

**บทวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง  
กรณีขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน**

**กลุ่ม ๕ อาจารย์**

**คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**

ตามที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้อ่านคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อม.๑/๒๕๕๓ เรื่อง ขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน เมื่อวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๕๓ โดยศาลฎีกาฯ ได้มีคำพิพากษาให้เงินที่ได้จากการขายหุ้นและเงินปันผลหุ้นของบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) จำนวน ๔๖,๑๓๗,๖๘๗,๔๕๔.๗๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยเฉพาะดอกเบี้ยที่ได้รับจากบัญชีเงินฝากนับตั้งแต่วันที่ฝากเงินจนถึงวันที่ธนาคารส่งเงินจำนวนดังกล่าว ตกเป็นของแผ่นดินนั้น

คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จำนวนห้าคนดังมีรายนามตอนท้าย ได้ศึกษาคำพิพากษาของศาลซึ่งเปิดเผยต่อสาธารณะอย่างเป็นทางการ เมื่อวันที่ ๕ มีนาคม พ.ศ.๒๕๕๓ แล้ว เห็นว่าเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ต่อสาธารณชนทั่วไป เป็นการสมควรที่จะเสนอบทวิเคราะห์เบื้องต้นทางกฎหมายเพื่อแสดงความคิดเห็นต่อคำพิพากษาของศาลในเรื่องดังกล่าว ดังนี้

**๑. ความสัมพันธ์ของคดีกับรัฐประหาร ๑๙ กันยายน ๒๕๔๙**

๑. ๑ ในคดีนี้ ศาลฎีกาฯได้นำกฎหมายหลายฉบับมาใช้บังคับแก่คดี ซึ่งมีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขรวมอยู่ด้วย ไม่ว่าจะเป็นประกาศ คปค. ฉบับที่ ๓ ประกาศ คปค. ฉบับที่ ๑๙ หรือ ประกาศ คปค. ฉบับที่ ๓๐ ซึ่งประกาศ คปค. ทั้งหลายเหล่านี้ เป็นที่ทราบกันว่าล้าแล้วแต่เป็นกฎหมายซึ่งมีที่มาจากคณะรัฐประหาร

๑. ๒ โดยข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ การที่ศาลได้นำกฎหมายซึ่งมีที่มาจากคณะรัฐประหารมาใช้บังคับกับคดีย่อมมิใช่เป็นเรื่องเหนือความคาดหมาย เพราะนับจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕/๒๕๔๖ ที่ยอมรับความสมบูรณ์ของกฎหมายซึ่งออกโดยคณะรัฐประหารแล้ว คำพิพากษาของศาลในชั้นหลังต่างยอมรับว่าประกาศของคณะรัฐประหาร ไม่ว่าจะเรียกชื่อใด ย่อมถือเป็นกฎหมายทั้งสิ้น เหตุผลของศาลต่อกรณีนี้ก็คือเมื่อคณะรัฐประหารได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศสำเร็จ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไข

เปลี่ยนแปลง ยกเลิก รวมไปถึงออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศต่อไปได้ อนึ่ง แม้ยุคสมัยปัจจุบัน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญบางท่านก็ยังแสดงทัศนะในเรื่องนี้ผ่านคำวินิจฉัยของตนด้วยว่า เมื่อบุคคลหรือคณะบุคคลใดเข้ายึดอำนาจปกครองประเทศได้สำเร็จก็ย่อมได้ไปซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ และย่อมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันมีผลเป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับประชาชนได้ ในทำนองเดียวกันกับพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมาย

๑.๓ ไม่ว่าศาลจะอ้างเหตุผลอย่างไรในการยอมรับว่าประกาศของคณะรัฐประหารย่อมถือเป็นกฎหมาย แต่ในอีกทางหนึ่ง ข้อที่ต้องไม่ลืมก็คือว่าการรัฐประหารซึ่งเป็นปฐมเหตุในการออกประกาศของคณะรัฐประหารตามมาต่อจากนั้น ต่างก็มีผลเป็นการล้มล้างสถาบันทางการเมืองที่สำคัญของประเทศ โดยเฉพาะรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีแทบทั้งสิ้น การยกเลิกสถาบันทางการเมืองเหล่านี้ แท้ที่จริงมิได้มีผลทำให้สถาบันทางการเมืองดังกล่าวถูกล้มล้างไปเท่านั้น แต่ที่สำคัญกว่านั้นก็คือ เมื่อสถาบันทางการเมืองเหล่านี้ต่างมีพื้นฐานที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน โดยความข้อนี้ การรัฐประหารเพื่อทำการล้มล้างรัฐสภาและรัฐบาลจึงมีความหมายเป็นการล้มล้างเจตจำนงของประชาชนในการคัดเลือกตัวแทนของตนเพื่อไปใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและทางบริหาร โดยวิธีการที่มีชอบด้วย

๑.๔ หลักการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Right to fair trial) และหลักการว่าด้วยกระบวนการทางกฎหมายที่ดี (Due process of law) ถือเป็นหลักการพื้นฐานในนิติรัฐ-ประชาธิปไตย เมื่อกระบวนการทางกฎหมายไม่ถูกต้อง ผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการนั้นก็ย่อมไม่ถูกต้องไปด้วย จึงอยู่ อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการยุติธรรมในคดีนี้ ไม่ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นในชั้นของ คตส. แต่ยังคงดำเนินต่อไปยังชั้นอัยการสูงสุด และสุดท้ายเป็นศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ทำหน้าที่พิพากษา กระบวนการเหล่านี้อาจมีบางท่านให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาโต้แย้งคัดค้านได้เต็มที่ และการพิจารณาคดีโดยศาลฎีกาซึ่งจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มีความเป็นกลางและอิสระ ก็เป็นหลักประกันแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่าจะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมแล้ว

๑.๕ ถึงกระนั้น คณาจารย์ทั้งหลายก็ยังเห็นว่า ต้นธารของกระบวนการยุติธรรมในคดีนี้เริ่มต้นจากรัฐประหาร ปฏิเสธไม่ได้เลยว่ารัฐประหาร ๑๙ กันยายน ๒๕๔๙ เป็นที่มาของการแต่งตั้ง คตส. เป็นที่มาของการให้อำนาจมากมายในการตรวจสอบทรัพย์สินแก่ คตส. เป็นที่มาของการแต่งตั้งบุคคลไปดำรงตำแหน่งกรรมการ ป.ป.ช. เมื่อ คปค.ก่อการรัฐประหารยึดอำนาจจากรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ และการรัฐประหารก็เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นความผิดทางอาญา มีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต และเป็นสิ่งแปลกปลอมในรัฐเสรี

ประชาธิปไตย ประกอบกับพิจารณาทางความเป็นจริงก็เห็นว่าคดีที่ คตส.เลือกขึ้นมาพิจารณาก็ล้วนแล้วแต่เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร และรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ข้อเท็จจริงเหล่านี้ ย่อมชี้ให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมในคดีนี้เริ่มต้นจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายคู่กัน

๑. ๖ หากแม้ยืนยันเชื่อกันตามประเพณีของระบบกฎหมายไทยที่ว่า เมื่อคณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เปิดเสรีเด็ดขาด เมื่อนั้นคณะรัฐประหารก็เป็นรัฐาธิปัตย์ มีอำนาจออกรัฐธรรมนูญใหม่หรือยกเลิกรัฐธรรมนูญเก่า ตลอดจนการออกกฎหมายและยกเลิกกฎหมายได้ คณาจารย์ทั้งหลายก็ยังคงเห็นว่า เมื่อรัฐประหารเกิดขึ้นแล้ว และคณะรัฐประหารได้ให้กำเนิดผลิตผลทางกฎหมายจำนวนมาก จนกระทั่งวันหนึ่งมีการจัดตั้งระบบกฎหมายชุดใหม่ผ่านการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ องค์กรผู้บังคับกฎหมายทั้งหลาย ก็ต้องพิจารณาใช้และตีความผลิตผลทางกฎหมายของคณะรัฐประหารเสียใหม่ให้เป็นไปในทางที่เป็นธรรม คณาจารย์ทั้งหลายเห็นว่าองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายทั้งปวงควรจะต้องปฏิเสธรัฐประหารและผลิตผลของคณะรัฐประหารด้วยการไม่นำประกาศ คปค.มาใช้บังคับและไม่ยอมรับกระบวนการยุติธรรมที่ริเริ่มจากคณะรัฐประหาร

## ๒. ความเป็นกลางขององค์กรที่ทำหน้าที่ไต่สวน

๒. ๑ หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีเป็นธรรม คู่กรณีต้องได้รับการประกันว่าเรื่องของตนจะถูกพิจารณาโดยบุคคลที่มีความเป็นกลาง หากพบว่ามีบุคคลที่ไม่เป็นกลางในการพิจารณาเรื่องใด บุคคลนั้นต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาและคำสั่งที่เกิดจากการพิจารณาโดยบุคคลที่ไม่เป็นกลางย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๒. ๒ ความไม่เป็นกลางปรากฏได้ใน ๒ ลักษณะ (๑) ความไม่เป็นกลางทางภาวะวิสัย คือ ลักษณะซึ่งแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลางจากภายนอก แม้บุคคลนั้นจะมีใจที่เป็นกลางเพียงใดก็ตาม หากสภาพภายนอกเป็นเหตุให้เกิดข้อสงสัยว่าอาจไม่เป็นกลาง ก็ถือได้ว่าบุคคลนั้นไม่เป็นกลาง เช่น เป็นคู่กรณีเสียเอง เป็นคู่สมรส เป็นบุตร เป็นพี่น้อง เป็นญาติ (๒) ความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัย คือ ลักษณะความไม่เป็นกลางโดยตัวของมันเอง ซึ่งเกิดจากจิตใจ ทัศนคติ ความเชื่อส่วนบุคคล พฤติกรรม รสนิยม หรือการกระทำของบุคคลนั้น เช่น ความลำเอียง ความโกรธ ความโลภ มีผลประโยชน์ขัดกัน มีทัศนคติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคู่กรณีอย่างประจักษ์ชัด เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความไม่เป็นกลางนี้มีไว้ซึ่งเกิดจากเพียงเหตุระแวงหรือคาดเดาเอาเอง แต่ต้องเป็นเหตุที่แสดงให้เห็นประจักษ์ชัดและมีสภาพร้ายแรงเพียงพอที่จะเห็นได้ว่าอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้

๒. ๓ หลักความเป็นกลางในระบบกฎหมายของนานาอารยประเทศ เรียกร้องอย่างเคร่งครัดทั้งกับเจ้าหน้าที่และผู้พิพากษา คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลภายในวางหลักไว้ว่า บุคคลที่มีทัศนคติหรือเคยแสดงความคิดเห็นไปในทางที่เป็นปฏิปักษ์ในเรื่องหนึ่ง ต่อมาบุคคลนั้นมีโอกาสพิจารณาเรื่องทำนองเดียวกัน เช่นนี้ย่อมถือว่าบุคคลนั้นมีสภาพ “ไม่เป็นกลาง” ในการพิจารณาเรื่องนั้น เช่น เจ้าหน้าที่หรือผู้พิพากษาเคยแสดงความคิดเห็นไปในทางเหยียดผิว ต่อมามีโอกาสพิจารณาเรื่องหรือคดีที่จำเลยเป็นคนผิวสี (คำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป CEDH 23 avril 1986, Remli c/ France) หรือ เจ้าหน้าที่หรือผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นผ่านทางสื่อสาธารณะว่าคู่กรณีหรือจำเลยมีความผิด ต่อมาเจ้าหน้าที่หรือผู้พิพากษามีโอกาสพิจารณาเรื่องนั้น (คำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป CEDH 28 novembre 2002, Lavents c/ Lettonie) หรือนายกเทศมนตรีเคยให้ความเห็นไว้ว่าตำแหน่งเลขานุการประจำเทศบาลไม่เหมาะสมกับเพศหญิง ต่อมานายกเทศมนตรีได้เป็นประธานกรรมการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งเลขานุการประจำเทศบาล (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส CE 9 novembre 1966, Commune de Clohars-Carnoët c/ Demoiselle Podeur) เป็นต้น

คำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่อ้างนำมาเทียบเคียงได้อีกกรณีหนึ่ง คือ คำวินิจฉัยในคดี Incal c/ Turquie, 9 juin 1988 และ Ergin c/ Turquie, 4 mai 2006 ซึ่งวางหลักไว้ว่า พลเรือนต้องถูกดำเนินคดีอาญาในศาลทหารพิเศษซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาซึ่งแต่งตั้งโดยทหารเอง ศาลลักษณะนี้ย่อมไม่เป็นกลางและไม่เป็นอิสระ

จะเห็นได้ว่า หลักความเป็นกลางเป็นหลักการที่นานาอารยประเทศให้ความสำคัญและเคร่งครัดมาก เพราะกระบวนการยุติธรรมไม่ได้สำคัญที่ “อำนาจ” ที่บังคับการให้กระบวนการยุติธรรมดำเนินไปเท่านั้น แต่กระบวนการยุติธรรมต้องสร้างความมั่นใจให้แก่คู่กรณีและสาธารณชนว่าพวกเขาจะได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการดังกล่าว สมดังคำกล่าวของ Lord Hewart (๑๘๗๐-๑๙๔๓) ผู้พิพากษาอังกฤษว่า “ความยุติธรรมต้องไม่เพียงถูกมอบให้ แต่ความยุติธรรมต้องถูกมองเห็นว่ามอบให้”

๒. ๔ ในคดีนี้ ผู้ถูกกล่าวหาคัดค้านอนุกรรมการไต่สวน (นายก้านรงค์ จันทิก, นายบรรเจ็ด สิงคะเนติ, นายแก้วสรร อติโพธิ) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัยว่าอนุกรรมการไต่สวนเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ถูกกล่าวหาทำให้การแต่งตั้งคณะอนุกรรมการไต่สวนไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลฎีกาฯ เห็นว่าการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการไต่สวนทั้งสามคนชอบด้วยกฎหมายแล้ว การให้เหตุผลของศาลในกรณีนี้ไม่ได้แสดงให้เห็นโดยละเอียดว่าอนุกรรมการไต่สวนทั้ง ๓ คน ปราศจากความไม่เป็นกลางอย่างไร ศาลฎีกาฯ เพียงแต่อธิบายยกถ้อยคำพรรณนาโดยนำบทบัญญัติมาตรา ๔๖ ของ พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และข้อ ๑๑ ของระเบียบ ป.ป.ช. ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของ

คณะอนุกรรมการไต่สวน พ.ศ.๒๕๔๗ มาได้เรียงทีละข้อว่า “บุคคลที่ต้องห้ามมิให้เป็นอนุกรรมการไต่สวน... ได้แก่ บุคคลผู้รู้เห็นเหตุการณ์เกี่ยวกับเรื่องที่กำลังกล่าวหา ก่อน หรือมีส่วนได้เสียในเรื่องที่กำลังกล่าวหา หรือมีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้กล่าวหาหรือผู้ถูกกล่าวหา” และศาลก็แปลความ-ยกตัวอย่างว่า “การรู้เห็นเหตุการณ์จำกัดเฉพาะการเป็นผู้มีส่วนรู้เห็นเกี่ยวข้องโดยตรงในเหตุการณ์หรือพฤติกรรมที่กำลังกล่าวหานั้น เช่น การมีส่วนร่วมในการดำเนินการแปลงค่าสัมปทานเป็นภาษีสรรพสามิต การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาด้านโทรคมนาคมต่างๆที่มีการกล่าวหาในคดีนี้ เป็นต้น” จากนั้นศาลก็นำพฤติกรรม-การกระทำของอนุกรรมการทั้งสามซึ่งถูกสงสัยว่าจะอาจจะเป็นกลางมาเทียบ แล้ววินิจฉัยว่า การกระทำของนายก้านรงค์ “เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย” “เป็นการแสดงออกโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” “เป็นการดำเนินการโดยใช้ความรู้ความสามารถทางวิชาชีพ” การกระทำของนายบรรเจ็ด “เป็นการแสดงออกในฐานะนักวิชาการและประชาชน” และ “เป็นการใช้สิทธิตามกฎหมาย” การกระทำของนายแก้วสรรเป็นการ “แสดงความคิดเห็นทางวิชาการ และเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ด้วยความชอบธรรมตามสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ไม่มีเหตุโกรธเคืองเป็นการส่วนตัวกับผู้ถูกกล่าวหา ทั้งไม่มีส่วนรู้เห็นเหตุการณ์โดยตรงเกี่ยวกับเรื่องที่มีการกล่าวหา”

๒. ๕ คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า การกระทำใดจะถือว่าไม่เป็นกลางทางอัตวิสัยหรือไม่ ต้องพิจารณาจากลักษณะและเนื้อหาของการกระทำนั้นเป็นรายกรณีไป การกระทำของบุคคลหนึ่งในอดีตซึ่งถูกสงสัยว่าจะส่งผลต่อความไม่เป็นกลางของบุคคลนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ แม้การกระทำในอดีตนั้นจะเป็นการกระทำตามกฎหมายหรือเป็นการใช้เสรีภาพทางวิชาการ ก็ไม่ได้หมายความว่าจะทำให้ปราศจากข้อสงสัยในเรื่องความเป็นกลาง จะเห็นได้ว่าศาลไม่ได้ยกเหตุผลหรืออธิบายให้เห็นชัดเลยว่า การกระทำของบุคคลทั้งสามมีความเป็นกลางหรือไม่ ศาลเพียงแต่บอกว่า “เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย” “เป็นการแสดงออกโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” “เป็นการดำเนินการโดยใช้ความรู้ความสามารถทางวิชาชีพ” “เป็นการแสดงออกในฐานะนักวิชาการและประชาชน” “เป็นการใช้สิทธิตามกฎหมาย” “เป็นการแสดงความคิดเห็นทางวิชาการ วิพากษ์วิจารณ์ด้วยความชอบธรรม ไม่มีเหตุโกรธเคืองเป็นการส่วนตัว ไม่มีส่วนรู้เห็นเหตุการณ์โดยตรง” เหตุผลเหล่านี้ไม่ได้เป็นตัวบ่งชี้ว่าพฤติกรรมหรือการกระทำเหล่านี้จะไม่ได้แสดงถึง “ความไม่เป็นกลาง” ของบุคคลทั้งสาม ตรงกันข้าม สมมติว่าหากพิจารณาโดยเนื้อแท้แล้วการกระทำนั้นยังคงมีสภาพร้ายแรงเพียงพอที่จะเห็นได้ว่าอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้ อย่างไรเสียก็คือ “ความไม่เป็นกลาง” แม้การกระทำนั้นจะเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมาย เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือเป็นการใช้เสรีภาพทางวิชาการก็ตาม

๒. ๖ เป็นที่ทราบกันดีว่า คตส. แต่งตั้งโดย คปค. ภายหลังจากที่ คปค. รัฐประหารรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ๑ ในครั้งแรก คปค. แต่งตั้ง คตส. (ตามประกาศ คปค. ฉบับที่ ๒๓) โดยมีนายสวัสดิ์ โชติพานิช เป็นประธาน

และกรรมการอีก ๑ คน ประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งตามหน่วยงานต่างๆ หกวันให้หลัง คปค. กลับออกประกาศยกเลิก คตส. ชุดดังกล่าว และแต่งตั้ง คตส. ชุดใหม่ โดยกำหนดชื่อตัวบุคคลเป็นกรรมการ คตส. รวม ๑๒ คน (ตามประกาศ คปค ฉบับที่ ๓๐) เมื่อพิจารณาถึงรายชื่อกรรมการแต่ละคน ก็ชวนให้สงสัยว่าเหตุใด คปค. ต้องยกเลิก คตส. ชุดเดิม (ซึ่งกำหนดจากตำแหน่ง) และตั้ง ๑๒ คนนี้ (กำหนดเป็นบุคคลเฉพาะเจาะจง) เป็น คตส. ชุดใหม่ เมื่อ คตส. กำเนิดจากการแต่งตั้งของ คปค. และ คปค. เป็นผู้ก่อการรัฐประหารรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ในขณะที่ คตส. เลือกพิจารณาตรวจสอบเฉพาะเรื่องของ พ.ต.ท.ทักษิณฯ ความข้อนี้ย่อมเป็นที่เคลือบแคลงสงสัยถึงความไม่เป็นกลางของ คตส. ต่อการพิจารณาเรื่องของ พ.ต.ท.ทักษิณฯ ได้

๒.๗. เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมและทัศนคติของคตส.และอนุกรรมการได้ส่วนทั้งสามคน ในแง่การให้ความเห็นเป็นปฏิปักษ์กับพ.ต.ท.ทักษิณฯหลายครั้งทั้งก่อนและระหว่างดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการ คตส. การร่วมชุมนุมและขึ้นเวทีอภิปรายกับกลุ่มพันธมิตรฯซึ่งต่อต้านพ.ต.ท.ทักษิณฯ การอภิปรายและเขียนบทความวิจารณ์การดำเนินนโยบายของพ.ต.ท.ทักษิณ (ใน ๕ กรณีตามคำร้องในคดีนี้) ไปในทางไม่เห็นด้วยและเห็นว่าน่าจะส่อทุจริตและใช้อำนาจโดยมิชอบ (ตัวอย่างรูปธรรม คือ เอกสารความยาว ๑๒ หน้าในชื่อ “หยุดระบอบทักษิณ” ที่นายแก้วสรร อดิโพธิ เป็นหนึ่งในผู้จัดทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหัวข้อที่ ๑ “ระบอบทักษิณ โกงกินชาติบ้านเมือง”) การจัดงานเลี้ยงอำลาเนื่องในโอกาส คตส.หมดวาระ โดยจัดทำชื่อรายการอาหารล้อเลียนนโยบายของ พ.ต.ท.ทักษิณ คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้ควรที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย

### ๓. ประเด็นการถือครองหุ้น

ปัญหาหลักประการหนึ่งที่เป็นฐานแห่งโครงสร้างของคำพิพากษาศาลฎีกาฯในคดีนี้ คือ ปัญหาว่าผู้ถูกกล่าวหา คือ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร กับคุณหญิง พจมาน ชินวัตร ถือหุ้นในบริษัทชินคอร์ปโดยให้ผู้อื่นถือแทนหรือไม่ โดยศาลฎีกาฯเห็นว่ามี การถือหุ้นแทนกัน คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการวินิจฉัยเรื่องการครองไว้ซึ่งหุ้นในบริษัทชินคอร์ป จะต้องพิจารณาทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาประกอบกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโอนหุ้นให้กับญาติใกล้ชิด เช่น บุตร หรือบิดามารดา ในกรณีที่ไม่สามารถจะวินิจฉัยลงไปให้ชัดเจนได้ ย่อมจะต้องถือเป็นเรื่องที่รัฐจะต้องตรากฎหมายห้ามเสียให้ชัดเจน มิฉะนั้นจะเกิดปัญหาการแยกแยะได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างสำคัญ อย่างไรก็ตามเมื่อคณาจารย์ทั้งห้าได้พิเคราะห์ข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยตลอดแล้วประเด็นว่ามี การถือหุ้นแทนกันหรือไม่ ไม่มีนัยสำคัญใดๆต่อการพิจารณาในทางเนื้อหาของคดีว่าการกระทำของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานโทรคมนาคม สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารในประเทศ ตลอดจนกรณีการกู้เงินของรัฐบาลสหภาพพม่า

จากธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทยมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์หรือไม่ ดังที่จะได้วิเคราะห์ต่อไปนี้

#### ๔. ประเด็นในทางเนื้อหาของคดี – การแปลงค่าสัมปทานเป็นภาษีสรรพสามิต

๔. ๑ กรณีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ๒๕๔๖ ที่ศาลฎีกาฯ เห็นว่าเป็นการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่ เป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทชินคอร์ป เพราะหลังจากที่ตรากฎหมายแล้ว คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้นำภาษีสรรพสามิตหักออกจากค่าสัมปทาน ส่งผลให้บริษัทเอไอเอส (และบริษัทผู้รับสัมปทานรายอื่น) ยังคงจ่ายเงินให้กับรัฐเท่ากับจำนวนค่าสัมปทานที่จ่ายให้แต่เดิม ในขณะที่หากมีผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่เข้ามาดำเนินกิจการ นอกจากผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมและค่าบริการในกิจการโทรคมนาคมให้แก่ กทช. แล้ว และยังจะต้องเสียภาษีสรรพสามิตอีกด้วย นั้น คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการจะทำความเข้าใจว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการเอื้อประโยชน์หรือไม่ นอกจากจะต้องวิเคราะห์ลักษณะของกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทยแล้ว ยังจะต้องวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๒/๒๕๔๘ ประกอบด้วย

๔. ๒ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Cellular Mobile Telephone) แล้ว จะพบว่าบริษัทแอดวานซ์ อินโฟ เซอร์วิส จำกัด หรือ เอไอเอส ซึ่งเป็นบริษัทที่มีส่วนแบ่งการตลาดในส่วนของโทรศัพท์มือถือมากที่สุดในปัจจุบันนั้นเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือ กสท. ในลักษณะสัญญาสัมปทาน ในขณะที่บริษัทเอกชนที่มีส่วนแบ่งการตลาดอย่างมีนัยสำคัญอีกสองบริษัทคือ บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด หรือต่อมาคือ ดีแทค และบริษัทดับบลิวซีเอส จำกัด (ปัจจุบันคือ บริษัท ทรูมูฟ) เข้าทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวกับการสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือ กสท. โดยหลักการทั่วไปแล้ว บริษัททั้งสามจะต้องจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนรายปีให้แก่รัฐวิสาหกิจคู่สัญญาของตนตามจำนวนที่ระบุไว้ในสัญญา (ค่าสัมปทาน) คิดเป็นร้อยละของรายได้จากการให้บริการตามสัญญาก่อนหักค่าใช้จ่าย ภาษี และค่าธรรมเนียมต่างๆจากการให้บริการ โดยในขณะที่คณะรัฐมนตรีในรัฐบาลของ พตท. ทักษิณ ชินวัตร ดำเนินการตราพระราชกำหนดที่กล่าวข้างต้นนั้น บริษัทต่างๆเหล่านี้มีหน้าที่ตามสัญญาสัมปทานที่จะต้องจ่ายค่า

สัมปทานให้แก่รัฐวิสาหกิจคู่สัญญาของตนในอัตราร้อยละ ๒๐ ร้อยละ ๒๕ และร้อยละ ๓๐ ของรายได้จากการให้บริการจนกว่าจะสิ้นสุดสัญญา

๔. ๓ เหตุผลสำคัญประการหนึ่งในการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับดังกล่าว ก็เนื่องมาจากได้มีการเปลี่ยนแปลงสถานะขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและการสื่อสารแห่งประเทศไทย จากรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ มาเป็นนิติบุคคลเอกชน คือ องค์การโทรศัพท์ฯ แปรสภาพเป็น บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) และการสื่อสารฯ แปรสภาพเป็นบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) โดยจนถึงขณะนี้กระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด ทั้งนี้โดยบริษัททั้งสองยังคงเป็นผู้สืบสิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ดำเนินการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือบริการวิทยุโทรคมนาคมระบบเซลลูลาร์ต่อไป ส่งผลให้ต่อไปหากมีการนำบริษัททั้งสองเข้าตลาดหลักทรัพย์ จะทำให้รายได้จากค่าสัมปทานที่ทั้งสองบริษัทนี้ได้รับตกเป็นรายได้ของเอกชนที่เป็นผู้ถือหุ้นบริษัทในรูปของเงินปันผล ซึ่งไม่ถูกต้อง อีกทั้ง บริษัททีโอที และ บริษัท กสท โทรคมนาคม ก็ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติอีกต่อไป จึงไม่ควรจะถือครองรายได้จากสัญญาสัมปทานอันเป็นของรัฐเพราะจะทำให้บริษัททั้งสองได้เปรียบผู้ประกอบการรายอื่นอย่างมาก ประกอบกับในเวลานั้นมีข้อถกเถียงกันอย่างมากเกี่ยวกับวิธีการแปรสัญญาสัมปทาน อันเป็นการนำรายได้สัมปทานกลับคืนสู่รัฐว่าควรจะทำอย่างไร ซึ่งเรื่องนี้เป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายบริหาร

ในที่สุด คณะรัฐมนตรีจึงได้เลือกใช้วิธีการเก็บภาษีสรรพสามิตแทน โดยการตราพระราชกำหนดฯ และออกประกาศกระทรวงการคลังเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในอัตราร้อยละ ๑๐ และในกิจการโทรศัพท์ประจำที่ในอัตราร้อยละ ๒ ของรายได้ และได้ออกมติคณะรัฐมนตรีให้ผู้รับสัมปทานในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่และกิจการโทรศัพท์ประจำที่ สามารถนำภาษีสรรพสามิตมาหักออกจากค่าสัมปทาน ทำให้บริษัททีโอที และบริษัท กสท โทรคมนาคม ได้รับส่วนค่าสัมปทานลดลง โดยรายได้ค่าสัมปทานที่หักไปร้อยละ ๑๐ นั้น บริษัทเอกชนที่เป็นคู่สัญญาของบริษัททีโอที (องค์การโทรศัพท์ฯ เดิม) และบริษัท กสท โทรคมนาคม (การสื่อสารฯ เดิม) ต้องนำส่งกระทรวงการคลังโดยตรง เมื่อพิจารณาจากประโยชน์ของรัฐแล้ว

คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า รัฐยังคงได้ประโยชน์เท่าเดิม เพียงแต่เงินรายได้ค่าสัมปทานให้แก่รัฐถูกแบ่งจ่ายเป็นสองส่วน กล่าวคือ จ่ายให้บริษัทที่เป็นรัฐวิสาหกิจคู่สัญญา (ซึ่งขณะนี้กระทรวงการคลังถือหุ้นร้อยละ ๑๐๐) กับจ่ายให้กระทรวงการคลังโดยตรงในส่วนของที่เหลือ ดังนั้น การที่บริษัททีโอที และบริษัท กสท โทรคมนาคม มีรายได้ลดลงดังกล่าวจะถือว่ารัฐเสียประโยชน์ไม่ได้ เพราะกระทรวงการคลังได้รับเงินส่วนหนึ่งจากค่าสัมปทานโดยตรงอยู่แล้ว อาจกล่าวได้ว่ารัฐได้ประโยชน์ยิ่งกว่าเดิม เพราะค่าสัมปทานนั้น เดิมบริษัทเอกชนชำระแก่

คู่สัญญาเป็นรายปีหรือรายไตรมาส แต่การชำระเงินรายได้ร้อยละ ๑๐ ให้แก่กระทรวงการคลังนั้น เป็นการชำระรายเดือน

๔. ๔ ส่วนประเด็นที่ว่าที่จริงแล้ว รัฐบาลไม่ได้มีเหตุผลในการเรียกเก็บภาษีเพื่อหารายได้เข้ารัฐนั้น คณาจารย์ทั้งห้า เห็นว่า การที่รัฐบาลจะเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการประเภทใด เพราะเหตุใด อัตราเท่าใด ย่อมเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารดังที่ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ ๓๒/๒๕๔๘ ได้วินิจฉัยไว้ ยิ่งไปกว่านั้น การเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตก็มีส่วนทำให้รายได้สัมปทานเข้าสู่รัฐโดยตรงโดยไม่ต้องสูญเสียไปให้แก่บริษัท กสท โทรคมนาคม หรือ บริษัท ทีโอที อีกด้วย

สำหรับประเด็นที่ว่ากระทำความในลักษณะดังกล่าวส่งผลให้บริษัททีโอที และบริษัท กสท โทรคมนาคม อ่อนแอลง เพราะได้รับค่าสัมปทานน้อยลงนั้น คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า กระทรวงการคลังในฐานะผู้ถือหุ้น สามารถตรวจสอบประสิทธิภาพการบริหารงาน ตลอดจนให้เงินอุดหนุนตามความเหมาะสมและจำเป็นได้อยู่แล้ว และที่จริงแล้ว การนำเงินค่าสัมปทานส่งกระทรวงการคลังทั้งหมด แล้วให้กระทรวงการคลังอุดหนุนการประกอบกิจการของบริษัททีโอที และบริษัท กสท โทรคมนาคมนั้นหากบริษัททั้งสองสามารถแสดงเหตุผลความจำเป็นได้ย่อมเป็นหลักการที่ถูกต้องยิ่งกว่าการให้บริษัททั้งสองได้รับเงินค่าสัมปทานโดยตรงและนำไปใช้จ่ายโดยเสรีอีกด้วย อีกทั้งยังคิดในเชิงนโยบายได้ยิ่งกว่า การกำหนดภาษีสรรพสามิตเป็นการกระตุ้นให้บริษัททั้งสองเร่งประกอบกิจการที่เป็นของตนเพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติอย่างแท้จริง โดยเน้นให้บริษัททั้งสองประกอบธุรกิจของตนเอง มากกว่าที่จะพึ่งพิงรายได้สัมปทานอันเป็นสิทธิพิเศษที่รัฐเคยมอบให้ในฐานะที่เดิมเคยเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติซึ่งปัจจุบันสถานะนั้น ได้สิ้นสุดลงแล้ว

๔. ๕ ในประเด็นที่ว่า บริษัททีโอทีต้องชำระภาษีสรรพสามิตด้วยนั้น ก็เป็นเรื่องปกติ เพราะในเมื่อบริษัททีโอที ประกอบธุรกิจโทรศัพท์ประจำที่ในส่วนของตนก็ต้องชำระค่าภาษีสรรพสามิตเช่นเดียวกับผู้ประกอบการโทรศัพท์ประจำที่รายอื่น ส่วนธุรกิจตามสัญญาสัมปทานกิจการโทรศัพท์ประจำที่และกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น บริษัททีโอที ก็ยังได้รับส่วนแบ่งรายได้ค่าสัมปทานหลังหักค่าสรรพสามิตเป็นอัตราที่สูง ในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ บริษัททีโอที ได้รับส่วนแบ่งรายได้จากบริษัทเอไอเอสหลังหักค่าสรรพสามิต ถึงร้อยละ ๑๐ สำหรับบัตรเติมเงิน (ฟรีเฟด) และเป็นอัตราก้าวหน้าสำหรับลูกค้ารายเดือน (โพสเฟด) ในอัตราร้อยละ ๑๕ และร้อยละ ๓๐ แล้วแต่ปีของสัมปทาน และในส่วนของสัมปทานกิจการโทรศัพท์ประจำที่นั้น ก็ได้รับค่าสัมปทานหลังหักภาษีสรรพสามิตถึงร้อยละ ๑๔ และ ร้อยละ ๔๑ ซึ่งย่อมเพียงพอต่อการชำระค่าธรรมเนียมใบอนุญาตให้แก่ กทข. อยู่แล้ว ซึ่งที่จริงในขณะที่คณะรัฐมนตรีมีมติเรื่องค่าภาษีสรรพสามิตในพ.ศ. ๒๕๔๖ บริษัททีโอทีก็ไม่ได้มีภาระชำระค่าธรรมเนียมใดๆ ให้แก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.)

เพราะยังไม่ได้จัดตั้ง กทช. ในขณะนั้น ส่วนแบ่งรายได้จึงถือได้ว่าเป็นเงินได้เปล่า บริษัททีโอทีเพิ่งจะเริ่มมีภาระที่จะต้องชำระค่าธรรมเนียมใบอนุญาตในอีกสองปีต่อมาและก็จะชำระในอัตราเพียงร้อยละ ๓ และเมื่อรวมกับค่าสมทบกองทุนบริการโทรคมนาคมอย่างทั่วถึง (USO) บริษัททีโอที ก็จะมีค่าใช้จ่ายในส่วนสัญญาสัมปทานประมาณร้อยละ ๘ ของรายได้ค่าสัมปทานที่บริษัททีโอทีได้รับจากบริษัทเอไอเอส อีกทั้งต่อมากำไรจ่ายในส่วนนี้ก็ลดลงเหลือเรื่อยๆ จนในปัจจุบัน กทช. ก็ยังได้อนุญาตให้นำค่า USO มาหักออกจากฐานรายได้ก่อนการคิดคำนวณค่าธรรมเนียมใบอนุญาตอีกด้วย

๔. ๖ สำหรับประเด็นที่ว่า รัฐบาลไม่ควรลดรายได้ของบริษัททีโอทีลง เพราะบริษัทเอไอเอสได้รับประโยชน์ในเรื่องการใช้ทรัพย์สินและเครื่องอุปกรณ์ซึ่งเป็นขององค์การโทรศัพท์ฯ เดิมรวมไปถึงการประกอบธุรกิจในลักษณะผูกขาดแต่ผู้เดียวนั้น คณะกรรมาธิการฯ เห็นว่าทรัพย์สินและเครื่องอุปกรณ์นั้น เป็นทรัพย์สินที่บริษัทเอไอเอส ตกลงสร้างให้แก่รัฐโดยผ่านองค์การโทรศัพท์ฯ เดิม ดังนั้น การได้รับสิทธิในการใช้เครื่องและอุปกรณ์ดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยเหตุผลในเชิงนโยบายและการประกอบธุรกิจ สิทธิที่บริษัทเอไอเอสได้รับนี้จึงเกิดจากการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ตอบแทนทางธุรกิจจากการที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่รัฐ ไม่ใช่บริษัทเอไอเอสได้รับสิทธิพิเศษในการใช้ทรัพย์สินของรัฐแต่อย่างใด

นอกจากนี้ การที่บริษัทเอไอเอสตกลงโอนทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่องค์การโทรศัพท์ฯ เดิมนั้น ก็เป็นการตกลงโอนให้แก่รัฐโดยบริษัททีโอทีถือกรรมสิทธิ์แทนเท่านั้น รายได้สัมปทานจึงเป็นของรัฐ กล่าวคือประชาชนทุกคน ไม่ใช่เป็นสิทธิขาดของบริษัททีโอที ในประเด็นที่ว่าบริษัทเอไอเอสได้รับสิทธิขาดจากรัฐในการผูกขาดกิจการโทรคมนาคมดังนั้น จึงไม่ควรที่จะให้นำภาษีมายังหักจากค่าสัมปทานที่บริษัททีโอทีได้รับนั้น คณะกรรมาธิการฯ เห็นว่าบริษัทเอไอเอสไม่ได้รับเอกสิทธิ์จากรัฐในการผูกขาดกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่อย่างใด เพราะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจบริษัทเอไอเอสเช่นนั้น และในทางข้อเท็จจริง บริษัทเอไอเอสก็มีคู่แข่งทางธุรกิจหลายราย ดังนั้น การที่จะกำหนดเป็นการตายตัวว่ารายได้สัมปทานทั้งหมดอันเป็นของแผ่นดินจะต้องตกได้แก่บริษัททีโอที ทั้งหมด ไม่ต้องส่งตรงไปยังกระทรวงการคลังในฐานะภาษีสรรพสามิตเพราะบริษัทเอไอเอสได้รับสิทธิในการใช้ทรัพย์สินของบริษัททีโอทีหรือได้รับสิทธิผูกขาดจากรัฐ คณะกรรมาธิการฯ ไม่เห็นพ้องด้วย

๔. ๗ ยิ่งไปกว่านั้นหากคณะรัฐมนตรีไม่มีมติให้นำภาษีสรรพสามิตหักออกจากค่าสัมปทาน ผลที่เกิดขึ้นอีกประการหนึ่งต่อประชาชนก็คือ บริษัทเอกชนที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมจะต้องชำระค่าสัมปทานในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ร้อยละ ๒๐ ร้อยละ ๒๕ และร้อยละ ๓๐ และในกิจการโทรศัพท์ประจำที่ร้อยละ ๑๖ และร้อยละ ๔๓ และจะต้องชำระภาษีสรรพสามิตอีกร้อยละ ๑๐ ซึ่งบริษัทเอกชนเหล่านั้นย่อมมีสิทธิโดยชอบที่จะผลักภาระภาษีสรรพสามิตร้อยละ ๑๐ ไปให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์มือถือ การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวโดย

คณะรัฐมนตรีจึงมีลักษณะเป็นมาตรการชั่วคราวเชิงนโยบายที่จะป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อราคาค่าบริการโทรคมนาคมเท่านั้นและมิได้เป็นการขัดขวางสิทธิอันอาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการในกิจการโทรคมนาคมแต่อย่างใดซึ่งศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ ๓๒/๒๕๔๘ ก็ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ที่ศาลฎีกาเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวทำให้รัฐเกิดความเสียหายนั้น คณะจารย์ทั้งห้าไม่เห็นพ้องด้วย

๔. ๘ สำหรับประเด็นที่ว่าการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับมีลักษณะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่ เพราะผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดนอกจากจะต้องชำระค่าธรรมเนียมและค่าบริการในกิจการโทรคมนาคมให้แก่ กทช.แล้ว ยังจะต้องเสียภาษีสรรพสามิตอีกด้วยนั้น คณะจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการจะวินิจฉัยลงไปว่าการดำเนินการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกีดกันคู่แข่งรายใหม่ อันจะทำให้บริษัทที่ทำธุรกิจโทรคมนาคมอย่างเช่น บริษัทเอไอเอส ดีแทค หรือทรูมูฟ ได้ประโยชน์หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากรายได้ที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะได้รับจากการเข้าตลาด และต้นทุนในการเข้าตลาดว่า ในท้ายที่สุด การเข้าตลาดโดยต้องเสียภาษีสรรพสามิตด้วยนั้น ผู้ประกอบการรายใหม่จะยังคงได้รับกำไรในการประกอบธุรกิจหรือไม่ และศึกษาเปรียบเทียบต้นทุนระหว่างผู้ประกอบการรายใหม่และรายเก่าประกอบด้วย

๔. ๙ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว จะเห็นได้ว่าบริษัทที่ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่ที่เข้าสู่ตลาดนั้น จะไม่ได้เข้าสู่ตลาดโดยฐานของสัญญาสัมปทาน (โดยเป็นคู่สัญญากับรัฐวิสาหกิจ) อีกต่อไป แต่จะเข้าสู่ตลาดโดยการได้รับใบอนุญาตให้ประกอบการโทรคมนาคมจาก กทช. ซึ่งเมื่อพิจารณาภาระค่าใช้จ่ายในเบื้องต้นแล้ว พบว่าในขณะที่เกิดปัญหานี้ขึ้น บริษัทประกอบการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ทั้งหลายจะต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้จากการให้บริการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและภาษีสรรพสามิตเป็นจำนวนรวมกันแล้วร้อยละ ๒๐ ร้อยละ ๒๕ และร้อยละ ๓๐ ของรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่ายทั้งปวง ในขณะที่หากมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด ผู้ประกอบการรายใหม่จะต้องเสียภาษีสรรพสามิตร้อยละ ๑๐ และจะต้องเสียค่าธรรมเนียมและค่า USO ให้แก่ กทช. อีกรวมแล้วประมาณในอัตราร้อยละ ๗ ใน พ.ศ.๒๕๔๘ และ ไม่เกินร้อยละ ๖ ในปัจจุบัน รวมแล้วผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่จะมีภาระค่าใช้จ่ายประมาณร้อยละ ๑๗ ใน พ.ศ.๒๕๔๘ และร้อยละ ๑๖ ในปัจจุบัน และยังสามารถหักค่าลดหย่อนต่างๆตามที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติกำหนดได้อีกด้วย จะเห็นได้ว่าต้นทุนเกี่ยวกับการขออนุญาตในการประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ประกอบการรายเดิมเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบการใหม่แล้ว ต้นทุนของผู้ประกอบการรายเดิมก็ยังสูงกว่าอยู่ดี

นอกจากนี้หากพิจารณาจากระยะเวลาในการได้ประโยชน์จากการประกอบกิจการโทรคมนาคมแล้ว จะพบว่า การประกอบกิจการตามใบอนุญาตที่ออกโดย กทช. จะมีระยะเวลายาวนานกว่าระยะเวลาตามสัญญาสัมปทานของผู้ประกอบการรายเดิม และเมื่อพิจารณาจากประโยชน์ของผู้ประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ประกอบกิจการตามสัญญาสัมปทานเปรียบเทียบกับผู้ประกอบกิจการรายใหม่ที่จะได้รับใบอนุญาตจาก กทช. แล้ว จะพบว่า ผู้ประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ประกอบกิจการตามสัญญาสัมปทานยังมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาเครื่องและอุปกรณ์ ไม่ว่าจะเป็นเครื่องและอุปกรณ์ชุมสาย ระบบควบคุม ระบบ Billing ระบบเชื่อมโยงเครื่องและอุปกรณ์สถานีเครือข่าย ฯลฯ และจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเครื่องและอุปกรณ์เหล่านี้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐทั้งสิ้น ในขณะที่ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายใหม่ที่จะได้รับใบอนุญาตจาก กทช. ไม่มีภาระหน้าที่ดังกล่าว นอกจากนี้ ยังไม่มีข้อเท็จจริงที่ได้รับการวิเคราะห์ชัดเจนเป็นที่ยุติว่า หากไม่มีผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาในตลาด บริษัทเอไอเอสจะสามารถตรึงราคาหรือขึ้นราคาค่าบริการได้อย่างไร โดยที่ไม่สูญเสียส่วนแบ่งตลาดให้แก่บริษัทคู่แข่ง อันจะทำให้บริษัทเอไอเอสได้รับประโยชน์จากการกีดกันการเข้าตลาด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว คณะจารย์ทั้งห้า จึงเห็นว่า การเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตไม่ได้เป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่มีต้นทุนในการประกอบกิจการสูงกว่าจุดคุ้มทุนจนเข้าสู่ตลาดไม่ได้ นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายเดิมจะมีฐานลูกค้าอยู่แล้ว ในขณะที่ผู้ประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายใหม่ไม่มีฐานลูกค้าเลย แต่เรื่องนี้ก็เป็นเรื่องการแข่งขันทางธุรกิจที่ผู้ประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายใหม่จะต้องค่อยๆ สร้างฐานลูกค้าของตนขึ้น โดยแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ต่างจากกรณีของกิจการอื่นๆ ทั่วไปที่ย่อมมีผู้ที่เข้าตลาดก่อนและหลัง การที่ผู้ประกอบการรายเก่าเข้าสู่ตลาดและรับเอาความเสี่ยงทางธุรกิจต่างๆ ไปก่อนก็ไม่ใช่ว่าความผิดที่รัฐจะพึงลงโทษโดยการเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมในการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้สูงกว่ารายใหม่

๔. ๑๐ ในประเด็นที่ว่า หากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้ขึ้นภาษีสรรพสามิตในอัตราสูงถึงร้อยละ ๒๕ ก็จะทำให้บริษัท ทีโอทีต้องนำค่าสัมปทานที่ได้รับจากบริษัทเอไอเอส ไปชำระให้แก่กรมสรรพสามิตทั้งหมด ทำให้บริษัททีโอทีเสียหายนั้น คณะจารย์ทั้งห้า เห็นว่า รัฐไม่ได้สูญเสียรายได้แม้จะมีการใช้ดุลพินิจเช่นนั้น เพราะรัฐยังได้รับรายได้เท่าเดิม นอกจากนี้ การที่จะคาดการณ์ว่าในอนาคต อาจมีการขึ้นภาษีสรรพสามิตไปเป็นอัตรา ร้อยละ ๒๕ ทำให้บริษัททีโอทีไม่ได้รับค่าสัมปทานเลยนั้น ก็เป็นการคาดการณ์ในเรื่องที่ยังไม่เกิดขึ้นจริง หากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนมีเหตุให้ต้องเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีสรรพสามิต กทช. และรัฐบาลในแต่ละขณะ ย่อมต้องใช้ดุลพินิจในการปรับอัตราภาษีสรรพสามิตและค่าธรรมเนียมการประกอบกิจการโทรคมนาคมของผู้ประกอบการรายใหม่และรายเก่าให้มีความสมดุลกัน เพื่อความเท่าเทียมกันในการแข่งขัน

นอกจากนี้ยังไม่มีข้อเท็จจริงว่ามีผู้ที่ประสงค์จะประกอบกิจการ โทรคมนาคมรายใดถูกกีดกันจากการเข้าตลาดเพราะเหตุที่มีการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับและจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ตรงกันข้าม ในช่วงที่ผ่านมา เป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่าการเข้าสู่ตลาดในประเทศไทยเพื่อแข่งขันในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น ยากที่จะเป็นไปได้เพราะเหตุผลอื่นๆ เช่น สำหรับกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น กทช. ยังไม่ได้จัดสรรคลื่นความถี่เพิ่มเติมสำหรับการประกอบกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ทั้งนี้เพราะส่วนหนึ่งมาจากความล่าช้าจากภาครัฐเองที่ไม่สามารถจัดตั้งคณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ แห่งชาติ (กสช.) ซึ่งทำให้ยังไม่มีคณะกรรมการร่วมมาจัดแผนแม่บทคลื่นความถี่แห่งชาติ อันทำให้เกิดข้อถกเถียงว่า กทช. จะมีอำนาจในการจัดสรรคลื่น โทรคมนาคมเพิ่มเติมให้แก่ผู้ประกอบการ โทรศัพท์เคลื่อนที่รายใหม่ได้หรือไม่ ดังเช่น เหตุการณ์กรณีการจัดสรรคลื่นความถี่ในระบบ ๓ จี เป็นต้น

๔. ๑๑ ถึงแม้ว่าคณาจารย์ทั้งห้าจะเห็นว่าการตราพระราชกำหนดว่าด้วยภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับ อาจมีข้อโต้แย้งทางวิชาการ ได้ว่าเป็นการตราพระราชกำหนดที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเห็นว่าการใช้ภาษีสรรพสามิตเป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการ โทรคมนาคมนั้น เป็นการ ใช้เครื่องมือที่สามารถถกเถียงกันได้ ในทางวิชาการว่าไม่จำเป็นจะเหมาะสมและไม่สอดคล้องกับลักษณะของกิจการ โทรคมนาคมก็ตาม แต่เมื่อในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแล้วว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงถือเป็นอันยุติสำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด และเมื่อยังไม่ปรากฏว่าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่จะเป็นอุปสรรค กีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดดังที่ได้แสดงให้เห็นข้างต้น คณาจารย์ทั้งห้าจึงเห็นว่า ข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าการตราพระราชกำหนดว่าด้วยภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับและมติคณะรัฐมนตรีในรัฐบาลของ พตท. ทักษิณ ชินวัตร จะมีผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่มิให้เข้าตลาด อันจะเป็นการจำกัดการแข่งขันในกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ที่ศาลฎีกาฯ เห็นว่าการตราพระราชกำหนดดังกล่าว การออกประกาศกระทรวงการคลัง รวมทั้งการมีมติคณะรัฐมนตรีให้นำภาษีสรรพสามิตหักออกจากค่าสัมปทานเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ เอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ป คณาจารย์ทั้งห้าไม่อาจเห็นพ้องด้วยได้

#### ๕. ประเด็นในทางเนื้อหาของคดี – การแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่

๕. ๑ สำหรับประเด็นการแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีการปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้จากการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่แบบใช้บัตรจ่ายเงินล่วงหน้า (พรีเพด) ให้แก่บริษัทเอไอ

เอส นั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าตามสัญญาดังกล่าวที่บริษัทเอไอเอส เป็นคู่สัญญากับ ทศท. นั้น บริษัทเอไอเอส ตกลงจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนจากการได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่โดยกำหนดเป็นอัตราก้าวหน้าตามช่วงของปีสัมปทาน คือ ปีที่ ๑ ถึงปีที่ ๕ ร้อยละ ๑๕ ปีที่ ๒ ถึงปีที่ ๑๐ ร้อยละ ๒๐ ปีที่ ๑๑ ถึงปีที่ ๑๕ ร้อยละ ๒๕ ปีที่ ๑๖ ถึงปีที่ ๒๕ ร้อยละ ๓๐ ต่อมาบริษัทเอไอเอสได้ขอให้ ทศท.ปรับลดส่วนแบ่งรายได้เฉพาะในส่วนของการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบพรีเพด โดย ทศท.ได้อนุมัติให้ลดอัตราส่วนแบ่งรายได้ดังกล่าวเหลือร้อยละ ๒๐ ของมูลค่าหน้าบัตรเครดิตที่ตลอดอายุสัญญา ประเด็นปัญหามีอยู่ว่า การแก้ไขสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทเอไอเอสหรือไม่ การทำความเข้าใจประเด็นดังกล่าวนี้จะละเอียดภาพรวมของการประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยไม่ได้

๕. ๒ ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าบริษัทเอไอเอสได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่จาก ทศท. ในขณะที่ บริษัทแทค (ดีแทค) และบริษัททีเอ ออเรนจ์ (ทรูมูฟ) ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการดังกล่าวจาก กสท. แต่เนื่องจาก กสท. ไม่มีหมายเลขโทรศัพท์และไม่มีเครือข่ายโทรคมนาคม จึงต้องขอใช้หมายเลขโทรศัพท์จาก ทศท. ซึ่งการให้บริการโดยดีแทค หรือทรูมูฟผ่านเข้าไปยังเครือข่ายโทรคมนาคมของ ทศท. นั้น ทั้งดีแทคและทรูมูฟต้องจ่ายค่าเชื่อมโยงโครงข่าย (Access Charge) ให้แก่ ทศท. ในขณะที่เอไอเอส ไม่มีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เนื่องจากเอไอเอสเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับ ทศท. อยู่แล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง เอไอเอสจ่ายเฉพาะส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาให้ ทศท. ในขณะที่ดีแทคและทรูมูฟนอกจากจะต้องจ่ายค่าส่วนแบ่งรายได้ให้แก่ กสท. แล้ว ยังจะต้องจ่ายค่าเชื่อมโยงโครงข่ายให้ ทศท. อีกด้วย

ปัญหานี้เป็นปัญหาเฉพาะที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเนื่องจากทั้ง ทศท. และ กสท. ต่างก็ทำสัญญาอนุญาตให้เอกชนดำเนินกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ทั้งคู่ แม้จะคนละขานความถี่ก็ตาม ผลจากการนี้ทำให้ต้นทุนการประกอบการของดีแทคและทรูมูฟสูงกว่าเอไอเอส ซึ่งถือได้ว่าเป็นเรื่องที่บริษัทต่างๆ ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากภาครัฐมาตั้งแต่ต้น ต่อมาเมื่อดีแทคได้ให้บริการโทรศัพท์มือถือแบบพรีเพด ดีแทคเห็นว่าการจ่ายเงินค่าเชื่อมโยงโครงข่ายในอัตรา ๒๐๐ ต่อเดือนต่อหมายเลขนั้น ในหลายกรณีทำให้ดีแทคไม่สามารถดำเนินธุรกิจในส่วนนี้ต่อไปได้ เพราะหากเดือนใดมีลูกค้าใช้บริการ โดยมีค่าใช้จ่ายบริการต่ำกว่า ๒๐๐ บาท หรือมากกว่าเพียงเล็กน้อย ดีแทคจะขาดทุนในส่วนนั้นทันที ด้วยเหตุนี้ดีแทค จึงขอปรับลดการจ่ายค่าเชื่อมโยงโครงข่ายต่อ ทศท. เป็นร้อยละ ๑๘ ของราคาหน้าบัตรจ่ายเงินล่วงหน้า ซึ่ง ทศท. ก็ได้พิจารณาปรับลดให้ เมื่อ ทศท. พิจารณาปรับลดให้ดีแทคแล้ว เอไอเอสจึงขอปรับลดส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาที่ได้กล่าวถึงข้างต้นบ้าง และ ทศท. ก็อนุมัติให้ปรับลดเป็นอัตราเดียวตลอดอายุสัญญาดังกล่าวแล้ว ซึ่งศาลฎีกาฯ เห็นว่า การที่ ทศท. ปรับลดค่าเชื่อมโยงโครงข่ายให้ดีแทคนั้นเป็นการดำเนินการที่ชอบแล้ว แต่การที่ ทศท. ปรับลดส่วนแบ่งรายได้ที่เอไอเอสจะต้องจ่ายให้ ทศท. นั้น ศาลฎีกาฯ เห็นว่าเป็นการดำเนินการที่เอื้อประโยชน์ให้แก่เอไอเอส เพราะเอไอเอสมิได้มี

ค่าใช้จ่ายในส่วนที่เกี่ยวกับค่าเชื่อมโยงโครงข่ายเหมือนกับดีแทค แม้ว่าหลังจากการปรับลดส่วนแบ่งดังกล่าวแล้ว เอไอเอสจะได้ปรับลดค่าใช้จ่ายบริการให้แก่ลูกค้า ศาลฎีกาก็เห็นว่าการลดค่าใช้จ่ายบริการดังกล่าวเป็นไปตามกลไกตลาด หากใช้เป็นผลจากการที่เอไอเอสได้รับการปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้จาก ทศท. ไม่

๕. ๓ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในเรื่องนี้แล้ว คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการปรับลดส่วนแบ่งรายได้ให้แก่บริษัทเอไอเอสนั้นแม้จะมีเหตุมาจากการการที่ ทศท.ลดอัตราค่าเชื่อมโยงโครงข่ายในส่วนของค่าบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบพรีเพดก็ตาม แต่ถึงที่สุดแล้วก็ยังคงเป็นดุลพินิจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งจะต้องใช้โดยคำนึงถึงประโยชน์ต่อผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการ และประโยชน์ต่อสาธารณะเป็นสำคัญ ไม่ใช่คำนึงถึงประโยชน์ด้านฐานะการเงินขององค์กรแต่เพียงอย่างเดียว การปรับลดส่วนแบ่งรายได้โดยตัวของตัวเองนั้นอาจไม่ใช่การเอื้อประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่แท้ที่จริงแล้วอาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้บริการ ซึ่งเป็นทางเลือกเชิงนโยบายที่ชอบธรรม ดังนั้น กรณีจึงต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายตลอดจนผลที่ตามมาประกอบกัน

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการมีมติในเรื่องการลดอัตราส่วนแบ่งรายได้ให้กับเอไอเอสนั้น คณะกรรมการทศท. กำหนดเงื่อนไขให้ ทศท. เปรียบเทียบเอไอเอสให้ได้ว่ายุติในการนำส่งส่วนแบ่งรายได้ให้ ทศท.เป็นรายเดือน และนำผลประโยชน์ที่เอไอเอสได้รับในครั้งนี้นำไปใช้ให้เกิดประโยชน์กับผู้ใช้บริการ และหลังจากปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้แล้ว ปรากฏว่าเอไอเอสได้ปรับลดค่าใช้จ่ายบริการให้แก่ผู้ใช้บริการมากกว่าอัตราที่กำหนดในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเห็นได้ชัดว่า การปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้ดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์โดยตรงแก่ผู้ใช้บริการ ทำให้มีผู้ใช้บริการเพิ่มเติมขึ้น ส่งผลให้ ทศท.มีรายได้เพิ่มมากขึ้นด้วย การที่ศาลฎีกาเห็นว่าผลจากการลดอัตราส่วนแบ่งรายได้ดังกล่าวทำให้ภาระต้นทุนของเอไอเอสน้อยลง และทำให้เอไอเอสมีฐานลูกค้าผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบพรีเพดเพิ่มมากขึ้นนั้น คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการเติบโตของตลาดโทรคมนาคมในแต่ละปี เป็นการเติบโตไปตามสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจและเป็นธรรมดาอยู่เองที่จำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์มือถือจะเพิ่มขึ้น การที่จำนวนผู้ใช้โทรศัพท์มือถือเพิ่มสูงขึ้นนั้นย่อมไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้แต่เพียงอย่างเดียว แต่มีปัจจัยหลายประการประกอบกัน ที่สำคัญก็คือ การลดค่าบริการให้แก่ผู้บริโภคเพื่อแข่งขันและแย่งลูกค้าในตลาด จนทำให้บริษัทเอไอเอสมีลูกค้าพรีเพดจำนวนมาก เป็นประโยชน์แก่ทั้งบริษัททีโอที และประชาชน ซึ่งเรื่องนี้เป็นทางเลือกเชิงนโยบายของบริษัททีโอทีว่าจะเรียกเก็บค่าสัมปทานจากบริษัทเอไอเอสในอัตราที่สูงและส่วนแบ่งตลาดอาจไม่มาก อีกทั้งประชาชนจะต้องชำระค่าบริการในราคาที่แพง หรือจะเลือกที่จะเรียกเก็บค่าสัมปทานน้อยลงเพื่อให้บริษัทเอไอเอสยังคงความได้เปรียบในตลาดไว้บ้าง แต่ก็ยังเป็นประโยชน์แก่บริษัททีโอทีในเรื่องการรักษาส่วนแบ่งตลาดและหวังจะได้รับรายได้สูงมากขึ้นจากส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มสูงขึ้นและก็ทำให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์ในค่าบริการที่ลดลง

แม้ศาลฎีกาจะเห็นว่า การลดค่าบริการให้แก่ผู้บริโภคจะเป็นผลมาจากการแข่งขันกันทางการค้า การที่เอไอเอสปรับลดค่าใช้จ่ายบริการให้แก่ลูกค้าจึงเป็นไปตามกลไกตลาดนั้น คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า หากไม่มีการปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้เสียแล้ว เจ็อนใจของบริษัทเอไอเอสในการแข่งขันในตลาดย่อมเปลี่ยนแปลงไป และบริษัทเอไอเอสก็ย่อมไม่สามารถลดค่าบริการได้ถึงขนาดที่ได้กระทำไปแล้ว อีกทั้งย่อมต้องสูญเสียส่วนแบ่งตลาดไปบ้าง และกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่อาจไม่เติบโตถึงขนาดที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

๕. ๔ คณาจารย์ทั้งห้ามีความเห็นต่อไปว่า การที่ กสท. และ ทศท. ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันและต่างฝ่ายต่างให้สัมปทานแก่เอกชน เป็นสาเหตุสำคัญแห่งความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นแก่เอกชนในแต่ละช่วงเวลา ทำให้บริษัทดีแทคและทรูทูปมีต้นทุนมากกว่าบริษัทเอไอเอส สิ่งเหล่านี้ก็เป็นความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการกระทำของภาครัฐที่เกิดขึ้นก่อนหน้านี้นานมาก การที่บริษัททีโอทีลดรายได้สัมปทานให้แก่บริษัทเอไอเอส เพื่อให้บริษัทเอไอเอส คู่สัญญาของตนเองได้เปรียบบริษัทดีแทคหรือ บริษัททรูมูฟอันเป็นคู่แข่งและคู่สัญญาสัมปทานของบริษัท กสท โทรคมนาคม จึงเป็นปัญหาความไม่เป็นธรรมที่สืบเนื่องมาจากโครงสร้างที่ภาครัฐกำหนดขึ้นตั้งแต่ต้นว่าให้บริษัททีโอทีประกอบกิจการแข่งขันกับ บริษัท กสท โทรคมนาคมในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ การที่บริษัท ทีโอทีไม่ได้ให้ความเป็นธรรมต่อบริษัทดีแทคหรือบริษัท ทรูมูฟ อันเป็นคู่แข่งของตน จึงเป็นความบกพร่องเชิงนโยบายของรัฐบาลตั้งแต่ต้น ไม่ได้เป็นความผิดอย่างใดของผู้บริหารของบริษัท ทีโอทีในปี ๒๕๔๖ หรือคณะรัฐมนตรีในรัฐบาลของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับการได้รับส่วนแบ่งรายได้ในภาพรวมที่เพิ่มสูงขึ้นของบริษัททีโอที และผลประโยชน์ที่ตกแก่ผู้บริโภคโดยตรงในการได้ใช้โทรศัพท์มือถือในราคาที่ถูกลงและความเจริญเติบโตในอุตสาหกรรมแล้ว คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า การปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้จากการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบพีริเพดเป็นทางเลือกเชิงนโยบายของบริษัท ทีโอทีที่สืบเนื่องมาจากโครงสร้างที่บกพร่องที่ภาครัฐกำหนดขึ้นก่อนหน้านี้นี้ จึงถือไม่ได้ว่ามีการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทเอไอเอสโดยไม่ชอบ

**๖. ประเด็นทางเนื้อหาของคดี – การแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เพื่ออนุญาตให้ใช้เครือข่ายรวมหรือโรมมิ่ง (Roaming)**

๖. ๑ สำหรับการแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่เพื่ออนุญาตให้ใช้เครือข่ายรวมหรือโรมมิ่ง (Roaming) โดยให้หักค่าใช้จ่ายจากรายรับและการปรับลดอัตราค่าใช้จ่ายเครือข่ายร่วมเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ปและบริษัทเอไอเอสนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัทเอไอเอสต้องการขยายฐานลูกค้าจึงได้ทดลองเข้าไปร่วมใช้เครือข่ายของบริษัทดีทีซีซึ่งบริษัทเอไอเอสเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ (ร้อยละ

๕๘.๕๕) โดยบริษัทดีพีซีได้รับสัมปทานการจัดสรรคลื่นความถี่และเป็นผู้สัญญา กับ กสท. โดยบริษัทเอไอเอส และ ทศท. ได้ตกลงแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (ครั้งที่ ๗) เกี่ยวกับการใช้เครือข่ายร่วม การแก้ไขสัญญาดังกล่าวมีสาระสำคัญคือ ทศท.อนุญาตให้บริษัทเอไอเอสสามารถนำค่าใช้จ่ายเครือข่ายร่วมที่ต้องจ่ายให้แก่ผู้ให้บริการรายอื่นมาหักออกจากรายได้ค่าบริการและเงินอื่นใดที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการก่อนนำส่งส่วนแบ่งรายได้ ศาลฎีกาเห็นว่ากรณีที่บริษัทเอไอเอสขยายเครือข่ายการให้บริการเพื่อให้เพียงพอกับความต้องการของผู้ใช้บริการด้วยวิธีการใช้เครือข่ายร่วมกับบริษัทดีพีซีซึ่งถือว่าเป็นบริษัทเดียวกันกับบริษัทเอไอเอส แทนที่จะลงทุนสร้างโครงข่ายเพิ่มเติมเป็นการประหยัดเงินลงทุนสร้างโครงข่าย บริษัทเอไอเอสไม่สามารถอ้างในเรื่องจำนวนคลื่นความถี่ที่ได้รับการจัดสรรจาก ทศท.ได้ และไม่อาจปัดให้เป็นความรับผิดชอบของ ทศท.ที่จะต้องจัดหาคลื่นความถี่มาให้เพียงพอแก่การให้บริการของบริษัทเอไอเอส การแก้ไขสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อปัดความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่ตนเองต้องรับผิดชอบจึงขัดต่อสัญญาหลัก รายได้ที่เกิดขึ้นจากการให้บริการแก่ผู้ให้บริการโดยผ่านการใช้เครือข่ายร่วมเป็นรายได้และผลประโยชน์ที่บริษัทเอไอเอสจะต้องจ่ายเป็นผลประโยชน์ตอบแทนให้ ทศท. การที่บริษัทเอไอเอสนำค่าใช้จ่ายเครือข่ายร่วมมาหักออกจากส่วนแบ่งรายได้ ย่อมเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ทศท.

๖. ๒ คณาจารย์ทั้งห้าพิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ประเด็นที่ว่าบริษัทเอไอเอสได้เจรจาต่อรองให้ตนเองสามารถขยายโครงข่ายโทรศัพท์โดยการร่วมใช้โครงข่ายกับบริษัทลูกของตน กล่าวคือ บริษัทดีพีซีซึ่งได้รับสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่จากบมจ. กสท. ได้หรือไม่และจะสามารถต่อรองเพื่อนำค่าใช้จ่ายเครือข่ายร่วมที่บริษัทเอไอเอสชำระให้แก่บริษัทดีพีซี มาหักออกจากค่าสัมปทานที่บริษัทเอไอเอสต้องจ่ายให้แก่บมจ. ทีโอทีได้หรือไม่นั้น เป็นประเด็นการต่อรองทางธุรกิจปกติระหว่างบริษัททีโอทีและบริษัทเอไอเอสที่จะตกลงกันเป็นทางเลือกในการประกอบธุรกิจของกลุ่มสัญญา

๖. ๓ เหตุผลสำคัญส่วนหนึ่งที่บริษัทเอไอเอสต้องไปใช้เครือข่ายร่วมกับดีพีซีนั้น เป็นเหตุผลทางเทคนิคที่ว่าบริษัทเอไอเอสไม่อาจสร้างโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ให้ครอบคลุมพื้นที่ทั่วประเทศ รองรับการใช้บริการโดยใช้คลื่นความถี่ ๘๐๐ เมกะเฮิรตซ์ที่บริษัททีโอทีจัดสรรให้ได้เพียงพอ ในบางพื้นที่ที่มีการใช้บริการหนาแน่นจึงเกิดการติดขัด และคุณภาพการให้บริการลดลง เช่น ในพื้นที่ส่วนใหญ่ของเมืองใหญ่ๆ เช่น กรุงเทพมหานคร และอื่นๆ ซึ่งตามสัญญาสัมปทานข้อ ๒๕.๕ ได้ระบุไว้เป็นหน้าที่ของบริษัททีโอทีไว้อย่างชัดเจนว่าให้มีหน้าที่ขอคลื่นความถี่มาให้บริษัทเอไอเอสใช้ในการให้บริการ โดยข้อสัญญาระบุว่า “ส่วนความถี่ที่จะใช้กับระบบ GSM ทศท. จะดำเนินการขอและจัดสรรให้ต่อไปเมื่อได้รับการแจ้งจากบริษัท” ซึ่งหากจะพิจารณาถึงแนวทางที่ดำเนินการกันอยู่เป็นธรรมดาทั่วโลกนั้น จะเห็นได้ว่า ภาครัฐซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการ

จัดสรรคลื่นความถี่ย่อมจะต้องพยายามเสาะหาคลื่นความถี่ในย่านต่างๆเพื่อรองรับการขยายตัวของกาให้บริการของผู้ประกอบการ และในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้นจำเป็นต้องเป็นย่านคลื่นความถี่มาตรฐาน ที่มีการผลิตเครื่องลูกข่ายหรือเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่รองรับเป็นสากลด้วย จึงจะสามารถให้บริการทางธุรกิจได้

๖.๔ เทคโนโลยี GSM/2G ซึ่งทางบริษัทเอไอเอสให้บริการอยู่นั้น โดยมาตรฐานเทคโนโลยีแล้วสามารถให้บริการได้บนย่านคลื่นความถี่ ๕๐๐ MHz และย่านคลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz ซึ่งในประเทศที่พอที่จะมีคลื่นความถี่นี้เหลืออยู่ ก็จะจัดสรรให้ผู้ประกอบการได้ใช้ทั้ง ๒ ย่าน เพื่อประสิทธิภาพในการให้บริการ ดังนั้น จึงเป็นธรรมดาที่จะมีผู้ประกอบการโครงข่ายหนึ่งจะได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่ทั้งในย่าน ๕๐๐ MHz และย่าน ๑๘๐๐ MHz เพื่อให้บริการ สำหรับประเทศไทย ย่านความถี่ ๕๐๐ MHz ที่จัดสรรได้นั้น บริษัทเอไอเอสได้ใช้เต็มจำนวนแล้ว แต่บริษัทเอไอเอสไม่ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่ย่าน ๑๘๐๐ MHz จากภาครัฐ เพราะย่านคลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz นั้น บริษัทแทค บริษัททรูมูฟ และบริษัทดีพีซีได้รับสิทธิในการใช้ภายใต้สัญญาสัมปทานของ กสท. และได้ใช้ร่วมกันจนเต็มย่าน แล้ว บริษัทเอไอเอส รวมทั้งบริษัททีโอที ซึ่งมีหน้าที่หาคลื่นความถี่ตามสัญญาสัมปทานให้บริษัทเอไอเอส จึงไม่สามารถหาย่านคลื่นความถี่ใดมาใช้ให้เพียงพอกับโครงข่ายการให้บริการของบริษัทเอไอเอสซึ่งขยายตัวอย่างรวดเร็วจนเกิดความคับคั่งเป็นผลเสียต่อคุณภาพการให้บริการ ดังนั้น บริษัทเอไอเอสย่อมไม่มีทางเลือกอื่นในการที่จะขยายข่ายการให้บริการรองรับการขยายตัวของผู้ใช้บริการของตน หนทางแก้ปัญหาจึงมีเหลือทางเดียว คือ ต้องร่วมใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่บริษัทดีพีซีบริหารงานอยู่ โดยใช้วิธีการทางเทคนิคที่เรียกว่า Roaming ซึ่งมีการแปลเป็นภาษาไทยว่า การขอใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ประกอบการรายอื่น ดังนั้น เรื่องของการ Roaming จึง เป็นเรื่องปกติวิสัย ไม่ใช่เป็นการเอารัดเอาเปรียบทางธุรกิจแต่อย่างใด

๖.๕ ส่วนประเด็นที่ว่าบริษัทเอไอเอสควรจะทราบถึงข้อจำกัดของการขยายโครงข่ายโทรคมนาคมได้อยู่แล้วตั้งแต่ในขณะทำสัญญาสัมปทานนั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่าในปี พ.ศ ๒๕๓๓ อันเป็นปีที่บริษัทเอไอเอสเข้าทำสัญญากับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยนั้น ย่อมเป็นการยากที่จะคาดหมายได้ว่าจำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่จะมีการขยายตัวมากดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น ในเมื่อบริษัทเอไอเอสประสบความสำเร็จในการขยายการให้บริการแก่ประชาชน บริษัททีโอทีจึงควรที่จะให้ความช่วยเหลือในการจัดหาคลื่นความถี่เพิ่มเติมแก่บริษัทเอไอเอสหรือมิฉะนั้น ก็ให้บริษัทเอไอเอสสามารถขยายโครงข่ายโทรคมนาคมโดยการร่วมใช้โครงข่ายโทรคมนาคมกับบริษัทดีพีซีได้ ซึ่งหมายความว่า ผู้ใช้บริการของบริษัทเอไอเอสก็สามารถใช้บริการโทรศัพท์ผ่านเครื่องอุปกรณ์และคลื่นความถี่ที่บริษัทดีพีซีได้รับจัดสรรภายใต้สัญญาสัมปทานของ กสท.

๖. ๖ ในประเด็นที่ว่า การที่บริษัทเอไอเอสได้นำค่าใช้จ่ายที่ได้ออกให้แก่นักธุรกิจที่ซื้อสินค้าจากบริษัทไอทีเป็นการทำให้บริษัทไอทีเสียหายหรือไม่นั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่า การตกลงให้นำค่าร่วมใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวมาหักออกก่อน ย่อมเป็นทางเลือกในการประกอบธุรกิจที่บริษัทไอทีและบริษัทเอไอเอสสามารถตกลงกันได้ และการตกลงดังกล่าวยังนำมาซึ่งผลดีต่อบริษัทไอทีและต่อประชาชนผู้ใช้บริการ เพราะจะทำให้ไม่เกิดการเรียกเก็บค่าสัมปทานซ้ำซ้อนจากผู้ใช้บริการโทรศัพท์ และทำให้บริษัทเอไอเอสสามารถหลีกเลี่ยงการขึ้นราคาค่าใช้บริการจากผู้ใช้บริการ อันจะทำให้บริษัทเอไอเอสต้องสูญเสียส่วนแบ่งตลาด และบริษัทไอทีต้องสูญเสียส่วนแบ่งรายได้ค่าสัมปทาน ดังตัวอย่าง คือ สมมุติว่าบริษัทเอไอเอสได้รับรายได้จากผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ๑๐๐ บาท และได้ชำระค่าใช้จ่จ่ายร่วมให้แก่นักธุรกิจที่ซื้อ ๗๐ บาท หากบริษัทเอไอเอสไม่สามารถนำค่าใช้จ่ายดังกล่าวมาหักออกก่อน บริษัทเอไอเอส ก็ต้องชำระค่าสัมปทานให้แก่นักธุรกิจที่ซื้อในอัตรา ๒๕% จากฐานรายได้ ๑๐๐ บาท ในขณะที่เดียวกัน รัฐโดยบริษัท กสท ก็เรียกเก็บค่าสัมปทานบนฐานค่าใช้จ่ายที่บริษัทไอทีได้รับจากบริษัทเอไอเอสจำนวน ๗๐ บาทอีกด้วย ซึ่งซ้ำซ้อนกับการที่รัฐโดยบริษัทไอทีได้เรียกเก็บค่าสัมปทานจากรายได้ ๗๐ บาทนี้ไปแล้ว ดังนั้น การให้บริษัทเอไอเอสนำค่าใช้จ่ายร่วมที่ได้ออกให้แก่นักธุรกิจที่ซื้อสินค้าจากบริษัทไอทีก่อน จึงเป็นเรื่องการขจัดความซ้ำซ้อนในการจัดเก็บค่าสัมปทานของรัฐ ทำให้ผู้ใช้บริการไม่ต้องรับภาระที่สูงเกินควร หากไม่ให้บริษัทเอไอเอสนำค่าใช้จ่ายร่วมดังกล่าวมาหักออกก่อน ทั้งๆที่บริษัทไอทีก็ได้ชำระค่าสัมปทานบนรายได้ ๗๐ บาทแล้ว จะทำให้บริษัทเอไอเอสและบริษัทไอทีมีต้นทุนสูงขึ้น ซึ่งจะทำให้บริษัทไอทีต้องขึ้นราคาค่าร่วมใช้จ่จ่าย อันทำให้บริษัทเอไอเอสก็ต้องขึ้นราคาค่าบริการจากผู้ใช้บริการ ซึ่งแน่นอนว่าย่อมกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันของบริษัทเอไอเอส ส่วนแบ่งตลาดอาจน้อยลง และบริษัทไอทีก็อาจได้รับค่าสัมปทานน้อยลงกว่า การอนุญาตให้บริษัทเอไอเอสนำค่าใช้จ่ายร่วมดังกล่าวมาหักออก

คณะกรรมาธิการจึงเห็นว่า กรณีดังกล่าวย่อมเป็นทางเลือกทางธุรกิจที่บริษัทไอทีกับบริษัทเอไอเอสจะตกลงกันได้ และเป็นเรื่องในทางนโยบายที่เป็นผลดียังเกิดแก่ประชาชนด้วย ยิ่งไปกว่านั้น การที่บริษัทเอไอเอสใช้จ่จ่ายร่วมกับบริษัทไอที ยังเป็นผลดีต่อประเทศในแง่การที่ไม่ต้องมีการสร้างจ่จ่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ซ้ำซ้อนกัน ในบางพื้นที่โดยไม่จำเป็นอันจะเป็นการก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมและจะเป็นการทำให้เกิดต้นทุนในการประกอบกิจการสูงขึ้น ส่งผลต่อค่าใช้จ่ายบริการที่จะต้องสูงขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นการที่ศาลฎีกาฯ ได้วินิจฉัยว่า การที่บริษัทเอไอเอสและบริษัทไอทีตกลงกันเพื่อนำค่าใช้จ่ายร่วม อันเป็นความรับผิดชอบของบริษัทเอไอเอส มาหักออกจกส่วนแบ่งรายได้สัมปทาน เป็นการกระทำความเสียหายให้แก่นักธุรกิจ. คณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วย

## ๗. ประเด็นทางเนื้อหาของคดี - การละเว้น อนุมัติ ส่งเสริม สนับสนุนกิจการดาวเทียมตามสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ

๗. ๑ สำหรับกรณีการละเว้น อนุมัติ ส่งเสริม สนับสนุนกิจการดาวเทียมตามสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศที่มีการอนุมัติดาวเทียมไอพีสตาร์ (iPSTAR) เป็นดาวเทียมสำรอง การอนุมัติให้มีการแก้ไขสัญญาสัมปทานลดสัดส่วนการถือครองหุ้นของบริษัทชินคอร์ปในบริษัทไทยคมจากที่จะต้องถือครองหุ้นไม่น้อยกว่าอัตราร้อยละ ๕๑ เป็นไม่น้อยกว่าอัตราร้อยละ ๔๐ และกรณีอนุมัติให้ใช้เงินค่าสินไหมทดแทนจากการที่ดาวเทียมไทยคม ๓ เกิดความเสียหายไปเข้าช่องสัญญาณต่างประเทศที่ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์นั้น จะได้พิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไปดังนี้

๗. ๒ กรณีการอนุมัติดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมสำรอง ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัทชินคอร์ปเป็นผู้ได้รับสัมปทานตามสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ สัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาระบุให้บริษัทชินคอร์ปมีสิทธิในการบริหารจัดการและการให้บริการวงจรวางดาวเทียม (Transponder) เพื่อการสื่อสารภายในประเทศและมีสิทธิเก็บค่าใช้วงจรวางดาวเทียมจากผู้ใช้งานดาวเทียม โดยกระทรวงคมนาคมจะคุ้มครองสิทธิในการดำเนินกิจการและให้บริการวงจรวางดาวเทียมของบริษัทชินคอร์ปไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาดำเนินกิจการแข่งขัน ทั้งนี้โดยบริษัทชินคอร์ปตกลงจัดสร้างและจัดส่งดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศดวงที่หนึ่งขึ้นสู่วงโคจรพร้อมกับจัดให้มีระบบดาวเทียมสำรองในลักษณะดาวเทียมภาคพื้นดิน รวมทั้งจัดให้มีดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองดวงที่สองและดวงต่อไปขึ้นใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพและต่อเนื่องกับการสิ้นอายุของดาวเทียมดวงก่อน โดยคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองตั้งแต่ดวงที่สองเป็นต้นไปจะต้องมีคุณสมบัติการใช้งานไม่ด้อยกว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองดวงที่หนึ่ง แต่จำนวนวงจรวางดาวเทียมและและชนิดย่านความถี่ (C-Band หรือ Ku-Band) ให้เป็นไปตามที่กระทรวงและบริษัทจะตกลงกัน ในการนำวงจรวางดาวเทียมไปให้ประเทศอื่นใช้ บริษัทรับที่จะให้โอกาสเท่าเทียมกันในการขอใช้วงจรวางดาวเทียมของผู้ใช้งานดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศทุกราย และในกรณีที่มิวงจรวางดาวเทียมที่เหลือจากการใช้ในประเทศ บริษัทด้วยความเห็นชอบของกระทรวงคมนาคมสามารถนำวงจรวางดาวเทียมที่เหลือไปให้ประเทศอื่นใช้ได้ นอกจากนี้บริษัทชินคอร์ปยินยอมให้กระทรวงหรือส่วนราชการหรือหน่วยงานที่กระทรวงเห็นชอบใช้วงจรวางดาวเทียมแบบ Non Pre-emptible Transponder ของดาวเทียมที่บริษัทจัดตั้งขึ้นซึ่งใช้เป็นดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองในย่านความถี่ C-Band จำนวน ๑ วงจรวางดาวเทียมโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใดๆ

๗. ๓ ประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ก็คือ หลังจากที่บริษัทชินคอร์ปได้ส่งดาวเทียมหลัก คือ ดาวเทียมไทยคม ๑ ดาวเทียมสำรอง คือ ดาวเทียมไทยคม ๒ ดาวเทียมหลัก คือ ดาวเทียมไทยคม ๓ แล้ว กระทรวงคมนาคมได้อนุมัติให้มีการจัดสร้างและส่งดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ คือ ดาวเทียมไทยคม ๔ แต่บริษัทได้ขอเลื่อนการส่งดาวเทียมดังกล่าวหลายครั้ง และต่อมาได้มีการแก้ไขข้อกำหนดด้านเทคนิค โดยเปลี่ยนคุณสมบัติของดาวเทียมสำรองดังกล่าว เมื่อได้รับอนุมัติแล้วจึงส่งดาวเทียมดังกล่าว คือ ดาวเทียมไอพีสตาร์ (ไทยคม ๔) ขึ้นสู่วงโคจร ศาสตราจารย์เห็นว่าดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่เป็นดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ ดวงดวงได้ด้วยเทคโนโลยีที่แตกต่างกัน โดยดาวเทียมไอพีสตาร์ใช้ย่านความถี่เคยู-แบน รับและส่งข้อมูลให้ลูกค้าและใช้ย่านความถี่ เคเอ-แบน ในการสื่อสารรับส่งข้อมูลจากสถานีภาคพื้นดินกับดาวเทียมบนอวกาศในการเชื่อมต่อระบบอินเทอร์เน็ต โดยไม่มีย่านความถี่ ซี-แบน ที่จะให้กระทรวงคมนาคมใช้จำนวน ๑ วงจรดาวเทียมตามสัญญา และไม่มีข้อตกลงว่าจะดำเนินการอย่างไรเพื่อทดแทน ทั้งที่ดาวเทียมไทยคม ๓ ซึ่งเป็นดาวเทียมหลักมีช่องสัญญาณย่านความถี่ ซี-แบน และเคยู-แบน และเห็นว่าการลงมติว่าดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมหลักดวงใหม่ หรือเป็นดาวเทียมสำรองของคณะกรรมการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องขัดแย้งกัน กล่าวคือกรมไปรษณีย์โทรเลขและคณะกรรมการประสานงานตามสัญญาสัมปทานในคราวพิจารณาอนุมัติคุณสมบัติของดาวเทียมไอพีสตาร์เห็นว่าดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมหลักดวงใหม่ แต่ในการประชุมครั้งต่อมาคณะกรรมการประสานงานตามสัญญาสัมปทานได้อนุมัติให้ดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมสำรอง และได้มีการเสนอความเห็นดังกล่าวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเพื่ออนุมัติให้ดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมสำรอง ซึ่งหากดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่ใช่ดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ แต่เป็นดาวเทียมหลักดวงใหม่แล้ว บริษัทจะต้องจัดสร้างดาวเทียมสำรองดาวเทียมไอพีสตาร์อีก ๑ ดวงตามสัญญา ศาสตราจารย์เห็นต่อไปว่าเมื่อดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่เป็นดาวเทียมสำรองของดาวเทียมหลัก คือ ดาวเทียมไทยคม ๓ ได้ ทำให้ความมั่นคงในการสื่อสารดาวเทียมของชาติต้องเสียหายจากการที่ไม่มีดาวเทียมไทยคม ๔ เพื่อเป็นดาวเทียมสำรองจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ทำให้บริษัทผู้รับสัมปทานไม่ต้องกั้มเงินมาลงทุนในการส่งดาวเทียมไทยคม ๔ นอกจากนั้นวัตถุประสงค์หลักของดาวเทียมไอพีสตาร์ยังเป็นไปเพื่อมุ่งหวังทางการค้าและรองรับการใช้งานอินเทอร์เน็ตสำหรับผู้ใช้งานในต่างประเทศ และบริษัทยังกำหนดแผนการจำหน่ายในต่างประเทศถึงร้อยละ ๕๔ แต่จำหน่ายในประเทศร้อยละ ๖ ศาสตราจารย์จึงเห็นว่าดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมหลักที่สร้างขึ้นเพื่อการสื่อสารระหว่างประเทศเป็นหลัก การอนุมัติดังกล่าวทำให้บริษัทได้สัมปทานดาวเทียมระหว่างประเทศไปโดยไม่ต้องมีการประมูล จึงเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทชินคอร์ปและบริษัทไทยคม

๗. ๔ คณาจารย์ทั้งห้าพิจารณาประเด็นดังกล่าวแล้ว เห็นว่าในการจัดให้มีระบบดาวเทียมสำรองนั้น สัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับบริษัทชินวัตรคอมพิวเตอร์

แอนด์ คอมมิวนิเคชัน จำกัด ข้อ ๖ กำหนดไว้ว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรอง ตั้งแต่ดวงที่สองเป็นต้นไปจะต้องมีคุณสมบัติไม่ด้อยกว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองดวงที่หนึ่ง ทั้งนี้โดยมีการกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของดาวเทียมดวงที่หนึ่งไว้ในข้อ ๘ ของสัญญา ดังกล่าวรวมทั้งกำหนดไว้ด้วยว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมสำรองดวงที่หนึ่งอย่างน้อยจะต้องไม่ด้อยกว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมดวงที่หนึ่ง และทดแทนดาวเทียมหลักดวงที่หนึ่งเพื่อสามารถใช้งานได้ โดยต่อเนื่อง สัญญาดังกล่าวไม่ได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองตั้งแต่ดวงที่สองเป็นต้นไปไว้

ในกรณีของดาวเทียมไอพีสตาร์นั้น เห็นได้ชัดว่าบริษัทผู้รับสัมปทานมุ่งประสงค์จะให้เป็นการเป็นดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ เพียงแต่ได้พัฒนาเทคโนโลยีให้สูงขึ้น ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาว่าดาวเทียมไอพีสตาร์มีคุณสมบัติทางเทคนิคพัฒนาขึ้นเป็นการเฉพาะครั้งแรกของโลกตามที่จดสิทธิบัตรไว้ และปรากฏชัดเจนว่าคุณสมบัติของดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่ด้อยไปกว่าดาวเทียมดวงอื่นๆ ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการทั้งห้าจึงเห็นว่าบริษัทผู้รับสัมปทานได้ปฏิบัติถูกต้องตามสัญญาแล้ว

ยิ่งไปกว่านั้นคณะกรรมการทั้งห้าเห็นว่าการมีดาวเทียมสำรองที่มีคุณสมบัติทางเทคนิคที่พัฒนาขึ้นใหม่ดีกว่าดาวเทียมหลัก เป็นดาวเทียมที่มีประสิทธิภาพสูงและครอบคลุมพื้นที่การให้บริการมากกว่าย่อมเป็นผลดีต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่ถือว่าเป็นดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ ดวงต่อดวงได้ด้วยเทคโนโลยีที่แตกต่างกัน แต่เป็นดาวเทียมหลักดวงใหม่นั้น คณะกรรมการทั้งห้าไม่เห็นพ้องด้วย เนื่องจากในสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศไม่มีข้อใดเลยที่ระบุให้ดาวเทียมสำรองต้องใช้เทคโนโลยีเดียวกับดาวเทียมหลัก เพียงแต่ระบุว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองตั้งแต่ดวงที่สองเป็นต้นไปจะต้องมีคุณสมบัติไม่ด้อยกว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองดวงที่หนึ่งเท่านั้น

นอกจากนี้ที่ศาลฎีกาเห็นว่าดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่มีย่านความถี่ซี-แบนที่จะให้กระทรวงคมนาคมใช้จำนวน ๑ วงจรดาวเทียมตามสัญญา เพราะดาวเทียมไอพีสตาร์ใช้ย่านความถี่เคยู-แบน และย่านความถี่เคเอ-แบน นั้น เมื่อพิจารณาจากข้อมูลทางเทคนิคที่ศาลฎีกาสามารถค้นหาข้อเท็จจริงได้เองตามหลักการพิจารณาคดีในระบบไต่สวนแล้วจะเห็นได้ว่า ดาวเทียมไอพีสตาร์สามารถรองรับความถี่ซี-แบนได้ แต่ต้องมีสถานีสัญญาณและกรณีนี้ก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงในคำพิพากษาที่แสดงว่ากระทรวงคมนาคมโต้แย้งว่าตนไม่ได้ใช้วงจรดาวเทียมเพราะเหตุว่าดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่มีย่านความถี่ซี-แบนแต่อย่างใด

สำหรับกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมหลักที่สร้างขึ้นเพื่อการสื่อสารระหว่างประเทศเป็นหลัก เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากเอกสารขอรับการส่งเสริมการลงทุน บริษัทมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อมุ่งหวังทางการค้าต่างประเทศนั้น คณะกรรมการทั้งห้าเห็นว่าสัญญาดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศข้อ

๑๑ ระบุอนุญาตให้บริษัทสามารถนำวงจรดาวเทียมที่เหลือจากปริมาณความต้องการในประเทศไปให้ประเทศอื่นใช้ได้โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงคมนาคม ในการวางแผนการตลาดนั้น เป็นธรรมดาอยู่เองที่ผู้ประกอบการจะต้องพิจารณาความต้องการการใช้วงจรดาวเทียมทั้งในและต่างประเทศว่าเป็นอย่างไร ในคำพิพากษาดังกล่าวไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่าเกิดความขาดแคลนในการใช้วงจรดาวเทียมของผู้ใช้วงจรดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ เมื่อปริมาณความต้องการการใช้วงจรดาวเทียมในประเทศยังมีไม่มากนัก การที่บริษัทนำวงจรดาวเทียมที่เหลือจากความต้องการในประเทศไปให้ประเทศอื่นใช้โดยได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงชอบแล้ว อีกทั้งการวางแผนการตลาดในการนำวงจรดาวเทียมออกให้บุคคลอื่นใช้บริการนั้นไม่ว่าจะเป็นในประเทศหรือต่างประเทศโดยคำนวณตามความต้องการของตลาด ก็เป็นเรื่องปกติธรรมดาทางธุรกิจ ที่ศาลฎีกาเห็นว่าการอนุมัติให้ดาวเทียมไอพีเอสตาร์เป็นดาวเทียมสำรองเป็นการกระทำที่ทำให้รัฐเสียหายและเอื้อประโยชน์นั้น คณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วย

๗. ๕ กรณีการอนุมัติให้แก่ไขสัญญาสัมปทาน โดยให้มีการลดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทชินคอร์ปที่ต้องถือในบริษัทไทยคมจากที่บริษัทชินคอร์ปต้องมีสัดส่วนการถือครองหุ้นในบริษัทไทยคมเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าอัตราร้อยละ ๕๑ เป็นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๔๐ นั้น กรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่าสัญญาดำเนินการสื่อสารดาวเทียมภายในประเทศ ข้อ ๔ ระบุให้บริษัทชินวัตรคอมพิวเตอร์ฯ (ชินคอร์ป) จะต้องตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินการตามสัญญา โดยจะต้องจัดตั้งบริษัทใหม่ให้เสร็จสิ้นภายใน ๑๒ เดือน นับจากวันเริ่มให้บริการวงจรดาวเทียม และให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้ตลอดอายุสัญญาด้วย คือ (๑) บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ต้องมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า ๑๐๐๐ ล้านบาท (๒) บริษัทชินคอร์ปจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของจำนวนหุ้นทั้งหมด (๓) บริษัทชินคอร์ปต้องดำเนินการให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ปฏิบัติตามสัญญาฉบับนี้ต่อกระทรวงร่วมกันและแทนกันกับบริษัท

หลังจากทำสัญญาแล้วบริษัทชินคอร์ปได้ก่อตั้งบริษัทไทยคมขึ้น ต่อมาบริษัทไทยคมได้ขอแก้ไขสัญญาสัมปทานโดยให้เหตุผลว่าต้องใช้เงินลงทุนในโครงการดาวเทียมไอพีเอสตาร์เป็นจำนวนสูงมากจึงต้องหาพันธมิตรเข้ามาเพื่อร่วมลงทุนทำให้ต้องลดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทชินคอร์ปที่จะต้องถือหุ้นในบริษัทไทยคมลง ต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีและสารสนเทศและการสื่อสารได้อนุมัติให้แก่ไขสัญญาสัมปทานดังกล่าว โดยให้อนุมัติให้ลดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทชินคอร์ปที่ต้องถือในบริษัทไทยคมจากไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ เป็นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๔๐

ศาลฎีกาเห็นว่าการกำหนดการถือครองหุ้นในสัดส่วนไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ เป็นนัยสำคัญที่ทำให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้บริษัทชินคอร์ปได้สัมปทาน การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ อนุมัติให้แก่ไขสัญญาดังกล่าวโดยมิได้นำเข้าคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบเป็นการอนุมัติโดยมิชอบและ

เอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ป เนื่องจากในกรณีที่บริษัทไทยคมทำการเพิ่มทุนเพื่อดำเนินโครงการใดๆ โดยเฉพาะโครงการดาวเทียม ไอพีสตาร์ซึ่งต้องใช้เงินลงทุนสูงมากนั้น บริษัทชินคอร์ปไม่ต้องระดมทุนหรือกู้เงินมาซื้อหุ้นเพื่อรักษาสัดส่วนร้อยละ ๕๑ ของตนเอง แต่กลับกระจายความเสี่ยงไปให้นักลงทุนรายย่อยในตลาดหลักทรัพย์ การลดสัดส่วนการถือครองหุ้นดังกล่าวทำให้บริษัทชินคอร์ปได้รับเงินทุนคืนจากการโอนขายหุ้นออกไปให้ผู้ถือหุ้นกลุ่มอื่น ทั้งมีผลเป็นการลดทอนความมั่นคงและความมั่นใจในการดำเนินโครงการดาวเทียมของบริษัทชินคอร์ปในฐานะผู้ได้รับสัมปทาน โดยตรงที่ต้องมีอำนาจควบคุมการบริหารจัดการอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดได้อีกด้วย

๗. ๖ คณาจารย์ทั้งห้าพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ ไม่ได้นำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีนั้น ปรากฏข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาว่ากระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ ได้หารือสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาดังกล่าว สำนักงานอัยการสูงสุดตอบหนังสือกระทรวงเทคโนโลยีว่าการแก้ไขสัญญาเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญจึงควรนำเสนอคณะรัฐมนตรี ต่อมาเมื่อกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ ได้ทำหนังสือถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้ส่งเรื่องคืน โดยแจ้งว่าไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ของเรื่องที่จะต้องเสนอคณะรัฐมนตรี เมื่อกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ ได้หารือไปที่สำนักงานอัยการสูงสุดอีกครั้งหนึ่ง สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตอบหนังสือว่าเมื่อสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีมีความเห็นว่าเรื่องนี้ไม่อยู่ในเกณฑ์ที่จะเสนอคณะรัฐมนตรี กระทรวงเทคโนโลยีจึงมีดุลพินิจที่จะแก้ไขสัญญาได้ แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ จะเป็นสมาชิกพรรคไทยรักไทยที่ถูกกล่าวหาดำรงตำแหน่งหัวหน้าพรรคอยู่ แต่เพื่อพิจารณาจากขั้นตอนการทำงานแล้ว เห็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ ได้หารือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว ก่อนจะใช้ดุลพินิจอนุมัติ ถ้าฟังแต่เพียงการไม่เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีจึงยังถือไม่ได้ว่าการอนุมัติดังกล่าวเป็นไปเพื่อเอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ป

สำหรับประเด็นที่ว่าการอนุมัติดังกล่าวทำให้บริษัทชินคอร์ปได้ประโยชน์ที่ไม่ต้องไปกู้เงินมาลงทุนนั้น หากมองในทางกลับกันก็จะเห็นได้ว่าบริษัทชินคอร์ปก็เสียประโยชน์ในลักษณะที่สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทไทยคมลดน้อยลงเช่นกัน ส่วนประเด็นที่ว่า การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทชินคอร์ปในบริษัทไทยคมเป็นสาระสำคัญนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่า การแก้ไขสัญญาดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ สำนักงานอัยการสูงสุดเองเมื่อครั้งที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ ได้หารือไปนั้นก็ไม่ได้โต้แย้งว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ห้ามแก้ไข การจะอนุมัติให้แก้ไขหรือไม่แก้ไขสัญญาจึงเป็นดุลพินิจในทางบริหาร เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทคู่สัญญามีความจำเป็นที่จะต้องลงทุน และรัฐเห็นว่าการลงทุนดังกล่าวจะนำมาซึ่งประโยชน์ให้การจัดทำบริการสาธารณะ คือ การมีดาวเทียมสำรองดวงใหม่ที่มีเทคโนโลยีดีกว่าเดิมซึ่งจะทำให้การจัดทำบริการ

สาธารณชนมีประสิทธิภาพมากขึ้น และการลดสัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อความรับผิดชอบของบริษัท รัฐมนตรีฯ ในฐานะฝ่ายบริหารก็สามารถดำเนินนโยบายและผลักดันนโยบายในเรื่องดังกล่าวได้ให้ปรากฏเป็นจริงในทางปฏิบัติได้

สำหรับประเด็นที่ว่า การลดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทชินคอร์ปมีผลเป็นการกระจายความเสี่ยงไปให้นักลงทุนรายย่อยในตลาดหลักทรัพย์นั้น คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการลงทุนย่อมมีความเสี่ยง ผู้ที่ลงทุนย่อมต้องศึกษาข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีการปกปิดข้อมูลสัดส่วนการถือหุ้น ผู้ลงทุนรายย่อยก็ต้องตัดสินใจโดยคำนึงถึงความเสี่ยงและผลตอบแทนที่จะได้รับการลงทุนดังกล่าว ที่ศาลฎีกาเห็นว่าการลดสัดส่วนการถือหุ้นมีผลเป็นการบั่นทอนความมั่นคงและมั่นใจในการดำเนินโครงการดาวเทียมของบริษัทชินคอร์ป ในฐานะผู้รับสัมปทานโดยตรงที่ต้องมีอำนาจควบคุมการบริหารจัดการอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดได้นั้น คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการมั่นคงและมั่นใจในการดำเนินโครงการดาวเทียม ไม่ได้เกิดจากการที่บริษัทใดบริษัทหนึ่งในฐานะผู้ถือหุ้นรายใหญ่จะมีอำนาจควบคุมการตัดสินใจอย่างเด็ดขาดแต่เพียงอย่างเดียว แต่มีปัจจัยอื่นอีกหลายประการที่สนับสนุนและลดทอนความมั่นคงและมั่นใจในการดำเนินโครงการ เช่น ผู้ถือหุ้นที่เป็นพันธมิตรทางธุรกิจเป็นใคร มีประสบการณ์ในการทำธุรกิจดังกล่าวมากน้อยเพียงใด มีสถานะทางการเงินอย่างไร ฯลฯ

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการอนุมัติให้ลดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทชินคอร์ปในบริษัทไทยคมเป็นการใช้ดุลพินิจทางบริหาร ซึ่งเมื่อไม่มีข้อเท็จจริงใดแสดงให้เห็นว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว กรณีย่อมจะถือว่าการตัดสินใจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ปไม่ได้

๗. ๗ สำหรับกรณีการอนุมัติให้ใช้เงินค่าสินไหมทดแทนของดาวเทียมไทยคม ๑ ไปเข้าช่องสัญญาณดาวเทียมต่างประเทศเมื่อดาวเทียมไทยคม ๑ เกิดความเสียหายนั้น ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในคราวที่บริษัทไทยคมได้ร้องขอเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของดาวเทียมไทยคม ๔ เป็นดาวเทียมไอพีสตาร์โดยร้องเป็นดาวเทียมสำรอง เช่นเดิมและต่อมาได้รับการอนุมัตินั้น ก็ได้มีการอนุมัติแผนสำรองของดาวเทียมไทยคม ๑ ด้วยในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ดาวเทียมไทยคม ๑ ขึ้น ต่อมาได้เกิดเหตุดาวเทียมไทยคม ๑ เสียหายขัดข้องเกี่ยวกับระบบพลังงานบางส่วน แต่ยังมีบางส่วนใช้งานได้ หลังจากเกิดเหตุดังกล่าวได้มีการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัย และได้รับเงินค่าสินไหมทดแทน และบริษัทไทยคมได้ขออนุมัติสร้างดาวเทียมดวงใหม่ทดแทน และต่อมาบริษัทไทยคมก็ได้ร้องขออนุมัตินำเงินไปเข้าช่องสัญญาณดาวเทียมจากต่างประเทศเพื่อใช้ทดแทนดาวเทียมไทยคม ๑ พร้อมทั้งใช้เป็นช่องสัญญาณสำรอง โดยกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศได้อนุมัติให้ตามที่ร้องขอ โดยระบุว่าหากหากค่าก่อสร้างสูงกว่าวงเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยซึ่งผ่านการอนุมัติจากกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ บริษัทไทยคมจะรับผิดชอบในส่วนต่างที่เพิ่มขึ้น

ศาลฎีกาเห็นว่า การจัดการกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ดาวเทียมนั้น สัญญาสัมปทานกำหนดให้บริษัทผู้รับสัมปทานริบซ่อมแซมทรัพย์สินที่เสียหายหรือจัดหาทรัพย์สินทดแทนทรัพย์สินที่สูญหายโดยทันที เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างต่อเนื่อง และกระทรวงผู้ให้สัมปทานก็จะมอบค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยให้ ถ้าค่าซ่อมแซมหรือราคาทรัพย์สินที่จัดหามีราคาสูงกว่าเงินค่าสินไหมทดแทน บริษัทผู้รับสัมปทานตกลงรับผิดชอบจำนวนเงินที่เพิ่มขึ้นทั้งหมด เห็นได้ว่าตามสัญญานั้นหากเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินซึ่งกรณีนี้คือดาวเทียมไทยคม ๓ ถ้าเกิดความเสียหายบางส่วน บริษัทผู้รับสัมปทานจะต้องริบดำเนินการซ่อมแซม แล้วจึงมารับเงินค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้าเกิดความเสียหายทั้งดวงจนไม่สามารถใช้งานหรือดำเนินงานได้อย่างต่อเนื่อง บริษัทผู้รับสัมปทานต้องจัดสร้างดาวเทียมดวงใหม่ขึ้นทดแทน แต่ในกรณีที่เกิดขึ้นนี้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศได้อนุมัติให้บริษัทผู้รับสัมปทานนำวงเงินบางส่วนที่ได้รับจากค่าสินไหมทดแทนดาวเทียมไทยคม ๓ ไปเช่าดาวเทียมของต่างประเทศเพื่อใช้ทดแทนช่องสัญญาณเดิมและใช้สำรองจึงขัดต่อสัญญาสัมปทาน เนื่องจากบริษัทไทยคมทำผิดสัญญาไม่มีดาวเทียมสำรองไทยคม ๓ มาโดยตลอด บริษัทจะต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการให้มีดาวเทียมใช้ได้อย่างเพียงพอและต่อเนื่อง ไม่มีสิทธินำเงินไปใช้เช่าช่องสัญญาณ แต่ต้องนำเงินค่าสินไหมทดแทนทั้งหมดที่ได้รับจากบริษัทประกันภัยไปสร้างดาวเทียมดวงใหม่ทดแทน การที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศอนุมัติให้บริษัทไทยคมนำเงินบางส่วนที่ได้รับจากค่าสินไหมทดแทนดาวเทียมไทยคม ๓ ไปเช่าดาวเทียมของต่างประเทศเพื่อใช้ทดแทนและสำรองเป็นการอนุมัติที่ไม่ชอบ ideo ประโยชน์แก่บริษัทไทยคมและชินคอร์ป เพราะเท่ากับว่าในช่วงนั้นบริษัทไทยคมไม่ต้องใช้ทุนของตนเองในการจัดสร้างดาวเทียมดวงใหม่แล้วยกกรรมสิทธิ์ให้กระทรวงผู้ให้สัมปทาน ทำให้เกิดความเสียหายแก่ภาครัฐเนื่องจากทรัพย์สินที่ทำประกันภัย (ดาวเทียม) เป็นของรัฐ ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวรัฐต้องเป็นผู้ดูแลและคงไว้เป็นหลักประกันความมั่นคง

๗. ๘ คณะกรรมาธิการฯ ได้พิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวแล้ว เห็นว่าบริษัทชินคอร์ปได้รับอนุมัติให้ก่อสร้างดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ เมื่อวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๔๕ มีกำหนดส่งขึ้นสู่อวกาศในปี ๒๕๔๗ ในวันที่ ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖ ได้เกิดความเสียหายขึ้นกับดาวเทียมไทยคม ๓ บริษัทไทยคมได้เจรจากับบริษัทประกันภัย ได้รับค่าสินไหมทดแทนจำนวน ๓๓,๐๒๘,๕๖๐ ดอลลาร์สหรัฐ บริษัทได้ขออนุมัติกระทรวงผู้ให้สัมปทานสร้างดาวเทียมดวงใหม่ทดแทน และขออนุมัติเงินค่าสินไหมทดแทนส่วนหนึ่งเช่าช่องสัญญาณดาวเทียมต่างประเทศเพื่อใช้ทดแทนดาวเทียมไทยคม ๓ พร้อมทั้งใช้เป็นช่องสัญญาณสำรอง คณะกรรมาธิการฯ เห็นว่าการขออนุมัติดังกล่าวเป็นไปตามเหตุผลของเรื่อง ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างต่อเนื่อง การที่ศาลฎีกาเห็นว่าบริษัทไทยคมทำผิดสัญญาเพราะไม่มีดาวเทียมสำรองไทยคม ๓ มาโดยตลอดนั้น คณะกรรมาธิการฯ เห็นว่าในระหว่างที่เกิดความเสียหายกับดาวเทียมไทยคม ๓ เป็นช่วงเวลาที่บริษัทได้รับอนุมัติให้

ดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมสำรองแล้ว แต่ยังไม่ได้ส่งขึ้นสู่อวกาศ ในระหว่างเวลานั้นจึงไม่มีดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ เหตุการณ์ที่เกิดความเสียหายขึ้นกับดาวเทียมดวงหลักในขณะที่ยังไม่มีระบบดาวเทียมสำรองนั้นอาจเกิดขึ้นได้ เพราะการส่งดาวเทียมสำรองขึ้นสู่อวกาศนั้นจะกระทำหลังจากส่งดาวเทียมดวงหลักขึ้นไปแล้ว ในระหว่างนั้นหากเกิดปัญหาขึ้นกับดาวเทียมดวงหลัก ก็จะต้องแก้ไขปัญหาเพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง

เมื่อพิจารณาการอนุมัติเช่าช่องสัญญาณดาวเทียมต่างประเทศเพื่อใช้ทดแทนดาวเทียมไทยคม ๓ แล้ว จะเห็นได้ว่ากระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯอนุมัติเงินค่าสินไหมทดแทนจำนวน ๖,๗๖๕,๒๕๕ ดอลลาร์สหรัฐไปเช่าช่องสัญญาณ และอนุมัติเงินอีก ๒๖,๐๐๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ ไปสร้างดาวเทียมที่ชื่อว่าดาวเทียมไทยคม ๕ หรือ ๓ R ทดแทน เงินที่อนุมัติไปนั้นอยู่ในวงเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากบริษัทประกันภัย อีกทั้งปรากฏด้วยว่าเงินค่าก่อสร้างดาวเทียมไทยคม ๕ หรือ ๓ R มากกว่าค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับอนุมัติ ซึ่งบริษัทไทยคมจะต้องรับภาระส่วนต่างนี้เอง พิจารณารหัสแล้วคณาจารย์ไม่เห็นว่าการอนุมัติดังกล่าวของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นการอนุมัติที่ไม่ชอบและเอื้อประโยชน์แก่บริษัทไทยคมและบริษัทชินคอร์ปแต่อย่างใด

## ๘. ประเด็นทางเนื้อหาของคดี – การอนุมัติให้รัฐบาลสหภาพพม่ากู้เงินจากธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย

๘. ๑กรณีการอนุมัติให้รัฐบาลสหภาพพม่ากู้เงินจากธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเอกอัครราชทูตพม่าประจำประเทศไทยได้ส่งหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศพม่าถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทยเพื่อขอให้ประเทศไทยพิจารณาให้สินเชื่อจำนวน ๓,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐแก่รัฐบาลสหภาพพม่าเพื่อการก่อสร้างโครงสร้างขั้นพื้นฐาน แต่ระหว่างการพิจารณาเรื่องดังกล่าวกระทรวงการวางแผนและพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติสหภาพพม่าได้มีหนังสือแจ้งว่ากระทรวงสื่อสารและไปรษณีย์แห่งสหภาพพม่ามีโครงการจะพัฒนาการให้บริการระบบโทรคมนาคมในเขตชนบทและพื้นที่ห่างไกล จึงขอรับความช่วยเหลือจากรัฐบาลไทยในลักษณะเงินกู้แบบผ่อนปรน (Soft loan) มูลค่า ๒๓,๐๐๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ และแบบให้เปล่า (Grant aid) มูลค่า ๑,๐๕๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบให้ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทยให้เงินกู้ในการซื้อเครื่องจักรและพัฒนาประเทศแก่รัฐบาลสหภาพพม่าในวงเงิน ๔,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ ต่อมาจึงได้มีการทำสัญญาเงินกู้ระหว่างธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย กับธนาคารการค้าต่างประเทศแห่งสหภาพพม่า

ศาลฎีกาเห็นว่าการดำเนินการในเรื่องนี้เป็นดำเนินการไปตามนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฐบาล อย่างไรก็ตามศาลฎีกาเห็นว่าการที่รัฐบาลพม่าร้องขอวงเงินสินเชื่อจากรัฐบาลไทยในครั้งแรกก็ด้วยความประสงค์ที่จะใช้พัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเกี่ยวกับการพัฒนาด้านการคมนาคม และเมื่อต่อมารัฐบาลสหภาพพม่าร้องขอวงเงินสินเชื่อเพื่อพัฒนาระบบโทรคมนาคม ได้มีการรายงานข้อเสียของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่าอาจมีข้อครหาว่า พตท.ทักษิณ ชินวัตร ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ และในการพบปะหรือข้อราชการแบบทวิภาคี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้แจ้งเรื่องดังกล่าวให้ทางฝ่ายพม่าได้ทราบด้วย ต่อมาเมื่อมีการนำเรื่องเสนอต่อ พตท.ทักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรีในเวลานั้นแล้ว ปรากฏว่ามีการสั่งการด้วยวาจาจากอนุมัติวงเงินสินเชื่อเพิ่มจาก ๓,๐๐๐ ล้านบาท เป็น ๔,๐๐๐ ล้านบาท

ศาลฎีกาเห็นว่าแม้จะปรากฏว่ามีหนังสือโต้ตอบระหว่างหน่วยงานของไทยและพม่าในเรื่องดังกล่าว ประกอบกับคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบการให้วงเงินกู้สินเชื่อแก่รัฐบาลสหภาพพม่าว่าเป็นการให้วงเงินสินเชื่อเพื่อซื้อเครื่องจักรและพัฒนาประเทศ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นผลมาจากการขอวงเงินสินเชื่อเพิ่มเติมเพื่อพัฒนาระบบโทรคมนาคมตามที่รัฐบาลสหภาพพม่าร้องขอ การระบุวัตถุประสงค์ว่าเพื่อซื้อเครื่องจักรและพัฒนาประเทศมีลักษณะเป็นทำนองหลีกเลียงที่จะใช้คำว่าเพื่อพัฒนาระบบโทรคมนาคมเท่านั้น นอกจากนี้ศาลฎีกายังเห็นว่าบริษัทไทยคมมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในเรื่องนี้มาตั้งแต่ต้น เพราะบริษัทไทยคมได้ไปประกอบกิจการด้านโทรคมนาคมในสหภาพพม่ามาก่อนแล้ว และได้รับการคัดเลือกให้ดำเนินการในโครงการต่างๆเกี่ยวกับโทรคมนาคมหลายโครงการ แม้บริษัทไทยคมจะอ้างว่าได้ขายสินค้าให้รัฐบาลสหภาพพม่าตามสัญญาที่มีกันมาแต่เดิม เป็นการซื้อขายตามปกติ ไม่ว่ารัฐบาลพม่าจะได้รับสินเชื่อหรือไม่ รัฐบาลพม่าก็ต้องซื้อเครื่องมือและอุปกรณ์ดังกล่าวเป็นประจำอยู่แล้วนั้น ศาลเห็นว่าในการประชุมระดับผู้นำเมื่อเดือนพฤศจิกายน ๒๕๔๖ พ.ศ.ท.ทักษิณ ได้อนุมัติให้นายพานทองแท้ ชินวัตร ร่วมเดินทางเป็นคณะเดินทาง และระหว่างการประชุมมีเจ้าหน้าที่ของบริษัทไทยคมและบริษัทเอไอเอส เข้าทำการสาธิตโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วย ทำให้ต่อมาสหภาพพม่าเสนอโครงการพัฒนาระบบโทรคมนาคมในเขตชนบทและพื้นที่ห่างไกล และขอรับความช่วยเหลือพร้อมกับขอเพิ่มวงเงินกู้สินเชื่อจาก ๓,๐๐๐ ล้านบาท เป็น ๕,๐๐๐ ล้านบาท และต่อมาฝ่ายไทยให้กู้ ๔,๐๐๐ ล้านบาท โดยลดอัตราดอกเบี้ยจากร้อยละ ๕.๗๕ เป็นร้อยละ ๓ ต่อปี ปลอดการชำระหนี้การจ่ายเงินต้น ๒ ปี ต่อมารัฐบาลพม่าขอปลอดการชำระหนี้การจ่ายเงินต้นเป็น ๕ ปีซึ่งก็ได้รับการอนุมัติ

ศาลฎีกาเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการให้กู้ในอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าทุน ซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งธนาคารตามพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย จึงต้องขอคุ้มครองความเสียหาย และพ.ศ.ท.ทักษิณ ชินวัตร ได้สั่งการให้นำเรื่องเข้าที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้เงินกู้แก่สหภาพพม่าในวงเงิน ๔,๐๐๐ ล้านบาท หากได้รับความเสียหายให้

กระทรวงการคลังจัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปีชดเชยแก่ธนาคารตามจำนวนที่เสียหาย และให้ชดเชยส่วนต่างดอกเบี้ยที่รับจากรัฐบาลสหภาพพม่ากับต้นทุนดอกเบี้ยธนาคาร เมื่อการขอวงเงินกู้เพิ่มเติมเพื่อพัฒนาระบบโทรคมนาคมเกิดขึ้นหลังจากรัฐบาลเสร็จสิ้นการประชุมระดับผู้นำที่กล่าวข้างต้น ศาลฎีกาเห็นว่า การขอวงเงินสินเชื่อเพิ่มเติมมีวัตถุประสงค์เพื่อซื้อสินค้าและบริการจากบริษัทไทยคมนั่นเอง แม้จะมีการกล่าวอ้างว่าการจะอนุมัติวงเงินสินเชื่อหรือไม่ อยู่ในการพิจารณาของธนาคารเพื่อการส่งออกฯ แต่ธนาคารก็ตกอยู่ภายใต้กำกับของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งต้องปฏิบัติตามนโยบายรัฐบาล และที่กล่าวอ้างว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นผลให้บริษัท ปตท.สผ. จำกัด (มหาชน) ได้รับสัมปทานบ่อแก๊สธรรมชาติที่สหภาพพม่าก็เป็นการนำเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องมาอ้าง การดำเนินการในกรณีนี้จึงเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทไทยคมและบริษัทชินคอร์ป

๘. ๒ คณาจารย์ทั้งห้าพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การพิจารณาดำเนินการให้รัฐบาลต่างประเทศกู้เงินนั้น เป็นการดำเนินการตามนโยบายในทางบริหารซึ่งต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย การดำเนินการดังกล่าวฝ่ายบริหารย่อมมีดุลพินิจที่พิจารณาให้เกิดประโยชน์สูงสุดซึ่งจะต้องคำนึงถึงปัจจัยหลายด้านประกอบกัน หากในการเจรจาในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้กู้เงินมีการแลกเปลี่ยนประโยชน์ตอบแทนด้านต่างๆ ไม่ว่าจะการให้สัมปทานบ่อแก๊ส การช่วยปราบปราม ยับยั้งการค้ายาเสพติดตามแนวชายแดน ฯลฯ คณาจารย์ทั้งห้าก็เห็นว่าการเจรจาแลกเปลี่ยนตอบแทนดังกล่าวชอบที่ฝ่ายบริหารจะทำได้ หากอยู่ในกรอบของกฎหมาย และเป็นดุลพินิจโดยแท้ในทางบริหาร เป็นเรื่องในทางนโยบาย ซึ่งหากไม่เหมาะสม ก็เป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่จะตรวจสอบในทางการเมืองต่อไป หากฝ่ายบริหารไม่มีดุลพินิจดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการยากอย่างยิ่งที่ฝ่ายบริหารจะปฏิบัติภารกิจในการปกครองประเทศให้สำเร็จลุล่วงลงไปได้

สำหรับกรณีที่เป็นปัญหานี้ แม้จะได้ความว่าบริษัทไทยคมจะได้จำหน่ายสินค้าและให้บริการให้รัฐบาลสหภาพพม่า อันอาจมองได้ว่าการจำหน่ายสินค้าและให้บริการดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่รัฐบาลได้อนุมัติเงินกู้ให้แก่รัฐบาลพม่าก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่าก่อนหน้านี้นี้บริษัทไทยคมก็ได้ขายสินค้าให้แก่รัฐบาลพม่าตามพันธะสัญญาที่มีต่อกันมาแต่เดิมอยู่แล้ว นอกจากนี้การซื้อสินค้าและบริการด้านคมนาคมนั้นย่อมขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ซื้อเป็นสำคัญว่าจะซื้อจากบริษัทใด เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่ารัฐบาลพม่าไม่สามารถที่จะซื้อสินค้าและบริการดังกล่าวจากประเทศหลายประเทศได้ เนื่องจากเหตุผลทางการเมือง เมื่อรัฐบาลพม่าเคยซื้อสินค้าและบริการจากบริษัทไทยคมอยู่ก่อนแล้ว กรณีจึงไม่ใช่เรื่องผิดปกติวิสัยที่รัฐบาลพม่าจะซื้อสินค้าและบริการจากบริษัทไทยคมต่อไปอีก ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้นคณาจารย์ทั้งห้าจึงเห็นว่าข้อเท็จจริงยังไม่พอที่จะฟังได้ว่าคณะรัฐมนตรีสมัยรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร อนุมัติเงินกู้ให้แก่รัฐบาลพม่าเพื่อให้รัฐบาลพม่าไปซื้อสินค้าและบริการของบริษัทไทยคม โดยเฉพาะอันมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทไทยคมและบริษัทชินคอร์ป

**๕. การดำเนินการตามข้อกล่าวหาทั้งห้ากรณีเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ นายกรัฐมนตรีเอื้อประโยชน์แก่ธุรกิจของชินคอร์ปหรือไม่**

๕. ๑ หลังจากที่วินิจฉัยว่าการดำเนินการทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทเอกชนแล้ว ศาลฎีกาฯ ได้วินิจฉัยต่อไปว่าในช่วงเวลาที่มีการดำเนินทั้งห้ากรณี พตท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจบริหารราชการแผ่นดินร่วมกับรัฐมนตรีอื่นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกฎหมาย และนโยบายที่แถลงต่อรัฐสภา และจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรียังมีอำนาจกำกับโดยทั่วไปซึ่งการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนอำนาจสั่งราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และยังเป็นผู้ถวายคำแนะนำแก่พระมหากษัตริย์ในการให้รัฐมนตรีพ้นจากการเป็นรัฐมนตรีอีกด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีว่ามีขอบเขตกว้างขวาง โดยศาลได้พรรณนาความเกี่ยวพันของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีกับหน่วยงานต่างๆของรัฐอีกหลายประการ ศาลฎีกาฯ เห็นว่าเมื่อพิจารณาถึงที่มา การแต่งตั้ง และการให้คุณให้โทษตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ยิ่งเป็นข้อสนับสนุนทำให้เห็นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศฯ และนายกรัฐมนตรีเกี่ยวข้องอยู่ด้วยทั้งสิ้น และได้พิพากษาในที่สุดว่าการดำเนินการตามข้อกล่าวหาทั้งห้ากรณีเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่นายกรัฐมนตรีของผู้ถูกกล่าวหา นายกรัฐมนตรีผู้ถูกกล่าวหา (พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร) ใช้อำนาจรัฐเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ธุรกิจของชินคอร์ป

๕. ๒ ถึงแม้ว่าทนายทนายทั้งห้าจะไม่เห็นพ้องด้วยกับศาลฎีกาฯ ที่วินิจฉัยว่าการดำเนินการต่างๆตามข้อกล่าวหาเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทเอกชนก็ตาม แต่ก็สมควรพิจารณาต่อไปด้วยว่าหากถือว่าการดำเนินการต่างๆตามข้อกล่าวหาเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ปจริง เมื่อพิจารณาในทางกฎหมายแล้วจะถือได้หรือไม่ว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการกระทำของพ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร

ความข้อนี้เมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายศาลฎีกาใช้เป็นฐานในการสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินแล้ว จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔ “*รัววยผิดปกติ*” หมายความว่า การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติ หรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควร สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่” ทนายทนายทั้งห้าเห็นว่า การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติ หรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควรจะต้องเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ ซึ่งเท่ากับระบบกฎหมายเรียกร่อง

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ในเรื่องดังกล่าว หากการมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือการมีหนี้สินลดลงผิดปกติ หรือการได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควร ไม่ได้เป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่แล้ว ศาลย่อมไม่อาจสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินได้

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า การดำเนินการต่างๆที่เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหา หากไม่อยู่ในรูปของมติคณะรัฐมนตรี ก็เป็นการสั่งการโดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวง หรือคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมาย เช่น คณะกรรมการ ทศท. เป็นต้น ไม่มีข้อเท็จจริงใดแสดงให้เห็นว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นผู้สั่งการหรืออนุมัติโดยตรง และไม่มีข้อเท็จจริงใดแสดงให้เห็นว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร สั่งให้รัฐมนตรีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว หรือคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามที่กล่าวหาเลย กรณีที่ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เกี่ยวพันโดยตรงก็คือกรณีในเรื่องที่อนุมัตินั้นอยู่รูปของมติคณะรัฐมนตรี แต่แม้กระนั้นในทางกฎหมายก็ถือว่าคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรกลุ่ม (collegial organ) แยกออกจากนายกรัฐมนตรี ในการออกเสียงในคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีก็มีคะแนนเสียงหนึ่งคะแนนเสียงเท่ากับรัฐมนตรีอื่น จึงไม่อาจถือว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีในสมัยรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นการกระทำของ พตท.ทักษิณ ชินวัตร ได้ หากการกระทำของนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมีความไม่เหมาะสมในทางนโยบายอย่างไร ก็เป็นเรื่องที่จะต้องไปว่ากล่าวกันในทางการเมือง ลำพังแต่ข้อกฎหมายที่ว่านายกรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดในฝ่ายบริหาร มีอำนาจบังคับบัญชา กำกับดูแลหน่วยงานทั้งหลายทั้งปวงของรัฐในฝ่ายบริหารยังไม่เพียงพอที่จะชี้ว่ามีการกระทำ และการกระทำนั้นคือการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่แต่อย่างใด โดยเหตุที่กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล คณาจารย์ทั้งหลายจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับการที่ศาลฎีกาสั่งให้ทรัพย์สินของผู้ถูกกล่าวหาตกเป็นของแผ่นดิน

๕. ๓ ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า แม้จะถือตามคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีนี้ว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควรสืบเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ แต่การที่ศาลฎีกาถือว่าประโยชน์จากราคาหุ้นบริษัทชินคอร์ปส่วนที่เพิ่มขึ้นนับแต่วันก่อนที่ผู้ถูกกล่าวหา คือ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในวาระแรก คือวันที่ ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ เป็นต้นไป เป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยไม่สมควรสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่นั้น ย่อมไม่อาจอธิบายให้รับกับข้อเท็จจริงได้ เพราะแท้จริงแล้วการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งทำให้ได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควรตามที่ศาลฎีกาวินิจฉัยนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นมานับตั้งแต่วันที่ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี แต่ได้เกิดภายหลังในห้วงเวลาที่แตกต่างกันไป ดังนั้น จึงเป็นไปได้ในทางข้อเท็จจริงที่จะถือว่าประโยชน์จากราคาหุ้นในส่วนที่เพิ่มขึ้นของบริษัทชินคอร์ปได้เกิดขึ้นแล้วนับตั้งแต่วันที่ของการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของ พตท.ทักษิณ ชินวัตร ที่สำคัญไม่น้อยกว่านั้น ต้องยอมรับว่าราคาหุ้นที่

เพิ่มขึ้นของบริษัทชินคอร์ป สามารถเกิดจากปัจจัยอื่นด้วยก็ได้ อย่างเช่น ภาวะของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

เมื่อศาลฎีกาฯ ไม่ได้วินิจฉัยแยกแยะว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่เป็นการเอื้อประโยชน์แต่ละกรณีเกิดขึ้นเมื่อใด แต่วินิจฉัยว่าราคาหุ้นที่เพิ่มขึ้นนั้น ได้เกิดขึ้นอย่างไม่สมควรนับตั้งแต่วันที่ พตท.ทักษิณ ชินวัตร ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และมีสาเหตุเพียงประการเดียว คือเกิดจากการที่ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตรปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ จนนำไปสู่การพิพากษาให้ทรัพย์สินของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นของแผ่นดินรวมเป็นเงินทั้งสิ้น ๔๖,๓๗๑,๖๘๗,๔๕๔.๗๐ บาท ที่ศาลฎีกาฯ มีคำพิพากษาในลักษณะเช่นนี้ คณะจารย์ทั้งห้าไม่อาจเห็นพ้องด้วยได้

คณะจารย์ทั้งห้าขอยืนยันว่าบทวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกรณีขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินนี้ เป็นการใช้เสรีภาพทางวิชาการ เพื่อแสดงความไม่เห็นพ้องกับคำพิพากษานับนี้ ตั้งแต่ต้นกำเนิดของคดีซึ่งมีที่มาจากรัฐประหาร ๑๙ กันยายน ๒๕๕๔, ข้อสงสัยในความเป็นกลางขององค์กรที่มีหน้าที่ได้สวน, เนื้อหาของคดีเกี่ยวกับข้อกล่าวหาทั้ง ๕ กรณีว่าเป็นการกระทำที่เอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ปและบริษัทในเครือ, การเชื่อมโยงข้อกล่าวหาทั้ง ๕ กรณีว่าเป็นผลจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตลอดจนผลลัพธ์ของคดีที่ศาลฎีกาพิพากษาให้ทรัพย์สินของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นของแผ่นดิน

คณะจารย์ทั้งห้ายืนยันว่า ความเห็นต่างของเราเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางวิชาการ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการไม่ยอมรับรัฐประหาร หลักการเคารพกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นธรรม หลักคุณภาพแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจต่อการดำรงอยู่ของกฎหมาย หลักการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม ซึ่งหลักการทั้งหลายเหล่านี้จำเป็นอย่างยิ่งในนิติรัฐ-ประชาธิปไตย และคณะจารย์ทั้งห้ายืนยันที่ปกป้องหลักการทั้งหลายเหล่านี้อย่างสุดกำลังด้วยความบริสุทธิ์ใจ

รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์

รองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช

อาจารย์ ดร. ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล

อาจารย์ธีระ สุธีวรารังกูร

อาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

၈၈ မိနာကမ ၂၀၁၁