

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งคณะกรรมการใน รัฐวิสาหกิจของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ

จากการศึกษาถึงวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในบทที่ผ่านมา ทำให้เห็นได้ว่า รัฐวิสาหกิจหรือกิจการที่รัฐจัดทำนั้น มักเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นกับรัฐวิสาหกิจจึงเป็นปัญหาสำคัญกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั้งประเทศ โดยในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจนั้น องค์การที่มีบทบาทสำคัญคือ คณะกรรมการรัฐวิสาหกิจซึ่งมีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายการบริหาร งาน รวมทั้งควบคุมกำกับดูแลการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจ จากความสำคัญของรัฐวิสาหกิจและคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจเพื่อหาทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป โดยในบทนี้จะทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นลำดับดังต่อไปนี้

การดำรงตำแหน่งคณะกรรมการในรัฐวิสาหกิจของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำผู้มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบ

รัฐวิสาหกิจนั้นมีทั้งที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนซึ่งก็คือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ ประกาศคณะปฏิวัติ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รัฐเป็นเจ้าของและลงทุนทั้งสิ้นของรัฐ และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนได้แก่รัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นบริษัทจำกัดและบริษัทจำกัด (มหาชน) ซึ่งมีทั้งที่เป็นของรัฐ ทั้งหมดและบางส่วน โดยรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ บุคคลที่เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจนั้น เป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งที่จะกำหนดให้มีกรรมการ โดยตำแหน่ง ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเจ้าสังกัด หรือรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเจ้าสังกัดมอบหมาย ปลัดกระทรวง เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ อธิบดีกรมต่าง ๆ หรือ ผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ เช่น ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกรมบัญชีกลาง ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทน สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย เป็นต้น ดังเช่น พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ.2522

กำหนดให้ อธิบดีกรมโยธาธิการ อธิบดีกรมอนามัย เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง นอกจากนั้นระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2548 กำหนดให้รัฐวิสาหกิจทุกแห่งต้องมีผู้แทนกระทรวงการคลังเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจ

โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกำกับรัฐวิสาหกิจนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ 2 หน่วยงานใหญ่คือ คณะรัฐมนตรี และส่วนราชการต่าง ๆ ซึ่งการควบคุมกำกับรัฐวิสาหกิจของคณะรัฐมนตรีนั้น เห็นได้จากกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง ซึ่งส่วนใหญ่จะกำหนดไว้ในหมวด “การกำกับและควบคุม” และหมวด “ความสัมพันธ์กับรัฐบาล” ซึ่งจะกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเสียก่อน รวมถึงการออกนโยบายและการออกระเบียบปฏิบัติสำหรับรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ในรูปของมติคณะรัฐมนตรี (สมหญิง เข็ม-ศักดิ์ศรี, 2533, หน้า 119-120)

ส่วนการควบคุมกำกับรัฐวิสาหกิจของส่วนราชการต่าง ๆ ได้แก่ กระทรวงเจ้าสังกัด เนื่องจากกฎหมายที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น มักกำหนดให้มีหน่วยราชการที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการต่าง ๆ โดยกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจรักษาการตามกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นส่งผลให้รัฐมนตรีที่เป็นผู้รักษาการมีอำนาจควบคุมรัฐวิสาหกิจนั้น กระทรวงการคลังมีอำนาจควบคุมตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ.2548 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการก่อหนี้ของรัฐวิสาหกิจ โดยให้อำนาจคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะ ในการรายงานสถานะ เสนอแผนการบริหารหนี้สาธารณะ จัดทำหลักเกณฑ์ในการกู้เงิน การค้าประกัน การชำระหนี้ การปรับโครงสร้างหนี้ต่อคณะรัฐมนตรี โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ ผู้อำนวยการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง เป็นต้น นอกจากนี้พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 ยังให้รัฐมนตรีมีอำนาจเรียกให้รัฐวิสาหกิจเสนอข้อเท็จจริงตามที่เห็นสมควรและมีอำนาจมอบหมายให้เจ้าหน้าที่เข้าตรวจเอกสารและพยานหลักฐานต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจ และในส่วนสำนักงบประมาณ ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 นั้นมีอำนาจเกี่ยวกับการจัดทำงบประมาณ บริหารงบประมาณ ควบคุมงบประมาณต่าง ๆ ผ่านทางเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในหน่วยงาน โดยเฉพาะผู้อำนวยการสำนักงบประมาณกฎหมายได้กำหนดอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ไว้หลายประการด้วยกัน นอกจากนั้นสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมรัฐวิสาหกิจที่สำคัญอีกองค์กรหนึ่ง ตามพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 เช่น การพิจารณาแผนงานและโครงการพัฒนาของรัฐวิสาหกิจรวมทั้งติดตามและประเมินผล

เรียกให้รัฐวิสาหกิจปฏิบัติการต่าง ๆ และหน้าที่ตาม ระเบียบว่าด้วยงบประมาณของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2522 โดยพิจารณางบประมาณประจำปีของรัฐวิสาหกิจเพื่อเสนอความเห็นต่อคณะ รัฐมนตรี กำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้รัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งถือปฏิบัติ

เห็นได้ว่าบุคคลที่เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจตามที่กฎหมายจัดตั้ง รัฐวิสาหกิจกำหนด ก็คือ ข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำซึ่งมีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบรัฐวิสาหกิจนั่นเอง

และในมาตรการควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเกี่ยวข้องกับการดำรงตำแหน่งกรรมการ รัฐวิสาหกิจนั้น ห้ามไม่ให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี ศาล และองค์ กรตาม รัฐธรรมนูญ เช่นผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พนักงานอัยการ เข้าไปดำรงตำแหน่ง กรรมการรัฐวิสาหกิจเพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว แต่ในส่วนของ รัฐมนตรี และพนักงานอัยการนั้นมีข้อยกเว้นให้ดำรงตำแหน่งได้

โดยทั่วไป แล้ว รัฐมนตรี ไม่สามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจได้เพื่อ ป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีข้อยกเว้นในกรณีที่เป็นการดำรงตำแหน่ง หรือ ดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ประกอบกับพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ที่บัญญัติไว้สอดคล้องกัน คือ กำหนดให้ ข้าราชการการเมืองสามารถดำรงตำแหน่งกรรมการ รัฐวิสาหกิจได้หากเป็นการดำรงตำแหน่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ส่งผลให้ รัฐมนตรีสามารถ ดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจได้ ในกรณีรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยกฎหมายเฉพาะและ กำหนดให้ดำรงตำแหน่งกรรมการ (กรรมการโดยตำแหน่ง) นอกจากนี้ พนักงานอัยการสามารถ ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐในทำนองเดียวกันได้ หากได้รับ ได้รับ อนุมัติจากคณะกรรมการอัยการ

ในส่วนของข้าราชการประจำอื่น ๆ ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 ต่างมิได้มี บทบัญญัติที่กำหนดห้ามบรรดาข้าราชการประจำประเภทต่าง ๆ ที่มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบไม่ให้ดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจ ส่งผลให้ข้าราชการประจำที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ ประเภทนั้น ๆ ไม่ได้บัญญัติห้าม หรือบัญญัติยกเว้นให้เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจได้

เช่น ข้าราชการพลเรือนและข้าราชการอัยการ ซึ่งมีหน้าที่ต่าง ๆ ข้างต้น สามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจได้ ไม่ว่าจะเข้าไปดำรงตำแหน่งในฐานะกรรมการ โดยตำแหน่งตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจกำหนด หรือเข้าไปดำรงตำแหน่งโดยการแต่งตั้ง นอกจากนั้นยังส่งผลให้ รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน แม้ในกรณีนี้จะไม่มีกรรมการ โดยตำแหน่งเหมือนรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะ โดยที่การแต่งตั้งกรรมการรัฐวิสาหกิจเป็นไปตามมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และรัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็น บริษัทจำกัด (มหาชน) ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ซึ่งไม่อยู่ภายใต้ระเบียบกระทรวงการคลังที่กำหนดให้ต้องมีผู้แทนกระทรวงการคลังเข้าไปเป็นกรรมการรัฐวิสาหกิจก็ตาม ซึ่งจากการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามหรือกำหนดยกเว้น ไว้ดังกล่าวทำให้ รัฐวิสาหกิจประเภทนี้แม้ไม่มีกรรมการ โดยตำแหน่งแต่ในการแต่งตั้งกรรมการก็ยังคงแต่งตั้งข้าราชการประจำที่มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบ เข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการ

ประกอบกับการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจของข้าราชการที่มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบนั้น เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำประเภทต่าง ๆ ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้ว ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามการเข้าไปดำรงตำแหน่งในรัฐวิสาหกิจ แม้จะกระทบกับการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำดังกล่าวก็ตาม

จากการศึกษาถึง กระบวนการแต่งตั้งกรรมการรัฐวิสาหกิจในต่างประเทศอันได้แก่ ประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์แล้ว พบว่าต่างมีวัตถุประสงค์เดียวกันคือ ต้องการให้กระบวนการแต่งตั้งกรรมการรัฐวิสาหกิจเป็นไปโดยโปร่งใส ปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง นอกจากนั้นวัตถุประสงค์ที่ต่างให้ความสำคัญไม่แพ้กันคือ ต้องการให้ได้มาซึ่งกรรมการรัฐวิสาหกิจที่มีความรู้ความสามารถ มีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ในการทำงานที่เหมาะสม สอดคล้องกับลักษณะธุรกิจของรัฐวิสาหกิจ รวมทั้งไม่มีส่วนได้เสียอย่างหนึ่งอย่างใดกับฝ่ายเมือง เป็นหลักสำคัญ

ในส่วนของประเทศอังกฤษ การแต่งตั้งกรรมการรัฐวิสาหกิจนั้นอยู่ภายใต้แนวคิดที่สำคัญคือ ต้องการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับกิจการของรัฐวิสาหกิจได้มีโอกาสเข้ารับการคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจอย่างเท่าเทียมกัน และจากแนวคิดดังกล่าวนี้เองจึงทำให้ไม่มีการกำหนดถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการรัฐวิสาหกิจเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น การพิจารณาถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการรัฐวิสาหกิจในประเทศอังกฤษจึงขึ้นอยู่กับคณะกรรมการสรรหาของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งว่า จะกำหนด

คุณสมบัติและลักษณะ ต้องห้ามของกรรมการเอาไว้เช่นใดโดยจะกำหนดไว้ในขั้นตอนของกระบวนการสรรหาและแต่งตั้งกรรมการรัฐวิสาหกิจ แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งทำให้เห็นถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่นอกจากจะต้องมีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะกิจการของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง ไม่เป็นบุคคลล้มละลายหรือบุคคลไร้ความสามารถแล้ว บุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจนั้นจะต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดในทางการเมือง ไม่เป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย แต่เนื่องจาก รัฐวิสาหกิจในประเทศอังกฤษนั้นมีทั้งรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายจัดตั้งโดยเฉพาะและรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นและจดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท โดยรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะนั้นมักจะกำหนดให้มีกรรมการ โดยตำแหน่ง ซึ่งเป็นการแต่งตั้งโดยคำนึงถึงตำแหน่งของบุคคล ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นสำคัญ ดังนั้น บุคคลใดก็ตามที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ ย่อมเป็นกรรมการของรัฐวิสาหกิจในฐานะนี้เสมอ ทำให้เห็นว่าการกรรมการรัฐวิสาหกิจที่จะต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดในทางการเมือง ไม่เป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นห้ามเฉพาะแต่กรรมการอื่นซึ่งไม่ใช่กรรมการ โดยตำแหน่ง

สำหรับในประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากในปัจจุบันรูปแบบในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในประเทศนิวซีแลนด์เหลืออยู่เพียงรูปแบบเดียวก็คือ รัฐวิสาหกิจที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาให้มีฐานะเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด ซึ่งจดทะเบียนภายใต้ The Companies Act, 1993 โดย The State Owned Enterprises Act, 1996 ได้ให้การรับรองฐานะของรัฐวิสาหกิจเอาไว้ ดังนั้นในการพิจารณาถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการรัฐวิสาหกิจในประเทศนิวซีแลนด์ นอกจากต้องพิจารณาจากข้อบังคับของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งที่ได้กำหนดเอาไว้แต่ กต่างกันแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติของ The Companies Act, 1993 ด้วย ซึ่งกฎหมายดังกล่าว ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการเอาไว้หลายประการด้วยกัน เช่นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ต้องไม่เป็นผู้ล้มละลาย ต้องไม่เคยถูกศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิดทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ทั้งต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดในทางการเมืองหรือเป็นข้าราชการ โดยหลักการพื้นฐานในการแต่งตั้งกรรมการรัฐวิสาหกิจของประเทศนิวซีแลนด์ที่จะต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดในทางการเมืองหรือเป็นข้าราชการนั้น เนื่องจากรัฐวิสาหกิจอยู่ภายใต้ The Companies Act, 1993 ซึ่งต้องการกรรมการที่สามารถทำประโยชน์สูงสุดให้แก่บริษัทได้ ซึ่งการที่ข้าราชการเข้ามาดำรงตำแหน่งดังกล่าวย่อมทำให้เกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interest) ระหว่างบทบาทของข้าราชการและบทบาทของกรรมการบริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมายบริษัทดังกล่าวนอกจากนั้นบทบาทและหน้าที่สำคัญของกรรมการรัฐวิสาหกิจที่ The State-

Owned Enterprises Act, 1986 กำหนดไว้คือ กรรมการรัฐวิสาหกิจต้องเป็นบุคคลที่สามารถทำให้รัฐวิสาหกิจบรรลุวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินกิจการได้

เห็นได้ว่าทั้งประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์ต่างห้ามไม่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดในทางการเมือง ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจ ซึ่งจะมีแต่ในกรณีของประเทศอังกฤษที่ยกเว้นเฉพาะในการดำรงตำแหน่งกรรมการตามที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจกำหนดไว้ โดยผู้เขียนไม่เห็นด้วยในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การเข้าไปดำรงตำแหน่งของข้าราชการต่าง ๆ นั้น ไม่ว่าจะเป็นการเข้าไปโดยตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดหรือเข้าไปโดยการแต่งตั้งก็ตาม หากบรรดาข้าราชการเหล่านั้นเป็นบุคคลผู้มีหน้าที่ออกนโยบายควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบรัฐวิสาหกิจที่ตนเข้าไปเป็นกรรมการแล้ว ก็ย่อมส่งผลให้บุคคลที่ทำหน้าที่ กำหนดนโยบาย (Policy) กำกับดูแล (Regulator) และ ปฏิบัติงาน (Operator) เป็นบุคคลเดียวกันซึ่งก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาเช่นกัน ไม่ว่าจะบรรดาข้าราชการต่าง ๆ นั้นจะเข้ามาดำรงตำแหน่งโดยวิธีใดก็ตาม

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งกรรมการรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยดังที่กล่าวไว้ในตอนต้น การที่กฎหมายต่าง ๆ บัญญัติให้ ข้าราชการ ซึ่งได้แก่ ข้าราชการการเมืองสามารถดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจได้หากกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจกำหนดไว้ และ ข้าราชการประจำสามารถดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจได้ไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งในฐานะกรรมการโดยตำแหน่ง กรรมการที่เป็นผู้แทนจากหน่วยงานอื่น หรือ แม้กระทั่งในฐานะกรรมการโดยการแต่งตั้งทั้งที่ข้าราชการเหล่านี้ มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบรัฐวิสาหกิจที่ตนเข้าไปเป็นกรรมการ ส่งผลให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาหลายประการ โดยจะทำการวิเคราะห์เป็นลำดับต่อไป

1. ปัญหาเกี่ยวกับ สถานะ อำนาจหน้าที่ของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ

เนื่องจากรัฐวิสาหกิจเป็นกิจการของรัฐ ดังนั้นการเข้ามาเป็นกรรมการดังกล่าวจึงถือเป็นตัวแทนของรัฐที่รัฐมอบหมายให้เข้ามาบริหารจัดการงานต่าง ๆ แทนรัฐ จึงถือได้ว่าเป็นการ “ดำรงตำแหน่งสาธารณะ” ที่มีหน้าที่ต่อรัฐ แต่กรรมการรัฐวิสาหกิจที่ดั่งขึ้นตามกฎหมายเอกชน อันได้แก่รัฐวิสาหกิจที่อยู่ในรูปของบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดนี้ มิได้มีสถานะเป็น “ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ” เท่านั้น แต่ยังมีอีกสถานะหนึ่ง คือ สถานะของ “กรรมการบริษัท” ที่มีหน้าที่ต่อบริษัทซึ่งก็คือผู้ถือหุ้นทั้งหลายอันรวมถึงบรรดาเอกชนต่าง ๆ ด้วย ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่บุคคลผู้เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจมักเป็นข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ ที่มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือเป็นการดำรงตำแหน่ง

สาธารณะ ทำให้สถานะของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ ที่เข้ามาดำรงตำแหน่ง
กรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนนั้นขัดแย้งกัน และในกรณีเข้ามาดำรงตำแหน่ง
กรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนแม้จะถือว่าสถานะทั้งสองเป็นการ “ดำรง
ตำแหน่งสาธารณะ” เช่นเดียวกันก็ตาม

แต่เมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของกรรมการรัฐวิสาหกิจซึ่งมีหน้าที่ในการบริหารงาน
ต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจ เช่น กำหนดเป้าหมายและนโยบาย กำกับดูแล การบริหารงานให้รัฐวิสาหกิจ
กล่าวคือมีหน้าที่ ๆ จะต้องปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์แก่รัฐวิสาหกิจ นอกจากนั้นดังที่กล่าวใน
ตอนต้นว่ากรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนนอกจากจะมีสถานะเป็น “ผู้ดำรง
ตำแหน่งสาธารณะ”แล้ว ในขณะเดียวกันยังมีสถานะเป็น “กรรมการบริษัท”ด้วย จึงทำให้ในการ
ปฏิบัติหน้าที่ต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน
จำกัด พ.ศ.2535 ซึ่งมีหลักการที่สำคัญคือ กรรมการต้องปฏิบัติตามอำนาจและหน้าที่ให้เป็นไปตาม
วัตถุประสงค์ ข้อบังคับและมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และ
ระมัดระวัง (Duty of Care) รักษาผลประโยชน์ของบริษัทโดยถือว่าคณะกรรมการบริษัทเป็น
ตัวแทนของผู้ถือหุ้น นอกจากนั้นองค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ
Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) ได้ให้แนวทางเกี่ยวกับ
คณะกรรมการไว้ว่าคณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจควรมีความรับผิดชอบต่อผลประโยชน์ของ
รัฐวิสาหกิจ และควรมีความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นทุกราย ทำหน้าที่โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ดี
ที่สุดขององค์กร สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของภาครัฐหรือ
การเมือง ซึ่งไม่ว่าจากกฎหมายหรือหลักการที่เกี่ยวข้องนั้น ทำให้เห็นได้ว่าไม่ว่ารัฐวิสาหกิจใน
รูปแบบใดรัฐจะเป็นเจ้าของทุนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ตาม กรรมการรัฐวิสาหกิจที่ปฏิบัติหน้าที่
ในรัฐวิสาหกิจดังกล่าวต่างก็มีหน้าที่หนึ่งที่ต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์ขององค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน ที่รัฐถือหุ้นแต่เพียงบางส่วนก็มีหน้าที่หนึ่งที่จะต้องกระทำ
เพื่อผู้ถือหุ้นซึ่งส่วนหนึ่งก็คือบรรดาเอกชนทั้งหลาย ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงข้าราชการที่มีหน้าที่หลัก
ในการปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน โดยข้าราชการการเมืองมีหน้าที่อำนวยการ
บริหารประเทศ หรือควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย (Policy)
รวมทั้งข้าราชการประจำซึ่งมีหน้าที่ในการรับนโยบายสาธารณะไปปฏิบัติเพื่อให้บรรลุผลสูงสุด
นอกจากนั้นในบางกรณีข้าราชการประจำระดับสูงยังมีอำนาจหน้าที่ในการร่วมกำหนดนโยบายใน
การดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจ มีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายไม่ว่าหน้าที่ใน
การควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้เพื่อรักษา

ผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งเห็นได้ว่า บทบาทของ กรรมการรัฐวิสาหกิจและบทบาทในฐานะข้าราชการนั้นขัดแย้งอย่างชัดเจน ทั้งจากเหตุผลที่ต่างมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ขององค์กรและในฐานะที่มีบทบาทหนึ่งคือ เป็นผู้กำหนดนโยบาย กำกับดูแล และอีกบทบาทหนึ่งคือ เป็นผู้ปฏิบัติงาน

ปัญหาการดำรงตำแหน่งของบุคคลใดหลาย ตำแหน่งในขณะเดียวกันนั้น มีหลักการหนึ่งที่เกี่ยวข้องคือ หลัก “การขัดกันของหน้าที่” ซึ่งเป็นหลักที่มาจาก “หลักการแบ่งแยกอำนาจออบิไทย” ที่อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการนั้น ต้องแยกใช้โดยสถาบันที่ต่างหากจากกัน โดยมีการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน โดยหลัก การขัดกันแห่งหน้าที่นั้นไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับองค์กรหรือสถาบันเท่านั้นแต่รวมถึงตัวบุคคลด้วย โดยหลักการขัดกันแห่งหน้าที่ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนั้นคือ การห้ามบุคคลดำรงตำแหน่งหลายตำแหน่งที่อยู่ในอำนาจออบิไทยที่ต่างกันดังจะเห็นได้ในกรณี หากสมาชิกรัฐสภาดำรง ตำแหน่งคณะรัฐมนตรีแล้วก็ต้องลาออกจากสมาชิกรัฐสภา โดยหลักการขัดกันแห่งหน้าที่นั้นไม่ใช่เป็นเพียงปัญหาทางจริยธรรม แต่เป็นปัญหาในทางหลักกฎหมายที่ไม่อาจฝ่าฝืนได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบถึงการเข้ามาดำรงตำแหน่งคณะกรรมการในรัฐวิสาหกิจ อันถือเป็นการใช้อำนาจบริหาร โดยบรรดาข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ ซึ่งมีหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมาย โดยในหลายกรณีอาจมีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือระเบียบต่าง ๆ มาใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจ การออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล รวมทั้งการตรวจสอบการดำเนินงานต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งการที่กฎหมายยอมให้ข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ตนมีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลนั้น ส่งผลให้การใช้อำนาจต่าง ๆ กระทำโดยบุคคลเดียวกัน ซึ่งโดยหลักแล้วควรจะแยกจากกันเพื่อถ่วงดุลซึ่งกันและกัน อันถือเป็นการบดบังทางกฎหมายที่ไม่คำนึงถึงการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ขององค์กร ที่อำนาจบริหารต้องแยกจากอำนาจตรวจสอบ อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อ “หลักการขัดกันแห่งหน้าที่” อย่างชัดเจน

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึง “หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม” แล้วเห็นว่า นอกจากบรรดาข้าราชการจะได้รับเงินเดือนจากตำแหน่งราชการซึ่งเป็นหน้าที่หลักแล้ว ในการเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจอีกหน้าที่หนึ่งยังทำให้ได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น เบี้ยประชุม ผลตอบแทนประจำ สวัสดิการต่าง ๆ การประกันชีวิต การประกันการเดินทางรักษาพยาบาล และ โครม การประกันสุขภาพ การแบ่งปันกำไร และ โบนัส ซึ่งผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้รับนั้นทำให้เกิดสถานการณ์ที่ ข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำอาจใช้ตำแหน่งหรืออำนาจหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์แก่ตนเอง เพื่อให้ตนได้รับโบนัสซึ่ง

ขึ้นอยู่กับกับกำไรของรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือผลประโยชน์ที่ได้รับ โดยเฉพาะการแบ่งปันกำไรที่ได้จากรัฐวิสาหกิจอาจกระทบต่อการตัดสินใจหรือการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่ ที่บุคคลนั้นรับผิดชอบอยู่ ซึ่งส่งผลให้บรรดาข้าราชการ อาจละเลยหรือขาดการตัดสินใจที่เที่ยงธรรม เนื่องจากยึดผลประโยชน์ส่วนบุคคลเป็นหลัก รวมทั้ง อาจใช้อำนาจหน้าที่ของตนในอีกบทบาทหนึ่งก็คือบทบาทในฐานะ ผู้กำหนดนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบ เพื่อประโยชน์แก่รัฐวิสาหกิจ แต่เพียงด้านเดียว จนล้มบทบาทในฐานะข้าราชการ

กรณีรัฐวิสาหกิจที่รัฐเป็นเจ้าของทุนทั้งหมดแม้ผลประโยชน์สุดท้ายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทำการเอื้อประโยชน์นั้นจะตกแก่รัฐก็ตาม แต่จากการได้รับผลประโยชน์ดังกล่าว ที่อาจทำให้ละเลยหรือกระทบต่อการตัดสินใจในการปฏิบัติหน้าที่ ดังที่กล่าวข้างต้น ประกอบกับการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ซึ่งทำให้ กลไกในการ ควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบบกพร่อง ย่อมเกิดปัญหาต่างๆ ตามมาอีกนานับประการ อันส่งผลกระทบต่อหรือ ก่อให้เกิด ความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจน ทำให้เห็นว่าการดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำซึ่งมีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลรัฐวิสาหกิจนั้น ไม่สอดคล้องกับ “หลักการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม”

2. วิเคราะห์ปัญหาการมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่รัฐที่ออกคำสั่งทางปกครอง

การดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำที่มีหน้าที่ ควบคุม กำกับดูแลนั้น อาจเกิดสถานการณ์ที่ถือว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียกับเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน เนื่องจากเป็นปกติธรรมดาที่ ข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำจะต้องกระทำการ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ดังที่เรียกว่าการออกคำสั่งทางปกครอง ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อันถือได้ว่าข้าราชการต่าง ๆ นั้นเป็นเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยหลักการทางกฎหมายปกครอง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งก็คือการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐที่มีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติ ติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครอง กระบวนกา รออกคำสั่ง หรือที่เรียกว่า การพิจารณาทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักความไม่มีส่วนได้ เสียของเจ้าหน้าที่นั้น อยู่ภายใต้ มาตรา 13 และมาตรา 16 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว พบว่า การดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลนั้น หากเกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวออกคำสั่งทางปกครองหรือทำการพิจารณาทางปกครองแก่รัฐวิสาหกิจที่ตนดำรงตำแหน่งกรรมการ

อาจไม่สอดคล้องกับหลักความไม่มีส่วนได้เสียที่ปรากฏในมาตรา 16 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้ การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองเรื่องนั้นไม่ได้”

ทำให้มีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า การดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจนั้น ถือเป็น “เหตุอื่นใด...ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ...” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยมีคำวินิจฉัยไว้ใน บันทึกลงคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เลขเสร็จที่ 631/2550 เรื่อง ความเป็นกลางของกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง : กรณีประธานอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากเอกชนดำรงตำแหน่งประธานกรรมการในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอซื้อที่จริงในเรื่องนี้สรุปได้ว่า

คณะรัฐมนตรีในการประชุมเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2549 ได้มีมติเห็นชอบตามมติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน 2549 เรื่อง แนวทางการกำกับดูแลกิจการไฟฟ้าและกิจการก๊าซธรรมชาติ โดยเห็นชอบให้มีการจัดตั้งคณะอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนภายใต้คณะกรรมการบริหารนโยบายพลังงาน ต่อมาคณะกรรมการบริหารนโยบายพลังงานได้มีคำสั่งที่ 8/2550 ลงวันที่ 8 มิถุนายน 2550 เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน (คำสั่ง) โดยมีปลัดกระทรวงพลังงานเป็นประธานอนุกรรมการอนุกรรมการประกอบด้วยผู้อำนวยการสำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ และผู้แทนสำนักงานนโยบายและแผนพลังงานเป็นอนุกรรมการและเลขานุการ เพื่อทำหน้าที่ศึกษา วิเคราะห์ จัดทำแนวทางการออกประกาศเชิญชวนการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน กำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ และวิธีการ ในการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน ตลอดจนประเมินและคัดเลือกข้อเสนอที่ได้รับจากการประกาศรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนและดำเนินการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างการผลิตไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) กับผู้ยื่นข้อเสนอ

เนื่องจากในคณะอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน มีอนุกรรมการฯ ที่มีฐานะเป็นผู้แทนกระทรวงการคลัง หรือโดยการมอบหมายของ

รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ ให้ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการหรือกรรมการ การของ รัฐวิสาหกิจ หรือบริษัทในเครือของรัฐวิสาหกิจ หรือบริษัทที่รัฐวิสาหกิจเข้าไปร่วมทุน ซึ่งมี คุณสมบัติเป็นผู้ยื่นข้อเสนอตามประกาศเชิญชวนการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนรายใหญ่ ได้ ทั้งนี้ คณะอนุกรรมการฯ ชุดนี้จะเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินและคัดเลือก ออกข้อเสนอ การรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน ตลอดจนประเมินและคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่เหมาะสมเพื่อ ทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ต่อไป

กระทรวงพลังงานจึงขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับคุณสมบัติของ อนุกรรมการฯ ซึ่งได้รับแต่งตั้งตามคำสั่งและมีส่วนเกี่ยวข้องกับหน่วยงานที่มีคุณสมบัติเป็นผู้ยื่น ข้อเสนอดังกล่าวข้างต้น ต่อการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับ ซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนนั้น ถือเป็นเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจ พิจารณาทางปกครองที่ไม่สามารถทำการพิจารณาทางปกครองในการดำเนินการตามกรอบอำนาจ หน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งตามคำสั่ง เนื่องจากคุณสมบัติของอนุกรรมการฯ มีลักษณะขัดกับ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 13 และมาตรา 16 หรือมาตราอื่นใด หรือขัดต่อกฎหมายอื่นใดหรือไม่

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยมีผู้แทน กระทรวงพลังงาน (สำนักงานปลัดกระทรวง) เป็นผู้ชี้แจงรายละเอียดข้อเท็จจริงแล้ว ได้ข้อเท็จจริง เพิ่มเติมว่า อนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าฯ ที่อาจมีปัญหาคือได้เสีย ในการพิจารณา คือ นายพรชัย รุจิประภา ปลัดกระทรวงพลังงาน ประธานอนุกรรมการซึ่งดำรง ตำแหน่งประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจและบริษัทในเครือของรัฐวิสาหกิจหลายแห่งกล่าวคือ ดำรง ตำแหน่งประธานกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ประธานกรรมการบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และประธานกรรมการในบริษัทที่บริษัท ปตท. จำกัด(มหาชน) เป็นผู้ถือหุ้น ใหญ่ เช่น บริษัท ปตท. เคมีคอล จำกัด (มหาชน) และบริษัท โรงกลั่นน้ำมันระยอง จำกัด (มหาชน) โดยขณะนี้บริษัทในเครือของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ข้างต้น รวมทั้งบริษัทที่ การไฟฟ้าฝ่ายผลิต (กฟผ.) เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่หลายแห่ง กำลังดำเนินการเพื่อเตรียมยื่นข้อเสนอตาม โครงการรับซื้อ ไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนของกระทรวงพลังงาน จึงมีปัญหาคือ ถ้าบริษัทเหล่านั้นยื่นข้อเสนอ และนายพรชัยฯ ยังคงดำรงตำแหน่งประธานกรรมการรัฐวิสาหกิจและบริษัทในเครือของ รัฐวิสาหกิจดังกล่าว ข้างต้นจะถือเป็นเหตุที่ทำให้ประธานอนุกรรมการประเมินและคัดเลือก ข้อเสนอฯ ขาดความเป็นกลางและไม่อาจทำการพิจารณาทางปกครองได้ตามมาตรา 13 หรือมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 หรือไม่ ประการใด

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้พิจารณาข้อหาหรือของกระทรวงพลังงาน ประกอบกับข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีปัญหาต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าอนุกรรมการ ประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนเป็นกรรมการใน คณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองอันจะต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักกว่าดี วยความเป็นกลาง ตามมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 หรือไม่ ซึ่งในปัญหานี้ เห็นว่า คำสั่งคณะกรรมการบริหารนโยบายพลังงานแห่งชาติ ที่ 8/2550 ได้กำหนดให้ คณะอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอ การรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้า เอกชนมีอำนาจ หน้าที่ประเมินและคัดเลือกข้อเสนอของผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน ดำเนินการเจรจาเพื่อจัดทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับผู้ยื่นข้อเสนอ และเสนอผลการเจรจาและคัดเลือกต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน ให้ความเห็นชอบเพื่อให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ทำสัญญากับผู้ยื่นข้อเสนอ ต่อไป การให้ความเห็นชอบผลการเจรจาและคัดเลือกโดยรัฐมนตรี มีผลทำให้ผู้ยื่นข้อเสนอที่ได้รับ คัดเลือกมีสิทธิเข้าทำสัญญากับ กฟผ. และเป็นการปฏิเสธข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น กรณีจึง เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลและเป็น “คำสั่งทาง ปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เมื่อการให้ความ เห็นชอบข้อเสนอของรัฐมนตรีเป็น “คำสั่งทางปกครอง” การประเมินและคัดเลือกข้อเสนอ ของ คณะอนุกรรมการ ซึ่งเป็นขั้นตอนการเตรียมการและดำเนินการที่มีผลโดยตรงต่อการออกคำสั่ง ดังกล่าวจึงเป็น “การพิจารณาทางปกครอง” อนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอฯ จึงเป็น “กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ” ซึ่งต้องมีความเป็นกลางในการ พิจารณาและอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองฯ

กรณีจึงต้องพิจารณาต่อไปว่า การที่ประธานอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอฯ ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอหรือประธานกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอ จะถือเป็นเหตุที่ทำให้ประธานอนุกรรมการขาดความเป็นกลางและไม่อาจทำการพิจารณาได้ตามมาตรา 13 หรือมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองฯ หรือไม่ ประเด็นนี้ เห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายพรชัย รุจิประภา ประธานอนุกรรมการประเมิน และคัดเลือกข้อเสนอฯ ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการในบริษัทที่ จะยื่นข้อเสนอหรือประธาน กรรมการ ในรัฐวิสาหกิจที่เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอ อยู่หลายแห่ง บุคคลผู้นี้จึงมีสองฐานะในขณะเดียวกัน ทั้งกรณีเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทที่ยื่น ข้อเสนอให้พิจารณาและเป็นผู้พิจารณาผลของการยื่นข้อเสนอตัวเอง ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึง

พิเคราะห์ได้ ว่า การดำรงตำแหน่งประธานกรรมการในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอหรือประธานกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนออาจเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองย่อมไม่อาจทำการพิจารณาต่อไปได้และต้องคว่นการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องหรือต้องเปลี่ยนแปลงเจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้น ข้อยกเว้นในเรื่องนี้จำกัดเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้ล่าช้าไปจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ หรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้ หรือไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนผู้นั้นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่ต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงพิสูจน์ได้ชัดเจนและไม่มีผลต่อความเที่ยงธรรมในการคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอทุกราย

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าว ทำให้เห็นได้ว่าเหตุที่ทำให้กรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองขาดความเป็นกลางและไม่อาจทำการพิจารณาได้นั้น ไม่ได้หมายความถึงเพียงแต่การดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทที่ยื่นข้อเสนอเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนออีกด้วย กล่าวคือ แม้เจ้าหน้าที่ที่ ออกคำสั่งทางปกครองหรือ ดำเนินการพิจารณาทางปกครองจะไม่ได้ดำรงตำแหน่งในบริษัทที่ยื่นข้อเสนอ แต่ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่เป็นบริษัทแม่ของบริษัทที่ยื่นข้อเสนอ แม้รัฐวิสาหกิจแมดังกล่าวจะไม่ได้เป็นผู้ยื่นข้อเสนอด้วยก็ตาม การดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจดังกล่าว ก็ถือว่าเป็นเหตุ อันมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้ การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางด้วย

นอกจากนั้น แม้ในบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ข้างต้นจะวินิจฉัย แต่เพียงกรณีการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการ ของปลัดกระทรวงพลังงาน ในการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) และบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) รวมทั้งในบริษัทที่รัฐวิสาหกิจทั้งสองแห่ง เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ซึ่งเป็นการเข้าไปดำรงตำแหน่ง โดยการมอบหมายของรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ อันถือเป็นการเข้าไปดำรงตำแหน่งโดยการแต่งตั้งเท่านั้น โดยไม่ได้วินิจฉัยไปถึงกรณีการเข้าไปดำรงตำแหน่ง กรรมการรัฐวิสาหกิจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าการดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอหรือดำรงตำแหน่งในบริษัทที่ยื่นข้อเสนอเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง นั้น เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า การดำรงตำแหน่งดังกล่าวทำให้ บุคคลผู้นั้นมีสองฐานะในขณะเดียวกัน ทั้งกรณีเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทที่ยื่น

ข้อเสนอให้พิจารณาและเป็นผู้พิจารณาผลของการยื่นข้อเสนอตัวเอง จากเหตุผล ที่ว่ามานี้ ผู้ศึกษา จึงเห็นว่า การเข้าไปดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ย่อมส่งผลให้ ข้าราชการ ดังกล่าว มีสองสถานะคือเป็นทั้งผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทที่ยื่นข้อเสนอให้พิจารณาและเป็นผู้พิจารณาผลของการยื่นข้อเสนอเช่นเดียวกัน จึงทำให้การดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือเป็นเหตุอันมิสมภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็น กลางนั้น ย่อมหมายถึงทั้งการเข้าไปดำรงตำแหน่ง “กรรมการรัฐวิสาหกิจโดยตำแหน่ง” และ “กรรมการรัฐวิสาหกิจโดยการแต่งตั้ง” ด้วย

คำวินิจฉัยดังกล่าวส่งผลให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจ ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองหรือทำการพิจารณาทางปกครองแก่รัฐวิสาหกิจนั้นรวมทั้งบริษัทในเครือต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจนั้นได้ เนื่องจากถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อตามมา เนื่องจากบรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวนี้ก็มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของรัฐวิสาหกิจและบริษัทในเครือซึ่งที่เรียกว่า การออกคำสั่งทางปกครอง หรือในบางกรณีแม้จะไม่ได้เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองโดยตรงแต่ก็มีอำนาจหรือหน้าที่ในขั้นตอนการเตรียมการหรือดำเนินการที่มีผลโดยตรงต่อการออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ มีอำนาจหน้าที่ในขั้นตอน ของกระบวนการออกคำสั่ง ซึ่งถือเป็นการพิจารณาทางปกครอง ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักว่าด้วยความเป็นกลาง ตามมาตรา 13 และ 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ตัวอย่างเช่น ในการดำเนินกิจการของการประปาส่วนภูมิภาครวมทั้งบริษัทในเครือ เช่น บริษัท จัดการและพัฒนาทรัพยากรน้ำภาคตะวันออก จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการผลิต จัดส่งและจำหน่ายน้ำประปาและดำเนินธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับธุรกิจการประปาซึ่งรวมถึงการผลิตน้ำดื่มเพื่อการบริโภค อันถือเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของประชาชน

นอกจากนั้นในการผลิตน้ำเพื่อการบริโภคยังถือเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ซึ่งกำหนดให้อธิบดีกรมอนามัยเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ เช่น อำนาจในการออกคำสั่งตามมาตรา 8 ในกรณีที่เกิดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับ การดำรงชีพของประชาชน ซึ่งจำเป็นต้องแก้ไขโดยเร่งด่วน ให้เจ้าของวัตถุหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องระงับการกระทำหรือให้ระงับการใด ๆ เพื่อแก้ไขหรือป้องกันความเสียหายเช่นที่ว่านั้น ได้ตามที่เห็นสมควร รวมทั้งมีหน้าที่ต่าง ๆ ในฐานะคณะกรรมการสาธารณสุข ซึ่งในหลายกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองหรือเป็นการพิจารณาทางปกครอง แต่ในพระราชบัญญัติ

การประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ.2522 กลับกำหนดให้อธิบดีกรมอนามัยซึ่ง มีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ดำรงตำแหน่งกรรมการโดยตำแหน่งในการประปาส่วนภูมิภาค

อธิบดีกรมที่ดินและปลัดกระทรวงพลังงาน ตามพระราชบัญญัติปีโตเลียม กำหนดให้ ดำรงตำแหน่งใน “คณะกรรมการปีโตเลียม ” ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่น ให้ความเห็นชอบแก่อธิบดีในการขยายอายุสัมปทาน อนุมัติการกำหนดพื้นที่ผลิต อนุญาตให้ ผู้รับสัมปทานถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ทำความตกลงราคาขายก๊าซธรรมชาติในราชอาณาจักร มีคำสั่ง เกี่ยวกับการนำคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้น ซึ่งการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ นั้น ถือได้ว่าเป็นการ พิจารณาทางปกครอง แต่ในปัจจุบันอธิบดีกรมที่ดินและปลัดกระทรวง พลังงาน กลับดำรงตำแหน่งกรรมการใน บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบธุรกิจไม่ว่าด้วย ตัวเองหรือโดยบริษัทในเครือ ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ข้างต้น ทำให้ เห็นได้ว่า การเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการใน รัฐวิสาหกิจของข้าราชการประจำ อันได้แก่ อธิบดีกรมอนามัย อธิบดีกรมที่ดินและปลัดกระทรวง พลังงานดังกล่าว ทำให้การใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ ข้างต้น ที่ถือเป็นการพิจารณาทาง ปกครองนั้น อาจไม่สอดคล้องกับพระ ราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 16 ดั่งนัยที่ปรากฏในบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ปัญหาการมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่รัฐที่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือทำการพิจารณาทาง ปกครองนั้น ก็จะยังคงเกิดขึ้นต่อไปตราบดีก็ตามที่ยังไม่มีมาตรการป้องกันไป มิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ เข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจที่ตนมีหน้าที่ควบคุม กำกับดูแล ซึ่งถือเป็นปัญหาสำคัญ อันกระทบต่อความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนและการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการการเมืองและ ข้าราชการประจำดังกล่าว

3. วิเคราะห์ปัญหาการปฏิบัติหน้าที่สาธารณะของข้าราชการการเมืองและข้าราชการ ประจำ

เนื่องจากข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำนั้นถือเป็น “ผู้ที่ดำรงตำแหน่ง สาธารณะ” โดยทฤษฎีกฎหมายมหาชนกำหนดไว้ว่าผู้ที่ดำรงตำแหน่งในทางราชการจะต้องคำนึงถึง ประโยชน์ส่วนรวมและวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นหลัก ความสัมพันธ์ ส่วนตัวที่ดี ประโยชน์ ส่วนตัวที่ดีไม่สามารถนำมาเป็นเหตุผลอ้างอิงเพื่อการใช้หรือไม่ใช้อำนาจรัฐได้ (อมร จันทรสม บุรณ์, 2539, หน้า 20 อ้างถึงใน เฉลิมพล นาคสุวรรณ , 2547, หน้า 6) โดยบุคคลดังกล่าวต้องยึดถือ “ผลประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) เป็นค่านิยมพื้นฐานในการตัดสินใจ ในการปฏิบัติหน้าที่ ต้องมุ่งตอบสนองต่อความต้องการและยึดถือผลประโยชน์ของประชาชนเป็นหลัก เนื่องจากการ

ตัดสินใจกระทำการใด ๆ ของผู้บริหารงานในภาครัฐ ย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง หรือไม่ก็กระทบต่อผลประโยชน์ของคนจำนวนหนึ่งและ เอื้อประโยชน์ต่อคนอื่นอีกจำนวนหนึ่ง ฉะนั้นการตัดสินใจในแต่ละครั้งจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคำนึงถึงเรื่องของผลประโยชน์สาธารณะด้วย (ไชยรัตน์ เจริญสิน โอปาร , 2537, หน้า 23) ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำที่ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่ตนมีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล หรือตรวจสอบ ไม่ว่าจะเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการนั้น จะเป็นไปตามที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจกำหนด หรือเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจโดยการแต่งตั้งก็ตาม ซึ่งกรรมการรัฐวิสาหกิจเหล่านี้มักได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวง อธิบดี ปลัดกระทรวงต่าง ๆ พนักงานอัยการ เป็นต้น โดยบุคคลเหล่านี้ถือเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ที่สำคัญต่อสาธารณะ ซึ่งในการเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจดังกล่าวนี้ อาจส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำในอีกหน้าที่หนึ่งซึ่งถือเป็น “ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ” โดยแทนที่ข้าราชการจะทำการตัดสินใจ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยนึกถึงผลประโยชน์ของรัฐหรือผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นสิ่งสำคัญ เช่นไม่ว่าหน้าที่ในการออกนโยบาย วางแผนการลงทุน การควบคุมคุณภาพสินค้า หรือบริการต่าง ๆ ที่รัฐวิสาหกิจจัดทำ การอนุญาตประกอบกิจการ การให้สัมปทาน ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ ที่กระทบต่อประชาชนในวงกว้าง ซึ่งการเข้ามาดำรงตำแหน่งในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจดังกล่าวอาจทำให้ปฏิบัติหน้าที่หรือการตัดสินใจต่าง ๆ เป็นไปโดยคำนึงถึงเพียงแต่ประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจ อันส่งผลกระทบต่อหน้าที่สาธารณะและความศรัทธาจากประชาชน

การที่กฎหมายกำหนดหรือยอมให้ข้าราชการการเมืองและข้าราชการ ประจำที่มีหน้าที่ควบคุม กำกับดูแลเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการนั้นไม่ว่า เพื่อให้การควบคุมกำกับดูแลบรรลุผลสูงสุดโดยการที่กฎหมายกำหนดให้มีผู้แทนจากองค์กรที่ควบคุมกำกับเพื่อการติดต่อประสานงานเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ หรือการแต่งตั้งให้ ดำรงตำแหน่งกรรมการเนื่องจากความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญของบรรดาข้าราชการดังกล่าว ไม่ว่าเนื่องจากเหตุผลใด ทำให้ผู้ที่มีหน้าที่ควบคุมการบริหารงาน กลายเป็นบุคคลชุดเดียวกับผู้ที่มีหน้าที่บริหารรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ (ไกรยุทธ ธีรตยาสินันท์ , 2523, หน้า 31) จากการศึกษาไม่ได้คำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการขัดกันแห่งหน้าที่ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการบัญญัติกฎหมายดังที่ได้กล่าวไว้ โดยให้ผู้ที่มีหน้าที่ควบคุม กำกับดูแล เข้ามาทำหน้าที่บริหารในขณะเดียวกัน ส่งผลให้ได้ผลลัพธ์ที่ตรงกันข้าม กล่าวคือทำให้วัตถุประสงค์ของการควบคุมกำกับดูแลไม่อาจบรรลุผลได้ ดังนั้น เห็นได้ว่าการศึกษาที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าว นอกจากจะทำให้เจตนารมณ์ในการควบคุมกำกับดูแลไม่อาจบรรลุผลแล้ว

ยังกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำประเภทต่าง ๆ ด้วย

4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า

เนื่องจากรัฐวิสาหกิจในปัจจุบันมีทั้งที่ประกอบกิจการโดยผูกขาดกิจการบางอย่างแต่เพียงผู้เดียวโดยห้ามมิให้เอกชนดำเนินการ ซึ่งเกิดขึ้นจากทฤษฎีการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐในกรณีที่รัฐเห็นว่ากิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทมีผลกระทบต่อสาธารณะหรือมีลักษณะเป็นสาธารณูปโภคที่จะมีการผูกขาดหรือมีเหตุอื่นที่รัฐไม่ประสงค์จะให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการนั้น ๆ รัฐจึงดำเนินการจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจเข้าไปเป็นผู้จัดทำกิจการในทางเศรษฐกิจนั้น ๆ เอง เช่น การรถไฟ การผลิตบุหรี่โดยโรงงานยาสูบ โรงงานไฟ หรือสำนักงานสลากกินแบ่ง เป็นต้น แต่ก็มีรัฐวิสาหกิจอีกจำนวนมากที่ประกอบกิจการโดยแข่งขันโดยตรงกับผู้ประกอบการเอกชนอื่น ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายประการหนึ่งคือ ปัญหา อันเกิดจากการแข่งขันระหว่างวิสาหกิจมหาชนกับวิสาหกิจเอกชน กล่าวคือจะอย่างไรจึงจะมีการแข่งขันโดยเท่าเทียมและเป็นธรรมในระหว่างวิสาหกิจทั้งสอง (จินตจิรา เอี่ยมมยุรา, 2529, หน้า 132)

รัฐวิสาหกิจที่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชนไม่ว่าจะเป็น การบินไทย ปตท. หรือแม้กระทั่งการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยซึ่งในปัจจุบันก็มีการส่งเสริมการแข่งขันและเพิ่มบทบาทเอกชนในกิจการดังกล่าวที่ถือเป็นกิจการสาธารณูปโภคที่ผูกขาดโดยธรรมชาติ โดยให้มีผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนประกอบกิจการแข่งขันนั้น ในการประกอบกิจการรัฐวิสาหกิจเหล่านี้มักมีอำนาจพิเศษต่าง ๆ โดยเป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบมากมายหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็น สิทธิพิเศษทางการเงินและภาษีอากร สิทธิพิเศษเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจ รวมทั้งเอกสิทธิ์ในการใช้อำนาจมหาชนต่าง ๆ นอกจากนี้รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ ยังมีสิทธิพิเศษต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น แม้เห็นได้ว่าจะส่งผลให้รัฐวิสาหกิจได้เปรียบผู้ประกอบการรายอื่น แต่เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การดำเนินงานของรัฐและเอกชนมีความแตกต่างกันทั้งทางด้านวัตถุประสงค์เนื่องจากการดำเนินงานของทุกประเภทของรัฐนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ สาธารณะ ในขณะที่กิจกรรมเกือบทุกประเภทของภาคเอกชนตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ดังนั้นวิธีการดำเนินการของรัฐที่มุ่งประโยชน์สาธารณะจึงต้องแตกต่างจากวิธีดำเนินงานของเอกชน ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงสิทธิพิเศษต่าง ๆ ที่รัฐวิสาหกิจได้รับข้างต้นนั้นเห็นว่า ล้วนตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเมื่อมีการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้รัฐวิสาหกิจมีอำนาจมหาชนบางประการเพื่อที่จะปฏิบัติการกิจให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ดังนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศไทยจึงมีการให้ สิทธิพิเศษ

แก่รัฐวิสาหกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยสิทธิพิเศษที่ให้แก่รัฐวิสาหกิจนี้มีได้ให้เฉพาะ อำนาจมหาชนของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังมีสิทธิพิเศษอื่น ๆ ดังกล่าวข้างต้นแก่รัฐวิสาหกิจ เพื่อที่รัฐวิสาหกิจจะสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ (นันทวัฒน์ บรมานันท์ , 2553 , หน้า 264-267) นอกจากนี้ในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของ รัฐวิสาหกิจยังได้รับยกเว้นไม่อยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 เนื่องจาก เหตุผลที่ว่า การประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจมักเป็นกิจการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคเป็นส่วนใหญ่ และไม่มีลักษณะเป็นการค้าปกติแข่งขันกับเอกชนโดยตรง

จากเหตุผลต่าง ๆ ดังกล่าวเห็นว่าไม่สอดคล้องกับการดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจบาง แห่งในปัจจุบัน เนื่องจากรัฐวิสาหกิจบางแห่งไม่ได้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือบาง แห่งประกอบกิจการที่เป็นการแข่งขันกับเอกชนโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตาม กฎหมายเอกชนที่มีฐานะเป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด แต่รัฐวิสาหกิจดังกล่าวกลับ ได้รับประโยชน์เนื่องจากที่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ นอกจากนั้นไม่ว่าจะเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทใดก็ตาม นอกจากรัฐวิสาหกิจจะได้รับสิทธิพิเศษต่าง ๆ เนื่องจากเหตุผลข้างต้น อันทำให้ได้เปรียบผู้ ประกอบกิจการรายอื่น ซึ่งทำให้เป็นไปได้ยากที่การแข่งขันระหว่างวิสาหกิจมหาชนกับวิสาหกิจ เอกชนจะเป็นไปโดยเท่าเทียมและเป็นธรรมดังที่กล่าวมาแล้ว การที่กฎหมายกำหนด หรือยอมให้ ข้าราชการที่มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจ เหล่านี้ก็นั้น ทำให้ผู้ควบคุมกับผู้ถูกควบคุมเป็นบุคคลเดียวกันซึ่งส่งผลให้การออกนโยบาย และ การควบคุมกำกับดูแลต่าง ๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่รัฐวิสาหกิจดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 3. ข้างต้น ซึ่งเป็น ปัญหาสำคัญที่ทำให้รัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ได้เปรียบผู้ประกอบการรายอื่นมากยิ่งขึ้นไปอีก ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นแล้ว พบว่าการเข้าไปดำรงตำแหน่งดังกล่าวของ บรรดาข้าราชการไม่ว่าจะโดยกฎหมายกำหนดหรือโดยการแต่งตั้งก็ตาม ต่างอ้างเหตุผลเพื่อ ประสิทธิภาพในการควบคุมกำกับดูแล เพื่อให้การดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจเป็นไปตามนโยบาย ของรัฐซึ่งรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะด้วย แต่จากการศึกษาถึงหลักการขัดกันแห่งหน้าที่ รวมทั้งหลักการแบ่งแยกอำนาจทำให้เห็นว่าการเข้าไปดำรงตำแหน่งดังกล่าวกลับทำให้การควบคุม กำกับดูแลนั้น ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ นอกจากนั้นการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจของ บรรดาข้าราชการต่าง ๆ สิทธิประโยชน์ที่ได้รับซึ่งก่อให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังที่ได้ กล่าวแล้วนั้น ผลกระทบที่เกิดขึ้นนี้อาจทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐวิสาหกิจไม่อาจ บรรลุผลได้โดย ในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์โดยละเอียดในข้อ 3ต่อไป จากเหตุผลต่าง ๆ ทำให้เห็น ได้ว่าการที่กฎหมายกำหนด หรือยอมให้ข้าราชการที่มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลเข้าไป

ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจนั้น นอกจากจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการจัดทำบริการ สาธารณะแล้วจากการ ชัดกันแห่งผลประโยชน์ยังอาจทำให้ได้รั บผลลัพธ์ที่ตรงกันข้าม ส่งผลให้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวถือเป็นการสนับสนุนการดำเนินการที่เป็นการสร้างความไม่เป็นธรรมทางการค้า โดยไม่จำเป็น

นอกจากนั้นจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจคือ หลักการแข่งขัน โดยเสรีได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 84(1) ที่รัฐต้อง สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม โดยอาศัยกลไกตลาด และต้องไม่ประกอบกิจการ ที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคง ของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค และในมาตรา 84(5) ที่รัฐต้อง กำกับให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดตัดตอนไม่ว่า ทางตรงหรือทางอ้อมและคุ้มครองผู้บริโภค

บทบัญญัติดังกล่าว ทำให้เห็นได้ว่าโดยหลักแล้วรัฐไม่สามารถประกอบกิจการแข่งขันกับ เอกชนได้เนื่องจากรัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า ยกเว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการ รักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค และเมื่อรัฐเข้าไป ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจในลักษณะที่แข่งขันกับการประกอบของเอกชน รัฐก็ต้อง ประกอบการแข่งขันในลักษณะที่เท่าเทียมกันและต้องไม่มีข้อกำหนดที่เอื้อเปรียบเอกชนด้วย สะท้อนความคิดในระบบเสรีนิยมทางเศรษฐกิจมากกว่าระบบการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ รับรองหลักการแข่งขันทางการค้าเสรี สิทธิพิเศษในการแข่งขันทางการค้าไม่อาจกระทำได้ ทำให้ การที่กฎหมายกำหนดหรือยอมให้ข้าราชการเข้าไปดำรงตำแหน่งในรัฐวิสาหกิจที่ตนมีหน้าที่ออก นโยบาย ควบคุม กำกับดูแล นอกจากจะเป็นการสนับสนุนการดำเนินการที่เป็นการสร้างความไม่ เป็นธรรมทางการค้าโดยไม่จำเป็นแล้วยังไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 84(1) และในมาตรา 84(5) ที่รับรองหลักการค้าเสรีอย่างชัดแจ้งด้วย

การเข้าไปดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือของกรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการ ประจำ

ในปัจจุบันรัฐวิสาหกิจได้มีการจัดตั้งบริษัทในเครือจำนวนมาก เนื่องจากเหตุผลต่าง ๆ ไม่ ว่าเพื่อการฟื้นฟูสถานะองค์กร ที่มีการขาดทุนเรื้อรัง เพื่อการหาพันธมิตรทางธุรกิจ เพื่อประโยชน์ ในการดำเนินงานต่าง ๆ เช่น ถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือเพื่อเพิ่มช่องทางให้กับประชาชนในการ บริการสาธารณะ เป็นต้น โดยบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจก็คือ บริษัทที่รัฐวิสาหกิจเข้าถือหุ้นหรือร่วม

ทุน มีทั้งที่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจและที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ โดยในข้อนี้จะกล่าวถึงเฉพาะ บริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจเท่านั้น

เนื่องจากความเป็นเจ้าของทุนดังกล่าว กรรมการรัฐวิสาหกิจจึงมีความจำเป็นต้องควบคุม กำกับดูแล ไม่ว่าจะโดยการเข้าไปดำรงตำแหน่งหรือส่งตัวแทนของตนเข้าไปดำรงตำแหน่ง กรรมการในบริษัทในเครือ ทำให้พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 มาตรา 5(9) จึงกำหนดให้ กรรมการ รัฐวิสาหกิจสามารถดำรง ตำแหน่งใด ในนิติบุคคลที่รัฐวิสาหกิจนั้นถือหุ้นได้ หากได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ การ รัฐวิสาหกิจนั้น ส่งผลให้กรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการในรัฐวิสาหกิจแม่ต่าง ๆ สามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งใด ๆ ในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกชนได้ ซึ่งเห็นได้ว่า นอกจากที่บรรดาข้าราชการที่มีหน้าที่กำกับดูแลจะเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจ แล้ว เนื่องจากรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นมักมีบริษัทในเครือต่าง ๆ อีกเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้ข้าราชการ เหล่านี้ยังสามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจดังกล่าวได้อีก

ประกอบกับ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการ ทูจริต พ.ศ.2542 โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าไปดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชนของเจ้าหน้าที่ ของรัฐนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 100 (4) ที่กำหนดห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ เข้าไปมีส่วนได้เสีย ในฐานะเป็นกรรมการในธุรกิจของเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบ ของ หน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือ ประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ของรัฐผู้นั้น แต่เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรานี้ ไม่ได้ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกตำแหน่ง แต่ต้องเป็นไป ตามที่คณะกรรมการปปช .กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาซึ่งปัจจุบัน ได้มีประกาศ คณะกรรมการปปช . ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2544 กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ ต้องห้ามมิให้ ดำเนินกิจการตามความในบทบัญญัติดังกล่าวเพียงสองตำแหน่งคือ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ส่งผลให้ข้าราชการที่ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจแม่ที่มีหน้าที่กำกับ ดูแล ควบคุม หรือ ตรวจสอบ บริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจ สามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการและตำแหน่งใด ๆ ใน บริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจได้ แม้การดำรงตำแหน่งดังกล่าวจะกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติ หน้าที่ของข้าราชการผู้นั้นก็ตาม

กรณีกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการการเมือง เนื่องจากการเข้ามาดำรงตำแหน่ง กรรมการจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การเข้ามาดำรง

ตำแหน่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็คือกรณีที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งกำหนดไว้ โดยกรรมการตามที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งกำหนดที่เป็นข้าราชการการเมืองนั้น มีเฉพาะแต่ รัฐมนตรีและรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงต่าง ๆ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 267 ได้บัญญัติห้ามการดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 มาตรา 100 (4) ข้างต้น โดยผลของกฎหมายดังกล่าวทำให้กรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการการเมือง ไม่อาจเข้าไปดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือได้ ดังนั้นในข้อนี้จึงขอกล่าวถึงเฉพาะปัญหาในการเข้าไปดำรงตำแหน่งใด ๆ ในบริษัทในเครือของกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการประจำเท่านั้น

นอกจากนั้น เนื่องจากทั้งประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์ต่างห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดในทางการเมือง ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจ ดังนั้นปัญหาเกี่ยวกับการเข้าไปดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือที่เป็นธุรกิจเอกชนของกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการย่อมไม่อาจเกิดขึ้นในประเทศดังกล่าว ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงมาตรการควบคุมการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในต่างประเทศกรณีการเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรใดที่อาจกระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น โดยใน ประเทศอังกฤษมีข้อบังคับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่สำคัญคือการห้ามเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรเอกชน ห้ามเป็นที่ปรึกษาในองค์กรเอกชนใด การห้ามทำข้อตกลงหรือทำสัญญาใด ๆ กับรัฐ อันจะส่งผลกระทบต่องานในหน้าที่และประโยชน์โดยรวม นอกจากนี้ข้าราชการพลเรือนต้องยึดมั่นตามกฎ กติกาภายในของหน่วยงานที่ห้ามมิให้เข้าไปประกอบการงานซึ่งอาจขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของหน่วยงานหรือขัดแย้งกับ ตำแหน่งหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติในฐานะเจ้าพนักงานของรัฐด้วย และสำหรับประเทศสหพันธรัฐแคนาดา มีประมวลกฎหมายว่าด้วยผลประโยชน์ขัดกันของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ ซึ่งครอบคลุมถึงทั้งบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และข้าราชการประจำซึ่งได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะดังกล่าว นั้น เข้าไปจัดการหรือบริหารกิจกรรมทางธุรกิจ จหรือการค้า ยอมรับตำแหน่งใด ๆ ในห้างหุ้นส่วนบริษัท ทางการค้าหรือทางการเงิน หรือเป็นที่ปรึกษาใน ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัททางธุรกิจ การค้า หากการกระทำ ดังกล่าวทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะเสียความเป็นกลาง ขาดความชอบธรรม ทำให้เห็นได้ว่าทั้งประเทศอังกฤษและ สหพันธรัฐแคนาดา กฎหมายต่างห้ามมิให้ทั้งผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และข้าราชการประจำเข้าไปดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชนหากการเข้าไปดำรงตำแหน่งดังกล่าวกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการ

การดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยที่นอกจากกฎหมายจะไม่กำหนดห้ามไม่ให้บรรดาข้าราชการที่มีหน้าที่กำกับดูแลเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจแล้ว กฎหมายที่เกี่ยวเนื่องกับการป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของบรรดาข้าราชการคือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 โดยใน ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าไปดำรงตำแหน่งในธุรกิจเอกชนที่อาจกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น กลับใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบางตำแหน่งเท่านั้น ทำให้กรรมการ รัฐวิสาหกิจแม่ที่เป็นข้าราชการ ประจำเข้าไปดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือซึ่งมีฐานะเป็นธุรกิจ เอกชนโดยการได้รับมอบหมายของคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจได้แม้จะกระทบต่อหน้าที่ราชการ ดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วนั้น

เห็นได้ว่าการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทในเครือเหล่านี้ ซึ่งเป็นนิติบุคคล เอกชน ที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจนั้น ย่อมขัดแย้งกับภาระหน้าที่ของบรรดาข้าราชการประจำ อย่างชัดเจนโดยนอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาในข้อ 1 ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับ สถานะ อำนาจหน้าที่ ปัญหาการมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่รัฐที่ออกคำสั่งทางปกครอง ปัญหาการ ปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ และปัญหาเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าแล้ว เนื่องจากการเป็นนิติบุคคลเอกชนที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ส่งผลให้ยังพบปัญหาที่เกิดขึ้น อีก หลายประการโดยสามารถแยกวิเคราะห์เป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

การเข้าไปดำรงตำแหน่งของข้าราชการประจำในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็น บริษัทเอกชนโดยการ มอบหมายของรัฐวิสาหกิจนั้น จำต้องพิเคราะห์ถึงกฎหมายว่าด้วยระเบียบ ข้าราชการประเภทนั้น ๆ ซึ่งในกรณีของข้าราชการพลเรือนสามัญ พระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัย เพื่อให้เกิดความ เป็นระเบียบเรียบร้อยในการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนให้กา รดำเนินงานเป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับแก่บุคคลทั่วไป โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดข้อห้าม ของข้าราชการพลเรือน ที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับการดำรงตำแหน่งของข้าราชการในบริษัทในเครือ รัฐวิสาหกิจ ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 83(6) ที่ข้าราชการพลเรือนสามัญ ต้องไม่ต้องไม่เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้จัดการ หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกันนั้นในห้างหุ้นส่วนหรือ บริษัท ซึ่งเป็นการกำหนดห้ามข้าราชการไม่ให้เข้าไปดำรงตำแหน่งเฉพาะการดำรงตำแหน่งใน ฐานะกรรมการผู้จัดการ หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกัน เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้อง พิจารณาว่า ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแล หรือตรวจสอบของข้าราชการ

ดังกล่าวนี้หรือไม่ จึงมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัย คือ “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท” ตามที่บัญญัติในมาตรา 83(6) นั้น มีความหมายรวมถึง บริษัทเอกชนที่รัฐวิสาหกิจถือหุ้นหรือร่วมทุนหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ยังไม่เคยมีคำพิพากษาศักดิ์ หรือความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะทำการพิจารณาโดย เทียบเคียงกฎหมายรวมทั้งความเห็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดทางวินัยของข้าราชการซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการ พ.ศ.2534 เป็นกฎหมายที่กำหนดให้ ข้าราชการที่ได้รับแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ไปดำรงตำแหน่งกรรมการหรือตำแหน่งอื่นใด ในหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการ ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หากกระทำผิดวินัยจะต้องรับโทษวินัยด้วย โดยพระราชบัญญัตินี้ แสดงให้เห็นว่าข้าราชการพลเรือนสามัญ สามารถได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการผู้จัดการหรือผู้จัดการในหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการต่าง ๆ อันได้แก่องค์การของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานที่ กระทรวง ทบวง กรม ร่วมทุนหรือ ให้เงินอุดหนุนหรือดำเนินกิจการไม่ว่าจะมีกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานนั้นหรือไม่ และเนื่องจากถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ราชการจึง ส่งผลให้การเข้าไปดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่ต้องห้ามตามมาตรา 83(6) แต่ประการใด ซึ่งเมื่อ พิจารณาถึงหน่วยงานที่ไม่ใช่ส่วนราชการตามกฎหมายดังกล่าวเห็นว่า บริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจนั้นไม่ใช่ องค์การของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ และไม่ใช่หน่วยงานที่กระทรวง ทบวง กรม ร่วมทุนหรือให้เงินอุดหนุนหรือดำเนินกิจการ เนื่องจากการร่วมทุนหรือให้เงินอุดหนุนนั้น กระทำโดยรัฐวิสาหกิจ แม้ทำให้การเข้าไปดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจนั้น ไม่ถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามพระราชบัญญัตินี้

นอกจากนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 ตามมาตรา 100(4) ที่ห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐ เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะต่าง ๆ ในธุรกิจเอกชน ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแล ควบคุม ตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่ โดยคำว่า “ธุรกิจเอกชน” ในมาตราดังกล่าวนั้น ได้มีการวินิจฉัยตีความโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา ในเรื่องเสร็จที่ 368/2544 ว่า “ธุรกิจเอกชน” ย่อมหมายถึง ธุรกิจที่เอกชนเป็นเจ้าของโดยไม่รวมถึงธุรกิจหรือกิจการใดก็ตามกฎหมายถือเป็นรัฐวิสาหกิจด้วย

เห็นได้ว่า หากเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่ไม่ได้มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ หรือไม่ใช่หน่วยงานที่กระทรวง ทบวง กรม ร่วมทุนหรือให้เงินอุดหนุนหรือดำเนินกิจการโดยตรง ตามกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งความเห็นทางกฎหมายมักถือว่าเป็นธุรกิจเอกชน นอกจากนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการรวมทั้งบุคคลต่าง ๆ ที่ปฏิบัติงานใน

หน่วยงานของรัฐ เช่น พระราชบัญญัติ ว่าด้วยความรับผิดชอบของพนักงานในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2502 พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 รวมทั้งกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้น มักไม่รวมถึง การปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ดังนั้นในกรณีนี้หากตีความว่า “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท” นั้น ไม่รวมถึงบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจย่อมไม่สมเหตุผลผลเนื่องจากการเท่ากันว่าเป็นการอนุญาต ให้ข้าราชการสามารถดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการหรือตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกันในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจที่เป็นเอกชน แต่ในมาตรการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ของข้าราชการกลับไม่รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทในเครือที่เป็นเอกชนดังกล่าว ทำให้ไม่สอดคล้องกันกับมาตรการในการควบคุม ดังนั้นการเข้าไปดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ อาจถือได้ว่าเป็นการดำรงตำแหน่งใน “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท” ตามที่บัญญัติในมาตรา 83(6) ส่งผลให้การที่ข้าราชการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ หรือผู้จัดการ หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกันในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ นั้น ขัดต่อพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 83(6)

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 มาตรา 5 (9) ที่มีใจความสำคัญว่ากรรมการรัฐวิสาหกิจจะต้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดในนิติบุคคลที่รัฐวิสาหกิจนั้นเป็นผู้ถือหุ้น เว้นแต่คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจนั้นมอบหมายให้ดำรงตำแหน่งกรรมการหรือดำรงตำแหน่งอื่น ในนิติบุคคลที่รัฐวิสาหกิจนั้นเป็นผู้ถือหุ้น ซึ่งหมายความว่า กรรมการรัฐวิสาหกิจสามารถดำรงตำแหน่งใดในนิติบุคคลที่รัฐวิสาหกิจนั้นถือหุ้นได้ หากได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจนั้น ส่งผลให้กรรมการรัฐวิสาหกิจทั้งที่เป็นข้าราชการประจำต่าง ๆ สามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการบริหาร ซึ่งก็คือ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้จัดการ หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกัน ในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจได้ ดังเช่นกรณีที่ ปลัดกระทรวงพลังงาน ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานกรรมการบริษัท ปตท.จำกัด (มหาชน) เข้าไปดำรงตำแหน่งประธานกรรมการบริหารบริษัทในเครือที่มีฐานะเป็นบริษัทเอกชน โดยการมอบหมายของคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจได้ ตามบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากกรรมการในรัฐวิสาหกิจแม้ดังที่ได้ทำการศึกษาแล้ว รวมถึงกรรมการที่เป็นบรรดาข้าราชการประจำ และ “นิติบุคคลที่รัฐวิสาหกิจนั้นถือหุ้น” ส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคลเอกชนที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ นอกจากนั้นกฎหมายยังบัญญัติให้ ไม่เพียงแต่สามารถดำรงตำแหน่งกรรมการได้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการดำรงตำแหน่งอื่น ๆ ด้วย ส่งผลให้บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวที่กำหนดให้คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจสามารถมอบหมายให้กรรมการรัฐวิสาหกิจซึ่งรวมถึง

บรรดาข้าราชการประจำเข้าไปดำรงตำแหน่งใด ๆ ในบริษัทในเครือที่เป็นนิติบุคคลเอกชนไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจได้นั้น ไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 83(6)

2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2543

การที่ข้าราชการที่มีหน้าที่กำหนดนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลเข้าไปดำรงตำแหน่ง กรรมการ ในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ส่งผลให้บริษัทในเครือที่เป็นธุรกิจเอกชน นั้นได้เปรียบผู้ประกอบการอื่นที่ประกอบธุรกิจอย่างเดียวกัน เนื่องจากบุคคลที่มีหน้าที่ออกนโยบาย กำกับดูแล การประกอบธุรกิจดังกล่าว ดำรงตำแหน่งกรรมการหรือผู้บริหารในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจ ได้รับผลตอบแทนซึ่งขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ของบริษัทในเครืออื่น อันส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจและการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้กำกับดูแลที่อาจใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่เอื้อประโยชน์แก่บริษัทในเครือ ซึ่งนอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาความไม่เสมอภาคในการแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น ไม่สอดคล้องกับหลักการค้าเสรี ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เนื่องจากการที่เป็น นิติบุคคลเอกชนที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ยังทำให้บริษัทในเครือเหล่านี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2543 โดยในมาตรา 29 ซึ่งถือเป็นมาตรา ที่วางหลักโดยทั่วไป ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีสาระสำคัญ ที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ซึ่งการที่ข้าราชการประจำเข้าไปดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะเป็น กรรมการหรือผู้บริหารในบริษัทในเครือที่ตนมีหน้าที่กำหนดนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบ นั้น ส่งผลให้บริษัทในเครือดังกล่าวได้เปรียบผู้ประกอบการอื่นที่ประกอบธุรกิจอย่างเดียวกัน ไม่ว่าจะในการออกนโยบายของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ หรือในการควบคุมกำกับดูแลในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ก็อาจเป็นไปได้เพื่อประโยชน์แก่บริษัทดังกล่าว เห็นได้ว่าการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ควบคุมกับผู้ถูกควบคุมเป็นบุคคลเดียวกัน ย่อมสุ่มเสี่ยง หรือเปิดช่องให้เกิดการประกอบการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยในการออกนโยบายหรือ กำกับดูแลต่าง ๆ อาจทำเพื่อบริษัทในเครือที่ตนเองดำรงตำแหน่งกรรมการเนื่องจากได้รับผลตอบแทนที่เป็นส่วนแบ่งจากกำไร ซึ่งจะส่งผลให้เป็นการกีดกัน ชัดขวาง หรือเกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งถือได้ว่าเป็นกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่าง ๆ แก่ผู้ประกอบการอื่น ไม่สอดคล้องกับ มาตราการป้องกันการผูกขาดตามพระราชบัญญัติ

แข่งขันทางการค้า พ.ศ.2543 มาตรา 29 แม้การที่ข้าราชการเข้าไปดำรงตำแหน่ง ไม่ว่าจะเป็นการ กรรมการหรือผู้บริหารในบริษัทในเครือที่ตนมีหน้าที่กำหนดนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลนั้น จะยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อ กฎหมายดังกล่าวโดยตรง เนื่องจากยังไม่เกิดผลแห่งการกระทำ และโดยทั่วไปกฎหมายจะให้การยกเว้นแก่พฤติกรรมทางการค้า ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการ ดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบ กติกาของภาครัฐไม่ว่าจะดำเนินการโดยรัฐวิสาหกิจหรือ เอกชน ไม่อยู่ใต้ข้อบังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้า (เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, 2554, หน้า 23) ก็ ตาม แต่การที่กฎหมายกำหนดหรือยอมให้เกิดการเข้าไปดำรงตำแหน่งดังกล่าวนั้น เห็นว่าเป็นกติกา ของภาครัฐที่เป็นอุปสรรค ต่อการแข่งขันซึ่งอาจมีผลต่อการกีดกันทางการค้า ไม่สอดคล้องกับ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2543

3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542

แม้ในปัจจุบันคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) กำหนด ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการตามความในมาตรา 100 เพียงสองตำแหน่ง คือ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี แต่เนื่องจากไม่เพียงแต่การปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวเท่านั้น ที่จะถือเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ การปฏิบัติหน้าที่ของบรรดาข้าราชการประจำต่าง ๆ ก็เป็นการ ขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมอย่างชัดเจนเช่นกัน ดังบทบัญญัติใน มาตรา 100 (4) ที่กำหนดห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการใน ธุรกิจของเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของ ผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทาง ราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น ซึ่งทำให้เห็นถึง ปัญหาของการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการหรือผู้บริหารในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็น รัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือเป็นธุรกิจเอกชน ตามคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการกฤษฎีกา ในเรื่องเสร็จที่ 368/2544 ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ของกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการประจำที่มีหน้าที่ออก นโยบาย ควบคุม กำกับดูแลหรือตรวจสอบบริษัทในเครืออื่น ๆ ว่าเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ตามมาตรานี้เช่นกัน

มาตรา 102 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 100 มาใช้บังคับกับการ ดำเนินกิจการของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจกำกับ ควบคุม หรือตรวจ จสอบ การดำเนินงานของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด “มอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ ” ในบริษัท

จำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่หน่วยงานของรัฐถือหุ้นหรือเข้าร่วมทุน นั้น ทำให้ต้องพิจารณาว่า หากแม้มีการกำหนดตำแหน่งของบรรดาข้าราชการต่าง ๆ แล้ว บทบัญญัติมาตรานี้จะเป็นการยกเว้น การเข้าไปดำรงตำแหน่ง ใด ๆ ในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจซึ่งมีฐานะเป็นบริษัทเอกชนของ กรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการประจำ ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแล หากได้รับมอบหมายจากรัฐวิสาหกิจรวมทั้งหน่วยงานต้นสังกัด โดยไม่ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดกันแห่งผลประโยชน์ ตามมาตรา 100 หรือไม่

บทบัญญัติในมาตรา 102 เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่นั้น น่าจะหมายถึงกรณีที่รัฐวิสาหกิจแม่สามารถมอบหมายให้กรรมการในรัฐวิสาหกิจซึ่งถือเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ เข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทในเครือ ที่รัฐวิสาหกิจแม่มีหน้าที่กำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทในเครือ นั้นเอง ซึ่งไม่น่ารวมถึง กรณีกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการประจำ ซึ่งนอกจากจะมีหน้าที่กำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบบริษัทในเครือในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจแม่แล้ว ยังมีหน้าที่กำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบบริษัทในเครือในฐานะที่เป็นข้าราชการจากหน่วยงานต้นสังกัดอีก หน้าที่หนึ่งด้วย เช่นกรณี อธิบดีกรมธุรกิจพลังงานมีอำนาจกำกับดูแลควบคุม หรือตรวจสอบ ธุรกิจ เอกชนประเภทพลังงาน เข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็น ธุรกิจ เอกชนประเภทพลังงาน โดยการมอบหมายของรัฐวิสาหกิจนั้น ซึ่งในกรณีนี้เห็นได้ว่า หน่วยงานที่มี อำนาจกำกับดูแลตรวจสอบมี 2 หน่วยงานก็คือกรมธุรกิจพลังงาน และรัฐวิสาหกิจแม่ โดยการเข้าไป ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอธิบดีกรมธุรกิจพลังงานได้รับมอบหมายจากรัฐวิสาหกิจแม่ ที่มี หน้าที่ กำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทในเครือ และในกรณีนี้แม้กรรมการที่เป็น ข้าราชการประจำจะเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการดังกล่าวโดยได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชา ของหน่วยงานเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งถือได้ว่าได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว แล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 102 ในตอนท้ายที่บัญญัติว่า “ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน จำกัดที่หน่วยงานของรัฐถือหุ้นหรือเข้าร่วมทุน” เห็นว่าการได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ที่จะไม่ ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดกันแห่งผลประโยชน์ตาม มาตรา 100 นั้น หน่วยงานที่มอบหมายนอกจาก จะต้องเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัท ดังกล่าวแล้ว หน่วยงานที่มอบหมายดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นหน่วยงานที่ถือหุ้นหรือร่วมทุนใน บริษัทจำกัดหรือบริษัทจำกัด (มหาชน) ดังกล่าวด้วย ดังนั้นในกรณีนี้ แม้การเข้าไป ดำรงตำแหน่ง กรรมการในบริษัทในเครือซึ่งมีฐานะเป็นธุรกิจของเอกชนตาม มาตรา 100 จะได้รับมอบหมายให้ ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จากกรมธุรกิจพลังงาน ซึ่งมีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบการ

ดำเนินงานของบริษัทดังกล่าวก็ตาม แต่เนื่องจากกรมธุรกิจพลังงานไม่ได้เป็นผู้ถือ หุ่นหรือร่วมทุน ในธุรกิจเอกชนนั้น จึงไม่ใช่การมอบหมายตามมาตรา 102 ที่จะถือว่าได้รับยกเว้นไม่ให้นำมาตรา 100 มาใช้บังคับ ดังนั้น หากมีการกำหนดตำแหน่งข้าราชการต่าง ๆ เพื่อให้อยู่ได้บังคับของ บทบัญญัติแล้ว การเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทในเครือ ที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ของบรรดาข้าราชการประจำต่าง ๆ นั้นอาจขัดต่อบทบัญญัติในมาตรา 100 หากข้าราชการที่เข้ามา ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจนั้น

เห็นได้ว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้กรรมการรัฐวิสาหกิจแม่ซึ่งรวมถึงกรรมการที่เป็น ข้าราชการประจำซึ่งเป็นบุคคล ที่มีหน้าที่ในการออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล เข้ามาดำรง ตำแหน่งใด ๆ ในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจได้นั้น เมื่อพิจารณาทั้งบทบัญญัติใน มาตรา 100 ประกอบกับข้อยกเว้นในมาตรา 102 แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ ของรัฐทุกประเภทก็ตาม แต่ก็ทำให้เห็นได้ชัดว่าการเข้าไป ดำรงตำแหน่งกรรมการ ในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจของกรรมการรัฐวิสาหกิจที่ เป็นข้าราชการประจำที่มีหน้าที่กำกับดูแลนั้น ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งป้องกันการ ขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของบรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐเนื่องจากถือได้ว่าเป็น การกระทำที่ขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามมาตรา 100 (4) นอกจากนั้นบทบัญญัติที่ยกเว้นไม่ให้นำ มาตรา 100 มาใช้บังคับนั้นกฎหมายไม่ได้รวมถึงกรณีดังกล่าวด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของกรรมการรัฐวิสาหกิจ

นอกจากข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำจะได้รับเงินเดือนที่มาจากงบประมาณ แผ่นดินเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนแล้ว ในการเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการ รัฐวิสาหกิจนั้น ข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำยังได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ดังเช่นที่ กรรมการอื่นได้รับ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดย กฎหมายมหาชนหรือในรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนก็ตาม สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่อาจ ได้รับนั้นมีดังต่อไปนี้

1. เบี้ยประชุม เป็นผลตอบแทนที่กรรมการได้รับในการประชุมแต่ละครั้ง โดยส่วนใหญ่ แล้วกรรมการรัฐวิสาหกิจจะได้รับเบี้ยประชุมกรรมการในลักษณะเหมาจ่ายต่อเดือน แม้ว่าจะมีการ

ประชุมคณะกรรมการมากกว่าหนึ่งครั้งในเดือนใดก็ตาม แต่ถ้าไม่มีการประชุมคณะกรรมการในเดือนใดให้งดจ่ายเบี้ยประชุมกรรมการในเดือนนั้น โดยรัฐวิสาหกิจจะจ่ายเบี้ยประชุมกรรมการได้ในอัตราไม่เกินอัตราขั้นสูงสุดตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดไว้ ซึ่งโดยปกติประธานกรรมการ (และรองประธานกรรมการถ้ามี)จะได้รับเบี้ยประชุมกรรมการสูงกว่ากรรมการธรรมดา

2. ผลตอบแทนประจำ เป็นผลตอบแทนที่กรรมการได้รับเป็นประจำต่อปี ในบางแห่งจะมีทั้งเบี้ยประชุมและผลตอบแทน ประจำปี โดยผลตอบแทนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งจะกำหนดไว้หลายลักษณะด้วยกัน เช่น เงินผลประโยชน์ตอบแทน ประโยชน์ตอบแทน เงินบำนาญ เงินรางวัล เป็นต้น ซึ่งคณะรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดให้หรือเป็นไปตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

3. สวัสดิการ ที่กรรมการได้รับ ได้แก่ การประกันชีวิต การประกันการเดินทาง รักษาพยาบาล และโครงการประกันสุขภาพ การแบ่งปันกำไร และ โบนัส เป็นต้น ซึ่งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งอาจกำหนดให้สวัสดิการแก่กรรมการมากน้อยแตกต่างกันไป โดยในส่วนของ การจ่ายเงิน โบนัสให้แก่กรรมการรัฐวิสาหกิจนี้ ต้องเป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีที่กำหนด กล่าวคือ เมื่อสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินได้ตรวจสอบรับรองการเงินของรัฐวิสาหกิจใดแล้ว ปรากฏว่ามีกำไรสุทธิ รัฐวิสาหกิจนั้นสามารถขอจัดสรรกำไรสุทธิ เพื่อจ่ายเป็น โบนัสให้แก่ กรรมการได้

สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ข้างต้นนั้น เห็นว่าสิทธิประโยชน์ที่สำคัญที่อาจกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่กรรมการรัฐวิสาหกิจของบรรดาข้าราชการคือ การได้รับผลตอบแทน ที่ขึ้นอยู่กับกำไรของรัฐวิสาหกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดค่าตอบแทนของข้าราชการประจำที่ดำรงตำแหน่งกรรมการของบริษัทมหาชน (จำกัด)ที่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ พ้นนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้กรอบอัตราเงินเดือนตามมติ คณะรัฐมนตรี เนื่องจากระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2548 ได้กำหนดยกเว้นในกรณีดังกล่าวไว้ ดังนั้นอัตราเงินเดือนและค่าตอบแทนในรูปแบบอื่น ๆ จะถูกกำหนดโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งการกำหนดค่าตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไรของรัฐวิสาหกิจ หรือ โบนัสนั้น อยู่ภายใต้หลักการที่ว่าหากรัฐวิสาหกิจมีกำไรมากก็ จะตอบแทนให้แก่กรรมการในสัดส่วนที่มากขึ้นเพื่อกระตุ้นให้เกิดแรงจูงใจในการสร้างผลงานที่ดี ซึ่งเป็นหลักการสากลที่ใช้กับบริษัทโดยทั่วไป แต่เมื่อนำหลักการดังกล่าวมาใช้กับกรณีการปฏิบัติหน้าที่ของบรรดาข้าราชการที่เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือเป็นตัวแทนของรัฐแล้วอาจก่อให้เกิดปัญหาบางประการในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว นอกจากนั้นวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจยังแตกต่างกับบริษัทเอกชนทั่วไปด้วย

สิทธิประโยชน์ประเภทที่ส่งผลให้กรรมการมีส่วนได้เสียในผลกำไรของรัฐวิสาหกิจ คือ การได้รับผลตอบแทนโดยอิงจากกำไรของรัฐวิสาหกิจ นอกจากจะส่งผลกระทบต่อปฏิบัติหน้าที่ราชการดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 1 แล้ว จากการศึกษาถึงความหมาย ประเภท และวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 นั้น ทำให้เห็นได้ว่า เหตุผลสำคัญในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยส่วนใหญ่ มิได้ตั้งขึ้นเพื่อมุ่งหวังกำไรแต่เพียงด้านเดียว แต่ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะประกอบกันด้วย โดยการบริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและสนองตอบความต้องการของประชาชน ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พื้นฐาน 3 ประการคือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค ที่นอกจากจะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมแล้ว ยังหมายความรวมถึงความเสมอภาคที่จะได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นราคาค่าบริการหรือการบริการ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องที่ผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงที่จะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ ดังนั้นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐวิสาหกิจบรรลุผล ทำให้ในบางครั้งก็จำเป็นต้องขอมหาทุนหรือให้ได้กำไรที่น้อยลง เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการที่ดีมีคุณภาพ ราคาที่เป็นธรรมเพื่อให้ประชาชนได้รับบริการอย่างเสมอภาคเท่าเทียมและ ต่อเนื่อง ตามหลักบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนซึ่งก็คือ เจ้าของทุนในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั่นเอง

นอกจากนั้น แม้ในรัฐวิสาหกิจที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะแต่เนื่องจากรัฐวิสาหกิจเป็นกิจการที่เป็นของรัฐ ซึ่งมีทุน เป็นของรัฐทั้งหมดหรือส่วนใหญ่โดยเหตุผลสำคัญที่รัฐนำเงินลงทุนไม่ว่าจะมาจาก ภาษีอากร การกู้ยืมทั้งจากภายในและภายนอกประเทศ มาจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นก็เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนซึ่งไม่ได้หมายความถึงเพื่อให้ได้รับผลตอบแทนในรูปแบบกำไรแต่เพียงอย่างเดียวดังเช่นการประกอบกิจการของเอกชน ดังนั้น กรรมการรัฐวิสาหกิจซึ่งถือเป็นตัวแทนของรัฐ ซึ่งก็คือตัวแทนของประชาชน มีภาระหน้าที่ต่อประชาชน โดยในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนในฐานะเจ้าของทุน จากเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้คณะรัฐมนตรีได้ออกมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2541 ว่าด้วยจรรยาบรรณของคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ ซึ่งทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการรัฐวิสาหกิจจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยที่สำคัญคือ กรรมการต้องบริหารงานเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ องค์กรและพนักงาน ทั้งในปัจจุบัน และอนาคต ตลอดจนรักษาภาพลักษณ์ขององค์กร ทำให้เห็นได้ว่าไม่เพียงแต่กรรมการรัฐวิสาหกิจจะมีหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์

ของรัฐวิสาหกิจและบรรดาพนักงานลูกจ้างเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่หลักที่สำคัญในฐานะที่เป็น รัฐวิสาหกิจคือ หน้าที่ในการรักษาประโยชน์ของรัฐซึ่งก็คือ บรรดาประชาชนทั้งหลาย ซึ่งในข้อนี้เองที่ทำให้การดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจนั้นแตกต่างกับการดำเนินกิจการของวิสาหกิจเอกชนทั่วไป

นอกจากกฎหมายจะกำหนดหรือยอมให้บุคคลที่มีหน้าที่ออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจแล้ว กฎเกณฑ์หรือระเบียบ ขบที่รัฐสร้างขึ้น อันส่งผลให้บุคคลที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นตัวแทนรัฐ มุ่งแต่ หารผลกำไรหรือการเติบโตขององค์กรแต่เพียงด้านเดียว ซึ่งเป็นไปตามหลักการและวัตถุประสงค์ของการ ให้ผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไร หรือโบนัสนั้น เมื่อนำมาใช้กับ กรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็น ข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำซึ่งเป็นบุคคลผู้มีอำนาจรัฐยอมทำให้หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนของรัฐที่ต้องทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย หรืออาจถือได้ว่าวัตถุประสงค์ของหลักการให้ ผลตอบแทนที่อิงกับกำไรหรือโบนัส กับหลักการบริการสาธารณะและหลักการปฏิบัติหน้าที่ ตัวแทนของรัฐนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ตรงกันข้ามกันอย่างสิ้นเชิง ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ ที่เป็นข้าราชการซึ่งมีอำนาจรัฐ อาจใช้อำนาจต่าง ๆ ที่ตนมีอยู่ไม่ว่าในการออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบ รวมถึงอำนาจหน้าที่ในการบริหารรัฐวิสาหกิจเป็นไปโดยคำนึงถึงแต่ ความเติบโตขององค์กร เพื่อเพิ่มแต่มูลค่าหุ้น หรือมูลค่ากิจการ เพื่อให้ตนได้ผลตอบแทนซึ่ง ขึ้นอยู่กับกำไรของรัฐวิสาหกิจซึ่งนอกจากจะกระทบต่อหน้าที่ราชการที่ ารออกนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบควรอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะแต่กลับทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของ รัฐวิสาหกิจดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ยังทำให้ ลืมหรือละเลย หน้าที่ในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจที่ไม่ เพียงแต่ต้องสร้างความเติบโตและผลกำไร แต่มีหน้าที่ต้องสร้าง ความสมดุลระหว่างประโยชน์ของ รัฐและองค์กรเป็นสำคัญ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยง ไม่ได้เนื่องจากผลกำไรที่เพิ่มขึ้นของรัฐวิสาหกิจนั้นหมายถึง ราคา ค่าบริการที่ประชาชนผู้บริโภค ต้องจ่ายเพิ่มขึ้น และดังที่กล่าวในตอนต้นว่าเหตุผลในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่นั้นก็เพื่อการ จัดทำบริการสาธารณะซึ่งหมายความว่ากิจการที่รัฐวิสาหกิจจัดทำนั้น มักเป็นกิจการที่สำคัญต่อชีวิต ความเป็นอยู่ของประชาชนอันได้แก่ ไฟฟ้า ประปา น้ำมัน การสื่อสาร การขนส่งมวลชนต่าง ๆ ซึ่ง หากกรรมการรัฐวิสาหกิจเหล่านี้มุ่งหากำไรแต่เพียงด้านเดียวด้วยอำนาจรัฐที่มี ย่อมส่งผลกระทบต่อ ประชาชนในวงกว้างทำให้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการจัดตั้งและปรัชญาในการดำเนินกิจการ ของรัฐวิสาหกิจ หรือแม้รัฐวิสาหกิจเหล่านั้นจะได้ยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจและได้มี

การแปลงสภาพโดยจำหน่ายหุ้นแก่ประชาชนแล้ว แต่เนื่องจากความเป็นเจ้าของทุนของรัฐ ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนรัฐ ยังต้องปฏิบัติการในฐานะผู้ดูแลผลประโยชน์ของประชาชน ส่วนรวมซึ่งหมายความว่าจำนวนเงินของรัฐซึ่งก็คือประชาชนที่นำไปลงทุนนั้น ไม่ใช่เพื่อให้ได้กำไรโดยการทุจริตประชาชนผู้เป็นเจ้าของ ทุน แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์ต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นเจ้าของด้วย มิเช่นนั้นแล้วการประกอบธุรกิจของรัฐก็จะไม่ต่างจากการประกอบธุรกิจของเอกชน

ดังนั้น ในการเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจของข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ ระเบียบหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ กรรมการรัฐวิสาหกิจมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์ของการของรัฐวิสาหกิจที่นำมาใช้กับกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการ ทำให้จุดมุ่งหมายสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะประการหนึ่งคือ เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างทั่วถึงหรือเท่าเทียม หรือหลักการในการเข้าถึงบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ รวมทั้งยังกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจที่สำคัญประการหนึ่งคือ การสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐและองค์กร

ปัญหาการจำกัดจำนวนการดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจ

เนื่องจากในอดีตเกิดปัญหาที่กรรมการรัฐวิสาหกิจแต่ละคนดำรงตำแหน่งมากเกินไป โดยที่ผ่านมานั้นกรรมการบางท่านดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการรัฐวิสาหกิจถึง 16 แห่ง ส่งผลให้กรรมการเหล่านั้นไม่สามารถอุทิศเวลาให้กับรัฐวิสาหกิจได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ากรรมการผู้นั้นเป็นข้าราชการ เพราะงานราชการเป็นงานที่มีลักษณะประจำที่จะต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด จึงแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่บุคคลดังกล่าวจะมีเวลาติดตามและควบคุมการดำเนินงานต่าง ๆ ของรัฐวิสาหกิจที่ตนเองเป็นกรรมการรัฐวิสาหกิจ จากสภาพปัญหาดังกล่าวจึงเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจไม่มีประสิทธิภาพ

เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 มาตรา 7 จึงบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจเกินกว่าสามแห่ง แต่ก็ไม่สามารถแก้ปัญหาที่กรรมการแต่ละคนดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจจำนวนมากได้ เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็น ในเรื่องเสรีจที่ 80/2539 ว่ากรรมการสามารถดำรงตำแหน่งในรัฐวิสาหกิจเกินกว่า 3 แห่งได้ หากเป็นการดำรงตำแหน่งในฐานะกรรมการโดยตำแหน่ง ส่งผลให้กรรมการยังคงดำรงตำแหน่งในรัฐวิสาหกิจจำนวนมากได้ ต่อมา จึงได้มีการกำหนดวิธีการนับจำนวนการดำรงตำแหน่งกรรมการขึ้น โดยให้นับรวมการเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และการได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการแทนในตำแหน่งกรรมการด้วย ซึ่งแม้

จะมีการกำหนดวิธีการนับจำนวนขึ้นเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว แต่การแก้ปัญหาเกี่ยวกับการจัดสรรเวลาของกรรมการในการบริหารรัฐวิสาหกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น ก็ยังไม่อาจบรรลุผลได้ เนื่องจากการจำกัดจำนวนการดำรงตำแหน่งดังกล่าวนั้น จะต้องเป็นการดำรงตำแหน่งกรรมการใน “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 เท่านั้น และนอกจากนั้นความหมายของรัฐวิสาหกิจตามคำนิยามที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ หากเป็นกรณีที่เป็นบริษัทในเครือของรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน รัฐวิสาหกิจดังกล่าวจะต้องมีทุนรวมอยู่ด้วยถึง 2 ใน 3 ซึ่งในกรณีนี้แม้บริษัทในเครือจะมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายอื่น ก็อาจไม่อยู่ในบังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้

เนื่องจากในปัจจุบัน รัฐวิสาหกิจมีบริษัทในเครือจำนวนมาก (รัฐวิสาหกิจได้มีการจัดตั้งบริษัทในเครือ ที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายวิธีการงบประมาณ จำนวน 109 แห่ง) ส่งผลให้กรรมการรัฐวิสาหกิจมีหน้าที่จะต้องกำกับดูแลบริษัทในเครือ โดยวิธีการหนึ่งคือเข้าไปดำรงตำแหน่งหรือแต่งตั้งตัวแทน เข้าไปดำรงตำแหน่งใด ๆ ในบริษัทในเครือ ซึ่งการที่กฎหมายจำกัดจำนวนการดำรงตำแหน่งกรรมการเฉพาะแต่ในรัฐวิสาหกิจเท่านั้น จึงทำให้กรรมการรัฐวิสาหกิจไม่สามารถเข้าไปดำรง ตำแหน่งกรรมการในบริษัทในเครือของรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นได้อย่างไม่จำกัด หากบริษัทในเครือดังกล่าวไม่อยู่ในความหมายของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ นอกจากนั้นจากการที่กฎหมายจำกัดเฉพาะการดำรงตำแหน่งในรัฐวิสาหกิจเท่านั้น จึงทำให้กรรมการรัฐวิสาหกิจ แม้จะไม่สามารถดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจเกินกว่า 3 แห่งได้ แต่กรรมการดังกล่าวก็สามารถดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจอื่นได้อยู่ดี กล่าวคือ การที่กฎหมายไม่รวมถึงบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ทำให้กรรมการรัฐวิสาหกิจสามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการ ไม่ว่าจะบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจแม่ที่ตนดำรงตำแหน่ง กรรมการอยู่หรือบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจอื่น ได้อย่างไม่จำกัด ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ก็ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบริหารรัฐวิสาหกิจทั้งสิ้น เพราะนอกจากกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการประจำจะต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการซึ่งเป็นงานที่มีลักษณะประจำที่จะต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดประกอบกับการไม่จำกัดจำนวนการดำรงตำแหน่งในบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาการจัดสรรเวลาในการทำงานให้แก่รัฐวิสาหกิจได้อย่างเต็มที่ ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจำกัดจำนวนการดำรงตำแหน่งกรรมการเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนของรัฐในการบริหารรัฐวิสาหกิจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนั้นยังส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่กรรมการในบริษัทในเครือด้วย

นอกจากการจัดสรรเวลาของกรรมการในการ บริหารรัฐวิสาหกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ นั้น ไม่อาจบรรลุผลแล้ว การที่กฎหมายวางหลักเกณฑ์ในการจำกัดจำนวนการดำรงตำแหน่ง กรรมการเฉพาะในรัฐวิสาหกิจเท่านั้น ยังส่งผลกระทบต่อการเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการ รัฐวิสาหกิจของข้าราชการ ประจำที่ในการเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการ รัฐวิสาหกิจนั้นนอกจากจะ ทำให้ได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ดังเช่นที่กรรมการรัฐวิสาหกิจอื่นได้รับแล้ว ข้าราชการประจำ เหล่านี้ยังได้รับเงินเดือนประจำที่มาจากหน้าที่ราชการของตน อันส่งผลให้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ ราชการให้เกิดผลดีหรือความก้าวหน้าแก่ราชการ ด้วยความตั้งใจอุทิศสภาวะ เอาใจใส่ และรักษา ประโยชน์ของทางราชการ โดยที่สำคัญคือจะต้องอุทิศเวลาของตนให้แก่ราชการ ซึ่งการปฏิบัติ หน้าที่ราชการของข้าราชการประจำนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายต่าง ๆ เช่นในกรณีของข้าราชการพลเรือน สามัญ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ได้กำหนด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ ปฏิบัติหน้าที่ราชการต่าง ๆ ที่สำคัญโดยเฉพาะในมาตรา 82(5) ที่ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องอุทิศ เวลาของตนให้แก่ราชการ จะละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการมิได้ และในกรณีข้าราชการตำรวจซึ่ง การปฏิบัติหน้าที่นั้นอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 โดยในมาตรา 78(4) ก็ บัญญัติในทำนองเดียวกัน ที่ต้องอุทิศเวลาของตนให้แก่ราชการ จะละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการ มิได้ หรือแม้กระทั่งในกรณีของข้าราชการอัยการตามพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2521 มาตรา 46 ได้กำหนดให้ข้าราชการอัยการต้องอุ ทิศเวลาของตนให้แก่ราชการจะละทิ้ง หรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการมิได้ รวมทั้ง ข้าราชการอัยการต้องไม่ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือ กระทำกิจการใดอันเป็นการกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ราชการ

เห็น ว่านอกจากกฎหมายจะไม่ห้ามข้าราชการประจำในการเข้าไปดำรงตำแหน่ง กรรมการรัฐวิสาหกิจรวมถึงบริษัทในเครือที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจดังกล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ใน การเข้าไปดำรงตำแหน่งของกรรมการรัฐวิสาหกิจในบริษัทในเครือนั้นยังสามารถเข้าไปดำรง ตำแหน่งได้อย่างไม่จำกัด อีกด้วย ซึ่งจากหน้าที่ของบรรดาข้าราชการประจำประเภทต่าง ๆ ทำให้เห็นว่า นอกจากหลักเกณฑ์การจำกัดจำนวนในการดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจดังกล่าว จะส่งผล กระทบต่อประสิทธิภาพในการบริหารรัฐวิสาหกิจแล้ว ยังกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการ อีก ทั้งยังไม่สอดคล้องกับกฎหมายต่าง ๆ ที่วางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการอีกด้วย

นอกจากนั้น การไม่จำกัดจำนวนการดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจ แม่ และบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจอื่นที่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ สิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากบริษัท ในเครือเหล่านี้ยังจะทำให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ รัฐวิสาหกิจที่ดำรงตำแหน่งข้าราชการประจำที่มีหน้าที่กำกับดูแลรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นมากยิ่งขึ้นไปอีก

ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดจำนวนในการดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นปัญหาสำคัญ อีกปัญหาหนึ่งซึ่งทำให้ควร พิจารณาถึงความเหมาะสมในการเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการใน รัฐวิสาหกิจของบรรดาข้าราชการต่าง ๆ

ปัญหาการถือหุ้นในรัฐวิสาหกิจและบริษัทในเครือของกรรมการรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจที่ตั้ง โดยกฎหมายเอกชนซึ่งก็คือ รัฐวิสาหกิจที่อยู่ในรูปของบริษัทจำกัด และ บริษัทจำกัด (มหาชน) จากการแปลงทุนเป็นเรื้อนหุ้นเพื่อดำเนินการในลักษณะเดียวกับเอกชน หรือ ดำเนินการจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์เพื่อกระจายหุ้นบางส่วนให้แก่ผู้ลงทุนทั่วไป แต่เนื่องจาก รัฐยังคงถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบจึงยังคงมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจประเภทนี้รัฐมิได้เป็นเจ้าของทุนทั้งหมดเหมือนรัฐวิสาหกิจที่ตั้ง โดยกฎหมาย มหาชน จึงทำให้พระราชบัญญัติ ติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 ในส่วนกรรมการรัฐวิสาหกิจซึ่งนอกจากต้องมีคุณสมบัติและ ไม่มีลักษณะต้องห้ามตาม กฎหมายอื่น หรือระเบียบต่าง ๆ ที่กำหนดไว้สำหรับรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ แล้ว ยังต้องมีคุณสมบัติและ ไม่มีลักษณะต้องห้ามดังที่กำหนด ไว้ในมาตรา 5 ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ กรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็น ข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างที่มีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำตำแหน่งของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ จะต้องไม่เป็นผู้ถือหุ้นของ รัฐวิสาหกิจนั้นหรือผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่รัฐวิสาหกิจนั้นถือหุ้นอยู่

การที่กฎหมายกำหนดข้อห้ามดังกล่าวเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า บรรดาข้าราชการประจำที่ เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจมักเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย ควบคุม กำกับดูแล และตรวจสอบรัฐวิสาหกิจและบริษัทในเครือ ประ ครอบคลุมกับรัฐวิสาหกิจเป็นกิจการของรัฐ นอกจากที่รัฐจะต้องให้ความสำคัญในการเพิ่มมูลค่ากิจการหรือมูลค่าหุ้นแล้ว แต่ในอีกบทบาทหนึ่ง ซึ่งมีความสำคัญไม่แพ้กัน คือ ภาครัฐก็ยังคงต้องปฏิบัติการในฐานะผู้ดูแลผลประโยชน์ของ ประชาชนซึ่ง ไม่ได้หมายถึงเพียงแต่การประกอบกิจการให้เจ ริญก้าวหน้าเท่านั้น แต่ยังต้อง สนองตอบความต้องการของประชาชนผู้เป็นเจ้าของด้วย ซึ่งในการกำกับดูแลกิจการของภาครัฐใน ฐานะเจ้าของกระทำโดยการเลือกกรรมการเพื่อทำหน้าที่แทนตน ดังนั้น กรรมการเหล่านี้ซึ่งถือเป็น ตัวแทนของรัฐจึงมีภาระหน้าที่ต่อประชาชน โดยผลประโยชน์ที่ได้รับจากการเป็นผู้ถือหุ้นอัน ได้แก่ ผลกำไรและเงินปันผลนั้นทำให้กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอย่างชัดเจน ซึ่งอาจส่งผลให้ ข้าราชการประจำทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทมากกว่าผลประโยชน์ของรัฐ อันกระทบต่อทั้งหน้าที่ ราชการและหน้าที่กรรมการรัฐวิสาหกิจในการสนองตอบควา มต้องการของประชาชน ดังนั้นเพื่อ

ป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของบรรดาข้าราชการทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายจึงห้ามมิให้กรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นข้าราชการดังกล่าว ถือหุ้นของรัฐวิสาหกิจ หรือถือหุ้นในบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจนั้น

เมื่อพิจารณาถึงหลักการ ห้ามถือหุ้นของกรรมการรัฐวิสาหกิจที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 มาตรา 5 (8) ปรากฏว่า กฎหมายห้ามเฉพาะตัวกรรมการรัฐวิสาหกิจเท่านั้น โดยไม่ได้รวมถึง สามี ภรรยา หรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ส่งผลให้กฎหมายมาตรานี้ไม่สามารถป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจสามารถเลี่ยงหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้โดยการโอนหุ้นที่ตนมีอยู่ไปยังคู่สมรส หรือบุตร หรือหากเป็นกรณีที่กรรมการดังกล่าว ไม่ได้ถือหุ้นในนามของตนเองแต่ถือโดยบุคคลใกล้ชิดก็ไม่อยู่ในบังคับของมาตรานี้ ซึ่งทำให้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ต้องการให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชน และเพื่อป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่เป็นข้าราชการต่าง ๆ เห็นได้ว่ากรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามถึงการถือหุ้นของบุคคลใกล้ชิดนั้น ทำให้บทบัญญัติมาตรานี้จึงไม่อาจเกิดผลได้ในทางปฏิบัติ

นอกจากนั้น ข้อบังคับต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการถือหุ้นของกรรมการรัฐวิสาหกิจเมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่า มีแต่เพียงการกำหนดมาตรฐานในการป้องกันกรณีที่มีการจัดสรรผลประโยชน์ในรูปหุ้นให้แก่ข้าราชการที่เป็นกรรมการในกิจการนั้น คือ

1) ในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใหม่ที่มีทุนเรือนหุ้นและสามารถถือหรือซื้อขายโดยบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นส่วนราชการได้ หรือในโครงการที่ส่วนราชการเข้าร่วมลงทุน ห้ามกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนจากภาครัฐบาลเข้าซื้อหุ้นในนามของตนเองหรือบุคคลในครอบครัว (สามี ภรรยาหรือบุตร) รวมทั้งห้ามรับหุ้นให้เปล่าในฐานะผู้จัดตั้งหรือฐานะอื่น

2) ในระหว่างดำรงตำแหน่งกรรมการ ห้ามซื้อหุ้นของรัฐวิสาหกิจไม่ว่าจะเป็นหุ้นเก่าหรือหุ้นเพิ่มทุน ไม่ว่าจะเป็นการซื้อและถือหุ้นเพื่อการลงทุนหรือซื้อและขายเพื่อหาผลกำไรและไม่ว่าในราคาตลาดหรือราคาที่ตราไว้ก็ตาม

3) ในกรณีที่มีการให้สิทธิกรรมการซื้อหุ้นหรือให้หุ้นโดยไม่คิดมูลค่าแก่กรรมการ ให้กรรมการโอนสิทธิให้แก่ส่วนราชการ

การกำหนดมาตรการ ในการป้องกันกรณีที่มีการจัดสรรผลประโยชน์ในรูปหุ้นให้แก่ข้าราชการที่เป็น กรรมการในรัฐวิสาหกิจข้างต้นนั้น แม้ในมาตรการดังกล่าวจะมีได้กำหนดห้ามเฉพาะแต่กรรมการซึ่งเป็นผู้แทนจากภาครัฐบาลเท่านั้นแต่ยังรวมถึงบุคคลในครอบครัวด้วยก็ตาม

แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ใช้บังคับในการกระจายหุ้นในช่วงแรก และในระหว่างดำรงตำแหน่งที่ กรรมการห้ามซื้อหุ้น ในรัฐวิสาหกิจเท่านั้น ซึ่งหากข้าราชการหรือบุคคลในครอบครัวถือหุ้นก่อน เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการรัฐวิสาหกิจก็สามารถทำได้โดยไม่อยู่ในบังคับของข้อปฏิบัติดังกล่าว แต่อย่างใด

พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2518 มาตรา 5(8) ประกอบกับ การกำหนดมาตรการในการป้องกันกรณีที่มีการจัดสรรผลประโยชน์ในรูป หุ้นให้แก่ข้าราชการที่เป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจนั้น ส่งผลให้ข้าราชการที่คู่สมรสหรือบุตรซึ่งถือหุ้นในรัฐวิสาหกิจและบริษัทในเครือรัฐวิสาหกิจ สามารถเข้ามาเป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจได้ อันก่อให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการอย่างชัดเจน ทั้งหน้าที่ในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจที่เป็นตัวแทนภาครัฐที่ต้องดูแลผลประโยชน์ของประชาชน กับทั้งหน้าที่ข้าราชการในการควบคุมกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ เนื่องจากการถือหุ้นของคู่สมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้น ไม่ได้แตกต่างจากการที่ข้าราชการดังกล่าวถือหุ้นในนามของตนเอง เนื่องจากบุคคลดังกล่าวถือเป็นบุคคลใกล้ชิด

การที่กฎหมายมาตรานี้ไม่อาจใช้บังคับได้ในทางปฏิบัติทำให้นอกจากจะส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติหน้าที่ราชการแล้ว ปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ ในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจของ ข้าราชการประจำที่เป็นตัวแทนของภาครัฐที่มีหน้าที่ต่อประชาชนนั้น เป็นปัญหาที่สำคัญ เนื่องจาก เหตุผลที่กรรมการ ซึ่งเป็นข้าราชการประจำเหล่านี้มักมีอำนาจในการออกนโยบาย ควบคุม กำกับ ดูแล ซึ่งหากเกิดกรณีมีส่วนได้เสียที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนแล้วอาจใช้อำนาจหน้าที่ ๆ ตนมีอยู่ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวตนกล่าวคือ เพื่อผลประโยชน์ประกอบกิจการของรัฐวิสาหกิจเนื่องจากตนได้รับผลประโยชน์ จากการเป็นผู้ถือหุ้น โดยทางอ้อม ได้แก่ ผลกำไรและเงินปันผล กล่าวคือ หากรัฐวิสาหกิจได้กำไร มากในฐานะผู้ถือหุ้นก็จะได้รับผลตอบแทนมากขึ้นเป็นลำดับเช่นเดียวกัน ทำให้นอกจากจะกระทบ ต่อหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย ควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบที่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของ รัฐวิสาหกิจอันถือเป็นหน้าที่ราชการแล้ว การใช้อำนาจรัฐที่ตนมีดังกล่าวเพื่อให้รัฐวิสาหกิจได้รับ ผลกำไรเพื่อประโยชน์ของตนนั้นย่อมกระทบต่อหน้าที่ กรรมการรัฐวิสาหกิจที่มีต่อประชาชน อัน ก่อให้เกิดผลกระทบในวงกว้าง เนื่องจากกิจการที่รัฐวิสาหกิจมักจัดทำ อันได้แก่ กิจการที่ เป็น สาธารณูปโภคและสาธารณูปการ หรือกิจการสำคัญที่สำคัญต่อชีวิตหรือความเป็นอยู่ของประชาชน นอกจากนั้นรัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นบริษัทจำกัด และบริษัทจำกัด (มหาชน) รัฐวิสาหกิจประเภทนี้ ได้ มีการกระจายหุ้นให้แก่ผู้ลงทุนต่าง ๆ ซึ่งส่งผลให้ผลประโยชน์หรือผลกำไรต่าง ๆ ที่ รัฐวิสาหกิจได้รับ ไม่ได้ตกแก่รัฐทั้งหมด แต่ยักรวมถึงผู้ถือหุ้นซึ่งส่วนหนึ่งก็คือบรรดาเอกชน

ทั้งหลาย ดังนั้น นอกจากกฎหมาย จะไม่บัญญัติห้ามไม่ให้ข้าราชการที่มีหน้าที่ในการออกนโยบายควบคุม กำกับดูแลและตรวจสอบเข้ามา ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจแล้ว ในการป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของข้าราชการ ประจำดังกล่าว นั้น ยังไม่อาจเกิดผลได้ในทางปฏิบัติ ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการรัฐวิสาหกิจ ที่เป็นตัวแทนภาครัฐซึ่งมีหน้าที่สำคัญยิ่งในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นหลักไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งทำให้การเข้ามาดำรงตำแหน่งของข้าราชการยิ่งส่งผลกระทบร้ายแรงต่อประชาชนทั้งประเทศมากขึ้นไปอีก

SPU CHONBURI