

## คำวินิจฉัยของ นายจิระ บุญพจนสุนทร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๓๒/๒๕๔๘

วันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๔๘

เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๘ ว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๓ เฉพาะพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ตอนที่ ๑๒ ว่าด้วยกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบ มาตรา ๓๓๕ (๒) และมาตรา ๕๐ หรือไม่

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ผู้ร้อง มีหนังสือลงวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๔๖ เสนอเรื่อง พร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ความว่า ผู้ร้องได้รับหนังสือร้องเรียนจาก นายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง และคณะ กับนางสาวสายรุ้ง ทองปลอน และคณะ ซึ่งอ้างว่าพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ๒๕๔๖ ซึ่งกำหนดพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ขึ้นใหม่ โดยขยายฐานพิกัดไปยังกิจการโทรคมนาคม ในอัตราร้อยละ ๕๐ ตามมูลค่าบริการ ในฐานะที่เป็นกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐนั้น ขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลสรุปได้ว่า

(๑) บทกฎหมายที่กำหนดให้ขยายฐานพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตให้คลุมไปถึง “กิจการโทรคมนาคม” ซึ่งแต่เดิมเป็นกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ เนื่องจาก มาตรา ๔๐ บัญญัติให้คลื่นความถี่เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ามีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการใช้สอยทรัพยากรสื่อสารของชาติ และโดยเสมอหน้ากัน และเพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องดังกล่าว รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่โดยแยกเป็นอิสระจากรัฐบาลดังปรากฏในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ การตราพระราชกำหนดให้มีการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิต

จากกิจการโทรคมนาคมในอัตราร้อยละ ๕๐ ของมูลค่าหรือกึ่งหนึ่งของรายรับโดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังประกาศลดพิกัดอัตราลงได้ตามกฎหมายภาษีสรรพสามิตเช่นนี้จึงเท่ากับเป็นการลดอัตราอำนาจในการกำหนดค่าธรรมเนียม ค่าเชื่อมโยงโครงข่ายและค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตตามมาตรา ๕๑ (๕) และมาตรา ๕๑ (๘) ของพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ฯ และโอนอำนาจกำกับดูแลด้านการเงินขององค์กรอิสระให้ไปตกอยู่ได้บังคับอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งอาจใช้ดุลพินิจปรับเปลี่ยนพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตได้เสมอขึ้นนั้น ย่อมกระทบต่อโครงสร้างค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายอื่นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เท่ากับกระทบต่ออำนาจอิสระในทางการเงิน อันเป็นสาระสำคัญของหลักความเป็นอิสระขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการวิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคม อีกทั้งการตั้งพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตสำหรับ “กิจการโทรคมนาคม” ยังไม่ชอบด้วยหลักการในทางภาษีสรรพสามิตซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการบริโภคสินค้าหรือบริการให้อยู่ในระดับจำกัด ดังนั้น การตั้งพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตสำหรับ “กิจการโทรคมนาคม” ดังกล่าวย่อมเป็นการขัดต่อหลักการส่งเสริมให้ประชาชนติดต่อสื่อสารกันได้โดยอิสระ ซึ่งเป็นประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ด้วย แม้ว่าในบทเฉพาะกาลแห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ฯ มาตรา ๘๐ จะให้อำนาจนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี รักษาการตามกฎหมายก็ตาม แต่โดยหลักการทั่วไปแล้วการเป็นผู้รักษาการนั้นย่อมไม่ริเริ่ม เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือแนวปฏิบัติที่เป็นของใหม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องไม่สร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระผู้มีอำนาจหน้าที่แท้จริง ทำให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขในส่วนสำคัญได้ ไม่สามารถปรับปรุงกฎเกณฑ์ให้กับรายใหม่เพื่อส่งเสริมการแข่งขันได้เต็มที่

(๒) บทกฎหมายที่กำหนดให้ขยายฐานพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตให้คลุมไปถึง “กิจการโทรคมนาคม” ในฐานะที่เป็นกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสาม และมาตรา ๕๐ กล่าวคือ การกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องจ่ายภาษีสรรพสามิตให้แก่กระทรวงการคลังในอัตราเดียวกันทุกราย ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกอบการใหม่ไม่เคยได้รับสิทธิพิเศษใด ๆ

จากรัฐมาก่อน ในขณะที่ผู้ประกอบการรายเดิมซึ่งรับสัมปทานจากรัฐในรอบหลายปีที่ผ่านมาเคยได้รับสิทธิพิเศษจากสัญญาร่วมการทำงานมากมายเช่น การได้รับคลื่นและเลขหมายโทรคมนาคมโดยไม่ต้องออกค่าใช้จ่าย การได้สิทธิผูกขาดในช่วงเวลาหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการช่วยสร้างฐานลูกค้าขนาดใหญ่และพัฒนาเครื่องหมายการค้าและบริการของตนเอง เป็นต้น นอกจากนี้ ภายใต้โครงสร้างของภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมผู้ประกอบการรายเดิมไม่ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นจากอัตราภาษีที่ตราขึ้นใหม่ เพราะสามารถนำไปหักลดจากส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายแก่องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) ในขณะที่ผู้ประกอบการรายใหม่ซึ่งไม่เคยได้รับสิทธิหรือประโยชน์พิเศษกลับต้องร่วมรับภาระในการชดเชยส่วนแบ่งรายได้ตามสัมปทานเดิมในรูปภาษีสรรพสามิต และหากในอนาคตมีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในอัตราร้อยละ ๕๐ ตามพระราชกำหนดฉบับนี้ ก็จะเท่ากับว่าเป็นการยกเลิกการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาร่วมการทำงานให้กับบริษัทธุรกิจโทรคมนาคมรายเดิมไปโดยปริยายทั้งหมดนี้ล้วนแต่เป็นเงื่อนไขที่ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ได้รับความเป็นธรรม ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ที่มีฐานลูกค้าเล็กกว่า มีต้นทุนในระยะเริ่มต้นในการให้บริการต่อหน่วยสูงกว่าผู้ประกอบการรายเดิมที่มีฐานลูกค้าใหญ่กว่า ซึ่งจากงานวิจัยของ ดร.สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ พบว่า ต้นทุนของผู้ประกอบการรายใหม่ก่อนจะมีการเก็บภาษีสรรพสามิตจะสูงกว่าผู้ประกอบการรายเดิมเฉลี่ยประมาณร้อยละ ๑๕.๕ และหากมีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตเพิ่มขึ้นอีกร้อยละ ๑๐ ของค่าบริการ (ในกรณีโทรศัพท์มือถือ) ก็จะส่งผลให้ผู้ประกอบการรายใหม่มีต้นทุนต่อหน่วยสูงกว่าผู้ประกอบการรายเดิมประมาณร้อยละ ๒๗ จึงมีผลทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดและแข่งขันกับผู้ประกอบการรายเดิมได้ ตลาดโทรคมนาคมในประเทศไทยจึงมีแนวโน้มผูกขาดซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคได้รับบริการโทรคมนาคมที่มีราคาแพง เช่นเดียวกับความเห็นและข้อเสนอแนะเรื่อง “การเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคม” ของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งระบุว่า การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมจะส่งผลกระทบในวงกว้างโดยทำให้ผู้ประกอบการที่จะเข้ามาใหม่เสียเปรียบ ด้วยเหตุนี้ การใช้มาตรการภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมจึงมีผลให้เกิดการเพิ่มต้นทุนเฉลี่ยแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ชนิดที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางปกติในตลาด เป็นการกำหนดมาตรการของรัฐที่เป็นการกีดกันทางการค้าต่อผู้เข้าแข่งขันรายใหม่ในตลาดกิจการโทรคมนาคม อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสาม และมาตรา ๕๐

(๓) การใช้มาตรการทางภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม ทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์ ขัดต่อหลักการคุ้มครองผู้บริโภค ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๗ เนื่องจากแต่เดิมการดำเนินกิจการโทรคมนาคม

ของผู้ประกอบการไม่ต้องจ่ายภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคม การกำหนดให้มีภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมขึ้นย่อมทำให้ผู้ประกอบการผลักภาระภาษีไปให้ผู้บริโภคได้ โดยการไม่ลดค่าบริการตามพัฒนาการตลาดหรือเทคโนโลยี หรือขึ้นค่าบริการ อันทำให้ผู้บริโภคต้องแบกรับภาระจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้รับแทนผู้ประกอบการในที่สุด

(๔) การใช้มาตรการภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม ส่งผลให้การแข่งขันในตลาดกิจการโทรคมนาคมมิได้เป็นไปตามวิถีทางปกติในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด ย่อมขัดต่อการสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีตามความในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๘๗ เนื่องจากเป็นไปเพื่อเอื้อพวกพ้องและเครือญาติซึ่งเป็นผู้ประกอบการในธุรกิจโทรคมนาคม และจะทำให้บริการโทรคมนาคมซึ่งเป็นบริการสาธารณูปโภคมีค่าบริการสูงขึ้น

(๕) การออกพระราชกำหนดจัดเก็บสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม เป็นการแบ่งส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาร่วมการงานโทรคมนาคมให้เป็นภาษีสรรพสามิตแทน ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) เนื่องจากกรณีที่รัฐบาลให้ผู้ประกอบการที่รับสัมปทานในปัจจุบัน หักภาระในการจ่ายภาษีสรรพสามิตออกจากส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาร่วมการงานหรือค่าสัมปทาน โดยการตราพระราชกำหนดมีผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

กระทรวงการคลังและกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและส่งเอกสารหลักฐานต่อผู้ร้องเพื่อประกอบการพิจารณาและผู้ร้องพิจารณาแล้ว เห็นว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

(๑) การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการใช้สอยทรัพยากรสื่อสาร ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่งหรือไม่ ผู้ร้องเห็นว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นการวางหลักการเกี่ยวกับคลื่นความถี่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ กำหนดให้คลื่นความถี่เป็นสาธารณะสมบัติประเภทมิไว้สำหรับประชาชนใช้ร่วมกัน และเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งมิใช่ทรัพยากรสื่อสารที่สงวนไว้เพื่อประโยชน์ของทางราชการโดยเฉพาะดังเช่นที่ผ่านมาในอดีต ดังนั้นการใช้สอยทรัพยากรสื่อสารของประชาชนจึงควรเป็นไปโดยเสรีเท่าที่ไม่ขัดหรือกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่น และไม่ถูกกีดกันหรือหวงห้ามใด ๆ จากรัฐ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าประชาชนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ

ทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับ ดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การที่พระราชกำหนดทั้งสองฉบับกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมซึ่งโดยหลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแล้วต้องเป็นภาษีที่มีขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมการบริโภคสินค้าหรือบริการที่ไม่จำเป็น ไม่พึงประสงค์ และก่อภาวะแก่สังคมหรือประเทศชาติใดอย่างหนึ่ง การกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม ในฐานะที่เป็นกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ และให้อำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษีในอัตราไม่เกินร้อยละ ๕๐ ของมูลค่า และมีการอนุญาตให้นำส่วนที่จ่ายเป็นภาษีสรรพสามิตโทรคมนาคมไปหักลดส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายให้หน่วยงานของรัฐตามสัญญาร่วมการงาน ย่อมให้เอกชนผู้ร่วมการงานหักภาษีสรรพสามิตที่จ่ายให้กระทรวงการคลังออกจากส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ซึ่งต่อมาเป็น บมจ. ทศท คอร์ปอเรชั่น) หรือการสื่อสารแห่งประเทศไทย (ซึ่งต่อมาเป็น บมจ. กสท โทรคมนาคม) ได้ ทำให้การเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นการเรียกเก็บค่าอากรตอบแทนการที่รัฐให้บริการหรือสิทธิพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดจากผู้ให้บริการหรือสิทธิพิเศษนั้น จึงอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง

(๒) การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในการกิจการโทรคมนาคม โดยกระทรวงการคลัง เป็นการแทรกแซงอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสอง และมาตรา ๓๓๕ (๒) หรือไม่ นั้น ผู้ร้อง เห็นว่าจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับอำนาจหน้าที่ของ กทช. ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๕๑ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๕ ซึ่งเป็นการกำหนดให้ กทช. เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม โดยกำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคม อนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของผู้ให้บริการ รวมไปถึงอัตราค่าบริการของผู้ใช้บริการ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ในมาตรา ๔๐ แม้ว่ากระทรวงการคลังจะมีอำนาจหน้าที่กำหนดประเภทบริการและพิกัดอัตรา

ภาษีสรรพสามิตเพื่อควบคุมพฤติกรรมการบริโภคสินค้าหรือบริการใดที่ฟุ่มเฟือยตามหลักการของภาษีสรรพสามิต หรือเพื่อรักษาความมั่นคงอย่างหนึ่งอย่างใด ตามนโยบายของรัฐบาลโดยทั่วไป แต่โดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กิจการโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเป็นการเฉพาะ ดังนั้น การออกพระราชกำหนดเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต และกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต โดยกำหนดให้กิจการโทรคมนาคมเป็นวัตถุประสงค์แห่งการจัดเก็บ และให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังใช้ดุลพินิจปรับเปลี่ยนพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตได้ตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ฯ จึงอาจเป็นการแทรกแซงการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมอันเป็นอำนาจหน้าที่ของ กทช. ซึ่งอาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ทั้งนี้ เพราะการอนุญาตให้นำส่วนที่จ่ายเป็นภาษีสรรพสามิตโทรคมนาคมไปหักลดส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายให้หน่วยงานของรัฐตามสัญญาร่วมการงานตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๖ ทำให้การเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นอยู่อย่างเดียวกับการเรียกเก็บค่าอากรตอบแทนการที่รัฐให้บริการหรือสิทธิพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดจากผู้ได้รับบริการหรือสิทธิพิเศษนั้น กล่าวคือ มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาสัมปทานโดยปริยาย ประกอบกับการจ่ายภาษีสรรพสามิตจะมีผลกระทบต่อ “ต้นทุน” และจะกระทบต่อการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ค่าตอบแทนหรือค่าบริการการใช้กิจการโทรคมนาคม ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายของ กทช. และเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของ กทช. เพราะไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขกฎเกณฑ์ให้กับเอกชนรายใหม่เพื่อส่งเสริมการแข่งขันได้เต็มที่ เพราะรัฐบาลย่อมจะอ้างได้ว่าเป็นการเก็บภาษีสรรพสามิตตามกฎหมาย ซึ่งการปรับเพิ่มหรือลดอัตราภาษีเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร มิใช่ กทช.

(๓) การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม โดยกระทรวงการคลัง ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ หรือไม่ ผู้ร้อง เห็นว่าเมื่อพิจารณาหลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมตามพระราชกำหนดที่ใช้หลักการจัดเก็บภาษีจากผู้ประกอบการทุกคนในอัตราภาษีเท่ากัน จึงถือได้ว่ามาตรการภาษีสรรพสามิตเป็นมาตรการที่สร้างความเป็นธรรมทางด้านภาษีให้แก่ผู้ประกอบการทั้งระบบ แต่การประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามนัยของรัฐธรรมนูญ น่าจะไม่ได้ความหมายแต่เพียงว่ารัฐจะต้องปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน หรือเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตจากผู้ประกอบการทุกคนในอัตราเท่าเทียมกัน

เท่านั้น แต่ควรจะต้องคำนึงถึงการมีโอกาสนในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ตลอดจนความสามารถที่จะแข่งขันโดยเสรีบนฐานเดียวกันด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม ฯ ซึ่งกำหนดให้ กทช. มีอำนาจกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่มีโอกาสให้บริการโทรคมนาคมในท้องที่ใดแข่งขันกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาค และเป็นธรรมได้ ดังนั้น การกำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหม่เสียภาษีสรรพสามิตในอัตราเดียวกับผู้ประกอบการรายเดิม ทั้งที่ผู้ประกอบการรายเดิมได้สิทธิพิเศษจากสัญญาร่วมการทำงาน รวมทั้งมีฐานลูกค้าและพัฒนาเครื่องหมายการค้าและบริการตนจึงทำให้ต้นทุนการให้บริการต่อหน่วยของผู้ประกอบการรายใหม่ซึ่งมีฐานลูกค้าที่เล็กกว่าในระยะเริ่มต้นนั้น สูงกว่าต้นทุนของผู้ประกอบการที่ดำเนินการกิจการมาแต่เดิม ดังนั้นพระราชกำหนดทั้งสองฉบับจึงส่งผลกระทบต่อสัญญาสัมปทานที่มีผลสมบูรณ์อยู่ในปัจจุบัน และอาจจะขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้ร้องจึงเห็นว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติปิดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ๒๕๔๖ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงได้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๘

ผู้เกี่ยวข้อง คือ นางสาวสายรุ้ง ทองปลอน นายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง นายกรัฐมนตรี และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามลำดับ ได้ยื่นคำชี้แจงเป็นหนังสือต่อศาลรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญสรุปความได้ ดังนี้

#### คำชี้แจงของนางสาวสายรุ้ง ทองปลอน

นางสาวสายรุ้ง ทองปลอน ได้มีหนังสือชี้แจงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

๑. เจื่อนำของการตราพระราชกำหนด ๒ ฉบับ เพื่อการแปรสัญญาสัมปทาน ฯ

นับได้ว่ากลุ่มทุนสื่อสารเป็นกลุ่มทุนขนาดใหญ่และมีการพยายามผลักดันให้รัฐบาลดำเนินการแปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมมาโดยตลอด แต่ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากบริษัทเอกชนหรือผู้ประกอบการไม่ยอมรับสูตรแปรสัญญาสัมปทานตามข้อเสนอจากงานวิจัยของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ที่ว่า จะต้องไม่ทำให้รายได้ของเอกชน ผู้ประกอบการได้มากไปกว่าหรือน้อยไปกว่าสัญญาสัมปทานเดิม ประกอบกับหลายฝ่ายไม่ว่าจะเป็นสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สมาชิกวุฒิสภา

อดีต สสร. นักกฎหมาย และนักวิชาการ ออกมาเรียกร้องให้รัฐบาลยุติการแปรสัญญาสัมปทานไว้ก่อน เพื่อให้รอ กทข. มาเป็นผู้พิจารณา แต่ความพยายามของบริษัทเอกชนก็ประสบความสำเร็จภายใต้สูตรแปรสัญญาสัมปทานฉบับใหม่โดยเปลี่ยนการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ที่ผู้รับสัมปทานหรือบริษัทเอกชนต้องจ่ายให้แก่รัฐเป็นการจ่ายในรูปแบบภาษีสรรพสามิตแทน และจัดเก็บภาษีกับผู้ประกอบการทุกราย ทั้งรายเก่าและรายใหม่โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ตราเป็นพระราชกำหนดทั้งสองฉบับ สูตรใหม่นี้ สอดคล้องกับข้อเสนอของสมาคมโทรคมนาคมแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นกลุ่มผลประโยชน์มีส่วนได้เสีย กับกิจการโทรคมนาคมโดยตรง และสอดคล้องกับงานวิจัยของนายบุญฤดี ปลั่งศิริ ประธานกรรมการบริหารบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด ที่เสนอต่อวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร ก่อนหน้านี้

๒. ผลกระทบเฉพาะหน้าและระยะกลางจากการบังคับใช้พระราชกำหนดทั้ง ๒ ฉบับ

ในระยะยาวรัฐบาลมีอำนาจตามพระราชกำหนดทั้งสองฉบับที่จะปรับเพิ่มอัตราภาษีโทรคมนาคมได้ถึงร้อยละ ๕๐ ซึ่งเท่ากับว่า รัฐบาลกำลังจะยกเลิกค่าสัมปทานที่เอกชนหรือผู้ประกอบการที่ต้องจ่ายให้รัฐกว่า ๔ แสนล้านบาท เพราะเมื่อพิจารณาค่าสัมปทานตามสัญญาสัมปทานที่เอกชนต้องจ่ายให้รัฐ มีอัตราสูงสุดเพียงประมาณร้อยละ ๔๕ เท่านั้น ทำให้หลายฝ่ายกังวลว่า บริษัทเอกชนเจ้าของมือถือ และกิจการโทรคมนาคมบางตระกูลจะผูกขาดตลาดมือถือเสียเอง เพราะเมื่อรัฐบาลปรับอัตราภาษีเพิ่มไปที่เพดานสูงสุดคือร้อยละ ๕๐ ก็เท่ากับไปสร้างกำแพงกีดกันหรือสกัดผู้ประกอบการรายใหม่ทันที ซึ่งจะทำให้ตลาดมือถือไม่มีการแข่งขันและเกิดการผูกขาดในอนาคตอย่างแน่นอน นอกจากนี้ พระราชกำหนดทั้งสองฉบับ ยังเปิดช่องให้เอกชนเจ้าของกิจการดาวเทียมได้ประโยชน์ เพราะการเปลี่ยนการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้รัฐจากการจ่ายค่าสัมปทานมาเป็นการจ่ายค่าภาษีสรรพสามิตแทน จะทำให้เอกชนเจ้าของดาวเทียมต่อรองกับรัฐบาลเพื่อขอลดพิกัดอัตราภาษีให้ต่ำลง โดยอ้างว่ากิจการดาวเทียมเป็นกิจการที่ต้องแข่งขันกับผู้ประกอบการต่างประเทศ ฉะนั้นรัฐบาลก็จะหาเหตุอ้างผลประโยชน์ของประเทศลดอัตราภาษีให้เอกชนได้ นอกจากนี้ยังเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายการเมืองหรือรัฐบาลก้าวล่วงอำนาจ กทข. โดยตรง เพราะก่อนหน้านี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้ชี้แจงต่อคณะกรรมการการมีส่วนร่วมของประชาชน วุฒิสภา ว่าการตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับเป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่ากำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม ซึ่งเป็นอำนาจของ กทข. จึงเข้าข่ายละเมิดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐

๓. ผลกระทบในระยะยาว “แปรสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม แปลง “พลเมือง” เป็น “ผู้บริโภคร”



เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ได้เปลี่ยนแปลงถึงขั้นที่เรียกว่าเป็นการปฏิวัติการบริหารจัดการกิจการคลื่นวิทยุโทรทัศน์และคลื่นโทรคมนาคมใหม่ กล่าวคือ วางปรัชญาใหม่ว่าคลื่นถือเป็นทรัพยากรสาธารณะ ใช้ในกิจการที่เป็นประโยชน์กับสาธารณะหรือส่วนรวม และถ่ายโอนอำนาจการบริหารจัดการจากรัฐมาเป็นองค์กรอิสระ (กสช. และ กทช.) ต่างจากปรัชญาดั้งเดิมที่กำหนดให้ทรัพยากรคลื่นเป็นของรัฐทั้งหมด และรัฐก็นำไปจัดสรรปันส่วนให้หน่วยงานต่าง ๆ และเปิดให้เอกชนเข้ามารับสัมปทานอีกทอดหนึ่ง ด้วยเหตุจากมาตรา ๔๐ ประชาชนในฐานะพลเมืองแห่งรัฐไม่ว่าเป็นคนสูงต่ำดำขาว ยากดีมีเงิน ล้วนแล้วแต่มีสิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรคลื่นอย่างเต็มที่ และรัฐพึงให้บริการและอำนวยความสะดวกในการใช้สิทธิที่ว่าของประชาชน รัฐจะสร้างอุปสรรคขัดขวางหรือลดทอนการเข้าถึงทรัพยากรคลื่นจึงเป็นเรื่องที่ขัดเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ หลักการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ดังกล่าวเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง จึงเกิดผลกระทบดังต่อไปนี้

๓.๑ ความขัดแย้งที่เป็นอยู่กำลังมีความพยายามลบล้างหรือเบี่ยงเบนปรัชญาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ที่ถือว่าคลื่นเป็นทรัพยากรสาธารณะโดยจะถูกกลุ่มอำนาจเดิมแย่งยึดดึงเอาอำนาจการจัดการกลับไปอยู่ที่ฝ่ายรัฐและกลุ่มทุนที่ได้ประโยชน์จากการผูกขาดการสัมปทานคลื่นทั้งที่เป็นไปโดยชอบและไม่ชอบ การที่รัฐบาลให้ผู้ประกอบการที่รับสัมปทานในปัจจุบันหักภาระในการจ่ายภาษีสรรพสามิตออกจากส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาร่วมการทำงาน หรือค่าสัมปทาน ย่อมมีผลกระทบกระเทือนถึงสัญญาสัมปทานที่มีผลใช้อยู่ในปัจจุบันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) ซึ่งถ้าพิจารณาในแง่นี้แล้วคล้ายกับว่าค่าสัมปทานที่รัฐเคยได้รับจะไม่หายไปไหน เพียงแต่ผู้ประกอบการเอกชนมาจ่ายให้กระทรวงการคลังแทนเท่านั้น เป็นเพียงการย้ายเงินจากกระเป๋าซ้ายไปกระเป๋าขวาเท่านั้น

๓.๒ ความขัดแย้งดังกล่าวกำลังเปลี่ยนบทบาทของประชาชนในฐานะพลเมืองแห่งรัฐที่มีสิทธิและประโยชน์ต่าง ๆ ที่ควรได้รับบริการจากรัฐ ให้มีสถานภาพเป็นผู้บริโภค หมายความว่าสิทธิที่มีต่อทรัพยากรคลื่นกำลังถูกเอกชนที่อิงแอบอำนาจรัฐฉกชิงทรัพยากรสาธารณะไปอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกลุ่มธุรกิจเอกชนด้านสื่อสารโทรคมนาคม เพราะ “พลเมือง” ถูกแปรรูปเป็น “ผู้บริโภค” ซึ่งต้องมีต้นทุนเพื่อเป็นค่าเข้าถึงหรือค่าบริการกิจการโทรคมนาคมเสียก่อน ปราบฎการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการลบล้างปรัชญาและเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ลงอย่างสิ้นเชิง

### คำชี้แจงของนายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง

ตามคำร้องของนายเจิมศักดิ์ฯ ที่ได้เสนอต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาที่เห็นว่าการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ และบทบัญญัติอื่น ๆ อีกหลายมาตรา ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ถือเอาคำร้องดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้แจงฉบับนี้ และขอชี้แจงเกี่ยวกับประเด็นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติม ดังนี้

๑. การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมไม่เข้าลักษณะเป็นการจัดเก็บภาษีอากร แต่เป็นค่าธรรมเนียมการประกอบกิจการโทรคมนาคม

การจัดเก็บภาษีมียกย่องสำคัญแตกต่างจากค่าธรรมเนียมตรงที่ภาษีนั้นเป็นการเรียกเก็บเงินจากบุคคลผู้มีรายได้ โดยรัฐมุ่งหารายได้เข้ารัฐเป็นหลัก ไม่ต้องคำนึงถึงการตอบแทน บริการ หรือ สิทธิพิเศษที่รัฐจัดให้ แต่พฤติการณ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้ชี้แจงไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินเกี่ยวกับความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคม แสดงให้เห็นว่า รัฐบาลโดยกระทรวงการคลังซึ่งได้เสนอให้ตราพระราชกำหนดขึ้นแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๖ นั้นมิได้มุ่งที่จะหารายได้เข้ารัฐเป็นหลัก แต่มุ่งหมายจะให้สำเร็จประโยชน์อย่างอื่นซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ของการจัดเก็บภาษีอากรในลักษณะเดียวกันกฎหมายหลายประการ ได้แก่

๑.๑ พระราชกำหนดที่ระบุไว้ในพิกัดอัตราภาษีตอนที่ ๑๒ ว่ามุ่งจัดเก็บจาก “กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ” หมายความว่า การประกอบกิจการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการให้บริการแก่ประชาชนทั่วไป โดยได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐให้ดำเนินกิจการได้” โดยระบุกิจการโทรคมนาคมเป็นประเภทที่ ๑๒.๐๑ จะเห็นได้ว่าการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในรายการดังกล่าวถือเอาการได้รับอนุญาตหรือสัมปทานอันเป็นสิทธิพิเศษหรือสิ่งตอบแทนที่ได้รับจากรัฐเป็นองค์ประกอบในการกำหนดภาระภาษีของผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคม จึงจัดเป็นค่าธรรมเนียมการอนุญาตหรือสัมปทาน

๑.๒ การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม เป็นการมุ่งต่อการแปรสัญญาแบ่งรายได้ระหว่างบริษัทกับ ทศท. กับ กสท. มาเป็นภาษีสรรพสามิต เพื่อแก้ไขสัญญาแบ่งรายได้ต่อไป ประกอบกับการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้อ้างว่ารัฐบาลตรากฎหมายให้กำหนดเป็นภาระภาษีสรรพสามิตเพียงบางส่วน โดยให้เอกชนผู้ร่วมการทำงานกับ ทศท. และ กสท. จ่ายภาษีสรรพสามิตโดยหักออกจากเงินส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายแก่ ทศท. และ กสท. ว่าเป็นไปเพื่อป้องกัน

มิให้บริษัทผู้ร่วมการงานผลัการะภาษีสรรพสามิตแก่ผู้ใช้บริการนั้น ก็เห็นได้ชัดว่าการดำเนินการทั้งหลายที่กล่าวมานี้รัฐบาลมิได้มุ่งหารายได้เข้าแผ่นดินเพิ่มขึ้น เพราะการดำเนินการดังกล่าวจะไม่เป็นเหตุให้แผ่นดินมีรายได้สูงขึ้นแต่อย่างใด หากรัฐบาลประสงค์จะโอนเงินส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาร่วมการงานเป็นของรัฐ รัฐบาลก็มีทางเลือกอย่างอื่น เช่น ตรากฎหมายกำหนดให้ ทศท. และ กสท. มีหน้าที่โอนส่วนแบ่งรายได้บางส่วนหรือทั้งหมดที่ได้มาตามสัญญาที่ทำขึ้นก่อนการแปรสภาพเป็นบริษัทเอกชน ให้แก่กระทรวงการคลังโดยตรงก็ย่อมทำได้

ในทางตรงกันข้ามบริษัทเอกชนที่เข้าร่วมการงานโดยนิตินัยเป็นแต่เพียงผู้ที่ได้รับมอบหมายจาก ทศท. และ กสท. เท่านั้นไม่ใช่ผู้ประกอบการที่ให้บริการโดยได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด ทั้งนี้เป็นไปโดยนัยผลของมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งยังคงรับรองสิทธิในการประกอบกิจการโทรคมนาคมเฉพาะแก่ ทศท. และ กสท. เท่านั้น จึงไม่ทำให้บริษัทเอกชนผู้ร่วมการงานกับ ทศท. และ กสท. กลับเปลี่ยนสถานะเป็นผู้ประกอบกิจการซึ่งอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมผู้ต้องรับภาระภาษีสรรพสามิตขึ้นได้ เพราะตัวผู้ประกอบการนั้นคือ ทศท. และ กสท. ซึ่งยังไม่มีภาระภาษีที่ต้องชำระจนกว่าจะมี กทช. ขึ้นและมีการอนุญาตให้ ทศท. และ กสท. เป็นผู้ประกอบการเสียก่อน

๑.๓ เมื่อการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมเป็นการจัดเก็บภาษีจากบริษัทเอกชนที่ร่วมการงานกับหน่วยงานของรัฐ ในลักษณะที่เป็นการจัดเก็บเงินทดแทนการแบ่งส่วนรายได้ตามสัญญา เท่ากับยอมรับว่าเป็นการจัดเก็บเงินทดแทนค่าอนุญาตประกอบกิจการ อันเป็นสิ่งที่พระราชบัญญัติต้องคุ้มครองจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๑ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มุ่งหมายจะให้ป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระแยกต่างหากจากรัฐบาลตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ กำหนดไว้โดยตรง จึงสรุปได้ว่าการตรากฎหมายแก้ไขพระราชบัญญัติพิทักษ์อัตราภาษีอากรในกรณีนี้แท้จริงเป็นการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการอนุญาตประกอบกิจการ

๑.๔ การที่รัฐบาลโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารอ้างว่า แม้การกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าบริการโทรคมนาคมจะเป็นอำนาจของ กทช. ก็มีได้หมายความว่า จะไปห้ามมิให้กระทรวงการคลังเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการคมนาคมได้ เพราะการเก็บภาษีสรรพสามิตครั้งนี้อาศัยกฎหมายคนละฉบับกันนั้น เห็นได้ชัดว่ารัฐบาลเข้าใจขอบเขตอำนาจตามรัฐธรรมนูญของตน

ผิดไป สำคัญเอาว่ารัฐจะเรียกเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมในเรื่องใด ๆ ก็ได้โดยไม่ต้องพิจารณากรอบทางรัฐธรรมนูญซึ่งจำกัดอำนาจรัฐบาลในเรื่องนี้ไว้ ไม่เข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจด้านทรัพยากรการสื่อสารของชาติซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้แยกออกจากรัฐบาลและเป็นอำนาจขององค์กรอิสระ

๒. การตรากฎหมายภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมเป็นการจัดเก็บภาษีจากบริการสาธารณะอันเป็นสิ่งที่จำเป็นในการดำรงชีพ และขัดต่อรัฐธรรมนูญ

๒.๑ ตามปกติภาษีสรรพสามิตย่อมจัดเก็บจากผู้ใช้นสินค้าและบริการที่รัฐมุ่งจำกัด แต่ไม่ถึงกับห้ามมิให้มีการจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้น ๆ เพราะยอมรับกันว่าการใช้นสินค้าและบริการดังกล่าวนี้เป็นแดนเสรีภาพของเอกชน แต่โดยที่การใช้นสินค้าและบริการเหล่านี้มีผลกระทบต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี กระทบต่อนโยบายประหยัดพลังงาน เพิ่มภาระเสี่ยง หรือก่อภาระอย่างอื่นแก่สังคม ผู้บริโภคสินค้าหรือบริการเหล่านี้จึงควรรับภาระภาษียิ่งกว่าบุคคลทั่วไป และด้วยเหตุนี้การเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตในสินค้าที่ยอมรับกันว่าเป็นสินค้าที่พึงจำกัดการใช้จึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคในการเรียกเก็บภาษี ส่วนการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมนั้น เป็นการเรียกเก็บภาษีจากบริการที่จำเป็นในการดำเนินชีวิต และการประกอบกิจการธุรกิจการค้าโดยไม่แยกแยะ และโดยไม่คำนึงถึงลักษณะและปริมาณที่บริโภค จึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะอธิบายได้ว่าเหตุใดผู้ใช้บริการโทรศัพท์จึงต้องรับภาระภาษีสรรพสามิตยิ่งกว่าบุคคลทั่วไป

๒.๒ นอกจากนั้น กรณีภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมนั้นเห็นได้ชัดว่ารัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนในการเข้าถึงบริการสาธารณะด้านโทรคมนาคมตามมาตรา ๕๐ ถึงขนาดให้แยกเป็นกิจการอิสระนอกเหนืออำนาจของรัฐบาล ยังเป็นฐานรองรับแก่สิทธิเสรีภาพอย่างอื่นด้วย เช่นสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในการรวมกันเป็นหมู่คณะ ในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน รัฐธรรมนูญจึงมุ่งคุ้มครองไปถึงการประกันสิทธิและประโยชน์ของผู้บริโภค และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมด้วย การที่รัฐเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมในรูปที่ก่อภาระแก่ผู้บริโภคในอัตราที่สูงได้ถึงร้อยละ ๕๐ ของค่าบริการ จึงเห็นได้ว่าขัดต่อหลักการเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าและบริการที่ไม่พึงประสงค์ และยังกระทบถึงสาระสำคัญสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองโดยตรงอีกด้วย

๓. การตรากฎหมายภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมเป็นพฤติกรรมเลี่ยงกฎหมายรัฐธรรมนูญด้านภาษีอากร

เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าการปกครองในระบบประชาธิปไตยนั้นถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ดังนั้น การตรากฎหมายจึงเป็นอำนาจของผู้แทนปวงชนที่ได้มาด้วยการเลือกตั้งทั่วไป ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายภาษีอากร การดำเนินการของรัฐบาลในการตรากฎหมายพิธีสรรพสามิตครั้งนี้ โดยการแก้ไขนิยามคำว่า “บริการ” และ “สถานบริการ” เสียใหม่เพื่อขยายฐานภาษีออกไปจนกลายเป็นฐานภาษีใหม่ตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ นับได้ว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๖๕ มาตรา ๒๑๐ และมาตรา ๒๑๑

จากคำชี้แจงข้างต้น นายเจิมศักดิ์ เห็นว่าการตรากฎหมายเพื่อเรียกเก็บภาษีของรัฐจะต้องมีขอบเขตแน่นอน มีเหตุผลสอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุ อยู่ในกรอบแห่งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อจำกัดอำนาจของรัฐตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่การดำเนินการของรัฐบาลในการตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับนี้ เป็นการฝ่าฝืนหลักสำคัญในรัฐธรรมนูญหลายประการ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดดังกล่าว

#### คำชี้แจงของนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรี

นายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือชี้แจงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ประเด็นที่ ๑ “กิจการโทรคมนาคม” ตามที่ได้ตราไว้ในพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง โดยมีเหตุดังนี้

(๑) มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง ยืนยันหลักการที่ว่า คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสื่อสารแห่งชาติ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีนัยสำคัญ คือ ผู้ใดจะยึดถือครอบครองเป็นเจ้าของไม่ได้ และความในวรรคสองของบทบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งปัจจุบันคือพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔

ส่วนการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมนั้น มีหลักการเพื่อสร้างความเป็นธรรม ซึ่งเป็นนโยบายการบริหารของรัฐบาล ในการดำเนินการทางภาษีเพื่อหารายได้เข้ารัฐ โดยภาษีสรรพสามิต เป็นภาษีประเภทหนึ่งที่รัฐเรียกเก็บจากสินค้าหรือบริการบางประเภท และเงินที่ได้จากการจัดเก็บภาษี ดังกล่าวนั้นนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารประเทศ ซึ่งแนวทางดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๕ ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของประชาชนชาวไทยทุกคนที่จะต้องเสียภาษีอากร ตามที่กฎหมายบัญญัติ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลของความจำเป็นในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต จากกิจการโทรคมนาคมนั้น มีสาเหตุจากการที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงสถานะของ ทศท. และ กสท. จากรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายมาเป็นบริษัทมหาชน จำกัด อันจะมีผลทำให้รายได้ส่วนหนึ่งของค่าสัมปทาน ที่ทั้งสองหน่วยงานดังกล่าวได้รับตามสัญญาตกเป็นรายได้ส่วนหนึ่งของค่าสัมปทานที่ทั้งสองหน่วยงาน ดังกล่าวได้รับตามสัญญาตกเป็นรายได้ของเอกชนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้น รัฐบาลจึงได้ตราพระราชกำหนด ทั้งสองฉบับดังกล่าวขึ้น โดยกำหนดให้จัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคมเพื่อแปลงค่าสัมปทาน ดังกล่าวบางส่วนให้เป็นภาษีสรรพสามิต การดำเนินการดังกล่าวเป็นกรณีที่พิจารณาถึงความจำเป็น ในการจัดหารายได้เข้ารัฐ เพื่อสร้างความมั่นคงให้แก่ระบบการคลังของประเทศ ดังนั้น การจัดเก็บภาษี สรรพสามิตจากผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมจึงเป็นการยืนยันหลักการของรัฐบาลว่าคลื่นความถี่ เป็นทรัพยากรของชาติและผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการใช้คลื่นความถี่ดังกล่าวต้องเสียค่าตอบแทนในรูป ภาษีให้รัฐ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

อนึ่ง บทบัญญัติมาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญนี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ และเสรีภาพอื่นของประชาชนชาวไทย (เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา ๕๐) ที่ไม่มีผล เป็นการลบล้างหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่บัญญัติในมาตรา ๖๕ กล่าวคือ การที่รัฐธรรมนูญรองรับสิทธิและ เสรีภาพใดไว้มีความหมายว่า รัฐจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ เว้นแต่ จะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจให้กระทำได้ในบางกรณีเท่านั้น แต่มิได้หมายความว่า จะห้ามมิให้มีการเก็บภาษีสำหรับกิจการดังกล่าว เพราะการจัดเก็บภาษีอากรเป็นเรื่อง ทางนโยบายซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ซึ่งมิได้เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นหน้าที่ ของประชาชนที่จะต้องเสียภาษี ดังนั้น หากตีความว่าการเก็บภาษีอากรมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนแล้ว รัฐก็จะไม่สามารถเก็บภาษีในกรณีใดได้เลย

(๒) การที่ยอมให้เอกชนผู้ร่วมการงานหักภาษีสรรพสามิตที่จ่ายให้กระทรวงการคลังออกจากส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายให้ ทศท. หรือ กสท. ได้ ตามมติคณะรัฐมนตรีวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๖ นั้น ก็เพื่อมิให้ประชาชนต้องรับภาระค่าใช้จ่าย ค่าบริการโทรคมนาคมที่สูงขึ้น เพราะการเก็บภาษีสรรพสามิตหากกำหนดให้บริษัทผู้ร่วมการงานต้องจ่ายภาษีสรรพสามิตเพิ่มขึ้น ต่างจากส่วนแบ่งรายได้ที่จ่ายให้ ทศท. หรือ กสท. แล้ว บริษัทผู้ร่วมการงานก็จะผลักภาระภาษีสรรพสามิตให้กับผู้ใช้บริการและการเรียกเก็บเงินดังกล่าว ซึ่งมีใช่เป็นการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการอนุญาตหรือค่าตอบแทนใบอนุญาตจากผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคม แต่เป็นการเรียกเก็บภาษีผู้มีรายได้ในกิจการโทรคมนาคม

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการยอมให้เอกชนผู้เข้าร่วมการงานหักภาษีสรรพสามิตที่จ่ายให้กระทรวงการคลังออกจากส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายให้ ทศท. หรือ กสท. นั้น เป็นการเรียกเก็บภาษีจากผู้ร่วมการงานทดแทนการชำระส่วนแบ่งรายได้ที่มีอยู่ตามสัญญาเดิม ซึ่งเดิมผู้ร่วมการงานจะต้องชำระให้กับ ทศท. หรือ กสท. ทั้งหมด มิใช่มีลักษณะเป็นการเรียกเก็บค่าอากรตอบแทนทำนองเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตหรือค่าตอบแทนการอนุญาตจากผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคม ตามกฎหมายอนุวัติการตามมาตรา ๔๐ ดังกล่าวและไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการใช้สอยทรัพยากรของประชาชน ตามมาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีผลกระทบต่อการใช้สอยทรัพยากรสื่อสารของประชาชน ซึ่งประชาชนเคยได้รับสิทธิเสรีภาพอย่างไร ก็คงได้รับสิทธิเสรีภาพเช่นเดิมไม่เปลี่ยนแปลง

ประเด็นที่ ๒ การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม โดยกระทรวงการคลัง ไม่เป็นการแทรกแซงอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม ตามมาตรา ๔๐ วรรคสอง และมาตรา ๓๓๕ (๒) ของรัฐธรรมนูญ โดยมีเหตุผล ดังนี้

(๑) พระราชกำหนดทั้งสองฉบับ มิได้มีบทบัญญัติหรือความใดที่มีผลเป็นการแทรกแซงอำนาจของ กทช. เพราะพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นเรื่องของการให้จัดเก็บภาษีสรรพสามิตของกิจการโทรคมนาคมเท่านั้น การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตมิได้ทำให้อำนาจหน้าที่ของ กทช. ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ลดลงหรือเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด เพราะแม้ว่าจะได้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแล้ว กทช. ก็ยังคงมีอำนาจหน้าที่เหมือนเดิมตามกฎหมายบัญญัติไว้ทุกประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจในการ

กำหนดโครงสร้างอัตราค่าธรรมเนียม ค่าตอบแทนหรือค่าบริการนั้น เนื่องจากการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต ตามพระราชกำหนดเป็นการเรียกเก็บตามสัดส่วนของรายได้ซึ่งมิได้เป็นเงินโอนหรือองค์ประกอบการที่สำคัญในการกำหนดโครงสร้างค่าธรรมเนียม ค่าตอบแทน หรือค่าบริการให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการ และผู้ให้บริการ

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ กทช. ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการ โทรคมนาคม เห็นว่า ภาษีที่เรียกเก็บดังกล่าวมีอัตราที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบกิจการ หรือผู้ใช้บริการก็อาจเสนอความเห็นต่อรัฐบาลเพื่อแก้ไขปรับปรุงอัตราดังกล่าวได้ตามมาตรา ๕๑ (๒๐) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓

(๒) อำนาจของ กทช. ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๕๑ และพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๑๕ เป็นการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาต ค่าตอบแทนและกำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่ รวมทั้งการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่การเก็บภาษีสรรพสามิตเป็นการเก็บภาษีจากผู้มีรายได้ในกิจการโทรคมนาคม ซึ่งแตกต่างกัน เนื่องจากการเก็บเงินตามอำนาจหน้าที่ของ กทช. เป็นการเรียกเก็บทำนองค่าการอนุญาต ค่าตอบแทนการใช้คลื่นความถี่ และค่าการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่การเรียกเก็บภาษีสรรพสามิต โทรคมนาคมเป็นการเรียกเก็บภาษีจากรายได้นั้น ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะบังคับใช้เพื่อการกำกับ กิจการโทรคมนาคมแต่ประการใด ตามที่ได้ชี้แจงไว้แล้วในประเด็นที่ ๑ (๒)

ดังนั้น การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจึงเป็นการใช้อำนาจคนละส่วนและไม่ซ้ำซ้อนกับการใช้อำนาจของ กทช. ซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้กฎหมายต่างกัน จึงไม่เป็นการแทรกแซงอำนาจ กทช. ในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมแต่อย่างใด

ประเด็นที่ ๓ การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม โดยกระทรวงการคลัง ไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญ โดยมีเหตุผล ดังนี้

(๑) หลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญนั้น หมายความว่า รัฐจะต้องไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิ



ดังกล่าว และทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในการแข่งขัน เช่นการให้การสนับสนุนผู้ประกอบการรายใดเป็นพิเศษแตกต่างจากผู้ประกอบการประเภทเดียวกันอื่น ๆ ในกรณีของการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคมนั้น ในทางกฎหมายภาษีอากรแล้วต้องถือว่าผู้ประกอบการทุกรายอยู่ในสถานะเดียวกัน ส่วนความแตกต่างในเรื่องการเป็นผู้ประกอบการรายเดิมหรือรายใหม่นั้น ก็เป็นเรื่องปกติทั่วไปในทางการพาณิชย์ สำหรับกรณีตามคำร้องนี้จะเห็นได้ว่า โดยที่ข้อเท็จจริงในขณะนั้นยังไม่มี การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมให้แก่ผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมรายใหม่ การแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายและรายใหม่จึงยังไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดที่ให้อำนาจจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมทั้งสองฉบับ ต่างก็กำหนดให้ผู้ประกอบการ ทั้งรายเก่าและรายใหม่เสียภาษีในอัตราเดียวกัน ส่วนข้อยกเว้นที่กำหนดให้ผู้ประกอบการรายเก่าและรายใหม่เสียภาษีในอัตราเดียวกัน ส่วนข้อยกเว้นที่กำหนดให้ผู้ประกอบการรายเก่าสามารถหักค่าภาษีสรรพสามิตที่จ่ายให้กระทรวงการคลังออกจากส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายให้ตามสัญญาสัมปทานก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ใช้บริการมิให้ต้องจ่ายค่าบริการที่แพงขึ้น ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตตามพระราชกำหนดทั้งสองฉบับดังกล่าว ขัดกับหลักเสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรม

กล่าวโดยสรุป พระราชกำหนดทั้งสองฉบับเป็นเรื่องของการจัดเก็บภาษีรายได้อันเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจในทางนโยบายการบริหารประเทศของรัฐบาลตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ และมีได้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรสื่อสารของชาติและไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามมาตรา ๕๐ แต่อย่างไร

(๒) ตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า การกำหนดให้ผู้ประกอบการรายเก่าได้สิทธิพิเศษจากสัญญา ร่วมการทำงาน รวมทั้งมีฐานลูกค้าและพัฒนาเครื่องหมายความการค้าและบริหารของตน จึงทำให้ต้นทุนการให้บริการ ต่อหน่วยของผู้ประกอบการรายใหม่ซึ่งมีฐานลูกค้าต่ำกว่าในระยะเริ่มต้นนั้นสูงกว่าต้นทุนของผู้ประกอบการ ที่ดำเนินกิจการมาแต่เดิมนั้น เห็นว่าผู้ประกอบการรายใหม่มีข้อได้เปรียบ ไม่ต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้ ทศท. หรือ กสท. และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ กทช. เพียงหน่วยเดียว ในขณะที่ผู้ร่วมการทำงานกับ ทศท. หรือ กสท. นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ กทช. แล้วยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของ

สัญญาร่วมการทำงานจนกว่าจะหมดอายุสัญญาอีกด้วย ซึ่งตามมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดให้ กทช. มีอำนาจกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่มีโอกาสให้บริการโทรคมนาคมในท้องที่ใดแข่งขันกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาค และเป็นธรรมได้ ดังนั้น หากในอนาคต หากเกิดมีการได้เปรียบหรือเสียเปรียบระหว่างผู้ประกอบการรายเดิมกับผู้ประกอบการรายใหม่ ซึ่งเป็นอำนาจและหน้าที่ของ กทช. ที่จะต้องหามาตรการใด ๆ มาใช้บังคับเพื่อให้การแข่งขันของผู้รับใบอนุญาต สามารถแข่งขันกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาค และเป็นธรรมต่อไป

#### คำชี้แจงของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทช.)

คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมได้มีหนังสือชี้แจงต่อศาลรัฐธรรมนูญดังนี้

การตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ๒๕๔๖ นั้น กทช. พิจารณาแล้วมีความเห็นว่า กรณีเป็นการดำเนินการตามนโยบายบริหารการคลัง ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะดำเนินการภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าว การกำหนดให้กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐในกิจการโทรคมนาคมต้องเสียภาษีสรรพสามิต นั้นเป็นหลักการตามกฎหมายเฉพาะด้านภาษีอากรของฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่มีเขตอำนาจในการกำหนดแนวนโยบายการคลังสาธารณะและการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ด้านการบริหารราชการแผ่นดิน

มีปัญหาคือต้องพิจารณาวินิจฉัยตามเนื้อหาแห่งประเด็นตามคำร้องของผู้ร้องว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๓ เฉพาะพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตตอนที่ ๑๒ ว่าด้วยกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔๐ วรรคสอง และมาตรา ๓๓๕ (๒) และมาตรา ๕๐ หรือไม่

#### บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

มาตรา ๔๐ “คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสาธารณะของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ให้มืองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินการตามวรรคสองต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม”

มาตรา ๕๐ “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือจำกัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

มาตรา ๖๕ “บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รับราชการทหาร เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พักภัย ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

มาตรา ๓๓๕ “ในวาระเริ่มแรก มิให้นำบทบัญญัติดังต่อไปนี้ มาใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ ภายใต้ง่อนไขดังต่อไปนี้ ...

(๒) มิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๔๐ มาใช้บังคับ จนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการให้ เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ กฎหมายที่จะตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ซึ่งมีผลสมบูรณ์อยู่ในขณะที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ จนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น จะสิ้นสุด

ฯลฯ”

พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๖

มาตรา ๓ “ให้ยกเลิกความในตอนที่ ๕ สถานบริการ ของพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตท้ายพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติพิกัด

อัตรากษัตริย์ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้พิกัดอัตรากษัตริย์ที่ท้ายพระราชบัญญัติกำหนดนี้แทน...

ตอนที่ ๑๒ กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐลักษณะบริการ

“กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ” หมายความว่า การประกอบกิจการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการให้บริการแก่ประชาชนทั่วไป โดยได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐให้ดำเนินการได้

ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม อัตรากษัตริย์ ตามมูลค่าร้อยละ ๕๐

ฯลฯ”

มาตรา ๑๐๓ “เพื่อประโยชน์แก่การเศรษฐกิจของประเทศหรือเพื่อความผาสุกของประชาชน รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศลดอัตรา หรือยกเว้นภาษีสำหรับสินค้าหรือบริการใด ๆ ได้ ทั้งนี้ จะกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้

การลดอัตราหรือยกเว้นภาษี การยกเลิกหรือแก้ไขการลดอัตราหรือยกเว้นภาษีตลอดจนหลักเกณฑ์ และเงื่อนไข ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓

มาตรา ๕๑ วรรคหนึ่ง “ให้ กทช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดนโยบายและจัดทำแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคมและแผนความถี่วิทยุให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ และตารางกำหนดคลื่นความถี่แห่งชาติ

(๒) กำหนดลักษณะและประเภทของกิจการโทรคมนาคม

(๓) พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม

(๔) พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม

(๕) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข ค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียม การอนุญาตตาม (๓) และ (๔) รวมทั้งการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ฯลฯ

(๖) กำหนดโครงสร้างอัตราค่าธรรมเนียมและค่าบริการในกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมให้เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการโทรคมนาคมหรือระหว่างผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคม

ฯลฯ

(๑๓) กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคม

(๑๔) กำหนดมาตรการให้มีการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการในกิจการโทรคมนาคมและกิจการที่เกี่ยวข้อง และการกระจายบริการด้านโทรคมนาคมให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ

ฯลฯ”

วรรคสี่ “การดำเนินการตาม (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) (๑๐) (๑๑) (๑๒) (๑๓) และ (๑๔) นอกจากที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัตินี้แล้ว ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม”

มาตรา ๘๐ “ในวาระเริ่มแรกที่การคัดเลือกและแต่งตั้ง กสช. หรือ กทช. แล้วแต่กรณี ยังไม่แล้วเสร็จ ให้นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี อธิบดีกรมประชาสัมพันธ์ อธิบดีกรมไปรษณีย์โทรเลข และเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นใดที่เกี่ยวกับการบริหารคลื่นความถี่ การจัดสรรคลื่นความถี่ การอนุญาต และการกำกับดูแลหรือการควบคุมการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ตามกฎหมายว่าด้วยวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ กฎหมายว่าด้วยวิทยุคมนาคม กฎหมาย ว่าด้วย โทรเลขและโทรศัพท์ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติจนถึงวันพ้นกำหนด เวลาตามมาตรา ๗๗ แต่ในระหว่างนั้นจะพิจารณาจัดสรรคลื่นความถี่ ออกใบอนุญาตประกอบกิจการ หรืออนุญาตให้ประกอบกิจการเพิ่มเติมไม่ได้”

#### พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๔

มาตรา ๑๕ “ในการประกอบกิจการโทรคมนาคม ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม และตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด

ในการกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาต ให้คณะกรรมการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ โดยเฉพาะของผู้รับใบอนุญาตให้ชัดเจน รวมทั้งกำหนดแผนการให้บริการกิจการโทรคมนาคมของผู้รับใบอนุญาต โดยอย่างน้อยต้องกำหนดขึ้นตอนและระยะเวลาในการเริ่มให้บริการ รายละเอียดของลักษณะ หรือประเภทการให้บริการ อัตราค่าบริการ การให้บริการแจ้งข้อมูลผู้ใช้เลขหมายโทรคมนาคม และการอื่นที่จำเป็นในการให้บริการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในกรณีที่มีเหตุสำคัญเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือกฎหมายหรือพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไป ให้คณะกรรมการมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขในการอนุญาตได้ตามความจำเป็น”

มาตรา ๑๕ “ให้คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่มีโอกาสให้บริการโทรคมนาคมในท้องที่ใดแข่งขันกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาค และเป็นธรรมได้”

#### ข้อเท็จจริงรับฟังได้ดังนี้

๑. เมื่อวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๕๖ รัฐบาลได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งมาตรา ๓ ได้แก้ไขเพิ่มเติมพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ในส่วนของกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐลักษณะบริการ โดยกำหนดไว้ในประเภทที่ ๑๒.๐๑ ให้กิจการโทรคมนาคม ต้องเข้าอยู่ในพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต และเก็บในอัตรามูลค่าร้อยละ ๕๐

๒. ในวันเดียวกันกับข้อ ๑ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ มาตรา ๑๐๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๔ ออกประกาศโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ลดอัตราภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ ๖๘) ในส่วนของกิจการโทรคมนาคม ดังนี้

(๑) กิจการโทรศัพท์พื้นฐาน จากมูลค่าง่ายละ ๕๐ ลดเหลือร้อยละ ๒

(๒) กิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า จากมูลค่าง่ายละ ๕๐ ลดเหลือร้อยละ ๑๐

๓. ในวันเดียวกันกับข้อ ๑ คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารดำเนินการเพื่อให้มีการหักค่าภาษีสรรพสามิตออกจากส่วนแบ่งรายได้ที่คู่สัญญาต้องนำส่งให้การสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย

พิเคราะห์แล้ว ก่อนที่จะเข้าถึงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๕๐ สมควรกล่าวถึงผลการใช้บังคับของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ ก่อน กล่าวคือรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาลบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา ๓๓๕ ในวาระเริ่มแรก มิให้นำบทบัญญัติดังต่อไปนี้ มาใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ ภายใต้ง่อนไขดังต่อไปนี้...

(๒) มิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๔๐ มาใช้บังคับ จนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ กฎหมายที่จะตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ซึ่งผลสมบูรณ์อยู่ในขณะที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ จนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น จะสิ้นผล”

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) ดังกล่าวมีผลสำคัญสองประการ คือ

๑. ห้ามมิให้นำบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ มาใช้บังคับ จนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

๒. กฎหมายที่จะตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ซึ่งผลสมบูรณ์อยู่ในขณะที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ จนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้นจะสิ้นผล

โดยที่ได้มีประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ตามลำดับ อันเป็นการอนุวัติการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ แล้ว ฉะนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ จึงมีสภาพใช้บังคับโดยสมบูรณ์และโดยเด็ดขาด นับตั้งแต่วันที่ใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มีผลใช้บังคับคือนับตั้งแต่วันที่ ๑๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ เป็นต้นไป ดังนั้น หากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ หรือมีผลไปกระทบกระเทือนถึงการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ซึ่งมีความสมบูรณ์อยู่ในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับย่อมต้องถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖

ต่อไปจะได้พิจารณาตามเนื้อหาตามประเด็นที่กำหนดไว้ข้างต้น

๑. โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง กำหนดให้คลื่นความถี่ “เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ฉะนั้นการใช้สอยทรัพยากรสื่อสารของประชาชนจึงควรเป็นไปโดยเสรีและไม่ถูกกีดกันหรือหวงห้ามจากรัฐ ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่ประโยชน์สาธารณะอื่นของประชาชน เช่น ประโยชน์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓ มาตรา ๓๕ มาตรา ๔๓ มาตรา ๔๖ และมาตรา ๕๘ เป็นต้น ซึ่งอยู่ภายใต้หมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยที่พึงได้รับความคุ้มครองจากทุกรัฐบาล และเพื่อเป็นหลักประกันว่าประชาชนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ตามควรแก่กรณี รัฐธรรมนูญ

จึงได้กำหนดให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระดังกล่าวต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม ความมั่นคงของรัฐ และประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ดังที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสองและวรรคสาม การที่รัฐบาลได้ถือโอกาสตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๔๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ เมื่อวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๖ ภายหลังที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ มีผลใช้บังคับโดยเด็ดขาดแล้ว โดยกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคมในอัตราร้อยละ ๕๐ ของมูลค่า และในวันเดียวกันนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ มาตรา ๑๐๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๔ ออกประกาศกระทรวงโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ประกาศอัตราภาษีสรรพสามิตในส่วนของกิจการโทรคมนาคม ในกิจการโทรศัพท์พื้นฐาน จากมูลค่าร้อยละ ๕๐ เหลือร้อยละ ๒ และในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์จากมูลค่าร้อยละ ๕๐ เหลือร้อยละ ๑๐ และในวันเดียวกันนั้น คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารดำเนินการเพื่อให้มีการหักค่าภาษีสรรพสามิตออกจากส่วนแบ่งรายได้ที่คู่สัญญาต้องนำส่งให้การสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือองค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย การกระทำดังกล่าวนอกจากจะเป็นการกระทบกระเทือนถึงสัมปทานซึ่งมีผลสมบูรณ์อยู่ และยังไม่สิ้นผล อันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) แล้ว ยังเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในขอบอำนาจขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสองด้วย กล่าวคือ การกำหนดพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตในอัตราร้อยละ ๕๐ ดังกล่าว มีผลโดยตรงต่อการจำกัดเสรีภาพในการใช้สอยทรัพยากรสื่อสารของประชาชน ตลอดจนมีผลทำให้มีการกีดกันการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม เพราะจะเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรายใหม่ต้องแบกรับภาระภาษีสรรพสามิตในอัตราเดียวกับผู้ประกอบการรายเดิม ทั้งที่ผู้ประกอบการรายเดิมได้สิทธิพิเศษต่าง ๆ จากรัฐตามสัญญาร่วมการทำงานอย่างมากแล้วยังได้รับผลในด้านการหักค่าภาษีสรรพสามิตจากเงินส่วนแบ่งรายได้ด้วย ผลเท่ากับว่าผู้ประกอบการรายใหม่ต้องเสียภาษีสรรพสามิตตามอัตราที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้ประกอบการรายเดิมกลับไม่ต้องเสีย แสดงถึงการไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสาม บัญญัติไว้



นอกจากนี้ อำนาจในการจัดสรรและกำกับดูแลคลื่น เป็นอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กทช. ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ ประกอบพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ บัญญัติไว้ เมื่อการกำหนดพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตครอบคลุมในกิจการโทรคมนาคม อันมีผลต่อการประกอบกิจการโทรคมนาคม ในลักษณะการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการประกอบกิจการได้ จึงเท่ากับว่า รัฐใช้อำนาจฝ่ายปกครองในการจัดสรรและกำกับดูแล แม้จะไม่โดยตรง แต่ก็เป็นไปโดยอ้อมที่เห็นผลได้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจของ กทช. โดยแท้ การที่รัฐบาลตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ๒๕๔๖ ที่เป็นประเด็นคดีนี้ ทั้งที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ มีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์และโดยเด็ดขาดแล้ว จึงเห็นได้ว่าเป็นการแทรกแซงอำนาจหน้าที่ของ กทช. ในการจัดสรรคลื่นความถี่ ตลอดจนการกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ วรรคสอง กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

๒. โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ ได้บัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการและประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของบุคคลไว้ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเท่านั้น แต่การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากการประกอบกิจการโทรคมนาคมดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (ฝ่ายบริหาร) โดยไม่มีหลักประกันแก่ประชาชนว่ารัฐจะอาศัยอำนาจลักษณะนี้ในการกำหนดพิกัดอัตราภาษีที่สูงขึ้น โดยอ้างว่าเพื่อนำรายได้มาพัฒนาประเทศ แต่แท้จริงการเพิ่มอัตราภาษีนี้อาจถึงขั้นไปจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ คุ้มครองไว้หรือไม่ เนื่องจากรัฐสามารถปรับเปลี่ยนพิกัดอัตราภาษีโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต ฯ มาตรา ๑๐๓ ได้ตลอดเวลา นอกจากนี้รัฐยังยอมรับว่าการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต จะมีผลเป็นการผลักภาระภาษีให้แก่ผู้บริโภค เพราะทำให้ต้นทุนของ

ผู้ประกอบการสูงขึ้น การตราพระราชกำหนดประกอบกับการอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นวิธีการหาช่องทางให้ผู้ประกอบการรายเดิมได้หักลดส่วนแบ่งรายได้เป็นค่าภาษี โดยอ้างการคุ้มครอง ประชาชนมิให้ได้รับผลกระทบจากค่าบริการที่แพงขึ้น ในขณะที่ผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้ามาประกอบ กิจการโทรคมนาคม จะต้องแบกรับต้นทุนที่สูงขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงเป็นการที่รัฐสร้างมาตรการ ที่ไม่ส่งเสริมหรือไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ วรรคหนึ่ง และเป็นพฤติกรรมที่มุ่งคุ้มครองและเอื้อประโยชน์ แก่ผู้ประกอบการรายเดิม อีกทั้งยังเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ อันส่งผลให้ประชาชนในฐานะ ผู้บริโภคต้องขาดประโยชน์อันควรได้รับไปด้วย นอกจากนี้ การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือการประกอบอาชีพด้วยการตราพระราชกำหนดดังกล่าวไม่เข้าข่ายยกเว้นที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ วรรคสอง บัญญัติไว้

อาศัยเหตุผลดังได้พิจารณาแล้ว จึงวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัด อัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๓ เฉพาะพิกัดอัตราภาษี สรรพสามิต ตอนที่ ๑๒ ว่าด้วยกิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐลักษณะบริการ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๓๓๕ (๒) และมาตรา ๕๐ อันมีผลใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖

นายจิระ บุญพจนสุนทร

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ