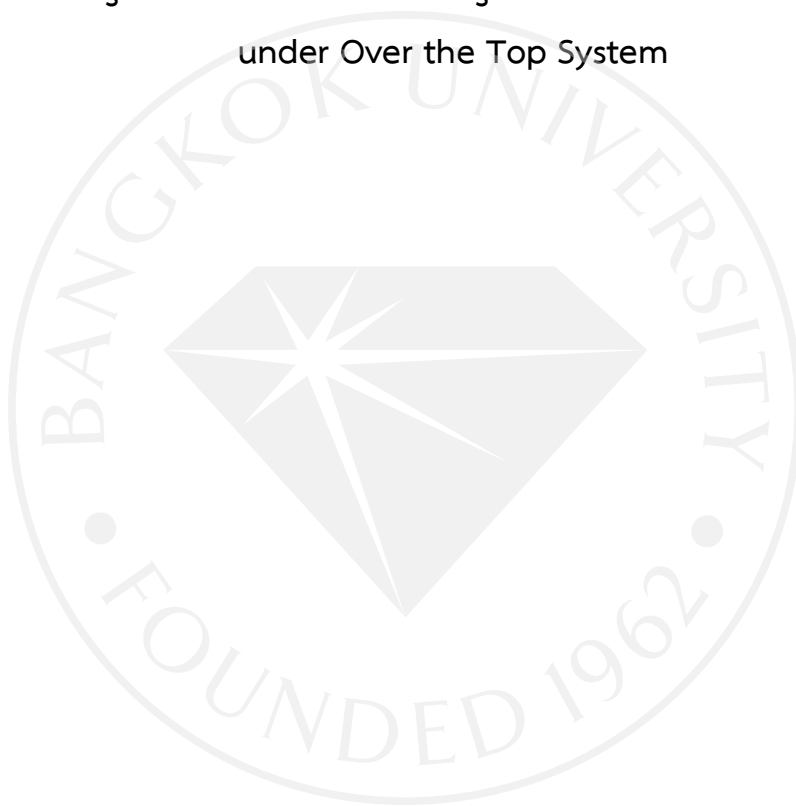


ปัญหาทางกฎหมายและการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพ
ผ่านระบบ Over the Top

Legal Issues and the Management of Broadcasting
under Over the Top System



ปัญหาทางกฎหมายและการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพ
ผ่านระบบ Over the Top

Legal Issues and the Management of Broadcasting
under Over the Top System



การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2564
ลิขสิทธิ์เป็นของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ

เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายและการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ Over the Top

ผู้วิจัย ชลธิชา นวลศรี

ได้พิจารณาเห็นชอบโดย

อาจารย์ที่ปรึกษา

ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

ดร.ใจรัก เอื้อชูเกียรติ

ผู้เชี่ยวชาญ

ดร.กริชผกา บุญเฟื่อง

ชลธิชา นวลศรี. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ), ตุลาคม 2565, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.

ปัญหาทางกฎหมายและการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ Over the Top (128 หน้า)
อาจารย์ที่ปรึกษา: ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

บทคัดย่อ

ปัจจุบันอินเทอร์เน็ตได้เข้ามามีบทบาทในการใช้ชีวิตของมนุษย์เป็นอย่างมาก เช่น การรับชมโทรทัศน์ในรูปแบบการรับชมการแพร่ภาพและเสียงได้ตามเวลาที่ต้องการ (Video On Demand) ผ่านโทรศัพท์มือถือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ หรือเรียกว่าการให้บริการแบบ Over the Top (OTT) การเติบโตอย่างรวดเร็วของบริการดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อปัญหาทางด้านลิขสิทธิ์และปัญหาด้านอื่น ๆ แต่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ได้รับการแก้ไขเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทำให้เกิดปัญหาความล้าสมัยของตัวบทกฎหมายที่ไม่สามารถรองรับเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพได้ ซึ่งวัตถุประสงค์ในการศึกษาก็เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง พร้อมเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เพื่อเป็นหลักการในการกำหนดมาตรการควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยได้อย่างชัดเจน

จากการศึกษาจากปัญหาทางกฎหมายและการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ Over the Top พบว่า แม้เทคโนโลยีจะก้าวหน้ามากขึ้น แต่บทกฎหมายหรือข้อบังคับในปัจจุบันยังมิได้รับการแก้ไขและยังไม่มีกฎหมายเฉพาะ รวมทั้งยังไม่มีองค์กรที่กำกับดูแลเป็นการเฉพาะ มีแต่การใช้กฎหมายใกล้เคียงหรือองค์กรที่มีอำนาจใกล้เคียงมาดูแลโดยอนุโลม ทำให้ยังไม่สามารถแก้ปัญหาหรือเยียวยาผู้เสียหายจากการกระทำผิดในกรณีนี้ได้อย่างครบถ้วน

ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการให้บริการในระบบ OTT ในทุกด้าน อีกทั้งควรมีการจัดตั้งให้สำนักงาน กสทช. กำกับดูแลก่อนที่จะมีการจัดตั้งองค์กรที่จะเข้ามากำกับดูแลการให้บริการโดยตรง เพื่อช่วยแก้ไขปัญหในระยะเริ่มต้นของการให้บริการ OTT ของประเทศไทย โดยกำกับดูแลในเรื่องการให้ใบอนุญาต หลักความเป็นกลาง (Net Neutrality) และทางด้านเนื้อหาเป็นต้น โดยศึกษาจากกฎหมายหรือแนวทางปฏิบัติที่ใกล้เคียงของต่างประเทศและสภาพปัญหาของประเทศไทยควบคู่กันไป

คำสำคัญ: แพร่เสียงแพร่ภาพ, ลิขสิทธิ์, บริการโทรทัศน์แบบโอทีที, การกำกับดูแล

Nuansri, C. Master of Law (Law of Intellectual Property and Information Technology),
October 2022, Graduate School, Bangkok University.

Legal Issues and the Management of Broadcasting under Over the Top System (128 pp.)

Advisor: Wanwipar Puasiri, Ph.D.

ABSTRACT

Nowadays, the internet has played a major role in human's lives, such as watching television by the Video-on-Demand service on mobile phone or other electronic devices, which is also known as the Over the Top (OTT) service. Such services' quick expansion has an impact on copyright and other issues. However, provisions of the Copyright Act of B.E. 2537 relating to protection on broadcasting were only slightly changed, which leading to the issue of the legislation becoming out-dated and unable to accommodate broadcasting technology. The objective of this study was to examine relevant legal problems and recommend about how to improve the law. This is to provide guideline measures to control OTT services in Thailand.

From the study of legal problems and supervision of broadcasting via the Over the Top system, the researcher found that although there are technological advancements, the existing legislation or regulation has not been changed. There is neither no specific law or organization. There is only handled by similar legislations or equivalent authorities. Therefore, it is still not possible to fully resolve the problems or fully absolve victims of the faults in this instance.

Therefore, the researcher is of the opinion that the law should be amended to cover all aspects of providing services in the OTT system. The law should establish the Office of the NBTC to supervise the establishment of an organization that will directly supervise the service. The organization can solve problems in the early stage of OTT service in Thailand by supervising the issue of license, principles of neutrality (Net Neutrality) and content, for examples. The research studies the laws or practices of foreign countries that relate to the issue and situations of Thailand.

Keywords: Video Broadcasting, Copyright, Over the Top (OTT), Supervision

กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเรียบร้อยด้วยความเมตตาอนุเคราะห์จาก ดร.วรรณวิภา พัวศิริ และ ดร.ใจรัก เอื้อชูเกียรติ ที่ดูแลสารนิพนธ์ฉบับนี้และตรวจสอบความเรียบร้อยของสารนิพนธ์ฉบับนี้ ให้ความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และคณาจารย์ทุกท่านทั้งที่ได้เอ่ยนามและไม่ได้เอ่ยนามในสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ทางด้านวิชานิติศาสตร์อันเป็นวิทยาทานอย่างยิ่งต่อผู้วิจัย

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ ที่คอยให้กำลังใจ และคอยให้คำปรึกษา และให้ความช่วยเหลือมาตลอดระยะเวลาการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้

ในประการสำคัญ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาที่คอยสนับสนุน และเป็นกำลังใจ สำคัญที่ทำให้การทำวิจัยนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี กรณีหากมีข้อบกพร่องเกี่ยวข้องกับสารนิพนธ์ฉบับนี้ ในประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ชลธิชา นวลศรี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ	จ
สารบัญตาราง	ฉ
สารบัญภาพ	ญ
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา	4
1.3 ขอบเขตการศึกษา	4
1.4 คำถามวิจัย	4
1.5 สมมติฐาน	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
1.7 นิยามศัพท์	5
บทที่ 2 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ และการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียง แพร่ภาพ	
2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์	7
2.2 สาระสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์	10
2.3 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ	12
2.4 องค์ประกอบของงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์	13
2.5 เงื่อนไขและวิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ	15
2.6 วิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ	16
2.7 กรณีปัญหาการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบ OTT	19
2.8 กรณีปัญหาการละเมิดแก่นงานแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบ OTT	21
2.9 การคุ้มครองสิทธินักแสดงในงานแพร่เสียงแพร่ผ่านระบบ OTT	22
2.10 การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ	24
2.11 ข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	25
2.12 อายุแห่งการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพ	26

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 2 (ต่อ) แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ และการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียง แพร่ภาพ	
2.13 ประโยชน์ของลิขสิทธิ์	27
2.14 ที่มาหรือวิวัฒนาการของการบริการในรูปแบบโทรศัพท์จนถึงรูปแบบ OTT ในปัจจุบัน	28
2.15 การให้บริการ OTT	34
2.16 ทฤษฎี หรือ แนวคิดอันเกี่ยวกับการกำกับดูแลผ่านระบบ OTT	38
บทที่ 3 ศึกษาภาพรวมของกฎหมายไทยและต่างประเทศในประเด็นต่าง ๆ (สหรัฐอเมริกา, สหราชอาณาจักร)	
3.1 ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย	52
3.2 ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ	53
3.3 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT	55
3.4 ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการแพร่เสียง แพร่ภาพผ่านระบบ OTT	69
3.5 ประเด็นความเหลื่อมล้ำระหว่างผู้ให้บริการ OTT กับผู้ให้บริการโทรศัพท์	70
3.7 กฎหมายของสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT	74
3.8 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกากับการให้บริการในลักษณะ OTT	84
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT	
4.1 วิเคราะห์กิจการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย	91
4.2 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา	93
4.3 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ	94
4.4 วิเคราะห์องค์กรที่ควรมีหน้าที่กำกับดูแลการให้บริการในรูปแบบ OTT	96
4.5 วิเคราะห์ปัญหาหลักความเป็นกลางในการให้บริการ OTT (Net Neutrality)	99
4.6 ประเด็นปัญหาอื่น ๆ โดยภาพรวมที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ	101
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	113
5.2 ข้อเสนอแนะ	118

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บรรณานุกรม	124
ประวัติผู้เขียน	128



สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 3.1: เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำกับกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม ในรูปแบบเดิมกับบริการ OTT ในประเด็นต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กร จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการโทรทัศน์และโทรคมนาคม	71
ตารางที่ 4.1: ตารางสรุปกฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและต่างประเทศ	109



สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 2.1: กิจกรรมโทรทัศน์แบบดั้งเดิม และการบริการในรูปแบบ OTT	28
ภาพที่ 2.2: กิจกรรมที่ใช้คลื่นความถี่ และกิจกรรมที่ไม่ใช้คลื่นความถี่	33
ภาพที่ 2.3: ผลการสำรวจการใช้อินเทอร์เน็ต และการใช้โทรศัพท์มือถือของประชาชน ในปัจจุบัน	36
ภาพที่ 2.4: บุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกิจบริการ OTT	38



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การสื่อสารและการบริโภคสื่อเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับมนุษย์ในทุกยุคสมัย รูปแบบหรือช่องทางในการใช้เพื่อการสื่อสารก็มีการพัฒนา ส่งผลให้พฤติกรรมของคนในสังคมก็เปลี่ยนแปลงไปตามการพัฒนาเทคโนโลยี รูปแบบหรือช่องทางในการใช้เพื่อการสื่อสารขึ้นอยู่กับการพัฒนาเทคโนโลยีในแต่ละยุค รวมทั้งพฤติกรรมของคนในสังคมก็เปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคสมัย บางครั้งเทคโนโลยีก็เป็นสิ่งกระตุ้นและขับเคลื่อนการเปลี่ยนแปลงในสังคม และบางครั้งการพัฒนาเทคโนโลยีก็เป็นตัวขับเคลื่อนและส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของคนในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การพัฒนาเทคโนโลยีรูปแบบใหม่ทำลายรูปแบบเดิม (Disruptive Technology) โดยอาศัยการพัฒนาเทคโนโลยี และบริการเพื่อตอบสนองความต้องการของลูกค้าเฉพาะบางกลุ่มที่สามารถทำอะไรให้ได้ โดยการละเลยต่อความต้องการของลูกค้าอีกกลุ่มหนึ่ง ตัวอย่างเช่น การพัฒนาระบบอินเทอร์เน็ตให้สามารถเข้าถึงได้ทุกที่ทุกเวลาและมีความสะดวกมากยิ่งขึ้น เช่นนี้ จึงก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมในการสื่อสารและการบริโภคสื่อตามความต้องการ (On-demand) ผ่านแอปพลิเคชันหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีความสะดวกมากยิ่งขึ้นสามารถเข้าถึงได้ทุกที่ทุกเวลา โดยผู้บริโภคส่วนใหญ่จะใช้อุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่แบบสมาร์ตโฟนและการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตมากขึ้น ทำให้ผู้บริโภคเข้าถึงเทคโนโลยีดิจิทัลแบบไร้ข้อจำกัดนั่นเอง ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นก็ได้มีการเปลี่ยนผ่านกิจการโทรทัศน์ไทย ด้วยวิธีการรับเอาเทคโนโลยีดิจิทัลมาใช้ในการส่งสัญญาณภาพและเสียงไปสู่ผู้ชม โดยเริ่มจากการเปิดให้มีการประมูลคลื่นความถี่เพื่อให้ผู้ให้บริการรายใหม่เข้าสู่ตลาดกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน ส่งผลสำคัญในการลดการผูกขาดการให้บริการที่จำกัดเฉพาะผู้ให้บริการรายเดิมเพียงไม่กี่ราย อีกทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการรายใหม่ ๆ เข้าสู่ตลาดจำนวนมาก ซึ่งการประมูลคลื่นความถี่ในปลายปี 2556 ถือเป็นการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปให้บริการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลเป็นครั้งแรกของประเทศไทย โดยมีเป้าหมายให้การให้บริการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบอะนาล็อกแบบเดิมยุติลงโดยเร็ว เช่นนี้จึงส่งผลให้มีผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดมากขึ้น ทำให้ผู้ให้บริการโทรทัศน์มีการปรับตัวครั้งสำคัญทั้งในบริการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน เคเบิล และดาวเทียมเพื่อดึงดูดผู้ชมเพื่อความอยู่รอด โดยผู้ให้บริการจะต้องทำการขยายช่องทางการให้บริการของตนเองโดยนำเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตทั้งแบบใช้สายและแบบไร้สายมาใช้ เพื่อเผยแพร่เนื้อหารายการผ่านทางเว็บไซต์และแอปพลิเคชัน บริการดังกล่าวนี้เรียกว่า บริการ Over the Top หรือเรียกสั้น ๆ ว่าบริการ OTT ซึ่งถือเป็นช่องทางในการให้บริการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ที่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคในการรับฟังและรับชมรายการต่าง ๆ เนื่องจากสามารถรับฟังและรับชมได้ทุกที่

ทุกเวลาผ่านหลากหลายอุปกรณ์ เช่น Smartphone, Tablet, Laptop เป็นต้น ทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกในการรับฟังรับชมรายการเพิ่มมากขึ้น แตกต่างจากการให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ที่ออกอากาศผ่านช่องทางแบบเดิม ที่ผู้บริโภคสามารถรับฟังรับชมรายการวิทยุรายการโทรทัศน์ตามผังรายการเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้บริการ OTT เติบโตอย่างรวดเร็ว และมีแนวโน้มที่จะมีผู้รับบริการเพิ่มสูงขึ้นเรื่อย ๆ อย่างต่อเนื่อง และคาดการณ์ว่าในอนาคตจะมีการขยายตัวเพิ่มขึ้นอีก

การเติบโตอย่างรวดเร็วของบริการในระบบ OTT นั้น ส่งผลกระทบต่อปัญหาทางด้านลิขสิทธิ์และปัญหาด้านอื่น ๆ กล่าวคือ แม้เทคโนโลยีจะได้รับการพัฒนาอย่างรวดเร็ว แต่บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ได้รับการแก้ไขเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทำให้เกิดปัญหาความล้าสมัยของตัวบทกฎหมายที่ไม่สามารถรองรับเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพในปัจจุบันและในอนาคตได้ ทำให้เกิดปัญหากฎหมายต่าง ๆ ตามมาเนื่องจากการแพร่เสียงแพร่ภาพรูปแบบใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นมีความทันสมัยและซับซ้อนมากขึ้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจึงควรให้ความสำคัญกับการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบบริการ OTT มิฉะนั้นอาจส่งผลให้เกิดปัญหาตามมาได้เช่น อาจส่งผลให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหารายการจำนวนมาก หรือการนำเสนอเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมซึ่งเด็กและเยาวชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย เช่นนี้จึงเห็นได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยนั้นก็ยังคงเป็นปัญหาใหญ่มาตลอด โดยผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็มีตั้งแต่ระดับผู้ชมที่รับชมจากช่องทางเถื่อนที่ไม่ได้รับอนุญาตให้แพร่ภาพแพร่เสียง ไปจนถึงระดับผู้ให้บริการคอนเทนต์ที่นำเอาเนื้อหาต่าง ๆ ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์มาลงในช่องบริการของตน หรือแอปพลิเคชันที่เป็นช่องทางให้บริการของตน ซึ่งบุคคลเหล่านี้ก็มักจะอาศัยช่องโหว่ของกฎหมาย เพื่อที่จะนำงานที่ตนไม่ได้รับลิขสิทธิ์ไปออกอากาศ ยกตัวอย่างกรณีที่เคยเกิดขึ้น คือเป็นการถ่ายทอดสดฟุตบอลพรีเมียร์ลีกอังกฤษ บริษัทในเครือ AIS ได้นำสิทธิการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลโลกมาเผยแพร่ผ่านแอปพลิเคชัน AIS Play¹ ถือเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบอินเทอร์เน็ต หรือระบบ OTT ที่ไม่ได้อยู่ในช่องทางที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิกำหนดไว้ว่าให้กระทำได้ ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั่นเอง อีกตัวอย่างหนึ่งคือกรณีที่บริษัทเดอะ ฟุตบอล แอสโซซิเอชัน พรีเมียร์ลีกลิมีเตด ซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิในการถ่ายทอดสัญญาณภาพและเสียงการแข่งขันฟุตบอลพรีเมียร์ลีกของประเทศอังกฤษ ได้ร้องทุกข์ต่อกรมสอบสวนคดีพิเศษเกี่ยวกับการลักลอบนำสัญญาณการถ่ายทอดฟุตบอลพรีเมียร์ลีกอังกฤษไปเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ ทั้งนี้เว็บไซต์ดังกล่าวได้มีการลักลอบนำมาเผยแพร่โดยมิชอบอันเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และความผิดฐานร่วมกันแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเรียกเก็บเงินเพื่อประโยชน์อย่างอื่น

¹ “ศึกฟุตบอลโลกเป็นพิษ 'ทรูฟ็อกเอไอเอส' ละเมิดลิขสิทธิ์”, กรุงเทพธุรกิจ [Online], 29 มิถุนายน 2561. แหล่งที่มา <https://www.bangkokbiznews.com/news/806176/>.

ในทางการค้า โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศรวมทั้งประเทศไทยที่ยังไม่มีการกำกับดูแลบริการ OTT ยังปรากฏว่ามีผู้ให้บริการที่นำเนื้อหารายการของผู้อื่น มาให้บริการโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อลดต้นทุนการให้บริการของตนอยู่จำนวนมาก ดังนั้นเมื่อในตลาดบริการ OTT ประกอบด้วยผู้ให้บริการที่ปฏิบัติตามและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่นนี้จึงมีข้อถกเถียงถึงความไม่เป็นธรรมอันเกิดจากความเหลื่อมล้ำ หรือความไม่เท่าเทียมกันของต้นทุนการให้บริการ ขณะเดียวกันผู้ผลิตเนื้อหารายการเริ่มขาดแรงจูงใจในการผลิตเนื้อหาที่ออกมาสู่ตลาด เนื่องจากผู้ผลิตเนื้อหารายการต้องเป็นผู้แบกรับต้นทุนการผลิตแต่เพียงผู้เดียว อีกทั้งยังถูกนำเนื้อหารายการไปให้บริการโดยไม่ได้รับอนุญาตทำให้ผู้ผลิตไม่ได้รับผลตอบแทนจากเนื้อหาที่ตนได้ลงทุนไปอย่างเพียงพอ ทำให้ผู้ผลิตรายการขาดแรงจูงใจในการผลิตรายการ

ด้วยสภาพปัจจุบันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว จนส่งผลให้พฤติกรรมของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไป ผู้ชมมีความต้องการรับชมเนื้อหารายการในรูปแบบวิดีโอ และรายการออนไลน์เพิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้บริการ OTT เติบโตอย่างรวดเร็ว แต่ปัจจุบันการให้บริการ OTT ในประเทศไทยนั้น ยังไม่มีความชัดเจนในการกำกับดูแล² ว่าจะกำกับดูแลในรูปแบบหรือมาตรการใด จึงส่งผลให้เกิดปัญหาตามมาทั้งในเรื่องของการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของเนื้อหาต่าง ๆ หรือเกิดความไม่เท่าเทียมในการประกอบกิจการ และการแข่งขันสถานการณ์ด้านความได้เปรียบต่าง ๆ ของการให้บริการ OTT แม้ว่า กสทช. ในฐานะผู้กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมและกิจการโทรทัศน์ ทั้งในส่วนบริการโทรคมนาคมและบริการโทรทัศน์ จะตระหนักถึงเรื่องนี้และมีความพยายามที่จะหามาตรการและแนวทางในการกำกับดูแลบริการดังกล่าว แต่เมื่อการให้บริการ OTT ในประเทศไทยไม่ได้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลเช่นเดียวกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ทำให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายกระจายเสียงและโทรทัศน์ จึงส่งผลให้เกิดปัญหาตามมาทั้งในเรื่องของการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของเนื้อหาต่าง ๆ หรือเกิดความไม่เท่าเทียมในการประกอบกิจการและการแข่งขัน สถานการณ์ด้านความได้เปรียบต่าง ๆ ของการให้บริการ OTT เช่นนี้จึงเป็นประเด็นที่ผู้วิจัยให้ความสนใจศึกษาถึงเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ต่าง ๆ โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT และศึกษาเกี่ยวกับการกำกับดูแล หรือปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT เพื่อนำไปสู่หนทางในการแก้ไขปรับปรุง หรือเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาในเชิงกฎหมายและการแก้ปัญหาในเชิงนโยบาย เพื่อให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

² กุลเดช สุทธิวรชัย และวริยา ล้ำเลิศ, “การศึกษาการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพ ในระบบ OTT ของประเทศไทย”, วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 10, 1(2562): 63-79.

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ที่มา หรือพัฒนาการของการแพร่เสียงแพร่ภาพจากอดีตถึงปัจจุบัน

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศในประเด็นเรื่องลิขสิทธิ์ การแพร่เสียงแพร่ภาพ และการกำกับดูแล OTT

1.2.3 เพื่อศึกษาแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

1.3 ขอบเขตการศึกษา

มุ่งศึกษาเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT และศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย ว่ามีการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT มากน้อยเพียงใด โดยศึกษาจากบทความ วิทยานิพนธ์ ข้อมูลเอกสารในรูปแบบสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย อาทิ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 รวมทั้งศึกษากฎหมายประเทศ อาทิ Digital Millennium Copyright Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Copyright Designs and Patents Act ของประเทศอังกฤษ เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพและการกำกับดูแลการบริการ OTT เพื่อมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย

1.4 คำถามวิจัย

1.4.1 ประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ Over the Top หรือไม่อย่างไร

1.4.2 การเติบโตอย่างรวดเร็วของการให้บริการ Over the Top ทำให้เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างผู้ให้บริการ Over the Top กับผู้ให้บริการโทรทัศน์หรือไม่อย่างไร

1.4.3 การกำกับดูแลในงานแพร่ภาพแพร่เสียงผ่านระบบ Over the Top อยู่ในอำนาจของหน่วยงานใด

1.5 สมมติฐาน

ปัจจุบันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านระบบ OTT ซึ่งระบบดังกล่าวเป็นการให้บริการในรูปแบบสื่อผสมระหว่างการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบอินเทอร์เน็ต ทำให้บุคคลต่าง ๆ สามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างไม่จำกัดด้วยเหตุผลของการเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเสรี โดยไม่มีหน่วยงานใดเข้ามากำกับดูแลการให้บริการ OTT อย่างจริงจัง ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมในหลาย ๆ ด้าน เช่น ด้านเนื้อหาที่เผยแพร่อย่างผิดกฎหมายอันเป็น

การละเมิดลิขสิทธิ์ในด้านเนื้อหา ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบันอาจไม่ครอบคลุมปัญหาที่เกิดขึ้น และยังไม่มียุทธศาสตร์ที่ชัดเจนในเรื่องการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT จึงอาจเกิดความเหลื่อมล้ำเกิดขึ้นได้ หากมีการแก้ไขปรับปรุงหรือพัฒนากฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่น อาจจะมีการจัดตั้งหน่วยงานที่มีความสามารถเพียงพอที่จะกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยตรงขึ้น โดยดูแลเรื่องการให้ใบอนุญาต ในเรื่องของหลักความเป็นกลาง (Net Neutrality) หรือในเรื่องของทางด้านเนื้อหา โดยหน่วยงานดังกล่าวจะต้องเร่งศึกษาและทบทวนกฎหมายให้ทันสมัย และครอบคลุมการกำกับดูแลสื่อแบบหลอมรวมในทุกมิติ เพื่อให้รูปแบบการอนุญาตและการกำกับดูแลสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เช่นนี้ก็จะก่อให้เกิดประโยชน์และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ได้ทราบถึงแนวคิด ที่มา หรือพัฒนาการของการแพร่เสียงแพร่ภาพจากอดีตถึงปัจจุบัน

1.6.2 ได้ทราบถึงสิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ ในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ในประเด็นเรื่องลิขสิทธิ์การแพร่เสียงแพร่ภาพ และการกำกับดูแลบริการ OTT

1.6.3 ได้ทราบถึงแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

1.7 นิยามศัพท์

1) ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่ผู้เดียวที่กฎหมายรับรองให้ผู้สร้างสรรค์กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานที่ตนได้ทำขึ้น อันได้แก่ สิทธิที่จะทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำออกโฆษณา ไม่ว่าในรูปลักษณะอย่างไร หรือวิธีใด รวมทั้งอนุญาตให้ผู้อื่นนำงานนั้นไปทำเช่นนั้นด้วย

2) การละเมิดลิขสิทธิ์ หมายถึง การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เผยแพร่ ดัดแปลง ทำซ้ำ โดยผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อนุญาต

3) งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายถึง งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน

4) Over the Top หรือ OTT หมายถึง รูปแบบการให้บริการแพร่ภาพและกระจายเสียงผ่านโครงข่ายอื่น ที่ไม่ใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ ซึ่งเป็นบริการหนึ่งที่ทำให้เราสามารถรับชมภาพยนตร์เนื้อหาต่าง ๆ ผ่านทางอินเทอร์เน็ต โดยไม่ต้องเสียค่าบริการให้ผู้ให้บริการเหมือนการบริการช่องทีวีแบบเก่า ๆ หรือแบบจ่ายเงินรายเดือนเพื่อรับชมความบันเทิงผ่านทีวีดาวเทียม

5) กิจการโทรทัศน์ หมายถึง กิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะ หรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะเป็นการส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น

ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็น
กิจการโทรทัศน์

6) แอปพลิเคชัน (Application) หมายถึง โปรแกรม หรือชุดสั่ง ที่ใช้ควบคุมการทำงานของ
คอมพิวเตอร์เคลื่อนที่และอุปกรณ์ต่อพ่วงต่าง ๆ เพื่อให้ทำงานตามคำสั่ง และตอบสนองความต้องการ
ของผู้ใช้

7) สมาร์ทโฟน (Smart Phone) หมายถึง โทรศัพท์มือถือที่นอกเหนือจากใช้โทรออกรับสาย
แล้วยังมีแอปพลิเคชันให้ใช้งานมากมาย สามารถรองรับการใช้งานอินเทอร์เน็ตผ่าน 3G, Wi-Fi และ
สามารถใช้งานโซเชียลเน็ตเวิร์ค และแอปพลิเคชันสนทนาชั้นนำ เช่น LINE, YouTube, Facebook,
Twitter ฯลฯ โดยที่ผู้ใช้สามารถปรับแต่งลูกเล่นการใช้งานสมาร์ทโฟนให้ตรงกับความต้องการได้
มากกว่ามือถือธรรมดา

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ และการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันสื่อที่ผู้คนใช้ในการสื่อสารและบริโภคจะมีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ กิจการโทรทัศน์ที่ใช้ในการรับชมข่าวสาร หรือรายการบันเทิง และกิจการโทรคมนาคมพื้นฐาน ที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารรับและส่งข้อมูลระหว่างบุคคลเป็นหลัก แต่ต่อมาเริ่มมีการให้บริการอินเทอร์เน็ตผ่านระบบโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ให้บริการโทรคมนาคม และเริ่มมีการผลิตและนำเสนอสื่อและเนื้อหารายการผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ดังนั้น อินเทอร์เน็ตจึงกลายเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการสื่อสารและบริโภคสื่อของผู้คนทั่วไปนอกเหนือจากกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแบบดั้งเดิม จากการพัฒนาของอินเทอร์เน็ตดังกล่าวประกอบกับพัฒนาการทางเทคโนโลยี และความต้องการในการสื่อสารและบริโภคสื่อของผู้คนที่ยากขึ้น ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมในการสื่อสารและบริโภคสื่อของผู้คน โดยผู้คนมีแนวโน้มที่จะสื่อสารและบริโภคสื่อตามความต้องการ (On-demand) ผ่านทางอินเทอร์เน็ตซึ่งสามารถเข้าถึงได้ทุกที่ทุกเวลามากกว่าการบริโภคสื่อที่จัดเรียงมาแล้วอย่างสื่อกิจการโทรทัศน์แบบดั้งเดิม ซึ่งการผลิตและนำเสนอสื่อและเนื้อหารายการผ่านระบบอินเทอร์เน็ตหรือเรียกว่าบริการ Over the Top หรือ บริการ OTT นั้น อาจส่งผลกระทบต่อในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ดังนั้น ในบทนี้ผู้วิจัยจะศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีอันเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์และปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ต่าง ๆ ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ (Copyright) เป็นทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ประเภทหนึ่ง ซึ่งลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางกฎหมายของบุคคลที่ได้สร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาขึ้น โดยงานที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่บุคคลผู้หนึ่งผู้ใดได้ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยความริเริ่มของตนเอง (Originality) หรือหมายถึง งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องมิใช่งานที่ทำซ้ำหรือลอกเลียนงานของผู้อื่น อีกทั้ง กฎหมายลิขสิทธิ์มีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ทั้งทางเศรษฐกิจ และทางศีลธรรมซึ่งบุคคลพึงได้รับจากผลงานสร้างสรรค์ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งที่จะสร้างดุลยภาพในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ และการแสวงประโยชน์จากงานสร้างสรรค์โดยสาธารณชน หรือบุคคลอื่นในสังคม และกฎหมายลิขสิทธิ์ยังมุ่งที่จะสนับสนุนส่งเสริมการสร้างสรรค์ผลงานซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศชาติทั้งในทางเศรษฐกิจ สังคม

และเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการกระตุ้นการพัฒนาสติปัญญาของคนในชาติอันเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่จะนำไปสู่การพัฒนาต่อไป¹

วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งนานาประเทศมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ด้วยการบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิอันชอบธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เท่าที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของสังคมที่สาธารณชนจะใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของบุคคลที่ได้ใช้ความรู้ความสามารถหรือความชำนาญของตนสร้างสรรค์ผลงานขึ้น และเพื่อส่งเสริมการสร้างสรรค์งานใหม่ขึ้นอันจะเป็นประโยชน์ต่อมวลมนุษยชนโดยทั่วไป หากบุคคลใดสร้างสรรค์งานขึ้นภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ก็จะได้รับ การคุ้มครองตามกฎหมายในอันที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ เช่น ทำซ้ำ ดัดแปลง โฆษณา ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์ เป็นต้น²

การให้ความคุ้มครองสิทธิทางลิขสิทธิ์ต่าง ๆ เหล่านี้ เกิดจากความคิดของมนุษย์ที่ได้คิดสร้างสรรค์ผลงานออกมาเป็นรูปธรรม การแสดงออกมาเป็นวัตถุ สื่อจินตนาการ และสื่อถึงวัฒนธรรม ประเพณี โดยมีลักษณะของการสร้างสรรค์ที่มุ่งสื่อมาในเรื่องของความสุนทรีย์ภาพ (Aesthetic) ซึ่งเป็นสิ่งที่สวยงามให้ความสุนทรีย์ทางด้านจิตใจ เมื่อมีการสร้างสรรค์งานด้วยความยากลำบากขึ้นมา ก็ก่อให้เกิดการหวงกันผลงานของตนเอง ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของงานอันมีลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน สาเหตุที่สำคัญของการหวงกันก็เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีความคิดในการแสวงหาผลประโยชน์อันเป็นการตอบแทนงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น ซึ่งจากแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นก่อให้เกิดปรัชญาแห่งหลักกฎหมายธรรมชาติสร้างทฤษฎีในการให้ความคุ้มครองสิทธิ³

1) ทฤษฎีเสรีนิยม ซึ่งแนวความคิดตามทฤษฎีนี้นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ให้แนวคิดในเชิงเสรีนิยมนี้ไว้ อันเกิดขึ้นจากความนึกคิดในการสร้างสรรค์ของมวลมนุษยชาติ เกิดจากความคิดริเริ่มของเหล่าบรรพบุรุษ ซึ่งเกิดจากผลผลิตทางความคิดที่ตกผลึกทางความคิดและสร้างสรรค์งานไม่น่าจะเกิดขึ้นเป็นเอกเทศ นักกฎหมายจึงมีความเห็นในแนวคิดนี้ว่า เป็นผลผลิตที่เกิดจากความคิดริเริ่มของสังคมให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของมวลมนุษยชาติ เมื่อมีการคิดและสร้างสรรค์ขึ้นมา ทรัพย์สินเหล่านั้นควรตกเป็นสมบัติสาธารณะประโยชน์โดยเสรี เพื่อเป็นกระแสแห่งการขับเคลื่อนก่อให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ในการพัฒนาทางศิลปวัฒนธรรม

¹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, ความรู้ลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์คืออะไร [Online], 2562. แหล่งที่มา <http://www.ipthailand.go.th/images/2562/Suppress/lesson2.pdf>.

² ทวีศ ศรีเกตุ, งานลิขสิทธิ์ในยุคไร้ขอบเขต ใช้ข้อมูลอย่างปลอดภัย [Online], 9 มิถุนายน 2565. แหล่งที่มา https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1827.

³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ขุดย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), 8.

2) ทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นจากความคิดในการสร้างสรรค์งานในทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อก่อให้เกิดงานการแสดงออกมาซึ่งความคิดแล้ว ถือเป็นสิทธิประเภทหนึ่งอันอาจถือได้ว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิ เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างและสิทธิดังกล่าวก็เป็นทรัพย์สิน และเมื่อเป็นทรัพย์สินเจ้าของสิทธิควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิทางแพ่งโดยทั่ว ๆ ไป

จากแนวความคิดของนักกฎหมายก่อให้เกิดทฤษฎีของนักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ต่อมาแนวความคิดและทฤษฎีดังกล่าวได้ถูกพัฒนาให้เป็นไปอย่างมีระบบ มีการให้ความคุ้มครองและวางกรอบด้วยการกำหนดกรอบแห่งสิทธิ อันได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า ซึ่งในการแยกแยะจุดกำเนิดและจุดเกาะเกี่ยวอันจะกำหนดว่าสิทธิประเภทใดเกิดขึ้นก่อนกันนั้นไม่อาจพิสูจน์ได้ชัดเจน ซึ่งจากวิวัฒนาการในแนวคิดในการให้ความคุ้มครองในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ได้มีการพัฒนาจนก่อให้เกิดการรวบรวมเอาสิทธิต่างๆข้างต้นมารวบรวมจัดเป็นหมวดหมู่เข้าด้วยกัน เพื่อความสะดวกในการกำหนดและวางนโยบายที่สอดคล้องกัน พร้อมทั้งกำหนดสิทธิในงานทั้งสาม ประเภทนี้เรียกว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) หมายถึง สิทธิตามกฎหมายอันเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์อันเกิดจากการใช้ความคิดและสติปัญญาของมนุษย์⁴ ซึ่งเดิมสิทธิในเบื้องต้นซึ่งสิทธิหลักได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า เมื่อมีการจัดระบบให้เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ก็มีการจำแนกสิทธิออกมาอีกเป็นสาขาแห่งสิทธิออกเป็น 2 สาขา ดังนี้

(1) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial Property) หมายถึง ผลงานอันเกิดจากการสร้างสรรค์เกี่ยวกับการผลิตหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ ซึ่งได้แก่สิทธิในสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า

(2) ทรัพย์สินทางวรรณกรรมและศิลปกรรม (Literary and Artistic Property) หมายถึง ผลงานอันเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ อันเกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) เป็นงานที่เกิดขึ้นจากความสุนทรีย์ภาพ (Aesthetic) อันเป็นงานที่มุ่งตอบสนองเกิดผลทางด้านจิตใจและการเรียนรู้ของมนุษย์ สร้างสิ่งอันสวยงามทั้งด้านภายนอกและภายในจิตใจ อันเป็นการสื่อโดยใช้สื่อให้ผู้อื่นได้รับรู้ อันได้แก่ สิทธิทางลิขสิทธิ์ (Copyright) และนอกจากนี้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ยังแบ่งแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือลิขสิทธิ์ (Copyright) และสิทธิข้างเคียง (Neighboring Rights) ซึ่งจะอธิบายในส่วนต่อไปดังนี้

⁴ ยรรยง พวงราช, “ทรัพย์สินทางปัญญา: ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ”, **บทบัญญัติ** 54, (2541): 18.

2.2 สารสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์

2.2.1 งานอันมีลิขสิทธิ์

ก) ต้องเป็นงานสร้างสรรค์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคแรก บัญญัติว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์”⁵ และมาตรา 4 ให้ความหมายของคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า “ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้”⁶

ความคิดริเริ่ม (Originality) ในเรื่องลิขสิทธิ์ หมายถึง ความเชื่อมโยงอันเกิดขึ้นระหว่างความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์กับงานซึ่งเกิดมาจากฝีมือของบุคคลนั้น ซึ่งทำหรือก่อให้เกิดผลงานใด ๆ ขึ้น โดยฝีมือของตน โดยการใช้ความพยายามในการทำไม่ว่าความพยายามนั้นจะน้อยหรือมากเพียงใด และไม่ว่าจะเป็นการใช้แรงงาน ทักษะฝีมือ แม้จะเพียงใช้ความพยายามเพียงเล็กน้อยหรือแก้ไขผลงานแค่เพียงเล็กน้อย แต่การแก้ไขผลงานนั้นเป็นการแก้ไขผลงานที่สะสมกันมานานหลายปี ก็ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ได้

แต่ปัญหาที่พบบ่อย ๆ ในปัจจุบันจะเป็นในเรื่องของการแก้ไขหนังสือจากต้นฉบับเดิม โดยไม่ได้มีการเพิ่มเติมเนื้อหาเข้าไปใหม่ เพียงแต่แก้ไขเพิ่มเติมตัดแปลงเนื้อหาเก่าเพียงเล็กน้อยเท่านั้น อย่างกรณีดังกล่าวนี้ก็ต้องขึ้นอยู่กับว่างานชิ้นนั้นจะเรียกได้ว่าเป็นผลงานชิ้นใหม่หรือไม่ เนื่องจากมีแค่เพียงการแก้ไขเพียงเล็กน้อยหรือตัดแปลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้นจากงานเดิมจึงไม่ถือว่าเป็นการก่อให้เกิดผลงานชิ้นใหม่ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีสร้างงานชิ้นใหม่และเกิดจากความคิดริเริ่มของตนเอง ก็จะเป็นดังตัวอย่างต่อไปนี้ เช่น นักศึกษาวิชาศิลปะหลายคนต่างคนต่างวาดภาพวัดขึ้นมาพร้อมกัน แต่นักศึกษาแต่ละคนก็ต่างมีลิขสิทธิ์ในงานภาพที่ตนวาด แม้ว่าจะงานของทุกคนต่างคล้ายกัน ก็เป็นภาพของวัดก็ตามเพราะต่างก็ใช้ความรู้ความสามารถอุตสาหะของตนเองการวาดภาพว่าจะให้เป็นลักษณะและรายละเอียดเช่นใด⁷

⁵ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

⁶ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 31.

สาระสำคัญของงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับลิขสิทธิ์ ต้องเป็นงานที่ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยความคิดของตนเอง และไม่เป็นงานที่เกิดจากการลอกเลียนแบบหรือการดัดแปลงตัวงานอื่น ขอบเขตของความคิดสร้างสรรค์นั้น ต้องเกิดจากความพยายามที่จะสร้างผลงานนั้นขึ้นมาจากตนเอง เกิดจากการใช้ความสามารถทางด้านแรงงานทักษะ และฝีมือมากน้อยแค่ไหนถึงจะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ต้องอยู่กับว่าผลงานนั้นส่วนใหญ่เกิดจากความสามารถของเราที่ใช้ความคิดความสามารถในการสร้างผลงานขึ้นนั้นขึ้นมา และก็ต้องอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีต่าง ๆ ไป

ข) ต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ

องค์ประกอบอันสำคัญที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ คือจะต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏหรือต้องมีการแสดงออกมาให้ปรากฏซึ่งงานตามที่คุณสร้างสรรค์ได้คิดไว้ และต้องทำให้ปรากฏในรูปแบบอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ เช่นการทำให้เป็นหนังสือหรือภาพยนตร์ ถ้าเราเพียงแต่คิดที่จะทำการเขียนหนังสือหรือสร้างภาพยนตร์ขึ้น แต่ยังไม่ลงมือทำก็ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งลิขสิทธิ์ได้ เพราะเป็นเพียงแค่ว่าความคิดเนื่องจากยังไม่ได้มีการสร้างสรรค์ผลงานให้ขึ้นมามีรูปร่างขึ้น ถ้าจะทำให้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้นั้น ก็จะต้องมีการเขียนออกมาเป็นหนังสือหรือทำให้ภาพยนตร์ จะต้องมีการดำเนินการถ่ายทำแล้ว หรือมีผลงานเผยแพร่ออกสู่สาธารณะแล้ว ถึงจะมีลิขสิทธิ์ในผลงานนั้น ๆ นั้นเอง ถ้ามีคนมาคัดลอกผลงานของคุณที่มีรูปร่างที่เป็นหนังสือหรือภาพยนตร์ที่มีการถ่ายทำแล้วก็จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของคุณได้ แต่หากเพียงแค่เราคิดแล้วมีคนมาทราบถึงความคิดของเราไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แล้วไปทำเรื่องขึ้นใหม่โดยยึดโครงเรื่องเดิมจากเราเช่นนั้นก็ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นโดยทั่วไปเรียกลักษณะของการพิจารณาในเรื่องนี้ว่า “การแบ่งแยกระหว่างความคิดและการแสดงออก” โดยถือเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วงานใด ๆ ที่ได้มีการสร้างสรรค์ขึ้นจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อได้แสดงออกมาในรูปแบบที่เหมาะสมตามลักษณะงานแต่ละประเภท⁸

แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะไม่ได้กำหนดสาระสำคัญดังกล่าวสำหรับงานที่จะได้รับลิขสิทธิ์ไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคแรก ตอนท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด” และมาตรา 6 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอนกรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงานหรือแนวความคิดหลักการค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์” จะเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ไม่ให้ความคุ้มครองความคิด หรือแนวความคิดใด ๆ ไว้

⁸ เรื่องเดียวกัน, 34.

ค) ต้องเป็นงานที่กฎหมายกำหนด

องค์ประกอบของงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ นอกจากจะต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ และมีรูปร่างปรากฏแล้วงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดว่าจะให้ความคุ้มครองด้วย ตามที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 6 ได้กำหนดไว้เป็นงานประเภทใหญ่ ๆ แบ่งได้ 8 ประเภท ดังต่อไปนี้ คือ ต้องเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ⁹ ยกตัวอย่างเช่น งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

2.3 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ¹⁰

งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน¹¹ เมื่อพิจารณาความหมายของงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้วจะเห็นว่าช่องทางของการออกสู่สาธารณชนมีได้ 3 กรณีคือ

- 1) โดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง
- 2) โดยการแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์
- 3) โดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน

ความหมายของคำว่า “โดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน” มีความหมายเพียงใด จะหมายความรวมถึงการแพร่เสียงแพร่ภาพทั้งทางแบบไร้สาย (Wireless) และแบบใช้สาย (Wireline) หรือไม่ หรือจะมีความหมายแค่นี้เพียงใด เนื่องจากเทคโนโลยีการสื่อสารในปัจจุบันพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าความหมายของคำว่า “โดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน” ในนิยามของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ น่าจะหมายถึงการแพร่เสียงแพร่ภาพทั้งแบบไร้สาย (Wireless) และแบบใช้สาย Wireline เช่น การแพร่เสียงแพร่ภาพโดยทางเคเบิลทีวี หรือโดยทางส่งสัญญาณผ่านดาวเทียม หรือการส่งผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

⁹ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

¹⁰ สมพร พรหมพิตร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), 58.

¹¹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

2.4 องค์ประกอบของงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์

งานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นต้องมีองค์ประกอบ ดังนี้

1) การแสดงออกซึ่งความคิด

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ การแสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ซึ่งสามารถสื่อไปยังผู้อื่นได้ไม่ใช่เพียงความคิดเท่านั้น นอกจากนี้สิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้ความคุ้มครองนั้นจะหมายรวมถึง ขั้นตอน กรรมวิธี ระบบ วิธีใช้ ทำงาน แนวความคิด หลักการ การค้นพบ ทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์ ซึ่งการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่นด้วย ดังนั้นผู้สร้างสรรค์ที่จะมีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้ ต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิดในการสร้างสรรค์งาน แต่เนื่องจากการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมีลักษณะแตกต่างจากการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ๆ ตามมาตรา 6 เนื่องจากลักษณะของงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น เป็นงานที่ไม่อาจมีรูปร่างให้ปรากฏและเห็นได้ด้วยตาเปล่า แต่เป็นเพียงการกระจายเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพ โดยผ่านสื่อตัวนำในอากาศหรือเป็นกระแสไฟฟ้าผ่านทางเคเบิล การจัดการเพื่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพ จึงเป็นการก่อให้เกิดคลื่นหรือสัญญาณอันไม่อาจเห็นด้วยตาเปล่าหรือจับต้องได้ แต่เมื่อคลื่นหรือสัญญาณนั้นผ่านเข้าไปยังเครื่องรับวิทยุหรือเครื่องรับโทรทัศน์ จึงจะเกิดเสียงหรือภาพ หรือทั้งเสียงและภาพให้ปรากฏแก่สาธารณชนได้รับฟังหรือรับชม แต่กระนั้นการที่มีเสียงและภาพปรากฏนั้น ก็อาจถือว่าได้รับการแสดงออกซึ่งการสร้างสรรค์ดังกล่าวให้ปรากฏแล้วหรือเป็นการแสดงออกมาให้ปรากฏเป็นรูปร่างโดยปริยายแล้ว¹² ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีการแสดงออกซึ่งความคิด

2) ชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด” ดังนั้นงานสร้างสรรค์อันจะมีลิขสิทธิ์ได้จึงต้องเป็นงานประเภทใดประเภทหนึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา 6 ซึ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งตามที่มาตรา 6 บัญญัติไว้ จึงถือเป็นงานสร้างสรรค์ตามชนิดที่กฎหมายยอมรับ

¹² สมพร พรหมพิตร และศรีนิตา พรหมพิตร, คู่มือกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองธรรม, 2527), 76.

3) การสร้างสรรค์ด้วยตนเอง

งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์โดยตัวของผู้สร้างสรรค์เอง การสร้างงานด้วยตนเองมีความหมายว่า การสร้างสรรค์งานจากสิ่งที่เชื่อมโดยตรงระหว่างความคิดของผู้สร้างสรรค์กับผลงานที่เกิดจากการมือของเขา ซึ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ

ประการแรก คือ งานนั้นต้องเป็นงานที่มีที่มาหรือมีต้นกำเนิดจากผู้สร้างสรรค์ โดยผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์โดยตัวของตัวเอง และไม่ได้ลอกเลียนมาจากงานอื่นใด

ประการที่สอง คือ ผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความรู้ ความสามารถของตนพอสมควรแก่สภาพของการสร้างสรรค์งานนั้น แม้ทำงานนั้นจะมีที่มาจากงานอื่นก็ตาม ซึ่งการพิจารณาว่าผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความรู้ความสามารถของตนพอสมควรในการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ตามสภาพของการสร้างสรรค์หรือไม่ อาจพิจารณาได้จากทักษะ แรงงาน และความคิดสร้างสรรค์ในการสร้างงาน

4) งานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่างานที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อย่างเช่นงานที่ก่อให้เกิดความไม่สงบภายในประเทศ งานลามกอนาจาร จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

5) การสร้างสรรค์โดยการดัดแปลง

การดัดแปลงงานสร้างสรรค์ที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานที่ได้ดัดแปลงตามมาตรา 11¹³ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น จะต้องเป็นการดัดแปลงที่ให้อำนาจอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานเดิมด้วย หากเป็นการดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิม นอกจากผู้ดัดแปลงจะไม่ได้ลิขสิทธิ์ในงานที่ดัดแปลงแล้วยังอาจถือว่าการกระทำพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 11 ดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการดัดแปลงงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิมด้วย

6) การสร้างสรรค์โดยการรวบรวม

การรวบรวมหรือประกอบเข้ากันอันจะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามมาตรา 12¹⁴ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อาจเป็นการรวบรวมหรือประกอบเข้ากันจากงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่มีลิขสิทธิ์ก็ได้ ในกรณีที่รวบรวมหรือประกอบเข้ากันจากงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันจะได้ลิขสิทธิ์ในงานที่รวบรวมหรือประกอบเข้ากัน ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานของ

¹³ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

¹⁴ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

ผู้สร้างสรรค์เดิม¹⁵ ไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดยวิธีการใดก็ตาม ในการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ผู้สร้างสรรค์ที่จะมีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้ ต้องทำหรือก่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพขึ้น ด้วยความมุ่งหมายที่จะใช้ความคิดสร้างสรรค์ การตัดสินใจ ประสบการณ์ และความวิริยอุตสาหะ ร่วมกับเทคโนโลยีต่าง ๆ ในการดำเนินการถ่ายทอด เช่น การใช้ความคิดสร้างสรรค์ในมุมมองของ กล้อง หรือการใช้เทคนิคต่าง ๆ เพื่อถ่ายทอดภาพและเสียง ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายทอดงานที่เป็นงาน ลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งประเภทใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 หรือการถ่ายทอดงานอื่นใดที่กฎหมายไม่ ถือเป็นงานลิขสิทธิ์ ดังนั้นผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์โดยการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ จึงต้องเป็น ผู้ที่ดำเนินการถ่ายทอดงานดังกล่าวโดยตรง หรือเป็นผู้ทำการถ่ายทอดขึ้นต้นเท่านั้น หากเป็นการรับ สัญญาการถ่ายทอดต่อมาจากผู้ที่ดำเนินการถ่ายทอดโดยตรงแล้วนำออกแพร่เสียงแพร่ภาพอีกต่อ หนึ่ง เช่นนี้ผู้ที่รับสัญญาการถ่ายทอดจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วนำมาถ่ายทอดต่อไป ไม่ถือเป็นเจ้าของ ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

2.5 เงื่อนไขและวิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ สามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 กรณีได้แก่

กรณีที่ 1 กรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางาน กล่าวคือ หากงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยยังไม่มี การโฆษณา งานนั้นจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้สร้างสรรค์งานเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรืออยู่ในประเทศ ไทย หรือเป็นผู้มีสัญชาติหรืออยู่ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ ภาพนั้นขึ้น¹⁶

กรณีที่ 2 กรณีที่ได้มีการโฆษณาแล้ว กล่าวคือ งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นจะได้รับความ คุ้มครองต่อเมื่อ การโฆษณางานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นได้ทำเป็นครั้งแรกในประเทศไทย หรือใน ประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ในกรณี ที่การโฆษณางานแพร่เสียงแพร่ภาพครั้งแรกทำขึ้นในประเทศอื่นที่มีได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาซึ่ง ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อได้มีการโฆษณา ในประเทศไทย หรือประเทศภาคีอนุสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มี การโฆษณางานเป็นครั้งแรก¹⁷

¹⁵ สมพร พรหมพิตร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาลิขสิทธิ์.

¹⁶ มาตรา 8(1) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

¹⁷ มาตรา 8(2) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

2.6 วิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพอาจได้มาโดย 2 วิธีด้วยกันคือ ได้มาโดยการสร้างสรรค์งาน และได้ลิขสิทธิ์มาโดยการโอนโดยจะอธิบาย ดังต่อไปนี้

ก. ได้มาจากการสร้างสรรค์งาน

การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการเป็นผู้สร้างสรรค์งาน ผู้สร้างสรรค์ที่จะมีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้นั้น ต้องทำหรือก่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพขึ้นด้วยความมุ่งหมายที่จะแปรจินตภาพทางศิลปะ วรรณคดี และวิทยาการร่วมกับการใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ ในการดำเนินการก่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น และได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ไม่ว่าจะเป็นด้านแรงงานเงินทุน การตัดสินใจ และความวิริยะอุตสาหะ เพื่อถ่ายทอดงานนั้น ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายทอดงานที่เป็นงานลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งประเภทใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือการถ่ายทอดงานอื่นใดที่กฎหมายไม่ถือเป็นงานลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม

ข. ได้ลิขสิทธิ์มาโดยการโอน

มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักในการโอนลิขสิทธิ์ไว้ โดยมีสาระสำคัญว่า ลิขสิทธิ์สามารถโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ โดยจะโอนทั้งหมดหรือบางส่วน และจะกำหนดอายุการโอนไว้หรือตลอดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้ ทั้งนี้ การโอนลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน¹⁸ หากไม่ทำเป็นหนังสือจะถือเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือเป็นแบบแห่งนิติกรรม¹⁹ เช่นนี้แล้ว การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยการโอนลิขสิทธิ์ย่อมสามารถกระทำได้ภายใต้มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เช่นเดียวกันกับการโอนลิขสิทธิ์ประเภทอื่น กล่าวคือ การโอนลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพก็ต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ การโอนลิขสิทธิ์นั้นจะแตกต่างจากการรับอนุญาตให้ใช้สิทธิ กล่าวคือการโอนลิขสิทธิ์นั้นเป็นการทำให้สิทธิในความเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์นั้นหมดไป แต่การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นเป็นเพียงแต่การให้ผู้อื่นมีสิทธิที่จะทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามที่ตกลงกัน แต่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยังคงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ ซึ่งอาจอนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำ ดัดแปลงนำออกโฆษณาอีกก็ได้²⁰

¹⁸ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

¹⁹ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), 49.

²⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ชุดย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์, 115.

จะเห็นได้ว่าการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ (Licensing) นี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ เพราะฉะนั้นผู้อนุญาต (Licensor) และผู้รับอนุญาต (Licensee) ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เช่นเดียวกับการโอนลิขสิทธิ์แต่อย่างใด คู่กรณีอาจตกลงกันโดยวาจาก็ได้²¹ นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5395/2546²² ได้วางหลักในเรื่องของผู้เสียหายที่จะมีสิทธิดำเนินคดีกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายได้ โดยมีสาระสำคัญว่า หากไม่ใช่ผู้รับโอนลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องแล้ว ผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดี จะต้องเป็นผู้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผู้รับอนุญาตใช้สิทธิเด็ดขาดเท่านั้น จึงจะถือเป็นผู้เสียหายและมีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีได้

3) สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในมาตรา 4 ว่า ลิขสิทธิ์ หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น และตามมาตรา 15²³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้วางหลักว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการ ได้แก่ ทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น และ อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งที่มีความคุ้มครองตามมาตรา 4 และ 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ข้างต้น จึงมีสิทธิดังต่อไปนี้

ก. สิทธิในการทำซ้ำ

ทำซ้ำ หมายความว่า รวมถึง คัดลอกไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพจากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณา ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน²⁴ เมื่อนำความหมายของการทำซ้ำมาพิจารณากับงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว ยกตัวอย่างการทำซ้ำงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้ดังนี้เช่น การใช้เครื่องบันทึกทำการบันทึก ละคร ภาพยนตร์ รายการโทรทัศน์ รวมถึงการบันทึกการถ่ายทอดสดการแข่งขัน กีฬาที่แพร่เสียงแพร่ภาพทางสถานีโทรทัศน์ เป็นต้น

ข. สิทธิในการดัดแปลง

การดัดแปลง หมายความว่า การทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้

²¹ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, 54.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5395/2546 ระหว่าง บริษัท โรส วิดีโอ จำกัด โจทก์ และบริษัท เซเวน มีเดีย เอ็นเตอร์เทนเมนต์ จำกัด กับพวกจำเลย.

²³ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

²⁴ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน²⁵ เมื่อนำความหมายของการดัดแปลงมาพิจารณากับงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ยกตัวอย่างการดัดแปลงงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้ดังนี้เช่น การที่ผู้ประกอบการทีวีดาวเทียมได้ทำการบันทึกการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลของช่อง True Vision ที่ถ่ายทอดสดและได้รับอนุญาตให้ถ่ายทอดจากผู้จัดงานแล้ว เพื่อนำมาออกอากาศโดยได้นำมาตัดต่อใหม่ เช่นนี้ ถือเป็นการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมงานแพร่เสียงแพร่ภาพอันเข้าข่ายเป็นการดัดแปลงงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้ว

ค. สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

เผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้างการจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น²⁶ เมื่อนำความหมายของการเผยแพร่ต่อสาธารณชน มาพิจารณากับงานแพร่เสียงแพร่ภาพ พอที่จะยกตัวอย่างการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การเปิดให้ผู้คนรับชมการถ่ายทอดรายการโทรทัศน์ที่แพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้สถานที่ในการรวมตัวของสาธารณชนที่มากหรือนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นสถานที่แห่งเดียวกันก็ได้

ง. สิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น มีสิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น กล่าวคือเป็นการที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดให้ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นยกประโยชน์แก่ผู้อื่น เช่น ยกรายได้ให้องค์กรการกุศล²⁷ หรือสถานีโทรทัศน์มอบรายได้จากการถ่ายทอดสดกีฬาให้สถานศึกษา เป็นต้น

จ. สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ กล่าวคือ อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา 15 (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็น การจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ ทั้งนี้ การอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวอาจทำได้ใน 3 ลักษณะ คือ การอนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน และในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement)²⁸ อาจมีทั้งแบบสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด (Exclusive License) หรือจะเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด (Non-exclusive License) ก็ได้

²⁵ เรื่องเดียวกัน.

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

²⁷ วัส ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), 20.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, 27.

ส่วนในกรณีของงานแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าว เป็นงานอันเกี่ยวกับสิทธิข้างเคียง หรือเรียกอีกอย่างว่าเป็นงานสืบเนื่อง ซึ่งเป็นงานที่เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการลงทุนเป็นสำคัญ โดยอาจกล่าวได้ว่างานสิทธิข้างเคียง หรืองานสืบเนื่อง เป็นรูปแบบหนึ่งของงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงงานเริ่มแรก อันเป็นงานพื้นฐานดั้งเดิมที่มีอยู่ ซึ่งได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น งานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม หรืองานที่ตกเป็นสมบัติของสาธารณะมาสร้างสรรค์งานในรูปแบบใหม่ ๆ โดยนำเทคโนโลยีมาเป็นส่วนประกอบในการสร้างสรรค์งานดังกล่าว

ซึ่งจะสามารถอธิบายเรื่องสิทธิข้างเคียง (Neighboring Rights) ได้ดังนี้ สิทธิข้างเคียง หรือ Neighboring Rights เป็นสิทธิที่คล้ายคลึงใกล้เคียงกับลิขสิทธิ์ เช่น สิทธิของนักแสดง ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่ถ่ายทอดงานอันมีลิขสิทธิ์ให้แก่สาธารณชนได้รับชม ฟัง เช่น ผู้แสดง นักดนตรี นักร้อง นักเต้น นักรำ และผู้แสดงท่าทาง ร้อง กล่าว พากย์ ฯ เช่นนี้นักแสดงจะได้รับการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเกี่ยวกับการแสดงของตน คือ

- (1) แพร่เสียงแพร่ภาพ หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในการแสดงของตน
- (2) บันทึกลงการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้
- (3) ทำซ้ำสิ่งที่บันทึกการแสดง ที่บันทึกไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือได้รับอนุญาตเพื่อวัตถุประสงค์อื่น หรือสิ่งบันทึกการแสดงที่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดสิทธิของนักแสดง

จากการศึกษาทำให้ทราบว่าปัญหาทางกฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับงานแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบ OTT ยังมีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจอยู่หลายประการ โดยอธิบายได้ดังนี้

2.7 กรณีปัญหาการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบ OTT ²⁹

2.7.1 การทำซ้ำงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำในกรณี³⁰ ดังต่อไปนี้

2.7.1.1 การจัดการจัดทำสื่อบันทึกวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ตามมาตรา 29 (1) ตัวอย่างเช่น กรณีการจัดการจัดทำสื่อบันทึกวัสดุ ภาพยนตร์สิ่งบันทึกเสียง โดยการใช้อุปกรณ์ บันทึกการถ่ายทอดต่าง ๆ ที่ออกอากาศทางโทรทัศน์ หรือวิทยุ เช่น ละคร รายการการแข่งขันประกวดร้องเพลง การแข่งขันกีฬา เกมส์ โชว์ เป็นต้น

²⁹ นิวัฒน์ มีลาภ, กฎหมายลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), 15.

³⁰ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

ส่วนกรณีการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นกรณีที่มีการถ่ายทอดสดรายการต่าง ๆ รวมทั้งการถ่ายทอดต่อจากการถ่ายทอดของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่มีการบันทึกงานนั้นไว้ก่อน เป็นการกระทำในลักษณะของการถ่ายทอดสัญญาณต่อไปอีกจุดอื่นอีกทอดหนึ่ง ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของการทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ซึ่งการถ่ายทอดสัญญาณต่อไปจุดอื่นนั้น จะต้องเป็นการถ่ายทอดในเวลาเดียวกัน

2.7.1.2 การแพร่ภาพแพร่เสียงซ้ำ ตามมาตรา 29 (2) เป็นการเผยแพร่ภาพและเสียง หรือการเผยแพร่แต่เสียงหรือภาพซ้ำไม่ว่าจะเป็นบางส่วนหรือทั้งหมดจากงานที่มีการบันทึกไว้ก่อนแล้ว โดยที่มิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพเดิม ลักษณะของการแพร่เสียงแพร่ภาพตามมาตรา 29 (2) จะต้องมีการนำเอางานที่ได้บันทึกไว้แล้วไม่ว่าในรูปแบบใด หรือใครเป็นผู้บันทึกก็ตามออกแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น การนำรายการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาที่ได้เคยแพร่เสียงแพร่ภาพไปแล้วมาแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำอีกครั้งหนึ่งโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือการนำเทปบันทึกภาพการแสดงหรือละครที่ออกอากาศไปแล้วมาออกอากาศซ้ำอีก ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น

2.7.2 กรณีการดัดแปลงงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการดัดแปลงในกรณี³¹ ดังต่อไปนี้

2.7.2.1 การดัดแปลงโดยการจัดโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ตามมาตรา 29 (1) ตัวอย่างเช่น การดัดแปลงงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่มีลักษณะเป็นการทำซ้ำแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ เช่น กรณีการดัดแปลงรายการข่าวต่าง ๆ ที่ออกอากาศทางสถานีวิทยุมาแก้ไขเนื้อหาข่าว หรือเพิ่มเติมเนื้อหาลงไปในช่วงต้นฉบับและทำการบันทึกเสียงใหม่ลงในวัสดุที่สามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีก ก็ถือเป็นการดัดแปลงแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นการดัดแปลงสิ่งบันทึกเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

2.7.2.2 การดัดแปลงโดยการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ตามมาตรา 29 (2) เช่น การแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำโดยมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมงานที่ได้บันทึกไว้แล้ว เช่น หากสถานีโทรทัศน์ ช่อง 3 ได้รับอนุญาตในการถ่ายทอดสดการแข่งขันชกมวย แล้วต่อมาช่อง 7 ได้ทำการบันทึกการถ่ายทอดสดการแข่งขันชกมวยของช่อง 3 เพื่อนำมาออกอากาศในภายหลัง โดยได้ตัดต่อใหม่ และได้จัดให้มีผู้บรรยายแข่งขันในขณะที่ออกอากาศใหม่ด้วย ถือเป็นการกระทำต่องานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยการจัดทำ

³¹ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

เป็นงานโสตทัศนวัสดุ และเมื่อช่อง 7 ได้นำงานที่ตัดต่อแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมาออกอากาศซ้ำ จึงถือเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำโดยมีการดัดแปลงงานแพร่เสียงแพร่ภาพ³²

2.7.2.3 กรณีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน คือ การทำให้งานอันมีลิขสิทธิ์ปรากฏต่อสาธารณชน ซึ่งไม่รวมถึงกระทำเพื่อบุคคลในครอบครัว กรณีเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ตัวอย่างเช่น การที่สถานีวิทยุออกอากาศรายการข่าวไปแล้ว ได้มีการบันทึกเทปแล้วนำมาเปิดซ้ำอีกครั้งหนึ่ง หรือสถานีโทรทัศน์ออกอากาศละครไปแล้ว ได้มีการบันทึกแล้วนำไปออกอากาศในช่องทางอื่น ๆ ซ้ำอีก เช่น ยูทูบ เฟซบุ๊ก หากเป็นการกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาต ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้งานแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบ OTT จะมีรูปแบบและลักษณะที่แตกต่างกัน แต่หากเป็นวิธี การทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ก็ยังมีวิธีการเช่นเดียวกัน เช่น การบันทึกเสียง การบันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพจากต้นฉบับ หรือจากสำเนาของงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านทางวิทยุโทรทัศน์ หรือระบบ OTT ซึ่งการทำซ้ำกรณีดังกล่าว หากได้กระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

2.8 กรณีปัญหาการละเมิดแก่นงานแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบ OTT

2.8.1 กรณีการจัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง เป็นการบันทึกการที่มีการแพร่เสียงแพร่ภาพ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน เป็นการทำให้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างหนึ่งโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่ เช่น การบันทึกการถ่ายทอดการประกวดนางงามจักรวาล การแข่งฟุตบอลโลก การแข่งรถ หรือรายการต่าง ๆ ที่ถ่ายทอดทางโทรทัศน์ โดยบันทึกลงในวัสดุไม่ว่าจะมีลักษณะอย่างใดอันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีก โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น เช่น เทป แผ่นซีดี แผ่นดีวีดี เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการทำซ้ำแก่นงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่ ถ้าเป็นการจัดทำโสตทัศนวัสดุขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต จะถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

ส่วนการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นการกระทำในลักษณะของการถ่ายทอดสัญญาณต่อไปอีกจุดอื่นอีกทอดหนึ่ง ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น การถ่ายทอดสัญญาณต่อไปจุดอื่นนั้น จะต้องเป็นการถ่ายทอดในเวลาเดียวกัน หากมีการจัดทำขึ้นตามข้างต้นถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

³² มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

2.8.2 กรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ เป็นการเผยแพร่ภาพและเสียงซ้ำ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่ออกอากาศไปแล้ว และได้บันทึกงานนั้นไว้และนำงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมาเผยแพร่ซ้ำอีกครั้ง ซึ่งงานดังกล่าวอาจจะถูกบันทึกโดยผู้ที่นำงานแพร่เสียงแพร่ภาพออกเผยแพร่ หรือถูกบันทึกโดยบุคคลอื่นก็ได้ เช่น การนำรายการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาที่ได้เคยแพร่เสียงแพร่ภาพไปแล้ว มาแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำอีกครั้งหนึ่ง โดยมีได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือการนำเทปบันทึกภาพการแสดงหรือละครที่ออกอากาศไปแล้วมาออกอากาศซ้ำอีก ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นเดียวกัน

2.8.3 กรณีการนำงานประเภทต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยการทำให้ปรากฏด้วยเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพ โดยที่การจัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น จะต้องเป็นการทำโดยมีการเรียกเก็บเงิน หรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้าด้วย จึงจะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ แต่หากเป็นการจัดให้ประชาชนได้ชมหรือฟัง โดยไม่ได้เก็บค่าชมหรือฟังหรือหาผลประโยชน์ใด ๆ แล้วย่อมไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

2.9 การคุ้มครองสิทธินักแสดงในงานแพร่เสียงแพร่ผ่านระบบ OTT

การคุ้มครองสิทธินักแสดงในงานแพร่เสียงแพร่ผ่านระบบ OTT นั้นภายใต้ WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) 1996 ได้กำหนดสิทธิของนักแสดงไว้หลายประการ อธิบายได้ดังต่อไปนี้

1) ธรรมสิทธิ (Moral Rights)³³ นักแสดงต้องมีสิทธิในการกล่าวอ้างว่าเป็นผู้แสดง และปฏิเสธการบิดเบือน ปรับ หรือเปลี่ยนแปลงการแสดงของตน ซึ่งอาจนำมาซึ่งความเสื่อมเสียชื่อเสียงของตัวผู้แสดง (ข้อ 5 ใน WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) 1996)

2) สิทธิในการทำซ้ำ (Right of Reproduction) นักแสดงต้องมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการอนุญาตให้มีการทำซ้ำสิ่งบันทึกเสียง ทั้งโดยตรงหรือทางอ้อม ไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม (ข้อ 7 ใน WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) 1996)

3) สิทธิในการจำหน่าย (Right of Distribution) นักแสดงต้องมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการอนุญาตให้นำต้นแบบหรือสำเนาของสิ่งบันทึกเสียงไปเผยแพร่ต่อสาธารณะ โดยการขาย หรือโอนสิทธิความเป็นเจ้าของ (ข้อ 8 ใน WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) 1996)

³³ วัศ ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2551), 125-126.

4) สิทธิในการให้เช่า (Right of Rental) นักแสดงต้องมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการอนุญาตให้เช่าต้นฉบับและสำเนาของสิ่งบันทึกเสียง แม้ว่าจะเป็นการให้เช่าหลังจากที่นักแสดง หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตได้จำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงดังกล่าวไปแล้วก็ตาม (ข้อ 9 ใน WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) 1996)

5) สิทธิในการทำให้ปรากฏต่อสาธารณะ (Rights of Making Available of Fixed Performances) นักแสดงต้องมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการอนุญาตให้นำสิ่งบันทึกเสียงไปเผยแพร่ต่อสาธารณะ ไม่ว่าด้วยวิธีทางสายหรือไร้สาย ในลักษณะที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ จากสถานที่และในเวลาที่เขาเลือกเองได้ (ข้อ 10 ใน WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) 1996)

ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้นิยามของนักแสดงไว้ว่า นักแสดงหมายถึง ผู้แสดง นักดนตรี นักร้อง นักเต้น และผู้ซึ่งแสดง ร้อง ประกาศ อ่าน สวมบทบาท ตีความ หรือการแสดงอื่นใด ซึ่งงานวรรณกรรม ศิลปกรรม³⁴ และการแสดงออกซึ่งชนบธรรมเนียมพื้นบ้าน (Expression of Folklore)³⁵ ซึ่งเดิมทีนั้นการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์มีเพียงในงานวรรณกรรมและงานศิลปกรรมเท่านั้น แต่ต่อมาได้มีการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานต่างๆเพิ่มเติม ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม งานภาพยนตร์ และงานนาฏกรรม เป็นต้น และงานบางอย่างไม่อาจเข้าถึงสาธารณชนได้โดยตรงด้วยตัวงานนั่นเอง แต่ต้องผ่านสื่อกลางเพื่อถ่ายทอดงานนั้นให้แสดงออกไปซึ่งสื่อกลางที่สำคัญนั้นก็คือ “นักแสดง”

นักแสดงจะเป็นผู้ที่ถ่ายทอดการแสดงโดยผ่านบุคลิกและลักษณะความเป็นตัวตนของตนเอง ด้วยความวิริยะอุตสาหะ และด้วยการทุ่มเทแรงกายรวมทั้งกำลังสมอง ในการตีความบทเพื่อถ่ายทอดการแสดงให้ออกมาสู่สาธารณชนอย่างลึกซึ้งที่สุด ลักษณะดังกล่าวนี้จึงทำให้นักแสดงมีความคล้ายคลึงกับผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์อันนำมาซึ่งแนวคิดที่จะคุ้มครองนักแสดงในฐานะสิทธิข้างเคียง (Related Rights หรือ Neighboring Rights)³⁶ นั่นเอง

แน่นอนว่าการได้รับความคุ้มครองในฐานะสิทธิข้างเคียงนั้น ย่อมไม่อาจเทียบเท่ากับความคุ้มครองที่ให้ในฐานะลิขสิทธิ์ การให้ความคุ้มครองแก่นักแสดงในฐานะสิทธิข้างเคียงสามารถแยกสิทธิออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ สิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) และสิทธิของผู้สร้างสรรค์ใน

³⁴ Article 3 of the Rome Convention.

³⁵ Article 2 of the WPPT 1996.

³⁶ สิทธิข้างเคียง ได้แก่ นักแสดง ผู้จัดทำโสตทัศนวัสดุและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพแต่สำหรับประเทศไทยนั้นได้มอบความคุ้มครองแต่เฉพาะสิทธิข้างเคียงแก่นักแสดงเท่านั้น.

ฐานะนักแสดง (Moral Rights of Performers) โดยสิทธิในทางเศรษฐกิจนั้น จำกัดขอบเขตของสิทธิในฐานะสิทธิข้างเคียงไว้เพียงแค่ 3 ลักษณะคือ

- 1) สิทธิในการทำซ้ำ
- 2) สิทธิในการนำออกแสดงต่อสาธารณะ
- 3) สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพส่วนสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในฐานะนักแสดง

2.10 การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังจะกล่าวต่อไปนี้เป็น

2.10.1 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง

หลักเกณฑ์การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงความหมายว่า การกระทำซึ่งได้กระทำโดยตรงกับงานลิขสิทธิ์ดังกล่าว นั้น โดยไม่ได้ขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ กล่าวคือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำต่อไปนี้

- 1) ในงานทั่วไป ได้แก่ ทำซ้ำ หรือดัดแปลง
- 2) ในงานโสตทัศนวัสดุ หรือ ภาพยนตร์ ได้แก่ ทำซ้ำ หรือดัดแปลง นำออกโฆษณา (นำออกโฆษณาเฉพาะภาพ หรือเฉพาะเสียง หรือทั้ง 2 อย่าง โดยไม่ได้รับอนุญาตก็เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์)
- 3) ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ได้แก่ จัดทำภาพยนตร์ โสตทัศนวัสดุ หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ จัดให้ประชาชนฟังและ/หรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงิน หรือผลประโยชน์ในทางการค้า

2.10.2 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม

หลักเกณฑ์การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมมีความหมายว่า การกระทำใด ๆ เพื่อให้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงนั้น ได้แพร่กระจายออกไป หรือเรียกง่าย ๆ ว่าเป็นการกระทำที่รับช่วงมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง และนำผลงานของการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไปกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ เผยแพร่ต่อสาธารณชน³⁷ แจกจ่ายในลักษณะที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และนำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้น

ดังนั้น หลักเกณฑ์การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม กฎหมายจึงได้กำหนดไว้ว่าผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่า งานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้น เพื่อหากำไรให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

³⁷ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์.

- 1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ
- 2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- 3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
- 4) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร

กล่าวคือ นอกจากที่ได้วางหลักการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงไว้ในมาตรา 27 แล้วยังมีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงอีกในงานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย ดังจะกล่าวต่อไปว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายความว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- 1) จัดทำสตูดิโอทัศน์ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน
- 2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน
- 3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า³⁸

กล่าวคือ นอกจากที่ได้วางหลักการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงไว้ในมาตรา 27 แล้วยังมีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงอีกในงานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วยดังจะกล่าวต่อไปนี้

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสตูดิโอทัศน์ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียงหมายความว่า การกระทำได้ดังต่อไปนี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งนี้ไม่ว่าในส่วนที่เป็นเสียง และ

- 1) ทำซ้ำ หรือดัดแปลง
- 2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

2.11 ข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

พ.ศ. 2537 สามารถแบ่งแยกออกเป็นข้อได้ดังนี้³⁹

ข้อยกเว้นทั่วไปกำหนดว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

³⁸ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

³⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, 78.

พระราชบัญญัติบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ว่า ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ต่อไปนี้

- 1) วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร เช่น การบันทึกการรายการสารคดีชีวิตสัตว์โลกที่ออกอากาศทางโทรทัศน์มาใช้ในการวิจัยเกี่ยวกับสัตว์
- 2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท⁴⁰ เช่น การบันทึกละครที่ออกอากาศทางโทรทัศน์เพื่อนำมารับชมในครอบครัวในภายหลัง
- 3) ดิจิตอล วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น เช่น การเทปบันทึกภาพการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาที่ออกอากาศทางโทรทัศน์มาวิเคราะห์วิจารณ์ และให้ความเห็นโดยมีอ้างอิงแหล่งที่มาว่าได้รับการเอื้อเฟื้อภาพจากสถานีโทรทัศน์ช่องใด
- 4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- 5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล หรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- 6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- 7) เพื่อใช้ ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอน หรือสถาบันการศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียน หรือในสถาบันการศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- 8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- 9) การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุด
- 10) การทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการ โดยเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย

2.12 อายุแห่งการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพ⁴¹

อายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ประเภทที่หนึ่ง คือ อายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานทั่วไป ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม จะมีอายุการคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ประเภทที่สอง คือ อายุแห่งการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์บางประเภท ได้แก่ ภาพถ่าย โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และศิลปประยุกต์ และอายุ

⁴⁰ มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

⁴¹ สมพร พรหมพิตราร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาลิขสิทธิ์, 56.

การคุ้มครองกรณีงานที่ได้สร้างสรรค์โดยการจ้าง หรือตามคำสั่ง หรือในความควบคุมของหน่วยงานของรัฐหรือของท้องถิ่นมีอายุ 50 ปี นับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้น

ในกรณีผู้สร้างสรรค์ร่วม ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์มีตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ร่วม และให้มีอยู่ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตามหากผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วมทุกคนถึงแก่ความตายก่อนมีการโฆษณางานนั้น ให้มีอายุแห่งการคุ้มครอง 50 ปี นับแต่ได้มีการโฆษณางานนั้นเป็นครั้งแรก ในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เป็นนิติบุคคล และกรณีผู้สร้างสรรค์ใช้นามแฝง หรือไม่ปรากฏชื่อผู้สร้างสรรค์ก็เช่นกันลิขสิทธิ์จะมีอายุ 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา แต่ถ้ามีการโฆษณาในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 50 ปี นับแต่ได้มีการโฆษณางานนั้นเป็นครั้งแรก

ในส่วนอายุแห่งการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งจัดอยู่ในประเภทที่สองนั้น ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพจึงมีอายุ 50 ปี นับแต่ได้สร้างสรรค์งาน⁴² นั้นขึ้น แต่ถ้าได้มีการโฆษณางานนั้นในระหว่างระยะเวลาดังกล่าว ให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 50 ปี นับแต่ได้มีการโฆษณาครั้งแรก

ในกรณีของการโฆษณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 24 อายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะเริ่มนับต่อเมื่อการโฆษณา⁴³งานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นทำขึ้นด้วยความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย หากมีผู้แอบนำงานแพร่เสียงแพร่ภาพออกไปเผยแพร่โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ความยินยอม อายุแห่งการคุ้มครองจะไม่เริ่มนับ นอกจากนั้นตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หากวันครบกำหนดอายุแห่งการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพใดไม่ตรงกับวันสิ้นปีปฏิทิน หรือไม่ทราบวันครบกำหนดที่แน่นอน อายุแห่งการคุ้มครองจะสิ้นสุดลงในวันสิ้นปีปฏิทินนั้น ซึ่งคือวันที่ 31 ธันวาคม ของปีสุดท้าย

2.13 ประโยชน์ของลิขสิทธิ์

1) เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และมีสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น ดังนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิ์ ทำซ้ำ หรือดัดแปลง จำหน่าย ให้เช่า คัดลอก เลียนแบบ ทำสำเนา การทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ์ของตนทั้งหมด หรือแต่บางส่วนก็ได้ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม

⁴² สร้างสรรค์ คือ งานที่เกิดจากการเกิดจากการคิดริเริ่มในการทำงานนั้นหรืองานอันมีลิขสิทธิ์อยู่แล้วก็ตาม.

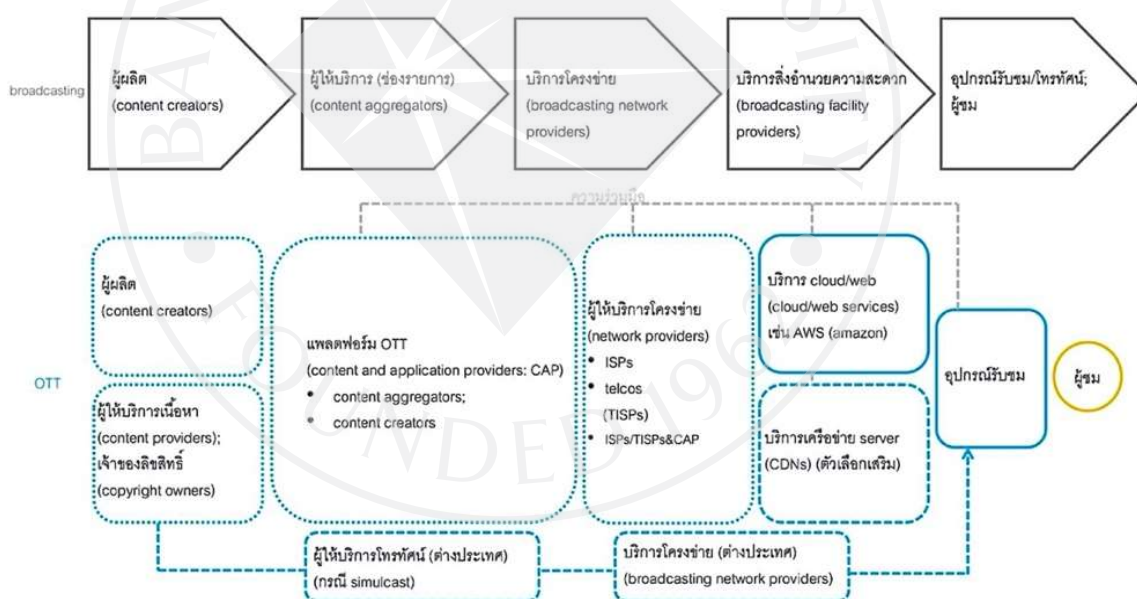
⁴³ การโฆษณา คือ การนำเสนอจำลองของงานไม่ว่าในรูป หรือลักษณะอย่างใดที่สร้างขึ้นด้วยความยินยอมของผู้สร้างสรรค์ออกจำหน่ายโดยสำเนาจำลองนั้นมีปรากฏต่อสาธารณะชนเป็นจำนวนมากพอสมควรตามสภาพของงานนั้น.

2) การคุ้มครองสิทธิ์ในผลงานลิขสิทธิ์มีผลให้เกิดแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานที่เป็นประโยชน์ มีคุณค่าทางวรรณกรรมและศิลปกรรมออกสู่ตลาดให้มากขึ้น ส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับความรู้ความบันเทิง และได้ผลงานที่มีคุณภาพ

2.14 ที่มาหรือวิวัฒนาการของการบริการในรูปแบบโทรทัศน์จนถึงรูปแบบ OTT ในปัจจุบัน

ธุรกิจบริการ OTT เป็นธุรกิจประเภทใหม่ที่เกิดขึ้นมาในยุคของการหลอมรวมทางเทคโนโลยี และมีความผสมกันระหว่างการเป็นกิจการโทรทัศน์และการเป็นกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้เข้าใจถึงที่มาของธุรกิจบริการ OTT จึงจะกล่าวถึงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแบบดั้งเดิม อันเป็นฐานของการเกิดขึ้นของธุรกิจบริการ OTT ก่อนที่จะอธิบายถึงธุรกิจบริการ OTT ต่อไป ดังนี้

ภาพที่ 2.1: กิจการโทรทัศน์แบบดั้งเดิม และการบริการในรูปแบบ OTT



ที่มา: Thomson Foundation. (2561). รายงานโครงการอบรมหลักสูตร Broadcast Regulatory Workshop. สืบค้นจาก <https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/590800000002.pdf>.

การประกอบกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแบบดั้งเดิม

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันสื่อหลักที่ประชาชนใช้ในการสื่อสารและบริโภคสื่อมี 2 ประเภท ได้แก่ 1) กิจการโทรทัศน์ และ 2) กิจการโทรคมนาคม โดยกิจการทั้งสองประเภทนี้ จากเดิมรัฐเป็นผู้ให้บริการเองเนื่องด้วยบริบททางการเมือง และเหตุผลเกี่ยวกับการเป็นภารกิจของรัฐในการให้บริการข้อมูลข่าวสาร และการติดต่อสื่อสารพื้นฐานแก่สาธารณชน โดยอาศัยคลื่นความถี่ ซึ่งเดิมถือเป็นสมบัติและเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐแต่เพียงผู้เดียวในการให้บริการ อย่างไรก็ตาม ต่อมาเอกชนได้เริ่มเข้ามามีบทบาทในการให้บริการทั้งในกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม โดยเริ่มจากการให้บริการในฐานะผู้รับสัมปทานจากรัฐ จนกระทั่งต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ถือเป็นสมบัติของประเทศไทยและประชาชน และในการจัดสรรคลื่นความถี่ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อใช้ในกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของคลื่นความถี่ และให้มีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระเป็นผู้จัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับดูแลการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ที่ได้รับการจัดสรรในแง่ต่างๆ จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการให้บริการกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมจากระบบสัมปทาน มาเป็นระบบการออกใบอนุญาตในที่สุด โดยทั้งกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทยต่างมีความเป็นมาและลักษณะการประกอบกิจการที่ต่างกัน ซึ่งจะแยกอธิบาย ดังนี้

2.14.1 การประกอบกิจการโทรทัศน์แบบดั้งเดิม

“โทรทัศน์” หมายถึง การถ่ายทอดเสียงและภาพพร้อมกันจากสถานที่หนึ่งหรือเครื่องส่งไปยังอีกสถานที่หนึ่งหรือเครื่องรับ โดยเครื่องดังกล่าวจะเปลี่ยนสัญญาณภาพและเสียง เป็นคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเพื่อถ่ายทอดออกไป เรียกว่าเครื่องส่งโทรทัศน์ และเครื่องที่เปลี่ยนคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้ากลับเป็นสัญญาณภาพและเสียงดั้งเดิม เรียกว่าเครื่องรับโทรทัศน์⁴⁴

การเริ่มต้นของโทรทัศน์เกิดขึ้นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2416 โดยนายลีโอนาร์โด เมย์ พนักงานโทรเลขชาวไอร์แลนด์ได้ค้นพบสารเซเลเนียมที่มีคุณสมบัติในการเปลี่ยนพลังงานแสงให้เป็นพลังงานไฟฟ้า และทำให้เกิดความคิดในการเปลี่ยนสัญญาณภาพให้เป็นสัญญาณทางไฟฟ้า และได้มีการคิดค้นและพัฒนาระบบการรับ และการส่งสัญญาณภาพจนกระทั่งเกิดการแพร่ภาพโทรทัศน์ขาว-ดำ เป็นครั้งแรกของโลก คือ ประเทศสหราชอาณาจักร ในปี พ.ศ. 2479 และการแพร่ภาพโทรทัศน์สีเป็นครั้งแรกของโลกที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใน ปี พ.ศ. 2497⁴⁵

⁴⁴ อลิษา ทาทองมา, บทบาทหน้าที่ของผู้สื่อข่าวสายสังคมสิ่งแวดล้อมของสถานีโทรทัศน์สีกองทัพบก ช่อง 7 (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550).

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน.

สำหรับในประเทศไทยยุคที่ถือว่าเป็นยุคแรกของโทรทัศนไทยเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2495 สมัยรัฐบาล จอมพล ป. พิบูลสงคราม โดยรัฐบาลได้จัดตั้งบริษัท ไทยโทรทัศน จำกัด เพื่อดำเนินกิจการสถานีโทรทัศนไทยทีวีช่อง 4 ซึ่งเป็นสถานีโทรทัศนแห่งแรกในประเทศไทย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นสื่อของรัฐและใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองเป็นหลัก และนับจากการจัดตั้งสถานีโทรทัศนแห่งแรกดังกล่าว การให้บริการโทรทัศนในประเทศไทยก็มีความเกี่ยวข้อง และมีเหตุผลเบื้องหลังทางการเมือง โดยมีรัฐเป็นผู้ควบคุมและเป็นผู้ให้บริการแต่เพียงผู้เดียวมาโดยตลอด จนกระทั่งเริ่มมีการเปิดให้เอกชนเข้ามาดำเนินการกิจการโทรทัศน โดยการให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชนรายแรก คือ บริษัท กรุงเทพโทรทัศนและวิทยุ จำกัด ในปี พ.ศ. 2510 เพื่อดำเนินกิจการสถานีโทรทัศนสีกองทัพบก ช่อง 7 และการให้สัมปทานแก่บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด เพื่อดำเนินกิจการสถานีวิทยุโทรทัศนไทยทีวีสีช่อง 3 ในปี พ.ศ. 2513 และต่อมาในปี พ.ศ. 2540 ได้เปลี่ยนจากระบบสัมปทานมาเป็นระบบใบอนุญาตในที่สุด

ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 41 กำหนดให้ผู้ประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติฯ ซึ่งการยื่นคำขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ กสทช. กำหนดไว้ แต่กรณีเป็นการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงหรือ กิจการโทรทัศน์ที่เป็นการประกอบกิจการทางธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการประกอบ กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ให้คัดเลือกโดยวิธีการประมูล

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและ กิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 พบว่ามีการแบ่งหลักเกณฑ์การกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์ออกเป็นสองส่วนใหญ่ ๆ ได้แก่ กิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่ และกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ โดยกรณีเป็นกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่นั้น คลื่นความถี่ที่ได้รับจัดสรรจะต้องเป็นช่วงคลื่นความถี่ที่ กสทช. กำหนดให้ใช้เพื่อประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ ส่วนในกรณีเป็นกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่นั้น เป็นกิจการโทรทัศน์ที่สามารถส่งสัญญาณโดยระบบอื่น โดยไม่ต้องขอรับอนุญาตใช้คลื่นความถี่อีก อย่างไรก็ตามการประกอบกิจการโทรทัศน์ทั้งสองประเภทต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการตามพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ฯ เช่นกัน และผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ ทั้งสองประเภทต่างมีหน้าที่ในการลงทุนสร้างโครงสร้างและระบบพื้นฐานในการให้บริการ และมีภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยแยกอธิบายดังนี้

1) กิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่

ด้วยเหตุที่กิจการโทรทัศน์เป็นบริการที่มีการรับส่งข้อมูลข่าวสาร ทั้งข้อมูลภาพและเสียงไปพร้อมกันโดยในการแพร่ภาพโทรทัศน์ (Television Broadcasting) ด้วยคลื่นความถี่วิทยุมีหลักการเบื้องต้นคือการที่เครื่องส่ง (Transmitter) ส่งสัญญาณภาพและเสียงพร้อมกับผสมสัญญาณรวมกับคลื่นวิทยุ แล้วกระจายสู่อากาศในรูปของคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าไปยังเครื่องรับ (Receiver) จากนั้นเครื่องรับจะทำการแยกสัญญาณและทำให้เป็นภาพปรากฏที่หน้าจอเครื่องรับโดยการแพร่ภาพโทรทัศน์แบ่งการทำงานออกเป็นสองประเภท ได้แก่ การแพร่ภาพโทรทัศน์แบบแอนะล็อก (Analog) และการแพร่ภาพโทรทัศน์แบบดิจิทัล (Digital)

ดังนั้น ในกรณีการให้บริการในกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่ เมื่อผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ได้รับอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ในการประกอบกิจการโทรทัศน์แล้ว ก่อนที่จะให้บริการเนื้อหารายการแก่ผู้รับชมได้ ผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์จะต้องสร้างโครงสร้างพื้นฐาน และระบบที่ใช้ในการแพร่ภาพโทรทัศน์ เพื่อให้สามารถแพร่ภาพโทรทัศน์ได้ตามหลักการการแพร่ภาพโทรทัศน์ดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ให้บริการต้องจัดตั้งสถานีเครื่องส่งโทรทัศน์ ซึ่งประกอบด้วยอุปกรณ์เครื่องส่งโทรทัศน์ที่ใช้ในการแปลงสัญญาณภาพและสัญญาณเสียงให้เป็นสัญญาณทางไฟฟ้า อุปกรณ์ขยายสัญญาณเพื่อนำสัญญาณภาพและสัญญาณเสียงที่แปลงแล้วไปผสมกับคลื่นความถี่วิทยุที่ทำหน้าที่เป็นสื่อตัวกลางในการส่งสัญญาณไปยังเครื่องรับ อุปกรณ์เสาส่งสัญญาณโทรทัศน์ และอุปกรณ์ระบบสายอากาศที่ใช้แพร่กระจายคลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์จากเครื่องส่งโทรทัศน์ไปยังเครื่องรับของผู้รับชมปลายทาง

นอกจากนี้ ต่อมาเทคโนโลยีในการแพร่ภาพโทรทัศน์ได้พัฒนาขึ้นจนมีการคิดค้นระบบการแพร่ภาพโทรทัศน์แบบดิจิทัล (Digital) ที่สามารถส่งสัญญาณและใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า เพื่อทดแทนการแพร่ภาพโทรทัศน์แบบแอนะล็อก (Analog) โดยการแพร่ภาพโทรทัศน์แบบดิจิทัลเป็นการส่งข้อมูลในรูปแบบสัญญาณดิจิทัล จึงทำให้สามารถส่งสัญญาณในหนึ่งช่องสัญญาณได้มากกว่าการแพร่ภาพโทรทัศน์แบบแอนะล็อก และเป็นการส่งสัญญาณที่ให้คุณภาพของภาพและเสียงดีกว่า ทำให้สามารถส่งสัญญาณโทรทัศน์ที่มีความละเอียดสูงได้ อีกทั้งยังมีระยะการส่งสัญญาณที่ไกลขึ้นและมีความเสถียรมากขึ้น โดยการจะแพร่ภาพโทรทัศน์ในระบบดิจิทัลได้จะต้องมีระบบโครงสร้างพื้นฐานที่เรียกว่าโครงข่ายโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัล (Multiplexer) เพื่อทำหน้าที่รวมสัญญาณโทรทัศน์ของช่องรายการโทรทัศน์หลาย ๆ ช่องรายการที่ส่งจากผู้ให้บริการกิจการโทรทัศน์รายต่าง ๆ เพื่อนำมาออกอากาศบนคลื่นความถี่ชุดเดียวกัน และในการนำสัญญาณโทรทัศน์เข้าสู่โครงข่ายโทรทัศน์ดังกล่าวผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์จะต้องชำระค่าบริการให้แก่ผู้ให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ระบบดิจิทัลด้วย

2) กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่

นอกจากกิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการโดยการส่งสัญญาณด้วยคลื่นความถี่ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีรูปแบบการส่งสัญญาณโทรทัศน์โดยระบบอื่นที่ไม่ได้ใช้คลื่นความถี่ด้วย ได้แก่กิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ประเภทต่าง ๆ ดังนี้

ก. การให้บริการโทรทัศน์ที่ส่งสัญญาณผ่านทางสายเคเบิล (Cable TV)

ซึ่งจะส่งสัญญาณโดยการแปลงสัญญาณภาพและเสียงของเนื้อหารายการและเข้ารหัสข้อมูลเป็นแบบสัญญาณดิจิทัล และส่งสัญญาณขึ้นดาวเทียม (Uplink) และกระจายสัญญาณ (Downlink) ซึ่งผู้ให้บริการจะใช้สายไฟเบอร์ออปติก (Fiber Optic) ร่วมกับสายโคแอกซ์ (Coaxial) ประกอบกันเป็นโครงข่ายเคเบิลใยแก้วเพื่อส่งสัญญาณให้กับผู้รับบริการที่เป็นสมาชิก และในภาคของการรับสัญญาณผู้รับบริการจะต้องมีอุปกรณ์เครื่องรับซึ่งจัดหาโดยผู้ให้บริการเพื่อถอดรหัสสัญญาณที่ส่งมาให้ กลายเป็นภาพและเสียงเพื่อรับชมผ่านทางหน้าจอโทรทัศน์อีกครั้งหนึ่ง

ข. การให้บริการโทรทัศน์ที่ส่งสัญญาณผ่านทางระบบดาวเทียม (Satellite TV)

ซึ่งผู้ให้บริการต้องส่งสัญญาณจากสถานีโทรทัศน์ที่ต้องการออกอากาศขึ้นไปยังดาวเทียม และส่งสัญญาณจากดาวเทียมกลับมายังภาคพื้นดิน คือบ้านเรือนของผู้รับบริการ และในส่วนของการรับสัญญาณผู้รับบริการจะต้องมีจานดาวเทียม ซึ่งจัดหาโดยผู้ให้บริการเพื่อรับสัญญาณดาวเทียมที่ส่งลงมาและส่งต่อเข้าโทรทัศน์เพื่อรับชม

ค. การให้บริการโทรทัศน์ที่ส่งสัญญาณผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต

ซึ่งจะส่งสัญญาณผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโปรโตคอลที่มีระบบการจัดการเพื่อควบคุมคุณภาพการให้บริการและเป็นระบบเครือข่ายแบบปิด กล่าวคือ สามารถใช้งานได้เฉพาะผู้รับบริการที่สมัครเข้าเป็นสมาชิกของผู้ให้บริการ (IPTV) เท่านั้น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าแม้เป็นกิจการโทรทัศน์ประเภทที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ แต่เมื่อได้รับอนุญาตให้การประกอบกิจการโทรทัศน์แล้ว ก่อนที่จะให้บริการเนื้อหารายการแก่ผู้รับชมได้ ผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ประเภทดังกล่าวก็ต้องสร้างโครงสร้างพื้นฐานและระบบที่ใช้ในการให้บริการโทรทัศน์ตามระบบที่ตนใช้ในการให้บริการ และมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวด้วย เช่นเดียวกันกับการให้บริการในกิจการโทรทัศน์ประเภทที่ใช้คลื่นความถี่ อีกทั้ง ผู้ให้บริการก็มีหน้าที่ต้องดำเนินการในส่วน of เนื้อหารายการที่ให้บริการผ่านช่องรายการโทรทัศน์ด้วย โดยผู้ให้บริการอาจการผลิตเนื้อหารายการขึ้นเอง หรือจัดหาเนื้อหารายการมาจากผู้ผลิตเนื้อหารายการ (Content Provider) เพื่อนำมาให้บริการแก่ผู้รับชมโทรทัศน์ ซึ่งผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ก็ต้องมีค่าใช้จ่ายทั้งในกรณีค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือค่าใช้จ่ายในการจัดหาเนื้อหารายการ สำหรับรายได้ของผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์นั้น กรณีเป็นการให้บริการโทรทัศน์ภาคพื้นดินที่ให้บริการโดยไม่มีค่าใช้จ่าย (Free Terrestrial Television) ผู้ให้บริการจะมีรายได้หลักจากการโฆษณาผ่านช่อง

รายการโทรทัศน์ ส่วนกรณีผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ประเภทอื่น อาจมีที่มาของรายได้จากทั้งค่าโฆษณาและค่าบริการที่เรียกเก็บจากผู้รับบริการที่เป็นสมาชิกของตน โดยการให้บริการโทรทัศน์ประเภทนี้เรียกว่าการให้บริการโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิก (Pay TV)

ภาพที่ 2.2: กิจการที่ใช้คลื่นความถี่ และกิจการที่ไม่ใช้คลื่นความถี่



ที่มา: มกรณ์ (นิว). (2555). ถอดรหัสจอสจดำจากอนาล็อก-เคเบิล-ดาวเทียมสู่ทีวีดิจิทัล. สืบค้นจาก <https://www.magaw19.com/2012/10/13-2555-tv.html?m=1>.

2.14.2 การประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบดั้งเดิม

“โทรคมนาคม” หมายถึง การสื่อสารที่ช่วยลดระยะทางระหว่างบุคคล อุปกรณ์ หรือระบบอัตโนมัติที่สร้างขึ้นเพื่อใช้สำหรับการส่ง แพร่กระจาย หรือนำพาด้วยวิธีการทางกลไฟฟ้า แสง คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือคุณสมบัติพิเศษอื่น ๆ ทางควอนตัมสำหรับการสื่อ สัญญาณ ข้อความ เสียงภาพ ให้ผู้รับหรือระบบสามารถเข้าใจได้⁴⁶

⁴⁶ การจัดทำเนื้อหาองค์ความรู้ SMEs ภายใต้งานพัฒนาศูนย์ข้อมูล SMEs Knowledge Center ปี 2557 [Online], 2557. แหล่งที่มา https://www.sme.go.th/upload/mod_download/05-001%20โทรคมนาคม.PDF.

ระบบโทรคมนาคมเกิดจากความต้องการของมนุษย์ ที่ต้องการสื่อสารและนำข่าวที่ต้องการส่งออกไปยังผู้รับที่อยู่ในระยะห่างไกล และต้องการให้ถึงผู้รับในเวลาที่ยรวดเร็วขึ้น จึงได้คิดค้นและพัฒนาวิธีการสื่อสารจนเกิดสิ่งประดิษฐ์ด้านโทรคมนาคม คือ โทรเลขเชิงแสง (Optical Telegraphy) เป็นครั้งแรกที่ประเทศฝรั่งเศส ในปี พ.ศ. 2337 ซึ่งถือเป็นยุคโทรคมนาคมยุคแรก และต่อมาได้มีการพัฒนาระบบการสื่อสารประกอบเข้ากับวิทยาการใหม่จนเกิดเป็นระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่และเครือข่ายการสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน

สำหรับประเทศไทยกิจการโทรคมนาคมเกิดขึ้นครั้งแรกจากการเริ่มใช้งานโทรศัพท์ในปี พ.ศ. 2424 ซึ่งตรงกับรัชสมัยรัชกาลที่ 5 และได้มีการจัดตั้งกรมโทรเลขขึ้นในปี พ.ศ. 2426 เพื่อให้บริการไปรษณีย์และโทรศัพท์ และในปี พ.ศ. 2497 ได้มีการจัดตั้งองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ต่อมาได้แปรสภาพเป็นบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) ขึ้นเพื่อดูแลกิจการโทรศัพท์ และระบบการสื่อสารโทรคมนาคมทั้งหมด การให้บริการโทรคมนาคมของประเทศไทยอยู่ภายใต้การดูแลของรัฐและหน่วยงานรัฐดังกล่าวมาตลอดจนกระทั่งต่อมาเกิดการขยายตัวของเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้การให้บริการโทรคมนาคมของภาครัฐไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้ใช้บริการได้ รัฐจึงเริ่มเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาร่วมให้บริการโดยการทำสัญญาร่วมการทำงานและให้บริการในฐานะเป็นผู้รับสัมปทานจากรัฐ และต่อมาในปี พ.ศ. 2540 ได้เปลี่ยนมาเป็นระบบใบอนุญาตในที่สุด

2.15 การให้บริการ OTT

จากการวางโครงข่ายโทรคมนาคมและโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ โดยผู้ให้บริการในกิจการโทรคมนาคม การเติบโตของแวดวงการผลิตเนื้อหารายการในกิจการโทรทัศน์ ประกอบกับพัฒนาการทางเทคโนโลยีส่งผลให้ระบบอินเทอร์เน็ตมีการพัฒนาอย่างรวดเร็วจนนำมาสู่การให้บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้รับบริการ ให้สามารถสื่อสารและบริโภคข้อมูลได้ในปริมาณที่มากขึ้นและภายในเวลาที่รวดเร็วขึ้น ทำให้ผู้รับบริการเปลี่ยนพฤติกรรมในการบริโภคสื่อและหันไป สื่อสารและบริโภคสื่อผ่านระบบอินเทอร์เน็ตมากขึ้น และทำให้เริ่มมีการผลิตเนื้อหารายการและ แอปพลิเคชันเพื่อให้บริการผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเกิดขึ้นซึ่งเรียกผู้ให้บริการประเภทนี้ว่า ผู้ให้บริการเนื้อหาและแอปพลิเคชัน (Content and Application Providers: CAPs)

2.15.1 ความหมายของธุรกิจบริการ OTT

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่าธุรกิจบริการ OTT เกิดจากการพัฒนาคุณภาพการให้บริการอินเทอร์เน็ต และรูปแบบการให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมาเป็นลำดับ และเกิดการริเริ่มให้บริการเนื้อหารายการ การสื่อสาร และบริการต่าง ๆ ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุนสร้างโครงข่ายอินเทอร์เน็ตเอง แต่อาศัยโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่มีอยู่แล้วของผู้ให้บริการโทรคมนาคมในการให้บริการจนกระทั่งเกิดเป็นธุรกิจบริการ OTT หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า บริการ

OTT หมายถึง การให้บริการซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งบริการโดยทั่วไป คือเนื้อหารายการ การติดต่อสื่อสาร บริการ หรือ แอปพลิเคชันต่าง ๆ ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสาธารณะ การให้บริการอยู่นั้นมีหลากหลายรูปแบบ และยังไม่พบการให้ คำจำกัดความเฉพาะที่ชัดเจนนัก ซึ่งอาจแบ่งลักษณะการให้บริการ OTT ได้ 3 รูปแบบ คือ⁴⁷

1) OTT แบบบริการการสื่อสาร (Communication Service) เช่น การสื่อสารทางเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตในกลุ่ม VoIP, Skype, WhatsApp และ LINE เป็นต้น

2) OTT แบบโปรแกรมประยุกต์ ได้แก่ บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์อย่าง Facebook, Twitter เป็นต้น

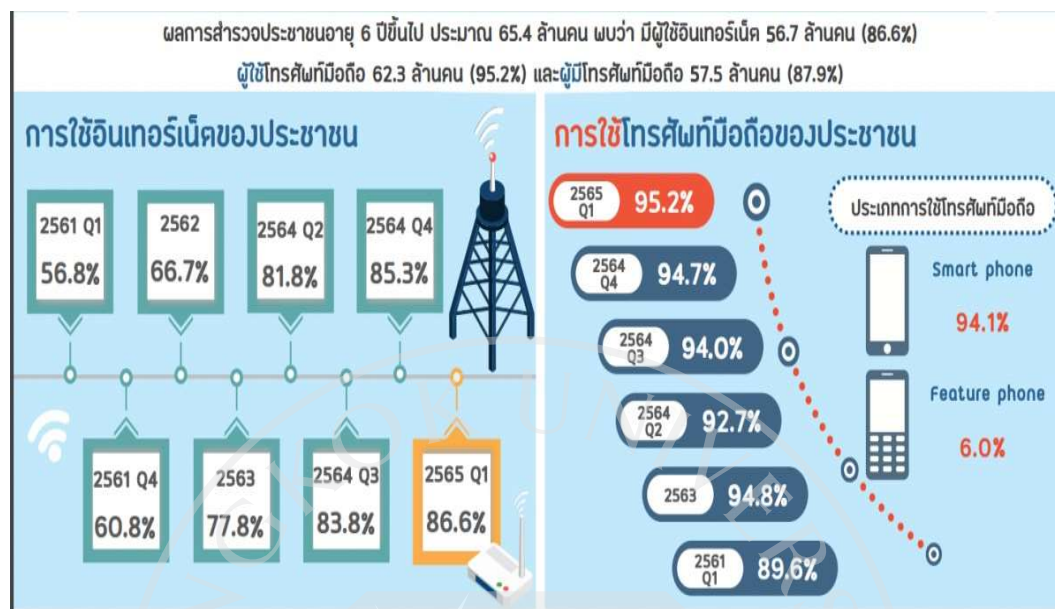
3) OTT เนื้อหา เช่น Video on Demand, YouTube, Apple TV เป็นต้น
จะเห็นได้ว่าหากทำการจัดแบ่งประเภทบริการ OTT ดังที่กล่าวไว้ทั้งสามรูปแบบ บริการ OTT จะมีความครอบคลุมการให้บริการเกือบทุกประเภทที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลาง และเกี่ยวข้องกับการสื่อสารและการส่งต่อเนื้อหา (Media And Communication) เป็นหลัก และด้วยลักษณะของการให้บริการที่ใช้อินเทอร์เน็ตเป็นช่องทาง (Platform) หลักในการส่งต่อเนื้อหาและข้อมูล ทำให้ผู้ให้บริการ OTT มีต้นทุนการดำเนินการต่ำกว่าบริการในลักษณะใกล้เคียงกันอื่น ๆ เช่น โทรศัพท์ ภาพยนตร์ วิทยุ เป็นต้น เนื่องจากไม่จำเป็นต้องลงทุนและบริหารจัดการโครงข่าย (Network) เพื่อการแพร่ภาพ แพร่เสียง หรือแม้กระทั่งผลิตเนื้อหารายการด้วยตนเอง

รวมทั้ง จากสถิติการใช้เทคโนโลยีดิจิทัลทั่วโลก พบว่าประเทศไทยนั้นใช้อินเทอร์เน็ตต่อวันสูงเป็นอันดับ 5 ของโลก⁴⁸ ถ้าเทียบเฉพาะการเล่นอินเทอร์เน็ตผ่านมือถือ ซึ่งประเทศไทยมีอัตราการใช้ต่อวันสูงเป็นอันดับสองของโลก ไทยมีประชากรมากกว่า 60 ล้านคนหรือคิดเป็น 75% ของคนไทยที่ใช้อินเทอร์เน็ตอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งสูงกว่าค่าเฉลี่ยของทั่วโลกที่ 59% และมีอัตราการใช้โทรศัพท์มือถือสูงถึง 134% กล่าวคือ มีจำนวนเบอร์มากกว่าจำนวนประชาชน ทั้งนี้ ไม่ได้รวมถึงเบอร์ที่ใช้กับอุปกรณ์ไอโอที ซึ่งประชากรที่ใช้อินเทอร์เน็ต 97% หรือจำนวน 50.18 ล้านคน จะใช้อินเทอร์เน็ตผ่านมือถือเป็นประจำ โดยใช้เวลาเล่นอินเทอร์เน็ตทางมือถือถึง 4 ชั่วโมง 57 นาทีต่อวัน

⁴⁷ ชลิตา ศรีนิวล, “Over-the-Top (OTT): สงครามที่เพิ่งเริ่มต้นในระบบนิเวศใหม่ของเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร”, วารสารเทคโนโลยีสารสนเทศ 11, 1(2558): 74-81.

⁴⁸ ธนชาติ นุ่มนนท์, คนไทยใช้เวลากับอินเทอร์เน็ตสูง ‘อันดับห้า’ ของโลก [Online], 22 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา <https://www.bangkokbiznews.com/lifestyle/867408>.

ภาพที่ 2.3: ผลการสำรวจการใช้อินเทอร์เน็ต และการใช้โทรศัพท์มือถือของประชาชนในปัจจุบัน



ที่มา: Marketeer Team. (2565). ประเทศไทยในปี 2565 คนไทยมีคอมพิวเตอร์และสมาร์ทโฟนใช้กันเกือบทั่วประเทศ. สืบค้นจาก <https://marketeeronline.co/archives/266656>.

2.15.2 บุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกิจบริการ OTT

1) ผู้ประกอบธุรกิจบริการ OTT (OTT Service Provider)

ผู้ประกอบธุรกิจบริการ OTT คือ บุคคลผู้นำเสนอธุรกิจบริการ OTT ประเภทต่าง ๆ แก่ผู้รับบริการ โดยวัตถุประสงค์แห่งบริการในธุรกิจบริการ OTT แต่ละประเภทที่เสนอแก่ผู้รับบริการนั้น มิได้ทั้งกรณีที่เป็นสิ่งที่ผู้ประกอบธุรกิจบริการ OTT จัดทำมา หรือ ผลิต คิดค้น หรือสร้างขึ้นเอง

ด้วยเหตุดังกล่าวผู้ประกอบธุรกิจบริการ OTT จึงมีความเกี่ยวข้องกับผู้ผลิต และจัดหาเนื้อหารายการ หรือในบางกรณีผู้ประกอบธุรกิจบริการ OTT และผู้ผลิตและจัดหาเนื้อหารายการ อาจเป็นบุคคลเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจโดยเฉพาะธุรกิจบริการ OTT ประเภทเพื่อการเผยแพร่เนื้อหาซึ่งให้บริการเนื้อหารายการเป็นหลัก อาจให้บริการโดยการจัดหาเนื้อหารายการ มาจากผู้ผลิตและจัดหาเนื้อหารายการรายอื่น ๆ เช่น Monomaxxx หรือ AIS PLAY ที่ให้บริการเนื้อหา รายการซึ่งจัดหาจากผู้ผลิต และจัดหาเนื้อหารายการในต่างประเทศ หรือในบางกรณีผู้ประกอบธุรกิจบริการ OTT อาจให้บริการโดยเป็นผู้ผลิตหรือจัดหาเนื้อหารายการที่ใช้ในการให้บริการเอง เช่น HBOnow หรือกรณีบริษัท เจเคเอ็น โกลบอล มีเดีย จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้จัดหาเนื้อหารายการ

จากต่างประเทศรายใหญ่ในประเทศไทย และในอนาคตมีแนวโน้มที่จะประกอบธุรกิจบริการ OTT เอง โดยนำเนื้อหารายการต่าง ๆ ดังกล่าวมาใช้ในการให้บริการ

2) ผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Service Providers)

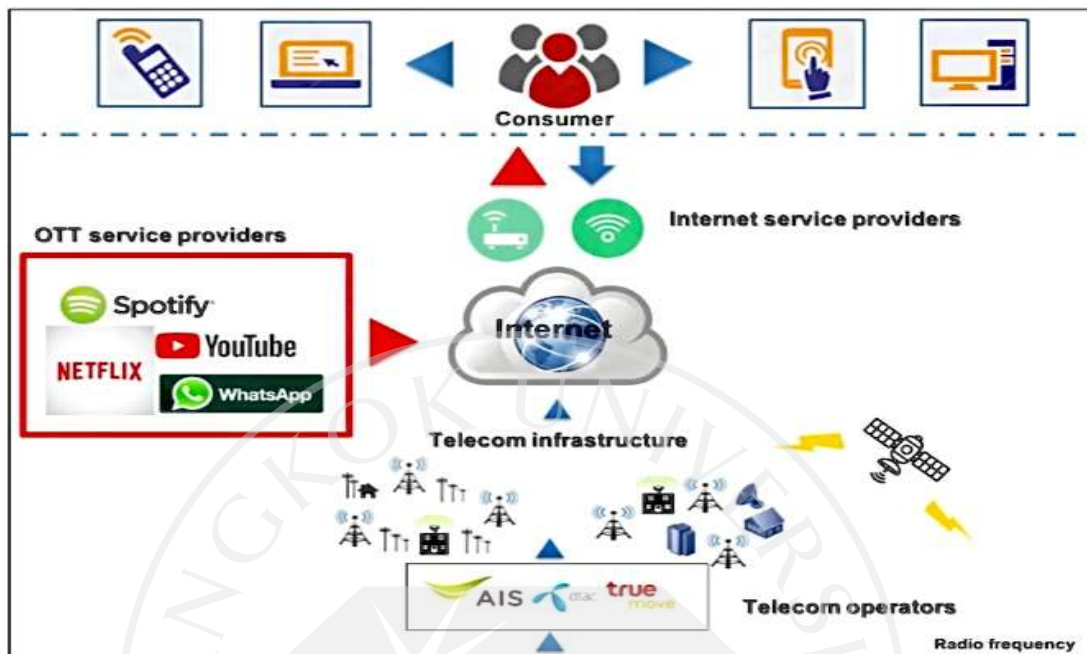
ผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ต คือ บุคคลผู้ให้บริการการเข้าถึงเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแก่ผู้รับบริการในธุรกิจบริการ OTT ซึ่งมีทั้งผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแบบติดตั้งถาวร (Fixed Network Operators) และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเคลื่อนที่ (Mobile Network Operators) โดยผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะได้รับค่าบริการการใช้งานอินเทอร์เน็ตจากผู้รับบริการและผู้ประกอบธุรกิจบริการ OTT⁴⁹ ทั้งนี้ โดยที่ผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่มีความรับผิดชอบในสื่อของการให้บริการธุรกิจบริการ OTT และไม่มีความรับผิดชอบต่อเนื้อหา หรือวัตถุแห่งบริการประเภทต่าง ๆ ที่ให้บริการผ่านธุรกิจบริการ OTT เช่น บริษัท แอดวานซ์ ไวร์เลส เน็ทเวอร์ค จำกัด เป็นต้น

3) ผู้รับบริการ (End User)

ผู้รับบริการคือบุคคลผู้รับบริการจากธุรกิจบริการ OTT ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่สามารถเข้าถึงระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยการเป็นผู้รับบริการอินเทอร์เน็ต และเสียค่าบริการให้แก่ผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อเข้ามาใช้บริการจากธุรกิจบริการ OTT ประเภทต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งการใช้บริการโดยเสียค่าบริการ และโดยไม่เสียค่าบริการแล้วแต่กรณี นอกจากนั้นผู้รับบริการจะต้องมีอุปกรณ์ที่รองรับวัตถุแห่งบริการด้วย เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ แท็บเล็ต คอมพิวเตอร์ เป็นต้น

⁴⁹ The Body of European Regulators for Electronic Communications, **Report on OTT services** [Online], 30 June 2022. Available from http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services.

ภาพที่ 2.4: บุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกิจบริการ OTT



ที่มา: ปิยาพัชร วงษ์ประสิทธิ์. (2560). *มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการโอทีที (OTT)*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2.16 ทฤษฎี หรือ แนวคิดอันเกี่ยวกับการกำกับดูแลผ่านระบบ OTT

การกำกับดูแล คือ การควบคุมของหน่วยงานภาครัฐที่ต่อเนื่องและมุ่งมั่นเป้าหมายในกิจกรรมที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อชุมชน หรือกล่าวได้อีกอย่างคือ เป็นการกำกับดูแลโดยการออกคำสั่งเป็นการเฉพาะ (Specific Set of Commands) ในกรณีที่มีการกำกับดูแลเป็นเรื่องของการประกาศกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีผลผูกพัน ซึ่งบังคับใช้โดยองค์กรที่ดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ตัวอย่างได้แก่ กฎหมายว่าด้วยสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงาน ซึ่งบังคับใช้โดยหน่วยงานด้านสุขภาพและความปลอดภัย

2.16.1 ทฤษฎีการสื่อสารเป็นตัวกำหนด (สำนักโตรอนโต)⁵⁰

แนวคิดของทฤษฎีการสื่อสารเป็นตัวกำหนด ซึ่งสำนักโตรอนโตกล่าวถึงการแบ่งโครงสร้างสังคมออกเป็นสองส่วนตามแนวชนบของลัทธิมาร์กซิสม์ คือ โครงสร้างส่วนบน และโครงสร้างส่วนล่าง ซึ่งมีความสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้างทั้งสองส่วน จะมีลักษณะที่โครงสร้างส่วนล่างทางเศรษฐกิจเข้าไปกำหนดความเป็นไปของจิตสำนึก อุดมการณ์ และสถาบันสังคม อันเป็นโครงสร้างส่วนบนเสมอ แต่อย่างไรก็ดี จุดสนใจพิเศษของสำนักโตรอนโต คือ องค์ประกอบที่เรียกว่า พลังทางการผลิต (Productive Force) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของเทคโนโลยี

ทฤษฎีการสื่อสารเป็นตัวกำหนดตามแนวคิดของนักวิชาการสำนักโตรอนโต มองเห็นพลังอำนาจของสื่อหรือเทคโนโลยีการสื่อสารที่มีผลกระทบต่อสังคม หรือเชื่อว่าสื่อเป็นตัวแปรต้นของการเปลี่ยนแปลงด้านต่าง ๆ ของมนุษย์ ซึ่งแบ่งผลกระทบได้ 2 ระดับ ประกอบด้วย

- 1) ระดับสังคม เชื่อว่า หากเทคโนโลยีการสื่อสารเปลี่ยนแปลงจะนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงในอารยธรรมสังคมโดยรวม
- 2) ระดับปัจเจกบุคคล หากเทคโนโลยีการสื่อสารเปลี่ยนแปลงไป จะส่งผลกระทบต่อความเปลี่ยนแปลงของปัจเจกบุคคล ระดับสถาบันสังคม หรือจุดยืนที่มองว่าในขณะที่มีความเปลี่ยนแปลงระดับสังคมภาคก็ค่อนข้างกว้างเกินไป และในขณะที่ความเปลี่ยนแปลงระดับจุลภาคของปัจเจกบุคคลก็ให้ภาพที่เล็กลงเกินไป ดังนั้นกลุ่มนี้จึงเชื่อว่าการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีการสื่อสารอาจจะส่งผลเพียงแค่ระดับสถาบันสังคมเท่านั้น ตัวอย่างเช่น การเข้ามาสู่ครัวเรือนของสื่อวิทยุในยุคแรก ไม่ได้ส่งผลต่อโครงสร้างสังคมโดยรวม ไม่ได้มีผลต่อปัจเจกบุคคลเป็นราย ๆ หากแต่มีผลต่อความสัมพันธ์ของคนในสถาบันครอบครัว สามิและลูกสนใจอยู่กับสื่อวิทยุทั้งวัน ขณะที่ภรรยาจะต้องทนราคาญต่อเสียงของวิทยุของตนที่ไม่ได้มีโอกาสเลือกฟังจนนำไปสู่ความตึงเครียดในสถาบันครอบครัวสมัยใหม่ของตะวันตกในทศวรรษ 1920-1930

ปัจจุบันเป็นการหลอมรวมเทคโนโลยีในเชิงกายภาพและเทคโนโลยีในเชิงเนื้อหา (Content) ที่เป็นข่าวสารเข้าด้วยกันอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงผลกระทบต่อสถาบันสังคมได้ หากมองมิติผลกระทบด้านต่าง ๆ ของเทคโนโลยีการสื่อสารตามแนวคิดของสำนักโตรอนโต ซึ่งเชื่อว่าเมื่อเทคโนโลยีการสื่อสารเปลี่ยนแปลงจะส่งผลกระทบต่อสำนึกของผู้คนเรื่องเวลา (Time) และพื้นที่ (Space) รวมถึงมีผลโดยตรงต่อประสบการณ์การรับรู้ของมนุษย์โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคการปฏิวัติ

⁵⁰ สำนักโตรอนโต (Toronto School) แยกตัวออกมาจากทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การเมือง ตามแนวคิดของมาร์ก (Marxism) โดยสำนักนี้ให้ความสนใจเรื่องความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีการสื่อสารมากเป็นพิเศษ และมอง ความสัมพันธ์ระหว่างเทคโนโลยีการสื่อสารกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมว่า เทคโนโลยีการสื่อสารจะเป็นตัวการ สำคัญที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมโดยรวม.

การสื่อสารหรือยุค 4.0 ที่มีอินเทอร์เน็ตเป็นพลังการผลิตเทคโนโลยีที่สำคัญของโลก ตอกย้ำความเชื่อของสำนักไดรอนโดอย่างประจักษ์เพราะอินเทอร์เน็ตหลายกำแพงเชิงพื้นที่หมดสิ้น สรรพสิ่งทุกอย่างที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตสามารถกระจายแพร่ไปได้ทั่วโลก และเวลาระหว่างอดีตกับปัจจุบันหลอมรวมจนมีอาจจะแยกจากกันได้ เมื่อเราต้องการรู้ข้อมูลในอดีตก็สามารถสืบค้นได้อย่างง่ายดาย

แต่อย่างไรก็ดี จุดสนใจพิเศษของสำนักไดรอนโด คือ องค์ประกอบที่เรียกว่า พลังทางการผลิต (Productive Force) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของเทคโนโลยีซึ่งเป็นแนวคิดหลัก เพื่ออธิบายถึงสถานการณ์การพัฒนาเทคโนโลยีการสื่อสารและการเปลี่ยนแปลงรูปแบบเชิงเทคนิคที่หลอมรวมทุกมิติและยากที่จะแยกบริการออกจากกันได้ ซึ่งแนวคิดนี้ส่งผลต่อการปรับตัวของผู้ให้บริการสื่อในรูปแบบใหม่ที่ประยุกต์ใช้เทคโนโลยี (Adoption) อย่างหลากหลายรูปแบบและหลายช่องทางเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของผู้รับสาร อีกทั้งอธิบายถึงรูปแบบการเข้าถึงผู้บริโภคที่มีลักษณะเป็นกลุ่มเฉพาะ (Niche Audience) เพื่อนำมาอธิบายถึงความจำเป็นในการปรับเปลี่ยนนโยบาย และแนวคิดของการกำกับดูแลที่เหมาะสมตามระบบนิเวศของอุตสาหกรรมที่เปลี่ยนแปลงไป

2.16.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลสื่อ

การกำกับดูแลสื่อ⁵¹ หมายถึงกระบวนการที่นำเครื่องมือบางประการมาใช้กับระบบสื่อและสถาบันต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายด้านนโยบายที่กำหนดไว้ เครื่องมือนี้นี้มีหลายรูปแบบ และส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับกฎระเบียบต่างๆ ส่วนเป้าหมายของการกำกับดูแลสื่อที่ต้องการก็มักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลาย การแข่งขัน การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล และเสรีภาพของสื่อและผู้บริโภค การกำกับดูแลส่วนมากประกอบด้วยการใช้กฎหมายที่เป็นการกำหนด ซึ่งกำหนดโดยหน่วยงานของรัฐ เช่น การกำหนดโควตา ข้อกำหนดด้านเนื้อหา หรือข้อจำกัดด้านความเป็นเจ้าของ ตลอดจนแนวปฏิบัติด้านจรรยาบรรณซึ่งถูกกำหนดขึ้นและดำเนินการโดยองค์กรสื่อเอง หรือร่วมกับภาครัฐ

ดังนั้น การกำกับดูแลสื่อจึงมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับนโยบายสื่อ ความพยายามของรัฐบาลและหน่วยงานที่มีอำนาจตัดสินใจอื่น ๆ ในการส่งเสริมโครงสร้าง และพฤติกรรมของสื่อบางประเภท รวมทั้งกลไกที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการอย่างเต็มรูปแบบที่สร้างขึ้นจากทั้งภาครัฐและเอกชน ที่มุ่งจัดระเบียบสื่อในลักษณะใดลักษณะหนึ่งการกำกับดูแลอาจเป็น “เชิงบวก” หรือ “เชิงลบ” ในความพยายามที่จะส่งเสริมวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ภาระผูกพันในการออกอากาศข่าวและเหตุการณ์ปัจจุบัน หรือเพื่อห้ามเผยแพร่เนื้อหา เช่น ข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งที่อาจออกอากาศไม่ได้ การกำกับดูแลสื่อมักมีความเฉพาะตัว กล่าวคือ มีการกำหนดกฎหมายที่แตกต่างกัน

⁵¹ พนา ทองมีอาคม, *เรียนรู้เรื่องสื่อ*, (กรุงเทพฯ: สามเจริญพานิชย์ (กรุงเทพ), 2561).

สำหรับใช้กับสื่อสิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตาม ด้วยการพัฒนาของเทคโนโลยีดิจิทัล เช่น อินเทอร์เน็ตการกำกับดูแลเฉพาะภาคส่วนแบบเดิมจึงถูกแทนที่ด้วยการกำกับดูแลในรูปแบบข้อบังคับที่หลอมรวมกันมากขึ้น ในขณะที่กฎระเบียบแบบเดิมยังคงดำเนินการในระดับรัฐไปจนถึงระดับชาติเป็นหลัก แต่หน่วยงานกำกับดูแลข้ามชาติและข้อตกลงระหว่างประเทศก็เกิดมากขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้น การกำกับดูแลสื่อจึงเกี่ยวข้องกับการใช้เครื่องมือกับระบบสื่อทั้งภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย และ นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายทั้งในระดับชาติและระดับนานาชาติ (Freedman, 2008)

ธุรกิจวิทยุกระจายเสียง โทรทัศน์ และโทรคมนาคม หรือที่เรียกรวม ๆ ว่าธุรกิจสื่อสารในประเทศไทย กล่าวคือเป็นธุรกิจที่มีหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่กำกับดูแลโดยเฉพาะ มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรและกำหนดอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล มีการแยกงานกำกับดูแลออกจากงานของรัฐฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะการจัดรูปแบบองค์กรให้เป็นองค์กรอิสระ ต้องถือว่าเป็นอุตสาหกรรมเดียวที่มีการกำกับในลักษณะนี้ โดยมีหลักการใช้อำนาจในการกำกับดูแลอย่างกว้าง ๆ ซึ่งจะอธิบายได้ดังต่อไปนี้

1) การกำกับไว้ก่อน (Ex Ante)

แนวคิดการกำกับไว้ก่อนเป็นการกำกับชนิดที่มองไปข้างหน้า กฎหมายหรือระเบียบประกาศ คำสั่ง จะมีการประกาศใช้ก่อน โดยองค์กรกำกับหรือผู้เขียนกฎหมายเล็งเห็นไว้ก่อนถึงผลดีหรือประโยชน์ ที่จะได้รับจากกฎหมายนั้น หรืออาจมองในทางตรงข้ามได้ว่า หากไม่มีการออกกฎหมายหรือระเบียบไว้ก่อน ผลเสียหรือสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ก็จะมีโอกาสจะเกิดขึ้นได้มาก

2) การกำกับภายหลัง (Ex Post)

การกำกับภายหลังเป็นการมองย้อนหลังไปยังการกระทำหรือสิ่งที่เกิดขึ้นแล้ว ผู้กำกับดูแลจะพิจารณาว่าผู้ประกอบการหรือคู่พิพาท ได้กระทำการใดไป ผลเป็นอย่างไร ฝ่ายใดถูกฝ่ายใดผิด สิทธิของฝ่ายใดถูกละเมิด การพิจารณาแบบกำกับภายหลังนี้เน้นไปที่ความเป็นธรรม และเรื่องของสิทธิจุดอ่อน หรือข้อพึงระวังของการกำกับวิธีนี้ คืออาจถูกมองได้ว่าเป็นการลงโทษย้อนหลังอันเป็นหลักกฎหมายที่ว่า ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามจะไม่มีผิด

ในยุคนี้หน่วยงานกำกับดูแลสื่อทั่วไป มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจตลาดที่เพิ่มขึ้นและอิทธิพลที่เพิ่มขึ้นของแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ทั้งภายในและภายนอกตลาด ความกังวลเหล่านี้รวมถึงแง่มุมทางเศรษฐกิจ เช่น บริษัทเหล่านี้ตั้งใจจะเคลื่อนไหวเพื่อป้องกันการแข่งขันหรือไม่ เช่นเดียวกับปัญหาความเป็นส่วนตัวของข้อมูล และยักรวมถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเมือง การควบคุมสื่อ และแม้แต่กระบวนการในระบอบประชาธิปไตยด้วย ในเวลาเดียวกันการบังคับใช้กฎหมายด้านการแข่งขัน ถูกมองว่ามีประสิทธิภาพไม่เพียงพอในการแก้ไขข้อกังวลด้านการแข่งขันทางดิจิทัล และสิ่งนี้ได้กระตุ้นให้เกิดการถกเถียงกันว่า ควรจะมีการควบคุมสื่อดิจิทัลหรือไม่และและจะควบคุมอย่างไรนั่นเอง

2.16.3 แนวคิดอันเกี่ยวกับการกำกับดูแลผ่านระบบ OTT

ธุรกิจบริการ OTT หมายความว่า การให้บริการผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสาธารณะ โดยมีวัตถุประสงค์ให้บริการโดยทั่วไปคือ เนื้อหารายการบริการหรือแอปพลิเคชันต่าง ๆ ประกอบกับ ลักษณะของธุรกิจบริการ OTT ซึ่งมี 2 ประเภท ได้แก่ ธุรกิจบริการ OTT ประเภทเพื่อการเผยแพร่เนื้อหา ซึ่งเน้นการให้บริการเผยแพร่เนื้อหารายการ ภาพ และเสียง หรือเพลงเป็นหลัก และธุรกิจบริการ OTT ประเภทเพื่อการสื่อสาร ซึ่งเน้นการให้บริการเพื่อการสนทนาและติดต่อสื่อสารเป็นหลัก

เมื่อนำคำนิยามของกิจการโทรทัศน์มาพิจารณาเทียบกับความหมาย และลักษณะของการให้บริการในธุรกิจบริการ OTT จะเห็นได้ว่าส่วนหนึ่งของความเป็นธุรกิจบริการ OTT กล่าวคือในส่วนที่เป็นการให้บริการเผยแพร่เนื้อหารายการต่าง ๆ ไปยังผู้รับบริการ เพื่อให้สามารถรับชมเนื้อหารายการ และรับฟังเสียง หรือเพลงผ่านทางระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอันเป็นการให้บริการหลักในธุรกิจบริการ OTT ประเภทเพื่อการเผยแพร่เนื้อหานี้ มีลักษณะเป็นการให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะ หรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้โดยระบบอื่นตามคำนิยามของกิจการโทรทัศน์ ดังนั้น หากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำตามคำนิยามดังกล่าวแล้ว ก็อาจถือได้ว่าธุรกิจบริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ตามพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะทำให้ธุรกิจบริการ OTT ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายดังกล่าว

จากแนวทางการพิจารณาดังกล่าวจึงทำให้ กสทช. ซึ่งเป็นหน่วยงานกำกับดูแลกิจการกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เกิดแนวความคิดในการกำกับดูแลธุรกิจบริการ OTT ในรูปแบบของการกำหนดให้ธุรกิจบริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ โดยในวันที่ 24 เมษายน พ.ศ. 2560 ที่ประชุม กสทช. นัดพิเศษ มีมติให้ธุรกิจบริการ OTT (Over-The-Top: OTT) หรือบริการแพร่เสียงและภาพผ่านโครงข่ายอื่นนอกจากโครงข่ายวิทยุโทรทัศน์แบบเดิมเป็นบริการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์⁵² และกำหนดให้ผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตที่เข้าเกณฑ์ดังกล่าวดำเนินการลงทะเบียนการให้บริการกับ กสทช. ภายในวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2560 มิเช่นนั้นจะถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT โดยไม่ได้รับอนุญาตและถือว่าเป็นการให้บริการที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

⁵² กสทช. ตั้งคณะอนุหาของต่อน “OTT” เข้าระบบใบอนุญาต [Online], 7 มิถุนายน 2565. แหล่งที่มา <https://bit.ly/3RALopx>.

อย่างไรก็ตาม ต่อมาหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแสดงความไม่เห็นด้วยกับการกำหนดรูปแบบการกำกับดูแลธุรกิจบริการ OTT ดังกล่าว โดยองค์กรความร่วมมือระหว่างกลุ่มผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและเทคโนโลยีรายใหญ่ เช่น Facebook, Google, Twitter และ LINE ได้ออกแถลงการณ์แสดงความกังวลต่อกฎระเบียบที่ กสทช. กำหนดเพื่อควบคุมธุรกิจบริการ OTT ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากลและอาจขัดต่อข้อตกลงนานาชาติ อีกทั้งจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนานวัตกรรมและธุรกิจในประเทศไทย และทำให้ประชากรไทย รวมถึงองค์กรต่าง ๆ ไม่สามารถใช้งานแพลตฟอร์มระดับโลกได้⁵³ และผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT รายต่าง ๆ ก็ได้มาลงทะเบียนตามที่ กสทช. กำหนดแต่อย่างใด

ต่อมา กสทช. ได้ยกเลิกหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น และได้ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมก่อนเสนอหลักเกณฑ์ใหม่ในการกำกับดูแลธุรกิจบริการ OTT แต่ยังคงหลักการเดิมในการกำกับดูแลธุรกิจบริการ OTT ในรูปแบบกิจการโทรทัศน์ โดยในวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2560 กสทช. ได้มีมติเห็นชอบร่างหลักเกณฑ์วิธีการเกี่ยวกับการอนุญาตการให้บริการกิจการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ (Over the Top หรือ OTT) เพื่อนำไปปรับปรุงความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสีย โดย กสทช. ได้เสนอให้เพิ่มคำนิยามธุรกิจบริการ OTT โดยให้ครอบคลุมถึงบริการอื่นที่นอกเหนือจากบริการกระจายเสียงและแพรรภาพ และหากมีกิจการใดที่เข้าข่ายเป็นกิจการ OTT ก็ให้รวมเข้าไปเป็นธุรกิจบริการ OTT ด้วย

สำหรับสาระสำคัญของหลักเกณฑ์การกำกับดูแลดังกล่าวมีการกำหนดให้การให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ในรูปแบบ OTT ทั้งการให้บริการโครงข่าย (OTT แพลตฟอร์ม) และการส่งข่าวสารหรือรายการที่เป็นเสียงหรือภาพและเสียงไปสู่สาธารณะ (OTT เซอร์วิส) เป็นรูปแบบหนึ่งภายใต้ลักษณะการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่⁵⁴ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันการจัดทำหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังไม่แล้วเสร็จจากความไม่ชัดเจนและความขัดข้องเกี่ยวกับแนวทางการกำกับดูแลธุรกิจบริการ OTT ดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าธุรกิจบริการ OTT ถือเป็นกิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายไทยหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยพิจารณาแล้วมีความเห็นว่าเนื่องจากธุรกิจบริการ OTT เป็นธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ให้บริการที่หลากหลายในธุรกิจชนิดเดียว กล่าวคือเป็นบริการที่ให้บริการเผยแพร่ทั้งเนื้อหารายการ รูปภาพ และให้บริการสนทนาทางเสียง วิดีโอ และเนื้อหาอื่น ๆ ผ่านแอปพลิเคชันบนอินเทอร์เน็ตจึงมีขอบเขตการให้บริการที่กว้างกว่าการเป็นกิจการโทรทัศน์ซึ่งแม้ในส่วนของการให้บริการเนื้อหาการานั้นจะมีลักษณะเดียวกันกับการให้บริการการ

⁵³ AIC (ในนาม Google, Facebook) ออกแถลงการณ์ค้าน กสทช. คุม OTT ชี้หาไทย ล้าหลัง [Online], 7 มิถุนายน 2565. แหล่งที่มา <https://brandinside.asia/aic-facebook-google-statement-for-nbtc-ott/>.

⁵⁴ “การกำกับดูแล OTT จำเป็นหรือไม่เพียงใด”, กรุงเทพธุรกิจ [Online], 25 กรกฎาคม 2560. แหล่งที่มา <https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/116887>.

ส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการซึ่งเป็นลักษณะของกิจการโทรทัศน์ อย่างไรก็ตาม การให้บริการในลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของลักษณะการให้บริการในธุรกิจบริการ OTT ทั้งหมด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ของคำนิยามเห็นว่า หากพิจารณาว่าธุรกิจบริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายไทย ย่อมทำให้ธุรกิจบริการ OTT ในส่วนอื่นที่มีใช้ธุรกิจบริการ OTT ในส่วนที่ให้บริการเนื้อหารายการ ไม่ตกอยู่ภายใต้คำนิยามของกิจการโทรทัศน์ดังกล่าว และเมื่อไม่ตกอยู่ภายใต้คำนิยามก็ย่อมไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรทัศน์ ซึ่งจะทำให้เกิดผลที่ว่าในกลุ่มผู้ประกอบการซึ่งเป็นธุรกิจชนิดเดียวกัน แต่มีผู้ประกอบการบางส่วนหนึ่งต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและการกำกับดูแล แต่ผู้ประกอบการชนิดเดียวกันอีกส่วนหนึ่งไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและการกำกับดูแลดังกล่าว

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาในแง่ของความเหมาะสมของหลักเกณฑ์การกำกับดูแลแล้วจะเห็นว่า หลักเกณฑ์การกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์การกำกับดูแลที่กำหนดขึ้นสำหรับกำกับดูแลการให้บริการในกิจการโทรทัศน์ ที่ผู้ประกอบการโทรทัศน์เป็นผู้กำหนดรายการต่าง ๆ ที่จะเผยแพร่ผ่านช่องรายการโทรทัศน์ของตน หรือกำหนดช่วงเวลาในการเผยแพร่แต่ละรายการของตน เป็นต้น ซึ่งผู้ชมต้องรับชมตามตารางเวลาที่ผู้ประกอบการกำหนดไว้ โดยไม่สามารถควบคุมการรับชมโดยการหยุดและเริ่มรับชมใหม่ หรือพักการรับชมชั่วคราว หรือเลือกรับชมรายการอื่น ๆ ได้ภายในช่องรายการโทรทัศน์เดียว (Linear) ซึ่งต่างจากการให้บริการเนื้อหารายการในธุรกิจบริการ OTT ซึ่งเป็นการให้บริการแบบตามความต้องการ (On - demand)⁵⁵ โดยผู้รับบริการสามารถเลือกรับชมได้ทุกที่ทุกเวลา และควบคุมการเริ่มต้นและสิ้นสุดการรับชมได้เอง ดังนั้น จึงเห็นว่าหากกำหนดให้ธุรกิจบริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ และนำหลักเกณฑ์การกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์ดังกล่าวมาบังคับใช้กับธุรกิจบริการ OTT ย่อมไม่เข้ากับลักษณะการให้บริการของธุรกิจบริการ OTT

ประการสุดท้ายคือ เมื่อพิจารณาในส่วนหลักเกณฑ์การควบคุมการหารายได้ตามกฎหมายกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรทัศน์ จะพบว่าเป็นการควบคุมโดยมุ่งเน้นไปที่การจำกัดจำนวนนาทียโฆษณาเป็นหลัก ในขณะที่ลักษณะของธุรกิจบริการ OTT นั้น มีรูปแบบการคิดค่าบริการที่หลากหลาย กล่าวคือมีทั้งประเภทที่คิด และไม่คิดค่าบริการจึงมีที่มาของรายได้ทั้งจากโฆษณาและจากค่าบริการ อีกทั้ง รูปแบบของโฆษณาที่ให้บริการผ่านธุรกิจบริการ OTT มีทั้งการโฆษณาในรูปแบบโฆษณาที่ปรากฏขึ้นมาในหน้าจอแสดงผล (Pop-up) ก่อนหรือระหว่างที่ผู้รับบริการจะเริ่มใช้

⁵⁵ สำนักงาน กสทช., **สภาพการแข่งขันและแนวทางการกำกับดูแลกิจการ Over the Top: OTT** [Online], 2560. แหล่งที่มา <http://202.125.84.14/data/academic/file/600900000004.pdf>.

บริการป้ายโฆษณา (Ad Banner) ที่ปรากฏอยู่บริเวณต่าง ๆ ของพื้นที่ให้บริการในธุรกิจบริการ OTT หรือโฆษณาในรูปแบบภาพเคลื่อนไหว (Video Advertising) ที่แสดงก่อนหรือระหว่างการรับบริการ ดังนั้น การนำหลักเกณฑ์การควบคุมการหารายได้โดยกำหนดจำนวนนาที่โฆษณาสูงสุด จึงอาจไม่เหมาะสมและไม่รองรับกับรูปแบบการหารายได้ และการโฆษณาของธุรกิจบริการ OTT ด้วยเหตุและผลที่ได้พิจารณาข้างต้นจึงเห็นว่าธุรกิจบริการ OTT ไม่ถือเป็นกิจการโทรทัศน์ และเมื่อธุรกิจบริการ OTT ไม่เป็นกิจการโทรทัศน์แล้วจึงทำให้ธุรกิจบริการ OTT ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์ ดังนั้น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์ทั้งการกำกับดูแลผู้ประกอบการ กำกับดูแลการประกอบกิจการในด้านต่าง ๆ และการกำกับดูแลในด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรทัศน์ที่กล่าวมาข้างต้น จึงไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับธุรกิจบริการ OTT ได้



บทที่ 3

ศึกษาภาพรวมของกฎหมายไทยและต่างประเทศในประเด็นต่าง ๆ

(สหรัฐอเมริกา, สหราชอาณาจักร)

โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาภาพรวมของกฎหมายไทยและต่างประเทศในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้ ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT ประเด็นปัญหาเรื่องความเหลื่อมล้ำและปัญหาอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นระหว่างผู้ให้บริการ OTT กับผู้ให้บริการโทรทัศน์ เช่น ปัญหาด้านต้นทุนการให้บริการ ปัญหาเรื่องลิขสิทธิ์ในเนื้อหาฯ และประเด็นเรื่องการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT เช่น การกำกับดูแลทางด้านใบอนุญาต การกำกับดูแลทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ และการจัดตั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้เข้ามาดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันและต่างประเทศ มีความเห็นว่าปัจจุบันในแต่ละประเทศยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT จึงมีประเด็นปัญหาในเรื่องการไม่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลเนื้อหาของการแพร่ภาพและเสียง มาตรการในการลงโทษและเยียวยา รวมถึงองค์การที่จะต้องทำหน้าที่กำกับดูแลเป็นการเฉพาะและชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในเรื่องการแพร่ภาพและเสียงโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายไทยจากช่องทางเว็บไซต์ต่างประเทศ ซึ่งเราไม่สามารถดำเนินการจัดการใด ๆ ได้ อีกทั้ง กฎหมายที่มียังไม่สามารถเยียวยาผู้เสียหายในด้านชื่อเสียงและผลกระทบทางลบกับสังคมได้อีกด้วย รวมไปถึงมาตรการลงโทษต่อช่องทางผู้ให้บริการเว็บไซต์ซึ่งกฎหมายไทยมิได้ระบุเรื่องดังกล่าวไว้ จึงเป็นประเด็นปัญหาที่สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

ดังนั้นผู้วิจัยได้ทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทย ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเทศดังกล่าวข้างต้นล้วนเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าอย่างมาก และเรียกได้ว่าบางประเทศก็ถือเป็นประเทศแรก ๆ ในการริเริ่มการให้บริการลักษณะ OTT ด้วย โดยจากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศพบว่ายังไม่มีประเทศใดที่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT นี้ มีเพียงการใช้บทกฎหมายกึ่งการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในการกำกับดูแล เช่น ประเทศไทยในเรื่องการกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหา จะมีกฎหมายกำกับดูแลด้านการเผยแพร่เนื้อหาอย่างเป็นรูปธรรมและชัดเจน เช่น หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ต้องตรวจสอบ แก้ไข ปรับปรุง หรือระงับรายการ ที่มีเนื้อหาสาระอันต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมาย ยกตัวอย่างเนื้อหาที่ต้องได้รับกำกับดูแล เช่น เนื้อหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิด

การล้มล้างการปกครองใน ระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เนื้อหาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น

สำหรับมาตรการในการลงโทษตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องนี้จะปฏิบัติตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการจัดทำเนื้อหารายการ และตรวจสอบผู้ผลิตเนื้อหาในช่องรายการของตน หากไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย แล้วมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วจะต้องได้รับโทษ โดยโทษสามารถกำหนดความรุนแรงได้ 2 ระดับ ได้แก่การพักใช้ใบอนุญาต และการเพิกถอนใบอนุญาตสำหรับองค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ มาตรา 27¹ และมาตรา 58² แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) และคำจำกัดความในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ที่มีหน้าที่โดยตรงในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าว และยังมีหน้าที่ของ กสทช. ที่สำคัญหลายประการที่เกี่ยวข้องกับอำนาจในการควบคุมดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

กฎหมายประเทศแรกที่จะนำมาเปรียบเทียบคือ ประเทศสหราชอาณาจักร ซึ่งกฎหมายที่ใช้โดยอนุโลมในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่กิจการด้านคลื่นความถี่ต่างๆ และกิจการการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบโทรทัศน์ โดยกิจการดังกล่าวอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 (Communications Act 2003 CHAPTER 21) ซึ่งแต่เดิมในเรื่องการกำกับดูแลเนื้อหาในการเผยแพร่ผ่านโทรทัศน์นั้น จะดำเนินการตามทิศทางของกฎหมาย Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) โดยคณะกรรมการการยุโรปเป็นผู้กำหนดขึ้นอันมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นกำหนดมาตรการกำกับเพื่อคุ้มครองด้านเนื้อหารายการด้านโฆษณา และด้านการสนับสนุนรายการ หรือเป็นกฎหมายที่ครอบคลุมผู้ให้บริการเนื้อหาในทุกรูปแบบโดยไม่จำกัดเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับส่งเนื้อหา (Competition Regulation on OTT TV, 2560)

ต่อมาเมื่อปีเมื่อ พ.ศ. 2560 สหราชอาณาจักรได้ออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งจากข้อเท็จจริงในปัจจุบันสหราชอาณาจักร ได้มีการกล่าวถึงการกำกับดูแลด้านเนื้อหาไว้ในกฎหมาย

¹ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553.

² มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553.

Communications Act 2003 แล้ว เช่น การคุ้มครองในเรื่องของเนื้อหาที่เด็กและเยาวชนที่อายุไม่เกิน 18 ปี เนื้อหาที่มีแนวโน้มที่จะส่งเสริม หรือกระตุ้นการก่ออาชญากรรมหรือนำไปสู่ความวุ่นวาย เป็นต้น (Communications Act 2003 Article 319) นอกจากนี้ยังให้ความสำคัญในเรื่องของนโยบาย Net Neutrality หรือ “ความเสมอภาคทางอินเทอร์เน็ต” โดยเน้นถึงหลักการเรื่องการห้ามปิดกั้น หรือควบคุมหรือคัดแยกข้อมูลเนื้อหา โดยทุกคนในยุโรปจะต้องสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ต หรือข้อมูลข่าวสารในช่องทางดังกล่าวได้อย่างมีคุณภาพ สำหรับนโยบายในการลงทะเบียน มีวิธีในการลงทะเบียนแก่ผู้ออกอากาศเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย คือการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการรับมีคำสั่งให้ออกอากาศ เพื่อแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นต้น³ สำหรับองค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์คือ Office of Communications หรือเรียกสั้น ๆ ว่า Ofcom ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล และดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 โดยหลักการแล้ว Ofcom พยายามรักษาคุณภาพการให้บริการสาธารณะในด้านการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นอย่างยิ่งด้วยการมุ่งเน้นให้มีการผลิตสื่อด้วยผู้ผลิตที่มีความเป็นอิสระ (Independent Producers) ไม่มีการแทรกแซง อีกทั้งยังคุ้มครองผู้บริโภคด้วยการตรวจสอบกรณีผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบ

กฎหมายประเทศถัดมาที่นำมาเปรียบเทียบคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมจะมีคลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์ และเคเบิลดาวเทียม การโทรคมนาคม โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องคือหน่วยงานที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ ซึ่งเป็นผู้ดูแลด้านเนื้อหาทั้งในรูปแบบของช่องรายการโทรทัศน์และในรูปแบบของการให้บริการในลักษณะ OTT ภายใต้กฎหมาย Communications Act of 1934 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 ในการกำกับดูแลด้านเนื้อหา⁴ โดยห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการในรูปแบบของช่องรายการโทรทัศน์ ถ่ายทอดเนื้อหาที่น่ารังเกียจเป็นอันตรายสำหรับเนื้อหาไม่สุภาพและเนื้อหาในเชิงดูหมิ่นนั้น กำหนดให้ผู้ให้บริการช่องโทรทัศน์สามารถออกอากาศได้ในช่วงเวลา 22.00 น. ถึง 06.00 น. เท่านั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี (Communications Act of 1934 as amended by the 1996 Act, SEC.

³ Thomson Foundation, รายงานโครงการอบรมหลักสูตร Broadcast Regulatory Workshop [Online], 2561. แหล่งที่มา <https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/590800000002.pdf>.

⁴ เสาวรส ทิพย์ธรรมธรา และกฤษดากร ว่องวุฒิภู, “การกำกับสื่อที่มีการหลอมรวมของช่องทางการสื่อสารข้อมูล: กรณีศึกษาการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต (OTT)”, *รัชฎา* 38, (20 กุมภาพันธ์ 2564).

639) สำหรับกฎระเบียบของการควบคุมเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมนั้นจะเป็นมาตรการที่องค์กรที่เกี่ยวข้องจะพิจารณาคำร้องขอของผู้บริโภคเป็นรายกรณี

อีกทั้งสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญในเรื่องของการให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตได้อย่างเสรี (Net Neutrality) ด้วย สำหรับมาตรการในการลงโทษนั้น หากเป็นการเผยแพร่เนื้อหาที่มีความลามกอนาจาร (Obscenity) จะถูกห้ามไม่ให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยเด็ดขาด หรือเนื้อหาที่ไม่สุภาพหรือไม่เหมาะสม (Indecency) และเนื้อหาในเชิงดูหมิ่น (Profanity) จะถูกจำกัดการเผยแพร่และมีเงื่อนไขในการออกอากาศ หากผู้ใดทำการฝ่าฝืนจะลงโทษโดยกำหนดค่าปรับทางแพ่ง เพิกถอน และไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้ประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ต่อไป หรืออาจกำหนดโทษปรับในทางอาญา และจำคุกไม่เกิน 2 ปี) สำหรับองค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์คือ Federal Communications Commission (FCC)⁵ เป็นหน่วยงานพิเศษที่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้รัฐบาล ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย Communications Act of 1934 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาโดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 ซึ่งมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการสื่อสารระหว่างมลรัฐและระหว่างประเทศผ่านกิจการวิทยุ กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมถึงดาวเทียมและเคเบิล

ในปัจจุบันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่ประชาชนในประเทศส่วนใหญ่ให้ความสนใจเนื้อหาผ่านช่องทางการรับชมในรูปแบบหรือแพลตฟอร์มต่าง ๆ โดยไม่จำกัดอยู่เพียงหน้าจอโทรทัศน์ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมผู้บริโภคสื่อของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงดังกล่าว ส่งผลต่อการปรับตัวของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมนี้ด้วย ดังนั้น ผู้ประกอบการโทรทัศน์จึงหันมาแข่งขันในเชิงเนื้อหารายการ และหนึ่งในเครื่องมือที่สำคัญที่นำมาใช้ในการแข่งขันก็คือ รายการแข่งขันกีฬาประเภท Premium Content ซึ่งการซื้อขายคอนเทนต์ในปัจจุบันมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น อันเนื่องมาจากรูปแบบของการประกอบกิจการโทรทัศน์ที่มีความหลากหลายมากขึ้น โดยเฉพาะการบริการในรูปแบบ OTT ที่ได้รับความนิยม และมีบทบาทในตลาดโทรทัศน์อย่างมากด้วยการให้บริการผ่านสัญญาณอินเทอร์เน็ต ประชาชนสามารถรับชมโทรทัศน์ตามความต้องการ (Video on Demand) ผ่าน Smart Phone หรืออุปกรณ์รับสัญญาณได้ในทุกสถานที่ทุกเวลา ซึ่งถือว่าเป็นจุดแข็งสำคัญที่ทำให้บริการแบบ OTT ที่ทำให้การบริการรูปแบบนี้ยังคงได้รับความนิยมเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ผู้ประกอบการหลายรายจึงหันมาสนใจและปรับตัวมาให้บริการเนื้อหารายการโทรทัศน์ผ่านแพลตฟอร์ม OTT ถือได้ว่าเปลี่ยนแปลงในอุตสาหกรรมโทรทัศน์ที่เกิดจากการพัฒนาของเทคโนโลยี ดังนั้น การซื้อขายคอนเทนต์ในปัจจุบันจึงมีการเปลี่ยนแปลงทั้งรูปแบบการให้บริการ และราคาที่ทำการซื้อขายกลายเป็นบททดสอบ

⁵ Federal Communications Commission (FCC).

ใหม่ที่ทำนายผู้ประกอบการโทรทัศน์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องปรับเปลี่ยนกลยุทธ์การตลาดให้เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี เพื่อคงไว้ซึ่งผลตอบแทนที่ต้องการ แต่ในขณะเดียวกันผู้ประกอบการจำเป็นต้องคำนึงถึงกฎหมาย และประกาศหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อนำรายการต่าง ๆ เหล่านั้น มาเผยแพร่ผ่านทางแพลตฟอร์มใหม่ ๆ เช่น โปรแกรมประยุกต์บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Application) หรือบริการ OTT

สำหรับผู้เล่นในตลาดที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายคอนเทนต์ สามารถสรุปได้เป็นกลุ่มผู้เล่นหลักดังต่อไปนี้

1) ผู้ให้บริการเนื้อหารายการ (Content Provider) เป็นผู้ผลิตหรือเจ้าของเนื้อหารายการต่าง ๆ เช่น ผู้ผลิตหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ละคร เกมโชว์ เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับสิทธิในการถ่ายทอดสดกีฬาบางประเภท รวมถึงผู้ได้รับลิขสิทธิ์เนื้อหารายการต่าง ๆ จากต่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งผู้ให้บริการเนื้อหาการนี้ไม่ถือว่าอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ กสทช. หากมิใช่ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรทัศน์ประเภทใดประเภทหนึ่ง

2) ผู้ให้บริการช่องรายการ (Service Provider) เป็นผู้รวบรวมเนื้อหารายการต่าง ๆ ไว้ในช่องรายการเพื่อให้บริการโทรทัศน์ ซึ่ง กสทช. กำกับดูแลช่องผู้ให้บริการช่องรายการในรูปแบบของการออกใบอนุญาตให้กับผู้ที่มีความประสงค์ประกอบธุรกิจช่องรายการ โดยแบ่งใบอนุญาตช่องรายการออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) ผู้รับใบอนุญาตฯ สำหรับบริการโทรทัศน์ ที่ใช้คลื่นความถี่ ได้แก่ ช่องดิจิตอลทีวี และ

(2) ผู้รับใบอนุญาตฯ สำหรับบริการโทรทัศน์ ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ ได้แก่ ช่องรายการบนโครงข่ายเคเบิล ช่องรายการบนโครงข่ายดาวเทียม และช่องรายการบนโครงข่าย IPTV

3) ผู้ให้บริการโครงข่าย (Network Provider) หากแบ่งแยกตามหลักเกณฑ์ใบอนุญาตฯ ของ กสทช. จะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ใบอนุญาตฯ เพื่อให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์สำหรับกิจการใช้คลื่นความถี่ และใบอนุญาตฯ เพื่อให้บริการโครงข่ายโทรทัศน์สำหรับกิจการไม่ใช้คลื่นความถี่ ซึ่งใบอนุญาตฯ โครงข่ายโทรทัศน์สำหรับกิจการไม่ใช้คลื่นความถี่มีความเกี่ยวข้องกับการซื้อขายคอนเทนต์ในฐานะที่มีส่วนในการรวบรวมช่องรายการต่าง ๆ ไว้ในโครงข่ายของตนเอง โดยแบ่งใบอนุญาตฯ โครงข่ายโทรทัศน์สำหรับกิจการไม่ใช้คลื่นความถี่ ออกเป็นอีก 3 ประเภท ได้แก่

(1) ผู้รับใบอนุญาตฯ โครงข่ายโทรทัศน์ไม่ใช้คลื่นความถี่ประเภททางสาย

(2) ผู้รับใบอนุญาตฯ โครงข่ายโทรทัศน์ไม่ใช้คลื่นความถี่ประเภทไร้สาย (ดาวเทียม)

(3) ผู้รับใบอนุญาตฯ โครงข่ายโทรทัศน์ไม่ใช้คลื่นความถี่ ประเภท IPTV

ซึ่งผู้ให้บริการโครงข่ายที่ซื้อลิขสิทธิ์รายการมาเพื่อเผยแพร่ในโครงข่ายของตนเอง เป็นอีกหนึ่งรูปแบบของการซื้อขายคอนเทนต์ในตลาดกิจการโทรทัศน์ โดยหลังจากที่ผู้ให้บริการโครงข่ายได้ลิขสิทธิ์รายการนั้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้ให้บริการโครงข่ายอาจสร้างช่องรายการใหม่ของตนเอง เพื่อ

รองรับลิขสิทธิ์รายการที่ตนเองได้มา เช่น บริษัท ทูริ วิชั่น กรุ๊ป จำกัด (ผู้ให้บริการโครงข่าย) ได้รับลิขสิทธิ์การถ่ายทอดฟุตบอลพรีเมียร์ลีกอังกฤษ เป็นระยะเวลา 3 ปี ตั้งแต่ ค.ศ. 2019 -2021 ซึ่งการซื้อขายคอนเทนต์อยู่ภายใต้การกำกับดูแลในระบบใบอนุญาตฯ ของ กสทช. มี 2 กลุ่มหลัก ได้แก่

1) กลุ่ม Service Provider และ

2) กลุ่ม Network Provider

ซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และประกาศหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในการเผยแพร่เนื้อหารายการที่มีลิขสิทธิ์นี้ นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ผู้รับใบอนุญาตฯ จะต้องปฏิบัติตาม พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พ.ร.บ. การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และประกาศหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากพิจารณาประกาศ กสทช. ที่มีผลกระทบต่อการซื้อขาย Premium Content โดยเฉพาะรายการแข่งขันกีฬาที่สำคัญ พบว่ามี 3 ประกาศหลัก ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

1) ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (Must Carry)

เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงบริการโทรทัศน์ขั้นพื้นฐานได้อย่างทั่วถึง และมีข้อบังคับคือ ผู้บริการโครงข่ายโทรทัศน์ (เคเบิลดาวเทียม และ IPTV) ต้องเผยแพร่ช่องทีวีดิจิทัล โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบนโครงข่ายของตัวเอง

2) ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์รายการโทรทัศน์สำคัญที่เผยแพร่ได้เฉพาะในการบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 (Must Have)

ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงหรือรับรู้รายการสำคัญที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ตามที่ระบุไว้ในประกาศฯ และมีข้อบังคับคือ รายการในประกาศฯ ต้องออกอากาศผ่านโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป (ช่องทีวีดิจิทัล) เท่านั้น

3) ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การแพร่เสียงแพร่ภาพรายการแข่งขันกีฬาสำคัญ พ.ศ. 2556 (Non Exclusive)

เพื่อป้องกันการผูกขาดรายการที่ได้รับความนิยมจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ไว้เพียงผู้เดียวและมีข้อบังคับคือต้องมีการจัดทำข้อเสนอรายการให้กับผู้ให้บริการรายอื่น โดยทั้งนี้ข้อเสนอดังกล่าวจะต้องมีความเป็นธรรม

3.1 ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

3.1.1 คดีทริวิชั่น กรุ๊ป จำกัด (ทริวิชั่น) กับ AIS Play⁶

จากการซื้อขายลิขสิทธิ์ฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายในปี 2018 ได้มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์เกิดขึ้น อันเนื่องมาจาก บริษัท ทริวิชั่น กรุ๊ป จำกัด (ทริวิชั่น) ในฐานะผู้ได้รับลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ได้ฟ้องร้องเกี่ยวกับการออกอากาศการถ่ายทอดสดฟุตบอลโลกผ่านทาง AIS Play ซึ่งเป็น Mobile Application ที่ให้บริการโดยบริษัท ซุปเปอร์ บรอดแบนด์ เน็ตเวอร์ค จำกัด (SBN) บริษัทในเครือของเอไอเอส ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เนื่องด้วยการออกอากาศผ่าน AIS Play เป็นการเผยแพร่โทรทัศน์ในช่องทาง OTT ซึ่งไม่ได้อยู่ในการกำกับดูแลของ กสทช. นั้นเอง ซึ่งเมื่อได้มีการนำคดีขึ้นฟ้องร้องสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาแล้วท้ายที่สุดทาง บริษัท ซุปเปอร์ บรอดแบนด์ เน็ตเวอร์ค จำกัด (SBN) บริษัทในเครือของเอไอเอส ก็ได้ตัดสินใจที่จะรับการออกอากาศรายการแข่งขันฟุตบอลโลกดังกล่าวผ่านทาง AIS Play นั้นเอง

3.1.2 คดีหมายเลขแดงที่ 1235/2562 กรณีลักลอบนำสัญญาณการถ่ายทอดกีฬาจากประเทศอังกฤษ ไปเผยแพร่โดยมิชอบอันเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์⁷

สืบเนื่องจากเมื่อปี 2558 บริษัท เดอะ ฟุตบอล แอสโซซิเอชัน พรีเมียร์ ลีก ลิมิเต็ด ซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิ์ในการถ่ายทอดสัญญาณภาพและเสียงการแข่งขันฟุตบอลพรีเมียร์ลีก ของประเทศอังกฤษ ได้มอบอำนาจให้ตัวแทนมาร้องทุกข์ต่อกรมสอบสวนคดีพิเศษให้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดในกรณีการลักลอบนำสัญญาณการถ่ายทอดฟุตบอลพรีเมียร์ลีก อังกฤษ ซึ่งเป็นลิขสิทธิ์ของบริษัท เดอะ ฟุตบอล แอสโซซิเอชัน พรีเมียร์ ลีก ลิมิเต็ด ไปเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ 365sport.tv และมีเว็บไซต์ที่อาจมีความเกี่ยวข้องกันอีก 5 เว็บไซต์ คือ Thaiexpat.tv, Hkexpat.tv, Indoexpat.tv, Vietexpat.tv และ Euroexpat.tv โดยเรียกเก็บค่าสมาชิกเป็นรายเดือน อันเป็นความผิดฐานกระทำความผิดประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อดักจับไว้ซึ่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ของผู้อื่น เป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 และความผิดฐานร่วมกันแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเรียกเก็บเงินเพื่อประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 29 (3) อันมีลักษณะเป็นคดีพิเศษโดยได้รับไว้ทำการสอบสวนเป็นคดีพิเศษที่ 65/2559 ซึ่งจาก

⁶ “ทริวิชั่นส์ กรุ๊ป แฉงย่นฟ้องศาล กรณี AIS PLAY ถ่ายสดฟุตบอลโลก 2018 บนมือถือเพื่อดูแลสิทธิ์ตามสัญญากับฟีฟ่า”, ประชาชาติธุรกิจ [Online], 7 มิถุนายน, 2565. แหล่งที่มา <https://www.prachachat.net/ict/news-188247>.

⁷ DSI กรมสอบสวนคดีพิเศษ, DSI คุ่มครองเศรษฐกิจดิจิทัลพลิกประวัติศาสตร์ปรับเงินก้อนใหญ่ผู้ละเมิดพรีเมียร์ลีก 26 ล้านบาท [Online], 2563. แหล่งที่มา <https://www.dsi.go.th/th/Detail/0cfc04b6001c03348cf44c1ac568a7d4>.

การสอบสวนพบว่า เว็บไซต์ดังกล่าวให้บริการเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่ายในประเทศไทยเป็นฐานในการถ่ายทอดสัญญาณการแข่งขันฟุตบอลพรีเมียร์ลีก อังกฤษ ไปยังหลายประเทศทั้งในภูมิภาคเอเชียและยุโรป

เช่นนี้จึงได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกจำเลยคนละ 1 ปี 6 เดือน โทษจำคุกรอลงอาญา 2 ปี ปรับคนละ 1 ล้านบาทเศษ ทั้งนี้ จำเลยได้ให้การรับสารภาพและยินยอมจ่ายค่าเสียหายเป็นจำนวนกว่า 15 ล้านบาท และยังมีเงินของกลางอีกกว่า 7 ล้านบาทที่ถูกริบในการกระทำความผิดต่อลิขสิทธิ์ของพรีเมียร์ลีกในประเทศไทย ซึ่งถือเป็นหนึ่งในยอดเงินสูงสุดที่มีการชดเชยค่าเสียหายคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

3.2 ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

3.2.1 คำพิพากษาคดี Nation Football League v. McBee & Bruno's⁸

เจ้าของลิขสิทธิ์ในรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียมมีสิทธิดำเนินคดีทางแพ่ง เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการนำสัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียมไปใช้หรือเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมาย

3.2.2 คำพิพากษาคดี American Television and Communications Corp. V. Floken, Ltd.,⁸³⁹

บริษัทโทรทัศน์เคเบิลหรือผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิก ซึ่งเป็นโจทก์มีสิทธิฟ้องร้องและดำเนินคดีกับจำเลยเพื่อเรียกค่าเสียหาย และร้องขอต่อศาลให้สั่งคุ้มครองชั่วคราวจากการกระทำความผิดต่าง ๆ ของจำเลยได้ เนื่องจาก โจทก์ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียและมีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจเชิงพาณิชย์

ส่วนการกระทำที่เป็นการละเมิดนั้น กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองสัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียมที่ได้มีการตั้งรหัสไว้ในมาตรา 605 ซึ่งมีสาระสำคัญสามารถแบ่งการกระทำที่เป็นการละเมิดออกได้เป็น 2 กรณี ดังต่อไปนี้ คือ

(1) การใช้ประโยชน์จากสัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียมโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁸ Justia US Law, **National Football League v. McBee & Bruno's**, 621 F. Supp. 880 (E.D. Mo. 1985) [Online], 13 September 1985. Available from <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/621/880/1368096/>.

⁹ สิปป์วัฒน์ กัมทรทิพย์, ปัญหาการให้ความคุ้มครองผู้ดำเนินการแพร่เสียงแพร่ภาพ: ศึกษากรณีการละเมิดสิทธิแพร่เสียงแพร่ภาพแต่เพียงผู้เดียวข้ามประเทศ (การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ , 2557).

กล่าวคือ เป็นการรับ หรือดักจับ หรือลักลอบ หรือช่วยเหลือซึ่งบุคคลอื่น เพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาณสื่อสารทางวิทยุโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ส่งโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือประโยชน์ทางการค้าเชิงพาณิชย์ (ซึ่งถ้าเป็นประโยชน์ทางการค้าเชิงพาณิชย์กฎหมายจะกำหนดให้ต้องรับโทษที่สูงขึ้น) ประกอบกับการกระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้ ถือเป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่การรับสัญญาณมาเพียงอย่างเดียว ถึงแม้จะไม่ได้มีการใช้เผยแพร่ต่อไปก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว

(2) การกระทำที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ถอดรหัสโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวคือ ผู้ใดผลิต ประกอบ นำเข้า ส่งออก ขาย หรือจำหน่าย เปลี่ยนแปลง ซึ่งเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ จักรกล โดยรู้หรือควรรู้ว่าเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์จักรกลนั้นมีส่วนช่วยหรือสามารถในการช่วยถอดรหัสสัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียมโดยมิได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเจตนาตั้งใจเพื่อให้มีการกระทำตามมาตรา 605 (a) จะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการกระทำละเมิดโดยอ้อม โดยมีคำพิพากษาที่น่าสนใจดังต่อไปนี้

3.2.3 คำพิพากษาคดี Subscription Television of Greater Washington

V. kaufmann¹⁰

การที่จำเลยขายหรือจำหน่าย อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่สามารถหรือมีส่วนช่วยเหลือในการถอดรหัสสัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียมของโจทก์ โดยไม่ต้องจ่ายค่าสมาชิกให้แก่ผู้ให้บริการ ถือได้ว่าจำเลยได้มีช่วยเหลือให้ผู้อื่นได้รับสัญญาณรายการที่ถ่ายทอดผ่านดาวเทียมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือเป็นความผิดตามมาตรา 605 (e) (4)

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงขอสรุปประเด็นที่ต้องคำนึงถึงในการซื้อขายหรือนำเนื้อหารายการที่มีลิขสิทธิ์มาเผยแพร่นั้น นอกจากจะต้องระมัดระวังไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว จะต้องคำนึงถึงประเด็นต่างๆ ภายใต้ประกาศ กสทช. ที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

1) ผู้ที่ได้รับลิขสิทธิ์ ที่มีความต้องการเผยแพร่รายการผ่านทางโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัล ต้องคำนึงถึงขอบเขตของแพลตฟอร์มที่จะเผยแพร่ เนื่องจากหากเผยแพร่ในทีวีดิจิทัลก็มีความจำเป็นที่ต้องนำขึ้นไปยังแพลตฟอร์มอื่นได้แก่ ดาวเทียม เคเบิล IPTV ตามประกาศ Must Carry จึงเป็นหน้าที่ที่ต้องคำนึงถึงก่อนที่จะทำตกลงซื้อลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวอาจต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมาเป็นแนวทางการปฏิบัติด้วย

¹⁰ Casemine, Subscription television of greater Washington V. kaufmann [Online], 1985. Available from <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c2ccadd7b049347c21ae>.

2) ตามประกาศ Must Have ที่ให้รายการที่ระบุในภาคผนวกท้ายประกาศฯ ต้องเผยแพร่รายการทางโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลเท่านั้น ดังนั้นหากมีการเผยแพร่ทางโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลนั้น หมายถึงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของประกาศ Must Carry คือต้องนำขึ้นเผยแพร่ผ่านไปยังแพลตฟอร์มอื่นได้แก่ ดาวเทียม เคเบิล IPTV จึงทำให้การซื้อลิขสิทธิ์ในการเผยแพร่ต้องครอบคลุมถึงแพลตฟอร์มดังกล่าวด้วย แต่ถึงแม้ว่าผู้ซื้อลิขสิทธิ์ได้ทำการซื้อลิขสิทธิ์ครอบคลุมในทุกแพลตฟอร์ม ก็ยังคงไม่สามารถนำไปออกอากาศในช่องรายการไม่ใช้คลื่นความถี่ในโครงข่ายของตนเองได้ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อผลตอบแทนของบริษัทได้

3) ปัจจุบันยังมีข้อโต้แย้งว่าผู้ให้บริการ OTT ไม่สามารถอ้างประกาศ Must Carry ในการนำเนื้อหารายการอันมีลิขสิทธิ์ ไปออกอากาศผ่านทาง OTT ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้อาจต้องมีการตีความหรือจัดทำแนวปฏิบัติตามประกาศ Must Carry เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป

3.3 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT

กิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายกิจการที่เกี่ยวกับกิจการกระจายเสียง กิจการวิทยุ กิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม หรือกิจการอื่นเกี่ยวกับการใช้คลื่นความถี่ ย่อมถือเป็นสมบัติภายในชาตินั้น ๆ เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชนอันต้องได้รับการจัดสรรที่เหมาะสม ดังนั้นไม่ว่าประเทศใดย่อมต้องมีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ในการจัดสรรกิจการดังกล่าวให้ถูกต้องเป็นระเบียบ ซึ่งวิธีการในการกำกับดูแลนั้นอาจจะขึ้นอยู่กับสภาพการใช้งาน ความนิยมในการใช้งาน หรือสภาพสังคมและการใช้ชีวิตความเป็นอยู่ของแต่ละประเทศนั้น ๆ ซึ่งปัจจุบันมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับบริการ OTT ในประเทศไทยทั้งหมด 5 ฉบับ ดังต่อไปนี้

- 1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ)
- 2) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 (พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ)
- 3) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 (พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภคฯ)
- 4) พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 (พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นฯ)
- 5) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 (พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ)

ทั้งนี้ กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการ OTT ในประเทศไทย สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเด็นหลัก คือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแพลตฟอร์ม OTT ได้แก่ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นฯ และ พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาที่ให้บริการบนแพลตฟอร์ม OTT ได้แก่ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภคฯ และ พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

3.3.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ตามหลักการของกฎหมายฉบับนี้คือการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมบนคอมพิวเตอร์ รวมถึงการใช้อินเทอร์เน็ตด้วยโดยบริการ OTT เป็นการรับชมสื่อบนอินเทอร์เน็ต สามารถรับชมได้ทั้งในรูปแบบเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชัน ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ โดยแบ่งออกได้ 2 ส่วน ดังนี้

แพลตฟอร์ม OTT

ตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ได้นิยามว่า ระบบคอมพิวเตอร์ หมายถึง ระบบต่าง ๆ ที่ควบคุมด้วยระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแพลตฟอร์ม OTT ถือเป็นระบบคอมพิวเตอร์ประเภทหนึ่ง เพราะสามารถควบคุมด้วยระบบคอมพิวเตอร์ตามนิยามในมาตรา 3 แพลตฟอร์ม OTT จึงได้รับการคุ้มครองตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ

มาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ¹¹ บัญญัติว่า ผู้ใดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างเช่น การเจาะระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามหลักทั่วไปแล้วเมื่อมีการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ก็มักมีการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ว่าผู้ใดเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดด้วยเช่นกัน ทำให้ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 5 อาจต้องรับผิดตามมาตรา 7 ด้วย ดังนั้นหากมีการเจาะระบบ OTT เพื่อรับชมโทรทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากผู้ที่ทำการเจาะระบบ OTT ต้องรับโทษที่เจาะระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 5 แล้ว อาจต้องรับผิดตามมาตรา 7 อีกด้วยทั้งนี้ ตามมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ กล่าวว่า หากมีการนำมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ตนเองรู้ไปเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดในกรณีที่ผู้ใช้บริการ OTT ต้องมีรหัสผ่านในการรับชม OTT หากพบว่าผู้ใช้บริการ OTT นำรหัสผ่านไปเปิดเผยทำให้ผู้ให้บริการ OTT เสียหาย เช่น ผู้ใช้บริการ OTT นำรหัสผ่านของตนไปเปิดเผยทำให้บุคคลอื่นสามารถรับชม OTT ได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ในกรณีนี้ถือว่า ผู้ใช้บริการ

¹¹ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.

OTT ที่นำรหัสผ่านไปเปิดเผยมีความผิดตามกฎหมาย ต้องรับโทษตามมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ

สำหรับการดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ ในมาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ¹² ได้กล่าวว่า หากใครดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น ในระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตต้องระวางโทษตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีของบริการ OTT หากพบว่า มีการดักจับข้อมูลระหว่างการส่งเนื้อหาที่แพลตฟอร์ม OTT ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ เช่น

1) ในระหว่างที่ผู้ให้บริการ OTT ส่งเนื้อหา OTT ไปยังผู้ใช้บริการ OTT แต่มีบุคคลภายนอกดักจับเนื้อหา OTT เพื่อไปรับชม ซึ่งถือเป็นการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต

บุคคลภายนอกที่ทำการดักจับเนื้อหา OTT จึงมีความผิดตามมาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ

2) ในระหว่างที่เจ้าของเนื้อหา OTT ส่งเนื้อหา OTT ไปยังผู้ให้บริการ OTT แต่มีบุคคลภายนอกดักจับเนื้อหา OTT ไม่ว่าจะเป็นการดักจับเนื้อหา OTT เพื่อไปรับชมเองหรือเอาไปหากำไรต่อจะถือว่าเป็นการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ทั้งสิ้น บุคคลภายนอกที่ทำการดักจับเนื้อหา OTT จึงมีความผิดตามมาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ

นอกจากจะมีการป้องกันการเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์และการดักจับข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ยังมีการคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ในมาตรา 9 ว่า ผู้ใดทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นเสียหาย ทำลาย เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติม ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของ ต้องระวางโทษตามกฎหมาย ซึ่งหากมีใครทำให้เนื้อหารายการใน OTT เสียหาย หรือมีการเข้าไปเปลี่ยนแปลงเนื้อหารายการนั้น โดยไม่ได้รับอนุญาต ก็มีความผิดตามมาตรา 9 ทั้งนี้ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ยังมีการให้ความคุ้มครองการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 10 ด้วยว่า หากมีการรบกวน ขัดขวาง ชะลอ การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นจนไม่สามารถทำงานได้ตามปกติก็ต้องระวางโทษตามกฎหมาย ในกรณีของการให้บริการ OTT หากพบว่ามี การกวนระบบการให้บริการ OTT ทำให้ระบบไม่สามารถใช้งานได้ตามปกติ เช่น มีคนมาชะลอการทำงาน ของระบบ OTT จนผู้รับชมไม่สามารถรับชมรายการที่อยู่ในการให้บริการ OTT ผู้ที่กวนระบบ OTT ก็ต้องรับโทษตามมาตรา 10 ด้วยนั่นเอง

เนื้อหาที่ให้บริการบน OTT TV

เนื้อหาที่ให้บริการบน OTT TV ตามนิยามในมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ถือเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ เนื่องจากเป็นข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์และสามารถประมวลผลได้ เช่น ผู้ใช้บริการสามารถรับชม OTT TV ในรูปแบบเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชัน ซึ่งในที่นี้เปรียบเนื้อหาที่ให้บริการบน OTT TV เป็นการนำเสนอข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบคอมพิวเตอร์

¹² มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.

ตามมาตรา 14 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ได้มีการกำหนดลักษณะข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ห้ามนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเผยแพร่ ดังนี้

1) การฉวยเนื้อหารายการที่มีลักษณะปลอม ซึ่งน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน
2) การฉวยเนื้อหารายการที่มีลักษณะเท็จ ที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

3) การฉวยเนื้อหารายการที่มีลักษณะเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง

4) การฉวยเนื้อหารายการที่มีลักษณะลามกที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ หรือ

5) เผยแพร่หรือส่งต่อเนื้อหารายการที่มีลักษณะต้องห้ามตามข้อ 1) - 4)

จากข้อความที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ผู้ที่นำเนื้อหาที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 14 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ จะต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ดังนั้นหากในแพลตฟอร์ม OTT มีการอัปโหลดเนื้อหาที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 14 ผู้ที่อัปโหลดเนื้อหาดังกล่าว เช่น ผู้ให้บริการในแพลตฟอร์มที่ผลิตเนื้อหาขึ้นเองและเป็นผู้อัปโหลดลงในแพลตฟอร์ม OTT TV (User Generated Content: UGC) ต้องรับโทษตามกฎหมาย

หากมีการอัปโหลดเนื้อหาที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 14 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ นอกจากผู้ที่อัปโหลดเนื้อหาที่ต้องรับโทษแล้ว ยังมีบุคคลที่มีความเสี่ยงที่จะต้องรับโทษอีกก็คือ ผู้ให้บริการ OTT TV เพราะตามมาตรา 15 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ถือว่าผู้ให้บริการ OTT TV มีหน้าที่ดูแลเนื้อหารายการที่อยู่ในแพลตฟอร์ม OTT TV หากมีการอัปโหลดเนื้อหาที่มีลักษณะตามมาตรา 14 ลงในแพลตฟอร์ม OTT TV หรือเผยแพร่ในแพลตฟอร์ม OTT TV ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการสนับสนุนยินยอมให้เผยแพร่ข้อมูล ที่กระทบให้ผู้อื่นเดือดร้อนได้รับความเสียหาย หรือกระทบความมั่นคงของรัฐและอื่น ๆ ผู้ให้บริการ OTT TV จึงต้องรับโทษเสมือนผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14 แห่ง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ

3.3.2 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565

เนื้อหาที่ให้บริการบน OTT TV ที่เป็นประเภทภาพยนตร์ ละคร และรายการโทรทัศน์ ซึ่งเป็นผลงานที่มีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ จะได้รับความคุ้มครองตาม พ.ร.บ. ฉบับนี้ มาตรา 28 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ ได้กำหนดว่าผู้ใดทำซ้ำ หรือดัดแปลง เผยแพร่งานลิขสิทธิ์ประเภทภาพยนตร์ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จะต้องรับโทษตามกฎหมาย ดังนั้นในกรณีของการบริการ OTT สามารถเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ 2 กรณี ได้แก่ผู้ให้บริการ OTT นำเนื้อหาที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ฉายบน OTT ในกรณีนี้ผู้ที่มีความผิดตามกฎหมาย ได้แก่ ผู้ให้บริการ OTT เพราะว่าเป็นการนำงานที่มีลิขสิทธิ์ออกฉาย โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์

ผู้ทำซ้ำหรือดัดแปลงเนื้อหาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และนำฉายบน OTT TV ผู้ที่มีความผิดตามกฎหมาย ได้แก่ ผู้เป็นที่ทำซ้ำหรือดัดแปลงเนื้อหา เพราะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ในกรณีนี้จะมีผู้ที่มีความผิดตามกฎหมายอีกคนหนึ่งคือ ผู้ให้บริการ OTT เพราะตามมาตรา 31 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ ได้กล่าวว่า ผู้ใดงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาหากำไรให้ถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ดังนั้น ถ้าผู้ให้บริการ OTT รู้ว่าเนื้อหาที่ออกฉายบน OTT TV เป็นงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแต่ยังยินยอมให้ฉาย ก็ถือว่ามีความผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้ให้บริการ OTT ไม่ใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีฉายเนื้อหาดังกล่าว จะไม่ถือเป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32/3 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ

3.3.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

เนื่องจากบริการ OTT สามารถหารายได้จากการโฆษณา สินค้า หรือบริการต่าง ๆ ให้แก่ผู้ให้บริการ OTT ผู้ให้บริการดังกล่าวที่ได้รับการเสนอ หรือการชักชวนให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ มีสถานะเป็นผู้บริโภคตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภคฯ ดังนั้นการโฆษณาบน OTT จึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้

มาตรา 22 แห่ง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภคฯ บัญญัติไว้ว่า การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม เช่น

- 1) การโฆษณาข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง
- 2) การโฆษณาข้อความที่จะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับสินค้า
- 3) การโฆษณาข้อความที่เป็นการสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการกระทำผิดกฎหมาย

หรือศีลธรรม

- 4) การโฆษณาข้อความที่จะทำให้เกิดความแตกแยกหรือเสื่อมเสียความสามัคคีในหมู่

ประชาชน

- 5) การโฆษณาข้อความอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้ มาตรา 23 แห่ง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภคฯ ได้ห้ามการโฆษณาที่แสดงการกระทำที่เป็นอันตรายต่อร่างกาย หรือก่อให้เกิดความรำคาญ ดังนั้นหากพบว่าบน OTT มีการโฆษณาที่มีลักษณะเข้าข่ายมาตรา 22 แห่ง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภคฯ เช่น การโฆษณาสินค้าที่มีปริมาณเกินจริง หรือเป็นการโฆษณาอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคม คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคอาจมีคำสั่งให้แก้ไขข้อความ หรือการโฆษณาด้วยอำนาจตามมาตรา 27 แห่ง พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภคฯ นั้นเองทั้งนี้จะเห็นได้ว่าบริการ OTT นั้นเป็นการรับชมโทรทัศน์ผ่านทางเว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชัน จึงอาจถือได้ว่าเป็นกิจการโทรทัศน์ตามมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นวิทยุโทรทัศน์ หมายความว่า กิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะ หรือรายการไปยัง

เครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสงระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์ ซึ่งมาตรา 27 (3) แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นฯ ได้กำหนดให้ กสทช. มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม ดังนั้น กสทช. จึงมีอำนาจในการกำหนดลักษณะว่าการประกอบกิจการประเภทใดเป็นกิจการโทรทัศน์จากมาตรา 4 ประกอบกับ มาตรา 27 (3) แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นฯ จะเห็นได้ว่า กสทช. มีอำนาจในการกำหนดลักษณะ กิจการโทรทัศน์ ซึ่งหาก กสทช. กำหนดให้การบริการ OTT เป็นบริการกิจการโทรทัศน์ตามนิยามตาม พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นฯ บริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ตามนิยามพ.ร.บ.การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

3.3.4 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 หรือ พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ

3.3.4.1 ซึ่งในประเทศไทยสามารถแบ่งกิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายได้ดังนี้¹³

1) กิจการกระจายเสียง

กิจการกระจายเสียงตามความหมายของพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553¹⁴ สรุปความได้ว่า หมายถึงกิจการวิทยุกระจายเสียงและกิจการกระจายเสียงอื่น ๆ ซึ่งให้บริการการส่งข้อมูลข่าวสารในลักษณะทั่วไป ผ่านไปยังเครื่องรับที่สามารถรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกัน ก็ให้ถือว่าเป็นกิจการกระจายเสียงทั้งสิ้น เช่น วิทยุผ่านคลื่นสถานีต่าง ๆ ที่ได้รับการอนุญาตวิทยุสื่อสารทั้งของภาครัฐและส่วนบุคคล

2) กิจการโทรทัศน์

กิจการโทรทัศน์ ตามความหมายของพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553¹⁵ สรุปความได้ว่า หมายถึงกิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข้อมูลข่าวสาร

¹³ รมิดา จรินทร์พิทักษ์, “บริการ OTT: ความท้าทายต่อสื่อเก่าและการกำกับดูแล”, **วารสารวิชาการ กสทช.** 1, 1(2560): 315-341.

¹⁴ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, 2.

ในลักษณะทั่วไปหรือเป็นข่าวสารสาธารณะ หรือในรูปแบบของรายการผ่านไปยังเครื่องรับ หรือหมายถึงเครื่องโทรทัศน์ ที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกันก็ให้ถือว่าเป็นกิจการโทรทัศน์ทั้งหมด

ตามมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ ได้บัญญัติว่ากิจการโทรทัศน์หมายความว่ากิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นฯ ซึ่งหาก กสทช. ได้กำหนดให้การให้บริการ OTT เป็นบริการกิจการโทรทัศน์ตาม พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นฯ ก็จะต้องถือว่าเป็นกิจการโทรทัศน์ตาม พ.ร.บ. ในการประกอบกิจการโทรทัศน์ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ ที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับใบอนุญาตจาก กสทช. ดังนั้น เมื่อบริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ผู้ให้บริการ OTT ก็ต้องมาขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการตามมาตรา 7 พร้อมปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เมื่อการให้บริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ ผู้ประกอบการจึงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ ที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับใบอนุญาตจาก กสทช.

ดังนั้น เมื่อการให้บริการ OTT เป็นกิจการโทรทัศน์ ผู้ให้บริการ OTT ก็ต้องมาขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการตามที่ระบุไว้ในมาตรา 7 ทั้งนี้ เมื่อผู้ให้บริการ OTT ได้รับใบอนุญาตจาก กสทช. แล้ว ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด นอกจากการขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการโทรทัศน์แล้ว ใน พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ ได้มีการกำหนดเนื้อหาที่ออกอากาศในกิจการโทรทัศน์ของผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 37 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการฯ มีใจความว่า ห้ามออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระ ที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นหน้าที่ผู้รับใบอนุญาตที่ต้องทำการตรวจสอบ และระงับการออกอากาศรายการที่มีลักษณะดังกล่าว ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตไม่ดำเนินการระงับการออกอากาศรายการดังกล่าว คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ระงับการออกอากาศรายการนั้นได้ทันที ซึ่งในกรณีการให้บริการ OTT หากมีการฉายเนื้อหารายการที่มีลักษณะตามที่กล่าวมาด้านบนผู้ให้บริการ OTT ที่เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตจาก กสทช. มีหน้าที่ระงับและตรวจสอบการออกอากาศเนื้อหาหรือนั้น ๆ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตาม กสทช. อาจมีคำสั่งระงับการฉายได้ทันที

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าการให้บริการในลักษณะ OTT เป็นการบริการส่งข่าวสารสาธารณะ หรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ โดยส่งผ่านระบบต่าง ๆ ได้เช่นกัน หากแต่การให้บริการใน

ลักษณะนี้ ไม่ใช่การให้บริการที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ซึ่งจะส่งผลในเรื่องของช่องว่างในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะดังกล่าว

3.3.4.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของระบบวิทยุสื่อสารหรือวิทยุกระจายเสียง¹⁶ หรือการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ไปยังประชาชน¹⁷ จะมีกฎหมายลำดับรองกำกับดูแลด้านเนื้อหาอย่างเป็นรูปธรรมและชัดเจน ยกตัวอย่าง ตามข้อ 14 (11)¹⁸ ของประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 ได้ กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องตรวจสอบ แก้ไข ปรับปรุง หรือระงับรายการที่มีเนื้อหาสาระอันต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมาย อาจแบ่งประเภทได้ ดังนี้

1) เนื้อหาที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เนื้อหาดังกล่าวต้องไม่ใช่ลักษณะของรายการที่มีเนื้อหาที่มีการยุยง ปลุกปั่น หรือปลุก ระดมให้มีการล้มล้างอำนาจอธิปไตยไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือทำให้ไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ หรือเป็นการเผยแพร่เนื้อหาสาระที่มีลักษณะชักชวนให้มีการแบ่งแยกอำนาจ หรือเปลี่ยนแปลง รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

2) เนื้อหาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ

เนื้อหาดังกล่าวห้ามมีการแสดงออกด้วยภาพ หรือข้อความใด ๆ อันเป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือมีการแสดงออกซึ่งความอาฆาตต่อราชวงศ์หรือสถาบันของกษัตริย์ โดยเฉพาะ

¹⁶ ภาควิชา อิงคปรัญญากุล, **ความรู้ด้านระบบวิทยุสื่อสาร** [Online], 30 กันยายน 2561. แหล่งที่มา http://kmcenter.rid.go.th/kcitic/2011/index.php?option=com_fireboard&func=userlist&itemid=18&orderby=lastvisitDate&direction=DESC&limitstart=90.

¹⁷ เกียรติศักดิ์ ศรีพิมานวัฒน์ (บก.), **สารานุกรมโทรคมนาคมไทย ฉบับพุทธศักราช 2552**, (กรุงเทพฯ: สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2554).

¹⁸ ข้อ 14 (11) แห่งประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการ กระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 กำหนดว่า ขอบเขตและเงื่อนไขการอนุญาต ผู้รับใบอนุญาต ต้อง ตรวจสอบ แก้ไข ปรับปรุง หรือระงับรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง.

การเผยแพร่ภาพและเสียงอันมีเนื้อหาจูงใจ ถูกเหยียดหยามประเทศชาติ หรือประมุขของประเทศอื่น ๆ อันอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รวมไปถึงการใช้ข้อความหรือคำพูด ที่อาจเป็นการยุยงให้เกิดความแตกแยกกันภายในสังคม

3) เนื้อหาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เนื้อหาดังกล่าวต้องมีเนื้อหาสาระที่มีการแสดงออกซึ่งการดูถูก สร้างความเกลียดชังจนเป็นเหตุให้กระทบ หรือลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล หรือกลุ่มบุคคลในเรื่องของถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพ สติปัญญา การศึกษา เป็นต้น นอกจากนี้ ต้องมีใช้การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมเลียนแบบ การกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ขนบธรรมเนียม ประเพณี วัฒนธรรม อันดีของประเทศในลักษณะก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคมไทย โดยให้รวมถึงการประชาสัมพันธ์ หรือค่าบริการที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น การพนัน เป็นต้น

4) เนื้อหาที่มีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร

เนื้อหาดังกล่าวคือการแสดงออกด้วยการกระทำ ถ้อยคำ หรือรูปภาพอันมีลักษณะหยาบโลน น่ารังเกียจ ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการแสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมการมีเพศสัมพันธ์ เปิดเผยอวัยวะเพศ หรืออวัยวะส่วนที่ไม่ควรเปิดเผยต่อหน้าสาธารณชน หรือเนื้อหารายการที่ยั่วอารมณ์ทางเพศอันเป็นการนำเสนอที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการศึกษา หรือเสริมคุณค่าทางศิลปวัฒนธรรม และเนื้อหารายการที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นการกระทำซึ่งเข้าข่ายลามกอนาจาร

5) เนื้อหาที่มีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง

เนื้อหาดังกล่าวคือเนื้อหาที่เผยแพร่ หรือเป็นการสาธิตให้เห็นถึงรูปแบบ หรือวิธีการทำอัตวินิบาตกรรม การแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่มีลักษณะทารุณกรรมสัตว์และคน การชักจูงให้บุคคลซื้อสินค้า หรือบริการโดยอาศัยการอวดอ้างสรรพคุณแสดงคุณวิเศษเหนือธรรมชาติเกินจริง หรืออำนาจทางไสยศาสตร์ที่ไม่อาจพิสูจน์ได้จนทำให้ผู้ชมรายการหลงเชื่อ การเลียนแบบพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชน หรือการแสดงออกข้อความ หรือแพร่ภาพและเสียงในประการที่เป็นเท็จ หรือปกปิด ละเว้น การแจ้งสาระสำคัญ หรือกล่าวอ้างถึงข้อมูลทางวิชาการที่เป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้องตรงตามความเป็นจริงในอันที่จะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพของประชาชน

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลำดับรองฉบับอื่นที่ควบคุม และกำกับขอบเขตการเผยแพร่เนื้อหาในมิติอื่น ๆ เพื่อให้เกิดความชัดเจนเพิ่มเติมขึ้นอีกด้วย เช่น การแบ่งระดับประเภทของเนื้อหาที่เผยแพร่ให้แก่ประชาชน ตั้งแต่ระดับที่มีความรุนแรงน้อยไปถึงระดับที่มีความรุนแรงมาก โดยกำหนดช่วงเวลาในการออกอากาศ และมีตัวย่อแสดงถึงประเภทความรุนแรงของเนื้อหาที่จะเผยแพร่ ดังเช่น

ข้อกำหนดในประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556¹⁹ ที่แสดงถึงการจัดระดับความเหมาะสมของรายการไว้ เช่น รายการที่มีระดับความเหมาะสมของรายการในระดับ ฉ ห้ามมิให้ออกอากาศในช่วงเวลาก่อน 24.00 น. ของทุกวัน และให้ออกอากาศได้จนถึงเวลา 05.00 น. ของวันถัดไป โดยให้รวมถึงรายการประเภทต่อไปนี้

1) มีการกระทำซึ่งอาจเข้าลักษณะลามก อนาจาร หรือยั่วยู่ทางเพศ หรือแสดงถึงความรุนแรงทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศ หรือกระตุ้นให้เกิดพฤติกรรมลอกเลียนแบบในทางเพศ หรือมีเนื้อหาทางเพศ หรือการแต่งกายที่ล่อแหลมหรือไม่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการใช้ภาพ เสียง เนื้อหาและพฤติกรรมต่าง ๆ เช่น รายการตีสืบบางเรื่อง (ผู้ชายข้ามเพศ) จะมีการกล่าวถึงเนื้อหาในเรื่องเพศ และมีการแสดงรูปอวัยวะเพศที่ทำการผ่าตัดศัลยกรรมแล้ว

2) การใช้ภาษา หรือมีพฤติกรรมที่แสดงออกถึงความรุนแรง หรือนำไปสู่ความรุนแรงทารุณโหดร้าย ที่ก่อให้เกิดผลต่อความรู้สึกทางจิตใจอย่างรุนแรง เช่น ละครในบางช่วงบางตอน ได้แก่ แรงเงา บัวปริ่มน้ำ ดอกส้มสีทอง เป็นต้น

3) การนำเสนอที่ก่อให้เกิดการอคติ การเลือกปฏิบัติ การกระทำอันขัดต่อหลักมนุษยธรรม ละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

4) การใช้ภาษา หรือมีพฤติกรรมที่ขัดต่อศีลธรรม วัฒนธรรม และขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของชาติ เช่น ละครในบางช่วงบางตอน ได้แก่ แรงเงา บัวปริ่มน้ำ ภาพยนตร์บิกซิมม่า ในบางสัปดาห์

5) มีการกล่าวอ้างหรือจงใจให้เชื่อว่า บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมีอำนาจพิเศษ หรือความสามารถพิเศษเหนือธรรมชาติ

6) ชื่นาหรือให้ข้อมูล หรือแสดงออกเพื่อจูงใจหรือสนับสนุนให้เกิดการเล่นการพนัน การออกอากาศรายการที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้น ผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการจัดทำเนื้อหารายการและตรวจสอบผู้ผลิตเนื้อหาในช่องรายการของตน ให้ดำเนินการโดยไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งจากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ในแง่มุมของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์อันมีการแพร่ภาพและเสียงไปยังสาธารณชน จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำกับดูแลด้านเนื้อหาอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันเมื่อกล่าวถึงการให้บริการในลักษณะ OTT สามารถกล่าวได้ว่ายังไม่มีมาตรการเฉพาะในการกำกับดูแลและควบคุมเนื้อหาของผู้ให้บริการแต่ละประการใด ซึ่งเป็นหนึ่งใน

¹⁹ ข้อ 11 แห่งประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการ กระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556.

ประเด็นปัญหาที่ควรได้รับการแก้ไขให้มีมาตรฐานที่ใกล้เคียงกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่มีอยู่ในขณะนั้นเอง

3.3.4.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องของมาตรการในการลงโทษการแพร่ภาพและเสียงอันมีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551²⁰ และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555²¹ ได้กำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่ได้รับใบอนุญาตในการออกอากาศทางโทรทัศน์หรือทางวิทยุ ในเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำความผิดซึ่งเข้าลักษณะลามก อนาจาร หรือมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง โดยผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการจัดทำเนื้อหารายการ และตรวจสอบผู้ผลิตเนื้อหาในช่องรายการของตน หากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแล้วมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วจะต้องได้รับโทษโดยโทษสามารถกำหนดความรุนแรงได้ 2 ระดับ ดังนี้

1) การพักใช้ใบอนุญาต

ก่อนการลงโทษโดยการให้พักใช้ใบอนุญาตนั้น สำนักงาน กสทช. หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะดำเนินการออกคำสั่งทางปกครอง โดยส่งหนังสือตักเตือนไปยังผู้รับใบอนุญาตที่กระทำความผิดกฎหมายก่อน ยกตัวอย่างของช่อง 1TV (วันทีวี)²² เนื่องจากสำนักงาน กสทช. ได้รับเรื่องร้องเรียนกรณีรายการเส้นผมบังภูเข่า ที่ออกอากาศเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2558 และรายการแฉกระจาย ที่ออกอากาศวันที่ 19 กันยายน 2558 มีเนื้อหาขัดต่อประกาศของ คสช. ฉบับที่ 97/2557²³ โดยแสดงข้อมูลข่าวสารที่สื่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร เป็นต้น

สำหรับกรณีที่สำนักงาน กสทช. ได้ดำเนินการพักใช้ใบอนุญาตตามกฎหมายนั้นสามารถยกตัวอย่างได้ในเรื่องช่องพีชทีวี (PEACH TV) โดย กสทช. มีมติให้พักใช้ใบอนุญาตช่อง

²⁰ ข้อ 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2551.

²¹ ข้อ 19 แห่งประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียง และโทรทัศน์ พ.ศ. 2555.

²² ปิยิณี นิวส์, กสทช. ลงดาบช่องทีวีวิจารณ์รัฐบาลไปแล้วก็ราย [Online], 1 มกราคม 2562. แหล่งที่มา <https://www.bbc.com/thai/thailand-39415924>.

²³ ประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เรื่อง การให้ความร่วมมือต่อการปฏิบัติงานของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติและการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ, วันที่ 23 กรกฎาคม 2557.

พีชทีวี เป็นเวลา 30 วัน เนื่องจากการออกอากาศรายการเดินหน้าต่อไป เมื่อวันที่ 26-27 มีนาคม และวันที่ 5 เมษายน 2561 เวลา 14.30-15.30 น. โดนประมาณรายการหิบบ่ามาคุย เมื่อวันที่ 27 มีนาคม และวันที่ 9 เมษายน 2561 เวลา 10.30-12.00 น. โดยประมาณ เป็นต้น มีเนื้อหารายการ อันเป็นการก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกใน ราชอาณาจักร และยังเป็น การนำเสนอที่ขัดต่อคำสั่งศาลปกครองที่มีคำสั่งให้บริษัท พีช เทเลวิชั่น จำกัด ปฏิบัติตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 97/2557 ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2557 และฉบับที่ 103/2557 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2557²⁴ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดกล่าวถือเป็นการกระทำความผิดซ้ำซาก จึงต้องนำเนื้อหาดังกล่าวเข้าสู่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์พิจารณาเป็นต้น²⁵

2) การเพิกถอนใบอนุญาต

การเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ถือเป็นการแทรกแซงในทางปฏิบัติที่มีความรุนแรงในระดับหนึ่ง เนื่องจากจะทำให้ไม่สามารถเผยแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์หรือช่องทางอื่นได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งสามารถยกกรณีตัวอย่าง ได้แก่ กรณี คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ (กสท.) มีมติให้เพิกถอนใบอนุญาตสถานีโทรทัศน์ DMC ของมูลนิธิศึกษาธรรมเพื่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการสถานีดาวเทียม หลังจากพบว่า นายองอาจ ธรรมนิทา โฆษกวัดพระธรรมกายในขณะนั้นได้ใช้วัดพระธรรมกาย แดงลงจุดยืนหลังจากศาลอาญาคงหมายจับข้อหาความผิดฐานกระทำให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักรซึ่งก่อนหน้านี้ สถานีโทรทัศน์ดังกล่าวถูกพักใช้ใบอนุญาตไปแล้วเป็นเวลา 30 วัน²⁶ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากบทลงโทษดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ข้อกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และกฎหมายลำดับรองที่ใช้ฐานอำนาจของพระราชบัญญัตินี้ในการออกกฎเท่านั้น มิได้รวมถึงการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตโดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุน ครอบครองสัญญาณเองหรือที่เรียกว่าการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าในปัจจุบันจึงยังไม่สามารถดำเนินการลงโทษแก่ผู้ให้บริการ ลักษณะ OTT ได้ ทำได้เพียงป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าวโดยการบล็อกเว็บไซต์แต่เพียงเท่านั้น

²⁴ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 103/2557 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557, 30 กรกฎาคม 2557.

²⁵ Voice Online, บอร์ด กสทช. สั่งปิดพีชทีวี 30 วัน [Online], 9 สิงหาคม 2560. แหล่งที่มา <https://www.voicetv.co.th/read/514066?fref=gc>.

²⁶ ปีปัส นิวิสัย, กสทช. ลงดาบช่องทีวีวิจารณ์รัฐบาลไปแล้วก็ร้าย, 1.

จะไม่มีภาระลงโทษผู้กระทำผิดในข้อหาที่เกี่ยวข้องโดยตรง หรือมีมาตรการในการระงับบัญชีผู้ใช้ (User) ของผู้กระทำผิด เนื่องจากมีข้ออยู่ในคำจำกัดความด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้องอย่างสำนักงาน กสทช. ที่จะก้าวล่วงเข้าไปดำเนินการตามกฎหมายได้ ดังนั้น หากมีกฎหมายใดที่ทำให้การให้บริการลักษณะ OTT ได้ถูกควบคุมอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายใต้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ย่อมเกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติมากกว่า ปัจจุบัน

3.3.4.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

โดยเมื่อเปรียบเทียบภารกิจของสำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และภารกิจของสำนักงาน กสทช. ในเบื้องต้นแล้ว ในความเห็นของผู้วิจัยมองว่าจาก มาตรา 27 และมาตรา 58 แห่ง พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของ กสทช. และคำจำกัดความในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ อันกล่าวโดยสรุปว่าหน้าที่ของ กสทช. ที่สำคัญหลายประการจะเกี่ยวเนื่องกับอำนาจในการควบคุมดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT โดยเฉพาะมากกว่า โดยสามารถยกตัวอย่างภารกิจบางประการ เพื่อสนับสนุนเหตุผลในเรื่องการเป็นองค์กรที่ควรมีหน้าที่ในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวได้ ดังนี้²⁷

- 1) การกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยที่การให้บริการในลักษณะ OTT เป็นการให้บริการแพร่ภาพและเสียงรูปแบบหนึ่ง ซึ่ง กสทช. เป็นคณะกรรมการเดียวที่มีอำนาจกำหนดลักษณะและประเภทในเรื่องนั้น ๆ
- 2) การพิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพ มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว ถูกต้องและเป็นธรรม และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือ ค่าธรรมเนียมการอนุญาตดังกล่าว การกำหนดมาตรฐานและลักษณะพึงประสงค์ทางด้านเทคนิคในการประกอบกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม และในกิจการวิทยุคมนาคม
- 3) กำหนดโครงสร้างอัตราค่าธรรมเนียม และโครงสร้างอัตราค่าบริการในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ
- 4) คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการ และคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม

²⁷ มาตรา 27 ประกอบมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ. 2555.

และส่งเสริมสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่อันมีความเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าสำนักงาน กสทช. เป็นองค์กรที่มีภารกิจและหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการควบคุมหรือกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT ซึ่งเป็นการให้บริการแพร่ภาพและเสียงรูปแบบหนึ่ง ที่มีได้แพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ แต่เป็นการให้บริการผ่านอินเทอร์เน็ต อันถือเป็นหนึ่งในการให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมประเภทหนึ่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องได้รับใบอนุญาตจากสำนักงาน กสทช. ตามประเภทต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544²⁸ ได้กำหนดประเภทของ ใบอนุญาตไว้ 3 แบบ ได้แก่

- 1) ใบอนุญาตแบบที่หนึ่ง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ไม่มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเอง และเป็นกิจการที่มีลักษณะสมควรให้มีการบริการได้โดยเสรี
- 2) ใบอนุญาตแบบที่สอง ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการ โทรคมนาคมที่มีหรือไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ให้บริการจำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคล หรือเป็นการประกอบกิจการที่ไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม หรือต่อประโยชน์สาธารณะและผู้บริโภค
- 3) ใบอนุญาตแบบที่สาม ได้แก่ ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งเป็นการประกอบกิจการที่มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการแก่บุคคลทั่วไปจำนวนมาก หรืออาจมีผลกระทบต่อการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม หรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีเหตุจำเป็นต้องคุ้มครองผู้บริโภคเป็นพิเศษ

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตภายในประเทศที่มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการตามเงื่อนไขดังกล่าว ต้องเข้าสู่กระบวนการขอใบอนุญาตจากสำนักงาน กสทช. เพื่อให้บริการประชาชนต่อไป แต่อย่างไรก็ดีแม้ในทางปฏิบัติจะมีกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของประกาศ กสทช. เพื่อกำกับดูแลผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดังกล่าว เช่น ประกาศ กสทช. เรื่อง แนวทางการพิจารณาเงื่อนไขการให้บริการอินเทอร์เน็ต เกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมแรกเข้าและค่าติดตั้งอุปกรณ์ ซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้บริโภคต่อการเอาเปรียบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ประกอบการภายในประเทศนั้น ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งในการกำกับดูแลผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการภายในประเทศเท่านั้น ไม่สามารถควบคุมหรือกำกับดูแลผู้ให้บริการต่างประเทศหรือในลักษณะการให้บริการ OTT

²⁸ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544.

ได้ เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในส่วนของคำจำกัดความตามกฎหมาย ในระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นพื้นฐานอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองไม่สามารถครอบคลุมไปถึง

ดังนั้นประเทศไทยจึงควรใช้อำนาจหน้าที่จากองค์กรที่มีบทบาท และหน้าที่อันใกล้เคียงกับสภาพการให้บริการในลักษณะการให้บริการ OTT หรือควรให้สำนักงาน กสทช. มาดำเนินการกำกับดูแลการให้บริการประเภทนี้ โดยให้มีอำนาจกำกับดูแลด้านเนื้อหาของการเผยแพร่ภาพและเสียง มาตรฐานการให้บริการที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพ การกำหนดค่าธรรมเนียมการอนุญาต อัตราค่าบริการอย่างเป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ เป็นสำคัญ ความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ เป็นต้น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานการกำกับดูแลการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ รวมไปถึงกิจการโทรคมนาคมในส่วนการให้บริการอินเทอร์เน็ตของผู้ประกอบการในปัจจุบัน ดังนั้น ถึงแม้ว่า ปัจจุบันการให้บริการลักษณะ OTT ยังไม่มีการกำกับดูแลโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เป็นการเฉพาะ แต่จะใช้วิธีนำกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาบังคับใช้โดยอนุโลมก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี เพื่อให้การกำกับดูแลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพทั่วถึง และเกิดความรวดเร็วในการเยียวยาผู้เสียหายจึงควรกำหนดองค์กรที่มีหน้าที่เป็นการเฉพาะ ในการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวพร้อมออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้ควบคู่กันไปด้วย

3.4 ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT

ประเด็นลิขสิทธิ์ในเนื้อหาที่ส่งผ่านบริการ OTT ในผู้ให้บริการ OTT ด้วยกันเอง ซึ่งมีทั้งผู้ให้บริการอย่างถูกกฎหมายโดยการลงทุนซื้อลิขสิทธิ์เนื้อหารายการ ไม่ว่าจะเป็นรายการทางโทรทัศน์ หรือภาพยนตร์มารวบรวมให้บริการต่อสมาชิกอย่างถูกต้อง ผู้ให้บริการรวมเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตโดยไม่ซื้อหรือขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์ มาให้บริการแบบเก็บค่าบริการสมาชิก และผู้ให้บริการ OTT แบบไม่เก็บค่าสมาชิก (AVoD) รายใหญ่อย่าง YouTube ที่ให้บริการเนื้อหารายการหรือวิดีโอที่มีการนำขึ้น (Upload) บนเว็บไซต์อย่างเสรี โดยผู้ให้บริการเองทำให้มีเนื้อหารายการทั้งที่นำขึ้น โดยเจ้าของเนื้อหาบางส่วนที่ละเมิดลิขสิทธิ์ปะปนอยู่จำนวนมาก²⁹ อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศรวมทั้งประเทศไทยที่ยังไม่มีการกำกับดูแลบริการ OTT ยังปรากฏว่ามีผู้ให้บริการที่นำเนื้อหารายการของผู้อื่น มาให้บริการโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อลดต้นทุนการให้บริการของตนอยู่จำนวนมาก ดังนั้นเมื่อในตลาดบริการ OTT ประกอบด้วยผู้ให้บริการที่ปฏิบัติตาม และไม่ปฏิบัติ

²⁹ ชลิตา ศรีนวล, “Over-the-Top (OTT): สงครามที่เพิ่งเริ่มต้นในระบบนิเวศใหม่ของเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร”, วารสารเทคโนโลยีสารสนเทศ 11, 1(2558): 74-81.

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงมีข้อถกเถียงถึงความไม่เป็นธรรมอันเกิดจากความไม่เท่าเทียมกันของต้นทุนการให้บริการ และในขณะเดียวกันผู้ผลิตเนื้อหาหารายการก็เริ่มขาดแรงจูงใจในการผลิตเนื้อหาที่ดีออกมาสู่ตลาด เพราะต้องเป็นผู้แบกรับต้นทุนการผลิต แต่เมื่อผลิตรายการออกมาให้นำไปให้บริการโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ผลิต ไม่ได้รับผลตอบแทนจากเนื้อหาที่ตนได้ลงทุนไปอย่างเพียงพอ แนวทางการแก้ไขปัญหาการนำเอาเนื้อหาหารายการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาจัดเรียงให้บริการใน OTT ในประเทศที่มีข้อกำหนดให้ผู้ให้บริการ OTT ต้องลงทะเบียนแสดงตัวตน หรือรับใบอนุญาตอย่างในสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรจะนำเอากฎระเบียบและกฎหมายที่ใช้กำกับสื่อรวมทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์มาใช้ในการลงโทษผู้ให้บริการ OTT ภายในประเทศ แต่อีกหลายประเทศก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาสำหรับบริการ OTT จากต่างประเทศที่ยังไม่ทำการลงทะเบียนหรือขออนุญาตให้บริการในประเทศได้

3.5 ประเด็นความเหลื่อมล้ำระหว่างผู้ให้บริการ OTT กับผู้ให้บริการโทรทัศน์

แม้ข้อเท็จจริงในปัจจุบันจะปรากฏว่าผู้ให้บริการโทรทัศน์จำนวนมากมีแนวโน้มปรับตัวไปสู่การให้บริการ OTT ควบคู่ไปกับการให้บริการโทรทัศน์ แต่ยังมีประเด็นความเหลื่อมล้ำบางประการระหว่างผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ให้บริการ OTT กับผู้ให้บริการ OTT แต่เพียงอย่างเดียว³⁰ เนื่องจากผู้ให้บริการ OTT ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หลายรายนำเอาช่องรายการโทรทัศน์ไปรวบรวมให้บริการสมาชิกของตน กล่าวคือผู้ชมที่เป็นสมาชิก OTT รายนั้นสามารถดูรายการโทรทัศน์ทุกช่อง ทั้งฟรีทีวีและช่องรายการบนโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกได้ โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเป็นสมาชิกทีวีแบบบอกรับสมาชิกแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังผู้ให้บริการโทรทัศน์ทั้งแบบฟรีและมีค่าใช้จ่าย มีการดำเนินการทางเทคนิคเพื่อปิดกั้นการเข้าถึงช่องรายการหรือเนื้อหาหารายการของตนได้บ้าง แต่ก็ยังปรากฏการละเมิดลิขสิทธิ์เนื้อหาหารายการโทรทัศน์อยู่บนบริการ OTT รายใหญ่บางรายที่มากกว่านั้นก็คือเหลื่อมล้ำในการถูกกำกับดูแลในระดับที่แตกต่างกัน กล่าวคือบริการโทรทัศน์ในหลายประเทศจะถูกกำกับดูแลเนื้อหาที่ออกอากาศ โดยกำหนดให้ต้องมีการจัดระดับความเหมาะสมในการออกอากาศตามช่วงเวลาที่กำหนด การต้องระมัดระวังเรื่องภาพและเนื้อหาอันอาจส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีและความมั่นคงของประเทศ การกำหนดระยะเวลาการโฆษณาและเนื้อหาโฆษณา นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดในฐานะผู้รับใบอนุญาตที่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หลากหลายประการอย่างเคร่งครัด

ในขณะที่ผู้ให้บริการ OTT ไม่ถูกกำหนดด้วยข้อจำกัดในกรณีใดเลย เนื่องจากหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยยังไม่มีหรือนำบริการ OTT เข้าสู่ระบบการกำกับดูแลอย่างชัดเจน จึงทำให้ผู้ให้

³⁰ ไทม์ คอนซัลติ้ง, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษาแนวทางการกำกับดูแล การแข่งขันในกิจการโทรทัศน์แบบ Over the Top, (กรุงเทพฯ: สำนักงาน กสทช., 2559).

บริการ OTT ที่เป็นผู้ให้บริการโทรทัศน์มีภาระต้นทุน ทั้งต้นทุนการให้บริการและต้นทุนที่เกิดจากข้อกำหนดหรือกฎกติกาของรัฐ รวมทั้งมีข้อจำกัดในการแข่งขันมากกว่าเมื่อเทียบกับผู้ให้บริการ OTT เพียงอย่างเดียว ซึ่งในประเทศสหราชอาณาจักรได้กำหนดให้ผู้ให้บริการ OTT จะต้องแสดงตัวตน (Register) กับองค์กรกำกับดูแลในฐานะผู้ให้บริการประเภท On-Demand Program Services (ODPS) และนำกฎระเบียบเรื่องการกำกับเนื้อหาในสื่อหลักมาบังคับใช้กับบริการ OTT รวมถึงการโฆษณาและการให้บริการทางธุรกิจกับผู้บริโภค แต่อำนาจองค์กรกำกับดูแลยังจำกัดเฉพาะผู้ให้บริการ ODPS ที่มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (EU) หรือมีสำนักงานที่ทำหน้าที่ในการตัดสินใจทางธุรกิจอยู่ในสหภาพยุโรปเท่านั้น สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาจัดให้บริการ OTT อยู่ในประเภท Online Video Distributor (OVD) และเนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐฯ ให้ความสำคัญกับเสรีภาพของสื่ออย่างมาก ทำให้การกำกับดูแลด้านเนื้อหาทำเฉพาะในกรณีที่มีประเด็นร้องเรียนหรือฟ้องร้องเป็นรายกรณีไปเท่านั้น ไม่มีข้อกำหนดในการปิดกั้นเนื้อหาที่ออกในสื่อทุกประเภท

ตารางที่ 3.1: เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำกับกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมในรูปแบบเดิม กับบริการ OTT ในประเด็นต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคม³¹

หลักเกณฑ์การกำกับดูแล (Regulatory Obligations)	ผู้ให้บริการรูปแบบเดิม (Traditional Operators)	ผู้ให้บริการ Over-The-Top (OTT Players)
1. การให้ใบอนุญาต (Licensing)	ต้องเข้าร่วมและชนะการประมูลคลื่นความถี่ที่จัดสรรไว้ในกิจการโทรทัศน์หรือกิจการโทรคมนาคม เพื่อมีสิทธิในการให้บริการ หรือต้องดำเนินการขอรับใบอนุญาตเพื่อให้บริการ	ไม่มีข้อกำหนดในการขอใบอนุญาตให้ดำเนินการให้บริการ

(ตารางมีต่อ)

³¹ เสาวรส ทัพย์ธรรมธารา, การกำกับสื่อที่มีการหลอมรวมของช่องทางการสื่อสารข้อมูล: กรณีศึกษาการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต (OTT) (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2563).

ตารางที่ 3.1 (ต่อ): เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำกับกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมในรูปแบบเดิม กับบริการ OTT ในประเด็นต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการโทรทัศน์และโทรคมนาคม³²

หลักเกณฑ์การกำกับดูแล (Regulatory Obligations)	ผู้ให้บริการรูปแบบเดิม (Traditional Operators)	ผู้ให้บริการ Over-The-Top (OTT Players)
2. การเข้าถึงตลาด (Accessible Market)	การให้บริการต่อผู้ใช้บริการจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การกำกับกิจการเท่านั้น	สามารถให้บริการแก่ผู้ใช้บริการกลุ่มใดก็ได้ เมื่อใด และที่ใดก็ได้ ยกเว้นมีปัญหาในข้อกฎหมายอื่น
3. ภาษี (Taxes)	ผู้ประกอบการจะต้องเป็นบุคคลตามกฎหมาย	ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบการตามกฎหมายไทย เสียภาษีตามการประกอบกิจการทั่วไป และอาจได้รับการลดหย่อน ภาษี ตามนโยบายส่งเสริม Startup
4. การตรวจสอบคุณภาพการให้บริการ (Quality of Service Regulation: QoS)	ใบอนุญาตการประกอบกิจการจะกำหนดข้อตกลงระดับการให้บริการ (Service-level Agreement: SLA)	ไม่มีหลักประกันในการตรวจสอบคุณภาพการให้บริการ QoS
5. มาตรฐานกำกับกิจการด้านราคาบริการ (Pricing Regulations)	การกำหนดราคาที่สูงขึ้นจะต้องได้รับการยอมรับจากผู้กำกับกิจการ	ผู้กำกับกิจการไม่มีอำนาจในการพิจารณาข้อกำหนดราคาการให้บริการ และผู้ให้บริการสามารถกำหนดและเปลี่ยนแปลงราคาได้ตามสัญญาปกติ
6. การเชื่อมต่อระบบโครงข่ายโทรศัพท์ (Interconnection)	กำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์และมีความเป็นกลาง	ไม่มีการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรศัพท์

(ตารางมีต่อ)

³² เรื่องเดียวกัน.

ตารางที่ 3.1 (ต่อ): เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำกับกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมในรูปแบบเดิม กับบริการ OTT ในประเด็นต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการโทรทัศน์และโทรคมนาคม³³

หลักเกณฑ์การกำกับดูแล (Regulatory Obligations)	ผู้ให้บริการรูปแบบเดิม (Traditional Operators)	ผู้ให้บริการ Over-The-Top (OTT Players)
7. ความเป็นกลางของ โครงข่ายอินเทอร์เน็ต (Net Neutrality)	การส่งผ่านข้อมูล เนื้อหาผ่าน โครงข่ายอินเทอร์เน็ต จะต้อง มีความเป็นกลาง เคารพต่อ แหล่งที่มาและไม่มีการกีดกัน หรือสร้างอุปสรรคต่อข้อมูลที่ ส่งผ่านโครงข่ายของตน	ไม่มีข้อบังคับในการดำเนินการ
8. เลขหมายโทรศัพท์ (Number Portability), เลขหมายช่องโทรทัศน์ (Television Channel)	กำหนดให้มีเลขหมายโทรศัพท์ และสิทธิการย้ายเลขหมายไป ยังผู้ให้บริการรายอื่น, กำหนด เลขหมายช่องโทรทัศน์	ไม่ต้องมีเลขหมายโทรศัพท์ หรือเลขหมายหมายช่อง โทรทัศน์
9. โครงข่าย (Infrastructure, Network)	กำหนดให้มีการเปิดและเข้าถึง โครงข่ายในการให้บริการ	ไม่มีข้อกำหนด
10. เนื้อหารายการ	กำหนดอายุผู้ชมตามเนื้อหา รายการโทรทัศน์ การนำเสนอ ผังรายการ การกำหนดสัดส่วน รายการโทรทัศน์ และเงื่อนไข ในการเผยแพร่เนื้อหา	ไม่มีข้อกำหนด
11. ความเป็นส่วนตัว (Privacy)	ต้องมีการคุ้มครองข้อมูลส่วน บุคคลและความเป็นส่วนตัว ของผู้ใช้บริการตามกฎหมาย	ยังไม่มีข้อกำหนดแน่ชัด โดยจะต้องพิจารณาตาม กฎหมายอื่น

³³ เรื่องเดียวกัน.

3.7 กฎหมายของสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการในลักษณะ OTT

สหราชอาณาจักรมีการให้บริการลักษณะ OTT อย่างแพร่หลายอันเป็นผลมาจากการหลอมรวมเทคโนโลยีในสมัยปัจจุบันที่มีวิวัฒนาการที่ก้าวหน้ามากขึ้น โดยการให้บริการ OTT ในสหราชอาณาจักรเริ่มต้นขึ้นจากผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์เดิมมีความประสงค์เพิ่มช่องทางการเข้าถึงเนื้อหาผ่านทางอุปกรณ์พกพาต่าง ๆ ที่สามารถเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตได้ โดยเริ่มให้บริการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549³⁴ ซึ่ง Sky ผู้ให้บริการรายใหญ่ของสหราชอาณาจักรเปิดให้บริการ Sky Go แก่ผู้ให้บริการซึ่งเป็นลูกค้าเดิมของ Sky เพื่อทดลองเปิดให้บริการในลักษณะ OTT ในรูปแบบการรับชมรายการตามความต้องการ เมื่อใดและที่ใดก็ได้ตามความประสงค์ของผู้ใช้บริการ ซึ่งต่อมาเมื่อมีการให้บริการลักษณะ OTT เกิดขึ้นจนเป็นที่ได้รับความนิยม จึงเกิดผู้ให้บริการ OTT รายอื่นทั้งจากในประเทศ และต่างประเทศเข้ามาจับตลาดกับการให้บริการในลักษณะ OTT เกิดการแข่งขันทางการตลาด ซึ่งทำให้การให้บริการลักษณะนี้เกิดความแพร่หลายมากยิ่งขึ้น สำหรับผู้ให้บริการในลักษณะ OTT ในสหราชอาณาจักรที่เป็นที่นิยม อาทิ Hopster, Curzon Home Cinema, Netflix, Amazon Video เป็นต้น

3.7.1 กิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

ภายใต้การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ รวมทั้งการให้บริการในลักษณะ OTT ในปัจจุบันได้มีองค์กร Office of Communications หรือ Ofcom เป็นหน่วยงานอิสระที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการดังกล่าวอยู่ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย Communications Act 2003 หรือพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 โดยมีหน้าที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลกิจการสื่อสาร กิจการโทรคมนาคม และสื่อกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ของประเทศ และกิจการที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ได้แก่ วิดีทัศน์ตามคำขอ (Video on Demand) โทรคมนาคมระบบสาย (Fixed Line Telecoms) โทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobiles) บริการไปรษณีย์ (Postal Services) และคลื่นความถี่สำหรับอุปกรณ์ไร้สายต่าง ๆ (Airwaves over which Wireless Devices Operate)³⁵ โดยสามารถแบ่งเป็นประเภทได้ ดังนี้

³⁴ ณัฐชาติ พวงสุตรรัก, **สำรวจตลาด OTT กับการชิงพื้นที่ทีวีในอนาคต (ตอนที่ 2)** [Online], 12 มิถุนายน 2565. แหล่งที่มา http://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560_03_3.pdf.

³⁵ 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.

1) กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ Ofcom

จะเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับแผนการจัดการเลขหมาย อาทิ³⁶ การประกาศแผนเลขหมาย โทรศัพท์แห่งชาติเพื่อให้สอดคล้องกับจำนวนประชาชนผู้ต้องการเลขหมายโทรศัพท์ในการใช้งาน การกำหนดข้อจำกัดต่าง ๆ รวมถึงข้อกำหนดอื่น ๆ ตามที่เห็นสมควรในแผนดังกล่าว นอกจากนี้หน่วยงาน Ofcom ยังมีหน้าที่ในการทบทวนแผนเลขหมายโทรศัพท์แห่งชาติเป็นครั้งคราว และแก้ไขให้มีความเหมาะสมอย่างต่อเนื่อง รวมไปถึงการจัดเก็บประวัติของเลขหมายที่ได้ทำการจัดสรรไปให้ประชาชน เพื่อนำไปปรับปรุงแก้ไขแผนการจัดการเลขหมายให้มีความเหมาะสมต่อไป อีกทั้ง กิจการดังกล่าวในพระราชบัญญัติการสื่อสารฉบับนี้ ยังกำหนดเงื่อนไขในการรักษาความปลอดภัยในการเข้าถึงเลขหมาย โทรศัพท์เคลื่อนที่ เงื่อนไขในการใช้เลขหมายที่องค์กรเป็นผู้จัดสรรให้ ซึ่งในที่นี้หมายถึงการโอนเลขหมาย การเพิกถอนเลขหมายด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้มี การกำกับดูแลกิจการ ประเภทนี้ได้ครอบคลุมครบถ้วนแล้ว

2) กิจการด้านคลื่นความถี่ต่าง ๆ

เนื่องจากในสหราชอาณาจักรมีกิจการการสื่อสารที่ Ofcom ได้กำกับดูแลหลายกิจการ โดยที่ Ofcom ยังมีความรับผิดชอบในการกำกับดูแลการบริหารจัดการความถี่วิทยุ และการออกใบอนุญาตในการใช้แถบคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Electromagnetic Spectrum) รวมไปถึงการอนุญาตเพื่อประกอบกิจการโทรทัศน์และวิทยุกระจายเสียง โครงข่ายสื่อสารส่วนตัว (Private Communications Networks) และกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้แถบคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า (Electromagnetic Spectrum) ด้วย ดังจะยกตัวอย่างหน้าที่ในการกำกับดูแลของ Ofcom พอสังเขปได้ว่า Ofcom มีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้แม่เหล็กไฟฟ้า คลื่นความถี่ของโทรเลขไร้สาย การวิเคราะห์ถึงผลกระทบในการใช้คลื่นความถี่ การดูแล และการจัดการให้มีการใช้งานกิจการดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ การออกใบอนุญาตรวมไปถึงการจัดทำแผนการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ด้วย³⁷

³⁶ 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.

³⁷ Communications Act 2003, Section 152-156.

3) กิจกรรมด้านการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบโทรทัศน์ สหราชอาณาจักรมีผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงที่มีความสำคัญหลายราย โดยเฉพาะผู้ให้บริการรายแรก ๆ ของสหราชอาณาจักร ซึ่งมีจำนวน 4 ราย³⁸ ได้แก่

(1) BBC โดยก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1922 อันเป็นสื่อสาธารณะที่ได้รับความนิยม โดยจะมีเนื้อหารายการที่หลากหลาย โดย BBC ได้รับเงินสนับสนุนจากค่าธรรมเนียมที่ประชาชนต้องจ่ายโดยประมาณ 145 ปอนด์ต่อปี เพื่อเป็นค่ารับชมโทรทัศน์ให้บริการสื่อโทรทัศน์ระดับประเทศ และระดับภูมิภาคจำนวน 10 ช่อง สื่อวิทยุระดับประเทศจำนวน 10 สถานี และสื่อวิทยุระดับท้องถิ่นจำนวน 40 สถานี รวมไปถึงการให้บริการสื่อออนไลน์ทางเว็บไซต์

(2) ITV โดยก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1950 เป็นสื่อธุรกิจที่ใหญ่ที่สุดในราชอาณาจักร มีการออกอากาศผ่านทั้งช่องทางปกติ และช่องทางวิดีโอตามคำขอ (Video on Demand) และยังผลิตเนื้อหาเพื่อออกอากาศ ทั้งในสื่อของตนเองและขายเนื้อหารายการให้สื่ออื่น ๆ ทั้งในและนอกประเทศ

(3) Channel 4 โดยก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1982 เป็นสื่อที่มีความเป็นสาธารณะ ปราศจากการแทรกแซงจากรัฐบาล แต่ได้รับเงินสนับสนุนจากการโฆษณาและผู้สนับสนุนรายอื่น ๆ และไม่มีลักษณะความเป็นเจ้าของแบบผู้ถือหุ้น เป็นช่องที่ไม่มีการทำธุรกิจเพื่อมุ่งหวังกำไร มีการทำงานครอบคลุมไปถึงกิจการด้านโทรทัศน์ ภาพยนตร์ และสื่อดิจิทัล

(4) Channel 5 ก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1997 เป็นสื่อโทรทัศน์ภายใต้บริษัท 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 เนื่องจากช่องนี้อาจจะมีคำบรรยายอยู่ด้านล่างหน้าจอโทรทัศน์สำหรับคนพิการทางหูหรือคนที่มีลักษณะพิเศษ

อย่างไรก็ดี ในกฎหมายที่ใช้บังคับได้สะท้อนถึงหลักการสำคัญของผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ในสหราชอาณาจักร³⁹ ดังนี้

³⁸ Thomson Foundation, รายงานโครงการอบรมหลักสูตร Broadcast Regulatory Workshop.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, 2.

1) ความเป็นอิสระในการกำกับดูแลสื่อ (Independent) สื่อจะต้องเป็นอิสระในการนำเสนอข้อมูล ข่าวสาร โดยการทำหน้าที่ของสื่อ ต้องไม่เกิดผลประโยชน์ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ขาดอิสระในการนำเสนอข้อมูล ข่าวสารต่าง ๆ

2) ความเป็นกลาง (Impartiality) สื่อต้องไม่นำเสนอข่าวที่เป็นการฝักใฝ่ฝ่ายใด แต่ต้องนำเสนอข่าวด้วยความเป็นกลาง

3) เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) ข่าวสารที่นำเสนอโดยไม่ถูกบิดเบือน ต้องมีความโปร่งใส และต้องอยู่ในกรอบกฎหมาย

3.7.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

แต่เดิมการดำเนินการภายใต้การกำกับดูแลของ Ofcom ในเรื่องเนื้อหานี้จะดำเนินการตามทิศทางของกฎหมาย Audiovisual Media Services Directive (AVMSD) โดยคณะกรรมการธิการยุโรปเป็นผู้กำหนดขึ้น อันมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นกำหนดมาตรการกำกับเพื่อคุ้มครองด้านเนื้อหารายการ⁴⁰ ด้านโฆษณา และด้านการสนับสนุนรายการ หรือเป็นกฎหมายที่ครอบคลุมผู้ให้บริการเนื้อหาในทุกรูปแบบโดยไม่จำกัดเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับส่งเนื้อหา⁴¹ กฎหมายนี้จะมีผลใช้บังคับไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาการแพร่ภาพและเสียงผ่านโทรทัศน์ อินเทอร์เน็ต เคเบิลทีวี หรือแม้แต่กระทั่งการรับชมเนื้อหาผ่านโทรศัพท์มือถือตามแอปพลิเคชันต่าง ๆ โดยคณะกรรมการธิการยุโรปใช้กฎหมาย AVMSD ฉบับ ค.ศ. 2010 กับทั้งผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์และผู้ให้บริการในลักษณะ OTT ซึ่งการกำกับดูแลผู้ให้บริการ OTT มีกฎระเบียบที่ได้รับความยืดหยุ่นมากกว่าผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์ในด้านโฆษณา และการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยผู้ให้บริการในลักษณะ OTT นี้ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบทั้งหมด 6 ด้าน ได้แก่

1) การคุ้มครองผู้เยาว์ ตามมาตรา 12 ของกฎหมาย AVMSD กำหนดให้ประเทศสมาชิก โดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหาต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการกำหนดเนื้อหาต่าง ๆ ที่จะเผยแพร่โดยเฉพาะเนื้อหาที่อาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาด้านร่างกายและจิตใจของผู้เยาว์ และต้องจำกัดการเข้าถึงมิให้ผู้เยาว์เหล่านี้เข้าถึงเนื้อหาที่ไม่สมควรได้โดยง่าย

⁴⁰ ไทม์ คอนซัลติ้ง, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษาแนวทางการกำกับดูแล การแข่งขันในกิจการโทรทัศน์แบบ Over the Top, 127.

⁴¹ Technological Neutrality, Digital single market policy general principles [Online], 1 January 2019. Available from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/generalprinciples>.

2) เนื้อหาที่อาจก่อให้เกิดความเกลียดชัง ตามมาตรา 6 ของกฎหมาย AVMSD⁴² กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องมีการควบคุมผู้ให้บริการด้านเนื้อหา ภายใต้การกำกับดูแลแล้วต้องไม่มีการนำเสนอเนื้อหาใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อกันในด้านของสัญชาติ เพศ เชื้อชาติ และศาสนา

3) การเข้าถึงข้อมูลของผู้ให้บริการเนื้อหา ตามมาตรา 5 (a)-(d) ของกฎหมาย AVMSD⁴³ กำหนดให้ประเทศสมาชิกโดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหา ภายใต้การกำกับดูแลต้องสะดวกต่อการเข้าถึงโดยตรงของผู้รับบริการ ได้แก่

- (1) การแสดงชื่อของผู้ให้บริการสื่อ
- (2) ที่อยู่ทางภูมิศาสตร์ของผู้ให้บริการสื่อ
- (3) รายละเอียดของผู้ให้บริการสื่อ ได้แก่ ช่องทางเว็บไซต์ช่องทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือช่องทางการติดต่อที่สะดวกและรวดเร็วที่สุดในสามารถติดต่อสื่อสารได้โดยตรงและอย่างมีประสิทธิภาพ
- (4) สถานที่หรือหน่วยงาน หรือองค์กรที่กำกับดูแลผู้ให้บริการด้านเนื้อหา เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถติดต่อได้อย่างเหมาะสม

4) ด้านการส่งเสริมเนื้อหา ตามมาตรา 13 ของกฎหมาย AVMSD กำหนดให้ ประเทศสมาชิกโดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหา ควรมีการตรวจสอบความต้องการในการผลิตเนื้อหาภายในประเทศ อีกทั้งผู้ให้บริการด้านเนื้อหาที่อยู่ภายในเขตอำนาจนั้นควรต้องมีการส่งเสริมการผลิตเนื้อหาในยุโรป เช่น การส่งเสริมงานขายโดยการสนับสนุนทางการเงินในการผลิตชิ้นงาน การซื้อลิขสิทธิ์เพื่อนำมาเผยแพร่ในช่องทางการสื่อสาร หรือจัดทำแคตตาล็อกเพื่อใช้ประโยชน์ในการ ให้บริการด้านเนื้อหาดังกล่าว ทั้งนี้ กฎหมาย AVMSD ให้คำจำกัดความเนื้อหาที่ผลิตในยุโรปว่า เป็นเนื้อหาที่ผลิตในประเทศสมาชิก

⁴² 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.

⁴³ 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.

สหภาพยุโรป หรือเนื้อหาที่ผลิตร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิก และประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก เป็นต้น นอกจากนี้ประเทศสมาชิกต้องมีการรายงานต่อคณะกรรมการฯ ตามระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายฉบับนี้ด้วย

5) การสนับสนุนเนื้อหาเกี่ยวกับผู้พิการ ตามมาตรา 7 ของกฎหมาย AVMSD ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกโดยผู้ให้บริการด้านเนื้อหา ต้องอำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้บริการที่เป็นผู้พิการทางสายตาและการได้ยินให้สามารถเข้าถึงบริการนั้น ๆ ได้อย่างทั่วถึงด้วย

6) การโฆษณาบนช่องทางการสื่อสาร ตามมาตรา 9-11 ของกฎหมาย AVMSD⁴⁴ ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการด้านเนื้อหา ห้ามทำการโฆษณาเนื้อหาที่มีในเชิงอคติและเลือกปฏิบัติโดยใช้ข้อมูลด้านเพศ เชื้อชาติ และศาสนา มาเป็นองค์ประกอบของเนื้อหา นอกจากนี้ ยังมีการห้ามโฆษณา บุหรี่ เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยเจาะจงไปที่เด็กและผู้เยาว์โดยเด็ดขาด รวมไปถึงการห้ามโฆษณาเนื้อหาที่อาจส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งอาจเกี่ยวเนื่องไปยังมาตรา 12 ที่กล่าวไว้ข้างต้น รวมไปถึงเรื่องการเปิดรับหาผู้สนับสนุน และการโฆษณาผลิตภัณฑ์ที่ผู้ให้บริการด้านเนื้อหาจะต้องปฏิบัติตามอีกด้วย

อย่างไรก็ดี ในปี พ.ศ. 2560 สหราชอาณาจักรได้ออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งข้อกำหนดของสหภาพยุโรปในการกำกับดูแลสื่ออย่างกฎหมาย AVMSD มีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบต่อข้อกำหนดการกำกับดูแลสื่อในด้านเนื้อหาของสหราชอาณาจักรดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว สหราชอาณาจักรได้มีการกล่าวถึงการกำกับดูแลด้านเนื้อหาไว้ในกฎหมาย Communications Act 2003 ภายใต้การกำกับดูแลโดยหน่วยงาน Ofcom เริ่มจากการแต่งตั้งคณะกรรมการดูแลด้านเนื้อหา⁴⁵ โดยจะต้องมีองค์ประกอบของคณะกรรมการเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคณะกรรมการกลางในการพิจารณา หรือทำหน้าที่กำกับดูแลการออกอากาศ หรือการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบอื่น ๆ รวมไปถึงการสร้างตระหนักรู้และความรู้ความเข้าใจให้แก่สาธารณะในเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วย เป็นต้น

นอกจากนี้ Ofcom มีหน้าที่ตามมาตรา 319 ของกฎหมาย Communication Act, 2003 ซึ่งในมาตรานี้ได้กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับเนื้อหาของรายการทั้งด้านกิจการกระจายเสียงและด้าน

⁴⁴ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, Article 9-11.

⁴⁵ 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”.

กิจการโทรทัศน์ อันจำต้องกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานการกำหนดอากาศตามมาตรา 325⁴⁶ ของกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อกำหนดวิธีการพิจารณาเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติตามมาตรา 319 โดยผู้ใดจะสามารถยื่นเรื่องร้องเรียนก็ได้หากพบเห็นว่าการแพร่ภาพและเสียงของเนื้อหารายการนั้น เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 319 ของกฎหมาย Communication Act 2003 โดยสรุปได้ ดังนี้

- 1) เนื้อหาที่เด็กและเยาวชนที่อายุไม่เกิน 18 ปี ต้องได้รับการคุ้มครอง
- 2) เนื้อหาดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะส่งเสริมหรือกระตุ้นการก่ออาชญากรรมหรือ นำไปสู่ความวุ่นวาย
- 3) เนื้อหาของการดำเนินการอาชญากรรม
- 4) การไม่เคารพในศาสนาต่าง ๆ
- 5) ความไม่เสมอภาค ความไม่เป็นกลาง ความไม่เที่ยงตรงและการเลือกข้าง
- 6) การโฆษณาที่ขัดต่อข้อห้ามทางการเมือง
- 7) การรวมโฆษณาที่อาจทำให้เข้าใจผิดเป็นอันตรายหรือเป็นที่น่ารังเกียจในการให้บริการ

โทรทัศน์และวิทยุ

- 8) การโฆษณาและการขายรายได้ในกิจการวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์
- 9) การให้การสนับสนุนรายการโทรทัศน์ที่ไม่เหมาะสมทั้งรายการวิทยุและโทรทัศน์
- 10) การโฆษณาที่มีเนื้อหาเลือกปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม

ในการจัดทำเรื่องร้องเรียนต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อร้องเรียน เช่น ชื่อรายการ วันและเวลาที่นำเสนอ ช่องรายการที่นำเสนอ รายละเอียดของเนื้อหาที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้ร้องเรียนจะต้องจัดทำข้อเรียนและยื่นต่อ Ofcom ภายใน 20 วันทำการภายหลังพบการกระทำที่ผิดกฎหมายของผู้ประกอบกิจการ⁴⁷

สหราชอาณาจักรยังมีนโยบายที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแลด้านเนื้อหาอีก 1 ประเภท ได้แก่ นโยบาย Net Neutrality หรือ “ความเสมอภาคทางอินเทอร์เน็ต” ซึ่งประกาศใช้เมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2559 โดยเป็นการเน้นถึงหลักการเรื่องการห้ามปิดกั้น หรือควบคุม หรือคัดแยกข้อมูลเนื้อหา

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Thomson Foundation, รายงานโครงการอบรมหลักสูตร Broadcast Regulatory Workshop, 12.

แอปพลิเคชัน และบริการออนไลน์ หรือคือการกำหนดให้ทุกคนในยุโรปต้องสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ต หรือข้อมูลข่าวสารในช่องทางดังกล่าวได้อย่างมีคุณภาพ ห้ามผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปรับลดคุณภาพของเนื้อหา และต้องมีความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่แบ่งแยก เว้นแต่เข้าข่ายกีดกันตามกฎหมาย หรือมีเหตุในการได้รับการยกเว้น เพื่อรักษาความมั่นคงของโครงข่ายอินเทอร์เน็ต หรือกรณีที่ผู้ให้บริการสามารถขัดขวางการเข้าถึงบริการเนื้อหาที่ผิดกฎหมายได้ หรือบริการที่มีไวรัสหรือมัลแวร์ ซึ่งเป็นอันตรายต่อผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตโดยรวมเท่านั้น สรุปคือช่องทางการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนี้ ต้องสามารถเข้าถึงได้อย่างเป็นธรรมมีความเป็นอิสระในการเลือกรับข้อมูลข่าวสารต้องมีคุณภาพและได้รับเท่าเทียมกันจากผู้ให้บริการทุกคนในภาคพื้นยุโรป

3.7.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

นโยบายการคุ้มครองผู้บริโภคของ Ofcom มีความเข้มข้นเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นหน่วยงานที่มีการกำกับดูแลตามอำนาจรัฐที่เป็นอิสระและมีอำนาจในการลงโทษสูง โดยสามารถกำหนดให้มีการออกกฎหมายคุ้มครองเด็กจากสื่อ กฎหมายเกี่ยวกับเนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง และกฎหมายการอ้างอิงเชิงพาณิชย์ตั้งมาตรฐานการออกอากาศที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ซึ่งมีการกำหนดบทลงโทษอย่างชัดเจน โดย Ofcom จะมีวิธีการลงโทษโดยมีการพิจารณาที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นไปด้วยความรอบคอบเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและโปร่งใส ตามกฎหมาย Communication Act 2003 ได้มีการกำหนดบทลงโทษผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียง โทรทัศน์และวิทยุที่กระทำผิดออกอากาศเนื้อหาที่ห้ามมิให้ออกอากาศตามลำดับความร้ายแรงไว้⁴⁸ ดังต่อไปนี้

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

นอกจากนี้ Ofcom ยังมี Editorial Code หรือประมวลจริยธรรม ในการพิจารณาเรื่องร้องเรียนว่ามีการละเมิดกฎหมายข้อใดบ้าง ทั้งนี้ Ofcom สามารถพิจารณาบทลงโทษขั้นต่ำสุด เช่น การตักเตือน ไปจนถึงขั้นสูงสุด เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยประมวลจริยธรรมดังกล่าวแบ่งออกเป็น 10 หมวด ตามมาตรา 319 ของกฎหมาย Communication Act 2003 ดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว สำหรับการกำหนดโทษตามกฎหมายนั้น Ofcom ได้ให้ความสำคัญอย่างยิ่งต่อการได้สวนที่

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, 24.

เป็นธรรม การพิจารณาใด ๆ จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลและข้อเท็จจริง เมื่อเจ้าหน้าที่ดำเนินการเสร็จสิ้นกระบวนการต้องประกันความโปร่งใสในการพิจารณา โดยการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดทราบเหตุผลและคำตัดสินที่ได้รับพร้อมทั้งให้โอกาสในการคัดค้านโต้แย้งผลการตัดสินดังกล่าว และท้ายที่สุดเจ้าหน้าที่ต้องเผยแพร่คำตัดสินนั้น ๆ สู่สาธารณะ โดยสามารถแบ่งกระบวนการกำหนดโทษตามกฎหมายอย่างเป็นระบบได้ ดังต่อไปนี้

- 1) การกล่าวหาว่าละเมิดกฎหมาย
- 2) การประเมน
- 3) การไต่สวนที่เป็นธรรม
- 4) การตรวจสอบหาหลักฐานต่าง ๆ เช่น เนื้อหารายการ งานเขียนบท และการค้นคว้าจากภายนอก เป็นต้น
- 5) ตรวจสอบว่าละเมิดประมวลกฎหมายใดบ้าง
- 6) เหตุผลในการตัดสินใจ
- 7) โอกาสในการคัดค้านโต้แย้งผลการตัดสิน
- 8) เผยแพร่คำตัดสินสู่สาธารณะ (ความโปร่งใส)

3.7.4 องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

Office of Communications (Ofcom) เป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003⁴⁹ (Communication Act 2003) ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการสื่อสารของสหราชอาณาจักร ประกอบด้วยกิจการโทรทัศน์ กิจการวิทยุ กิจการวิดีโอตามคำขอ (Video On demand) กิจการโทรคมนาคม กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ และกิจการไปรษณีย์ รวมถึงบริหารจัดการคลื่นความถี่วิทยุ การดำเนินงานของ Ofcom เป็นไปเพื่อให้ประชาชนชาวอังกฤษ ได้รับบริการสื่อสารที่ดีได้รับการคุ้มครองในขณะที่มีการแข่งขันในอุตสาหกรรมเพิ่มขึ้น ซึ่งโดยหลักการแล้ว Ofcom พยายามรักษาคุณภาพการให้บริการสาธารณะในด้านการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นอย่างยิ่ง ด้วยการมุ่งเน้นให้มีการผลิตสื่อด้วยผู้ผลิตที่มีความเป็นอิสระ (Independent Producers) ไม่มีการแทรกแซง อีกทั้งยังคุ้มครองผู้บริโภคด้วยการตรวจสอบกรณีผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบ จากผู้ให้บริการในด้านการคิดราคาค่าบริการที่ไม่เป็นธรรม Ofcom ยังต้องแน่ใจด้วยว่าประชาชนทุกคนในสหราชอาณาจักรต้องสามารถเข้าถึงการได้รับบริการจากระบบโทรศัพท์พื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประชาชนผู้มีรายได้น้อยและประชาชนตามพื้นที่ชนบท

⁴⁹ Ofcom, **About Ofcom** [Online], 17 June 2022. Available from <https://www.ofcom.org.uk/home>.

สำหรับการบังคับใช้กฎระเบียบ นั้น Ofcom ได้มีการจัดกลุ่มงาน 3 กลุ่มงานในการควบคุมดูแล และบังคับใช้กฎระเบียบ ดังนี้

1) กลุ่มงาน Radio Spectrum Enforcement มีหน้าที่รับผิดชอบในด้านการป้องกันอันตรายจากการรบกวนของแถบความถี่วิทยุ (Radio Spectrum)

2) กลุ่มงาน The Broadcast Bulletin รับผิดชอบกลุ่มงานด้านเนื้อหา และมาตรฐานของ Ofcom โดยทำหน้าที่รับข้อร้องเรียน เกี่ยวกับสื่อทางวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ เพื่อให้มั่นใจได้ว่ากฎระเบียบของ Ofcom สามารถที่จะกำกับดูแลกับปัญหาการละเมิดสิทธิเสรีภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3) กลุ่มงาน The Competition and Consumer Enforcement Bulletin รับผิดชอบกลุ่มงาน Competition Group Investigations Team และ Consumer Affairs Team ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎระเบียบ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ประเด็นด้านการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ให้บริการด้านสื่อสารโทรคมนาคม (Communication Providers)

กรณีการดำเนินงานของ Ofcom นั้นมีหลักการในการกำกับดูแลตามกฎหมาย Communication Act 2003 ดังนี้⁵⁰

1) กำหนดนโยบาย และจัดทำแผนการดำเนินงานประจำปีให้มีความชัดเจนและ สอดคล้องกับนโยบายด้านการสื่อสารของรัฐบาล

2) เข้าแทรกแซง เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายในการจัดให้มีบริการสื่อสารโทรคมนาคมสาธารณะ ซึ่งไม่สามารถใช้กลไกตลาดได้

3) ดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการแข่งขันการให้บริการ ด้วยการเข้าแทรกแซงอย่างมีประสิทธิภาพ มิให้ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

4) การใช้กลยุทธ์ที่ไม่เป็นธรรมในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของภาคเอกชน ต้องอยู่ในสัดส่วนที่พอเหมาะโปร่งใสและตรวจสอบได้ มีการไตร่ตรองอย่างรอบคอบถึงผลที่จะตามมา

5) กำหนดกฎเกณฑ์ กติกา ระเบียบ ข้อบังคับ เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจหรือการ ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมของผู้ประกอบการทุกประเภท

6) วิจัยและพัฒนาการตลาดการสื่อสารอย่างต่อเนื่อง เพื่อมุ่งที่จะนำเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาใช้ในการบริการของผู้ประกอบการ

7) ให้คำปรึกษาแก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดจากการออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับ ก่อนที่จะตรากฎระเบียบ

⁵⁰ Ofcom, **Policies and guidelines** [Online], 7 June 2022. Available from <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/policies-and-guidelines>.

นอกจากนี้การดำเนินงานของ Ofcom ยังเป็นการดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการต่าง ๆ ในแต่ละด้าน อาทิ คณะกรรมการมาตรฐานการกระจายเสียง คณะกรรมการโทรทัศน์เสรี สำนักงานการโทรคมนาคม เป็นต้น ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กฎหมาย Communication Act 2003 กำหนด หรือในบางกรณีสามารถตั้งคณะกรรมการเข้ามาเป็นที่ปรึกษาให้กับ Ofcom และให้ข้อมูลประกอบการตัดสินใจในการดำเนินงานได้อีกด้วย

3.7.5 การกำกับดูแลด้านลิขสิทธิ์⁵¹

สหราชอาณาจักร ดำเนินการด้านลิขสิทธิ์ตามหลักการของสหภาพยุโรปในมาตรา 15 ของ E-Commerce Directive (Directive 2000/31/EC) ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้บริการว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายที่กระทำบนแพลตฟอร์มของตนเอง หากตนเองไม่มีส่วนรู้เห็นถึงการกระทำผิดนั้น และไม่รู้ถึงการมีอยู่ของกิจกรรมที่เป็นการกระทำผิดนั้น หรือเมื่อได้ทราบถึงการมีอยู่เช่นนั้น ได้กระทำการเพื่อลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าวอย่างทันท่วงที ซึ่งรวมไปถึงการกระทำผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ดังนั้นแล้วหากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้แจ้งไปยังผู้ให้บริการพร้อมด้วยหลักฐานที่เพียงพอ จนถือได้ว่าผู้ให้บริการได้รับรู้ถึงการกระทำผิดนั้นแล้ว หากผู้ให้บริการไม่ดำเนินการเพื่อลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าว ผู้ให้บริการก็จะเป็นผู้ที่มีความผิดเสียเอง

3.8 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกากับการให้บริการในลักษณะ OTT

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นหนึ่งในประเทศแรก ๆ ที่มีการให้บริการในรูปแบบ OTT และมีการให้บริการ OTT อย่างแพร่หลายและเป็นที่นิยมอย่างมากในปัจจุบัน โดยการให้บริการ OTT ในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี 2548 โดยเป็นบริการแบ่งช่องทางการออกอากาศจาก YouTube ซึ่งมีเนื้อหาในรูปแบบของ User Generated Content (UGC) ⁵² หรือที่เรียกว่าเป็นข้อมูลที่ผู้รับสาร หรือผู้ใช้สื่อออนไลน์ผลิตสื่อขึ้นเองและเผยแพร่บนสื่อออนไลน์ ซึ่งหากกล่าวถึงคำว่าสื่อออนไลน์ หมายรวมถึงแพลตฟอร์มทุกประเภทที่มีการเชื่อมต่อกับระบบอินเทอร์เน็ต ทั้งเว็บไซต์ แอปพลิเคชันและสื่อสังคม ก็สามารถหมายความได้ถึง Facebook, YouTube, Instagram, Twitter, Blog เป็นต้น นอกจากนี้ YouTube แล้ว ยังมี Vimeo ซึ่งเริ่มต้นให้บริการ แพลตฟอร์ม

⁵¹ สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.), ศึกษาผลกระทบ OTT ต่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์และแนวทางการส่งเสริมและกำกับดูแล เล่ม 4, (กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง, 2559), 58.

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) และคณะนิติศาสตร์ สถาบันการจัดการปัญญาภิวัฒน์, คู่มือแนวปฏิบัติและ มาตรฐานจริยธรรมในการใช้ข้อมูลจากสื่อออนไลน์ในกระบวนการสื่อข่าว, (กรุงเทพฯ: กสทช., 2559), 6.

แบ่งปันวิดีโอเช่นเดียวกับ YouTube ในปีเดียวกัน โดยทั้ง YouTube และ Vimeo ต่างก็ เป็นผู้ให้บริการ OTT อิสระ

อย่างไรก็ดี ผู้ให้บริการทั้งสองมีรูปแบบวิธีการหารายได้ที่แตกต่างกัน โดย YouTube หารายได้ผ่านการโฆษณาบนแพลตฟอร์ม (AVOD)⁵³ เป็นหลัก ในขณะที่ Vimeo หารายได้ผ่านการจัดเก็บค่าบริการสมาชิก (SVOD) 107 ตั้งแต่นั้นมา ประเทศสหรัฐอเมริกาให้บริการ OTT เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากโดยเป็นการปรับตัวของผู้ผลิตเนื้อหาทั้งช่องรายการพรีเมียมในเคเบิลทีวี เช่น HBO, Max, Disney Channel เป็นต้น ทำให้พฤติกรรมในการรับชมโทรทัศน์ของผู้บริโภคภายหลังจากการเข้ามาของการให้บริการในลักษณะ OTT เปลี่ยนแปลงไปโดยผู้บริโภคจะเลือกสมัครหรือเข้ารับชมการให้บริการของ OTT มากขึ้น โดยหันมาสมัครใช้บริการ OTT ในรูปแบบ SVOD เพื่อรับชมเฉพาะเนื้อหาที่ตนต้องการ ซึ่งเป็นที่นิยมเป็นอย่างมาก ในขณะที่รูปแบบ AVOD จะมี YouTube เป็นผู้ให้บริการรายใหญ่เพียงรายเดียว และเป็นที่น่าสังเกตว่าผู้ให้บริการ OTT ที่เกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2548-2552 เช่น Netflix, Amazon, iTunes สามารถกลายเป็นผู้ให้บริการ OTT รายใหญ่ในประเทศ สหรัฐอเมริกา รวมทั้งยังขยายการให้บริการไปยังประเทศต่าง ๆ และเป็นที่ได้รับความนิยมทั่วโลก

3.8.1 กิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

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

1) คลื่นความถี่วิทยุ⁵⁴

ตามกฎหมายการสื่อสารของสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการใช้งานด้านคลื่นความถี่วิทยุ จำนวน 2 หน่วยงาน ได้แก่

⁵³ เรื่องเดียวกัน, 3.

⁵⁴ The Federal Communications Commission, **Radio spectrum allocation** [Online], 23 June 2022. Available from <https://www.fcc.gov/engineering-technology/policy-and-rules-division/general/radio-spectrum-allocation>.

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

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

2) โทรศัพท์และเคเบิล

3) ดาวเทียม

4) การโทรคมนาคม

3.8.2 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีองค์กร FCC เป็นผู้ดูแลด้านเนื้อหา ทั้งในรูปแบบของช่องรายการโทรทัศน์และในรูปแบบของการให้บริการในลักษณะ OTT โดยในกรณีของผู้ให้บริการช่องโทรทัศน์นั้น องค์กร FCC ได้ใช้กฎหมาย Communications Act of 1934 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 ในการกำกับดูแลด้านเนื้อหา โดยห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการในรูปแบบของช่องรายการโทรทัศน์ ถ่ายทอดเนื้อหาที่น่ารังเกียจเป็นอันตราย สำหรับ เนื้อหาไม่สุภาพและเนื้อหาในเชิงดูหมิ่นนั้น องค์กร FCC กำหนดให้ผู้ให้บริการช่องโทรทัศน์สามารถออกอากาศได้ในช่วงเวลา 22.00 น. ถึง 06.00 น. เท่านั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนที่มายุ่ต่ำกว่า 18 ปี⁵⁵

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 สำหรับกฎระเบียบของการควบคุมเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมนั้น จะเป็นมาตรการที่องค์กร FCC จะพิจารณาคำร้องขอของผู้บริโภคเป็นรายกรณี ทั้งนี้ สาเหตุที่การกำกับดูแล

⁵⁵ 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.

การให้บริการในลักษณะ OTT หรือแม้แต่ผู้ให้บริการโทรศัพท์เพียงเล็กน้อยเช่นนี้ก็เนื่องมาจากกฎหมาย Communication Act ซึ่งห้ามไม่ให้องค์กร FCC เซ็นเซอร์เนื้อหาที่ออกอากาศรวมถึงการออกกฎหมายที่อาจขัดต่อแนวทาง Freedom of Speech⁵⁶ อีกด้วย เพื่อเปิดโอกาสให้ชาวอเมริกันได้รับทราบเนื้อหาในหลากหลายมุมมอง

นอกจากนี้ องค์กร FCC ได้นำหลักการ Net Neutrality มาใช้ในการกำกับดูแลทั้งด้านโครงข่ายโทรคมนาคม และด้านเนื้อหาที่เผยแพร่ผ่านโครงข่ายดังกล่าว และได้มีการประกาศใช้ Open Internet Order 2015 ซึ่งมีหลักการสำคัญอยู่ 3 ประการเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตได้อย่างเสรี ได้แก่

- 1) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหา และบริการที่ถูกต้องตามกฎหมายบนอินเทอร์เน็ตได้ รวมทั้งไม่สามารถขัดขวางการใช้งานอุปกรณ์ที่ไม่เป็นภัยต่อโครงข่ายอินเทอร์เน็ตอีกด้วย
- 2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดการลดคุณภาพของการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหา และบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต หรือทำให้อุปกรณ์ที่ไม่เป็นภัยต่อโครงข่ายอินเทอร์เน็ตใช้การไม่ได้
- 3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถเลือกปฏิบัติในการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหาและบริการที่ถูกกฎหมาย หรือให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ให้บริการเนื้อหาใดรายหนึ่งเพื่อแลกกับค่าบริการพิเศษ รวมถึงไม่สามารถให้สิทธิพิเศษแก่บริการเนื้อหาของตนเองหรือบริษัทในเครือได้

นอกจากหลักการ 3 ข้อนี้แล้ว กฎหมาย Open Internet Order ยังห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแทรกแซงการเข้าถึงเนื้อหา และบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นทางฝั่งผู้ให้บริการเนื้อหาหรือผู้ใช้บริการปลายทาง โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรทางด้านการบริหารจัดการโครงข่าย รวมทั้งกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องเปิดเผยข้อมูลด้านวิธีการบริหารจัดการโครงข่าย ประสิทธิภาพของโครงข่าย และข้อมูลด้านการค้า เช่น ค่าบริการ รายการส่งเสริมการขาย และโควตาการใช้งานข้อมูลให้กับผู้บริโภคโดยทั่วไป ทั้งนี้ กฎหมาย Open Internet Order 2015 เป็นมาตรการซึ่งให้อำนาจองค์กร FCC ในการเข้าไปตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีแนวโน้มที่จะขัดกับหลักการ Net Neutrality อย่างไรก็ดี องค์กร FCC ได้มีมติยกเลิกหลักการดังกล่าวไปแล้ว⁵⁷ ซึ่งอาจจะส่งผลให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตลบเนื้อหาบางส่วนที่เคยเผยแพร่

⁵⁶ Amnesty International Thailand, **Freedom of expression** [Online], 23 มิถุนายน 2565. แหล่งที่มา <https://www.amnesty.or.th/en/our-work/freedom-expression>.

⁵⁷ The New York Time, **Net Neutrality has officially been repealed. Here, show that could affect you** [Online], 23 March 2022. Available from <https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html>.

บนอินเทอร์เน็ต หรือคิดค่าบริการเพิ่มขึ้นจากผู้บริโภคเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับบริการที่ดีกว่า โดยแลกกับการจ่ายค่าสมาชิกที่สูงขึ้น และจะส่งผลกระทบต่อธุรกิจขนาดเล็กที่มีทุนไม่มากพอทำให้เกิดการผูกขาดของช่องทางการให้บริการผ่านอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

3.8.3 กรณีไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยหลักเป็นการคุ้มครองการใช้เสรีภาพและให้เสรีต่อสื่อมวลชนในการเผยแพร่เนื้อหาต่าง ๆ ภายใต้แนวคิดที่ว่าสื่อมวลชนจะต้องมีความเป็นอิสระ และสามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยปราศจากการครอบงำจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ได้ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน เอาไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 ของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติดังกล่าวมีใจความสำคัญเป็นการห้ามมิให้รัฐสภาดำรงกฎหมายใด ๆ อันมีผลเป็นการจำกัด หรือตัดทอนสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน ทั้งนี้เพื่อให้สื่อมวลชนมีความเป็นอิสระ และสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี เพื่อนำไปพัฒนาและปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองและรับรองเสรีภาพของสื่อมวลชน อย่างไรก็ตามโดยหลักรัฐบาลไม่อาจจำกัดการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารของสื่อมวลชนไม่ว่าในทางใด ๆ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเปิดเผยดังกล่าว จะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ และรัฐไม่อาจที่จะกำหนดโทษในทางอาญา หรือเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งต่อสื่อมวลชน ในกรณีที่ข้อความที่นำเสนอเป็นความจริง และเรื่องที่น่าเสนอเป็นเรื่องที่กระทบต่อสาธารณชนได้

ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น องค์กร FCC ในฐานะองค์กรที่กำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สามารถทำให้ประชาชนชาวอเมริกันสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเสรี แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เป็นการเผยแพร่เนื้อหาที่มีความลามก อนาจาร (Obscenity) จะถูกห้ามมิให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยเด็ดขาด แต่หากเป็นเนื้อหาที่ไม่สุภาพหรือไม่เหมาะสม (Indecency) และเนื้อหาในเชิงดูหมิ่น (Profanity) จะถูกจำกัดการเผยแพร่และมีเงื่อนไขในการออกอากาศ หากผู้ใดทำการฝ่าฝืนองค์กร FCC ก็จะมีมาตรการในการลงโทษ โดยกำหนดค่าปรับทางแพ่ง เพิกถอน และไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้ประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ต่อไป ส่วนกรณีการลงโทษของกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายให้อำนาจในการกำหนดโทษปรับในทางอาญา และจำคุกไม่เกิน 2 ปี ⁵⁸

⁵⁸ The Federal Communications Commission, **Obscenity, indecency and profanity** [Online], 23 November 2018. Available from <https://www.fcc.gov/general/obscenity-indecency-and-profanity>.

3.8.4 องค์การที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการในลักษณะ OTT

The Federal Communications Commission (FCC) เป็นหน่วยงานพิเศษที่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้รัฐบาล ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย Communications Act of 1934 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาโดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 ซึ่งมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการสื่อสารระหว่างมลรัฐและระหว่างประเทศผ่านกิจการวิทยุ กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมถึงดาวเทียมและเคเบิล โดยกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้ใบอนุญาต และต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการแก่องค์กรธุรกิจสื่อสารมวลชน (Broadcast Licenses) อำนาจในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบกิจการ (Media Regulations) รวมทั้งอำนาจในการลงโทษในกรณีที่ผู้ประกอบการกระจายเสียงและโทรทัศน์ที่ได้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่องค์กร FCC ได้กำหนดไว้ โดยใบอนุญาตในการประกอบกิจการนั้น จะต้องได้รับการจัดสรรอย่างเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการในประเภทเดียวกันทั่วประเทศ อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดให้สิทธิแก่องค์กร FCC ในการเข้าไปแทรกแซงการออกอากาศของสื่อค่อนข้างจำกัด เว้นแต่กรณีเนื้อหาที่ออกอากาศผิดหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Communications Act of 1934 และที่แก้ไขเพิ่มเติมตาม Telecommunications Act of 1996 องค์กร FCC จึงมีอำนาจตามกฎหมายในการเข้าไปแทรกแซงในกรณีดังกล่าว⁵⁹

นอกจากนี้องค์กร FCC ยังมีเป้าประสงค์หลักหรือพันธกิจในการดำเนินการ จำนวน 4 ประการ ดังนี้

1) การส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจ และภาวะผู้นำระดับชาติ ส่งเสริมการขยายเครือข่ายโทรคมนาคมที่แข่งขันซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญของนวัตกรรมด้านเทคโนโลยี และการเติบโตทางเศรษฐกิจและสร้างความมั่นใจให้แก่ประชาชนว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังคงเป็นผู้นำในการพัฒนาเศรษฐกิจและการศึกษาแก่ประชาชนของตนอย่างต่อเนื่อง

2) การป้องกันประโยชน์สาธารณะภายในประเทศ องค์กร FCC จะป้องกันรับรองและส่งเสริมนโยบายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ใช้บริการ และหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ โดยการสร้างหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคทั้งในด้านการ แข่งขัน การได้รับบริการอย่างทั่วถึงความปลอดภัยสาธารณะ และความมั่นคงของชาติ

⁵⁹ The Federal Communications Commission, **What we do** [Online], 23 November 2018. Available from <https://www.fcc.gov/about-fcc/what-we-do>.

3) ประชาชนทุกคนสามารถใช้บริการในโครงข่ายได้อย่างทั่วถึง นอกเหนือจากการส่งเสริมการพัฒนาเครือข่ายแล้วองค์กร FCC ยังมีหน้าที่ตรวจสอบให้แน่ใจว่า ชาวอเมริกันทุกคนจะสามารถใช้ประโยชน์จากบริการที่องค์กรจัดหาได้โดยไม่มีอุปสรรค

4) การส่งเสริมความเป็นเลิศในการปฏิบัติงาน เสริมสร้างองค์กร FCC ให้เป็นแบบอย่างในการปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพ และยึดมั่นในกระบวนการที่โปร่งใส และกระตุ้นให้เกิดการมีส่วนร่วมของสาธารณชนเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสาธารณะ



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการให้บริการลักษณะ OTT จะเห็นได้ว่าในแต่ละประเทศจะมีประเด็นปัญหาที่มีความคล้ายคลึงกันไม่ว่าจะเป็นความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้กฎหมาย โดยไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแล การควบคุมด้านเนื้อหาออนไลน์ มาตรการในการลงโทษผู้ให้บริการเผยแพร่เนื้อหา และการจัดการเนื้อหาที่ไม่ถูกต้อง และองค์กรใดที่จะมีหน้าที่ควบคุมกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาโดยส่วนใหญ่จะนำกฎหมายคอมพิวเตอร์มาบังคับใช้โดยอนุโลมกับผู้กระทำความผิดโดยตรงต่อผู้เสียหาย แต่ยังไม่มียุติวิธีใดที่บัญญัติกฎหมายในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ออกมาเป็นการเฉพาะ เนื่องด้วยอินเทอร์เน็ตเป็นการให้บริการลักษณะเชื่อมโยงเครือข่ายข้อมูลที่ครอบคลุมไปทั่วโลก รวมถึงการไม่มีมาตรการในการลงโทษแก่ผู้ให้บริการที่ไม่จัดการกับเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องที่ยังคงค้างอยู่ในระบบ ดังนั้นการที่จะทำให้ทุกประเทศทั่วโลกใช้เกณฑ์หรือมาตรฐานในการบังคับใช้กฎหมายที่เหมือนกันทั้งหมด หรือเรียกว่าเป็นมาตรฐานสากลจึงอาจจะเป็นเรื่องที่ยากมาก

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

โดยจะแยกเป็นประเด็นปัญหาของประเทศไทยเพื่อเปรียบเทียบกับแนวทางการแก้ปัญหาของประเด็นนั้น ๆ ในต่างประเทศ ดังนี้

4.1 วิเคราะห์กิจการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย

ประเทศไทยมีกิจการด้านการแพร่ภาพและเสียงที่ได้รับการกำกับดูแลภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วจำนวน 2 กิจการ ได้แก่ กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง แต่กิจการที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการการสื่อสารและแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุนโครงข่ายสัญญาณเองหรือคือการให้บริการลักษณะ OTT ซึ่งขณะนี้ต้องยอมรับว่าเป็นการให้บริการที่เป็นธุรกิจรูปแบบใหม่ที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากในยุคปัจจุบัน จึงยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดแนวทางการควบคุมและการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยปัจจุบันนำเพียงพระราชบัญญัติว่า

ด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม มาบังคับใช้โดยอนุโลมพร้อมกับบทลงโทษตามกฎหมายอาญาเท่านั้น

โดยที่ประเทศที่ได้ทำการศึกษาในบทก่อน (สหราชอาณาจักร, สหรัฐอเมริกา) มีกิจการการแพร่ภาพและเสียงที่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กร หรือกฎหมายที่องค์กรนั้น ๆ บังคับใช้อยู่ในกิจการที่คล้ายคลึงกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

สหราชอาณาจักร

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

สหรัฐอเมริกา

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

จากแนวทางในการแบ่งประเภทกิจการเกี่ยวกับการแพร่ภาพและเสียงในแต่ละประเทศข้างต้น (สหราชอาณาจักร, สหรัฐอเมริกา) ซึ่งเป็นประเทศที่มีการให้บริการลักษณะ OTT มาเป็นเวลานานเป็นลำดับแรก ๆ ของโลกยังไม่มีประเทศใดที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการในลักษณะ OTT ออกมาเป็นการเฉพาะ โดยกิจการลักษณะนี้ของแต่ละประเทศจะถูกกำกับดูแลโดยองค์กรซึ่งมีภารกิจที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนด และใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในการบังคับใช้โดยอนุโลม ดังนั้น ในประเด็นนี้ประเทศไทยซึ่งมีลักษณะในการแบ่งกิจการประเภทแพร่ภาพและเสียงที่ชัดเจนได้แก่ กิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ และยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT เหมือนประเทศที่ได้ศึกษาข้างต้น โดยเมื่อเกิดคดีในการให้บริการลักษณะดังกล่าว ปัจจุบันประเทศไทยได้ใช้วิธีการดำเนินการโดยนำกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมมาบังคับใช้โดยอนุโลม จึงเป็นการดำเนินการที่มีมาตรฐานในการกำกับดูแลเช่นเดียวกับการดำเนินการสากลเหมือนประเทศอื่น ๆ แล้ว แต่ก็มีได้หมายความว่าวิธีการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะนี้ จึงเห็นสมควรมีข้อเสนอแนะในการออกกฎหมายในเรื่องการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการ

เฉพาะโดยอาจจะเป็นออกเป็นกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติหรือประกาศ หรือหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นชั้นกฎหมายลำดับรองต่อไป

4.2 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านการควบคุมเนื้อหา

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลเนื้อหาในการแพร่ภาพและเสียงที่ไม่เหมาะสม ซึ่งเป็นการเผยแพร่ทางโทรทัศน์หรือในรูปแบบของระบบวิทยุสื่อสารหรือวิทยุกระจายเสียงแล้ว ตามประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยกำหนดให้ผู้เผยแพร่ภาพและเสียงดังกล่าวต้องได้รับการตรวจสอบ แก้ไข ปรับปรุง หรือระงับรายการที่มีเนื้อหาต้องห้ามตามกฎหมาย 5 ประเภท สรุปได้ดังนี้ เนื้อหาเกี่ยวกับการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย เนื้อหาที่มีผลต่อความมั่นคง เนื้อหาที่ขัดต่อความสงบหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื้อหาที่เข้าข่ายลามกอนาจาร และเนื้อหาที่มีผลกระทบต่อการเกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง รวมไปถึงประเทศไทยยังมีกฎหมายที่กำหนดขอบเขตการเผยแพร่เนื้อหาต่อประชาชนโดยกำหนดระดับประเภทความรุนแรงของเนื้อหาที่มีความรุนแรงน้อยไปจนถึงระดับที่มีความรุนแรงมากอันจะต้องกำหนดเวลาในการเผยแพร่ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายในประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556

โดยที่ประเทศที่ได้ทำการศึกษาข้างต้น (สหราชอาณาจักร, สหรัฐอเมริกา) มีแนวทางในการดำเนินการควบคุมเนื้อหาที่แตกต่างกันโดยแบ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับการแพร่ภาพและเสียงในแต่ละประเทศ ซึ่งบางประเทศมีแนวทางเฉพาะในการควบคุมเนื้อหาของการให้บริการลักษณะ OTT และบางประเทศก็นำกฎหมายที่ใกล้เคียงมาบังคับใช้โดยอนุโลม

อย่างไรก็ดี กฎหมายข้างต้นเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ได้เฉพาะการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางโทรทัศน์ หรือในรูปแบบของระบบวิทยุสื่อสารหรือวิทยุกระจายเสียงเท่านั้น ไม่สามารถบังคับใช้ในการแพร่ภาพและเสียงผ่านการให้บริการในลักษณะ OTT ได้เพราะไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจในการบังคับใช้ไว้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

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 เนื้อหาการไม่เคารพศาสนา เนื้อหาเกี่ยวกับความไม่เสมอภาค เนื้อหาเกี่ยวกับการโฆษณาที่ขัดต่อข้อห้ามทางการเมือง รวมไปถึงการรวมโฆษณาที่อาจทำให้เข้าใจผิดเป็นอันตราย หรือเป็นที่น่ารังเกียจ เนื้อหาการโฆษณาหารายได้ในกิจการวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ เนื้อหาการสนับสนุนรายการโทรทัศน์ที่ไม่เหมาะสมทั้งรายการวิทยุและโทรทัศน์ และเนื้อหาการโฆษณาที่มีเนื้อหาเลือกปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม เป็นต้น

(3) นโยบาย Net Neutrality หรือ นโยบายความเสมอภาคทางอินเทอร์เน็ตเป็นการเน้นถึงหลักการในการห้ามปิดกั้น ควบคุม คัดแยกข้อมูลเนื้อหาและการบริการออนไลน์โดยทุกคนต้องสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้อย่างมีคุณภาพและเท่าเทียม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตห้ามลดคุณภาพเนื้อหา เว้นแต่เข้าข่ายกีดกันตามกฎหมายหรือมีเหตุในการได้รับการยกเว้น

สหรัฐอเมริกา

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

(2) ข้อบังคับเกี่ยวกับเนื้อหาในด้านต่าง ๆ สรุปได้ดังนี้ ห้ามมิให้ผู้ให้บริการเผยแพร่เนื้อหาในช่องรายการโทรทัศน์ที่น่ารังเกียจ เนื้อหาที่ไม่สุภาพ เนื้อหาในเชิงดูหมิ่น โดยหากเข้าข่ายต้องออกอากาศตามช่วงเวลาที่กำหนดไว้เท่านั้น 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 อันเป็นการลดคุณภาพการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหาได้ และไม่สามารถเลือกปฏิบัติในการรับส่งข้อมูลเพื่อเข้าถึงเนื้อหา แต่อย่างไรก็ดี จะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่ว่าต้องไม่เป็นเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมาย

4.3 วิเคราะห์การไม่มีกฎหมายควบคุมการให้บริการ OTT: ด้านมาตรการลงโทษ

ในปัจจุบันประเทศไทยมีมาตรการในการลงโทษผู้ให้บริการแพร่ภาพและเสียงอันมีเนื้อหาไม่เหมาะสมตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้บริการกระจายเสียงและโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการจัดทำเนือหารายการและตรวจสอบผู้ผลิต

เนื้อหาในช่องรายการของตน หากไม่ปฏิบัติตามแล้วมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว ต้องได้รับโทษ 2 ระดับ ได้แก่

- 1) การพักใช้ใบอนุญาต
- 2) การเพิกถอนใบอนุญาต

จากกฎหมายดังกล่าว เห็นได้ว่ามิได้มีข้อกำหนดเฉพาะในการลงโทษผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมผ่านการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด ดังนั้น จึงทำได้เพียงป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมโดยวิธีการบล็อกเว็บไซต์ที่เข้าข่ายมีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมหรือขัดต่อกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีบทลงโทษสำหรับผู้ให้บริการเผยแพร่เนื้อหาผ่านเว็บไซต์ เช่น มาตรการระงับบัญชีผู้ใช้ (User) หรือการขึ้นบัญชีประวัติของผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวอยู่ต่างประเทศ ย่อมเป็นที่ยากยิ่งในการสืบหาข้อมูลหรือลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย

ประเทศที่ทำการศึกษเปรียบเทียบเกี่ยวกับมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดในการแพร่ภาพและเสียงนั้น (สหราชอาณาจักร, สหรัฐอเมริกา) แสดงให้เห็นถึงบทลงโทษผู้กระทำความผิดที่ไม่ค่อยแตกต่างกันในสาระสำคัญมากนัก เนื่องจากในทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษาระบบใบอนุญาตประกอบกิจการเหมือนกันหมด ดังนั้น โทษในเรื่องการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางโทรทัศน์ที่เหมือนกันคือการเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ประกอบการนั้น ส่วนกรณีอื่นจะขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยกล่าวได้โดยสรุป ดังนี้

1) สหราชอาณาจักร

(1) ตามกฎหมาย Communication Act 2003 โดยการกำกับดูแลขององค์กร Ofcom¹ ได้มีการกำหนดบทลงโทษผู้ประกอบการกระจายเสียง โทรทัศน์ และวิทยุที่กระทำความผิดออกอากาศเนื้อหาที่เข้าข่ายผิดกฎหมายตามลำดับความร้ายแรงไว้ ดังนี้ การประกาศผลการพิจารณาการมีคำสั่งห้ามมิให้มีการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาต้องห้ามตามกฎหมายอีก การมีคำสั่งให้ออกอากาศเพื่อแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น การมีคำสั่งปรับ และการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการ

(2) ตามกฎหมายประมวลจริยธรรม (Editorial Code) เช่น การดักเตือน การเพิกถอนใบอนุญาต

(3) การบังคับใช้กฎหมายกับการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลม

¹ Ofcom, **Policies and guidelines** [Online], 7 June 2022. Available from <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/policies-and-guidelines>.

2) สหรัฐอเมริกา

(1) โดยหลักคือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนให้ไม่ถูกจำกัดสิทธิในการเข้าถึง หรือตัดทอนเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลเว้นแต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการแพร่ภาพและเสียงเหล่านั้นจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ

(2) องค์กร FCC มีมาตรการในการลงโทษโดยกำหนดค่าปรับทางแพ่ง เพิกถอนและไม่ต้องอายุใบอนุญาตให้ประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ และมีการกำหนดโทษปรับทางอาญาและโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีด้วย

(3) การบังคับใช้กฎหมายกับการให้บริการลักษณะ OTT โดยอนุโลม

4.4 วิเคราะห์องค์กรที่ควรมีหน้าที่กำกับดูแลการให้บริการในรูปแบบ OTT

ในปัจจุบันนี้ประเทศไทยมีผู้รับผิดชอบดำเนินการในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการแพร่ภาพและเสียงอยู่ 2 องค์กรหลัก ได้แก่ การแพร่ภาพและเสียงผ่านระบบวิทยุและโทรทัศน์ จะมีสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือเรียกสั้น ๆ ว่า กสทช. มีหน้าที่กำกับดูแลภายใต้กฎหมายพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลผู้ประกอบการแพร่ภาพและเสียงไปสู่สาธารณะ ส่วนการแพร่ภาพและเสียงผ่านระบบออนไลน์ จะมีกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (MDES) ในฐานะผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ดำเนินการตามกระบวนการของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์กำกับดูแลนำตัวผู้กระทำความผิดไปดำเนินคดีอันมีโทษทางอาญา ซึ่งต้องประสานเรื่องกับเจ้าพนักงานสอบสวน สำหรับการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการให้บริการลักษณะแพร่ภาพและเสียงไปสู่สาธารณะผ่านระบบโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เช่น YouTube, Netflix เป็นต้น

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ระบบโครงข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น มาจากคำว่า Inter Connection Network² ซึ่งหมายถึง เครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่มีขนาดใหญ่ มีการเชื่อมต่อระหว่างเครือข่ายหลาย ๆ เครือข่ายทั่วโลก โดยใช้ภาษาที่ใช้สื่อสารกันระหว่างคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า โพรโทคอล (Protocol) ผู้ใช้เครือข่ายนี้สามารถสื่อสารถึงกันได้ในหลาย ๆ ทาง อาทิเช่น อีเมล เว็บบอร์ด และสามารถสืบค้นข้อมูลและข่าวสารต่าง ๆ รวมทั้งคัดลอกแฟ้มข้อมูลและโปรแกรมมาใช้ได้ ส่วนระบบออนไลน์ หมายถึง เป็นระบบสื่อสารดิจิทัลที่เป็นเครื่องมือในการปฏิบัติการทางสังคม (Social Tool) เพื่อใช้สื่อสารระหว่างกันในเครือข่ายทางสังคม (Social Network) ผ่านทางเว็บไซต์และโปรแกรมประยุกต์บนสื่อใด ๆ ที่มีการเชื่อมต่อกับ

² กานดา รุณนะพงศา สายแก้ว, อินเทอร์เน็ตและสื่อสังคมออนไลน์ [Online], 21 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา <https://sites.google.com/site/naruesorn356/home/xintexrnet-laea-sux-so-chei-yl>.

โครงข่ายอินเทอร์เน็ต โดยเน้นให้ผู้ใช้ทั้งที่เป็นผู้ส่งสารและผู้รับสารมีส่วนร่วม (Collaborative) อย่างสร้างสรรค์ ในการผลิตเนื้อหาขึ้นเองในรูปของข้อมูล ภาพ และเสียง ดังนั้นกิจการดังกล่าวจึงเหมือนเป็นกึ่งกลางในการให้บริการแพร่ภาพและเสียงในรูปแบบรายการโทรทัศน์ผ่านระบบคอมพิวเตอร์ หรือผ่านระบบออนไลน์ ซึ่งยังไม่มียกเว้นใคร่ที่กฎหมายกำหนดภารกิจในการบริหารจัดการเป็นการเฉพาะ มีเพียงการนำกฎหมายทั้งสองมาอนุโลมใช้เท่านั้น นอกจากจะทำให้ประชาชนเกิดความสับสนในการร้องเรียน ยังไม่สามารถเยียวยาประชาชนหรือลงโทษผู้เผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมจากการให้บริการในลักษณะดังกล่าวได้

สำหรับประเทศต่าง ๆ ที่ได้ดำเนินการศึกษามาข้างต้นนั้น (สหราชอาณาจักร, สหรัฐอเมริกา) จะมีแนวทางขององค์กรที่กำกับดูแลการให้บริการแพร่ภาพและเสียงที่คล้ายคลึงกัน เช่น เป็นองค์กรอิสระที่ไม่ขึ้นตรงต่อรัฐบาลเหมือนกัน หรือเป็นเพียงองค์กรเดียวภายในประเทศที่ดูแลเฉพาะด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ด้วย ซึ่งการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศอื่นที่ได้ทำการศึกษามา นั้นยังไม่มีบทกฎหมายดูแลการให้บริการลักษณะนี้เป็นการเฉพาะ โดยจะสามารถศึกษารายละเอียดของการให้บริการแพร่ภาพและเสียงต่าง ๆ ได้ ดังนี้

1) สหราชอาณาจักร

(1) Office of Communications (Ofcom) หน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล³ เป็นองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการสื่อสารของสหราชอาณาจักรประกอบด้วย 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) สหรัฐอเมริกา

(1) The Federal Communications Commission (FCC) เป็นหน่วยงานพิเศษที่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับของรัฐบาล และถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย

³ Ofcom, **About Ofcom** [Online], 17 June 2022. Available from <https://www.ofcom.org.uk/home>.

Communications Act of 1934 และถูกปรับปรุงโดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996 โดยมีหน้าที่กำกับดูแลการสื่อสารระหว่างมลรัฐและระหว่างประเทศผ่านกิจการวิทยุ กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมถึงดาวเทียมและเคเบิลโดยกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจพิจารณาใบอนุญาตและต่อใบอนุญาตแก่องค์กรธุรกิจการสื่อสาร อำนาจในการลงโทษผู้ประกอบการกระจายเสียงและโทรทัศน์ที่ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่องค์กร FCC กำหนด

(2) FCC ยังมีหน้าที่กำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT โดยใช้กฎหมายการแพร่ภาพและเสียงซึ่งเป็นการบังคับใช้โดยอนุโลมด้วย

เมื่อนำทฤษฎีว่าด้วยเรื่องการมอบอำนาจและแนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรอิสระมาพิเคราะห์แล้ว จะเห็นได้ว่าเมื่อรัฐผู้มีอำนาจสูงสุดในการบริหารมีอาจเข้ามากำกับดูแลด้วยตนเองในเรื่องเฉพาะบางเรื่องได้ และเพื่อไม่ให้เกิดความไม่สงบและความเหลื่อมล้ำในสังคม จึงต้องมีการมอบอำนาจให้องค์กรที่มีภารกิจที่ใกล้เคียงหรือมีภารกิจที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ เข้ามากำกับดูแล แต่ในบางเรื่องก็อาจที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมจากรัฐโดยเด็ดขาดได้ องค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจัดตั้งเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากรัฐบาลโดยตรงแต่อย่างใด ซึ่งการแพร่ภาพและเสียงนั้นจัดเป็นภารกิจที่เข้าลักษณะที่กล่าวข้างต้น เพราะเป็นการดำเนินการที่กระทบต่อสาธารณชน จึงไม่อาจที่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของทั้งเอกชนรวมไปถึงขึ้นตรงต่อรัฐบาลได้ แต่ถึงกระนั้นเมื่อเป็นการดำเนินการที่กระทบต่อคนหมู่มาก จะปล่อยให้การดำเนินการเป็นไปอย่างไม่มีทิศทางก็ได้เช่นกัน ดังนั้น จึงต้องมีองค์กรที่กำกับดูแลในเรื่องดังกล่าวซึ่งเป็นองค์กรอิสระมีการกำกับดูแลด้วยตนเอง ไม่ขึ้นตรงต่อรัฐแต่ก็ต้องไม่เป็นเอกเทศเช่นเดียวกับกิจการของเอกชน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องของพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดมาตราที่เกี่ยวข้องไว้ในหลายมาตรา โดยสรุปคือสำนักงาน กสทช. เป็นองค์กรที่มีภารกิจโดยตรงในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ไม่ว่าจะเป็นกิจการที่มีคลื่นความถี่หรือไม่มีคลื่นความถี่ก็ตาม โดยที่การให้บริการลักษณะ OTT จัดเป็นกิจการที่ไม่มีคลื่นความถี่ประเภทหนึ่ง ดังนั้น สำนักงาน กสทช. จึงมีคุณสมบัติครบถ้วนเหมาะสมแก่การที่จะเป็นองค์กรเดียวในการกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหา มาตรการในการลงโทษ รวมไปถึงเรื่องอื่น ๆ อาทิ ค่าธรรมเนียม หรือด้านภาษี ของการให้บริการลักษณะ OTT นี้

สำหรับกรณีการกำกับดูแลกิจการการแพร่ภาพและเสียงผ่านการให้บริการลักษณะ OTT นี้ จากการพิเคราะห์ถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องรวมถึงการศึกษาของประเทศอื่น ๆ (สหราชอาณาจักร, สหรัฐอเมริกา) จะเห็นได้ว่าการกำกับดูแลกิจการการแพร่ภาพและเสียงโดยมีองค์กรหน่วยเดียวเป็นผู้กำกับดูแลเป็นวิธีที่ดีอยู่แล้ว ไม่ควรมีการกำกับดูแลเป็นส่วน ๆ เนื่องจากการมีหน่วยงานเดียวเป็นผู้ดูแลนั้นง่ายต่อการบริหารงานโดยเชื่อมโยงความรู้เข้าด้วยกัน ใช้วิธีบริหารจัดการรูปแบบเดียวกัน

เนื่องจากกิจการทั้งสองไม่ได้มีการกำกับดูแลที่แตกต่างกันโดยมีนัยยะสำคัญแต่ประการใด อีกทั้งนอกจากนี้ ในเรื่องของการบริหารจัดการภายในองค์กรแม้จะเป็นเพียงองค์กรเดียวแต่เมื่อมีการกำกับดูแลทั้งสองเรื่องในเรื่องของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ก็ควรจัดตั้งการบริหารจัดการในรูปแบบคณะกรรมการฯ เช่นเดียวกับองค์กร Ofcom เนื่องจากจะสร้างความเป็นกลางในการบริหารโดยมีการหมุนเวียนเปลี่ยนกรรมการเพื่อสร้างความโปร่งใสในการปฏิบัติงานและตรวจสอบได้

4.5 วิเคราะห์ปัญหาหลักความเป็นกลางในการให้บริการ OTT (Net Neutrality)⁴

เป็นเรื่องของการให้การสนับสนุนให้ผู้เป็นเจ้าของโครงข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นผู้มีอำนาจและรับผิดชอบในการจัดการบริการและเนื้อหาที่เข้าใช้โครงข่ายของตนได้โดยอิสระ แต่การสนับสนุนดังกล่าวก่อให้เกิดความเป็นกลางในการจัดการบริการและเนื้อหานั้นทำให้เกิดความกังวลและอ่อนไหวต่อเนื้อหาบางประเภท ซึ่งอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงปลอดภัยของชาติ รวมทั้งความสำคัญกับการปกป้องคุ้มครองเด็กและเยาวชน จากเนื้อหาที่มีความเสี่ยงมากกว่าให้ความสำคัญในเรื่องเสรีภาพในการรับข่าวสาร แต่เมื่อไม่มีการกำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจนหลายประเทศรวมถึงประเทศไทย จึงไม่สามารถควบคุมเนื้อหาบางประเภทที่ไม่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชน และเนื้อหาที่อาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศหรือสถาบันได้เพียงพอ โดยเฉพาะกับ OTT รายใหญ่ที่ผู้ให้บริการอยู่นอกประเทศ และเปิดโอกาสให้ผู้ใช้งานสามารถนำคลิปวิดีโอขึ้นแพลตฟอร์มได้อย่างเสรีอย่าง YouTube และ Facebook

เมื่อ OTT มีวัตถุประสงค์เริ่มต้นในการเป็นบริการเสรีบนโครงข่ายแบบเปิดอย่างอินเทอร์เน็ต ซึ่งผู้ชมสามารถเป็นผู้เลือกเข้าถึงข้อมูลและเนื้อหาได้โดยไม่จำกัดพื้นที่และเวลาทำให้การกำกับควบคุมทำได้ยาก เมื่อมีการให้บริการนานไปกลับพบว่า การเผยแพร่และส่งต่อเนื้อหาบนบริการ OTT แบบเสรีได้ส่งผลกระทบในทางลบทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม บริการ OTT จึงถูกนำกลับมาทบทวนถึงความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตบริการ และการกีดกันเนื้อหาที่ไม่พึงประสงค์ของแต่ละประเทศ ซึ่งขัดแย้งกับวัตถุประสงค์เริ่มต้นของการให้บริการ และดำเนินการได้ยากในทางเทคนิค ดังนั้นแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้ลงทะเบียนแสดงตัวตนหรือการต้องขออนุญาตในการให้บริการ เพื่อจะได้นำเอากฎระเบียบที่ใช้กำกับสื่อเดิมมาใช้กับผู้ให้บริการ OTT นั้นมีประโยชน์กับผู้ให้บริการที่มีหลักแหล่งอยู่ในประเทศนั้น ๆ เท่านั้น

⁴ The New York Time, **Net Neutrality has officially been repealed. Here, show that could affect you** [Online], 23 March 2022. Available from <https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html>.

ผู้วิจัยได้ศึกษาในเรื่องของหลักความเป็นกลางกำกับดูแลการให้บริการ OTT ในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรแล้วเห็นว่า

1) สหราชอาณาจักร

ในส่วนของสหราชอาณาจักรนั้นหน่วยงาน The Office of Communications (Ofcom) เป็นหน่วยงานการกำกับดูแลในกิจการ โทรคมนาคมกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งทำหน้าที่ในการกำกับดูแลผู้ใช้บริการ OTT โดย Ofcom ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วยนโยบาย Net Neutrality ซึ่งนำหลักการมาจากกฎหมาย Open Internet ของคณะกรรมการการยุโรป และกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหา และผู้ใช้บริการปลายทาง เว้นแต่กรณีที่ทำเพื่อปฏิบัติตามข้อบังคับทางกฎหมาย เพื่อรักษาความมั่นคงของโครงข่ายอินเทอร์เน็ต และเพื่อบริหารจัดการความหนาแน่นของโครงข่ายเป็นการชั่วคราว และกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ต้องปฏิบัติตามการรับส่งข้อมูล (Data) ระหว่างผู้ให้บริการ และผู้ใช้บริการ OTT บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงบริการ ลดทอนคุณภาพการรับส่งบริการ และเลือกปฏิบัติระหว่างบริการ OTT ได้ ยกเว้นในกรณีการขัดขวางการเข้าถึงบริการเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย และบริการที่มีไวรัสหรือมัลแวร์ ซึ่งเป็นอันตรายต่อผู้ใช้บริการบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตโดยรวม ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บริโภคชาวยุโรปสามารถเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ต และใช้บริการเนื้อหาและแอปพลิเคชันต่าง ๆ ได้อย่างอิสระ และผู้ให้บริการเนื้อหาสามารถให้บริการของตนผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่มีคุณภาพได้

2) สหรัฐอเมริกา

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา Federal Communications Commission (FCC) หน่วยงานการกำกับดูแลในกิจการโทรคมนาคม กิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ในระดับชาติของสหรัฐอเมริกา ยังให้ความสำคัญกับปัญหาเรื่องหลักความเป็นกลางหรือ Net Neutrality ซึ่ง FCC ได้ประกาศใช้ Open Internet Order 2015 ในปี พ.ศ. 2558 โดยมีหลักการสำคัญ 3 ประการ

- (1) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหา แอปพลิเคชันและบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ตได้
- (2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดการลดคุณภาพของการรับส่ง Data เพื่อเข้าถึงเนื้อหา แอปพลิเคชันและบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต
- (3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถเลือกปฏิบัติในการรับส่ง Data เพื่อเข้าถึงเนื้อหาแอปพลิเคชันและบริการที่ถูกกฎหมาย หรือให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ให้บริการเนื้อหาใดรายหนึ่งเพื่อแลกกับค่าบริการพิเศษ

นอกจากหลักการ 3 ข้อนี้แล้ว กฎหมาย Open Internet Order⁵ ยังห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แทรกแซงการเข้าถึงเนื้อหา แอปพลิเคชัน และบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต (Unreasonable Interference) ไม่ว่าจะเป็นทางฝั่งผู้ให้บริการเนื้อหา หรือผู้ให้บริการปลายทาง โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรทางด้านการบริหารจัดการโครงข่าย รวมทั้งกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องเปิดเผยข้อมูลด้านวิธีการบริหารจัดการโครงข่าย ประสิทธิภาพของโครงข่าย และข้อมูลด้านการค้าเช่น ค่าบริการ รายการส่งเสริมการขาย และโควตาการใช้งาน Data ให้กับผู้บริโภคโดยทั่วไป

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสหราชอาณาจักร ตระหนักถึงความสำคัญของความเป็นกลางในการให้บริการ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีกฎหมาย Communication Act ซึ่งห้ามไม่ให้เซ็นเซอร์เนื้อหาที่ออกอากาศ รวมถึงการออกกฎหมายหรือมาตรการใด ๆ ที่จะขัดต่อหลักการ Freedom of Speech หรือเสรีภาพในการพูดและแสดงออก แต่อย่างไรก็ตามในปี 2562 มีข้อเสนอให้สร้างกรอบกำกับดูแลใหม่ เพื่อควบคุมแพลตฟอร์มคอนเทนต์ออนไลน์ แต่คณะกรรมการกลางกำกับดูแลกิจการสื่อสาร (FCC) ปิดตกไป โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็นและเข้มงวดเกินไป เช่นนี้จึงทำให้ผู้ให้บริการได้รับเนื้อหาอย่างครบถ้วนไม่ถูกตัดทอน ทำให้ผู้ให้บริการได้รับการบริการอย่างเสรี

แต่จากการที่ผู้วิจัยทำการศึกษานั้นเห็นว่า สำหรับประเทศไทยนั้นเมื่อยังไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรใดในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT จึงทำให้การบริการ OTT ของประเทศไทย ผู้ให้บริการสามารถกำหนดกรอบของเนื้อหาการให้บริการอย่างเสรีกล่าวคือ ผู้ให้บริการสามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหาของผู้ใช้บริการ หรือการตัดทอนข้อมูลของเนื้อหาบางส่วนก่อนที่จะนำมาให้บริการแก่ผู้ให้บริการ OTT ได้ ดังนั้นผู้วิจัยจึงตระหนักถึงความสำคัญของความเป็นกลางในการให้บริการเนื่องจากทำให้ผู้ให้บริการได้รับเนื้อหาอย่างครบถ้วนไม่ถูกตัดทอน ทำให้ผู้ให้บริการได้รับการบริการอย่างเสรี จึงเห็นควรว่าในการให้บริการ OTT ของประเทศไทยควรที่จะให้ความสำคัญของความเป็นกลางในการให้บริการอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสหราชอาณาจักรนั่นเอง

4.6 ประเด็นปัญหาอื่น ๆ โดยภาพรวมที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

4.6.1 ประเด็นความเหลื่อมล้ำระหว่างผู้ให้บริการ OTT กับผู้ให้บริการโทรศัพท์

กล่าวคือการที่ธุรกิจบริการ OTT ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายการกำกับดูแลธุรกิจประเภทใดในประเทศไทย และสามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องมีภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมาย

⁵ The Federal Communications Commission [Online], 23 November 2018. Available from <https://www.fcc.gov/general/open-internet>.

แต่กลับเป็นธุรกิจที่แข่งขันกับกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแบบดั้งเดิม ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลอย่างเคร่งครัดและภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมาย รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย เช่นนี้ ธุรกิจบริการ OTT จึงเป็นธุรกิจที่ได้เปรียบและมีความสามารถในการแข่งขันมากกว่ากิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแบบดั้งเดิม ส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการแบบดั้งเดิมดังกล่าวสูญเสียรายได้และส่วนแบ่งการใช้บริการเป็นอย่างมาก สภาพการณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันระหว่างธุรกิจที่มีการให้บริการที่คล้ายคลึงกัน และทำให้ผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคมแบบดั้งเดิมสร้างแรงกดดันต่อหน่วยงานกำกับดูแลให้มีการวางกฎระเบียบเพื่อกำกับดูแลธุรกิจบริการ OTT ด้วย เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกัน โดยผู้ให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมรายใหญ่ในประเทศต่าง ๆ ได้ออกมาเรียกร้องให้หน่วยงานกำกับดูแลพิจารณากำหนดกฎเกณฑ์เพื่อใช้ในการกำกับดูแลบริการ OTT ให้ครอบคลุมทุกปัญหาให้ได้มากที่สุด

แม้ข้อเท็จจริงในปัจจุบันจะปรากฏว่าผู้ให้บริการโทรทัศน์จำนวนมากมีแนวโน้มปรับตัวไปสู่การให้บริการ OTT ควบคู่ไปกับการให้บริการโทรทัศน์ แต่ยังมีประเด็นความเหลื่อมล้ำบางประการระหว่างผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ให้บริการ OTT กับผู้ให้บริการ OTT แต่เพียงอย่างเดียว⁶ เนื่องจากผู้ให้บริการ OTT ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หลายรายนำเอาช่องรายการโทรทัศน์ไปรวบรวมให้บริการสมาชิกของตน กล่าวคือผู้ชมที่เป็นสมาชิก OTT รายนั้นสามารถดูรายการโทรทัศน์ทุกช่อง ทั้งฟรีทีวีและช่องรายการบนโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเป็นสมาชิกทีวีแบบบอกรับสมาชิกแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังผู้ให้บริการโทรทัศน์ทั้งแบบฟรีและมีค่าใช้จ่าย มีการดำเนินการทางเทคนิคเพื่อปิดกั้นการเข้าถึงช่องรายการหรือเนื้อหารายการของตนได้บ้าง แต่ก็ยังปรากฏการละเมิดลิขสิทธิ์เนื้อหารายการโทรทัศน์อยู่บนบริการ OTT รายใหญ่บางรายที่มากกว่านั้นก็คือ เหลื่อมล้ำในการถูกกำกับดูแลในระดับที่แตกต่างกัน กล่าวคือบริการโทรทัศน์ในหลายประเทศจะถูกกำกับดูแลเนื้อหาที่ออกอากาศ โดยกำหนดให้ต้องมีการจัดระดับความเหมาะสมในการออกอากาศตามช่วงเวลาที่กำหนด การต้องระมัดระวังเรื่องภาพ และเนื้อหาอันอาจส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีและความมั่นคงของประเทศ การกำหนดระยะเวลาการโฆษณาและเนื้อหาโฆษณา นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดในฐานะผู้รับใบอนุญาตที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายประการอย่างเคร่งครัด

⁶ ไทม์ คอนซัลติ้ง, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษาแนวทางการกำกับดูแลการแข่งขันในกิจการโทรทัศน์แบบ Over the Top, (กรุงเทพฯ: สำนักงาน กสทช., 2559).

ในขณะที่ผู้ให้บริการ OTT ไม่ถูกกำหนดด้วยข้อจำกัดในกรณีใดเลย เนื่องจากหลายประเทศ รวมถึงประเทศไทยยังไม่มี การนำบริการ OTT เข้าสู่ระบบการกำกับดูแลอย่างชัดเจน จึงทำให้ผู้ให้บริการ OTT ที่เป็นผู้ให้บริการโทรทัศน์มีภาระต้นทุน ทั้งต้นทุนการให้บริการและต้นทุนที่เกิดจากข้อกำหนดหรือกฎกติกาของรัฐ รวมทั้งมีข้อจำกัดในการแข่งขันมากกว่าเมื่อเทียบกับผู้ให้บริการ OTT เพียงอย่างเดียว

1) สหราชอาณาจักร

จะเห็นได้ว่าในสหราชอาณาจักรกำหนดให้ผู้ให้บริการ OTT ต้องแสดงตัวตน (Register) กับองค์กรกำกับดูแลในฐานะผู้ให้บริการประเภท On-Demand Program Services (ODPS) และนำกฎระเบียบเรื่องการกำกับเนื้อหาในสื่อหลักมาบังคับใช้กับบริการ OTT รวมถึงการโฆษณาและการให้บริการทางธุรกิจกับผู้บริโภค แต่อำนาจองค์กรกำกับดูแลยังจำกัดเฉพาะผู้ให้บริการ ODPS ที่มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (EU) หรือมีสำนักงานที่ทำหน้าที่ในการตัดสินใจทางธุรกิจอยู่ในสหภาพยุโรปเท่านั้น

2) สหรัฐอเมริกา

ส่วนสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจัดให้บริการ OTT อยู่ในประเภท Online Video Distributor (OVD) และเนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐฯ ให้ความสำคัญกับเสรีภาพของสื่ออย่างมาก ทำให้การกำกับดูแลด้านเนื้อหาทำเฉพาะในกรณีที่มีประเด็นร้องเรียนหรือฟ้องร้องเป็นรายกรณีไปเท่านั้น ไม่มีข้อกำหนดในการปิดกั้นเนื้อหาที่ออกในสื่อทุกประเภท

4.6.2 ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์เนื้อหารายการ โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT

ในประเด็นปัญหาเรื่องลิขสิทธิ์ในเนื้อหาที่มีการรวบรวมมาออกอากาศ แม้ในอนาคตผู้ให้บริการ OTT จะเข้าสู่ระบบใบอนุญาตหรือจดทะเบียนแสดงตน แต่อำนาจในการดูแลเรื่องลิขสิทธิ์⁷ ในเนื้อหายังคงอยู่ภายใต้กฎหมายคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2558 มาตรา 28 ที่ได้กำหนดว่า ผู้ใดทำซ้ำและดัดแปลง เผยแพร่งานลิขสิทธิ์ประเภทภาพยนตร์ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย และบางส่วนในฉบับก่อนหน้าซึ่งมีการปรับปรุงครอบคลุมถึงเนื้อหาที่อยู่ในกิจกรรมบนอินเทอร์เน็ตแล้ว รวมถึงประเทศไทยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มีข้อกำหนดในส่วนของการห้ามการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นทั้งในลักษณะข้อความ เพลง ภาพ เสียง หรือวิดีโอ บนอินเทอร์เน็ตไว้ด้วย ดังนั้น สำหรับการให้บริการโดยผู้ให้บริการในประเทศและมีตัวตนนั้นมี

⁷ ดารณี ราชภูเขียว, “การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาศึกษาศึกษากรณีการสร้างสรรคศิลปะกลายบนกาแฟ”, วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 9, 1(2561): 5.

ข้อกำหนดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว แต่ปัญหาสำคัญ คือ การนำกฎหมายที่มีอยู่ไปบังคับใช้ (Enforcement) ให้ได้จริงและครอบคลุมผู้ให้บริการที่กระทำผิดได้อย่างทั่วถึง

1) สหราชอาณาจักร

จะเห็นได้ว่าสำหรับประเทศสหราชอาณาจักร จะมีการกำกับดูแลเนื้อหาที่ออกอากาศโดยพิจารณาถึงเนื้อหาเป็นกรณี ๆ ไปว่าเนื้อหาส่วนใดเผยแพร่ได้บ้าง เนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาในส่วนที่ต้องห้ามเผยแพร่ ซึ่งอาจจะทำให้ประชาชนของประเทศได้รับเนื้อหาไม่ครบถ้วนหรืออาจทำให้การสื่อสารผ่านทางเนื้อหานั้นคลาดเคลื่อนได้

2) สหรัฐอเมริกา

แต่ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะไม่ทำการกำกับดูแลเนื้อหาอย่างเคร่งครัด เพื่อต้องการให้ประชาชนของประเทศได้เข้าถึงเนื้อหาอย่างเต็มที่ ซึ่งส่งผลให้ประชาชนชาวอเมริกันได้บริโภคเนื้อหาอย่างตรงไปตรงมา ไม่มีการกีดกันเนื้อหาในการให้บริการนั้น ๆ แต่อย่างใด

ซึ่งในประเด็นลิขสิทธิ์ในเนื้อหาที่ส่งผ่านบริการ OTT ในผู้ให้บริการ OTT ด้วยกันเอง ซึ่งมีทั้งผู้ให้บริการอย่างถูกกฎหมายโดยการลงทุนซื้อลิขสิทธิ์เนื้อหารายการ ไม่ว่าจะเป็นรายการทางโทรทัศน์หรือภาพยนตร์มารวบรวมให้บริการต่อสมาชิกอย่างถูกต้อง ผู้ให้บริการรวมเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตโดยไม่ซื้อหรือขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์ มาให้บริการแบบเก็บค่าบริการสมาชิก และผู้ให้บริการ OTT แบบไม่เก็บค่าสมาชิก (AVoD) รายใหญ่อย่าง YouTube ที่ให้บริการเนื้อหารายการหรือวิดีโอที่มีการนำขึ้น (Upload) บนเว็บไซต์อย่างเสรี โดยผู้ให้บริการเองทำให้มีเนื้อหารายการทั้งที่นำขึ้น โดยเจ้าของเนื้อหาบางส่วนที่ละเมิดลิขสิทธิ์ปะปนอยู่จำนวนมาก⁸

อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศรวมทั้งประเทศไทยที่ยังไม่มีการกำกับดูแลบริการ OTT ยังปรากฏว่ามีผู้ให้บริการที่นำเนื้อหารายการของผู้อื่น มาให้บริการโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อลดต้นทุนการให้บริการของตนอยู่จำนวนมาก ดังนั้นเมื่อในตลาดบริการ OTT ประกอบด้วยผู้ให้บริการที่ปฏิบัติตาม และไม่ปฏิบัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงมีข้อถกเถียงถึงความไม่เป็นธรรมอันเกิดจากความไม่เท่าเทียมกันของต้นทุนการให้บริการ ขณะเดียวกันผู้ผลิตเนื้อหารายการเริ่มขาดแรงจูงใจในการผลิตเนื้อหาที่ออกมาสู่ตลาด เพราะต้องเป็นผู้แบกรับต้นทุนการผลิต แต่เมื่อผลิตออกมาถูกนำไปให้บริการโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยผู้ผลิต ไม่ได้รับผลตอบแทนจากเนื้อหาที่ตนได้ลงทุนไปอย่างเพียงพอ

แนวทางการแก้ไขปัญหาการนำเอาเนื้อหารายการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาจัดเรียงให้บริการใน OTT ในประเทศที่มีข้อกำหนดให้ผู้ให้บริการ OTT ต้องลงทะเบียนแสดงตัวตน หรือรับ

⁸ ชลิตา ศรีนวล, “Over-the-Top (OTT): สงครามที่เพิ่งเริ่มต้นในระบบนิเวศใหม่ของเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร”, วารสารเทคโนโลยีสารสนเทศ 11, 1(2558): 74-81.

ใบอนุญาตอย่างในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรจะนำเอากฎระเบียบและกฎหมายที่ใช้กำกับสื่อ รวมทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์มาใช้ในการลงทะเบียนผู้ให้บริการ OTT ภายในประเทศ แต่อีกหลายประเทศก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาลงทะเบียนหรือขออนุญาตให้บริการในประเทศได้นั่นเอง

4.6.3 การคุ้มครองที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลในธุรกิจการให้บริการ OTT

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในธุรกิจการให้บริการ OTT เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ค.ศ. 2012 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในการคุ้มครองการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยหน่วยงานต่าง ๆ โดยข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง ได้แก่ ข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับบุคคลที่สามารถระบุตัวตนได้จากข้อมูลนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นจริงหรือเท็จก็ตาม และรวมถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการให้บริการ OTT เข้าถึงได้ รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็นการบันทึก การยัดเยียด แก้ไข กู้คืน หรือทำลายข้อมูล ดังที่กล่าวมาข้างต้น จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว โดยใช้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ในการเข้าถึงและจัดการข้อมูลส่วนบุคคลของผู้รับบริการในธุรกิจบริการ OTT ได้แก่⁹

1) เงื่อนไขข้อตกลงการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล

กล่าวคือผู้ประกอบการให้บริการ OTT ต้องไม่เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลผู้รับบริการ เว้นแต่จะได้รับความยินยอม หรือเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขและพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการให้บริการ OTT สามารถเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลของผู้รับบริการได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม จะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น โดยหลักแล้วจะต้องอยู่ภายใต้หลักความยินยอมตามกฎหมายดังกล่าว ถ้าการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้รับบริการ โดยใช้พฤติการณ์ที่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เข้าใจผิด หากการได้มาซึ่งความยินยอมจากผู้รับบริการขัดต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น จะถือว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) การจัดการข้อมูลส่วนบุคคล

กล่าวคือกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการข้อมูลส่วนบุคคลของผู้รับบริการในธุรกิจบริการ OTT โดยแยกได้ดังนี้

หลักการพื้นฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้รับบริการต้องกระทำโดยตระหนักถึงสิทธิของผู้รับบริการ ในการป้องกันข้อมูลส่วนบุคคลของตน และความจำเป็นของผู้ประกอบการในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว

⁹ ปิยาพัชร วงษ์ประสิทธิ์, มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการ OTT (OTT) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).

สิทธิของผู้เป็นเจ้าของข้อมูล คือผู้ให้บริการในธุรกิจบริการ OTT มีสิทธิในฐานะของผู้เป็นเจ้าของข้อมูล ดังนี้

ก. สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล

ข. สิทธิในการแก้ไขข้อมูลส่วนบุคคล

3) หน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูล มีหน้าที่ดังนี้

ก. หน้าที่ในการแจ้งข้อมูล เว้นแต่เป็นกรณีที่ถือว่าผู้ให้บริการได้ให้ความยินยอมในการเก็บ รวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล หรือกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT สามารถเก็บ รวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมตามกฎหมาย

ข. หน้าที่ในการทำให้ข้อมูลมีความถูกต้อง กล่าวคือ ผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT ต้องใช้ความพยายามตามสมควรเพื่อให้มั่นใจว่าข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งตนได้เก็บรวบรวมนั้นถูกต้อง แม่นยำ และสมบูรณ์ หากผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT จะใช้ข้อมูลนั้นในการตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้รับบริการ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้รับบริการ หรือคาดได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT หรือหน่วยงานอื่นจะมีการนำข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวไปเปิดเผย

ค. หน้าที่ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กล่าวคือผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT ต้องปกป้องข้อมูลส่วนบุคคลของผู้รับบริการที่อยู่ในความครอบครองหรือการควบคุมของตน โดยมีจัดการเกี่ยวกับความปลอดภัยทางข้อมูลที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการเข้าถึง

ง. หน้าที่เกี่ยวกับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล กล่าวคือผู้ประกอบการธุรกิจบริการ OTT ต้องหยุดการเก็บรักษาเอกสารที่ประกอบด้วยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้รับบริการ และลบช่องทางต่าง ๆ ที่สามารถเชื่อมโยงกับข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวได้

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการ OTT พบว่าการกำกับดูแลธุรกิจบริการ OTT ในแต่ละประเทศ ล้วนอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้สำหรับกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมของแต่ละประเทศ โดยที่มิได้เป็นไปในลักษณะของการบัญญัติขึ้นเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการ OTT แต่เพียงธุรกิจเดียวโดยเฉพาะ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวของประเทศไทย คือกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล¹⁰ หรือกฎหมาย Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019) เป็นกฎหมายว่าด้วยการให้สิทธิกับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการสร้างมาตรฐานการรักษาข้อมูลส่วนตัวให้ปลอดภัย และนำไปใช้ให้ถูกต้องประสงคตามคำยินยอมที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอนุญาต โดยกฎหมาย PDPA ของประเทศไทยได้มีการประกาศไว้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2562 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มิถุนายน 2565 นั้นเอง ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

¹⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

4.6.3.1 บุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019) หรือ PDPA มีดังนี้

1) เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Data Subject) หรือ ผู้รับบริการ ก็คือคนที่ข้อมูลส่วนบุคคลชุดนั้นๆ จะขึ้นมาที่ตัวตนของบุคคลนั้นได้ซึ่งก็คือตัวเรานั้นเองภายใต้ PDPA เจ้าของข้อมูลเป็นผู้ได้รับการปกป้องคุ้มครองและมีสิทธิต่างๆ เหนือข้อมูลส่วนบุคคลของตน

2) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data Controller) หรือ ผู้ให้บริการ คือ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

3) ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Data Processor) คือ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่ง หรือในนามของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการดังกล่าวไม่เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

4.6.3.2 สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Data Subject Right) สรุปได้ดังต่อไปนี้
สิทธิได้รับการแจ้งให้ทราบ คือ การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบก่อนหรือในขณะที่ยกเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ไปธนาคารเพื่อจะไปเปิดบัญชี โดยจะมีรายละเอียดการแจ้งให้ทราบ เช่น เก็บข้อมูลส่วนบุคคลอะไรบ้าง วัตถุประสงค์การเก็บข้อมูล การนำไปใช้หรือส่งต่อไปมีให้ใครบ้าง วิธีเก็บข้อมูลอย่างไร เก็บข้อมูลนานแค่ไหน

สิทธิขอเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล คือ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล มีสิทธิขอเข้าถึงและขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคล หรือขอให้เปิดเผยถึงการได้มาของข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวที่ตนไม่ได้ให้ความยินยอมได้ โดยสิทธินี้จะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือคำสั่งศาล

สิทธิคัดค้านการเก็บรวบรวมใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล คือ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิคัดค้านการเก็บรวบรวมใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตนเมื่อใดก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดด้วยกฎหมายที่สำคัญยิ่งกว่า หรือขัดต่อสิทธิการเรียกร้องตามกฎหมาย

สิทธิขอให้ลบหรือทำลาย คือ เป็นกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ได้ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะ และผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลถูกขอให้ลบหรือทำลาย หรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวบุคคลเจ้าของได้ โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการทั้งในทางเทคโนโลยีและค่าใช้จ่ายเอง

สิทธิในการขอให้โอนข้อมูลส่วนบุคคล คือ ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลต้องการนำข้อมูลที่เคยให้ไว้กับผู้ควบคุมข้อมูลรายหนึ่ง ไปใช้กับผู้ควบคุมข้อมูลอีกราย เช่น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลรายแรกได้จัดทำข้อมูลส่วนบุคคลของเราไปอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ ที่เข้าถึงได้ด้วยวิธีการอัตโนมัติ เจ้าของข้อมูลสามารถขอให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดทำข้อมูลนั้น ทำการส่งหรือโอนข้อมูลดังกล่าวให้ได้ หรือจะขอให้ส่งไปยังผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลรายอื่นโดยตรงก็สามารถทำได้ หากไม่ขัดขัดทางวิธีการและเทคนิคโดยการใช้สิทธินั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย สัญญา หรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นนั่นเอง

4.6.3.3 บทลงโทษของผู้ที่ไม่ปฏิบัติตาม พ.ร.บ. คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล หรือกฎหมาย PDPA มี 3 ประเภทดังนี้¹¹

- 1) โทษทางแพ่ง กล่าวคือจะกำหนดให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นจริงให้กับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิด
- 2) โทษทางอาญา กล่าวคือโทษทางอาญามีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยมีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
- 3) โทษทางปกครอง กล่าวคือโทษปรับ มี ตั้งแต่ 1 ล้านบาทจนถึงสูงสุดไม่เกิน 5 ล้านบาท ซึ่งโทษปรับสูงสุด 5 ล้านบาท ซึ่งโทษทางปกครองนี้จะแตกต่างหากกับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากโทษทางแพ่งและโทษทางอาญาด้วย

¹¹ PDPA คืออะไร? เกี่ยวข้องกับทุกคนอย่างไร [Online], 2565. แหล่งที่มา https://www.bora.dopa.go.th/wp-content/uploads/2022/06/Theone65_05.pdf.

ตารางที่ 4.1: ตารางสรุปกฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเทศ หัวข้อ	ไทย	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา
1. กิจกรรมที่ถูกควบคุม ภายใต้กฎหมาย	1. กิจกรรมกระจายเสียง 2. กิจกรรมโทรทัศน์	1. โทรศัพท์เคลื่อนที่ 2. คลื่นความถี่ต่าง ๆ 3. ดาวเทียมโทรทัศน์	1. คลื่นความถี่วิทยุ 2. โทรศัพท์และเคเบิล 3. ดาวเทียม 4. การโทรคมนาคม
2. เนื้อหาที่ถูกควบคุม ภายใต้กฎหมาย	1. เนื้อหาที่ก่อให้เกิดการลัมล ล้างทางปกครอง 2. มีผลต่อความมั่นคง ของรัฐ 3. ขัดต่อความสงบ และศีลธรรมอันดีของ ประชาชน 4. เนื้อหาลามก อนาจาร 5. มีผลต่อการเกิด ความเสื่อมทรามของจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชน อย่างร้ายแรง ทั้งนี้ มีการกำหนด ระดับอายุผู้เข้าชมของ เนื้อหารายการ	1. เนื้อหาที่เด็กและ เยาวชนอายุไม่เกิน 18 ปี ควรได้รับการคุ้มครอง 2. ไม่เป็นเนื้อหาที่มี แนวโน้มส่งเสริมการก่อ อาชญากรรม 3. การไม่เคารพในศาสนา ต่าง ๆ 4. ความไม่เสมอภาค 5. โฆษณาที่ขัดต่อข้อห้าม ทางการเมือง 6. โฆษณาที่อาจเข้าใจผิด หรือเป็นที่น่าสนใจใน การให้บริการโทรทัศน์ และวิทยุ 7. โฆษณาที่หารายได้ใน กิจกรรมวิทยุและโทรทัศน์ 8. การสนับสนุนรายการ โทรทัศน์ที่ไม่เหมาะสม 9. โฆษณาที่มีเนื้อหาเลือก ปฏิบัติ	1. เนื้อหาที่กระทบต่อ ความมั่นคงของประเทศ 2. เนื้อหาที่มีการละเมิด ลิขสิทธิ์ 3. เนื้อหาที่น่ารังเกียจ เช่น ลามก อนาจาร 4. เนื้อหาที่ไม่สุภาพและ เชิงดูหมิ่น ทั้งนี้ มีการกำหนด ช่วงเวลาในการออกอากาศ คุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ อายุไม่เกิน 18

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): ตารางสรุปกฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเทศ หัวข้อ	ไทย	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา
3. มาตรการในการลงโทษ	1. การพักใช้ใบอนุญาต 2. การเพิกถอนใบอนุญาต 3. การจำคุก/ปรับ	1. ประกาศผลการพิจารณา 2. มีคำสั่งห้ามมิให้ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาต้องห้ามตามกฎหมาย 3. มีคำสั่งให้ออกอากาศเพื่อแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น 4. มีคำสั่งปรับ 5. เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการ	1. มีคำสั่งห้ามเผยแพร่การออกอากาศ 2. กำหนดค่าปรับทางแพ่ง 3. เพิกถอนและไม่ต่ออายุใบอนุญาต 4. โทษปรับทางอาญาและจำคุกไม่เกิน 2 ปี
4. องค์กรที่กำกับดูแล	สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และ กิจการโทรคมนาคม แห่งชาติ (โดยใช้กฎหมายพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ และที่แก้ไขเพิ่มเติมรวมกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง	Office of Communications (Ofcom) โดยใช้กฎหมายพระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ. 2003 (Communications Act 2003)	The Federal Communications Commission (FCC) โดยใช้กฎหมาย Communications Act of 1934 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย Telecommunications Act of 1996

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): ตารางสรุปกฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและต่างประเทศ

5. รูปแบบและขอบเขตการกำกับดูแล OTT	1. ปัจจุบันยังไม่มีมีการกำกับดูแล OTT โดยตรง 2. หากผู้ให้บริการ OTT เป็นช่องสถานี (กิจการโทรทัศน์) ย่อมต้องขอใบอนุญาตด้านการคุ้มครองผู้บริโภค ใบอนุญาตเพื่อออกอากาศ 3. เมื่อ OTT ในประเทศไทยถูกกำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์ OTT จะต้องขอใบอนุญาตในการประกอบกิจการโทรทัศน์จากสำนักงาน กสทช. 4. ปัจจุบันยังไม่มีนโยบาย Net Neutrality	1. รับแนวทางการกำกับดูแลมาจาก EU Directives 2. ต้องขอใบอนุญาตโดยเนื้อหาที่ให้บริการต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม 3. ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด Net Neutrality	1. การกำกับดูแล OTT ยังไม่จริงจังมาก โดยเน้นการเข้าไปตรวจสอบเป็นรายกรณี 2. ด้านนโยบาย Net Neutrality ถูกใช้แบบ Ex-post หลังจากมีการร้องเรียนเท่านั้น
6. การละเมิดลิขสิทธิ์เนื้อหารายการโดยการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านระบบ OTT	1. การดูแลเรื่องลิขสิทธิ์เป็นไปตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2558 มาตรา 28 ที่ได้กำหนดว่าผู้ใดทำซ้ำและดัดแปลงเผยแพร่งานลิขสิทธิ์ประเภทภาพยนตร์ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย	1. จะมีการกำกับดูแลเนื้อหาที่ออกอากาศโดยพิจารณาถึงเนื้อหาเป็นกรณี ๆ ไปด้วยเนื้อหาส่วนใดเผยแพร่ได้บ้างเนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาในส่วนที่ต้องห้ามเผยแพร่ ซึ่งอาจจะทำให้ประชาชนของประเทศได้รับเนื้อหาไม่ครบถ้วนหรือ อาจทำให้การสื่อสารผ่านทางเนื้อหานั้นคลาดเคลื่อนได้	1. ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะไม่ทำการกำกับดูแลเนื้อหาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากเพื่อต้องการให้ประชาชนของประเทศได้เข้าถึงเนื้อหาอย่างเต็มที่ซึ่งส่งผลให้ประชาชนชาวอเมริกันได้บริโภคเนื้อหาอย่างตรงไปตรงมา ไม่มีการถูกตัดทอนเนื้อหาในการให้บริการนั้น ๆ แต่อย่างใด

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): ตารางสรุปกฎหมายการให้บริการ OTT ในประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเทศ หัวข้อ	ไทย	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา
	2. พระราชบัญญัติว่าด้วย การกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มีข้อกำหนดในส่วน ของการห้ามการกระทำที่ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่น ทั้งในลักษณะข้อความ เพลงภาพ เสียง หรือวิดีโอ บนอินเทอร์เน็ตได้ด้วย		

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในปัจจุบันยุคที่การสื่อสารไร้พรมแดนอินเทอร์เน็ตได้กลายมาเป็นปัจจัยสำคัญในการดำเนินชีวิต เพราะทำให้บุคคลสามารถติดต่อสื่อสารกันได้อย่างสะดวกรวดเร็ว รวมถึงสามารถเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ได้อย่างอิสระและไม่จำกัดเวลาในการเข้าถึงข้อมูลไม่ว่าจะเป็นการรับชมรายการต่าง ๆ ย้อนหลัง อาทิเช่น LINE TV, Netflix และ YouTube เป็นต้น ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในการรับชมรายการโทรทัศน์รูปแบบของ Streaming หรือการรับชมรายการตามความต้องการ (Video on Demand) ติดอันดับต้น ๆ ของโลก ซึ่งการใช้บริการอินเทอร์เน็ตในรูปแบบดังกล่าวนำไปสู่การพัฒนาการให้บริการในรูปแบบนี้มากขึ้นโดยบริษัทผู้ประกอบการต่าง ๆ ในต่างประเทศเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งแน่นอนว่าประเทศไทยย่อมเปิดกว้างและรับการพัฒนาเทคโนโลยีรูปแบบนี้เข้ามาในประเทศ ประกอบกับประเทศไทยได้มีการพัฒนาในเรื่องของการให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นการให้บริการในรูปแบบของกิจการโทรคมนาคมประเภทหนึ่ง และการแพร่ภาพและเสียงผ่านทางโทรทัศน์อันเป็นหนึ่งในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งแต่เดิมการให้บริการกิจการทั้งสองนั้นไม่มีความข้องเกี่ยวกับกัน เป็นการให้บริการที่แยกจากกันโดยสิ้นเชิงแต่ต่อมาเมื่อเข้าสู่ยุคหลอมรวมเทคโนโลยี หรือก็คือยุคที่นำองค์ประกอบของสื่อในรูปแบบต่าง ๆ มาผสมผสานเพื่อสร้างสรรค์เทคโนโลยีรูปแบบใหม่ขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนรวมถึงการสร้างประโยชน์ต่าง ๆ ให้แก่ประชาชน

ดังนั้น การให้บริการกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ จึงเกิดการหลอมรวมเข้าด้วยกัน เกิดช่องทางการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนได้มากกว่าเดิมเพิ่มเติมมาอีก 1 ช่องทาง นั่นคือการให้บริการในรูปแบบการแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ตได้ สามารถรับชมและรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือสื่อบันเทิงใจ ที่มากกว่าการรับชมผ่านโทรทัศน์ และต้องเป็นไปตามตารางโทรทัศน์ที่กำหนดขึ้นเท่านั้น¹ โดยการรับชมผ่านมือถือ แล็บท็อป ทีดีและเมื่อใดก็ได้ เป็นต้น รวมถึงประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็น หรือสร้างเนื้อหาในรูปแบบของข่าว การทำสื่อบันเทิงหรือข้อมูลใดก็ได้ เพื่อเผยแพร่ให้แก่สาธารณะได้เองโดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตในการเผยแพร่เนื้อหาเท่านั้น อีกทั้ง วิธีการในการเผยแพร่เนื้อหาดังกล่าวก็มีได้มีความยุ่งยาก ไม่ต้องทำเรื่องเพื่อลงทะเบียนและขอใบอนุญาตจากผู้ใด เพียงแค่สมัครสมาชิกและยอมรับ

¹ ชลิตา ศรีนวล, “Over-the-Top (OTT): สงครามที่เพิ่งเริ่มต้นในระบบนิเวศใหม่ของเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร”, วารสารเทคโนโลยีสารสนเทศ 11, 1(2558): 74-81.

เงื่อนไขของเว็บไซต์นั้นโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ในทางตรงกันข้ามอาจจะได้รับเงินหรือผลประโยชน์อื่นจากการใช้งานเว็บไซต์นั้น ๆ ด้วย เพราะเหตุนี้ประเทศไทยจึงนำไปสู่การพัฒนาอินเทอร์เน็ตทางเลือก โดยไม่อาศัยคลื่นความถี่ในการออกอากาศและสามารถส่งข้อมูล ภาพ และเสียง ผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตโดยผู้เผยแพร่เนื้อหาไม่ต้องลงทุนโครงข่ายเอง หรือก็คือการให้บริการลักษณะ OTT ตามกรณีศึกษา

ซึ่งในปัจจุบันการให้บริการในรูปแบบสื่อผสมระหว่างการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบอินเทอร์เน็ตหรือที่เรียกว่า OTT เริ่มเข้ามามีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อคนในสังคม โดยเฉพาะในยุคที่ปัจจุบันโซเชียลได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ทำให้บุคคลต่าง ๆ สามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างไม่จำกัด ด้วยเหตุผลของการเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเสรี โดยไม่มีหน่วยงานใดเข้ามากำกับดูแลการให้บริการ OTT อย่างจริงจัง ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมในหลาย ๆ ด้าน เช่น ด้านเนื้อหาที่เผยแพร่อย่างผิดกฎหมาย อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ การเกิดเสรีภาพในการนำเสนอเนื้อหาจนไม่สามารถควบคุมเนื้อหาที่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชนได้ และเนื้อหาบางอย่างอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศได้ ดังนั้น การแก้ไขด้วยการจัดทำให้เกิดขึ้นมากำกับดูแลการให้บริการ OTT อย่างจริงจังเพื่อที่จะพัฒนาขีดความสามารถในการกำกับดูแลการให้บริการให้เกิดประสิทธิภาพ โดยหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นดังกล่าวจะต้องกำกับดูแลการให้บริการ OTT ดังต่อไปนี้

1) การให้ใบอนุญาต

กล่าวคือ หากประเทศไทยมีหน่วยงานกำกับดูแลและทำให้บริการ OTT เข้าสู่ระบบใบอนุญาต อันนำมาสู่การควบคุมเนื้อหาที่จะเผยแพร่ไม่ให้ผิดกฎหมายหรือทำการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมไปถึงการกำกับดูแลผู้ที่ลงโฆษณาเนื้อหาที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนได้

2) ในเรื่องของหลักความเป็นกลางนั้น (Net Neutrality)

ในส่วนเรื่องหลักความเป็นกลางนั้น แม้ผู้วิจัยจะเห็นด้วยว่า เป็นสิ่งที่ตอบโจทย์ด้านการแข่งขันเสรีและมีเสรีภาพในการรับข้อมูลข่าวสารอย่างอิสระ แต่การดำเนินการตามหลักความเป็นกลางในการให้บริการ (Net Neutrality) จำเป็นต้องกำกับดูแลผู้ประกอบการโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในบางประเด็นที่จำเป็น ได้แก่ ประเด็นความรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่นำขึ้นบนโครงข่ายจะต้องคำนึงถึงเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหลัก ไม่ว่าจะเป็นการกำกับดูแลเนื้อหาทางด้านการออกอากาศ ภาพลามกอนาจาร การละเมิดทางเพศการรุนแรงทางภาษาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติและศาสนา

3) ทางด้านเนื้อหา

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการจัดเรตติ้งเนื้อหารายการบน OTT เพราะเมื่อการให้บริการ OTT เกิดการขยายตัวและผู้ให้บริการ OTT เริ่มแข่งขันภายในตลาด ตัวแปรสำคัญในการสร้างความแตกต่างให้กับบริการ OTT ของผู้ให้บริการ คือเนื้อหาที่ให้บริการบน OTT ดังนั้น กสทช. ควรเริ่มกำกับดูแล

เนื้อหาด้วยการจัดเรตติ้งบน OTT เพื่อเป็นการป้องกันการให้บริการสื่อเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมผ่านทางบริการ OTT ซึ่งผู้ให้บริการอาจใช้วิธีการดังกล่าวในการดึงดูดลูกค้ามาใช้บริการของตน รวมทั้งยังเป็นการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสื่อเนื้อหาที่ให้บริการบน OTT การกำหนดเรตติ้งเป็นพื้นฐานของการออกนโยบายการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ต่อไป อย่างไรก็ตาม การพิจารณาจัดเรตติ้งในการให้บริการ OTT ควรจะมีการผ่อนปรนมากกว่าการจัดเรตติ้งบนโทรทัศน์ เนื่องจากบริการ OTT ยังเป็นบริการที่มีการเข้าถึง และได้รับความนิยมอยู่ในขอบเขตที่จำกัด ต่างกับโทรทัศน์ที่เป็นสื่อพื้นฐานที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้

เช่นนี้ เมื่อเทคโนโลยีมีการพัฒนาขึ้นเกิดการให้บริการรูปแบบใหม่แก่ประชาชนเข้ามา ทำให้โดยข้อเท็จจริงแล้วกฎหมายควรที่จะมีการแก้ไขเพื่อพัฒนาให้รองรับการให้บริการรูปแบบนี้ตามไปด้วย เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติย่อมต้องเกิดปัญหาอย่างแน่นอน ซึ่งปัจจุบันกฎหมายของแต่ละประเทศรวมทั้งประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่สามารถบังคับใช้เกี่ยวกับการให้บริการดังกล่าวได้ รวมทั้งยังไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรที่จะเข้ามากำกับดูแลการให้บริการ OTT² แต่ผู้วิจัยเห็นว่า สำนักงาน กสทช.เป็นหน่วยงานที่มีการดูแลระบบกิจการโทรทัศน์และกิจการกระจายเสียง เป็นหน่วยงานที่มีความเหมาะสมในการที่จะพัฒนาขีดความสามารถขึ้นมากำกับดูแลการให้บริการ OTT ในประเทศไทย ซึ่งจะสามารถช่วยแก้ไขปัญหาในระยะเริ่มต้นของการให้บริการ OTT ของประเทศไทยได้ในระดับหนึ่ง ก่อนที่จะมีการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานที่จะเข้ามากำกับดูแลการให้บริการโดยตรง ดังนั้น การดำเนินการที่สำคัญสำหรับ กสทช.และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง คือ การเร่งศึกษาและทบทวนกฎหมายให้ทันสมัย และครอบคลุมการกำกับดูแลสื่อแบบหลอมรวมในทุกมิติ การจำแนกกฎหมายการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ออกจากกิจการโทรคมนาคมจำเป็นต้องมีการทบทวนเพื่อให้รูปแบบการอนุญาตและการกำกับดูแลสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน

ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนวุ่นวายและเกิดปัญหาภายในสังคม แต่ละประเทศจึงใช้กฎหมายเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม กิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์เข้ามาบังคับใช้โดยอนุโลม เนื่องจากผู้ให้บริการหลักในการให้บริการลักษณะ OTT นี้ เป็นบริษัทเอกชนและอาจอยู่ต่างประเทศ ส่งผลให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศกับบริษัทเอกชนนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีการนำกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และกฎหมายเกี่ยวกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์มาบังคับใช้โดยอนุโลม ทั้งในเรื่องของการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดและการจัดสรรเนื้อหาที่เผยแพร่ให้กับประชาชน แต่ก็มีได้ครอบคลุม

² พิงรอร งามสุตณนันทน์, “การกำกับดูแล OTT จำเป็นหรือไม่เพียงใด”, **กรุงเทพธุรกิจ** [Online], 29 สิงหาคม 2565. แหล่งที่มา <https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/116887>.

ทุกกรณี ซึ่งประเด็นปัญหาหลักในการให้บริการลักษณะ 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 ย่อมต้องทำให้การให้บริการและการให้บริการลักษณะดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพไม่เกิดความเดือดร้อนแก่สาธารณชน อีกทั้ง อาจเป็นการนำมาซึ่งผลประโยชน์อื่นให้แก่ประชาชนในประเทศชาติได้อีกด้วย

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว นำมาสู่การศึกษากฎหมายและหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการลักษณะ OTT ในต่างประเทศได้แก่ สหราชอาณาจักร และประเทศสหรัฐอเมริกา โดยภายหลังจากที่ได้ทำการศึกษาแล้วพบว่าในแต่ละประเทศยังไม่มีกรอบกฎหมายที่เป็นการเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT แต่อย่างใด มีเพียงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและการกำกับดูแลของสื่อไปยังสาธารณะมาบังคับใช้โดยอนุโลมเท่านั้น ซึ่งในแต่ละประเทศจะมีองค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการกำกับดูแลอยู่ โดยองค์กรหรือหน่วยงานดังกล่าวนี้จะป็นองค์กรหรือหน่วยงานเดียวกันในการกำกับดูแลด้านกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ด้วย เช่น สหราชอาณาจักรจะมี Office of Communications (Ofcom) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลดูแล เช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหน่วยงาน The Federal Communications Commission (FCC) ซึ่งเป็นหน่วยงานพิเศษที่มีสถานะเป็นหน่วยงานอิสระภายใต้การกำกับของรัฐบาลเช่นกันเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแล เนื่องจากว่าการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารไปยังสาธารณะชนอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศชาติ ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล

แต่ในทางกลับกันหน่วยงานประเภทนี้ย่อมต้องมีการบริหารงานที่เป็นอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้การสั่งการของรัฐบาลโดยสมบูรณ์เพราะมิฉะนั้นจะเป็นการปิดกั้นข้อมูลข่าวสารของประชาชนอันเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเทศไทยก็มีการบริหารจัดการในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นไปตามนี้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม แม้จะมีหน่วยงานในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ไปพลางก่อนแล้ว แต่กฎหมายหรือหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวก็ยังไม่มียกเว้นประเทศใดมีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ซึ่งการศึกษานี้พบว่าประเทศไทยมีทั้งจุดแข็งและจุดอ่อนเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศที่ทำการศึกษาค้างต้น โดยมีจุดที่ควรจะนำมาปรับใช้เพื่อพัฒนากับประเทศไทยได้อย่างเช่น เน้นเรื่องการปลูกฝังเยาวชนในการรับชมสื่อเหมือนเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อป้องกันในการรับเนื้อหาที่ไม่ดี และแยกแยะได้อย่างถูกต้อง ไม่ให้เกิดปัญหาเมื่อเติบโตเป็นพลเมืองของสังคมในภายภาคหน้า เป็นต้น ส่วนจุดแข็งของประเทศไทยที่ดีอยู่แล้วคือผู้ที่เป็นผู้กำกับดูแลการให้บริการสื่อหรือเนื้อหาควรเป็นองค์กรหรือหน่วยงานเพียงหน่วยเดียว เพื่อไม่ให้ประชาชนเกิดความสับสนในการติดต่อสอบถาม หรือการที่จะบังคับใช้กฎหมายจะสามารถดำเนินการได้สะดวก และรวดเร็วมากกว่า เป็นต้น

จากประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวไว้จะมุ่งประเด็นไปที่การไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ทั้งในเรื่องของการคัดกรองตรวจสอบเนื้อหาของผู้ที่สามารถสร้างเนื้อหาหรือส่งข้อมูลลงในอินเทอร์เน็ตได้อย่างง่ายดาย หรือการไม่มีมาตรการลงโทษแก่ผู้ประกอบการในการให้บริการข้อมูลข่าวสาร หรือไม่จัดการกับเนื้อหาที่เป็นเนื้อหาที่ผิดกฎหมายในบางส่วนแต่ไม่เข้าเงื่อนไขการจัดการเนื้อหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ทำให้ยังมีเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องค้างอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ต และปัญหาในเรื่องการไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรหลักในการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT นี้ ซึ่งจากปัญหาทั้งสองประเด็นนี้ เมื่อได้ดำเนินการศึกษาจากการศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ จึงมีวิธีการแก้ปัญหาโดยที่ไม่ได้จำกัดเพียงวิธีการแก้กฎหมาย หรือให้ฝ่ายผู้ประกอบการในต่างประเทศเข้ามาร่วมอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายของไทยในเรื่องที่เกี่ยวข้องเท่านั้น หากแต่จะมีวิธีการในด้านนโยบายต่าง ๆ ที่พอมีความเป็นไปได้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

1) การออกหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ที่ให้อำนาจสำนักงาน กสทช. กำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์นั้น³ จะไม่มีคำนิยามของการให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาถึงรูปแบบในการให้บริการลักษณะ OTT แล้วจะเห็นว่าเป็นการให้บริการลักษณะกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ซึ่งไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ตามกฎหมายว่าด้วยองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมซึ่งเป็นไปตามมาตรา 4 ในคำนิยามของ “กิจการกระจายเสียง หรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่” ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมอยู่แล้ว

ดังนั้น เมื่อกฎหมายมีอำนาจให้สำนักงาน กสทช. กำกับดูแลการให้บริการดังกล่าวเช่นนี้ สำนักงาน กสทช. จึงควรผลักดันหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ให้ออกมาในรูปแบบของกฎหมายที่บังคับใช้ได้เป็นลายลักษณ์อักษรต่อไป ถึงแม้ว่าในเชิงปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายนี้อาจจะต้องเตรียมรับมือหรือวิธีเจรจากับผู้ประกอบการหรือบริษัทที่ให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวในต่างประเทศว่าการบังคับใช้กฎหมายจะมีประสิทธิภาพ และได้ผลหรือไม่มากนักเพียงใดก็ตาม จะต้องมีการเข้ามาตักเตือนบุคคลในประเทศไทยเพื่อที่จะสามารถให้กฎหมายไทยใช้บังคับได้หรือไม่ ทั้งนี้ หากเราออกกฎหมายไว้ชัดเจนและรองรับการควบคุมและกำกับดูแลการแพร่เนื้อหา ภาพและเสียงออกสู่สาธารณะ พร้อมมีมาตรการในการจัดการกับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มช่องทางการแพร่ภาพและเสียงดังกล่าว โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงย่อมเป็นการเตรียมพร้อมที่ดีและแสดงถึงความพยายามในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

2) การเรียกให้ผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการแพลตฟอร์มชั้นนำ มาร่วมกันทำข้อตกลงในการช่วยให้มีการกำกับดูแลการให้บริการลักษณะ OTT ในประเทศไทย

เนื่องจากวิธีในการออกหลักเกณฑ์หรือกฎหมายกำกับการให้บริการลักษณะ OTT อาจจะมี ความยุ่งยากเนื่องจากผู้ให้บริการแพลตฟอร์มล้วนเป็นนิติบุคคลที่มีสถานประกอบการตั้งอยู่ที่ต่างประเทศ โดยไม่มีการตั้งบริษัทหรือสถานประกอบการในประเทศไทย ดังนั้น การจะให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดังกล่าวเข้ามาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประเทศไทย จึงอาจเป็นไปได้ยาก ด้วยเหตุผลอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น เพื่อเป็นการมุ่งแก้ไขปัญหาดังกล่าว

³ สำนักงาน กสทช., สภาพการแข่งขันและแนวทางการกำกับดูแลกิจการ Over the Top: OTT [Online], 2560. แหล่งที่มา <http://202.125.84.14/data/academic/file/600900000004.pdf>.

ความเห็นเสนอให้มีการจัดทำข้อตกลงความร่วมมือระหว่างรัฐบาลของประเทศไทยกับผู้ให้บริการ ลักษณะ OTT อิสระ ซึ่งผ่านการสำรวจจากสถิติของประเทศไทยแล้วว่า ประชาชนคนไทยใช้บริการ เว็บไซต์ได้บ้างและความนิยมเป็นเช่นใด ต่อจากนั้นจึงเชิญผู้ให้บริการลักษณะ OTT ดังกล่าวเข้า มาร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือระหว่างกัน โดยข้อตกลงจะเน้นไปที่การให้ผู้ให้บริการ ลักษณะ OTT ที่เข้ามาร่วมลงนามในข้อตกลงใช้หลักธรรมาภิบาลในการพิจารณาเนื้อหาที่ไม่ ถูกต้องหรือไม่เหมาะสมออกจากสารบบคอมพิวเตอร์ร่วมกับการหารือกันโดยใช้บรรทัดฐานกลางทาง สังคม โดยที่หากเป็นการกระทำความผิดที่เป็นความผิดสากล เช่น การถ่ายทอดสดเนื้อหาการ ฆาตกรรม การสังหารหมู่ หรือการเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการลักษณะ OTT นี้ จะต้องลบออกจากสารบบคอมพิวเตอร์อันเป็นมาตรการภายในอยู่แล้ว หรือการกำหนดเงื่อนไขใน บันทึกข้อตกลงความร่วมมือนี้อาจจะทำเฉพาะในบางเรื่อง โดยที่ไม่เป็นการกำกับผู้ให้บริการลักษณะ นี้ได้มีรูปแบบเหมือนกฎหมายกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ของประเทศไทย ที่ต้องมีการเก็บ ค่าธรรมเนียมการให้บริการของผู้ประกอบการ การออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบการ เป็นต้น

แต่ในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือนี้ จะกำหนดในเรื่องของหลักการพิจารณาตรวจสอบ เนื้อหาโดยหลักธรรมาภิบาลที่ทำการตกลงกันของทั้งสองฝ่าย และหากพบก็ขอให้ลบเนื้อหาดังกล่าว ออก ไม่กำหนดบทลงโทษ ไม่กำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมใด ๆ เพื่อให้ง่ายต่อผู้ให้บริการในการที่จะเข้า มาร่วมจัดทำข้อตกลงความร่วมมือนี้ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ประเทศ โดยเราต้องมีความยืดหยุ่นในการ จัดทำแล้วหลังจากที่การจัดทำบันทึกข้อตกลงนี้ประสบความสำเร็จและมีผลตอบรับที่น่าพอใจจึง อาจจะเพิ่มเติมการเจรจาให้มีผลในประเด็นอื่นเพื่อให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่าง กรณีการ ประสานงานโดยรัฐมนตรีว่าการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (DES) กับ Facebook YouTube Twitter เพื่อลบเนื้อหาที่เป็นภาพความรุนแรงกรณีการกราดยิงที่จังหวัดนครราชสีมา⁴ ออกจาก ระบบคอมพิวเตอร์ รวมถึงคลิปการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ด้วย ซึ่งสถานการณ์ปัจจุบัน Facebook ได้ให้ความร่วมมือเป็นอย่างดี และทยอยนำออกจากระบบแล้ว

จากตัวอย่างดังกล่าวเห็นได้ว่าหากเรามีการเจรจาหรือจัดทำบันทึกข้อตกลงก่อนหน้านี้ จะเกิดปัญหาเนื้อหาความรุนแรงดังกล่าวอาจจะถูกลบได้ทันทีโดยไม่ต้องมีหน่วยงานใดเข้าหารือกับ ผู้ให้บริการดังกล่าว หรือหากเป็นกรณีวิธีแก้ปัญหามันแรกคือมีหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับ การให้บริการลักษณะ OTT เป็นการเฉพาะ และผู้ให้บริการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประเทศไทย องค์กรที่เกี่ยวข้องอาจสามารถทำการมอนิเตอร์และลบเนื้อหาความรุนแรงดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้อง

⁴ Asina Pornwasin, ดีเอส ประสาน 'เฟซบุ๊ก-ยูทูป' นำภาพ-คลิป ผู้เสียชีวิตกราดยิงโคราช ออกจากระบบ [Online], 2 มกราคม 2563. แหล่งที่มา <https://businesstoday.co/technology/media/09/02/2020/>.

ผ่านกระบวนการหรือวิธีการใด แต่วิธีการนี้เป็นไปได้ยากมากในทางปฏิบัติ ดังนั้น หากมีเพียงการจัดทำบันทึกข้อตกลงระหว่างประเทศไทย กับผู้ให้บริการลักษณะ OTT ย่อมเป็นทางเลือกที่เป็นไปได้มากที่สุด และยังสามารถจัดการกับสถานการณ์ที่เป็นปัจจุบันได้รวดเร็วไม่ต้องรอการหารือจากหน่วยงานใด แต่อย่างไรก็ดี จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเรื่องของการใช้บริการลักษณะ OTT ในหลากหลายช่องทางนั้น การที่ประเทศไทยเพียงประเทศเดียวจะขอเสนอจัดทำบันทึกความร่วมมือกับบริษัทผู้ให้บริการ OTT อาจจะเป็นไปไม่ได้ยาก เนื่องจากอำนาจการต่อรองซึ่งดูจาก USER ของผู้ให้บริการ และจำนวนรวมคนในประเทศ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ แล้ว อาจมีปริมาณที่น้อยมาก ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากดำเนินการร่วมกันในหลายประเทศที่มีวัฒนธรรม หรือบรรทัดฐานทางสังคมที่ใกล้เคียงกัน จะก่อให้เกิดอำนาจการต่อรองที่มากขึ้น ซึ่งแน่นอนว่ามากกว่าเพียงหนึ่งประเทศ (Bargaining Power) จึงจะเป็นวิธีการที่ดีทางหนึ่งที่จะประสบความสำเร็จในการจัดทำบันทึกข้อตกลงก็เป็นได้

รวมทั้งเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการกำกับดูแลกิจการการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมให้ทางสำนักงาน กสทช. ดำเนินการประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาในประเด็นเรื่องปัญหาลิขสิทธิ์เนื่องจากปัญหาลิขสิทธิ์เป็นปัญหาที่ทั้งผู้ให้บริการรายเดิมในตลาด รวมถึงผู้ให้บริการ OTT TV มีความกังวลในด้านผลกระทบต่อ การดำเนินธุรกิจของตนเองเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันสำนักงาน กสทช.ยังมิได้มีอำนาจในการควบคุมดูแล และดำเนินการเมื่อเกิดปัญหาในการละเมิดลิขสิทธิ์

5.2.1 การแก้ปัญหาเชิงนโยบาย

1) นโยบายสนับสนุน OTT ในด้านการผลิตเนื้อหาในประเทศที่ดีและสร้างสรรค์

ควรมีการบังคับใช้ในช่วงเริ่มต้นของตลาด OTT เพื่อส่งเสริมให้มีเนื้อหาของไทยที่ดีและสร้างสรรค์หลากหลาย และมีราคาต้นทุนที่ต่ำลงเนื่องจากการได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล ส่งผลให้ผู้ให้บริการ OTT จัดหาเนื้อหาได้สะดวกมากขึ้น นับเป็นการลดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด OTT ในระยะเริ่มต้น

2) นโยบายการกำกับดูแล OTT ในด้านใบอนุญาต

การให้ใบอนุญาต กล่าวคือ หากประเทศไทยมีหน่วยงานกำกับดูแลจะทำให้บริการ OTT เข้าสู่ระบบใบอนุญาตอันนำมาสู่การควบคุมเนื้อหาที่จะเผยแพร่ไม่ให้ผิดกฎหมายหรือทำการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมไปถึงการกำกับดูแลผู้ที่ลงโฆษณาเนื้อหาที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนได้ โดยแบ่งการบังคับใช้เป็น 2 ช่วง คือ

2.1) ช่วงที่มีผู้ให้บริการ OTT เริ่มเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว เสนอให้จัดระบบ “ลงทะเบียน” การให้บริการ OTT กับสำนักงาน กสทช. เพื่อเป็นประโยชน์ในการจัดเก็บข้อมูล และติดตามการเติบโต และผลกระทบที่เกิดจากผู้ให้บริการ OTT โดยไม่สร้างอุปสรรคให้การเข้าสู่ตลาด OTT ในช่วงเริ่มต้น และ

2.2) ช่วงที่ตลาด OTT สามารถแข่งขันและเริ่มส่งผลกระทบต่อผู้ให้บริการอื่น ๆ ในกิจการโทรทัศน์ เสนอให้สำนักงาน กสทช. จัดบริการ OTT เข้าสู่ระบบใบอนุญาตเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทางด้านภาระทางกฎหมายระหว่างผู้ให้บริการในกิจการโทรทัศน์

จากข้อเสนอแนะที่ผู้วิจัยได้เสนอให้มีนโยบายการกำกับดูแล OTT ในด้านใบอนุญาตข้างต้น เมื่อได้มีการพิจารณาร่วมกับพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 แล้ว ได้ความว่าตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นการบังคับใช้กับบรรดาการอนุญาต การจดทะเบียน หรือการแจ้ง ที่มีกฎหมายหรือกฎกำหนดให้ต้องขออนุญาต จดทะเบียน หรือแจ้งก่อนจะดำเนินการต่าง ๆ ซึ่งการอนุญาตนั้นจะต้องได้รับการยินยอมจากเจ้าหน้าที่ก่อนจะกระทำการใด ๆ หมายความว่ารวมถึง การออกใบอนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับแจ้งด้วย ซึ่งพระราชบัญญัตินี้เป็นการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ จึงอาจทำให้เกิดความยุ่งยากหรือเกิดความไม่คล่องตัวในการกระทำการใด ๆ ขึ้นได้

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นการกำกับดูแลกันเอง หรือที่เรียกว่า Self-regulation⁵ ซึ่งหมายถึง การที่ผู้ประกอบการด้วยกันเอง ร่วมกันกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลมาตรฐานวิชาชีพ การมีข้อกำหนดรับเรื่องร้องเรียน บทบัญญัติการลงโทษ การตักเตือน การออกแนวปฏิบัติมาตรฐานทางวิชาชีพ เพื่อควบคุมทางจริยธรรมจรรยาบรรณระหว่างกัน ซึ่งมาตรฐานทางจริยธรรมนั้น ควรคำนึงถึง เรื่องการได้รับข้อมูลข่าวสารสาธารณะของประชาชน และการคุ้มครองผู้บริโภคจากการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบอาชีพ ทั้งนี้การควบคุมการประกอบอาชีพดังกล่าว จำเป็นต้องให้แต่ละองค์กรจัดตั้งคณะกรรมการการควบคุมจริยธรรมขึ้น โดยเน้นให้มีองค์ประกอบและควรคำนึงถึงสัดส่วนที่เหมาะสม โดยยึดถือกรอบมาตรฐานทางวิชาชีพตามแต่ลักษณะของตน โดยมีเป้าหมายสูงสุดคือการดำรงตามแนวทางจริยธรรม และการลงโทษตักเตือนสมาชิกอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคม ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการเสนอให้มีการกำกับดูแลกันเอง (Self-regulation) นั้น จะส่งผลให้เกิดความคล่องตัว

⁵ สำนักส่งเสริมการแข่งขันและกำกับดูแลกันเอง, คู่มือจริยธรรมและการกำกับดูแลกันเองในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ [Online], 2557. แหล่งที่มา <https://shorturl.asia/qZm1o>.

มากกว่าการขออนุญาตหรือการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ ตามที่พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 ได้วางหลักไว้นั่นเอง

3) นโยบายการกำกับดูแล OTT ในด้านเนื้อหา

การกำกับดูแล OTT ในด้านเนื้อหาผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการจัดเรตติ้งเนื้อหารายการบน OTT เพราะเมื่อการให้บริการ OTT เกิดการขยายตัวและผู้ให้บริการ OTT เริ่มแข่งขันกันด้วยเรื่องเนื้อหา รายการเพื่อแย่งฐานผู้ชม OTT ภายในตลาด ซึ่งจะเห็นได้ว่าตัวแปรที่สำคัญในการสร้างความแตกต่างให้กับบริการ OTT ของผู้ให้บริการนั้นก็คือเนื้อหาที่ให้บริการบน OTT ดังนั้น กสทช. ควรเริ่มกำกับดูแลเนื้อหาด้วยการจัดเรตติ้งบน OTT เพื่อเป็นการป้องกันการให้บริการสื่อเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมและคุ้มครองสิทธิในการรับสารของผู้ฟังการด้วยคำบรรยายแทนเสียงและเสียงบรรยายภาพผ่านทางบริการ OTT ซึ่งผู้ให้บริการอาจใช้วิธีการดังกล่าวในการดึงดูดลูกค้ามาใช้บริการของตน รวมทั้งยังเป็นการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสื่อเนื้อหาที่ให้บริการบน OTT การกำหนดเรตติ้งเป็นพื้นฐานของการออกนโยบายการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ต่อไป

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาจัดเรตติ้งในการให้บริการ OTT ควรจะมีการผ่อนปรนมากกว่าการจัดเรตติ้งบนโทรทัศน์ เนื่องจากบริการ OTT ยังเป็นบริการที่มีการเข้าถึง และ ได้รับความนิยมน้อยในขอบเขตที่จำกัด ต่างกับโทรทัศน์ที่เป็นสื่อพื้นฐานที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้

4) นโยบายการกำกับดูแล OTT ในด้านโครงข่ายแบบ Net Neutrality

ในส่วนเรื่องหลักความเป็นกลางนั้น แม้ผู้วิจัยจะเห็นด้วยว่า เป็นสิ่งที่ตอบโจทย์ด้านการแข่งขันเสรีและมีเสรีภาพในการรับข้อมูลข่าวสารอย่างอิสระ แต่การดำเนินการตามหลักความเป็นกลางในการให้บริการ (Net Neutrality) จำเป็นต้องกำกับดูแลผู้ประกอบการโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในบางประเด็นที่จำเป็นอย่างได้แก่ ประเด็นความรับผิดชอบต่อนื้อหาที่น่าขึ้นบน โครงข่ายจะต้องคำนึงถึงเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหลัก ไม่ว่าจะเป็นการกำกับดูแลเนื้อหาทางด้านการออกอากาศ ภาพลามกอนาจาร การละเมิดทางเพศความรุนแรงทางภาษาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติ และศาสนา

เห็นควรให้มีการบังคับใช้ในรูปแบบ Ex-post เมื่อเกิดกรณีข้อพิพาทระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการ OTT และผู้ให้บริการปลายทาง เพื่อกำกับดูแลผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเมื่อเกิดการกีดกันสัญญาณ หรือลดคุณภาพ OTT บางรายอย่างไม่เป็นธรรม

5.2.2 ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม

เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการกำกับดูแลกิจการการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์และสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมให้ทางสำนักงาน กสทช. ดำเนินการประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาในประเด็นดังต่อไปนี้

1) ประเด็นเรื่องปัญหาลิขสิทธิ์ เนื่องจากปัญหาลิขสิทธิ์เป็นปัญหาที่ทั้งผู้ให้บริการรายเดิมในตลาด รวมถึงผู้ให้บริการ OTT มีความกังวลในด้านผลกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของตนเองเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตามปัจจุบันสำนักงาน กสทช. ยังมิได้อำนาจในการควบคุมดูแลและดำเนินการเมื่อเกิดปัญหาในการละเมิดลิขสิทธิ์

2) ประเด็นการกำกับดูแลการแข่งขันเพื่อที่จะสามารถดึงรายได้จากผู้ให้บริการต่างประเทศกลับเข้าสู่ประเทศมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่สามารถเรียกเก็บภาษีจากบริษัทที่จดทะเบียนและเข้ามาให้บริการ OTT ในประเทศไทยแต่ไม่ได้เป็นผู้เสียภาษีในประเทศไทยด้วยเหตุดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้ทางสำนักงาน กสทช. เข้าปรึกษาหารือเพื่อหาแนวทางการร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมทรัพย์สินทางปัญญา กรมสรรพากร กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เป็นต้น



บรรณานุกรม

- กสทช. ตั้งคณะอนุหาษาช่องต่อน “OTT” เข้าระบบใบอนุญาต. (2560, 30 เมษายน). ประชาชาติธุรกิจ, หน้า 24.
- การจัดทำเนื้อหาองค์ความรู้ SMEs ภายใต้งานพัฒนาศูนย์ข้อมูล SMEs Knowledge Center ปี 2557. (2557). สืบค้นจาก https://www.sme.go.th/upload/mod_download/05-001%20โทรคมนาคม.PDF.
- กุลเดช สุทธิวรชัย และวริยา ล้ำเลิศ. (2562). การศึกษาการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย. วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, 10(1), 63-79.
- เกียรติศักดิ์ ศรีพิมานวัฒน์ (บก.). (2554). สารานุกรมโทรคมนาคมไทย. กรุงเทพฯ: สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ.
- กรมสอบสวนคดีพิเศษ. (2562). DSI คุ่มครองเศรษฐกิจดิจิทัลประวัติศาสตร์ ปรับเงินก้อนใหญ่ ผู้ละเมิดพรีเมียร์ลีก 26 ล้านบาท. สืบค้นจาก <https://www.dsi.go.th/th/Detail/0cfc04b6001c03348cf44c1ac568a7d4>.
- ชลิตา ศรีนวล. (2558). Over-the-Top (โอทีที): สงครามที่เพิ่งเริ่มต้นในระบบบนนิเวศใหม่ของเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร. วารสารเทคโนโลยีสารสนเทศ, 11(1), 74-81.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2543). ชุดย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2545). ลักษณะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ณัฐชาติ พวงสุตรัก. (2560). สสำรวจตลาด OTT กับการชิงพื้นที่ทีวีในอนาคต (ตอนที่ 2). สืบค้นจาก http://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560_03_3.pdf.
- ดารณี ราชภูเขียว. (2561). การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาศึกษกรณีการสร้างสรรค์ศิลปะ ลวดลายบนกาแฟ. วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, 9(1), 1-16.
- ทวิศ ศรีเกตุ. (2561). งานลิขสิทธิ์ในยุคไร้ขอบเขตใช้ข้อมูลอย่างปลอดภัย. สืบค้นจาก https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1827.
- ทวิชันส์ กรู๊ป แจนยืนฟองศาล “กรณี AIS PLAY ถ่ายสดฟุตบอลโลก 2018 บนมือถือเพื่อดูแลสิทธิ์ตาม สัญญากับไฟฟ้า. (2561). ประชาชาติธุรกิจ. สืบค้นจาก <https://www.prachachat.net/ict/news-188247>.

- ไทม์ คอนซัลต์ติ้ง. (2560). รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษาแนวทางการกำกับดูแล การแข่งขันในกิจการโทรทัศน์แบบ Over the Top. กรุงเทพฯ: สำนักงาน กสทช.
- ธีรภัทร มีอารีย์. (2565, พฤษภาคม). PDPA คืออะไร? เกี่ยวข้องกับเราทุกคนอย่างไร. *The One*, 14, 3-10.
- นิวัฒน์ มีลาภ. (2539). กฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- บิเนสทูเดย์. (2563). ดีอีเอส ประสาน “เฟซบุ๊ก-กูเกิล-ยูทูบ” นำภาพ-คลิป ผู้เสียชีวิตกราดยิง โคราชออกจากกระบบ. สืบค้นจาก <https://www.businesstoday.co/bt-news/09/02/2020/24284/>.
- บีบีซี นิวส์. (2560). กสทช. ลงดาบช่องทีวีวิจารณ์รัฐบาลไปแล้วก็ร้าย. สืบค้นจาก <https://www.bbc.com/thai/thailand-39415924>.
- ปิยาพัชร วงษ์ประสิทธิ์. (2560). มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการโอทีที (OTT). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พนา ทองมีอาคม. (2561). เรียนรู้เรื่องสื่อ. กรุงเทพฯ: สามเจริญพานิชย์ (กรุงเทพ).
- พิรงรอง รามสูตณะนันท์. (2560). การกำกับดูแล OTT จำเป็นหรือไม่ เพียงใด. สืบค้นจาก <https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/116887>.
- ภาคภูมิ อิงคปรัชญากุล. (2563). ความรู้ด้านระบบวิทยุสื่อสาร. สืบค้นจาก <https://shorturl.asia/d14gK>.
- ยรรยง พวงราช. (2541). ทรัพย์สินทางปัญญา: ความหมาย ขอบเขต ความเป็นมา และความสำคัญ. *บทบัญญัติ*, 54, 18.
- รมิดา จรินทร์พิทักษ์. (2560). บริการ OTT: ความท้าทายต่อสื่อเก่าและการกำกับดูแล. *วารสารวิชาการ กสทช*, 1(1), 315-341.
- วัส ดิงสมิตร. (2543). ลิขสิทธิ์: ด้วบทพร้อมข้อสังเกต. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- วัส ดิงสมิตร. (2551). ลิขสิทธิ์: ด้วบทพร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- วอยซ์ทีวี. (2560). บอร์ด กสทช. สั่งปิดสถานีโทรทัศน์พีชทีวี 30 วัน ฐานสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ตามมาตรา 37 แห่ง พ.ร.บ. ประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์. สืบค้นจาก <https://www.voicetv.co.th/read/514066?fref=gc>.
- ศึกฟุตบอลโลกเป็นพิษ 'ทรูฟ็อกเอไอเอส' ละเมิดลิขสิทธิ์. (2561). *กรุงเทพธุรกิจ*. สืบค้นจาก <https://www.bangkokbiznews.com/news/806176/>.
- สมพร พรหมหิตาธร. (2527). คู่มือกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองธรรม.

สมพร พรหมหิตาธร. (2538). *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สำนักส่งเสริมการแข่งขันและกำกับดูแลกันเอง ส่วนงานติดตามสภาพตลาดและส่งเสริมการแข่งขัน.

(2564). *สภาพการแข่งขันและแนวทางการกำกับดูแลกิจการ Over the Top: OTT*.

กรุงเทพฯ: สำนักงาน กสทช.

สำนักส่งเสริมการแข่งขันและกำกับดูแลกันเอง. (2557). *คู่มือจริยธรรมและการกำกับดูแลกันเองในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์*. สืบค้นจาก <https://shorturl.asia/qZm1o>.

อลิษา ทาทองมา. (2550). *บทบาทหน้าที่ของผู้สื่อข่าวสายสังคมสิ่งแวดล้อม ของสถานีโทรทัศน์สี กองทัพบกช่อง 7*. สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. (2557). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

Amnesty International Thailand. (2565). *Freedom of expression*. Retrieved from <https://www.amnesty.or.th/en/our-work/freedom-expression>.

Federal Communications Commission. (2018 a). *Obscenity, indecency and profanity*. Retrieved from <https://www.fcc.gov/general/obscenity-indecency-and-profanity>.

Federal Communications Commission. (2018 b). *What we do*. Retrieved from <https://www.fcc.gov/about-fcc/what-we-do>.

Federal Communications Commission. (2022). *Radio spectrum allocation*. Retrieved from <https://www.fcc.gov/engineering-technology/policy-and-rules-division/general/radio-spectrum-allocation>.

Ofcom. (2022 a). *About ofcom*. Retrieved from <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom>.

Ofcom. (2022 b). *Policies and guidelines*. Retrieved from <https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/policies-and-guidelines>.

Technological Neutrality. (2019). *Digital single market policy general principles*. Retrieved from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/generalprinciples>.

The New York Time. (2022). *Net Neutrality has officially been repealed. Here, show that could affect you*. Retrieved from <https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html>.

Thomson Foundation. (2561). รายงานโครงการอบรมหลักสูตร *Broadcast Regulatory Workshop*. สืบค้นจาก <https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/590800000002.pdf>.



ประวัติผู้เขียน**ชื่อ-นามสกุล**

นางสาวชลธิชา นวลศรี

อีเมล

Chonticha.nuan@bumail.net

ประวัติการศึกษา

ปี 2562 ปริญญาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

