

บทที่ 4

ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกัน แห่งผลประโยชน์ของผู้บริหารและสมาชิกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ประเทศไทยได้ตระหนักและให้ความสำคัญเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์เช่นกัน แต่ได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้ในกฎหมายหลายฉบับ ทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หลายประการ โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับมาตรการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับต่างๆ ในบทนี้ จึงจะได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายฉบับต่างๆ รวมถึงแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4.1.1 สภาพปัญหา

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันมาตรา 284 วรรคสี่ ให้นำบทบัญญัติ มาตรา 265 มาตรา 266 มาตรา 267 และมาตรา 268 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี อันได้แก่ มาตรการห้ามดำรงตำแหน่งอื่น ห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับรัฐ ห้ามรับค่าตอบแทนอื่น ห้ามประกอบกิจการเกี่ยวกับสื่อสารมวลชน ห้ามดำรงตำแหน่งใดๆ ในองค์กรธุรกิจ และห้ามแทรกแซงการทำงานของข้าราชการ มาใช้บังคับกับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น โดยอนุโลม ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็น เรื่องเสร็จ ที่ 75/2552 ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ปรากฏเงื่อนไขให้ต้องตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นก่อน และไม่มีบทเฉพาะกาลยกเว้นให้ยังไม่มีผลใช้บังคับ รวมทั้งเป็นบทบัญญัติที่สมบูรณ์ในตัว จึงมีผลให้บังคับกับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นได้ ด้วยเหตุผลนี้มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังกล่าว จึงมีผลใช้บังคับกับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นทันที อย่างไรก็ตาม หากพิจารณากรณีในการ

ควบคุมตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดไว้ดังนี้

ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ฝ่าฝืนข้อห้ามกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ มาตรา 91 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้บุคคลดังต่อไปนี้ เป็นผู้ร้องขอให้มีการวินิจฉัยว่าการกระทำนั้น เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่

1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา

2) คณะกรรมการการเลือกตั้ง

โดยมีขั้นตอนดังนี้

1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่กำหนดเข้าชื่อร้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ว่ามีสมาชิกสภาคนใดกระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภานั้นสิ้นสุดลง หรือคณะกรรมการการเลือกตั้งส่งเรื่องไปยังประธานสภาเอง

2) ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องหรือได้รับเรื่อง ส่งคำร้องหรือเรื่องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

3) ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกผู้นั้นสิ้นสุดลงตามคำร้องหรือไม่ สำหรับรัฐมนตรีนั้น มาตรา 182 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ด้วย

เห็นได้ว่า กลไกในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันกำหนดให้ใช้กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเท่านั้น มิได้กำหนดให้ใช้บังคับกับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น

จึงเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันได้กำหนดกลไกการควบคุมและตรวจสอบ ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้ เฉพาะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี โดยมีได้กำหนดกลไกในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ของผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นไว้ ดังนั้น จึงมีปัญหาว่า เมื่อผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นกระทำการอันเข้าข่ายเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ตามมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย ใครจะเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับก็ไม่ได้กำหนดกลไกในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไว้เช่นกัน ซึ่งกรณีนี้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติจนได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 678/2552 โดยสรุปดังนี้

กรณีนี้หรือนี้เป็นเรื่องที่คณะผู้บริหาร ผู้บริหารเทศบาลตำบลเมืองกงและสมาชิกสภาเทศบาลตำบลเมืองกง กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งมาตรา 284 วรรคสอง ได้บัญญัติให้นำมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันมิได้กำหนดถึงผลของการกระทำอันฝ่าฝืนมาตราดังกล่าวของสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไว้ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการตามกฎหมายอย่างไร ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เห็นว่า จะต้องนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ อันได้แก่กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งตามกรณีนี้หรือนี้จะต้องนำพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาใช้ในการพิจารณา เมื่อปรากฏว่าการกระทำของคณะผู้บริหาร ผู้บริหารเทศบาลตำบลเมืองกงและสมาชิกสภาเทศบาลตำบลเมืองกง เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อข้อห้ามที่กำหนดไว้ในมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่มีไว้เพื่อความสงบเรียบร้อย เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปด้วยความโปร่งใส ดังนั้นการกระทำของบุคคลดังกล่าวจึงเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้บัญญัติให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดเสนอความเห็นพร้อมหลักฐานต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เพื่อให้ใช้ดุลพินิจสั่งให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่งได้เมื่อมีการปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือมีความประพฤติในทางจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่เกียรติศักดิ์ของตำแหน่ง หรือแก่เทศบาล หรือแก่ราชการ ส่วนกรณีของสมาชิกสภาเทศบาลนั้น สภาเทศบาลสามารถอาศัยอำนาจตามมาตรา 19 (7) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีมติให้สมาชิกสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่งได้ หากเห็นว่าการกระทำของสมาชิกสภาเทศบาลที่ขัดต่อมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นความประพฤติที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียหรือก่อความไม่สงบเรียบร้อยแก่เทศบาลหรือกระทำการอันเสื่อมเสียประโยชน์สภาเทศบาล

หากจะนำคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวมาใช้เป็นบรรทัดฐานกับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นทั้งหมดจึงต้องศึกษากฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วน

ท้องถิ่นแต่ละฉบับว่ามีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันกับเทศบาลหรือไม่ ซึ่งผู้ศึกษาพบปัญหาอยู่หลายประการ ดังนี้

ประการแรก เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 ฉบับแล้วปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่จะนำมาเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในการใช้เป็นกลไกควบคุมการตรวจสอบการกระทำที่เป็นขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ของผู้บริหารท้องถิ่นดังนี้

1) กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล

ได้กำหนดในกรณีนี้ไว้ว่า¹ หากปรากฏว่านายกองค์การบริหารส่วนตำบล หรือรองนายกองค์การบริหารส่วนตำบล กระทำการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ ให้นายอำเภอดำเนินการสอบสวนโดยเร็ว

ในกรณีที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลหรือรองนายกองค์การบริหารส่วนตำบล มีพฤติการณ์ดังกล่าวจริง ให้นายอำเภอเสนอผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากตำแหน่ง

2) กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ได้กำหนดในกรณีนี้ไว้ว่า² ในกรณีที่นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือรองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดละเลยไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือประพฤติดนฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้ว่าราชการจังหวัดจะดำเนินการสอบสวนก็ได้

ถ้าผลการสอบสวนปรากฏว่านายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือรองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีพฤติกรรมดังกล่าวจริง ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยใช้ดุลพินิจสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

3) กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร

ได้กำหนดในกรณีนี้ไว้ว่า³ เมื่อผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครได้กระทำการอันเสื่อมเสียแก่เกียรติศักดิ์ของตำแหน่ง หรือปฏิบัติการหรือละเลยไม่ปฏิบัติการอันควรต้องปฏิบัติในลักษณะที่

¹ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537, มาตรา 92.

² พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540, มาตรา 79.

³ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528, มาตรา 52 วรรค (8).

เห็นได้ว่าจะเป็นเหตุให้เสียหายอย่างร้ายแรงแก่กรุงเทพมหานคร แก่ราชการโดยส่วนรวม หรือแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยมติคณะรัฐมนตรีสั่งให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครออกจากตำแหน่ง หรือสภากรุงเทพมหานครมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภากรุงเทพมหานครขอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณามติสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

4) กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา

ได้กำหนดในกรณีนี้ไว้คล้ายกับกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร โดยกำหนดไว้ว่า⁴ เมื่อนายกเมืองพัทยาหรือรองนายกเมืองพัทยามีความประพฤติในทางที่จะมาซึ่งความเสื่อมเสีย หรือก่อความไม่สงบเรียบร้อยแก่เมืองพัทยา หรือปฏิบัติการหรือละเลยไม่ปฏิบัติการอันควรปฏิบัติในลักษณะที่จะเป็นเหตุให้เสียหายอย่างร้ายแรงแก่เมืองพัทยา หรือแก่ราชการโดยส่วนรวม หรือแก่ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ให้รัฐมนตรีพิจารณาสอบสวน และสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

จากการที่คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า การฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่มีไว้เพื่อความสงบเรียบร้อย เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปด้วยความโปร่งใส ดังนั้นจึงเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล และกฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะพบว่า มีบทบัญญัติในกรณีฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยเทศบาล ดังนั้นหากนายกและรองนายกองค์การบริหารส่วนตำบล และนายกและรองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เช่นเดียวกับนายกเทศมนตรีเทศบาลเมืองคง ก็สามารถนำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล และกฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดดังกล่าวมาปรับใช้ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้เช่นเดียวกันกับกฎหมายว่าด้วยเทศบาล

สำหรับกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาไม่ปรากฏว่าได้บัญญัติกรณี “ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อย” ไว้ แต่ใช้คำว่า “ปฏิบัติการหรือละเลยไม่ปฏิบัติการอันควรปฏิบัติในลักษณะที่จะเป็นเหตุให้เสียหายอย่างร้ายแรงหรือแก่ความสงบเรียบร้อย” ซึ่งอาจพออนุโลมใช้ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามกฎหมาย

⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542, มาตรา 50 วรรคหนึ่ง (7) และมาตรา 51.

ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร ไม่ได้กำหนดให้ครอบคลุมถึงรองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่น จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่าถ้ารองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังกล่าวจะนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาตราใดมาปรับใช้

นอกจากนี้ หากได้พิจารณาถึงกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับแล้วจะพบว่านอกจากตำแหน่งนายก รองนายก ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และรองผู้ว่าราชการผู้ว่ากรุงเทพมหานครแล้ว กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับได้กำหนดให้มีตำแหน่งเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่นและที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่นด้วย ซึ่งน่าจะถือเป็นผู้บริหารท้องถิ่นเช่นกัน และผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านี้ล้วนแต่อาจมีการกระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้ จึงควรต้องอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันและกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับต่างๆ แล้ว ไม่ปรากฏว่ามีกลไกการตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่นและที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งไม่สามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาปรับใช้ได้เพราะไม่มีบทบัญญัติดังเช่นนายกหรือรองนายกหรือผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครดังกล่าว จึงเห็นว่าหากผู้ดำรงตำแหน่งเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่นหรือที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่นฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะไม่มีกลไกการตรวจสอบบุคคลเหล่านี้

ประการที่สอง ในกรณีที่สมาชิกสภาท้องถิ่นกระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยเช่นเดียวกัน ซึ่งมาตรา 19 (7) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติให้สภาเทศบาลมีมติให้สมาชิกสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่งได้

เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับพบว่ากฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับมีบทบัญญัติที่คล้ายกับบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

1) กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล

ได้กำหนดในกรณีดังกล่าวไว้ว่า⁵ เมื่อสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล มีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียหรือก่อความไม่สงบเรียบร้อยแก่องค์การบริหารส่วนตำบลหรือกระทำการอันเสื่อมเสียประโยชน์ของสภาองค์การบริหารส่วนตำบล

ให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เข้าชื่อเสนอให้สภาองค์การบริหารส่วนตำบลพิจารณา และหากเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีพฤติการณ์ดังกล่าวจริง สภาองค์การบริหารส่วนตำบลต้องมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลที่มีพฤติการณ์เช่นนั้นพ้นจากตำแหน่ง

ถ้าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลดังกล่าวไม่อุทธรณ์ภายใน 15 วัน ให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงนับแต่วันที่ครบระยะเวลาอุทธรณ์ดังกล่าว

2) กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ได้กำหนดในกรณีนี้ไว้คล้ายกฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล โดยกำหนดไว้ว่า⁶ เมื่อสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสีย หรือก่อความไม่สงบเรียบร้อยแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือกระทำการอันเสื่อมเสียผลประโยชน์ของสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เข้าชื่อเสนอให้สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดพิจารณา และหากเห็นว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีพฤติกรรมดังกล่าว สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงนับแต่วันที่สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีมติ

3) กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา

ได้กำหนดในกรณีนี้ไว้ว่า⁷ เมื่อสมาชิกสภาเมืองพัทยามีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียหรือก่อความไม่สงบเรียบร้อยแก่เมืองพัทยา หรือกระทำการอันเสื่อมเสียประโยชน์ของสภาเมืองพัทยา

⁵ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537, มาตรา 47 ตีร เวรคหนึ่ง (8).

⁶ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540, มาตรา 11 เวรคหนึ่ง (7).

⁷ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542, มาตรา 19 เวรคหนึ่ง (7).

ให้สมาชิกสภาเมืองพัทยาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่เข้าชื่อเสนอให้สภาเมืองพัทยาพิจารณา และหากเห็นว่าสมาชิกสภาเมืองพัทยาผู้นั้นมีพฤติกรรมดังกล่าว สภาเมืองพัทยาต้องมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกสภาเมืองพัทยาเท่าที่มีอยู่

โดยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงนับแต่วันที่สภาเมืองพัทยามีมติ

4) กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร

กำหนดไว้แต่เพียงว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภากรุงเทพมหานครสิ้นสุดลงเมื่อสภากรุงเทพมหานครวินิจฉัยให้ออกจากตำแหน่งเพราะเห็นว่าได้กระทำการอันเป็นการเสื่อมเสียแก่เกียรติศักดิ์ของตำแหน่ง

เห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยามีบทบัญญัติให้สภาตรวจสอบการกระทำของสมาชิกสภาที่กระทำฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย เช่นเดียวกับบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเทศบาลดังกล่าว ดังนั้น หากสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือสมาชิกสภาเมืองพัทยากระทำการฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สภาองค์การบริหารส่วนตำบล สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด สภาเมืองพัทยาแล้วแต่กรณีจึงอาจประชุมเพื่อพิจารณาการกระทำของสมาชิกสภาว่ากระทำฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยได้ ดังนั้น กฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวจึงอาจพอแก้ไขปัญหาในกรณีดังกล่าวได้อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา จึงเกิดปัญหาว่าหากสมาชิกสภากรุงเทพมหานครกระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว จะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาใช้ในการตรวจสอบการกระทำดังกล่าว และหากจะพยายามตีความโดยให้ถือว่าการกระทำฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการกระทำอันเป็นการเสื่อมเสียแก่เกียรติศักดิ์ และนำบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครดังกล่าวมาใช้กับสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร ก็ไม่สอดคล้องกับ

⁸ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528, มาตรา 23 (8).

กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่นๆ กรณีจึงเห็นได้ว่า การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่ากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ถือเป็นกรณีฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยนั้น ไม่สามารถนำคำวินิจฉัยดังกล่าวมาใช้กับสมาชิกสภาท้องถิ่นทุกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ จึงเกิดปัญหาว่า หากสมาชิกสภากรุงเทพมหานครฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว จะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาตรวจสอบการกระทำดังกล่าว

เหตุที่เกิดปัญหาเช่นนี้ขึ้นเป็นเพราะการที่มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีผลบังคับใช้กับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น ทั้งที่ยังไม่มีความเหมาะสมและยังไม่มีกฎหมายใดมารองรับบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าว และย่อมทำให้ประสิทธิภาพการบังคับใช้มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลดน้อยลง

4.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

จากกรณีปัญหาดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่าแม้จะพยายามนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งอันได้แก่ กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับต่างๆ มาปรับใช้กับกรณีที่ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ก็ยังมีปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ครอบคลุมผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นทั้งหมด โดยเฉพาะกรุงเทพมหานคร ดังนั้นจึงสมควรกำหนดกลไกตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยผู้ศึกษาเห็นว่าควรกำหนดมาตรการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไว้ในกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกฉบับ ซึ่งจะมีผลให้ผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ตรวจสอบในกรณีดังกล่าวน่าจะเป็นการเหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จึงเห็นว่าควรแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร ให้มีบทบัญญัติอันเป็นกลไกในการตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนี้

เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวแล้ว กฎหมายแต่ละฉบับจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามกฎหมาย

แต่ละฉบับย่อมมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นสิ้นสุดลง หรือมีผลให้ผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายมีความสอดคล้องกัน กรณีจึงสมควรเพิ่มเติมข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้กระทำการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งจะทำให้ผู้บริหารท้องถิ่น หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นที่ฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ถูกตรวจสอบโดยผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ ดังต่อไปนี้

4.1.1.1 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

1) กรณีสมาชิกสภาเทศบาล

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 18 ทวิ บัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภาเทศบาลมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา การฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยวรรคสองบัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จะมีความสอดคล้องกัน และหากสมาชิกสภาเทศบาลกระทำการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจะทำให้ต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพลง โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 18 ทวิ ควรบัญญัติเพิ่มข้อความดังต่อไปนี้ “และต้องไม่กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

2) กรณีนายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 48 จตุทศ บัญญัติห้ามมิให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี กระทำการดังต่อไปนี้ (1) ดำรงตำแหน่งอื่น (2) รับค่าตอบแทนอื่น และ (3) เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวมีผลให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 48 ปัญจทศ (5) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และรองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 48 โสฬส (6) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยมาตรา 48 จตุทศ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และมาตรา 48 โสฬส วรรคสาม กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการ

ขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกัน และหากนายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรีกระทำการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว จะทำให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 48 จตุทศ ควรบัญญัติเพิ่ม (4) โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้ “(4) กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

4.1.1.2 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

1) กรณีสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล

พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 47 ตรีวรรคหนึ่ง (6) บัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลต้องสิ้นสุดลง โดยวรรคสองบัญญัติให้นายอำเภอเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในบทบัญญัติดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกัน และหากสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลกระทำฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจะทำให้ต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพ โดยให้นายอำเภอเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 47 ตรี ควรเพิ่มข้อความดังต่อไปนี้ใน (6) “หรือกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

2) กรณีนายกองค์การบริหารส่วนตำบล รองนายกองค์การบริหารส่วนตำบล และเลขานุการนายกองค์การบริหารส่วนตำบล

พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 64/2 บัญญัติห้ามมิให้นายกองค์การบริหารส่วนตำบล รองนายกองค์การบริหารส่วนตำบล และเลขานุการนายกองค์การบริหารส่วนตำบล กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ (1) ดำรงตำแหน่งอื่น (2) รับค่าตอบแทนอื่น และ (3) เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีผลให้นายกองค์การบริหารส่วนตำบลพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันและทำให้ออกนายกองค์การบริหารส่วนตำบลและเลขานุการนายกองค์การบริหารส่วนตำบลต้องพ้นตำแหน่งตามมาตรา 64/1 วรรคหนึ่ง (6) และ มาตรา 64/1 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยมาตรา 64 วรรคสอง และมาตรา 64/1 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติให้นายอำเภอเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ดังนั้น หากเพิ่ม

บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในมาตรา 64/2 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกัน และหากนายกองค้การบริหารส่วนตำบล รองนายกองค้การบริหารส่วนตำบล และเลขานุการนายกองค้การบริหารส่วนตำบล กระทำฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจะทำให้พ้นจากตำแหน่ง โดยให้นายอำเภอเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย จึงควรแก้ไขบทบัญญัตินี้ดังต่อไปนี้

มาตรา 64/2 ควรบัญญัติเพิ่ม (4) โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้ “(4) กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

4.1.1.3 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

1) กรณีสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง (5) บัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องสิ้นสุดลง โดยวรรคสองบัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกัน และหากสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดกระทำฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว จะทำให้ต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพลง โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย จึงควรแก้ไขบทบัญญัตินี้ดังต่อไปนี้

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง ควรบัญญัติเพิ่มข้อความดังต่อไปนี้ใน (5) “หรือกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

2) กรณีนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด รองนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด เลขานุการนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด และที่ปรึกษานายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 44/3 บัญญัติห้ามมิให้นายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด รองนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด เลขานุการนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด และที่ปรึกษานายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ (1) ดำรงตำแหน่งอื่น (2) รับค่าตอบแทนอื่น และ (3) เป็นผู้มีส่วนได้เสีย หากฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีผลให้นายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน รองนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน และเลขานุการนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด และที่ปรึกษานายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 37/1 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยมาตรา 36 วรรคสอง มาตรา 37 วรรคสอง ประกอบมาตรา 36 วรรคสอง และมาตรา 37/1 วรรคสอง

ประกอบมาตรา 36 วรรคสอง และมาตรา 36 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว บัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย แต่ถ้าเป็นกรณีฝ่าฝืนการมีส่วนได้เสีย ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้สั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในมาตรา 44/3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกัน และหากนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด รองนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด เลขานุการนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด และที่ปรึกษานายกองค้การบริหารส่วนจังหวัดกระทำฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว จะทำให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้สั่งให้พ้นจากตำแหน่งแล้วแต่กรณี จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 44/3 ควรบัญญัติเพิ่ม (4) โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้ “(4) กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

4.1.1.4 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

1) กรณีสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 22 บัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภากรุงเทพมหานครดำรงตำแหน่งอื่น หากฝ่าฝืนมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภากรุงเทพมหานครต้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 23 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยให้ประธานสภากรุงเทพมหานครดำเนินการสอบสวน และถ้าประธานสภากรุงเทพมหานครรายงานต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกคนนั้นสิ้นสุดลงตามข้อกล่าวหาดังกล่าว และหากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นชอบด้วย ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกัน และหากสมาชิกสภากรุงเทพมหานครฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจะทำให้ต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพ โดยให้ประธานสภากรุงเทพมหานครเป็นผู้สอบสวน และหากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นชอบด้วยก็มีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 22 ควรเพิ่มข้อความดังต่อไปนี้ “และต้องไม่กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

2) กรณีผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษาผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 51 และ มาตรา 58 วรรคสอง บัญญัติห้ามมิให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษาผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) ดำรงตำแหน่งอื่น (2) รับค่าตอบแทนอื่น และ (3) เป็นผู้มีส่วนได้เสีย หากฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมมีผลให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษาผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสอบสวนและสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว จะมีความสอดคล้องกัน และหากผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษาผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครกระทำฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจะทำให้พ้นจากตำแหน่ง โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้สอบสวนและสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 51 ควรบัญญัติเพิ่ม (4) โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้ “(4) กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

4.1.1.5 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

1) กรณีสมาชิกสภาเมืองพัทยา

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 18 บัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภาเมืองพัทยาเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หากฝ่าฝืนจะทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเมืองพัทยาต้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยวรรคสองบัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว จะมีความสอดคล้องกันและหาก

สมาชิกสภาเมืองพัทยากระทำฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจะทำให้สิ้นสุดสมาชิกภาพ โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 18 ควรเพิ่มเติมข้อความดังต่อไปนี้ “และต้องไม่กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

2) กรณีนายกเมืองพัทยาและรองนายกเมืองพัทยา

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 49 บัญญัติห้ามมิให้นายกเมืองพัทยา และรองนายกเมืองพัทยาดำรงตำแหน่งอื่น และเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หากกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวจะทำให้นายกเมืองพัทยาและรองนายกเมืองพัทยาต้องพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง (6) และมาตรา 51 (6) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยมาตรา 50 วรรคสาม และมาตรา 51 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันกำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ดังนั้น หากเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกัน และหากนายกเมืองพัทยา และรองนายกเมืองพัทยากระทำฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจะทำให้พ้นจากตำแหน่ง โดยมีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย จึงควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 49 ควรบัญญัติเพิ่ม (3) โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้ “(3) กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

สำหรับเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการนายกเมืองพัทยา และประธานที่ปรึกษา และที่ปรึกษานายกเมืองพัทยาจะต้องแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกันซึ่งจะกล่าวต่อไป

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

4.2.1 สภาพปัญหา

มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กรณีข้อห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันได้แก่

- 1) ห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย
- 2) ห้ามรับสัมปทาน
- 3) ห้ามดำรงตำแหน่งใดๆ ในองค์กรธุรกิจ

ข้อห้ามดังกล่าวให้ใช้บังคับกับคู่สมรสและผู้ที่พักผ่อนจากตำแหน่งยังไม่ถึงสองปีด้วย หากฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวให้ถือเป็นความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณามาตรการดังกล่าวแล้ว จะพบว่ามีความแตกต่างจากมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายอื่นๆ อยู่ 2 ประการ ด้วยกันคือ

ประการที่หนึ่ง มาตรการควบคุมตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ใช้บังคับกับผู้ที่พักผ่อนจากตำแหน่งยังไม่ถึงสองปี ซึ่งถือเป็นมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่สำคัญที่ถูกระบุไว้ในมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศอังกฤษ ทั้งนี้เพราะเหตุว่าผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะที่เพิ่งพ้นจากตำแหน่งย่อมยังมีอิทธิพลหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเจ้าหน้าที่อยู่ จึงอาจใช้อิทธิพลหรือความสัมพันธ์นั้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้

ประการที่สอง การฝ่าฝืนมาตรการควบคุมตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตดังกล่าว ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีบทลงโทษที่เด็ดขาดถึงขั้นจำคุกคล้ายกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเห็นว่าบทลงโทษดังกล่าวอาจทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติประกาศกำหนดให้มาตรการเหล่านี้มีผลใช้บังคับกับผู้บริหารท้องถิ่นและรองผู้บริหารท้องถิ่นเท่านั้น มิได้มีผลใช้บังคับกับเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น กรณีจึงเกิดผลสองประการ ดังนี้

1) มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กรณีข้อห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว นั้น มีบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และยังให้ถือเป็นความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งถือเป็นบทลงโทษที่หนักและรุนแรงกว่า มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายอื่นๆ จึงมีผลเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ที่เป็นบังคับของมาตรการดังกล่าวเสี่ยงที่จะฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว กล่าวคือมาตรการดังกล่าวคล้ายกับมาตรการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่การฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตาม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีผลลงโทษเพียงให้พ้นจากตำแหน่งเท่านั้นทำให้เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นยังยอมเสี่ยงที่จะฝ่าฝืนมาตรการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กรณีจึงทำให้ประสิทธิภาพในการป้องปรามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวลดน้อยลง หรืออาจจะกล่าวได้ว่ามาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เป็นมาตรการเสริมเพื่อป้องปรามมิให้เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นกล้าฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว ดังนั้น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจึงควรประกาศกำหนดให้ใช้มาตรการดังกล่าวกับเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นด้วย เพราะจะทำให้มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประ โยชน์ดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากขึ้นทั้งจะทำให้เกิดความเป็นธรรมตามกฎหมายอีกด้วย กล่าวคือ ผู้ที่กระทำผิดเหมือนกันควรต้องได้รับโทษเหมือนกัน

2) การที่มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประ โยชน์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตกำหนดห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะที่พ้นตำแหน่งยังไม่ถึงสองปีเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือรับสัมปทาน หรือดำรงตำแหน่งในองค์กรธุรกิจด้วย และมาตรการดังกล่าวไม่มีกำหนดในมาตรการตามกฎหมายใด ทั้งที่ถือเป็นมาตรการสำคัญที่จะช่วยลดปัญหาการขัดกันแห่งผลประ โยชน์ได้เช่นกัน ดังนั้นเมื่อเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง จึงสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาหรือรับสัมปทานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ทันที หรืออาจเข้าดำรงตำแหน่งต่างๆ ในองค์กรธุรกิจที่มีผลประ โยชน์กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ทันที ทั้งที่อาจมีอิทธิพลหรือความสัมพันธ์สนิทสนมรู้จักกับเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอย่างดี จึงอาจใช้อิทธิพลหรือความสัมพันธ์รู้จักมักคุ้นดังกล่าวเพื่อผลประ โยชน์ของตนเอง ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับความเสียหาย

จากผลทั้งสองประการดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่ามาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประ โยชน์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเหมาะสมที่จะใช้บังคับกับเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวกล้าฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว เพราะมีโทษสูงถึงจำคุก และเพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวซึ่งเพิ่งพ้นจากตำแหน่งเข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือรับสัมปทานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือเข้าดำรงตำแหน่งต่างๆ ในองค์กรธุรกิจที่มีผลประ โยชน์กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทันที

นอกจากนี้มาตรการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กรณีการแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินยังไม่ได้ให้ใช้บังคับกับสมาชิกสภาเทศบาลตำบล และสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ทั้งที่ถือเป็นมาตรการสำคัญในการแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทำให้การแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ดังนั้น จึงควรกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ในบังคับมาตรการดังกล่าวด้วย แม้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมีจำนวนมากก็ตาม

4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เห็นได้ว่ามาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตมีบทลงโทษทางอาญา ซึ่งอาจเป็นการป้องปรามมิให้มีการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว ประกอบกับมาตรการดังกล่าวยังครอบคลุมถึงผู้ที่พ้นจากการดำรงตำแหน่งด้วย ทั้งนี้ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจตามมาตรา 100 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ที่จะกำหนดให้เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นอยู่ในบังคับของมาตรการดังกล่าว กรณีจึงสมควรที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะมีประกาศกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ในบังคับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กรณีข้อห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ปัญหาเรื่องนี้ลดน้อยหรือหมดไปในที่สุด

นอกจากนี้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติควรอาศัยอำนาจตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 กำหนดให้สมาชิกสภาเทศบาลตำบลและสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลอยู่ในบังคับมาตรการการแสดงบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินด้วย

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

4.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นมาตรฐานเดียวกัน กรณีเกี่ยวกับการกำหนดบุคคลให้อยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์

4.3.1.1 สภาพปัญหา

ประเทศไทยมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น 5 รูปแบบ ซึ่งมีลักษณะการจัดตั้งและรูปแบบคล้ายกัน ดังนั้น การกำหนดมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์จึงควรมีมาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ ควรกำหนดให้ผู้บริหารท้องถิ่น หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นอยู่ใน

บังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์เหมือนกันทุกองค์ประกอบส่วน
ท้องถิ่น

เดิมการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นมีเพียงเทศบาลซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติเทศบาล
พ.ศ. 2496 สุขาภิบาลซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 และองค์การบริหารส่วน
จังหวัดซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 เท่านั้น แต่ไม่มี
การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จนกระทั่งเมื่อปี 2528 มีการตรา
กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครจึงได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมการ
กระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครไว้ในมาตรา 51 อันได้แก่
การห้ามดำรงตำแหน่งอื่น ห้ามรับค่าตอบแทนอื่น และห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ส่วนมาตรการ
ควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของสมาชิกสภากรุงเทพมหานครกำหนดไว้ใน
มาตรา 22 และมาตรา 23 (4) ประกอบมาตรา 16 (7) (9) และ (10) คือ การห้ามดำรงตำแหน่งอื่น
เท่านั้นไม่มีมาตรการเกี่ยวกับการห้ามรับค่าตอบแทนอื่น และการห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย แต่ก็ถือได้
ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีความก้าวหน้าในเรื่องนี้อย่างมาก ต่อมาเมื่อปี 2537 มีจัดตั้งองค์การบริหารส่วน
ตำบล แต่ก็ไม่ได้มีการกำหนดให้มีมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์
เช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร

จากนั้นได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่ง
กำหนดให้องค์ประกอบส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบาย การบริหาร
การดำเนินงานบุคคล การเงินและการคลัง และมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ และกำหนดให้
สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง และคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นต้องมา
จากการเลือกตั้งหรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งในด้าน
โครงสร้างและการบริหารงานท้องถิ่นเป็นอย่างมาก เริ่มจากการตราพระราชบัญญัติองค์การ
บริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 แทนพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการจังหวัด พ.ศ. 2498
เพื่อให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีฐานะนิติบุคคลและกำหนดให้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด
และสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมาจากการเลือกตั้ง แต่ก็ไม่ได้กำหนดให้มีมาตรการ
ควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์เช่นกัน หลังจากที่ท้องถิ่นมีความอิสระในด้าน
ต่างๆ ได้เกิดปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นเป็นจำนวนมาก
ทำให้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นหลายฉบับในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการ
ควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เริ่มจากปี 2542 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติ

เทศบาล พ.ศ. 2496⁹ โดยมีการบัญญัติมาตรา 18 ทวิ ห้ามมิให้สมาชิกสภาเทศบาลมีส่วนได้เสียในสัญญาของเทศบาล ในปีเดียวกันได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537¹⁰ กำหนดให้มีมาตรการควบคุมการมีส่วนได้เสียในสัญญาของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลในมาตรา 47 ตริ (4) นอกจากนี้ในปีเดียวกัน ได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 18 กำหนดห้ามมิให้สมาชิกเมืองพัทยามีส่วนได้เสียในสัญญาของเมืองพัทยา และมาตรา 49 กำหนดห้ามมิให้นายกเมืองพัทยาดำรงตำแหน่งอื่นและห้ามมิให้มีส่วนได้เสียในสัญญาของเมืองพัทยา แต่ไม่มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด ต่อมาในปี 2543 ได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเทศบาล¹¹ โดยได้มีการกำหนดบทบัญญัติมาตรา 48 จตุตศ ในเรื่องเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้บริหารเทศบาล ทั้งในเรื่องการห้ามดำรงตำแหน่งอื่น การห้ามรับค่าตอบแทนอื่น และห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย จนกระทั่งเมื่อปี 2546 ได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งหมดอีกครั้ง ทำให้กฎหมายทั้งสามนี้มีมาตรการควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์เหมือนกันคือการห้ามมิให้ผู้บริหารดำรงตำแหน่งอื่นรับค่าตอบแทนอื่น และเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ส่วนสมาชิกสภาห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งอื่นและเป็นผู้มีส่วนได้เสีย แต่ไม่ปรากฏว่าได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายทั้งสามฉบับ

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดและกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี เลขานุการและที่ปรึกษานายกเทศมนตรี นายกององค์การบริหารส่วนตำบล รองนายกององค์การบริหารส่วนตำบล เลขานุการนายกององค์การบริหารส่วนตำบล นายกององค์การบริหารส่วนจังหวัด รองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด เลขานุการและที่ปรึกษานายกององค์การบริหารส่วนจังหวัด ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษาผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครอยู่ในบังคับห้ามมิให้

⁹ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542, มาตรา 4.

¹⁰ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542, มาตรา 9.

¹¹ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2543, มาตรา 12.

กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์อันได้แก่ การห้ามดำรงตำแหน่งอื่น ห้ามรับค่าตอบแทนอื่น และห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย แต่กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา ไม่ได้กำหนดให้นายกเมืองพัทยาและรองนายกเมืองพัทยายู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในกรณีห้ามรับค่าตอบแทนอื่น และไม่ได้กำหนดให้เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการนายกเมืองพัทยา ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษานายกเมืองพัทยา อยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ทั้งสามกรณีอันได้แก่ ห้ามดำรงตำแหน่งอื่น ห้ามรับค่าตอบแทนอื่น และห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งที่ตำแหน่งดังกล่าวถือเป็นตำแหน่งที่อาจมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้เช่นกัน

นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยากำหนดให้สมาชิกสภาเทศบาล สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและสมาชิกสภาเมืองพัทยายู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในกรณีห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย แต่กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร ไม่ได้กำหนดให้สมาชิกสภากรุงเทพมหานครอยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์กรณีห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

กรณีเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดบุคคลให้อยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไม่เหมือนกันทำให้ขาดความเป็นมาตรฐานเดียวกัน ที่เป็นเช่นนี้เป็นเพราะกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีด้วยกันถึง 5 ฉบับ เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล และกฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดในปี 2546 เกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่ไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครและกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาไปในคราวเดียวกัน ดังจะแสดงให้เห็นตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.1 ตารางเปรียบเทียบผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นที่อยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับต่างๆ

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น	การขัดกันแห่งผลประโยชน์			หมายเหตุ
		ห้ามดำรงตำแหน่งอื่น	ห้ามรับค่าตอบแทนอื่น	ห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย	
1. เทศบาล	- นายกเทศมนตรี - รองนายกเทศมนตรี - เลขานุการนายกเทศมนตรี - ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี - สมาชิกสภาเทศบาล	✓ ✓ ✓ ✓ ✓	✓ ✓ ✓ ✓ —	✓ ✓ ✓ ✓ ✓	
2. องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.)	- นายก อบต. - รองนายก อบต. - เลขานุการนายก อบต. - สมาชิกสภา อบต.	✓ ✓ ✓ ✓	✓ ✓ ✓ —	✓ ✓ ✓ ✓	
3. องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.)	- นายก อบจ. - รองนายก อบจ. - เลขานุการนายก อบจ. - ที่ปรึกษานายก อบจ. - สมาชิกสภา อบจ.	✓ ✓ ✓ ✓ ✓	✓ ✓ ✓ ✓ —	✓ ✓ ✓ ✓ ✓	
4. กรุงเทพมหานคร (กทม.)	- ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร - รองผู้ว่าฯ - เลขานุการผู้ว่าฯ/ผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าฯ - ประธานที่ปรึกษาผู้ว่าฯ/ ที่ปรึกษาผู้ว่าฯ - สมาชิกสภา กทม.	✓ ✓ ✓ ✓ ✓	✓ ✓ ✓ ✓ —	✓ ✓ ✓ ✓ —	
5. เมืองพัทยา	- นายกเมืองพัทยา - รองนายกเมืองพัทยา - เลขานุการนายกฯ/ผู้ช่วยเลขฯ - ประธานที่ปรึกษา/ที่ปรึกษานายกฯ - สมาชิกสภาเมืองพัทยา	✓ ✓ — — ✓	— — — — —	✓ ✓ — — ✓	

จากตารางข้างต้นเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร ไม่ได้กำหนดให้สมาชิกสภากรุงเทพมหานครอยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์กรณีห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา ไม่ได้กำหนดให้นายกเมืองพัทยาและรองนายกเมืองพัทยายู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์กรณีห้ามรับค่าตอบแทนอื่น และไม่ได้กำหนดให้เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการนายกเมืองพัทยา ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษานายกเมืองพัทยา อยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์กรณีห้ามดำรงตำแหน่งอื่น ห้ามรับค่าตอบแทนอื่นและห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ดังที่กฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบล และองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครกำหนด นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาไม่ได้มีมาตรการห้ามมิให้สมาชิกสภาหรือรับค่าตอบแทนอื่นจึงเกิดผลสามประการ คือ

1) การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นบางประเภท อันได้แก่ นายกเมืองพัทยา รองนายกเมืองพัทยา ประธานที่ปรึกษานายกเมืองพัทยา ที่ปรึกษานายกเมืองพัทยา เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการนายกเมืองพัทยา และสมาชิกสภากรุงเทพมหานครอยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์บางกรณีดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ประสิทธิภาพของมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครลดน้อยลงไป และไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่จะแก้ไขปัญหาการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นในภาพรวมทั้งหมดได้

2) ความไม่ได้มาตรฐานของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร ถือเป็นกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีโครงสร้างคล้ายกันโดยมีผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และเป็นตัวแทนของประชาชนในการทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะภายในท้องถิ่นให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนเช่นกัน ดังนั้น ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นจึงอยู่ในสถานการณ์ที่ตนอาจเกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวมได้ จึงควรต้องมีมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์สำหรับบุคคลที่ดำรงตำแหน่ง

ดังกล่าว ซึ่งหมายรวมถึงนายก รองนายก เลขานุการนายก ผู้ช่วยเลขานุการนายก ประธานที่ปรึกษานายก ที่ปรึกษานายก และสมาชิกสภา ดังนั้น การที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครมิได้กำหนดให้สมาชิกสภากรุงเทพมหานครอยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็น การขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและ องค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยระเบียบ บริหารราชการเมืองพัทยา กำหนดให้สมาชิกสภาเทศบาล สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด และสมาชิกสภาเมืองพัทยาอยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการ ที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์กรณีห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และการที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบ บริหารราชการเมืองพัทยามิได้กำหนดให้นายกเมืองพัทยา รองนายกเมืองพัทยา เลขานุการและ ผู้ช่วยเลขานุการเมืองพัทยา ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษานายกเมืองพัทยาอยู่ในบังคับห้ามมิให้ กระทำการที่เป็น การขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วย สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกฎหมาย ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร กำหนดให้นายก รองนายก เลขานุการนายก ผู้ช่วยเลขานุการนายก และที่ปรึกษานายก อยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็น การขัดกันแห่ง ผลประโยชน์ทั้งสามกรณีดังกล่าว จึงมีผลทำให้กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 ฉบับ มีมาตรฐานเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งประโยชน์ไม่เท่าเทียม เกิดความลักลั่นในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งประโยชน์ของผู้บริหาร ท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น ซึ่งอาจทำให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นในองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องอยู่ในบังคับของมาตรการดังกล่าวรู้สึกว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรมได้

3) นายกเมืองพัทยา รองนายกเมืองพัทยา สมาชิกสภาเทศบาล สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด และสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร และ สมาชิกสภาเมืองพัทยาสามารถรับเงินหรือประโยชน์ใดๆ จากส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือ รัฐวิสาหกิจ นอกเหนือไปจากที่ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจปฏิบัติกับบุคคลใน ธุรกิจการงานตามปกติได้ซึ่งก็จะเป็นเรื่องประหลาดเพราะการรับค่าตอบแทนดังกล่าว ถือเป็นการ ขัดกันแห่งผลประโยชน์อย่างหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันมีผลใช้บังคับ ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นดังกล่าวจึงต้องอยู่ในบังคับมาตรา 265 (3) ประกอบมาตรา 284 วรรคสี่ คือห้ามมิให้รับเงินเดือนหรือประโยชน์ใดๆ จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจเป็นพิเศษ นอกเหนือไปจากที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นๆ ในธุรกิจการงานตามปกติ ดังนั้น ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น

จึงอยู่ในบังคับห้ามรับค่าตอบแทนอื่นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว และผู้ศึกษาได้เสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้อยู่ในบังคับของมาตรการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อห้ามมิให้นายกเมืองพัทยา รองนายกเมืองพัทยา และสมาชิกสภาท้องถิ่นรับค่าตอบแทนอื่นอีก

4.3.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เห็นได้ว่าผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นทุกประเภทสมควรต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรการดังกล่าวอย่างเป็นมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น กรณีนี้จึงควรแก้ไขกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา โดยกำหนดให้สมาชิกสภากรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษานายกเมืองพัทยา ที่ปรึกษานายกเมืองพัทยา เลขานุการนายกเมืองพัทยา และผู้ช่วยเลขานุการนายกเมืองพัทยา อยู่ในบังคับห้ามมิให้กระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร และกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา แล้วแต่กรณี ดังนี้

1) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ควรแก้ไขบทบัญญัติ ดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 22 บัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภากรุงเทพมหานครดำรงตำแหน่งอื่น ซึ่งได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว แต่สมควรเพิ่มเติมมาตรการห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสียในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย ดังนี้

ควรแก้ไขข้อความในมาตรา 22 แล้วใช้ข้อความในดังต่อไปนี้แทน

“สมาชิกสภากรุงเทพมหานครต้องไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่อื่นใดในส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือการพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร หรือบริษัทซึ่งกรุงเทพมหานครถือหุ้นหรือตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่น หรือพนักงานท้องถิ่น

(2) ต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่กรุงเทพมหานครเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่กรุงเทพมหานครหรือที่กรุงเทพมหานครกระทำ และต้องไม่กระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ควรแก้ไขบทบัญญัติ ดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 49 บัญญัติห้ามมิให้นายกเมืองพัทยา และรองนายกเมืองพัทยาดำรงตำแหน่งอื่นและเป็นผู้มีส่วนได้เสียรวมทั้งที่ได้เสนอแนะตั้งแต่ตอนต้นให้เพิ่มเติมว่าห้ามกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเท่ากับว่านายกเมืองพัทยาต้องไม่รับค่าตอบแทนอื่นตามบทบัญญัติที่เสนอให้แก้ไขดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ตาม มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติให้นำเฉพาะมาตรา 51 (1) (2) (3) และ (4) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการพ้นตำแหน่งของรองนายกเมืองพัทยามาใช้บังคับการพ้นตำแหน่งของเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการเมืองพัทยา ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษานายกเมืองพัทยา อันได้แก่ กรณีที่นายกเมืองพัทยาลี้ภัยจากตำแหน่ง หรือนายกเมืองพัทยาสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง หรือตาย หรือลาออก แต่ไม่ได้กำหนดให้นำมาตรา 51 (6) ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้กระทำฝ่าฝืนมาตรา 49 มาใช้บังคับกับการพ้นตำแหน่งของบุคคลดังกล่าว ดังนั้น จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ดังนี้

มาตรา 52 ควรยกเลิกข้อความในวรรคสอง แล้วใช้ข้อความดังต่อไปนี้แทน

“บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นเลขานุการนายกเมืองพัทยา ผู้ช่วยเลขานุการนายกเมืองพัทยา ประธานที่ปรึกษาและที่ปรึกษานายกเมืองพัทยาต้องไม่ใช่สมาชิกสภาเมืองพัทยา และให้นำมาตรา 51 (1) (2) (3) (4) และ (6) มาใช้บังคับการพ้นตำแหน่งของบุคคลดังกล่าวด้วย”

4.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นมาตรฐานเดียวกัน กรณีเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

4.3.2.1 สภาพปัญหา

การกำหนดมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ควรใช้ถ้อยคำเดียวกันเพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกันหรือมีความชัดเจนในการนำไปใช้เหมือนกัน

เดิมการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นมีเพียงเทศบาลซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สุขาภิบาลซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 และองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 เท่านั้น แต่ไม่มีมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จนกระทั่งเมื่อปี 2528 มีการตรากฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครซึ่งได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมการกระทำที่ขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครไว้ในมาตรา 51

โดยใน (3) กำหนดห้ามมิให้ “เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับกรุงเทพมหานครหรือ การพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร หรือบริษัทซึ่งกรุงเทพมหานครถือหุ้น...” ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติ ที่มีความกำหนัดมาก เพราะในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับใด มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าว แม้ต่อมาในปี 2537 มีการจัดตั้งองค์การบริหารส่วนตำบลก็ไม่มีบทบัญญัติ ดังกล่าว หรือแม้มีการตราพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 แทนพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการจังหวัด พ.ศ. 2498 ก็ไม่ได้กำหนดให้มีมาตรการดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม ในปี 2542 ได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเทศบาลให้มีมาตรา 18 ทวิ¹² กำหนดห้ามมิให้สมาชิกสภา เทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือ ในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำ และในปีเดียวกันได้มีการแก้ไขกฎหมาย ว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลให้มีมาตรา 47 ตริ¹³ โดยกำหนดห้ามมิให้สมาชิก สภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเช่นเดียวกับกฎหมายว่า ด้วยเทศบาล นอกจากนี้ ในปีดังกล่าวได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 โดยกำหนดห้ามมิให้สมาชิกสภาเมืองพัทยาและนายกเมืองพัทยามีเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่า ทางตรงหรือทางอ้อม¹⁴ แต่ไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดให้ มีมาตรการดังกล่าว จนกระทั่งเมื่อปี 2546 ได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภา ตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล และกฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดอีกครั้ง โดยกำหนดห้ามมิให้มีผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม¹⁵ ทำให้กฎหมายทั้งสามฉบับรวมถึงกฎหมายระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยามี มาตรการดังกล่าวเหมือนกัน และใช้ถ้อยคำเดียวกันคือ “ห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือ ทางอ้อม” แต่ไม่ได้มีการแก้ไขมาตรา 51 (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร ให้เป็นไปในทำนองเดียวกันกับกฎหมายฉบับอื่น

¹² พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542, มาตรา 4.

¹³ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542, มาตรา 9.

¹⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542, มาตรา 18 และมาตรา 49.

¹⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546, มาตรา 12 และมาตรา 32 พระราชบัญญัติสภาตำบล และองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546, มาตรา 15 และมาตรา 27 พระราชบัญญัติองค์การบริหาร ส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546, มาตรา 4 และมาตรา 21.

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับจะพบว่า ได้กำหนดมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ กรณีเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียไว้คล้ายกัน แต่เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดของการกำหนดมาตรการดังกล่าวตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละฉบับแล้ว ปรากฏว่า กฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา กำหนดห้ามมิให้ผู้บริหารท้องถิ่น “เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” แต่กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้เพียงว่า “ห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย” โดยมิได้กำหนดว่า “ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” ดังเช่นกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่น ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่นๆ ได้มีการแก้ไขมาตรการดังกล่าวเมื่อปี 2542 และปี 2546 แต่ไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครไปด้วยในคราวเดียวกัน จึงทำให้ถ้อยคำของกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งที่ควรที่จะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำเดียวกัน กรณีจึงมีปัญหาว่าหากผู้บริหารกรุงเทพมหานครกระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์เกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียจะรวมถึงการเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมด้วยหรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้เกิดผลสองประการ คือ

1) ปัญหาความชัดเจนของกฎหมาย เนื่องจากหากมีผู้บริหารกรุงเทพมหานครเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อม เช่น บุตรของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นคู่สัญญากับกรุงเทพมหานคร จะถือว่าผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมหรือไม่ เพราะกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครมิได้กำหนดไว้เช่นนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่นๆ ที่กำหนดเรื่องนี้ไว้ ทำให้อาจต้องตีความว่า ที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครไม่ได้กำหนดห้ามมิให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมไว้ เพราะต้องการยกเว้น ซึ่งก็จะเป็นเรื่องประหลาดที่กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหมือนกัน กำหนดเรื่องเดียวกันไว้ไม่เหมือนกัน

2) ความไม่ได้มาตรฐานของกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาแล้ว จะเห็นว่าประสงค์จะควบคุมมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ดังนั้น การที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครมิได้กำหนดกรณีดังกล่าวไว้ ทำให้กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้มาตรฐานเดียวกัน

4.3.2.2 แนวทางการแก้ไข้ปัญหา

จากสภาพปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย จะเห็นได้ว่า มาตรการดังกล่าวประสงค์จะควบคุมมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงและทางอ้อม ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำกฎหมายไปใช้ในทางปฏิบัติและความเป็นมาตรฐานเดียวกันของกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงสมควรแก้ไข้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ให้เหมือนกับกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับอื่น โดยยกเลิกข้อความในมาตรา 51 (3) แล้วใช้ข้อความในดังต่อไปนี้แทน “ต้องไม่เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับกรุงเทพมหานคร หรือการพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร หรือบริษัทซึ่งกรุงเทพมหานครถือหุ้น”

4.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจน กรณีเกี่ยวกับความหมายของการห้ามเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

4.3.3.1 สภาพปัญหา

เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยเทศบาล กฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา ได้กำหนดมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้คล้ายกัน คือ ห้ามมิให้ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือเมืองพัทยา นั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือเมืองพัทยานั้นจะกระทำ ส่วนกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร นั้น แม้จะกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้แตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นก็ตาม แต่ก็ได้เสนอให้แก้ไข้ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งคำว่ามีส่วนได้เสียยังมีลักษณะเป็นนามธรรม และผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงประชาชนยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำดังกล่าว เพราะไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตความหมายของการมีส่วนได้เสียให้ชัดเจน เช่น การที่สมาชิกสภาเทศบาลซื้อของและยื่นซองประกวดราคาถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ หรือการที่สมาชิกสภาเทศบาลต้องรับผิดชอบความชำรุดบกพร่องของงานจ้างซึ่งได้ส่งมอบก่อนดำรงตำแหน่ง ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ เป็นต้น จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่าพฤติการณ์และการกระทำของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นใดบ้างที่ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางตรงหรือทางอ้อม อันเข้าข่ายเป็นการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์

ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้มีการหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาและเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลปกครองจำนวนมาก ดังนั้นจึงต้องศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีการวินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้พอสมควรแล้วว่ามีแนวทางอย่างไร โดยอาจแบ่งเป็น 2 กรณี คือ การมีส่วนได้เสียโดยตรงและการมีส่วนได้เสียโดยทางอ้อม

1) การมีส่วนได้เสียโดยตรง

การที่จะพิจารณาว่าพฤติการณ์และการกระทำของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นที่จะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในสัญญาที่ทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ มีแนวคำวินิจฉัยดังนี้

(1) กรณีที่วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ผู้มีส่วนได้เสีย

1. กรณีที่ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 395/2544

วินิจฉัยว่า กรณีนายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัทจำกัด ทำสัญญาจ้างตรวจเช็คสภาพรถยนต์ให้แก่เทศบาล โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลเมืองกำแพงเพชร ได้ขออนุมัติจ้างเพื่อให้บริษัท ตรวจเช็คสภาพรถยนต์ และบริษัท ได้ตรวจเช็คสภาพรถยนต์ดังกล่าว โดยมีหลักฐานการรับเงินจากเทศบาลเมืองกำแพงเพชร ซึ่งมีหลักฐานเป็นใบตรวจรับพัสดุว่าบริษัท ได้นำส่งสินค้าและกรรมการตรวจรับพัสดุได้ตรวจรับแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นการกระทำกิจการให้แก่เทศบาลแล้ว และถือได้ว่านายกเทศมนตรี ซึ่งเป็นกรรมการบริษัทเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมในกิจการที่บริษัทกระทำให้แก่เทศบาล ความจำเป็นที่บริษัทเป็นศูนย์รถยนต์เพียงแห่งเดียวในจังหวัดหาเป็นเหตุให้เกิดสิทธิที่จะฝ่าฝืนข้อห้ามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ไม่

กรณีเห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยการเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงของนายกเทศมนตรีดังกล่าว โดยพิจารณาว่านายกเทศมนตรีเป็นคู่สัญญากับเทศบาลหรือไม่เท่านั้น แม้ว่าในจังหวัดนั้นมีศูนย์บริการนิสสันเพียงแห่งเดียว ซึ่งก็คือศูนย์บริการที่นายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัทก็ตาม แต่ก็ต้องถือว่านายกเทศมนตรีเป็นผู้มีส่วนได้เสีย กรณีจึงมีข้อนำคิดว่าหากนายกเทศมนตรีเห็นว่าตนเองมีส่วนได้เสียก็ควรนำรถคันดังกล่าวไปเช็คสภาพที่จังหวัดอื่นก็จะเป็นเรื่องประหลาดในทางปฏิบัติเพราะหากนำรถไปเช็คสภาพที่จังหวัดอื่นที่มีศูนย์บริการนิสสันก็อาจถูกสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ตั้งข้อสังเกตว่าเพราะเหตุใดจึงต้องนำรถไปตรวจเช็คสภาพที่จังหวัดอื่นอีกเช่นกัน กรณีจึงเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความเรื่องนี้ได้อย่างเคร่งครัด ทั้งนี้เพราะมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กร

ปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้มีข้อยกเว้นในกรณีนี้ไว้ ซึ่งหากพิจารณาสภาพท้องถิ่นต่างๆ แล้ว จะพบว่า เขตการปกครองส่วนท้องถิ่นส่วนใหญ่จะมีผู้ประกอบการน้อยรายมากเมื่อเปรียบเทียบกับ เมืองใหญ่อย่างกรุงเทพมหานคร เชียงใหม่ นครราชสีมา สงขลา เป็นต้น และในกรณีนี้หากพิจารณา ตามข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่านายกเทศมนตรีไม่ได้มีดุลพินิจที่จะเบี่ยงเบนการตัดสินใจให้เกิดความ ไม่เป็นกลางแต่อย่างใด เพราะศูนย์บริการนิสสันมีเพียงแห่งเดียวเท่านั้น แต่คณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่าการที่นายกเทศมนตรีเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลย่อมถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงแล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์อื่น

นอกจากนี้ ยังมีข้อเท็จจริงในกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกา มีความเห็น เรื่องเสรีจที่ 596/2544 ว่า ในบริเวณ 10 กิโลเมตร มีปั๊มน้ำมันที่ใกล้กับเทศบาลเพียงปั๊มเดียว ถ้าเทศมนตรี สมาชิกสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรีกับเจ้าของปั๊มน้ำมันมีความสัมพันธ์กันก็ถือว่ามีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นกรณีที่มีส่วนได้เสียทางอ้อม แต่ขอนำมายกตัวอย่างในที่นี้ ดังนี้

การจัดซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงระหว่างเทศบาลกับห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ทำสัญญาซื้อขายกัน เป็นรายเดือน แต่ภายหลังจากที่มาตรา 18 ทวิ ดังกล่าว มีผลใช้บังคับแล้ว เทศบาลยังคงทำสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ต่อไป การกระทำนั้นจึงอยู่ในบังคับมาตรา 18 ทวิ ซึ่งมีผล ต่อการดำรงตำแหน่งของเทศมนตรี สมาชิกสภาเทศบาล และนายกเทศมนตรี ดังนี้ 1) เทศมนตรี เมื่อเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ถือหุ้น จึงย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับห้างหุ้นส่วนจำกัดโดย ทางคู่สมรส 2) สมาชิกสภาเทศบาล เมื่อเป็นผู้ถือหุ้น แม้ว่าจะเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบ ก็ตาม แต่การมีส่วนได้เสียก็มีได้ต่างจากหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบ เพราะยังได้ผล ประโยชน์จากผลกำไร ซึ่งห้างหุ้นส่วนจำกัดทำมาค้าอยู่ได้ เว้นแต่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ยังขาดทุนอยู่ ฉะนั้น จึงเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีส่วนได้เสียกับห้างหุ้นส่วนจำกัด 3) นายกเทศมนตรี เมื่อเป็น บุตรสาวของหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ ในฐานะที่เป็นบุตรย่อมมีหน้าที่ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาทั้งยังมีสิทธิเป็นทายาทโดยชอบตามกฎหมาย การที่นายกเทศมนตรีได้มอบอำนาจให้เทศมนตรีเข้าทำสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับห้าง หุ้นส่วนจำกัด จึงเป็นการกระทำอันเป็นการต้องห้ามมาตรา 18 ทวิ เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ทางอ้อมเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร สำหรับข้อเท็จจริงที่ว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร มีสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงของห้างหุ้นส่วนจำกัด นี้เพียงแห่งเดียว และการซื้อ น้ำมันนี้ได้กระทำมาตั้งแต่เทศบาลยังเป็นสุขาภิบาลอยู่ บุคคลทั้งสองจึงมิได้มีเจตนาต้องการ ผลประโยชน์จากเทศบาลนั้น ก็เป็นข้อเท็จจริงที่รับฟังไม่ได้เพราะมาตรา 18 ทวิ ประสงค์ที่จะห้าม สมาชิกสภาเทศบาลเข้ามามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล อยู่ เพื่อให้ทำหน้าที่รักษาประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรม โดยไม่ประสงค์จะให้สมาชิกสภา

เทศบาลได้ประโยชน์ใดๆ จากการเข้าทำสัญญาหรือทำกิจการใดจากเทศบาลไม่ว่าโดยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้อื่นในขณะที่ดำรงตำแหน่ง และมีได้คำนึงว่า จะต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลหรือไม่ และไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้ว กลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบขึ้นมาได้

กรณีเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยการเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยพิจารณา แต่เพียงว่านายกเทศมนตรีและเทศมนตรีมีบุตรและคู่สมรสเป็นคู่สัญญากับเทศบาลหรือไม่เท่านั้น ดังนั้น แม้ว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร จะมีปั้มน้ำมันเพียงแห่งเดียวก็ไม่ใช่อ้างพิจารณาส่วนสมาชิกสภาเทศบาลถือว่าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลโดยตรง

ซึ่งมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 382/2552 วินิจฉัยว่า เมื่อข้อตกลงการดำเนินงานและบริหารจัดการระบบหลักประกันสุขภาพในระดับท้องถิ่นหรือพื้นที่ระหว่างกองทุนหลักประกันสุขภาพเทศบาลกับสมาชิกสภาเทศบาล เป็นการกระทำในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อดำเนินการป้องกันไข้เลือดออกที่แพร่ระบาดในชุมชน โดยได้นำเงินที่ได้รับจากกองทุนไปบริหารจัดการตามที่กำหนดไว้ในหนังสือเสนอ โครงการและมีหลักฐานการรับ – จ่ายเงินโดยครบถ้วนและชัดเจน การทำข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นการเข้าไปทำหน้าที่แทนเทศบาลเพื่อผลักดันให้งานของเทศบาลสามารถดำเนินการไปได้ และมีใช่เป็นการดำเนินการในลักษณะสัญญาจ้างหรือเป็นการทำงานให้แก่เทศบาล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์จากเทศบาล นอกจากนี้ การที่ข้อตกลงกำหนดให้สมาชิกสภาเทศบาลจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่จะมีขึ้น หากผิดข้อตกลงหรือละเลยหรือละเว้นไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ข่อมเป็นเรื่องปกติทั่วไปในทางปฏิบัติ ซึ่งหน่วยงานผู้รับผิดชอบแก่ผู้ที่นำเงินของกองทุนหรือหน่วยงานไปใช้จ่าย จึงไม่อาจถือได้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล ส่วนนายกเทศมนตรี ซึ่งเป็นผู้ลงนามในบันทึกข้อตกลงในฐานะประธานกรรมการกองทุน เมื่อมิได้มีพฤติการณ์ว่าได้รับประโยชน์ใดๆ จากโครงการ หรือได้กระทำการใดอันเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ของตนโดยมิชอบแล้ว จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล

กรณีเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่าข้อตกลงดังกล่าวมิใช่สัญญาจ้างสมาชิกสภาเทศบาลจึงไม่ใช่คู่สัญญากับเทศบาล ส่วนนายกเทศมนตรีนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยถึงพฤติการณ์อื่นๆ ของนายกเทศมนตรีด้วย กล่าวคือ เมื่อนายกเทศมนตรีไม่มีพฤติการณ์ว่าได้รับผลประโยชน์ใดๆ หรือได้ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ จึงไม่ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา จึงมีข้อสังเกตว่าคณะกรรมการกฤษฎีกามีแนวทางวินิจฉัยเรื่องผู้มีส่วนได้เสียกว้างมากขึ้น โดยคำนึงถึงพฤติการณ์และการกระทำของนายกเทศมนตรีด้วย

มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการที่ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นหุ้นส่วนห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัท ดังนี้

คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 526/2545

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72 บัญญัติให้การเปลี่ยนตัวผู้แทนนิติบุคคล มีผลต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งแล้ว สำหรับผู้แทนของห้างหุ้นส่วน จำกัดนั้นมาตรา 1042 บัญญัติให้ความเกี่ยวพันระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการกับหุ้นส่วนอื่นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยตัวแทน ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับมาตรา 826 วรรคหนึ่ง และมาตรา 827 วรรคหนึ่ง เห็นได้ว่าหุ้นส่วนผู้จัดการสามารถลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนในเวลาใดๆ ก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสมาชิกสภาเทศบาลได้แสดงเจตนาลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ต่อหุ้นส่วนคนอื่น จึงถือได้ว่าระหว่างหุ้นส่วนด้วยกันเองการแสดงเจตนาลาออกนั้นมีผลตั้งแต่วันดังกล่าว แต่เมื่อการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด ต้องมีรายการเกี่ยวกับชื่อของหุ้นส่วนผู้จัดการ เป็นสำคัญ หากชื่อของหุ้นส่วนผู้จัดการได้เปลี่ยนแปลงไปก็ต้องแก้ไขข้อความที่ได้จดทะเบียนไว้ เดิมเพื่อใช้เป็นหลักฐานให้บุคคลทั่วไปทราบถึงสถานะและผู้จัดการปัจจุบันของห้างหุ้นส่วนจำกัด และตราบไคที่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นยังคงต้องรับผิดชอบ บุคคลภายนอกตามมาตรา 72 ดังกล่าว ความมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลจึงยังคงมีอยู่ เนื่องจากการเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีเจตนารมณ์มิให้สมาชิกสภาเทศบาลใช้ตำแหน่งหน้าที่หรือขณะที่อยู่ในตำแหน่งหน้าที่นั้นมี ประโยชน์ได้เสียอยู่กับเทศบาล สมาชิกสภาเทศบาลจึงมีหน้าที่ต้องกระทำด้วยประการทั้งปวงให้ ปรากฏว่าตนมิได้มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาหรือการกระทำกับเทศบาลนั้นอีกต่อไป ฉะนั้น เพียงการแสดงเจตนาจึงยอมไม่เพียงพอ เพราะตราบไคที่ยังไม่ดำเนินการแก้ไขทางทะเบียน ให้ถูกต้องตามกฎหมายบุคคลภายนอกก็ย่อมอ้างอยู่ได้เสมอ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏ ว่าบิดาของสมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นได้เข้าเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแทน จึงทำให้ความมีส่วนได้เสีย ของสมาชิกสภาเทศบาลจึงยังคงมีอยู่เช่นเดิม แม้จะได้มีการจดทะเบียนการลาออกแล้วก็ตาม

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า กรณีนี้แตกต่างจากคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18/2544 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการ ป.ป.ช. ว่า การลาออกจากราชการบริษัทสามารถกระทำได้โดยแสดงเจตนาต่อผู้มีอำนาจของ บริษัทโดยอาจทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ และหน้าที่ในการจดทะเบียนถอนชื่อออกจากการ เป็นกรรมการบริษัทต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท เป็นหน้าที่ของกรรมการผู้มีอำนาจ การที่ตุลา การศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนั้น เนื่องจากการดำรงตำแหน่งกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องได้รับความ ยินยอมจากผู้นั้น ทั้งต้องไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดย มุ่งหาผลกำไรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (3) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่งหากมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวแล้วจะเริ่มปฏิบัติ

หน้าที่ได้ต่อเมื่อได้ลาออกจากการเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว สาระสำคัญจึงอยู่ที่การมีฐานะเป็นกรรมการของบริษัทหรือไม่ แต่บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ ถือเอาส่วนได้เสียของบุคคลที่มีต่อเทศบาลเป็นสำคัญ トラบใดที่บุคคลยังคงมีส่วนได้เสียอยู่จึงต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ ดังกล่าว ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) จึงมิได้ขัดหรือแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีเห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยโดยเห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลเป็นคู่สัญญากับเทศบาลและได้วินิจฉัยในทำนองว่าการเป็นผู้มีส่วนได้เสียมีเจตนารมณ์มิให้สมาชิกสภาเทศบาลใช้ตำแหน่งหน้าที่ หรือขณะอยู่ในตำแหน่งหน้าที่ที่มีผลประโยชน์ได้เสียอยู่กับเทศบาล แต่กรณีนี้จะเห็นได้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลย่อมไม่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาของเทศบาล หรือมีพฤติกรรมเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว ดังนั้น การมีอำนาจหน้าที่หรือไม่จึงไม่ใช่ข้อพิจารณาในเรื่องนี้ ซึ่งมีคำพิพากษาศาลปกครองวินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 299-300/2549

ผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ลงนามในสัญญาจ้างที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แต่นายทะเบียนได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงหุ้นส่วนผู้จัดการภายหลังจากผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งแล้ว ซึ่งตามมาตรา 1021 มาตรา 1022 และมาตรา 1023 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้ ผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการจะถือเอาประโยชน์แก่บุคคลภายนอกเพราะเหตุที่มีสัญญา หรือเอกสาร หรือข้อความอันบังคับให้จดทะเบียนยังไม่ได้ จนกว่านายทะเบียนจะได้ลงทะเบียนและส่งไปลงพิมพ์โฆษณาในราชกิจจานุเบกษาเป็นอันรู้แก่บุคคลทั่วไป โดยไม่เลือกว่าเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงยังคงมีฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการอยู่ในขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลและเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลของผู้ฟ้องคดีจึงต้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เห็นได้ว่า ในกรณีนี้แม้สมาชิกสภาเทศบาลลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างก่อนลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แต่นายทะเบียนยังไม่ได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงหุ้นส่วนผู้จัดการ จนกระทั่งได้รับการเลือกตั้งทำให้ยังมีฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการอยู่ตามมาตรา 1021 มาตรา 1022 และมาตรา 1023 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น สมาชิกสภาเทศบาลจึงเป็นคู่สัญญากับเทศบาล

นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารท้องถิ่นที่ลาออกจากการเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทตามความเห็นที่ 291/2551 ดังนี้

การที่มาตรา 44/3 (3) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ได้กำหนดห้ามมิให้นายองค์การบริหารส่วนจังหวัดกระทำการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ก็โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้นายองค์การบริหารส่วนจังหวัดปฏิบัติหน้าที่ในขณะดำรงตำแหน่งด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และรักษาประโยชน์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นสำคัญ หากมีข้อเท็จจริงหรือมีพฤติการณ์ใดๆ ก็ตามที่พิจารณาได้ว่านายองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีความสัมพันธ์ในเชิงผลประโยชน์จากสัญญาขององค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือกระทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด ไม่ว่าจะโดยผลการปฏิบัติตามสัญญานั้นหรือความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อตนในทางใดแล้ว ก็ย่อมถือว่าเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อปรากฏว่าบริษัทมุ่งประสงค์ที่จะให้บุคคลในครอบครัวเป็นกรรมการและผู้ถือหุ้นของบริษัทเพื่อรับประโยชน์จากการประกอบกิจการของบริษัทร่วมกัน และผู้ถือหุ้นเกือบทั้งหมดล้วนดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการและเป็นเครือญาติใกล้ชิดกันทั้งสิ้น อีกทั้งในการดำเนินกิจการของบริษัทก็มีได้ถือความสำคัญของจำนวนหุ้นที่กรรมการแต่ละคนถืออยู่ เพราะกรรมการแต่ละคนมีอำนาจที่จะดำเนินการผูกพันบริษัทได้โดยลำพัง ด้วยเหตุนี้ การประกอบกิจการของบริษัท จึงมีลักษณะของการเป็นบริษัทของครอบครัว แม้ต่อมาผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะได้ออกจากการเป็นกรรมการเพื่อลงสมัครรับเลือกตั้ง แต่ยังคงถือหุ้นตามเดิมก็มีได้เป็นผลให้ความผูกพันของผู้สมัครกับบริษัทต้องสิ้นสุดไปแต่อย่างใด การที่ผู้สมัครได้รับเลือกตั้งเป็นนายองค์การบริหารส่วนจังหวัด ซึ่งอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ต้องควบคุมดูแลการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างองค์การบริหารส่วนจังหวัดกับบริษัทดังกล่าว ย่อมมีลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อบริษัท ดังนั้น นายองค์การบริหารส่วนจังหวัดจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดทำกับบริษัทตลอดระยะเวลาที่ยังถือหุ้นอยู่ และแม้ต่อมาจะได้ดำเนินการโอนหุ้นให้กับผู้อื่นไปแล้วก็ตาม แต่ก็เป็นการโอนหุ้นในภายหลังที่ได้เป็นนายองค์การบริหารส่วนจังหวัด

เห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นเห็นว่า นายองค์การบริหารส่วนจังหวัดยังถือหุ้นในบริษัทอยู่ และบริษัทก็มีลักษณะเป็นบริษัทครอบครัวจึงมีผลประโยชน์ส่วนตน จึงเชื่อว่า นายองค์การบริหารส่วนจังหวัดยังเกี่ยวพันและมีอำนาจในบริษัท เมื่อบริษัทมาทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายองค์การบริหารส่วนจังหวัดจึงมีส่วนได้เสีย

คำวินิจฉัยของศาลปกครอง และคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว จึงเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยถือเอาพฤติการณ์ภายนอกของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นสำคัญ กล่าวคือเมื่อผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นยังเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการตามมติบัญญัติก็ต้องถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าสมาชิกสภาเทศบาลได้มีเจตนาลาออกแล้วและสมาชิกสภาเทศบาลไม่ได้มีอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบเกี่ยวกับสัญญาหรือมีพฤติการณ์หรือ

การกระทำเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสัญญาที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ทำไว้กับเทศบาล จึงเห็นได้ว่าทั้งศาลปกครองและคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความเรื่องนี้อย่างเคร่งครัดโดยถือเอาความสัมพันธ์ทางสัญญาเป็นสำคัญ

ส่วนกรณีที่ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นเจ้าของกิจการเอง ย่อมถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะเป็นการได้ประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาหรือเข้าทำกิจการใดกับเทศบาลหรือไม่ หรือมีมูลเหตุจูงใจในการเข้าไปมีส่วนได้เสียในการกระทำความดังกล่าวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 298/2551

กรณีสมาชิกสภาเทศบาล (ผู้ฟ้องคดี) เป็นเจ้าของร้านพาณิชย์ขายอุปกรณ์ก่อสร้างได้ตกลงซื้อขายสินค้าและวัสดุกับเทศบาล โดยมีเอกสารหลักฐานใบส่งของชั่วคราวและใบเสร็จรับเงิน ออกโดยร้านพาณิชย์ของผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้ขายซึ่งออกให้แก่เทศบาล ในฐานะผู้ซื้อ รวมเป็นเงินทั้งสิ้น 751 บาท นั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กฎหมายมีเจตนารมณ์ในการป้องกันมิให้สมาชิกสภาเทศบาลเข้ามามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะดำรงตำแหน่งอยู่ เพื่อให้สมาชิกสภาเทศบาลได้ทำหน้าที่โดยเที่ยงธรรม จึงบัญญัติห้ามมิให้สมาชิกเข้ามามีส่วนได้เสียกับเทศบาลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม และไม่คำนึงว่าจะเป็นการได้ประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาหรือเข้าทำกิจการใดกับเทศบาลหรือไม่ บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดข้อยกเว้นและมิได้กำหนดถึงมูลเหตุจูงใจในการเข้าไปมีส่วนได้เสียในการกระทำความดังกล่าวกับเทศบาลที่ตนเป็นสมาชิกอยู่แต่อย่างใด ดังนั้น หากข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่มาตรา 18 ทวิ กำหนดแล้ว ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ ต้องผูกพันตามลักษณะแห่งข้อเท็จจริงที่ต้องตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และผลแห่งการเข้าไปมีส่วนได้เสียขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาล สมาชิกผู้นั้นจะต้องพ้นจากสมาชิกภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อผู้ฟ้องคดีขณะเป็นสมาชิกสภาเทศบาลเป็นเจ้าของร้านพาณิชย์ และระหว่างที่มีสถานภาพเป็นสมาชิกสภาเทศบาลอยู่นั้น ได้ทำสัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์กับเทศบาลที่ตนเป็นสมาชิก กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในสัญญาซื้อขายที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาอันต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลของผู้ฟ้องคดีต้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

กรณีนี้เห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดมิได้พิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายดังกล่าวหรือไม่หรือมีผลประโยชน์จากสัญญาดังกล่าวหรือไม่ โดยพิจารณาเพียงว่าหากสมาชิกสภาเทศบาลเป็นคู่สัญญากับเทศบาลก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง

จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา และศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าหากผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการแล้วมาทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง โดยไม่ต้องพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น และการใช้ดุลพินิจของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น

(2) กรณีที่วินิจฉัยว่าไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

1. กรณีที่ทำสัญญาก่อนได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นและได้มีการปฏิบัติตามสัญญาโดยการลงนามในฐานะหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ในใบแจ้งหนี้และใบส่งมอบงานก่อนได้รับการเลือกตั้ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2549

การที่ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาซื้อขายน้ำมันกับเทศบาลก่อนได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แต่ได้ส่งมอบน้ำมันตามสัญญาก่อนการเลือกตั้งเสร็จสิ้นในเวลา 15 นาฬิกา นั้น บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามสมาชิกสภาเทศบาลเข้าไปมีผลประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล และให้สมาชิกสภาเทศบาลทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรม โดยไม่ประสงค์จะให้สมาชิกสภาเทศบาลได้ประโยชน์ใดจากการเข้าทำประโยชน์ หรือทำสัญญา หรือเข้าทำกิจการใดๆ จากเทศบาลไม่ว่าด้วยตนเองหรือผ่านผู้อื่นในขณะที่ดำรงตำแหน่ง เมื่อกรณีนี้เป็นการทำสัญญาก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล การส่งมอบน้ำมันตามข้อตกลงในสัญญาที่ทำกับเทศบาลถือว่าเป็นการดำเนินการตามข้อผูกพันในสัญญาและได้มีการส่งมอบมาโดยตลอดจนถึงวันเลือกตั้ง แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นสมาชิกสภาเทศบาลนับแต่วันได้รับเลือกตั้ง ก็ไม่อาจถือได้ว่าเข้าไปมีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในฐานะสมาชิกสภาเทศบาล เพราะการส่งมอบน้ำมันเป็นการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกันไว้ตั้งแต่ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้เป็นสมาชิกสภาเทศบาล การส่งมอบสินค้าถือเป็นหน้าที่ที่ผู้ฟ้องคดีมีต่อเทศบาลในฐานะคู่สัญญา และได้ส่งมอบก่อนการเลือกตั้งเสร็จสิ้นในเวลา 15 นาฬิกา การส่งมอบสินค้าจึงเสร็จสิ้นก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะเป็นสมาชิกสภาเทศบาล จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือได้ประโยชน์จากการเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.393/2551

กรณีผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญารับจ้างก่อสร้าง ในโครงการของเทศบาลในฐานะหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนที่จะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล และได้ลงนามในฐานะหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ในใบแจ้งหนี้และใบส่งมอบงานให้แก่เทศบาล

ภายหลังจากวันที่ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลแล้ว จึงเป็นกรณีที่มีหลักฐานชัดเจนว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับเทศบาลในวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งมีผลให้สมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงตามมาตรา 18 ทวิ ประกอบกับมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542

เห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาการมีส่วนได้เสียในกรณีดังกล่าวจากสถานะของสมาชิกสภาเทศบาลคนนี้เป็นสำคัญ เพราะก่อนที่จะได้รับการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลคนนี้อยู่ ไม่มีกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนตัวจะไปขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวม แต่เมื่อได้รับเลือกตั้งแล้วต้องถือว่าสถานะของสมาชิกสภาเทศบาลคนนั้น มีกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนตัวไปขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวมได้ จึงจะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย อย่างไรก็ตาม การเป็นสมาชิกสภาเทศบาลต้องถือนับแต่ได้รับการเลือกตั้ง มิได้ถือวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งรับรองผล ฉะนั้น เมื่อได้รับการเลือกตั้งก็ถือว่าเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นทันที ดังนั้น หากผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นทำสัญญา ก่อนได้รับการเลือกตั้งและปฏิบัติตามสัญญาเสร็จก่อนได้รับการเลือกตั้งก็ไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2. กรณีที่สมาชิกสภาท้องถิ่นยื่นซองเสนอราคาแต่ไม่ได้รับคัดเลือกให้ทำสัญญา

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 526/2545

ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีสมาชิกสภาเทศบาลเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ โดยได้ขอซื้อเอกสารในการสอบราคาและยื่นเอกสารประกวดราคากับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่ การเข้ามีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีความหมายถึงการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดอาจจะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์ หรือน่าจะได้ประโยชน์หรือน่าจะเสียประโยชน์ในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่มีผู้กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำด้วย โดยไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม การที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวมีสมาชิกสภาเทศบาลเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการเข้าซื้อเอกสารในการสอบราคาและยื่นซองเสนอราคา ก็เพื่อจะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำ ในทันทีที่สมาชิกสภาเทศบาลเข้ายื่นซองประกวดราคา จึงเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำอย่างสมบูรณ์และเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แต่ต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัดจะไม่ได้รับการคัดเลือกในการสอบราคานั้นก็ตาม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.211/2553

การที่ผู้ฟ้องคดีในขณะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลได้ยื่นซองเสนอราคาตามโครงการซ่อมแซมถนนลูกรังในหมู่บ้านต่อองค์การบริหารส่วนตำบลที่ตนดำรง

ตำแหน่งอยู่นั้น ของเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงคำเสนอจะทำสัญญา ซึ่งเมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลไม่ทำค้ำสนอง สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น ผู้ฟ้องคดีกับองค์การบริหารส่วนตำบลจึงยังไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีได้ใช้อำนาจหน้าที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับโครงการข้างต้น กรณีจึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลที่ตนดำรงตำแหน่ง หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 เพราะการจะถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีนี้ หมายถึงการที่ได้เข้าไปถือเอาประโยชน์หรือเข้าไปดำเนินกิจการขององค์การบริหารส่วนตำบลที่ผู้นั้นดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาขององค์การบริหารส่วนตำบลนั้นแล้วไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยมีเจตนาประสงค์ให้ตนได้รับประโยชน์หรือเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลอื่น ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีเพียงยื่นซองเสนอราคา แต่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา จึงไม่ใช่เป็นการเข้าไปถือเอาประโยชน์หรือเข้าไปดำเนินกิจการขององค์การบริหารส่วนตำบล อันจะมีผลให้สมาชิกสภาของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลของผู้ฟ้องคดีต้องสิ้นสุดลงตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว เห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดถือว่าการมีส่วนได้เสีย หมายถึง การที่ได้เข้าไปถือเอาประโยชน์หรือเข้าไปดำเนินกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ตนดำรงตำแหน่ง โดยมีเจตนาประสงค์ให้ตนได้รับประโยชน์หรือเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลอื่น ดังนั้น การที่สมาชิกสภาท้องถิ่นเพียงยื่นซองเสนอราคาแต่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นและไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับโครงการดังกล่าว จึงไม่ใช่เป็นการเข้าถือเอาประโยชน์หรือเข้าไปดำเนินกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการเข้ามีส่วนได้เสีย หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดอาจจะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์ หรือน่าจะได้ประโยชน์ หรือน่าจะเสียประโยชน์ในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่มีผู้กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกระทำ ดังนั้น การยื่นซองจึงเท่ากับเป็นการกระทำเพื่อจะได้รับการประโยชน์จากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย กรณีจึงเห็นได้ว่าคำพิพากษานี้เป็นคำพิพากษาใหม่ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเริ่มมีแนวโน้มให้นิยามความหมายของคำว่า การมีส่วนได้เสีย กว้างกว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

อย่างไรก็ตาม มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร. 521/2554 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร. 658/2551 วินิจฉัยว่าผู้เสนอราคาขึ้นซองเอกสารประกวดราคาและหลักประกันซองถือว่าได้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งแล้วเรียกว่าสัญญาหลักประกันซอง แต่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ไม่มีข้อเท็จจริงว่ามีกรวางหลักประกันซองหรือไม่ ถ้ามีการวางหลักประกันซองก็น่าจะเกิดสัญญาเช่นเดียวกัน

3. กรณีสมาชิกสภาท้องถิ่นต้องรับผิดชอบในความรับผิดชอบพร้อมของงานตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 606/2548

แม้โดยผลของการยุบองค์การบริหารส่วนตำบลเพื่อรวมเข้ากับเทศบาลจะทำให้สัญญาขององค์การบริหารส่วนตำบลที่ได้กระทำไว้กับสมาชิกสภาเทศบาลโอนมาเป็นของเทศบาล แต่เมื่อสัญญานั้นได้ทำขึ้นก่อนที่สมาชิกสภาเทศบาลจะได้รับเลือกตั้งและได้ส่งมอบงานให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลแล้ว เพียงแต่สมาชิกสภาเทศบาลยังจะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตามสัญญาต่อไปอีกเป็นระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่องค์การบริหารส่วนตำบลตรวจรับงาน การที่องค์การบริหารส่วนตำบลไปรวมกับเทศบาลในระหว่างระยะเวลาที่สมาชิกสภาเทศบาลต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องดังกล่าว จึงทำให้สัญญาโอนมาเป็นของเทศบาลโดยผลของกฎหมายมิใช่เป็นกรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลกระทำการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาของเทศบาลตามนัยแห่งมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ด้วยเหตุดังกล่าว สมาชิกสภาเทศบาลจึงมิได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 18 ทวิ

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยโดยอาศัยเหตุผลว่าการต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตามสัญญาเป็นเพราะผลของกฎหมายที่ใช้ยุบองค์การบริหารส่วนตำบลรวมกับเทศบาล มิใช่การเป็นคู่สัญญากับเทศบาลจึงไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.454/2551

กรณีสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ผู้ฟ้องคดี) เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ได้ทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัดในการรับจ้างก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็ก 2 โครงการ และมีการส่งมอบงานและตรวจรับงานจ้างตามสัญญาแล้ว แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของงานภายในระยะเวลา 2 ปี ในขณะที่สัญญาอยู่ในช่วงเวลาความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของงานดังกล่าว ได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 โดยมีบทบัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นคู่สัญญา หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมกับองค์การ

บริหารส่วนจังหวัด นั้น เนื่องจากขณะที่มีการทำสัญญาฯ ยังไม่มีกฎหมายห้ามมิให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัด สัญญาที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด จึงมิใช่เป็นกรณีที่มีการทำสัญญาที่ทำขึ้นใหม่กับผู้ฟ้องคดีจะได้อาศัยโอกาสและตำแหน่งผูกขาดตัดตอนในสัญญาหรือกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด ส่วนบทบัญญัติที่ห้ามมิให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัดตามที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่นั้น เป็นกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังจึงมีอาจนำไปใช้บังคับย้อนหลังแก่กรณีของผู้ฟ้องคดีหรือกรณีใดๆ ที่เกิดขึ้นก่อนได้ และการอยู่ในระยะเวลาความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องของงาน เป็นความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายและตามสัญญา ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องมาจากการเป็นคู่สัญญา ไม่ใช่กรณีที่คู่สัญญากระทำการเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบใหม่แต่อย่างใด การพิจารณาเรื่องความมีส่วนได้เสียจึงไม่อาจยกเอาเรื่องความรับผิดชอบมาใช้พิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียซ้ำกับการพิจารณาส่วนได้เสียจากการกระทำหลัก คือ การเข้าเป็นคู่สัญญาได้อีก จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะเป็นเหตุให้สมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีต้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังกล่าว เป็นกรณีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัดในขณะที่ไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ดังนั้น การรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องจึงไม่ใช่การกำหนดสิทธิและหน้าที่ขึ้นใหม่ จึงไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย จึงมีข้อน่าคิดว่าหากเรื่องนี้มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้แล้วจะถือว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีส่วนได้เสียหรือไม่ ผู้ศึกษาเห็นว่า การรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องถือเป็นการรับผิดชอบตามสัญญาซึ่งผู้ที่ผูกพันตามสัญญามีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบในงานที่ตนได้ทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเมื่อครบกำหนดสัญญาก็มีสิทธิได้รับคืนเงินประกันตามสัญญา ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้บุคคลดังกล่าวรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของงานและมีหน้าที่คืนเงินประกันสัญญาเมื่อครบกำหนดสัญญา ดังนั้น หากสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว หรือเข้าไปแทรกแซงก้าวก่ายเรื่องดังกล่าวย่อมอยู่ในสถานการณ์ที่อาจใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นได้

จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกามีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียโดยตรงว่าหมายถึงการเป็นคู่สัญญาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือการเป็นผู้ถือหุ้นหรือหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญา

กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แม้เพียงการซื้อเอกสารในการสอบราคาและยื่นเสนอราคาก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย แต่การที่ต้องชำระคบบทรวงมิใช่การเป็นคู่สัญญาจึงไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ศาลปกครองสูงสุด มีคำวินิจฉัยในแนวทางเดียวกันกับคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่เห็นว่าการซื้อเอกสารในการสอบราคาและยื่นเสนอราคาไม่ถึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เพราะสัญญายังไม่เกิด อีกกรณีหนึ่งคือถ้าทำสัญญาก่อนเป็นผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่น และได้ส่งมอบงานเรียบร้อยแล้ว ต่อมาได้รับเลือกตั้งเป็นผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น ไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง เพราะถือสัญญาสิ้นสุดกันแล้ว ส่วนการรับผิดชอบในความชำระคบบทรวงมิใช่สัญญา ดังนั้น การที่ผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นต้องรับผิดชอบในความชำระคบบทรวง จึงมิใช่คู่สัญญาที่จะเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กรณีเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองสูงสุดพิจารณาความหมายของผู้มีส่วนได้เสียทางตรงไว้เหมือนกันคือพิจารณาว่าผู้บริหารท้องถิ่น หรือสมาชิกสภาท้องถิ่น เป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเป็นผู้ถือหุ้นหรือหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยจะมีความเห็นแตกต่างเล็กน้อยเกี่ยวกับการตีความว่าพฤติการณ์และการกระทำอย่างไรเข้าข่ายเป็นสัญญาเท่านั้น

กฎหมายการปฏิรูปจริยธรรมในภาครัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดห้ามมิให้เป็นผู้มีส่วนได้เสีย คือไม่อาจทำสัญญาหรือข้อตกลงใดๆ กับรัฐ ซึ่งมีความหมายคล้ายกับการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว และเมื่อพิจารณาถึงมาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายฉบับต่างๆ แล้วเห็นว่าการตีความตามความหมายของผู้มีส่วนได้เสียทางตรงดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 265 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติห้ามมิให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจอันมีลักษณะผูกขาดตัดตอน หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงน่าจะหมายถึงการเป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพียงแต่มีความเห็นแตกต่างบ้างในการวินิจฉัยว่าพฤติการณ์และการกระทำใดเข้าข่ายเป็นสัญญา

อย่างไรก็ตาม การตีความดังกล่าวอาจเคร่งครัดเกินไป เมื่อพิจารณาถึงสภาพของท้องถิ่นจะเห็นได้ชัดเจนว่าท้องถิ่นส่วนใหญ่ยังมีความเจริญไม่มาก มีผู้ประกอบการน้อยราย เช่น มีศูนย์รถยนต์เพียงแห่งเดียว หรือมีปั้มน้ำมันแห่งเดียว เป็นต้น ดังนั้น จึงสมควรต้องบัญญัติข้อยกเว้นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ด้วย เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในทางปฏิบัติบ้าง ทั้งนี้อาจพิจารณาได้จากข้อยกเว้นของหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติยกเว้น ไม่ต้องนำบทบัญญัติมาตรา 13 ถึงมาตรา 16 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางมาใช้บังคับในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หากปล่อยให้ล่าช้าไปจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้ หรือไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนผู้นั้นได้ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการทำสัญญาบางกรณีได้

2) การมีส่วนร่วมได้เสียโดยทางอ้อม

นอกจากผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นมีพฤติการณ์และการกระทำเข้าข่ายเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงแล้ว ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นยังมีพฤติการณ์และการกระทำที่อาจเข้าข่ายเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมด้วย แต่การพิจารณาว่าพฤติการณ์และการกระทำเข้าข่ายเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมยังมีปัญหาในการวินิจฉัยเป็นอย่างมากจนต้องมีหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา และมีข้อพิพาทสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นจำนวนมาก

อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวได้มีแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดพอสมควรแล้ว ดังนั้น จึงควรศึกษาว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความหมายของคำว่ามีส่วนร่วมได้เสียโดยทางอ้อมไว้อย่างไร เพื่อจะได้ทราบและเข้าใจถึงความหมายของคำดังกล่าวมากขึ้น

แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว มีดังนี้

(1) กรณีที่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ส่วนใหญ่เป็นกรณีที่บิดามารดาหรือบุตรเป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนี้

1. กรณีบุตรชายและบุตรเขยของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล เป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 187/2548

กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดที่มีบุตรเขยและบุตรชายของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ฟ้องคดี) เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการและหุ้นส่วนตามลำดับ ได้เข้าทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ซื้อของสอบราคาและยื่นซองสอบราคาและมีพฤติการณ์ในลักษณะเป็นผู้ควบคุมงาน ซึ่งแสดงถึงการเข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาจ้าง และยังเป็นผู้ที่นำคณะกรรมการตรวจการจ้างไปตรวจรับงานทั้งที่ไม่ใช่หน้าที่ของตน ทั้งยังปรากฏว่าบุตรเขยและบุตรชายของผู้ฟ้องคดีต่างก็มีงานประจำเป็นลูกจ้างบริษัทเอกชน ย่อมไม่สามารถมาดูแลธุรกิจของห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ จึงเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ดำเนินกิจการแทน จากความสัมพันธ์ทางเครือญาติและพฤติการณ์ดังกล่าว แสดงว่าผู้ฟ้องคดีมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับห้างหุ้นส่วนจำกัด

ดังกล่าว อีกทั้ง การมีตำแหน่งเป็นประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลอยู่ด้วย ย่อมทำให้ตกอยู่ในฐานะเป็นผู้มีประโยชน์ทับซ้อนระหว่างประโยชน์ขององค์การบริหารส่วนตำบลที่เป็นประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัว กรณีถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาทำองค์การบริหารส่วนตำบลแล้วตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542

2. กรณีบุตรของสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้สัญญาทำเทศบาล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 127-128/2552

การเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้น เป็นการห้ามมิให้สมาชิกสภาเทศบาล เข้ามามีประโยชน์ได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมกับเทศบาลในขณะที่ดำรงตำแหน่งอยู่ โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการได้ประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาหรือเข้าทำกิจการใดกับเทศบาลหรือไม่ เพื่อให้สมาชิกสภาเทศบาลได้ทำหน้าที่บริการสาธารณะตามกฎหมายอย่างเที่ยงธรรม ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดข้อยกเว้นและมิได้กำหนดถึงมูลเหตุจูงใจในการเข้าไปมีส่วนได้เสียในการกระทำดังกล่าวกับเทศบาลที่ตนเป็นสมาชิกอยู่แต่อย่างใด หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้กระทำความผิดดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล เข้าทำสัญญาหรือเข้าทำกิจการใดกับเทศบาล และเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล ก็ย่อมครบองค์ประกอบตามกฎหมายที่สมาชิกผู้นั้นจะต้องพ้นจากสมาชิกภาพ ดังนั้น การพิจารณาว่าผู้นั้นกระทำความผิดหรือไม่ จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณีๆ ไป โดยพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นหลัก กรณีที่บุตรของสมาชิกสภาเทศบาล (ผู้ฟ้องคดีที่ 1) ได้เข้าเป็นผู้สัญญาทำเทศบาลในฐานะผู้รับจ้างในการบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมครุภัณฑ์ยานพาหนะรถยนต์ ซึ่งเดิม ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ประกอบกิจการแต่ก่อนที่จะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลผู้ฟ้องคดีที่ 1 ได้ให้บุตรของตนประกอบกิจการแทน โดยผู้ฟ้องคดีที่ 1 ยังคงพักอาศัยในบ้านและมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านเดียวกับบุตรของตนด้วย และกรณีนายกเทศมนตรีได้ว่าจ้างบุตรของสมาชิกสภาเทศบาล (ผู้ฟ้องคดีที่ 2) ให้ทำโคมไฟเพื่อใช้จัดงานประเพณีลอยกระทง แต่เพียงผู้เดียว และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ได้รับเงินค่าจ้างแทนก่อนที่บุตรของตนจะเข้าทำสัญญากับเทศบาลและผู้ฟ้องคดีที่ 2 ยังพักอาศัยในบ้านเดียวกับบุตรของตนด้วย จึงฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีส่วนร่วมรู้เห็นในสัญญาที่บุตรของตนได้ทำสัญญากับเทศบาล กรณีถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่บุตรของตนเข้าเป็นผู้สัญญาทำเทศบาลตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลจึงสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

3. กรณีมารดาเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลและสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นกรรมการตรวจรับงานจ้างตามสัญญาดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 57/2554

การที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ฟ้องคดีที่ 2) เป็นบุตรของหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล โดยผู้ฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะกรรมการตรวจการจ้างได้ตรวจรับมอบงานตามสัญญาโดยไม่ชักช้าว่างงานจ้างผิดรูปแบบและรายการตามสัญญา จนเป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนตำบลได้รับความเสียหาย จึงต้องถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรของผู้รับจ้างกับผู้ฟ้องคดีที่ 2 อาจเป็นมูลเหตุจูงใจให้ผู้ฟ้องคดีที่ 2 กระทำการเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่มารดาซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาโดยทางอ้อมกับองค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542

เห็นได้ว่า ทั้งสามกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยการมีส่วนได้เสียทางอ้อมโดยถือเอาความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลประกอบพฤติการณ์อื่นๆ ในการวินิจฉัยว่า สมาชิกสภาท้องถิ่นมีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมหรือไม่ เป็นสำคัญ กล่าวคือ ในกรณีแรก เป็นกรณีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีความสัมพันธ์กับหุ้นส่วนผู้จัดการและหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เข้าทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล เพราะมีบุตรเขยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการและมีบุตรชายเป็นหุ้นส่วน โดยสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลได้เป็นผู้ซื้อของสอบราคาและยื่นซองสอบราคา และมีพฤติกรรมในลักษณะเป็นผู้ควบคุมงานและนำคณะกรรมการตรวจการจ้างไปตรวจรับงาน ทั้งบุตรเขยและบุตรชายต่างก็มีงานประจำเป็นลูกจ้างบริษัทเอกชนย่อมไม่สามารถดูแลธุรกิจของห้างได้ซึ่งศาลเห็นว่า สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นผู้ดำเนินกิจการแทนบุตรเขยและบุตรชายจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย กรณีเห็นได้ว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลดังกล่าวมีผลประโยชน์ส่วนตัวกับสัญญาที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดทำกับองค์การบริหารส่วนตำบล และแม้ผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไม่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว แต่การที่มีพฤติกรรมเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลใช้ดุลพินิจเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น อันเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาดังกล่าว

ซึ่งกรณีเดียวกันนี้ หากสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ซื้อของและยื่นซองสอบราคาโดยมิได้เป็นผู้ชนะการสอบราคา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 211/2553 แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้สมาชิกสภาองค์การ

บริหารส่วนตำบลมีพฤติการณ์อื่นๆ ที่เข้าไปเกี่ยวข้องในสัญญาด้วย จึงถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย มีข้อสังเกตว่าศาลปกครองสูงสุดใช้คำว่า “ผลประโยชน์ทับซ้อน” มิได้ใช้คำว่า “การขัดกันแห่งผลประโยชน์”

ในกรณีที่สอง เป็นกรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลมีความสัมพันธ์ในฐานะบิดามารดากับบุตร เช่นกัน แต่สมาชิกสภาเทศบาลมิได้เป็นกรรมการตรวจรับการจ้างหรือมีอำนาจพิจารณาจ้างใดๆ โดยมีข้อเท็จจริงว่าสมาชิกสภาเทศบาลเคยเป็นผู้ประกอบกิจการบำรุงรักษาและซ่อมแซมรถยนต์มาก่อน และเมื่อดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลจึงให้บุตรประกอบกิจการแทน และยังพักอาศัยในบ้าน และมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านเดียวกับบุตรของตน ซึ่งศาลน่าจะเห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลผู้นี้ยังเป็นผู้ประกอบกิจการเองอยู่เช่นเดิม เพราะอาชีพช่างซ่อมรถถือเป็นวิชาชีพเฉพาะของบุคคลนั้น ศาลปกครองสูงสุด จึงเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเพียงแต่เปลี่ยนชื่อบุตรของตนเป็นเจ้าของกิจการแทน จึงถือว่าสมาชิกสภาเทศบาลมีผลประโยชน์ส่วนตัวและน่าจะเกี่ยวข้องในการที่ให้บุตรเป็นคู่สัญญากับเทศบาล จึงถือเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ส่วนอีกข้อเท็จจริงหนึ่งที่นายกเทศมนตรีว่าจ้างบุตรของสมาชิกสภาเทศบาลคนหนึ่งให้ทำโคมไฟเพื่อจัดงานประเพณีลอยกระทง สมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าว ได้รับเงินค่าจ้างแทนบุตรของตนก่อนที่จะเข้าทำสัญญาและพักอาศัยอยู่บ้านเดียวกับบุตรของตน จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย กรณีเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีดังกล่าวศาลปกครองเห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลทั้งสองคนมีส่วนรู้เห็นและมีส่วนเกี่ยวข้องเกี่ยวกับสัญญาที่บุตรของตนทำกับเทศบาล จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ส่วนกรณีที่สาม สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีความสัมพันธ์ในฐานะมารดากับบุตร โดยเป็นบุตรของหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล และตนได้เป็นกรรมการตรวจรับการจ้าง จึงถือได้ว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีผลประโยชน์ส่วนตัวและมีอำนาจและหน้าที่ที่จะพิจารณาว่างานจ้างที่มารดาตนทำให้องค์การบริหารส่วนตำบลถูกต้องตามรูปแบบรายการตามสัญญาหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏอีกว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลได้ตรวจรับงานจ้าง ทั้งที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบรายการตามสัญญา จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ อันถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

เห็นได้ว่า การมีส่วนได้เสียทางอ้อมของสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นศาลปกครองสูงสุด จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นมีผลประโยชน์ส่วนตัวหรือไม่โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของสมาชิกสภาท้องถิ่นกับผู้ประกอบกิจการ แล้วจึงพิจารณาต่อไปว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นมีพฤติการณ์และการกระทำเข้าไปยุ่งเกี่ยวในสัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่

4. กรณีบุตรสาวของนายกเทศมนตรียื่นซองเสนอราคาและเป็นผู้ชนะการประกวดราคาในโครงการของเทศบาล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2549

กรณีบุตรสาวของสมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี (ผู้ฟ้องคดี) เป็นผู้เข้าซื้อเอกสารประกวดราคานั้น การที่ผู้ฟ้องคดีเป็นบิดาจึงมีความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร เป็นความสัมพันธ์ในทางตรง เมื่อบุตรสาวของผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมยื่นซองประกวดราคาในโครงการของเทศบาลในฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด กระทำการในนามของห้างหุ้นส่วนจำกัดและเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด โดยผู้ฟ้องคดีพิจารณาให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวเป็นผู้ชนะการประกวดราคา เมื่อผู้ฟ้องคดีในฐานะนายกเทศมนตรีได้สั่งการให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวมาทำสัญญากับเทศบาล คำเสนอกับคำสนองจึงต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญาขึ้นและมีผลสมบูรณ์ตั้งแต่วันที่ยื่นซองเสนอราคา การเข้ายื่นซองเสนอรากาก็เพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำ และการที่ผู้ฟ้องคดีรู้แล้วแจ้งให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าว ได้เข้าทำสัญญากับเทศบาล จึงย่อมถือได้ว่าเป็นการเข้ามีส่วนร่วมได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำโดยสมบูรณ์ ดังนั้นจึงถือได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมกับห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าว ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ทำให้สมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงตั้งแต่วันที่มิได้เสียตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

กรณีนี้นายกเทศมนตรีย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในการพิจารณาผลการประกวดราคา ดังนั้น การที่บุตรสาวของตนเป็นผู้ยื่นซองเสนอราคา ซึ่งถือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร โดยปรากฏว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดที่บุตรสาวของนายกเทศมนตรีเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด และชนะการประกวดราคา และนายกเทศมนตรีสั่งการให้มาทำสัญญาจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย โดยศาลน่าจะเห็นว่ากรณีที่นายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเลือกผู้เสนอราคา ดังนั้น การคัดเลือกบุตรของตนจึงถือว่าไม่มีความเป็นกลางแล้ว แต่ศาลไม่ได้พิจารณาถึงว่านายกเทศมนตรีมีพฤติการณ์และการกระทำที่เข้าข่ายการใช้ดุลพินิจเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นหรือไม่ คำพิพากษานี้แตกต่างกับคำพิพากษาที่ อ. 211/2553 คือ คำพิพากษาดังกล่าว สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเพียงแต่ยื่นซองแต่ไม่ชนะการสอบราคา ส่วนคำพิพากษานี้ ลูกสาวนายกเทศมนตรีชนะการประกวดราคาแล้ว

5. กรณีบุตรของนายกเทศมนตรีซึ่งเป็นเจ้าของโรงแรมเป็นคู่สัญญากับเทศบาล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.509/2554

ผู้ถือหุ้นรายใหญ่และกรรมการผู้มิอำนาจลงนามผูกพันบริษัทซึ่งทำกิจการ โรงแรมต่างก็เป็นบุตรของนายกเทศมนตรี แม้นายกเทศมนตรีไม่มีหุ้นอยู่ในบริษัทแล้วเนื่องจากได้โอนหุ้น

ทั้งหมด ในส่วนของคนให้แก่บุตรโดยการยกให้ แต่โดยที่ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร บิดามารดาจะต้องให้ความช่วยเหลือแก่บุตรอยู่เสมอแม้บุตรบรรลุนิติภาวะหรือมีครอบครัวไปแล้วก็ตาม ส่วนบุตรนั้นก็มียหน้าที่ทางศีลธรรมจรรยาที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา เมื่อพิจารณาถึงภาระหนี้สินของบริษัทตามสัญญาการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ ซึ่งเป็นเงินจำนวนมากประกอบกับ นายกเทศมนตรีเป็นผู้เริ่มก่อการและจัดตั้งเป็นบริษัท และได้บริหารกิจการบริษัทและบริหารธุรกิจ โรงแรมก่อนที่จะโอนหุ้นในส่วนของคนให้แก่บุตร นายกเทศมนตรีย่อมไม่อาจยอมให้บุตรซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่และเป็นกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท ต้องเดือดร้อนเสียหาย ดังนั้น การที่นายกเทศมนตรีได้ใช้อำนาจในการพิจารณาเลือกโรงแรมดังกล่าวเป็นสถานที่จัดประชุมสัมมนา ย่อมมีเจตนาที่จะเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทของบุตรเพื่อให้บริษัทดังกล่าวมีรายได้เพียงพอที่จะปลดเปลื้องภาระหนี้สินมิให้ผิดสัญญาการปรับปรุงโครงสร้างหนี้กับธนาคาร และซื้อหลักทรัพย์จำนวน รวมทั้งธุรกิจโรงแรมคืนจากธนาคารก่อนครบกำหนดเวลาซื้อคืน จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อม ในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญากับโรงแรม

กรณีนี้เห็นได้ว่านายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว และมีผลประโยชน์ส่วนตัวโดยมีความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัวกับบุตรซึ่งเป็นกรรมการบริษัท นายกเทศมนตรีจึงอยู่ในสถานการณ์ที่อาจใช้ดุลพินิจเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น เมื่อนายกเทศมนตรีเลือกโรงแรมดังกล่าวทั้งที่มีโรงแรมอื่นอีกหลายโรงแรม จึงเป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบ ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อม

(2) กรณีที่ถือว่าไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

1. กรณีบุตรของสมาชิกสภาเทศบาลมีหุ้นอยู่ในบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.76/2547

กรณีสมาชิกสภาเทศบาล (ผู้ฟ้องคดี) มีบุตรสองคนเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าทำสัญญากับเทศบาล โดยถือหุ้นร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด และไม่มีอำนาจบริหารจัดการหรือกระทำการใดๆ ผูกพันบริษัท นอกจากนี้ บุตรทั้งสองของผู้ฟ้องคดี ต่างก็บรรลุนิติภาวะแล้ว แม้ว่าบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การจะอุปการะเลี้ยงดูได้เพียงใดหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าบุตรอยู่ในสภาพพร้อมที่จะให้การอุปการะบิดามารดาได้ และบิดามารดาจำเป็นจะต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรหรือไม่ เมื่อผู้ฟ้องคดีมีอาชีพค้าขายและไม่ได้อาศัยอยู่บ้านเดียวกับบุตร แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตร และบุตรทั้งสองก็ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูผู้ฟ้องคดีผู้เป็นบิดา และแม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นทายาทโดยธรรมและมีสิทธิรับมรดกของบุตร แต่สิทธิจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุตร

ถึงแก่ความตายก่อนซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน รวมทั้งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดว่าผู้ฟ้องคดีได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับหรือมีผลประโยชน์ใดในบริษัท และผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีหรือเทศมนตรีที่มีอำนาจเกี่ยวกับการสั่งจ้างและทำสัญญาแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 อันจะเป็นเหตุให้สิ้นสุดสมาชิกภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

2. กรณีมารดาของสมาชิกสภาเทศบาลเป็นคู่สัญญากับเทศบาล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.212/2553

กรณีมารดาของผู้ฟ้องคดียื่นขอเสนอราคาต่อเทศบาล และได้เข้าทำสัญญากับเทศบาล ในขณะที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล โดยขณะนั้นผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำรงตำแหน่งเทศมนตรี อันจะมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาล แม้มารดาของผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำสัญญากับเทศบาล อันเป็นความสัมพันธ์ทางเครือญาติระหว่างบุคคลและเป็นความสัมพันธ์โดยตรง แต่ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้มีเจตนาให้ความช่วยเหลือหรือเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าว และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้ใช้อิทธิพลในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลสร้างประโยชน์แก่ตนหรือมารดา โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐอันมีลักษณะเป็นผู้กระทำการอันเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาดังกล่าวตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 แต่อย่างใด

3. กรณีบุตรของประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.413/2553

กรณีบุตรสาวของผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เป็นคู่สัญญาขององค์การบริหารส่วนตำบล ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและดำรงตำแหน่งประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลด้วย โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียในสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือใช้อำนาจหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือใช้อิทธิพลในฐานะที่ดำรงตำแหน่งประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสร้างประโยชน์แก่ตนแต่อย่างใด โดยผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งประธานสภาองค์การบริหาร

ส่วนตำบล ไม่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงที่จะสั่งอนุญาตหรืออนุมัติเกี่ยวกับราชการขององค์การบริหารส่วนตำบล และไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ไม่ว่าในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นหรือมีตำแหน่งใดๆ ในห้างหุ้นส่วนจำกัด และการที่บุตรจะต้องเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 1563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมตามมาตรา 1629 และมาตรา 1630 นั้น ประโยชน์ที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับจากบุตรไม่ใช่ประโยชน์ที่เกิดจากการที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด เข้าทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล แต่เกิดจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะครอบครัวและมรดก จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นประโยชน์ทางอ้อมเพราะสิทธิที่จะได้รับประโยชน์ ดังกล่าวหาได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546¹⁶

กรณีเห็นได้ว่า การวินิจฉัยถึงการเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมของสมาชิกสภาท้องถิ่นศาลปกครองสูงสุดมีแนวโน้มที่จะใช้หลักเกณฑ์ ดังนี้

ประการแรก สมาชิกสภาท้องถิ่นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาที่ทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ เช่น เป็นบิดามารดากับบุตร หรือเป็นสามีภริยา เป็นต้น

ประการที่สอง สมาชิกสภาท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาดำเนินการเกี่ยวกับสัญญานั้นหรือไม่ หรือมีพฤติการณ์ที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสัญญานั้นหรือไม่ เช่น เป็นผู้นำกรรมการตรวจการจ้างไปตรวจรับงาน หรือรับเงินค่าจ้างแทน เป็นต้น

4. กรณีบุตรของนายกเทศมนตรีเป็นคู่สัญญากับเทศบาล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.327/2550

การพิจารณาว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับเทศบาลหรือไม่ จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณีๆ ไป เพราะบทบัญญัติในมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 มีเจตนารมณ์เพื่อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ฐานะที่ตนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสร้างประโยชน์ส่วนตนโดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีซึ่งมีอำนาจหน้าที่ควบคุมและรับผิดชอบในการบริหารงานของเทศบาลได้ลงนาม ในสัญญาซื้อขายนม จำนวน 11,950 กล่อง เป็นเงิน 59,750 บาท กับบริษัทที่บุตรสาวของผู้ฟ้องคดีมีอำนาจบริหารจัดการและกระทำการใดๆ ผูกพันบริษัทแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งการทำสัญญาดังกล่าวเป็นกรณีที่สืบเนื่องมาจากโครงการถ่ายโอนงบประมาณกิจกรรมจัดซื้อวัสดุการศึกษา

¹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 300/2553 มีคำวินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน.

อาหารกลางวัน และอาหารเสริมที่ให้จัดซื้อนมพร้อมดื่มจากผู้ประกอบการแปรรูปนมที่มีสิทธิจำหน่ายนมพร้อมดื่มตามที่กรมปศุสัตว์กำหนดตามบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการ รายละเอียด เงื่อนไข และราคากลางตามหนังสือสั่งการของกรมการปกครอง โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีใช้โอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐอันมีลักษณะเป็นผู้กระทำการอันเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามนัยมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด และการที่บุคคลมีภูมิลำเนาาร่วมกันสืบเนื่องจากการเป็นบิดามารดากับบุตร และใช้เป็นสถานที่ประกอบธุรกิจเป็นกรณีตามปกติ ไม่ใช่เหตุสำคัญที่จะแสดงว่าการที่บุคคลใดมีภูมิลำเนาเช่นนี้จะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาซื้อขายนมดังกล่าวตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542

ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้การทำสัญญาซื้อขายนมดังกล่าวจะเป็นโครงการถ่ายโอนงบประมาณกิจกรรมจัดซื้ออาหารเสริม (นม) ที่ให้จัดซื้อนมจากผู้ประกอบการแปรรูปนมที่มีสิทธิจำหน่ายนมพร้อมดื่มตามที่กรมปศุสัตว์กำหนดตามบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการ รายละเอียด เงื่อนไข และราคาตามหนังสือสั่งการของกรมการปกครอง และแม้ไม่ปรากฏพฤติการณ์และการกระทำใดที่นายกเทศมนตรีใช้โอกาสสร้างประโยชน์ให้แก่ตนก็ตาม แต่ผู้ประกอบการแปรรูปนมที่มีสิทธิจำหน่ายนมพร้อมดื่มตามที่ปศุสัตว์กำหนดมิได้มีเพียงรายเดียว และกรณีนี้เป็นการจัดซื้อโดยวิธีตกลงราคาซึ่งเป็นอำนาจของนายกเทศมนตรีที่จะพิจารณาเลือกผู้ประกอบการตามรายชื่อดังกล่าว รายใดก็ได้ นายกเทศมนตรีย่อมตกอยู่ในสถานการณ์ที่ผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวมขัดแย้งกัน ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียได้ ดังนั้น การที่นายกเทศมนตรีเลือกบริษัทของลูกสาวตนมาเป็นคู่สัญญาย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบแล้ว ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยคดีนี้แตกต่างจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 509/2554 ทั้งที่เป็นกรณีนายกเทศมนตรีใช้ดุลพินิจเลือกบุตรสาวของตนเองเป็นคู่สัญญากับเทศบาลเหมือนกัน

5. กรณีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล เป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล แต่อยู่ในระหว่างต้องรับผิดชอบพร้อม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.456/2551

กรณีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ฟ้องคดี) ได้ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างในโครงการขององค์การบริหารส่วนตำบล และได้ส่งมอบงานตามสัญญาแล้ว ก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนตำบล แต่ผู้รับจ้างยังต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของงานภายในระยะเวลา 2 ปี นั้น ความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นการกำหนดหน้าที่

ความรับผิดชอบของผู้รับจ้างที่ต้องรับผิดชอบต่อการบริหารส่วนตำบลตามข้อกำหนดในสัญญาในการเรียกเรื่องค่าเสียหายเมื่อเกิดความชำรุดบกพร่องของงานตามสัญญาเท่านั้น นอกจากนี้ระหว่างดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลก็ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีพฤติการณ์โดยการใช้ตำแหน่งหน้าที่เข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 64/2 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องเป็นการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้รับจ้างที่ต้องรับผิดชอบต่อองค์การบริหารส่วนตำบลตามข้อกำหนดในสัญญาในการเรียกเรื่องค่าเสียหายเมื่อเกิดความชำรุดบกพร่องของงานตามสัญญาเท่านั้น กล่าวคือศาลปกครองเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่สัญญา และไม่ปรากฏว่านายกองค์การบริหารส่วนตำบลมีพฤติการณ์ใช้ตำแหน่งหน้าที่เข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาดังกล่าว จึงไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องเป็นการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้รับจ้างที่ต้องรับผิดชอบต่อองค์การบริหารส่วนตำบลตามข้อกำหนดในสัญญาเท่านั้น แต่การที่จะพิจารณาว่าผู้รับจ้างมีความรับผิดชอบดังกล่าวหรือไม่ เป็นอำนาจของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล และมีผลต่อคู่สัญญาที่จะได้รับคืนเงินหลักประกันสัญญาหรือไม่ด้วย ซึ่งในกรณีนี้นายกองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งเป็นสามีของผู้รับจ้างที่ทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล ย่อมอยู่ในสถานการณ์ที่อาจใช้ดุลพินิจเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นได้ จึงอาจกระทำการที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งศาลได้วินิจฉัยด้วยว่านายกองค์การบริหารส่วนตำบลไม่มีพฤติการณ์เข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาที่ อ.454/2551 ดังได้กล่าวไปแล้ว

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียโดยทางอ้อม ดังนี้ ในกรณีสมาชิกสภาท้องถิ่น ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาที่ อ. 76/2547 ซึ่งเป็นคำพิพากษาแรกๆ วินิจฉัยการมีส่วนได้เสียทางอ้อมของสมาชิกสภาเทศบาล โดยพิจารณาก่อนว่าสมาชิกสภาเทศบาลมีผลประโยชน์ส่วนตนหรือไม่ ซึ่งพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลคือสมาชิกสภาเทศบาลกับบุตรทั้งสองคนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าทำสัญญากับเทศบาล และศาลปกครองพิจารณาต่อไปว่าสมาชิกสภาเทศบาลมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวหรือไม่ หรือเข้าไปก้าวท้าวหรือแทรกแซงการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการวินิจฉัยเรื่องการมีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมตามแนวทางนี้ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 187/2548 ที่สมาชิกสภา

องค์การบริหารส่วนตำบลเข้าไปแทรกแซงสัญญาขององค์การบริหารส่วนตำบลคือเป็นผู้ซื้อของ สอบราคาและยื่นซองsobราคา มีพฤติการณ์ในลักษณะเป็นผู้ควบคุมงานและนำคณะกรรมการ ตรวจสอบการจ้างไปตรวจรับงาน โดยวินิจฉัยว่าเป็นการดำเนินกิจการแทนบุตรชายและบุตรชายของ สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการและหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ ทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 127-128/2552 ที่สมาชิกสภาเทศบาลเคยเป็นเจ้าของอู่รถยนต์มาก่อน แม้จะให้บุตรประกอบ กิจการแทน แต่ก็ถือว่ามีส่วนรู้เห็นในสัญญาที่บุตรของตนทำสัญญากับเทศบาล หรือกรณีที่สมาชิก สภาเทศบาลรับเงินค่าจ้างทำโคมไฟแทนบุตรของตน ก็ถือว่ามีส่วนรู้เห็นในสัญญาที่บุตรทำกับ เทศบาลเช่นกัน ดังนั้น หากไม่มีพฤติการณ์และการกระทำดังกล่าวก็ไม่เข้าข่ายเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 211/2553 อ. 212/2553 และ อ. 413/2553 แต่ถ้ามีพฤติการณ์ และการกระทำดังกล่าว ดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 57/2554 ที่สมาชิกสภาองค์การ บริหารส่วนตำบลได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการตรวจสอบการจ้างงานของห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งมีมารดา เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแล้วตรวจรับทั้งที่งานผิดรูปแบบ และรายการตามสัญญาถือเป็นผู้มีส่วน ได้เสีย

สำหรับผู้บริหารท้องถิ่นนั้นย่อมถือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนั้น ในระยะแรกศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาที่ อ. 90/2549 วินิจฉัยว่า การที่นายกเทศมนตรีเลือกบุตรสาวนายกเทศมนตรีเข้าทำสัญญากับเทศบาล นายกเทศมนตรีย่อมมี ส่วนได้เสีย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดให้ความหมายการมีส่วนได้เสียในสัญญาเหมือนกับหลักการ ไม่เป็นกลาง แต่ต่อมาศาลปกครองสูงสุดมีแนวโน้มจะพิจารณาด้วยว่าผู้บริหารท้องถิ่นมีพฤติการณ์ และการกระทำแทรกแซงหรือก้าวก่ายการปฏิบัติตามสัญญาจนมีการใช้ดุลพินิจเพื่อผลประโยชน์ ของตนเองหรือผู้อื่นหรือไม่ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 377/2550 ที่วินิจฉัยว่า นายกเทศมนตรีไม่มีพฤติการณ์ที่ใช้โอกาสในตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน และคำพิพากษาศาล ปกครองสูงสุดที่ อ. 456/2551 และล่าสุดคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 509/2554 ก็ได้วินิจฉัย ในทำนองเดียวกัน

ส่วนคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่า¹⁷ ในการที่จะพิจารณาว่าสมาชิกผู้ใด มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญาสมาชิกผู้นั้นจะได้รับ ประโยชน์โดยตรงหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญา

¹⁷ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545.

ในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อคนในทางอ้อมอันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่อาจจะเป็นความสัมพันธ์ดังนี้

1) ความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทน ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดา หรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น

2) ความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งสามารถครอบงำกิจการได้ และ

3) ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกายังมีความเห็นอีกว่า หากมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ก็ตามที่พิจารณาได้ว่านายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด มีความสัมพันธ์ในเชิงผลประโยชน์จากสัญญาขององค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือกระทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่ว่าจะโดยผลของการปฏิบัติตามสัญญานั้น หรือความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อคนในทางใดแล้วก็ตามก็ย่อมถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

จึงเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกามีแนวทางในการวินิจฉัยที่ค่อนข้างเคร่งครัดกว่าศาลปกครองเพราะพิจารณาแต่เพียงว่าผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นมีผลประโยชน์ส่วนตนทางสัมพันธ์ด้านต่างๆ หรือไม่เท่านั้น

กฎหมายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศอังกฤษได้ให้ความหมายของผลประโยชน์ได้เสียทางการเงินว่าหมายถึงผลประโยชน์ได้เสียทางตรงและทางอ้อม ซึ่งการมีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมในสัญญา ร่างสัญญา หรือกรณีอื่นใดถือว่ามีส่วนได้เสียทางการเงินด้วย ดังนี้

1) ในกรณีคู่สมรสที่อยู่ร่วมกัน ผลประโยชน์ของคู่สมรสคนหนึ่ง หากอีกคนหนึ่งรู้ดีว่าเป็นผลประโยชน์ของอีกคนหนึ่งด้วยเช่นกัน

2) เป็นหรือได้รับการเสนอชื่อให้เป็นสมาชิกของบริษัทหรือองค์การใด ซึ่งกำลังทำสัญญาหรือมีส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรงในกรณีเฉพาะใดๆ อยู่ภายใต้การพิจารณาของสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้นั้น

3) เป็นหุ้นส่วนหรือเป็นการประกอบอาชีพของบุคคลซึ่งกำลังทำสัญญา หรือมีส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรงในกรณีเฉพาะใดๆ ที่อยู่ภายใต้การพิจารณาของสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้นั้น

สำหรับกรณีไม่ถือว่ามีส่วนได้เสียทางอ้อม คือ การเป็นสมาชิกหรือประกอบอาชีพในองค์การมหาชนหรือของบริษัทหรือองค์การอื่นใด โดยไม่มีค่าตอบแทนในฐานะผู้รับประโยชน์ในหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัทหรือองค์การดังกล่าว

กรณีเห็นได้ว่าในประเทศอังกฤษนั้นได้ให้ความหมายของคำว่ากรมมีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมในสัญญาไว้ด้วยจึงทำให้เข้าใจถึงความหมายของคำดังกล่าวได้ดีขึ้น และง่ายต่อการไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองในระยะหลังแล้ว พบว่าสอดคล้องกับองค์ประกอบของการขัดกันแห่งประโยชน์ที่กำหนดว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์เกิดขึ้นต่อเมื่อองค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีประโยชน์ส่วนบุคคลซึ่งอาจเป็นผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงินก็ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นของตนเองหรือของผู้อื่น หรือกลุ่มบุคคลอื่นๆ ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

ประการที่สอง ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีหน้าที่และความรับผิดชอบทางตำแหน่งราชการหรือตำแหน่งสาธารณะซึ่งต้องมีความเป็นกลาง และยึดประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญเหนือกว่าผลประโยชน์ส่วนบุคคล

ประการที่สาม ต้องมีสถานการณ์ที่เข้ามาแทรกแซงการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลางจนทำให้การตัดสินใจในตำแหน่งหน้าที่ของตนนั้นเบี่ยงเบนไป

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา คำนियามกรมมีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศอังกฤษ และองค์ประกอบของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าคำว่ากรมมีส่วนได้เสียทางอ้อมมีหลักเกณฑ์การพิจารณา ดังนี้

- 1) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นมีอำนาจ และหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาที่ทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่
- 2) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นมีผลประโยชน์ทั้งที่เป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงิน และไม่ว่าจะเป็นของตนเองหรือผู้อื่นหรือไม่ โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์เชิงบริหาร ความสัมพันธ์เชิงทุน และความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล
- 3) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นได้ใช้อำนาจหน้าที่หรือได้แทรกแซงหรือก้าวก่ายการปฏิบัติตามสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจนทำให้อยู่ในสถานการณ์ที่อาจใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นหรือไม่

กรณีเห็นได้ว่าเมื่อสามารถแยกแยะหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงการมีส่วนได้เสียทางอ้อมได้แล้ว ย่อมทำให้เข้าใจความหมายของผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมมากขึ้น

4.3.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เห็นได้ว่า มาตรการควบคุมการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีห้ามมีส่วนได้เสียมีปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนซึ่งมีการขอความเห็นจากคณะกรรมการกฤษฎีกาและเป็นคดีที่ฟ้องต่อศาลปกครองจำนวนมาก ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนของความหมายของคำว่า “การมีส่วนได้เสีย” จึงควรกำหนดคำนิยามของคำว่า “การมีส่วนได้เสียทางตรงและทางอ้อม” ให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ความหมายของผลประโยชน์ได้เสียโดยทางอ้อมของประเทศอังกฤษ และองค์ประกอบของหลักการว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ประกอบกัน กรณีจึงควรบัญญัตินิยามความหมายของคำว่า ผู้มีส่วนได้เสียทางตรงและทางอ้อมในกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉบับต่างๆ ดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ควรเพิ่มเติมมาตรา 4/1 เพื่อให้มีคำนิยามของคำว่า การมีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อม โดยใช้ข้อความทำนองนี้

มาตรา 4/1 ในพระราชบัญญัตินี้

“การมีส่วนได้เสียทางตรง” หมายความว่า การเข้าเป็นผู้สัญญากับเทศบาล หรือการเป็นผู้ถือหุ้น หรือหุ้นส่วน ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือเป็นเจ้าของกิจการที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล

“การมีส่วนได้เสียทางอ้อม” หมายความว่า การใช้อำนาจหน้าที่ หรือการแทรกแซงหรือก้าวล่วงการปฏิบัติตามสัญญาของเทศบาล เพื่อให้ผลประโยชน์ตามสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น

นอกจากนี้ควรแก้ไขมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุตศ เพื่อให้มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียด้วย ดังนี้

มาตรา 18 ทวิ ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมเป็นวรรคสอง และใช้ข้อความทำนองนี้

“บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม มิให้ใช้บังคับในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของเทศบาล อันเนื่องมาจากไม่อาจหาผู้ประกอบกิจการรายอื่นได้”

มาตรา 48 จตุตศ ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมเป็นวรรคสาม โดยใช้ข้อความทำนองเดียวกัน

2) พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

ควรบัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 4 เพื่อให้มีคำนิยามของคำว่า การมีส่วนได้เสียโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยใช้ข้อความทำนองนี้

“การมีส่วนได้เสียทางตรง” หมายความว่า การเข้าเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล หรือการเป็นผู้ถือหุ้น หรือหุ้นส่วน ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือเป็นเจ้าของกิจการที่เป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล

“การมีส่วนได้เสียทางอ้อม” หมายความว่า การใช้อำนาจหน้าที่ หรือการแทรกแซง หรือก้าวล่วงการปฏิบัติตามสัญญาขององค์การบริหารส่วนตำบล เพื่อให้ผลประโยชน์ตามสัญญา เป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น

นอกจากนี้ควรแก้ไขมาตรา 47 ตรี และมาตรา 64/2 เพื่อให้มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียด้วย ดังนี้

มาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (6) ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสอง และใช้ข้อความทำนองนี้

“บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม มิให้ใช้บังคับในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ขององค์การบริหารส่วนตำบล อันเนื่องมาจากไม่อาจหาผู้ประกอบกิจการรายอื่นได้”

มาตรา 64/2 ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสาม และใช้ข้อความทำนองเดียวกัน

3) พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

ควรบัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 5 เพื่อให้มีคำนิยามของคำว่าการมีส่วนได้เสียโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยใช้ข้อความทำนองนี้

“การมีส่วนได้เสียทางตรง” หมายความว่า การเข้าเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือการเป็นผู้ถือหุ้น หรือหุ้นส่วน ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือเป็นเจ้าของกิจการที่เป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัด

“การมีส่วนได้เสียทางอ้อม” หมายความว่า การใช้อำนาจหน้าที่ หรือการแทรกแซง หรือก้าวล่วงการปฏิบัติตามสัญญาขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เพื่อให้ผลประโยชน์ตามสัญญา เป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น

นอกจากนี้ควรแก้ไขมาตรา 11 และมาตรา 44/3 เพื่อให้มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียด้วย ดังนี้

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง (5) ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสอง และใช้ข้อความทำนองนี้

“บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม มิให้ใช้บังคับในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด อันเนื่องมาจากไม่อาจหาผู้ประกอบกิจการรายอื่นได้”

มาตรา 44/3 ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสาม และใช้ข้อความทำนองเดียวกัน

4) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

ควรบัญญัติเพิ่มเติมเป็นมาตรา 4/1 เพื่อให้มีคำนิยามของคำว่า การมีส่วนได้เสีย โดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยใช้ข้อความทำนองนี้

มาตรา 4/1 ในพระราชบัญญัติ ดังนี้

“การมีส่วนได้เสียทางตรง” หมายความว่า การเข้าเป็นคู่สัญญากับกรุงเทพมหานคร หรือการเป็นผู้ถือหุ้น หรือหุ้นส่วน ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือเป็นเจ้าของกิจการที่เป็นคู่สัญญากับกรุงเทพมหานคร

“การมีส่วนได้เสียทางอ้อม” หมายความว่า การใช้อำนาจหน้าที่ หรือการแทรกแซง หรือก้าวก่ายการปฏิบัติตามสัญญาของกรุงเทพมหานคร เพื่อให้ผลประโยชน์ตามสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น

นอกจากนี้ควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 22 และมาตรา 51 เพื่อให้มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียด้วย ดังนี้

มาตรา 22 ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสอง และใช้ข้อความทำนองนี้

“บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม มิให้ใช้บังคับในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของกรุงเทพมหานคร อันเนื่องมาจากไม่อาจหาผู้ประกอบกิจการรายอื่นได้”

มาตรา 51 ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสาม และใช้ข้อความทำนองเดียวกัน

5) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

ควรบัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 5 เพื่อให้มีคำนิยามของคำว่า การมีส่วนได้เสียโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยใช้ข้อความทำนองนี้

“การมีส่วนได้เสียทางตรง” หมายความว่า การเข้าเป็นคู่สัญญากับเมืองพัทยา หรือการเป็นผู้ถือหุ้น หรือหุ้นส่วน ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือเป็นเจ้าของกิจการที่เป็นคู่สัญญากับเมืองพัทยา

“การมีส่วนได้เสียทางอ้อม” หมายความว่า การใช้อำนาจหน้าที่ หรือการแทรกแซง หรือก้าวก่ายการปฏิบัติตามสัญญาของเมืองพัทยา เพื่อให้ผลประโยชน์ตามสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น

นอกจากนี้ควรแก้ไขมาตรา 18 และมาตรา 49 เพื่อให้มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียด้วย ดังนี้

มาตรา 18 ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสอง และใช้ข้อความทำนองนี้

“บทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม มิให้ใช้บังคับ
ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของเมืองพัทยา อันเนื่องมาจากไม่อาจหาผู้ประกอบการ
รายอื่นได้”

มาตรา 49 ควรแก้ไขโดยบัญญัติเพิ่มเติมให้มีวรรคสอง โดยใช้ข้อความทำนองเดียวกัน