

บทที่ ๓

การห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันเป็นการขัดกันระหว่าง ประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒

ความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ พนักงานส่วนท้องถิ่น พนักงานหรือบุคคลที่ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ เจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่ ซึ่งก็คือกำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้าน ฯลฯ และรวมถึงกรรมการ อนุกรรมการ ลูกจ้างส่วนราชการ หรือหน่วยงานของรัฐและบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐ

ความหมายของ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามคำนิยามดังกล่าวมีขอบเขตครอบคลุมเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งฝ่ายการเมืองและฝ่ายประจำ แต่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้มีประกาศลงวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ กำหนดตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเพียง ๒ ตำแหน่ง เป็นตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒

ความหมายของคำว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง”

การห้ามกระทำการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จะมีสาระสำคัญอยู่ ๒ ลักษณะ คือ ให้เป็นการห้ามผู้ดำรง

ตำแหน่งทางการเมือง หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐกระทำการที่ตนต้องรับผิดชอบ และเป็นการห้ามทั้งในระหว่างดำรงตำแหน่งหรือหลังดำรงตำแหน่งตามเวลาที่กำหนด

สำหรับการห้ามผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกระทำการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมนั้น มีกรณีที่น่าจะพิจารณาในเบื้องต้นว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” หมายถึงบุคคลหรือผู้ดำรงตำแหน่งใดบ้าง

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับ “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” เช่น บทบัญญัติในส่วนที่ว่าด้วยการแสดงรายการทรัพย์สินหรือหนี้สินในส่วนที่ว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คือ

มาตรา ๒๕๑ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองดังต่อไปนี้ มีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทุกครั้งที่ได้รับตำแหน่งหรือพ้นจากตำแหน่ง

- ๑) นายกรัฐมนตรี
 - ๒) รัฐมนตรี
 - ๓) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
 - ๔) สมาชิกวุฒิสภา
 - ๕) ข้าราชการการเมือง
 - ๖) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นตามที่กฎหมายบัญญัติ
- ฯลฯ

มาตรา ๓๐๘ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่นถูกกล่าวหาว่าร้ายวญผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

ฯลฯ

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” หมายความว่า

- ๑) นายกรัฐมนตรี
- ๒) รัฐมนตรี
- ๓) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
- ๔) สมาชิกวุฒิสภา

๕) ข้าราชการการเมืองอื่นนอกจาก (๑) และ (๒) ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการการเมือง

๖) ข้าราชการรัฐสภาฝ่ายการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา

๗) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” อย่างน้อยแล้วจะประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมืองอื่น ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

สำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองดังกล่าวมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้บัญญัติไว้คือ

๑) นายกรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา ๒๐๑)

๒) รัฐมนตรี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งรัฐมนตรีไม่เกินสามสิบห้าคนมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา ๒๐๑)

๓) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกจำนวนห้าร้อยคน โดยเป็นสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อจำนวนหนึ่งร้อยคน และสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวนสี่ร้อยคน (มาตรา ๙๘)

๔) สมาชิกวุฒิสภา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งจำนวนสองร้อยคน (มาตรา ๑๒๑)

๕) ข้าราชการการเมืองอื่น จะมีผู้ดำรงตำแหน่งใดบ้างอาจจะพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ คือ

(๑) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕

ตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติให้ข้าราชการการเมืองได้แก่บุคคลซึ่งรับราชการการเมืองดังต่อไปนี้

(๑) นายกรัฐมนตรี

(๒) รองนายกรัฐมนตรี

(๓) รัฐมนตรีว่าการกระทรวง

(๔) รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี

(๕) รัฐมนตรีว่าการทบวง

(๖) รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง

- (๗) รัฐมนตรีช่วยว่าการทบวง
- (๘) ที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี
- (๙) ที่ปรึกษารองนายกรัฐมนตรี
- (๑๐) ที่ปรึกษารัฐมนตรีและที่ปรึกษารัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี
- (๑๑) เลขธิการนายกรัฐมนตรี
- (๑๒) รองเลขธิการนายกรัฐมนตรีฝ่ายการเมือง
- (๑๓) โฆษกประจำสำนักนายกรัฐมนตรี
- (๑๔) รองโฆษกประจำสำนักนายกรัฐมนตรี
- (๑๕) เลขานุการรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี
- (๑๖) ประจำสำนักเลขธิการนายกรัฐมนตรี
- (๑๗) เลขานุการรัฐมนตรีว่าการกระทรวง
- (๑๘) ผู้ช่วยเลขานุการรัฐมนตรีว่าการกระทรวง
- (๑๙) เลขานุการรัฐมนตรีว่าการทบวง
- (๒๐) ผู้ช่วยเลขานุการรัฐมนตรีว่าการทบวง

(๒) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๑๘ (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๕

ตามมาตรา ๖๑ ตำแหน่งข้าราชการรัฐสภาฝ่ายการเมืองมี ดังนี้

- (๑) ที่ปรึกษาประธานรัฐสภา
- (๒) ที่ปรึกษารองประธานรัฐสภา
- (๓) ที่ปรึกษาประธานวุฒิสภา
- (๔) ที่ปรึกษาประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (๕) ที่ปรึกษารองประธานวุฒิสภา
- (๖) ที่ปรึกษารองประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (๗) เลขานุการประธานรัฐสภา
- (๘) เลขานุการรองประธานรัฐสภา
- (๙) เลขานุการประธานวุฒิสภา
- (๑๐) เลขานุการประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (๑๑) เลขานุการรองประธานวุฒิสภา
- (๑๒) เลขานุการรองประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (๑๓) เลขานุการผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร

๖) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นตามที่กฎหมายกำหนด

ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้จัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่นให้ประกอบด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๗๐) และให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น (มาตรา ๗๑) คือ

(๑) องค์การบริหารส่วนจังหวัด

ตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๕๔๐ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๖ บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดประกอบด้วยสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด และนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด (มาตรา ๗) ในส่วนของสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดประกอบด้วยสมาชิกองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น (มาตรา ๙) และให้เลือกสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นประธานองค์การบริหารส่วนจังหวัด รองประธานองค์การบริหารส่วนจังหวัด ๒ คน (มาตรา ๑๗) และให้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น (มาตรา ๓๕) กับให้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้ตั้งรองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งมิใช่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้ช่วยเหลือในการบริหารราชการขององค์การบริหารส่วนจังหวัด และนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดอาจแต่งตั้งเลขานุการนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดและที่ปรึกษานายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งมิใช่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด(มาตรา ๓๕/๓) นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้ควบคุมและรับผิดชอบในการบริหารขององค์การบริหารส่วนจังหวัดตามกฎหมาย และเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและลูกจ้างองค์การบริหารส่วนจังหวัด (มาตรา ๓๕)

(๒) เทศบาล

ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๕๖ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๑๒) พ.ศ. ๒๕๔๖ บัญญัติให้องค์การเทศบาลประกอบด้วย สภาเทศบาลและนายกเทศมนตรี (มาตรา ๑๔) สำหรับสภาเทศบาล ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด คือ สภาเทศบาลตำบลประกอบด้วยสมาชิกจำนวน ๑๒ คน สภาเทศบาลเมืองประกอบด้วยสมาชิกจำนวน ๑๘ คน และสภาเทศบาลนครประกอบด้วยสมาชิกจำนวน ๒๐ คน (มาตรา ๑๕) กับมีประธานสภาคนหนึ่ง รองประธานสภาคนหนึ่ง ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งจากสมาชิกสภาเทศบาลตามมติของสภา

เทศบาล ส่วนนายกเทศมนตรีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน (มาตรา ๔๘ ทวิ) อาจแต่งตั้งรองนายกเทศมนตรี และอาจแต่งตั้งที่ปรึกษานายกเทศมนตรีคนหนึ่ง เลขานุการนายกเทศมนตรีตามจำนวนตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๔๘ อัญ) ให้เทศบาลมีพนักงานเทศบาลและจัดแบ่งส่วนราชการบริหารออกเป็นส่วนต่าง ๆ โดยมีปลัดเทศบาลเป็นผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบในงานประจำทั่วไปของเทศบาล

(๓) กรุงเทพมหานคร

ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้บัญญัติให้การบริหารกรุงเทพมหานครประกอบด้วยสภากรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร (มาตรา ๕) สำหรับ สภากรุงเทพมหานครประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้ง (มาตรา ๑๐) สภากรุงเทพมหานครเลือกสมาชิกเป็นประธานสภากรุงเทพมหานครคนหนึ่ง และรองประธานสภากรุงเทพมหานครไม่เกิน ๒ คน (มาตรา ๒๕) กับให้มีเลขานุการประธานสภากรุงเทพมหานคร ๑ คน และเลขานุการรองประธานสภากรุงเทพมหานครไม่เกินจำนวนรองประธานสภากรุงเทพมหานคร

ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร มาจากการเลือกตั้ง (มาตรา ๔๔) ให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการประธานสภากรุงเทพมหานคร เลขานุการรองประธานสภากรุงเทพมหานคร ประธานที่ปรึกษา และที่ปรึกษาเป็นข้าราชการการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการการเมือง (มาตรา ๕๘)

ในเขตหนึ่ง ๆ ให้มีสภาเขตประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้ง (มาตรา ๗๑) และให้เลือกสมาชิกเป็นประธานสภาเขตคนหนึ่งและรองประธานสภาเขตคนหนึ่ง (มาตรา ๗๔)

(๔) เมืองพัทยา

ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารเมืองพัทยา พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้การบริหารเมืองพัทยาประกอบด้วยสภาเมืองพัทยาและนายกเมืองพัทยา (มาตรา ๘) สำหรับสภาเมืองพัทยาประกอบด้วยสมาชิก (มาตรา ๙) สภาเมืองพัทยาเลือกสมาชิกเป็นประธานสภาเมืองพัทยาและรองประธานสภาเมืองพัทยา (มาตรา ๒๒) ประธานสภาเมืองพัทยาอาจแต่งตั้งเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการประธานสภาเมืองพัทยาเพื่อช่วยเหลือกิจการที่ได้รับมอบหมาย (มาตรา ๒๗) กับให้ปลัดเมืองพัทยาทำหน้าที่เลขานุการสภาเมืองพัทยา (มาตรา ๒๘)

นายกเมืองพัทยามาจากการเลือกตั้งของราษฎร (มาตรา ๔๑) นายกเมืองพัทยาอาจแต่งตั้งรองนายกเมืองพัทยา (มาตรา ๔๖) เลขานุการ ผู้ช่วยเลขานุการเมืองพัทยา ประธานที่

ปรึกษา ที่ปรึกษาหรือคณะที่ปรึกษา (มาตรา ๔๘) นายกเมืองพัทยาเป็นผู้ควบคุมและรับผิดชอบในการบริหารกิจการของเมืองพัทยาและเป็นผู้บังคับบัญชาพนักงานเมืองพัทยาและลูกจ้างเมืองพัทยา (มาตรา ๕๔)

(๕) องค์การบริหารส่วนตำบล

พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๖ ได้บัญญัติ คือ

องค์การบริหารส่วนตำบล ประกอบด้วย สภาองค์การบริหารส่วนตำบลและนายกองค์การบริหารส่วนตำบล (มาตรา ๔๔) สำหรับสภาองค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลจำนวนหมู่บ้านละ ๒ คน ซึ่งเลือกตั้งขึ้นโดยราษฎร (มาตรา ๔๕) และให้สภาองค์การบริหารส่วนตำบลเลือกสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นประธานสภาและรองประธานสภาคนหนึ่ง ซึ่งนายอำเภอแต่งตั้งตามมติของสภาองค์การบริหารส่วนตำบล (มาตรา ๔๘) และเป็นเลขานุการสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ๑ คน (มาตรา ๕๓) ส่วนนายกองค์การบริหารส่วนตำบลมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน (มาตรา ๕๘) นายกองค์การบริหารส่วนตำบลอาจแต่งตั้งรองนายกองค์การบริหารส่วนตำบล และอาจแต่งตั้งเลขานุการนายกองค์การบริหารส่วนตำบลได้ (มาตรา ๓๘/๓) นายกองค์การบริหารส่วนตำบลควบคุมและรับผิดชอบในการบริหารราชการขององค์การบริหารส่วนตำบลตาม (มาตรา ๖๐)

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ให้คำนิยามคำว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หมายความว่า

- ๑) นายกรัฐมนตรี
- ๒) รัฐมนตรี
- ๓) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
- ๔) สมาชิกวุฒิสภา
- ๕) ข้าราชการการเมืองอื่นนอกจาก (๑) และ (๒) ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการการเมือง
- ๖) ข้าราชการรัฐสภาฝ่ายการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา
- ๗) ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร
- ๘) ผู้บริหารและสมาชิกสภาเทศบาลนคร

๘) ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีรายได้หรืองบประมาณไม่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังกล่าว ส่วนใหญ่แล้วจะมีลักษณะที่เหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๕๑ ดังที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้ว แต่จะมีความแตกต่างกันบ้างในส่วนที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นเพราะตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้มากำหนดและแยกเป็นผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร สมาชิกสภากรุงเทพมหานคร ผู้บริหารและสมาชิกสภาเทศบาลนคร กับผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีรายได้หรืองบประมาณไม่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนด ซึ่งเฉพาะในส่วนของผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มีรายได้น้อยกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนดแล้วจะทำให้ผู้บริหารและสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้น ๆ ไม่มีสภาพเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามกฎหมายนี้ แต่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงทำให้ผู้บริหารและสมาชิกสภาของท้องถิ่นไม่ว่าจะมีรายได้มากน้อยเพียงใดก็มีสภาพเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับรัฐ

สถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีความสัมพันธ์กับรัฐ ๒ สถานะ ได้แก่

สถานะหนึ่ง คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลที่ทำงานให้กับรัฐหรือตัวแทนของรัฐ กับอีกสถานะหนึ่งคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นเอกชนคนหนึ่ง

ข้อแตกต่างของการใช้อำนาจของเอกชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เอกชน

สิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นหลัก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น หรือไม่มีกฎหมายห้ามไว้ย่อมทำได้

เจ้าหน้าที่ของรัฐ

เจ้าหน้าที่ของรัฐจะดำเนินการได้ต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะดำเนินการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในเรื่องที่กฎหมายไม่ให้อำนาจไว้จะกระทำการนั้นมิได้และในเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจ ต้องใช้อำนาจนั้นในทางที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด โดยจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือสร้างภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุดด้วย หรือไม่มีกฎหมายให้อำนาจทำไม่ได้

ประเภทที่มาและระยะเวลาดำรงตำแหน่งของเจ้าหน้าที่

ฝ่ายการเมือง เลือกตั้ง ๔ ปี

ฝ่ายประจำ แต่งตั้ง เกษียณอายุ ตามสัญญาจ้าง

เจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงหมายความว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานหรือบุคคลผู้ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เจ้าพนักงานหรือพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะการปกครองท้องถิ่น และให้หมายความรวมถึงกรรมการ อนุกรรมการ ลูกจ้างของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ และบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางการปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ และกิจการอื่นของรัฐ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ (มาตรา ๔))

การทุจริตต่อหน้าที่ หมายความว่า ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้นหรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔)

คำว่า “การทุจริตต่อหน้าที่ “ หรือการฉ้อราษฎร์บังหลวงตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Corruption” ความหมายของการคอร์รัปชันที่มีการใช้อย่างแพร่หลายคือ “การใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว (Cray Raufunann, 1998 Jayawickrama, 1998 Bardhan, 1977) คำนิยามดังกล่าวชี้ให้เห็นชัดว่า การคอร์รัปชันนั้นเกิดจากการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่มีให้อำนาจส่วนบุคคลแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว

Reckless นักอาชญาวิทยาของสหรัฐอเมริกา อธิบายสาเหตุการเกิดอาชญากรรมตามทฤษฎีกลไกการควบคุม (Containment Theory) ว่า เกิดจากระบบการควบคุมภายใน ได้แก่ ความสามารถในการควบคุมตัวเอง และระบบการควบคุมภายนอกอันได้แก่ กฎเกณฑ์ ระเบียบจารีตประเพณี มีความอ่อนแอ

ความขัดแย้งกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interest)

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า "Conflict of Interest" สรุปความได้ว่า

“การขัดกันระหว่างผลประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ทางการเงินส่วนตัวของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง”

Longman Dictionary of Contemporary (Third Edition) ให้ความหมายสรุปได้ว่า

“ก. สถานการณ์ที่คุณไม่สามารถทำงานได้อย่างเที่ยงธรรมเนื่องจากคุณจะถูกกระทบจากการตัดสินใจของคุณ ข. สถานการณ์ซึ่งบุคคลต่าง ๆ ต้องการสิ่งของต่าง ๆ กัน”

MacMillan English Dictionary for Advanced Learners ให้ความหมายไว้ 2 กรณีคือ

“1. สถานการณ์ซึ่งบุคคลไม่สามารถตัดสินใจได้อย่างเที่ยงธรรมเพราะเขาจะได้รับการกระทบกระเทือนจากผลของการตัดสินใจนั้น

2. สถานการณ์ซึ่งบางสิ่งบางอย่างจะส่งผลดีต่อบุคคลหนึ่งแต่จะเป็นผลเสียต่อบุคคลหนึ่ง”

Dictionary of Politics : Selected American and Foreign Political and Legal Terms ให้ความหมายของ Conflict of Interest ไว้โดยสรุปว่า

“ความไม่สอดคล้องกันซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลผู้ซึ่งมีหน้าที่สาธารณะ”

The Random House Dictionary of the English languages ได้ให้ความหมายไว้ว่า

“การขัดกันแห่งผลประโยชน์ หมายถึง ๑. สถานการณ์ที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีผลประโยชน์ทางการเงินส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่หรืออิทธิพลทางการเมืองของเขา ๒. สถานการณ์ซึ่งบุคคลค้นพบว่า กิจกรรมหรือผลประโยชน์ หรือ อื่น ๆ ของเขาจะได้มาก็แต่โดยการเสียไปซึ่งกิจกรรมหรือผลประโยชน์ หรืออื่น ๆ ของเขา”

Mellinkoff's Dictionary of American Legal Usage ให้นิยามไว้ว่า

“ผลประโยชน์ทับซ้อน หมายถึงการขัดกันระหว่างหน้าที่ซึ่งขัดแย้งกันหรือการขัดกันระหว่างหน้าที่กับผลประโยชน์ส่วนตน”

ธนาคารพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank) ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า

“ผลประโยชน์ขัดกันเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์ส่วนตน ซึ่งทำให้มีอิทธิพลหรือปรากฏว่าน่าจะมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลาง และตรงไปตรงมาของเขา”

นักวิชาการต่างประเทศ ให้ความหมายของการขัดกันซึ่งประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวมไว้ว่า

“การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมถูกให้ความหมายว่าเป็นตัวบ่งชี้ หรือ ตัวเตือนไว้ล่วงหน้า หรือเป็นผลของการคอร์รัปชันได้ หากไม่จัดการควบคุมตรวจสอบให้ดี”

องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มของประเทศพัฒนาอุตสาหกรรมแล้ว ได้ให้ความหมายของ Conflict of Interest ว่า

“ผลประโยชน์ขัดกัน หมายความว่า ความขัดแย้งระหว่างหน้าที่ต่อสาธารณะและผลประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐมีประโยชน์ในทางส่วนตัวซึ่งส่งผลอย่างไม่เหมาะสมต่อการปฏิบัติงานตามหน้าที่และความรับผิดชอบของเขา”

Michael McDonald (2007) แห่ง UBC Centre for Applied Ethics ให้ความหมายของผลประโยชน์ทับซ้อนว่า คือ

“สถานการณ์ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ลูกจ้างของเอกชน หรือผู้ประกอบการวิชาชีพใด มีผลประโยชน์ส่วนตัวอย่างเพียงพอที่จะทำให้ดูเหมือนว่ามีผลกระทบต่อการทำงานตามหน้าที่อย่างตรงไปตรงมาของบุคคลนั้น”

Kenneth Kernaghan อธิบายว่า

“ผลประโยชน์ทับซ้อน หมายถึง สถานการณ์ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์ส่วนตนอยู่ และได้ใช้อิทธิพลตามหน้าที่และความรับผิดชอบทางสาธารณะไปขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว”

Sandra William ให้ความหมายว่า “ผลประโยชน์ทับซ้อน หมายถึง การที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือข้าราชการได้เปิดโอกาสให้เงินหรือผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามามีอิทธิพลต่อหน้าที่ และความรับผิดชอบที่จะต้องมีต่อสาธารณะ

Patrick Boyer ให้ความหมายว่า “ผลประโยชน์ขัดกันของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ หมายถึงสถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์ส่วนตัว และได้ใช้อิทธิพลหรือจะใช้อิทธิพลของตำแหน่งหน้าที่ไปเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว

แนวความคิดเรื่อง การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม มีอยู่ในประเทศไทยนานแล้ว อย่างน้อยตั้งแต่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวได้รับการกล่าวถึงและวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากตั้งแต่ปี 2547 จนกระทั่งปัจจุบัน ซึ่ง

นักวิชาการ หน่วยงาน องค์กรต่าง ๆ ได้ให้ความหมาย คำนิยามของคำว่า การขัดกันของผลประโยชน์ ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม ไว้แตกต่างกันหลายหลาย ดังนี้

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้อธิบายว่า

“ผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest) เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงาน ในการรับผิดชอบผลประโยชน์สาธารณะ ได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวหรือผลตอบแทนบางอย่างจาก การปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ รวมถึงกรณีที่สามี ภริยา สมาชิกในครอบครัว เครือญาติ พวกพ้อง ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้รับประโยชน์ด้วย”

ศาสตราจารย์ ดร.เมธี ครองแก้ว ได้กล่าวว่า

“จะเห็นได้ว่า การทุจริตหรือการกระทำอันเป็นการทุจริตมีความใกล้ชิดกับผลประโยชน์ ทับซ้อนเป็นอันมาก ถ้าผลประโยชน์ทับซ้อนหมายถึงสถานการณ์ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่มีอำนาจใน การวินิจฉัยหรือตัดสินใจในนามของรัฐได้ใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์ให้แก่ ตัวเจ้าหน้าที่นั่นเอง แทนที่จะเป็นประโยชน์ของรัฐหรือของส่วนรวม การกระทำดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็น การทุจริตจากผลประโยชน์ทับซ้อน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผลประโยชน์ทับซ้อนเป็น รูปแบบหนึ่งของการทุจริต”

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นกร ได้กล่าวว่า

“คำว่า “Conflict of interest” หรือ “ประโยชน์ทับซ้อน” นี้เรานำมาใช้ในวงการ กฎหมายด้วย นักกฎหมายของไทยเราเองก็ดูเหมือนจะมุ่งนำเสนอความหมายของคำคำนี้ไปในทาง “ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน” เช่นกัน ฉะนั้น เมื่อปัญหา “การสวมหมวกหลายใบ” เกิดขึ้น กล่าวคือ ปัญหาของการดำรงตำแหน่งบุคคลใดหลายตำแหน่งในขณะเดียวกันในกรณีใด เราก็จะพิจารณากัน แต่เพียงว่าในกรณีนั้นทำให้บุคคลนั้นมีโอกาสแสวงหา “ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน” ได้หรือไม่ ดังเช่น กรณีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการที่กล่าวว่ามหาวิทยาลัยเอกชนไม่ใช่ธุรกิจจึงไม่ มี “ประโยชน์ทับซ้อน” เป็นต้น ...

ในกฎหมายเยอรมันมีหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ Conflict of interest อยู่หลักหนึ่ง คือ Inkompatibilitätsprinzip ที่อาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Incompatible Principle คำว่า “Inkompatibilitätsprinzip” นี้ผู้เขียนได้ถ่ายทอดเป็นภาษาไทยว่า “หลักการขัดกันของหน้าที่”.....

สรุป ตามที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมดสรุปได้ว่า

(๑) “หลักการขัดกันของหน้าที่” มีความหมายที่กว้างไกลว่า “ประโยชน์ทับซ้อน” เพราะกรณีอาจไม่เกี่ยวกับ “ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน” ใด ๆ ก็ได้

(1)

(2)

(3) “หลักการขัดกันของหน้าที่” ไม่ใช่เป็นเพียงปัญหาทางจริยธรรม แต่เป็นปัญหาในทางหลักกฎหมายที่ไม่อาจฝ่าฝืนได้

(4)

(5)

อนึ่ง หากเราพิจารณา “ประโยชน์ทับซ้อน” ให้กว้างโดยยึดความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนเป็นหลักแล้ว ผู้เขียนก็เห็นว่า “หลักการขัดกันของหน้าที่” หรือ “การสวมหมวกหลายใบ” กับ “ประโยชน์ทับซ้อน” ย่อมจะเป็นเรื่องเดียวกันนั่นเอง”

ดร.วรกรณ์ สามโกเศศ ได้ให้ความหมายประกอบการยกตัวอย่างไว้ว่า

การทุจริตคอร์รัปชันเป็นสิ่งที่มีการพูดถึงกันอย่างกว้างขวางซึ่งสิ่งเหล่านี้ภาครัฐได้พยายามที่จะแก้ไขและขจัดปัญหาให้หมดไป แต่เนื่องมาจากการเป็นสมาชิกของสถาบัน หรือองค์กรใดย่อมต้องมีผลประโยชน์มากมายเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องทางการเงิน ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่น ๆ อันมิใช่ตัวเงินก็ได้ ซึ่งไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะเกิดความขัดแย้งในผลประโยชน์ขึ้นเมื่อใด ดังนั้นความหมายของการขัดแย้งกันในผลประโยชน์น่าจะหมายถึง “สถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่รัฐได้ใช้อำนาจหรืออิทธิพลจากตำแหน่งหน้าที่ไปในขณะที่ผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกับผลประโยชน์ส่วนรวม โดยผลประโยชน์นี้อาจจะอยู่ในรูปของตัวเงิน ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่น ๆ อันมิใช่ตัวเงินก็ได้”

จากความหมายนี้เองทำให้วิเคราะห์ได้ว่า คำจำกัดความนี้มีได้มุ่งจำกัดอยู่แค่เฉพาะผลประโยชน์ทางการเงินเท่านั้น แต่การขัดแย้งกันในผลประโยชน์อาจเกิดขึ้นในรูปของที่ได้มุ่งประสงค์เพื่อเงิน แต่อาจอยู่ในรูปของผลประโยชน์ส่วนตัวอื่น ๆ ที่ทำให้ผู้รับผลประโยชน์นั้นพึงพอใจในผลประโยชน์นั้น จากสภาพปัญหาดังกล่าวนี้อาจทำให้มีการศึกษาถึงรูปแบบของความขัดแย้งกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมดังต่อไปนี้

แผนภาพที่ 1 รูปแบบความขัดแย้งกันของผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม
(Conflict of Interest)

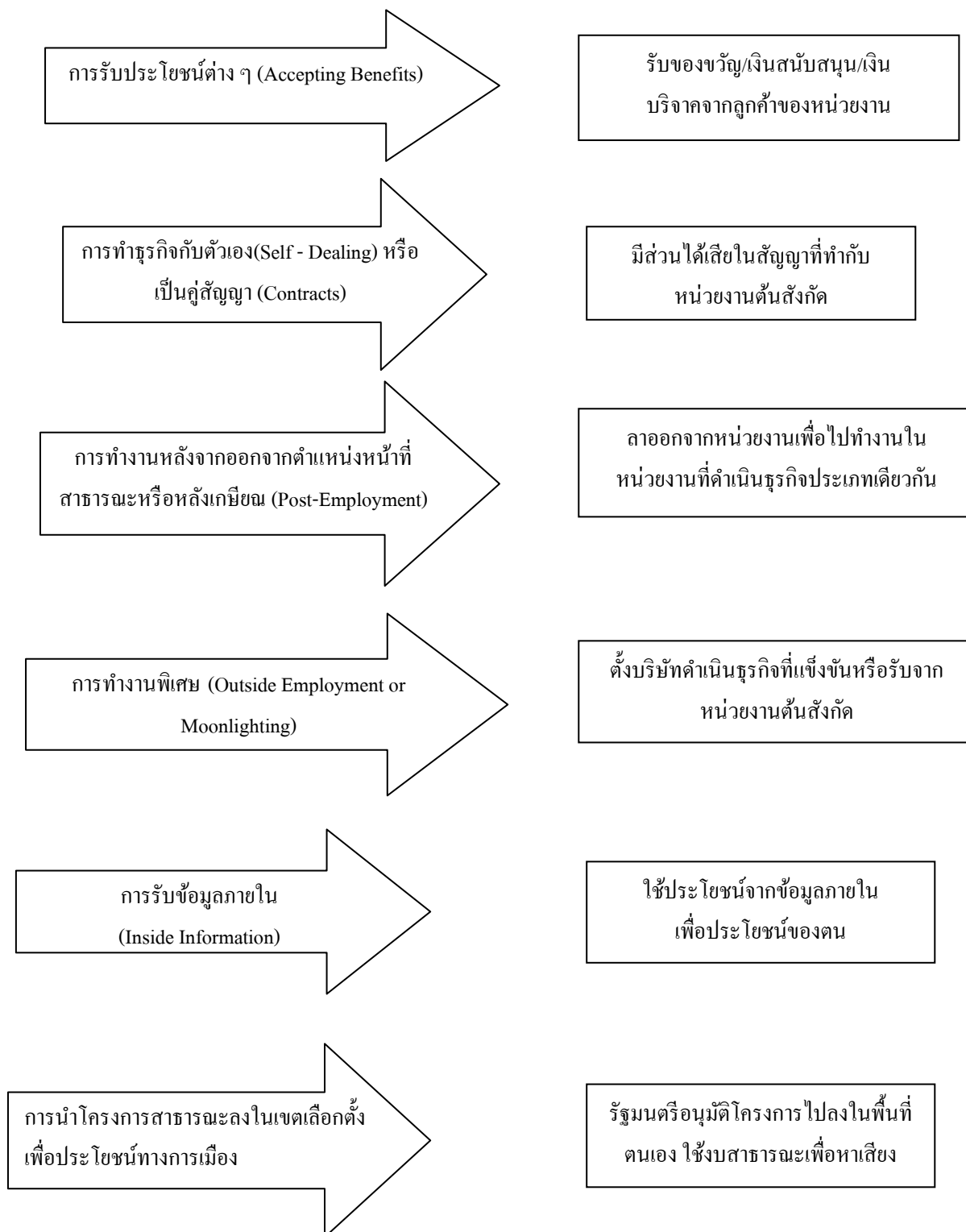


หน้าที่ในตำแหน่งและส่งผล
กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม

การขัดกันแห่งผลประโยชน์

สถานการณ์ซึ่งบุคคล
ใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่
เป็นประโยชน์ต่อตัวเอง

แผนภาพที่ 2 รูปแบบความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม



ตัวอย่าง การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม

การทำงานพิเศษ

1. เจ้าหน้าที่ของรัฐในตำแหน่งนักบัญชีไปรับงานส่วนตัวจนไม่มีเวลาทำงานในหน้าที่ให้ราชการ
2. การรับจ้างเป็นที่ปรึกษาโครงการ โดยอาศัยตำแหน่งในราชการสร้างความน่าเชื่อถือว่าโครงการจะไม่มีปัญหาติดขัดในการพิจารณา
3. การสอนพิเศษที่ให้ความรู้และแนวข้อสอบอย่างเต็มที่มากกว่าการสอนในชั่วโมงปกติในเวลาราชการ

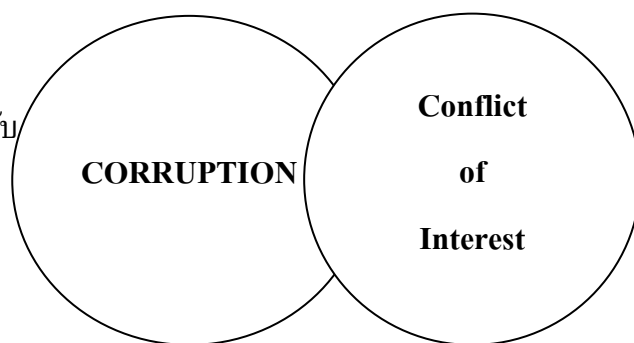
การทำงานหลังจากออกจากตำแหน่ง/หลังเกษียณ

1. เป็นผู้บริหารในองค์การอาหารและยาออกจากราชการไปทำงานในบริษัทผลิตและขายยา
2. เป็นผู้บริหารในกระทรวงคมนาคมหรือในรัฐวิสาหกิจด้านโทรคมนาคมหลังเกษียณไปทำงานกับบริษัทธุรกิจสื่อสารโทรคมนาคม
3. เป็นผู้อำนวยการสำนักบริหารกลาง หลังจากเกษียณแล้วไปเป็นที่ปรึกษาให้แก่บริษัทที่รับเหมาให้แก่หน่วยงานต้นสังกัดเดิม (ในทันทีหลังเกษียณ)

ตัวอย่างของการคอร์รัปชัน

เจ้าหน้าที่เรียกสินบนจากนักธุรกิจ/
ประชาชนที่ทำผิดกฎหมายเพื่อไม่ให้ถูกจับ

เจ้าหน้าที่รับสินบนจากการกำหนด
สเปคให้บริษัทแห่งหนึ่งชนะประมูล



ความสำคัญของการห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒

ดังได้กล่าวในตอนต้นแล้วว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้บทบัญญัติในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จะต้องมิสาระสำคัญประการหนึ่ง คือการห้ามกระทำการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐต้องรับผิดชอบทั้งในระหว่างดำรงตำแหน่งหรือหลังดำรงตำแหน่งตามเวลาที่กำหนด (มาตรา ๓๓๑)

การขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมเกิดจากองค์ประกอบ ๓ ประการ คือ

๑. มีผลประโยชน์ส่วนตัว (private of person interest) ซึ่งอาจเป็นผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงินก็ได้ เป็นของตนเองหรือของคนหรือกลุ่มบุคคลอื่น ๆ ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เช่น บุคคลในครอบครัว เพื่อนร่วมวิชา หรือร่วมรุ่นสถาบันการศึกษา

๒. มีหน้าที่และความรับผิดชอบทางการเมืองการดำรงราชการหรือสาธารณะ (public or official duty and responsibility) ผู้ที่ดำรงตำแหน่งสาธารณะ หน้าที่และบทบาทที่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงานซึ่งต้องมีความเป็นกลางโดยยึดผลประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญเหนือกว่าผลประโยชน์ส่วนรวม

๓. มีการเข้ามาแทรกแซงการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลาง (Interfering with objective judgement) คือ สภาพความขัดแย้งดังกล่าวได้เข้ามามีบทบาทหรือแทรกแซงการใช้ดุลพินิจที่เป็นกลางของผู้ดำรงตำแหน่ง จนทำให้เกิดการตัดสินใจดังกล่าวเบี่ยงเบนออกจากมาตรฐานทางวิชาชีพหรือมาตรฐานการปฏิบัติงาน

สำหรับรูปแบบการขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น Kenneth Kemaghan และ John Langford ได้แบ่งออกเป็น ๓ ประการ คือ

๑. การรับผลประโยชน์ต่าง ๆ (accepting benefits) เช่น การรับของขวัญ การรับค่าสนับสนุน การเดินทางไปประชุมในต่างประเทศ การรับเงินบริจาคสร้างสำนักงาน การรับของแถมจากผู้รับจ้างหรือผู้ขาย

๒. การทำธุรกิจกับตนเอง (self-dealing) หรือเป็นคู่สัญญา (contracts) คือ เป็นสถานการณ์ที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางสาธารณะเข้ามีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานที่ตนสังกัด

๓. การทำงานหลังจากออกพ้นจากตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ หรือหลังเกษียณ (post-employment) หมายถึงกรณีที่บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ลาออกจากหน่วยงานของรัฐแล้วไปทำงานให้บริษัทเอกชนที่ดำเนินธุรกิจประเภทเดียวกัน

๔. การทำงานพิเศษ (outside-employment or moonlighting) เป็นกรณีที่ผู้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ประกอบกิจการหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการประกอบกิจการของเอกชนที่มีลักษณะเหมือนกับงานที่ตนปฏิบัติอยู่ในหน่วยงานที่ตนสังกัด

๕. การรู้ข้อมูลภายใน (inside information) เป็นกรณีที่ผู้ที่มีตำแหน่งทางราชการใช้ประโยชน์จากการที่ตนได้ล่วงรู้ข้อมูลของทางราชการเพื่อประโยชน์ของตนเอง เช่น การรู้ข้อมูลเรื่องรัฐจะออกกฎหมายเวนคืนที่ดินในบริเวณใดแล้วไปซื้อที่ดินที่ใกล้หรืออยู่ติดบริเวณนั้น

๖. การใช้สมบัติราชการเพื่อประโยชน์ของธุรกิจส่วนตัว (using your employer's property for private advantage)

๗. การนำโครงการสาธารณะลงในเขตเลือกตั้งเพื่อประโยชน์ทางการเมือง (pork-barreling)

ส่วนกลไกที่นำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาคัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม คือ การทำให้โอกาสเกิดปัญหามีน้อยที่สุดโดยการใช้เครื่องมือต่าง ๆ เช่น

(๑) การกำหนดคุณสมบัติที่พึงประสงค์หรือคุณสมบัติต้องห้าม (qualification and disqualification from office) เช่น การไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับสัมปทานหรือสัญญาต่าง ๆ กับรัฐ

(๒) การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน และธุรกิจของครอบครัวให้สาธารณะทราบ (disclosure of personal interest) เช่น การแจ้งทรัพย์สินหรือจำนวนหุ้นก่อนจะเข้าดำรงตำแหน่ง

(๓) การกำหนดจรรยาบรรณ (code of conduct) เป็นการสร้างกรอบเพื่อบอกถึงสิ่งที่ควรและไม่ควรกระทำสำหรับข้าราชการให้ถือเป็นหลักจรรยาบรรณในการทำงาน

(๔) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำงานหลังจากพ้นจากตำแหน่งในหน้าที่ราชการ (post-office employment restrictions) เป็นข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางราชการนำข้อมูลลับของทางราชการที่ตนทราบไปใช้ประโยชน์ส่วนตนภายหลังที่ตัวเองพ้นจากตำแหน่งทางราชการแล้ว

ข้อกำหนดในการห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามความในมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒

ตามบทบัญญัติเรื่องการห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการต่าง ๆ ตามความในมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดหลักการหรือแนวทางสำหรับประกอบการพิจารณาการกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามดำเนินการต่าง ๆ ไว้คือ

๑. คุณลักษณะตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องห้ามดำเนินการในแต่ละกิจการ

ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๐๐ ได้บัญญัติให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐห้ามดำเนินการในลักษณะต่าง ๆ ได้คือ

๑) เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี

๒) เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี

๓) รับสัมปทานหรือ концессіон ซึ่งสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่นอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน ทั้งนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว

๔) เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่ หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

นอกจากนั้น มาตรา ๑๐๑ ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับกับการดำเนินการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปีโดยอนุโลม เว้นแต่การเป็น

ผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ในบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมีใช้บริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐๐(๒) ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ และมาตรา ๑๐๑ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ฯ ได้ตราขึ้นเนื่องจากในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐนั้นย่อมจะมีส่วนเกี่ยวข้องในการตัดสินใจหรือกำหนดนโยบายซึ่งอาจเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนเองหรือบุคคล หรือเอกชนบางกลุ่ม โดยแม้จะเป็นการวินิจฉัยตามอำนาจหน้าที่ก็ตาม แต่ก็อาจมีการตอบแทนกันได้เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว โดยเฉพาะเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นเข้าไปดำรงตำแหน่งผู้บริหารในกิจการของบุคคลหรือเอกชนที่เคยได้รับประโยชน์จากการสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักการดังกล่าวนี้เป็นแนวทางปฏิบัติในหลายประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา (18 usc มาตรา ๒๐๗ และมาตรา ๒๐๘) ฝรั่งเศส (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๔๓๒-๑๒ และมาตรา ๔๓๒-๑๓) บัญญัติเป็นความผิดในทางอาญา หรือในบางประเทศกำหนดไว้เป็นจริยธรรม เช่น อังกฤษ (Question of Procedure for Ministers) หรือแคนาดา (Conflict of interest and Post-Employment Code for Public OfficeHolders) ซึ่งรัฐมนตรีอาจถูกจำกัดมิให้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ใดในระยะเวลาหนึ่งเมื่อพ้นจากตำแหน่งเพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัยเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำในขณะที่ดำรงตำแหน่งและเพื่อแสดงว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการไปโดยสุจริต เพราะเมื่อนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งบริหารประเทศอันเป็นตำแหน่งในระดับสูง ก็จะต้องได้รับความไว้วางใจจากประชาชนว่าเป็นผู้ซื่อสัตย์สุจริต

มาตรา ๑๐๐(๑) มีองค์ประกอบดังนี้

๑. ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

๒. เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ

๓. ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจ

กำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี

องค์ประกอบข้อที่ ๑ เจ้าหน้าที่ของรัฐ

เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๔ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ไว้เพียง ๒ ตำแหน่ง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ต่อมาได้ประกาศกำหนดตำแหน่งเพิ่มอีก ๒ ตำแหน่ง เมื่อวันที่ ๖ มีนาคม ๒๕๕๕ ได้แก่ ผู้บริหารท้องถิ่นและรองผู้บริหารท้องถิ่น ประกอบกับมาตรา ๑๐๐ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและ

ปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้บัญญัติว่าข้อห้ามการกระทำต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๑๐๐(๑)-(๔) ให้นำมาใช้บังคับแก่คู่สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ฉะนั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งใดถูกกำหนดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามกระทำการตามมาตรา ๑๐๐ ก็จะมีผลไปถึงคู่สมรสที่ต้องยุติหรือไม่กระทำการไปพร้อมกันด้วย แม้ว่ากิจการนั้นจะได้กระทำมาก่อนเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ารับตำแหน่งก็ตาม

องค์ประกอบข้อที่ ๒ เป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ เช่น

การเข้ามีส่วนได้เสียตามมาตรา ๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ มีความหมายถึงการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดอาจจะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์ หรือน่าจะได้รับประโยชน์หรือน่าจะเสียประโยชน์ในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่มีผู้กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำด้วย โดยไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม การที่ห้างหุ้นส่วนที่มีนาย ก. เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการเข้าซื้อเอกสารในการสอบราคาและยื่นเสนอราคาโครงการจ้างเหมา ก็เพื่อจะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำในโครงการจ้างเหมาก่อสร้าง ในทันทีที่นาย ก. เข้ายื่นซองประกวดราคา การกระทำจึงเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำสมบูรณ์และเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๑๘ ทวิ และมีผลทำให้สมาชิกภาพเทศบาลได้สิ้นสุดลงตามมาตรา ๑๘(๖) แล้ว การที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดบ้านม่วงกิจการไม่ได้รับการคัดเลือกในการสอบราคาโครงการจ้างเหมาก่อสร้างรางระบายน้ำของเทศบาล ฯ หามีผลทำให้สมาชิกภาพที่สิ้นสุดลงแล้วกลับฟื้นขึ้นใหม่ไม่

ตามพระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๓ การมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจตามมาตรา ๘ ทรี (๑๒) หมายถึงการมีส่วนได้เสียหรือประโยชน์ได้เสียที่เกี่ยวข้องกับกิจการทำเรือซึ่งเป็นกิจการหลักของการทำเรือแห่งประเทศไทยเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนได้เสียหรือมีประโยชน์ได้เสียในทางตรง อันได้แก่ การเป็นคู่สัญญาหรือได้รับประโยชน์ในธุรกิจโดยตรงกับรัฐวิสาหกิจ หรือการมีส่วนได้เสียหรือมีประโยชน์ได้เสียในทางอ้อม อันได้แก่ การมีส่วนได้เสียผ่านบุคคลอื่นหรือใช้วิธีการอื่นใดอันจะก่อให้เกิดการขัดกันในประโยชน์ได้เสียด้วย สำหรับกรณีบุคคลซึ่งเคยเป็นผู้บริหารในนิติบุคคลซึ่งมีธุรกรรมการจัดซื้อจัดจ้างกับการทำเรือ ฯ และปัจจุบันบุคคลนั้นได้ลาออกจากนิติบุคคลนั้นแล้วแต่ยังไม่ถึงสามปี หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าธุรกรรมการจัดซื้อจัดจ้างของนิติบุคคลนั้นเป็นธุรกรรมการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวข้องกับกิจการทำเรือของการทำเรือแห่งประเทศไทยแล้ว ย่อมจะถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๘ ทรี (๑๒) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเนื่องจากเคยเป็นผู้บริหารในนิติบุคคลที่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของการทำเรือ ฯ

มีข้อสังเกตว่า มาตรา ๑๐๐(๑) ประสงค์จะห้ามการเข้าเป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาในทางตรงเท่านั้น เพราะหากกฎหมายประสงค์จะห้ามการมีส่วนได้เสียทางอ้อมด้วยแล้ว ก็จะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังเช่นพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๕๖ มาตรา ๑๘ ทวิ ดังกล่าวข้างต้น

องค์ประกอบที่ ๓ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี

มาตรา ๑๐๐(๒) มีองค์ประกอบดังนี้

๑. ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

๒. เป็น

๒.๑ หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

๒.๒ ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

๓. ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ

ดูแล ควบคุม ตรวจสอบหรือดำเนินคดี

องค์ประกอบข้อที่ ๑ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

องค์ประกอบข้อที่ ๒

๒.๑ เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๐๑๒ บัญญัติว่า “อันว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทนั้น คือ สัญญาตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกันด้วยประสงค์บ่งกำไร อันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

ห้างหุ้นส่วนมี ๓ ประเภท คือ

๑. ห้างหุ้นส่วนสามัญ มีลักษณะสำคัญ ดังนี้

๑.๑ เป็นสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ตกลงนำหุ้นมาลงทุนร่วมกัน

๑.๒ เพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน

๑.๓ ด้วยประสงค์จะแบ่งกำไรอันจะได้แต่กิจการที่ทำนั้น

๑.๔ หุ้นส่วนทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนโดยไม่มี

จำกัด

๒. ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน คือ ห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งได้จดทะเบียนและมีสภาพเป็นนิติบุคคลแตกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน รวมทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบจนทรัพย์สิน หนี้สินต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน

๓. ห้างหุ้นส่วนจำกัด คือ ห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่งซึ่งมีหุ้นส่วนสองจำพวก ได้แก่ หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด และหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด

ทั้งนี้ การห้ามเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้น หมายถึง การห้ามเป็นหุ้นส่วนทั้งจำพวกจำกัดความรับผิด และไม่จำกัดความรับผิด (บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง เสร็จที่ ๕๕๖/๒๕๔๔)

๒.๒ เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

ผู้ถือหุ้น คือผู้เข้าร่วมในกิจการของบริษัท บุคคลจะเป็นผู้ถือหุ้นก็ต่อเมื่อมีชื่ออยู่ในทะเบียนผู้ถือหุ้นซึ่งผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล และมีสิทธิในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท เช่น สิทธิในการเข้าร่วมประชุมและลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ และสิทธิในการเรียกประชุม สิทธิที่จะตรวจสอบรายงานการประชุมกรรมการและรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นยังมีสิทธิทางทรัพย์สินเกี่ยวกับหุ้น นอกเหนือจากการได้เงินปันผลอีกหลายประการ เช่น สิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอนหุ้น หรือใช้เป็นหลักประกันหนี้

ความรับผิดของผู้ถือหุ้น โดยทั่วไปผู้ถือหุ้นคงมีความรับผิดเพียงแต่ต้องชำระค่าหุ้นตามจำนวนที่ยังชำระไม่ครบเท่านั้น ไม่มีความรับผิดต่อบริษัทหรือต่อเจ้าหนี้ของบริษัทมากไปกว่านี้

บริษัท มี ๒ ประเภท

๑.บริษัทจำกัด มีลักษณะสำคัญดังนี้

- ๑.๑ ต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสามคนเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัท
- ๑.๒ เป็นกิจการที่ประสงค์จะหากำไรมาแบ่งปันกันระหว่างผู้ถือหุ้น
- ๑.๓ เป็นกิจการที่ตั้งขึ้นด้วยการแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน
- ๑.๔. ผู้ถือหุ้นต่างรับผิดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่

ตนถือ

- ๑.๕ ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเสมอ
- ๑.๖ ไม่อาจเสนอขายหุ้นต่อประชาชนได้
- ๑.๗ ไม่อาจออกหุ้นกู้ได้
- ๑.๘ มูลค่าของหุ้น ๆ หนึ่งนั้นมิให้ต่ำกว่าห้าบาท

๒. บริษัทมหาชนจำกัด มีลักษณะสำคัญดังนี้

- ๒.๑ ตั้งขึ้นด้วยความประสงค์จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน
- ๒.๒ ไม่ได้กำหนดมูลค่าหุ้นขั้นต่ำไว้

ตัวอย่าง เช่น

กรณีนายเกียรติชัย ตรีณศักดิ์กุล นายกเทศมนตรีเมืองกำแพงเพชร เป็นกรรมการบริษัทที่ เค ซี มอเตอร์ไบค์ จำกัด ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเทศบาลเมืองกำแพงเพชรได้ทำบันทึกตกลงซื้อขายสัญญาซื้อที่ ๑/๒๕๔๓ เมื่อวันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๓ ซึ่งรถจักรยานยนต์ของบริษัทที่ เค ซี มอเตอร์ไบค์ จำกัด โดยมีนายเสกสรร สุวรรณวัฒนา เทศมนตรีเมืองกำแพงเพชร ลงนามในฐานะผู้ซื้อและนางสาววัชรินทร์ ถมอินทร์ ลงนามในฐานะผู้ขาย บริษัทได้ส่งมอบรถจักรยานยนต์และได้มีการชำระเงินให้แก่บริษัทเรียบร้อยแล้ว ทั้งยังปรากฏว่านายเกียรติชัยเป็นผู้เซ็นอนุมัติจำหน่ายรถจักรยานยนต์ดังกล่าวให้แก่เทศบาลอีกด้วย จึงเห็นได้ว่าการซื้อขายรถจักรยานยนต์มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว และนายสมเกียรติยอมได้ชื่อว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา การที่ในภายหลังบริษัทได้ขอยกเลิกสัญญาและคืนเงินให้แก่เทศบาลย่อมไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาแต่อย่างใด และไม่ทำให้การกระทำอันไม่ชอบตามที่บัญญัติห้ามไว้ในมาตรา ๑๘ ทวิ ของนายเกียรติชัยกลับกลายเป็นการชอบไม่ (บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ ๓๕๕/๒๕๔๔)

สมาชิกสภาเทศบาลรายหนึ่งที่ยังคงเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ได้เข้าชื่อเอกสารในการสอบราคา และยื่นเสนอราคาโครงการจ้างเหมาก่อสร้างจากเทศบาลเมือง ถือเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการของเทศบาลในทันทีที่ยื่นเสนอราคา อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๘๖ และมีผลทำให้สมาชิกภาพในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงตามมาตรา ๑๕(๖) ไปด้วย ถึงแม้ว่าในเวลาต่อมาตนเองจะไม่ชนะการประกวดราคาดังกล่าวก็ตาม (บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ ๕๒๖/๒๕๔๕)

การให้คำนึงถึงการมีอำนาจกำกับดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือ ดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานที่ตนสังกัดตามความในมาตรา ๑๐๐(๑)(๒) ดังกล่าว เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะกฎหมายที่ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์การของรัฐต่าง ๆ ด้วยว่ากฎหมายเหล่านี้ได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้มีอำนาจในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร เช่น

๑. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่กำกับโดยทั่วไปซึ่งการบริหารราชการแผ่นดินกับการบังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม และให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจมอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรีกำกับการบริหารราชการของกระทรวง หรือทบวงหนึ่งหรือหลายกระทรวง ทบวง (มาตรา ๑๑) หรือได้บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ

รับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกระทรวง และจะให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการแทนก็ได้ (มาตรา ๒๐)

๒. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารเมืองพัทยา พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้นายกเมืองพัทยาเป็นผู้ควบคุมและรับผิดชอบในการบริหารกิจการของเมืองพัทยา และเป็นผู้บังคับบัญชาพนักงานเมืองพัทยาและลูกจ้างเมืองพัทยา (มาตรา ๕๔)

องค์ประกอบข้อที่ ๓ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี

มาตรา ๑๐๐(๓) มีองค์ประกอบดังนี้

ส่วนที่ ๑ การห้ามรับสัมปทาน

๑.๑ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

๑.๒ รับสัมปทาน หรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทาน หรือเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทที่รับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

๑.๓ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

องค์ประกอบข้อที่ ๑.๑ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

องค์ประกอบข้อที่ ๑.๒ รับสัมปทาน หรือคงถือไว้ซึ่งสัมปทานหรือเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทที่รับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

สัญญาสัมปทาน หมายถึง สัญญาที่รัฐอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐโดยเอกชนเป็นผู้ลงทุนและลงแรง และได้รับสิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการสาธารณะจากผู้ใช้บริการตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ ในสัญญา เช่น สัญญาสัมปทานสร้างทางด่วน สัญญาสัมปทานรถไฟฟ้า BTS เป็นต้น

องค์ประกอบข้อที่ ๓ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

สำหรับความที่ว่า “ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม” ตามมาตรา ๑๐๐(๓) นั้น โดยที่บทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด และโดยผลเช่นนั้นจึงเห็นว่า มีความหมายถึงการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับประโยชน์จากสัมปทานนั้น ๆ โดยตรง หรือโดยผ่านบุคคลอื่น เช่น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ คู่สมรส หรือบุตรยังไม่บรรลุนิติภาวะได้เข้ารับสัมปทานหรือเป็นผู้รับสัมปทานโดยตนเอง ซึ่งถือเป็นทางตรง หรือถือหุ้นในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนซึ่งถือหุ้นในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่รับสัมปทานอันอาจถูกถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อม

ตัวอย่าง เช่น

มาตรา ๑๘ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๘๖ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ ๑๐) พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่บัญญัติว่า สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลกระทำนั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้สมาชิกปฏิบัติหน้าที่ในขณะดำรงตำแหน่งด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและรักษาประโยชน์ของเทศบาลเป็นสำคัญ โดยสมาชิกต้องไม่มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งการพิจารณาว่าสมาชิกผู้ใดมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้น สมาชิกผู้นั้นได้รับประโยชน์โดยตรงแล้วหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อตนในทางอ้อม อันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียในทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่ อาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หัวหน้าผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทนผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล หรือความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งสามารถครอบงำการจัดการบริษัทได้หรือความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร

ส่วนที่ ๒ การห้ามเข้าเป็นคู่สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน

๒.๑ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

๒.๒ เข้าเป็นคู่สัญญาหรือเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

๒.๓ อันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน

๒.๔ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

กรณีตามมาตรา ๑๐๐ (๓) นั้น ไม่มีการกำหนดในลักษณะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจกำกับดูแล ควบคุมหรือตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้แต่อย่างใด ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว หากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตำแหน่งใดต้องห้ามดำเนินการตามความในมาตรา ๑๐๐ แล้ว ย่อมมีผลทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในตำแหน่งนั้น ๆ ต้องห้ามรับสัมปทาน การคงไว้ซึ่งสัมปทาน การเข้าเป็น

คู่สัญญาในลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนจากหรือกับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นตามความในมาตรา ๑๐๐(๓) นี้ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงเรื่อง การมีอำนาจกำกับดูแล ควบคุม ตรวจสอบดังที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๐๐(๑) และ (๒) และ ขณะเดียวกันการห้ามตามกรณีนี้มีลักษณะเป็นการห้ามกระทำการทั่วราชอาณาจักร ไม่จำกัดว่าเป็น พื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง เช่น ตามพระราชบัญญัติอกรังนกอีแอ่น พ.ศ. ๒๕๔๐ บัญญัติให้หัวหน้าคณะ ผู้บริหารท้องถิ่นทุกระบบราชการส่วนท้องถิ่นที่มีการจัดเก็บรังนกอีแอ่นในเขตราชการส่วนท้องถิ่นนั้นเป็น กรรมการในคณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอกรังนกอีแอ่น (มาตรา ๖) และมีอำนาจและหน้าที่ให้ และเพิกถอนสัมปทานการเก็บรังนก กำกับดูแลการเก็บรังนกของผู้รับสัมปทานให้เป็นไปตาม สัมปทานและตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา ๗) ดังนั้น หากคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะผู้บริหารท้องถิ่นดังกล่าวต้องห้าม ดำเนินกิจการตามความในมาตรา ๑๐๐ แล้ว ย่อมมีผลทำให้หัวหน้าคณะผู้บริหารท้องถิ่นนั้น ต้องห้ามรับสัมปทานเก็บรังนกอีแอ่นทั่วราชอาณาจักรไทย ไม่จำกัดเฉพาะเขตราชการส่วนท้องถิ่น ที่ตนมีอำนาจกำกับดูแลการให้สัมปทานรังนกอีแอ่นเท่านั้น

มาตรา ๑๐๐(๔) มีองค์ประกอบดังนี้

๑. ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

๒. เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็น

๒.๑ กรรมการ

๒.๒ ที่ปรึกษา

๒.๓ ตัวแทน

๒.๔ พนักงานหรือลูกจ้าง

๓. ในธุรกิจของเอกชน ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของ หน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่ง โดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือ ประโยชน์ทางราชการหรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

องค์ประกอบข้อที่ ๑ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด

องค์ประกอบข้อที่ ๒ เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็น

๒.๑ เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ

ตัวอย่าง เช่น

สถาบันอุดมศึกษาเอกชนเป็นธุรกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ควบคุมหรือ ตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐ การดำรงตำแหน่งเป็นนายกสภามหาวิทยาลัยหรือกรรมการในสภา

มหาวิทยาลัยของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ถือเป็นกรรมการในธุรกิจเอกชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ควบคุมหรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐซึ่งได้แก่ กระทรวงศึกษาธิการ และการดำเนินการบางอย่างของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เช่น การอนุมัติแผนการเงิน งบดุล ฯลฯ โดยสภาพของผลประโยชน์อาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของทางราชการหรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ดังนั้น หากรัฐมนตรีดังกล่าวดำรงตำแหน่งนายกสภาสถาบันหรือกรรมการสภาสถาบันในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน จึงเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมตามมาตรา ๑๐๐(๔) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และต้องห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการดำรงตำแหน่งนายกสภามหาวิทยาลัยและกรรมการสภามหาวิทยาลัยในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนภายหลังพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปีด้วยเช่นกัน (มติคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในการประชุมครั้งที่ ๖๕/๒๕๕๑ เมื่อวันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๑)

๒.๒ เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นที่ปรึกษา

๒.๓ เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นตัวแทน

ตัวแทน คือ สัญญาให้บุคคลหนึ่งเรียกว่า ตัวแทน มีอำนาจทำการแทนอีกบุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวการ และตกลงทำการนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๓) สัญญาตัวแทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตัวแทนไปติดต่อกับบุคคลภายนอกอันเป็นบุคคลที่สามเช่น ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ กู้ยืม จำนอง จำน่า เป็นต้น

ตัวอย่าง เช่น

เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐรับเป็นตัวแทนของบุคคลอื่นเพื่อยื่นซองสอบราคาต่อหน่วยงานของรัฐและทำหน้าที่เจรจาตกลงกับหน่วยงานของรัฐ ตัวแทนจึงมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อตัวการตามมาตรา ๘๐๓-๘๑๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในฐานะที่เป็นตัวแทนและมีหน้าที่ดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ นอกจากนั้นยังจะมีลักษณะของประโยชน์ที่ขัดกันอยู่ระหว่างประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของธุรกิจเอกชน จึงเป็นกรณีเข้าข่ายต้องห้ามตามมาตรา ๑๐๐(๔) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ (บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ ๒๐/๒๕๔๔)

๒.๔ เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นพนักงานหรือลูกจ้าง

องค์ประกอบข้อที่ ๓ ในธุรกิจของเอกชน ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่ใน

ฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

ธุรกิจของเอกชน ย่อมหมายถึงธุรกิจที่เอกชนเป็นเจ้าของโดยไม่รวมถึงธุรกิจหรือกิจการใดก็ตามกฎหมายถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจด้วย

การควบคุมห้างหุ้นส่วนและบริษัทในการจดทะเบียนและส่งงบดุลของกระทรวงพาณิชย์ เป็นอำนาจหน้าที่กำกับดูแลห้างหุ้นส่วนและบริษัทเป็นการทั่วไป โดยมีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนแน่นอน มิได้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือรัฐมนตรี โดยมุ่งถึงความถูกต้องในทางทะเบียนเป็นสำคัญ ไม่มีอำนาจเกี่ยวกับการอนุญาต การอนุมัติ หรือการมีคำสั่งใด ๆ ในกิจการที่ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทประกอบธุรกิจอยู่ที่อาจเอื้ออำนวยผลประโยชน์ตอบแทนเนื่องจากการประกอบธุรกิจนั้นได้ ทั้งรัฐมนตรีก็มีได้เป็นนายทะเบียนตามกฎหมาย ซึ่งจะมีอำนาจหน้าที่ในการรับหรือไม่รับจดทะเบียน การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีผลที่จะเกิดสภาพผลประโยชน์ทางธุรกิจขัดหรือแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๑๐๐(๔) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ขึ้นได้ ฉะนั้น การที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์และคู่สมรสเป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจึงไม่ขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ในการกำกับดูแลการจดทะเบียนและส่งงบดุลของห้างหุ้นส่วนและบริษัท อย่างไรก็ตาม สำหรับรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์นั้นอาจยังถูกต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งใด ๆ ดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นได้ เช่น มาตรา ๒๐๘ ของรัฐธรรมนูญ

การดำเนินการสถานพยาบาลนั้น พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้รักษาการ และมีอำนาจสั่งการใด ๆ เพื่อให้สถานพยาบาลปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติได้ ถ้ารัฐมนตรียังคงมีความสัมพันธ์กับสถานพยาบาลนั้นอยู่ โดยเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงาน หรือลูกจ้าง ย่อมมีส่วนได้เสียในกิจการของสถานพยาบาลซึ่งรัฐมนตรีมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุมหรือตรวจสอบตามกฎหมาย สภาพของผลประโยชน์ในสถานพยาบาลของรัฐมนตรีอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ แต่การต้องห้ามตามมาตรา ๑๐๐(๔) นั้น จะต้องปรากฏว่า รัฐมนตรีเป็นผู้กำกับ ดูแลสถานพยาบาลนั้นด้วย ฉะนั้น ถ้ารัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงสาธารณสุขมิได้รับมอบหมายให้กำกับดูแลงานของสถานพยาบาลย่อมจะไม่มีอำนาจใด ๆ ที่จะสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล จึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา ๑๐๐(๔) ซึ่งรวมทั้งกรณีที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงสาธารณสุขอาจจำเป็นต้องรักษาราชการแทน

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในบางครั้งเมื่อรัฐมนตรีไม่อยู่ ถ้าในเวลานั้นมิได้มีการสั่งการใด ๆ เกี่ยวกับสถานพยาบาลก็ยังไม่ถือว่าอยู่ในบังคับของมาตรา ๑๐๐(๔) ด้วย (บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๓๖๘/๒๕๔๔)

กรณีการเข้าไปเป็นผู้มีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทนพนักงาน หรือลูกจ้างในธุรกิจเอกชนตามมาตรา ๑๐๐(๔) เป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติสำหรับใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ของหน่วยงานของรัฐที่ตนสังกัดหรือปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจในการกำกับดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบธุรกิจเอกชน เช่น

๑. พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม บัญญัติไว้ในกรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เห็นว่าบริษัทใดมีฐานะหรือการดำเนินงานอยู่ในลักษณะอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ประชาชน รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งควบคุมบริษัทหรือเพิกถอนใบอนุญาต หรือกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของบริษัทนั้น ให้บริษัทต้องปฏิบัติตามก็ได้ (มาตรา ๕๗)

๒. พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. ๒๕๑๐ บัญญัติให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มีอำนาจให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งบริษัทจำกัดเพื่อประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย (มาตรา ๖) รวมทั้งการตั้งเป็นสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศ (มาตรา ๗) และการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย เป็นต้น

การกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งต้องห้ามกระทำการที่กำหนดในขณะที่เป็นและขณะที่พ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กรณีนี้เป็นไปตามความประสงค์หรือเจตนาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตมีบทบัญญัติในลักษณะเป็นการห้ามกระทำการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต้องรับผิดชอบทั้งในระหว่างดำรงตำแหน่งและหลังตำแหน่งตามเวลาที่กำหนดดังกล่าวแล้วในตอนต้น ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตพ.ศ. ๒๕๔๒ จึงได้บัญญัติไว้ว่าให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐ มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่ถึงสองปีโดยอนุโลม เว้นแต่การเป็นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัท

มหาชนจำกัดซึ่งมิใช่บริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐๐(๒) ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

การห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนี้และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงมีความแตกต่างจากกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติในเรื่องการจัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวมที่ได้บัญญัติให้การกระทำเป็นความผิดเฉพาะในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งเท่านั้น

การกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งต้องห้ามกระทำการที่กำหนดมีผลบังคับใช้แก่คู่สมรสด้วย

ในกรณีนี้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้บัญญัติไว้ว่าให้นับบทบัญญัติที่ห้ามผู้ดำรงตำแหน่งดำเนินกิจการตามที่กฎหมายกำหนดมาใช้บังคับกับคู่สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนดด้วยซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะแตกต่างกับกฎหมายอื่นที่บัญญัติตามกฎหมายนั้น ๆ มีผลบังคับเฉพาะตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น

การกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งต้องห้ามกระทำการที่กำหนดเป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญา

ดังได้กล่าวในตอนต้นแล้วว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการฝ่าฝืนตามมาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดให้ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากเป็นกรณีที่เป็นกระทำความผิดของคู่สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเองพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นยินยอมด้วยในการที่คู่สมรสของตนดำเนินกิจการดังกล่าว ก็ให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่มีความผิด (มาตรา ๑๒๒)

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนตามมาตรา ๑๐๐ เป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญานั้น เป็นหลักการอันเดียวกับที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๕๒ ที่ได้บัญญัติให้เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใดเข้ามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นเนื่องด้วยกิจการนั้นเป็นความผิดและต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปี

ถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท และพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๐๒ มาตรา ๕ ได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน แต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๙๐๙/๒๕๓๕ ได้วินิจฉัยว่า หากเป็นคู่สมรสโดยทำไปตามหน้าที่ ไม่ได้หวังผลประโยชน์อื่นใด ไม่ผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๒

นับแต่มีการบังคับใช้มาตรา ๑๐๐ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ปรากฏว่าได้มีคำพิพากษาเพียง ๑ กรณี คือ คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขดำที่ อม.๑/๒๕๕๐ คดีหมายเลขแดงที่ อม.๑/๒๕๕๐ ระหว่างอัยการสูงสุด โจทก์ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร ที่ ๑ คุณหญิงพจมาน ชินวัตร ที่ ๒ จำเลย ซึ่งได้วินิจฉัยในกรณีที่คุณหญิงพจมานคู่สมรสของพันตำรวจโททักษิณ นายกรัฐมนตรีขณะนั้น ได้เป็นคู่สัญญาซื้อที่ดินจากกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการกำกับ ควบคุม ดูแล เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตราดังกล่าวข้างต้นและถือว่าการดำเนินกิจการของคู่สมรสเป็นการดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และศาลได้มีคำพิพากษาจำคุกจำเลยที่ ๑ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและเป็นตำแหน่งที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติประกาศกำหนดให้เป็นตำแหน่งที่ต้องห้ามดำเนินกิจการตามมาตรา ๑๐๐ เป็นเวลา ๒ ปี