶ เช่นนี้ ความก้าวหน้าในการ
 วิวัฒนาการแพลตฟอร์มอันมีมาตรฐานที่เทียบเคียงกับ Facebook หรือลักษณะการให้บริการ OTT
 ชั้นนำอื่น ๆ ที่สร้างขึ้นโดยประเทศไทยย่อมมีความเป็นไปได้ไม่มากนัก้อยอย่างแน่นอน และเมื่อ
 ดำเนินการสำเร็จปัญหาต่าง ๆ ทั้งในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมาย หรือองค์กรผู้มีความ
 รับผิดชอบย่อมจะมีความรวดเร็วในการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้รองรับกับสิ่งที่เปลี่ยนแปลงดังกล่าว



¹⁴⁶ เสมอ นิ่มเงิน, เทคโนโลยี 5G จุดเปลี่ยนของเทคโนโลยีครั้งใหญ่ของไทย, คำนวณที่
 2 มกราคม 2563 จาก [https://www.prd.go.th/ewt_dl_link.php?nid=208108&filename=](https://www.prd.go.th/ewt_dl_link.php?nid=208108&filename=expert)
 expert

บรรณานุกรม

- กริช ญูยามา. **การมอบอำนาจทางปกครองในระบบราชการ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชาบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- กฤษดา โรจนสุวรรณ. **ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ในยุคหลอมรวมเทคโนโลยี**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชาบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558.
- กองบรรณาธิการวอยซ์ออนไลน์. **อีกแล้ว! กสทช. พักใบอนุญาตช่องพีซีทีวี 30 วัน**. ค้นวันที่ 30 กันยายน 2561 จาก <https://voicetv.co.th/read/B13nhbl0zv>.
- กัญญา หิรัญย์วัฒนพงศ์. **ความรับผิดชอบของรัฐ**. เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองและคดีอาญา. เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549.
- กูเกิลดอทคอม. **การร้องเรียนทางกฎหมายและคำสั่งศาล**. ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก <https://support.google.com/youtube/answer/6156383?hl=th>
- เกียรติศักดิ์ ศรีพิมานวัฒน์, บรรณาธิการ. **สารานุกรมโทรคมนาคมไทย ฉบับพุทธศักราช 2552**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2554.
- จริยาภรณ์ โกมลวัจนะ. **ผลกระทบของการหลอมรวมเทคโนโลยีในระบบธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีต่อกฎหมายโทรคมนาคม**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชาบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.
- ชนกพร ตุ่มทอง และสกลกฤตา ลิ้มปิสวัสดิ์. **ทิศทางและแนวโน้มการกำกับดูแล Audio Visual Media Content ผ่าน IPTV/OTT/ BB-HbbTV. บทความวิชาการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์**. (ธันวาคม 2559): 15-19. ค้นวันที่ 11 มิถุนายน 2561 จาก https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2559/doc/2559_12_4.pdf 15-19
- เชษฐภัทร พรหมชนะ. **การนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับค่าปรับนอกเหนือการกักขังแทนค่าปรับ**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ณัฐชาติ พวงสุตรัก. **สำรวจตลาด OTT กับการชิงพื้นที่ทีวีในอนาคต (ตอนที่ 2)**. ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2561 จาก http://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560_03_3.pdf

ณัฐธัญ โอภาส. การศึกษาถึงอิทธิพลของการหลอมรวมสื่อที่ส่งผลต่อการตัดสินใจใช้บริการ บริษัท
ทรูคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน). การค้นคว้าอิสระปริญญามหาบัณฑิต

คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2558.

ณัฐสุดา จารุพูน, สุธรรม อยู่โนธรรม และศิริกัญญา ดุสิตนานนท์. โครงการการศึกษามาตรการส่งเสริม
อุตสาหกรรมผู้ผลิตเนื้อหารายการและผู้ผลิตสื่อโฆษณาผ่านช่องทางบริการ OTT.

Pub. L. No. 22. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ม.ป.ป.

นที ศุกลรัตน์. การกำกับดูแลเนื้อหากิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ประสบการณ์จาก
ต่างประเทศสู่ประเทศไทย (Broadcasting Content Regulation : International
Experiences to Thai Perspective (BCRIT)). บทความวิชาการกิจการกระจายเสียง
และโทรทัศน์. (ธันวาคม 2555)

นภดล เสงเจริญ. องค์การอิสระ: ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบอบราชการ. ค้น
วันที่ 1 มกราคม 2562 จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=895>

นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

บริษัท เทคโนโลยีแลนด์ จำกัด. บริษัท เทคโนโลยีแลนด์ จำกัด, URL คือ อะไร และ เข้าตรงไหนใน
โปรแกรมต่างๆ ?. ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก

<http://emailserverhosting.maildee.com/2014/06/url-means.html>

บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด. รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษาแนวทางการ
กำกับดูแลการแข่งขันในกิจการโทรทัศน์แบบ Over the Top (Competition
Regulation on OTT TV). กรุงเทพมหานคร: บริษัท ไทม์ คอนซัลติ้ง จำกัด, 2560.

บีบีซี นิวส์. กสทช. ลงดาบช่องทีวีวิจารณ์รัฐบาลไปแล้วก็ราย. ค้นวันที่ 1 มกราคม 2562 จาก
<https://www.bbc.com/thai/thailand-39415924>

บุญเสริม กิจศิริกุล. ปัญญาประดิษฐ์. กรุงเทพมหานคร: ภาควิชาวิศวกรรมคอมพิวเตอร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2548.

ปณชัย อารีเพิ่มพร. เราเรียนรู้อะไรจาก เอ็ม ชัยชนะ ไลฟ์สดทำร้ายแฟนสาว เมื่อเทคโนโลยี
กลายเป็นอาวุธ ป้องกันอย่างไร. ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก

<https://today.line.me/th/pc/article/%>

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง
หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555.
ราชกิจจานุเบกษา. 129, 157ง (16 ตุลาคม 2555): 46-60.

ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง
หลักเกณฑ์การกำหนดหมวดหมู่และการจัดลำดับบริการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ พ.ศ.

2556. **ราชกิจจานุเบกษา.** 130, ตอนพิเศษ 52ง (26 เมษายน 2556): 24-26.

ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เรื่อง การให้ความร่วมมือต่อการปฏิบัติงานของ
คณะรักษาความสงบแห่งชาติและการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ.

ราชกิจจานุเบกษา. 131, ตอนพิเศษ 138ง (23 กรกฎาคม 2557): 10-11.

ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 103/2557 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความ
สงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557. **ราชกิจจานุเบกษา.** 131, ตอนพิเศษ 143ง (30
กรกฎาคม 2557): 10.

ประธาน วัฒนวาณิชย. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญวิทยา.** กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก,
2546.

ปานระพี รพีพันธุ์. **รู้จักความเป็นไปของ OTT ในประเทศไทย.** ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก
<https://www.it24hrs.com/2017/ott-over-the-top-tv-thailand/>

พนม เอี่ยมประยูร. การมอบอำนาจในฝ่ายบริหาร. **วารสารนิติศาสตร์.** 18, 3 (กันยายน 2531): 15-
24.

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2551. **ราชกิจจานุเบกษา.** 125,
42ก (4 มีนาคม 2551): 14-44.

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544. **ราชกิจจานุเบกษา.** 118, 106ก (16
พฤศจิกายน 2544).

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช 2477.

ราชกิจจานุเบกษา. 52 (10 มิถุนายน 2478).

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุ
โทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553. **ราชกิจจานุเบกษา.** 127, 78ก
(19 ธันวาคม 2553): 1-46.

ภัสรา ปิตยานนท์. **OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์.** ค้นวันที่ 5 มิถุนายน 2561 จาก
<http://www.timeconsulting.co.th/ott-tv>

ภาคภูมิ อิงคปรัษฎากุล. **ความรู้ด้านระบบวิทยุสื่อสาร.** ค้นวันที่ 30 กันยายน 2561 จาก
[http://kmcenter.rid.go.th/kcitic/2011/index.php?option=com_fireboard&func=](http://kmcenter.rid.go.th/kcitic/2011/index.php?option=com_fireboard&func=userlist&Itemid=18&orderby=lastvisitDate&direction=DESC&limitstart=90)
[userlist&Itemid=18&orderby=lastvisitDate&direction=DESC&limitstart=90](http://kmcenter.rid.go.th/kcitic/2011/index.php?option=com_fireboard&func=userlist&Itemid=18&orderby=lastvisitDate&direction=DESC&limitstart=90)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. **ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 40ก (6 เมษายน
2560): 1-90.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.

ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์. **การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส**

เสนอคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

ศูนย์ข้อมูล SMEs Knowledge Center. **ความหมายและประเภทธุรกิจของธุรกิจบริการ**

โทรคมนาคม. ค้นวันที่ 11 มิถุนายน 2561 จาก http://www.sme.go.th/upload/mod_download/05-001%20

สำนักงาน กสทช. รายงานการบริการ OTT หรือบริการแพร่เสียงและภาพผ่านโครงข่ายอื่น นอกจากโครงข่ายวิทยุโทรทัศน์แบบเดิมเป็นบริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์.

ใน รายงานการบริการ OTT หรือบริการแพร่เสียงและภาพผ่านโครงข่ายอื่น นอกจากโครงข่ายวิทยุโทรทัศน์แบบเดิมเป็นบริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์.

กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน กสทช., 2560.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)

และคณะนิติศาสตร์ สถาบันการจัดการปัญญาภิวัฒน์. **คู่มือแนวปฏิบัติและมาตรฐาน**

จริยธรรมในการใช้ข้อมูลจากสื่อออนไลน์ในกระบวนการสื่อข่าว. กรุงเทพมหานคร:

กสทช., 2559.

สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ สวกอ. **เทคโนโลยีสารสนเทศ**. ค้นวันที่ 12 มิถุนายน

2561 จาก <https://www.etda.or.th/terminology-detail/1590.html>

สุดจิตต์ ตรีวิจิตรศิลป์. **ผลสัมฤทธิ์ของการให้บริการการหลอมรวมสื่อของบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น**

จำกัด (มหาชน). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555.

เสมอ นิ่มเงิน. **เทคโนโลยี 5G จุดเปลี่ยนของเทคโนโลยีครั้งใหญ่ของไทย**. ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563

จาก https://www.prd.go.th/ewt_dl_link.php?nid=208108&filename=expert

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการลงโทษ**. ใน **รวมบทความทางวิชาการใน**

โอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิ

นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.

หยุด แสงอุทัย. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร:

ประกายพริก, 2535.

หยุด แสงอุทัย. **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

อรรถสิทธิ์ กันมล. **ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา**. วิทยานิพนธ์

ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา

28. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.

อุททิศ แสงโกสีก. **หลักกฎหมายอาญา: การลงโทษ**. กรุงเทพมหานคร: กรมสรรพสามิต, 2515.

Amnesty International Thailand. **Freedom of Expression**. ค้นวันที่ 23 พฤศจิกายน 2561

จาก <https://www.amnesty.or.th/en/our-work/freedom-expression>

Asia Video Industry Association. **Asia Video Industry Association, OTT TV Policies in**

Asia: South Korea. Retrieved December 29, 2018 from <https://avia.org/wp-content/uploads/2018/08/PUB-OTT-TV-Policies-in-Asia-2018.pdf>

Asina Pornwasin. ดีอีเอส ประสาน ‘เฟซบุ๊ก-กูเกิล-ยูทูบ’ นำภาพ-คลิป ผู้เสียชีวิตกราดยิงโคราช ออกจากระบบ. **BusinessToday**. ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก

<https://businesstoday.co/technology/media/09/02/2020/>

Baldry, Shirley, Steingröver, Markus and Hessler, Markus A. The Rise of OTT Players:

What is the Appropriate Regulatory Response?. In **25th European**

Regional Conference of the International Telecommunication Society, Brussels, Belgium, 22-25 June 2014, Shirley Baldry.

Barata, Joan. Broadcasting and Media Regulation. ใน **รายงานการประชุม ประจำปี 2554**.

กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน กสทช., 2554.

The Body of European Regulators for Electronic Communications. **Report on OTT**

Services. Retrieved December 19, 2018 from https://berec.europa.eu/engdocument_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services

Brain Buffet. **สถิติการใช้งานอินเทอร์เน็ตทั่วโลก**. ค้นวันที่ 11 มิถุนายน 2561 จาก

<https://www.brandbuffet.in.th/2018/02/global-and-thailand-digital-report-2018/>

Cave, Martin and Baldwin, Robert. **เข้าใจการกำกับดูแล: ทฤษฎี กลยุทธ์ และหลักปฏิบัติ**. แปล

โดย ศูนย์นวัตกรรมทางธุรกิจ คณะบริหารธุรกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, 2553.

Communications Act of 1934. Retrieved December 29, 2018 from

<https://transition.fcc.gov/Reports/1934new.pdf>

EUR-Lex. **Directive 2010/13/EU of The European Parliament and of the Council of 10 March 2010.** Retrieved December 29, 2018 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32010L0013>

European Commission. **Revision of the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD).** Retrieved January 2, 2020 from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/revision-audiovisual-media-services-directive-avmsd>

The Federal Communications Commission. **About the FCC.** Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/about/overview>

The Federal Communications Commission. **Obscenity, Indecency and Profanity.** Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/general/obscenity-indecency-and-profanity>.

The Federal Communications Commission. **Radio Spectrum Allocation.** Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/engineering-technology/policy-and-rules-division/general/radio-spectrum-allocation>

The Federal Communications Commission. **What is the Responsibility?.** Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/consumers/guides/fcc-and-freedom-speech>

The Federal Communications Commission. **What we do.** Retrieved November 23, 2018 from <https://www.fcc.gov/about-fcc/what-we-do>

Freedom of Expression Documentation Center. **9 ปี ไทยขอกู้กลับเนื้อหา 425 คำร้องหรือ 10,813 URL.** ค้นวันที่ 11 พฤษภาคม 2561 จาก <http://emailserverhosting.maildee.com/2014/06/url-means.html>

Gilroy, Angele A. **The Net Neutrality Debate: Access to Broadband Networks.** Retrieved December 21, 2018 from <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40616.pdf>

Hergrave, Andrea Millwood. Seminar on Broadcasting and Media Regulation Primer at the Blanquema School. ใน **รายงานการประชุม ประจำปี 2554.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน กสทช., 2554.

ICLG.Com. **Korea: Telecoms, Media and Internet Law and Regulations.** Retrieved December 21, 2018 from <https://iclg.com/practice-areas/telecoms-media-and-internet-laws-and-regulations/korea>

INN News. **ตม.ไทยเปิดบัญชี 'weibo' หวังใช้สื่อสารกับนักท่องเที่ยวจีน.** ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก <https://www.sanook.com/news/7545318/>

it24hrs. **Weibo เว็บไซต์อันดับ 1 ในจีน เผยชาวจีนชอบดูอะไรในโลกออนไลน์.** ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก <https://www.it24hrs.com/2019/weibo-stats-come-thailand/>

ITU. **Measuring the Information Society Report.** Retrieved November 23, 2018 from <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/mis2015.aspx>

Korea Communication Commission. **Vision and Goals.** Retrieved December 29, 2018 from <https://eng.kcc.go.kr/user.do?page=E03020000&dc=E03020000>

Korea Internet & Security Agency (KISA). **Korea Internet White Paper 2015.** Korea: KyungSung, 2015.

Korea Media Rating Board. **Categories.** Retrieved December 29, 2018 from <http://global.kmrb.or.kr/classification/categories.do>

Legislation.gov.uk. **Communication Act 2003.** Retrieved December 29, 2018 from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>

Mendel, Toby and Salomon, Eve. **Freedom of Expression and Broadcasting Regulation. UNESCO series CI Debates.** 8 (February 2011).

Narongyod Mahittivanicha. **สถิติและพฤติกรรมการใช้ Social Media ทั่วโลก Q3 ปี 2019.** ค้นวันที่ 2 มกราคม 2563 จาก <https://www.twfdigital.com/blog/2019/08/global-social-media-usage-stats-q3-2019/>

The New York Time. **Net Neutrality has officially been repealed. Here, show that could affect you.** Retrieved November 23, 2018 from <https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html>

Ofcom. **About Ofcom.** Retrieved October 17, 2018 from <https://www.ofcom.org.uk/home>

Ofcom. **Policies and Guidelines.** Retrieved October 17, 2018 from <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/policies-and-guidelines>

Technological Neutrality. **Technological Neutrality, Digital Single Market Policy General Principles.** Retrieved January 1, 2019 from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/general-principles>

Thomson Foundation. รายงานโครงการอบรมหลักสูตร Broadcast Regulatory Workshop.

ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2561 จาก <https://broadcast.nbtc.go.th/>

[data/academic/file/590800000002.pdf](https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/590800000002.pdf)

Williams, Glanville. **Textbook of Criminal Law**. London: Stevens & Sons, 1978.

Wittawin.A. Infographic: สรุปสถิติผู้ใช้ Facebook ในไทย โดย Customer Insight. ค้นวันที่ 2

มกราคม 2563 จาก <https://www.thumbsup.in.th/facebook-thailand-insight>



ภาคผนวก

การสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ หรือผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เป็นประเด็นศึกษา

การกำกับสื่อที่มีการหลอมรวมของช่องทางการสื่อสารข้อมูล:

กรณีศึกษาการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต (OTT)

คำถาม : ท่านคิดว่าเป็นไปได้มากน้อยเพียงใด กรณีผู้ให้บริการ OTT อิสระ จะมาอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศไทย และหากว่าความเป็นไปได้น้อย ท่านมีข้อเสนอแนะหรือวิธีการอื่นใดที่จะกำกับดูแลผู้ให้บริการลักษณะ OTT หรือแก้ปัญหาในเรื่องการไม่มีกฎหมายเฉพาะและองค์การเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะดังกล่าวในประเทศไทย หรือไม่ อย่างไร

รายชื่อ 1: นายพวกเพียร สุนทรสิต (สัมภาษณ์วันที่ 15 มกราคม 2563)

อดีตพนักงานตำแหน่ง ผู้เชี่ยวชาญพิเศษด้านกฎหมายของสำนักงาน กสทช. สรุปความได้ ดังนี้

มุมมองของผู้บริหาร กสทช. ท่านหนึ่งมีความเห็นว่าการให้บริการลักษณะ OTT อยู่ในคำจำกัดความของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 อยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเพื่อให้รองรับกับการให้บริการลักษณะดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้ยากเพราะจะเข้ากรณีดังกล่าวได้ ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวต้องมีนิติบุคคลที่จัดตั้งในประเทศไทย เพื่อกฎหมายไทยจะสามารถบังคับใช้ได้ และหากเป็นไปได้จริงการกำกับดูแลอาจมีความแตกต่างกับการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ตามรายการโทรทัศน์เช่นทุกวันนี้ ย่อมต้องมีวิธีการที่แตกต่างในการกำกับดูแล

โดยหลักแล้วการให้บริการของโทรคมนาคมเป็นการให้บริการแบบ Point to Point ซึ่งแตกต่างจากการให้บริการแบบกิจการกระจายเสียงที่เป็นลักษณะ Point to Public ซึ่งต่อมากิจการทั้งสองได้มาหลอมรวมกันในยุค Convergence เกิดการให้บริการลักษณะ Video On Demand สามารถสร้างผลกระทบกับสังคมเพราะเป็นการเผยแพร่เนื้อหาออกสู่ประชาชนได้ ดังนั้นจึงควรต้องมีกฎหมายมาควบคุมดูแล “ด้านเนื้อหา”

โอกาสที่ผู้ให้บริการลักษณะ OTT เช่น Youtube Facebook Google มาอยู่ภายใต้กฎหมายไทยโดยให้มาตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยนั้น มีโอกาสสำเร็จค่อนข้างน้อย เนื่องจากประเทศไทยเป็นตลาดเล็ก ไม่มีอำนาจต่อรอง ดังนั้น จึงเห็นควรให้มีการหารือเพื่อจัดทำ MOU หรือบันทึกข้อตกลง

ระหว่างกันขึ้น ถึงอย่างไรเมื่อมีความผิดสากลเกิดขึ้น ผู้ให้บริการดังกล่าวย่อมมีมาตรการภายในในการจัดการดูแลเนื้อหาอยู่แล้ว แต่ถ้าหากจัดทำเรื่องหลักธรรมาภิบาลเสริมเข้าไปในบันทึกข้อตกลงด้วย หากมีข้อเท็จจริงใดที่พิสูจน์โดยอาศัยหมายศาลได้ ก็ควรส่งให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ที่เป็นหนึ่งในผู้ทำข้อตกลงดังกล่าวช่วยดำเนินการลบเนื้อหาที่ผิดหลักธรรมาภิบาลนั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้ แต่เดิมสำนักงาน กสทช. เคยมีหมายศาลแล้วส่งให้ผู้ให้บริการดังกล่าวเพื่อทำการลบเนื้อหาออกจากระบบได้

ในการประชุมอาเซียนที่ผ่านมา เลขาธิการ กสทช. เคยเสนอแนวความคิดเรื่องการจัดเก็บค่าธรรมเนียมของผู้ให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย โดยใช้หลักแนวคิดเดียวกับการเสียภาษีเพื่อจะจัดทำ MOU ขึ้น ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีในการจัดทำบันทึกข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดการ “ด้านเนื้อหา” ต่อไปในอนาคต การทำบันทึกข้อตกลงนี้ แม้จะทำได้เพียงบางเรื่องและอาจกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ให้บริการ OTT ยังไม่ได้ แต่หากเกิดเหตุการณ์ไม่ดีหรือมีความจำเป็นที่จะต้องขอให้ผู้ลงนามในบันทึก MOU ช่วยตรวจสอบเนื้อหาหรือช่วยลบเนื้อหาออกจากระบบ อาจจะเป็นการง่ายกว่าการไม่มีบันทึกข้อตกลงระหว่างกันนี้

ในกรณีการเลิกใช้บริการลักษณะ OTT ที่ไม่ได้มาอยู่ภายใต้กฎหมายประเทศไทย หรือไม่มาทำบันทึกข้อตกลงกับประเทศไทยนั้น เห็นว่าเป็นไปได้ยากเพราะเป็นการปิดกั้นความเจริญของประเทศเรา และจะกระทบกับคนหมู่มาก อาจเกิดเป็นผลร้ายมากกว่าผลดี

รายชื่อ 2: นายพล ศิริทรัพย์ (สัมภาษณ์วันที่ 23 มกราคม 2563)

ผู้อำนวยการสำนักนโยบายและวิชาการกระจายเสียงและโทรทัศน์ สรปความได้ ดังนี้

ความเป็นไปได้ในการจะคว่ำบาตรไม่ให้ประเทศไทยใช้เว็บไซต์ที่เป็นที่นิยมของผู้ให้บริการลักษณะ OTT เช่น Facebook Youtube ในกรณีที่ผู้ให้บริการดังกล่าวไม่มาตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายในประเทศไทยนั้น เป็นไปได้้น้อยมาก แม้วิธีการที่ผู้ให้บริการลักษณะ OTT เข้ามาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายประเทศไทยจะเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการจัดการกับปัญหาการให้บริการลักษณะ OTT ก็ตาม เพราะเป็นการแก้ปัญหาเชิงโครงสร้าง โดยการให้มาอยู่ภายใต้กฎหมายกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เช่นเดียวกับสถานีโทรทัศน์ในปัจจุบัน เพราะจะสามารถกำกับดูแลบริหารจัดการ คัดกรอง นำออก ซึ่งเนื้อหาได้เกือบ 100 % แต่อาจจะไม่ใช่วิธีการจัดการที่เข้มเหมือนของโทรทัศน์ แต่เมื่อวิธีนี้เป็นวิธีที่ยาก วิธีที่ตรงลงมาคือการเรียกให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT มาร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลง หรือการทำ MOU กับประเทศไทย ซึ่งวิธีนี้ก็ไม่ใช่เรื่องง่ายเพราะสิ่งที่ไทยต้องการจะให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ลบเนื้อหาที่ไม่ใช่ประเภทความผิดสากลคือ ความผิดเกี่ยวกับมาตรา 112 ความผิดในการให้ความเห็นถึงษัตริย์ หรือให้ความเห็นเกี่ยวกับรัฐบาล ซึ่งต่างประเทศน่าจะมองว่าเป็นอิสระทางความคิดหรือการแสดงความคิดเห็นมากกว่า

ดังนั้นการจัดการเกี่ยวกับปัญหาด้านเนื้อหาของการให้บริการลักษณะ OTT จึงยังไม่มี ความแน่นอน กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมเคยขอหมายศาลเพื่อขอให้ผู้ให้บริการ OTT ต้นสังกัด ปล่อยเนื้อหาให้ ส่วนของ กสทช. ช่วยดำเนินการขอ Internet Service Provider (ISP) เพื่อบล็อกลิงค์ที่ เป็นปัญหา แต่วิธีการดังกล่าวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความสำเร็จในการปล่อยเนื้อหาที่รวดเร็วหรือการปิด กั้นสาธารณชนจากแหล่งเนื้อหาที่ไม่ดีเหล่านั้นได้ เพราะอีกไม่นานก็จะเกิดเหตุลักษณะนี้วนเรื่อยไป หากมิได้ทำให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT มาอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศไทยดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ขณะนี้ยุโรปได้มีการปรับปรุงกฎหมาย AVMSD ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลเนื้อหาทาง สื่ออินเทอร์เน็ต และในการแก้ไขปรับปรุงนี้ได้ครอบคลุมไปถึงการกำกับด้านเนื้อหาของการให้บริการ ลักษณะ OTT ด้วย ซึ่งยังไม่มีประเทศใดที่สามารถทำได้ โดยกฎหมายนี้ประกาศแล้วเมื่อปลายปี 2562 แต่จะมีผลบังคับใช้ประมาณปลายเดือน 2563 แต่จะได้ผลหรือไม่ต้องติดตามต่อไป

อีกวิธีที่จะช่วยป้องกันปัญหาเรื่องการโพสต์เนื้อหาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรืออาจมี ผู้เคราะห์ร้ายจากเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องนี้คือการช่วยกันส่งเสริมเรื่องการรู้เท่าทันสื่อของประชาชน หาก ประชาชนรู้ถึงภัยในการโพสต์ แชร์ หรือข้อเสียในการเสพและเผยแพร่สื่อได้ ก็จะเป็นการช่วยลดปัญหา ในสังคมลงได้โดยปริยาย เป็นการแก้ปัญหาเชิงนโยบาย แต่ข้อเสียคือการจัดทำโครงการนี้อาจจะไม่ได้ พูดยุทธศาสตร์ในทุก ๆ เรื่องที่ต้องการจะสื่อ

รายที่ 3: นางสาวณิรัตน์ กำจรกิจการ (สัมภาษณ์วันที่ 28 มกราคม 2563)

ผู้อำนวยการสำนักการอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ สรุปลงความได้ ดังนี้

ความเป็นไปได้ที่จะให้ผู้ให้บริการ OTT เข้ามาสู่การบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย โอกาสแทบเรียกได้ว่าเป็น 0 % เพราะเรื่องอำนาจการต่อรอง หรือจำนวนประชากรเทียบกับคนทั้ง โลกเป็นไปได้ได้น้อยมาก เว้นแต่จะเป็นการทำข้อตกลงหรือ MOU ในเรื่องของความมั่นคงระหว่าง ประเทศ หากเป็นเหตุผลนี้อาจจะต้องดูท่าทีรัฐบาลประกอบไปด้วย ถ้านโยบายของรัฐบาลมีความ ชัดเจนทั้งด้านการกำกับดูแลทั้งในและต่างประเทศ ก็อาจมีแนวโน้มจะสามารถทำข้อตกลงหรือ MOU กันได้ เช่น ประเทศจีนเป็นประเทศที่มีนโยบายชัดเจนการบริหารจัดการจึงเป็นไปได้ มีเว็บของตัวเอง มีความมั่นคงและความปลอดภัยสูง ซึ่งเครื่องมือทางกฎหมายอาจใช้ได้ในระดับหนึ่ง แต่การลงทุน ผล กำไร น่าจะเป็นสิ่งที่ผู้ให้บริการ OTT ให้ความสนใจมากกว่า

ในเมื่อคนไทยใช้บริการจากผู้ให้บริการ OTT มาก เราก็ควรสร้างข้อตกลงหรือกฎเกณฑ์เพื่อ ใช้บังคับกับผู้ให้บริการของประเทศไทยที่เป็นผู้ให้กำกับฝั่งของผู้ให้บริการ OTT เช่น ห้างหรือบริษัท ใหญ่ที่อาศัยการโฆษณาจากผู้ให้บริการ OTT ทั้งหลาย โดยดูผลกำไรหรือขนาดประกอบการของ บริษัทดังกล่าว ถ้าเล็กมากก็ไม่ควรไปสร้างเงื่อนไขหรือกำกับบริษัทเล็ก ๆ เหล่านั้น

ประเทศไทยสามารถสร้างเทคโนโลยี หรือเป็นผู้ให้บริการลักษณะ OTT เองได้ เพราะวิวัฒนาการของประเทศไทยก็สามารถไปถึง แต่ปัญหาคือ ประเทศไทยขาดความจงรักภักดีในผลิตภัณฑ์หรือของชาติตน มีเสรีแต่ขาดความตระหนักรู้ ซึ่งปัญหาทั้งสองจะทำให้เว็บไซต์ที่ประเทศไทยเป็นผู้สร้างขึ้นจะไม่ประสบความสำเร็จ

รายชื่อ 4 : นายสุธีระ พิงธรรม (สัมภาษณ์วันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2563)

ผู้อำนวยการส่วนบังคับใช้กฎหมายและนิติการรักษากฎการผู้อำนวยการสำนักงาน กสทช. ภาค 1 สรุปความได้ ดังนี้

โดยหลักแล้วเหตุผลในการกำกับดูแลผู้ให้บริการลักษณะ OTT คือการหารายได้ให้ประเทศ ตอนนี้ Facebook มีสกุลเงินเป็นของตนเองแล้ว ต่อไปอีกไม่นานเทคโนโลยีแต่ละประเทศจะยิ่งสูงขึ้น การนำสกุลเงินต่าง ๆ มาแปลงเป็นสกุลเงินอิเล็กทรอนิกส์ก็อาจจะมีในไม่ช้า การซื้อขายใน Facebook หรือเว็บไซต์ทั้งหลายต่างเป็นที่นิยมกันมากมีทั้งคนไทยใช้เว็บไซต์เหล่านี้เป็นสื่อกลางในการค้าขายและในทางกลับกันคนไทยก็ใช้สื่อกลางนี้ในการซื้อขายเช่นกัน ดังนั้น การที่จะให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ที่ได้รับความนิยมเช่นนี้มาอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศไทย รวมถึงการจะให้มาทำ MOU ในประเทศ โอกาสจึงค่อนข้างน้อยมาก แม้ประเทศเราจะมี USER ของเว็บไซต์เหล่านี้มากมายก็ตาม แต่ก็อาจไม่ได้มากพอเมื่อเทียบกับคนทั้งโลก หรือหากจะไม่ใช้เว็บไซต์ที่เป็นที่นิยมที่ใช้กันอยู่ทุกวันนี้ก็เป็นไปไม่ได้เพราะอาจส่งผลกระทบต่อหลายประการทั้งจากประชาชน และความมั่นคง

การสร้างเทคโนโลยีของประเทศไทยขึ้นมาเช่น Facebook หรือ Weibo ของประเทศจีน ไม่ใช่จะไม่มีความเป็นไปได้ แต่อาจทำได้เฉพาะเรื่อง เน้นเฉพาะจุด เช่น ด้านการค้าขาย เป็นต้น

ผู้ให้บริการลักษณะ OTT เองก็อาจมาอยู่ภายใต้กฎหมายไทยได้บางเรื่อง เน้นเฉพาะบางจุดได้เช่นกัน ในที่นี้หมายถึงสำหรับเว็บไซต์ที่ไม่ได้เป็นที่นิยมขนาด Facebook Youtube เมื่อมีผลประโยชน์และการกำกับดูแลที่ไม่ได้เอาเปรียบ ผู้ให้บริการเหล่านี้ในบางบริษัท หรือบางค่ายก็สามารถมาตั้งนิติบุคคลในไทยเพื่อแสวงหากำไรได้ ส่วนนอกนั้นที่เป็นผู้ให้บริการลักษณะ OTT รายใหญ่อาจจะขอให้ทำบันทึกข้อตกลงในบางเรื่องที่สำคัญไป อย่างไรก็ตาม เมื่ออำนาจการต่อรองมีน้อยในมุมกลับกันหากหาผู้ให้บริการลักษณะ OTT ที่มีความใกล้เคียงกันและไปร่วมมือกับทางผู้ให้บริการนั้นเช่น ประเทศจีนที่ใช้ Weibo ในสถานะที่เป็นคนเอเชียเหมือนกัน วัฒนธรรมความใกล้ชิดและด้วยความที่ยังไม่เคยมีการเจรจากันมาก่อน อาจจะมีความเป็นไปมากกว่าในการเปิดรับเว็บไซต์ Weibo ที่เป็นหนึ่งในการให้บริการลักษณะ OTT อีกช่องทางเข้ามาในประเทศไทย จะเรียกว่าเพื่อเป็นการถ่วงดุลของผู้ให้บริการ OTT ที่มีแต่เดิมในประเทศไทยหรือเพื่อเป็นโอกาสในการให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT ของประเทศจีนเข้ามาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประเทศก็อาจมีความเป็นไปได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี เห็นว่าควรมีการหาช่องทางจัดทำทีกข้อตกลงเพื่อให้ผู้ให้บริการ OTT เหล่านี้มีการเสียค่าธรรมเนียมให้แก่ประเทศไทยก่อน ค่อย ๆ เปิดช่องให้ได้ 1 เรื่อง แล้วเรื่องอื่นๆ อาจจะเป็นการง่ายขึ้นถ้าจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาอื่น ๆ ต่อไป หรืออาจจะรวมประเทศอาเซียนในการจัดทำบันทึกข้อตกลงขึ้นเพื่อง่ายต่อการจูงใจให้ผู้ให้บริการดังกล่าวมาร่วมลงนามในข้อตกลง รวมถึงเป็นการสร้างอำนาจการต่อรองในการกำหนดเงื่อนไขในข้อตกลงนั้นเพื่อความเข้าใจที่เห็นพ้องไปในทางเดียวกัน

รายชื่อ 5: นายประมพงค์ ศรีนวล (สัมภาษณ์วันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2563)

ผู้อำนวยการส่วนพัฒนาภาคการส่งเสริมการแข่งขัน สำนักวิชาการจัดการทรัพยากรโทรคมนาคม สรุปลความได้ ดังนี้

โดยหลักแล้วการให้บริการลักษณะ OTT นี้จะมีรายได้หลักจากการเก็บค่าโฆษณา หา User มาก ๆ เพื่อให้ได้ Ads ผู้ใช้บริการไม่ได้เสียค่าใช้จ่ายจากการใช้บริการดังนั้นจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องคุณภาพในการใช้งาน การให้บริการลักษณะ OTT จัดว่าเป็น Digital Service หลักในการกำกับดูแลส่วนใหญ่จะมี 3 อย่างคือ ใบอนุญาต กำกับดูแลสังคม และการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งข้อหลังนี้ในต่างประเทศจะให้ความสำคัญมาก ดังนั้น ยกตัวอย่าง Facebook จะมีมาตรฐานของตนเองหรือมาตรฐานศีลธรรมในการจัดการกับเนื้อหาที่ไม่ถูกต้อง

ในเรื่องนี้เห็นควรให้มีการเรียกประชุมเพื่อหารือในแต่ละประเทศที่มี Social Norm คล้าย ๆ กันเพื่อรวมตัวกันจัดทำบันทึกข้อตกลง เพื่อให้เกิดทางปฏิบัติที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน และผู้ให้บริการลักษณะ OTT นั้น ๆ ก็จะเข้าใจในบริบทของแต่ละประเทศมากขึ้น

การให้บริการลักษณะ OTT เหล่านี้จัดว่าอยู่ในรูปแบบของ Network Economy มีการซื้อขายผ่านการให้บริการประเภทนี้ การจะปิดสิ่งที่มีอยู่เดิมเพื่อสร้างใหม่จึงเป็นไปได้ยากเพราะเป็นสิ่งที่ได้รับความนิยมและเป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายแล้ว ประกอบกับทุก ๆ คนจะมีมาตรฐานการใช้งานของตนเองอยู่ หากมีของใหม่จะต้องไม่มีมาตรฐานที่ต่ำกว่าของเดิมหรือต้องดีกว่าเท่านั้น เคยมี Feedback จากการลองปิด Facebook ผลคือมีการร้องเรียนเป็นกระแสมากผ่านหน้าอินเทอร์เน็ตหรือ Facebook เอง อีกทั้งประเทศไทยเป็นประเทศเปิดมาก่อนไม่เหมือนกับประเทศจีนที่เป็นประเทศปิดแล้วค่อยเปิดออก ดังนั้น จึงเป็นการยากหากไทยจะคว่ำบาตรสิ่งที่มีอยู่เดิมและสร้างขึ้นมาใหม่

การให้บริการเหล่านี้ไม่สนใจเครื่องมือทางกฎหมาย สนใจแต่เพียงการตลาดและการหารายได้เท่านั้น ดังนั้น จึงต้องผลักดันให้ผู้ให้บริการลักษณะ OTT เหล่านี้มี Self Control กำหนดมาตรฐานจริยธรรมแล้วมาหารือกับประเทศต่าง ๆ เพื่อลดจำนวนเรื่องร้องเรียนหรือคำขอเป็นหมื่น ๆ คำขอ หรือจะเป็นการที่เราเป็นฝ่ายจัดทำแล้วเชิญเขามาหารือร่วมหาแนวทางอันเป็นกลาง รัฐบาล

ต้องเป็นฝ่ายยืดหยุ่น ต้องรับข้อเสนอและยื่นข้อเสนอที่ไม่ทำให้อีกฝ่ายเสียเปรียบและไม่อยากมาทำ
ข้อตกลงกับเรา ต้องมีการเจรจาต่อรองให้มากเพื่อประโยชน์ของประเทศ



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล เสาวรส ทิพย์ธรรมธारा
ประวัติการศึกษา นิติศาสตรศาสตรบัณฑิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2556
เนติบัณฑิตยสภา
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2558
ประสบการณ์การทำงาน 2558-2561
นิติกรปฏิบัติการระดับต้น
2561-ปัจจุบัน
นิติกรปฏิบัติการระดับกลาง