

## คำวินิจฉัยของ นายมานิต วิทยาเต็ม 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 ว่าด้วยกิจการที่ได้รับอนุญาต หรือสัมปทานจากรัฐ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการ โตรคมนาคน มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๓๓๕ (๒) และมาตรา ๕๐ หรือไม่

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ผู้ร้อง) ยื่นคำร้องพร้อมความเห็น ลงวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๔๖ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๘ ว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ๒๕๔๖ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๓๓๕ (๒) และมาตรา ๕๐ เนื่องจากนายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง สมาชิกวุฒิสภา และคณะ และนางสาวสายรุ้ง ทองปลอน ตัวแทนเครือข่ายองค์กรภาคประชาชน และคณะ มีหนังสือร้องเรียนต่อผู้ร้องว่า พระราชกำหนดทั้งสองฉบับขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ มาตรา ๕๐ มาตรา ๕๗ มาตรา ๘๗ และมาตรา ๓๓๕ (๒) จึงขอให้ผู้ร้องเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๘

ผู้ร้องพิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สรุปได้ดังนี้

(๑) การที่พระราชกำหนดทั้งสองฉบับกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตกิจการ โตรคมนาคน ซึ่งโดยหลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแล้วต้องเป็นภาษีที่มีขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมการบริโภคสินค้าหรือบริการที่ไม่จำเป็น ไม่พึงประสงค์ และก่อภาระแก่สังคมหรือประเทศชาติ อย่างไม่อย่างหนึ่ง การกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโตรคมนาคน ในฐานะที่เป็น

กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ และให้อำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษีในอัตราร้อยละ ๕๐ ของมูลค่า และมีการอนุญาตให้นำส่วนที่จ่ายเป็นภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมไปหักลด ส่วนแบ่งรายได้ที่บริษัทเอกชนคู่สัญญาต้องจ่ายให้หน่วยงานของรัฐตามสัญญาร่วมการงาน ยอมให้ บริษัทเอกชนผู้ร่วมการงานหักภาษีสรรพสามิตที่จ่ายให้กระทรวงการคลังออกจากส่วนแบ่งรายได้ ที่ต้องจ่ายให้บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (บมจ. ทศท คอร์ปอเรชั่น) หรือบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท โทรคมนาคม) ได้ ทำให้การเก็บภาษีสรรพสามิต ในกิจการโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นการเรียกเก็บค่าอากรตอบแทนการที่รัฐให้บริการหรือสิทธิพิเศษ อย่างหนึ่งอย่างใดจากผู้ได้รับบริการหรือสิทธิพิเศษนั้น จึงอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง เพราะรัฐใช้กลไกทางภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการใช้สอย ทรัพยากรการสื่อสารของประชาชน

(๒) การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมโดยกระทรวงการคลังเป็นการแทรกแซง อำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการ โทรคมนาคม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสอง และมาตรา ๓๓๕ (๒) กล่าวคือ เมื่อพิจารณา อำนาจหน้าที่ของ กทช. ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๕๑ และพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๕ กำหนดให้ กทช. เป็นองค์กร ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม กำหนดลักษณะและประเภท ของกิจการโทรคมนาคม อนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม กำหนดอัตรา ค่าธรรมเนียมของผู้ให้บริการ รวมไปถึงอัตราค่าบริการของผู้ใช้บริการ ฯลฯ เพื่อให้สอดคล้องกับ หลักการของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ แม้ว่ากระทรวงการคลังจะมีอำนาจหน้าที่กำหนดประเภทบริการ และพิกัตอัตราภาษีสรรพสามิตเพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการบริโภคสินค้าหรือบริการใดที่ฟุ่มเฟือยตามหลักการ ของภาษีสรรพสามิตหรือเพื่อรักษาความมั่นคงอย่างหนึ่งอย่างใดตามนโยบายของรัฐบาลก็ตาม แต่โดยที่ รัฐธรรมนูญกำหนดให้กิจการโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เป็นการเฉพาะ คือ กทช. ดังนั้น การตราพระราชกำหนดเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยพิกัตอัตราภาษี สรรพสามิตและกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิตโดยกำหนดให้กิจการโทรคมนาคมเป็นวัตถุแห่งการจัดเก็บ

และให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังใช้ดุลพินิจปรับเปลี่ยนพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตได้ จึงอาจเป็นการแทรกแซงการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมอันเป็นอำนาจหน้าที่ของ กทช. ซึ่งอาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ เพราะการอนุญาตให้นำส่วนที่จ่ายเป็นภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมไปหักลดส่วนแบ่งรายได้ที่ต้องจ่ายให้หน่วยงานของรัฐตามสัญญาร่วมการงาน ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ทำให้การเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกับการเรียกเก็บค่าอากรตอบแทนการที่รัฐให้บริการหรือสิทธิพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดจากผู้ได้รับบริการหรือสิทธิพิเศษนั้น กล่าวคือ มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาสัมปทานโดยปริยาย ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) ประกอบกับการจ่ายภาษีสรรพสามิตจะมีผลกระทบต่อ “ต้นทุน” และจะกระทบต่อการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ค่าตอบแทน หรือค่าบริการการใช้กิจการโทรคมนาคม ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายว่าด้วยคลื่นความถี่ และเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของ กทช. เพราะไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขกฎเกณฑ์ให้กับเอกชนรายใหม่เพื่อส่งเสริมการแข่งขันได้เต็มที่ เพราะรัฐบาลย่อมจะอ้างได้ว่าเป็นการเก็บภาษีสรรพสามิตตามกฎหมาย ซึ่งการปรับเพิ่มหรือลดอัตราภาษีเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร มิใช่ของ กทช.

(๓) การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมโดยกระทรวงการคลังขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาหลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมตามพระราชกำหนดดังกล่าวที่ใช้หลักการจัดเก็บภาษีจากผู้ประกอบการทุกคนในอัตราภาษีเท่ากัน จึงถือได้ว่ามาตรการภาษีสรรพสามิตเป็นมาตรการที่สร้างความเป็นธรรมทางด้านภาษีให้แก่ผู้ประกอบการทั้งระบบ แต่การประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ตามนัยของรัฐธรรมนูญ น่าจะไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน หรือเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตจากผู้ประกอบการทุกคนในอัตราเท่าเทียมกันเท่านั้น แต่ควรจะต้องคำนึงถึงการมีโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ตลอดจนความสามารถที่จะแข่งขันโดยเสรีบนฐานเดียวกันด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม ฯ มาตรา ๑๕ ซึ่งบัญญัติให้ กทช. มีอำนาจกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่มีโอกาส

ให้บริการโทรคมนาคมในท้องที่ใดแข่งขันกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาค และเป็นธรรมได้ ดังนั้น การกำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหม่เสียภาษีสรรพสามิตในอัตราเดียวกับผู้ประกอบการรายเก่า ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกอบการรายเก่าได้สิทธิพิเศษจากสัญญาร่วมการงานและผู้ประกอบการซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการช่วยสร้างฐานลูกค้าขนาดใหญ่และพัฒนาเครื่องหมายการค้าและบริการ จึงทำให้ต้นทุนการให้บริการต่อหน่วยของผู้ประกอบการรายใหม่ซึ่งมีฐานลูกค้าที่เล็กกว่าในระยะเริ่มต้นนั้นสูงกว่าต้นทุนของผู้ประกอบการรายเก่าที่ดำเนินการหรือกิจการแต่เดิม ดังนั้น พระราชกำหนดทั้งสองฉบับอาจจะขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้ร้องจึงเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๘

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องไว้ดำเนินการตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๖ ข้อ ๑๒ และเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญ ได้ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคำร้อง ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้าคณะรัฐมนตรี นายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง สมาชิกวุฒิสภา นางสาวสายรุ้ง ทองพลอน ตัวแทนเครือข่ายองค์กรภาคประชาชนในฐานะผู้ร้องเรียนต่อผู้ร้อง และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ จัดทำคำชี้แจงเป็นหนังสือเกี่ยวกับประเด็นตามคำร้อง ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องและเอกสารประกอบคำร้อง คำชี้แจงเป็นหนังสือของผู้เกี่ยวข้อง และเอกสารประกอบแล้ว มีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๙ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๓ เฉพาะตอนที่ ๑๒ ว่าด้วยกิจการที่ได้รับการอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง หรือไม่

ประเด็นที่สอง พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๙ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๓ เฉพาะตอนที่ ๑๒ ว่าด้วยกิจการที่ได้รับการอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๓๓๕ (๒) หรือไม่

ประเด็นที่สาม พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิทักษ์รักษาทรัพย์สมบัติ พ.ศ. ๒๕๒๓ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๖ มาตรา ๓ เฉพาะตอนที่ ๑๒ ว่าด้วยกิจการที่ได้รับอนุญาต หรือสัมปทานของรัฐ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ หรือไม่

#### กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

#### รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

“มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และ วิทยุโทรคมนาคม เป็นทรัพยากรสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

“มาตรา ๔๐ วรรคสอง ให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ตามวรรคหนึ่ง และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

“มาตรา ๕๐ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษา ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือ ขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

“มาตรา ๓๓๕ ในวาระเริ่มแรก มิให้นำบทบัญญัติดังต่อไปนี้ มาใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ ภายได้เงื่อนไขดังต่อไปนี้ ...

(๒) มิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๔๐ มาใช้บังคับ จนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการให้ เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ กฎหมาย ที่จะตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญา ซึ่งมีผลสมบูรณ์อยู่ใน ขณะที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ จนกว่าการอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญานั้น จะสิ้นสุด”

พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖

“มาตรา ๓ ให้ยกเลิกความในตอนที่ ๕ สถานบริการ ของพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ที่ย้ายพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้พิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ที่ย้ายพระราชกำหนดนี้แทน ...

ตอนที่ ๑๒ กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ

ลักษณะบริการ

“กิจการที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ” หมายความว่า การประกอบกิจการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการให้บริการแก่ประชาชนทั่วไป โดยได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐให้ดำเนินกิจการได้

ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม อัตราภาษีตามมูลค่า ร้อยละ ๕๐”

การพิจารณาและการวินิจฉัย

ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า สัญญาสัมปทานโทรคมนาคมหรือที่เรียกอย่างเป็นทางการว่าสัญญา ร่วมการทำงานในการให้บริการโทรคมนาคมซึ่งเป็นสัญญาที่หน่วยงานรัฐ ๔ แห่งคือ องค์การโทรศัพท์ แห่งประเทศไทย (ทศท.) การสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) กรมไปรษณีย์โทรเลข และกระทรวงคมนาคม ร่วมให้บริการโทรคมนาคมต่าง ๆ เช่น โทรศัพท์พื้นฐาน โทรศัพท์เคลื่อนที่ ดาวเทียม เจจเจอร์ และ บริการอื่น ๆ กับผู้ประกอบการเอกชนสัญญาดังกล่าวส่วนใหญ่กำหนดให้มีการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ ที่เอกชนได้รับมาจากการประกอบการให้แก่หน่วยงานรัฐในสัดส่วนที่เป็นร้อยละของรายได้ไปตลอด อายุสัญญาซึ่งจะสิ้นสุดลงในอีกประมาณ ๑๕ ปีข้างหน้า เพื่อแลกเปลี่ยนกับสิทธิพิเศษต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการเอกชนได้รับจากรัฐ เช่น สิทธิในการประกอบการก่อน สิทธิผูกขาดในการ ประกอบการในช่วงเวลาหนึ่ง สิทธิในการได้รับคลื่นความถี่และเลขหมายโทรคมนาคมโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย เป็นต้น ในช่วงที่ผ่านมาเงื่อนไขในสัญญาสัมปทานทำให้เกิดปัญหาการแข่งขันและการพัฒนาในตลาด การให้บริการโทรคมนาคม เพราะผู้รับสัมปทานแต่ละรายได้รับเงื่อนไขและสิทธิประโยชน์ที่แตกต่างกัน จึงได้มีข้อเสนอให้มีการแก้ไขเงื่อนไขของสัญญาดังกล่าว หรือที่เรียกกันว่า “การแปรสัญญา” ในหลายรัฐบาล แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ ในช่วงต้นปี พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้มีความพยายามที่จะ

แปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคม โดยให้ผู้รับสัมปทานเลิกจ่ายส่วนแบ่งรายได้ให้แก่หน่วยงานรัฐ ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๘ เป็นต้นไป อย่างไรก็ตาม ความพยายามดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากได้รับการคัดค้านอย่างรุนแรงจากนักวิชาการองค์กรพัฒนาเอกชน สื่อมวลชน และประชาชนทั่วไป ตลอดจนหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ รัฐบาลจึงหาวิธีการแปรสัญญาสัมปทานใหม่โดยการออกพระราชกำหนดภาษีสรรพสามิตเพื่อเก็บภาษีสรรพสามิตจากการให้บริการโทรคมนาคมและทำการแปรสัญญาให้ผู้รับสัมปทานได้รับการลดหย่อนเงินค่าสัมปทานในจำนวนเงินเท่ากับจำนวนเงินค่าภาษีสรรพสามิตที่ผู้รับสัมปทานได้จ่ายให้แก่กระทรวงการคลัง การแปลงค่าสัมปทานเป็นค่าภาษีสรรพสามิตเช่นนี้เป็นมาตรการหนึ่งในการแก้ไขปัญหาที่มีอยู่ระหว่างรัฐบาลกับผู้รับสัมปทานและระหว่างรัฐบาลกับหน่วยงานของรัฐที่กำลังแปรรูปเป็นบริษัท ร่วมทุนกับเอกชนด้วย มาตรการนี้ทำให้ผู้ประกอบการปัจจุบันยังคงต้องจ่ายส่วนหนึ่งของรายได้แก่รัฐ ในรูปค่าตอบแทนบวกค่าภาษีสรรพสามิต คิดเป็นเม็ดเงินไม่น้อยกว่าเดิมที่ต้องจ่ายเป็นค่าส่วนแบ่งรายได้ แต่ก็มีผู้คัดค้านว่า รูปแบบการจ่ายเงินแก่รัฐบาลเช่นนี้ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ในอนาคตต้องจ่ายค่าภาษีสรรพสามิต ซึ่งไม่น่าจะต้องเสีย และการกำหนดให้มีภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรคมนาคม เช่นนี้ ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่หมดหรือลดความได้เปรียบที่มีต่อผู้ประกอบการรายเดิม ผู้คัดค้าน ประสงค์จะคงความได้เปรียบตรงจุดนี้ไว้ จึงมองว่าการขจัดจุดได้เปรียบของผู้ลงทุนรายใหม่ คือ การได้เปรียบของผู้ประกอบการปัจจุบัน

ผู้ทำคำวินิจฉัยเห็นว่า ไม่มีมาตรการใดมาตรการเดียวในการแปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคม ที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากเงื่อนไขสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมปัจจุบัน ซึ่งมีหลายรูปแบบสัญญา ให้เป็นที่พอใจสมบูรณ์แก่ทุกฝ่าย เพราะรัฐบาลก็ดี ผู้ประกอบการหรือผู้ลงทุนก็ดี ประชาชนผู้บริโภคก็ดี มีแง่มุมของผลประโยชน์ ความคาดหมาย และความพอใจแตกต่างกัน แต่หากไม่มีการแปรสัญญาสัมปทานโทรคมนาคมเลย ปัญหาที่มีอยู่ก็จะเป็นอุปสรรคเรื้อรังต่อไปในการพัฒนากิจการการให้บริการโทรคมนาคมของประเทศเนื่องจากปัญหาขัดแย้งของสิทธิประโยชน์ทั้งในวงการผู้ประกอบการปัจจุบัน และผู้ที่ลงทุนรายใหม่ซึ่งไม่เป็นผลดีแก่การพัฒนากิจการโทรคมนาคมของชาติและการบริการแก่ประชาชน การใช้มาตรการทางภาษีสรรพสามิตครั้งนี้ เห็นได้ว่าเป็นมาตรการที่รัฐบาลเลือก เพื่อประนีประนอมและลดความขัดแย้งในปัญหาผลประโยชน์ของทุกฝ่าย ซึ่งอาจจะต้องมีการปรับเปลี่ยนอัตราภาษีสรรพสามิตประกอบมาตรการหรือวิธีการอื่น ๆ ต่อไปอีกตามเหตุการณ์และ

ความจำเป็นในอนาคต ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ประเด็นพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีดังนี้

๑. การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้สอยทรัพยากรสื่อสารตามมาตรา ๕๐ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า ภาษีสรรพสามิตก็ดี ภาษีใด ๆ ก็ดี เป็นหน้าที่ของประชาชนที่จะต้องเสียตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๕ ที่บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รับราชการทหาร เสียภาษีอากร .... ” สิ่งที่เป็นทรัพยากรสาธารณะของชาตินั้นมิใช่จะมีแต่คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุคมนาคม เท่านั้น แต่ยังมีทรัพยากรสาธารณะของชาติอีกมากมายหลายอย่าง เช่น พลังงานน้ำ พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานลม เส้นทางการคมนาคมสาธารณะ เป็นต้น ทรัพยากรสาธารณะเช่นนี้ อาจใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ได้ เช่น คลื่นความถี่วิทยุใช้ในการกระจายเสียงให้ความรู้และข่าวสารแก่ประชาชน นำใต้ดินใช้สูบน้ำดับเพลิงเมื่อเกิดอัคคีภัย แต่ทรัพยากรสาธารณะก็อาจใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลได้ด้วย เช่น คลื่นความถี่วิทยุใช้โฆษณาขายสินค้า หรือการสูบน้ำใต้ดินขึ้นมาใช้ในโรงงานอุตสาหกรรม ทรัพยากรสาธารณะเช่นนี้ประชาชนย่อมมีสิทธิใช้สอยตามความจำเป็น หรือบุคคลอาจประกอบกิจการจัดหาหรือให้ความสะดวกในการใช้สอยทรัพยากรดังกล่าว การที่ผู้ใช้สอยหรือผู้ประกอบกิจการจะต้องเสียค่าธรรมเนียมหรือค่าภาษีอากรในการใช้สอยทรัพยากรหรือในกิจการจัดหาหรือให้ความสะดวกในการใช้สอยนั้น ย่อมเป็นธรรมต่อผู้ที่มิได้ใช้สอยหรือใช้สอยน้อยกว่า นอกจากนี้ยังมีปัจจัยสี่ ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค และที่อยู่อาศัย ซึ่งมีความสำคัญยิ่งในการดำรงชีวิต ก็ยังมีการเก็บภาษีอากรรูปแบบต่าง ๆ ดังนั้น ภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับภาษีอากรทั่วไป ซึ่งจะกำหนดอัตราสูงต่ำมากน้อยเท่าไร รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อผลกระทบทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง และไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้ทรัพยากรสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ วรรคหนึ่ง

๒. การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมเป็นการแทรกแซงอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม ตามมาตรา ๕๐ วรรคสอง และมาตรา ๓๓๕ (๒) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หรือไม่



ฝ่ายผู้ร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้เพราะเห็นว่า รัฐบาลได้ใช้ภาษีสรรพสามิตที่กำหนดขึ้นใหม่นี้เป็นมาตรการหนึ่งในการแปรสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม โดยให้ผู้รับสัญญาสัมปทานปัจจุบันนำค่าภาษีสรรพสามิตที่ได้เสียแล้วไปหักลดจากเงินผลประโยชน์ตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่รัฐบาลตามสัญญาสัมปทานที่ผู้รับสัญญาสัมปทานต้องชำระ ผู้ร้องเห็นว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่ออำนาจหน้าที่ในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ค่าเช่าโครงข่ายและค่าตอบแทน หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาต ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของ กทช. ตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๐ วรรคสอง นอกจากนี้ ผู้ร้องยังเห็นว่า การเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม มีลักษณะอย่างเดียวกันกับการเรียกเก็บค่าตอบแทนการที่รัฐให้บริการหรือสิทธิพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดจากผู้ที่ได้รับบริการหรือสิทธิพิเศษนั้น กล่าวคือ มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาสัมปทานโดยปริยาย ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒)

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ๒๕๔๖ ทั้งสองฉบับไม่มีบทบัญญัติใดให้นำภาษีสรรพสามิตไปใช้ในการแปรสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคมและไม่มีข้อความใดแสดงว่าเป็นการขัดขวางหรือกระทบกระเทือนอำนาจของ กทช. ในการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือเป็นการโต้แย้งอำนาจของ กทช. ในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนต่าง ๆ จึงไม่มีประเด็นที่จะพิจารณาว่า ภาษีสรรพสามิตที่กำหนดขึ้นมีผลกระทบกระเทือนต่ออำนาจหน้าที่ของ กทช. ตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๔๐ วรรคสอง สำหรับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) นั้น บทบัญญัติส่วนแรกห้ามมิให้นำรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ มาใช้บังคับจนกว่าจะมีการตรากฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว การตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับมิใช่กฎหมายที่ให้นำรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ มาใช้บังคับ บทบัญญัติส่วนหลังของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) บัญญัติว่า กฎหมายที่จะตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงการอนุญาตสัมปทาน หรือสัญญาซึ่งมีผลสมบูรณ์อยู่ในขณะที่กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับจนกว่าการอนุญาตสัมปทาน หรือสัญญานั้นจะสิ้นผล พิจารณาแล้วเห็นว่า เรื่องนี้จะต้องแยกการนำภาษีสรรพสามิตไปใช้แปรสัญญาสัมปทานกับบทบัญญัติของพระราชกำหนดที่จัดเก็บภาษีสรรพสามิตออกจากกัน ผู้ร้องโต้แย้งการแปรสัญญาสัมปทานว่าจะมีผลดังกล่าว แต่การแปรสัญญา

สัมปทานตามข้อเท็จจริงนั้นมิได้บัญญัติไว้ในพระราชกำหนดทั้งสองฉบับ การแปรสัญญาสัมปทานที่รัฐบาลกระทำจึงมิใช่บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นตามนัยของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) เมื่อกรณีมิใช่ประเด็นทางกฎหมายแล้วก็มีใช้อำนาจหน้าที่ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่า มีปัญหาขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) หรือไม่ และไม่จำเป็นที่จะพิจารณาว่า การแปรสัญญาสัมปทานมีผลกระทบกระเทือนถึงการอนุญาตสัมปทาน หรือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๕ (๒) หรือไม่

๓. การตราพระราชกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ หรือไม่

ผู้ร้องยอมรับว่า การกำหนดให้จัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมตามพระราชกำหนดที่มีการโต้แย้งนี้ ใช้หลักการจัดเก็บภาษีจากผู้ประกอบการทุกคนในอัตราภาษีที่เท่ากัน ถือได้ว่าเป็นมาตรการที่สร้างความเป็นธรรมทางด้านภาษีให้แก่ผู้ประกอบการทั้งระบบแต่มีความเห็นโต้แย้งว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามนัยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ บัญญัติไว้ น่าจะไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกันหรือเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตจากผู้ประกอบการทุกคนอย่างเท่าเทียมกันเท่านั้น แต่ควรจะต้องคำนึงถึงการมีโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ตลอดจนความสามารถที่จะแข่งขันโดยเสรีบนฐานเดียวกันด้วย และได้อ้างพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๑๕ ว่า กทช. มีอำนาจกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้รับใบอนุญาตรายใหม่มีโอกาสให้บริการโทรคมนาคมในท้องที่ใดแข่งขันกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาค และเป็นธรรมได้ การกำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหม่เสียภาษีสรรพสามิตในอัตราเดียวกับผู้ประกอบการรายเดิมจึงอาจขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐

พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องเข้าใจความหมายของเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมคลาดเคลื่อนอยู่ส่วนหนึ่ง โดยนำเรื่องการอุปถัมภ์จ่าเงินเพื่อให้ออกาสพิเศษแก่ผู้ประกอบการหรือประกอบกิจการรายใหม่สามารถแข่งขันกับผู้อื่นได้มาปนกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ ความจริงการให้โอกาสพิเศษที่ผู้ร้องกล่าวข้างต้นเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” แต่ก็มีข้อยกเว้นให้กระทำได้เมื่อมีเหตุผลเพื่อความเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ วรรคสี่ว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม” เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ ประกอบมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง ที่ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” แล้วเห็นได้ว่า มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น มิใช่สิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็นอำนาจของรัฐที่จะให้แก่บุคคลที่สมควรจะได้รับ และรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติคุ้มครองรัฐไว้ในการใช้อำนาจดังกล่าว มิให้ถูกกล่าวหาว่าเลือกปฏิบัติ ซึ่งหลักความชอบธรรมที่จะเลือกปฏิบัติให้เหมาะสมเช่นนี้มีตัวอย่างอยู่ในบทบัญญัติพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๑๕ เป็นอาทิ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ วรรคสอง นั้นเอง ก็มีข้อยกเว้นให้มีการจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเพื่อการต่าง ๆ ที่ระบุไว้ รัฐบาลจึงอาจกำหนดอัตราภาษีสรรพสามิตอัตราต่าง ๆ เพื่อความเหมาะสมในการจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายเก่าและรายใหม่สามารถแข่งขันได้ในลักษณะที่สมเหตุสมผลเพื่อความเป็นธรรม และเพื่อประโยชน์ของประชาชน และ กทช. ก็สามารถกำหนดมาตรการตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ เพื่อการดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น ถ้าฟังแต่การกำหนดอัตราและเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตโดยมิได้มีมาตรการดังที่ผู้ร้องโต้แย้งจึงมิได้หมายความว่า เป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการ และการแข่งขันโดยเสรี อย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงวินิจฉัยว่า การตรากฎหมายให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคมตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๖ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๓ เฉพาะพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ตอนที่ ๑๒ ว่าด้วยกิจการ

ที่ได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐ ประเภทที่ ๑๒.๐๑ กิจการโทรคมนาคม ไม่ขัดหรือแย้งต่อ  
รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ วรรคหนึ่ง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ วรรคสอง ประกอบ  
มาตรา ๓๓๕ (๒) และไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๐ จึงไม่มีปัญหาความชอบด้วย  
รัฐธรรมนูญ

นายมานิต วิทยาเต็ม  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ