

การชดกันแห่งผลประโยชน์ และ มาตรา ๑๐๐



โดย
ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์
กรรมการปฏิรูปกฎหมาย

การขัดกันแห่งผลประโยชน์

และ

มาตรา ๑๐๐

พ.ร.บ. ป.ป.ช.

โดย

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์

กรรมการปฏิรูปกฎหมาย



คำนำ

ผู้เขียนเลือกศึกษาวิจัยเรื่อง “การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม” หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์นี้ ด้วยเหตุผลหลายประการ

ประการแรก อันเป็นจุดเริ่มต้นความสนใจของผู้เขียน คือ เรื่องการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ ผู้ขายต้องเสียภาษีหรือไม่ ในขณะนั้นผู้เขียนทำหน้าที่คณบดีคณะนิติศาสตร์ มีศิษย์เก่าโทรศัพท์มาหาหรือในประเด็นที่ว่า การที่นายกรัฐมนตรียขายหุ้นได้เงินจำนวนมหาศาล แต่ไม่ต้องเสียภาษีนั่น ถูกต้องหรือไม่ ? เหมาะสมหรือไม่ ? เป็นเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่ ? ผู้เขียนตอบศิษย์เก่าไปว่า มิได้เป็นผู้เชี่ยวชาญเรื่องกฎหมายภาษี ทราบเพียงหลักการพื้นฐานเท่านั้นว่า การซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ มีกฎหมายยกเว้นไว้ ทำให้ไม่ต้องเสียภาษี (Capital Gain Tax) กรณีตามปัญหาจะเข้าเกณฑ์ยกเว้นทำให้ไม่ต้องเสียภาษีหรือไม่อย่างไร ไม่ทราบแน่ชัด แต่คณะนิติศาสตร์มีหน้าที่ให้บริการทางวิชาการแก่สังคมอยู่แล้ว จึงได้จัดให้มีการสัมมนาวิชาการในเรื่อง “ภาษีจากการซื้อขายหุ้น” โดยมีคณาจารย์ในคณะที่เชี่ยวชาญเรื่องภาษี ๒ ท่าน และผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกมาร่วมสัมมนาอภิปราย และได้เชิญศิษย์เก่าและประชาชนที่สนใจมารับฟัง จำได้ว่ามีผู้เข้าร่วมรับฟังและแสดงความคิดเห็นเนื่องแน่นมาก สำหรับประเด็นที่ว่า เป็นการกระทำที่เหมาะสมหรือไม่ และคำถามที่ว่า เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่ การสัมมนาในครั้งนั้นมิได้ตอบประเด็นนี้ชัดเจน แต่ก็ทำให้ผู้เขียนสนใจเริ่มศึกษาค้นคว้า

ประการที่สอง ผู้เขียนได้รับฟังอยู่เสมอ ๆ และบางครั้งก็ปรากฏเป็นข้อเขียนเป็นใจความทำนองว่า “การขัดกันแห่งผลประโยชน์เท่ากับคอร์รัปชัน” หรือ “การขัดกันแห่งผลประโยชน์คือการคอร์รัปชันรูปแบบหนึ่ง” “การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดของเจ้าหน้าที่ของรัฐคือการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ต้องหลีกเลี่ยง” “การที่อัยการไปเป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจคือการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ส่วนรวม” “การที่ปลัดกระทรวงที่กำกับดูแลด้านพลังงาน ไปเป็นประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับเรื่องพลังงานเป็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน” ฯลฯ จนดูเหมือนว่ามีบุคคลจำนวนไม่น้อย มีความคิดความเห็นว่าการกระทำต่าง ๆ ซึ่งตนเห็นว่าไม่เหมาะสมนั้นเป็นเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไปเสียหมด ซึ่งทำให้ผู้เขียนอดสงสัยไม่ได้ว่า แท้จริงแล้วเป็นเช่นนั้นหรือไม่ อย่างไร ความสงสัยนี้เป็นตัวเร่งให้ผู้เขียนศึกษาโดยการอ่าน หนังสือ ตำรา บทความจากแหล่งต่าง ๆ หนังสือ ตำรา ที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์มากขึ้น

ประการต่อมา ผู้เขียนได้มีโอกาสทำหน้าที่เป็นอนุกรรมการกฎหมายและระเบียบของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ซึ่งทำให้ได้มีโอกาสในการเสนอความเห็นและตอบปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งประโยชน์หลายครั้ง รวมทั้งได้รับเกียรติจาก ป.ป.ช. ให้ไปทำหน้าที่วิทยากรอธิบายและเสนอความเห็นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๐ และมาตรา ๑๐๓ อยู่หลายครั้งตามภูมิภาคต่าง ๆ

ทั่วประเทศ ตามโครงการสัมมนาของป.ป.ช. อันทำให้มีโอกาสแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและมุมมองกับผู้ทรงคุณวุฒิอื่น ๆ มากขึ้น

หนังสือเล่มนี้ต้องการทำความเข้าใจในประเด็นเรื่องแนวคิดหรือหลักการสำคัญของการขัดกันแห่งผลประโยชน์อย่างเป็นระบบอย่างน้อยใน ๔ ประเด็นคือ ๑.การขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือ Conflict of Interest มีความหมายว่าอย่างไร ๒.มีลักษณะและองค์ประกอบอย่างไร ๓.Conflict of Interest เกี่ยวข้องกับการทุจริตคอร์รัปชันอย่างไร และ ๔.ที่กล่าวกันเสมอ ๆ ว่าเรื่องนั้น เรื่องนี้เป็น Conflict of Interest นั้น แท้จริงแล้ว ใช่หรือไม่ และเพื่อให้อ่านง่าย ๆ สบาย ๆ หนังสือเล่มนี้จึงเขียนและจัดพิมพ์ในรูปแบบของหนังสืออ่านเล่น (Pocket book) มีเนื้อหาไม่ยาวเกินไปนัก เรียงลำดับหัวข้อแบบหนังสืออ่านเล่น และมีภาพประกอบบ้างเพื่อพักสายตา

อนึ่ง ผู้เขียนขอย้ำว่า ความมุ่งหมายของหนังสือนี้ต้องการศึกษาและอธิบายแนวคิดของการขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นหลัก มิได้มุ่งประสงค์อธิบายตัวบทกฎหมายซึ่งมีอยู่มากมายและหลากหลาย เพราะเห็นว่ากฎหมายจะต้องเป็นผลพวงมาจากแนวคิดหรือหลักคิดในเรื่องนั้น ๆ โดยตรง พุดง่าย ๆ ก็คือ หลักคิดหรือแนวความคิดต้องชัดเจนถูกต้องก่อน กฎหมายตลอดจนการใช้การตีความกฎหมายที่สืบเนื่องจากแนวความคิดนั้นจึงจะมีโอกาสถูกต้อง อย่างไรก็ตามในฐานะนักกฎหมายก็ต้องกล่าวถึงตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ไว้บ้าง กอปรกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้ออกประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนิน

กิจการตามความในมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๕ กำหนดเพิ่มเติมให้ตำแหน่ง ผู้บริหารท้องถิ่น และรองผู้บริหารท้องถิ่น เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติตาม มาตรา ๑๐๐ ด้วย นอกจากนี้เดิมที่กำหนดเพียงตำแหน่งนายก รัฐมนตรีและรัฐมนตรี ซึ่งมีผลให้ผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น และคู่สมรส รวมประมาณกว่า ๔๖,๐๐๐ คน ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๑๐๐ ผู้เขียนจึงได้กล่าวถึงมาตรา ๑๐๐ ไว้ด้วย

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนใคร่ขอแจ้งว่า การเลือกทำการศึกษาวิจัย เรื่องนี้ มิใช่เพราะคิดว่าตนเองเป็นคนดีที่มีคุณธรรมจริยธรรมสูงหรือ ดำรงตนดีไม่มีประเด็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนผ่านเข้ามาแต่อย่างใด ผู้เขียนเป็นเพียงมนุษย์ปุถุชนบุคคลธรรมดาที่อาจมีถูกมีผิดบ้าง ลืมบ้างหลงบ้าง รอบคอบบ้าง เลินเล่อบ้าง แต่มั่นใจว่าไม่ใช่คนร้าย คนเลว ที่ทำการศึกษารื่องนี้มีได้หวังจะตำหนิใคร หวังเพียง ความกระจ่างในทางวิชาการ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการบัญญัติ กฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย และการปฏิบัติตามกฎหมาย ต่อไป และโดยเหตุนี้ผู้เขียนจึงอนุญาตให้ป.ช. ดำเนินการจัดพิมพ์ หนังสือเล่มนี้เพื่อเป็นวิทยาทาน

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์
กรรมการปฏิรูปกฎหมาย

สารบัญ

ประเทศไทยกับปัญหาทฤษฎีจรรยาบรรณวิชาชีพ	๑
ความสำคัญของปัญหา Conflict of interest	๔
กฎหมาย หลักศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม กับ Conflict of Interest	๗
กฎหมายคืออะไร?	๗
กฎหมายมีจุดหมายปลายทางอยู่ที่ความถูกต้องและความยุติธรรม	๑๒
กฎหมายใช้บังคับกับทุกคนเสมอหน้ากัน	๑๕
กฎหมายไม่ใช่ใจกับความดี ความเลว ?	๑๗
ศีลธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี กับกฎหมาย	๑๙
กฎหมาย : กฎศีลธรรม : กฎแห่งกรรม	๒๑

Conflict of interest คืออะไร ?

Conflict of interest คืออะไร ?	๒๗
การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลกับ	๒๙
ผลประโยชน์ส่วนรวม	
ตัวอย่างสถานการณ์ที่มีผู้กล่าวว่าเป็น	๓๐
การขัดกันแห่งผลประโยชน์	
ความหมายของการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตน	๓๕
และผลประโยชน์ส่วนรวม	
การรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์	๔๒
ลักษณะและองค์ประกอบของการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตน	๔๕
และผลประโยชน์ส่วนรวม	
หากไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้อง	๔๗
ก็ไม่ใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม	

ความสำคัญและความสัมพันธ์ระหว่างการขัดกันของผลประโยชน์	๖๘
ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม	
กับการทุจริตคอร์รัปชัน	
สถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์	๖๙
การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ที่อาจยอมรับได้	๙๘
การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้	๑๐๒
การขัดกันแห่งผลประโยชน์ กับมาตรฐานในการพิจารณาวินิจฉัย	๑๐๗
กฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์	๑๐๙

มาตรา ๑๐๐ พ.ร.บ. ป.ป.ช.

การขัดกันแห่งผลประโยชน์ กับมาตรา ๑๐๐ พ.ร.บ. ป.ป.ช.	๑๒๕
ความผิดตาม มาตรา ๑๐๐ (๑)	๑๒๙
ข้อยกเว้น มิให้นำมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับ	๑๖๙
การกระทำความผิดตามมาตรา ๑๐๐	๑๗๐
นอกจากมีโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ยังให้ถือว่าทุจริต	

ปัญหาการใช้การตีความ ๑๗๔

บทสรุป ๑๗๖

ความส่งท้าย ๑๗๗

บรรณานุกรม ๑๗๘

ประเทศไทยกับปัญหาทุจริตคอร์รัปชัน

การทุจริตคอร์รัปชันเป็นปัญหาที่มีอยู่ในสังคมไทยเป็นเวลานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกล่าวถึงการทุจริตคอร์รัปชันในภาครัฐ ซึ่งผลกระทบหรือผลร้ายของปัญหาดังกล่าวเป็นที่เห็นได้ประจักษ์ว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศชาติไม่เจริญก้าวหน้าเท่าที่ควรจะเป็น เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้รัฐบาลแทบทุกรัฐบาลถูกอภิปรายไม่ไว้วางใจและนำไปสู่การลาออกหรือการยุบสภาผู้แทนราษฎร ทำให้การบริหารประเทศต้องหยุดชะงัก และเป็นหนึ่งในสาเหตุหลักของการปฏิวัติรัฐประหารในประเทศไทยแทบทุกครั้งที่ผ่านมา และประเทศไทยได้ถูกจัดอันดับให้เป็นประเทศในกลุ่มที่มีปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันค่อนข้างมาก^๑

รัฐบาลได้พยายามที่จะป้องกันแก้ไขโดยกำหนดเป็นนโยบายและแผนงานต่าง ๆ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติเพื่อแก้ไขปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันแต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จจนกระทั่งต้องจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาโดยเฉพาะในปี พ.ศ. ๒๕๑๘ คือ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป)^๒ เพื่อทำหน้าที่โดยตรงในการป้องกันและปราบ

^๑ โปรดดู <http://www.transparency.org> และนอกจากนี้โปรดดูสถานการณ์การทุจริตในสังคมไทย จากโครงการประชาศึกษาและชุมชนสัมพันธ์, คู่มือเจ้าหน้าที่ของรัฐสังกัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต, ๒๕๕๐) หน้า ๑.

^๒ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป.) แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ มาตรา ๖๖ โดยมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ๒๕๑๘

ปราชญ์การทุจริตคอร์รัปชันในภาครัฐ อย่างไรก็ตามแม้ภายหลังที่ได้มีการจัดตั้ง สำนักงาน ป.ป.ป. แล้วปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันก็มิได้ลดลงแต่ประการใด จนกระทั่งได้มีการปรับเปลี่ยนและจัดตั้งสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) มีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ขึ้นแทน

ในส่วนของกฎหมายนั้น นอกจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว ยังมีพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายฉบับที่บัญญัติขึ้นมาโดยมีเจตนารมณ์ต้องการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันโดยตรง อาทิ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. ๒๕๔๓ พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๑ ฯลฯ เป็นต้น อย่างไรก็ตามปัญหาในเรื่องการทุจริตคอร์รัปชันก็มิได้ลดน้อยลง

ปัญหาเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันยังคงเป็นปัญหาสำคัญ และเป็นปัญหาที่เรื้อรังอันทำให้ประเทศชาติไม่พัฒนาเจริญก้าวหน้าเท่าที่ควร พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ ได้ทรงมีพระราชดำรัสในโอกาสต่าง ๆ เพื่อให้รัฐบาลและประชาชนตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว

“ท่านต้องห้ามไม่ให้มีการทุจริตขึ้น ถ้าทุจริต แม้แต่นิดเดียวก็
ขอแข่ง แข่งให้มีอันเป็น พุดอย่างนี้หยาบคาย แต่ว่าขอให้มี .. อันเป็น
แต่ถ้าไม่ทุจริต สุจริตและมีความตั้งใจจะทำ ขอให้ต่ออายุไปถึง ๑๐๐ ปี
หรือถ้าอายุมากแล้ว ก็แข็งแรง ประเทศไทยก็จะรอดพ้นอันตราย
อย่างมาก”^๓

“กฎหมายนี้มีช่องโหว่เสมอ ถ้าเราถือโอกาสในการมีช่องโหว่
ของกฎหมายเพื่อการทุจริตนั้นเป็นสิ่งที่เลวทราม และทำให้นำไปสู่
ความหายนะ แต่ถ้าใช้ช่องโหว่ในกฎหมายเพื่อสร้างสรรค์ก็เป็นการ
ป้องกันมิให้ใช้ช่องโหว่ของกฎหมายในทางทุจริต”^๔

“..ข้าพเจ้าขอฝากคติไว้เป็นเครื่องกำกัใจ มีคุณธรรมข้อ
หนึ่งที่สำคัญ ซึ่งท่านต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดอยู่เสมอ คือความสัตย์
สุจริต ประเทศบ้านเมืองจะวัฒนาถาวรอยู่ได้ก็ย่อมอาศัยความสัตย์
สุจริตเป็นพื้นฐาน ขอให้มันอยู่ในคุณธรรมทั้ง ๓ ประการคือ สุจริตต่อ
บ้านเมือง สุจริตต่อประชาชน และสุจริตต่อหน้าที่ ท่านจึงจะเป็นผู้ที่
ควรแก่การสรรเสริญของมวลชนทั่วไป”^๕

^๓ พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลปัจจุบัน
พระราชทานเมื่อวันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๔๖

^๔ พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลปัจจุบัน
พระราชทานเมื่อวันที่ ๗ มกราคม ๒๕๒๓

^๕ พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลปัจจุบัน
พระราชทานเมื่อวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๔๗

ความสำคัญของปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันและผลกระทบไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะในประเทศเท่านั้น แม้ในสังคมระหว่างประเทศก็ให้เห็นถึงความร้ายแรงของปัญหาดังกล่าว จึงได้มีความพยายามและความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศมากมาย^๖ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเกิดขึ้นของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. ๒๐๐๓ (United Nations Convention Against Corruption) ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศในการต่อต้านการคอร์รัปชัน

ความสำคัญของปัญหา Conflict of interest

การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of interest) หรือ ที่ผู้เขียนเรียกสั้น ๆ ว่าการขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้น เป็นเรื่องที่สำคัญอันเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการทุจริตคอร์รัปชัน กล่าวคือเป็นที่ยอมรับกันว่ายังมีสถานการณ์หรือสภาวะการณ์ของการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมมากเท่าใด ก็ยังมีโอกาสก่อให้เกิดหรือนำไปสู่

^๖ อาทิเช่น Inter-American Convention Against Corruption ๑๙๙๖, OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions ๑๙๙๗, Convention on the Fight Against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Members States ๑๙๙๗, United Nations Convention Against Transnational Organised Crime ๒๐๐๐ (UNCTOC) เป็นต้น

การทุจริตคอร์รัปชันมากเท่านั้น^๗ ดังนั้นจึงควรมีมาตรการในการป้องกันไม่ให้เกิดสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์เกิดขึ้น หรือเมื่อเกิดขึ้นแล้วก็ต้องควบคุม ตรวจสอบ เพื่อให้มั่นใจได้ว่าจะไม่นำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันหรือทำให้ส่วนรวมต้องเสียหาย^๘

มาตรการหนึ่งในการป้องกันและจัดการกับปัญหาการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมก็คือ การตรากฎหมายออกมาบังคับใช้ ซึ่งนับวันก็จะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ออกมาใช้บังคับมากขึ้นเรื่อย ๆ อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๒ และมาตรา ๒๖๕ ถึงมาตรา ๒๖๙ พระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๐

แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้ตราออกมาด้วยวัตถุประสงค์โดยภาพรวมเหมือนกันคือต้องการจัดการกับปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายแต่ละฉบับได้ตราออกมา

^๗ Asean Development Bank, Managing Conflict of Interest Frameworks, Tools, and Instruments for Preventing, Detecting, And Managing Conflict of Interest, Proceeding of the ๕th Regional Seminar on Making International Anti-Corruption Standards Operational, held in Jakarta, Indonesia on ๖-๗ August ๒๐๐๗ and hosted by the Corruption Eradication Commission (KPK) Indonesia Published by the Asian Development Bank at p. ๓, ๕.

^๘ สหประชาชาติโดยอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. ๒๐๐๓ ได้กำหนดให้ประเทศภาคีแต่ละประเทศพึงใช้ความพยายามที่จะจัดให้มี รักษาและสร้างเสริมระบบซึ่งส่งเสริมความโปร่งใส และป้องกันปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โปรดดู <http://www.unodc.org>

ต่างกรรม ต่างวาระกัน ใช้ถ้อยคำไม่เหมือนกัน หรือใช้ถ้อยคำกว้าง
แคบแตกต่างกันออกไป จึงก่อให้เกิดปัญหาการใช้การตีความ
กฎหมายอย่างมาก บางกรณีก็มีข้อโต้เถียงว่าบทบัญญัติกฎหมายนั้น
ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จึงทำให้เกิดความสับสนและ
การโต้แย้งโต้เถียงเป็นอย่างมากว่า อะไรและอย่างไรเป็นการขัดกัน
ของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม

เพื่อที่จะเข้าใจและสามารถใช้และตีความกฎหมาย รวมตลอด
ถึงสามารถตรากฎหมายอันเกี่ยวกับการขัดกันของผลประโยชน์ส่วน
ตนและผลประโยชน์ส่วนรวมได้อย่างถูกต้อง ชัดเจน ผู้เขียนจึงเห็นว่า
มีความจำเป็นต้องเข้าใจความหมาย องค์ประกอบและขอบเขตของ
การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม
ความสำคัญของการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์
ส่วนรวมและความเกี่ยวเนื่องกับการทุจริตคอร์รัปชัน อะไรบ้าง
ที่คล้ายกับการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วน
รวม เพื่อจะได้เป็นพื้นฐานเพื่อนำไปสู่การใช้และการตีความกฎหมาย
หรือการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้ชัดเจน
และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นต่อไป

กฎหมาย หลักศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม กับ Conflict of Interest

เพื่อที่จะเข้าใจเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ การทำความเข้าใจว่ากฎหมายคืออะไร กฎหมายเกี่ยวข้องกับสัมพันธกับศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม อย่างไร การขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นเรื่องของศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรมหรือไม่ อย่างไร และที่สำคัญเกี่ยวข้องกับอย่างไรกับการทุจริตคอร์รัปชัน ผู้เขียนจะได้อธิบายเป็นลำดับไป ดังนี้

กฎหมายคืออะไร?

เสด็จในกรมฯ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้อธิบายว่า กฎหมายคือ “คำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน ต่อบรรณการทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้ว ตามธรรมดาต้องโทษ”^๙

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย อธิบายว่า “กฎหมายตามเนื้อความได้แก่ข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ”^{๑๐}

นักวิชาการรัฐศาสตร์กล่าวว่า กฎหมายคือ “กฎกติกาที่สังคมตราขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการอยู่ร่วมกันในสังคม มีการห้ามไม่ให้กระทำการบางอย่างซึ่งจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนให้กับผู้อื่น เช่น การลักทรัพย์ การทำร้ายร่างกาย หรือกำหนดให้มีการกระทำเช่น

^๙ ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กรมหลวง, เลกเซอร์ของพระเจ้าพี่ยาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (พระนคร : กรุงเทพ บรรณาการ, ๒๔๖๘) หน้า ๒.

^{๑๐} หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายประกาย, ๒๕๔๘) หน้า ๖๗.

ต้องมีการเสียภาษี การบังคับผู้ปกครองให้ลูกเรียนหนังสือที่เรียกว่าการศึกษาภาคบังคับ การบังคับให้ผู้ชายที่อายุถึงเกณฑ์ต้องเป็นทหาร เป็นต้น”^{๑๑}

พจนานุกรมไทย ได้ให้ความหมายของกฎหมาย ไว้ว่าหมายถึง “กฎที่สถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐตราขึ้น หรือที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศ เพื่อใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตาม หรือเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือระหว่างบุคคลกับรัฐ”^{๑๒}

กฎหมายคืออะไรนั้น ในทางวิชาการสามารถให้คำตอบได้หลากหลายแตกต่างกัน^{๑๓} เพื่อให้สะดวกและเข้าใจง่ายขึ้น กฎหมายสามารถมองได้หลายมุม ในแง่มุมหนึ่งกฎหมายคือกฎกติกาที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างสงบสุข อาทิเช่น กฎหมายอาญาบัญญัติห้ามไม่ให้ทำร้ายร่างกายคนอื่น ไม่ให้ลักทรัพย์ไม่ให้ทำตาต่อกัน^{๑๔} ไม่ใช่กำลังแก้แค้นกันเอง กฎหมายจราจรทางบก

^{๑๑} ลิขิต ธีรเวคิน, “กฎหมายและการปฏิรูปกฎหมาย” หนังสือพิมพ์สยามรัฐ ฉบับที่ ๒๑๕๐๗ ปีที่ ๖๒ วันพฤหัสบดีที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๕๕ หน้า ๕.

^{๑๒} พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๔๒ หน้า ๔.

^{๑๓} โปรดดูเพิ่มเติม อาทิเช่น ชานินทร์ กรัยวิเชียร, กฎหมายกับความยุติธรรม, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๔๗) หน้า ๑, ๙, ๑๐. พิเศษฐ์ เมลาพันธ์และทีมวิจัย, “ตุลาการภิวัตน์ คลื่น ๓ ลูก” หน้าแรกของกฎหมายในสังคม” วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๙๑ มกราคม ๒๕๕๑ หน้า ๔๘-๔๙. ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลีกทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๕, ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, ๒๕๒๖, หน้า ๑๓ - ๑๕

^{๑๔} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๕ มาตรา ๓๓๔ มาตรา ๓๙๓

บัญญัติห้ามขับรถฝ่าไฟแดง ให้ขับรถชิดซ้าย^{๑๕} ไม่ขับรถไปพูดโทรศัพท์ไปโดยไม่มีอุปกรณ์ช่วย^{๑๖} หากไม่มีกฎหมายเหล่านี้ก็ยากที่สังคมจะอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข

ในอีกแง่มุมหนึ่งกฎหมายเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศ เพื่อให้รัฐมีกลไกหรือเครื่องมือที่ใช้ในการบริหารประเทศเพื่อทำให้ประเทศมีความเจริญก้าวหน้า มีประสิทธิภาพ มีระบบต่าง ๆ ในทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองที่ดี อาทิเช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เพื่อมีหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการทุจริตโดยตรง^{๑๗} บัญญัติให้มีศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม^{๑๘} เพื่อจะ ทำให้ระบบอำนวยความสะดวกธรรมทางปกครองดีขึ้น บัญญัติให้มีคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ก.ก.ต.) ขึ้นมาโดยเฉพาะ^{๑๙} โดยเชื่อว่าจะทำให้

^{๑๕} พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๒๒ (๒) มาตรา ๓๓

^{๑๖} พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๔๓ (๙)

^{๑๗} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๔๖ ถึง มาตรา ๒๕๑, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ พ.ศ.๒๕๕๐

^{๑๘} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๒๓ ถึง มาตรา ๒๒๗ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

^{๑๙} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๒๙ - ๒๔๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. ๒๕๕๐

ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ดีและรัฐบาลที่ดีมาบริหารปกครองประเทศ บัญญัติให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งและสรรหาผสมกัน^{๒๐} โดยเชื่อว่าจะทำให้ระบบการควบคุมตรวจสอบและการออกกฎหมายดีขึ้น มีประสิทธิภาพมากขึ้น หรือกฎหมายภาษีอากรกำหนดให้ผู้มีรายได้มีหน้าที่ต้องเสียภาษี ผู้ใดมีรายได้มากก็ต้องเสียภาษีมากกว่าผู้มีรายได้น้อย ในบางกรณีแม้จะมีรายได้แต่ก็ให้ยกเว้นหรือลดหย่อนไม่ต้องเสียภาษีเพราะรัฐต้องการกระตุ้นให้มีกิจกรรมในเรื่องนั้น ๆ ให้มากขึ้น อาทิรัฐกำหนดให้ผู้ที่เลี้ยงดูบิดามารดาได้รับหักค่าลดหย่อนเพื่อสนับสนุนส่งเสริมผู้ที่กตัญญูกตเวทีต่อบิดามารดา^{๒๑} หรือกฎหมายหลักทรัพย์กำหนดให้ยกเว้นการเก็บภาษีเงินได้จากการขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย^{๒๒} (Capital Gain Tax) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งให้ผู้เล่นหุ้นในตลาดหุ้นไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ในบางกรณี ด้วยเหตุผลที่รัฐต้องการสนับสนุนส่งเสริมให้ตลาดหุ้นไทยขยายตัวอันจะเป็นประโยชน์แก่เศรษฐกิจโดยรวมจึงจงใจให้สิทธิพิเศษทางภาษีฯลฯ กฎหมายเหล่านี้ล้วนมีเจตนารมณ์เพื่อต้องการให้ประเทศมีความเจริญก้าวหน้า มีประสิทธิภาพมากขึ้น^{๒๓}

^{๒๐} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๑๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๕๐

^{๒๑} ประมวลรัษฎากร มาตรา ๔๗ (๑) (ญ)

^{๒๒} กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒๖ (พ.ศ. ๒๕๐๙) ข้อ ๒ (๒๓)

^{๒๓} ส่วนจะประสบความสำเร็จตามที่ตั้งใจไว้หรือไม่ ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่ง และโดยเหตุนี้นักกฎหมายจึงเป็นวิศวกรสังคมที่ต้องมีความรู้ความเข้าใจไม่เฉพาะเพียงนิติศาสตร์เท่านั้น แต่ต้องเข้าใจสังคม เศรษฐกิจ การเมือง วัฒนธรรม เทคโนโลยี และอื่น ๆ จึงจะสามารถออกแบบและวางกฎกติกาที่ดีที่สุดสำหรับสังคม

พิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง กฎหมายเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนย่อมได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย รัฐธรรมนูญ^{๒๔} ได้บัญญัติรองรับและคุ้มครองให้บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การจับ การคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน ในการประกอบอาชีพ ในการแสดงความคิดเห็น บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ ประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนา ฯลฯ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๕๐ กำหนดให้รัฐคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลของประชาชน จะเปิดเผยเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลไม่ได้^{๒๕} ฯลฯ เป็นต้น

กฎหมายจึงเป็นกฎกติกาที่สำคัญที่ผู้คนในสังคมจำต้องปฏิบัติ ตามและหากไม่ปฏิบัติตามก็จะมีสภาพบังคับตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

^{๒๔} โปรดดูรายละเอียดใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๒-๖๙

^{๒๕} อย่างไรก็ตาม สิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชนอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายได้ แต่ทั้งนี้ต้องเพื่อประโยชน์ของสาธารณะและต้องพอสมควรแก่กรณี

กฎหมายมีจุดหมายปลายทางอยู่ที่ความถูกต้องและความยุติธรรม

ไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ที่ว่ากฎหมายเป็นกฎกติกาที่ช่วยทำให้คนในสังคมได้อยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข กฎหมายเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน หรือกฎหมายเป็นเครื่องมือที่ทำให้ประเทศมีประสิทธิภาพมีความเจริญก้าวหน้า **จุดมุ่งหมายในที่สุดของกฎหมายก็ต้องอยู่ที่ความถูกต้องและความยุติธรรม**

กฎหมายต้องมีขึ้นเพื่ออำนวยความยุติธรรมเสมอ ดังนั้นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นจึงต้องยุติธรรม ประเด็นสำคัญคือความยุติธรรมคืออะไร? เป็นความยุติธรรมของนาย ก. ฝ่ายหนึ่ง หรือความยุติธรรมของนาย ข. อีกฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นความยุติธรรมของใคร?

ความยุติธรรมคือความเที่ยงธรรม ความชอบธรรม และความชอบด้วยเหตุผล^{๒๖} หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความยุติธรรมคือสิ่งที่บุคคลซึ่งมีเหตุมีผลและมีความรู้สึกผิดชอบเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรม^{๒๗}

ความถูกต้องและความยุติธรรมเป็นสภาพนามธรรมที่บางครั้งไม่ใช่เรื่องง่ายที่คนทุกคนทุกหมู่เหล่าจะพิจารณาเห็นถูกต้องตรงกันทั้งหมด^{๒๘} ในแต่ละเรื่องแต่ละบุคคลก็อาจจะเห็นว่าสิ่งที่เป็นความถูกต้อง

^{๒๖} พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๒ หน้า ๙๑๑

^{๒๗} ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑๓, หน้า ๕.

^{๒๘} ท่านอาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้กล่าวไว้ว่า “สิ่งใดยุติธรรม สิ่งใดไม่ยุติธรรม ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ยากที่สุด ดังได้กล่าวมาแล้วว่า บุคคลย่อมเห็นว่สิ่งใดยุติธรรมแตกต่างกัน แม้ในหมู่ผู้พิพากษาด้วยกันเองก็เสี่ยงกัน得不จบสิ้นเพื่อแก้ปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีปกติทั่วไป ควรถือว่าความยุติธรรมเป็นไปตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติไว้ในกฎหมาย” โปรดดูรายละเอียดใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เพิ่งอ้าง, หน้า ๔๓.

ต้องและความยุติธรรมแตกต่างกันไป ทั้งนี้เพราะบุคคลแต่ละคนมีเหตุมีผล มีค่านิยม ทักษะคติแตกต่างกันและมีความรู้สึกรู้สิดชอบไม่เสมอกัน

ดังนั้นโดยทั่วไปความถูกต้องและความยุติธรรมจึงต้องเป็นความถูกต้องและความยุติธรรมตามกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้น คือเป็นความยุติธรรมที่อยู่กับร่องกับรอย ไม่ใช่ความถูกต้องหรือความยุติธรรมตามความเห็นของคนใดคนหนึ่งซึ่งอาจจะผันแปร เปลี่ยนไปเปลี่ยนมา โดยเหตุนี้กฎหมายจึงต้องออกโดยรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นผู้แทนของปวงชนโดยชอบธรรม และต้องออกกฎหมายให้ตี ให้ยุติธรรมไม่ใช่ว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายมีเนื้อหาสาระอย่างไรก็ได้ จะออกกฎหมายให้ผู้ชายกลายเป็นผู้หญิงไม่ได้ จะออกกฎหมายให้ชู้ตต่อหลักเหตุผลไม่ได้ การปกครองโดยกฎหมาย จึงไม่ใช่เพียงแค่ Rule by law แต่ต้องเป็น Rule of law กฎหมายที่รัฐสภาออกจึงต้องอยู่ภายใต้หลัก “นิติธรรม” ซึ่งเป็นหลักของกฎหมายที่ให้หลักประกันว่ากฎหมายจะมีความยุติธรรม^{๒๙} รัฐสภาจะออกกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงไม่ได้ จะออกกฎหมายรองรับการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่จะกระทำในอนาคตเป็นการทั่วไปว่าไม่เป็นการ

^{๒๙} หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๙, สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๓๘, หน้า ๑๒๓ - ๑๒๔.

ผิดกฎหมาย ไม่ได้^{๓๐} นักกฎหมายที่ยึดหลักนิติธรรมต้องปฏิเสธกฎหมายดังกล่าวและถือว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีค่าเป็นกฎหมายและไม่สามารถใช้บังคับได้^{๓๑}

อย่างไรก็ตาม ถ้ากฎหมายที่รัฐสภาตราออกมาแล้วไม่ตีไม่ช่วยทำให้สังคมสงบสุข ไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ช่วยทำให้ประเทศชาติมีประสิทธิภาพ มีความเจริญมากขึ้น ไม่อำนวยความสะดวกและความยุติธรรม ประการแรกก็ต้องแก้ไขที่รัฐสภาด้วยการแก้ไขปรับปรุงหรือบัญญัติกฎหมายให้ดีขึ้น ทั้งนี้เพราะรัฐสภาเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ออกกฎหมาย สำหรับการแก้ไขเยียวยาให้เกิดความยุติธรรมโดยศาลจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นที่เห็นได้โดยชัดเจนว่าเป็นเรื่องยุติธรรมโดยแน่แท้โดยปราศจากข้อ

^{๓๐} เพราะเท่ากับว่าเป็นการเขียนกฎหมายเพื่อทำลายหลักความถูกต้องตามกฎหมายไว้ล่วงหน้าเอง การเขียนเช่นนี้กฎหมายที่มีอยู่ (Positive Law or Existing Law) ก็เป็นอันไร้ค่า ไม่มีสภาพบังคับใช้ บุคคลหรือคณะบุคคลผู้ได้ตัวหรือบัตรพิเศษนี้จะสามารถทำความผิดอะไรก็ได้ในอนาคต แล้วใช้ตัวหรือบัตรพิเศษนี้มาอ้างเพื่อให้การกระทำอันเป็นความผิดของตน กลายเป็นไม่ผิดได้ การเขียนกฎหมายนิรโทษกรรมสำหรับการกระทำที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจึงขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่มีสภาพเป็นกฎหมายที่ศาลหรือนักกฎหมายจะนำไปใช้ได้

^{๓๑} โปรตตุ ตัวอย่างในมาตรา ๓๐๙ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และโดยเหตุผลนี้ คำกล่าวที่ว่า กฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์ จึงถูกไม่หมด ที่ถูกก็คือกฎหมายต้องออกโดยรัฐ ไม่ใช่จะออกโดยใครก็ได้ ซึ่งตามปกติคือรัฐสภาซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายโดยตรง หรือในกรณีผิดปกติ ก็อาจเป็นคำสั่งของคณะปฏิวัติ ปฏิรูป ฯลฯ ซึ่งได้ยึดอำนาจรัฐมาได้ และใช้อำนาจที่ยึดมานั้นออกกฎหมายแทนรัฐสภา ซึ่งเรียกโดยรวมว่า คำสั่งของรัฐอธิปัตย์ แต่คำสั่งของรัฐอธิปัตย์ ไม่ว่าจะป็นรัฐสภาหรือคณะปฏิวัติ ปฏิรูปใด ๆ ก็ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมด้วย จึงจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้

สงสัย หรือที่ท่านอาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ใช้คำว่า “ ความม
ยติธรรมชั้นอุกฤษฏ ” เท่านั้น^{๓๒}

ถ้ากฎหมายได้บัญญัติขึ้นมาโดยถูกต้องเป็นธรรมแล้ว แต่นัก
กฎหมายใช้กฎหมายโดยไม่ถูกต้อง ไม่เป็นธรรม บิดเบือน ไม่อยู่กับ
ร่องกับรอยหรือสองมาตรฐานก็เป็นปัญหาของนักกฎหมาย ซึ่งต้อง
แก้ไขปรับปรุงที่ตัวนักกฎหมาย

กฎหมายใช้บังคับกับทุกคนเสมอหน้ากัน

กฎหมายที่มีไว้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ถ้ามีการกระทำ
หนึ่งเกิดขึ้นและเมื่อพิจารณาตามกฎหมายแล้ว เป็นความผิด
นักกฎหมายก็จักต้องวินิจฉัยว่าเป็นความผิด โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้
กระทำผิดเป็นใคร จะร่ำรวยหรือยากจน จะนับถือศาสนาพุทธหรือ
ศาสนาอื่น จะผิวขาวผิวดำหรือผิวเหลือง และไม่ว่าจะเป็นคนดีหรือ
คนเลว กฎหมายต้องใช้บังคับกับทุกคนโดยเสมอภาค^{๓๓} ในทางตรง
กันข้ามถ้ามีการกระทำหนึ่งเกิดขึ้นและเมื่อพิจารณาตามกฎหมาย
แล้วไม่เป็นความผิด นักกฎหมายก็ต้องวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นไม่

^{๓๒} โปรดดูรายละเอียดใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑๓, หน้า
๔๓. หรือที่ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากบทบัญญัติของกฎหมายมีเนื้อหาสาระขัด
ต่อหลักนิติธรรม ศาลและนักกฎหมายสามารถเยียวยาให้ถูกต้องด้วยการ
ปฏิเสธความมีค่าเป็นกฎหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

^{๓๓} หลักการนี้เป็นหลักทั่วไปที่ใช้และมีบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญเสมอ และ
โปรดดู สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๒,
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, หน้า ๑๓๖ – ๑๔๒ นอกจากนี้ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราช
อาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ มาตรา ๒๓

เป็นความผิดไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นคนประเภทใด จะเป็นคนดีหรือคนเลว คนรวยหรือคนจน ฯลฯ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ นักกฎหมายจะต้องพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไปโดยปราศจากอคติ^{๓๔} ไม่โอนเอียงเพราะรักหรือเพราะเกลียด

“ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ มาตรา ๒๕

“ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๐

“ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม ” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐

“ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

กฎหมายไม่ใส่ใจกับความดี ความเลว ?

กฎหมายมีจุดหมายปลายทางที่ความถูกต้องและความยุติธรรม ความดีย่อมเป็นความถูกต้อง กฎหมายย่อมต้องคุ้มครองและสนับสนุนส่งเสริมคนดีและการประกอบกรรมดีแน่นอน^{๓๔} แต่ไม่ได้หมายความว่า ถ้าเป็นคนดีแล้ว กฎหมายจะไม่เอาผิดและยังไม่ได้หมายความว่าถ้าเป็นคนดีแล้วจะกระทำผิดไม่ได้^{๓๖} ในทางตรงข้ามแม้จะเป็นคนเลวก็อาจทำสิ่งที่ถูกต้องก็ได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม ”

^{๓๔} การพิจารณาและวินิจฉัยโดยเป็นกลาง ปราศจากอคติ เป็นหลักการสำคัญของนักกฎหมายทั้งในตะวันตกและตะวันออก เทพีแห่งความยุติธรรม (Lady of Justice) ในโลกตะวันตกซึ่งเป็นรูปปั้นสตรียืน มือหนึ่งถือดาบ อีกมือหนึ่งถือตาชั่ง โดยมีผ้าผูกตาไว้ ผ้าผูกตานั้นแสดงให้เห็นโดยนัยว่า ผู้พิพากษาต้องตัดสินคดีไปโดยปราศจากอคติ ไม่ปล่อยให้ความรัก ความเกลียด ฯลฯ มามีอิทธิพลต่อการประสาทความยุติธรรม ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ในส่วนของพระโอัยการลักษณะตระลาการ ได้กล่าวถึงการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการว่าต้องพิจารณาโดยปราศจากอคติ ๔ ประการ หรือที่เรียกว่า หลักอินทภาษ รายละเอียดโปรดดู กำธร เลียงสังจธรรม (บรรณาธิการ), กฎหมายตรา ๓ ดวง : ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง แก้ไขปรับปรุงใหม่, สถาบันปริัติ พนมยงค์, ๒๕๔๘ หน้า ๑๕-๑๖. จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาซีพนักกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ ๖) (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓ หน้า ๑๒๘. ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ ๓ และข้อ ๑๒.

^{๓๕} นอกจาก สถาบันกฎหมายซึ่งเป็นองคคพพหนึ่งในสังคมแล้ว สถาบันครอบครัว สถาบันศาสนา สถาบันการศึกษา ฯลฯ ล้วนเป็นสถาบันและองคคพพ ที่มีหน้าที่ร่วมกันทำให้สังคมดี

^{๓๖} สุภษิตไทยที่ว่า “สิ่งที่ยังรู้พลาด นักปราชญ์ยังรู้พลั้ง” สามารถทำความเข้าใจประเด็นดังกล่าวได้ดี และนอกจากนี้ “คนดี และความดี” ก็ยังเป็นสภาพ

สมมติว่าเป็นคนดีร้อยเปอร์เซ็นต์ ถ้าบังเอิญประมาทเดินเลื้อ ถ้าบังเอิญยังใจไม่ได้ ใช้กำลังทำร้ายร่างกายคนอื่น(ซึ่งเป็นคนเลว) คนดีถ้าตกอยู่ในสถานการณ์คับขันลักขโมยนมหนึ่งกระป๋องเพื่อไปเลี้ยง บุตรที่กำลังจะอดตาย คนดีที่บังเอิญไม่รอบคอบ พลั้งผลอประมาท ขับรถชนคนตาย คนดีที่อาจไม่ได้ดูในรายละเอียดได้กระทำผิด กฎหมายเทคนิคต่าง ๆ คนดีในทุกสถานการณ์นี้ได้กระทำการที่ผิด กฎหมาย นักกฎหมายก็ต้องวินิจฉัยว่าผิด ในทางตรงกันข้ามคนเลวที่ กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายเรื่องนั้น ๆ ไม่ได้บัญญัติว่าเป็น ความผิด ผลก็คือไม่ผิด นักกฎหมายไม่พึงทำลายหลักกฎหมายเพียง เพราะต้องการผลเฉพาะหน้า เพราะการทำลายหลักกฎหมายคือการ ทำลายความยุติธรรม ทำลายเกราะที่จะคุ้มครองสังคมให้อยู่ร่วมกัน อย่างปกติสุข ซึ่งจะส่งผลร้ายต่อสังคมในระยะยาว

ความดี ความเลวของบุคคลนั้นไม่ใช่สิ่งที่จะสามารถเปลี่ยนผิด ให้เป็นถูกหรือทำถูกให้เป็นผิดได้ แต่ความดี ความเลวของบุคคลนั้น เป็นเรื่องที่กฎหมายและนักกฎหมายจะพิจารณา อาทิสาลสามารถใช ดุลยพินิจรอกการกำหนดโทษ รอกการลงโทษ หรือแม้กระทั่งลงโทษใน สถานเบาหรือหนักได้โดยชอบด้วยกฎหมาย^{๓๗}

นามธรรม ที่บุคคลแต่ละบุคคล แต่ละสังคมให้ความหมายและนิยามแตกต่างกัน ตามแต่มาตรฐานความดีของแต่ละบุคคลแต่ละสังคมแต่ละช่วงเวลา อันส่งผลให้ “คนดี” ของคนหนึ่งสังคมหนึ่ง ณ เวลาหนึ่งอาจไม่ใช่คนดี ของคนอีกคนหนึ่ง อีกสังคมหนึ่ง ณ อีกเวลาหนึ่ง ก็ได้

^{๓๗} โปรตดู อาทิเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ วรรคแรก และ มาตรา ๗๘

ศีลธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี กับกฎหมาย

กฎหมายมีรากฐานและมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับศีลธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี แต่ด้วยวิวัฒนาการและความซับซ้อนของสังคม กฎหมายจึงอาจไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับศีลธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีเสมอไป เราจึงอาจมีและเห็นกฎหมายที่ไม่ได้ตั้งอยู่บนหลักความดี หลักศีลธรรม แต่ตั้งอยู่บนเหตุผลทางเทคนิคบางประการเท่านั้น อาทิ กฎหมายจราจร กำหนดให้ต้องหยุดรถเมื่อไฟแดง และไปได้เมื่อไฟเขียว หรือกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทาง

มาตรา ๕๖ วรรคแรก “ ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้วเห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้หรือการกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไปเพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้ ”

มาตรา ๗๘ “ เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่ม หรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้ ”

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้เฒ่าชราเบาปัญญา ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาล อันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามิลักษณะทำนองเดียวกัน”

อิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดให้ข้อความในรูปอิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือได้ และถือว่าเอกสารที่พิมพ์ออกมาภายหลังจากเครื่องพิมพ์ก็สามารถเป็น “ต้นฉบับ” เอกสารได้ หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด^{๓๘} เป็นต้น

ศีลธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี รวมตลอดถึงคุณธรรม จริยธรรม แนวปฏิบัติที่ดีของกลุ่มอาชีพ ฯลฯ โดยรวมแล้วถือเป็นกฎ กติกาของสังคมอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน เป็นกฎกติกาที่ไม่จำเป็นต้องเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่กฎต่าง ๆ เหล่านี้โดยทั่วไปแล้วจะมีความละเอียดกว่ากฎหมาย กล่าวคือถ้าคนไม่ทำผิดกฎศีลธรรม คน ๆ นั้นย่อมไม่ทำผิดกฎหมาย เพราะกฎศีลธรรมละเอียดกว่า ถ้าเปรียบเทียบกับตาข่าย ก็คงเป็นตาข่ายที่มีช่องถี่กว่า คนที่ถือศีล ๕ ย่อมไม่พูดเท็จ ไม่พูดเพ้อเจ้อ ไม่พูดส่อเสียด ไม่พูดใส่ร้ายให้ร้ายคนอื่น คนประเภทนี้ย่อมไม่มีทางไปทำผิดกฎหมายฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทใครเป็นแน่ คนที่รักษาศีล ๕ จึงไม่ใช่คนที่จะไปทำร้ายร่างกายคนอื่น ฆ่าคนอื่น จึงไม่ผิดเลยที่จะกล่าวว่า “หากคนในสังคมยึดถือกฎศีลธรรมแล้ว กฎหมายก็แทบไม่มีความจำเป็น” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง “สังคมใดมีกฎหมายมาก สังคมนั้นมีปัญหามาก”

^{๓๘} พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๗-๒๔. อาทิ มาตรา ๑๐ วรรค ๔ “ในกรณีที่มีการทำสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามวรรคหนึ่งสำหรับใช้อ้างอิงข้อความของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หากสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดแล้ว ให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกดังกล่าวใช้แทนต้นฉบับก็ได้”

เนื่องจากศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรมเป็นเรื่องละเอียดอ่อน เป็นเรื่องมาตรฐานทางจิตใจ และเป็นกฎที่โดยทั่วไปแล้วไม่ได้มีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน กฏศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรมจึงอาจเสื่อมหรือเลื่อนรางไปได้ตามกาลและยุคสมัย บุคคลบางคน บุคคลบางกลุ่มอาจเห็นว่าการกระทำบางอย่างผิดศีลธรรม ผิดจารีตประเพณี ผิดจริยธรรม น่าละอาย แต่บางคน บางกลุ่มอาจเห็นว่าการกระทำอย่างเดียวกันนั้นไม่ผิดศีลธรรม ไม่ผิดจารีตประเพณี ไม่ผิดจริยธรรม ไม่สะทกสะท้าน ไม่เป็นไร ฉันทไม่แคร์ ฯลฯ

นอกจากนี้ กฏศีลธรรม ไม่มีสภาพบังคับที่ชัดเจนเหมือนกฎหมาย การทำผิดศีลธรรมอาจทำให้บุคคลผู้กระทำผิดเพียงแต่ได้รับการตักเตือน ตินินินทา ว่ากล่าว หนักหน่อยก็ ต่าหนี ประณาม ไม่คบค้าสมาคม ขับออกจากสังคม ฯลฯ ศีลธรรมจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่บุคคลบางจำพวกนอกจากจะไม่ตระหนักและไม่ยึดถือแล้ว ยังไม่รู้สึกรู้สีกว่าเกรงหรือละอายที่จะฝ่าฝืน ในขณะที่บางคนจะรู้สึกผิด รู้สึกไม่ดี และหลีกเลี่ยงที่จะกระทำการที่ผิดกฏศีลธรรมนี้ ความเข้มแข็งของกฏศีลธรรมจึงขึ้นอยู่กับคนโดยรวมในสังคมนั้น

กฎหมาย : กฏศีลธรรม : กฏแห่งกรรม

กฎหมายแตกต่างจากกฏศีลธรรม เพราะกฎหมายเป็นกฎกติกาของสังคมที่ชัดเจน ที่เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มีสภาพบังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน เพื่อเป็นเกราะป้องกันมิให้สังคมวุ่นวาย อาทิ หากประชาชนหลายกลุ่มมีความแตกต่างทางความคิด และได้แย้งโต้เถียงกันอย่างรุนแรง หากจะใช้คำพูดไม่สุภาพ เพื่อเจ้อ โป้ปด บิดเบือน ส่อเสียดประการใดก็ตาม หรือจะมีกิริยา

วาจาทำทางไม่เหมาะสมประการใดก็ตาม トラบเท่าที่ไม่ทำร้ายร่างกายบุคคลอื่น ไม่พูดจาก้าวล่วงจนเป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทผู้อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ก็เชื่อได้ว่า การทะเลาะกันนั้นย่อมอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอันจะไม่นำไปสู่ความวุ่นวายจลาจลไม่นำไปสู่อนาธิปไตย แต่ถ้ามีใคร ผู้ใดฝ่าฝืนกฎหมาย ชกต่อยทำร้ายร่างกายผู้อื่น พูดจาดูหมิ่นหมิ่นประมาทผู้อื่น กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมต้องทำให้ผู้นั้นได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ การรักษากฎหมายจึงเป็นการรักษาเกราะที่จะช่วยคุ้มครองสังคมให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุขนั่นเอง^{๓๙}

โดยเหตุที่กฎหมายมีโทษ อาจทำให้ผู้ละเมิดกฎหมายสูญเสียอิสรภาพ ติดคุกติดตะรางได้ กฎหมายจึงต้องวางหลักเอาไว้ให้รอบคอบรัดกุม อาทิ กฎหมายกำหนดหลัก “Beyond reasonable doubt” หากมีข้อสงสัยว่าบุคคลจะได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ ก็ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยไป และโดยเหตุนี้บุคคลที่ (สังคม) เชื่อว่ากระทำความผิดกฎหมายบางคน อาจหลุดพ้น รอดพ้นเงื้อมมือของกฎหมายไปได้ หรือด้วยหลักอายุความ คนร้ายบางคนก็อาจไม่เคยต้องรับโทษทัณฑ์สำหรับความผิดที่ตนเองก่อขึ้นเพราะหลบหนีไปจนพ้นกำหนดอายุความ หรือด้วยประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมที่อาจมีความไม่สมบูรณ์ ทำให้คนผิดลอยนวล หรือด้วยเหตุผลต่าง ๆ นานาอื่น ๆ บุคคลที่ละเมิดกฎหมายเหล่านั้นก็จะหลุดเงื้อมมือของ

^{๓๙} แม้ลำพังกฎหมายอาจจะไม่สามารถช่วยทำให้สังคมมีคุณภาพ มีคุณธรรม แต่อย่างน้อยจะเป็นเกราะที่จะช่วยคุ้มครองมิให้สังคมกลายเป็นอนาธิปไตย ไม่จลาจล ไม่โกลาหล แต่สังคมจะดี จะมีคุณภาพ จะน่าอยู่ หรือไม่ ต้องอาศัยสถาบัน องค์กร หรือกฎอื่น ๆ ช่วย

กฎหมายไปได้ เพราะตาข่ายของกฎหมายนั้นช่องอาจจะใหญ่จนทำให้มีคนหลุดรอดได้

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้กระทำผิดไม่ติดตาข่ายของกฎหมาย รอดพ้นคุกตารางไปได้ แต่เขาเหล่านั้นหลุดไม่พ้นตาข่ายของศีลธรรม หากสังคมโดยรวมแข็งแรง ยึดมั่นในกฎศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม สภาพบังคับของกฎศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรมก็จะทำให้บุคคลเหล่านั้นได้รับโทษทางสังคมจากสังคมโดยรวม พุด่างๆ ว่าแม้กฎหมายจะนำตัวมาลงโทษไม่ได้ แต่ผู้กระทำผิดจะต้องเผชิญกับสภาพบังคับของสังคม อาจถูกติฉิน นินทา อาจถูกกันออกจากสังคม ไม่มีคนคบค้าสมาคม ฯลฯ ซึ่งย่อมเป็นโทษทางสังคมที่ได้รับจากการกระทำที่ไม่ถูกต้อง

มีหลายคนตั้งคำถามว่า หากบุคคลนั้นไม่เกรงกลัว และไม่สะทกสะท้านต่อสภาพบังคับทางสังคม หรือเป็นกรณีที่สังคมโดยรวมเสื่อมทราม ไม่แยแสหรือตระหนักรู้หรือให้ความสนใจ ผู้กระทำผิดนั้นก็หลุดพ้นไปได้ทั้งกฎหมายและกฎศีลธรรม ใช่หรือไม่ คำตอบคือใช่ ผู้กระทำผิดนั้นจะหลุดพ้นทั้งกฎหมายและกฎศีลธรรม แต่อย่างน้อยที่สุด บุคคลนั้นคงจะหนีกฎแห่งกรรม (ที่ตนเองก่อ) ไปไม่ได้



Conflict of interest

คืออะไร ?



You can stop
CORRUPTION

Conflict of interest คืออะไร ?

คำว่า Conflict of Interest มีผู้ให้คำแปลเป็นภาษาไทยไว้หลากหลาย อาทิเช่น “การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม”^{๔๐} หรือ “การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม”^{๔๑} หรือ “การขัดกันระหว่างผลประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ส่วนบุคคล”^{๔๒} หรือ “ประโยชน์ทับซ้อน”^{๔๓}

^{๔๐} เมธี ครองแก้ว, “ผลประโยชน์ส่วนตนจากความสูญเสียส่วนรวม : การรับมือกับการทุจริตจากผลประโยชน์ทับซ้อนในประเทศไทย” วารสารวิชาการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ฉบับที่ ๑ ปีที่ ๑ มกราคม ๒๕๕๑. หน้า ๓๓. (หมายเหตุ ศาสตราจารย์ ดร.เมธี ครองแก้ว มีได้กล่าวไว้โดยตรงว่าแปลมาจากคำว่า Conflict of Interest แต่ผู้เขียนสันนิษฐานจากบริบทว่า เป็นการแปลมาจากคำภาษาอังกฤษดังกล่าว)

^{๔๑} โปรตดู พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ หมวด ๙ และ วิชา มหาคุณ, คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ อดีต ปัจจุบัน อนาคต, (พิมพ์ครั้งที่ ๒) (จัดพิมพ์โดยสถาบันการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สัญญาธรรมศักดิ์, ๒๕๔๓) หน้า ๒๐๕.

สุทธินันท์ สาริมาน. การกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามดำเนินกิจการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ตามบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.๒๕๔๒. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๒. หน้า ๗.

^{๔๒} สถาบันวิถิทธรรศน์ มูลนิธิวิถิทธรรศน์, ธรรมาภิบาลกับคอร์รัปชันในสังคมไทย, (บริษัทอมรินทร์ พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), ๒๕๔๖. หน้า ๑๖๒.

^{๔๓} คณิต ภู นคร, “สวมหมวกหลายใบ” มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ ๑๔๒๑ พ.ศ. ๒๕๕๐. หน้า ๓๑-๓๒ และฉบับที่ ๑๔๒๒ พ.ศ. ๒๕๕๐ หน้า ๓๓-๓๔.

หรือ “ผลประโยชน์ทับซ้อน”^{๔๔} หรือผลประโยชน์ขัดกัน^{๔๕} หรือบางท่าน
แปลว่าผลประโยชน์ขัดแย้ง^{๔๖} หรือความขัดแย้งทางผลประโยชน์^{๔๗}

หลักในเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม หรือที่มาจากคำศัพท์ในภาษาอังกฤษว่า Conflict of interest (COI) ได้มีมานานแล้ว ในประเทศอังกฤษมีธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการดำรงตนของสมาชิกรัฐสภาในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์นานแล้ว แต่ไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะ เพราะเชื่อว่าสมาชิกรัฐสภาเป็นบุคคลผู้ทรงเกียรติและมีความรู้สูง อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวเริ่มเปลี่ยนแปลงไปเพราะมีคดีอื้อฉาวเกี่ยวกับการประพฤติตนของสมาชิกรัฐสภาและบุคคลอื่น ๆ ในเดือนตุลาคม ค.ศ. ๑๙๙๔ นายกรัฐมนตรีจอห์น เมเจอร์ได้จัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยมาตรฐานการดำเนินชีวิตสาธารณะ (The Committee on

^{๔๔} วรากรณ์ สามโกเศศ, “ผลประโยชน์ทับซ้อน = คอร์รัปชัน” หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๑๒ ตุลาคม ๒๕๔๙ หน้า ๖. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, คู่มือต่อต้านการทุจริตตามอนุสัญญาสหประชาชาติ (UNCAC) ฉบับประชาชน, (จัดพิมพ์โดยสำนักงานการต่างประเทศ สำนักงาน ป.ป.ช.) หน้า ๖. วิชา มหาคุณ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๒๐๕.

^{๔๕} สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, เพิ่งอ่าง, หน้า ๖. ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, (แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ ๔) (ห้างหุ้นส่วนจำกัดอรุณการพิมพ์, ๒๕๔๕) หน้า ๖๗.

^{๔๖} วรากรณ์ สามโกเศศ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖.

^{๔๗} โปรดดูคำสั่ง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ที่ ๑๖๔/๒๕๕๒ เรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์

Standards in Public Life)^{๔๘} ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบมาตรฐานความประพฤติของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ และผลจากการทำงานของคณะกรรมการดังกล่าว ประมวลจรรยาบรรณสำหรับสมาชิกรัฐสภา (Code of Conduct for Members of Parliament) ซึ่งรวมถึงเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๖ (พ.ศ. ๒๕๓๙)^{๔๙}

ในประเทศไทยแนวความคิดเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมได้รับความสนใจมากขึ้น ๆ ตามลำดับ และเป็นประเด็นสำคัญในปลายสมัยนายกรัฐมนตรี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร และเป็นสาเหตุหนึ่งในการรัฐประหารเมื่อวันที่ ๑๙ กันยายน ๒๕๔๙

การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลกับผลประโยชน์ส่วนรวม

การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวม หรือที่เรียกว่า Conflict of interest นั้นก็มีลักษณะทำนองเดียวกันกับ กฎศีลธรรม ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี หลักคุณธรรม จริยธรรม^{๕๐} กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ที่เป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วน

^{๔๘} http://www.public-standards.gov.uk/about/history_of_the_committee.html

^{๔๙} <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/notes/snpc-๐๑๘๖.pdf>

^{๕๐} อีรภัทร์ เสรีรังสรรค์, นักการเมือง : จริยธรรม ผลประโยชน์ทับซ้อน การคอร์รัปชัน สภาปัญหา สาเหตุ ผลกระทบ แนวทางแก้ไข (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สายธาร, ๒๕๔๙) หน้า ๑๕๒.

บุคคลกับประโยชน์ส่วนรวม เป็นสิ่งที่ควรหลีกเลี่ยง ไม่ควรจะกระทำ แต่บุคคลแต่ละคน แต่ละกลุ่ม แต่ละสังคมอาจเห็นว่าเรื่องใดเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวมแตกต่างกันไป หรือเมื่อเห็นว่าเป็นการขัดกันแล้วก็ยังอาจมีระดับของความหนักเบาแตกต่างกัน อาจเห็นแตกต่างกันว่าเรื่องใดกระทำได้กระทำไม่ได้แตกต่างกันออกไปอีก และในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบางเรื่องบางคนอาจเห็นว่าไม่เป็นไร เป็นเรื่องเล็กน้อยหรืออาจเห็นเป็นเรื่องใหญ่ ต้องถูกประณาม ตำหนิ ตีฉิฉิน นินทา ว่ากล่าว ฯลฯ แตกต่างกันไปตามสภาพของสังคม

โดยพื้นฐานแล้ว เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จึงเป็นกฎศีลธรรมประเภทหนึ่ง ที่บุคคลไม่พึงละเมิดหรือฝ่าฝืน แต่เนื่องจากมีการฝ่าฝืนกันมากขึ้น ๆ และบุคคลผู้ฝ่าฝืนก็ไม่มี ความเกรงกลัวหรือละอายต่อการฝ่าฝืนนั้น สังคมก็ไม่ลงโทษหรือลงโทษไม่เพียงพอที่จะมีผลเป็นการห้ามการกระทำดังกล่าว และในที่สุดเพื่อหยุดยั้งเรื่องดังกล่าวนี้ จึงมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์มากขึ้น ๆ และเป็นเรื่องที่สังคมให้ความสนใจมากขึ้น ๆ ตามลำดับ

ตัวอย่างสถานการณ์ที่มีผู้กล่าวว่าเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์

สำหรับสถานการณ์หรือสภาวะการณ์ที่เป็นการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น ได้มีนักวิชาการ นักเขียน ยกตัวอย่างลักษณะและรูปแบบที่เห็นว่าเป็นเรื่องของการขัด

กันแห่งผลประโยชน์ไว้มากมาย ซึ่งกรณีเหล่านี้ผู้เขียนจะได้นำไปวิเคราะห์และแสดงความคิดเห็นต่อไป^{๕๑} ว่าจะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่ สำหรับกรณีที่มีการยกตัวอย่างกันเสมอ อาทิเช่น

๑. การทำธุรกิจหรือเป็นคู่สัญญากับตนเอง^{๕๒}

ตัวอย่าง หัวหน้าหน่วยงานหรือผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะทำสัญญาจ้างบริษัท ที่ตนเองหรือบุคคลในครอบครัวเป็นเจ้าของมาเป็นที่ปรึกษาของหน่วยงาน

๒. การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด^{๕๓}

ตัวอย่าง แพทย์รับตัวอย่างยา หรืออุปกรณ์ทางการแพทย์จากบริษัทยา

ตัวอย่าง ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับการสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปศึกษาดูงานต่างประเทศจากธนาคารพาณิชย์

^{๕๑} โปรดดู หัวข้อ สถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ต่อไป

^{๕๒} สุทธิพันธ์ สาริมาณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๑๑. และสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interests). เสนอสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน กันยายน ๒๕๔๖. หน้า ๒-๔. และวารสาร สามโกเศศ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖.

^{๕๓} วิชา มหาคุณ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๒๑๒. นอกจากนี้โปรดดู วิทยากร เชียงกุล. นโยบายของรัฐบาลด้านเศรษฐกิจ : การทับซ้อนของผลประโยชน์ทางธุรกิจ (Conflict of Interest) กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๔๙. หน้า ๓. ดวงพร รุจิเรข. การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ศึกษากรณี: คณะรัฐมนตรีที่มีพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี. ภาคนิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๐.

๓. การทำงานหลังจากพ้นตำแหน่งหรือเกษียณอายุราชการ

ตัวอย่าง ผู้บริหารลาออกหรือเกษียณอายุการทำงานจากหน่วยงานของรัฐ และไปทำงานในบริษัทเอกชนที่ดำเนินธุรกิจประเภทเดียวกัน^{๕๔}

ตัวอย่าง ผู้บริหารขององค์การอาหารและยา ลาออกจากงานราชการและไปทำงานในบริษัทผลิตหรือขายยา

ตัวอย่าง ผู้บริหารกระทรวงคมนาคม หลังเกษียณอายุราชการออกไปทำงานเป็นผู้บริหารของบริษัทธุรกิจสื่อสาร

๔. การทำงานแข่งกับหน่วยงานตนเอง^{๕๕}

ตัวอย่าง ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในบริษัทไปดำเนินธุรกิจที่เป็นการแข่งขันกับหน่วยงานหรือองค์กรที่ตนสังกัดอยู่ หรือเป็นลูกจ้างรับงานแข่งกับบริษัทตัวเอง

๕. การทำงานพิเศษ^{๕๖}

ตัวอย่าง การรับจ้างเป็นที่ปรึกษาโครงการโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ในราชการสร้างความน่าเชื่อถือ

ตัวอย่าง ผู้ตรวจสอบบัญชีของกรมสรรพากร รับงานพิเศษเป็นที่ปรึกษาหรือเป็นผู้ทำบัญชีให้กับบริษัทที่ต้องถูกตรวจสอบ

^{๕๔} สุทธินันท์ สาริมาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๑๑. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓, หน้า ๒-๔. จาก ดวงพร รุจิเรข. เฟิ่งอ้าง.

^{๕๕} วราภรณ์ สามโกเศศ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖.

^{๕๖} สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓, หน้า ๒-

๔. สุทธินันท์ สาริมาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๑๑.

๖. การรับรู้ข้อมูลภายในและใช้ข้อมูลภายในเพื่อประโยชน์
ตนเอง

หมายถึงสถานการณ์ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใช้ประโยชน์จากการรู้
ข้อมูลภายในเพื่อประโยชน์ของตนเอง^{๕๗}

ตัวอย่าง ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ที่ทราบว่าจะมีการตัดถนนผ่าน
บริเวณใด ก็จะเข้าไปซื้อที่ดินในบริเวณนั้น^{๕๘}

ตัวอย่าง ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในการกำกับตลาดทุน ทราบ
ข้อมูลภายในเกี่ยวกับฐานะของบริษัทที่เสนอขายหลักทรัพย์ ได้ซื้อ
หรือขายหลักทรัพย์ไปก่อนล่วงหน้าอันเนื่องมาจากการทราบข้อมูล
ภายใน

๗. การใช้ทรัพย์สินของราชการเพื่อประโยชน์ส่วนตัว^{๕๙}

ตัวอย่าง การนำเครื่องใช้สำนักงานต่าง ๆ กลับไปใช้ที่บ้านเป็นการ
ส่วนตัว การนำรถยนต์ราชการไปใช้ในงานส่วนตัว

๘. การนำโครงการสาธารณะลงในเขตเลือกตั้งเพื่อประโยชน์
ในทางการเมือง^{๖๐}

ตัวอย่าง รัฐมนตรีอนุมัติโครงการไปลงพื้นที่เขตเลือกตั้งหรือ
บ้านเกิดของตนเอง

^{๕๗} ดวงพร รุจิเรข. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓. สุธธินันท์ สาริมาณ. เฟิ่งอ้าง. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. เฟิ่งอ้าง. หน้า ๒-๔.

^{๕๘} วรากรณ์ สามโกเศศ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖.

^{๕๙} สุธธินันท์ สาริมาณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๑๑. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓, หน้า ๒-๔.

^{๖๐} สุธธินันท์ สาริมาณ. เฟิ่งอ้าง.

ตัวอย่าง หัวหน้าหน่วยงานนำกลุ่ของหน่วยงานไปทอดถวาย ณ วัดที่บ้านเกิดของตนเอง

๙. การทำงานสองตำแหน่งที่ผลประโยชน์ของงานขัดแย้งกัน^{๖๑}

ตัวอย่าง นาย ก. อัยการสูงสุดไปเป็นกรรมการในการทำอากาศยานแห่งประเทศไทยและร่วมพิจารณาโครงการต่าง ๆ ของการทำอากาศยาน ต่อมาเมื่อมีการตรวจสอบการทุจริตในการจัดซื้อเครื่องซีทีเอ็กซ์ของการทำอากาศยานแห่งประเทศไทย กรณีนี้้อัยการที่มีหน้าที่(ในการตรวจสอบการทุจริต)ในคดีนี้จะทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความผิดได้อย่างไร ..จึงเป็นการขัดกันของผลประโยชน์^{๖๒}

๑๐. การรับสินบน^{๖๓}

ตัวอย่าง นาย ก รับสินบนจาก นาย ข. เพื่อกระทำการหรือละเว้นกระทำการบางประการเพื่อประโยชน์ของนาย ข. เป็นต้น

กรณีต่าง ๆ ดังที่มีผู้ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้ ผู้เขียนจะได้นำไปวิเคราะห์และแสดงความคิดเห็นว่าจะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่ ในหัวข้อสถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ต่อไป

^{๖๑} จาก สุทธิพันธ์ สาริมาณ. เพิ่งอ้าง.

^{๖๒} จาก จันทิมา ธนาสว่างกุล โปรดดูใน กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทีย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การครองตนของนักกฎหมาย : การขัดกันแห่งผลประโยชน์, งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทีย ครั้งที่ ๑๕, โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๓. หน้า ๓๗.

^{๖๓} จาก ดวงพร รุจิเรข. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓. หน้า ๒๓. สีมา สีมานันท์, คู่มือการเรียนรู้และการป้องกันความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม (ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ., ๒๕๔๗) หน้า ๔.

ความหมายของการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม

คำว่า Conflict of interest ผู้เขียนแปลว่าการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม หรือเรียกสั้น ๆ ว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้น หมายถึง^{๖๔} สภาวการณ์ สถานการณ์ หรือข้อเท็จจริงที่บุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่เพื่อส่วนรวม เพื่อหน่วยงาน หรือเพื่อองค์กร แต่ตนเองมีผลประโยชน์ส่วนตัวเกี่ยวข้องอยู่ในเรื่องนั้น ๆ

สภาวการณ์ สถานการณ์ หรือข้อเท็จจริงอันเป็นการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวมนี้เป็นเหตุหรืออาจ

^{๖๔} มีนักวิชาการ นักกฎหมาย นักคิด นักเขียน ทั้งไทยและต่างประเทศ ได้ให้ความหมายของคำว่า Conflict of Interest ไว้มากมายและหลากหลาย รายละเอียด โปรดดู Black's Law Dictionary sixth edition p. ๒๙๙. Asean development Bank, supra note ๗ at pp. ๕-๖. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖. เมธี ครองแก้ว, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๐, หน้า ๓๕. วรากรณ์ สามโกเศศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖. คณิต ญ นคร, “การสวมหมวกหลายใบ” บทความในการสัมมนาเรื่อง การครองตนของนักกฎหมาย : การขัดกันแห่งผลประโยชน์ งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ครั้งที่ ๑๕ วันเสาร์ที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๕ ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ (จัดโดยกองทุนจิตติ ติงศภัทย์ ร่วมกับสมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย) เอกสารอัดสำเนา หน้า ๑,๒ และ ๑๒. ผาสุก พงษ์ไพจิตร, การทับซ้อนของผลประโยชน์และความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ, (สถาบันวิจัยยุทธศาสตร์ ปฎิรูปการเมืองครั้งใหม่ ไอ.ซี.ยู. ทักษิณมิกส์ วิถียุทธศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร :อมรินทร์ พรินต์ติ้ง, ๒๕๔๙) หน้า ๖๗. เป็นต้น

เป็นเหตุทำให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างเป็นกลาง อย่างตรงไปตรงมา เพื่อรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม หน่วยงาน หรือองค์กรได้ อย่างเต็มที่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งน่าจะเชื่อว่าบุคคลนั้นจะเห็นแก่ ประโยชน์ส่วนบุคคลของตนเองที่เกี่ยวข้องอยู่มากกว่าประโยชน์ของ ส่วนรวม

สภาวะการณ์ สถานการณ์ หรือข้อเท็จจริงอันเป็นการขัดกัน ของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมนี้อาจเปิดโอกาส เปิดช่องให้เกิดความเสียหาย เสียประโยชน์ของส่วนรวมได้โดยง่าย หรือเป็นการเปิดโอกาส เปิดช่องให้มีการทุจริตคอร์รัปชัน หรืออย่าง น้อยที่สุดการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วน รวมนี้อาจเป็นเหตุทำให้สาธารณชนเกิดความเคลือบแคลงสงสัย ไม่เชื่อ มั่นว่าบุคคลดังกล่าวจะสามารถใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ หรือกระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่ได้โดยปราศจากอคติ

อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ว่าได้มีการใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตน มากกว่าผลประโยชน์ส่วนรวมก็ดี หรือการพิสูจน์ว่าได้มีความเสียหาย เสียประโยชน์เกิดขึ้นกับส่วนรวมก็ดี หรือการพิสูจน์ว่าได้มีการอาศัย สถานการณ์นี้ทุจริตคอร์รัปชันก็ดี เป็นเรื่องที่หาหลักฐานพิสูจน์ได้ยาก และโดยเหตุผลนี้จึงมีหลักว่าบุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่เพื่อส่วนรวมต้อง พึงหลีกเลี่ยงการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วน รวมเสียเลย (หากสามารถกระทำได้)

แต่เนื่องจาก ผู้บริหาร ผู้มีอำนาจ ผู้มีหน้าที่บางส่วนมักไม่ตระหนักถึงหลักที่ควรจะเป็นดังกล่าว และไม่ค่อยได้มีการถือปฏิบัติในการหลีกเลี่ยงสถานการณ์หรือสภาวะการณ์ของการขัดกันของผลประโยชน์อันเป็นที่เชื่อกันว่าเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ส่วนรวม เป็นช่องทางทำให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชัน โดยเหตุนี้จึงมีความคิดในการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นความผิดฐานหนึ่งเป็นพิเศษแยกต่างหากจากความผิดฐานทุจริตคอร์รัปชัน เพื่อตัดต้นตอหรือสาเหตุหนึ่ง ที่อาจนำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชัน

ตัวอย่าง ๑. นาย ก. เป็นหัวหน้าหน่วยงาน มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งรวมทั้งการประกวดราคา ก่อสร้างอาคารของหน่วยงาน ในขณะเดียวกัน ภรรยาของนาย ก. ได้เข้ามาประมูลการก่อสร้างอาคารของหน่วยงานนั้น สภาวะการณ์เช่นนี้ นาย ก. ย่อมมีผลประโยชน์ขัดกัน กล่าวคือ นาย ก. มีประโยชน์ส่วนตนคือบริษัทของภรรยา นาย ก. ย่อมต้องการได้งานและได้ราคาดี ส่วนนาย ก. ในฐานะหัวหน้าหน่วยงานย่อมมีหน้าที่คัดเลือกบริษัทที่ดีที่สุด ราคาดีที่สุดสำหรับหน่วยงาน สถานการณ์เช่นนี้ทำให้เชื่อได้ว่า นาย ก. จะพิจารณา ดำเนินการวินิจฉัยเรื่องนี้อย่างตรงไปตรงมา เพื่อรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม

ตัวอย่าง ๒. นาย ก. เป็นอธิบดีได้ทำสัญญาว่าจ้างบริษัท เอ. ก่อสร้างอาคารสำหรับกรมที่ตนเองกำกับดูแลอยู่ ในขณะเดียวกัน นาย ก. ได้ทำสัญญาว่าจ้างบริษัท เอ. ก่อสร้างบ้านพักอาศัยส่วนตัวของตนเองไปพร้อมกันด้วย สภาวะการณ์เช่นนี้อาจทำให้สาธารณชนไม่

เชื่อมั่นว่า นาย ก. ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแล ควบคุม ตรวจสอบ จะสามารถกำกับดูแล ควบคุมการก่อสร้าง ตรวจสอบการจ้างงานก่อสร้าง อาคารสำหรับกรมได้อย่างตรงไปตรงมา เพราะ นาย ก. มีประโยชน์ ส่วนตนเกี่ยวข้องกับบริษัทก่อสร้างอยู่ด้วย สาธารณชนย่อมระแวง สงสัยว่านาย ก. คงจะได้ของแถม ของแจก ลดราคา หรือประโยชน์ ต่าง ๆ ฯลฯ จากบริษัท หรือสงสัยว่าอาจมีกรณีที่ดิน หิน ดิน ทราย เหล็ก ถูกส่งเข้าไปเพื่อทำงานก่อสร้างอาคารสำหรับกรมจำนวนหนึ่ง แต่อีกจำนวนหนึ่งถูกยกย้ายไปก่อสร้างบ้านพักอาศัยส่วนบุคคลของ อธิบดี

ตัวอย่าง ๓. นาย ก. และครอบครัวมีธุรกิจเกี่ยวกับการเกษตร และในขณะเดียวกันนาย ก. เป็นรัฐมนตรีผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการ กำหนดนโยบายด้านการเกษตร สถานการณ์เช่นนี้ นาย ก. ในฐานะ รัฐมนตรีย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย แผนงาน โครงการต่าง ๆ ในทางเกษตรกรรม ซึ่งสาธารณะย่อมต้องการให้ นโยบายดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์โดยรวมของประเทศ ไม่ใช่เพื่อ ประโยชน์ของธุรกิจของนาย ก. และครอบครัวที่นาย ก. ทำอยู่ ซึ่งเท่ากับเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และเป็นการเปิดช่องเปิด โอกาสให้มีการกำหนดนโยบาย แผนงาน โครงการ ฯลฯ เพื่อประโยชน์ของตนเอง ซึ่งบางท่านเรียกว่า ผลประโยชน์ทับซ้อน หรือการคอร์รัปชันเชิงนโยบาย

ตัวอย่าง ๔. นาย ก. เป็นหนึ่งในกรรมการสรรหา ผู้มีอำนาจ หน้าที่สรรหาหรือคัดเลือกผู้สมัครเพื่อจะมาดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง และภริยานาย ก. ได้สมัครเข้ารับการสรรหาในตำแหน่งดังกล่าวด้วย กรณีเช่นนี้นาย ก. ในฐานะกรรมการสรรหา ย่อมมีหน้าที่คัดเลือก

สรรหาผู้ที่เหมาะสม และดีที่สุดเพื่อดำรงตำแหน่ง แต่นาย ก. มีประโยชน์ส่วนตนอยู่ด้วยในขณะเดียวกัน สาธารณะย่อมระแวงสงสัยได้ว่า นาย ก. ไม่สามารถใช้ดุลยพินิจเลือกผู้ที่เหมาะสมและดีที่สุดเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

ตัวอย่าง ๕. นาย ก. เป็นหนึ่งในกรรมการผู้มีอำนาจคัดเลือกและอนุมัติรายชื่อบุคคลผู้สมควรได้เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัย ผู้บริหารระดับสูงแห่งหนึ่ง ทรียานาย ก. มีชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อผู้สมควรได้เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัยดังกล่าวด้วย ในฐานะกรรมการ นาย ก. พึงใช้ดุลยพินิจพิจารณาผู้ที่มีคุณสมบัติและมีความเหมาะสมมากที่สุดเพื่อให้เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัย แต่นาย ก. ก็มีประโยชน์ส่วนตนคือย่อมต้องประสงค์ให้ภริยาได้รับการคัดเลือกเข้าศึกษาในวิทยาลัยดังกล่าวด้วย

ตัวอย่าง ๖. นาย ก. เป็นครูอาจารย์ผู้สอนวิชา A ในวิทยาลัยหรือมหาวิทยาลัย ในขณะที่บุตรของนาย ก. ได้มาศึกษาในวิชาที่นาย ก. สอนอยู่ในฐานะครูอาจารย์นาย ก. ย่อมต้องสอน ออกข้อสอบ ตรวจสอบข้อสอบไปตามเนื้อผ้าไปตามมาตรฐาน แต่ในขณะที่เดียวกันนาย ก. มีประโยชน์ส่วนตน ย่อมต้องการให้บุตรของตนสอบได้คะแนนดี นักเรียนนักศึกษาและสาธารณะย่อมอดสงสัยไม่ได้ว่า นาย ก. จะใช้ดุลยพินิจออกข้อสอบ ตรวจสอบข้อสอบไปตามมาตรฐานที่ควรจะเป็นหรือไม่

ตัวอย่าง ๗. นาย ก. กรรมการธนาคารผู้มีอำนาจอนุมัติสินเชื่อและบริษัทของนาย ก. ได้มาขอสินเชื่อจากธนาคารดังกล่าว นาย ก. ในฐานะกรรมการธนาคารย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาสินเชื่อไปตามหลักเกณฑ์และเพื่อประโยชน์ของธนาคาร แต่นาย ก. ก็มีประโยชน์ส่วนตนที่ต้องการให้บริษัทของตนได้รับสินเชื่อจากธนาคาร

ตัวอย่าง ๘.^{๖๕} บริษัท A เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ซื้อที่ดินจากนาย ข. โดยนาย ข. ตกลงที่จะจ่ายค่านายหน้าตามอัตราปกติในทางธุรกิจ ให้แก่นาย ก. กรรมการผู้จัดการใหญ่ของบริษัท A กรณีนี้เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เนื่องจากนาย ก. กรรมการผู้จัดการใหญ่อาจจะไม่ได้ตัดสินใจหรือวินิจฉัยการซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท A ก็ได้ แม้อัตราค่านายหน้าจะเป็นปกติทั่วไป เพราะตนเองมีประโยชน์ที่จะได้รับค่านายหน้า และถ้าราคาที่ดินยิ่งสูง ค่านายหน้าก็จะยิ่งสูงขึ้นไปด้วย ซึ่งประโยชน์ส่วนตนนี้อาจทำให้นาย ก. ไม่เป็นกลางในการวินิจฉัย^{๖๖}

โปรดสังเกตว่า นาย ก. ในทุกตัวอย่างที่ยกมานี้ ยังไม่ได้มีการกระทำใด ๆ เลยที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวม ยังไม่มีการกระทำใด ๆ เลยที่แสดงให้เห็นว่ามีหรือเป็นการทุจริตคอร์รัปชัน

^{๖๕} เป็นตัวอย่างจากการศึกษาในหลักสูตร Audit Committee Program ซึ่งบรรยายโดยรองเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (คุณชาลี จันทนยิ่งยง)

^{๖๖} อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายหลักทรัพย์และตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ไม่ได้เข้มงวดถึงขนาดห้ามทำการซื้อขายที่ดินดังกล่าวเสียทีเดียว แต่มีข้อกำหนดให้กรรมการบริษัทมีหน้าที่ต้องพิจารณาให้ความสนใจเป็นพิเศษและพิจารณาว่าการทำรายการซื้อขายที่ดินดังกล่าวเป็นไปด้วยความรอบคอบรัดกุมและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทอย่างแท้จริง

เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในแวดวงธุรกิจและเรื่องคล้ายๆ กันนี้ จะเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือรายการที่เกี่ยวข้องกัน

ในทางตรงกันข้าม นาย ก. ในกรณีแรกอาจจะพิจารณาวินิจฉัยเลือกบริษัทอื่น ที่มีใช้สิทธิกริยาของตนเป็นผู้ชนะการประมูลก็ได้ นาย ก. ในกรณีที่สอง อาจจะพิจารณาตรวจการจ้างบริษัทก่อสร้างอย่างตรงไปตรงมา ตามผลการก่อสร้าง และไม่มี การรับของแถม ของแจก ลดราคา ฯลฯ เป็นพิเศษแต่ประการใดก็ได้ นาย ก. ในกรณีที่สาม ก็อาจจะวางนโยบาย แผนงาน โครงการไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ ไม่มีการวางนโยบายกำหนดโครงการเพื่อเอื้อประโยชน์ใด ๆ ให้กับกิจการของตนเองก็ได้ หรือนาย ก. ในกรณีที่สี่ที่ห้า นาย ก. อาจพิจารณาเลือกหรืออนุมัติบุคคลอื่นมิใช่กริยาตนเองเป็นผู้สมควรดำรงตำแหน่งหรือสมควรได้เข้ารับการศึกษาก็ได้ หรือนาย ก. ในกรณีที่หก อาจจะออกข้อสอบ ตรวจสอบข้อสอบไปตามเนื้อผ้าและมาตรฐาน หรือนาย ก. ในกรณีที่เจ็ด นาย ก. อาจพิจารณาให้สินเชื่อไปตามกฎเกณฑ์ และในที่สุดบริษัทนาย ก. ก็ได้รับสินเชื่อไปตามกฎเกณฑ์ ไม่ว่าผู้ใดมาเป็นผู้พิจารณาผลก็จะเป็นเช่นเดิมก็ได้ และนาย ก. ในกรณีสุดท้าย การซื้อขายที่ดินอาจจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท A และราคาซื้อขายก็เป็นธรรมและสมเหตุสมผลก็ได้

สถานการณ์ตามที่ยกตัวอย่างมาทั้งหมดเป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งอาจจะนำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ว่าโดยทั่วไป โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นที่คาดหมายหรือเชื่อกันได้ว่า ถ้าไม่จัดการควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์ให้ดี ความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่จะเกิดขึ้น และอาจจะนำไปสู่ความเสียหายเสียประโยชน์ของส่วนรวม และนำ

ไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันในที่สุด^{๖๓} ดังนั้นวิธีการที่ดีที่สุดในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน จึงต้องจัดการกับปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์

การรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์

๑. วิธีการที่ดีที่สุดในการจัดการกับเรื่องของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ก็คือ การไม่อยู่ในสถานการณ์การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมเสียตั้งแต่ต้น^{๖๔} การหลีกเลี่ยงสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ถ้าสามารถหลีกเลี่ยงได้ เป็นวิธีการรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ดีที่สุด อาทิ นาย ก. อธิบดี ไม่พึงให้บริษัทของภริยา มาประมูลก่อสร้างอาคารในกรมที่ตน

^{๖๓} รูปธรรมก็คือ นาย ก. ในฐานะหัวหน้าหน่วยงานคงใช้อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่แทรกแซงไม่ทางตรงก็ทางอ้อมหรือกดดันให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจำต้องเอื้อประโยชน์และหาทางให้บริษัทภริยาของนาย ก. ชนะการประมูล หรือนาย ก. คงได้ของแถม ของแจก ลดราคา ฯลฯ สำหรับงานก่อสร้างบ้านพักส่วนตัวจากบริษัทผู้รับเหมางานก่อสร้างของกรมอยู่ เพราะอย่างน้อยที่สุดก็คงต้องการเอาใจเพื่อให้การตรวจรับมอบงาน และอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการสร้างตึกของกรมเป็นไปด้วยความราบรื่น หรือที่ร้ายแรงกว่าก็อาจเป็นช่องทางให้นิวาสตูดต่าง ๆ ในการก่อสร้างที่พึงจะใช้กับการก่อสร้างอาคารของส่วนรวม มาใช้กับบ้านพักส่วนตัว อันเป็นการทุจริตคอร์รัปชัน ฯลฯ ซึ่งสิ่งเหล่านี้โดยสภาพเป็นเรื่องที่พิสูจน์ยาก และโดยเหตุนี้จึงได้มีแนวความคิดและบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ กำหนดฐานความผิดแยกต่างหากจากการทุจริตคอร์รัปชัน เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันนั่นเอง

^{๖๔} สอดคล้องกับข้อมติของสหประชาชาติที่ ๕๑/๕๙ ลงวันที่ ๑๒ ธันวาคม ๒๕๓๙ ในส่วน Annex International Code of Conduct for Public

กำกับดูแลอยู่ หรือ นาย ก. ไม่พึงรับหน้าที่เป็นกรรมการสรรหา หากกรรียนนาย ก. ประสงค์จะสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่นาย ก. เป็นกรรมการสรรหา หรือหากนาย ก. ประสงค์จะเป็นกรรมการผู้มีหน้าที่คัดเลือกและอนุมัติรายชื่อบุคคลผู้สมควรได้เข้ารับการศึกษา กรรียนนาย ก. ก็ไม่พึงสมัครหรือรับการเสนอชื่อเพื่อศึกษาในหลักสูตรดังกล่าวในขณะที่นาย ก. เป็นกรรมการอยู่ เป็นต้น

๒. ในกรณีที่มีอำนาจหน้าที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยง หรือไม่ทราบหรือไม่ได้ตระหนักตั้งแต่เบื้องต้นว่าตนตกอยู่ในสถานการณ์การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม ผู้มีอำนาจหน้าที่ควรหยุดดำเนินการ และไม่ร่วมพิจารณา วินิจฉัยหรือลงมติในประเด็นที่มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้น ถ้าสามารถกระทำได้โดยไม่เกิดความเสียหายแก่ส่วนรวม อาทิ นาย ก. กรรมการธนาคาร พึงออกจากห้องประชุมไม่ร่วมพิจารณา วินิจฉัยและลงมติในการอนุมัติ หรือไม่อนุมัติการให้สินเชื่อแก่บริษัทของตนเอง และต้องไม่กระทำการใด ๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อมในการแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจอย่างอิสระของกรรมการอื่นๆ

Officials II Conflict of Interest and Disqualification ๔. Public officials shall not use their official authority for the improper advancement of their own or their family's personal or financial interest. They shall not engage in any transaction, acquire any position or function or have any financial, commercial or other comparable interest that is incompatible with their office, functions and duties or the discharge thereof.

๓. ในกรณีที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงสถานการณ์การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมได้^{๖๙} และไม่แน่ใจว่าในสถานการณ์เช่นนั้นควรดำเนินการอย่างไร ควรจะร่วมพิจารณาวินิจฉัยลงมติหรือไม่ อย่างไร ผู้มีอำนาจหน้าที่ควรต้องแจ้ง ประกาศหรือเปิดเผยข้อมูล ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีสอดกันแห่งผลประโยชน์ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง ต่อผู้มีอำนาจหน้าที่ ต่อผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไป หรือต่อสาธารณะเพื่อความโปร่งใส^{๗๐} เพื่อแสดงความบริสุทธิ์ใจ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง

^{๖๙} อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี ผู้ที่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง อาจอยู่ในสถานการณ์ที่เหมาะสม หรือจำเป็นต้องใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ อาทิ นาย ก. เป็นครูอาจารย์ผู้เดียวที่สอนวิชาดังกล่าว หากหลีกเลี่ยงไม่สอนก็จะเสียหายเสียประโยชน์ต่อนักเรียนนิสิตนักศึกษาโดยส่วนรวม หรือนาย ก. และคณะเป็นกรรมการในองค์การอิสระซึ่งโดยกฎหมายมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ทุกเรื่องในองค์การอิสระ ซึ่งรวมถึงสวัสดิการ ค่าตอบแทน เบี้ยประชุม และประโยชน์ต่าง ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ และในบางครั้งอาจเป็นการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของคณะกรรมการด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการพิจารณา วินิจฉัยในเรื่องที่เป็นประโยชน์ส่วนตนของคณะกรรมการ องค์การอิสระ กรณีเช่นนี้ โดยสภาพก็มีความจำเป็นต้องพิจารณา วินิจฉัยเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ส่วนตนด้วย ซึ่งในกรณีเช่นนี้พึงพิจารณา ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบเป็นพิเศษ เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นไปตามหลักการ ตามความถูกต้อง และเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

โปรดสังเกตว่า กรณีเช่นนี้มีใช้กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขแดงที่ อม. ๑/๒๕๔๘ แต่อย่างไรก็ดี รายละเอียดโปรดดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๒ ตอนที่ ๕๐ ก ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๔๘ หน้า ๑๒-๓๔.

^{๗๐} อำนาจที่ปกปิด ย่อมนำไปสู่การใช้อำนาจที่มีขอบได้โดยง่าย จึงต้องกำหนดมาตรการการใช้อำนาจให้โปร่งใส เปิดเผย เพื่อให้ประชาชนและผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบได้

เป็นผู้พิจารณาว่าสมควรจะดำเนินการประการใดต่อไป ควรหลีกเลี่ยง การวินิจฉัย ตัดสินใจ หรือใช้ดุลยพินิจในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่อย่างไร และไม่ว่าในกรณีใด ๆ ต้องพึงระมัดระวังการใช้อำนาจหน้าที่ไม่ให้มี ผลเป็นการแทรกแซง ไม่ว่าจะโดยตรงและโดยอ้อมต่อการใช้ดุลยพินิจ ของบุคคลอื่น ฯลฯ

๔. ในกรณีที่ต้องพิจารณา วินิจฉัย ลงมติในเรื่องที่มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ให้พิจารณาวินิจฉัย ลงมติไปโดยยึดหลักเหตุผล โปร่งใส เปิดเผย สามารถอธิบายได้และพร้อมตอบคำถามข้อสงสัยแก่ สาธารณะ

๕. ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์และ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว^{๗๑}

ลักษณะและองค์ประกอบของการขัดกันของผลประโยชน์ ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม

จากความหมายของการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและ ผลประโยชน์ส่วนรวมดังกล่าวมาข้างต้น สามารถจำแนกลักษณะและ องค์ประกอบของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้ดังนี้

๑. ต้องมีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผล ประโยชน์ส่วนรวม

^{๗๑} OECD ได้เสนอแนะมาตรการ แนวทางในการรับมือกับการขัดกันแห่งผล ประโยชน์ไว้ ๖ ประการ โปรดดูรายละเอียดใน Organization For Economic Co-operation and Development, Policy Brief OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, September ๒๐๐๕. at pp.๕-๗.

๒. ต้องเป็นกรณีที่คุณคนนั้น ๆ มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของส่วนรวมอยู่

๓. บุคคลนั้น ๆ จะเป็นบุคลากรในภาครัฐ หรือภาคเอกชนก็ได้

๔. ประโยชน์ส่วนตนนั้น อาจจะเป็นประโยชน์ในเชิงทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก็ได้

๕. ประโยชน์ส่วนตนนั้น หมายความว่ารวมถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ถือว่าเป็นประโยชน์ส่วนตนด้วย

๖. การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมมิได้หมายความว่ามีการทุจริตคอร์รัปชันเสมอไป

๗. การขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยหลักการพื้นฐานเป็นเรื่องศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม

๘. ความผิดเกี่ยวกับเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์อาจเป็นได้ทั้งการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) หรือเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) ก็ได้

๑. ต้องมีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม

สาระสำคัญของการขัดกันแห่งผลประโยชน์จะต้องมีการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตน และประโยชน์ส่วนรวมเสียก่อน หากไม่มีประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็จะเป็นการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมไม่ได้โดยสภาพ

ตัวอย่าง อธิบดี ก. มีผลประโยชน์ส่วนตนเพราะภรรยาเป็นเจ้าของบริษัทที่นำสินค้ามาเสนอแข่งขันประมูลขายให้กับกรมที่อธิบดี ก. เป็นผู้บังคับบัญชา กำกับดูแลอยู่ อธิบดี ก. ย่อมมีประโยชน์ส่วนตน

ต้องการให้สินค้าของภรรยาตนขายได้ และขายได้ราคาดี ในขณะที่เดียวกันอธิบดี ก. มีอำนาจหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมคือการควบคุมดูแลการประมูลของกรม ประโยชน์ของกรมก็คือได้ซื้อสินค้าที่มีคุณภาพดีและในราคาที่เหมาะสมที่สุด

สถานการณ์ที่มีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของส่วนรวมและผลประโยชน์ส่วนตนนี้เองที่เป็นเหตุหรืออาจเป็นเหตุทำให้อธิบดี ก. ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นกลาง ตรงไปตรงมาเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

สถานการณ์เช่นนี้ย่อมจะทำให้สาธารณชนเคลือบแคลงสงสัยได้ว่า การปฏิบัติหน้าที่ การใช้ดุลยพินิจ หรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของอธิบดี ก. ที่เกี่ยวเนื่องกับการประมูลนั้น ๆ จะมีโอกาสหรือมีความเป็นไปได้ที่จะกระทำไปเพื่อประโยชน์ของตนเองมากกว่าประโยชน์ส่วนรวม

สถานการณ์เช่นนี้จะเปิดช่อง เปิดโอกาสให้มีการทุจริต คอร์รัปชัน หรือมีโอกาสที่ประโยชน์ส่วนรวมจะสูญหาย เสียหายหรือลดน้อยถอยลง (Private gains from public losses.)

หากไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ไม่ใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม

ตัวอย่าง นาย ก. ข้าราชการกระทรวงการคลัง ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงการคลัง ในขณะที่เดียวกันนาย ก. ในฐานะปลัดกระทรวงการคลัง ต้องดำรงตำแหน่งเป็นรองประธานกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินโดยดำรงตำแหน่งการดำรงตำแหน่ง ๒ ตำแหน่งดังกล่าวไม่ใช่การขัดกันแห่งผล

ประโยชน์ เพราะไม่มีประโยชน์ส่วนตัวใด ๆ ของนาย ก. เข้ามาเกี่ยวข้องเลย แม้ในสถานการณ์ที่มีประเด็นที่นาย ก. ต้องพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือขัดแย้งกันระหว่างกระทรวงการคลังกับกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน สถานการณ์เช่นนี้ก็มีใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม เพราะ นาย ก. มิได้มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องับประโยชน์ของกระทรวงการคลัง หรือประโยชน์ของกองทุนฟื้นฟูแต่อย่างใด จึงไม่มีกรณีที่นาย ก. จะไม่เป็นกลางหรือโอนเอียงในการใช้ดุลยพินิจอันเนื่องมาจากเห็นแก่ประโยชน์ส่วนบุคคลของตนได้ ส่วนกรณีนี้จะมีเหตุอื่นอันอาจทำให้นาย ก. โอนเอียงหรือไม่เป็นกลางในการพิจารณาหรือวินิจฉัยหรือไม่ อย่างไร เป็นอีกประเด็นหนึ่ง^{๗๖}

ตัวอย่าง นาย ก. อัยการสูงสุด ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกรรมการหรือประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจ สถานการณ์เช่นนี้มีใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมโดยตัวของมันเอง เพราะ นาย ก. มิได้มีประโยชน์ส่วนบุคคลของตนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย^{๗๗} ส่วนกรณีนี้จะมีเหตุอื่นอันอาจทำให้นาย ก.

^{๗๖} โปรดดู หัวข้อ ๔.สถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม ต่อไป

^{๗๗} ที่มีผู้กล่าวว่า ในกรณีเช่นนี้ถือว่ามีประโยชน์ส่วนตนอยู่ โดยเห็นว่าการที่ประโยชน์ส่วนตนในที่นี้ก็คือค่าตอบแทนที่ได้รับจากการดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจนั้น ผู้เขียนเห็นว่าค่าตอบแทนดังกล่าวมิใช่ประโยชน์ส่วนตนตามหลักเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เพราะหากเข้าใจเช่นนี้ บุคลากรภาครัฐ หรือภาคเอกชนทั้งหมดจะไม่สามารถไปทำงานหรือช่วยราชการในหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ได้เลย เพราะการไปทำงานหรือช่วยราชการในหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ย่อมได้รับค่าตอบแทนในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเป็นปกติ

โอนเอียงหรือไม่เป็นกลางในการพิจารณาหรือปฏิบัติหน้าที่หรือไม่
อย่างไร เป็นอีกประเด็นหนึ่ง^{๗๔}

ตัวอย่าง นาย ก. อธิการบดี ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง
ประธานและกรรมการในรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ หลายแห่ง กรณีนี้ก็มีใช้
เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมโดย
ตัวของมันเอง เพราะนาย ก. มิได้มีผลประโยชน์ส่วนตนอันไปขัดกับ
ประโยชน์ของส่วนรวม สำหรับกรณีที่มีความเห็นว่าจะเหมาะสมหรือไม่
อย่างไร ที่ดำรงตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานอยู่แล้วและในขณะเดียวกัน
ยังทำหน้าที่ประธานและกรรมการในรัฐวิสาหกิจอื่น ๆ อีกหลายแห่ง
เป็นอีกประเด็นหนึ่ง^{๗๕}

อาทิ ข้าราชการกระทรวงการคลังได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการกฤษฎีกา
ย่อมได้รับเบี้ยประชุมในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการ ฯลฯ ส่วนความเห็นใน
ทำนองที่ว่า เมื่อได้รับค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่แล้วจะมีผลทำให้เกิด
ความโอนเอียงไม่เป็นกลางในการรักษาหน้าที่หรือไม่ อย่างไร เป็นอีกประเด็น
หนึ่งเช่นกัน

^{๗๔} โปรดดู หัวข้อ ๔. สถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันของผลประโยชน์ส่วน
ตนและผลประโยชน์ส่วนรวม ต่อไป

^{๗๕} คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้มีความเห็น
และข้อเสนอแนะไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อจำกัดมิให้ผู้ใดเป็นกรรมการ
รัฐวิสาหกิจต่าง ๆ เกินกว่า ๓ แห่ง และ ๓ แห่งนี้ให้นับรวมการเป็นกรรมการ
โดยตำแหน่งและการได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติราชการแทนในตำแหน่ง
กรรมการด้วย ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบกับข้อเสนอดังกล่าว
รายละเอียดโปรดดู มติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๔ มกราคม ๒๕๕๔

๒. ต้องเป็นกรณีที่คุณคนนั้น ๆ มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของส่วนรวมอยู่

การใดที่จะเป็นกรณีการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมได้ บุคคลนั้น ๆ จะต้องเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่หรือเป็นผู้ที่ต้องใช้ดุลยพินิจ วินิจฉัย สั่งการ หรือกำกับ ดูแล ฯลฯ กิจกรรมงานของส่วนรวมอยู่ บุคคลโดยทั่ว ๆ ไปที่ไม่มีอำนาจหน้าที่แม้จะมีผลประโยชน์ส่วนตนอยู่ก็มิใช่กรณีการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นข้าราชการ ตำแหน่งนักวิชาการเชี่ยวชาญ มิได้มีอำนาจหน้าที่ กำกับดูแล หรือใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยใด ๆ ในการประมูลก่อสร้างอาคาร แม้ภรรยา นาย ก. จะเป็นเจ้าของบริษัทที่มาประมูลก่อสร้างอาคารด้วย ก็ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เพราะนาย ก. ไม่ได้อยู่ในสถานะที่ต้องใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามอำนาจหน้าที่เพื่อส่วนรวมเพื่อหน่วยงาน หรือเพื่อองค์กร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง นาย ก. ไม่มีโอกาสในการทำให้ประโยชน์ส่วนรวมเสียหายได้^{๓๖}

^{๓๖} มีผู้กล่าวว่า ในกรณีเช่นนี้ นาย ก. มีโอกาสที่จะแทรกแซง หรือโน้มน้าว ทำให้การพิจารณา วินิจฉัยสั่งการใด ๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์ของนาย ก. ได้อยู่ เพราะนาย ก. เป็นข้าราชการอยู่ในหน่วยงาน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกล่าวเช่นนี้มีได้ผิดแต่ประการใด เพราะแม้บุคคลที่อยู่นอกหน่วยงาน แต่สนิทสนมกับผู้มีอำนาจหน้าที่ก็มีโอกาสในการโน้มน้าว หรือแทรกแซงได้เช่นเดียวกัน แต่ประเด็นที่ผู้เขียนต้องการเน้นก็คือกรณีนี้มิใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นข้าราชการระดับ ๖ ตำแหน่ง
บรรณารักษ์ ได้เข้าทำสัญญาว่าจ้างก่อสร้างบ้านกับบริษัทผู้รับเหมา
ก่อสร้างที่กำลังก่อสร้างอาคารให้กับหน่วยงานที่นาย ก. เป็น
ข้าราชการอยู่ กรณีนี้ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เพราะ
นาย ก. ไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง
อาคาร ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจการจ้างหรือไม่อยู่ในสถานะที่
ผู้รับเหมาจะให้ประโยชน์ใด ๆ อันทำให้นาย ก. เอนเอียงในการ
ปฏิบัติหน้าที่ได้

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
แห่งหนึ่ง ในขณะเดียวกัน ภรรยา นาย ก. เป็นผู้รับเหมาก่อสร้าง
ภรรยา นาย ก. ไม่สามารถมาประมูลก่อสร้างอาคารในองค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่นที่นาย ก. กำกับดูแลอยู่ได้ เพราะเป็นการขัดกัน
แห่งผลประโยชน์ แต่หากภรรยา นาย ก. ไปประมูลก่อสร้างอาคารกับ
องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่น ที่นาย ก. มิได้มีอำนาจหน้าที่ใด ๆ
เกี่ยวข้อง กรณีนั้นก็ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์^{๗๗)}

อาจกล่าวได้ง่าย ๆ ว่าเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จะเกิด
ขึ้นได้ก็เฉพาะกับผู้ที่มีอำนาจหน้าที่เท่านั้น และยังมีอำนาจหน้าที่มาก

^{๗๗)} อย่างไรก็ตาม หากนาย ก. และผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นได้มีการ
การสมรู้ร่วมคิดกันเพื่อเอื้อประโยชน์ใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะเป็น
ความผิดฐานอื่น ๆ ต่อไป ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ในที่นี้ผู้เขียน
ประสงค์จะทำความเข้าใจความหมายและองค์ประกอบของการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์ และกรณีตามตัวอย่างที่ยกนี้ได้เคยมีการหยิบยกขึ้นมาเป็นตัวอย่าง
แล้วในการสัมมนาเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่จัดโดยคณะกรรมการ
ป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งผู้เขียนเป็นวิทยากรร่วมอยู่ด้วย

หรือสูงเท่าใด ก็ยังมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดปัญหาได้มากเท่านั้น โดยเหตุนี้ในหลักการของการป้องกันปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่มีประสิทธิภาพจึงต้องมีมาตรการและนโยบายที่เข้มงวด โดยเฉพาะกับผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ระดับสูง^{๗๘}

อย่างไรก็ตาม อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่นั้น ต้องเป็นอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้^{๗๙} อำนาจอันเกิดจากสภาพข้อเท็จจริงบางประการ สถานะของบุคคล หรือเหตุอื่นใด ฯลฯ โดยหลักการแล้วไม่ถือว่าเป็นอำนาจอันจะนำไปสู่การขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้อาทิ นาย ก. อดีตนายกรัชมมนตรี ได้เข้าประมูลซื้อขายที่ดินกับหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A ได้ไปเป็นคู่สัญญากับกรม B ซึ่งมีได้อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ของตนตามกฎหมาย หรือรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง A เป็นคู่สัญญากับกรมหนึ่ง ซึ่งไม่ได้อยู่ในสายงานที่รัฐมนตรีช่วยว่าการฯ มีอำนาจกำกับดูแลอยู่

^{๗๘} Organization For Economic Co-operation and Development, Policy Brief OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, September ๒๐๐๕. at p. ๔. และสันนิษฐานว่าโดยเหตุนี้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จึงได้ออกประกาศป.ป.ช. กำหนดให้เฉพาะนายกรัชมมนตรีและรัฐมนตรีเป็นผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามมาตรา ๑๐๐ แห่งพ.ร.บ.ป.ป.ช. ในปี พ.ศ. ๒๕๔๔ และต่อมาขยายถึงผู้บริหารท้องถิ่น และรองผู้บริหารท้องถิ่น ในปี พ.ศ. ๒๕๕๕

^{๗๙} เหตุผลก็คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น

๓. บุคคลนั้น ๆ จะเป็นบุคลากรในภาครัฐ หรือภาคเอกชนก็ได้

หลักการเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมนี้ เป็นหลักการสากลอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป และสามารถปรับใช้ได้ทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน กล่าวคือผู้บริหารภาคเอกชนซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ขององค์กรอันเป็นส่วนรวม และในขณะเดียวกันผู้บริหารภาคเอกชนดังกล่าวมีผลประโยชน์ส่วนตนซึ่งขัดหรือแย้งกันอยู่กับผลประโยชน์ขององค์กร เช่นนี้ก็พึงหลีกเลี่ยงสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ เช่นเดียวกัน^{๘๐}

ตัวอย่าง นาย ก. กรรมการในธนาคารพาณิชย์เอกชนแห่งหนึ่งซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อ และบริษัทของนาย ก. ได้มาขอสินเชื่อจากธนาคาร เช่นนี้นาย ก. ย่อมมีประโยชน์ส่วนตนคือการที่บริษัทของตนจะได้รับสินเชื่อจากธนาคาร แต่ในขณะ

^{๘๐} หลักในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ปรับใช้กับภาคเอกชนด้วยนั้น มีปรากฏอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ อาทิ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๗๔ มาตรา ๙๙ มาตรา ๑๐๓๘ เป็นต้น หรือพระราชบัญญัติสถาบันการเงิน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๔๘-๕๒ แต่ในวงการธนาคารพาณิชย์และภาคธุรกิจมักนิยมเรียกว่า เป็นรายการที่เกี่ยวข้องกัน หรือรายการที่เกี่ยวข้องกัน หรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง (Related Transaction) สนใจรายละเอียดโปรดดู ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส.๓๖/๒๕๕๑ เรื่องหลักเกณฑ์การกำกับการทำธุรกรรมกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือกิจการที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง (Related Lending) และ ๘๕/๒๕๕๑ เรื่องการผ่อนผันหลักเกณฑ์การกำกับการทำธุรกรรมกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือกิจการที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง (Related Lending)

เดียวกันนาย ก. ก็มีหน้าที่รักษาประโยชน์ส่วนรวมของธนาคารในการปล่อยสินเชื่อด้วย ประโยชน์ทั้งสองอาจขัดกันได้ นาย ก. จึงพึงหลีกเลี่ยงสถานการณ์นี้

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นผู้จัดการในบริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง ภรรยา นาย ก. ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาซื้อขาย ประมูลงาน หรือรับทำางานอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัทแห่งนั้น เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม

๔. ประโยชน์ส่วนตนนั้น อาจจะเป็นประโยชน์ในเชิงทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก็ได้

ประโยชน์ส่วนตนนั้นครอบคลุมไม่เพียงแต่ประโยชน์ในเชิงทรัพย์สินเท่านั้น แต่รวมถึงประโยชน์อื่นใด ซึ่งมีผลกระทบต่อการศึกษา การใช้จ่ายเงิน การปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลนั้น ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

ตัวอย่าง นาย ก. ตำแหน่งกรรมการสภามหาวิทยาลัย นาย ก. ได้เสนอและได้พิจารณาร่วมลงมติให้ นาง ข. ซึ่งเป็นภรรยาตนเอง และเป็น candidate ได้รับแต่งตั้งเป็นคณบดี หรือได้รับปริญญาดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์ กรณีเช่นนี้แม้จะมีได้เป็นประโยชน์ในเชิงทรัพย์สิน แต่ตำแหน่งหน้าที่ หรือเกียรติยศ ก็เป็นประโยชน์อื่น ๆ ที่เป็นเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวมได้

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นอาจารย์มหาวิทยาลัย บุตรของนาย ก. ได้มาศึกษาและลงทะเบียนเรียนในวิชาที่นาย ก. เป็นผู้สอน นาย ก. เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการวัดผลให้คะแนนแก่นักศึกษาซึ่งรวมถึงบุตรของตนด้วย กรณีนี้แม้จะไม่ใช่ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน หรือตำแหน่งหน้าที่ แต่ก็ยังเป็นประโยชน์อื่นใด จึงเป็นสถานการณ์ที่อาจ

ทำให้สาธารณชนไม่มั่นใจว่า การตรวจให้คะแนนในกรณีบุตรของนาย ก. นั้น นาย ก. จะได้ตรวจพิจารณาอย่างตรงไปตรงมาหรือไม่

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นผู้ที่แสดงตนโดยชัดเจนว่าจะเป็นผู้สมัครเข้ารับการศึกษาเป็นอธิการบดีของมหาวิทยาลัย และนาย ก. ได้รับแต่งตั้งจากมหาวิทยาลัยและสภามหาวิทยาลัยให้ทำหน้าที่เป็นกรรมการแก้ไขข้อบังคับการสรรหาอธิการบดีที่จะมีผลใช้บังคับกับการสรรหาอธิการบดีในครั้งนั้น กรณีนี้แม้จะไม่ใช่ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน แต่ก็ก็เป็นประโยชน์อื่นใดอันทำให้เกิดสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ซึ่งสาธารณชนอาจไม่เชื่อมั่นว่าการแก้ไขระเบียบข้อบังคับนั้นจะแก้ไขเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือแก้ไขเพื่อประโยชน์ของนาย ก. ในการสรรหาที่นาย ก. เกี่ยวข้องอยู่โดยตรง

อย่างไรก็ตาม โดยหลักการแล้ว ประโยชน์ส่วนตนนั้น ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์ส่วนตนในรูปทรัพย์สิน เงินทอง ตำแหน่งหน้าที่ เกียรติยศหรือประโยชน์อื่นใด จะต้องมิขนาด จำนวนหรือลักษณะ ที่มากหรือมีสาระสำคัญเพียงพอที่จะทำให้บุคคลนั้นเกิดอคติ มีความไม่เป็นกลางในการใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งประโยชน์ส่วนตนนี้จะต้องมากพอที่จะทำให้ไม่เป็นกลางนั่นเอง ซึ่งปัญหานี้เป็นข้อเท็จจริงรายละเอียดที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป^{๔๑}

^{๔๑} และโดยเหตุที่เป็นรายละเอียดที่ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปนี้เอง ที่อาจทำให้เกิดความยากลำบากในการพิสูจน์ว่ามีการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตน และผลประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ และเป็นความยากลำบากในการตีความ ดังนั้นในการตรากฎหมายบางฉบับจึงบัญญัติให้เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยไม่คำนึงถึงขนาดหรือสัดส่วนของผลประโยชน์ส่วนตน แต่อย่างไร ซึ่งอาจทำให้เกิดผลกระทบที่ไม่คาดหวังตามมา

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นกรรมการธนาคารแห่งหนึ่ง มีอำนาจพิจารณาอนุมัติสินเชื่อและบริษัท ข. ซึ่งมีนาย ก. ถือหุ้นอยู่ด้วย ๑ หุ้น มาขอสินเชื่อ เช่นนี้แม้ นาย ก. จะมีประโยชน์ส่วนตนอยู่ในบริษัท ข. แต่จะเห็นได้ว่าขนาดหรือปริมาณของประโยชน์ส่วนตนนั้นน้อยมากจนน่าเชื่อได้ว่า จะไม่เป็นเหตุให้นาย ก. พิจารณาโดยไม่เป็นกลางแต่อย่างใด

๕. ประโยชน์ส่วนตนนั้น หมายความว่ารวมถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ถือว่าเป็นประโยชน์ส่วนตนด้วย

ประโยชน์ส่วนตนนั้น โดยสภาพหรือโดยปกติย่อมหมายถึงประโยชน์ของตนเอง อันเป็นที่เห็นได้ชัดว่าจะมีอิทธิพลหรือมีผลต่อการใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหากไปขัดกับประโยชน์ส่วนรวม คำถามมีว่าประโยชน์ส่วนตนในที่นี้จะรวมถึงประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ หรือไม่ เพียงใด ? คำตอบโดยหลักการก็คือ ประโยชน์ส่วนตนในประเด็นนี้ย่อมมีความหมายเฉพาะประโยชน์ของตนเองเท่านั้น ข้อยกเว้นที่ขยายออกไปคือประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ถือเสมือนเป็นประโยชน์ของตนเอง ซึ่งก็คือประโยชน์ของคู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ^{๘๒}

^{๘๒} เหตุผลสนับสนุนนั้นก็เพราะตามกฎหมาย ทรัพย์สินของคู่สมรสย่อมเป็นสินสมรสร่วมกันของสามีภรรยา (ป.พ.พ.มาตรา ๑๔๗๐) สามีภรรยาต้องช่วยเหลือเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน (ป.พ.พ.มาตรา ๑๔๖๑) และการอยู่กินกันฉันท์สามีภรณีย่อมเป็นเหตุผลในตัวเองที่ทำให้ถือเสมือนได้ว่าประโยชน์ของสามีภรณีย่อมเป็นประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง และสำหรับบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ บิดา

อย่างไรก็ตามมีความคิดเห็นและบทบัญญัติกฎหมายบางฉบับ อาทิ พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม พ.ศ. .. หรือที่รู้จักกันในนามกฎหมาย ๗ ชั่วโมง ซึ่งกฎหมายนี้ไม่มีผลใช้บังคับโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปแล้ว^{๘๓} ได้กำหนดให้ประโยชน์ส่วนตนขยายไปถึงเครือญาติลำดับชั้นต่าง ๆ หรือบางความเห็นขยายไปแม้กระทั่งเพื่อนร่วมรุ่น เพื่อนร่วมงาน ผู้บังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชา ลูกหนี้เจ้าหนี้ ฯลฯ ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการขยายขอบเขตกว้างเกินไปและทำให้ไม่สามารถแยก

มารดา ย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดู (ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๖๔) มีอำนาจปกครองซึ่งรวมถึงอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตรด้วย (ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๖๖ และ ๑๕๗๑) และโดยธรรมจรรยาประโยชน์ใด ๆ ของบุตรย่อมอยู่ในวิสัยที่บิดามารดาจะต้องดูแลรักษาประโยชน์นั้น โดยเหตุนี้การกำหนดให้ขยายประโยชน์ส่วนตนมายังคู่สมรส และบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการขยายที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด แต่การขยายความหมายของประโยชน์ส่วนตนไปยังญาติชั้นต่าง ๆ หรือบุคคลอื่น ๆ อาจมีปัญหาข้อเท็จจริง และปัญหาข้อกฎหมาย นำไปสู่การโต้แย้งโต้เถียงและหาข้อยุติร่วมกันได้ยาก และกฎหมายในลักษณะนี้อาจมีประเด็นว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย

^{๘๓} มาตรา ๓ ของร่างกฎหมายดังกล่าว ได้ให้ความหมายไว้กว้างมาก รวมถึง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน คู่สมรสของบุตรของตน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกันของตนหรือของคู่สมรส ลุง ป้า น้า อา ของตนหรือคู่สมรส บิดามารดาปู่ย่าตายายของคู่สมรส บุตรของพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกันของตนหรือของคู่สมรส และยิ่งรวมถึงบุตรของบุตรของพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกันของตน ด้วย โปรดดูรายละเอียดในร่างกฎหมายดังกล่าว และโปรดดูคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๗/๒๕๕๑ ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๖ ตอนที่ ๑๑ ก. วันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๒)

ความแตกต่างระหว่างความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอันเกิดจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์กับความไม่เป็นกลางอันเกิดจากความสัมพันธ์ของบุคคล โดยสภาพหรือโดยเหตุผลของเรื่องและโดยกฎหมายแล้วผลประโยชน์ของเพื่อนก็ดี ผลประโยชน์ของผู้บังคับบัญชา ของเจ้าหน้าที่ก็ดี ฯลฯ ไม่ใช่และไม่อาจถือได้ว่าเป็นประโยชน์ส่วนตนของเพื่อน ของผู้ใต้บังคับบัญชา หรือของลูกหนี้ได้^{๘๔} ส่วนความสัมพันธ์ของบุคคลนั้นมีหลากหลาย อาจมีทั้งความสัมพันธ์กันในฐานะต่าง ๆ โดยปกติธรรมดาหรือมีความสัมพันธ์กันในลักษณะใกล้ชิดสนิทสนมพิเศษ และในกรณีที่มีความสัมพันธ์นั้นมีมากเพียงพอที่จะมีอิทธิพลต่อการใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่เป็นกลางได้ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป แต่ก็ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานในหน่วยงานของตน บุตรของนาย ก. ได้มาสมัครงานด้วย นาย ก. ย่อมมีผลประโยชน์ส่วนตนที่อาจทำให้ใช้ดุลยพินิจในการคัดเลือกได้อย่างไม่เป็นกลาง

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานในหน่วยงานของตน บุตรของนาย ข. เพื่อนนาย ก. ได้มาสมัครงานด้วย นาย ก. ไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนในกรณีนี้ แต่นาย ก. อาจมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับนาย ข. มากเพียงพอที่จะทำให้นาย ก. ใช้ดุลยพินิจในการคัดเลือกได้อย่างไม่เป็นกลาง (หากมี) ก็เป็นอีกกรณีหนึ่ง แต่ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

^{๘๔} บางท่านอาจเห็นว่า ประโยชน์ของเพื่อน ประโยชน์ของผู้บังคับบัญชา ประโยชน์ของเจ้าหน้าที่คือประโยชน์ของตนเอง นั่นเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นความเห็นที่กว้างมาก ๆ จนหาขอบเขตและหลักเกณฑ์ได้ยาก

ตัวอย่าง บริษัท เอ โดยนาย ก. กรรมการผู้จัดการ มีประเด็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับการซื้อที่ดินจากนาย ข. ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท เอ นาย ก. ซึ่งมีอำนาจหน้าที่กระทำการแทนบริษัท เอ ต้องพิจารณาวินิจฉัยเพื่อประโยชน์ของบริษัท เอ แต่นาย ก. มีความสัมพันธ์กับนาย ข. ในฐานะที่นาย ข. เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ซึ่งมีอำนาจและอิทธิพลต่อการตัดสินใจของผู้บริหาร ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้อาจทำให้นาย ก. กรรมการผู้จัดการพิจารณาวินิจฉัยไปโดยไม่เป็นกลาง โดยเห็นแก่นาย ข. ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ กรณีนี้แม้จะเป็นเหตุให้เกิดความไม่เป็นกลาง แต่ก็ไม่ใช่การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนของนาย ก. กับผลประโยชน์ส่วนรวมของบริษัท เอ^{๕๕}

๖. การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมมิได้หมายความว่ามีการทุจริตคอร์รัปชันเสมอไป

การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม นั้น เป็นสถานการณ์ หรือสภาวะการณ์ หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือเป็นอยู่ โดยบุคคลผู้ที่อยู่ในสภาวะของการขัดกันของผลประโยชน์

^{๕๕} ตัวอย่างนี้ บางท่านอาจเห็นว่า การที่นาย ก. ไม่เป็นกลาง เห็นแก่ประโยชน์ของนาย ข. ก็เท่ากับเห็นแก่ผลประโยชน์ส่วนตนของนาย ก. นั่นเอง ซึ่งวิธีคิดกว้าง ๆ เช่นนี้จะไม่สามารถแยกแยะเรื่องต่าง ๆ ได้เลย เพราะพิจารณาอย่างกว้าง ๆ ทุกเรื่องล้วนมาจากการคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตนทั้งสิ้น อาทิ การทุจริตคอร์รัปชัน การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด การทำงานหลังเกษียณ การทำงานสองตำแหน่งหรือมากกว่า ฯลฯ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามิมีลักษณะและขอบเขตที่แตกต่างกัน โปรดดู สถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ต่อไป

ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น อาจไม่ได้มีเจตนาหรือการกระทำที่จะทำให้ประโยชน์ส่วนรวมต้องเสียหาย หรือมีเจตนาหรือการกระทำที่ทุจริตคอร์รัปชันก็ได้

ตัวอย่าง อธิบดี ก. ได้ว่าจ้าง บริษัทก่อสร้างแห่งหนึ่งก่อสร้างอาคารให้กับกรมที่ตนเองกำกับดูแลอยู่ และในขณะเดียวกันก็ได้ว่าจ้างบริษัทก่อสร้างรายนั้นก่อสร้างบ้านพักอาศัยส่วนตัวด้วย กรณีดังกล่าวเป็นสภาวะการณ์ที่เป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม เพราะสาธารณชนย่อมไม่เชื่อมั่นว่าในการตรวจการจ้างและการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างอาคารให้กับกรมดังกล่าวจะได้รับพิจารณาวินิจฉัยอย่างตรงไปตรงมา แต่กระนั้นก็ตามก็ได้มีความหมายความเสมอไปว่า อธิบดี ก. ได้มีเจตนาหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันทำให้ประโยชน์ของส่วนรวมเสียหาย หรือลดน้อยถอยลงเลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้นไม่จำเป็นต้องมีการทุจริตคอร์รัปชันตามมาเสมอไป^{๘๖} หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งจะเป็นการทุจริตคอร์รัปชันได้ต้องมีการกระทำอย่างอื่นที่เป็นการทุจริตคอร์รัปชันตามมา

ตัวอย่าง นาย ก. บุตรของนาย ข. ซึ่งประกอบกิจการสถานีจำหน่ายน้ำมันของครอบครัว และได้จำหน่ายน้ำมันให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่งมาโดยตลอด โดยราคาจำหน่ายเป็นไปตามราคาตลาดตามปกติ และเนื่องจากสถานีจำหน่ายน้ำมันดังกล่าวเป็นสถานีจำหน่ายน้ำมันแห่งเดียวที่ตั้งอยู่ใกล้ที่ทำการขององค์กร

^{๘๖} อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้ส่วนรวมเสียหาย เสียประโยชน์ หรือได้มีการทุจริตเอาประโยชน์เข้าส่วนตัว กรณีก็จะมีความผิดฐานทุจริตคอร์รัปชัน

ปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หากจะซื้อน้ำมันจากสถานีจำหน่ายน้ำมันอื่น ซึ่งอยู่ห่างไกลมากก็จะทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเสียประโยชน์ ต่อมา นาย ก. ได้รับช่วงกิจการต่อจาก นาย ข. บิดา และได้มาสมัคร เป็นผู้บริหารท้องถิ่นและได้รับเลือก และเมื่อดำรงตำแหน่งแล้วก็ยังได้ ทำการซื้อขายน้ำมันต่อเนื่องมาในราคาตามปกติ

กรณีเช่นนี้หลังจากที่ นาย ก. ได้เข้ามาเป็นผู้บริหารท้องถิ่น มีอำนาจหน้าที่ กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นแล้ว กรณีย่อมเป็นการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม

กรณีตามตัวอย่างที่ยกมาเป็นเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่จากข้อเท็จจริงย่อมแสดงให้เห็นชัดเจนว่า แม้จะเป็นการขัดกันแห่ง ผลประโยชน์แต่กรณีก็ไม่ได้นำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันเสมอไปหรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไม่เท่ากับการทุจริต^{๘๗} แต่ สถานการณ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ ส่วนรวมนี้ย่อมเป็นโอกาสและเงื่อนไขที่อาจทำให้ประโยชน์ของส่วน

^{๘๗} ทำนองเดียวกับการนำเอกสารและโน้ตย่อเข้าไปในห้องสอบของนิสิตนัก ศึกษา หากข้อเท็จจริงปรากฏว่านักศึกษาได้ใช้โน้ตยอนั้นเพื่อทบทวนก่อนเข้า ห้องสอบ แต่ด้วยความหลงลืมได้นำโน้ตย่อซึ่งยังคงค้างอยู่ในกระเป๋าของนิสิต นักศึกษาเข้าไปในห้องสอบด้วย โดยไม่ได้ตั้งใจ และไม่มี การนำขึ้นมอลอกหรือ ใช้ประโยชน์ใด ๆ เลย กรณีย่อมเห็นได้ว่ามิได้มีการทุจริตในการสอบเกิดขึ้น การนำเอกสารหรือโน้ตย่อเข้าไปในห้องสอบจึงไม่ใช่เท่ากับทุจริตในการสอบ เสมอไป แต่ก็ เป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม และในทางปฏิบัติคงจะพิสูจน์เจตนาได้ ยาก และโดยทั่วไปก็คงจะทำให้เชื่อว่าอาจจะมี การเตรียมการไปเพื่อทุจริตใน การสอบ โดยเหตุนี้จึงมักกำหนดห้ามมิให้นำโน้ตย่อเข้าไปในห้องสอบ และ กำหนดเป็นฐานความผิดต่างหากจากการทุจริตในการสอบ

รวมเสียหายหรือลดน้อยถอยลงได้โดยง่าย หากผู้มีอำนาจหน้าที่คำนึงถึงประโยชน์ส่วนตน หรือยอมเป็นโอกาสให้มีการทุจริตคอร์รัปชันได้โดยง่าย หรืออย่างน้อยที่สุดสาธารณชนย่อมจะเกิดความสงสัย ไม่มั่นใจต่อการใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากไม่มีระบบการตรวจสอบควบคุมที่ดีของหน่วยงาน กรณีตามตัวอย่างก็คงมีคำถามหรือข้อสงสัยว่า การก่อสร้างบ้านพักอาศัยของอธิบดีนั้น อธิบดีคงจะได้ประโยชน์ ได้ลดราคา ได้ของแถม ได้อะไรอย่างอื่นบ้าง ไม่น่าก็น้อยจากบริษัทก่อสร้าง หรือเป็นช่องทางให้มีการทุจริตคอร์รัปชันนำประโยชน์เข้าส่วนตนได้โดยง่าย หรือสาธารณชนก็คงตั้งข้อสงสัยว่า ทำไมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงได้ซื้อน้ำมันจากผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง ฯลฯ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นสถานการณ์ สถานการณ์ หรือข้อเท็จจริงที่เอื้อ หรือเปิดช่อง เปิดโอกาสให้เกิดความเสียหาย เสียประโยชน์กับส่วนรวมได้โดยง่าย หรือเป็นโอกาสให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันได้นั่นเอง^{๔๔} จึงมีหลักการและแนวความคิดให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ทั้งหลายพึงต้องหลีกเลี่ยงสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่โดยข้อเท็จจริงมักปรากฏเสมอว่าผู้บริหาร ผู้มีอำนาจหน้าที่ทั้งหลายไม่ได้ปฏิบัติตามหลักการดังกล่าว หรือไม่ได้ตระหนัก หรือไม่ได้ระมัดระวัง และปล่อยให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์เกิดขึ้นบ่อยครั้ง และในหลาย ๆ ครั้งการขัดกันแห่งผลประโยชน์นี้ได้นำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชัน แต่เนื่องจากการพิสูจน์ให้เห็นถึงการทุจริตคอร์รัปชันอันเนื่องมาจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นเรื่องยาก ดังนั้นจึงมีแนวความคิดใน

การนำเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์มาบัญญัติเป็นความผิดอาญาฐานหนึ่ง^{๘๘} ต่างหากนอกเหนือจากความผิดฐานทุจริตคอร์รัปชัน^{๘๙}

สรุป การขัดกันแห่งผลประโยชน์จึงไม่เท่ากับการทุจริตคอร์รัปชันเสมอไป^{๙๐} แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าโดยทั่วไปแล้วการขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นญาติสนิทใกล้เคียงกับการทุจริตคอร์รัปชัน^{๙๑}

^{๘๘} “Conflict of interest (COI) has been identified as an indicator, a precursor, and a result of corruption, if left unchecked.” Asean development Bank, supra note ๗ at p.๓, ๕.

^{๘๙} พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดฐานความผิดเรื่อง การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ไว้ใน มาตรา ๑๐๐-๑๐๒

^{๙๐} ทำนองเดียวกับ การกำหนดความผิดฐานนำเอกสารหรือโน้ตย่อเข้าไปในห้องสอบ มาเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดฐานทุจริตในการสอบ ทั้งนี้เพราะการนำเอกสารหรือโน้ตย่อเข้าไปในห้องสอบ เป็นเรื่องที่ไม่ควรทำ และน่าเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวก็เพื่อนำไปสู่การทุจริตในการสอบ หรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นสิ่งที่สงสัยในความสุจริตได้ อย่างไรก็ตาม การนำเอกสารหรือโน้ตย่อเข้าไปในห้องสอบ โดยตัวของมันเองก็ไม่ใช่เท่ากับการทุจริตในการสอบเสมอไป ดังนั้นแม้จะมีโทษแต่ก็ไม่ร้ายแรงเท่ากับการทุจริตในการสอบ

^{๙๑} อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า Conflict of Interest = ทุจริตคอร์รัปชัน รายละเอียดโปรดดู วราภรณ์ สามโกเศศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖. และเมธี ครองแก้ว, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๐, หน้าแรก และหน้า ๓๓, ๓๗.

^{๙๒} แต่เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาคอร์รัปชัน ซึ่งมักจะตามมาจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จึงได้นำหลักในเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม มาบัญญัติไว้เป็นความผิดทางอาญาฐานหนึ่งต่างหากจากเรื่องทุจริตคอร์รัปชัน ทำนองเดียวกับความผิดฐานนำบันทึกย่อเข้าไปในห้องสอบ และความผิดฐานทุจริตในการสอบ นั่นเอง อย่างไรก็ตามโปรดสังเกตว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการ

๗. การขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยหลักการพื้นฐาน เป็นเรื่องศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม

ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักการหรือแนวคิดเรื่อง การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้นโดยพื้นฐานเป็นเรื่องของศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม^{๙๓} ซึ่งบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลกิจการงานต่าง ๆ เพื่อส่วนรวมนั้น สมควรหลีกเลี่ยงสถานการณ์ หรือสภาวะการณ์ของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้เพราะสถานการณ์ หรือสภาวะการณ์ดังกล่าวมีผลเสียดังที่ได้กล่าวมาแล้ว^{๙๔}

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบุคคลโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่กำกับดูแลองค์กร หน่วยงานต่าง ๆ มักไม่ตระหนักถึงความสำคัญของเรื่องดังกล่าว ปล่อยให้สถานการณ์หรือสภาวะการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์เกิดขึ้น และการจะพิสูจน์ว่า

ทุจจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมใหม่โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยให้ถือว่าความผิดฐานดังกล่าวเท่ากับทุจริต ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าผิดต่อความจริงในบางกรณี โปรดดู กำชัย จงจักรพันธ์, “ให้ถือว่าทุจริต” บทความในหนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน ฉบับที่ ๒๑๑๘๒ วันจันทร์ที่ ๒๕ เมษายน ๒๕๕๔ หน้า ๖.

^{๙๓} โปรดดูใน กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๖๒, หน้า ๒๑,๒๒.

^{๙๔} เนื่องจากเป็นเรื่องศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม มาตราว่า การกระทำสถานการณ์ หรือสภาวะการณ์ใดเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และเป็นเรื่องสำคัญร้ายแรงควรหลีกเลี่ยงนั้น บุคคลแต่ละคนอาจมีมาตรฐาน หรือมีมาตรวัดที่แตกต่างกัน

ได้มีการทุจริตคอร์รัปชันในสถานการณ์ดังกล่าวก็พิสูจน์ยาก กอปรกับปัญหาเรื่องทุจริตคอร์รัปชันเป็นปัญหาสำคัญและเรื้อรัง จึงมีแนวความคิดในการนำหลักเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์มากำหนดไว้เป็นความผิดทางอาญารฐานหนึ่งมากขึ้น ๆ ตามลำดับ^{๙๕} ซึ่งความผิดฐานนี้ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีการทุจริตคอร์รัปชันเกิดขึ้น ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าส่วนรวมเสียหาย เสียประโยชน์ เพียงแค่มีองค์ประกอบของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ครบถ้วน ก็ผิดแล้ว แต่ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าได้มีการอาศัยสถานการณ์ของการขัดกันแห่งผลประโยชน์นำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชัน ก็จะเป็นความผิดฐานทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งเป็นฐานความผิดที่มีโทษหนักกว่า

จึงเป็นเรื่องที่ถูกต้อง ที่มีคำกล่าวว่า “หากผู้มีอำนาจหน้าที่ทั้งหลาย ตระหนัก ให้ความสำคัญและปฏิบัติตนให้สอดคล้องถูกต้องตามหลักเรื่องคุณธรรม จริยธรรม ก็จะไม่มีปัญหาเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายมาบังคับแต่อย่างใด”

^{๙๕} ในปี พ.ศ. ๒๕๕๑ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ผ่านพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม พ.ศ... หรือที่รู้จักกันในนามกฎหมาย ๗ ชั่วโมง ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการบัญญัติฐานความผิดเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์โดยตรงที่ครอบคลุมมากที่สุดเท่าที่เคยมีกฎหมายมา ออกมาใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๗/๒๕๕๑ ได้วินิจฉัยว่ากระบวนตรากฎหมายไม่ชอบ ทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่มีผลใช้บังคับ (รายละเอียดโปรดดู ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๖ ตอนที่ ๑๑ ก. วันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๒)

๘. ความผิดเกี่ยวกับเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อาจเป็นได้ทั้งการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) หรือเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) ก็ได้

เนื่องจากการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นเรื่องคุณธรรม จริยธรรม ซึ่งมาตรฐานในทางคุณธรรม จริยธรรมของบุคคลแต่ละคนย่อมแตกต่างกันไป ประการหนึ่ง กอปรกับเมื่อมีการนำหลักในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์มาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย และกำหนดไว้เป็นความผิดอาญาโดยกำหนดองค์ประกอบของความผิดไว้โดยไม่เชื่อมโยงกับเรื่องทุจริตคอร์รัปชัน อีกประการหนึ่ง อันนำไปสู่ความรู้สึกไม่เข้าใจและต่อต้านหลักการในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์และกฎหมายที่บัญญัติขึ้น จึงเกิดกรณีที่บุคคลอาจมีความคิดเห็นไม่ยอมรับกฎหมาย ผู้ที่กระทำการอันเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้จำนวนหนึ่ง จึงอาจไม่ได้รู้สึกหรือตระหนักว่าตนได้กระทำการที่ผิดแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีผู้กล่าวว่า การกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่เลวร้าย เป็นเรื่องทุจริตคอร์รัปชัน ยิ่งเป็นเหตุทำให้บุคคลดังกล่าวรู้สึกว่าจะตนไม่ได้รับความเป็นธรรม กฎหมายไม่ยุติธรรม ดังนั้นในความเห็นของบุคคลกลุ่มนี้จึงเห็นว่า ความผิดฐานการขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นความผิดก็เพราะกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ (Mala prohibita) ไม่ได้เป็นความผิดในตัวของมันเอง^{๙๖} แต่สำหรับบุคคลอีกจำนวนหนึ่ง

^{๙๖} โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขแดงที่ อม. ๑/๒๕๕๐ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๑๒๖ ก ลงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๑ หน้า ๒๗.

ซึ่งเห็นว่าการขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นการกระทำที่ไม่ดี เป็นเรื่องเลวร้าย เป็นความผิดในตัวเอง และการนำมาบัญญัติไว้เป็นความผิดตามกฎหมายนั้นถูกต้องดีแล้ว ความผิดดังกล่าวตามแนวคิดของบุคคลกลุ่มนี้จึงเป็นความผิดในตัวเอง (*Mala in se*)

นอกจากนี้การที่กฎหมายบางฉบับ อาทิ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจประกันภัยมาเป็นกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ซึ่งเท่ากับห้ามการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ในขณะที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ กลับไม่ห้ามให้ผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์มาเป็นกรรมการตลาดหลักทรัพย์^{๙๗} หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายหลักทรัพย์สนับสนุนให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้ ยิ่งเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ประชาชนและผู้ที่เกี่ยวข้องสับสนว่าสภาพการณ์หรือสถานการณ์ดังกล่าว ซึ่งก็คือการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม ดีหรือไม่ดีกันแน่ เหตุผลที่ถูกต้องแท้จริงควรเป็นเช่นใด และเป็นเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์อาจเป็นได้ทั้งความผิดประเภทที่เป็นความผิดในตัวเอง (*Mala in se*) หรือเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (*Mala prohibita*) แล้วแต่มุมมองของแต่ละคน

^{๙๗} โปรดดู หัวข้อ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์

ความสำคัญและความสัมพันธ์ระหว่างการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม กับการทุจริตคอร์รัปชัน

แม้ว่าการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม จะมีใช้การทุจริตคอร์รัปชันโดยตัวของมันเอง แต่การขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นสถานการณ์ หรือสภาวะการณ์ที่เอื้อหรือเปิดโอกาส หรือเป็นปัจจัยอันนำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันได้โดยง่าย^{๙๘} หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้เขียนใช้คำว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นญาติสนิทใกล้ชิดกับการทุจริตคอร์รัปชัน ดังนั้นจึงเป็นความเห็นร่วมกันว่าการที่จะจัดการป้องกันปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันให้ได้ผล จำเป็นต้องจัดการกับปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ให้ได้ด้วย^{๙๙}

^{๙๘} “Conflict of interest (COI) is recognized as a key factor contributing to corruption in its myriad forms.” Asean Development Bank, supra note ๗ at back cover. ศาสตราจารย์สิทธิโชค ศรีเจริญ ได้กล่าวไว้ว่า “..การขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ไปขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวมซึ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินเงินทองจำนวนมาก สามารถพัฒนาไปถึงการคดโกงและเป็นมหาโกงต่อไปได้ หรืออาจกล่าวได้ว่าการขัดกันแห่งผลประโยชน์อาจพัฒนาไปสู่การคอร์รัปชันได้เสมอ..” โปรดดู กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๖๒, หน้า ๒๑ , ๓๑.

^{๙๙} “There is growing consensus that managing conflict of interest (COI) is critical to curbing corruption.” Asean Development Bank, supra note ๗ at p. ๓. “Moreover, there is growing consensus that preventing conflict of interest is critical to combating corruption.” Ibid. at p. ๕.

และโดยเหตุนี้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันการทุจริต (United Nations Convention Against Corruption UNACC) จึงได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้ด้วย^{๑๐๐}

สถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์

หลักการใหญ่และสำคัญที่เป็นฐานรองรับเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม ก็คือหลักที่ว่า บุคคลพึงแยกเรื่องส่วนตัวกับส่วนรวมให้ออกจากกัน เจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชนที่มีหน้าที่ ต้องปฏิบัติหน้าที่ไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือขององค์กร มิใช่เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ต้องถือประโยชน์ของส่วนรวมเป็นที่ตั้ง การที่จะถือประโยชน์ส่วนรวมเป็นที่ตั้งได้จึงต้องมีความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่โอนเอียงหรืออคติ แต่ถ้าบุคคลอยู่ในสถานการณ์หรือสภาวะการณ์ของการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวมเสียแล้ว ก็เป็นการยากที่บุคคลนั้นจะไม่โอนเอียงเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัว ทำให้สาธารณชนเกิดความไม่เชื่อมั่นเชื่อถือในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้มีหน้าที่ และยังเป็นการเอื้อหรือเปิดช่องเปิดโอกาสให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวมหรือเกิดการทุจริตคอร์รัปชันได้โดยง่าย ดังนั้นบุคคลที่มีหน้าที่จึงพึงหลีกเลี่ยงสถานการณ์หรือสภาวะการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์

การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้บุคคลไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเที่ยงตรง เป็นกลาง เพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งกรณีจะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้จะต้องมีลักษณะและองค์ประกอบดังได้อธิบายมาแล้ว

นอกจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์แล้ว ยังมีการกระทำหรือสถานการณ์ หรือสภาวะการณ์อื่น ๆ ที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์อีกหลายกรณี ซึ่งในหลายกรณีเหล่านั้นมิใช่การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม แต่ก็อาจเป็นกรณีที่เป็นเหตุทำให้บุคคลไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเที่ยงตรง เป็นกลางเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวมเช่นเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่มิได้เกิดจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์แต่เพียงอย่างเดียว ตัวอย่างดังเช่นกรณีต่อไปนี้

๑. การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด

มีผู้กล่าวว่า “เจ้าหน้าที่แผนกจัดซื้อรับของขวัญนอกฤดูกาลทำให้การตัดสินใจไม่เป็นไปอย่างมีอาชีพเพราะถูกของขวัญลวงมนต์เสียจิ้งจกแล้ว”^{๑๐๑} หรือ “แพทย์รับตัวอย่างยา อุปกรณ์ทางการแพทย์จากบริษัทยา”^{๑๐๒} เป็นรูปแบบหนึ่งของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม

โดยหลักการแล้ว หากเจ้าหน้าที่ของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิชอบด้วยหน้าที่ หรือโดยทุจริต กรณีย่อมเป็นความผิดฐานเรียก

^{๑๐๐} โปรดดู United Nations Convention Against Corruption Articles ๗, ๘ , ๑๒

^{๑๐๑} วรากรณ์ สามโกเศศ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๖. (เป็นลักษณะของการขัดกันแห่งผลประโยชน์อย่างหนึ่ง)

^{๑๐๒} วิชา มหาคณ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๒๑๒. นอกจากนี้โปรดดู วิทยากร เชียงกุล, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓, หน้า ๓. ดวงพร รุจิเรข, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓.

รับสินบนตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว^{๑๐๓} และย่อมถือได้ว่าเป็นการทุจริตคอร์รัปชันประเภทหนึ่ง

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด โดยที่ไม่ใช่เป็นการรับสินบน การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดนั้น ก็อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๓ ได้หากการรับนั้นไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติประกาศกำหนดไว้^{๑๐๔}

การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด มิใช่การขัดกันแห่งผลประโยชน์ หากในขณะที่รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดนั้น มิได้มีสถานการณ์ที่เข้าลักษณะหรือองค์ประกอบของการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนของเจ้าหน้าที่ กับผลประโยชน์ส่วนรวมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

^{๑๐๓} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๔๓ บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเรียก รับหรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เป็นการตอบแทน ในการที่จะจงใจหรือได้จงใจเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาลโดยวิธีอันทุจริตหรือผิดกฎหมายหรือโดยอิทธิพลของตน ให้กระทำการ หรือไม่กระทำการในหน้าที่อันเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๑๐๔} รายละเอียดโปรดดูพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๓ และประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดโดยธรรมจรรยาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๓ (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๑๗ ตอนที่ ๑๑๘ ก วันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๔๓)

แต่อย่างไรก็ตาม การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เป็น สถานการณ์ที่ผู้รับทรัพย์สินนั้นน่าจะเกิดความรัก ความชอบ ความ เกรงใจผู้ให้ อันอาจนำไปสู่ความไม่เป็นกลาง และโอนเอียงในการใช้ ดุลยพินิจ หรือปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้ทรัพย์สินในภายหลังได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการรับทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่อาจจะเป็นเหตุ ทำให้เกิดความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ได้นั่นเอง นอกจากนี้ หากประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้รับมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้อง ใช้ ดุลยพินิจ หรือปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง และผู้ให้มีความ เกี่ยวข้องเกี่ยวพันกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้น กรณีก็จะเป็น ที่สงสัยของสาธารณชนได้ว่า การให้และการรับนั้นเป็นการให้สินบนไว้ ล่วงหน้าหรือไม่ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ให้ หรือไม่ หรืออย่างน้อยที่สุดการรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดดังกล่าว ก็อาจมีส่วนทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นกลางเพื่อรักษา ประโยชน์ของส่วนรวมไม่ได้ จึงมีแนวความคิดและบัญญัติเป็น กฎหมายห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดไว้^{๑๐๕}

^{๑๐๕} อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๒ ได้กำหนดให้การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดของ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา ๑๐๓ อยู่ในหมวดที่ว่าด้วย การขัดกันระหว่าง ประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ไม่ตรงตาม ลักษณะของเรื่อง แต่คงเพื่อความสะดวกในการจัดหมวดหมู่กว้าง ๆ เท่านั้น

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑๐) ได้มีความ เห็นว่า “..นอกจากนี้ได้ตัดหลักการเกี่ยวกับการห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์จากผู้ซึ่งอาจได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่ของตนตาม ร่างมาตรา ๑๐๓ เดิมออก เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่เรื่องที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม”

๒. ความขัดแย้งกันในอำนาจหน้าที่

ความขัดแย้งกันในอำนาจหน้าที่หรือความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ (Conflict of Role) ที่เห็นได้ชัดเจนที่สุด คือความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ^{๑๐๖}

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายและควบคุมตรวจสอบรัฐบาล และในขณะเดียวกันนาย ก. ยังมีตำแหน่งหน้าที่ในฝ่ายบริหารไปพร้อมกันด้วย กรณีนี้มีใช้การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม^{๑๐๗} เพราะกรณีตามตัวอย่าง

รายละเอียดโปรดดู บันทึกประกอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.. และร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่..) พ.ศ. .. จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า ๑๓.

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา ๑๐๓ ดังกล่าว กว้างมากเกินไป ผู้ให้และผู้รับทรัพย์สินที่ไม่มีความเกี่ยวข้อง เกี่ยวโยงใด ๆ กับการที่จะนำไปสู่ความไม่เป็นกลางในการใช้ดุลยพินิจหรือปฏิบัติหน้าที่เลย ก็จะมีคามผิดฐานนี้ได้ ซึ่งปัจจุบันเป็นความผิดที่รุนแรงมาก จึงสมควรได้รับการแก้ไขให้บทบัญญัติตรงกับเจตนารมณ์และไม่ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งผู้หนึ่งผู้ใด^{๑๐๘} หลักการขัดกันของหน้าที่นี้ บางท่านอาจมีความเห็นอย่างกว้าง รวมความถึงการขัดกันของหน้าที่ในกรณีอื่น ๆ นอกเหนือจากการขัดกันของหน้าที่ในอำนาจอธิปไตยทั้งสามได้ โปรดดู คณิต ฌ นคร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๖๔, หน้า ๓๓-๓๔.

^{๑๐๗} อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๕ ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในส่วนที่ ๒ การกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นการจัดหมวดหมู่เพื่อความสะดวก โดยนำเรื่องที่คล้าย ๆ กันมาบัญญัติไว้ในหมวดหมู่เดียวกัน

นาย ก. มิได้มีประโยชน์ส่วนตนใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ส่วนรวมเลย นาย ก. ที่ไปทำหน้าที่รัฐมนตรีในฝ่ายบริหารก็ไปทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ของประเทศ นาย ก. ในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของประเทศ กรณีนี้ไม่มีประโยชน์ส่วนบุคคลของนาย ก. มาขัดกับประโยชน์ของฝ่ายบริหารหรือประโยชน์ของฝ่ายนิติบัญญัติ เหตุผลที่ห้ามมิให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาไปดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในทางบริหาร ก็เพราะไม่ต้องการให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหารเข้าไปทำหน้าที่หนึ่งหน้าที่ใดในฝ่ายบริหารเสียเองอันจะทำให้ไม่สามารถตรวจสอบตัวเองได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งนาย ก. ในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่เป็นกลางในการทำหน้าที่นั่นเอง

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นผู้พิพากษาทำหน้าที่ในฝ่ายตุลาการ แต่ในขณะที่เดียวกันนาย ก. ได้มาทำหน้าที่ในฝ่ายนิติบัญญัติหรือหน้าที่ในฝ่ายบริหารด้วย กรณีเช่นนี้เป็นที่เห็นได้ชัดว่า เป็นการขัดกันของบทบาทหน้าที่ดังกล่าวเช่นเดียวกัน^{๑๐๘}

^{๑๐๘} โปรดดู พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๕๙ และประมวลจริยธรรมตุลาการ และโดยเหตุนี้ คณะกรรมการข้าราชการตุลาการ จึงได้เคยมีมติไม่อนุมัติ อนุญาตให้ผู้พิพากษาไปปฏิบัติหน้าที่ในทางฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตามในช่วงภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ ๑๙ กันยายน ๒๕๕๙ ที่มีการตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาบางส่วนเข้าร่วมเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติด้วย

ในเรื่องความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่นี้ บางหน่วยงานและบางท่านเห็นว่ารวมความถึงกรณีที่มีความขัดแย้งกันในลักษณะของผู้ควบคุมกำกับดูแล (Regulator) กับผู้ถูกควบคุมกำกับดูแล (Player) ด้วย ดังนั้นจึงควรห้ามมิให้ผู้มีตำแหน่งระดับสูงของหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลมาเป็นประธานหรือกรรมการรัฐวิสาหกิจที่ตนเองกำกับดูแลอยู่^{๑๐๙} และกรณีอื่น ๆ ทำนองเดียวกัน

ตัวอย่าง ปลัดกระทรวงพลังงาน เป็นประธานกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ประกอบกิจการในด้านพลังงาน อาทิ การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย กรณีนี้มีใช้การขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่อาจเป็นประเด็นเรื่องการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่หรือความไม่เหมาะสมเพราะในฐานะหนึ่งกระทรวงพลังงานเป็นผู้กำกับดูแล และในอีกฐานะหนึ่งมาเป็นผู้ถูกกำกับดูแล และเมื่อปลัดกระทรวงมาทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการเสียแล้ว จะมีการกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพได้อย่างไร^{๑๑๐}

^{๑๐๙} คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้มีข้อเสนอแนะไปยังรัฐบาลให้มีมาตรการห้ามดังกล่าว และคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๔ มกราคม ๒๕๕๔ ไม่ปฏิเสธหรือมีความเห็นแย้งต่อข้อเสนอแนะดังกล่าวแต่อย่างใด รายละเอียดโปรดดูมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องต่อไป

^{๑๑๐} บางท่านให้ความเห็นทำนองที่ว่า เป็นเรื่องประโยชน์ทับซ้อน โปรดดู ธงชัย สันติวงษ์, “เหตุทำให้ “ธรรมาภิบาล” ตายก่อนเกิด” หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ วันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๔ หน้า ๕.

ตัวอย่าง นาย ก. กรรมการเนติบัญญัติสภาได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม และนาย ก. กรรมการเนติบัญญัติสภายังคงดำรงตำแหน่งกรรมการเนติบัญญัติสภาควบคู่กันไปกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในขณะเดียวกันกรณีนี้มีใช้ Conflict of interest เพราะกรรมการท่านนั้นไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่กรณีเป็นการขัดกันของหน้าที่เพราะมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติเนติบัญญัติสภา พ.ศ. ๒๕๐๗ ได้บัญญัติไว้ว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นสภานายกพิเศษแห่งเนติบัญญัติสภา มีอำนาจหน้าที่กำกับกิจการของเนติบัญญัติสภาตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้” เมื่อรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่กำกับกิจการของเนติบัญญัติสภาแล้ว กรณีย่อมจะมีคำถามได้ว่ารัฐมนตรีจะสามารถทำหน้าที่กำกับดูแลเนติบัญญัติสภาที่ตนเองเป็นกรรมการอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพได้อย่างไร

๓. การทำงานสองตำแหน่งหรือมากกว่า

ตัวอย่าง นาย ก. ดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงการคลัง และนาย ก. ยังดำรงตำแหน่งรองประธานกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ซึ่งทั้งสองหน่วยงานล้วนเป็นหน่วยงานของรัฐทั้งสิ้น

กรณีเช่นนี้นาย ก. มิได้มีผลประโยชน์ส่วนตนใด ๆ ทั้งในฐานะปลัดกระทรวงการคลัง และรองประธานกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน หรือแม้กระทั่งในกรณีที่ทั้งสองหน่วยงานมีปัญหาข้อขัดแย้งกันและต้องมีการพิจารณาปัญหาดังกล่าวกรณีเช่นนี้ ก็ไม่ใช่กรณีที่ นาย ก. อยู่ในสภาวะการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม เพราะนาย ก. ไม่ว่าใน

ฐานะปลัดกระทรวงการคลังหรือในฐานะรองประธานกองทุนฟื้นฟู และพัฒนาระบบสถาบันการเงิน ไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนของนาย ก. เกี่ยวข้องด้วยเลย ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องด้วยในกรณีเหล่านี้ ล้วน เป็นผลประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐทั้งสิ้น

ความเข้าใจหรือความเห็นที่ว่า นาย ก. อาจมีใจโอนเอียงหรือไม่เป็นกลางในการพิจารณาใช้ดุลยพินิจเข้าข้างหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งเพราะเหตุใดเหตุหนึ่ง^{๑๑๑} เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญและอาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ แต่ประเด็นที่ผู้เขียนประสงค์จะเน้นคือกรณีนี้ มิใช่เรื่องผลประโยชน์ส่วนตนขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวม^{๑๑๒}

ตัวอย่าง นาย ก. อธิการบดีมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการกฤษฎีกา กรณีนี้มีใช้การขัดกันแห่งผลประโยชน์ เพราะอธิการบดีไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนแต่อย่างใด และแม้เป็นกรณี queคณะกรรมการกฤษฎีกาจะต้องพิจารณาร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมหาวิทยาลัยแห่งนั้น กรณีก็ไม่ใช่เรื่องความขัดแย้งกันในอำนาจหน้าที่หรือความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่แต่ประการใด กรณีเป็น

^{๑๑๑} บางท่านให้ความเห็นว่า นาย ก. อาจเอนเอียงไม่เป็นกลางในการทำหน้าที่ เพราะเห็นแก่ประโยชน์ตอบแทนที่หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งอาจให้มากกว่า ซึ่งในประเด็นนี้ แม้หากมีอยู่จริงหรือเป็นจริง ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่ง มิใช่เรื่องการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมอยู่ดี

^{๑๑๒} แต่ถ้า นาย ก. ปลัดกระทรวงการคลัง ไปทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการของธนาคารกรุงไทย ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่อยู่ในอำนาจกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง กรณีเช่นนี้แม้จะไม่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่ก็อาจมีผู้เห็นว่าเป็นการขัดกันใช้อำนาจหน้าที่หรือบทบาทหน้าที่ ตามข้อ ๒. ที่ได้กล่าวมาแล้ว

เรื่องที่คุณคณทำงานสองตำแหน่งหรือมากกว่า ซึ่งจะเหมาะสมหรือไม่ ประการใดเป็นอีกกรณีหนึ่ง^{๑๑๓}

๔. การทำงานสองตำแหน่งสำหรับบุคลากรใน กระบวนการยุติธรรม

ตัวอย่าง มีผู้เห็นว่า กรณีนาย ก. อัยการสูงสุดไปเป็น กรรมการในการทำอากาศยานแห่งประเทศไทย ต้องร่วมพิจารณา โครงการต่าง ๆ ของการทำอากาศยานฯ ต่อมาเมื่อมีการตรวจสอบ การทุจริตในการจัดซื้อเครื่องตรวจกระเปาะของการทำอากาศยานฯ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้ จะพิจารณา เรื่องที่อัยการสูงสุดเป็นผู้ต้องหาได้อย่างเป็นกลางได้อย่างไร กรณีนี้จึง เป็นการขัดกันของผลประโยชน์^{๑๑๔}

^{๑๑๓} เป็นเรื่องปกติที่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะผู้ที่มีตำแหน่ง หน้าที่ทางบริหารมักได้รับเชิญหรือได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ใน หน่วยงานของรัฐอื่น ๆ และในการไปทำงานหรือดำรงตำแหน่งต่าง ๆ นั้น ก็มัก จะได้รับค่าตอบแทนในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งด้วย ซึ่งมีใช่เรื่องการขัดกันแห่ง ผลประโยชน์ และโดยทั่วไปก็ไม่ใช่เรื่องการขัดกันในอำนาจหน้าที่หรือการขัด กันในบทบาทหน้าที่ (หากไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล)

ประเด็นมีเพียงว่า การที่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะผู้ที่มี ตำแหน่งหน้าที่ทางบริหารในระดับสูงขึ้นไปเป็นกรรมการในหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจอื่น ๆ มากมาย จะมีเวลาในการบริหารงาน รับผิดชอบดูแล งานในหน้าที่ทั้งหลายของตนให้ดีได้อย่างไร และโดยเหตุนี้ คณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จึงได้มีข้อเสนอแนะไปยังรัฐบาลให้ มีมาตรการห้ามมิให้ผู้บริหารระดับสูงดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในรัฐวิสาหกิจเกิน กว่า ๓ ตำแหน่ง และคณะรัฐมนตรีได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๔ มกราคม ๒๕๕๔ เห็นชอบตามที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่ง ชาติเสนอ

^{๑๑๔} จาก จันทิมา ธนาสว่างกุล โปรดดูใน กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๖๒, หน้า ๓๗.

มีข้อเสนอจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติให้ห้ามอัยการซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบและดำเนินคดีไปเป็นประธานกรรมการหรือกรรมการในรัฐวิสาหกิจและหรือนิติบุคคลที่รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ถือหุ้น โดยเห็นว่าเป็นกรณีที่ไม่เหมาะสม^{๑๑๕}

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่อัยการไปทำหน้าที่เป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ นั้น โดยหลักการไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์เพราะในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการนั้น โดยทั่วไปอัยการไม่ได้มีผลประโยชน์ส่วนตนใด ๆ ที่มาขัดแย้งกับผลประโยชน์ส่วนรวมของรัฐวิสาหกิจแต่อย่างใด^{๑๑๖} แต่กรณีจะเป็นประเด็นเรื่องการขัดกันของหน้าที่หรือไม่นั้น เป็นประเด็นความคิดเห็นที่แตกต่างกัน^{๑๑๗} และ

^{๑๑๕} รายละเอียดโปรดดู มติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๒๔ มกราคม ๒๕๕๔

^{๑๑๖} หากข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี มีเรื่องผลประโยชน์ส่วนตนของอัยการเข้ามาเกี่ยวข้อง ในการประชุมกรรมการรัฐวิสาหกิจ อัยการท่านนั้นก็ต้องไม่เข้าร่วมประชุมพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวที่ตนมีผลประโยชน์ส่วนตนอยู่

ในกรณีที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อัยการไม่สามารถไปทำหน้าที่เป็นกรรมการได้ เพราะจะขัดต่อประมวลจริยธรรมข้าราชการฝ่ายอัยการและบุคลากรของสำนักงานอัยการสูงสุด ๒๕๕๑ ข้อ ๖ ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ข้าราชการฝ่ายอัยการต้องยึดถือประโยชน์ของประเทศชาติเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตน และไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน” และให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางวินัยอีกด้วย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๗๙

^{๑๑๗} โปรดสังเกตว่า หากเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ อาทิ เจ้าหน้าที่ที่กระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงวัฒนธรรม ฯลฯ ไปทำหน้าที่เป็นกรรมการรัฐวิสาหกิจ จะไม่มีประเด็นเรื่องการขัดกันของอำนาจหน้าที่ ทั้งนี้เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ไม่มีอำนาจหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งแตกต่างจากอัยการซึ่งถึงแม้จะมีได้เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการโดยตรงเช่นเดียวกับศาล แต่ก็ เป็นกลไกที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรม จึงเป็นประเด็นที่ทำให้มีผู้เห็นว่า น่าจะขัดกับหลักการขัดกันของอำนาจหน้าที่

ในกรณีที่น่าาย ก. จะต้องถูกตรวจสอบดำเนินคดีโดยอัยการ อัยการที่ได้รับมอบหมายหรือมีหน้าที่ในการตรวจสอบและดำเนินคดีกับนาย ก. จะสามารถทำหน้าที่ของตนเองได้อย่างตรงไปตรงมาหรือไม่ ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

๕. กรณีที่ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายรับทำงานให้กับลูกความสองคนหรือมากกว่านั้น ซึ่งลูกความดังกล่าวนี้มีหรืออาจมีผลประโยชน์ขัดกัน

ในวงการกฎหมาย มีแนวปฏิบัติซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่รับทำงานให้กับลูกความ หากลูกความดังกล่าวมีผลประโยชน์ขัดกับลูกความคนอื่นแล้ว ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายไม่ควรรับทำงานให้กับลูกความดังกล่าว^{๑๑๘}

เหตุผลหลักที่สนับสนุนแนวปฏิบัติดังกล่าวก็คือ หลักเรื่องการรักษาความลับของลูกความ (Principle of confidentiality)^{๑๑๙}

^{๑๑๘} “It is a well-accepted principle of legal practice that lawyers should not act for two or more clients whose interests may potentially conflict.” From Janine Griffiths-Baker, **Serving Two Masters, Conflict of Interest in the Modern Law Firm**, Oxford-Portland Oregon, ๒๐๐๒. at preface. อาจารย์เดชอุดม ไกรฤทธิ ได้กล่าวไว้ว่า “วิชาชีพทนายความนั้นเป็นวิชาชีพหนึ่งที่ได้วางหลักการและมาตรฐานการถือปฏิบัติของผู้เป็นทนายความว่าจะต้องดำรงไว้ซึ่งหลักการที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ของตัวความกับคู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือผู้มีส่วนได้เสียที่มีผลประโยชน์ในทางตรงกันข้ามกับตัวความเป็นอันขาด..” โปรดดู เดชอุดม ไกรฤทธิ, “การขัดกันซึ่งผลประโยชน์ Conflict of Interest”) ธนบัตรเพื่อขจัดคอร์รัปชัน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพนายดำรง ไกรฤทธิ วันเสาร์ที่ ๒๗ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ หน้า ๓๔.

^{๑๑๙} Janine Griffiths-Baker, *Ibid*, p. ๑.

ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่รับดำเนินการให้กับลูกความ ก. ซึ่งมีคดีความหรือมีผลประโยชน์ขัดกันกับลูกความหรืออดีตลูกความ ข. เช่นนี้ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายจะรักษาข้อมูลหรือความลับของลูกความ ข. ได้อย่างไร ความไม่น่าไว้วางใจต่อทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่จะนำเอาข้อมูลหรือความลับของลูกความ ข. มาใช้ประโยชน์ในการรับทำงานให้กับลูกความ ก. ย่อมเกิดขึ้น วิธีการในการป้องกันปัญหาดังกล่าวประการหนึ่งก็คือ การหลีกเลี่ยงสถานการณ์ดังกล่าวโดยไม่รับทำงานให้กับลูกความ ก.^{๑๒๐} หรือที่มักพูดสั้น ๆ ว่าหลัก “No man can serve two masters.”^{๑๒๑}

ในประเด็นนี้โปรดสังเกตว่ากรณีไม่ใช่เรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนของทนายความ ไม่ใช่การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนของทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย กับประโยชน์ของลูกความ แต่เป็นเรื่องประโยชน์ขัดกันระหว่างลูกความ ๒ คน โดยมีทนายความเป็นผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้อง ประเด็นก็คือความไม่เหมาะสมและไม่ถูกต้องหากทนายความจะนำเอาข้อมูลหรือความลับของลูกความหรืออดีตลูกความที่ตนได้มาเพราะทำหน้าที่ให้กับลูกความนั้นมาใช้ อันมีผล

^{๑๒๐} อย่างไรก็ตามยังมีแนวคิดอื่นในการจัดการกับสถานการณ์เช่นนี้ คือ แนวคิดในเรื่อง “Chinese wall” กล่าวคือ ทนายความที่จะรับดำเนินการให้กับลูกความ ก. ในการฟ้องร้องลูกความ ข. ทนายความดังกล่าวจะต้องไม่รับทำงานให้ลูกความ ก. จนกว่าสำนักงานกฎหมายของทนายคนนั้นจะสร้างขึ้นตอนและวิธีการขึ้นมาป้องกันมิให้ทนายความดังกล่าวสามารถนำข้อมูลหรือความลับใด ๆ ของลูกความ ข. มาใช้ประโยชน์ให้ได้เสียก่อน รายละเอียดโปรดดู Janine Griffiths-Baker, *Ibid*, p. ๒.

^{๑๒๑} Janine Griffiths-Baker, *Ibid*, at preface.

เป็นการเสียหายหรือเสียประโยชน์แก่ลูกความหรืออดีตลูกความนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นเรื่อง “การเปิดเผยความลับของลูกความ”^{๑๒๒}

หากเป็นการมั่นใจหรือแน่ใจได้ว่า ทนายความจะไม่นำข้อมูลหรือความลับของลูกความ ข. มาใช้ประโยชน์ทำให้ลูกความ ข.เสียหายหรือเสียประโยชน์ได้เลย ก็คงไม่จำเป็นต้องห้ามทนายความรับทำงานให้กับลูกความ ก. แต่อย่างไร แต่สถานการณ์เช่นนี้ก็คล้าย ๆ กับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตรงที่ว่า ลูกความ ข. หรือแม้แต่สาธารณชนก็คงไม่มั่นใจหรือไม่เชื่อใจว่าทนายความดังกล่าวจะไม่นำข้อมูลหรือความลับของลูกความ ข. มาใช้ ดังนั้นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดก็คือ หลีกเลี่ยงสถานการณ์เช่นนี้ โดยทนายความไม่ควรรับทำหน้าที่ให้แก่ลูกความ ก. เลย^{๑๒๓}

เรื่องทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายรับทำงานให้กับลูกความสองคนหรือมากกว่า ซึ่งลูกความดังกล่าวนั้นมีหรืออาจมีผลประโยชน์ขัดกันนี้ โดยเนื้อหาแล้วจึงเป็นเรื่องจริยธรรมของทนายความ ไม่ใช่การขัดกันแห่งผลประโยชน์แต่คล้ายกับเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

^{๑๒๒} โปรดดู กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทีย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๖๒, หน้า ๒๒.

^{๑๒๓} เนื่องจากสำนักงานใหญ่ ๆ มีเพียงไม่กี่สำนักงาน ทำให้ในทางปฏิบัติมีโอกาสที่จะพบสถานการณ์เช่นนี้บ่อยขึ้น จึงมีความเห็นว่า หากสำนักงานได้สร้างระบบ วิธีการ ทำให้ทนายความไม่มีโอกาสใช้ประโยชน์จากข้อมูลหรือความลับของลูกความหรืออดีตลูกความได้ ก็น่าจะใช้ได้ รายละเอียดโปรดดูใน Janine Griffiths-Baker, *supra* note ๑๑๗.

กรณีทำนองเดียวกันคือเรื่องที่ดินกษัตริย์ชาลัมพันธ์ไม่ควรรับงาน
ประชาสัมพันธให้กับบริษัทที่เป็นคู่แข่งกันเอง อาทิ เมื่อรับงานหรือ
เคยรับงานประชาสัมพันธให้กับบริษัท ก. ก็ไม่ควรรับงาน
ประชาสัมพันธให้กับบริษัท ข. ซึ่งอยู่ในธุรกิจเดียวกันหรือเป็นคู่แข่ง
กัน เพราะถือว่าการรับทำประชาสัมพันธให้กับบริษัท ก. และ ข.
ย่อมรู้ข้อมูลและความลับของทั้งสองฝ่าย เป็นจรรยาบรรณของนัก
ประชาสัมพันธที่ควรหลีกเลี่ยง หรืออีกนัยหนึ่งเป็นเรื่องจริยธรรมใน
วิชาชีพนักประชาสัมพันธนั่นเอง^{๑๒๔} มิใช่เรื่องการขัดกันของผล
ประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม

๖. กรณีที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะต่าง ๆ

การที่เจ้าหน้าที่ หรือบุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่มีความสัมพันธ์
กับบุคคลอื่นในฐานะเพื่อน ในฐานะผู้ร่วมงาน ในฐานะผู้บังคับบัญชา
กับผู้ใต้บังคับบัญชา ในฐานะลูกจ้างนายจ้าง ฯลฯ และเนื่องจาก
ความสัมพันธ์ในฐานะต่าง ๆ นี้เองที่อาจเป็นสาเหตุทำให้มีความเอน
เอียง ไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ได้

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นผู้พิพากษาหรืออัยการโตตุลาการ
มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
เป็นเพื่อนร่วมรุ่นในมหาวิทยาลัยเดียวกับนาย ก.

ตัวอย่าง นาย ก. ปลัดกระทรวงแห่งหนึ่ง เคยทำงานร่วมกับ
นาย ข. ในฐานะผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ต่อมานาย ก. ซึ่ง
ดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการสรรหากรรมการในองค์กรแห่งหนึ่ง
โดยมีนาย ข. เป็นผู้สมัคร

^{๑๒๔}โปรดดู นันทนา แสงมิตร, “จอดป้ายประชาชื่น จรรยาบรรณพิธาร์”
หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันอังคารที่ ๓๐ สิงหาคม พุทธศักราช ๒๕๕๔
หน้า ๑๘.

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นประธานสภาวิชาชีพแห่งหนึ่ง มีนาย ข. เป็นรองประธานสภาวิชาชีพแห่งนั้น ต่อมา นาย ก. ลาออกเพื่อไปสมัครเป็นกรรมการองค์กร A นาย ข. มาเป็นประธานสภาวิชาชีพแทนและนาย ข. เป็นประธานกรรมการสรรหาที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยคัดเลือกผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการองค์กร A

กรณีตามตัวอย่างนี้มีใช้เรื่องประโยชน์ขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวม แต่เป็นเรื่องความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือเพราะเหตุที่มีความสัมพันธ์กันในฐานะเพื่อนร่วมรุ่นก็ดี เพื่อนสนิทก็ดี ผู้ทำงานหรือเคยทำงานร่วมกันในหน่วยงานหรือคณะกรรมการต่าง ๆ ก็ได้ ผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาก็ดี ฯลฯ ย่อมเป็นสาเหตุที่อาจทำให้ลำเอียงหรือไม่เป็นกลางในการพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ไม่ใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม

แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยคดีหรือข้อพิพาทที่สามหรือภรรยาของตนเองเป็นคู่ความอยู่ด้วย กรณีเช่นนี้จึงเป็นเรื่องการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งก็นำไปสู่เรื่องความเป็นกลางเช่นเดียวกัน และดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่อาจเกิดได้จากหลากหลายสาเหตุ การขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นสาเหตุหนึ่งเท่านั้น ยังมีเรื่องอื่น ๆ อีก^{๑๒๕}

^{๑๒๕}โปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๑-๑๔ เรื่องเหตุแห่งการร้องคัดค้านผู้พิพากษาและการถอนตัว และพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๙-๒๒ ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง และเมื่อได้รับแต่งตั้งจากคู่พิพาท จะต้องแถลงเปิดเผยข้อมูลให้คู่พิพาททราบส่วนได้เสียของตนเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาทมีโอกาสร้องคัดค้านได้ต่อไป

โปรดสังเกตว่า ความเอนเอียงหรือความไม่เป็นกลางอันเกิดจากความสัมพันธ์ในรูปแบบและในลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าวนี้นั้น พื้นฐานมาจากเรื่องความสัมพันธ์ ซึ่งแตกต่างจากเรื่องการจัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งจะต้องมีเรื่องผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้อง เพียงแต่ว่าประเด็นละเอียดอ่อนซับซ้อนก็คือ ประโยชน์ส่วนตนนั้นควรถูกขยายไปถึงประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ กว้างขวางมากน้อยเพียงใด ซึ่งโดยทั่วไปก็คือประโยชน์ส่วนตนย่อมจำกัดอยู่ที่ประโยชน์ของตนเองและบุคคลที่โดยหลักการแล้วถูกถือว่าเป็นประโยชน์ของตนเองเท่านั้น ซึ่งก็คือประโยชน์ของคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของตน การขยายความคำว่า ประโยชน์ส่วนตนไปถึงญาติลำดับชั้นต่าง ๆ นั้น เป็นการขยายออกไปโดยมุ่งหวังที่ป้องกันและปราบปรามการทุจริตหรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมมากจนเกินไป ซึ่งอาจขัดและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลและหากเป็นกฎหมายก็อาจขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญได้

อนึ่ง ความไม่เป็นกลางอันเกิดจากการจัดกันแห่งผลประโยชน์นั้นชัดเจนกว่า ความไม่เป็นกลางอันเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

๗. การทำงานหลังจากพ้นตำแหน่งหรือเกษียณอายุราชการ

หมายถึงกรณีที่บุคคลลาออกจากหน่วยงานของรัฐหรือเกษียณอายุราชการแล้วไปทำงานในบริษัทเอกชนที่ดำเนินธุรกิจประเภทเดียวกัน^{๑๒๖}

^{๑๒๖} สุทธินันท์ สาริमान. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๑๑. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓, หน้า ๒-๔. จาก ดวงพร รุจิเรช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓.

ตัวอย่าง ผู้บริหารขององค์การอาหารและยา ลาออกจากงานราชการและไปทำงานในบริษัทผลิตหรือขายยา

ตัวอย่าง ผู้บริหารกระทรวงคมนาคม หลังเกษียณอายุราชการ ออกไปทำงานเป็นผู้บริหารของบริษัทธุรกิจสื่อสาร

มีผู้ให้ตัวอย่างไว้ว่า การที่ประธานกรรมการอัยการ เมื่อเกษียณจากราชการแล้วไปเป็นที่ปรึกษากฎหมายแก่บริษัทเอกชน กรณีนี้ก็เป็นเรื่องประโยชน์ทับซ้อนได้^{๑๒๗} หรือเป็นอภิตีกรมประชาสัมพันธ์ เมื่อเกษียณอายุราชการ ได้มาเป็นลูกจ้างหรือที่ปรึกษาของบริษัทเอกชนที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสื่อสารมวลชน เป็นอภิตีกรมสรรพากร พ้นจากหน้าที่ราชการแล้วมาทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการให้กับบริษัทเอกชนที่ประกอบกิจการด้านภาษีอากร เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ หรืออธิการบดี ลาออกหรือเกษียณอายุราชการไปรับตำแหน่งหน้าที่ในสถาบันการศึกษาภาคเอกชน ฯลฯ กรณีเหล่านี้เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์

ผู้เขียนเข้าใจว่าเหตุที่มีผู้รังเกียจหรือเห็นว่าการที่ผู้มีตำแหน่งหน้าที่กำกับดูแลในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และเมื่อออกจากตำแหน่งหน้าที่แล้วไปทำงานให้กับภาคเอกชนที่เคยกำกับดูแลนั้น อาจเป็นกรณีที่มีข้อสงสัยว่าขณะอยู่ในตำแหน่งหน้าที่ได้มีการเอื้อประโยชน์ให้กับภาคเอกชนดังกล่าว หรือมีการปฏิบัติหน้าที่ไปโดยไม่ถูกต้องเพื่อประโยชน์แก่ภาคเอกชนนั้น ๆ และเมื่อพ้นจากหน้าที่ราชการก็ได้รับการตอบแทนคืนจากภาคเอกชน หรือเป็นกรณีที่ภาคเอกชนประสงค์จะ

^{๑๒๗} จากจันทิมา ธนาสว่างกุล โปรดดูใน กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ ศึกษานิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๖๒, หน้า ๕๗.

ได้ความรู้ความสามารถ ความน่าเชื่อถือ ความเกรงใจที่บุคคลนั้นอาจยังมีอยู่ในราชการเพื่อประโยชน์แก่ภาคเอกชนนั้น ฯลฯ กรณีดังกล่าวจะมีความเหมาะสม หรือไม่ เพียงใด เป็นประเด็นหนึ่งที่สำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวก็ไม่ใช่เรื่องการขัดกันของประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม เพราะเขาพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปแล้ว ไม่มีอำนาจหน้าที่ใด ๆ หรือไม่สามารถใช้ดุลยพินิจตามกฎหมายใด ๆ ได้อีกต่อไปแล้ว

โปรดสังเกตว่า หากเป็นกรณีที่ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ได้ตกลงรับผลประโยชน์คือตำแหน่งหน้าที่ภายหลังเกษียณอายุราชการไว้กับภาคเอกชน เพื่อแลกกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีนี้ก็เป็นการเรียกรับสินบนซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาอยู่แล้ว และในทางตรงกันข้ามหากบุคคลได้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐอย่างซื่อตรง สุจริต และเมื่อพ้นจากราชการแล้วจะไปทำงานให้กับภาคเอกชน ก็ควรจะเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของบุคคลนั้น หากมีความประสงค์จะห้ามมิให้ทำงานดังกล่าวก็ควรต้องแจ้งให้ทราบเป็นการล่วงหน้า^{๑๒๘}

^{๑๒๘} อาทิเช่น ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๒/๑ วรรคแรก ว่า “ภายในสองปีนับแต่วันพ้นจากตำแหน่ง เลขาธิการจะประกอบธุรกิจหรือทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ องค์กร หรือบริษัทหรือดำรงตำแหน่งที่กำหนดไว้ตามมาตรา ๑๖/๒ วรรคหนึ่งมิได้” นอกจากนี้โปรดดูพระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๓๘ ซึ่งบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน

๘. การปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง แต่ได้รับผลประโยชน์

ตอบแทน

ตัวอย่าง นาย ก. อาจารย์ประจำได้รับการคัดเลือกให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นกรรมการสรรหาอธิการบดีหรือคณบดี มีอำนาจหน้าที่ในการกลั่นกรองเสนอชื่อผู้สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นอธิการบดีหรือคณบดีต่อสภามหาวิทยาลัย เมื่อนาย ก. ได้ปฏิบัติหน้าที่เสร็จสิ้นแล้ว ต่อมานาย ก. ได้รับแต่งตั้งจากอธิการบดีหรือคณบดี ที่ตนมีส่วนในการสรรหา ให้มาดำรงตำแหน่งรองอธิการบดี รองคณบดีในทันที

กรณีนี้มีใช้การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม เพราะในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ นาย ก. มิได้มีผลประโยชน์ส่วนตนใด ๆ อันจะทำให้ นาย ก. โอนเอียงหรือไม่เป็นกลางได้ อย่างไรก็ตามกรณีนี้หากนาย ก. ได้สมรู้และตกลงกับผู้สมัครอธิการบดีหรือคณบดีว่าจะมีการตอบแทนโดยมอบตำแหน่งรองอธิการบดี รองคณบดีหรือตำแหน่งอื่นใดให้เป็นการล่วงหน้า เช่นนี้อาจจะเป็นการรับสินบนได้

อย่างไรก็ตาม การจะพิสูจน์ว่านาย ก. ได้มีข้อตกลงไว้ล่วงหน้าดังกล่าว เป็นเรื่องที่พิสูจน์เจตนาได้ยาก กอปรกับมีความเห็นโดยทั่วไปว่าเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม โดยเหตุนี้ระเบียบข้อบังคับของบางมหาวิทยาลัยจึงได้กำหนดไว้ชัดเจนห้ามมิให้กรรมการสรรหามาดำรงตำแหน่งรองอธิการบดี หรือรองคณบดี^{๑๒๙}

^{๑๒๙}โปรดดู ข้อบังคับการสรรหาคณบดีหรือหัวหน้าแผนกอิสระ พ.ศ. ๒๕๕๓ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ข้อ ๑๐ ซึ่งกำหนดไว้ว่า “กรรมการสรรหาต้องไม่รับตำแหน่งรองคณบดี หรือผู้ช่วยคณบดีที่คณบดีซึ่งตนเป็นผู้สรรหามีอำนาจแต่งตั้งหรือเสนอแต่งตั้ง เว้นแต่มีเหตุผลความจำเป็นที่ต้องขออนุมัติสภามหาวิทยาลัยเป็นกรณี ๆ ไป”

ตัวอย่าง นาย ก. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิสภามหาวิทยาลัย ได้รับเลือกให้เป็นกรรมการสรรหาอธิการบดี มีอำนาจหน้าที่กลั่นกรองเสนอชื่อผู้สมควรได้รับแต่งตั้งเป็นอธิการบดีต่อสภามหาวิทยาลัย และมีอำนาจหน้าที่ลงคะแนนคัดเลือกอธิการบดีในฐานะกรรมการสภามหาวิทยาลัยด้วย ต่อมาได้รับการแต่งตั้งจากอธิการบดีที่ผ่านการคัดเลือกนั้นให้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งในทันที

กรณีนี้มีใช้การขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกรณีตัวอย่างที่อธิบายมาแล้ว

ตัวอย่าง นาย ก. กรรมการสภามหาวิทยาลัย ได้เสนอและพิจารณาพร้อมลงมติให้ นาย ข. ได้รับปริญญาคุณวุฒิบัณฑิตศึกษาศาสตร์ หรือศาสตราจารย์พิเศษ และต่อมา นาย ก. ได้รับแต่งตั้งจาก นาย ข. ให้เป็นกรรมการในบริษัทของ นาย ข. ทันที

กรณีตามตัวอย่าง มิใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม เพราะ นาย ก. มิได้มีประโยชน์ส่วนตนในขณะที่ใช้ดุลยพินิจหรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการสภามหาวิทยาลัย ดังนั้นจึงมิใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

โปรดสังเกตว่า หากนาย ก. ได้ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ไปเพื่อแลกกับประโยชน์ที่ได้ตกลงไว้ล่วงหน้า คือการได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการบริษัท หรือเป็นกรณีที่ตกลงรับสินบนไว้แล้วและจะได้รับสินบนในภายหลังเมื่อทำงานเสร็จ กรณีก็อาจจะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานเรียกรับและให้สินบน และผิดฐานปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา^{๑๓๐} มิใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์^{๑๓๑} ส่วนกรณีจะเหมาะสมหรือไม่ เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

^{๑๓๐} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๔๓-๑๔๔ และ ๑๕๗

^{๑๓๑} อย่างไรก็ตาม มีบางท่านเห็นว่า กรณีเช่นนี้เป็นประโยชน์ส่วนตนของนาย ก. ที่จะมีขึ้นในอนาคตอันใกล้

๙. การพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องเดียวกัน ๒ ครั้งหรือมากกว่า

ตัวอย่าง นาย ก. ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งลงโทษทางวินัย และนาย ก. ได้พิจารณาตัดสินให้ลงโทษเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปแล้ว ต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษดังกล่าว นาย ก. ในอีกฐานะหนึ่งเป็นกรรมการผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องดังกล่าวที่ตนเองเคยออกคำสั่งลงโทษมาแล้ว กรณีเช่นนี้มีใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เพราะนาย ก. มิได้มีผลประโยชน์ส่วนตนใด ๆ ในเรื่องนี้เลย การปฏิบัติหน้าที่ พิจารณา วินิจฉัยทั้งสองกรณี ล้วนเป็นงานในอำนาจหน้าที่ที่นาย ก. ต้องปฏิบัติ แต่กรณีนี้อาจมีข้อพิจารณาหรือแนวความคิดว่าเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาทบทวนในชั้นอุทธรณ์ นาย ก. ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนี้มาแล้ว ไม่ควรพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ด้วย เพราะเท่ากับพิจารณาวินิจฉัยเรื่องเดียวกันสองครั้ง และโดยปกติเป็นที่เชื่อกันว่าคงเป็นเรื่องยากที่นาย ก. จะกลับใจหรือเปลี่ยนใจพิจารณาเป็นอย่างอื่น หรือกล่าวได้ว่ากรณีเช่นนี้อาจมีผลกระทบต่อความเป็นกลางในการพิจารณาวินิจฉัยของนาย ก. ได้^{๑๓๒}

^{๑๓๒} หลักการนี้ ได้ปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรม กล่าวคือโดยหลักแล้วผู้พิพากษาที่ได้เคยพิจารณาพิพากษาเรื่องเดียวกันนั้นมาแล้วในศาลชั้นต้น จะไม่ทำหน้าที่พิพากษาคดีเดียวกันนั้นอีกในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา และในขณะเดียวกัน ก็เป็นเหตุคัดค้านผู้พิพากษาได้ด้วย รายละเอียดโปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๑

อย่างไรก็ตามมีข้อโต้แย้งว่า หากนาย ก. ทำหน้าที่พิจารณา วินิจฉัยทั้ง ๒ กรณีโดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเสียแล้ว นาย ก. ควรสามารถพิจารณาวินิจฉัยได้ และนาย ก. อาจพิจารณาทบทวน อุทธรณ์หรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ได้รับใหม่และเพิ่มเติมในการพิจารณาชั้นอุทธรณ์และขึ้นอยู่กับความเห็นของกรรมการอื่น ๆ นอกจากนี้ การที่นาย ก. ซึ่งรู้เรื่องมาตั้งแต่ต้น พิจารณาในอีกด้านหนึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อคณะกรรมการโดยรวมเสียด้วยซ้ำ การกล่าวอ้างว่านาย ก. จะพิจารณาอุทธรณ์โดยไม่เป็นกลางนั้น แม้จะรับฟังได้แต่มิมีน้ำหนักน้อย^{๑๓๓}

ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่เหมาะสมก็คือ หากมีกรณีตามตัวอย่าง หรือกรณีที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้ง เจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลดังกล่าวควรแจ้ง ประกาศหรือเปิดเผยให้ผู้บังคับบัญชา ที่ประชุมหรือผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยว่าสมควรจะดำเนินการประการใดต่อไป^{๑๓๔}

^{๑๓๓} เนื่องจากแนวคิดหรือหลักคิดในเรื่องนี้ ยังไม่เป็นที่ยุติเสียทีเดียว ดังนั้นเราจึงพบว่ามิถุนายนบัญญัติไว้ในทั้ง ๒ ลักษณะ กล่าวคือ กฎหมายบางฉบับก็บัญญัติให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ เป็นคนละชุดกับคณะกรรมการที่วินิจฉัยความผิดในชั้นต้น แต่ก็ยังมีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดให้องค์กรเดียวทำหน้าที่พิจารณาทั้งการลงโทษในชั้นต้นและพิจารณาอุทธรณ์ โปรดดู อาทิ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ ตามมาตรา ๒๑ (๑)

^{๑๓๔} วิธีการดังกล่าว เป็นไปตามหลักการ รับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ดังได้กล่าวมาแล้ว และยังสอดคล้องกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๑-๒๐.

ตัวอย่าง พล.ต.อ. ก. ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ซึ่งตามกฎหมายกำหนดขั้นตอนและวิธีการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจให้ดำรงตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติไว้ว่า ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติคัดเลือกรายชื่อข้าราชการตำรวจ แล้วเสนอให้คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) พิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง โดยในขั้นการคัดเลือกรายชื่อนั้นกฎหมายกำหนดให้ผบ.ตร.คัดเลือกจากข้าราชการตำรวจที่คณะกรรมการคัดเลือกเสนอแนะ^{๑๓๕} ทั้งนี้ประกาศคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ เรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือก^{๑๓๖} ได้กำหนดองค์ประกอบคณะกรรมการคัดเลือกประกอบด้วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เป็นประธาน จเรตำรวจแห่งชาติและรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติทุกคนเป็นกรรมการ ฯลฯ

กรณีนี้ พล.ต.อ. ก. ผบ.ตร. ในฐานะประธานกรรมการคัดเลือกจึงต้องทำหน้าที่พิจารณาคัดเลือกข้าราชการตำรวจที่เหมาะสมก่อน และ ผบ.ตร. ในฐานะผู้มีอำนาจเสนอจึงต้องเสนอรายชื่อข้าราชการตำรวจเพื่อดำรงตำแหน่งรองผบ.ตร.ให้ ก.ตร.พิจารณาให้ความเห็นชอบและพล.ต.อ. ก. ผบ.ตร. ในฐานะกรรมการ ก.ตร. โดยตำแหน่งก็ต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบ เท่ากับว่า พล.ต.อ. ก. ต้องพิจารณาในเรื่องเดียวกันถึงสองครั้ง และอันที่จริงถึง ๓ ครั้ง

^{๑๓๕} พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๕๓ (๒) และมาตรา ๕๗

^{๑๓๖} ลงวันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๔๙

เช่นเดียวกับกรณีที่ยกตัวอย่างมาก่อนหน้านี้ คือมิใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เพราะพล.ต.อ. ก. ไม่มีประโยชน์ส่วนตนขัดกับประโยชน์ของราชการตำรวจ การที่ พล.ต.อ. ก. ประสงค์จะผลักดันหรือเสนอแนะข้าราชการตำรวจท่านใดท่านหนึ่งเพื่อให้ดำรงตำแหน่งรอง ผบ.ตร. มิใช่ประโยชน์ส่วนตนของพล.ต.อ. ก. และการทำหน้าที่ในสองหรือสามฐานะของ พล.ต.อ. ก. ก็เพราะกฎหมายกำหนดให้ต้องทำหน้าที่ในสองหรือสามหน้าที่นั้น สำหรับประเด็นที่กังวลว่าการพิจารณาเรื่องเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้งของผบ.ตร.นี้จะทำให้ผู้พิจารณาวินิจฉัยไม่เป็นกลางนั้น ผู้เขียนเห็นว่าพอรับฟังได้แต่ก็ไม่ใช่เหตุอันมีสภาพร้ายแรงที่จะทำให้การพิจารณาเสียความเป็นกลางอันทำให้การพิจารณาวินิจฉัยต้องเสียไปแต่อย่างใด^{๑๓๗} ดังนั้น ผบ.ตร. จึงมีอำนาจและมีหน้าที่ที่จะพิจารณาเสนอแนะและอธิบายเหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการเสนอแต่งตั้งรอง ผบ.ตร.ต่อ ก.ตร. และสามารถร่วมออกเสียงลงมติในฐานะกรรมการ ก.ตร. โดยตำแหน่งได้

ตัวอย่าง นาย ก. กรรมการสภามหาวิทยาลัย ได้รับการเลือกจากสภามหาวิทยาลัยให้ทำหน้าที่กรรมการสรรหาอธิการบดีหรือคณบดี นาย ก. จึงมีหน้าที่ทำการคัดสรร เลือกเฟ้น สรรหา เพื่อให้ได้อธิการบดีหรือคณบดีที่เหมาะสมที่สุดเพื่อประโยชน์ของมหาวิทยาลัย

^{๑๓๗} อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ๑๒๔๑/๒๕๕๓ ได้วินิจฉัยให้กรณีเช่นนี้เป็นเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ซึ่งเจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้ โปรดดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๖ ประกอบ

ปรากฏว่าในชั้นกรรมการสรรหา นาย ก. ได้ลงมติให้นาย ข. ดำรงตำแหน่งอธิการบดีหรือคณบดี ต่อมาในชั้นสภามหาวิทยาลัย นาย ก. ในฐานะกรรมการสภามหาวิทยาลัย ก็ต้องทำหน้าที่ชี้แจง อธิบายและเสนอแนะต่อสภามหาวิทยาลัย รวมทั้งร่วมลงมติเลือกอธิการบดีหรือคณบดี กรณีเช่นนี้ก็เข้าข่ายพิจารณาเรื่องเดียวกันสองครั้ง กรณีเช่นนี้มีใช้เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (เว้นแต่ ก., ข. จะเป็นสามีภริยากัน)

หากผู้มีอำนาจหน้าที่ไม่สามารถใช้ดุลยพินิจ วินิจฉัยในเรื่องเดียวกันเกินกว่าหนึ่งครั้ง กรรมการสภามหาวิทยาลัยที่มาปฏิบัติหน้าที่กรรมการสรรหา ตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ไม่สามารถทำหน้าที่กรรมการสภามหาวิทยาลัยได้^{๑๓๘}

๑๐. การเป็นเจ้าของหน้าที่ใช้ข้อมูลที่ล่วงรู้มาเพื่อประโยชน์ตนเอง

ตัวอย่าง ก. เป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดแนวถนน เมื่อได้กำหนดแนวถนนแล้ว ได้ไปดักซื้อที่ดินที่อยู่ข้างเคียงแนวถนนดังกล่าวไว้ล่วงหน้า หรือเป็นกรรมการตลาดหลักทรัพย์หรือกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ทราบข้อมูลภายในเกี่ยวกับหลักทรัพย์ และได้ใช้ข้อมูลนั้นไปซื้อหรือขายหลักทรัพย์เพื่อประโยชน์ของตนเอง

^{๑๓๘} เนื่องจากเรื่องนี้เป็นแนวความคิดที่ยังไม่ยุติเสียทีเดียว เพื่อประโยชน์ในการยึดถือเป็นแนวปฏิบัติ หากมีสภาพการณ์ หรือสภาวะการณดังกล่าว ผู้มีอำนาจหน้าที่ควรแจ้ง ประกาศให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง กรรมการอื่น ผู้บังคับบัญชาเหนือตน ขึ้นไป หรือสาธารณะ ฯลฯ ทราบ และให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้อง กรรมการอื่น ผู้บังคับบัญชาเหนือตน หรือสาธารณะเป็นผู้พิจารณาว่าจะดำเนินการประการใดต่อไป จะเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดเพื่อป้องกันปัญหาโต้แย้งโต้เถียงในภายหลัง

กรณีตามตัวอย่าง ไม่ใช่การขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ที่ได้ทราบข้อมูล และใช้ข้อมูลที่ได้มาในฐานะเจ้าหน้าที่ทำการแสวงประโยชน์ที่มีควรได้ เป็นการอาศัยตำแหน่งหน้าที่หาประโยชน์นั่นเอง ซึ่งแตกต่างจากการเป็นเจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจหน้าที่กำหนดแนวถนน และได้กำหนดแผนการหรือโครงการซึ่งมีแนวถนนที่ต้องผ่านที่ดินของตนเอง กรณีนี้จึงจะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เนื่องจากการพิจารณากำหนดแนวถนนของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจโอนเอียง ไม่เป็นกลางโดยพิจารณากำหนดแนวถนนไม่ให้ตัดผ่านที่ดินของตนเอง เพื่อไม่ให้ถูกเวนคืนแต่ในขณะเดียวกันให้ตนเองได้ประโยชน์จากราคาที่ดินที่สูงขึ้น เช่นนี้เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์

๑๑. การใช้ทรัพย์สินของราชการเพื่อประโยชน์ส่วนตัว^{๑๓๙}

ตัวอย่าง การนำเครื่องใช้สำนักงานต่าง ๆ กลับไปใช้ที่บ้าน เป็นการส่วนตัว การนำรถยนต์ราชการไปใช้ในงานส่วนตัว การใช้โทรศัพท์ของราชการเพื่อการส่วนตัว ฯลฯ เป็นต้น

กรณีตามตัวอย่างดังกล่าวนี้ มิใช่รูปแบบหนึ่งของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่เป็นการนำเอาทรัพย์สินของราชการอันเป็นของส่วนรวมไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยตรง

สถานการณ์หรือสภาวะการณ์หรือการกระทำที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ยังสามารถมีได้อีกหลายลักษณะ หลายรูปแบบ

^{๑๓๙} สุทธินันท์ สาริมาณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๑๑. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๕๓, หน้า ๒-๔.

ตราบเท่าที่เหตุเหล่านั้นส่งผลทำให้เกิดความไม่เป็นกลาง ความโอ้อวด
เอียงในการปฏิบัติหน้าที่ หรือทำให้สาธารณชนเกิดความไม่เชื่อมั่นใน
การปฏิบัติหน้าที่อย่างตรงไปตรงมา หรือเป็นสาเหตุ เป็นช่องทาง
ทำให้มีการทุจริตคอร์รัปชัน

อย่างไรก็ตามบุคคลและหน่วยงานต่าง ๆ ยังคงมีความคิดเห็น
แตกต่างกันและอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดความสับสนในเรื่อง
ของการขัดกันแห่งผลประโยชน์และเรื่องอื่น ๆ อันไม่เหมาะสม อาทิ
มีผู้กล่าวว่าสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญเอง ร่าง
รัฐธรรมนูญเสร็จตนเองก็ไปเป็นสมาชิกวุฒิสภาประเภทสรรหาตาม
รัฐธรรมนูญที่ตนเองร่างขึ้น หรือไปเป็นกรรมการในองค์กรอิสระตาม
รัฐธรรมนูญ หรือเห็นว่า ผู้ที่ถูกกล่าวโทษโดย ป.ป.ช. หรือถูกฟ้องเป็น
จำเลยต่อศาลแล้ว ไม่สมควรทำหน้าที่ในตำแหน่งต่อไป หรือความ
เห็นที่ปรากฏในผลการสอบสวนของกรมสอบสวนคดีพิเศษ^{๑๔๐} ที่ระบุ
โดยสรุปว่า ความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา กับผู้ใต้บังคับบัญชา
ก็ดี ความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการในคณะ
กรรมการหรือคณะทำงานชุดเดียวกันก็ดี เป็นเหตุให้เกิดความไม่
เป็นกลางในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา ดังนั้นการที่นาย
ก. กรรมการสรรหา กสทช. เป็นผู้บังคับบัญชาของนาย ข. หรือเคย
ร่วมเป็นกรรมการกับนาย ข. จึงมีผลทำให้การคัดเลือกนาย ข. มา
เป็นกรรมการ กสทช. เป็นเรื่องที่ไม่เป็นกลาง หรือกรณีที่สำคัญงาน
เลขาธิการวุฒิสภา ได้ขอรับเงินสนับสนุนในโครงการเยาวชนยุคใหม่

^{๑๔๐} โปรดดูรายละเอียดใน หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๒๑ สิงหาคม
๒๕๕๔ หน้า ๒.

ใช้เทคโนโลยีอย่างมีคุณธรรมเพื่อถวายเป็นพระราชกุศลแด่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว หรือที่เรียกว่า โครงการอิมบิบูญา ๘๔ ล้านบาท จากสำนักงาน กสทช. ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ผู้ขอรับการสนับสนุนเงินเป็นหน่วยงานที่ต้องเลือก กสทช. ส่วนผู้ให้การสนับสนุนเงินเป็นหน่วยงานที่มีผู้เสนอตัวเข้ารับการสรรหาด้วย ซึ่งมีผู้เห็นว่าเป็นประเด็นเรื่อง “ผลประโยชน์ทับซ้อน”^{๑๔๑} หรือบ้างก็เห็นว่าเป็นเรื่องชื่อเสียงล่วงหน้าในการสรรหา กสทช. ของวุฒิสภา^{๑๔๒} เป็นต้น

สรุปได้ว่าเหตุแห่งความไม่เป็นกลาง หรือความมีอคติในการปฏิบัติหน้าที่ พิจารณา วินิจฉัย สั่งการฯลฯ อาจเกิดได้จากหลายสาเหตุ การขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นเพียงสาเหตุหนึ่งที่สำคัญที่เชื่อกันโดยทั่วไปว่า นอกจากจะทำให้สาธารณชนเกิดความไม่เชื่อมั่น เชื่อถือและศรัทธาแล้ว ยังทำให้ภาครัฐเสียหาย เสียประโยชน์ เป็นช่องทางหรือโอกาสในการทุจริตคอร์รัปชันได้โดยง่าย และเป็นเรื่องยากมากที่จะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิด การตัดไฟเสียแต่ต้นลม โดยการห้ามมิให้ผู้มีอำนาจหน้าที่อยู่ในสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์จึงเป็นแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดถ้าสามารถจะกระทำได้เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต และการกระทำใด ๆ ที่จะเป็นการเสียหายต่อส่วนรวม

^{๑๔๑} โปรดดูรายละเอียดใน หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๒๓ สิงหาคม ๒๕๕๔ หน้า ๑๑. หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๕๔ หน้า ๑๑. และหนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน ฉบับวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๕๔ หน้า ๑ และ หน้า ๑๐.

^{๑๔๒} โปรดดู หนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน ฉบับวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๕๔ หน้า ๑ และ หน้า ๑๐.

อย่างไรก็ตามยังมีการกระทำ สภาวการณ์ สถานการณ์อีกหลายลักษณะและหลายรูปแบบ ที่พิจารณาในเชิงจริยธรรมแล้ว เป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม ไม่พึงประพฤติปฏิบัติ แต่กรณีเหล่านั้นก็อาจไม่ใช่การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ที่อาจยอมรับได้

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นสภาวการณ์ที่พึงหลีกเลี่ยงนั้น ในหลักการต้องพิจารณาถึงสภาพ จำนวน ปริมาณ หรือขนาดของผลประโยชน์ส่วนตนด้วย ดังนั้นหากสภาพของความขัดแย้งแห่งผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวมมิได้ชัดเจน มิได้รุนแรง มิได้มีขนาดปริมาณ หรือจำนวนที่มากพอที่จะทำให้ต้องเอนเอียงหรือไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ พิจารณา วินิจฉัย สั่งการ ฯลฯ แล้ว กอปรกับมีเหตุผลอื่น ๆ ประกอบหรือสนับสนุน ก็อาจเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้อาจยอมรับสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้น ๆ ได้

ตัวอย่าง ๑. นาย ก. เป็นอาจารย์ ได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ออกกฎข้อบังคับว่าด้วยสภาคณาจารย์ก็ดี หรือออกระเบียบว่าด้วยประมวลจริยธรรมอาจารย์ก็ดี ในฐานะที่นาย ก. เป็นอาจารย์ ระเบียบหรือข้อบังคับดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับกับนาย ก. ด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งนาย ก. ย่อมมีส่วนได้ส่วนเสียคือมีผลประโยชน์ส่วนตนจากระเบียบหรือข้อบังคับนั้น เพราะข้อบังคับนั้นจะต้องใช้บังคับกับนาย ก. ในฐานะที่เป็นอาจารย์ด้วย ในอีกฐานะหนึ่งนาย ก. มีหน้าที่ในการออกกฎระเบียบข้อบังคับเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม นาย ก. จึงมีผลประโยชน์ขัดแย้ง

แต่เนื่องจากระเบียบหรือข้อบังคับดังกล่าว เป็นกฎที่เกี่ยวกับภาพรวมของคณาจารย์ มิใช่กฎที่ต้องใช้กับนาย ก. ในลักษณะที่เฉพาะเจาะจง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งประโยชน์ส่วนตนที่นาย ก. อาจมีอยู่เกี่ยวกับระเบียบหรือข้อบังคับนี้ แม้จะมีอยู่แต่ไม่มากหรือเป็นสาระสำคัญเพียงพอที่จะทำให้นาย ก. ถึงขนาดเสียความเป็นกลางในการทำหน้าที่กรรมการในการพิจารณาระเบียบหรือข้อบังคับดังกล่าว กอปรกับในฐานะที่นาย ก. เป็นอาจารย์ย่อมมีความรู้ ความเข้าใจและประสบการณ์ตรงในการทำหน้าที่อาจารย์ จึงเข้าใจสภาพ ลักษณะ บทบาท หน้าที่ของการเป็นสภาคณาจารย์ดีจึงมีความเหมาะสมที่จะมาเป็นผู้ทำหน้าที่ออกหรือแก้ไขกฎใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคณาจารย์ และหากเห็นว่าเป็นกรณีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ไม่อาจยอมรับได้ กรณีเช่นนี้จะต้องให้บุคคลอื่นที่มีได้ประกอบอาชีพอาจารย์มาทำหน้าที่ออกหรือแก้ไขกฎทั้งหลายที่ใช้เกี่ยวข้องกับคณาจารย์ ซึ่งไม่น่าจะเป็นสิ่งที่ควรจะเป็น จึงอาจกล่าวโดยสรุปว่า แม้จะมีสภาพของความขัดแย้งแห่งผลประโยชน์อยู่ แต่ก็เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจยอมรับได้^{๑๔๓}

โปรดสังเกตว่า กรณีที่นาย ก. ซึ่งเป็นอาจารย์ได้เป็นผู้ออกกฎหรือแก้กฎข้อบังคับเป็นการทั่วไปเกี่ยวกับคณาจารย์ซึ่งกฎดังกล่าวต้องนำมาใช้บังคับกับตนเป็นการทั่วไปนั้น แม้จะมีสภาพของการขัด

^{๑๔๓} กรณีนี้ ย่อมปรับใช้ได้กับ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีหน้าที่ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญ โปรดดู กำชัย จงจักรพันธ์, “เขียนเอง ใช้เอง ได้หรือไม่?” หนังสือพิมพ์สยามรัฐ ฉบับวันที่ ๕ มกราคม ๒๕๕๕ หน้า ๗.

กันแห่งผลประโยชน์ แต่สาธารณชนก็ย่อมยอมรับได้ ไม่มีข้อวิพากษ์วิจารณ์หรือตำหนิจากสังคมแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามกรณีจะแตกต่างกัน หากกฎหมายหรือข้อบังคับที่นาย ก. จะต้องมาออกหรือแก้ไขนั้นเป็นกฎข้อบังคับที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับตนในลักษณะที่เจาะจง อาทิ นาย ก. ประกาศตนว่าจะเข้ารับการสรรหาเป็นอธิการบดีและต่อมาก็ได้เข้ารับการสรรหา แต่ในขณะเดียวกันนาย ก. ก็เข้าร่วมทำหน้าที่ออกหรือแก้ไขกฎข้อบังคับว่าด้วยการสรรหาอธิการบดี เพื่อใช้กับการสรรหาที่ตนจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องโดยตรง นาย ก. ก็จะอยู่ในสองฐานะ ฐานะหนึ่งมีประโยชน์ส่วนตนเกี่ยวกับกฎข้อบังคับว่าด้วยการสรรหาอธิการบดี และในอีกฐานะหนึ่งต้องทำหน้าที่ออกกฎข้อบังคับที่ดี ที่มีประโยชน์มากที่สุดต่อส่วนรวม กรณีเช่นนี้จึงเป็นที่ชัดเจนว่า เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ หรือประโยชน์ทับซ้อน

ตัวอย่าง ๒. นาย ก. เป็นผู้พิพากษา ดำรงตำแหน่งกรรมการตุลาการ (ก.ต.) มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพื่อแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่า ผู้พิพากษาควรจะเกษียณอายุราชการเมื่ออายุเท่าใด กรณีเช่นนี้ นาย ก. ในฐานะส่วนตนย่อมได้รับผลกระทบจากการกำหนดอายุเกษียณ และนาย ก.ในฐานะส่วนรวม มีหน้าที่ในการพิจารณาให้เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมให้มากที่สุด เช่นนี้ย่อมเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่มีประเด็นว่าผลประโยชน์ส่วนตนในกรณีเช่นนี้มากถึงขนาดที่นาย ก. ไม่ควรหรือไม่เหมาะสมในการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนี้หรือไม่ เมื่อพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับผู้พิพากษาทุกคนรวมถึงนาย ก. เป็นการทั่วไป

กอบรับเมื่อซึ่งนำหนักเปรียบเทียบกับความรู้ความเข้าใจและ
ประสบการณ์โดยตรงที่นาย ก. อยู่ในฐานะผู้พิพากษาแล้ว กรณีก็จะ
เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจยอมรับได้^{๑๔๔}

ตัวอย่าง ๓. นาย ก. ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
จะทำหน้าที่แก้ไขหรือยกเว้นรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ กรณีนี้แม้ว่าโดย
สภาพจะมีลักษณะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่ด้วยหลักคิด
เดียวกับตัวอย่างที่ ๑-๒ ก็อาจกล่าวได้ว่า เป็นการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์ที่อาจยอมรับได้ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายรัฐธรรมนูญเอง
ก็ได้บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มีหน้าที่ในการพิจารณา
วินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ^{๑๔๕}

โปรดสังเกตว่า มีนักวิชาการ NGO และประชาชนบางส่วน
โดยเฉพาะนักกฎหมายบางท่านโต้แย้งว่า นักการเมืองไม่ควรทำ
หน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนูญ เพราะจะเขียนเอง ใช้เอง ได้อย่างไร? ซึ่งก็
อาจเป็นเพราะต้นทุนความน่าเชื่อถือของนักการเมืองโดยภาพรวม
อาจไม่ค่อยดีในสายตาของหลายคน ทั้ง ๆ ที่นักการเมืองที่มีหลักการ
มีเหตุผล ก็มีให้เห็นอยู่ แต่อย่างไรก็ตามหลักคิดเกี่ยวกับการขัดกัน
แห่งผลประโยชน์ที่อาจยอมรับได้ ก็มีดังที่กล่าวมานี้

^{๑๔๔} กรณีจะเป็นประเด็นเรื่อง การขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้
หากกฎหมายกำหนดให้ องค์กร ก.ต. ซึ่งเกือบทั้งหมดประกอบด้วยผู้พิพากษา
เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องนั้น ๆ ถ้าผู้พิพากษาไม่สามารถ
พิจารณาวินิจฉัยในกรณีนั้นได้ ก็จะกลายเป็นปัญหา ไม่มีใครปฏิบัติหน้าที่
รายละเอียดโปรดดู หัวข้อ การขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ต่อไป

^{๑๔๕} โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา
๒๙๑

การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

หลักในเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมหรือที่เรียกสั้น ๆ ว่าการขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้นมีหัวใจสำคัญคือ การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้นอาจเป็นสาเหตุทำให้บุคคลนั้น ๆ ไม่สามารถใช้ดุลยพินิจ วินิจฉัยหรือปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นกลาง พุดง่าย ๆ ว่าในสถานการณ์เช่นนั้นโดยทั่วไปแล้วน่าจะเชื่อว่าบุคคลจะเห็นแก่ผลประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าผลประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ทั้งหลายพึงหลีกเลี่ยงสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี ผู้ที่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง อาจอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือจำเป็นต้องใช้ดุลยพินิจปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ อาทิ

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นครูอาจารย์ที่สอนวิชา A อันเป็นวิชาบังคับที่นักเรียนนักศึกษาทุกคนต้องเรียนในโรงเรียนหรือมหาวิทยาลัย และในขณะนั้น นาย ก. เป็นผู้ที่สอนวิชาดังกล่าวอยู่แล้วแต่เพียงผู้เดียว และบุตรนาย ก. ได้เข้ามาศึกษาในโรงเรียนหรือมหาวิทยาลัยดังกล่าว และต้องศึกษาวิชาดังกล่าวด้วย กรณีเช่นนี้นาย ก. ไม่สามารถหลีกเลี่ยงไม่สอนวิชาดังกล่าวได้ เพราะนักเรียนนักศึกษาจะเสียหายเสียประโยชน์หากไม่ได้เรียนวิชาดังกล่าว และไม่มีครูอาจารย์ผู้อื่นสอนวิชาดังกล่าวในขณะนั้น หรือมีเหตุผลขัดข้องอย่างอื่น เช่นนี้นาย ก. ก็จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่สอนหนังสือ ออกข้อสอบ และตรวจข้อสอบโดยมีบุตรของตนเรียนอยู่ด้วย

ตัวอย่าง รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายที่มีผลเปลี่ยนแปลงเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหรัฐ ซึ่งรวมไปถึงผู้พิพากษาศาลสหรัฐ (Federal Judges and Justices) ด้วย ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้ว่า ผู้พิพากษาศาลสหรัฐ (Federal Judges and Justices) จะได้รับค่าตอบแทนในจำนวนคงที่ที่ไม่มีการปรับลดเงินเดือนตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง และต่อมาได้มีการฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class action) ว่าการออกกฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาศาลสหรัฐ (Federal Judges and Justices) ทุกคนย่อมมีผลประโยชน์ส่วนตนในผลของคดีนี้อยู่ด้วย แต่ศาลก็ตัดสินว่าผู้พิพากษาศาลสหรัฐ (Federal Judges and Justices) มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีนี้แม้จะมีผลประโยชน์ในคดี เพราะเป็นความจำเป็นโดยสภาพ เนื่องจากไม่มีผู้พิพากษาอื่นหรือศาลอื่นที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนี้ได้ตามกฎหมาย^{๑๔๖}

^{๑๔๖} “Title ๒๘ U.S.C. s ๔๕๕ – which requires a federal judge to disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned or where he has a financial interest in the subject matter in controversy or is a party to the proceeding – by reason of the rule of Necessity does not operate to disqualify all federal judges, including the Justices of this Court from deciding the issues presented by these cases. Where, under the circumstances of these cases, all Article III judges have an interest in the outcome, so that it was not possible to assign a substitute district judge or for the Chief Justice to remit the appeal, as he is authorized to do by statute, to a division of the

ตัวอย่าง นาย ก. และคณะ เป็นกรรมการในองค์กรอิสระ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ขององค์กรอิสระ ซึ่งรวมถึงสวัสดิการ ค่าตอบแทน และประโยชน์ต่าง ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ และในบางครั้งอาจต้องพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของคณะกรรมการเองด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องที่เป็นประโยชน์ส่วนตนของคณะกรรมการองค์กรอิสระ กรณีเช่นนี้ แม้ว่าจะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แต่โดยสภาพก็มีความจำเป็นต้องพิจารณา วินิจฉัย ซึ่งในกรณีนี้ถือว่าการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้^{๑๔๗}

ครูอาจารย์ในกรณีที่ยกตัวอย่างมาดังกล่าวข้างต้นก็ดี ผู้พิพากษาในศาลสหรัฐ (Federal judges and justices) ทั้งหมดก็ดี กรรมการองค์กรอิสระทั้งหลายก็ดี ที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอน ในพิจารณาวินิจฉัยและออกกระเบียบ ประกาศทั้งหลาย^{๑๔๘} ซึ่งถึงแม้จะเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของตน ก็ต้องทำหน้าที่พิจารณา เพราะมีความ

Court of Appeals with judges who are not subject to the disqualification provisions of s ๔๕๕, the common law Rule of Necessity, under which a judge, even though he has an interest in the case, has a duty to hear and decide the case if it cannot otherwise be heard, prevails over the disqualification standards of s ๔๕๕” รายละเอียดโปรดดู United States v Will – ๔๔๙ U.S. ๒๐๐ (๑๙๘๐)

^{๑๔๗} ที่กล่าวว่ามิอาจหลีกเลี่ยงได้ก็เพราะ กฎหมายได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ที่จะต้องพิจารณา

^{๑๔๘} โปรดสังเกตว่า ต้องเป็นกรณีที่ กรรมการองค์กรอิสระทั้งหลายมีอำนาจในการออกกระเบียบหรือประกาศด้วย

จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หากไม่ทำหน้าที่ โดยเกรงว่า จะเข้าข่าย เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แล้ว จะนำมาซึ่งปัญหามากกว่า เพราะหากไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือหากไม่พิจารณาก็จะไม่มีใครอื่นที่จะ ปฏิบัติหน้าที่ หรือไม่มีใครอื่นที่มีอำนาจในการพิจารณา ซึ่งจะกลายเป็นว่าเรื่องดังกล่าวไม่มีใครปฏิบัติหรือพิจารณา^{๑๔๙} ซึ่งอาจก่อให้เกิด ความเสียหายได้

กรณีที่กรรมการในคณะกรรมการชุดใดชุดหนึ่งที่มีอำนาจ หน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัย แต่กรรมการส่วนใหญ่ตกอยู่ในสภาพ การขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทำให้กรรมการที่เหลืออยู่ไม่ครบองค์ ประชุมที่จะสามารถพิจารณาวินิจฉัยได้ ในกรณีเช่นนี้ กรรมการก็ สามารถที่จะเข้าร่วมประชุม พิจารณาวินิจฉัยได้เช่นกัน มิฉะนั้นแล้ว จะไม่มีคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนั้น ๆ ได้

เมื่อถือว่าเป็นกรณีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ไม่สามารถ หลีกเลี่ยงได้ ประเด็นที่ควรระมัดระวังก็คือ ในการพิจารณาวินิจฉัย เรื่องที่ตนอาจมีผลประโยชน์ส่วนตนเกี่ยวข้อง ทุกคนต้องดำเนินการ ตามหลักการรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และดำเนินการ ตามขั้นตอนที่ถูกต้อง (Due process of law) ในการพิจารณา วินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ และใช้ดุลยพินิจ พิจารณาวินิจฉัยด้วยความ รอบคอบเป็นพิเศษ ต้องตั้งอยู่บนหลักเหตุผล มีน้ำหนักที่สามารถ อธิบายได้และเป็นการพิจารณาวินิจฉัย ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์

^{๑๔๙} หลักในการรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ มิได้มีเฉพาะการหลีกเลี่ยง การขัดกันแห่งผลประโยชน์เท่านั้น โปรดดูหัวข้อ การรับมือกับการขัดกันแห่ง ผลประโยชน์

ขององค์กร หน่วยงานหรือส่วนรวม^{๑๕๐} หากได้พิจารณาวินิจฉัยไปตามหลักการ ตามความถูกต้องและเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และเมื่อพิจารณาวินิจฉัยแล้วก็เปิดเผยให้สาธารณะทราบหรือสามารถเข้าถึงข้อมูลการพิจารณา วินิจฉัย มติ การสั่งการ หรือการปฏิบัติหน้าที่ในกรณีนั้น ๆ ได้ ก็ถือได้แล้วว่าได้จัดการกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้ดีและยอมเป็นที่เห็นได้ในตัวเองว่า มิได้นำไปสู่ความเสียหายของส่วนรวมหรือมิได้นำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันแต่ประการใด

โปรดสังเกตว่า กรณีที่องค์กรอิสระบางแห่งได้พิจารณาให้คำตอบแทนแก่ตนเอง และนำไปสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และในที่สุดศาลฎีกาได้วินิจฉัยให้การลงมติออกกระเบียบให้คำตอบแทนตนเองว่าไม่ถูกต้องนั้น เป็นการพิจารณาในประเด็นที่ว่าองค์กรอิสระดังกล่าวมีอำนาจในการออกกระเบียบในกรณีเช่นนั้นได้หรือไม่ ศาลฎีกาไม่ได้พิจารณาประเด็นที่ว่าการออกกระเบียบดังกล่าวไม่ถูกต้องเพราะมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่ อย่างไร^{๑๕๑}

^{๑๕๐} ซึ่งหลักการทำนองนี้ก็เป็นที่ยอมรับรู้และถือปฏิบัติในวงการธุรกิจ โดยเฉพาะเรื่องรายการที่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งมีได้ห้ามทำรายการที่เกี่ยวข้องกัน แต่ต้องกระทำด้วยความรอบคอบเป็นพิเศษเพื่อให้มั่นใจว่าประโยชน์จะตกอยู่แก่ส่วนรวมเป็นที่ตั้ง

^{๑๕๑} โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขแดงที่ อม. ๑/๒๕๔๘ ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินประเด็นเรื่องอำนาจในการออกกระเบียบหรือประกาศขององค์กรอิสระ มิได้ตัดสินในประเด็นเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม รายละเอียดโปรดดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๒ ตอนที่ ๕๐ ก ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๔๘ หน้า ๑๒-๓๔.

การขัดกันแห่งผลประโยชน์ กับมาตรฐานในการพิจารณา วินิจฉัย

คงไม่มีใครปฏิเสธว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นสถานการณ์ที่บุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่พึงต้องระมัดระวังและหลีกเลี่ยง แต่เนื่องจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ซึ่งนำไปสู่ความไม่เป็นกลาง การมีอคติในการปฏิบัติหน้าที่ในภาพรวมทั่วไปนั้น ในบางกรณีหากพูดในลักษณะเฉพาะเจาะจงก็อาจมีกรณีที่บุคคลผู้ซึ่งอยู่ในสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้น มิได้วินิจฉัย สั่งการ ปฏิบัติการหรือลงมติไปในทางที่ทำให้ส่วนรวมเสียหาย เสียประโยชน์ก็ได้ ดังนั้นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ก็อาจมิได้นำไปสู่ความเสียหาย เสียประโยชน์แก่ส่วนรวมและมีได้นำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชันก็ได้ บุคคลที่อยู่ในสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ในบางกรณีที่อาจจะไม่ได้ตระหนักในประเด็นดังกล่าว ก็อาจไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายแต่ประการใด

การตำหนิ ตีเตียน ประณาม ฯลฯ ว่า บุคคลที่อยู่ในสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ในทุกกรณีเป็นเรื่องชั่ว เรื่องเลวทราม เรื่องไม่ดี จึงเป็นแนวปฏิบัติที่ตึงเกินไป

อย่างไรก็ตาม หากนักกฎหมาย นักวิชาการ นักคิด นักเขียนที่เห็นสมควรที่จะต้องใช้ยาแรง เพื่อให้สังคมไทยหลุดพ้นจากปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งส่วนหนึ่งมาจากปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และต้องการให้ “ตึง” มาก ๆ ก็ต้องยอมรับว่าเป็นแนวความคิดที่มีคำอธิบาย มีเหตุมีผล ยิ่งเมื่อคำนึงถึงผลร้ายแรงที่เกิดขึ้นจากการทุจริตคอร์รัปชัน แต่นักกฎหมายนักวิชาการนักคิดก็ต้องมี

มาตรฐานเดียว หากเห็นว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์ เลวร้าย
ชั่วร้าย ในทุกกรณีคือรูปแบบหนึ่งของการทุจริต เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจ
ก็ต้องเสมอดันเสมอปลายและปรับใช้กับทั้งตัวเอง กับทั้งคนใกล้ชิด
กับทั้งเพื่อนสนิทมิตรสหาย นักกฎหมายนักวิชาการนักคิดพึงต้องคิด
และปฏิบัติเหมือนกันคือมีความเสมอภาค มิใช่กับตนเอง กับเพื่อน
หรือผู้ใกล้ชิดก็ทำเป็นไม่รู้ไม่รู้ มองไม่เห็น หรือ turn a blind eye
เช่นนี้ย่อมไม่ถูกต้อง

กฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้นมีกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ และอยู่ในกฎหมายหลายระดับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประมวลกฎหมาย หรือแม้แต่ในระเบียบ ข้อบังคับ ประมวลจริยธรรม ฯลฯ

กฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ บางครั้งก็นำเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและส่วนรวมไปรวมไว้กับเรื่องการรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดบ้าง ไปรวมไว้กับเรื่องการขัดกันของหน้าที่บ้าง ไปรวมไว้กับเรื่องส่วนได้เสียทั่ว ๆ ไปบ้าง หรือรวมไว้กับเรื่องอื่น ๆ ฯลฯ กฎหมายบางฉบับบัญญัติห้ามสภาวะการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่บางฉบับกลับสนับสนุนหรือไม่ห้ามสภาวะการขัดกันแห่งผลประโยชน์ บางฉบับกำหนดหลักเกณฑ์และองค์ประกอบไม่ตรงตามแนวคิดหรือหลักการของเรื่องนี้ บางฉบับใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ บางฉบับใช้ถ้อยคำต่างออกไปไม่เหมือนกัน ทำให้เกิดปัญหาการใช้การตีความกฎหมาย เหตุผลที่กฎหมายในแต่ละฉบับมีความแตกต่างกันเช่นนี้สาเหตุหลัก ๆ ก็เพราะกฎหมายตราขึ้นต่างกรรม ต่างวาระกัน ผู้บัญญัติกฎหมายในแต่ละยุคสมัยก็อาจจะตระหนักและมีความเข้าใจในแนวคิดหรือหลักการเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมต่างกัน สภาพปัญหาและแนวคิดในการป้องกันปัญหาในแต่ละยุคสมัยก็อาจแตกต่างกัน บางช่วงบางยุคสมัยปัญหาก็อาจจะไม่รุนแรง จึงไม่มีความจำเป็นหรือมีบรรยากาศที่จะต้องบัญญัติกฎหมายไว้เข้มงวด แต่บางช่วงเวลา อาจเป็นปัญหาสำคัญของบ้านเมืองจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้เข้มงวดและรุนแรง

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาและทำความเข้าใจ ผู้เขียนจะได้แยกแยะ
กฎหมายไว้เป็นกลุ่ม ๆ เพื่อเป็นตัวอย่างในการพิจารณา ศึกษาเรียนรู้
ดังนี้

๑. กฎหมายที่นำเรื่องที่ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์มาไว้รวมกับเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

๒. กฎหมายที่บัญญัติห้ามเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์
กับกฎหมายที่บัญญัติสนับสนุนเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

๓. กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์ โดยใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ทำให้ต้องมีการใช้ดุลยพินิจ
ตีความเป็นกรณี ๆ ไป

๔. กฎหมายที่บัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ คลุมทั้งกรณี
การขัดกันแห่งผลประโยชน์และเหตุอื่น ๆ อันอาจทำให้ไม่เป็น “กลาง”

๑. กฎหมายที่นำเรื่องที่ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์มาไว้รวมกับเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

อาจกล่าวได้โดยทั่วไปว่าการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตน
และผลประโยชน์ส่วนรวมหรือการขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้น เป็น
สาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน
พิจารณา วินิจฉัย ใช้ดุลยพินิจ ปฏิบัติหน้าที่ ฯลฯ ไปด้วยความไม่
เป็นกลาง โอนเอียงเห็นแก่ผลประโยชน์ส่วนตนมากกว่าผลประโยชน์
ส่วนรวม อย่างไรก็ตามยังมีสาเหตุอื่นอีกหลายประการที่ทำให้เจ้า
หน้าที่ของรัฐหรือเอกชนผู้มีตำแหน่งหน้าที่มีความไม่เป็นกลาง^{๑๕๒}

^{๑๕๒} รายละเอียดโปรดดู หัวข้อ สถานการณ์ที่คล้ายกับการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์

อาทิการรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด การขัดกันในบทบาทหน้าที่ ฯลฯ ซึ่งกรณีหรือเหตุต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ทั้งหมด แต่ในบางครั้งเพื่อความสะดวกหรือด้วยเหตุผลอย่างอื่น กฎหมายบางฉบับ บางมาตราได้นำเอาเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ มาบัญญัติไว้รวมกันภายใต้หัวข้อ การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตน และผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งอาจนำมาซึ่งความเข้าใจสับสนได้ อาทิ

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หมวด ๑๒ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ส่วนที่ ๒ การกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ มาตรา ๒๖๕, ๒๖๖

มาตรา ๒๖๕ บัญญัติไว้ว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้อง

(๑) ไม่ดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ใดในหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจหรือตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น หรือข้าราชการส่วนท้องถิ่น

(๒) ไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

(๓) ไม่รับเงินหรือประโยชน์ใด ๆ จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจเป็นพิเศษนอกเหนือไปจากที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ปฏิบัติต่อบุคคลอื่น ๆ ในธุรกิจการงานตามปกติ

(๕) ไม่กระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๔๘^{๑๕๓}

บทบัญญัติมาตรานี้มิให้ใช้บังคับในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภารับเบี้ยหวัด บำเหน็จ บำนาญ เงินปีพระบรมวงศานุวงศ์ หรือเงินอื่นใดในลักษณะเดียวกัน และมีให้ใช้บังคับในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภารับหรือดำรงตำแหน่งกรรมการธิการของรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภา หรือกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน

ให้นำความใน (๒) (๓) และ (๔) มาใช้บังคับกับคู่สมรสและบุตรของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา และบุคคลอื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสและบุตรของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภานั้น ที่ดำเนินการในลักษณะผู้ถูกใช้ ผู้ร่วมดำเนินการ หรือผู้ได้รับมอบหมายจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาให้กระทำการตามมาตรานี้ด้วย”

มาตรา ๒๖๖ บัญญัติไว้ว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องไม่ใช้สถานะหรือตำแหน่งการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเข้าไปก้าวก่ายหรือแทรกแซงเพื่อประโยชน์ของตนเอง ของผู้อื่น หรือของพรรคการเมือง ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินงานในหน้าที่ประจำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

^{๑๕๓} มาตรา ๔๘ บัญญัติว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคม มิได้ ไม่ว่าในนามของตนเองหรือให้ผู้อื่นเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นแทน หรือจะดำเนินการโดยวิธีการอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมที่สามารถบริหารกิจการดังกล่าวได้ในทำนองเดียวกับการเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการดังกล่าว”

(๒) การบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย โอน เลื่อนตำแหน่ง และเลื่อนเงินเดือนของข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือ

(๓) การให้ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือราชการส่วนท้องถิ่น พ้นจากตำแหน่ง”

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ส่วนที่ ๒ การกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันประกอบด้วยมาตรา ๒๖๕-๒๖๙ นั้น มาตรา ๒๖๕-๒๖๖ มิใช่เรื่องการขัดกันแห่งประโยชน์ แต่กฎหมายก็นำมาบัญญัติไว้ในส่วนที่ ๒ การกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ซึ่งอาจทำให้เกิดความเข้าใจว่าเป็นเรื่องเดียวกันได้

๒. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๓

มาตรา ๑๐๓ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคล นอกเหนือจากทรัพย์สินหรือประโยชน์อันควรได้ตามกฎหมาย หรือกฎ ข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เว้นแต่การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดโดยธรรมจรรยา ตามหลักเกณฑ์และจำนวนที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับกับการรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปีด้วยโดยอนุโลม”

พ.ร.บ. ป.ป.ช มาตรา ๑๐๓ คือเรื่องเจ้าหน้าที่รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด อันเป็นสาเหตุหนึ่งที่อาจทำให้เจ้าหน้าที่ไม่เป็กลาง ซึ่งไม่ใช่เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้มาตรา ๑๐๐ และมาตรา ๑๐๓ อยู่ในหมวดเดียวกันคือการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม

๓. พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๔๔/๓

มาตรา ๔๔/๓ บัญญัติไว้ว่า “นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด รองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด เลขานุการนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด และที่ปรึกษานายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) ดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่อื่นใดในส่วนราชการหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ เว้นแต่ตำแหน่งที่ดำรงตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(๒) รับเงินหรือประโยชน์ใดๆ เป็นพิเศษจากส่วนราชการหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ นอกเหนือไปจากที่ส่วนราชการหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ปฏิบัติกับบุคคลในธุรกิจการงานตามปกติ

(๓) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นหรือที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นจะกระทำ

บทบัญญัติมาตรานี้มิให้ใช้บังคับกับกรณีที่คุณคคลดังกล่าวตามวรรคหนึ่งได้รับเบี้ยหวัด บำเหน็จบำนาญ เงินปีพระบรมวงศานุวงศ์หรือเงินอื่นใดในลักษณะเดียวกันและมีให้ใช้บังคับกับกรณีที่คุณคคลดังกล่าวตามวรรคหนึ่งรับเงินตอบแทนค่าเบี้ยประชุมหรือเงินอื่นใดเนื่องจากการดำรงตำแหน่งกรรมการของรัฐสภา สมาชิกแทนราษฎร วุฒิสภา หรือสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดหรือสภาท้องถิ่นอื่น หรือกรรมการที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นโดยตำแหน่ง”

จะเห็นได้ว่า มาตรา ๔๔/๓ (๑) และ (๒) มิใช่เรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ส่วน (๓) สามารถเป็นได้ทั้งเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม และเรื่องอื่น ทั้งนี้เพราะกฎหมายใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ว่า “..เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ..”

นอกจากนี้โปรดดูพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๖๔/๒, พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ มาตรา ๔๘ จตุพศ,พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๓๕, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๑, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๓ ฯลฯ ซึ่งบัญญัติไว้ทำนองเดียวกัน

๒. กฎหมายที่บัญญัติห้ามเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ กับกฎหมายที่บัญญัติสนับสนุนเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์

๑. พระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๗

มาตรา ๗ บัญญัติไว้ว่า “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องมีสัญชาติไทย และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้..

(๔)เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการบริหารหรือจัดการบริษัทประกันภัย..”

โปรดสังเกตว่า พระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการประกอบธุรกิจประกันภัย หากคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย กำกับ ส่งเสริมและพัฒนาการประกอบธุรกิจประกันภัย เป็นบุคคลที่มาจากธุรกิจประกันภัย ก็เท่ากับว่า บุคคลดังกล่าวในฐานะหนึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ดุลยพินิจ วินิจฉัย เพื่อประโยชน์แก่การกำกับกิจการประกันภัยอันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวม แต่บุคคลดังกล่าวในอีกฐานะหนึ่งก็มีผลประโยชน์ส่วนตนที่เกี่ยวพันโดยตรงกับธุรกิจประกันภัยที่ถูกกำกับอยู่ จึงเป็นสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ มาตรา ๗ จึงได้บัญญัติป้องกันปัญหาเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้โดยการกำหนดลักษณะต้องห้าม ไม่ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการ คปภ.เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในบริษัทประกันภัย อันเป็นการหลีกเลี่ยงการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้ตั้งแต่ต้น ซึ่งต่างจากกฎหมายบางฉบับกลับไม่กำหนดห้าม อีกทั้งยังส่งเสริมให้มีลักษณะการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อาทิ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

๒. พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.

๒๕๓๕ มาตรา ๑๕๙

มาตรา ๑๕๙ บัญญัติไว้ว่า “ให้มีคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ คณะหนึ่งประกอบด้วยบุคคลซึ่งคณะกรรมการ ก.ล.ต. แต่งตั้งจำนวนไม่เกินห้าคน กับบุคคลซึ่งสมาชิกตามมาตรา ๑๕๘^{๑๕๔} เลือกตั้งอีกจำนวนไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ และผู้จัดการตลาดหลักทรัพย์เป็นกรรมการตลาดหลักทรัพย์โดยตำแหน่ง

บุคคลซึ่งคณะกรรมการ ก.ล.ต. แต่งตั้งตามวรรคหนึ่งต้องเป็นผู้มีความรู้และประสบการณ์ในกิจการตลาดหลักทรัพย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ หรือธุรกิจการเงินเป็นอย่างดีและอย่างน้อยหนึ่งคนต้องเป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัทที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ให้คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์เลือกกรรมการตลาดหลักทรัพย์คนหนึ่งนอกจากผู้จัดการตลาดหลักทรัพย์เป็นประธานกรรมการ และจะเลือกกรรมการตลาดหลักทรัพย์อีกคนหนึ่งเป็นรองประธานกรรมการด้วยก็ได้”

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์สามารถมาเป็นกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้ กรรมการที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ย่อมมีผลประโยชน์ในธุรกิจของตนและในขณะเดียวกันมาทำหน้าที่เป็นกรรมการตลาดหลักทรัพย์เพื่อประกอบกิจการตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งย่อมต้องกำกับดูแลงานนโยบายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ ซึ่งต้องเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและกฎหมายกำหนด

^{๑๕๔} มาตรา ๑๕๘ บัญญัติไว้ว่า “บริษัทหลักทรัพย์ที่จะทำการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ ต้องเป็นสมาชิกของตลาดหลักทรัพย์”

ไม่ให้ตลาดหลักทรัพย์นำผลกำไรมาแบ่งปันกันด้วย กรณีจึงเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม การพิจารณาวินิจฉัย วางนโยบาย โครงการต่าง ๆ ฯลฯ ของกรรมการตลาดหลักทรัพย์ที่ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ก็อาจไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ได้

โปรดสังเกตว่าการที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ อนุญาตหรือสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์สามารถมาเป็นกรรมการตลาดหลักทรัพย์ได้ ก็ด้วยมุมมองในอีกด้านหนึ่งคือเหตุผลที่ว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่มีความรู้ ความเข้าใจและประสบการณ์โดยตรงในธุรกิจนั้น ๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา วินิจฉัยนโยบายและการกำกับดูแลต่าง ๆ ซึ่งก็มีเหตุผลที่รับฟังได้ (Plausible)

การที่กฎหมายฉบับ อาทิ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ บัญญัติห้าม ในขณะที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ฯ สนับสนุน ก็เพราะกฎหมายได้ตราออกมาต่างกรรมต่างวาระกัน แนวความคิดหรือมุมมองของผู้ร่างกฎหมายฉบับหนึ่งแตกต่างจากอีกฉบับหนึ่ง^{๑๕๕} จึงทำให้สาระสำคัญของเรื่องดังกล่าวนี้ในกฎหมายทั้งสองฉบับแตกต่างกันซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประชาชนและผู้ที่เกี่ยวข้องสงสัยว่า สภาวะการณ์หรือสถานการณ์ดังกล่าว ซึ่งก็คือการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม ในที่สุดแล้วดีหรือไม่ดีอย่างไร และเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์อาจเป็นได้ทั้งความผิดประเภทที่เป็นความผิดในตัวเอง (*Mala in se*) หรือเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (*Mala prohibita*)

^{๑๕๕} หรือสถานการณ์ในขณะที่ร่างกฎหมายฉบับหนึ่งแตกต่างจากอีกฉบับหนึ่ง ฯลฯ

๓. กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ทำให้ต้องมีการใช้ดุลยพินิจตีความเป็นกรณี ๆ ไป

กฎหมายหลายฉบับได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้ในลักษณะกว้าง ๆ ว่า ห้ามการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่มีได้บัญญัติว่าอย่างไรเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ดังนั้นจึงเป็นประเด็นที่ศาลหรือนักกฎหมายจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่าการใดบ้างเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อาทิ

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐
มาตรา ๑๒๒

บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยโดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์”

๒. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๗๔ และ
มาตรา ๙๙

มาตรา ๗๔ บัญญัติไว้ว่า “ถ้าประโยชน์ได้เสียของนิติบุคคลขัดกับประโยชน์ได้เสียของผู้แทนของนิติบุคคลในการอันใด ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นจะเป็นผู้แทนในการอันนั้นไม่ได้”

มาตรา ๙๙ บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะมีมติในเรื่องใด ถ้าส่วนได้เสียของกรรมการหรือสมาชิกของสมาคมผู้ใดขัดกับประโยชน์ได้เสียของสมาคม กรรมการหรือสมาชิกของสมาคมผู้นั้นจะออกเสียงลงคะแนนในเรื่องนั้นไม่ได้”

๔. กฎหมายที่บัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ กลุ่มทั้งกรณี การขัดกันแห่งผลประโยชน์และเหตุอื่น ๆ อันอาจทำให้ไม่ เป็นกลาง

กฎหมายบางฉบับ ได้ใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมทั้งเรื่อง การขัดกันแห่งผลประโยชน์ และเหตุอื่น ๆ ที่อาจทำให้เกิดความไม่ เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ อาทิ

๑. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ.๒๕๕๒ มาตรา ๒๙

มาตรา ๒๙ บัญญัติไว้ว่า มาตรา ๒๙ “ในกรณีที่กรรมการ อนุกรรมการ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ใดเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่า โดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องใด ๆ ห้ามมิให้ผู้นั้นเข้าร่วมในการไต่สวน ข้อเท็จจริง พิจารณาหรือวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว”

๒. พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๗

มาตรา ๗ บัญญัติว่า “นิติบุคคลที่รัฐมนตรีจะโอนหุ้นส่วนหรือ หุ้นให้จัดการได้ ต้องเป็นนิติบุคคลที่ไม่มีกรรมการหรือพนักงานซึ่ง นิติบุคคลนั้นมอบหมายให้เป็นผู้จัดการในการบริหารและจัดการหุ้น ส่วนหรือหุ้นของรัฐมนตรีที่มีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียกับ รัฐมนตรี คู่สมรสของรัฐมนตรี เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ของรัฐมนตรี”

๓. พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์กร หรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๙

มาตรา ๙ บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเป็นพนักงาน มีหน้าที่จัดการ หรือดูแลกิจการใดเข้ามีส่วนได้เสีย เพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือ ผู้อื่นเนื่องด้วยกิจการนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”

นอกจากนี้โปรดดู พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๔๔/๓, พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๖๔/๒, พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ มาตรา ๑๘ ทวิ และมาตรา ๔๘ จตุทศ, พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๗, พระราชบัญญัติคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๓๖, พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๓๕, ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๒, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔ มาตรา ๑๙, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๘๕ และ ๑๐๒๘, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๖ ฯลฯ เป็นต้น



มาตรา ๑๐๐ พ.ร.บ. ป.ป.ช.



การขัดกันแห่งผลประโยชน์ กับมาตรา ๑๐๐ พ.ร.บ. ป.ป.ช.

กฎหมายที่เกี่ยวกับการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวมที่รู้จักกันมากที่สุดก็คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๐ ด้วยเหตุผลที่ว่า เป็นบทกฎหมายที่ใช้ตัดสินคดีที่ดินรัชดาที่ภริยาอดีตนายกรัฐมนตรีได้ไปประมูลซื้อที่ดินดังกล่าว และเป็นบทกฎหมายที่มีโทษในทางอาญา และที่ร้ายแรงมากที่สุดก็คือการทำผิดบทกฎหมายนี้จะถูกถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย

แต่เดิมอาจมีผู้สนใจบทกฎหมายมาตรา ๑๐๐ อย่างจริงจังไม่มากนัก เพราะมาตรานี้ปรับใช้แต่เฉพาะนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเท่านั้น^๑ ซึ่งรวมจำนวนคนที่เกี่ยวข้องไม่เกิน ๓๖^๒ คน ๒ เท่ากับ ๗๒ คน แต่ตั้งแต่วันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๕๕ มาตรา ๑๐๐

^๑ โปรดดูประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามความใน มาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ พ.ศ. ๒๕๔๔ ลงวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๘ ตอนที่ ๑๓ ก วันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ หน้า ๑-๒.

^๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๒๐๑ วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่ง และรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคนประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๗๑ วรรคแรก บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน

จะปรับใช้เพิ่มกับผู้บริหารท้องถิ่นและรองผู้บริหารท้องถิ่น^๓ กล่าวคือ ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกเมืองพัทยา รองนายกเมืองพัทยา นายกองค้การบริหาร ส่วนจังหวัด รองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี นายกองค้การบริหารส่วนตำบล รองนายก องค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งรวมจำนวนคนที่เกี่ยวข้องประมาณ ๔๖,๐๐๐^๔ คน และมีความเป็นไปได้ที่จะมีบุคคลที่ต้องปฏิบัติตาม มาตรา ๑๐๐ เพิ่มขึ้นอีก^๕ กฎหมายบทมาตรานี้จึงสำคัญอย่างยิ่งที่จะ ต้องทำความเข้าใจ

^๓ โปรดดูประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามความใน มาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๕ ลงวันที่ ๕ มีนาคม ๒๕๕๕ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๙ ตอนที่ ๒๖ ก วันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๕๕ หน้า ๓๓.

^๔ ข้อมูลจากสำนักพัฒนาระบบ รูปแบบและโครงสร้าง (สน.พร.) กรมส่งเสริม การปกครองท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย

ณ วันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๕๕ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วย ๑. องค์การบริหารส่วนจังหวัด ๗๖ แห่ง ๒. เทศบาล ๒,๐๙๖ แห่ง ประกอบด้วย เทศบาลนคร ๒๘ แห่ง เทศบาลเมือง ๑๕๙ แห่ง เทศบาลตำบล ๑,๙๐๙ แห่ง ๓. องค์การบริหารส่วนตำบล ๕,๖๗๙ แห่ง และ ๔. องค์กรปกครองท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ ๒ แห่ง รวมทั้งสิ้น ๗,๘๕๓ แห่ง ข้อมูลจาก ส่วนวิจัยและ พัฒนาระบบ รูปแบบและโครงสร้าง สำนักพัฒนาระบบ รูปแบบและโครงสร้าง กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น

^๕ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชุดปัจจุบัน มีแนวความคิดที่จะประกาศเพิ่ม ตำแหน่งต่าง ๆ ที่ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๑๐๐ อีก อันจะเห็นได้จากข้อเสนอ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน
และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๐
มาตรา ๑๐๑ มาตรา ๑๐๒ มาตรา ๑๐๓/๑ และมาตรา ๑๒๒

มาตรา ๑๐๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด
ดำเนินกิจการ ดังต่อไปนี้

(๑) เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงาน
ของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่
ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี

(๒) เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เข้า
เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่
ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ
หรือดำเนินคดี

(๓) รับสัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทานจากรัฐ หน่วย
ราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือ
เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ
หรือราชการส่วนท้องถิ่นอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน ทั้งนี้ ไม่
ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้น
ส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว

หรือแนวความคิดเบื้องต้นที่ต้องการประกาศกำหนดถึง ๕๕ ตำแหน่ง แต่ใน
ที่สุดได้ประกาศเพิ่มเพียง ๒ ตำแหน่ง เพื่อให้ค่อยเป็นค่อยไปในการปรับเพิ่ม
ต่อไป

(๔) เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา
ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การ
กำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่
ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ
ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือ
แย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อ
ความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

เจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งใดที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตาม
วรรคหนึ่งให้เป็นที่ไปตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดโดยประกาศ
ในราชกิจจานุเบกษา ให้นำบทบัญญัติในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับคู่
สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามวรรคสอง โดยให้ถือว่าการดำเนิน
กิจการของคู่สมรสดังกล่าว เป็นการดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ”

มาตรา ๑๐๑ บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาใช้
บังคับกับการดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ
มาแล้วยังไม่ถึงสองปีโดยอนุโลม เว้นแต่การเป็นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ
ห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมีใช้
บริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐๐ (๒) ที่ได้
รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์”

มาตรา ๑๐๒ บัญญัติว่า “บทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มิให้นำมา
ใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหน่วยงานของ
รัฐที่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบการดำเนินงานของ
บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ใน
บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่หน่วยงานของรัฐถือหุ้นหรือเข้า
ร่วมทุน”

มาตรา ๑๐๓/๑ บัญญัติว่า “บรรดาความผิดที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ ให้ถือว่าเป็นความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย”

มาตรา ๑๒๒ บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาตรา ๑๐๑ หรือมาตรา ๑๐๓ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

กรณีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ วรรคสาม หากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้รู้เห็นยินยอมด้วยในการที่คู่สมรสของตนดำเนินกิจการตามมาตรา ๑๐๐ วรรคหนึ่ง ให้ถือว่าผู้นั้นไม่มีความผิด”

ความผิดตาม มาตรา ๑๐๐ (๑)

มาตรา ๑๐๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดดำเนินกิจการ ดังต่อไปนี้

(๑) เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี ..”

ความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๑) อาจแยกได้เป็น ๒ กรณีดังนี้

๑. ความผิดฐานเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล

๒. ความผิดฐานมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล

๑. ความผิดฐานเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล

ตัวอย่าง นาย ก. นายกรัฐมนตรีเป็นคู่สัญญาในสัญญา A กับ กระทรวงเทคโนโลยีและการสื่อสาร

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานเป็นคู่สัญญากับบริษัท ปตท จำกัด

ตัวอย่าง นาย ก. นายกองค้การบริหารส่วนตำบล A ทำสัญญาขายวัสดุก่อสร้างให้กับอ.บ.ต. A

ตัวอย่าง นาย ก. รองนายกองค้การบริหารส่วนจังหวัด B เป็นคู่สัญญาขายน้ำมันเชื้อเพลิงให้กับ อ.บ.จ. B

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยานาย ก. นายกรัฐมนตรีเป็นคู่สัญญาซื้อขายที่ดินกับหน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของนาย ก. นายกรัฐมนตรี

ข้อสังเกต :

๑.๑ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๑) ได้ต่อเมื่อเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี

สาระสำคัญของมาตรา ๑๐๐ (๑) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดีให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าว หากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี จะไม่เป็นความผิดตามอนุมาตรานี้ อาทิ นาย ก. เป็นนิติกรองค์การบริหารส่วนตำบล B ได้ทำสัญญาขาย

อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ให้แก่ อบต. B หรือนาย ก. นายก อ.บ.ต. A ทำสัญญาขายวัสดุก่อสร้างให้กับ อ.บ.ต. B เช่นนี้ไม่เป็นความผิดตามอนุมาตรานี้ เพราะนาย ก. ในกรณีแรกเป็นเพียงผู้ปฏิบัติงาน มิได้มีอำนาจกำกับดูแลเลย ส่วนนาย ก. ในกรณีที่สองแม้จะมีอำนาจกำกับดูแล แต่มีอำนาจกำกับดูแล อ.บ.ต. A มิได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแล อ.บ.ต. B แต่อย่างใด^๖

^๖ โปรดสังเกตว่า หาก นาย ก. ในฐานะนายกองค์การบริหารส่วนตำบล A ได้ไปสมรู้ร่วมคิดกับนายกองค์การบริหารส่วนตำบล B เพื่อการซื้อขายวัสดุก่อสร้างให้แก่ อ.บ.ต. B เพื่อประโยชน์ของนาย ก. เช่นนี้แม้จะไม่เป็นความผิดตามอนุมาตรานี้ แต่นาย ก. และ นายก อ.บ.ต. B อาจจะมีการมีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ ความผิดฐานกระทำหรือละเว้นกระทำการโดยทุจริต และอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๑ “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ซึ่งทำจัดการหรือรักษาทรัพย์สินใดๆใช้อำนาจในตำแหน่งโดยทุจริต อันเป็นการเสียหายแก่รัฐ เทศบาล สุขาภิบาลหรือเจ้าของทรัพย์สินนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

มาตรา ๑๕๒ “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใดเข้ามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เนื่องด้วยกิจการนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”

มาตรา ๑๕๓ “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่จ่ายทรัพย์สิน จ่ายทรัพย์สินนั้นเกินกว่าที่ควรจ่ายเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”

๑.๒ อำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการขจัดปัญหาเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ก็เพราะเห็นว่าเป็นปัญหาสำคัญอันอาจนำไปสู่การทุจริตคอร์รัปชัน กฎหมายมาตรานี้จึงได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำกว้างว่า “..ซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี” อย่างไรก็ตามโดยถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวต้องปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๑๐๐ ซึ่งในปัจจุบันก็คือ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ผู้บริหารและรองผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องมีอำนาจในทางกฎหมายในการกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดีในหน่วยงานของรัฐนั้นด้วย หากไม่มีอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้^๗ แม้ในทางข้อเท็จจริงหรือในทางความเป็นจริงจะมีอิทธิพล มีบารมี เป็นที่นับถือหรือเกรงกลัว ก็ต้องถือว่ามิใช่ข้อเท็จจริงที่ไม่ครบองค์ประกอบในข้อนี้

^๗ อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อาทิ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๑๑ บัญญัติไว้ว่า “นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ดังนี้ (๑) กำกับโดยทั่วไปซึ่งการบริหารราชการแผ่นดิน .. (๓) บังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่ง ..” มาตรา ๒๐ บัญญัติไว้ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา ๑๑ ในกระทรวงหนึ่ง ให้มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการกำหนดนโยบาย เป้าหมาย และผลสัมฤทธิ์ของงานในกระทรวง ให้สอดคล้องกับนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือที่คณะรัฐมนตรีกำหนดหรืออนุมัติ โดยจะให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการก็ได้

ในกรณีที่มีรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง การสั่งหรือการปฏิบัติราชการของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมอบหมาย” เป็นต้น

ตัวอย่าง นาย ก. อดีตนายกรัฐมนตรีน ได้ทำสัญญาซื้อขายที่ดินกับหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A ทำสัญญากับกรม B ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A มิได้มีอำนาจตามกฎหมายในการกำกับดูแล หรือรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง A แม้จะได้ทำสัญญากับกรม A ที่สังกัดอยู่ในกระทรวง A แต่ถ้าเป็นกรมที่ตนเองมิได้มีอำนาจในการกำกับดูแล ก็ไม่มีความผิดฐานนี้

๑.๓ มาตรา ๑๐๐ วรรคสาม ให้ถือว่าการดำเนินกิจการของคู่สมรสเป็นการดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย

เหตุผลของมาตรา ๑๐๐ วรรคสามที่กำหนดให้ถือว่าการดำเนินกิจการของคู่สมรส เป็นการดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็เพราะเห็นว่าโดยทั่วไปแล้วประโยชน์ของคู่สมรสก็อาจเป็นประโยชน์ของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ในทางกฎหมายทรัพย์สินของคู่สมรสก็เป็นสินสมรสร่วมกันและต่างต้องเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน และที่สำคัญก็เพื่อป้องกันเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นข้ออ้างเพื่อหลบเลี่ยงความผิดตามมาตรา ๑๐๐ นี้^๘ จึงจำเป็นต้องบัญญัติข้อสันนิษฐานไว้ตาม

^๘ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า หากเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นข้ออ้างเพื่อหลบเลี่ยงความผิดตามมาตรา ๑๐๐ การบัญญัติให้ถือว่าการกระทำของคู่สมรสถือเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ยังไม่ครอบคลุมและป้องกันการหลีกเลี่ยงได้ เพราะหากจะป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหลีกเลี่ยงมาตรา ๑๐๐ บทมาตรานี้ก็จำเป็นต้องขยายให้ครอบคลุมถึงผู้สืบสันดาน คือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย

ในประเด็นนี้บางท่านหรือแม้แต่กฎหมายบางฉบับได้ขยายขอบเขตออกไปจนถึงญาติลำดับชั้นอื่น ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ทั้งนี้เพื่อต้องการให้มีผลในการป้องกันปัญหาเรื่องการจัดกันแห่งผลประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อาทิ โปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม พ.ศ. .. หรือที่รู้จักกันในนามกฎหมาย ๗ ชั่วโมง ซึ่งกฎหมายนี้ไม่มีผลใช้บังคับโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปแล้ว

มาตรา ๑๐๐ วรรคสาม^๙ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา ๑๐๐ วรรคสาม เป็นเพียงบทสันนิษฐานไม่ได้เด็ดขาด (Rebuttable Presumption) หากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นยินยอมด้วยในการ ที่คู่สมรสของตนดำเนินกิจการตามมาตรา ๑๐๐ วรรคหนึ่ง ก็ให้ถือว่า ผู้นั้นไม่มีความผิด^{๑๐}

^๙ ในชั้นการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ได้มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า การกำหนด ให้ถือว่าการดำเนินการของคู่สมรสเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะขัดกับรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็น ผู้บริสุทธิ์ รายละเอียดโปรดดู รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ ๒๐ ปีที่ ๓ ครั้งที่ ๒๕ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันพุธที่ ๒๒ เดือนกันยายน พุทธศักราช ๒๕๔๒ หน้า ๓๔-๓๕ (สัปดาห์ ๑๒/๑, สมบัติ ๑๔/๒ และสาวิตรี ๑๕/๑)

และต่อมาเมื่อได้ตราเป็นกฎหมายใช้บังคับแล้ว คือพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๐ และมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องก็ได้เคยมีผู้โต้แย้งว่าขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ มาตรา ๓๙ และมาตรา ๔๓ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยที่ ๑๑/๒๕๕๑ ได้วินิจฉัยไว้ว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รายละเอียดโปรดดูคำวินิจฉัยที่ ๑๑/๒๕๕๑ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๑๑๗ ก วันที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๕๑ หน้า ๑-๕๑.

อย่างไรก็ตาม มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๕ วินิจฉัยว่าพระราช บัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๙ วรรค สอง ซึ่งเหตุผลของคำวินิจฉัยในคดีนี้ มีประเด็นที่น่าศึกษาเปรียบเทียบว่า เหมือนหรือต่างอย่างไรกับในคำวินิจฉัยที่ ๑๑/๒๕๕๑

^{๑๐} โปรดดูพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบ ปราบการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๒ วรรคสอง

อนึ่ง ตามหลักการตีความกฎหมายอาญา คำว่า “คู่สมรส” ในที่นี้ย่อมหมายถึงคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น^{๑๑}

ตัวอย่าง นางสาว ข. ภริยานาย ก. นายกเทศมนตรี ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ได้ทำสัญญากับเทศบาล เช่นนี้ย่อมไม่อาจถือได้ว่า การดำเนินกิจการของนางสาว ข. เป็นการดำเนินกิจการของนาย ก.

๑.๔ หากความเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐเกิดขึ้นก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจกำกับดูแล ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา

ตัวอย่าง นาย ก. เจ้าของบริษัทขายเครื่องและอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ ได้เป็นคู่สัญญาขายเครื่องและอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ให้แก่ อบจ. A สัญญาได้ลงนามเรียบร้อยแล้วและภายหลังต่อมา นาย ก. ได้รับการเลือกตั้งให้เป็นนายก อบจ. A เช่นนี้ ไม่ถือว่่านาย ก. มีความผิดตามอนุมาตรานี้ เพราะในขณะที่สัญญาเกิด นาย ก. ไม่ได้อยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแล นาย ก. จึงไม่มีแม้แต่โอกาสในการที่จะใช้ดุลยพินิจ พิจารณา วินิจฉัยว่าควรทำสัญญา

^{๑๑} แม้ว่าการตีความเช่นนี้จะเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหลีกเลี่ยงความผิดฐานนี้ โดยการหย่า หรือสมรสโดยไม่จดทะเบียนตามกฎหมาย และมาดำเนินกิจการตามมาตรา ๑๐๐ เพื่อเลี่ยงข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็ตาม อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า คู่สมรสโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกระทำการตามมาตรา ๑๐๐ ก็อาจเป็นความผิดฐานมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับความผิดฐานนี้โปรดดูต่อไป

อนึ่ง เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้มีประสิทธิภาพมีบางความเห็นได้เสนอให้นิยามหรือตีความคำว่า “คู่สมรส” ให้หมายถึงคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสด้วย รายละเอียดโปรดดูกฎหมาย ๗ ชั่วโมง ที่ได้กล่าวมาแล้ว

หรือไม่ว่าอย่างไรก็ตาม จึงไม่อยู่ในสภาวะการณ์การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม^{๑๒} เหตุผลเดียวกันนี้ปรับใช้กับกรณีที่ภริยาของนาย ก. ได้เข้าเป็นคู่สัญญา กับหน่วยงานของรัฐ ก่อนนาย ก. เข้าดำรงตำแหน่งด้วยเช่นกัน

^{๑๒} ในชั้นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ... ก็มีประเด็นสอบถามและอภิปรายว่า ถ้าเป็นคู่สัญญาอยู่ก่อนแล้ว ก็ไม่น่าจะผิด โปรดดูรายละเอียด ใน บันทึกการรายงานการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. .. สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๒/๒๕๔๒ วันพฤหัสบดีที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๔๒ ณ ห้องประชุมหมายเลข ๒๐๔ ชั้น ๒ อาคารรัฐสภา ๒ หน้า วัฒนีย์ ๒/๑-๒/๔ และ วัฒนีย์ ๒/๘

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) (เรื่องเสร็จที่ ๓๖๘/๒๕๔๔) เห็นว่า การกระทำตามมาตรา ๑๐๐ จะมีผลไปถึงคู่สมรสที่ต้องยุติหรือไม่กระทำการไปพร้อมกันด้วย แม้ว่ากิจการนั้นจะได้กระทำอยู่ก่อนเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ารับตำแหน่งก็ตาม

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒-๑๔/๒๕๕๓ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ในเรื่องมาตรา ๒๖๕ (๒) ว่า ไม่รวมถึงการถือหุ้นที่มีมาก่อนดำรงตำแหน่ง และแม้ว่าจะเป็นการวินิจฉัยต่างกฎหมายและต่างมาตรา แต่เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา ๒๖๕ (๒) มีลักษณะทำนองเดียวกับ มาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้นจึงสามารถอาศัยเทียบเคียงได้

อย่างไรก็ตามโปรดสังเกตว่า มีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า^{๑๓} “มาตรา ๑๐๐ วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติไว้แล้วว่า ข้อห้ามการกระทำต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๑๐๐ (๑) (๒) (๓) และ (๔) ให้นำมาใช้บังคับกับคู่สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ฉะนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งใดถูกกำหนดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามกระทำการตามมาตรา ๑๐๐ ก็จะมีผลไปถึงคู่สมรสที่ต้องยุติหรือไม่กระทำการกิจการไปพร้อมกันด้วย แม่ว่ากิจการนั้นจะได้กระทำอยู่ก่อนเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ารับตำแหน่งก็ตาม” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า โดยถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ (๑) ดังกล่าว อาจตีความไปถึงการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นคู่สัญญามาก่อนที่ตนเข้ารับตำแหน่งได้ แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถตีความจากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวได้เช่นเดียวกันว่า ต้องเป็นการเข้าไปเป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในขณะหรือระหว่างที่ตนมีอำนาจกำกับดูแล ซึ่งการตีความในประการหลังนี้สอดคล้องกับเจตนารมณ์หรือเหตุผลของเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ดังได้อธิบายแนวคิดและหลักการในเรื่องนี้มาตั้งแต่ต้นหรือกล่าวสั้น ๆ ก็คือ ในขณะที่นาย ก. เข้าไปเป็นคู่สัญญา นาย ก.ไม่ได้อยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจกำกับดูแล ย่อมไม่มีประเด็นเรื่องการขัดกัน

^{๑๓} โปรดดู บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามความในมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ พ.ศ. ๒๕๔๔ (เรื่องเสร็จที่ ๓๖๘/๒๕๔๔)

ของประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวมแต่อย่างใด^{๑๔} ในส่วน
ของถ้อยคำตามมาตรา ๑๐๐ (๑) เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา ๑๐๐
(๓) ที่ใช้ถ้อยคำต่างกันชัดเจนว่า “รับสัมปทานหรือคงไว้ซึ่งสัมปทาน”
ก็จะเห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ชัดเจนมากขึ้นว่า ความผิดตาม
มาตรา ๑๐๐ (๑) นี้ไม่รวมถึงการเข้าเป็นคู่สัญญามาก่อนดำรง
ตำแหน่ง นอกจากนี้บทบัญญัติในมาตรา ๑๐๐ เป็นความผิดและมี
โทษทางอาญา ดังนั้นจึงควรตีความโดยเคร่งครัด ไม่ขยายขอบเขต
ออกไปจนกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร โดยเฉพาะ
อย่างยิ่ง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า วิธีการรับมือในเรื่องการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์ยังมีขั้นตอนและวิธีการอื่น ๆ อีก ดังนั้น กรณีตามตัวอย่าง
หากในระหว่างที่นาย ก. ดำรงตำแหน่งนายก อบจ. และการปฏิบัติ
ตามสัญญาที่นาย ก. เป็นคู่สัญญามาก่อนนั้นยังไม่เสร็จสิ้น^{๑๕} หากมี

^{๑๔} ทำนองเดียวกับการที่นาย ก. เมื่อพ้นจากการดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีแล้ว
ได้เข้าไปเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนเคยมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลอยู่
เช่นนี้ตามหลักแล้วไม่ผิด เพราะในขณะนั้นนาย ก. ไม่ได้มีอำนาจกำกับดูแล
ตามกฎหมายแล้ว แต่เนื่องจากกฎหมายเกรงว่าในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ของรัฐ
อาจจะยังคงมีอำนาจและอิทธิพลตามข้อเท็จจริงอยู่ มาตรา ๑๐๑ จึงบัญญัติว่า
“ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้น
จากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปีโดยอนุโลม..” และที่
กฎหมายบัญญัติให้นำมาใช้โดยอนุโลม เพราะตามหลักแล้วจะนำมาปรับใช้ไม่
ได้นั่นเอง

^{๑๕} กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายยังต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือกระทำการอย่างใด
อย่างหนึ่งหรือยังมีกรณีที่ต้องตรวจการจ้าง ตรวจรับมอบสิ่งของตามสัญญา
เป็นต้น

หากเป็นกรณีที่สัญญานั้นได้ปฏิบัติและเป็นที่ยุติเสร็จสิ้นไปแล้ว ย่อมไม่มี
เหตุหรือกรณีของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้โดยสภาพ (นอกจากนี้โปรด
เทียบเคียง กับเรื่องเสร็จที่ ๑๘/๒๕๔๘ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา เรื่อง การมีส่วนได้เสียของนายกเทศมนตรีตำบลหนองแสง)

กรณีที่จะต้องใช้ดุลยพินิจ พิจารณา วินิจฉัยหรือปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาอันไม่เสร็จสิ้นซึ่งนาย ก. มีผลประโยชน์ส่วนตนอยู่นั้น นาย ก. จะต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติที่ดีในการรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยการแจ้ง เปิดเผยกรณีดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตน คณะกรรมการ ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือสาธารณะทราบ หลีกเลี่ยงการพิจารณาวินิจฉัยหากสามารถกระทำได้ และไม่ว่าในกรณีใดก็ต้องพึงระมัดระวังการใช้อำนาจหน้าที่ไม่ให้มีผลเป็นการแทรกแซงไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อการใช้ดุลยพินิจในเรื่องนี้

การตีความว่า นาย ก. มีความผิดฐานเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล แม้ว่าการทำสัญญาจะเกิดขึ้นก่อนที่นาย ก. เข้าดำรงตำแหน่ง จะเป็นการตีความที่ทำให้นาย ก. เหลือเพียงทางเลือกเดียวคือ ต้องไม่เข้าไปดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเลย เพราะการไม่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐในกรณีตามตัวอย่าง ได้ผ่านมาแล้ว ไม่สามารถถอยกลับไปได้ ครั้นจะใช้วิธีการทางกฎหมายด้วยการบอกเลิกสัญญากับหน่วยงานของรัฐ กรณีก็อาจไม่สามารถกระทำได้ ถ้าหน่วยงานของรัฐมิได้ผิดสัญญาหรือเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา^{๑๖}

^{๑๖} การวินิจฉัยหรือตีความว่า ต้องห้ามตามมาตรา ๑๐๐ แม้ว่าการหรือการกระทำนั้นจะได้กระทำมาก่อนเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ารับตำแหน่งจะเป็นการตีความที่ขัดต่อหลักการตีความกฎหมายอาญา ขัดต่อแนวคิดเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และจะล่งล้ำสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลเกินสมควร อาทิ กรณีตามมาตรา ๑๐๐ (๔) หาก ภริยาของนาย ก. เป็นลูกจ้างหรือพนักงานบริษัทเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งมาเป็นเวลา ๒๐ ปี และต่อมา นาย ก. ได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแล และปฏิบัติหน้าที่อยู่ในหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น เช่นนี้ภริยาของนาย ก. จะต้องยุติการเป็นลูกจ้างหรือพนักงานบริษัทเอกชนดังกล่าว มิฉะนั้นนาย ก. จะมีความผิด

๑.๕ หากความเป็นคู่สัญญาเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐเกิดขึ้นภายหลังจากพ้นตำแหน่งเกินสองปีแล้ว ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา^{๑๗}

โดยหลักการและแนวคิดเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อพ้นจากตำแหน่งแล้ว ย่อมไม่มีกรณีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่เนื่องจากมีความกังวลว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เพิ่งพ้นจากตำแหน่งไม่นาน อาจจะมีอำนาจในทางความเป็นจริงอยู่ กฎหมายมาตรา ๑๐๑ จึงขยายขอบเขตออกไปโดยบัญญัติไว้ว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วไม่ถึงสองปีโดยอนุโลม ..” การเป็นคู่สัญญาเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐซึ่งจะไม่เป็นความผิดฐานนี้จึงต้องเกินสองปีนับจากพ้นจากตำแหน่ง

๒. ความผิดฐานมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ ที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล

ตัวอย่าง นางสาว ข. ภริยานาย ก. นายกเทศมนตรี ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ได้ทำสัญญากับเทศบาล เช่นนี้ย่อมไม่อาจถือได้ว่า การดำเนินกิจการของนางสาว ข. เป็นการดำเนินกิจการของนาย ก. อันจะทำให้ นาย ก. มีความผิดฐานเป็นคู่สัญญาเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐ แต่ถือได้ว่านาย ก. มีส่วนได้เสียในสัญญาที่นางสาว ข. ทำกับหน่วยงานของรัฐ

^{๑๗} โปรดดู พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๑บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วไม่ถึงสองปีโดยอนุโลม เว้นแต่การเป็นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมิใช่บริษัทที่เป็นคู่สัญญาเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐๐ (๒) ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์”

ข้อสังเกต:

๒.๑ คำว่า “ส่วนได้เสีย” เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายไว้ว่า^{๑๘} “ประโยชน์ที่ควรได้ควรเสียซึ่งมีอยู่ในส่วนรวม, การได้การเสียร่วมกับคนอื่น” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแลเข้าไปมีส่วนได้หรือส่วนเสียจากการทำสัญญานั้น ๆ ไม่ว่าจะในลักษณะใด ๆ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ว่า ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีจะถือได้หรือไม่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนได้เสียแล้วหรือไม่ และเนื่องจากคำว่า ส่วนได้เสีย มีความหมายกว้างซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาการโต้แย้งโต้เถียงและการตีความได้ต่อไป^{๑๙}

^{๑๘} พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๒ หน้า ๑๑๔๑.

^{๑๙} คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) “ได้อธิบายความมุ่งหมายของมาตรา ๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล ฯ ไว้ว่า การพิจารณาความมุ่งหมายของมาตรานี้ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้นสมาชิกผู้นั้นได้รับประโยชน์โดยตรงหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อตนในทางอ้อม อันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียในทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่อาจจะเป็น ดังนี้

๑. ความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทน ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล

๒. ความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งสามารถครอบงำการจัดการบริษัทได้ หรือ

ตัวอย่าง ๑ เทศบาล โดยนาย ก. นายกเทศมนตรีได้ทำสัญญาซื้อขายนมยูเอชที กับบริษัทที่มีบุตรสาวของตนเองเป็นกรรมการผู้จัดการบริษัทที่ขายนมดังกล่าว เช่นนี้ถือได้หรือไม่ว่านาย ก. มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายนมยูเอชที^{๒๐}

ตัวอย่าง ๒ บิดา มารดา ของนาย ก. หรือ บิดา มารดา ของนาง ข. ภริยานาย ก. หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาของนาย ก. หรือนาง ข. มาทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐที่นาย ก. มีอำนาจกำกับดูแลอยู่ กรณีเช่นนี้จะถือว่า นาย ก. มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐตามมาตรา^{๑๘}นี้หรือไม่?

๓. ความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา (กรณีเทศบาลตำบลวังสะพุง) (เรื่องเสรีจิติ ๖๐๕/๒๕๔๕))

^{๒๐} ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า “กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ฐานะที่ตนเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐสร้างประโยชน์ส่วนตนโดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ ดังนั้นการพิจารณาว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป ... จากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ดังกล่าว ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีใช้โอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐอันมีลักษณะเป็นผู้กระทำการอันเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามนัยแห่งมาตรา ๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่อย่างใด.. จึงยังถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำการเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าในทางตรงหรือในทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลตำบลสูงเม่นเป็นคู่สัญญากับบริษัท

ตัวอย่าง ๓ นาย ข. ได้มาเป็นคู่สัญญากับกระทรวงเทคโนโลยีและการสื่อสาร ที่นาย ก. นายกรัฐมนตรี มีอำนาจกำกับดูแลและกริยานาย ก. ยังเป็นเจ้าของธุรกิจการสื่อสารรายใหญ่ และโดยผลของสัญญานี้จะทำให้กริยานาย ก. ในฐานะเจ้าของธุรกิจการสื่อสารได้ประโยชน์ในการเป็นผู้ขายอุปกรณ์ให้หรือเป็นผู้รับงานช่วงจากนาย ข. เช่นนี้นาย ก. จะมีความผิดฐานมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแลหรือไม่?

ส.ชูปเปอร์มาร์เก็ต จำกัดตามมาตรา ๑๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖” โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ. ๕๒๗/๒๕๔๗ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๒๗/๒๕๕๐ ซึ่งถึงแม้ว่าจะเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ มาตรา ๑๘ ทวิ แต่สาระสำคัญในคำวินิจฉัยคือเรื่อง ความมีส่วนได้เสีย ซึ่งสามารถเทียบเคียงกับกรณีตามมาตรา ๑๐๐ นี้ได้โดยอนุโลม

ผู้เขียนเห็นว่า สำหรับข้อเท็จจริงที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีดังกล่าวจะมีพฤติการณ์หรือการกระทำอันเป็นการเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ของราชการ ทำให้ราชการเสียหาย เสียประโยชน์ หรือทุจริตคอร์รัปชันหรือไม่ได้เป็นข้อเท็จจริงที่จะชี้หรือแสดงให้เห็นว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนได้เสียหรือไม่ เพราะแม้กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเป็นคู่สัญญาเองโดยตรงก็อาจไม่มีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่แสดงให้เห็นว่ามีการเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ของทางราชการก็ได้ดังตัวอย่างที่ได้ยกไว้ใน หัวข้อ ๖.การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมมิได้หมายความว่ามีการทุจริตคอร์รัปชันเสมอไป แต่ก็จะมีความผิดฐานเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ตามมาตรา ๑๐๐ (๑) นี้

อนึ่ง ข้อเท็จจริงที่ฟังว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีการเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ของราชการ จะเป็นประเด็นหนึ่งที่สำคัญ เพราะหากฟังข้อเท็จจริงได้เช่นนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะมีความผิดฐานทุจริตด้วยอีกฐานหนึ่งต่างหาก

ตัวอย่าง ๔ นาย ก. นายกเทศมนตรี เป็นนายหน้าให้แก่ นาย ข. ทำให้นาย ข. ได้ทำสัญญากับเทศบาลที่นาย ก. มีอำนาจกำกับดูแลอยู่ เช่นนี้ถือว่านาย ก. มีส่วนได้เสียหรือไม่?^{๒๑}

ผู้เขียนเห็นว่า ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนดังกล่าวไม่เป็นผลต่อการใช้กฎหมายอันมีโทษทางอาญา ซึ่งต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนแน่นอน ๒.๒ ข้อสังเกตตามที่กล่าวถึงในหัวข้อ ๑. ความผิดฐานเป็นคู่สัญญา กับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล ย่อมนำมาปรับใช้กับความผิดฐานนี้ด้วย

ความผิดตาม มาตรา ๑๐๐ (๒)

มาตรา ๑๐๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด ดำเนินกิจการ ดังต่อไปนี้

..

(๒) เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เข้า เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี ..”

^{๒๑} เป็นตัวอย่างที่ได้หยิบยกขึ้นในชั้นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ... โดยกรรมาธิการบางท่านเห็นว่า นายหน้าได้ประโยชน์คือได้ค่านายหน้าจากการทำสัญญา จึงมีส่วนได้เสีย โปรดดูรายละเอียดใน บันทึกการรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. .. สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๒/๒๕๔๒ วันพฤหัสบดีที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๔๒ ณ ห้องประชุม หมายเลข ๒๐๔ ชั้น ๒ อาคารรัฐสภา ๒ หน้า นัยนา ๓/๗.

ความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๒) อาจแบ่งออกได้เป็น ๒ กรณีคือ

๑. ความผิดฐานเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล
๒. ความผิดฐานเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับ ดูแล

๑. ความผิดฐานเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจหน้าที่กำกับ ดูแล

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน A ที่เป็นคู่สัญญากับกรมสรรพากร ที่นาย ก. มีอำนาจกำกับ ดูแล

ตัวอย่าง นาย ก. นายกเทศมนตรี เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่ประกอบกิจการสถานีบริการน้ำมัน และสถานีบริการน้ำมันดังกล่าวได้เป็นคู่สัญญาขายน้ำมันให้กับเทศบาล

ข้อสังเกต:

๑.๑ การเป็นหุ้นส่วนคือการเข้าไปมีส่วนเป็นเจ้าของในกิจการ ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด และไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดหรือไม่จำกัดความรับผิด ก็ล้วนต้องห้ามตามอนุมาณานี้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายอนุมาณานี้มุ่งประสงค์เพียงการมีผลประโยชน์ส่วนตนอยู่ในห้างหุ้นส่วน กฎหมายอนุมาณานี้มิได้มุ่งประเด็นที่ว่าผลประโยชน์มากน้อยเพียงใดหรือประเด็นที่ว่าอำนาจในการบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนหรือไม่

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยานาย ก. นายก อบจ. A เข้าเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นคู่สัญญากับ อบจ. A เช่นนี้นาย ก.ย่อมมีความผิดฐานเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจหน้าที่กำกับ ดูแล

๑.๒ ข้อสังเกตในความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๑) ความผิดฐานเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจกำกับดูแลย่อมนำมาใช้บังคับกับความผิดฐานนี้ด้วยโดยอนุโลม

๒. ความผิดฐานเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีอำนาจหน้าที่กำกับ ดูแล

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรี เป็นผู้ถือหุ้นบริษัทแห่งหนึ่ง ซึ่งบริษัทแห่งนั้นได้เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีหน้าที่กำกับดูแล

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยานาย ก. รัฐมนตรี เป็นผู้ถือหุ้นบริษัทแห่งหนึ่ง ซึ่งบริษัทแห่งนั้นได้เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ นาย ก. มีหน้าที่กำกับดูแล

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรี ได้เข้าถือหุ้นในบริษัทแห่งหนึ่งที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนมีหน้าที่กำกับดูแล ภายหลัง นาย ก. พ้นจากตำแหน่งแล้ว แต่ไม่เกิน ๒ ปี

นาย ก. ในทุกรณีมีความผิดฐานเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

ข้อสังเกต:

๒.๑ หุ่นหรือหลักทรัพย์ที่นาย ก. หรือ นาง ข. ภริยานาย ก. ถืออยู่นั้น จะเป็นหุ่นในตลาดหลักทรัพย์หรือนอกตลาดหลักทรัพย์ หุ่นในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ก็ได้ และนอกจากนี้อาจจะมีปริมาณหรือจำนวนมากน้อยเพียงใดก็ได้ เพราะบทบัญญัติอนุ มาตรานี้ไม่ได้จำกัดไว้

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีกระทรวงพลังงาน เป็นผู้ถือหุ่นใน บริษัท ป.ต.ท. ซึ่งตนมีอำนาจกำกับ ดูแลอยู่ จำนวน ๑ หุ่น ย่อมเป็น ความผิดตามอนุมาตรานี้ได้^{๒๒}

๒.๒ หุ่น ตามมาตรา ๑๐๐ นี้หมายถึงหุ่นสามัญ ไม่รวมถึงหุ่นกู้ คำว่า หุ่น อาจมีความหมายได้ ๒ นัย กล่าวคือ หุ่นสามัญ และหุ่นกู้ เฉพาะหุ่นสามัญที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของของห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท หรือที่เรียกว่าเป็นส่วนกองทุน ผู้ถือหุ่นสามัญจะได้รับ เงินปันผลหากบริษัทประกอบกิจการดีมีผลกำไร ส่วนหุ่นกู้เป็นส่วน ของหนี้ที่บริษัทขอยืมเงินจากประชาชนผู้ซื้อหุ้นกู้ ผู้ถือหุ้นกู้จะได้ผล ตอบแทนในรูปดอกเบี้ย และมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ห้างหุ้นส่วนหรือ บริษัท มิได้มีฐานะเป็นเจ้าของ โดยถ้อยคำและบริบทของมาตรา

^{๒๒} ซึ่งหากพิจารณาตามแนวคิดเรื่องการชดเชยแห่งผลประโยชน์ จะเห็นได้ชัด ว่า ปริมาณหรือจำนวนหรือสภาพแห่งผลประโยชน์ส่วนตนในหุ้นจำนวน ๑ หุ่น นั้น ไม่มีนัยสำคัญมากถึงขนาดจะทำให้ นาย ก. พิจารณา วินิจฉัยหรือปฏิบัติ หน้าที่อย่างเอนเอียงหรือไม่เป็นกลางเพื่อเห็นแก่ประโยชน์ใน หุ้น ๑ หุ่นที่ถือ อยู่แต่อย่างใด แต่เข้าใจว่าเพื่อความสะดวกและง่ายต่อการบัญญัติและบังคับ ใช้กฎหมาย กฎหมายมาตรา ๑๐๐ อนุมาตรา (๒) นี้จึงบัญญัติให้เป็นความผิด โดยไม่คำนึงถึงปริมาณของผลประโยชน์ ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะนี้อาจส่งผล ให้เกิดความไม่เป็นธรรมเฉพาะกรณีได้ และอาจถือได้ว่าเป็น *Mala prohibita*

๑๐๐^{๒๓} คำว่า หุ่น ต้องตีความอย่างเคร่งครัดว่าหมายถึง หุ่นสามัญ
เท่านั้น^{๒๔}

ความผิดตาม มาตรา ๑๐๐ (๓)

มาตรา ๑๐๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด
ดำเนินกิจการ ดังต่อไปนี้ ..

(๓) รับสัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทานจากรัฐ หน่วย
ราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือ
เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ
หรือราชการส่วนท้องถิ่นอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน ทั้งนี้
ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นใน
ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะ
ดังกล่าว ..”

ความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๓) อาจแบ่งออกได้เป็น ๓ กรณีคือ

๑. ความผิดฐานรับสัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทานจากรัฐ
ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

๒. ความผิดฐานเข้าเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะเป็นการ
ผูกขาดตัดตอนกับรัฐไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

๓. ความผิดฐานเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วน
หรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะเป็นการ
ผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

^{๒๓} มาตรา ๑๐๐ (๒) ใช้ถ้อยคำว่า “เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น..”

^{๒๔} นอกจากนี้โปรดดู คำวินิจฉัยสั่งการคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ ๑๔๕๔/
๒๕๕๒ วันที่ ๑๘ มิถุนายน ๒๕๕๒ เรื่องสมาชิกวุฒิสภากระทำการอันต้องห้าม
เป็นเหตุให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๑. ความผิดฐานรับสัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทานจากรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรี ไม่ว่าจะจะเป็นรัฐมนตรีกระทรวงใด ได้เข้ารับสัมปทานคลื่นวิทยุโทรทัศน์จากหน่วยงานของรัฐ

ตัวอย่าง นาย ก. นายก อบต. ได้ก็ตาม ได้รับสัมปทานสำรวจ ขุดเจาะปิโตรเลียมจากหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะจะเป็นการสำรวจขุดเจาะในพื้นที่ อบต. นั้น หรือนอก อบต. นั้น ก็ตาม

ตัวอย่าง นาย ก. ได้รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐในการ ทำเหมืองแร่มาก่อน ต่อมาได้รับแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรี และยังคงถือไว้ซึ่งสัมปทานต่อไป

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยาของ นาย ก. ได้รับสัมปทานรังนกนางแอ่นจากเทศบาลมาก่อนนาย ก. ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี และเมื่อดำรงตำแหน่งแล้วยังคงถือสัมปทานต่อไป

ตัวอย่างทั้งหมด นาย ก. มีความผิดฐานรับสัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทานจากรัฐ

ข้อสังเกต:

๑.๑ ความหมายของสัมปทาน

สัมปทาน หมายถึง “การที่รัฐอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ ภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่รัฐกำหนด เช่นสัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทำไม้ในป่าสัมปทาน ..”^{๒๕}

^{๒๕} พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๔๒ หน้า ๑๑๖๙. นอกจากนี้ อาจารย์ประยูร กาญจนดุลเห็นว่า “สัมปทาน เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ^{๒๖} ได้ให้ความหมายไว้ว่า “การรับสัมปทานจากรัฐฯ หมายถึงการที่รัฐให้สิทธิกับเอกชนในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของชาติหรือจากสิทธิประโยชน์อันเป็นสาธารณะสัมปทานจึงรวมถึงประทานบัตรที่รัฐออกให้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการให้สิทธิอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือไม่ก็ตาม ..”

๑.๒ ความผิดฐานรับสัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐตามข้อนี้ เป็นความผิดแม้จะได้รับการสัมปทานมาก่อน ดำรงตำแหน่ง ในขณะที่ดำรงตำแหน่ง หรือภายหลังพ้นจากตำแหน่งไม่เกิน ๒ ปี

กฎหมายมาตรา ๑๐๐ (๓) ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับสัมปทานนี้ โปรดสังเกตว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้มีความผิดฐานรับสัมปทานหรือคงไว้ซึ่งสัมปทาน ทำให้เห็นโดยชัดเจนว่า แม้จะได้รับการสัมปทานมาก่อนดำรงตำแหน่ง หากยังคงถือไว้ก็เป็นความผิดตามอนุมาตรา^{๒๗} ซึ่งแตกต่างจาก มาตรา ๑๐๐ (๑) ที่กล่าวมาแล้ว

เวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงของตนเองโดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น” รายละเอียดโปรดดู ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ ๔) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๘) หน้า ๑๔๖.

^{๒๖} คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒-๑๔/๒๕๕๓ ซึ่งได้วินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๕ (๒) ซึ่งมีถ้อยคำทำนองเดียวกับมาตรา ๑๐๐ (๓) นี้

๑.๓ เจ้าหน้าที่ของรัฐตามอนุมาตรา (๓) นี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หน่วยงานของรัฐที่ให้สัมปทานแต่อย่างใด ก็เป็นความผิดฐานนี้ได้ทั้งสิ้น ซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องกับแนวคิดหรือหลักการในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์^{๒๗}

ตัวอย่าง นาย ก. นายก อบต. A ซึ่งตั้งอยู่ ณ จังหวัดหนึ่งในภาคอีสาน นาง ข. ภริยาของนาย ก. ได้รับสัมปทานรังนกนางแอ่นจากเทศบาล B ซึ่งตั้งอยู่ ณ จังหวัดหนึ่งในภาคใต้ กรณีนี้แม้ นาย ก. จะไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่และไม่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ และดำเนินคดีใน เทศบาล B เลยกก็ตาม นาย ก. มีความผิดฐานรับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐ

๑.๔ มาตรา ๑๐๐ (๓) ประสงค์ที่จะให้มีความหมายกว้าง โดยใช้คำว่า “ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) ได้ให้ความเห็นสำหรับกรณีตาม มาตรา ๑๐๐ (๓) ไว้ว่า

^{๒๗} ในชั้นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ... ได้มีกรรมาธิการบางท่านตั้งข้อสังเกตในกรณีนี้ไว้ว่าเป็นกรณีที่ไม่มีผลประโยชน์ขัดกันระหว่างส่วนบุคคลกับส่วนรวมแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามกรรมาธิการบางท่านเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่จะมีการใช้อิทธิพลได้ เพื่อเป็นการป้องกันไว้จึงบัญญัติไว้ โปรดดูรายละเอียดใน บันทึกรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. .. สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๒/๒๕๔๒ วันพฤหัสบดีที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๔๒ ณ ห้องประชุมหมายเลข ๒๐๔ ชั้น ๒ อาคารรัฐสภา ๒ หน้า นัยนา ๓/๓.

..^{๒๘}“สำหรับความที่ว่า “ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” นั้น โดยที่บทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลจึงต้องตีความ โดยเคร่งครัด และโดยผลเช่นนั้นจึงเห็นว่ามี ความหมายถึงการที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับประโยชน์จากสัมปทานนั้น ๆ โดยตรงหรือโดย ผ่านบุคคลอื่น เช่นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ คู่สมรส หรือบุตรที่ยังไม่ บรรลุนิติภาวะ ได้เข้ารับสัมปทานหรือเป็นผู้รับสัมปทานโดยตนเอง ซึ่งถือเป็นการโดยตรง หรือถือหุ้นในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน ซึ่งถือหุ้นใน บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่รับสัมปทานอันอาจถูกถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้ เสียทางอ้อม”

นอกจากนี้ คำว่า “ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” ศาล รัฐธรรมนูญ^{๒๙} ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า .. “ข้อห้ามมิให้กระทำการไม่ว่าโดย ทางตรงหรือทางอ้อมตามบทบัญญัติดังกล่าว^{๓๐} มีเจตนาห้ามมิให้

^{๒๘} โปรตดู บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามความในมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ พ.ศ. ๒๕๔๔ (เรื่องเสร็จที่ ๓๖๘/๒๕๔๔)

^{๒๙} คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒-๑๔ ๒๕๕๓

^{๓๐} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๕ วรรคแรก (๒) บัญญัติไว้ว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้อง (๒) ไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ อันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน หรือ เป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็น คู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” โปรตดู สิ่งเกิดว่า แม้จะเป็นกฎหมายคนละฉบับกัน แต่ถ้อยคำที่ใช้มีลักษณะเดียวกัน

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา กระทำการใด ๆ ที่สามารถใช้หรือถูกใช้สถานภาพหรืออำนาจหน้าที่เข้าไปมีส่วนได้เสีย ในบริษัทที่ประกอบกิจการอันเป็นการต้องห้าม บทบัญญัติทั้งสอง มาตราดังกล่าวจึงมีความหมายรวมถึงการถือหุ้นในบริษัทที่แม้จะมีได้ ประกอบกิจการอันเป็นการต้องห้ามโดยตรง แต่หากบริษัทนั้นเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่น (Holding Company) ที่ประกอบกิจการอัน เป็นการต้องห้ามในจำนวนมากพอที่จะทำให้มีอำนาจครอบงำกิจการ ของบริษัทที่ประกอบกิจการอันเป็นการต้องห้ามได้ ย่อมเป็นการ กระทำโดยทางอ้อมตามความหมายของมาตรา ๔๘ และมาตรา ๒๖๕ วรรคหนึ่ง (๒) ดังกล่าว..”

ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นนี้ จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป

๒. ความผิดฐานเข้าเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนกับรัฐไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

ตัวอย่าง นาย ก. เข้าเป็นคู่สัญญาที่มีลักษณะผูกขาดตัดตอน กับหน่วยงานของรัฐ

ข้อสังเกต:

๒.๑ สัญญาอันมีลักษณะผูกขาดตัดตอนนั้น จะเป็นการผูกขาดตัดตอนโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมก็ได้ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

๒.๒ เจ้าหน้าที่ของรัฐตามอนุมาตรา (๓) นี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหน่วยงานของรัฐที่เข้าทำสัญญาด้วยแต่อย่างใด ก็เป็นความผิดฐานนี้

ได้ทั้งสิ้น ซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องกับแนวคิดหรือหลักการในเรื่องการ
ขัดกันแห่งผลประโยชน์

๒.๓ ความผิดฐานนี้ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ (๓) ใช้
ถ้อยคำว่า “เข้าไปเป็นคู่สัญญากับ..” ซึ่งแตกต่างจากความผิดฐานรับ
สัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทาน ดังนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความ
ผิดต่อเมื่อได้เข้าไปเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะผูกขาดตัดตอน ในขณะที่
ดำรงตำแหน่ง หรือพ้นจากตำแหน่งไม่ถึงสองปีเท่านั้น หากเป็นคู่
สัญญามาก่อนดำรงตำแหน่ง จะไม่มีความผิดฐานนี้

**๓. ความผิดฐานเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท
ที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะผูกขาดตัดตอนไม่ว่า
โดยทางตรงหรือทางอ้อม**

ตัวอย่าง นาย ก. นายกเทศมนตรีเทศบาล A เป็นหุ้นส่วนใน
ห้างหุ้นส่วนที่รับสัมปทานหรือที่เข้าเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะผูกขาด
ตัดตอนกับหน่วยงานของรัฐ เช่นนี้เป็นความผิดฐานนี้

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา
เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่รับสัมปทานคลื่นวิทยุโทรทัศน์จากหน่วยงาน
ของรัฐหรือเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะผูกขาดตัดตอนกับหน่วยงานของ
รัฐ เช่นนี้เป็นความผิดฐานนี้

ข้อสังเกต:

๓.๑ ความผิดฐานเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือ
บริษัทที่รับสัมปทานหรือเป็นคู่สัญญาอันมีลักษณะเป็นการผูกขาด
ตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ตามข้อนี้ โปรดสังเกตว่า
เจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่จำเป็นต้องมีอำนาจกำกับดูแลควบคุมตรวจสอบ

หรือดำเนินคดีในหน่วยงานนั้น ๆ แต่อย่างไร ก็เป็นความผิดฐานนี้ได้ แล้ว ซึ่งแตกต่างจากความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๒)

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐในขณะดำรงตำแหน่ง ย่อมมีความผิดฐานนี้ แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมจะไม่มีอำนาจกำกับดูแลควบคุมตรวจสอบหรือดำเนินคดีหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ให้สัมปทานแต่อย่างไรก็ตาม

๓.๒ การเป็นหุ้นส่วนหรือการถือหุ้นอันจะเป็นความผิดตามข้อนี้ ต้องเกิดในขณะดำรงตำแหน่งแล้ว

ศาลรัฐธรรมนูญ^{๓๑} ได้วินิจฉัยไว้ว่า “การกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๒๖๕ วรรคหนึ่ง (๒)^{๓๒} (๔) และวรรคสาม ประกอบมาตรา ๔๘ ไม่รวมถึงการถือหุ้นที่มีมาก่อนวันเลือกตั้งหรือวันที่คณะกรรมการเลือกตั้งประกาศผลการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา..”

๓.๓ จำนวนหุ้นที่ถือแม้เพียงหุ้นเดียว ก็เป็นความผิด

^{๓๑} คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่๑๒-๑๔/๒๕๕๓

^{๓๒} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๕ วรรคแรก (๒) บัญญัติไว้ว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ต้อง.. (๒) ไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ อันมีลักษณะเป็นการผูกขาด ตัดตอน หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” โปรดสังเกตว่า แม้จะเป็นกฎหมายคนละฉบับกัน แต่ถ้อยคำที่ใช้มีลักษณะเดียวกัน

กฎหมายอนุมาตรานี้บัญญัติห้ามถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญา โดยที่ไม่ได้ระบุปริมาณหรือจำนวนหุ้นเอาไว้ หากพิจารณาตามหลักในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ปริมาณหรือจำนวนหุ้นที่มีก็ควรต้องมีมากถึงระดับหนึ่งที่สามารถทำให้เกิดความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า^{๓๓} “รัฐธรรมนูญห้ามการเข้าถือหุ้นในบริษัทที่ต้องห้าม โดยไม่ได้ระบุว่าจะต้องถือหุ้นจำนวนเท่าใด และไม่ได้ระบุว่า จะต้องใช้อำนาจบริหารงานหรือครอบงำกิจการหรือไม่ ฉะนั้น การถือหุ้นเพียงหุ้นเดียว ก็ย่อมเป็นการถือหุ้นตามความหมายในรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ..”

ความผิดตาม มาตรา ๑๐๐ (๔)

มาตรา ๑๐๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดดำเนินกิจการ ดังต่อไปนี้

..

(๔) เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น”

^{๓๓} คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒-๑๔/๒๕๕๓ ซึ่งแม้จะเป็นคำวินิจฉัยที่พิจารณาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๕ (๒) แต่ก็สามารถเทียบเคียงได้ เพราะใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับ มาตรา ๑๐๐

ความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๔) คือความผิดฐานเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่อยู่ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการหรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของบริษัทเอกชน ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลควบคุมหรือตรวจสอบของกรมสรรพากร หรือกรมศุลกากร ที่นาย ก. ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ และผลประโยชน์ของบริษัทนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของนาย ก. เช่นนี้เป็นความผิดฐานนี้

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยานาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้เข้าไปเป็นพนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทเอกชน ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมสรรพสามิต ที่นาย ก. ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ เช่นนี้เป็นความผิดฐานนี้

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ และเข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการและนายกสภาสถาบันในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน^{๑๔}

^{๑๔} นอกจากนี้ โปรดดู มติการประชุมคณะอนุกรรมการกฎหมายและระเบียบครั้งที่ ๖/๒๕๕๑ วันที่ ๑ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๑ เรื่องการหาหรือปัญหาข้อกฎหมายกรณีนายวิจิตร ศรีสอ้าน เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ (๔) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒

ความผิดฐานนี้มีองค์ประกอบดังนี้ คือ

๑. เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงาน หรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชน

๒. ธุรกิจของเอกชนนั้นอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่อยู่

๓. โดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

๑. เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงาน หรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชน

ตัวอย่าง นาย ก. นายกรัฐมนตรี ไปดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการ หรือที่ปรึกษาของบริษัทเอกชน

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยานาย ก. นายกเทศมนตรี ไปดำรงตำแหน่งเป็นพนักงานตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งในบริษัทเอกชน

ตัวอย่าง นาย ก. นายก อบ.จ. ได้เข้าไปทำหน้าที่เป็นตัวแทนของบริษัทเอกชน กระทำการหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในนามของบริษัทเอกชนนั้น

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข มีอำนาจกำกับดูแลสถานพยาบาลเอกชนตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑ ได้เข้าไปเป็นที่ปรึกษาของสถานพยาบาลนั้น ๆ มีความผิดฐานนี้^{๓๕}

^{๓๕} ตัวอย่างจากเรื่องเสรีจที่ ๓๘๖/๒๕๔๔ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓.

ข้อสังเกต:

๑.๑ ความผิดฐานนี้ กฎหมายห้ามการเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นการกระทำความผิดฐานที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชน ซึ่งเป็นการกระทำความผิดฐานของการมีส่วนได้เสียไว้โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมาย^{๓๖} จึงต้องตีความกฎหมายเคร่งครัดตามที่บัญญัติไว้

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวง A เข้าไปเป็นที่ปรึกษาให้กับบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวง A ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๔) นี้แต่ถ้านาย ก. เข้าไปเป็นผู้เชี่ยวชาญหรือตำแหน่งอื่น ๆ ที่มาตรา ๑๐๐ (๔) มิได้ระบุไว้ ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา^{๓๗}

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวง A ทำสัญญาก่อสร้างอาคารของกระทรวง A กับบริษัทรับเหมาก่อสร้าง ซึ่งนาย ก. ในฐานะรัฐมนตรีว่าการย่อมมีอำนาจในการกำกับ ดูแล ตรวจสอบ บริษัทรับเหมาก่อสร้างให้ปฏิบัติไปตามสัญญาที่ทำกับกระทรวง ในขณะที่เดียวกันนาย ก. ได้เข้าไปมีส่วนได้เสียโดยเป็นคู่สัญญากับบริษัทรับเหมาก่อสร้างนั้นในการสร้างบ้านพักส่วนตัวของนาย ก. กรณีเช่นนี้แม้จะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่กรณีไม่เข้าความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๔) นี้

^{๓๖} และโปรดดู ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) เรื่องเสร็จที่ ๓๘๖/๒๕๔๔

^{๓๗} การใช้ถ้อยคำที่ระบุเฉพาะเจาะจงเพียงบางตำแหน่งตามมาตรา ๑๐๐ (๔) ดังกล่าวจึงอาจเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหลีกเลี่ยงความผิดฐานนี้ได้ การตีความกฎหมายขยายความออกไปมากเกินไปเกินกว่าถ้อยคำที่บัญญัติไว้ไปในทางเป็นผลร้ายจะไม่สอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายอาญาที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด

๑.๒ คำว่า “ตัวแทน” หมายถึงผู้ที่เข้ามาเป็นตัวแทนตามหลักกฎหมายเรื่องตัวการตัวแทน

ตัวอย่าง นาย ก. รองนายกเทศมนตรี เทศบาล A ได้เป็นตัวแทนของธุรกิจเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเทศบาล A ในการยื่นซองประกวดราคา การเข้าทำหน้าที่เป็นตัวแทนของนาย ก. จึงต้องห้ามตามอนุมาณี้

๑.๓ คำว่า “ลูกจ้าง” หมายถึง ลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ไม่รวมถึงลูกจ้างตามสัญญาจ้างทำของด้วย

ตัวอย่าง ภริยา นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้เข้าไปเป็นลูกจ้างของบริษัทเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง เช่นนี้มีความผิดฐานนี้

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้รับเชิญให้ไปปาฐกถาเรื่อง “เศรษฐกิจไทยในทศวรรษหน้า” จากบริษัทเอกชนรายหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง โดยได้รับค่าตอบแทนในการไปแสดงปาฐกถา ๕๐,๐๐๐ บาท เช่นนี้ไม่มีความผิดฐานนี้^{๓๘}

^{๓๘} อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒-๑๓/๒๕๕๑ ได้วินิจฉัยโดยสรุปว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๗ มีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยง ดังนั้นคำว่า “ลูกจ้าง” ตามมาตรา ๒๖๗ จึงมีความหมายกว้างกว่ากฎหมายอื่น โดยต้องแปลความตามความหมายทั่วไปตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๔๒ หากมีการตกลงเป็นผู้รับจ้างทำกาารงานแล้ว ย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ทั้งสิ้น ซึ่งหากยึดตามแนวทางตีความดังกล่าว ตัวอย่างหลังที่ยกมาข้างต้นจะมีความผิด รายละเอียดโปรดดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๑๒๒ ก ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๑.

๒. ธุรกิจของเอกชนนั้นอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุมหรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่อยู่

ธุรกิจของเอกชนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเป็นบุคลากรหรือตัวแทนนั้น จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุมหรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่อยู่ด้วย

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ไปเป็นที่ปรึกษาในธุรกิจการศึกษาของเอกชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงศึกษาธิการ ที่นาย ก. ปฏิบัติหน้าที่อยู่ แต่ถ้า นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ไปเป็นบุคลากรในธุรกิจเอกชนที่ไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงศึกษาธิการ เช่นนี้จะไม่เข้าองค์ประกอบข้อนี้

ข้อสังเกต:

๒.๑ เจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดฐานนี้จะมีหรือไม่มีอำนาจกำกับดูแลควบคุมหรือตรวจสอบ ธุรกิจของเอกชนก็ได้ ความผิดฐานนี้มุ่งพิจารณาเพียงว่าหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดหรือปฏิบัติหน้าที่อยู่มีอำนาจกำกับดูแลธุรกิจเอกชนก็เพียงพอแล้ว อาทิเช่น

ตัวอย่าง กระทรวง A มีอำนาจกำกับดูแลบริษัทเอกชน B เจ้าหน้าที่ของรัฐในกระทรวง A ตั้งแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง อธิบดี และเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่สังกัดหรือปฏิบัติหน้าที่อยู่ในกระทรวง A หากเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะใดฐานะหนึ่งในกฎหมายมาตรา ๑๐๐ (๔) กำหนดไว้ ย่อมมีความผิดฐานนี้ได้

ตัวอย่าง สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มีอำนาจกำกับดูแลบริษัทหลักทรัพย์ทั้งหลาย ดังนั้นไม่ว่าเลขอาธิการ ก.ล.ต.หรือรองเลขอาธิการ ก.ล.ต. หรือเจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งซึ่งสังกัดหรือปฏิบัติงานอยู่ที่สำนักงาน ก.ล.ต. หากเข้าไปมีส่วนได้เสียโดยเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในบริษัทหลักทรัพย์ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นก็มีความผิดฐานนี้ได้

ตัวอย่าง นาย ก. ข้าราชการระดับ ๘ ตำแหน่งนักวิชาการในกระทรวง A ซึ่งกระทรวง A มีอำนาจกำกับดูแลบริษัทเอกชน B หากนาย ก. ซึ่งไม่มีตำแหน่งใด ๆ ในทางบริหารไม่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแล วินิจฉัยสั่งการแต่ประการใด แต่ถ้านาย ก. ไปเป็นที่ปรึกษาของบริษัทเอกชน B ก็มีความผิดฐานนี้ได้

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงสาธารณสุข มิได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงให้กำกับดูแลงานของสถานพยาบาลเอกชน ซึ่งเท่ากับว่าไม่มีอำนาจในการกำกับดูแลควบคุมสถานพยาบาลเอกชน แต่หากนาย ก. ไปเป็นที่ปรึกษาให้กับสถานพยาบาลเอกชน นาย ก. ก็มีความผิดฐานนี้ได้^{๓๙}

^{๓๙} อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) มีความเห็นว่า “..การต้องห้ามตามมาตรา ๑๐๐ (๔) นั้นจะต้องปรากฏว่ารัฐมนตรีเป็นผู้กำกับดูแลสถานพยาบาลด้วย ฉะนั้นถ้าวินิจฉัยสั่งการกระทรวงสาธารณสุขมิได้รับมอบหมายให้กำกับดูแลงานของสถานพยาบาลย่อมจะไม่มีอำนาจใด ๆ ที่จะสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล จึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา ๑๐๐ (๔)” รายละเอียดโปรดดู บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่องกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามความในมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ พ.ศ. ๒๕๔๔ (เรื่องเสร็จที่ ๓๖๘/๒๕๔๔)

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบัน^{๔๐} คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ประกาศกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี ผู้บริหารท้องถิ่นและรองผู้บริหารท้องถิ่นเท่านั้น ที่ตกอยู่ในบังคับของมาตรา ๑๐๐ ความมีผลใช้บังคับของความผิดฐานนี้จึงยังจำกัดอยู่เฉพาะบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเพียง ๔ ตำแหน่งนี้เท่านั้น

๒.๒ ธุรกิจของเอกชน หมายถึงธุรกิจที่เป็นของเอกชน ไม่รวมถึงธุรกิจหรือกิจการใด ๆ ที่ตามกฎหมายถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจ^{๔๑}

รัฐวิสาหกิจ ย่อมถือเป็นหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะรัฐวิสาหกิจนั้นจะประกอบกิจการสาธารณูปโภคหรือกิจการอื่น ๆ ทั่วไปอันมีสภาพอย่างเดียวกับธุรกิจเอกชน และธุรกิจหรือกิจการใดบ้างที่ถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจ จะต้องพิจารณาไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป^{๔๒}

๓. โดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

^{๔๐} พฤษภาคม ๒๕๕๕

^{๔๑} ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) เรื่องเสรีที่ ๓๘๖/๒๕๕๔

^{๔๒} ทั้งนี้เพราะกฎหมายแต่ละฉบับได้นิยามความหมายของรัฐวิสาหกิจไว้แตกต่างกัน โปรดดู อาทิ พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ พระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๒๔ มาตรา ๔ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ มาตรา ๔ พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๔ เป็นต้น

โดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อผลประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ หรือจะกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นหรือไม่ อย่างไร องค์กรประกอบในข้อนี้ เป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

ข้อสังเกต:

ความผิดฐานต่าง ๆ ตามมาตรา ๑๐๐ ซึ่งรวมถึงมาตรา ๑๐๐ (๔) นี้ ยกเว้นกรณีความผิดฐานรับสัมปทานหรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทาน เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความผิดต่อเมื่อได้กระทำการต่าง ๆ ในขณะหรือระหว่างที่ดำรงตำแหน่งอยู่ หากได้กระทำการดังกล่าวตามมาตรา ๑๐๐ มาก่อนการดำรงตำแหน่ง ต้องถือว่าไม่มีความผิด

ตัวอย่าง นาย ก. เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของบริษัทเอกชน ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลควบคุมหรือตรวจสอบของกรมสรรพากร หรือกรมศุลกากร มาก่อนที่นาย ก. จะได้มาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เช่นนี้ไม่เป็นความผิดฐานนี้ ซึ่งเป็นความผิดอาญามีโทษจำคุก แต่ถ้านาย ก. ไม่ลาออกจากการเป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของบริษัทเอกชนดังกล่าว นาย ก. อาจจะถูกถอดคุณสมบัติและต้องพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีตามบทบัญญัติอื่น ๆ ของกฎหมายได้^{๔๓}

^{๔๓} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๗ บัญญัติไว้ว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๒๖๕ มาใช้บังคับกับนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีด้วย เว้นแต่เป็นการดำรงตำแหน่งหรือดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และจะดำรงตำแหน่งใดในตำแหน่งส่วน บริษัท หรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกันหรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็ได้ด้วย”

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยานาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้ทำงานเป็นพนักงานของบริษัทเอกชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมสรรพากรมาก่อนที่นาย ก. จะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี เช่นนี้นาย ก. ย่อมไม่มีความผิดฐานนี้ และนาง ข. ภริยานาย ก. ก็ไม่จำเป็นต้องลาออกจากการเป็นพนักงาน เพราะนาง ข. มิได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันจะเป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติ และต้องพ้นจากตำแหน่งแต่ประการใด

แต่อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในการปฏิบัติหน้าที่พิจารณา วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ของนาย ก. รัฐมนตรีต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติที่ดีในการรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ต้องกระทำด้วยความรอบคอบ ระมัดระวังตามหลักการรับมือกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังได้กล่าวมาแล้ว

ให้นำมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปีด้วยโดยอนุโลม

มาตรา ๑๐๑ บัญญัติไว้ว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปีโดยอนุโลม เว้นแต่การเป็นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมิใช่บริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐๐ (๒) ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์”

ตัวอย่าง ๑. นาย ก. อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A พ้นจากตำแหน่งมาแล้ว ๑ ปี ๖ เดือน ได้เข้าเป็นคู่สัญญากับกระทรวง A เช่นนี้ย่อมมีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๑) ด้วย โดยอนุโลม แต่ถ้านับจากพ้นจากตำแหน่งเกิน ๒ ปี สามารถกระทำการต่าง ๆ ตามมาตรา ๑๐๐ ได้

ตัวอย่าง ๒. นาย ก. อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A พ้นจากตำแหน่งมาแล้ว ๑ ปี ๑๑ เดือน ได้เข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับกระทรวง A เช่นนี้ย่อมมีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๑) ด้วย โดยอนุโลม แต่ถ้านับจากพ้นจากตำแหน่งเกิน ๒ ปี สามารถกระทำการต่าง ๆ ตามมาตรา ๑๐๐ ได้

ตัวอย่าง ๓. นาย ก. อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A พ้นจากตำแหน่งมาแล้ว ๑ ปี ๑๑ เดือน ๒๐ วัน ได้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่เข้าเป็นคู่สัญญากับกระทรวง A เช่นนี้ย่อมมีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๒) ด้วย โดยอนุโลม แต่ถ้านับจากพ้นจากตำแหน่งเกิน ๒ ปี สามารถกระทำการต่าง ๆ ตามมาตรา ๑๐๐ ได้

ตัวอย่าง ๔. นาย ก. อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A พ้นจากตำแหน่งมาแล้ว ๑ ปี ๖ เดือน ได้เข้าไปถือหุ้นของบริษัทมหาชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ ๑ ล้านหุ้นซึ่งเกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนจำกัดนั้น เช่นนี้ย่อมมีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๓) ด้วยโดยอนุโลม แต่ถ้านับจากพ้นจากตำแหน่งเกิน ๒ ปี ก็สามารถกระทำการได้

ตัวอย่าง ๕. นาย ก. อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A พ้นจากตำแหน่งมาแล้ว ๑ ปี ๑๑ เดือน ได้ไปเป็นที่ปรึกษาให้กับธุรกิจเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวง A เช่นนี้ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๔) ด้วยโดยอนุโลม แต่ถ้านับจากพ้นจากตำแหน่งเกิน ๒ ปี ก็สามารถกระทำการได้

ข้อสังเกต

๑. หากพิจารณาตามหลักการว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ดังได้กล่าวมาแล้ว นาย ก. ซึ่งพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีมาแล้ว ย่อมไม่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดีใด ๆ

ในกระทรวง A ดังนั้นจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะใช้ดุลยพินิจหรือปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ การเข้าทำสัญญากับกระทรวง A จึงไม่ใช่การขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่เนื่องจากกฎหมายเกรงว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐยังอาจจะมีอำนาจอยู่ในทางข้อเท็จจริงและประสงค์จะป้องกันปัญหาไว้จึงได้บัญญัติมาตรา ๑๐๑ ไว้ และโดยเหตุนี้มาตรา ๑๐๑ จึงบัญญัติให้นำมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

๒. อย่างไรก็ตาม มาตรา ๑๐๑ ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ใน ๒ เงื่อนไข คือ กรณีเป็นการถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนจำกัด ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

ตัวอย่าง นาย ก. อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวง A พ้นจากตำแหน่งมาแล้ว ๑ ปี ๖ เดือน ได้เข้าไปถือหุ้นของบริษัทมหาชนที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหลักทรัพย์และได้รับสัมปทานจากรัฐ แต่ถือเพียง ๑๐๐ หุ้นซึ่งไม่ถึงร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐนั้น เช่นนี้ย่อมเข้าข้อยกเว้นไม่มีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๓) และ ๑๐๑^{๔๔}

^{๔๔} หากนาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนที่รับสัมปทานสำรวจขุดเจาะน้ำมันจากหน่วยงานของรัฐในขณะดำรงตำแหน่ง แม้เพียง ๑ หุ้น นาย ก. ย่อมมีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๓) นี้ แต่ถ้าหลังจากที่พ้นจากตำแหน่งแล้วไม่เกิน ๒ ปี นาย ก. สามารถถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวได้ถึงไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนนั้น ๆ ทั้งนี้เพราะกฎหมายมาตรา ๑๐๑ ยกเว้นไว้

๓. โปรดสังเกตว่ากรณีจะเข้าช้อยกเว้นให้สามารถกระทำได้ ต่อเมื่อ เป็นหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เท่านั้น หากเป็นหุ้นของบริษัทจำกัดก็ดี หรือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัด แต่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ก็ดี จะไม่เข้าช้อยกเว้นนี้

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวง A ได้พ้นจากตำแหน่งมาเพียง ๑ ปี ได้เข้าไปซื้อหุ้นของบริษัทจำกัดที่ได้ทำสัญญาในลักษณะผูกขาดติดต่อกับกระทรวง A แม้ไม่ถึงร้อยละ ๕ จากจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด แต่กรณีนี้ นาย ก. มีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๓) และ ๑๐๑

ตัวอย่าง นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ได้พ้นจากตำแหน่งมาเพียง ๑ ปี ได้เข้าไปซื้อหุ้นของบริษัทมหาชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ แต่หุ้นดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เช่นนี้ แม้จะซื้อเพียง ๑๐๐ หุ้น จากจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด หนึ่งล้านหุ้น ซึ่งเท่ากับไม่เกินร้อยละห้า แต่กรณีนี้ นาย ก. มีความผิดตามมาตรา ๑๐๑ (๓) และ ๑๐๑

๔. ช้อยกเว้นตามมาตรา ๑๐๑ ประยุกต์ใช้เฉพาะกรณีการถือหุ้น ไม่รวมการเข้าไปเป็นคู่สัญญา การเข้าไปเป็นหุ้นส่วน การรับสัมปทาน ดังนั้นการเข้าไปเป็นคู่สัญญา เข้าไปเป็นหุ้นส่วน เข้าไปรับสัมปทานตามตัวอย่างที่ ๑,๒,๓, และ ๕ ไม่ว่าจะมียุทธวิธีจำนวนมากน้อยเพียงใด ก็ผิดตามมาตรา ๑๐๐ และ ๑๐๑

๕. ช้อยกเว้นอีกประการคือ ไม่ใช้กับ มาตรา ๑๐๐ (๒) อัน

เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจกำกับดูแลควบคุมบริษัทที่เข้า เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

ตัวอย่าง นาย ก. อดีตรัฐมนตรีซึ่งพ้นจากตำแหน่งไปแล้วไม่เกิน ๒ ปี เข้าเป็นผู้ถือหุ้นบริษัทแห่งหนึ่ง ซึ่งบริษัทแห่งนั้นได้เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่ตนเคยมีหน้าที่กำกับดูแล แม้จะถือหุ้นเพียงเล็กน้อยไม่เกินร้อยละ ๕ ก็เป็นความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๒) ประกอบมาตรา ๑๐๑

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยา นาย ก. อดีตรัฐมนตรีซึ่งพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว ๑ ปี ๖ เดือน เข้าเป็นผู้ถือหุ้นบริษัทแห่งหนึ่ง ซึ่งบริษัทแห่งนั้นเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่นาย ก. เคยมีหน้าที่กำกับดูแล นาย ก. จะมีความผิดตามมาตรา ๑๐๐ (๒) ประกอบมาตรา ๑๐๑

ข้อยกเว้น มิให้นำมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับ

มาตรา ๑๐๒ บัญญัติไว้ว่า “บทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มิให้นำมาใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่หน่วยงานของรัฐถือหุ้นหรือเข้าร่วมทุน”

ตัวอย่าง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ได้เข้าร่วมทุนกับบริษัท A ในการลงทุนก่อสร้างทางพิเศษตามนโยบายสร้างทางพิเศษในภูมิภาคของรัฐบาล นาย ก. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ได้รับมอบหมายจากนายกรัฐมนตรีให้ไปทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาในบริษัท

A เพื่อวางแผนงาน แก้ไขปัญหา หรือเพื่อดำเนินงานประการใด ประการหนึ่งในบริษัท A เช่นนี้แม้ นาย ก. จะเข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะที่ปรึกษาของบริษัท A แต่การเข้าไปมีส่วนได้เสีย นั้น เป็นไปตามกฎหมายและคำสั่ง จึงเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา ๑๐๒

ตัวอย่าง กระทรวงการคลังโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้มอบหมายให้ นาย ก. รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง หรือปลัดกระทรวงการคลัง เข้าไปเป็นที่ปรึกษา หรือกรรมการในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่กระทรวงการคลังถือหุ้นอยู่ เช่นนี้เข้าช้อยกเว้น

การกระทำความผิดตามมาตรา ๑๐๐ นอกจากมีโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ยังให้ถือว่าทุจริต

มาตรา ๑๐๓/๑ บัญญัติว่า “บรรดาความผิดที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ ให้ถือว่าเป็นความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย”

ตัวอย่าง นาย ก. นายองค์การบริหารส่วนตำบล A ทำสัญญาขายวัสดุก่อสร้างให้กับ อ.บ.ต. A

ตัวอย่าง นาย ก. รองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด B เป็นคู่สัญญาขายน้ำมันเชื้อเพลิงให้กับ อ.บ.จ. B

ตัวอย่าง นาง ข. ภริยานาย ก. นายกรัฐมนตรีเป็นคู่สัญญาซื้อขายที่ดินกับหน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ นาย ก. นายกรัฐมนตรี

กรณีทั้ง ๓ ตัวอย่าง นาย ก. เจ้าหน้าที่ของรัฐ มีความผิดฐาน

ขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๐ และมีโทษตามมาตรา ๑๒๒ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และตามมาตรา ๑๐๓/๑ นาย ก. ยังต้องรับผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามกฎหมายอาญาอีกด้วย^{๕๕} ซึ่งมีโทษหนักกว่า^{๕๖} ทั้งนี้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าตามข้อเท็จจริงแล้วนาย ก. ได้มีการทุจริตด้วยหรือไม่

ข้อสังเกต:

๑. เนื่องจากมีแนวความคิดและความเชื่อที่ว่า สถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีตำแหน่งหน้าที่มักจะมีแนวโน้มเอียงในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวม หรือ

^{๕๕} ประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๒ ลักษณะ ๒ หมวด ๒ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ มาตรา ๑๔๗-๑๖๖ และลักษณะ ๓ หมวด ๒ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม มาตรา ๒๐๐-๒๐๕

^{๕๖} เช่น มาตรา ๑๕๐ “... ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

มาตรา ๑๕๗ “...ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

มาตรา ๒๐๐ “...ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

มาตรา ๒๐๑ “...ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต

เป็นโอกาสและช่องทางให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันได้โดยง่าย จึงได้ตัดไฟเสียแต่ต้นลม โดยกำหนดความผิดฐานขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้โดยเฉพาะตามมาตรา ๑๐๐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำการตามมาตรา ๑๐๐ ดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบโดยไม่มีประเด็นว่าได้มีการทุจริตคอร์รัปชันเกิดขึ้นหรือไม่ และหากสถานการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์นั้นตามมาด้วยการทุจริตคอร์รัปชัน เจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบฐานทุจริตตามข้อเท็จจริงนั้น ๆ อยู่แล้ว แต่เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ว่าเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวได้กระทำการทุจริตคอร์รัปชัน กฎหมายซึ่งมุ่งหมายที่จะป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน จึงได้พิจารณาเสนอเพิ่มเติมมาตรา ๑๐๓/๑ ขึ้น และรัฐสภาก็ได้ตราเป็นกฎหมาย^{๔๗}

๒. บทบัญญัติมาตรา ๑๐๓/๑ นี้ เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่า ผู้ร่างกฎหมายและรัฐสภายอมรับว่า การขัดกันแห่งผลประโยชน์ไม่ใช่การทุจริตคอร์รัปชันเสมอไป เพราะถ้าใช้การทุจริตแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายให้ถือว่าเป็นการทุจริต

^{๔๗} อย่างไรก็ตามอาจมีบางท่านตีความมาตรา ๑๐๓/๑ ว่าเป็นเพียงการบัญญัติเพิ่มขึ้นมาเพื่อทำให้เกิดความชัดเจนว่า คณะกรรมการป.ป.ช. มีอำนาจในการดำเนินคดีในความผิดตามหมวด ๙ การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม มาตรา ๑๐๐-๑๐๓ เท่านั้น โปรดดู บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .. หน้า ๒. และสรุปผลการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่..) พ.ศ. ครั้งที่ ๑๕ วันพุธที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๕๒ ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข ๓๖๐๑ ชั้น ๖ อาคารรัฐสภา ๓ หน้า ๑..

๓. ผลในทางกฎหมาย มาตรา ๑๐๓/๑ คือการสันนิษฐาน
เด็ดขาดว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีการดำเนินการหรืออยู่ในสถานการณ
ที่มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามมาตรา ๑๐๐ มีความผิดฐานทุจริต
เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวไม่สามารถนำสืบพิสูจน์โต้แย้งใด ๆ ต่อศาล
ได้เลย ซึ่งอาจขัดต่อความเป็นจริงดังได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นบทบัญญัติ
มาตรานี้จึงไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง^{๔๘}

^{๔๘} และขัดต่อรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรม

โปรดดู กำชัย จงจักรพันธ์, “ให้ถือว่าทุจริต??” หนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน
ฉบับวันจันทร์ที่ ๒๕ เมษายน ๒๕๕๔ หน้า ๖.

ปัญหาการใช้การตีความ

จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ และ มาตราอื่นที่เกี่ยวข้อง มีข้อความที่เข้าใจยากและไม่ชัดเจน ซึ่งทางหนึ่ง ทำให้มีช่องว่างให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ และในอีกทางหนึ่งได้ก่อให้เกิดความสับสนและไม่เป็นธรรม ฯลฯ ในทางปฏิบัติ บทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ และมาตราที่เกี่ยวข้องได้นำไปสู่ปัญหาการใช้การตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องและองค์กรต่าง ๆ อาทิ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง กรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ ฯลฯ ต่างตีความมาตรา ๑๐๐ และมาตราอื่นที่เกี่ยวข้องไม่ลงรอยเป็นแนวเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ^๑ แนวทางแก้ไขที่ดีที่สุดคือการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายมาตรา ๑๐๐ และมาตราอื่นที่เกี่ยวข้องให้เกิดความชัดเจน ถูกต้อง เป็นธรรม โดยเร็วต่อไป

ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายมาตรา ๑๐๐ ผู้ที่ถูกกฎหมายมาตรานี้บังคับใช้คงต้องยึดถือแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลัก เพราะคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ^๒ และในกรณีที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ต้องระมัดระวังในการกระทำต่าง ๆ มิให้เป็นความผิดตามคำวินิจฉัยของทุกองค์กร

^๑ อาทิ ผู้ที่จะต้องถูกกฎหมายมาตรานี้บังคับใช้เกิดความสับสน หรือเมื่อองค์กรหนึ่งได้พิจารณาวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวข้องกับมาตรา ๑๐๐ ไปแล้ว แต่ภายหลังศาลมีคำพิพากษาในเรื่องนั้นแตกต่างออกไป ก็จะมีการนำคำพิพากษานั้นมาเป็นเหตุในการฟ้องคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง ต่อเจ้าหน้าที่หรือองค์กรที่วินิจฉัยนั้น

^๒ มาตรา ๒๑๖ วรรคห้า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

อนึ่ง ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย ทุกองค์กรที่เกี่ยวข้องสามารถประสานงาน ร่วมมือกันในทางวิชาการ เพื่อขจัดหรือลดปัญหาความแตกต่างทางความคิดเห็นในการใช้การตีความกฎหมายมาตรา ๑๐๐ และมาตราอื่นที่เกี่ยวข้องให้ได้มากที่สุด หรือใช้มาตรการอื่น ๆ เพื่อป้องกันความสับสนและให้ความเป็นธรรมกับผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๑๐๐

สำหรับเจ้าหน้าที่หรือองค์กรใดที่ได้พิจารณาวินิจฉัยตีความมาตรา ๑๐๐ ไปตามอำนาจหน้าที่ โดยถูกต้องตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ และใช้ดุลยพินิจโดยมีเหตุผล โดยสุจริต ไม่ได้กลั่นแกล้ง แสวงประโยชน์โดยมิชอบหรือโดยทุจริต แม้ในภายหลังศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ จะได้พิพากษาหรือวินิจฉัยแตกต่างออกไป ย่อมไม่เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่หรือองค์กรนั้น ๆ มีความรับผิดชอบทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นละเมิด ตามมาตรา ๔๒๐^๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือทางอาญา ตามมาตรา ๑๕๗^๔ เพราะกรณีนี้ย่อมชัดเจนว่าการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยไปนั้นชอบด้วยกฎหมาย^๕ แล้วเพียงแต่มีความเห็นในการตีความบทบัญญัติของกฎหมายไม่ต้องด้วยความเห็นของศาล ซึ่งเป็นความแตกต่างในความคิดเห็น

^๓ มาตรา ๔๒๐ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

^๔ มาตรา ๑๕๗ ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

^๕ ลำพังแต่เพียงความแตกต่างในการตีความกฎหมายโดยตัวของมันเอง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะมิฉะนั้นแล้วการใช้การตีความกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ระดับหนึ่ง ซึ่งอาจถูกยกเลิกเพิกถอนโดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจหน้าที่ในภายหลัง หรือคำวินิจฉัยขององค์กรหนึ่ง แต่อีกองค์กรหนึ่งอาจมีความเห็นแตกต่าง หรือแม้กระทั่งคำพิพากษาของศาลล่างซึ่งอาจถูกกลับจากศาลสูงได้ ฯลฯ ก็จะเป็นกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายไปหมด ซึ่งไม่ถูกต้อง

บทสรุป

การทุจริตคอร์รัปชันในสังคมไทยและสังคมโลกมีมากขึ้น การขัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นสถานการณ์หรือสภาวะการณ์ที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการทุจริตคอร์รัปชัน ความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แยกต่างหากจากบทบัญญัติกฎหมายที่จัดการเกี่ยวกับทุจริตคอร์รัปชันโดยตรง จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ทั้งในสังคมไทยและสังคมโลก

มาตรา ๑๐๐ เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว เมื่ออยู่ในสถานะหรือมีการกระทำหรือกิจการใด ๆ ที่ครอบคลุมประกอบตามที่มาตรา ๑๐๐ กำหนดไว้ ก็เป็นความผิด โดยที่ผู้กระทำความผิดนี้ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทุจริต ไม่จำเป็นต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ของส่วนรวม ไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำการอันเป็นทุจริตคอร์รัปชัน ก็เป็นความผิดแล้วโดยเป็นความผิดฐานหนึ่งต่างหากจากการทุจริตคอร์รัปชัน และหากฟังได้ว่ามีการทุจริต ก็จะเป็นความผิดฐานทุจริตอีกฐานหนึ่งเพิ่มเติม

มาตรา ๑๐๐ แม้เป็นเครื่องมือที่จำเป็นในการใช้ป้องกันปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน แต่เป็นกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญา จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด หากฝ่ายนิติบัญญัติหรือนักกฎหมายเห็นว่าจำเป็นต้องใช้ยาแรง หรือเห็นว่ายังมีช่องว่างหรือช่องทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายอยู่อีก ก็เป็นภาระของฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรที่เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายให้ชัดเจนและครอบคลุมถึงกรณีที่ต้องการห้าม ไม่ใช้การตีความขยายความออกไปมากจนเกิดความไม่ชัดเจนแน่นอน จนกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล

นอกจากการตราและใช้กฎหมาย เพื่อป้องกันปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์และการทุจริตคอร์รัปชันแล้ว สังคมต้องร่วมกันสร้างเสริมหลักธรรมาภิบาล และแนวปฏิบัติที่ดีเพื่อมา กำกับดูแลสถานการณ์หรือสภาวะการณ์การขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นได้เสมอกับทุกคน

ความสงสัย

การเขียนหนังสือเล่มนี้ เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติหน้าที่อาจารย์ คือทำหน้าที่ให้บริการทางวิชาการแก่สังคม ได้ปฏิบัติภารกิจแล้ว สบายใจ

การเขียนหนังสือเล่มนี้ เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา ค้นคว้าตอบคำถามที่สำคัญ ที่ตนเองสนใจ ได้ทำแล้ว สบายใจ

การเขียนหนังสือเล่มนี้ เป็นส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบ เพราะได้เสนอแนะป.ป.ช. และต่อสาธารณะว่า ถ้าป.ป.ช.จะประกาศเพิ่มเติมให้มีเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นต้องปฏิบัติตามมาตรา ๑๐๐ ต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายอย่างทั่วถึงก่อน และก่อนบังคับใช้ต้องให้โอกาสผู้ที่เกี่ยวข้องได้รู้ ได้ศึกษา ได้เข้าใจในรายละเอียดด้วย หนังสือเล่มนี้ตอบโจทย์นี้ตามสมควรแล้ว สบายใจ

การเขียนหนังสือเล่มนี้ ย่อมต้องมีข้อผิดพลาด บกพร่องบ้าง หากมีผู้พบเห็นกรุณาชี้แนะ แนะนำให้ได้ปรับปรุง ก็จะสบายใจ

ท่านผู้อ่าน โปรดกลับไปอ่านคำนำอีกครั้ง ก็จะสบายใจ

ขอบคุณท่านผู้อ่านครับ

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, การครองตนของนักกฎหมาย : การขัดกันแห่ง
ผลประโยชน์, งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์
ครั้งที่ ๑๕, โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๓.

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คุณค่าของชีวิตบน
เส้นทางนิติศาสตร์, จัดพิมพ์เนื่องในโอกาสเกษียณอายุ
ราชการศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส กรุงเทพมหานคร
: โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๓.

จรัส สุวรรณมาลา. รายงานการวิจัยผลประโยชน์สาธารณะและ
การกำหนดนโยบายสาธารณะ: แนวคิดทางรัฐศาสตร์และ
เศรษฐศาสตร์. กรุงเทพฯ, คณะรัฐศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๙.

เจษฎ์สุภา โพธิ์พิมพานนท์. การใช้ประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมาย
ในการแสวงหาผลประโยชน์ในทางมิชอบของข้าราชการ
ทุจริต : กรณีศึกษารถยนต์นำเข้าจากต่างประเทศ, นนทบุรี:
สถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๔๔.

เฉลิมพล นาคสุวรรณ. การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการ
ใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ : ศึกษาเฉพาะกรณี
ตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรี. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๗.

ดวงพร รุจิเรข. การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ศึกษากรณี: ขณະรัฐมนตรีที่มีพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี. ภาคนิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, ๒๕๕๐.

ธิดารัตน์ น้อยสุวรรณ. การศึกษาเปรียบเทียบความคิดเห็นเรื่องการรับผลประโยชน์ตอบแทนกับการรับตามธรรมเนียมไทยของนักหนังสือพิมพ์ระดับบริหารและนักหนังสือพิมพ์ระดับปฏิบัติการในเขตกรุงเทพมหานคร, กรุงเทพฯ : คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๑.

ธีรภัทร์ เสรีรังสรรค์. นักการเมืองไทย : จริยธรรม ผลประโยชน์ทับซ้อน การคอร์รัปชัน, พิมพ์ครั้งที่ ๒ แก้ไขเพิ่มเติม สำนักพิมพ์สายธาร, ๒๕๕๓.

นพนนท์ วรรณเทพสกุล. คอร์รัปชัน นักการเมือง ข้าราชการและนักธุรกิจ (บริษัท พี เพรส จำกัด, ๒๕๔๗).

นรนิติ เศรษฐบุตร. อุดมการณ์หรือผลประโยชน์ : การขัดกันระหว่างรัสเซียกับจีนและญวนกับเขมร. กรุงเทพมหานคร : แพรวพิทยา, ๒๕๒๕.

บริษัท ปตท. แปรรูป ปตท. ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่มีการผูกขาด ไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน. กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายประชาสัมพันธ์ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน), ๒๕๔๒.

ผาสุก พงษ์ไพจิตร, การทับซ้อนของผลประโยชน์และความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ, (สถาบันวิถึทรรศน์ ปฏิรูปการเมือง ครั้งใหม่ ไอ.ซี.ยู. ทักษิณมิกส์ วิถึทรรศน์ กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์ พริ้นติ้ง, ๒๕๔๙).

พงษ์พิลัย วรธรรมราช. หลักเกณฑ์การแต่งตั้งและการควบคุมการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นบริษัทจำกัดซึ่งประกอบกิจการโทรคมนาคม. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๒.

ไพโรจน์ ภัทรนรากุล. ความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม: ศึกษากลุ่มวิชาชีพข้าราชการและเจ้าหน้าที่หน่วยงานภาครัฐ. กรุงเทพฯ : ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, ๒๕๔๗.

เมธี ครองแก้ว, สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, คู่มือต่อต้านการทุจริตตามอนุสัญญาสหประชาชาติ (UNCAC) ฉบับประชาชน, (จัดพิมพ์โดยสำนักการต่างประเทศ สำนักงาน ป.ป.ช.) หน้า ๖.

ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ ๔, ห้างหุ้นส่วนจำกัด อรุณการพิมพ์, ๒๕๔๕.

วิชา มหาคุณ, คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ อดีต ปัจจุบัน อนาคต, (พิมพ์ครั้งที่ ๒) จัดพิมพ์โดยสถาบันการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สัญญา ธรรมศักดิ์, ๒๕๔๓.

วิทยากร เชียงกุล. นโยบายของรัฐบาลด้านเศรษฐกิจ : การทับซ้อนของผลประโยชน์ทางธุรกิจ (Conflict of Interest) กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๔๙.

วิทยากร เชียงกุล. แนวทางปราบคอร์รัปชันอย่างได้ผล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สายธาร, ๒๕๔๙.

ศรีษฐา ดาราศร. ปัญหาการบังคับใช้ประมวลจริยธรรมของสมาชิก รัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ศึกษาเฉพาะกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ ส่วนตนกับผลประโยชน์สาธารณะ. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๘.

ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน, คู่มือการ เรียนรู้และการป้องกันความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม สำนักพิมพ์ ศูนย์ส่งเสริม จริยธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตน และผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interests). เสนอ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน กันยายน ๒๕๔๖.

สถาบันวิถีทรรศน์ มูลนิธิวิถีทรรศน์, ธรรมาภิบาลกับคอร์รัปชันใน สังคมไทย, (บริษัทอมรินทร์ พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน)

สนธยา ยาพิณ, บทบาทและอำนาจหน้าที่คณะกรรมการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต่อการแก้ไขปัญหาการขัดกัน ระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, ๒๕๕๒.

สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, การคอร์รัปชันใน
สังคมไทย ปัญหาและทางออก. บริษัท ปาปิรุส พับลิเคชั่น
จำกัด, ๒๕๔๗.

สรรักษ์ เลี่ยมสุวรรณ. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการขัดกันแห่งผล
ประโยชน์ของฝ่ายนิติบัญญัติ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหา
บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓.

สังคีต พิริยะรังสรรค์, ทฤษฎีคอร์รัปชัน. กรุงเทพมหานคร : สำนัก
พิมพ์ร่วมด้วยช่วยกัน, ๒๕๔๙.

สีมา สีมานนท์. คู่มือการเรียนรู้และการป้องกันความขัดแย้งกัน
ระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม.
นนทบุรี : ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการ
พลเรือน สำนักงาน ก.พ., ๒๕๔๗.

สุทธินันท์ สาริมา. การกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้าม
ดำเนินกิจการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคล
และประโยชน์ส่วนรวมตามบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ แห่งพระ
ราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบ
ปรามทุจริต พ.ศ.๒๕๔๒. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๒.

สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบ
ปรามการทุจริตแห่งชาติ, รวมมาตรฐานสากลว่าด้วยการต่อต้าน
การทุจริต, เอกสารอัดสำเนา กันยายน, ๒๕๕๑.

สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, ความขัดแย้งกันระหว่าง
ผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of
interests), สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน,
๒๕๕๖.

สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม.
ความรู้เกี่ยวกับ conflict of interest: การป้องกันความขัด
แย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วน
รวม. นนทบุรี : ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สถาบันพัฒนา
ข้าราชการพลเรือน สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการ
พลเรือน, ๒๕๕๐.

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ.
สถานการณ์การทุจริต, คู่มือเจ้าหน้าที่ของรัฐสังกัดองค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่นในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
(โครงการประชาศึกษาและชุมชนสัมพันธ์ สำนักงาน ป.ป.ช.,
๒๕๕๐)

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ,
คู่มือต่อต้านการทุจริตตามอนุสัญญาสหประชาชาติ
(UNCAC) ฉบับประชาชน, (จัดพิมพ์โดยสำนักการต่างประเทศ
ประเทศไทย สำนักงาน ป.ป.ช.)

อมร จันทรสุมบุรณ์. ตราชู ฉบับพิเศษ (๑) กฎหมายกับความเป็น
ธรรมสังคม. กรุงเทพมหานคร : สารสยาม. ๒๕๑๗.

หนังสือ

ภาษาอังกฤษ

Asean Development Bank, **Managing Conflict of Interest: Frameworks, Tools, and Instruments for Preventing, Detecting, And Managing Conflict of Interest**, Proceeding of the ๕th Regional Seminar on Making International Anti-Corruption Standards Operational, Held in Jakarta, Indonesia on ๖-๗ August ๒๐๐๗ and hosted by the Corruption Eradication Commission (KPK) Indonesia Published by the Asian Development Bank

Axelrod, Robert. **Conflict of Interest: A theory of Divergent Goals with Applications to politics**. University of California, ๑๙๖๙.

Brenner, Charles. **The mind in conflict**. New York : International Universities Press, ๑๙๘๒.

Brown, L. David. **Managing conflict at organizational interfaces**. Reading, Mass.: Addison-Wesley, ๑๙๘๓.

Butterworth, Robert Lyle and Scranton, Margaret E. **Managing interstate conflict**, ๑๙๔๕-๗๔: data with synopses. Pittsburgh, Univ. of Pittsburgh, ๑๙๗๖.

Donohue, William A. and Kolt, Robert. **Managing interpersonal conflict**. Newbury Park, Calif : Sage Publications, ๑๙๙๒.

- Friedrich, Carl Joachim. **The public interest**. New York, Atherton Press, 1967.
- Fox, Anne. **Managing conflict**. London: Spiro Press, 2002.
- Gorden, Morton. **Comparative political systems: managing conflict**. New York, Macmillan, 1962.
- Harvard Business School Press, **Managing conflict**. Boston, Mass : Harvard Business School Press, 2007.
- Held, Virginia. **The public interest and individual interests**, New York : Basic books, 1960.
- Janine Griffiths-Baker, **Serving Two Masters, Conflict of Interest in the Modern Law Firm**, Oxford-Portland Oregon, 2002.
- Johnson, Harry Mack.and Johnson, Harry Morton. **Social system and legal process**. San Francisco: Jossey-Bass, 1964.
- Kernaghan, Kenneth., and Dwivedi, Onkar P. **Ethics in the public service: comparative perspectives**. Brussels, International Institute of Administrative Sciences, 1968.
- Laurence Urdang (Editor in Chief) and Stuart Berg Flexner (Managing Editor), **The Random House Dictionary of the English languages**, College Edition, Randon

House/New York.

Likert, Rensis. and Likert, Jane Gibson. **New ways of managing conflict.** New York, McGraw-Hill, 1967.

London, Kurt. **Backgrounds of conflict ; ideas and forms in world politics.** New York, The Macmillan company, 1967.

McVea, Harry. **Financial conglomerates and the Chinese wall: regulating conflicts of interest.** Oxford, Clarendon Press, 1968.

Mellinkoff, David. **Mellinkoff's Dictionary of American Legal Usage,** St. Paul, Minn: West Pub. Co., 1969.

Moore, Don A. **Conflicts of Interest: Challenge and solutions in the business, law, medicine, and public policy.** Cambridge University Press, 2005.

Sanday, Peggy Reeves. **Anthropology and the public interest: fieldwork and theory.** New York., Academic Press, 1977.

Thevenoz, Luc., and Bahar, Rashid. **Conflicts of Interest: corporate governance and financial markets.** Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

Walter John Raymond, **Dictionary of Politics : Selected American and Foreign Political and Legal Terms,** 7th ed., Brunswick Publishing Corporation, 1970.

Walton, Richard E. **Managing conflict : interpersonal dialogue and third-party roles.** Reading, Mass.:

Addison-Wesley Pub. Co., ๑๙๘๗.

Williams, David Glyndwr, **The problem of security in democracy**. London, Hutchinson, ๑๙๖๕.

Williams, Sandra. **Conflict of Interest: the ethical dilemma in politics**. Aldershot, Hants, England; Gower, ๑๙๘๕.

Yi, Chae-gyong. **Korean society of turning point and politics of interest conflict**. Seoul: Hanul Akademi, ๒๐๐๒.

Zander, Michael. **Lawyers and the public interest; a study in restrictive practices**. London, Published for the London School of Economics and Political Science by Weidenfeld and Nicolson ๑๙๖๘.

บทความ ภาษาไทย

กำชัย จงจักรพันธ์, “เขียนเอง ใช้เอง ได้หรือไม่?” หนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน ฉบับวันที่ ๕ มกราคม ๒๕๕๕ หน้า ๗.

กำชัย จงจักรพันธ์, “ให้ถือว่าทุจริต??” หนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน ฉบับวันที่ ๒๕ เมษายน ๒๕๕๔ หน้า ๖.

แก้วสรร อดิโพธิ, พ่อขายไปเถอะ ผลประโยชน์ทับซ้อน คำสารภาพกลางเมืองของนายกทักษิณ, ผู้จัดการรายวัน ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๙ หน้า ๓๒.

คณิต ฦ นคร, “การสวมหมวกหลายใบ” บทความในการสัมมนา เรื่อง การครองตนของนักกฎหมาย : การขัดกันแห่งผลประโยชน์ งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ครั้งที่ ๑๕ วันเสาร์ที่ ๒๗ มีนาคม ๒๕๓๕ ฦ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ (จัดโดยกองทุนจิตติ ติงศภัทย์ ร่วมกับสมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย) เอกสารอัคราณา หน้า ๑-๑๒. และในมติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ ๑๔๒๑ พ.ศ. ๒๕๕๐ หน้า ๓๑-๓๒. และฉบับที่ ๑๔๒๒ พ.ศ. ๒๕๕๐. หน้า ๓๓-๓๔.

จันทิมา ธนาสว่างกุล, “การทำหน้าที่คือการปฏิบัติธรรม” จุลสาร สมาคมนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สมัยที่ ๑๘ ฉบับที่ ๑ ประจำเดือนมกราคม-มีนาคม ๒๕๕๔ หน้า ๑๖-๑๘.

เดชอุดม ไกรฤทธิ์, “การขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (Conflict of Interest)” ฦ นัฏรเพื่อขจัดคอร์รัปชัน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ นายดำรง ไกรฤทธิ์ วันเสาร์ที่ ๒๗ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ หน้า ๓๔-๓๕.

ธงชัย สันติวงษ์, “เหตุทำให้ “ธรรมภิบาล” ตายก่อนเกิด” หนังสือพิมพ์ กรุงเทพธุรกิจ วันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๔ หน้า ๕.

ฦ แผลละ ๓๐ บาท ผลประโยชน์ทับซ้อน, ไทยรัฐ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๘ หน้า ๑๕.

ฦ แผลละนโยบายแข่งขันเสรีภายใต้รัฐบาล “ไทยรักไทย” ผลประโยชน์ทับซ้อน? มติชน รายวัน ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๕ หน้า ๒.

เมธี ฦองแก้ว, “ผลประโยชน์ส่วนตนจากความสูญเสียส่วนรวม : การรับมือกับการทุจริตจากผลประโยชน์ทับซ้อนในประเทศไทย”

วารสารวิชาการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม
การทุจริตแห่งชาติ ฉบับที่ ๑ ปีที่ ๑ มกราคม ๒๕๕๑.
หน้า ๓๓-๕๑.

วารสาร สามโกเศศ, “ผลประโยชน์ทับซ้อน = คอร์รัปชัน”
หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๑๒ ตุลาคม ๒๕๔๙
หน้า ๖.

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, “บทสัมภาษณ์ ดร.สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์”
บทสัมภาษณ์หมายเลข ๒๔๙ นิตยสาร Hi-Class พ.ศ.
๒๕๔๘

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “หลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่”
๗๒ ปี ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ยืนหยัดบนหลัก
นิติธรรม (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
๒๕๕๒) หน้า ๑๘๔-๒๒๑๓.

อื่น ๆ

<http://www.unodc.org>

http://news.sanook.com/scooptest/scoop_๓๓๐๐๖.php

ประวัติผู้เขียน

ศาสตราจารย์ ดร. กำชัย จงจักรพันธ์

ประวัติการศึกษา

- นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง)
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- เนติบัณฑิตไทย
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- LL.M. in International Business Law (with Merit)
University College London (UCL) University of London
- Ph.D. King's College, University of London

ประสบการณ์บางส่วน (ภายในมหาวิทยาลัย)

๑. คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
๒. รองอธิการบดีฝ่ายการนักศึกษา
๓. รองอธิการบดีฝ่ายบริหารบุคคล
๔. ผู้ช่วยอธิการบดีฝ่ายกฎหมาย
๕. กรรมการสภามหาวิทยาลัย (ประเภทผู้แทนผู้บริหาร)
๖. รักษาการผู้จัดการสำนักงานทรัพย์สิน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
๗. ประธานโครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์

๘. ที่ปรึกษาสหกรณ์ออมทรัพย์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

๙. ที่ปรึกษาโครงการสตรีและเยาวชนศึกษา

๑๐. ประธานคณะกรรมการโครงการนักศึกษาเรียนดีผู้พิการ
ประสบการณ์บางส่วน (ภายนอกมหาวิทยาลัย)

๑๑. ประธานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (โรงเรียน
ฤทธิณรงค์รอน)

๑๒. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการศาลยุติธรรม

๑๓. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการนโยบายและ
กำกับการบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง

๑๔. ที่ปรึกษาสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง

๑๕. ผู้ทรงคุณวุฒิประจำศาลรัฐธรรมนูญ

๑๖. ผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า
ระหว่างประเทศ

๑๗. ที่ปรึกษาในคณะกรรมการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Corporate
Governance Committee) บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น

๑๘. รองประธานคณะกรรมการบริหารกีฬามหาวิทยาลัยแห่ง
ประเทศไทย (กกมท)

๑๙. คณะกรรมการนโยบายแห่งชาติว่าด้วยการพัฒนา
กฎหมาย

หน้าที่ / ตำแหน่งปัจจุบัน

ภายในมหาวิทยาลัย

๑. ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์

๒. ผู้อำนวยการโครงการหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมาย
การค้าระหว่างประเทศ (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)

๓. กรรมการกองทุนสัญญา ธรรมศักดิ์
๔. กรรมการมูลนิธิสุทธิ ฌ นคร

ภายนอกมหาวิทยาลัย

๕. ที่ปรึกษาคณะกรรมการการเลือกตั้ง
๖. รองประธานคณะกรรมการมูลนิธิ Pearl S. Buck (ประเทศไทย)
๗. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
๘. อนุกรรมการกฎหมายและระเบียบ สำนักงานคณะกรรมการ ป.ป.ช.
๙. อนุกรรมการ ก.ตร. เกี่ยวกับการอุทธรณ์ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ
๑๐. วิทยากรประจำรายการ “ตราชูคู่ชีวิต” วิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย ๙๒.๕ MHZ. ทุกวันเสาร์เวลาประมาณ ๑๔.๐๐ - ๑๕.๐๐ น.

หนังสือเล่มนี้ จะตอบคำถามท่านว่า

- การขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of Interest) คืออะไร?
- ลักษณะและองค์ประกอบของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ มีอะไรบ้าง?
- ความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงระหว่างการขัดกันแห่งผลประโยชน์ กับทฤษฎีคอคอร์รัปชัน?
- สิ่งที่คล้ายกับ การขัดกันแห่งผลประโยชน์ อะไร... อย่างไร จึงจัดว่าเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์?
- Conflict of interest ไม่เหมือนกับ Conflict of role
- ผลประโยชน์ทับซ้อน เหมือนหรือต่างจากการทฤษฎีคอคอร์รัปชัน?
- การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เป็นเรื่องผลประโยชน์ ขัดกันหรือไม่?

