



## 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐก่อนสมัยใหม่ (pre-modern) นั้น "รัฐ" เป็นเพียงสมบัติส่วนตัว (proprietary state) ของกษัตริย์หรือผู้ปกครองในสมัยนั้น ทั้งนี้รัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของบุคคลมากกว่าประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุที่รัฐเป็นกรรมสิทธิของบุคคลผู้มีอำนาจทางการเมือง ตำแหน่งของรัฐจึงอาจซื้อขายและโอนกันได้, เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเพียงผู้รับใช้ส่วนตัวของบุคคล, ที่ดินและภาษีอากรของแผ่นดินคือสมบัติส่วนตัวของบุคคลเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่า ภารกิจของรัฐก่อนสมัยใหม่กระทำในนามของบุคคลผู้มีอำนาจที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเหนือรัฐสีมาอาณาเขต ดังนั้นการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างการทำของกษัตริย์หรือบุคคลผู้มีอำนาจปกครองในยุคนี้ในการปฏิบัติหน้าที่ส่วนตัวกับการปฏิบัติหน้าที่สาธารณะหาได้มีการพัฒนาอย่างแท้จริงไม่ จึงกล่าวเปรียบเทียบการบริหารราชการแผ่นดินเสมือนการจัดสรรที่ดินแปลงใหญ่เท่านั้นเอง<sup>1</sup> เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนสมัยใหม่ไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อสิ่งสมมุติอันมีอยู่จริง (abstract entity) ที่เรียกว่า "รัฐ" (the state) จึงไม่จำเป็นต้องเป็นผู้รับใช้สาธารณะหรือประชาชน แต่ตระหนักว่าตนเป็นผู้รับใช้ของกษัตริย์หรือบุคคลผู้มีอำนาจปกครองมากกว่า เพราะการรับใช้ผู้มีอำนาจดังกล่าวย่อมอำนวยความสะดวกให้ได้รับตำแหน่งดี ๆ และมีโอกาสแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวได้นั่นเอง แนวคิดในการปฏิบัติหน้าที่รับใช้แผ่นดินอันเป็นสถาบันมากกว่าการรับใช้บุคคลได้เติบโตขึ้นอย่างเชื่องช้า<sup>2</sup>

แท้จริงการพัฒนาแนวคิดของรัฐสมัยใหม่หรือความทันสมัย (modern state) เพิ่งเกิดขึ้นมาไม่กี่ร้อยปีมานี้เอง แต่มีสาระสำคัญที่สุดต่อการเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์ของประชาชนในสังคม กล่าวคือ ประการแรกถือว่ารัฐเป็นสถาบันที่แยกออกจากบุคคล การรับใช้รัฐอันเป็นสถาบันทางการเมืองที่ก่อตั้งขึ้น โดยมีผู้ปกครองเป็นเพียงผู้กระทำการแทนเพราะรัฐซึ่งเป็นสิ่งสมมุติทางการเมือง

---

<sup>1</sup> James C. Scott, "Comparative Political Corruption". (Prentice-Hall, 1972), P. 37-39.

<sup>2</sup> Ibid.

ซึ่งขาดเสียมิได้<sup>3</sup> ซึ่งศาสตราจารย์ Georges Burdeau กล่าวว่า “รัฐคือผู้ถืออำนาจที่เป็นนามธรรม และถาวร โดยมีผู้ปกครองเป็นแต่เพียงเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการอันสำคัญที่ผ่านไประยะนั้น<sup>4</sup> ดังนั้น ความจงรักภักดีต่อรัฐจึงมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าที่ทำหน้าที่แทนสถาบัน (กล่าวคือ “รัฐ”) จะนำเรื่องส่วนตัวเข้าไปปะปนกับการใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งไม่ได้<sup>5</sup> (รายละเอียดโปรดดูในบทที่ 2 หัวข้อ 1.1)

แต่ในช่วงหลังเปลี่ยนผ่านมาสู่ความทันสมัยนี้ แนวคิดเกี่ยวกับการทำงานสาธารณะ และหน้าที่สาธารณะ ซึ่งรัฐบาลและเจ้าหน้าที่รัฐมีหน้าที่ให้บริการประชาชนหรือทำงานเพื่อส่วนรวม ซึ่งไม่ใช่เป็นการทำงานเพื่อประโยชน์ส่วนตัว สังคมซึ่งเพิ่งเริ่มปรับเปลี่ยนนำเอาระบบสมัยใหม่มาใช้ นั้น ได้พบปัญหาใหม่คือผู้คนพยายามหาทางหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ของทางการ แต่กลับมายึดระบบอุปถัมภ์เหนือหน้าที่เพื่อหาประโยชน์ให้สำหรับตนเอง, เพื่อนและญาติ ซึ่ง ดร.สังคีต พิริยะสังสรรค์ และ ดร. ผาสุก พงษ์ไพจิตร ได้กล่าวถึงความเห็นของนักวิชาการสำคัญในสำนักความทันสมัยของนักสังคมวิทยาและนักเศรษฐศาสตร์การเมือง คือ ฮันติงตัน (Huntington) และ สก็อต (Scott) ว่าการทุจริตคอร์รัปชันเกิดขึ้นพร้อม ๆ ไปกับกระบวนการนำไปสู่ความทันสมัย เนื่องจากในสังคมก่อนทันสมัยนั้นระบบอุปถัมภ์ ระบบการเล่นพรรคเล่นพวก และการนำเงินของส่วนรวมบางส่วนมาใช้ส่วนตัว เป็นพฤติกรรมที่ยอมรับได้และอาจไม่ผิดกฎหมาย เราไม่สามารถที่จะแยกเงินของกษัตริย์ออกจากเงินของสาธารณะให้เห็นอย่างชัดเจนได้ ในช่วงระหว่างและภายหลังการเปลี่ยนผ่านมาสู่สถาบันที่ทันสมัย การประพฤติปฏิบัติดังกล่าวก็ยังคงดำเนินต่อไป ทั้งประชาชนในสังคมจำนวนมากรู้สึกสับสนระหว่างประเด็นของสาธารณะและเอกชน ความสับสนอันนี้เปิดโอกาสให้มีพฤติกรรมไม่ดีต่าง ๆ ได้<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “กฎหมายกับสถาบันการเมือง,” ใน กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540), หน้า 274-275.

<sup>4</sup> โภคิน พลกุล, “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 6 ตอน 2 (สิงหาคม 2530), หน้า 292.

<sup>5</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี”, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2538), หน้า 298-299.

<sup>6</sup> สังคีต พิริยะสังสรรค์ และ ผาสุก พงษ์ไพจิตร, “คอร์รัปชันกับประชาธิปไตยไทย”, (กรุงเทพฯ : 179 การพิมพ์, 2537), หน้า 23-40.

ตัวอย่างเช่น กรณีของประเทศไทย นักวิชาการหลายคนได้ชี้ให้เห็นว่าการให้ของขวัญในบริบทดั้งเดิมของไทยเป็นการแสดงความพยายามในการรักษาความจงรักภักดีเอาไว้เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวโดยชอบธรรม การให้ของขวัญจึงเป็นผลสะท้อนในแง่ลบของบรรทัดฐานแบบใหม่ซึ่งถือว่าการกระทำเพื่อผลประโยชน์ส่วนบุคคลอันเป็นการผิดกฎหมาย<sup>7</sup> หรือในสมัยโบราณตุลาการเห็นว่า การรับสินบนหรือของกำนัลเป็นสิทธิที่จะพึงได้ รัฐบาลก็เห็นว่าการครองเมืองคือการกินเมือง ราษฎรก็ไม่ได้คาดหวังว่าเจ้าใหญ่นายโตจะพึงทำอย่างอื่น ฉะนั้นเมืองไทยโบราณจึงไม่มีคอร์รัปชัน<sup>8</sup>

ความสัมพันธ์ในระบบอุปถัมภ์ ริกส์ (Riggs) ได้วิเคราะห์ได้อย่างชัดเจนถึงความสัมพันธ์ในรูปของการเชิญข้าราชการ และผู้นำทางการเมืองมาเป็นกรรมการของบริษัทและให้เป็นผู้ถือหุ้น ผู้ที่ถูกเชิญมักได้แก่ผู้มีอิทธิพลทางการเมือง ซึ่งมักได้แก่ผู้นำทหาร, รัฐมนตรี, ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ หรือไม่ก็เป็นข้าราชการที่เกี่ยวกับการควบคุมภาวะเบียบ เช่น ข้าราชการตำรวจ และข้าราชการในกระทรวงการคลัง เป็นต้น<sup>9</sup> นอกจากนี้ยังมีความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่นอีก เช่น การให้ผลประโยชน์ในรูปของเงิน สิ่งของ ที่ดิน แก่บรรดาข้าราชการเหล่านี้เพื่อแลกเปลี่ยนกับการปกป้องผลประโยชน์ของตน, ได้รับความสะดวกในการทำธุรกิจ, ได้รับความสัมพันธ์ และอาจหมายถึงการหลีกเลี่ยงภาษี, การไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ อันเป็นผลให้ได้เปรียบธุรกิจของคนอื่น<sup>10</sup> รวมถึงการใช้ความสัมพันธ์แบบอุปถัมภ์โดยมีอดีตข้าราชการจำนวนมากทำงานให้กับบริษัทเอกชน<sup>11</sup>

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

<sup>8</sup> นิธิ เอียวศรีวงศ์, "วัฒนธรรมคอร์รัปชัน", มติชนสุดสัปดาห์, ฉบับที่ 999, ปีที่ 19, หน้า 47.

<sup>9</sup> อ้างถึง Fred Riggs, "Thailand : The Modernization of a Bureaucratic Policy", ใน สุจิต บุญบงการ, "การพัฒนาการเมืองไทย : ปฏิสัมพันธ์ระหว่างทหาร สถาบันการเมืองและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน". (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 203-204.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 204-205.

<sup>11</sup> เอนก เหล่าธรรมทัศน์, "มองเศรษฐกิจการเมืองไทยผ่านการเคลื่อนไหวของสมาคมธุรกิจ". (กรุงเทพฯ : คบไฟ, 2539), หน้า 136-139.

ด้วยตระหนักถึงปัญหาการทุจริตและการขาดจริยธรรมข้างต้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้กำหนดมาตรการป้องกันการทุจริตในตำแหน่งไว้ประการสำคัญประการหนึ่ง คือการมีประมวลจริยธรรมและการห้ามผลประโยชน์ขัดกัน โดยจะต้องวางกฎเกณฑ์ที่แน่ชัดล่วงหน้าว่าสิ่งใดทำไม่ได้ และไม่ควรทำ หากฝ่าฝืนอาจต้องรับโทษหรือถูกประณาม ทั้งนี้โดยกำหนดกติกาล่วงหน้าใน 2 รูปแบบเสริมกฎหมายที่มีอยู่แล้วคือ

1. การบังคับให้จัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและข้าราชการ ประมวลจริยธรรมของ ส.ส. และ ส.ว. (มาตรา 77, 191)
2. การบังคับให้ต้องกำหนดการห้ามผลประโยชน์ขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ของตำแหน่งหน้าที่ ทั้งในขณะดำรงตำแหน่งหรือพ้นจากตำแหน่ง (มาตรา 331 (2))
3. การห้าม ส.ส., ส.ว. และรัฐมนตรีรับสัมปทานหรือสัญญาที่มีลักษณะผูกขาดจากรัฐและห้ามรัฐมนตรีถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนบริษัทเกินจำนวนที่กำหนด หากเกินต้องโอนให้บริษัทจัดการทรัพย์สินเพื่อผู้อื่น (blind trust) บริหารแทน (มาตรา 110, 128, 208, 209)<sup>12</sup>

โดยเฉพาะการห้ามการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (conflict of interest) นับเป็นเรื่องใหม่ที่ไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญใดมาก่อน และในปัจจุบันได้มีการตรากฎหมายสำคัญหลายฉบับในเรื่องนี้ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งวิทยานิพนธ์ชิ้นนี้ได้วิเคราะห์ต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์

การปกครองระบอบประชาธิปไตยในรูปแบบไม่เพียงพอสอดต่อการแก้ไขปัญหาสังคมในเรื่องการทุจริตและการขาดจริยธรรมทางการเมืองและการปกครอง จำเป็นต้องมีหลักการบริหารจัดการการเมืองการปกครองที่ดีหรือธรรมาภิบาล ซึ่งการศึกษาเรื่อง "การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่งสาธารณะ" นี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของการสร้างการบริหารจัดการที่ดีดังกล่าวให้เกิดขึ้นในสังคมไทย และเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่วางรากฐาน

<sup>12</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "การสร้างธรรมาภิบาล (GOOD GOVERNANCE) ในสังคมไทย". (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2542) หน้า 127-129

ให้แนวคิดในการปฏิรูปการเมืองการปกครองแบบสากล สามารถพัฒนาขยายผลต่อไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของกระบวนการตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นมาตรการป้องกันการทุจริตในตำแหน่งไว้ด้วย

วิทยานิพนธ์ชิ้นนี้จึงมุ่งจะศึกษาถึงการควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์ประเภทต่าง ๆ และสภาพบังคับของต่างประเทศ (สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ) และประเทศไทย เพื่อวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบ เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษได้พัฒนาในเรื่องดังกล่าวมาก่อนประเทศไทย จึงควรนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายของไทยต่อไป

### 3. ขอบเขตของการศึกษา

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ชิ้นนี้จำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของการศึกษาดังต่อไปนี้

(1) ความหมายของ "การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่งสาธารณะ" ตรงกับคำว่า "การขัดกันแห่งผลประโยชน์" (conflict of interest) ซึ่งมีพจนานุกรมหลายฉบับได้ให้ความหมายไว้สอดคล้องกัน เช่น การขัดกันแห่งผลประโยชน์คือการเป็นปฏิบัติอันมีอาจลงรอยกันได้ ระหว่างหน้าที่กับผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่แห่งความเชื่อถือนและไว้วางใจของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ ["Mellinkoff's Dictionary of American Legal Usage", (West Publishing ; 1992), P. 104-105] การขัดกันแห่งผลประโยชน์ คือสถานการณ์ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีผลประโยชน์ส่วนตัวอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อิทธิพลทางการเมือง ["The Random House Dictionary of English Language", (Random House ; 1968) P. 282] การขัดกันแห่งผลประโยชน์คือความไม่สอดคล้องกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ของส่วนรวม ของบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ [Dictionary of Politics : Selected American and foreign Political and Legal Terms", seven edition, (Brunwick) P. 92] เป็นต้น

(2) การขัดกันแห่งผลประโยชน์ (conflict of interest) จะไม่รวมถึงการขัดกันแห่งหน้าที่ (conflict of function) และไม่รวมถึงหลักหน้าที่ขัดกัน (principle of incompatibility) ทั้งนี้เพื่อจะมุ่งศึกษาและวิเคราะห์เฉพาะในเรื่องผลประโยชน์ได้เสียในทางเศรษฐกิจ (economic interests) ต่าง ๆ ทั้งในทางตรงและทางอ้อม ได้แก่ 1. ผลประโยชน์ได้เสียทางการเงิน (financial or pecuniary

interests), 2. ผลประโยชน์ได้เสียจากการทำงานธุรกิจเอกชน (concurrent private employment interests, outside compensation) ต่าง ๆ เช่น การรับของขวัญมีค่า เป็นต้น และ 3. ผลประโยชน์จากการประกอบอาชีพภายหลังพ้นตำแหน่ง (postemployment interests)

อนึ่ง คำว่าผลประโยชน์ส่วนตัว (personal interest) จะไม่รวมถึงผลประโยชน์ส่วนตัวทางมโนคติหรือลัทธิความเชื่อต่าง ๆ (ideological interests) ด้วยเช่นกัน

(3) การจำแนกประเภทของการควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์และสภาพบังคับของต่างประเทศจะเน้นหนักการพัฒนาทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (edict) โดยเฉพาะที่มีสภาพบังคับในทางอาญา มากกว่าธรรมเนียมปฏิบัติหรือจรรยาบรรณ (etiquette) ซึ่งในเรื่องหลังนี้สมควรที่ผู้สนใจจะได้ศึกษาต่อไป ส่วนกฎหมายไทยจะศึกษารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ; พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ประมวลกฎหมายอาญา ; กฎหมายเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจ และองค์การปกครองท้องถิ่นต่าง ๆ เป็นต้น

#### 4. สมมติฐานของการศึกษา

การควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์ คือการควบคุมและป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวจากตำแหน่งสาธารณะ อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักการบริหารการเมืองการปกครองที่ดีที่เป็นสากลนั้น กฎหมายไทยเกิดขึ้นล่าช้าและภายหลังของต่างประเทศ (สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ) จึงสมควรจะได้พัฒนากฎหมายต่าง ๆ ของไทยที่มีอยู่แล้วและจะมีต่อไปให้มีความสมบูรณ์มากขึ้น

#### 5. วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาโดยการวิจัยทางนิติศาสตร์โดยค้นคว้าและวิเคราะห์เชิงเอกสารจากกฎหมายและบทความต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

การศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษกับกฎหมายไทย เพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสังคมไทยต่อไป และเพื่อมีส่วนสำคัญในการกระตุ้นให้เกิดการศึกษากฎหมายที่มีประโยชน์ต่อการปฏิรูปการเมืองการปกครองของไทยด้วย