

บทวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

กรณีขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน

กลุ่ม ๕ อาจารย์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

(ฉบับสรุปย่อ)

ประเด็นที่ ๑ ความสัมพันธ์ของคดีกับรัฐประหาร ๑๙ กันยายน ๒๕๔๙

- ต้นธารของกระบวนการยุติธรรมในคดีนี้เริ่มต้นจากรัฐประหาร ปฏิเสธไม่ได้เลยว่ารัฐประหาร ๑๙ กันยายน ๒๕๔๙ เป็นที่มาของ คตส. เมื่อ คปค.ก่อการรัฐประหารยึดอำนาจจากรัฐบาล พ.ต.ท. ทักษิณ และการรัฐประหารก็เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นความผิดทางอาญา มีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต และเป็นสิ่งแปลกปลอมในรัฐเสรีประชาธิปไตย ประกอบกับพิจารณาทางความเป็นจริงก็เห็นว่าคดีที่ คตส.เลือกขึ้นมาพิจารณาก็ล้วนแล้วแต่เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร และรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ข้อเท็จจริงเหล่านี้ ย่อมชี้ให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมในคดีนี้เริ่มต้นจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน
- หากแม้ยอมเชื่อตามประเพณีของระบบกฎหมายไทยที่ว่า เมื่อคณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เบ็ดเสร็จเด็ดขาด เมื่อนั้นคณะรัฐประหารก็เป็นรัฐอธิปัตย์ คณะอาจารย์ทั้งห้าก็ยังเห็นว่า เมื่อรัฐประหารเกิดขึ้นแล้ว และคณะรัฐประหารได้ให้กำเนิดผลิตผลทางกฎหมายจำนวนมาก จนกระทั่งวันหนึ่งมีการจัดตั้งระบบกฎหมายชุดใหม่ผ่านการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ องค์การผู้บังคับกฎหมายทั้งหลาย ต้องพิจารณาใช้และตีความผลิตผลทางกฎหมายของคณะรัฐประหารเสียใหม่ให้เป็นไปในทางที่เป็นธรรม คณะอาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าองค์กรเหล่านี้ควรกล่าวปฏิเสธรัฐประหารและผลิตผลของคณะรัฐประหารด้วยการไม่นำประกาศ คปค.มาใช้บังคับในคดี และไม่ยอมรับกระบวนการยุติธรรมที่ริเริ่มจากคณะรัฐประหาร

ประเด็นที่ ๒ ความเป็นกลางขององค์กรที่ทำหน้าที่ไต่สวน

- ศาลฎีกาฯ ไม่ได้ยกเหตุผลหรืออธิบายให้เห็นชัดเจนว่าการกระทำของบุคคลทั้งสามมีความเป็นกลางหรือไม่ ศาลเพียงแต่บอกว่า “เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย” “เป็นการแสดงออกโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” “เป็นการดำเนินการโดยใช้ความรู้ความสามารถทางวิชาชีพ” “เป็นการแสดงออกในฐานะนักวิชาการและประชาชน” “เป็นการใช้สิทธิตามกฎหมาย” “เป็นการแสดงความเห็นทางวิชาการ วิพากษ์วิจารณ์ด้วยความชอบธรรม ไม่มีเหตุโกรธเคืองเป็นการส่วนตัว ไม่มีส่วนรู้เห็นเหตุกาณ์โดยตรง” เหตุผลเหล่านี้ไม่ได้เป็นตัวบ่งชี้ว่าพฤติกรรมหรือการกระทำเหล่านี้จะไม่ได้แสดงถึง “ความไม่เป็นกลาง” ของบุคคลทั้งสาม ตรงกันข้าม สมมติว่าหากพิจารณาโดยเนื้อแท้แล้วการกระทำนั้นยังคงมีสภาพร้ายแรงเพียงพอที่จะเห็นได้ว่าอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้

อย่างไรเสียก็คือ “ความไม่เป็นกลาง” แม้การกระทำนั้นจะเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมาย เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือเป็นการใช้เสรีภาพทางวิชาการก็ตาม

- เป็นที่ทราบกันดีว่า คตส. แต่งตั้งโดย คปค. และ คปค.เป็นผู้ก่อการรัฐประหารรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ในขณะที่ คตส. เลือกพิจารณาตรวจสอบเฉพาะเรื่องของ พ.ต.ท.ทักษิณฯ ความข้อนี้ย่อมเป็นที่เคลือบแคลงสงสัยถึงความไม่เป็นกลางของ คตส. ต่อการพิจารณาเรื่องของ พ.ต.ท.ทักษิณฯ ได้
- เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมและทัศนคติของคตส.และอนุกรรมการได้ส่วนทั้งสามคน ในแง่การให้ความเห็นเป็นปฏิปักษ์กับพ.ต.ท.ทักษิณฯหลายครั้งทั้งก่อนและระหว่างดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการ คตส. การร่วมชุมนุมและขึ้นเวทีอภิปรายกับกลุ่มพันธมิตรฯซึ่งต่อต้านพ.ต.ท.ทักษิณฯ การอภิปรายและเขียนบทความวิจารณ์การดำเนินนโยบายของพ.ต.ท.ทักษิณฯไปในทางไม่เห็นด้วยและเห็นว่าน่าจะส่อทุจริตและใช้อำนาจโดยมิชอบ การจัดงานเลี้ยงอำลาเนื่องในโอกาส คตส.หมดวาระ โดยจัดทำอาหารการอาหารล้อเลียนนโยบายของ พ.ต.ท.ทักษิณฯ คณาจารย์ทั้งหลายเห็นว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้ควรที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย

ประเด็นที่ ๓ การแปลงค่าสัมปทานเป็นภาษีสรรพสามิต

- ในการแปลงค่าสัมปทานเป็นภาษีสรรพสามิต รัฐยังคงได้ประโยชน์เท่าเดิม เพียงแต่เงินรายได้ค่าสัมปทานให้แก่รัฐถูกแบ่งจ่ายเป็นสองส่วน กล่าวคือ จ่ายให้บริษัทที่เป็นรัฐวิสาหกิจคู่สัญญา (ซึ่งขณะนี้กระทรวงการคลังถือหุ้นร้อยละ ๑๐๐) กับจ่ายให้กระทรวงการคลังโดยตรงในส่วนที่เหลือ ดังนั้น การที่บริษัททีโอที และบริษัท กสท. โทรคมนาคม มีรายได้ลดลงดังกล่าวจะถือว่ารัฐเสียประโยชน์ไม่ได้ เพราะกระทรวงการคลังได้รับเงินส่วนหนึ่งจากค่าสัมปทานโดยตรงอยู่แล้ว อาจกล่าวได้ว่ารัฐได้ประโยชน์ยิ่งกว่าเดิม เพราะค่าสัมปทานนั้น เดิมบริษัทเอกชนชำระแก่คู่สัญญาเป็นรายปีหรือรายไตรมาส แต่การชำระเงินรายได้ร้อยละ ๑๐ ให้แก่กระทรวงการคลังนั้น เป็นการชำระเงินรายเดือน
- ส่วนประเด็นที่ว่ารัฐบาลไม่ได้มีเหตุผลในการเรียกเก็บภาษีเพื่อหารายได้เข้ารัฐนั้น คณาจารย์ทั้งหลายเห็นว่า การที่รัฐบาลจะเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตในกิจการประเภทใด เพราะเหตุใด อัตราเท่าใด ย่อมเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารดังที่ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ ๓๒/๒๕๔๘ ได้วินิจฉัยไว้ และการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตก็มีส่วนทำให้รายได้สัมปทานเข้าสู่รัฐโดยตรงโดยไม่ต้องสูญเสียไปให้แก่บริษัท กสท. โทรคมนาคม หรือ บริษัท ทีโอที อีกด้วย
- สำหรับประเด็นที่ว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวส่งผลให้บริษัททีโอที และบริษัท กสท. โทรคมนาคม อ่อนแอลง เพราะได้รับค่าสัมปทานน้อยลงนั้น คณาจารย์ทั้งหลายเห็นว่า กระทรวงการคลังในฐานะผู้ถือหุ้นสามารถตรวจสอบประสิทธิภาพการบริหารงาน ตลอดจนให้เงินอุดหนุนตามความเหมาะสมและจำเป็นได้อยู่แล้ว และที่จริงแล้ว การนำเงินค่าสัมปทานส่งกระทรวงการคลังทั้งหมด แล้วให้กระทรวงการคลังอุดหนุนการประกอบกิจการของบริษัททีโอที

และบริษัท กสท โทรคมนาคมนั้นหากบริษัททั้งสองสามารถแสดงเหตุผลความจำเป็นได้ย่อมเป็นหลักการที่ถูกต้องยิ่งกว่าการให้บริษัททั้งสองได้รับเงินค่าสัมปทานโดยตรงและนำไปใช้จ่ายโดยเสรีอีกด้วย อีกทั้งยังคิดในเชิงนโยบายได้อีกว่า การกำหนดภาษีสรรพสามิตเป็นการกระตุ้นให้บริษัททั้งสองเร่งประกอบกิจการที่เป็นของตนเพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติอย่างแท้จริง โดยเน้นให้บริษัททั้งสองประกอบธุรกิจของตนเอง มากกว่าที่จะพึ่งพิงรายได้สัมปทานอันเป็นสิทธิพิเศษที่รัฐเคยมอบให้ในฐานะที่เคยเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติซึ่งปัจจุบันสถานะนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว

- สำหรับประเด็นที่ว่า รัฐบาลไม่ควรลดรายได้ของบริษัททีโอทีลง เพราะบริษัทเอไอเอสได้รับประโยชน์ในเรื่องการใช้ทรัพย์สินและเครื่องอุปกรณ์ซึ่งเป็นของ ทศท.รวมไปถึงการประกอบธุรกิจในลักษณะผูกขาดแต่ผู้เดียวนั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่าทรัพย์สินและเครื่องอุปกรณ์นั้น เป็นทรัพย์สินที่บริษัทเอไอเอส ตกลงสร้างให้แก่รัฐโดยผ่านองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเดิม ดังนั้น การได้รับสิทธิในการใช้เครื่องและอุปกรณ์ดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยเหตุผลในเชิงนโยบายและการประกอบธุรกิจ สิทธิที่บริษัทเอไอเอสได้รับนี้จึงเกิดจากการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ตอบแทนทางธุรกิจจากการที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่รัฐ ไม่ใช่ว่าบริษัทเอไอเอสได้รับสิทธิพิเศษในการใช้ทรัพย์สินของรัฐแต่อย่างใด นอกจากนี้ การที่บริษัทเอไอเอสตกลงโอนทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเดิมนั้น ก็เป็นการตกลงโอนให้แก่รัฐโดยบริษัททีโอทีถือกรรมสิทธิ์แทนเท่านั้น รายได้สัมปทานจึงเป็นของรัฐ กล่าวคือประชาชนทุกคน ไม่ใช่เป็นสิทธิขาดของบริษัททีโอที ในประเด็นที่ว่าบริษัทเอไอเอสได้รับสิทธิขาดจากรัฐในการผูกขาดกิจการโทรคมนาคมดังนั้น จึงไม่ควรที่จะให้นำภาษีมาหักจากค่าสัมปทานที่บริษัททีโอทีได้รับนั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่าบริษัทเอไอเอสไม่ได้รับเอกสิทธิจากรัฐในการผูกขาดกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่อย่างใด เพราะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจบริษัทเอไอเอสเช่นว่านั้น และในทางข้อเท็จจริง บริษัทเอไอเอสก็มีคู่แข่งทางธุรกิจหลายราย ดังนั้น การที่จะกำหนดเป็นการตายตัวว่ารายได้สัมปทานทั้งหมดอันเป็นของแผ่นดินจะต้องตกให้แก่บริษัททีโอที ทั้งหมด ไม่ต้องส่งตรงไปยังกระทรวงการคลังในฐานะภาษีสรรพสามิตเพราะบริษัทเอไอเอสได้รับสิทธิในการใช้ทรัพย์สินของบริษัททีโอทีหรือได้รับสิทธิผูกขาดจากรัฐ คณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วย
- หากคณะรัฐมนตรีไม่มีมติให้นำภาษีสรรพสามิตหักออกจากค่าสัมปทาน ผลที่เกิดขึ้นอีกประการหนึ่งต่อประชาชนก็คือ บริษัทเอกชนที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมจะต้องชำระค่าสัมปทานในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ร้อยละ ๒๐ ร้อยละ ๒๕ และร้อยละ ๓๐ และในกิจการโทรศัพท์ประจำที่ร้อยละ ๑๖ และร้อยละ ๔๑ และจะต้องชำระภาษีสรรพสามิตอีกร้อยละ ๑๐ ซึ่งบริษัทเอกชนเหล่านั้นย่อมมีสิทธิโดยชอบที่จะผลักภาระภาษีสรรพสามิตร้อยละ ๑๐ ไปให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์มือถือ การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวโดยคณะรัฐมนตรีจึงมีลักษณะเป็นมาตรการชั่วคราวเชิงนโยบายที่จะป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อราคาค่าบริการโทรคมนาคมเท่านั้นและมิได้

เป็นการขัดขวางสิทธิรอนอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการในกิจการโทรคมนาคมแต่อย่างใดซึ่งศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ ๓๒/๒๕๔๘ ก็ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ที่ศาลฎีกาเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวทำให้รัฐเกิดความเสียหายนั้น คณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วย

- สำหรับประเด็นที่ว่าการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับมีลักษณะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่ เพราะผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาดนอกจากจะต้องชำระค่าธรรมเนียมและค่าบริการในกิจการโทรคมนาคมให้แก่ กทช. แล้ว ยังจะต้องเสียภาษีสรรพสามิตอีกด้วยนั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่า การจะวินิจฉัยลงไปว่าการดำเนินการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกีดกันคู่แข่งรายใหม่ อันจะทำให้บริษัทที่ทำธุรกิจโทรคมนาคมอย่างเช่น บริษัทเอไอเอส ดีแทค หรือทรูมูฟ ได้ประโยชน์หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากรายได้ที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะได้รับจากการเข้าตลาด และต้นทุนในการเข้าตลาดว่า ในท้ายที่สุด การเข้าตลาดโดยต้องเสียภาษีสรรพสามิตด้วยนั้น ผู้ประกอบการรายใหม่จะยังคงได้รับกำไรในการประกอบธุรกิจหรือไม่ และศึกษาเปรียบเทียบต้นทุนระหว่างผู้ประกอบการรายใหม่และรายเก่าประกอบด้วย
- เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว จะเห็นได้ว่าบริษัทที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายใหม่เข้าสู่ตลาดนั้น จะไม่ได้เข้าสู่ตลาดโดยฐานของสัญญาสัมปทาน (โดยเป็นคู่สัญญากับรัฐวิสาหกิจ) อีกต่อไป แต่จะเข้าสู่ตลาดโดยการได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมจาก กทช. ซึ่งเมื่อพิจารณาภาระค่าใช้จ่ายในเบื้องต้นแล้ว พบว่าในขณะที่เกิดปัญหานี้ขึ้น บริษัทประกอบกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ทั้งหลายจะต้องจ่ายส่วนแบ่งรายได้จากการให้บริการให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและภาษีสรรพสามิตเป็นจำนวนรวมกันแล้วร้อยละ ๒๐ ร้อยละ ๒๕ และร้อยละ ๓๐ ของรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่ายทั้งปวง ในขณะที่หากมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด ผู้ประกอบการรายใหม่จะต้องเสียภาษีสรรพสามิตร้อยละ ๑๐ และจะต้องเสียค่าธรรมเนียมและค่า USO ให้แก่ กทช. อีก รวมแล้วประมาณในอัตราร้อยละ ๑ ใน พ.ศ.๒๕๔๘ และ ไม่เกินร้อยละ ๖ ในปัจจุบัน รวมแล้วผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่จะมีภาระค่าใช้จ่ายประมาณร้อยละ ๑๑ ใน พ.ศ.๒๕๔๘ และร้อยละ ๑๖ ในปัจจุบัน และยังสามารถหักค่าลดหย่อนต่างๆตามที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติกำหนดได้อีกด้วย จะเห็นได้ว่าต้นทุนเกี่ยวกับการขออนุญาตในการประกอบกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้ประกอบการรายเดิมเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบการใหม่แล้ว ต้นทุนของผู้ประกอบการรายเดิมก็ยังสูงกว่าอยู่ดี
- คณะกรรมาธิการจึงเห็นว่า การเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตไม่ได้เป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่มีต้นทุนในการประกอบกิจการสูงกว่าจุดคุ้มทุนจนเข้าสู่ตลาดไม่ได้ นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายเดิมจะมีฐานลูกค้าอยู่แล้ว ในขณะที่ผู้ประกอบการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายใหม่ไม่มีฐานลูกค้าเลย แต่เรื่องนี้ก็เป็นเรื่องการแข่งขันทาง

ธุรกิจที่ผู้ประกอบการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายใหม่จะต้องค่อยๆสร้างฐานลูกค้าของตนขึ้นโดยแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ต่างจากกรณีของกิจการอื่นๆทั่วไปที่ย่อมจะมีผู้ที่เข้าตลาดก่อนและหลัง การที่ผู้ประกอบการรายเก่าเข้าสู่ตลาดและรับเอาความเสี่ยงทางธุรกิจต่างๆไปก่อนก็ไม่ใช่ว่าความผิดที่รัฐจะพึงลงโทษโดยการเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมในการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้สูงกว่ารายใหม่

- ในประเด็นที่ว่า หากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้ขึ้นภาษีสรรพสามิตในอัตราสูงถึงร้อยละ ๒๕ ก็จะทำให้บริษัท ทีโอทีต้องนำค่าสัมปทานที่ได้รับจากบริษัทเอไอเอส ไปชำระให้แก่กรมสรรพสามิตทั้งหมด ทำให้บริษัททีโอทีเสียหายนั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่า รัฐไม่ได้สูญเสียรายได้แม้จะมีการใช้ดุลพินิจเช่นนั้น เพราะรัฐยังได้รับรายได้เท่าเดิม นอกจากนี้ การที่จะคาดการณ์ว่าในอนาคต อาจมีการขึ้นภาษีสรรพสามิตไปเป็นอัตราร้อยละ ๒๕ ทำให้บริษัททีโอทีไม่ได้รับค่าสัมปทานเลขนั้น ก็เป็นการคาดการณ์ในเรื่องที่ยังไม่เกิดขึ้นจริง หากสภาวการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนมีเหตุให้ต้องเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีสรรพสามิต กทช.และรัฐบาลในแต่ละขณะย่อมต้องใช้ดุลพินิจในการปรับอัตราภาษีสรรพสามิตและค่าธรรมเนียมการประกอบกิจการโทรคมนาคมของผู้ประกอบการรายใหม่และรายเก่าให้มีความสมดุลกัน เพื่อความเท่าเทียมกันในการแข่งขัน
- ถึงแม้ว่าคณะกรรมาธิการจะเห็นว่า การตราพระราชกำหนดด้วยภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับ อาจมีข้อโต้แย้งทางวิชาการได้ว่าเป็นการตราพระราชกำหนดที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเห็นว่าการใช้ภาษีสรรพสามิตเป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ตามสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการบริการโทรคมนาคมนั้น เป็นการใช้เครื่องมือที่สามารถถกเถียงกันได้ในทางวิชาการว่าไม่น่าจะเหมาะสมและไม่สอดคล้องกับลักษณะของกิจการ โทรคมนาคมก็ตาม แต่เมื่อในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแล้วว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงถือเป็นอันยุติสำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด และเมื่อยังไม่ปรากฏว่าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่จะเป็นอุปสรรค กีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดดังที่ได้แสดงให้เห็นข้างต้น คณะกรรมาธิการจึงเห็นว่า ข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าการตราพระราชกำหนดด้วยภาษีสรรพสามิตทั้งสองฉบับและมติคณะรัฐมนตรีในรัฐบาลของ พตท.ทักษิณ ชินวัตร จะมีผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่มิให้เข้าตลาด อันจะเป็นการจำกัดการแข่งขันในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ที่ศาลฎีกาเห็นว่าการตราพระราชกำหนดดังกล่าว การออกประกาศกระทรวงการคลัง รวมทั้งการมีมติคณะรัฐมนตรีให้นำภาษีสรรพสามิตหักออกจากค่าสัมปทานเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ เอื้อประโยชน์แก่บริษัทชินคอร์ป คณะกรรมาธิการจึงไม่เห็นพ้องด้วยได้

ประเด็นที่ ๔ การแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่

- การปรับลดส่วนแบ่งรายได้ให้แก่บริษัทเอไอเอสนั้นแม้จะมีเหตุมาจากการการที่ ทศท.ลดอัตราค่าเชื่อมโยงโครงข่ายในส่วนของกาให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนแบบพรีเพดก็ตาม แต่ถึงที่สุดแล้วก็ยังคงเป็นดุลพินิจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐซึ่งจะต้องใช้โดยคำนึงถึงประโยชน์ต่อผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการ และประโยชน์ต่อสาธารณะเป็นสำคัญ ไม่ใช่คำนึงถึงประโยชน์ด้านฐานะการเงินขององค์กรแต่เพียงอย่างเดียว
- ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการมีมติในเรื่องการลดอัตราส่วนแบ่งรายได้ให้กับเอไอเอสนั้น คณะกรรมการ ทศท. กำหนดเงื่อนไขให้ ทศท. เปรียบเทียบเอไอเอสให้ได้ว่าอยู่ในการนำส่งส่วนแบ่งรายได้ให้ ทศท.เป็นรายเดือน และนำผลประโยชน์ที่เอไอเอสได้รับในครั้งนี้ไปใช้ให้เกิดประโยชน์กับผู้ใช้บริการ และหลังจากปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้แล้ว ปรากฏว่าเอไอเอสได้ปรับลดค่าใช้บริการให้แก่ผู้ใช้บริการมากกว่าอัตราที่กำหนดในสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเห็นได้ชัดว่า การปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้ดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์โดยตรงแก่ผู้ใช้บริการ ทำให้มีผู้ใช้บริการเพิ่มขึ้น ส่งผลให้ ทศท.มีรายได้เพิ่มมากขึ้นด้วย การเติบโตของตลาดโทรคมนาคมในแต่ละปี เป็นการเติบโตไปตามสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจและเป็นธรรมชาติอยู่เองที่จำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์มือถือจะเพิ่มขึ้น การที่จำนวนผู้ใช้โทรศัพท์มือถือเพิ่มสูงขึ้นนั้นย่อมไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้แต่เพียงอย่างเดียว แต่มีปัจจัยหลายประการประกอบกัน ที่สำคัญก็คือ การลดค่าบริการให้แก่ผู้บริโภคเพื่อแข่งขันและแย่งลูกค้าในตลาด จนทำให้บริษัทเอไอเอสมีลูกค้า ปริมาณจำนวนมาก เป็นประโยชน์แก่ทั้งบริษัททีโอที และประชาชน ซึ่งเรื่องนี้เป็นทางเลือกเชิงนโยบายของบริษัททีโอทีว่าจะเรียกเก็บค่าสัมปทานจากบริษัทเอไอเอสในอัตราที่สูงและส่วนแบ่งตลาดอาจไม่มาก อีกทั้งประชาชนจะต้องชำระค่าบริการในราคาที่แพง หรือจะเลือกจะเรียกเก็บค่าสัมปทานน้อยลงเพื่อให้บริษัทเอไอเอสยังคงความได้เปรียบในตลาดไว้บ้าง แต่ก็ยังเป็นประโยชน์แก่บริษัททีโอทีในเรื่องการรักษาส่วนแบ่งตลาดและหวังจะได้รับรายได้สูงมากขึ้นจากส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มสูงขึ้น และก็ทำให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์ในค่าบริการที่ลดลง
- แม้ศาลฎีกาจะเห็นว่าการลดค่าบริการให้แก่ผู้บริโภคจะเป็นผลมาจากการแข่งขันกันทางการค้า การที่เอไอเอสปรับลดค่าใช้บริการให้แก่ลูกค้าจึงเป็นไปตามกลไกตลาดนั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่า หากไม่มีการปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้เสียแล้ว เงื่อนไขของบริษัทเอไอเอสในการแข่งขันในตลาดย่อมเปลี่ยนแปลงไป และบริษัทเอไอเอสก็ย่อมไม่สามารถลดค่าบริการได้ถึงขนาดที่ได้กระทำไปแล้ว อีกทั้งย่อมต้องสูญเสียส่วนแบ่งตลาดไปบ้าง และกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่อาจไม่เติบโตถึงขนาดที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน
- เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับการได้รับส่วนแบ่งรายได้ในภาพรวมที่เพิ่มสูงขึ้นของบริษัททีโอที และผลประโยชน์ที่ตกแก่ผู้บริโภคโดยตรงในการได้ใช้โทรศัพท์มือถือในราคาที่ถูกลงและความเจริญเติบโตในอุตสาหกรรมแล้ว คณะกรรมาธิการเห็นว่า การปรับลดอัตราส่วนแบ่งรายได้จากการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบพรีเพดเป็นทางเลือกเชิงนโยบายของบริษัท ทีโอทีที่สืบ

เนื่องจากโครงสร้างที่บ่งพร่องที่ภาครัฐกำหนดขึ้นก่อนหน้านี้ จึงถือไม่ได้ว่ามีการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทเอไอเอสโดยไม่ชอบ

ประเด็นที่ ๕ การแก้ไขสัญญาอนุญาตให้ดำเนินการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เพื่ออนุญาตให้ใช้เครือข่ายรวมหรือโรมมิ่ง (Roaming)

- ประเด็นที่ว่าบริษัทเอไอเอสได้เจรจาต่อรองให้ตนเองสามารถขยายโครงข่ายโทรศัพท์โดยการร่วมใช้โครงข่ายกับบริษัทลูกของตน กล่าวคือ บริษัทดีพีซีซึ่งได้รับสัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่จากบมจ. กสท. ได้หรือไม่และจะสามารถต่อรองเพื่อนำมาใช้โครงข่ายร่วมกับบริษัทเอไอเอสชำระให้แก่บริษัท ดีพีซี มาหักออกจากค่าสัมปทานที่บริษัทเอไอเอสต้องจ่ายให้แก่บมจ. ทีโอทีได้หรือไม่ นั้น เป็นประเด็นการต่อรองทางธุรกิจปกติระหว่างบริษัททีโอทีและบริษัทเอไอเอสที่จะตกลงกัน เป็นทางเลือกในการประกอบธุรกิจของคู่สัญญา
- สำหรับประเทศไทย ย่านความถี่ ๘๐๐ MHz ที่จะจัดสรรได้นั้น บริษัทเอไอเอสได้ใช้เต็มจำนวนแล้ว แต่บริษัทเอไอเอสไม่ได้รับจัดสรรคลื่นความถี่ย่าน ๑๘๐๐ MHz จากภาครัฐ เพราะย่านคลื่นความถี่ ๑๘๐๐ MHz นั้น บริษัทแทค บริษัททรูมูฟ และบริษัทดีพีซีได้รับสิทธิในการใช้ภายใต้สัญญาสัมปทานของ กสท. และได้ใช้อยู่จนเต็มย่าน แล้ว บริษัทเอไอเอส รวมทั้งบริษัททีโอที ซึ่งมีหน้าที่หาคลื่นความถี่ตามสัญญาสัมปทานให้บริษัทเอไอเอส จึงไม่สามารถหาย่านคลื่นความถี่ใดมาใช้ให้เพียงพอกับโครงข่ายการให้บริการของบริษัทเอไอเอสซึ่งขยายตัวอย่างรวดเร็วจนเกิดความคับคั่งเป็นผลเสียต่อคุณภาพการให้บริการ ดังนั้น บริษัทเอไอเอสย่อมไม่มีทางเลือกอื่นในการที่จะขยายข่ายการให้บริการรองรับการขยายตัวของผู้ใช้บริการของตน หนทางแก้ปัญหาจึงมีเหลือทางเดียวคือ ต้องร่วมใช้โครงข่ายโทรคมนาคมที่บริษัทดีพีซีบริหารงานอยู่ โดยใช้วิธีการทางเทคนิคที่เรียกว่า Roaming ซึ่งมีการแปลเป็นภาษาไทยว่า การขอใช้โครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ประกอบการรายอื่น ดังนั้น เรื่องของการ Roaming จึง เป็นเรื่องปกติวิสัย ไม่ใช่เป็นการเอารัดเอาเปรียบทางธุรกิจแต่อย่างใด
- กรณีดังกล่าวย่อมเป็นทางเลือกทางธุรกิจที่บริษัททีโอทีกับบริษัทเอไอเอสจะตกลงกันได้ และเป็นเรื่องในทางนโยบายที่เป็นผลดียังเกิดแก่ประชาชนด้วย ยิ่งไปกว่านั้น การที่บริษัทเอไอเอสใช้โครงข่ายร่วมกับบริษัทดีพีซี ยังเป็นผลดีต่อประเทศในแง่การที่ไม่ต้องมีการสร้างโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ซ้ำซ้อนกันในพื้นที่โดยไม่จำเป็นอันจะเป็นการก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมและจะเป็นการทำให้เกิดต้นทุนในการประกอบกิจการสูงขึ้น ส่งผลต่อค่าใช้จ่ายบริการที่จะต้องสูงขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นการที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า การที่บริษัทเอไอเอสและบริษัททีโอทีตกลงกันเพื่อนำมาใช้โครงข่ายร่วม อันเป็นความรับผิดชอบของบริษัทเอไอเอส มาหักออกจากส่วนแบ่งรายได้สัมปทาน เป็นการกระทำความเสียหายให้แก่ กสท. คณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วย

ประเด็นที่ ๖ การละเว้น อนุมัติ ส่งเสริม สนับสนุนกิจการดาวเทียมตามสัญญาดำเนินการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ

- ในการจัดให้มีระบบดาวเทียมสำรองนั้น สัญญาดำเนินการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศระหว่างกระทรวงคมนาคมกับบริษัทชินวัตรคอมพิวเตอร์ แอนด์ คอมมิวนิเคชั่น จำกัด ข้อ ๖ กำหนดไว้ว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองตั้งแต่ดวงที่สองเป็นต้นไปจะต้องมีคุณสมบัติไม่ด้อยกว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองดวงที่หนึ่ง ทั้งนี้โดยมีการกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของดาวเทียมดวงที่หนึ่งไว้ในข้อ ๘ ของสัญญาดังกล่าว รวมทั้งกำหนดไว้ด้วยว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมสำรองดวงที่หนึ่งอย่างน้อยจะต้องไม่ด้อยกว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมดวงที่หนึ่ง และทดแทนดาวเทียมหลักดวงที่หนึ่งเพื่อสามารถใช้งานได้โดยต่อเนื่อง สัญญาดังกล่าวไม่ได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองตั้งแต่ดวงที่สองเป็นต้นไปไว้
- ในกรณีของดาวเทียมไอพีสตาร์นั้น เห็นได้ชัดว่าบริษัทผู้รับสัมปทานมุ่งประสงค์จะให้ป็นดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ เพียงแต่ได้พัฒนาเทคโนโลยีให้สูงขึ้น ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาว่าดาวเทียมไอพีสตาร์มีคุณสมบัติทางเทคนิคพัฒนาขึ้นเป็นการเฉพาะครั้งแรกของโลกตามที่จดสิทธิบัตรไว้ และปรากฏชัดเจนว่าคุณสมบัติของดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่ด้อยไปกว่าดาวเทียมดวงอื่นๆ ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการทั้งห้าจึงเห็นว่าบริษัทผู้รับสัมปทานได้ปฏิบัติตามถูกต้องตามสัญญาแล้ว
- การมีดาวเทียมสำรองที่มีคุณสมบัติทางเทคนิคที่พัฒนาขึ้นใหม่ดีกว่าดาวเทียมหลัก เป็นดาวเทียมที่มีประสิทธิภาพสูงและครอบคลุมพื้นที่การให้บริการมากกว่าย่อมเป็นผลดีต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่ถือว่าเป็นดาวเทียมสำรองของดาวเทียมไทยคม ๓ ดวงต่อดวงได้ด้วยเทคโนโลยีที่แตกต่างกัน แต่เป็นดาวเทียมหลักดวงใหม่นั้น คณะกรรมาธิการทั้งห้าไม่เห็นพ้องด้วย เนื่องจากในสัญญาดำเนินการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศไม่มีที่ใดเลยที่ระบุให้ดาวเทียมสำรองต้องใช้เทคโนโลยีเดียวกับดาวเทียมหลัก เพียงแต่ระบุว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองตั้งแต่ดวงที่สองเป็นต้นไปจะต้องมีคุณสมบัติไม่ด้อยกว่าคุณสมบัติการใช้งานของดาวเทียมหลักและดาวเทียมสำรองดวงที่หนึ่งเท่านั้น
- ที่ศาลฎีกาเห็นว่าดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่มีย่านความถี่-แบนที่จะให้กระทรวงคมนาคมใช้จำนวน ๑ วงจรดาวเทียมตามสัญญา เพราะดาวเทียมไอพีสตาร์ใช้ย่านความถี่เคยู-แบน และย่านความถี่เคเอ-แบน นั้น เมื่อพิจารณาจากข้อมูลทางเทคนิคที่ศาลฎีกาฯสามารถค้นหาข้อเท็จจริงได้เองตามหลักการพิจารณาคดีในระบบไต่สวนแล้วจะเห็นได้ว่า ดาวเทียมไอพีสตาร์สามารถรองรับความถี่-แบนได้ แต่ต้องมีสถานีสัญญาณ และกรณีนี้ก็ปรากฏข้อเท็จจริงในคำพิพากษาที่แสดงว่ากระทรวงคมนาคมได้แย้งว่าคนไม่ได้ใช้วงจรดาวเทียมเพราะเหตุว่าดาวเทียมไอพีสตาร์ไม่มีย่านความถี่-แบนแต่อย่างใด

- สำหรับกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมหลักที่สร้างขึ้นเพื่อการสื่อสารระหว่างประเทศเป็นหลัก เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากเอกสารขอรับการส่งเสริมการลงทุน บริษัทมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อมุ่งหวังทางการค้าต่างประเทศนั้น คณะกรรมาธิการเห็นว่าสัญญาดำเนินการดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศข้อ ๑๑ ระบุอนุญาตให้บริษัทสามารถนำวงจรดาวเทียมเหลือจากปริมาณความต้องการในประเทศไปให้ประเทศอื่นใช้ได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงคมนาคม ในการวางแผนการตลาดนั้น เป็นธรรมดาอยู่เองที่ผู้ประกอบการจะต้องพิจารณาความต้องการการใช้วงจรดาวเทียมทั้งในและต่างประเทศว่าเป็นอย่างไร ในคำพิพากษาดังกล่าวไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่าเกิดความขาดแคลนในการใช้วงจรดาวเทียมของผู้ใช้วงจรดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ เมื่อปริมาณความต้องการการใช้วงจรดาวเทียมในประเทศยังมีไม่มากนัก การที่บริษัทนำวงจรดาวเทียมที่เหลือจากความต้องการในประเทศไปให้ประเทศอื่นใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงชอบแล้ว อีกทั้งการวางแผนการตลาดในการนำวงจรดาวเทียมออกให้บุคคลอื่นใช้บริการนั้น ไม่ว่าจะเป็นในประเทศหรือต่างประเทศโดยคำนวณตามความต้องการของตลาด ก็เป็นเรื่องปกติธรรมดาทางธุรกิจ ที่ศาลฎีกาเห็นว่าการอนุมัติให้ดาวเทียมไอพีสตาร์เป็นดาวเทียมสำรองเป็นการกระทำที่ทำให้รัฐเสียหายและเอื้อประโยชน์นั้น คณะกรรมาธิการไม่เห็นพ้องด้วย

ประเด็นที่ ๗ การอนุมัติให้รัฐบาลสหภาพพม่ากู้เงินจากธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย

- การพิจารณาดำเนินการให้รัฐบาลต่างประเทศกู้เงินนั้น เป็นการดำเนินการตามนโยบายในทางบริหารซึ่งต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย การดำเนินการดังกล่าวฝ่ายบริหารย่อมมีดุลพินิจที่พิจารณาให้เกิดประโยชน์สูงสุดซึ่งจะต้องคำนึงถึงปัจจัยหลายด้านประกอบกัน หากในการเจรจาในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้กู้เงินมีการแลกเปลี่ยนประโยชน์ตอบแทนด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้สัมปทานบ่อแก๊ส การช่วยปราบปราม ยับยั้งการค้ายาเสพติดตามแนวชายแดน ฯลฯ คณะกรรมาธิการก็เห็นว่า การเจรจาแลกเปลี่ยนตอบแทนดังกล่าวชอบที่ฝ่ายบริหารจะทำได้ หากอยู่ในกรอบของกฎหมาย และเป็นดุลพินิจโดยแท้ในทางบริหาร เป็นเรื่องในทางนโยบาย ซึ่งหากไม่เหมาะสม ก็เป็นหน้าที่ของรัฐบาลที่จะตรวจสอบในทางการเมืองต่อไป หากฝ่ายบริหารไม่มีดุลพินิจดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการยากอย่างยิ่งที่ฝ่ายบริหารจะปฏิบัติการกิจการปกครองประเทศให้สำเร็จลุล่วงลงไปได้
- สำหรับกรณีที่เป็นปัญหานี้ แม้จะได้ความว่าบริษัทไทยคมจะได้จำหน่ายสินค้าและให้บริการให้รัฐบาลสหภาพพม่า อันอาจมองได้ว่าการจำหน่ายสินค้าและให้บริการดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่รัฐบาลได้อนุมัติเงินกู้ให้แก่วิสาหกิจพม่าก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่าก่อนหน้านี้บริษัทไทยคมก็ได้ขายสินค้าให้แก่วิสาหกิจพม่าตามพันธะสัญญาที่มีต่อกันมาแต่เดิมอยู่แล้ว นอกจากนี้การซื้อสินค้าและบริการด้านคมนาคมนั้นย่อมขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ซื้อเป็นสำคัญว่าจะซื้อจากบริษัทใด เป็นที่

ทราบกันโดยทั่วไปว่ารัฐบาลพม่าไม่สามารถที่จะซื้อสินค้าและบริการดังกล่าวจากประเทศหลายประเทศได้ เนื่องจากเหตุผลทางการเมือง เมื่อรัฐบาลพม่าเคยซื้อสินค้าและบริการจากบริษัทไทยคมอยู่ก่อนแล้ว กรณีจึงไม่ใช่เรื่องผิดปกติวิสัยที่รัฐบาลพม่าจะซื้อสินค้าและบริการจากบริษัทไทยคมต่อไปอีก ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้นคณะกรรมการฯ ทั้งห้าจึงเห็นว่าข้อเท็จจริงยังไม่พอที่จะฟังได้ว่า คณะรัฐมนตรีสมัยรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร อนุมัติเงินกู้ให้แกรัฐบาลพม่าเพื่อให้รัฐบาลพม่าไปซื้อสินค้าและบริการของบริษัทไทยคมโดยเฉพาะอันมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทไทยคมและบริษัทชินคอร์ป

ประเด็นที่ ๘ การดำเนินการตามข้อกล่าวหาทั้งห้ากรณีเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่นายกรัฐมนตรีเอื้อประโยชน์แก่ธุรกิจของชินคอร์ปหรือไม่

- การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติ หรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควร จะต้องเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ ซึ่งเท่ากับระบบกฎหมายเรียกร้องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ในเรื่องดังกล่าว หากการมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือการมีหนี้สินลดลงผิดปกติ หรือการได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควร ไม่ได้เป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่แล้ว ศาลย่อมไม่อาจสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินได้
- เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า การดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหา หากไม่อยู่ในรูปของมติคณะรัฐมนตรี ก็เป็นการสั่งการโดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวง หรือคณะกรรมการที่มีอำนาจตามกฎหมาย เช่น คณะกรรมการ ทศท. เป็นต้น ไม่มีข้อเท็จจริงใดแสดงให้เห็นว่า พตท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นผู้สั่งการหรืออนุมัติโดยตรง และไม่มีข้อเท็จจริงใดแสดงให้เห็นว่า พตท.ทักษิณ ชินวัตร สั่งให้รัฐมนตรีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว หรือคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามที่กล่าวหาเลย กรณีที่ พตท.ทักษิณ ชินวัตร เกี่ยวพันโดยตรงก็คือกรณีที่เรื่องที่อนุมัตินั้นอยู่รูปของมติคณะรัฐมนตรี แต่แม้กระนั้นในทางกฎหมายก็ถือว่าคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรกลุ่ม (collegial organ) แยกออกจากหากจากรายกรัฐมนตรี ในการออกเสียงในคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีก็มีคะแนนเสียงหนึ่งคะแนนเสียงเท่ากับรัฐมนตรีอื่น จึงไม่อาจถือว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีในสมัยรัฐบาล พตท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นการกระทำของ พตท.ทักษิณ ชินวัตร ได้ ลำพังแต่ข้อกฎหมายที่ว่า นายกรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดในฝ่ายบริหาร มีอำนาจบังคับบัญชา กำกับดูแลหน่วยงานทั้งหลายทั้งปวงของรัฐในฝ่ายบริหารยังไม่เพียงพอที่จะชี้ว่ามีการกระทำ และการกระทำคือการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่แต่อย่างใด โดยเหตุที่กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล คณะกรรมาธิการฯ ทั้งห้าจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับการที่ศาลฎีกาสั่งให้ทรัพย์สินของผู้ถูกกล่าวหาตกเป็นของแผ่นดิน
- แม้จะถือตามคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีนี้ว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควรสืบเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ แต่การที่ศาลฎีกาถือว่าประโยชน์จากราคา

หุ้นบริษัทชินคอร์ปส่วนที่เพิ่มขึ้นนับแต่วันก่อนที่ผู้ถูกกล่าวหา คือ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในวาระแรก คือวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ เป็นต้นไป เป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยไม่สมควรสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่นั้น ย่อมไม่อาจอธิบายให้รับกับข้อเท็จจริงได้ เพราะแท้จริงแล้วการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งทำให้ได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควรตามที่ศาลฎีกาวินิจฉัยนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นมานับตั้งแต่วันที่ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี แต่ได้เกิดภายหลังในห้วงเวลาที่แตกต่างกันไป ดังนั้นจึงเป็นไปได้ในทางข้อเท็จจริงที่จะถือว่าประโยชน์จากราคาหุ้นในส่วนที่เพิ่มขึ้นของบริษัทชินคอร์ปได้เกิดขึ้นแล้วนับตั้งแต่วันที่แรกของการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ที่สำคัญไม่น้อยกว่านั้น ต้องยอมรับว่าราคาหุ้นที่เพิ่มขึ้นของบริษัทชินคอร์ป สามารถเกิดจากปัจจัยอื่นด้วยก็ได้ อย่างเช่น ภาวะของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

- เมื่อศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยแยกแยะว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่เป็นการเอื้อประโยชน์แต่ละกรณีเกิดขึ้นเมื่อใด แต่วินิจฉัยว่าราคาหุ้นที่เพิ่มขึ้นนั้นได้เกิดขึ้นอย่างไม่สมควรนับตั้งแต่วันที่ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และมีสาเหตุเพียงประการเดียว คือเกิดจากการที่ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตรปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ จนนำไปสู่การพิพากษาให้ทรัพย์สินของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นของแผ่นดินรวมเป็นเงินทั้งสิ้น ๔๖,๓๓๓,๖๘๗,๔๕๔.๗๐ บาท ที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาในลักษณะเช่นนี้ คณะจารย์ทั้งหลายไม่อาจเห็นพ้องด้วยได้

รองศาสตราจารย์.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์
รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช
อาจารย์ ดร.ฐานันท์ นิพิฏฐกุล
อาจารย์ธีระ สุธีวรารังกูร
อาจารย์ปิยนุตร แสงกนกกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

๑๑ มีนาคม ๒๕๕๓