

บทที่ 4

การจำแนกประเภทการขัดกันแห่งผลประโยชน์และสภาพบังคับ : ศึกษา กรณีประเทศไทย

รัฐไทยเริ่มเข้าสู่รัฐสมัยใหม่แบบตะวันตกในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งปรากฏกฎเกณฑ์เข้าสู่ตำแหน่งโดยเฉพาะประมุขของรัฐชัดเจน โดยใช้หลักการทรงแต่งตั้งมกุฎราชกุมารให้สืบราชสมบัติต่อจากพระมหากษัตริย์แทนความไม่แน่นอนของการประชุมพระบรมวงศานุวงศ์และขุนนางเพื่อ "เลือก" พระราชโอรสหรือพระอนุชาที่เป็นอุปราชในพระมหากษัตริย์พระองค์ก่อนขึ้นสืบราชสมบัติดังที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาใน 2 รัชกาลก่อนนั้น นอกจากนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวยังทรงแยก "ทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์" ซึ่งเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน (รัฐ) ที่ใช้เพื่อสถาบันพระมหากษัตริย์ออกจาก "ทรัพย์สินพระองค์" ซึ่งเป็นเรื่องส่วนพระองค์ของพระมหากษัตริย์หลังแยกงบประมาณแผ่นดินออกจากรายได้รายจ่ายส่วนพระองค์ ฯลฯ ในงานของแผ่นดิน (รัฐ) นั้น ทรงปรับ "ขุนนาง" ผู้ "กินเมือง" มาเป็น "ข้าราชการ" ผู้กินเงินเดือนและปฏิบัติ "ราชการแผ่นดิน"

อย่างไรก็ตาม ความเป็นรัฐ (stateness) ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระวิริยะอุตสาหะสร้างขึ้นตามคติตะวันตกนั้นดูจะยังไม่ซึมซาบในหมู่คนไทยและข้าราชการพนักงานและลูกจ้างของรัฐเท่าใดนัก ดังจะเห็นได้ว่า เมื่อปรับระบบขุนนางเป็นข้าราชการและปรับระบบจตุสดมภ์เป็นกระทรวงทบวงกรมสมัยใหม่ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทยต้องออกประกาศห้ามข้าราชการนำพาสมัครพรรคพวกและบุตรหลานมาเลี้ยงในสถานที่ราชการ อันแสดงให้เห็นว่าข้าราชการไม่อาจแยกเรื่องส่วนตัวออกจากตำแหน่ง ไม่อาจแยกบ้านออกจากสถานที่ราชการยังใช้รถราชการก็ดี โทรศัพท์ราชการก็ดี แม้กระทั่งข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว บางครั้งข้าราชการชั้นผู้ใหญ่บางคนที่พ้นตำแหน่งแล้วยังคงใช้บ้านพักราชการอยู่ต่อไป ข้อสำคัญที่สุดก็คือการเข้าใจผิดว่าหน้าที่ในตำแหน่งก็ดี อำนาจที่มีก็ดี เป็น "เอกสิทธิ์" (privilege) ส่วนซึ่งสามารถใช้หรือไม่ใช้อย่างไร ต่อใครก็ได้ ผลที่เกิดขึ้นก็คือ

ประการแรก ความไม่เข้าใจและไม่ปฏิบัติตามหลักการห้ามการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวกับตำแหน่งหน้าที่ (conflict of interest) จึงใช้ตำแหน่งสร้างอิทธิพลและความร่ำรวยให้ส่วนตัวของตนทั้งในระหว่างดำรงตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่ง

ประการที่สอง การปฏิบัติหน้าที่และการใช้อำนาจขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างผู้มีตำแหน่งกับบุคคลอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการ “เล่นพรรคเล่นพวก” หรือกลั่นแกล้งกัน กฎหมายไทยและการใช้อำนาจตามกฎหมายจึงศักดิ์สิทธิ์และมีลักษณะไม่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัว (impersonal) เมื่อบุคคลผู้อยู่ใต้อำนาจนั้นไม่รู้จักหรือไม่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ใช้อำนาจ แต่ถ้ามีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ใช้กฎหมาย กฎหมายก็จะยกเว้นไม่ใช้กับผู้นั้น ที่เป็นเช่นนี้เพราะผู้ใช้กฎหมายไม่ได้แยก “ความสัมพันธ์ส่วนตัว” ซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวของตนกับ “อำนาจในตำแหน่ง” ที่ทำแทนรัฐในการใช้กฎหมายของรัฐ

ประการที่สาม หน้าที่และการใช้อำนาจในตำแหน่งนั้นจะใช้หรือไม่ หรือใช้อย่างไรก็ได้ตามใจผู้มีตำแหน่ง เพราะเป็น “เอกสิทธิ์” ส่วนตัว ไม่มีใครเอาผิด

สภาพเช่นนี้ ทำให้กฎหมายไทยในอดีตและการใช้อำนาจตามกฎหมายขาดความเสมอภาค เพราะเลือกปฏิบัติ ขาดประสิทธิภาพเพราะการไม่ใช้อำนาจเพื่อปฏิบัติหน้าที่กระทำได้โดยไม่มีใครว่ากล่าว ขาดความโปร่งใสและเป็นไปตามอำเภอใจ สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นที่มาของการทุจริตและการใช้อำนาจโดยมิชอบได้โดยง่าย¹

กรณีศึกษามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์และสภาพบังคับในประเทศไทย จะศึกษาบทบัญญัติตามกฎหมายต่าง ๆ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ประมวลกฎหมายอาญา, พระราชบัญญัติเกี่ยวกับองค์รปกครองท้องถิ่นต่าง ๆ รวมถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน, มติคณะรัฐมนตรีบางส่วน

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “การสร้างธรรมาภิบาล (GOOD GOVERNANCE) ในสังคมไทย”.

1. หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ว่าจะต้องเตรียมการและดำเนินการอย่างไร เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการของตน² ดังนั้น กรณีไม่มีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเฉพาะหรือมีแต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีมาตรฐานต่ำกว่ากฎหมายนี้ให้ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ เว้นแต่กรณีของขั้นตอนและระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ (มาตรา 3)

การไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาคำสั่งทางปกครอง

คำว่า “เจ้าหน้าที่” ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนี้หมายความว่า “บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” (มาตรา 5) ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคล (คณะกรรมการ) และไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ พนักงานส่วนท้องถิ่น พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ หรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐ เช่น สภานายความ แพทย์สภา ช่างรังวัดเอกชน เป็นต้น อยู่ในความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่” ตามกฎหมายนี้

ส่วนความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” เป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจรัฐที่มีอยู่ตามกฎหมาย อันมีผลกระทบทางกฎหมายต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลเป็นการเฉพาะกรณี เช่น การอนุมัติ อนุญาต การไม่อนุญาต การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองสิทธิ การรับจดทะเบียน หรือคำสั่งให้กระทำการใด ๆ แต่ไม่รวมถึงการออกกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (มาตรา 5)

² กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539”.

(กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2539), หน้า 1

หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครอง และผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรม³ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นคู่กรณีเสียเอง หรือเป็นคู่สมร คู่หมั้น ญาติ ผู้แทนโดยชอบธรรม เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่กรณี ต้องห้ามมิให้เป็นผู้พิจารณาและออกคำสั่งทางปกครอง ในเรื่องนั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงตัวบุคคลว่าเขาจะทำหน้าที่เป็นกลางได้ ถ้ามีข้อเท็จจริง ดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ต้องถอนตัวหรือประชาชนที่เกี่ยวข้องอาจคัดค้านได้ (มาตรา 13 ถึง มาตรา 15) นอกจากนี้อาจมีเหตุอื่นที่อาจทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือกรรมการในคณะกรรมการอาจพิจารณาเรื่องทางปกครองอย่างไม่เป็นกลางได้ เขาเหล่านั้นอาจถูกคัดค้านได้เช่นกัน (มาตรา 16) อย่างไรก็ตามการยึดหลักความเป็นกลางในสองเรื่องนี้อาจกระทบกระเทือนต่อการบริหารราชการแผ่นดินได้ จึงมีข้อผ่อนปรนยืดหยุ่นในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หากปล่อยให้มีการใช้ขั้นตอนการคัดค้านทำให้เวลาเนิ่นช้านานออกไปจะเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือสิทธิของบุคคล โดยไม่อาจเยียวยาได้ และไม่มีเจ้าหน้าที่ผู้อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนได้ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็มีอำนาจพิจารณาสั่งการต่อไปได้ (มาตรา 17)

กรณีมีเหตุอื่นที่อาจทำให้เจ้าหน้าที่พิจารณาเรื่องทางปกครองอย่างมีส่วนได้เสียหรือไม่เป็นกลางนี้ เป็นการมีส่วนได้เสียภายใน กล่าวคือการไม่มีส่วนได้เสียภายในบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงตามความเป็นจริงในเนื้อหาของกฎหมายที่ต้องการให้เจ้าหน้าที่มีความเป็นกลางในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ปกติ ไม่บิดเบือนไปทางอื่น แต่มีบางท่านเห็นว่าความเป็นกลางไม่ได้มุ่งหมายแต่การแสวงหาประโยชน์เท่านั้น และมีใช้เหตุระแวงหรือคาดเดา และไม่ใช้เรื่องเล็กน้อยเกินไป แต่ต้องมีสภาพร้ายแรงมีน้ำหนักเพียงพอที่จะเห็นว่าการดำเนินการพิจารณาไม่เป็นกลาง⁴

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18

⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง" (กรุงเทพฯ : จีรวัด, 2540), หน้า 241-250

2. กฎหมายไทยห้ามการมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือสัมปทานผูกขาด

ในข้อนี้จะแยกวิเคราะห์ผลของการฝ่าฝืนเป็น 2 กรณี คือ การขาดคุณสมบัติหรือต้องพ้นจากตำแหน่งกับความรับผิดในทางอาญา

การขาดคุณสมบัติหรือต้องพ้นจากตำแหน่ง

2.1 รัฐธรรมนูญห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร, สมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรี รับสัมปทานผูกขาดหรือเป็นคู่สัญญากับรัฐ

การห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรับสัมปทาน หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทที่รับสัมปทาน หรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว อันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน⁵

การให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อมีสิทธิในการดำเนินกิจการที่เป็นเอกสิทธิ์ของรัฐแทนที่รัฐจะใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าวด้วยการดำเนินการเองผ่านส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ และรับภาระในด้านการเงินของรัฐโดยผ่านส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่ดูแลเอกสิทธิ์ดังกล่าว รัฐจะให้สัมปทานแก่ผู้ประกอบการเอกชนดำเนินการแทน โดยผู้ประกอบการเป็นผู้รับผิดชอบทุกอย่าง พร้อมกับให้ประโยชน์แก่รัฐในรูปของค่าตอบแทนหรือค่าภาคหลวง เอกสิทธิ์ที่ผู้ประกอบการเอกชนได้รับอาจเป็นสิทธิสมบูรณ์ที่ครอบครองผู้เดียวกลายเป็นสิทธิผูกขาดหรือเป็นสิทธิที่ต้องร่วมใช้กับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ก็ได้⁶

การให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อดำเนินการแทนรัฐนี้ไม่จำเป็นต้องพัวพันกับการผลิตสินค้าหรือบริการให้แก่ประชาชนผู้บริโภคแต่อย่างใด อาจเป็นการให้สัมปทานเพื่อผลิตบริการให้แก่รัฐโดยตรงก็ได้ (เช่น การเก็บค่าปรับการจราจร การเก็บค่าจอดรถริมถนน ฯลฯ) การจัดให้มีการสัมปทานจะต้องจัดให้มีการแข่งขันกันประมูล เพื่อให้ได้มาซึ่งเอกสิทธิ์

⁵ มาตรา 110 (2), 118 (6)

⁶ ไชยวัฒน์ บุนนาค. "สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน :วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน". (เอกสารโครงการบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย)

ดังกล่าว และเมื่อหาผู้ประกอบการเอกชนรายใดมีความเหมาะสม กล่าวคือ ให้ประโยชน์สูงสุด แก่รัฐ และผู้ประกอบการสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด ผู้ประกอบการ เอกชนรายนั้นต้องมาทำสัญญากับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ

ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นได้ว่า การรับสัมปทาน การเข้าเป็นคู่สัญญา การเป็น หุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทที่รับสัมปทาน หรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะ ดังกล่าว มีลักษณะเป็นผลประโยชน์ได้เสีย ข้อห้ามนั้นนอกจากห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว รัฐมนตรีจะกระทำการดังกล่าวมิได้เช่นกัน⁷ เว้นแต่ตำแหน่งที่ต้องดำรงตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย บทบัญญัติว่าด้วยการกระทำอันต้องห้ามในข้อนี้บังคับใช้กับสมาชิกวุฒิสภาด้วย⁸ อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่าการห้ามการรับสัมปทาน ฯลฯ จะต้องมีลักษณะอันเป็นการผูกขาด ตัดตอนเท่านั้น กล่าวคือ ได้รับสิทธิสมบูรณ์ที่ครอบครองแต่ผู้เดียว อันเป็นสิทธิผูกขาดรายเดียว ซึ่งต่างจากการมีสิทธิที่ต้องร่วมกันใช้กับบุคคลผู้ประกอบการรายอื่น ๆ อันไม่ถือเป็นการผูกขาด ตัดตอน การรับสัมปทานอันมีลักษณะผูกขาดตัดตอนของคู่สมรส หรือบุตรของบุคคลดังกล่าว น่าจะถือเป็นการมีส่วนได้เสียทางอ้อม

2.2 สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารส่วนท้องถิ่น

การเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญา เป็นลักษณะ ต้องห้ามของสมาชิกสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น ขององค์กร ปกครองท้องถิ่นในรูปแบบต่าง ๆ ของไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 เพิ่มเติมมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า "สมาชิกเทศบาล ต้องไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่ กระทำให้แก่เทศบาลหรือเทศบาลจะกระทำ" หากกระทำการอันต้องห้ามดังกล่าว สมาชิกสภาพ ของสมาชิกสภาเทศบาลย่อมสิ้นสุดลง⁹ และเป็นผลให้ความเป็นเทศมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวเมื่อ

⁷ มาตรา 208 ; 216 (6).

⁸ มาตรา 128 ; 133 (7).

⁹ พระราชบัญญัติเทศบาล, มาตรา 19 (6)

พ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลด้วย¹⁰ เมื่อมีกรณีสงสัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลงเพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาดังกล่าว ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว¹¹ และเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542, มาตรา 18, บัญญัติว่า "สมาชิกต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เมืองพัทยาเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เมืองพัทยาหรือที่เมืองพัทยากระทำ" อันเป็นผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกเมืองพัทยาต้องสิ้นสุดลง¹² แต่กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติลักษณะต้องห้ามของนายกเมืองพัทยาและรองนายกเมืองพัทยาไว้เป็นพิเศษ กล่าวคือ มาตรา 49 บัญญัติว่า "นายกเมืองพัทยาและรองนายกเมืองพัทยาต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้.... (2) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับเมืองพัทยาหรือการพาณิชย์ของเมืองพัทยา หรือบริษัทที่เมืองพัทยาถือหุ้น" หากฝ่าฝืนทำให้ต้องพ้นตำแหน่ง¹³

กรณีของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลตามพระราชบัญญัติตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ก็บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับสมาชิกสภาเทศบาล และสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด¹⁴ ซึ่งมีผลให้พ้นจากสมาชิกภาพเช่นเดียวกัน ในกรณีนี้ใช้บังคับกับความเป็นกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงเฉพาะตัว เพราะพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลด้วย¹⁵ อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540, มาตรา 11, บัญญัติให้ "สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดย่อมสิ้นสุดลงเมื่อ.... (5) รัฐมนตรี

¹⁰ พระราชบัญญัติเทศบาล, มาตรา 46 (1).

¹¹ พระราชบัญญัติเทศบาล, มาตรา 19 วรรคสอง.

¹² พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา, มาตรา 19 (4)

¹³ มาตรา 50 (6), 51 (6).

¹⁴ พระราชบัญญัติสภาตำบล และองค์การบริหารส่วนตำบล, มาตรา 47 ตี.

¹⁵ มาตรา 64 ทวิ.

สั่งให้ออก เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งสอบสวนแล้วปรากฏว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อมในสัญญาสัมปทานที่ทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้น" กรณีเดียวกันนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด, รองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อพ้นจากสมาชิกภาพตามมาตรา 11 (5) ด้วย¹⁶ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวบัญญัติแตกต่างจากคำว่า "สัญญา" เป็น "สัญญาสัมปทาน" สัญญาทั้งสองประเภทมีความหมายไม่เหมือนกัน คำว่า "สัญญา" น่าจะครอบคลุมคำว่าสัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่ง¹⁷

ดังนั้น จึงเห็นว่าน่าจะมีการบัญญัติให้ครอบคลุมทั้งการมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือสัญญาสัมปทาน เช่นเดียวกับสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นขององค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบอื่น

2.3 กรรมการหรือผู้บริหารรัฐวิสาหกิจบางแห่ง

รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของกรรมการหรือผู้บริหารรัฐวิสาหกิจในเรื่องการมีส่วนได้เสีย แต่มีรัฐวิสาหกิจบางแห่ง (ที่เป็นส่วนน้อย) ที่ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติในเรื่องดังกล่าว ได้แก่ ธนาคารออมสิน ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร, ธนาคารแห่งประเทศไทย, กองทุนสงเคราะห์การทำสวนยาง, องค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน, บริษัทบริหารสินเชื่อบ้านการเงิน, องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ และองค์การตลาด

ส่วนรัฐวิสาหกิจที่กำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารในรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ เกี่ยวกับการไม่มีส่วนได้เสีย อาจวิเคราะห์ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวได้ 4 แบบ คือ

¹⁶ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด, มาตรา 36 (2), 37 (4).

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง". (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2541), หน้า 141-148.

แบบที่ 1 ห้ามการมีส่วนได้เสียในสัญญากับรัฐวิสาหกิจ หรือในกิจการที่กระทำให้แก่รัฐวิสาหกิจไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม โดยมีข้อยกเว้น เช่น เว้นแต่เป็นเพียงผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ในการลงทุนโดยสุจริตในกิจการเช่นว่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติธนาคารอาคารสงเคราะห์ พ.ศ. 2496 มาตรา 14 (1) ; พระราชบัญญัติองค์การเภสัชกรรม พ.ศ. 2509 มาตรา 20 (1) ; พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 มาตรา 30 (1) ; พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 26 (9) พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 20 (1) และพระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 25 (1), (2)

อนึ่ง ในกรณีของผู้ว่าการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งคณะกรรมการมอบหมายให้เป็นประธานกรรมการ, กรรมการในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ กฟผ. เป็นผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายของรัฐวิสาหกิจแห่งนี้

แบบที่ 2 ห้ามการมีส่วนได้เสียในสัญญา (เช่นเดียวกับแบบที่ 1) และเพิ่มการมีส่วนได้เสียในธุรกิจที่เป็นการแข่งขันกับรัฐวิสาหกิจนั้น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ได้แก่ พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 มาตรา 28 (1) ซึ่งบัญญัติว่า..."ห้ามมิให้แต่งตั้งเป็นผู้ว่าการหรือถ้าเป็นผู้ได้รับแต่งตั้งอยู่แล้วก็ให้พ้นจากตำแหน่งไป (1) เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญากับการไฟฟ้านครหลวง หรือในกิจการที่กระทำให้แก่การไฟฟ้านครหลวง หรือในกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับกิจการของการไฟฟ้านครหลวง ทั้งนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม เว้นแต่....." ; พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 14 (8), 20 (5) ; พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 26 (9) ; พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 20 (1) ; พระราชบัญญัติการทำอากาศยานแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 21 (2) ; พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การตลาดเพื่อเกษตรกร พ.ศ. 2517, มาตรา 19 (1) ; พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519, มาตรา 22 ; พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2520 มาตรา 21 ; พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันการบินพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 18 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรถไฟฟ้ามหานคร พ.ศ. 2535 มาตรา 12 (1), 19 (2)



แบบที่ 3 ห้ามการมีส่วนได้เสียในสัญญาเช่นเดียวกับแบบที่ 1 แต่ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า “เว้นแต่เป็นเพียงผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ในการลงทุนโดยสุจริต” ในกิจการ เช่นว่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติท่าเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 25 (1) ; พระราชบัญญัติจัดระเบียบกิจการแพปลา พ.ศ. 2496 มาตรา 13 (2) ; พระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 มาตรา 26 (1), พระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 มาตรา 15 (1) ; พระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 มาตรา 31 (8) ; พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย มาตรา 22 (1) ; พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนยาง พ.ศ. 2504 มาตรา 14 (1)

แบบที่ 4 กำหนดการห้ามการมีส่วนได้เสียเช่นเดียวกับแบบที่ 2 และ 3 หากเพิ่มการห้ามมีส่วนได้เสียเมื่อพ้นจากการเป็นผู้มีส่วนได้เสียดังกล่าว ยังไม่ครบกำหนดสามปี ซึ่งปัจจุบันได้แก่ พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 มาตรา 7 แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 22 (1) ; 28 (1) แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503

ดังนั้นจึงเห็นว่าข้อกำหนดในลักษณะข้างต้น (ทั้ง 4 แบบ) ที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์โดยตรง ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจหลายแห่ง การห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการที่ได้ทำสัญญากับรัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรของรัฐ (แบบที่ 1-4) ซึ่งมีความหมายว่าผู้ที่เข้ามาเป็นกรรมการหรือผู้บริหารในรัฐวิสาหกิจจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่ได้ทำสัญญาหรือร่วมงานกับรัฐหรือองค์กรของรัฐไม่ได้

คำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” มีความหมายกว้าง การเป็นเจ้าของกิจการ ประธานกรรมการบริษัท กรรมการผู้จัดการของบริษัทอยู่ในความหมายของคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” ทั้งสิ้น นอกจากนั้นคำว่า “ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” สามารถวินิจฉัยได้ว่าการมีส่วนได้เสียในทางตรง หมายถึง การเป็นคู่สัญญาหรือได้รับประโยชน์ในทางธุรกิจโดยตรง ส่วนการมีส่วนได้เสียในทางอ้อม หมายถึง การมีส่วนได้เสียโดยผ่านบุคคลอื่น ๆ หรือใช้วิธีการอื่นใดอันกระทำให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้เสีย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการมีส่วนได้เสียนี้มีความหมายกว้าง โดยรวมถึงการกระทำของภรรยา บุตร ญาติ หรือแม้แต่บุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายก็ตาม อยู่ในความหมายของการมีส่วนได้เสียในทางอ้อมทั้งหมด

การห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสียในธุรกิจที่เป็นการแข่งขันกับรัฐวิสาหกิจไม่ว่า โดยทางตรงหรือทางอ้อม (แบบที่ 2, 4) เนื่องจากผู้ที่มีธุรกิจหรือประกอบกิจการโดยอ้อมต้อง ดำเนินธุรกิจของตนให้ได้รับความสำเร็จ และเมื่อธุรกิจของตนมีลักษณะที่เป็นการแข่งขันกับรัฐ วิสาหกิจโดยอ้อมจะเห็นได้ว่าการขัดกันแห่งผลประโยชน์เกิดขึ้นแล้ว ด้วยเหตุนี้ บุคคลดังกล่าวจึง ไม่สมควรจะดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการหรือผู้บริหารรัฐวิสาหกิจนั้นต่อไป

อนึ่ง ในบทบัญญัติของกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจบางแห่ง อาจมีการ กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า “เว้นแต่เป็นเพียงผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนที่จำกัดความรับผิดชอบในกิจการ เช่นว่านั้น (เพื่อประโยชน์ในการลงทุนโดยสุจริต) หรือเป็นประธานกรรมการ กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้ดำเนินการ โดยการมอบหมายของรัฐวิสาหกิจนั้น” ซึ่งในประเด็นนี้มีความเห็นว่าการ ข้อยกเว้นดังกล่าว มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นที่สมควรกำหนดไว้อย่างยิ่ง ด้วยเหตุนี้จึงควรแก้ไข บทบัญญัติของกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกแห่ง ให้มีข้อยกเว้นในลักษณะเช่นนี้ด้วย

นอกจากนี้ ควรกำหนดการห้ามการมีส่วนได้เสียให้ครอบคลุมภายหลังพ้น จากตำแหน่งกรรมการหรือผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ หรือพ้นจากการเป็นผู้มีส่วนได้เสียภายในระยะเวลา ที่กำหนด เช่น 3 ปี หรือ 5 ปี เป็นต้น

ความรับผิดในทางอาญา (กรณีมีส่วนได้เสียในสัญญา)

2.4 เจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน และปราบปรามทุจริต

ความหมายของ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 หมายความว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานหรือบุคคลผู้ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิก สภาท้องถิ่นซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะ ปกครองท้องที่ และให้หมายความรวมถึงกรรมการ อนุกรรมการ ลูกจ้างของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ และบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางการปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการ จัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ”

คำว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย คณะกรรมการกฤษฎีกา มีความเห็นว่าหมายความว่าบรรดาผู้รับผิดชอบด้านการเมืองทั้งหมด โดยงานการเมืองนั้นจะเป็นงานที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบาย เพื่อให้ฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ปฏิบัติงานประจำรับไปบริหารให้เป็นไปตามนโยบายที่กำหนดนั้น มีความหมายกว้างกว่า “ข้าราชการการเมือง” ซึ่งหมายถึงผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นข้าราชการการเมือง ซึ่งอาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งข้าราชการการเมืองในฝ่ายบริหารตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง หรืออาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งข้าราชการการเมืองในฝ่ายนิติบัญญัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา หรืออาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในราชการส่วนท้องถิ่น แต่ในกรณีของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร น่าจะหมายความว่าตำแหน่งข้าราชการการเมืองฝ่ายบริหาร เช่น เลขาธิการนายกรัฐมนตรี โฆษกประจำสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นต้น หรือตำแหน่งข้าราชการการเมืองฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น ที่ปรึกษาประธานรัฐสภา เลขาธิการผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น¹⁸

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้ความหมายของ “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” ได้แก่

- (1) นายกรัฐมนตรี
- (2) รัฐมนตรี
- (3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
- (4) สมาชิกวุฒิสภา
- (5) ข้าราชการการเมืองอื่นนอกจาก (1) และ (2) ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการการเมือง
- (6) ข้าราชการรัฐสภาฝ่ายการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา
- (7) ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร
- (8) ผู้บริหารและสมาชิกสภาเทศบาลนคร

¹⁸สุรพล นิติไกรพจน์, “ข้าราชการการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 23, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2536), หน้า 354-356.

(9) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีรายได้หรืองบประมาณไม่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา"

จึงเห็นว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความหมายกว้างมาก รวมถึงฝ่ายการเมืองและข้าราชการประจำทุกส่วน พนักงานรัฐวิสาหกิจ ตลอดจนกำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่ และรวมถึงบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในกรณีนี้ น่าจะหมายถึงองค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ด้วย

องค์ประกอบของความผิด (มาตรา 100)

ความผิดฐานกระทำการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม (การขัดกันแห่งผลประโยชน์) ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้แก่ การห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐใดดำเนินกิจการ เป็นคู่สัญญา หรือมีส่วนได้เสียในสัญญา¹⁹ หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญา กับหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี²⁰ ทั้งนี้เว้นแต่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ที่หน่วยงานของรัฐถือหุ้นหรือเข้าร่วมทุน²¹

องค์ประกอบความผิด แยกพิจารณาได้คือ

(1) ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี

คำว่า "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐตามบทนิยามในมาตรา 4 และเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตามความในมาตรา 100 วรรคสอง

¹⁹ มาตรา 100 (1).

²⁰ มาตรา 100 (2).

²¹ มาตรา 102.

คำว่า "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" รวมถึงการกระทำของคู่สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามวรรคสอง โดยให้ถือว่าการดำเนินกิจการของคู่สมรสดังกล่าวเป็นการดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่รัฐ ทั้งนี้ตามความในมาตรา 100 วรรคสาม

คำว่า "อำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ" น่าจะมีความหมายแคบกว่าคำว่า "หน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใด" ที่มีความหมายกว้างพอที่จะรวมถึงการซื้อ ทำ ดูแล รักษา²² อำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม จึงน่าจะหมายถึงอำนาจที่รัฐใช้กำกับดูแลเหนือนิติบุคคลมหาชนอื่นอันไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชา นิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ ได้แก่ องค์การกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือองค์กรปกครองท้องถิ่นประเภทต่าง ๆ และองค์การกระจายอำนาจทางบริการ หรือองค์กรมหาชนอิสระ²³ องค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่รัฐถือหุ้นมากกว่ากึ่งหนึ่งหรือรัฐสามารถควบคุมเสียงข้างมากในคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ เรียกว่า วิสาหกิจมหาชน²⁴ หรือรัฐวิสาหกิจ

ส่วนอำนาจการกำกับและตรวจสอบ เช่น หน้าที่ในการกำกับและตรวจสอบธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินของธนาคารแห่งประเทศไทย²⁵ ได้แก่ การกำกับและตรวจสอบธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินมีเจตนาที่จะตรวจสอบดูว่า สถาบันการเงินเหล่านี้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่ มีการทุจริตหรือฉ้อฉลหรือไม่ และมีความผิดพลาดในการบริหารหรือไม่

²² จิตติ ดิงศภัทย์, "กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1". (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), หน้า 1333.

²³ ชาญชัย แสงศักดิ์, "นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน". (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2541), หน้า 20-21.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40-41.

²⁵ รังสรรค์ ณะพรพันธ์, "การบริหารนโยบายเสถียรภาพเศรษฐกิจในอนาคต". (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 156-157.

(2) ต้องเป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญา หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

คำว่า "คู่สัญญา" น่าจะหมายถึงคู่สัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ส่วนคำว่า "มีส่วนได้เสียในสัญญา" น่าจะหมายถึงมีส่วนได้หรือส่วนเสียในสัญญาดังนั้นหากเจ้าหน้าที่จะต้องเสียมากกว่าได้ในสัญญา ก็ถือมีส่วนได้เสียในสัญญาตามความหมายของมาตรานี้

ข้อสังเกตว่า การเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ไม่ได้จำกัดเพดานของจำนวนหุ้นหรือมูลค่าหุ้นที่ถือว่ามีมีส่วนได้ส่วนเสียเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

ความผิดเกี่ยวกับการรับสัมปทานหรือคงไว้ซึ่งสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเข้าเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนกับรัฐหรือหน่วยงานดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมถึงการเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าวด้วย²⁶ ในกรณีแยกพิจารณาได้คือ

(1) กรณีต้องเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยแห่งมาตรา 4 และมาตรา 100 วรรคสอง แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าต้องมีการปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดีเช่นกับข้อก่อน จึงน่าจะหมายถึงการดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่จำเป็นต้องมีอำนาจหน้าที่แต่ประการใด

(2) ต้องเป็นกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินกิจการรับสัมปทานหรือคงไว้ซึ่งสัมปทาน หรือเข้าเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน ไม่ทางตรงหรือทางอ้อม รวมถึงการเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาดังกล่าวด้วย

ข้อสังเกตคือ การรับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาต้องมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน กล่าวคือ ได้รับสิทธิสมบูรณ์ที่ครอบครองแต่ผู้เดียว อันเป็นสิทธิผูกขาดตัดตอนเท่านั้นจึงจะเป็นความผิด

²⁶ มาตรา 100 (3).

ความผิดตามมาตรา 100 (3) นี้ บัญญัติใกล้เคียงกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร, สมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรี ซึ่งรัฐธรรมนูญห้ามมิให้บุคคลดังกล่าวรับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญา หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทในลักษณะดังกล่าว ซึ่งหากฝ่าฝืนกระทำการอันต้องห้ามนี้ ความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร, สมาชิกวุฒิสภา หรือรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ย่อมสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และอาจจะต้องรับผิดชอบทางอาญาอีกด้วย

เปรียบเทียบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 152) ที่ต้องมีมูลเหตุจูงใจ

ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต พ.ศ. 2542 หมวด 9 มาตรา 100 ถึงมาตรา 103 และมีบทกำหนดโทษตามมาตรา 122 สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 100 มาตรา 101 หรือมาตรา 103 (ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ) นั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 152 และพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2502 มาตรา 9 บัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงาน (พนักงานรัฐวิสาหกิจ ในกรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานฯ) มีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใดเข้ามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเอง หรือผู้อื่น เนื่องด้วยกิจการนั้น (ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท) ตัวอย่างเช่น ปลัดสุขาภิบาลได้รับแต่งตั้งเป็นผู้ตรวจงานจ้างเหมาขุดลอกทางระบายน้ำ แต่ปลัดสุขาภิบาลได้เข้าดำเนินการโดยใช้คนงานของสุขาภิบาลโดยเบิกค่าจ้างเกินกว่าจ่ายให้คนงานจริง ถือว่ามีส่วนได้เสียเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 152 และมาตรา 157 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7776/2540) หรือเทศมนตรีมีหน้าที่ควบคุมดูแลกิจการของเทศบาลแล้วเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดแห่งหนึ่ง ได้เข้าทำสัญญาซื้อขายกับห้างดังกล่าวโดยถูกต้องตามระเบียบของทางราชการ และราคาที่ซื้อต่ำกว่าราคาที่ตั้งไว้ ถือว่าเทศมนตรีทำไปตามหน้าที่ไม่ได้มุ่งหวังประโยชน์อื่นใด ถือไม่ได้ว่าเข้ามีส่วนได้เสีย ไม่ผิดตามมาตรา 152 นี้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1706/2535) เป็นต้น

ดังนั้น จึงเห็นว่าการมีส่วนได้เสียตามประมวลกฎหมายอาญา ต้องประกอบด้วยมูลเหตุจูงใจเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เนื่องด้วยกิจการนั้น กล่าวคือ ถ้าเข้าไปมีส่วนได้เสียที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 152 นี้ จะต้องพิจารณาว่าได้ประโยชน์หรือไม่ ซึ่งการที่

เทศมนตรีเข้ามีส่วนได้เสียในสัญญากับเทศบาล และประมูลได้ราคาต่ำกว่าราคากลาง ถือว่าไม่ได้มุ่งหวังประโยชน์อื่นใด ถือไม่ได้ว่าเข้ามีส่วนได้เสียตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 152 ด้วยเหตุนี้หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มาตรา 100 (1) ถึง (4) ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติว่าเพื่อประโยชน์สำหรับตนเอง หรือผู้อื่น จึงเห็นว่าการเข้ามีส่วนได้เสียด้วยประการตาม (1) ถึง (4) แม้ไม่ได้มุ่งหวังประโยชน์อื่นใด ก็อาจเป็นความผิดได้

3. กฎหมายไทยห้ามมีส่วนได้เสียพร้อมกับการทำงานในธุรกิจเอกชน

การขาดคุณสมบัติหรือต้องพ้นจากตำแหน่ง (รัฐธรรมนูญ)

3.1 รัฐธรรมนูญปัจจุบันห้ามหลายกรณี

3.1.1 ห้ามรัฐมนตรี, กรรมการการเลือกตั้ง, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชน

การดำรงตำแหน่งในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจ โดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างบุคคลใด ถือเป็น การขาดคุณสมบัติ หรือลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่บังคับแก่รัฐมนตรี²⁷ กรรมการการเลือกตั้ง²⁸ และประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ²⁹

3.1.2 ห้ามกรรมการการเลือกตั้ง, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบวิชาชีพอิสระ

กรรมการการเลือกตั้งต้องไม่ประกอบวิชาชีพอิสระอื่นใด³⁰ เช่นเดียวกับประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ³¹

²⁷ มาตรา 208 วรรคท้าย, 216 (6).

²⁸ มาตรา 139 (3), 141..

²⁹ มาตรา 258 (3), 260 (5).

³⁰ มาตรา 139 (4), 141 (3).

³¹ มาตรา 258 (4), 260 (5).

กรณีตามข้อ 3.11, 3.1.2 เมื่อวุฒิสภาเลือกบุคคลใดที่ทำงานในตำแหน่งข้างต้นโดยได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น ผู้ได้รับเลือกจะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อเมื่อผู้นั้นได้ลาออกจากตำแหน่งดังกล่าว หรือแสดงให้เห็นที่เชื่อได้ว่าตนได้เลิกประกอบวิชาชีพอิสระแล้ว ซึ่งต้องกระทำภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับเลือก แต่ถ้าผู้นั้นมิได้ลาออกหรือเลิกประกอบวิชาชีพอิสระภายในกำหนด ให้ถือว่าไม่เคยได้รับเลือกเป็นกรรมการเลือกตั้ง หรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี³²

3.1.3 ห้ามรัฐมนตรีเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นหรือเข้าไปบริหารจัดการในธุรกิจเอกชน

กรณีรัฐมนตรีจะเป็นหุ้นส่วน, ผู้ถือหุ้น หรือคงไว้ซึ่งความเป็นหุ้นส่วน, ผู้ถือหุ้น หรือเข้าไปบริหารหรือจัดการใด ๆ เกี่ยวกับหุ้นส่วนหรือกิจการในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทไม่ได้³³ เว้นแต่จะแจ้งให้ประธาน ป.ป.ช. ทราบภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งว่าประสงค์จะได้รับประโยชน์จากการเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นดังกล่าวต่อไป และให้รัฐมนตรีผู้นั้นโอนหุ้นส่วนหรือหุ้นให้แก่นิติบุคคลที่มีอำนาจจัดการกองทุนส่วนบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ หรือนิติบุคคลซึ่งจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นตามกฎหมายโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นกรณีซึ่งรัฐมนตรีนั้นเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด และถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของทุนทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทนั้น³⁴

ความรับผิดในทางอาญา (กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต)

³² มาตรา 139 วรรคท้าย, 258 วรรคท้าย

³³ มาตรา 209, 216 (6)

³⁴ ร่างพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ.

3.2 เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชน

ความผิดฐานเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชน มีองค์ประกอบสำคัญ คือ³⁵

- (1) ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยแห่งมาตรา 4, 100 วรรคสองแห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ดังได้อธิบายแล้วในหัวข้อก่อน ๆ
- (2) เจ้าหน้าที่ผู้นั้นเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ, ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชน

ข้อสังเกตว่าการเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชน อาจมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ คำว่า "ธุรกิจเอกชน" จะต้องมิวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรมากกว่าเพื่อสาธารณกุศล อย่างไรก็ตามการมีส่วนได้เสีย เจ้าหน้าที่ผู้นั้นเข้าไปโดยมีส่วนได้หรือส่วนเสียอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้

- (3) ธุรกิจเอกชนดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบจากหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่ หรือต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

ดังนั้น จึงเห็นว่าการประกอบอาชีพเอกชนในขณะที่ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐไม่ใช่ข้อห้ามเด็ดขาด หากต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าธุรกิจเอกชนดังกล่าวต้องไม่อยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบ จากหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่ด้วยถือเป็นการไม่เหมาะสม และทำให้สาธารณชนคลงแคลงใจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การกำกับ ดูแล ควบคุม อาจเป็นกรณีที่รัฐใช้อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรมหาชนอิสระ ส่วนการกำกับและตรวจสอบ เช่น กรณีธนาคารแห่งประเทศไทยมีหน้าที่กำกับและตรวจสอบสถาบันการเงินต่าง ๆ เป็นต้น

³⁵ มาตรา 100 (4), 122.

สำหรับกรณีต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยสภาพของผลประโยชน์ไม่อาจลงรอยกันได้ กล่าวคือ มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์เกิดขึ้น หรือเป็นกรณีการดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชนต้องกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น สถานการณ์ดังกล่าวเจ้าหน้าที่ของรัฐพึงหลีกเลี่ยงหรือถอนตนออกจากตำแหน่งที่ขัดกันนั้นเสียโดยไม่ชักช้า

ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่า การดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชนที่ไม่ขัดกันกับหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ย่อมกระทำได้ ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทย อาจเข้าไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาในห้างหุ้นส่วนที่ผลิตไม้กวาด ก็น่าจะทำได้ เป็นต้น

3.3 เจ้าหน้าที่ของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดนอกเหนือจากที่ควรได้ตามกฎหมาย

ความผิดฐานเจ้าหน้าที่ของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดนอกจากที่ควรได้ตามกฎหมาย มีองค์ประกอบสำคัญคือ³⁶

(1) ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(2) รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคลนอกเหนือจากทรัพย์สินหรือประโยชน์อันควรได้ตามกฎหมาย หรือถูกข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เว้นแต่การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดโดยธรรมดา ตามหลักเกณฑ์และจำนวนที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด

ข้อสังเกตว่า กรณีเป็นความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นจากบุคคลภายนอก แต่ไม่รวมถึงความรับผิดทางอาญาของบุคคลอื่น ผู้ให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นแก่เจ้าหน้าที่รัฐด้วย

คำว่า "ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด", สำหรับคำว่า "ประโยชน์อื่นใด" อาจตีความมีความหมายเช่นเดียวกับทรัพย์สินหรือต้องตีความโดยอนุমানให้มีความหมายที่กว้างกว่าคำว่าทรัพย์สิน โดยจะต้องใช้ความหมายปกติที่มีความหมายทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วย

³⁶ มาตรา 103, 122.

กับความเห็นหลังมากกว่า แต่อย่างไรก็ดี คำว่า “ประโยชน์อื่นใด” ควรมีความหมายจำกัดเฉพาะประโยชน์ในทางวัตถุเท่านั้น ไม่ควรมีความหมายที่เป็นประโยชน์ทางอารมณ์หรือความรู้สึกอันเป็นนามธรรม

การรับประโยชน์อื่นใดจากบุคคล น่าจะรวมถึงการรับการออกค่าใช้จ่าย การเดินทางไปเพื่อประชุม การดูงาน ซึ่งรวมค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เช่น ค่าที่พัก ค่าอาหาร ค่าพาหนะ ค่าใช้จ่ายของคู่สมรส หรือการออกค่าใช้จ่ายเพื่อการบันเทิง (entertainment), การท่องเที่ยว, การเข้าอบรมหรือศึกษาในหลักสูตรระยะสั้น ๆ แต่ควรกำหนดยกเว้นสำหรับประโยชน์ที่เป็นเงินประกันชีวิต เงินปันผล เงินกำไร เงินบำนาญ เงินสวัสดิการการทำงานที่ได้รับจากอดีตนายจ้าง

การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคล อาจจะต้องรวมถึงการได้รับเงินกู้ในอัตราดอกเบี้ยต่ำ การได้รับส่วนลดพิเศษในการซื้อ เช่า หรือเช่าซื้อทรัพย์สิน เช่น บ้าน รถยนต์ หรือการได้รับสิทธิพิเศษในการเป็นสมาชิกสนามกอล์ฟ ศูนย์สุขภาพ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การกำหนดการยกเว้นการรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดโดย “ธรรมจรรยา” (moral obligation) หมายถึง ความประพฤติอันถูกต้อง เช่น การรับเงินรางวัล หรือของรางวัลที่ได้ให้โดยเปิดเผยต่อหน้าสาธารณชน การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นเนื่องจากการแต่งงาน การเจ็บป่วย การเกษียณอายุ การย้ายตำแหน่ง

วัตถุประสงค์ของการห้ามรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคล ภายนอก คือความไม่เหมาะสม เพราะสาธารณชนอาจว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐรับสิ่งของมีค่าเพื่อตอบแทนในการให้บริการ หรือเพื่อการตอบแทนกันในอนาคตต่อบุคคลที่ก่อผลประโยชน์นั้น ทั้งนี้ ข้อห้ามการรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นจากแหล่งต้องห้ามเป็นส่วนขยายขอบเขตวัตถุประสงค์เชิงป้องกัน อันนำเจ้าหน้าที่ไปสู่การรับสินบนในที่สุดนั่นเอง

ความคิดในเรื่องรายได้ภายนอก (outside compensation) มีความหมายกว้างมาก อาจรวมถึงการรับค่าตอบแทนการสอน การบรรยาย การปรากฏตัวต่อสาธารณชน การประชาสัมพันธ์แนะนำหนังสือที่เรียกว่า “honoraria” ภายใต้เงื่อนไขว่าการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่

ความผิดทางวินัยบางประการข้าราชการพลเรือน

3.4 ข้าราชการพลเรือนกับตำแหน่งในธุรกิจเอกชน

ข้าราชการอาจได้รับแต่งตั้ง หรือได้รับมอบหมายโดยกฎหมายโดยมติคณะรัฐมนตรี หรือโดยคำสั่งผู้บังคับบัญชาให้เป็นประธานกรรมการ กรรมการ หรือเป็นกรรมการผู้จัดการ ฯลฯ หรือได้รับแต่งตั้ง หรือได้รับมอบหมายให้ไปปฏิบัติหน้าที่อื่นในหน่วยงานที่ไม่มีส่วนราชการ ให้ถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับแต่งตั้ง หรือตามที่ได้รับมอบหมายนั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ³⁷ นอกจากนี้มีมติคณะรัฐมนตรีห้ามข้าราชการดำรงตำแหน่งในบริษัท เอกชน หรือประกอบการค้า และถือเป็นการกระทำผิดวินัยร้ายแรงตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน³⁸ เช่น หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่องข้าราชการประกอบการค้า อ่างมดี คณะรัฐมนตรี วันที่ 26 มิถุนายน 2493 หนังสือกรมสารบรรณคณะรัฐมนตรีฝ่ายบริหาร เรื่องบริษัทการค้าและข้าราชการเป็นกรรมการให้บริษัทการค้า อ่างมดีคณะรัฐมนตรี วันที่ 30 มีนาคม 2498 หนังสือกรมสารบรรณคณะรัฐมนตรีฝ่ายบริหาร เรื่องข้าราชการประกอบการค้า อ่างประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่องข้าราชการประกอบการค้า ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2498 เป็นต้น

3.5 ข้าราชการพลเรือนกับของขวัญอันมีค่า

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสริมสร้างค่านิยมในการแสดงความยินดีหรือแสดงความเสียใจ มีสาระสำคัญที่พอจะสรุปได้ คือ

- ข้าราชการจะให้เงินหรือของขวัญแก่ผู้บังคับบัญชาหรือสมาชิกในครอบครัวของผู้บังคับบัญชามีได้
- ข้าราชการจะเรียกรับเงินหรือทรัพย์สินอื่นใด หรือใช้เงินสวัสดิการใด ๆ เพื่อมอบให้หรือจัดหาของขวัญให้ผู้บังคับบัญชา หรือสมาชิกในครอบครัวของผู้บังคับบัญชามีได้

³⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางวินัยของข้าราชการซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่ไม่มีส่วนราชการ พ.ศ. 2534 มาตรา 4.

³⁸ ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 92, 96.

- ผู้บังคับบัญชาจะรับหรือยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้สมาชิกในครอบครัวรับเงินหรือของขวัญจากผู้ใต้บังคับบัญชา หรือสมาชิกในครอบครัวของผู้ใต้บังคับบัญชามีได้
- ในกรณีที่ประสงค์จะแสดงความยินดี ความปรารถนาดี หรือแสดงความเสียใจในโอกาสต่าง ๆ ให้ข้าราชการใช้บัตรอวยพร ลงนามในสมุดอวยพร หรือใช้บัตรแสดงความเสียใจ เว้นแต่กรณีตามปกติประเพณีนิยมหรือมารยาทในสังคมที่มีการให้เงินหรือของขวัญ อาจจะให้เงินหรือของขวัญที่มีความสัมพันธ์กับประเพณี มีคุณค่าต่อจิตใจและผลิตภายในประเทศโดยมีวงเงิน หรือมูลค่าของขวัญไม่เกินหนึ่งพันบาท
- การไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ให้ถือว่าเป็นความผิดวินัย และให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาดำเนินการลงโทษอย่างเคร่งครัด

4. การขยายความรับผิดชอบทางอาญาของอดีตเจ้าหน้าที่รัฐ

(กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต)

การขยายความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ดำเนินการโดยมีส่วนได้เสีย อันเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ของส่วนรวม ตามความในมาตรา 100 มาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการภายหลังพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปี โดยอนุโลม ทั้งนี้เว้นแต่เป็นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมด³⁹ และการขยายความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคลนอกจากอันควรได้ตามกฎหมายตามความในมาตรา 103 ให้บังคับกับอดีตเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งพ้นจากตำแหน่งมาแล้วยังไม่ถึงสองปีด้วยโดยอนุโลม⁴⁰

เหตุผลสำคัญที่ต้องบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ เพราะผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ ในหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่กำกับดูแลเอกชนหรือให้สัมปทานกับเอกชนย่อมจะให้คุณให้โทษกับบริษัทรายใดรายหนึ่ง หากมีผลประโยชน์ผูกพันกันในอนาคต อาจมีการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ หากเข้าไปทำงานในบริษัทดังกล่าวแล้วก็นำข้อมูลของคุณ่งที่เคยได้รับรู้ในช่วงดำรงตำแหน่งมา

³⁹ มาตรา 101.

⁴⁰ มาตรา 103 วรรคท้าย.

ใช้เป็นประโยชน์ รวมถึงข้อมูลภายในหรือข้อมูลลับของทางราชการที่สำคัญในระบบอุปถัมภ์ บุคคลย่อมมีเครือข่ายหรือมีอิทธิพลอยู่ในหน่วยงานนั้น ๆ สามารถใช้ประโยชน์ต่อบริษัทนั้นได้

อย่างไรก็ตาม การที่กำหนดไม่ให้ดำรงตำแหน่งหรือทำงานให้กับเอกชนนั้นต้อง เป็นบริษัทที่เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐที่บุคคลผู้นั้นกำกับดูแลอยู่ในตนเองเดียวกัน เช่น ทำงานในธนาคารแห่งประเทศไทย กับสถาบันการเงิน กระทรวงการคลังกับสถาบันการเงิน องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยกับบริษัทโทรคมนาคม แต่ยังคงสามารถทำงานกับบริษัทอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องได้ เช่น เมื่อพ้นตำแหน่งจากธนาคารแห่งประเทศไทย แล้วสามารถไปทำงานที่ บริษัทส่งคนงานไปต่างประเทศ⁴¹

ในกรณีของการมีส่วนได้เสียหรือการกระทำอันเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริต พ.ศ. 2542 ได้ บัญญัติไว้ในหมวด 9 (มาตรา 100 - มาตรา 103) หากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดฝ่าฝืน ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴² สภาพบังคับดังกล่าวจึงเป็น สภาพบังคับทางอาญา และมีวิธีการพิจารณาพิเศษ กล่าวคือ มีหลักการพิจารณาคดีให้มี ประสิทธิภาพ และได้ผลโดยให้ความคุ้มครองผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจและอิทธิพลอย่างเหมาะสม ในขณะที่เดียวกันได้กำหนดองค์กรพิเศษไว้ เพื่อดำเนินการบังคับใช้กฎหมายด้วย (คณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ)

อนึ่ง บทบัญญัติมาตรา 100 มิให้นำมาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของ เจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบการดำเนินงาน ของบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด มอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทจำกัด หรือบริษัท มหาชนจำกัด ที่หน่วยงานของรัฐถือหุ้นหรือเข้าร่วมทุน⁴³

⁴¹ หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, ปีที่ 20, ฉบับที่ 7206, หน้า 1, 11

⁴² มาตรา 122

⁴³ มาตรา 102