



มาตรการทางกฎหมายและบทบาทของ กสทช. ในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณา
บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต

The Legal Measures and The Role of NBTC in Regulating Advertising Content
on The Internet

เจษฎากานต์ สุธีวีระขจร^{1*} และกิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว²

Jesadakarn Sutivirakajon^{1*} and Kittisak Noochaikaew²

^{1*}นักศึกษาระดับปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

²อาจารย์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

^{1*}Master Student of Laws Dhurakij Bandit University

²Lecturer from the Faculty of Laws Dhurakij Bandit University

*Corresponding Author Email: jesda.jiiv@gmail.com

Received: 25 June 2025 Revised: 22 July 2025 Accepted: 25 July 2025

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์ 1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี สิทธิผู้ใช้บริการ การกำกับดูแล และองค์กรในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต 2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแล และองค์กรในการกำกับดูแลเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยและต่างประเทศ 3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการกำกับดูแลและองค์กรในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตของไทย และ 4. เพื่อนำเสนอมาตรการทางกฎหมายและบทบาทขององค์กรในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่เหมาะสมกับประเทศไทย ซึ่งในปัจจุบัน การให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือการให้บริการในรูปแบบ OVER-THE-TOP (OTT) นั้น ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย เนื่องจากการเข้าถึงเนื้อหาการ (Content) หรือการโฆษณา (Advertising) ผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตได้ตลอดเวลาและทุกสถานที่ โดยไม่จำกัดช่วงอายุของผู้ใช้บริการ อย่างไรก็ตาม การให้บริการดังกล่าวนี้ อาจมีลักษณะที่เป็นการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้ใช้บริการ และขัดต่อมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจน แม้ว่า การให้บริการดังกล่าวนี้จะมีลักษณะการให้บริการที่คล้ายกับกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ ซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2553 แต่ก็ยังมิได้มีการบัญญัติให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการให้บริการ OTT ไว้อย่างชัดเจนและเพียงพอ ซึ่งในขณะที่ประเทศต่าง ๆ เช่น สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ ได้วางมาตรการกำกับดูแลกิจการรูปแบบใหม่อย่างกิจการ OTT อย่างครอบคลุม โดยมุ่งเน้นการควบคุมเนื้อหาหรือการโฆษณาที่ไม่เหมาะสม การจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหา และการคุ้มครองเด็กและเยาวชน ตลอดจนการกำหนดบทลงโทษทางกฎหมายต่อผู้ให้บริการที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้องค์กรกำกับดูแลอย่าง กสทช. มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจน รวมถึงจัดทำร่างกฎหมายหรือประกาศที่เหมาะสมในการกำกับดูแลกิจการ OTT ให้มีประสิทธิภาพและทันต่อการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี



คำสำคัญ: โครงข่ายอินเทอร์เน็ต, การโฆษณา, การกำกับดูแล

Abstract

This Academic consists purposes were 1. to study the concept, theory, rights of service users, supervision and organizations in supervising the content of advertising programs on the Internet 2. to study and compare legal measures in supervision and organizations in supervising the content of advertising programs on the Internet in Thailand and abroad 3. to analyze legal problems in supervision and organizations in supervising the content of advertising programs on the Internet in Thailand and 4. to present legal measures and roles of organizations in supervising the content of advertising programs on the Internet that are appropriate for Thailand. Currently, providing digital platform services or services in the form of OVER-THE-TOP (OTT) is widely popular because it allows access to content (Content) or advertising (Advertising) via the Internet at any time and any place, regardless of the age of the user. However, such services may be an act that takes advantage of users and still lack clear legal measures. Although this service is similar to broadcasting and television businesses, which are under the Frequency Allocation Act B.E. 2553, the NBTC has not yet been clearly and sufficiently stipulated in its power and duty to supervise such services. While countries such as the European Union, the United Kingdom, and Singapore have put in place comprehensive new regulatory measures for OTT businesses, focusing on controlling inappropriate content or advertising, rating appropriateness of content, and protecting children and young people, as well as imposing legal penalties on service providers who violate or fail to comply, it is therefore appropriate to amend the relevant laws so that regulatory bodies such as the NBTC have a clear role and authority, including drafting appropriate legislation or announcements to effectively regulate OTT businesses and keep up with changes in technology.

Keywords: Internet Networks, Advertising, Regulation

บทนำ

ปัจจุบัน การให้บริการบนแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือการให้บริการในรูปแบบ Over-The-Top (OTT) ได้รับความสนใจจากประชาชนทั่วไป รวมถึงผู้ประกอบการและนักลงทุนเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นรูปแบบการให้บริการที่มีลักษณะคล้ายกับกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์แบบดั้งเดิม ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) อย่างไรก็ตาม การให้บริการดังกล่าวมีความแตกต่างจากบริการเดิม ที่เป็นการให้บริการผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ต โดยผู้ให้บริการไม่จำเป็นต้องลงทุนหรือเป็นเจ้าของโครงข่ายเองแต่อย่างใด (Time Consulting, 2565) ลักษณะเด่นของบริการ OTT คือการที่ผู้ใช้บริการสามารถเลือกรับชมและรับฟังเนื้อหาได้อย่างต่อเนื่องตามความต้องการ ทั้งในด้านเวลาและสถานที่ ทำให้เกิดความสะดวกในการเข้าถึงบริการอย่างไม่จำกัด ความนิยมที่เพิ่มขึ้นของบริการ OTT ส่งผลให้ผู้ประกอบการรายเดิม

ที่ได้รับใบอนุญาตจาก กสทช. ตลอดจนผู้ให้บริการรายใหม่ หันมาให้ความสนใจลงทุนในธุรกิจดังกล่าวมากขึ้น ทั้งในด้านการผลิตและการนำเสนอเนื้อหาเพื่อให้เกิดความนิยม เช่น การโฆษณา ซึ่งในบางกรณี อาจนำไปสู่การกระทำที่เอาเปรียบผู้บริโภค หรือขาดความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคทำให้เกิดผลกระทบด้านลบ ไม่ว่าจะเป็นต่อสุขภาพกายและจิตใจของผู้ใช้บริการ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ความสามัคคีในสังคม ความมั่นคงของประเทศ หรือการพัฒนาการของเด็กและเยาวชน (Bangkok Quickprint, 2024) นอกจากนี้ การเข้าถึงบริการ OTT ไม่ได้มีข้อจำกัดด้านอายุหรือเวลา ทำให้เด็กและเยาวชนสามารถเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมได้โดยง่าย จึงอาจเกิดผลกระทบในเชิงลบที่อาจเกิดขึ้นต่อพัฒนาการของเยาวชน ตลอดจนค่านิยมและวัฒนธรรมของชาติ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลในปัจจุบันของประเทศไทย พบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 274 กำหนดให้ กสทช. มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อกำกับดูแลและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ ตามมาตรา 60 และยังมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อในการป้องกันมิให้เกิดการแสวงหาประโยชน์จากผู้ให้บริการหรือผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระเกินกว่าความจำเป็น นอกจากนี้ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยมุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากการประกอบกิจการหรือการให้บริการ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงการให้บริการบนแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือการให้บริการในรูปแบบ Over-The-Top (OTT) กลับพบว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติรายละเอียดหรือกรอบกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะการให้บริการ OTT อาทิเช่น การนิยามลักษณะของบริการ OTT ที่อาจมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมาย การกำหนดอำนาจหน้าที่เฉพาะของ กสทช. ในการกำกับดูแลแพลตฟอร์ม OTT มาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้ให้บริการ OTT ที่อาจเอาเปรียบผู้บริโภคบนระบบอินเทอร์เน็ต สภาพบังคับทางกฎหมายเมื่อผู้ให้บริการละเมิดสิทธิของผู้ใช้บริการ เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนต้องการศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยการบัญญัติข้อกฎหมายเพื่อให้อำนาจหน้าที่แก่ กสทช. ในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแล ลักษณะของการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค รวมไปถึงสภาพบังคับทางกฎหมาย เพื่อให้มีบทกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำละเมิดต่อผู้ให้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ทั้งในด้านของเนื้อหาการโฆษณาและการโฆษณา การกำหนดบทลงโทษ ให้อยู่ในรูปของกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแล

บทวิเคราะห์

บทความวิชาการนี้ ทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ให้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต โดยมุ่งศึกษาให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ให้บริการบนหลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพ การคุ้มครองสิทธิผู้ให้บริการด้านการโฆษณาในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ หลักการบริการสาธารณะ แนวคิดว่าด้วยองค์กรในการกำกับดูแลโครงข่ายอินเทอร์เน็ต มาตรการทางกฎหมายและองค์กรกำกับดูแลเนื้อหาการโฆษณาและการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศ ได้แก่ สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สิงคโปร์ รวมไปถึงการวิเคราะห์ถึงแนวทางการกำกับดูแล อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย และองค์กรในการกำกับดูแล เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ให้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1. แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต

ในการคุ้มครองผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้บริการเป็นสำคัญ เพื่อให้ผู้ใช้บริการหรือผู้ประกอบการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการเอาเปรียบต่อผู้ใช้บริการได้ใช้สินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพ มาตรฐาน และมีความเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการซื้อสินค้าหรือบริการ ดังนี้

1.1 หลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพมีแนวคิดมาจากนักปราชญ์ในแต่ละยุค ซึ่งทฤษฎีของ โทมัส ฮอบส์ (Thomus Hobbes) และทฤษฎีของจอห์น ล็อก (John Locke) (พระวรวัชรินทร์ สิริภโท (อินวิน) และวิโรจน์ อินทนนท์ (2564, น.22-25) สรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้ ในทฤษฎีของฮอบส์ เห็นว่า เป็นสังคมที่รวมตัวกันขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงสภาวะอนาธิปไตย หรือหลีกเลี่ยงจากความหวาดกลัวของมนุษย์ด้วยกัน เนื่องจากสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดนั้น อาจกระทบถึงสิทธิของบุคคลอื่น ประกอบกับความเห็นแก่ตัวและความโหดร้ายของมนุษย์ด้วยกัน จึงทำให้มนุษย์เกิดการรวมตัว และมีความตกลงร่วมกัน เพื่อหลีกเลี่ยงสิ่งเหล่านั้น และมอบสิทธิตามธรรมชาติของตนทั้งหมดให้แก่ผู้ปกครอง หรือผู้มีอำนาจ จนทำให้ผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจนั้นมีอำนาจเด็ดขาด และจะต้องเคารพผู้รับมอบอำนาจ โดยข้อตกลงดังกล่าวเรียกว่า “สัญญาประชาคม” และส่วนทฤษฎีของล็อก เห็นว่า สังคมมนุษย์ของจอห์น ล็อก เป็นสังคมที่คงาม มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มีอิสระเสรีภาพ เพียงแต่สิทธิตามธรรมชาติเหล่านั้นของตนได้มอบให้แก่ผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจที่ได้รับมอบหมาย เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข และเป็นระเบียบในสังคม โดยที่สิทธิตามธรรมชาติเพียงบางประการเท่านั้น และสามารถที่จะถอดถอนหรือล้มล้างผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจได้หากเห็นว่า ผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจใช้อำนาจเกินกว่าที่ตนได้รับมอบหมาย

1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ใช้บริการด้านการโฆษณาในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ โดยสิทธิพื้นฐานของผู้ใช้บริการจะได้รับความคุ้มครอง เพื่อไม่ให้เกิดการเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ (นนทวัชร นวตระกูลพิบูลย์, 2566, น.34-36) ประกอบด้วย (1) สิทธิที่จะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ (Right to Informations) ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข้อมูลต่าง ๆ ที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการผ่านการโฆษณาหรือการแสดงฉลากของผู้ประกอบการ (2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ (Right to Freedom of Choice) ได้แก่ สิทธิที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่เป็นไปด้วยความสมัครใจของผู้บริโภคเอง ปราศจากการบังคับ ชักจูง การจำกัด หรือการกระทำใด ๆ ที่ไม่เป็นธรรมในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ (Right to Safety) ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับสินค้าหรือบริการที่ปลอดภัยมีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐาน เหมาะสมแก่การใช้สอยประโยชน์ และไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ซึ่งจะต้องมีคำแนะนำ หรือใช้ความระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้น (4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา (Right to Fairness for Contract) ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข้อสัญญาโดยไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการธุรกิจ การทำสัญญาเป็นไปตามความพึงพอใจของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพแห่งเจตนา (5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย (Right to be heard and Right to Remedy) ได้แก่ สิทธิในการโต้แย้งหรือคัดค้านผู้ประกอบการเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ได้ซื้อจากผู้ประกอบการ และการได้รับการพิจารณาจากองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและชดเชยค่าเสียหาย เมื่อมีการกระทำละเมิดจากผู้ประกอบการ

ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ใช้บริการ ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานภาครัฐหรือเอกชนต่างต้องให้ความคุ้มครองและปกป้องสิทธิและเสรีภาพของผู้ใช้บริการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม อิสระ และได้รับความปลอดภัยในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ รวมไปถึงการมีสิทธิในการร้องเรียนหรือโต้แย้งเมื่อได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ สิทธิของผู้ใช้บริการนั้นจะต้องปราศจากการถูกรบกวน การบังคับขู่ข่ม หรือถูกเอาเปรียบจากการประกอบกิจการของเอกชนไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือทางอ้อม จึงเป็นเหตุผลให้หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลหรือให้ความคุ้มครองต่อผู้ให้บริการตามมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1.3 หลักการบริการสาธารณะ ด้วยรัฐหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจในการกำกับดูแลทั้งในการจัดทำบริการสาธารณะที่จะต้องตอบสนองต่อความต้องการ หรือให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน เพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน เป็นไปอย่างต่อเนื่อง สามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงการจัดทำบริการสาธารณะให้มีความเหมาะสม และมีความเป็นกลางในการจัดทำบริการสาธารณะ (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2560, น.43-52) สรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

1.3.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค (Principe d'égalité) การให้บริการสาธารณะหรือการจัดทำบริการสาธารณะไม่เป็นการจัดทำเพื่อให้แก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่จัดขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทั่วไปให้สามารถใช้บริการสาธารณะได้ ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปที่สนับสนุนหลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการไว้ว่า “ผู้ให้บริการสาธารณะทุกคนที่ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันย่อมอยู่ในสถานะเท่าเทียมกัน” (คำวินิจฉัยในคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911) และได้ให้หลักแห่งความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะไว้ว่า “คนทุกคนซึ่งใช้บริการสาธารณะเดียวกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน” (คำวินิจฉัยในคดี Societe des concerts du conservatoire ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951)

1.3.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (Principe de Continuité) ความต่อเนื่องไม่สามารถระบุแน่ชัดถึงมาตรฐานตายตัวได้ แต่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้มีอยู่อย่างถาวร เช่น การรักษาความรักษาความสงบทั้งภายในและภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาล สุขอนามัย การควบคุมการคมนาคมทั้งทางอากาศ พื้นดิน และในน้ำ ที่จะต้องจัดให้มีบริการสาธารณะนั้น ๆ ให้มีความต่อเนื่อง ทั้งนี้ ได้มีผู้ที่ให้หลักว่าด้วยความต่อเนื่องไว้ ที่ชื่อ Tardieu ซึ่งเป็นพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนอยู่ในศาลปกครองสูงสุดในคดี Winkell ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 ได้วางหลักดังกล่าวไว้ว่า “ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะ”

1.3.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (Principe d'Adaptation) เป็นหลักที่วางไว้เพื่อให้เกิดการพัฒนาตามช่วงเวลา และให้เกิดขึ้นสมัยต่อเหตุการณ์ในปัจจุบัน เพื่อตอบสนองต่อพฤติกรรม หรือการเปลี่ยนแปลงตามสถานการณ์ต่าง ๆ ในแต่ละยุคสมัย จึงส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะจึงจำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยน เปลี่ยนแปลงให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา โดยฝ่ายปกครองต้องจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับความต้องการ พฤติกรรม หรือสถานการณ์ในสังคมด้วย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้วางหลักเกี่ยวกับผู้ให้บริการสาธารณะไว้ในคำวินิจฉัยคดี Vannier ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1961 และคดี Jeissou et Sem. Du Pont Saint-Nazaire Saint Brévin เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1985 ไว้ว่า “ผู้ให้บริการสาธารณะทางปกครองไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะดำรงรักษาสภาพของบริการสาธารณะนั้นเอาไว้”

ดังนั้น การจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยหลักการ 3 ประการที่สำคัญ ได้แก่ หลักความเสมอภาค ที่ผู้ใช้บริการทุกคนสามารถได้รับและถูกปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และต้องเป็นไปด้วยความต่อเนื่อง โดยไม่สะดุดหยุดลงเพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งจะต้องมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงตามบริบทของสังคมในแต่ละยุคสมัย โดยหลักการดังกล่าวนี้ หน่วยงานรัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องต่อความต้องการของประชาชน เพื่อให้การกำกับดูแลบริการสาธารณะของรัฐนั้นมีประสิทธิภาพ

2. มาตรการทางกฎหมายและองค์กรกำกับดูแลเนื้อหารายการและการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศ

2.1 มาตรการทางกฎหมายและองค์กรกำกับดูแลของสหภาพยุโรป ในปี ค.ศ. 2009 ได้มีการจัดตั้งหน่วยงานในการกำกับดูแลการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ของยุโรป คือ The Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) ซึ่งตามกฎหมาย Digital Services Act (DSA) กำหนดให้ให้อำนาจในการกำกับดูแลการโฆษณาออนไลน์ การกลั่นกรองเนื้อหาเพื่อรับมือกับความเสียหายจากแพลตฟอร์มออนไลน์ (European Union, 2022) อีกทั้ง ยังเป็นผู้ประสานงานบริการดิจิทัล และกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องแต่งตั้งหน่วยงานในการกำกับดูแลเพื่อบังคับใช้ตามกฎหมาย (Digital Services Act Article 49) และยังให้รัฐสมาชิกต้องมีการกำหนดบทลงโทษในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็มีองค์กร European Regulators Group for Audiovisual Media Services (ERGA) ที่ดำเนินการตาม Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานสำหรับเนื้อหาสื่อ โทรทัศน์ และการคุ้มครองผู้บริโภคในยุโรป ในด้านการกำกับดูแลเนื้อหาการโฆษณา โดยให้รัฐสมาชิกต้องกำหนดการแทรกโฆษณาที่มีการเผยแพร่ในกิจการโทรทัศน์ รวมถึงการให้บริการในกิจการ OTT ต้องแยกการโฆษณาออกเป็นสัดส่วนอย่างชัดเจน โดยคำนึงถึงช่วงพักตามปกติระยะเวลา และลักษณะของรายการที่เกี่ยวข้อง และคำนึงถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งจะต้องไม่ถูกตัดตอนลง (Audiovisual Media Services Directive Article 19) และการกำกับดูแลโฆษณานั้น กฎหมาย AVMSD ยังกำหนดให้ ผู้ประกอบกิจการ OTT ห้ามโฆษณา ได้แก่ ห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการโฆษณาดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อควบคุมเนื้อหารายการ รูปแบบการวางผลิตภัณฑ์ที่จะโฆษณาเพื่อประกอบฉาก และแบบแฝง เช่น ห้ามวางผลิตภัณฑ์ในรายการข่าว และรายการเด็ก ห้ามวางผลิตภัณฑ์ที่จะโฆษณา เช่น ยารักษาโรค บุหรี่ หรือยาสูบ และห้ามโฆษณาที่มีเนื้อหาเชิงสร้างความเกลียดชัง และเลือกปฏิบัติทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา สภาพบังคับทางกฎหมายในการกำกับดูแล ด้วยกฎหมาย DSA ให้รัฐสมาชิกต้องกำหนดบทลงโทษในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมาย (Digital Services Act Article 52) ได้แก่ (1) รัฐสมาชิกต้องวางกฎเกี่ยวกับบทลงโทษที่บังคับเมื่อมีการละเมิด โดยผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว (2) รัฐสมาชิกต้องกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมและระงับการกระทำดังกล่าว โดยต้องแจ้งข้อกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องโดยไม่ชักช้า (3) รัฐสมาชิกต้องกำหนดเงินค่าปรับสูงสุดที่สามารถเรียกเก็บได้ และ (4) รัฐสมาชิกต้องคิดค่าปรับต้อง โดยคำนวณจากวันที่มีการพิจารณาความผิด (ร้อยละ 5 ของรายได้รายวันทั่วโลก)

2.2 มาตรการทางกฎหมายและองค์กรของสหราชอาณาจักร หน่วยงานที่กำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม ของสหราชอาณาจักร คือ The Office of Communications หรือ Ofcom เป็นองค์กรภาครัฐที่มีความเป็นอิสระโดยบทบาทหน้าที่ (Duties and Responsibility) ตามกฎหมาย Communication Act 2003 ได้ให้อำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมไปถึงกิจการรูปแบบใหม่อย่าง OTT โดยได้นำหลัก Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) และ E-commerce Directive (ECD) มาใช้เป็นแนวทาง และแนวปฏิบัติในการกำกับดูแล ทั้งนี้ Ofcom จะดูแลในเรื่องการจัดสรรคลื่นความถี่ และเรื่องเนื้อหา โดยมีอำนาจและหน้าที่หลัก (ประพัตต์พงษ์

ข้อ 2567, น.24) อันได้แก่ (1) ปรับปรุงและพัฒนากฎเกณฑ์การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ให้ทันสมัย เพื่อกำกับดูแลมาตรฐานด้านเนื้อหา และหากผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ Ofcom จะมีอำนาจในการดักเตือน สั่งปรับ หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ (2) กำกับดูแลกฎเกณฑ์ว่าด้วยจำนวนโฆษณาและเผยแพร่โฆษณา (Amount and Distribution of Advertising) (3) รับคำติชมและความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย เพื่อนำไปปรับปรุงบริการ (4) จัดสรรคลื่นและให้ใบอนุญาตผู้ประกอบการ ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และ (5)หารือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง (Public Consultations) เพื่อปรับปรุงนโยบายและ ประกาศให้ทราบทั่วกัน ในด้านการกำกับดูแลเนื้อหาการโฆษณา ด้วยกฎหมาย Communications Act 2003 ได้กำหนดให้ มีการกำกับดูแลเกี่ยวกับการโฆษณาที่ผู้ประกอบการ OTT หรือผู้ให้บริการสามารถนำเสนอโฆษณาได้หลากหลายรูปแบบ ทั้งการโฆษณา ก่อน หรือสิ้นสุดในการรับชมเนื้อหารายการ ทั้งนี้โดยห้ามผู้ประกอบการ OTT หรือผู้ให้บริการ เผยแพร่การ โฆษณาไว้ (Communications Act 2003 368F) ได้แก่ ห้ามโฆษณาเกี่ยวกับบุหรี่หรือผลิตภัณฑ์ยาสูบอื่น ๆ ผลิตภัณฑ์ที่ต้องสั่ง โดยแพทย์เท่านั้น ห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การโฆษณาต้องไม่มีการยุยงให้เกิดความเกลียดชัง การเลือกปฏิบัติ หรือให้เกิด ความไม่เหมาะสมในด้านสุขภาพ ความปลอดภัย หรืออันตรายร้ายแรงต่อการปกป้องสิ่งแวดล้อม และการโฆษณาต้องไม่ก่อให้เกิด ความอคติต่อความเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือเป็นการส่งเสริมให้มีเลือกปฏิบัติของเพศ เชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ สัญชาติ ศาสนาหรือความเชื่อ ความพิการ อายุ หรือรสนิยมทางเพศ สภาบังคับทางกฎหมายในการกำกับดูแล คำนึงถึงระดับความร้ายแรง ของการละเมิด โดย Ofcom พิจารณาจากผลกระทบเป็นปัจจัยสำคัญ โดยแตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี ซึ่งประกอบไปด้วย (Ofcom, 2015) (1) ความร้ายแรงและระยะเวลาของการฝ่าฝืน (2) ระดับของอันตราย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจริงหรืออาจเกิดขึ้น ที่เกิดจากการฝ่าฝืน (3) ผลประโยชน์ใด ๆ (ทางการเงินหรืออื่น ๆ) ที่ได้รับจากหน่วยงานกำกับดูแลที่ละเมิด (หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องใด ๆ) อันเป็นผลจาก การฝ่าฝืนดังกล่าว (4) ขอบเขตที่การฝ่าฝืนเกิดขึ้นโดยเจตนาหรือโดยประมาท (5) การฝ่าฝืนดังกล่าวจะต้องถูกควบคุมดูแล จากหน่วยงานโดยทันที เพื่อยุติการฝ่าฝืนดังกล่าว (6) เพื่อให้มีการแก้ไขผลที่ตามมาจากการฝ่าฝืน (7) พิจารณาจากประวัติว่ามี การฝ่าฝืนหรือไม่ (การฝ่าฝืนซ้ำอาจนำไปสู่การลงโทษที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก) และ (8) ขอบเขตที่หน่วยงานที่ได้รับการควบคุมดูแล ที่ละเมิดได้ให้ความร่วมมือกับการสืบสวนกับหน่วยงาน

2.3 มาตรการทางกฎหมายและองค์กรของประเทศสิงคโปร์ องค์กรภาครัฐของสิงคโปร์ที่บทบาทหน้าที่และรับผิดชอบ คือ Infocomm Media Development Authority (IMDA) ในการกำกับดูแลเกี่ยวกับกิจการทั้งสามประเภท รวมถึงกิจการรูปแบบใหม่ หรือกิจการรูปแบบ OTT ที่ต้องใช้โครงข่ายอินเทอร์เน็ตในการให้บริการแพร่ภาพและแพร่เสียงเกี่ยวกับเนื้อหารายการ หรือการโฆษณา นั้นมีกฎหมาย Broadcasting Act 1994 ในการกำกับดูแล อย่างไรก็ตาม IMDA ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองเด็กและเยาวชนใน การเข้าถึงเนื้อหารายการ หรือการโฆษณาผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ต การสร้างความเกลียดชังด้วยเหตุผลด้านประโยชน์สาธารณะ ศีลธรรม ความสงบเรียบร้อย ความมั่นคง ความสามัคคีของชาติ หรือ เป็นสิ่งต้องห้ามตามที่กฎหมายบังคับใช้ในประเทศสิงคโปร์ อีกทั้ง ยังมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาต การกำหนดประเภทใบอนุญาต การวางหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขของประเภท ใบอนุญาตออกอากาศ การควบคุมเนื้อหา และการโฆษณา เป็นต้น (Broadcasting Act 1994, Section 5) ในด้านการกำกับดูแล เนื้อหาการโฆษณา IMDA ได้ออกกฎเกณฑ์ที่ควบคุมเนื้อหาการโฆษณาในกิจการ OTT หรือการให้บริการบนแพลตฟอร์มดิจิทัล คือ Content Code for Over-The-Top, Video-on-Demand and Niche Services โดยกำหนดให้ การโฆษณาและส่งเสริมเนื้อหา ในกิจการ OTT ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นี้ ต้องจัดให้มีเครื่องหมายที่บ่งบอกถึงระดับการรับชมที่เหมาะสมพร้อมคำแนะนำในการ

รับชมให้ผู้ให้บริการหรือผู้บริโภคได้ทราบ ซึ่งต้องปรากฏอยู่ในโฆษณาและประชาสัมพันธ์ออนไลน์ ส่วนการโฆษณารายการผ่านเนื้อหาอีกรายการหนึ่ง (tag-on) จะต้องได้รับการแก้ไขให้เป็นไปตามระดับประเภทความเหมาะสมที่ได้กำหนดไว้ โดยต้องให้การโฆษณานั้นมีความเหมาะสมสำหรับผู้ให้บริการทั่วไป และต้องมีเครื่องหมายระดับความเหมาะสมของเนื้อหารายการและคำแนะนำสำหรับผู้ให้บริการหรือผู้บริโภคที่เหมาะสม (IMDA (2019)) สภาพบังคับทางกฎหมายในการกำกับดูแล ด้วยกฎหมาย Broadcasting Act 1994 ได้กำหนดสภาพบังคับทางกฎหมายในการกำกับดูแลต่อผู้ประกอบการ หรือผู้ให้บริการ และให้อำนาจ IMDA หากกรณีพบว่า ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ถูกต้อง และจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว ฝ่าฝืนในการออกอากาศใดที่ต้องรับอนุญาต ในการออกอากาศในประเทศสิงคโปร์ โดยปราศจากใบอนุญาตในการออกอากาศโดยหน่วยงานภายใต้ หรือที่ได้รับอนุญาตตามประเภทของใบอนุญาตประกอบการ (Broadcasting Act 1994 Article 8) ถือว่ามีความผิดและต้องปรับโทษปรับไม่เกิน 200,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากตรวจสอบพบว่ายังคงฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ให้ปรับรายวันเพิ่มอีกไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ ตลอดระยะเวลาที่ยังคงฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม (Broadcasting Act 1994 Article 46)

3. การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการกำกับดูแลเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต

3.1 ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับ และอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ในการกำกับดูแลและคุ้มครองผู้ใช้บริการโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลและตรวจสอบการประกอบกิจการทั้งสามประเภท โดยมุ่งเน้นคุ้มครองผู้บริโภคจากการถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ พร้อมทั้งมีอำนาจในการออกมาตรการบังคับให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กสทช. กำหนด อย่างไรก็ตาม การให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือกิจการในรูปแบบของ OVER THE TOP (OTT) ที่อาศัยโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ยังมิได้ถูกกำหนดสถานะทางกฎหมาย หรือจัดประเภทของกิจการอย่างชัดเจน ทำให้ กสทช. อาจไม่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล และส่งผลให้ผู้ให้บริการอาจถูกเอาเปรียบได้จากการไม่มีมาตรการหรือกฎหมายที่ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่า แม้การกำกับดูแลกิจการในรูปแบบดั้งเดิมภายใต้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่ กสทช. ในการกำกับดูแลไว้ครบถ้วนแล้วก็ตาม แต่ในการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีได้มีกิจการรูปแบบใหม่อย่างกิจการ OTT ทำให้กฎหมายที่มีผลบังคับใช้และให้อำนาจในการกำกับดูแลยังไม่มีประสิทธิภาพ และครอบคลุมถึงการกำกับดูแลกิจการรูปแบบใหม่ เท่าที่ควร จึงต้องนำหลัก “การกำกับดูแล” ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้บริโภค หรือผู้ใช้บริการ โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการมีอำนาจในการต่อรองที่สูงกว่า เพื่อให้การกำกับดูแลมีประสิทธิภาพ และบรรลุเป้าหมาย จึงต้องอาศัยหลักการป้องกันและแก้ไขความล้มเหลวของการกำกับดูแลมีประกอบ เช่น การป้องกันการผูกขาด (Monopolies) การได้ข้อมูลที่ไม่เพียงพอ (Information Inadequacies) ความต่อเนื่อง (Continuity) และความพร้อมของบริการ (Availability of Service) และการป้องกันอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียม (Unequal Bargaining Power) เป็นต้น ทั้งนี้ แนวคิดของ Tony Prosser และ Harry McVea เห็นว่า หากขาดการกำกับดูแล อาจก่อให้เกิดความล้มเหลวทั้งในเชิงกฎหมาย เศรษฐกิจ และสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำกับดูแลอย่างรอบคอบ อีกทั้ง ยังต้องยึดหลักการบริการสาธารณะ ได้แก่ ความเสมอภาค ความต่อเนื่อง และการปรับเปลี่ยนแปลง ให้สอดคล้องกับการพัฒนาตามช่วงสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา โดยเฉพาะในยุคที่เทคโนโลยีที่พฤติกรรมของทั้งผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการ และผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว เพื่อให้หน่วยงานรัฐ

กำกับดูแลได้อย่างเป็นธรรมและประโยชน์สาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบระหว่างไทยกับต่างประเทศพบว่า สหภาพยุโรป ภายใต้หลัก AVSMD ให้อำนาจรัฐสมาชิกในการกำกับดูแลทั้งกิจการรูปแบบดั้งเดิมและกิจการรูปแบบใหม่อย่าง กิจการ OTT โดยให้หน่วยงานกำกับดูแลต้องมีความเป็นอิสระจากรัฐและอุตสาหกรรมสื่อ และกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการ หรือผู้ให้บริการต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่วางไว้ ขณะที่ สหราชอาณาจักร ภายใต้กฎหมาย Communication Act 2003 ให้อำนาจ Ofcom ในการกำกับดูแลทั้งในสื่อแบบดั้งเดิม รวมถึงกิจการรูปแบบใหม่อย่างบริการ OTT โดยนำหลัก AVSMD และ E-commerce Directive (ECD) ของสหภาพยุโรปมาบังคับใช้ด้วย ทั้งยังทำงานร่วมกับ ASA โดย Ofcom จะกำกับดูแลเนื้อหาที่ ให้บริการบนแพลตฟอร์มหรือกิจการในรูปแบบ OTT ส่วน ASA จะกำกับดูแลด้านการโฆษณาบนแพลตฟอร์มหรือกิจการใน รูปแบบ OTT ส่วนประเทศสิงคโปร์ ภายใต้กฎหมาย Broadcasting Act 1994 และ Content Code for Over-The-Top, Video-on-Demand and Niche Services ให้อำนาจ IMDA ซึ่งเป็นองค์กรอิสระในการกำกับดูแลทั้งกิจการแบบดั้งเดิม และกิจการ รูปแบบใหม่อย่าง OTT โดยให้ผู้ประกอบกิจการหรือผู้ให้บริการต้องได้รับอนุญาตจากก่อนออกอากาศ และยังมีมาตรการควบคุม เนื้อหารายการ การโฆษณาที่เหมาะสม โดยเฉพาะเนื้อหาหรือการโฆษณาที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนที่สามารถเข้าถึง เนื้อหาหรือการโฆษณาดังกล่าวบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต

ดังนั้น การใช้อำนาจหรือการกำหนดอำนาจหน้าที่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐก็จะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ ทันยุคสมัย และอาจนำหลักการ แนวคิด หรือทฤษฎีในการกำกับดูแล รวมถึงการนำเอาหลักปฏิบัติหรือแนวทางของสหราชอาณาจักร หรือประเทศสิงคโปร์มาใช้ เพื่อให้สอดคล้อง หรือใช้เป็นแนวทางในการกำกับดูแล ควบคู่กับการนำเอาพฤติกรรม หรือ อาจจะเป็นผลกระทบต่อพฤติกรรมของบุคคล นิติบุคคล หรือสังคมที่จะกำกับดูแล นำมาเป็นปัจจัยสำคัญ ประกอบกับต้องพิจารณา ถึงการพัฒนาทั้งในด้านของเทคโนโลยี สังคม เศรษฐกิจ ควบคู่กับการพัฒนากฎหมาย เพื่อให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันเกิด ความทันสมัยโดยผ่านการปรับปรุงแก้ไข

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้ใช้บริการ และมาตรการในการกำกับดูแลของ กสทช. บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 มาตรา 27 และมาตรา 31 กำหนดให้ กสทช. มีอำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการทั้งสามประเภท รวมถึงการปกป้องและคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการ โดยอาศัยอำนาจในตามบัญญัติดังกล่าวในการออกประกาศ หรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของ ผู้บริโภคอย่าง ประกาศ กสทช. เรื่อง การกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 (ประกาศกำหนดการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบฯ) เพื่อกำหนดลักษณะของการกระทำที่อาจถือเป็นการเอาเปรียบ ผู้บริโภค ได้แก่ การโฆษณาเพื่อแสวงหากำไรเกินควร การโฆษณาหลอกลวงหรือเกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับบริการ หรือสินค้า หรือการโฆษณาที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงการกำกับดูแลกิจการรูปแบบใหม่ อย่างกิจการ OTT ที่ใช้โครงข่ายอินเทอร์เน็ตในการให้บริการ กลับยังไม่มีมีการกำกับดูแลอย่างชัดเจน อันเป็นช่องว่างที่สำคัญ อาจนำไปสู่การเอาเปรียบผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แม้กฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบันจะมีความชัดเจน เพียงพอแล้วก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวกลับไม่ได้ให้อำนาจแก่งานหน่วยงานหรือองค์กรที่มีหน้าที่เฉพาะในการกำกับดูแล กิจการ รูปแบบใหม่อย่างกิจการ OTT ที่มีลักษณะคล้ายเคียงกับกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์

ดังนั้น เพื่อให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการแล้ว จึงต้องยึดหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 5 ประการในกำกับดูแล และคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการ ได้แก่ (1) ผู้ใช้บริการจะต้องได้ทราบถึงข้อมูลของสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดจากผู้ประกอบกิจการหรือผู้ให้บริการที่ถูกต้อง (2) ผู้ใช้บริการมีสิทธิที่จะเลือกใช้สินค้าหรือบริการโดยปราศจากการชักจูงหรือถูกหลอกให้เลือกใช้สินค้าหรือบริการนั้นจากผู้ประกอบกิจการหรือผู้ให้บริการ (3) ผู้ใช้บริการต้องได้รับความปลอดภัย อันเกิดจากการใช้สินค้าหรือบริการ (4) ผู้ใช้บริการต้องได้รับความเป็นธรรมจากสัญญาไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม และ (5) ผู้ใช้บริการหากได้รับความเสียหายจากสินค้าหรือบริการมีสิทธิที่จะเรียกร้องหรือร้องขอให้ผู้ประกอบกิจการหรือผู้ให้บริการชดเชยค่าเสียหาย หรือเยียวยาความเสียหาย

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยกับต่างประเทศในด้านการกำกับดูแลเนื้อหาการโฆษณาพบว่า ในสหภาพยุโรป ภายใต้หลัก AVSMD กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องควบคุมเนื้อหารายการอย่างเคร่งครัด เช่น ห้ามให้มีเนื้อหาที่มีความเกลียดชัง ยุยงเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา เพศ หรือวัฒนธรรม และต้องมีเนื้อหาที่เหมาะสม นอกจากนี้ ยังควบคุมถึงการโฆษณา โดยห้ามโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ ยารักษาโรคบางชนิด และต้องให้ความคุ้มครองต่อเด็กและเยาวชน ในขณะที่สหราชอาณาจักร นักกฎหมาย Communication Act 2003 ใช้ร่วมกับหลัก AVSMD โดยมอบกำหนดให้ Ofcom กำกับดูแลเนื้อหา เช่น ห้ามเผยแพร่เนื้อหาที่อันตราย เนื้อหาที่อาจก่อให้เกิดความเกลียดชัง เนื้อหารายการที่เหมาะสมสำหรับผู้ใหญ่ หรือจำกัดการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมนั้น ส่วน ASA จะกำกับดูแลเกี่ยวกับโฆษณาสินค้าต้องห้าม เช่น บุหรี่ เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือโฆษณาที่ยุยง ส่งเสริม ต่อพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม ส่วนประเทศสิงคโปร์ กฎหมาย Broadcasting Act 1994 และ Content Code for Over – the – Top, Video-on-Demand and Niche Services ให้ IMDA มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลเนื้อหาให้ไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ หรือความสามัคคีของชาติ โดยมีการจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหาและช่วงวัยไว้อย่างชัดเจน และในด้านการโฆษณา กำหนดให้มีสัญลักษณ์แสดงระดับความเหมาะสม และห้ามโฆษณาที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน

จากกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในประเทศในปัจจุบันนั้น ที่มีการระบุถึงลักษณะ ของการกระทำว่า ลักษณะของการกระทำแบบใดที่อาจเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค ซึ่งจากสภาพปัญหาที่พบนั้น กฎหมายที่มีอยู่ยังไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบของผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตไว้อย่างชัดเจน เช่น การโฆษณาที่มีจำนวนมากต่อการรับชม และไม่สามารถกดข้าม (skip) ได้ และมีจำนวนมากขึ้น ปัญหาการโฆษณาผลิตภัณฑ์หรืออุปกรณ์ที่เป็นอันตราย เช่น อาวุธปืน ปืนของเล่นที่มีลักษณะใช้กระสุนจริงหรือเทียบเท่าอาวุธปืน หรือบุหรี่ไฟฟ้า หรืออุปกรณ์บุหรี่ไฟฟ้า การโฆษณาชวนเชื่อ ประชาสัมพันธ์ แนะนำให้เชื่อว่าสามารถถูกรางวัล หรือได้รับรางวัลจากการซื้อผ่านการจำหน่ายของตน รวมไปถึงการเชิญชวน หรือแนะนำ การเล่นเกมพนันออนไลน์ หรือการโฆษณาหรือให้ข้อมูลเนื้อหารายการที่มีการยุยง ปลุกปั่น ส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง หรือทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นข้อมูลที่ปราศจากแหล่งอ้างอิง หรือข้อมูลที่น่าเชื่อถือ และไม่ได้ผ่านการตรวจสอบข้อมูลที่ถูกต้อง เป็นต้น

3.3 ปัญหาในการกำกับดูแล และสภาพบังคับทางกฎหมายเมื่อเกิดการละเมิดต่อผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต แม้กฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในประเทศไทย แต่เดิมผู้ประกอบการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไข ตามที่ กสทช. กำหนด ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการ การเผยแพร่ออกอากาศเนื้อหารายการหรือการโฆษณาก็ตาม เมื่อมีผลกระทบต่อผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการ กสทช. จะมีคำสั่งให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการ อันได้แก่ มีคำสั่งให้ระงับเป็นการชั่วคราว ปรับปรุงแก้ไขให้ถูกต้อง กำหนดโทษปรับเมื่อผู้ประกอบการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ตลอดจนพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต

การประกอบกิจการ เป็นต้น ซึ่งได้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบังคับใช้จนโลม แต่ปัจจุบันผู้ประกอบการมีความสนใจในการนำเสนอรายการ และการโฆษณาผ่านช่องทางออนไลน์ หรือการให้บริการผ่านกิจการรูปแบบ OTT ที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้การกำกับดูแลกิจการดังกล่าว และสภาพบังคับทางกฎหมายยังไม่มี ความชัดเจนที่เพียงพอ อีกทั้ง ต้องใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแล อย่างเช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แม้จะมีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไปพรางก่อนที่จะมีการกำกับดูแลกิจการรูปแบบใหม่อย่างกิจการ OTT แต่ก็ยังไม่มีหน่วยงานใดที่กำกับการประกอบกิจการหรือการให้บริการดังกล่าว อีกทั้ง ยังไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายเมื่อเกิดการละเมิดหรือผลกระทบต่อผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เมื่อการให้บริการดังกล่าวนี้ไม่ได้จำกัดอายุ เพศในการเข้าถึงการให้บริการดังกล่าว จึงส่งผลให้เกิดช่องว่างในการกำกับดูแล และอาจกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างได้ เนื่องด้วยผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการนั้นมีความต้องการที่สามารถเผยแพร่เนื้อหาหรือการโฆษณาได้ตามที่ตนต้องการ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาเพิ่มเติมว่า การให้อำนาจต่อหน่วยงานหรือองค์กรในการกำกับดูแล เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตมีหลักการที่สำคัญอย่างไร

โดยเมื่อได้ศึกษาแนวคิดของ Selznick ที่ให้เหตุผลว่า หน่วยงานภาครัฐเป็นผู้กำกับดูแล โดยจะต้องให้การดำเนินการกิจกรรม และมุ่งเน้นเป้าหมายให้เกิดประโยชน์ต่อประชาคม ซึ่งการกำกับดูแลจะประกอบด้วย (1) การออกเป็นคำสั่งเฉพาะ อันจะมีผลผูกพันต่อองค์กรที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศหลักเกณฑ์ดังกล่าว (2) บังคับโดยเจตนาของรัฐ เพื่อให้การกำกับดูแลอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือเจตนารมณ์ของรัฐ และ (3) อิทธิพลทางสังคมหรือเศรษฐกิจ เพื่อให้การกำกับดูแลเป็นไปตามพฤติกรรม หรืออาจมีผลกระทบต่อพฤติกรรม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยในการกำกับดูแล ซึ่งมาตรการลงโทษทางกฎหมายเมื่อเกิดการละเมิดโดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เห็นว่า ในสหภาพยุโรป ด้วยกฎหมาย Digital Services Act กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องออกมาตรการลงโทษเมื่อเกิดการละเมิด โดยบทลงโทษต้องมีประสิทธิภาพ เหมาะสม และสามารถยับยั้งการกระทำดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ต้องมีการกำหนดโทษปรับไว้อย่างชัดเจน สำหรับสหราชอาณาจักร ด้วยกฎหมาย Communication Act 2003 ให้ Ofcom มีอำนาจออกมาตรการลงโทษแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เช่น ห้ามเผยแพร่เนื้อหาต้องห้าม โดย Ofcom สามารถออกคำสั่งระงับ กำหนดโทษปรับ ให้แก้ไขความเสียหาย รวมไปถึงการเพิกถอนใบอนุญาต โดยจะพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำและผลกระทบที่จะเกิดขึ้น พร้อมกำหนดอัตราค่าปรับที่เหมาะสม และในส่วนของประเทศสิงคโปร์ กฎหมาย Broadcasting Act 1994 ให้อำนาจ IMDA กำกับดูแลไม่ให้มีการออกอากาศโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก IMDA หากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามถือเป็นความผิดที่มีทั้งโทษปรับ โทษจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งหน่วยงานสามารถออกคำสั่งเป็นหนังสือให้แก้ไขดำเนินการแก้ไข ปรับปรุง หรือยุติการกระทำ รวมไปถึงเปิดโอกาสให้ผู้ถูกร้องเรียนมีสิทธิโต้แย้งเป็นหนังสือได้

ดังนั้น จากกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันของ กสทช. ไม่ว่าจะเป็น พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 และประกาศกำหนดการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบฯ ซึ่งมีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างชัดเจนในการกำกับกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ เท่านั้น ซึ่งต่างจากสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ ที่กฎหมายนั้นครอบคลุม หรือมีการออกกฎหมายเพื่อให้เกิดการรองรับการให้บริการแพลตฟอร์ม หรือกิจการ OTT ที่มีการใช้โครงข่ายอินเทอร์เน็ตในการนำส่งข้อมูลเป็นสำคัญ โดยในแต่ละประเทศนั้นต่างให้ความสำคัญในการคุ้มครองผู้ใช้บริการไม่ว่าจะเป็นเพศใด สัญชาติใด เชื้อชาติใด ศาสนาใด ก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้ถูกละเมิดจากผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการดังกล่าว

ข้อค้นพบเชิงวิชาการ หรือองค์ความรู้ใหม่

จากที่ได้กล่าวมานี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายและบทบาทของ กสทช. ในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดอำนาจหน้าที่ การกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณา และการโฆษณาในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมถึงการปกป้องและคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการในกิจการดังกล่าว ไว้แก่ กสทช. อย่างชัดเจนครบถ้วนแล้ว แต่ด้วยในปัจจุบันที่มีการหลอมรวมของกิจการทั้งสามประเภทจึงทำให้ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการไม่ว่าในรูปแบบของการให้บริการแพลตฟอร์ม หรือในกิจการรูปแบบ OTT ที่ต้องใช้งานโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในการเข้าถึงและส่งออกข้อมูลเพื่อที่จะสามารถรับชมและรับฟังในกิจการดังกล่าวได้ แต่ด้วยอำนาจหน้าที่ และกฎหมายที่มีอยู่นั้นอาจมีความไม่เพียงพอในการเข้าไปกำกับดูแลในกิจการดังกล่าวเท่าที่ควร จึงอาจทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย และเป็นเหตุให้ผู้ประกอบกิจการหรือผู้ให้บริการนั้นปล่อยปละละเลยอันจะส่งผลให้เกิดการเอาเปรียบผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการได้ อีกทั้ง เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์และมีข้อเสนอแนะสำหรับการแก้ไขปัญหาในประเด็นดังกล่าว ซึ่งสามารถสรุปได้ 3 ประเด็น ดังนี้

1. ปัญหาในเรื่องของบทบาทและอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ที่บัญญัติกฎหมายยังมิได้ให้อำนาจในการกำกับดูแล แต่ด้วยการให้บริการแพลตฟอร์ม หรือกิจการในรูปแบบ OTT ที่เกิดจากการหลอมรวมของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งพื้นฐานของ กสทช. ในการกำกับดูแลกิจการทั้งสามประเภท มีความชัดเจน ทั้งในเรื่องของการกำกับดูแล การคุ้มครอง และการปกป้องผลประโยชน์ของประชาชนที่อยู่ในฐานะของผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการในกิจการทั้งสามประเภทแล้ว จึงเห็นว่า ควรเพิ่มอำนาจหน้าที่และบทบาทให้แก่ กสทช. ในการเข้ามากำกับดูแลเพื่อปกป้องและคุ้มครองผู้ใช้บริการแพลตฟอร์มหรือกิจการในรูปแบบ OTT

2. ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้ใช้บริการ และมาตรการในการกำกับดูแลของ กสทช. บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ด้วยปัญหานี้ยังไม่มีกำหนดลักษณะของการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบของผู้ประกอบกิจการหรือผู้ให้บริการไว้อย่างชัดเจนว่า ลักษณะของการกระทำใดที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค ซึ่งเห็นว่า ควรนำประกาศทั้งสองฉบับมาปรับใช้และเป็นพื้นฐานในการกำหนดลักษณะของการเอาเปรียบผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการไว้ ประกอบกับนำเอาหลักการ และแนวทางของต่างประเทศที่มุ่งเน้นคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่สามารถเข้าถึงการให้บริการแพลตฟอร์มหรือกิจการรูปแบบ OTT มากยิ่งขึ้น

3. ปัญหาในการกำกับดูแล และสภาพบังคับทางกฎหมายเมื่อเกิดการละเมิดต่อผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งปัญหาเบื้องต้นเกิดจากการไม่มีอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ในการกำกับดูแลในการให้บริการแพลตฟอร์ม หรือกิจการรูปแบบ OTT ที่ใช้ระบบอินเทอร์เน็ตในการรับและส่งข้อมูล จึงเป็นผลสืบเนื่องให้ไม่สามารถที่จะกำหนดบทลงโทษต่อผู้ที่กระทำละเมิดต่อผู้ใช้บริการได้ ซึ่งผู้ใช้บริการอาจจะมิใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใด คนเดียว แต่เกิดผลกระทบเป็นวงกว้างในสังคมที่สามารถรับชมและรับฟังในการให้บริการแพลตฟอร์มหรือกิจการในรูปแบบ OTT ได้ ซึ่งเห็นว่า หากกฎหมายได้ให้อำนาจหน้าที่แก่ กสทช. ในการกำกับดูแลแล้ว จะส่งผลให้ กสทช. มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและกำหนดบทลงโทษต่อผู้กระทำผิดที่ได้กระทำละเมิดได้

บทสรุป

จากข้อสรุปปัญหาและข้อจำกัดของกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายและบทบาทของ กสทช. ในการกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหาการโฆษณาบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต และข้อเสนอแนะการแก้ไขปัญหในแต่ละประเด็นดังกล่าวข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่าแนวทางในการนำข้อเสนอแนะดังกล่าวมากำหนดเป็นมาตรการ หรือแนวทางเพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้หรือแก้ไขกฎหมายและบทบาทที่มีในปัจจุบันของ กสทช. ในการกำกับดูแลดังกล่าวได้ ดังนี้

1. ในปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับ และอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ในการกำกับดูแลและคุ้มครองผู้ใช้บริการโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เห็นว่า ด้วยกรอบกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เพียงพอในการให้อำนาจหน้าที่แก่ กสทช. เพื่อกำกับดูแลกิจการรูปแบบใหม่อย่างกิจการ OTT ได้อย่างชัดเจน แม้กิจการ OTT จะมีลักษณะความคล้ายเคียงกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แบบดั้งเดิม แต่การเผยแพร่เนื้อหารายการและการโฆษณาผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ต อาจส่งผลให้อำนาจหน้าที่ของ กสทช. ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ยังไม่สามารถกำกับดูแลกิจการ OTT ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพียงพอ จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของ กสทช. โดยมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว 2 แนวทาง คือ

1.1 แนวทางที่ 1 ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2553 โดยเพิ่มคำนิยาม ประเภทของกิจการ OTT หรือลักษณะของกิจการ OTT ในมาตรา 4 เพื่อให้อำนาจหน้าที่ของ กสทช. ครอบคลุม และรองรับลักษณะของกิจการที่มีการเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 27 โดยระบุอำนาจหน้าที่ของ กสทช. ในการกำกับดูแลกิจการ OTT ให้มีความชัดเจน เช่น การออกหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขการเผยแพร่เนื้อหา การโฆษณา รวมไปถึงการคุ้มครองผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต รวมถึงกำหนดรูปแบบของการพิจารณาอนุญาต เป็นต้น

1.2 แนวทางที่ 2 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2553 ให้กำหนด ส่วน หรือหมวดเพิ่มเติม ซึ่งอธิบายถึงการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือกิจการรูปแบบ OTT ที่จำเป็นต้องใช้ระบบหรือโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในการรับส่งข้อมูล เพื่อให้สามารถรับชมและรับฟังบริการดังกล่าวได้ โดยสามารถให้อำนาจแก่ กสทช. ในการกำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจ หรือจัดทำและออก “(ร่าง) ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การให้บริการแพร่ภาพและแพร่เสียงบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต พ.ศ.” โดยใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรอบปัจจุบันให้มากที่สุด เพื่อกำหนดมาตรการพื้นฐานในการกำกับดูแลกิจการ OTT เช่น การกำกับด้านเนื้อหา (เช่น ความรุนแรง ลามกอนาจาร ขาวปโลม ฯลฯ) การกำกับโฆษณาให้เป็นธรรม ไม่ละเมิดสิทธิของผู้บริโภค การเพิ่มช่องทางร้องเรียน โดยให้มีหน่วยงานรับผิดชอบเป็นหลักและร่วมมือกับหน่วยงานอื่นในการกำกับดูแล เพื่อให้เกิดป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย และผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน เป็นต้น

ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในการปกป้องสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในยุคที่เทคโนโลยีมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว โดยยังคงรักษาไว้ซึ่งเสรีภาพของผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบการไว้

2. ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้ใช้บริการ และมาตรการในการกำกับดูแลของ กสทช. บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เห็นว่า แม้กฎหมายเดิมอย่างพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 และประกาศกำหนดการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบฯ ที่มีผลบังคับอยู่นั้นจะมีความชัดเจนในเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกเอาเปรียบแล้ว ประกอบกับกำหนดลักษณะของการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคเฉพาะไว้แล้วก็ตามว่า การกระทำใดที่น่าจะ

เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค แต่ด้วยการกำหนดลักษณะของการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบผู้ให้บริการในกิจการ OTT ยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำใดที่มีลักษณะหรือเข้าข่ายว่าจะเป็นการเอาเปรียบได้ อันอาจส่งผลให้ผู้ให้บริการอาจถูกเอาเปรียบจากผู้ให้บริการ OTT ได้ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้บริโภค หรือผู้ให้บริการเป็นสำคัญ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย หรือการกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้ให้บริการ OTT ให้มีความชัดเจน โดยมีแนวทาง ดังนี้

2.1 แนวทางที่ 1 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมของ กสทช. ในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จากเดิมกำหนดให้ “คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการ ต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือสร้างภาระแก่ผู้บริโภคเกินความจำเป็น และคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม” โดยให้เพิ่ม “กิจการรูปแบบใหม่ หรือกิจการให้บริการแพร่ภาพและแพร่เสียง” ต่อท้าย ซึ่งเป็นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพื่อให้ครอบคลุมถึงการให้บริการแพลตฟอร์ม รวมถึงกิจการรูปแบบ OTT ที่ต้องใช้ระบบโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในการรับส่งข้อมูลเพื่อให้สามารถรับชมและรับฟังบริการดังกล่าวได้อย่างต่อเนื่อง ซึ่งการให้บริการ หรือกิจการรูปแบบดังกล่าวนี้เกิดจากการหลอมรวมของทั้งสามกิจการ (กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม)

2.2 แนวทางที่ 2 ให้มีการจัดทำ “(ร่าง) ประกาศ กสทช. เรื่อง การกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้ให้บริการในกิจการแพร่ภาพและแพร่เสียงผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ต พ.ศ. ...” หรือ “(ร่าง) ประกาศ กสทช. เรื่อง การกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้ให้บริการในการให้บริการแพลตฟอร์ม หรือกิจการรูปแบบใหม่ พ.ศ. ...” โดยกำหนดลักษณะการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบผู้ให้บริการ เพื่อระงับการดำเนินการอย่างใด ๆ ที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบของผู้ให้บริการได้ โดยนำประกาศ กสทช. เรื่อง การกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 และประกาศ กสทช. เรื่องการกระทำที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม โดยอาศัยการใช้เครือข่ายหรือการโฆษณาอันมีลักษณะเป็นการค้ากำไรเกินควร หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ พ.ศ. 2558 มาเป็นหลักการ แนวทางในการออกร่างประกาศดังกล่าว

ทั้งนี้ ให้มีการรับรองเนื้อหารายการหรือการโฆษณา เมื่อผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม หรือในกิจการรูปแบบ OTT ที่รับไว้หรือยินยอมให้มีการเผยแพร่ออกอากาศ โดยให้ผู้ผลิตเนื้อหารายการ หรือการโฆษณาต้องร่วมรับผิดชอบด้วย อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องกำหนดลักษณะของการกระทำเพิ่มเติมด้วย ในส่วนของการโฆษณา ให้มีการควบคุมการโฆษณาโดยอาจขอคำปรึกษา คำชี้แนะ หรือการพิจารณาจากผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่เกี่ยวข้อง และให้มีการควบคุมเนื้อหาของโฆษณาในอัตราที่เหมาะสม เช่น การมีโฆษณาแทรกระหว่างการรับชมโดยที่ผู้ให้บริการดังกล่าวไม่สามารถกดข้ามได้ หรือในการรับชมต่อครั้งมีจำนวนที่มากเกินไปเกินกว่าความจำเป็น หรือมีระยะเวลาที่มากกว่าปกติที่สามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการโฆษณา การโฆษณาโดยใช้เสียงที่มีความดัง การโฆษณาที่มีเนื้อหาลักษณะไม่เหมาะสม ความรุนแรง เพศ หรือยาเสพติด การโฆษณาที่อาจเข้าใจได้ว่าเชิญให้เล่นสลากกินแบ่ง หรือการพนัน หรือการประชาสัมพันธ์เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ บุหรี่ บุหรี่ไฟฟ้า หรืออุปกรณ์บุหรี่ไฟฟ้า เป็นต้น

3. ในปัญหาในการกำกับดูแล และสภาพบังคับทางกฎหมายเมื่อเกิดการละเมิดต่อผู้ให้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ด้วยปัจจุบันการบังคับทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้หน่วยงานรัฐต้องถือปฏิบัติตามแนวทางที่กฎหมายกำหนดไว้โดยที่ กสทช. ได้กำหนดแนวทางในการกำกับดูแลเมื่อผู้ประกอบการรายใดไม่ปฏิบัติ

ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข หรือวิธีการตามที่ กสทช. ซึ่งกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจ กสทช. ในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งให้แก้ไขหรือระงับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน คำสั่งให้ระงับเป็นการชั่วคราว คำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต การกำหนดโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายที่กำหนด เป็นต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เพื่อให้สอดคล้องกับการกำกับดูแลในปัจจุบัน และเป็นไปตามกฎหมายในต่างประเทศที่ได้นำมาเปรียบเทียบ อย่างเช่น สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ก็ตาม จึงมีแนวทางการแก้ไข ดังนี้

3.1 แนวทางที่ 1 ให้มีการบัญญัติบทกำหนดโทษเพิ่มเติมเกี่ยวกับกิจการ OTT เมื่อพบว่าผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบการแพลตฟอร์มกระทำความผิดต่อผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ให้รับโทษตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดไว้ ทั้งนี้ ให้มีการออกมาตรการทางกฎหมายหรือการมีสภาพบังคับทางกฎหมายเพื่อเป็นการปกป้องและคุ้มครอง และป้องกันผลกระทบต่อพัฒนาการทางด้านร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ โดยกำหนดให้ต้องได้รับอนุญาต หรือได้รับการยินยอมของผู้ปกครองเพื่อเข้าถึงเนื้อหารายการหรือการโฆษณาดังกล่าว

3.2 แนวทางที่ 2 ในการกำหนดค่าปรับ โดยคำนวณจากวันที่กระทำความผิดในอัตราร้อยละตามความเหมาะสม โดยนํารายได้ หรือผลประโยชน์จากการประกอบกิจการทั่วโลกมาคิดคำนวณ หรือกำหนดอัตราขั้นต่ำและอัตราสูงสุด โดยให้พิจารณาจากอัตราค่าปรับที่สูงกว่า ให้ใช้อัตราค่าปรับสูงสุดที่กำหนดไว้ เป็นค่าปรับในการกระทำความผิด และหากยังคงฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามให้คิดค่าปรับเป็นรายวันเพิ่มจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง

บรรณานุกรม

- นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2566). *กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค*. (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ประพันธ์พงษ์ ชำอ่อน. (2567). แนวทางการกำกับดูแลบริการ OTT TV (Over-the-Top TV) ในยุคเทคโนโลยีใหม่. *วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์*, 44(1), 117-134.
- พระวรวัชรินทร์ สิริภุทโท (อินวิน) และวิโรจน์ อินทนนท์. (2564). การศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดเรื่องสิทธิของโทมัส ฮอบส์ กับจอห์น ล็อก. *มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย วิทยาเขตเชียงใหม่. วารสารพุทธศาสตร์ศึกษา*, 12(2), 14-28.
- Bangkok Quickprint. (2024). *การโฆษณาเกินจริงส่งผลเสียอย่างไรบ้าง*. สืบค้นเมื่อ 24 มิถุนายน 2568, จาก <https://bangkokquickprint.com/harmful-effects-of-exaggerated-advertising/>
- European Union. (2022). *Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)*. Retrieved 30 January 2025, from <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj/eng>
- Ofcom. (2015). *Penalty Guidelines These penalty guidelines, published 14 September 2017, replace the penalty guidelines published 3 December 2015*. Retrieved 30 January 2025, from <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/corporate-policies/penalty-guidelines/>
- Time Consulting. (2565). *OTT TV อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์*. สืบค้นเมื่อ 3 ธันวาคม 2567, จาก <http://www.timeconsulting.co.th/ott-tv-อนาคตแห่งการชมโทรทัศน์>