

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์  
และหลักการไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย : ศึกษากรณี  
ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น

นฤมล แซ่โจ้ว\*

รองศาสตราจารย์ ดร. วีระ โลจายะ\*\*

บทคัดย่อ

ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้ใช้อำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการและแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนในท้องถิ่น การปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นมีการกระทำเพื่อประโยชน์ที่มีความสัมพันธ์กันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเข้าไปมีส่วนได้เสียที่อาจกระทบต่อตำแหน่งหน้าที่ในการบริหารราชการ ไม่ใช่อำนาจหน้าที่สร้างประโยชน์หรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ จึงมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการกระทำของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น แต่ทว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องยังมีปัญหาและข้อบกพร่องหลายประการ การศึกษานี้จึงได้ศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นกระทำการในลักษณะที่เป็น การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น เพื่อปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีมาตรการที่เหมาะสม

1. บทนำ

มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นกระทำการในลักษณะที่เป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นมีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

\*\* ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 และกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ทว่าบทบัญญัติในกฎหมายฉบับต่างๆ มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน ได้แก่ คำว่า “การขัดกันแห่งผลประโยชน์” และ “ส่วนได้เสีย” ประกอบกับกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์แนวทางไว้อย่างชัดเจน จึงส่งผลให้องค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยใช้หลักกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยที่แตกต่างกัน โดยในบางกรณีพิจารณาวินิจฉัยตามหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่ในบางกรณีพิจารณาวินิจฉัยตามหลักไม่มีส่วนได้เสีย นอกจากนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นตามหลักความได้สัดส่วนและไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงต้องศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการป้องกันมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นกระทำการในลักษณะที่เป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น โดยการศึกษากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์และการไม่มีส่วนได้เสียในระบบกฎหมายของต่างประเทศและระบบกฎหมายไทย เพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาและการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

## 2. แนวคิดของหลักการว่าด้วยการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์และหลักการไม่มีส่วนได้เสีย

มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับต่างๆ อาศัยตำแหน่งหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มีหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวข้องอยู่สองประการ ได้แก่ หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และหลักการไม่มีส่วนได้เสีย ซึ่งมีความเป็นมา แนวคิด ความหมายและองค์ประกอบ ดังนี้

“หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์” เป็นกฎเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งในการป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์ที่เป็นการขัดแย้งกับผลประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติหน้าที่ โดยมีสาระสำคัญว่าผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะต้องแยกผลประโยชน์ส่วนตัวออกจากผลประโยชน์สาธารณะ ต้องไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวในการใช้อำนาจหน้าที่แทนรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะคำนึงถึงความสำคัญของการเป็นตัวแทนของรัฐที่จะดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์สูงสุดของรัฐ และเพื่อเป็นหลักประกันความเชื่อถือและความไว้วางใจจากสาธารณชน โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ (1) มีหน้าที่และความรับผิดชอบทางการตามตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ (2) มีผลประโยชน์ส่วนตัวซึ่งอาจเป็นประโยชน์ที่เป็นตัวเงินหรือมิใช่ตัวเงินก็ได้ เป็นของตนเองหรือของคนอื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกัน (3) มีการเข้ามาแทรกแซงในการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลาง โดยสภาพของความขัดแย้งดังกล่าวได้เข้ามามีบทบาทหรือแทรกแซงการใช้ดุลพินิจที่เป็นกลางของผู้ดำรงตำแหน่ง จนทำให้การตัดสินใจดังกล่าวเบี่ยงเบนออกจากมาตรฐานทางวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงาน

สำหรับ “หลักการไม่มีส่วนได้เสีย” เป็นหลักประกันสิทธิทางกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ที่เรียกร้องให้ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยต้องมีความเป็นกลาง ปราศจากอคติลำเอียง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่มีผลกระทบต่อสิทธิและประโยชน์ของประชาชนอย่างยุติธรรมและรอบคอบ ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้เป็นตัวบทกฎหมายเป็นครั้งแรกในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทั่วไปในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศออสเตรเลีย เมื่อปี 1925 และเป็นแรงกระตุ้นให้เกิดความคิดในเรื่องวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน โดยประเทศไทยได้นำรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองหรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นแนวทางในการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และได้บัญญัติรับรองหลักการไม่มีส่วนได้เสียและหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ไว้ เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมแก่คู่กรณี โดยมีหลักการสำคัญว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติ เป็นนายจ้าง ลูกจ้าง ผู้บังคับบัญชา หรือผู้บังคับบัญชาที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมถือได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียอันอาจส่งผลให้การพิจารณาในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่เป็นกลาง มีอคติลำเอียง จึงไม่สามารถพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียได้

ซึ่งเห็นได้ว่า “หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์” และ “หลักการไม่มีส่วนได้เสีย” มีเจตนารมณ์และมีองค์ประกอบที่แตกต่างกัน การตีความตามหลักการไม่มีส่วนได้เสียมีลักษณะที่เคร่งครัดกว่าหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ กล่าวคือ หากตีความตามหลักการไม่มีส่วนได้เสียเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับคู่กรณียอมไม่อาจเป็นผู้พิจารณาในเรื่องที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องได้เลยเพราะอาจส่งผลต่อความเป็นกลางในการพิจารณา ส่วนหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้นต้องปรากฏพฤติการณ์แทรกแซงการใช้ดุลพินิจที่เป็นกลางของผู้ดำรงตำแหน่งจนส่งผลให้การตัดสินใจเบี่ยงเบนออกจากมาตรฐานทางวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงาน อันอาจส่งผลให้การใช้ดุลพินิจขาดความเป็นกลาง

### 3. มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์และการไม่มีส่วนได้เสียในต่างประเทศและประเทศไทย

หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์และหลักการไม่มีส่วนได้เสียในต่างประเทศและประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายแตกต่างกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### 3.1 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์

ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมอยู่ในรูปของกฎหมายจริยธรรมในภาครัฐ ค.ศ. 1978 และกฎหมายปฏิรูปจริยธรรมในภาครัฐ ค.ศ. 1989 โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องการเปิดเผยฐานะทางการเงิน บทบังคับภายหลังการเกษียณอายุทางราชการ บทลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญานอกจากนี้ยังมีกฎหมายอาญาสหรัฐกำหนดกิจกรรมที่ต้องห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ

เพื่อป้องกันการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม ส่วนประเทศอังกฤษ มีการออกข้อบังคับเกี่ยวกับมาตรฐานการประพฤติของรัฐมนตรี ประมวลจรรยาบรรณสำหรับสมาชิก รัฐสภา กฎหมายข้าราชการพลเรือน และกฎหมายองค์กรปกครองท้องถิ่น ค.ศ. 1972 สำหรับประเทศ แคนาดากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม ของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะจะวางอยู่บนกฎเกณฑ์พื้นฐาน 3 ประการคือ เกียรติยศส่วนบุคคล การหลีกเลี่ยงความขัดแย้งโดยการบังคับใช้มาตรการป้องกันที่หลากหลาย และการเปิดเผยผลประโยชน์ ส่วนตัวต่อสาธารณะ กฎเกณฑ์ดังกล่าวในบางรัฐจะเน้นใช้วิธีการเปิดเผยผลประโยชน์ส่วนตัวต่อ สาธารณะและกำหนดให้มีการถอนตัวจากการตัดสินใจเท่าที่จำเป็น หรือในบางรัฐจะเน้นมาตรการ ป้องกัน โดยบัญญัติไว้ในประมวลว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ ส่วนรวมของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของ สมาชิกสภา ค.ศ. 1988 สำหรับประเทศไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของสมาชิกสภาผู้แทนและสมาชิก วุฒิสภาไว้ และให้นำมาใช้บังคับกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยอนุโลม และพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 ก็ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นและรองผู้บริหารท้องถิ่นดำเนิน กิจการอันมีลักษณะเป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญา เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท รับสัมปทานหรือหรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วน จังหวัด พ.ศ. 2540 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2552 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2552 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2552 ก็ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิก สภาท้องถิ่นกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเข้าไปมีส่วนได้เสียไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อม ในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นหรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกระทำ

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการไม่มีส่วนได้เสีย

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความไม่มีส่วนได้เสียในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแต่ละ ระบบกฎหมายมีวิวัฒนาการความเป็นมาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศอังกฤษหลักไม่มีส่วนได้เสีย เป็นหลักการหนึ่งในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ โดยเห็นว่าผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิที่จะขอให้คดี ของเขาได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่มีความเป็นธรรม หลักไม่มีส่วนได้เสียอาศัยอำนาจการ ควบคุมของศาล High court ที่มีเหนือศาลชั้นต้น ปัจจุบันได้นำหลักดังกล่าวมาใช้กับเจ้าหน้าที่ที่ทำ หน้าที่ทางตุลาการด้วย ส่วนในสาธารณรัฐเยอรมนีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง แห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียหรือมีเหตุแห่ง

ความไม่เป็นกลางทำการพิจารณาเรื่องทางปกครองของหน่วยงานได้ สำหรับประเทศฝรั่งเศสหลักการไม่มีส่วนได้เสียในการออกคำสั่งทางปกครองมีวิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาของศาลปกครองต่อมาได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งออกโดยฝ่ายบริหาร โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการวินิจฉัยหรือทำคำสั่งทางปกครองว่าจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในการกระทำหรือออกคำสั่งทางปกครองนั้นๆ สำหรับประเทศไทยได้บัญญัติรับรองไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติงานขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งได้วางหลักการไม่มีส่วนได้เสียและหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ไว้

#### 4. ปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นและแนวทางการแก้ไข

แม้ว่าจะมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการกระทำของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น แต่ทว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องยังมีปัญหาและข้อบกพร่องหลายประการดังนี้

##### 4.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้คำว่า “การกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์” พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 ใช้คำว่า “การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม” และคำว่า “มีส่วนได้เสีย” และกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2552 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2552 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2552 ใช้คำว่า “มีส่วนได้เสีย” ซึ่งหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์และหลักการไม่มีส่วนได้เสียมีเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันจึงก่อให้เกิดปัญหาความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดปัญหาแก่องค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในการใช้การตีความกฎหมาย และส่งผลให้การพิจารณาวินิจฉัยขาดความเป็นเอกภาพ ไม่มีความชัดเจน แน่นนอน

##### 4.2 ปัญหาการวินิจฉัยตามหลัก “การขัดกันแห่งผลประโยชน์” และ “หลักไม่มีส่วนได้เสีย”

องค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยใช้หลักกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยที่แตกต่างกัน โดยในข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เดียวกันแต่องค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกลับใช้หลักกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยที่ต่างกัน กล่าวคือ ในข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เดียวกันองค์กรหนึ่งใช้หลักกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยอย่างหนึ่ง แต่เมื่อมีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งไปยังองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาทบทวนหรือองค์กรตุลาการกลับมีการใช้หลักกฎหมาย

ในการพิจารณาวินิจฉัยที่แตกต่างกัน ส่งผลให้การวินิจฉัยหรือมีคำสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่มีหลักเกณฑ์แนวทางที่ชัดเจน

#### 4.3 ปัญหากรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์แนวทางไว้อย่างชัดเจน

เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์แนวทางไว้อย่างชัดเจน ส่งผลให้การพิจารณาวินิจฉัยยังมีแนวทางการตีความและการพิจารณาวินิจฉัยที่แตกต่างกัน ไม่มีขอบเขตหรือแนวทางที่ชัดเจนในกรณีต่างๆ ได้แก่

##### 4.3.1 ด้านคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่ง

การพิจารณาวินิจฉัยยังมีแนวทางการตีความและการพิจารณาวินิจฉัยที่แตกต่างกันว่า กรณีที่มีการลงนามทำสัญญาไว้ก่อนดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นจะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นหรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกระทำหรือไม่

##### 4.3.2 ด้านความผูกพันตามสัญญา

กรณีการลงนามทำสัญญาก่อนเข้าดำรงตำแหน่งและได้ดำเนินการตามสัญญาเสร็จแล้ว แต่ในระหว่างที่มีความผูกพันในการรับประกันความชำรุดบกพร่องตามสัญญาได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งจะถือว่าผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญาหรือไม่ และกรณีผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเข้ายื่นของสอบราคากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่ หรือกรณีที่ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเข้ายื่นของสอบราคาแต่มิได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้เข้าทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะถือว่าผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญาหรือไม่

##### 4.3.3 ด้านความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์แนวทางไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นในระดับใด ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรจะต้องเป็นบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะซึ่งบิดามารดามีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดู หรือหมายความรวมถึงบุตรที่บรรลุนิติภาวะหรือมีครอบครัวแล้ว และคู่สมรสของบุตร ได้แก่ บุตรเขย บุตรสะใภ้ด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีประเด็นในการพิจารณาว่าในกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรหรือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในด้านอื่นๆ แล้วบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นซึ่งเข้าเป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการหรือกระทำการที่มีผลผูกพันทางหุ้นส่วนหรือบริษัทด้วยหรือไม่ อย่างไร

#### 4.4 ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเกินกว่าความจำเป็น

นอกจากกฎหมายจะห้ามมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นกระทำการในลักษณะที่เป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วยังหมายความรวมถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร ความสัมพันธ์ในเชิงทุน หรือความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลกับผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นด้วย อันส่งผลให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถประกอบกิจการหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เลย ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้เกินกว่าความจำเป็นตามหลักความได้สัดส่วน

### 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษา วิเคราะห์ปัญหาการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการขององค์กรปกครองส่วน ประกอบกับการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์และหลักการไม่มีส่วนได้เสียในกฎหมายต่างประเทศแล้วนั้น ผู้ศึกษาขอเสนอมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและแนวทางการแก้ไขเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์การมีส่วนได้เสียของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น ดังนี้

#### 5.1 ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หน่วยงานผู้รักษาการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องควรมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีความเป็นเอกภาพ มีความชัดเจน แน่นนอนและตรงตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายโดยใช้คำว่า “การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์สาธารณะ”

#### 5.2 การวินิจฉัยตาม “หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์”

ควรปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีมาตรการที่เหมาะสม โดยการแก้ไขบทบัญญัติจากคำว่า “ส่วนได้เสีย” เป็น “การขัดกันแห่งผลประโยชน์” โดยมีองค์ประกอบ ดังนี้

1. เป็นผู้บริหารท้องถิ่น สมาชิกผู้บริหารท้องถิ่นหรือตำแหน่งอื่นตามที่กฎหมายกำหนด
2. มีผลประโยชน์ส่วนตัวที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกันชัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์ส่วนรวมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น

3. มีการเข้ามาแทรกแซงในการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลางของผู้ดำรงตำแหน่งจนทำให้การตัดสินใจเบี่ยงเบนออกจากมาตรฐานทางวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงาน

### 5.3 การกำหนดหลักเกณฑ์แนวทางไว้อย่างชัดเจน

ควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีความชัดเจนและแน่นอน เพื่อเป็นการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยกำหนดหลักเกณฑ์แนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยให้มีความชัดเจน ดังนี้

#### 5.3.1 ด้านคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่ง

1. การพิจารณาสถานะและความดำรงอยู่ของบุคคลในขณะที่เข้าทำสัญญา กล่าวคือบุคคลนั้นต้องได้รับการเลือกตั้งให้เป็นผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นแล้ว ในขณะที่เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นหรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะกระทำ

2. การพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น กล่าวคือ ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น

3. การพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นได้ใช้โอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะด้วย

#### 5.3.2 ด้านความมีผลผูกพันตามสัญญา

1. กรณีมีความผูกพันในการรับประกันความชำรุดบกพร่องตามสัญญา

ควรบัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างชัดเจนว่ากรณีที่ถือว่าผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นใช้อำนาจหน้าที่เข้ามาแทรกแซงการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจอันจะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้นั้นต้องเป็นสัญญาที่กระทำขึ้นในภายหลังจากที่เข้าดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นแล้วเท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงกรณีที่มีการผูกพันสัมพันธหรือมีการทำสัญญาไว้ก่อนเข้าดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นและได้มีการปฏิบัติตามสัญญานั้นเสร็จสมบูรณ์แล้ว แม้ว่าจะอยู่ในระหว่างระยะเวลาการรับประกันความชำรุดบกพร่องตามสัญญา

2. กรณีผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเข้ายื่นของสอบราคา

ควรกำหนดหลักเกณฑ์แนวทางไว้อย่างชัดเจนว่าข้อห้ามในการกระทำการดังกล่าว หมายความว่าเฉพาะกรณีของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่ต้องมีการดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุอันได้แก่ การตกลงราคา การสอบราคา การประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ และการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ เท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงการซื้อขายสินค้าโดยปกติทั่วไป นอกจากนี้ ในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็น หรือเพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรกำหนดข้อยกเว้นให้สามารถยกเป็นเหตุผลประกอบ



การพิจารณาได้ โดยการกำหนดมาตรการให้มีการขอความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นหรือผู้กำกับดูแลหรือหน่วยงานที่เห็นสมควร และควรมำมาตรการในระบบกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับ เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการซึ่งมีอยู่ก่อนการเข้าดำรงตำแหน่งโดยการถอนตัวจากการพิจารณา การถอนตัวจากการลงทุน การสละตำแหน่งงานภายนอก

### 5.3.3 ด้านความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

ควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นในลำดับใดบ้างที่ไม่สามารถเข้าเป็นคู่สัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ นอกจากนี้ยังต้องปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่แสดงว่าผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นมีผลประโยชน์ร่วมกันหรือได้รับประโยชน์จากการที่บุคคลที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดได้รับประโยชน์จากสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญาประกอบด้วย

### 5.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามหลักความได้สัดส่วน

เนื่องจากมาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการอาชีพของบุคคล การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงต้องกระทำตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และเท่าที่จำเป็น และไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของผู้บริหารท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น ตลอดจนบุคคลคณะบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้บริหารท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น

ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการชดเชยแห่งผลประโยชน์ของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น ดังนี้

“ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ หลีกเลี่ยงการชดเชยระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะกระทำ

การเป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ก่อนเข้าดำรงตำแหน่งหรือสืบเนื่องจากสัญญาที่มีอยู่ก่อนเข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าว และสัญญานั้นเกี่ยวกับกิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำกับประชาชนทั่วไปเป็นปกติ โดยไม่มีลักษณะผูกขาดตัดตอนหรือใช้โอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะมิให้ถือว่าเป็นการชดเชยระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม

ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นที่เป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ก่อนเข้าดำรงตำแหน่งหรือสืบเนื่องจากสัญญาที่มีอยู่ก่อนเข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวต้องดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตลอดจนเหตุดังกล่าวให้หมดสิ้น โดยการถอนตัวจากการพิจารณา การถอนตัวจากการลงทุน การสละตำแหน่งงานภายนอก ไปภายใน 90 วันนับแต่วันที่ดำรงตำแหน่ง”

## บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2540). สารสำคัญและหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. วารสารพี' 40.
- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, ดุลพาท, 39(5).
- กฤติ พฤกษ์อักษรกุล. (2550). *หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ : ศึกษากรณีการออกคำสั่งทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เฉลิมพล นาคสุวรรณ. (2547). *การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ: ศึกษาเฉพาะกรณีตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรี* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นิพนธ์ พัวพงศกร และคณะ. (2546). *ความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน.
- นิพนธ์ พุทธนวรรตน์. (2553). *ปัญหาทางกฎหมายในการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ภูษิต คงเมือง. (2547). *ผู้มีส่วนได้เสียกับการรับเงินสินบน เงินรางวัล และผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 : ศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สนธยา ยาพิณ. (2551). *บทบาทและอำนาจหน้าที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต่อการแก้ไขปัญหาการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ผู้มีส่วนได้เสียกับการรับเงินสินบน เงินรางวัล และผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 : ศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (น. 31-33). เล่มเดิม