

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาข้อห้ามการมีส่วนได้เสียในสัญญา ของสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาล

การที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 18 ทวิ¹ และมาตรา 48 จตุทศ (3)² บัญญัติในเรื่องข้อห้ามการมีส่วนได้เสียของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล และผู้บริหารเทศบาล ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ บุคคลดังกล่าวต้องไม่กระทำการเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ ซึ่งนับตั้งแต่มีการบัญญัติเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวในพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 จนถึงปัจจุบัน³ มีปัญหาการตีความบทบัญญัติดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ดังที่ปรากฏจากการตอบข้อหารือเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Interested Person) ของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และมีข้อโต้แย้งปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นคดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดเป็นจำนวนหลายคดี

¹ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

² มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑๗๗

๑๗๗

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

๑๗๗

๑๗๗

³ ข้อห้ามการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารและสมาชิกสภาท้องถิ่น เริ่มมีปรากฏในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นครั้งแรก เมื่อได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และมีการบัญญัติข้อห้ามดังกล่าวต่อมาในพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ส่วนพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อนำข้อห้ามการมีส่วนได้เสียมาบัญญัติไว้โดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ซึ่งเหตุผลสำคัญประการหนึ่งก็คือการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอยู่หลายประการ และพระราชบัญญัติเทศบาลดังกล่าวยังมีได้มีข้อห้ามดังกล่าวไว้แต่อย่างไร

ในบทนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงปัญหาข้อห้ามสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา โดยศึกษาและวิเคราะห์จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่ให้คำปรึกษาแก่ส่วนราชการ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการว่ามีการวินิจฉัยและให้ความเห็นในแต่ละประเด็นปัญหาอย่างไร มีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือไม่ อย่างไร โดยได้ทำการศึกษาแยกพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวใน 5 ประเด็นปัญหา คือ (1) ปัญหากรณียังมีได้เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาล (2) ปัญหาเกี่ยวกับการเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ (3) ปัญหาการตีความคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อม” ในสัญญา (4) ปัญหากระบวนการ ขั้นตอนในการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัย (5) วิเคราะห์แนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด โดยจะแยกพิจารณาในแต่ละประเด็นปัญหาตามลำดับ ดังนี้

4.1 ปัญหากรณียังมีได้เป็นเข้าคู่สัญญากับเทศบาล

ปัญหากรณีที่ยังมีได้เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาล หรือในกิจการที่เทศบาลจะกระทำ ผู้เขียนแยกพิจารณาสองประเด็นปัญหา คือ ปัญหากรณียื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาล และปัญหากรณีการ โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญา โดยมีประเด็นปัญหาในแต่ละกรณี ดังนี้

4.1.1 กรณียื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาล

ปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ถูกร้องเรียนและถูกผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนนั้น ได้ยื่นซองเสนอราคาต่อหน่วยงานเทศบาลตามประกาศสอบราคา⁴ หรือประกาศประกวดราคา⁵ ตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2553⁶ กรณีนี้จะถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุตศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือไม่ ในประเด็นนี้มีแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้ ดังนี้

⁴ ข้อ 14 การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท

⁵ ข้อ 15 การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกวดราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 2,000,000 บาท

⁶ การซื้อหรือการจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยฯ กระทำได้ 5 วิธี คือ (1) วิธีตกลงราคา (2) วิธีสอบราคา (3) วิธีประกวดราคา (4) วิธีพิเศษ และ (5) วิธีกรณีพิเศษ ซึ่งใน 5 วิธีดังกล่าวนี้มีเพียงวิธีสอบราคา และประกวดราคาเท่านั้นที่จะต้องดำเนินการให้ผู้ประสงค์เสนอราคายื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาล

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 20/2544⁷ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มี ส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่ เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำ กรณีการที่สมาชิกสภาเทศบาลเป็นตัวแทนห้างหุ้นส่วนฯ ยื่นขอ สอบราคาต่อเทศบาลและเจรจาตกลงกับเทศบาล จึงถือได้ว่ามีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล อีกทั้ง ในฐานะของสมาชิกสภาเทศบาลต้องมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของท้องถิ่น การกระทำดังกล่าว ย่อมจะมีประ โยชน์ขัดกันอยู่ของเทศบาลและของห้างหุ้นส่วนฯ ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 100 (4)⁸ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ⁹ อันมีผลให้สมาชิกภาพของ สมาชิกสภาเทศบาลย่อมสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 (6)¹⁰ และหากมีกรณีสงสัยต้องดำเนินการตาม มาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ต่อไป

⁷ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 20/2544 เรื่อง สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลตำบลห้างฉัตร

⁸ มาตรา 100 ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดดำเนินกิจการดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(4) เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของ เอกชน ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่ หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้น อาจขัด หรือแย้งต่อประ โยชน์ส่วนรวม หรือประ โยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

๑ล๑

๑ล๑

⁹ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้น เป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

¹⁰ มาตรา 19 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงเมื่อ

๑ล๑

๑ล๑

(6) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ

๑ล๑

๑ล๑

เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงตาม (4) (5) หรือ (6) ให้ผู้ว่าราชการ จังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 526/2545¹¹ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการเข้ายื่นขอเช่าซื้อเอกสารในการขอราคา และยื่นเสนอราคาโครงการจ้างเหมา ก็เพื่อจะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำในโครงการจ้างเหมาก่อสร้าง ในทันทีที่บุคคลนั้นเข้ายื่นขอของประกวดราคา การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำโดยสมบูรณ์ และเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ และมีผลทำให้สมาชิกภาพในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลได้สิ้นสุดลงตามมาตรา 19 (6) แล้ว การที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดไม่ได้รับการคัดเลือกในการขอราคาโครงการจ้างเหมาก่อสร้างวางระบายน้ำของเทศบาลฯ ก็มีผลทำให้สมาชิกภาพที่สิ้นสุดแล้วกลับฟื้นขึ้นใหม่ไม่

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 761/2546¹² คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการเข้ายื่นขอเช่าซื้อที่ดินขององค์การบริหารส่วนตำบล ก็โดยประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์จากกิจการที่องค์การบริหารส่วนตำบลจะกระทำในทันทีที่เข้ายื่นขอเช่าซื้อที่ดิน และองค์การบริหารส่วนตำบลได้รับขอเช่าซื้อที่ดินแล้ว จึงเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลแล้ว และมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงตามมาตรา 47 ตรี (6)¹³ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ถึงแม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลที่ยื่นขอเช่าซื้อที่ดิน จะมิได้รับการคัดเลือกในการเช่าซื้อที่ดินดังกล่าวก็ตาม

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งสามความเห็นดังกล่าวข้างต้น มีแนวความเห็นที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ กรณีสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเมื่อได้กระทำการยื่นขอเช่าซื้อที่ดินต่อเทศบาลเป็นการกระทำเพื่อจะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะ

¹¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 526/2545 เรื่อง การมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล หรือที่เทศบาลจะกระทำ (กรณีเทศบาลตำบลบ้านโดนด และเทศบาลตำบลบ้านม่วง)

¹² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 761/2546 เรื่อง การขอเช่าซื้อที่ดินของสมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลบางชะแยง ปัญหาการตีความมาตรา 47 ตรี (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

¹³ มาตรา 47 ตรี สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล สิ้นสุดลงเมื่อ

๑๓๑

๑๓๑

(4) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้น หรือที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะกระทำ

๑๓๑

๑๓๑

กระทำจึงเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำโดยสมบูรณ์ และเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3)¹⁴ และมีผลทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลหรือความเป็นผู้บริหารเทศบาลสิ้นสุดลงทันที ตามมาตรา 19 (6) หรือมาตรา 48 ปัญจทศ (5)¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้วแต่กรณี แม้ว่าจะมิได้รับการคัดเลือกในการเสนอราคาเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลนั้นจะกระทำทันที

ด้วยความเคารพต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความคิดเห็นดังกล่าว เนื่องจากการยื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาล เป็นเพียงคำเสนอที่จะทำสัญญา ซึ่งหากเทศบาลไม่ทำคำสนอง สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลนั้นกับเทศบาล จึงยังไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน กรณีจึงไม่ควรถือว่าบุคคลนั้นเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำกับเทศบาล แต่หากบุคคลดังกล่าวได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้สัญญาและได้เข้าทำสัญญากับเทศบาลแล้ว จึงจะถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำกับเทศบาล ตามความในมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ในประเด็นปัญหาเรื่องการเข้ายื่นซองเสนอราคานี้ มีคำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/2549¹⁶ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลได้รับมอบอำนาจจากพี่ชายในนามของห้างหุ้นส่วนจำกัด ว. ให้เป็นผู้มีอำนาจยื่นซองเสนอราคาจ้างเหมา

¹⁴ มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑.ล๙

๑.ล๙

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

๑.ล๙

๑.ล๙

¹⁵ มาตรา 48 ปัญจทศ นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

๑.ล๙

๑.ล๙

(5) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 48 จตุทศ

๑.ล๙

๑.ล๙

¹⁶ คดีหมายเลขดำที่ อ.322/2547 คดีหมายเลขแดงที่ อ.71/2549 ระหว่าง นายจรูญ วงศ์สวัสดิ์ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดลำปาง ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ขยายเขตบริการใช้น้ำประปาในเขตเทศบาลตำบลที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลอยู่ โดยผู้ฟ้องคดีได้ไปยื่นซองสอบราคางานประมูลจ้างเหมาฯ ด้วยตนเอง อีกทั้งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างเทศบาลตำบลกับห้างหุ้นส่วน จำกัด ว. เกี่ยวกับสัญญาจ้างเหมา ผู้ฟ้องคดีก็ได้แสดงตนเข้าเจรจากับฝ่ายเทศบาลเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ศาลปกครองสูงสุดจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลตำบลเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสามสิ้นสุดการเป็นสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาล ตำบลห้างฉัตรจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2549¹⁷ กรณีบุตรสาวของผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เข้ายื่นเอกสารประกวดราคาโดยเป็นผู้ลงลายมือชื่อในแบบใบเสนอราคาของห้างหุ้นส่วนฯ และผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลและมีตำแหน่งเป็นนายกเทศมนตรีได้สั่งการให้แจ้งห้างหุ้นส่วนฯ ดังกล่าวมาทำสัญญากับเทศบาล เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบิดาจึงมีความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรเป็นความสัมพันธ์ในทางตรง และเมื่อบุตรสาวได้เข้าร่วมยื่นซองประกวดราคาใน โครงการของเทศบาล ในฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนฯ ได้กระทำการยื่นซองประกวดราคาในนามของห้างหุ้นส่วนฯ ซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด โดยผู้ฟ้องคดีที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลและมีตำแหน่งเป็นนายกเทศมนตรีในขณะนั้นพิจารณาแล้ว ให้ห้างหุ้นส่วนฯ ดังกล่าวเป็นผู้ชนะการประกวดราคา เมื่อได้แจ้งให้ห้างหุ้นส่วนฯ มาทำสัญญา คำเสนอกับคำสนองจึงต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญาขึ้นและมีผลสมบูรณ์ตั้งแต่วันที่ยื่นซองเสนอราคา การเข้ายื่นซองเสนอราคาก็เพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำ และการที่ผู้ฟ้องคดีรู้แล้วแจ้งให้ห้างหุ้นส่วนฯ เข้าทำสัญญากับเทศบาล จึงย่อมถือได้ว่าเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำโดยสมบูรณ์ ดังนั้น จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมกับห้างหุ้นส่วนฯ ทำให้สมาชิกภาพในฐานะสมาชิกสภาเทศบาล สิ้นสุดลง ตั้งแต่วันที่มีส่วนได้เสียตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496¹⁸ แม้ว่าต่อมาห้างหุ้นส่วนฯ จะได้เปลี่ยนหุ้นส่วนผู้จัดการจากบุตรของผู้ฟ้องคดีไปเป็นบุคคลอื่นแล้ว ก็หาทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียกลายเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการของเทศบาลแต่อย่างใดไม่

¹⁷ คดีหมายเลขคำที่ อ.19/2548 คดีหมายเลขแดงที่ อ.90/2549 ระหว่าง นายตันติพงษ์ นิกรเทศ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดหนองคาย ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁸ มาตรา 19 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 124ก หน้า 1 วันที่ 22 ธันวาคม 2546

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.211/2553¹⁹ ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล และมีฐานะเป็นกรรมการมีอำนาจลงลายมือชื่อผูกพันบริษัทแต่เพียงผู้เดียว ได้ยื่นซองสอบราคาต่อองค์การบริหารส่วนตำบล ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองเสนอราคาต่อองค์การบริหารส่วนตำบล การยื่นซองเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงคำเสนอจะทำสัญญาซึ่งเมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลไม่ทำคำสนอง สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นระหว่างผู้ฟ้องคดีกับองค์การบริหารส่วนตำบลจึงยังไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน และก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้ใช้อำนาจหน้าที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับโครงการข้างต้น กรณีจึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลที่ตนดำรงตำแหน่งหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4)²⁰ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ซึ่งจะทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลงแต่อย่างใด ดังนั้น เพียงผู้ฟ้องคดียื่นซองเสนอราคาแต่ถูกคณะกรรมการปรับตก²¹ ไปก่อนจะได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาจ้างกับองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำพุ จึงหาใช่เป็นการเข้าไปถือเอาประโยชน์หรือเข้าไปดำเนินกิจการขององค์การบริหารส่วนตำบลน้ำพุแล้ว ซึ่งจะมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำพุของผู้ฟ้องคดีต้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติฯดังกล่าว ดังที่ผู้ถูกฟ้องคดีวินิจฉัยไม่

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/2549 นี้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้รับมอบอำนาจจากห้างหุ้นส่วนจำกัด ว. ให้ยื่นซองสอบราคากับเทศบาล และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างเทศบาลกับห้างหุ้นส่วนฯ เกี่ยวกับสัญญาจ้างเหมา ผู้ฟ้องคดีก็ได้แสดงตนเข้าเจรจา

¹⁹ คดีหมายเลขคำที่ อ.89/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.211/2553 ระหว่าง นายเสงชัย พิมเพราะ ผู้ฟ้องคดี และ นายอำเภอเมืองราชบุรี ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

²⁰ มาตรา 47 ตรี สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล สิ้นสุดลงเมื่อ

๑๓๙

๑๓๙

(4) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อมในสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลที่ตนดำรงตำแหน่งหรือในกิจการที่กระทำ ให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้น

๑๓๙

๑๓๙

²¹ คณะกรรมการเปิดซองสอบราคา ได้พิจารณาโดยการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ใบเสนอราคา แคตตาล็อกหรือแบบรูป และรายการละเอียดแล้วปรากฏว่าผู้เสนอราคาไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในเอกสารสอบราคา จึงไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นผู้เข้าเสนอราคา

กับฝ่ายเทศบาลเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กล่าวคือ ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้รับการคัดเลือกให้ทำสัญญากับเทศบาล และมีข้อเท็จจริงประกอบว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นผู้ฟ้องคดีได้แสดงตนเข้าไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นด้วยตนเอง ศาลปกครองสูงสุดจึงได้วินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งข้อเท็จจริงคล้ายกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2549 นั่นคือได้มีการยื่นซองเสนอราคาและได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับเทศบาล แต่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.211/2553²² นั้น ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองขอราคาแต่ยังไม่มีกรเข้าทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดียื่นซองเสนอราคาเป็นเพียงคำเสนอจะทำสัญญา ซึ่งเมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลไม่ทำคำสนอง สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นระหว่างผู้ฟ้องคดีกับองค์การบริหารส่วนตำบลและยังไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน จึงไม่ถือว่า ผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียในสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล

พิเคราะห์แล้ว เห็นว่า ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดนั้น เพียงแต่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลยื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาลยังไม่ถือว่าเป็นการเข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการที่เทศบาลนั้นจะกระทำแต่อย่างใด แต่หากการเสนอราคานั้นได้รับการคัดเลือก²³ ให้เป็นคู่สัญญาแล้วจึงจะถือว่าเป็นการเข้าไปถือเอาประโยชน์หรือเข้าไปดำเนินกิจการของเทศบาลทันที ซึ่งต้องพิจารณาพฤติการณ์ประกอบข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา กล่าวคือ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า เมื่อสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลได้กระทำการยื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาล ก็ถือว่าเป็นการเข้าไปเอาประโยชน์จากสัญญานั้นแล้ว แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญาก็ตาม

ผู้เขียนมีความเห็นในแนวทางเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เพราะว่า การที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลนั้นเพียงแต่กระทำการยื่นซองเสนอราคา ยังเป็นเพียงคำเสนอที่จะทำ

²² เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ผู้เขียนจึงนำคำพิพากษานี้มาวิเคราะห์โดยเทียบเคียง

²³ ในการพิจารณาผลการสอบราคา หรือประกวดราคา คณะกรรมการจะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ใบเสนอราคา แคตตาล็อก หรือรูปแบบ และรายการละเอียด แล้วคัดเลือกผู้เสนอราคาที่ถูกต้องตามเงื่อนไขในเอกสารสอบราคา หรือประกวดราคา จากนั้นคณะกรรมการจะพิจารณาคัดเลือกพัสดุหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่ถูกต้องตามคุณสมบัติที่มีคุณภาพและคุณสมบัติเป็นประโยชน์ต่อเทศบาล และเสนอให้ซื้อหรือจ้างจากรายที่คัดเลือกไว้แล้วดังกล่าว ซึ่งเสนอราคาต่ำสุด

สัญญา ซึ่งเทศบาลไม่ทำคำสนอง สัญญา²⁴ จึงยังไม่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลนั้นกับเทศบาลจึงยังไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน กรณีจึงไม่ถือว่าบุคคลนั้นเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำกับเทศบาลตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แต่ถ้าหากว่าการยื่นซองเสนอราคารานั้นได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาล บุคคลนั้นย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการที่กระทำกับเทศบาลเพราะได้มุ่งเข้าไปเอาผลประโยชน์จากสัญญาหรือกิจการนั้นแล้ว

4.1.2 กรณีการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญา

ประเด็นปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นที่ปรึกษาของบริษัทฯ ได้รับการ โอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่ จะถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) และต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 19 วรรคสอง และมาตรา 48 ปัญจทศ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือ ไม่ มีแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 889/2547²⁵ กรณีสมาชิกสภาเทศบาล (ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีด้วย²⁶) ซึ่งเป็นที่ปรึกษาของบริษัทฯ โดยได้รับเงินค่าตอบแทนจากบริษัทฯ ดังกล่าว ที่มีมารดา พี่สาว และภรรยาเป็นผู้ถือหุ้น ในขณะที่ดำรงตำแหน่งปรากฏว่าห้างหุ้นส่วนที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาลได้โอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาซื้อขายให้กับบริษัทฯ และบอกกล่าวการโอนให้เทศบาลทราบ และเมื่อบริษัทฯ รับเงินจากการ โอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจากเทศบาลจะมีผลทำให้สมาชิกสภาเทศบาลซึ่งเป็นที่ปรึกษาบริษัทฯ เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับเทศบาลหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการ โอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาดังกล่าว

²⁴ สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่าย ขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสนอ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้สนองรับเมื่อคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาก็เกิดขึ้นมา และมีผลผูกพันคู่สัญญา

²⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 889/2547 เรื่อง การมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาล นครยะลา

²⁶ เดิมนายกเทศมนตรีมาจากการแต่งตั้งของผู้ว่าราชการจังหวัด โดยผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งนายกเทศมนตรีและคณะเทศมนตรีจากสมาชิกสภาเทศบาลด้วยความเห็นชอบของสภาเทศบาล แต่ในปัจจุบันนายกเทศมนตรีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2543

เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่พึง โอนแก่กันได้ตามมาตรา 303²⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไปยังบุคคลอื่น มิใช่เป็นการโอนหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา และไม่มีผลเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่และคู่สัญญาเดิมต่างฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่เช่นเดิม โดยผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับปฏิบัติตามสัญญาแต่อย่างใด การที่บริษัทฯ ดังกล่าว ไปรับเงินจากเทศบาลจึงเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องในการรับเงินตามสัญญาเท่านั้น โดยไม่อาจถือได้ว่าบริษัทฯ มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และไม่มีผลทำให้สมาชิกสภาเทศบาลของนายกเทศมนตรีสิ้นสุดลง

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นที่ปรึกษาของบริษัทฯ ได้รับการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่ ไม่ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาตามมาตรา 18 ทวิ²⁸ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3)²⁹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับแนวความเห็นดังกล่าว เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาดังกล่าวเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง³⁰ ที่พึงโอนแก่กันได้ โดยเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไปยังบุคคลอื่น เป็นการโอนเพียงสิทธิการรับเงินตามสัญญา ซึ่งเป็นสิทธิที่เจ้าหนี้ของเทศบาลมีสิทธิได้รับเพียงฝ่ายเดียว มิใช่เป็นการโอนหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติตาม

²⁷ มาตรา 303 สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึง โอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้

ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น การแสดงเจตนาเช่นว่านี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการ โดยสุจริต

²⁸ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือ ในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

²⁹ มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑ล๑ ๑ล๑

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

๑ล๑ ๑ล๑

³⁰ สิทธิเรียกร้อง คือ สิทธิของเจ้าหนี้รายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นเมื่อใดย่อมมีสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้จะ โอน ได้ตั้งแต่นั้น สิทธิเรียกร้องทุกประเภทโดยหลักแล้วย่อมโอนกันได้ แม้สิทธิเรียกร้องซึ่งมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข

สัญญา ไม่มีผลเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่และคู่สัญญาเดิมต่างฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่เช่นเดิม โดยผู้รับ โอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ การปฏิบัติตามสัญญาแต่อย่างใด จึงไม่ถือว่าเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญา

แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่สัญญานั้นยังมีนิติสัมพันธ์อยู่ โดยที่คู่สัญญายังมีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกันอยู่ แล้วมีการ โอนสิทธิและหน้าที่ของการเป็นคู่สัญญากับเทศบาลให้กับสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล โดยการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ตามมาตรา 350³¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลดังกล่าวได้กระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามตาม มาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้ว

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

ปัญหาเกี่ยวกับการที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเข้าเป็นคู่สัญญาที่เทศบาล นั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ มีประเด็นที่ พิจารณาในการศึกษานี้ คือ

- (1) ประเภทของสัญญาที่ต้องห้ามเข้ามีส่วนได้เสีย
- (2) กรณีที่ทำสัญญากับเทศบาลก่อนดำรงตำแหน่ง แต่ส่งมอบงานตามสัญญาขณะดำรงตำแหน่ง
- (3) กรณีที่ทำสัญญากับเทศบาลและได้ส่งมอบงานตามสัญญาก่อนดำรงตำแหน่ง แต่ยังคงอยู่

ภายในระยะเวลารับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องตามสัญญา

- (4) กรณีลาออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัด แต่ยังไม่ได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงหลักฐานทางทะเบียน

ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอข้อพิจารณาในแต่ละประเด็น ดังนี้

³¹ มาตรา 305 แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้น จะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะ ทำโดยขึ้นใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่

4.2.1 ประเภทของสัญญาที่ต้องห้ามเข้ามีส่วนได้เสีย

บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ³² และมาตรา 48 จตุทศ (3)³³ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้บัญญัติว่าสัญญาประเภทใดบ้างที่ต้องห้ามเข้ามีส่วนได้เสีย ผู้เขียนจึงทำการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้ทราบถึงประเภทของสัญญาที่ต้องห้ามเข้ามีส่วนได้เสีย พบว่ามีสัญญาประเภทต่าง ๆ ที่ต้องห้ามสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเข้ามีส่วนได้เสีย ดังนี้

(1) สัญญาจ้างก่อสร้าง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.76/2547³⁴ กรณีการเข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาจ้างระหว่างเทศบาลตำบลวังสะพุงกับบริษัท ประทีปธรรม จำกัด โครงการก่อสร้างขยายไหล่ทางคอนกรีตเสริมเหล็กพร้อมท่อระบายน้ำ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2548³⁵ กรณีการเข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก สายนพรัตน์ 6 โดยเทศบาลตำบลสีคิ้วเป็นคู่สัญญาผู้ว่าจ้างก่อสร้างในขณะที่ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลสีคิ้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.454/2551³⁶ กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นรองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดพัทลุงและเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด พงศ์บัณฑิตธุรกิจ ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา

³² มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

³³ มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑.ล.๑

๑.ล.๑

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

๑.ล.๑

๑.ล.๑

³⁴ คดีหมายเลขคำที่ อ.70/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.76/2547 ระหว่าง นายสมสวรรค์ ชันคำ ผู้ฟ้องคดีที่ 1 นางวิรัตน์ พิมที ผู้ฟ้องคดีที่ 2 และผู้ว่าราชการจังหวัดเลย ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

³⁵ คดีหมายเลขคำที่ อ.164/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.11/2548 ระหว่าง นายสมชัย เจียรพันธ์พงษ์ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดนครราชสีมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

³⁶ คดีหมายเลขคำที่ อ.578/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.454/2551 ระหว่าง นายบุญพา เกื้อทอง ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพัทลุง ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

เนื่องจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดพัทลุงได้ทำสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด พงศ์บัณฑิตธุรกิจ โครงการก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กสะพานห้วย และโครงการก่อสร้างสะพานคอนกรีตเสริมเหล็กบ้านบางม่วง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2553³⁷ กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลออย อำเภอปง จังหวัดพะเยาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาจ้างก่อสร้างรั้วองค์การบริหารส่วนตำบลออย และประกันการชำระคบกพร่องมีกำหนด 2 ปี

(2) สัญญาซื้อขาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.298/2551³⁸ กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลเขื่อนอุบลรัตน์ และเป็นเจ้าของกิจการห้างหุ้นส่วนจำกัด ชิตชัยออยล์ และร้านชิตชัยพาณิชย์ในเขตเทศบาลตำบลเขื่อนอุบลรัตน์ ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ได้วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากมีส่วนได้เสียในสัญญา กรณีทำบันทึกตกลงซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ชิตชัยออยล์ โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขายกับเทศบาลตำบลเขื่อนอุบลรัตน์เป็นผู้ซื้อ และได้ตกลงซื้อขายสินค้าและวัสดุของร้านชิตชัยพาณิชย์กับเทศบาลตำบลเขื่อนอุบลรัตน์ในขณะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล

(3) สัญญาจ้างซ่อมแซมครุภัณฑ์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.127/2552³⁹ กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลห้วยข้าวก่า ถูกร้องเรียนว่าได้เข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับเทศบาลตำบลห้วยข้าวก่า เนื่องจากบุตรของผู้ฟ้องคดีเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลตำบลห้วยข้าวก่า ในฐานะผู้รับจ้างบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมครุภัณฑ์ยานพาหนะรถยนต์

³⁷ คดีหมายเลขดำที่ อ.223/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.78/2553 ระหว่าง นายสุเมธ อุดไชย ผู้ฟ้องคดี และนายอำเภอปง ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

³⁸ คดีหมายเลขดำที่ อ.370/2548 คดีหมายเลขแดงที่ อ.298/2551 ระหว่าง นายชิต หงส์กาญจนกุล ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่น ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

³⁹ คดีหมายเลขดำที่ อ.711/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.127/2552 ระหว่าง นายไตรเทพ ไชยวุฒิ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

(4) สัญญาจ้างเหมาซ่อมแซมถนน

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 126/2553⁴⁰ กรณีผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีตำบลบ้านทราย มีบุตรเขยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด ทวีศักดิ์เชียงคำก่อสร้าง โดยห้างหุ้นส่วนจำกัด ทวีศักดิ์เชียงคำก่อสร้าง เป็นคู่สัญญากับเทศบาลตำบลบ้านทรายในสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างโครงการซ่อมแซมถนนลูกรังและหินคลุกโดยวิธีตกลงราคา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.211/2553⁴¹ กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลน้ำพุ อำเภอเมืองราชบุรี จังหวัดราชบุรี เป็นกรรมการซึ่งมีอำนาจลงลายมือชื่อผูกพันบริษัท ส.เส็งชัย จำกัด ได้แต่เพียงผู้เดียว ยื่นขอสงวนราคาจ้างโครงการซ่อมแซมถนนลูกรังภายในหมู่บ้าน หมู่ที่ 1 ถึงหมู่ที่ 6 ตำบลน้ำพุ อำเภอเมืองราชบุรี จังหวัดราชบุรี

(5) สัญญาจ้างทำของ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.127/2552⁴² กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลห้วยข้าวกล้า ถูกร้องเรียนว่าได้เข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับเทศบาลตำบลห้วยข้าวกล้า เนื่องจากบุตรของผู้ฟ้องคดีเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลตำบลห้วยข้าวกล้า ในฐานะผู้รับจ้างทำโคมไฟแขวนประดับ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.226/2553⁴³ กรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุมีส่วนได้เสียในสัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เนื่องจากขณะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลเมืองแพร่ บริษัท รัตนบรรจง จำกัด ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนผู้มีอำนาจลงนามของบริษัท ได้รับจ้างจัดทำอาหารกลางวันให้กับเทศบาลเมืองแพร่ เป็นเงิน 144,000 บาท

⁴⁰ คำร้องที่ 583/2552 คำสั่งที่ 126/2553 ระหว่าง นายตัน ใจดี ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำร้องอุทธรณ์คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง)

⁴¹ คดีหมายเลขคำที่ อ.89/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.211/2553 ระหว่าง นายเส็งชัย พิมเพราะ ผู้ฟ้องคดี และนายอำเภอเมืองราชบุรี ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

⁴² คดีหมายเลขคำที่ อ.711/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.127/2552 ระหว่าง นายไตรเทพ ไชยวุฒิ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

⁴³ คดีหมายเลขคำที่ อ.459/2548 คดีหมายเลขแดงที่ อ.226/2553 ระหว่าง นายโชคชัย พนมขวัญ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดแพร่ ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

พิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นแล้ว เห็นว่าสัญญาที่ต้องห้ามผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเข้ามีส่วนได้เสียในสัญญานั้น มีทั้งสัญญาจ้างก่อสร้าง สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างซ่อมแซมครุภัณฑ์ แต่มีปัญหว่า เทศบาลมีนายกเทศมนตรีเป็นผู้บริหารเทศบาล และต้องเป็นผู้ลงนามเป็นผู้จ้างในสัญญาจ้างแรงงานพนักงานจ้างตามภารกิจและพนักงานจ้างทั่วไปของเทศบาล หากพนักงานจ้างของเทศบาลมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับนายกเทศมนตรีผู้ลงนามในสัญญาจ้างนั้น จะทำให้นายกเทศมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุมีส่วนได้เสียหรือไม่ ในประเด็นนี้ มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.742/2555⁴⁴ คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรี ผู้ฟ้องคดีขอให้วินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรีตำบลบ้านฝาง) ว่าสิ้นสุดลงตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือไม่ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีที่ 2 ขณะที่ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีตำบลบ้านฝาง ได้ทำสัญญาว่าจ้างบุตรสาวและหลานชายของตนเองให้เป็นพนักงานของเทศบาลตำบลบ้านฝาง ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 18 ทวิ⁴⁵ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลจะพ้นสมาชิกภาพจะต้องปรากฏเงื่อนไข ดังนี้ (1) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือ (2) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อมในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ ซึ่งการจะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลคนใดมีลักษณะเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือไม่ ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ โดยในคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่ง

⁴⁴ คดีหมายเลขดำที่ อ.400/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.742/2555 ระหว่าง นายสุรศักดิ์ วัฒนาศิริพร ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่น ที่ 1 นายกเทศมนตรีตำบลบ้านฝาง ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

⁴⁵ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

แต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อจ้าง⁴⁶ เป็นพนักงานจ้างตามภารกิจและพนักงานจ้างทั่วไปของเทศบาล ซึ่งบุตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สมัครในตำแหน่งผู้ช่วยเจ้าหน้าที่ทะเบียน และสอบได้ลำดับที่ 1 และหลานชายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สมัครในตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ โดยสอบได้ลำดับที่ 1 ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีประกาศรายชื่อผู้สอบคัดเลือกได้เพื่อบรรจุเป็นพนักงานจ้างตามภารกิจและพนักงานจ้างทั่วไปของเทศบาล จะเห็นได้ว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะเป็นผู้ลงนามในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อจ้างเป็นพนักงานจ้างตามภารกิจ และพนักงานจ้างทั่วไปของเทศบาลตำบลบ้านฝาง แต่ก็เป็นกรลงนามในฐานะนายกเทศมนตรี อันเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 11⁴⁷ แห่งพระราชกฤษฎีการะเบียบพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2519 ประกอบกับคณะกรรมการดังกล่าวที่ทำหน้าที่สรรหาและเลือกสรรเพื่อดำเนินการสอบคัดเลือกพนักงานจ้างของเทศบาลก็ไม่มีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าไปเป็นคณะกรรมการสอบคัดเลือกและไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใด ๆ ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้เข้าไปมีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นพนักงานจ้างแต่อย่างใด และแม้ในกรณีนี้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ที่สอบได้ทั้งสองมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่เป็นการต้องห้ามที่บุคคลทั้งสองจะสมัครเข้าสอบคัดเลือกและเข้าปฏิบัติงานในเทศบาล เพราะบุคคลทั้งสองย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับบุคคลอื่นที่จะเลือกประกอบสัมมาอาชีพของตน และการที่บุคคลทั้งสองได้สอบคัดเลือกและได้ผ่านการสอบคัดเลือกตามที่กฎหมายกำหนดก็ย่อมเป็นสิทธิของบุคคลทั้งสองที่จะเข้าปฏิบัติงานในเทศบาลได้ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีส่วนได้เสียโดยตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลตำบลบ้านฝางเป็นคู่สัญญาอันจะเป็นผลให้

⁴⁶ ประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาล เรื่อง มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับพนักงานจ้าง ข้อ 19 การสรรหาและการเลือกสรรพนักงานจ้างตามภารกิจและพนักงานจ้างทั่วไป เมื่อคณะกรรมการพนักงานเทศบาลเห็นชอบให้กำหนดตำแหน่งใดแล้ว ให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังนี้

๑๗๑

๑๗๑

(8) ภายหลังจากประกาศรับสมัครแล้ว ให้นายกเทศมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการสรรหาและเลือกสรร จำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน ประกอบด้วย

๑๗๑

๑๗๑

⁴⁷ มาตรา 11 การแต่งตั้งและการให้พนักงานเทศบาลพ้นจากตำแหน่ง ให้นายกเทศมนตรีโดยความเห็นชอบของ ก.ท. เป็นผู้มียอำนาจแต่งตั้งและให้พ้นจากตำแหน่ง

ในกรณีการแต่งตั้งและให้ลูกจ้างของเทศบาลพ้นจากตำแหน่ง ให้นายกเทศมนตรีโดยความเห็นชอบของ อ.ก.ท. จังหวัด ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.ท. กำหนด เป็นผู้มียอำนาจแต่งตั้งและให้พ้นจากตำแหน่ง ทั้งนี้ ตามที่ ก.ท. กำหนด

สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลตำบลบ้านฝางของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สิ้นสุดลงตามมาตรา 18 ทวิ⁴⁸ และมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6)⁴⁹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น เนื่องจากการพิจารณาวินิจฉัยการฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา โดยอาศัยการพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในคดีประกอบด้วย จะทำให้เกิดความเป็นธรรมกับนายกเทศมนตรีได้ดีกว่า การพิจารณาเพียงความสัมพันธ์ทางเครือญาติแต่เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ แม้ว่านายกเทศมนตรีจะเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างบุตรสาวและหลานชายของตนเป็นพนักงานจ้างของเทศบาล แต่การที่นายกเทศมนตรีได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนตามระเบียบฯ และหลักเกณฑ์ในการสรรหาพนักงานจ้าง และไม่ปรากฏว่านายกเทศมนตรีได้ใช้อำนาจของตนในการแทรกแซงหรือได้เข้าไปมีส่วนได้เสีย หรือประโยชน์เกี่ยวข้องข้องในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นพนักงานจ้างแต่อย่างใด กรณีจึงไม่ถือว่านายกเทศมนตรีฝ่าฝืนข้อห้ามตามบทบัญญัติมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

4.2.2 กรณีที่ทำสัญญากับเทศบาลก่อนดำรงตำแหน่งแต่ส่งมอบงานตามสัญญาในขณะที่ดำรงตำแหน่ง

ประเด็นปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลได้เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลตั้งแต่ก่อนดำรงตำแหน่ง แต่ได้ส่งมอบงานตามสัญญาเมื่อได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล หรือได้รับเลือกตั้งให้เป็นนายกเทศมนตรี หรือได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรองนายกเทศมนตรี เลขานุการนายกเทศมนตรี หรือที่ปรึกษานายกเทศมนตรี แล้วแต่กรณี จะถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) และต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 19 วรรคสอง และมาตรา 48 ปัญจทศ วรรคสาม หรือไม่ กรณีนี้มีแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ ดังนี้

⁴⁸ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

⁴⁹ มาตรา 19 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงเมื่อ

๑ล๑

๑ล๑

(6) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ

๑ล๑

๑ล๑

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 78/2547⁵⁰ กรณีเทศบาลตำบลได้ทำสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ก่อสร้างถนน คสล. โดยมีนาย ค. เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างฯ ลงนามในฐานะผู้รับจ้าง สัญญาลงวันที่ 17 กันยายน 2545 กำหนดแล้วเสร็จสมบูรณ์ภายในวันที่ 1 พฤศจิกายน 2545 ต่อมาในวันที่ 5 ตุลาคม 2545 นาย ค. ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล⁵¹ โดยที่ยังคงมีสถานะเป็นหุ้นส่วนของห้างฯ และในวันที่ 7 ตุลาคม 2545 นาย ค. ได้มีหนังสือส่งมอบงานที่ก่อสร้างถนนแล้วเสร็จและใบแจ้งหนี้ ถึงประธานกรรมการตรวจรับงาน⁵² ที่เทศบาลแต่งตั้งไว้ โดยลงนามในฐานะหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างฯ ต่อมาในวันที่ 8 ตุลาคม 2545 นาย ค. จึงได้ไปจดทะเบียนลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. และเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2545 คณะกรรมการตรวจรับงานได้ตรวจรับถนนดังกล่าวและจ่ายค่าจ้างให้แก่ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ในวันเดียวกัน คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าเมื่อนาย ค. ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ตั้งแต่วันที่ 5 ตุลาคม 2545 และยังคงเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ซึ่งเป็นคู่สัญญากับเทศบาลในสัญญาก่อสร้างถนน คสล. แม้ว่าจะได้จดทะเบียนลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2545 กรณีจึงถือได้ว่านาย ค. สมาชิกสภาเทศบาล เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับเทศบาลตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ซึ่งมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลตำบลสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 (6) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ แล้ว

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 262/2547⁵³ กรณีนายกเทศมนตรีถูกร้องเรียนว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล เนื่องจากได้ทำสัญญาจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่เทศบาลก่อนที่จะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล และส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงให้เทศบาลในวันที่ได้รับเลือกตั้งและได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกเทศมนตรี จึงได้จดทะเบียนยกเลิกการประกอบกิจการค่าน้ำมันเชื้อเพลิง (ป้อนน้ำมัน) คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการมีสัญญาจำหน่าย

⁵⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 78/2547 เรื่อง การมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล ตำบลหนองกี่ อำเภอหนองกี่ จังหวัดบุรีรัมย์

⁵¹ สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลเริ่มนับตั้งแต่วันเลือกตั้ง

⁵² คณะกรรมการตรวจการจ้างมีหน้าที่ตรวจสอบผลงานที่ผู้รับจ้างส่งมอบภายใน 3 วันทำการ นับแต่วันที่ประธานกรรมการได้รับทราบการส่งมอบงาน และให้ทำการตรวจรับให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็วที่สุด ตามความในข้อ 65 แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2553

⁵³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 262/2547 เรื่อง การดำเนินกิจการของคณะเทศมนตรี ภายหลังสมาชิกสภาเทศบาลลาออกจากรับตำแหน่งนายกเทศมนตรี และการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาล และสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล

น้ำมันเชื้อเพลิงระหว่างผู้รับมอบอำนาจจากสมาชิกสภาเทศบาลที่ถูกร้องเรียน (บุตรสะเก้ง) กับเทศบาลที่ได้ทำสัญญาดังกล่าวไว้ก่อนที่ผู้ถูกร้องเรียนจะได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แต่เมื่อวันกำหนดส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงตามสัญญาเป็นวันเดียวกันกับวันที่สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นได้รับเลือกตั้ง ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้วันดังกล่าวเป็นวันเริ่มต้นของการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล⁵⁴ มีผลให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าปั้มน้ำมันดังกล่าวจะไม่ได้จำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่เทศบาลอีกแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะมาตรา 18 ทวิ ประกอบกับมาตรา 19 (6) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12)⁵⁵ พ.ศ. 2546 มีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้สมาชิกสภาเทศบาลเข้ามามีส่วนได้เสียกับเทศบาลที่ตนเข้ามาดำรงตำแหน่ง ดังนั้น เมื่อวันที่สมาชิกผู้นั้นได้รับเลือกตั้งเป็นวันเริ่มมีสมาชิกภาพเป็นสมาชิกสภาเทศบาล จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ได้ทำไว้กับเทศบาล อันเป็นกรณีกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 19 (6) ประกอบกับมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่มีผลให้ต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพตั้งแต่วันที่มิเหตุดังกล่าวเป็นต้นไป

ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งสองความเห็นดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าแม้ว่าขณะทำสัญญาสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นจะยังมิได้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ก็ตาม แต่หากสัญญานั้นยังมีนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาอยู่ และได้รับการเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาเทศบาล หรือนายกเทศมนตรี ก็ถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้ว

ด้วยความเคารพต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 18 ทวิ⁵⁶ และมาตรา 48 จตุทศ⁵⁷ ใช้คำว่า “สมาชิกสภาเทศบาล” และ “นายกเทศมนตรี” ย่อมหมายความว่า ในขณะที่ทำสัญญบุคคลดังกล่าวต้องดำรงตำแหน่งอยู่แล้วจึงจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติทั้งสอง

⁵⁴ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 16 สมาชิกสภาเทศบาลให้อยู่ในตำแหน่งได้คราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้ง ถ้าตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลว่างลงเพราะเหตุอื่นนอกจากถึงคราวออกตามวาระหรือมีการยุบสภา ให้เลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลขึ้นแทนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

⁵⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 124 ก หน้า 1 วันที่ 22 ธันวาคม 2546

⁵⁶ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

⁵⁷ มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

มาตรานี้ แต่กรณีเมื่อขณะทำสัญญาบุคคลดังกล่าวยังมีได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล หรือนายกเทศมนตรี จะถือว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียตามบทบัญญัติดังกล่าวได้อย่างไร แม้ว่าภายหลังต่อมาได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือนายกเทศมนตรีก็ตาม

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 262/2547 ได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2549 ได้วินิจฉัยแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2549 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดที่วินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีต้องพ้นจากสมาชิกภาพ เนื่องจากกระทำการต้องห้าม โดยเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้อง เพราะในวันที่ 14 กรกฎาคม 2545 อันเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งนั้นมิได้มีการทำสัญญาซื้อขายน้ำมันแต่เป็นการชำระหนี้ที่คู่สัญญามีหน้าที่ต่อกันเท่านั้น และการทำสัญญาดังกล่าวได้กระทำในขณะที่ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นสมาชิกสภาเทศบาล การทำสัญญาของผู้ฟ้องคดี กรณีนี้ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ของสมาชิกสภาเทศบาล ในขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาล จะกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นคู่สัญญามีส่วนได้เสียกับเทศบาลในขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลหาได้ไม่ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ของมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติเพื่อห้ามสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามีผลประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลและให้สมาชิกสภาเทศบาลทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรมโดยไม่ประสงค์จะให้สมาชิกสภาเทศบาลได้ประโยชน์ใดจากการเข้าทำประโยชน์หรือสัญญาหรือเข้าทำกิจการใด ๆ จากเทศบาลไม่ว่าด้วยตนเอง หรือผ่านผู้อื่นในขณะที่ดำรงตำแหน่ง ข้อเท็จจริงกรณีนี้เป็นการทำสัญญาก่อนที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล การส่งมอบน้ำมันตามข้อตกลงในสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีทำกับเทศบาล ถือว่าเป็นการดำเนินการตามข้อผูกพันในสัญญาและได้มีการส่งมอบมาโดยตลอดจนถึงวันที่ 14 กรกฎาคม 2545 แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลและให้ถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาเทศบาลในวันดังกล่าว⁵⁸ ก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาล เพราะการส่งมอบน้ำมันดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกันไว้ในวันที่ 1 กรกฎาคม 2545 ซึ่งผู้ฟ้องคดียังมิได้เป็นสมาชิกสภาเทศบาล⁵⁹ การส่งมอบสินค้าถือเป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่มีต่อเทศบาลในฐานะคู่สัญญา ไม่ถือว่าเป็นการกระทำมิชอบด้วย

⁵⁸ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 16 สมาชิกสภาเทศบาลให้อยู่ในตำแหน่งได้คราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้ง ถ้าตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลว่างลงเพราะเหตุอื่นนอกจากถึงคราวออกตามวาระหรือมีการยุบสภา ให้เลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลขึ้นแทนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

⁵⁹ สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลเริ่มนับตั้งแต่วันเลือกตั้ง

กฎหมายตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว การส่งมอบน้ำมันของผู้ฟ้องคดีในวันเลือกตั้งไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียหรือได้ประโยชน์จากการเป็นสมาชิกสภาเทศบาล

พิเคราะห์แล้ว เห็นว่าในประเด็นปัญหานี้ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาแตกต่างจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นที่ว่า แม้ว่าขณะทำสัญญาสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นจะยังมีได้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ก็ตาม แต่ถ้าหากสัญญานั้นยังมีนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาอยู่ และได้รับการเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาเทศบาล หรือนายกเทศมนตรี ก็ถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นว่า ในขณะที่ทำสัญญาสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลนั้นยังมีได้ดำรงตำแหน่งจึงไม่อาจใช้ตำแหน่งในการแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่งได้ แม้ว่าจะได้ส่งมอบงานตามสัญญาในวันเลือกตั้งซึ่งถือว่าเป็นวันที่เริ่มต้นดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลก็ตาม ก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาล เพราะการส่งมอบงานเป็นการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกันไว้ก่อนที่จะได้รับเลือกตั้ง

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในขณะที่ทำสัญญากันนั้นผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล การส่งมอบน้ำมันตามสัญญาเป็นเพียงการชำระหนี้ตามสัญญาที่ทำกันไว้ก่อนที่จะดำรงตำแหน่ง บุคคลดังกล่าวจึงไม่อาจใช้ตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลในการแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่งด้วยการเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาล โดยคุณความหรือเบียดเบียนประโยชน์สาธารณะได้ กรณีจึงไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

4.2.3 กรณีที่ทำสัญญากับเทศบาลและได้ส่งมอบก่อนได้รับเลือกตั้งแต่ยังอยู่ภายในระยะเวลาบังคับความชำระคบกพร่องตามสัญญา

ประเด็นปัญหากรณีนี้สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลได้ทำสัญญากับเทศบาลก่อนที่จะสมัครรับเลือกตั้งและได้ส่งมอบงานตามสัญญาก่อนได้รับเลือกตั้งแล้ว แต่การที่มีข้อกำหนดในสัญญาว่าให้คู่สัญญานั้นต้องรับผิดชอบในความชำระคบกพร่องของงานที่ส่งมอบภายในระยะเวลา 2 ปี⁶⁰ นับแต่วันตรวจรับมอบงานนั้น หากผู้นั้นได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล

⁶⁰ ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2553 ข้อ 125 กำหนดให้การลงนามในสัญญา เป็นอำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และให้ทำเป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษ ตามตัวอย่างที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด ซึ่ง ตัวอย่างสัญญาที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดในปัจจุบัน จะกำหนดระยะเวลาเพื่อความรับผิดชอบเพื่อความชำระคบกพร่องของงานจ้างก่อสร้าง เป็นระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันตรวจรับมอบงานนั้น

หรือผู้บริหารเทศบาลภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันตรวจรับงาน จะมีผลทำให้บุคคลดังกล่าวต้องตกเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) และต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 19 วรรคสอง และมาตรา 48 ปัญจทศ วรรคสาม หรือไม่มีแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 18/2548⁶¹ กรณีผู้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี และมีตำแหน่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด ป. ได้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างกับเทศบาล จำนวน 4 โครงการ โดยสัญญาจ้างทั้ง 4 ฉบับ มีกำหนดระยะเวลาการรับประกันในความชำรุดบกพร่องภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ตรวจรับงาน ต่อมาบุคคลดังกล่าวได้รับเลือกตั้งภายในระยะเวลาที่จะต้องรับประกันในความชำรุดบกพร่องตามสัญญา คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วมีความเห็นว่า บุคคลดังกล่าวทำสัญญาจ้างงานกับเทศบาล โดยดำเนินการตามสัญญาเสร็จสิ้นแล้วก่อนดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี รวมทั้งปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่า ได้ลาออกจากหุ้นส่วนผู้จัดการตั้งแต่วันที่ 12 มกราคม 2547 และมีการแก้ไขทางทะเบียน⁶² ก่อนลงสมัครรับเลือกตั้ง ความเกี่ยวพันระหว่างบุคคลดังกล่าวกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ป. จึงสิ้นสุดลงนับแต่วันที่ 12 มกราคม 2547 กรณีจึงถือได้ว่าบุคคลดังกล่าว ไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ทำกับเทศบาลและไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 48 จตุทศ (3) และมาตรา 48 ปัญจทศ (5) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546⁶³

พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่ได้เป็นผู้สัญญาจ้างกับเทศบาลก่อนได้รับเลือกตั้ง แต่ยังคงอยู่ภายในระยะเวลารับประกันความชำรุดบกพร่องของงานที่รับมอบไว้นั้น ไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ แต่อย่างใด ซึ่งในประเด็นนี้ มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกัน ดังนี้

⁶¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 18/2548 เรื่อง การมีส่วนได้เสียของนายกเทศมนตรีตำบลหนองแสง

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1078/1 หุ้นส่วนผู้จัดการคนใดจะลาออกจากตำแหน่ง ให้ยื่นใบลาออกต่อหุ้นส่วนผู้จัดการคนหนึ่งคนใด การลาออกมีผลนับแต่วันที่ใบลาออกไปถึงหุ้นส่วนผู้จัดการอื่นนั้น

ในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีหุ้นส่วนผู้จัดการคนเดียว ให้หุ้นส่วนผู้จัดการที่จะลาออกจากตำแหน่งแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งคนใดทราบเพื่อนัดประชุมและพิจารณาดังหุ้นส่วนผู้จัดการคนใหม่ พร้อมกับแนบใบลาออกไปด้วย การลาออกมีผลนับแต่วันที่ใบลาออกไปถึงหุ้นส่วนผู้นั้น

หุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งลาออกตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง จะแจ้งการลาออกของตนให้นายทะเบียนทราบด้วยก็ได้

⁶³ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 124 ก หน้า 1 วันที่ 22 ธันวาคม 2546

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.454/2555⁶⁴ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ขณะที่มีการทำสัญญาดังกล่าวยังไม่มีความหมายห้ามมิให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัด สัญญาที่ห้ามหุ้นส่วนจำกัดทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดทั้ง 2 สัญญา จึงมิใช่เป็นกรณีที่มีการทำสัญญาที่หาขึ้นใหม่ที่ผู้ฟ้องคดีจะได้อาศัยโอกาสและตำแหน่งผูกขาดตัดตอนในสัญญาหรือกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด ส่วนบทบัญญัติที่ห้ามมิให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นคู่สัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัดตามที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่นั้น เป็นกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังจึงมีอำนาจไปบังคับใช้ย้อนหลังแก่กรณีของผู้ฟ้องหรือกรณีใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนได้ และเมื่อกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว ยังคงอยู่ในระยะเวลาความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียและเป็นเหตุให้สมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีต้องสิ้นสุดลงเนื่องจากความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องเป็นความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายและตามสัญญา ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องมาจากการเป็นคู่สัญญา หาใช่กรณีที่คู่สัญญากระทำการใดเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบขึ้นใหม่แต่อย่างใดไม่ การพิจารณาเรื่องความมีส่วนได้เสียจึงไม่อาจยกเอาเรื่องความรับผิดชอบมาใช้พิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียซ้ำกับการพิจารณาส่วนได้เสียจากการกระทำหลักคือการเข้าเป็นคู่สัญญาได้อีก จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.484/2555⁶⁵ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลคนใดเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เข้าทำกับเทศบาลไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อมตามบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงของการได้รับประโยชน์จากการเข้าทำสัญญากับเทศบาลในขณะที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลนั้น ๆ แต่ในกรณีนี้ผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำสัญญาทั้งสองฉบับกับเทศบาล และได้ส่งมอบงานตามสัญญาจ้างทั้งสองโครงการก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะได้ลงสมัครรับเลือกตั้งและก่อนวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ผู้ฟ้องคดีจึงย่อมไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ จากการเข้าทำสัญญาจ้างกับเทศบาล แม้ภายหลังต่อมาจะปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล โดยที่ผู้ฟ้องคดียังผูกพันตามสัญญาทั้งสองฉบับในกรณีความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง

⁶⁴ คดีหมายเลขคำที่ อ.578/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.454/2551 ระหว่าง นายบุญพา เกื้อทอง ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพัทลุง ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

⁶⁵ คดีหมายเลขคำที่ อ.708/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.484/2555 ระหว่าง นายพงษ์ศักดิ์ หรือพงษ์ศักดิ์ สัมพันธ์สมัคร ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดฉะเชิงเทรา ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ของงานจ้างของสัญญาดังกล่าวแต่ความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นการกำหนด หน้าที่ความรับผิดชอบของ ผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้รับจ้างที่ต้องรับผิดชอบต่อเทศบาลตามข้อกำหนดในสัญญาในการเรียกร้องค่าเสียหาย เมื่อเกิดความชำรุดบกพร่องของงานตามสัญญาเท่านั้น กรณีข่มขู่ไม่อาจยกมาเป็นผลเสียแก่ผู้ฟ้องคดี เพื่อวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในสัญญากับเทศบาลก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะดำรง ตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลได้

เมื่อพิเคราะห์ทั้งแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง สูงสุด กรณีที่สมาชิกสภาเทศบาล (Member of Municipal Council)⁶⁶ หรือผู้บริหารเทศบาล (Municipality Admistrators)⁶⁷ ทำสัญญากับเทศบาลและส่งมอบงานตามสัญญา ก่อนได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่ง แต่ยังคงอยู่ภายในระยะเวลาแห่งความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตามสัญญานั้น ทั้งคณะกรรมการ กฤษฎีกาและศาลปกครองสูงสุดไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อมใน สัญญาที่ทำกับเทศบาล ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว เพราะความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของงานจ้างตาม สัญญา เป็นเพียงแต่การกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าว ซึ่งเป็นผู้รับจ้างที่ต้องรับ รับผิดชอบต่อเทศบาลตามข้อกำหนดในสัญญาในการเรียกร้องค่าเสียหายเมื่อเกิดความชำรุดบกพร่องของ งานตามสัญญาจ้างเท่านั้น มิใช่กรณีที่คู่สัญญากระทำการใดเพื่อกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับ รับผิดชอบใหม่แต่อย่างใด

4.2.4 กรณีลาออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัด แต่ยังไม่ได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลง

ประเด็นปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือ กรรมการผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด หากได้ทำสัญญากับเทศบาลก่อนที่จะสมัครรับเลือกตั้งและ ได้มีการลาออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงและ ได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว จะถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) และต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 19 วรรคสอง

⁶⁶ ตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในเขตเทศบาลนั้น สมาชิกภาพของสมาชิกสภา เทศบาลเริ่มนับตั้งแต่วันเลือกตั้ง

⁶⁷ ตำแหน่งผู้บริหารเทศบาลในการศึกษานี้ ประกอบด้วย นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี เลขานุการ นายกเทศมนตรี และที่ปรึกษานายกเทศมนตรี ซึ่งนายกเทศมนตรีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขต เทศบาลนั้น ตำแหน่งนายกเทศมนตรีจึงเริ่มนับตั้งตั้งแต่วันเลือกตั้ง แต่ตำแหน่งรองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษา นายกเทศมนตรี หรือเลขานุการนายกเทศมนตรี มาจากการแต่งตั้งของนายกเทศมนตรี การเริ่มนับระยะเวลาใน การดำรงตำแหน่งดังกล่าวจึงเริ่มนับตั้งตั้งแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้งจากนายกเทศมนตรีเป็นต้นไป

และมาตรา 48 ปัญญาทศ วรรคสาม หรือไม่มีแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุด ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 526/2545⁶⁸ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72⁶⁹ บัญญัติให้การเปลี่ยนตัวผู้แทนนิติบุคคล มีผลต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งแล้ว สำหรับผู้แทนของห้างหุ้นส่วน จำกัดนั้น มาตรา 1042⁷⁰ บัญญัติให้ความสัมพันธ์ระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการกับหุ้นส่วนอื่นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยตัวแทน ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับมาตรา 826 วรรคหนึ่ง⁷¹ และมาตรา 827 วรรคหนึ่ง⁷² เห็นได้ว่า หุ้นส่วนผู้จัดการสามารถลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนในเวลาใด ๆ ก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ช. ได้แสดงเจตนาลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการต่อหุ้นส่วนคนอื่น ในวันที่ 31 พฤษภาคม 2544 จึงถือได้ว่าระหว่างหุ้นส่วนด้วยกันเอง การลาออกของนาย ช. มีผลตั้งแต่วันที่ 31 พฤษภาคม 2544 อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดต้องมีรายการเกี่ยวกับชื่อของหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นสำคัญตามมาตรา 1078 (6)⁷³ ซึ่งเอกสารที่ลงทะเบียนไว้ดังกล่าว

⁶⁸ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 526/2545 เรื่อง การมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาล ในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำ (กรณีเทศบาล ตำบลบ้านม่วง)

⁶⁹ มาตรา 72 การเปลี่ยนตัวผู้แทนของนิติบุคคลหรือการกำจัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงอำนาจของผู้แทนนิติบุคคล ให้มีผลต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งแล้ว แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก ผู้กระทำการโดยสุจริตมิได้

⁷⁰ มาตรา 1042 ความสัมพันธ์ระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการกับผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายอื่นนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน

⁷¹ มาตรา 826 อันสัญญาตัวแทนย่อมระงับสิ้นไปด้วยตัวการถอนตัวแทน หรือด้วยตัวแทนบอกเลิกเป็นตัวแทน

๑ล๑

๑ล๑

⁷² มาตรา 827 ตัวการจะถอนตัวแทน และตัวแทนจะบอกเลิกเป็นตัวแทนเสียในเวลาใด ๆ ก็ได้ทุกเมื่อ

๑ล๑

๑ล๑

⁷³ มาตรา 1078 อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านบังคับว่าต้องจดทะเบียน การลงทะเบียนนั้น ต้องมีรายการดังต่อไปนี้ คือ

๑ล๑

๑ล๑

(6) ชื่อหุ้นส่วนผู้จัดการ

๑ล๑

๑ล๑

เป็นเอกสารมหาชนที่บุคคลทุกคนสามารถตรวจดูได้ตามมาตรา 1020⁷⁴ และเมื่อลงพิมพ์โฆษณาในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 1021⁷⁵ แล้ว ถือได้ว่าเป็นอันรู้แก่บุคคลทั่วไปตามมาตรา 1022⁷⁶ เมื่อใดที่รายการที่ได้จดทะเบียนไว้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมก็ต้องแก้ไขข้อความที่ได้จดทะเบียนไว้ ณ หอทะเบียนที่ได้จดทะเบียนไว้เดิมตามมาตรา 1016⁷⁷ เพื่อใช้เป็นหลักฐานให้บุคคลทั่วไปทราบถึงสถานะและผู้จัดการปัจจุบันของห้างฯ และตราบใดที่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน นาย ช. ยังคงต้องรับผิดชอบกับบุคคลภายนอกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72 ความมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลจึงยังคงมีอยู่ นอกจากนั้น การที่นาย ช. ลาออก และ นาย ม. ซึ่งเป็นบิดาของนาย ช. เข้าเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแทนตน ความมีส่วนได้เสียของนาย ช. จึงยังคงมีอยู่เช่นเดิม แม้จะได้มีการจดทะเบียนการลาออกแล้วก็ตาม เนื่องจากการลาออกไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้วกลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบขึ้นมาได้

ประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การให้ความเห็นในเรื่องนี้เป็นการพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ซึ่งมีเจตนารมณ์มิให้สมาชิกใช้ตำแหน่งหน้าที่หรือขณะที่อยู่ ณ ตำแหน่งหน้าที่นั้นมีประโยชน์ได้เสียอยู่กับเทศบาล สมาชิกจึงมีหน้าที่ต้องกระทำด้วยประการทั้งปวงให้ปรากฏว่าตนมิได้มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาหรือการกระทำกับเทศบาลนั้นต่อไป ฉะนั้น เพียงการแสดงเจตนาจึงยอมไม่เพียงพอ เพราะตราบใดที่ยังไม่ดำเนินการแก้ไขทางทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย บุคคลภายนอกก็ย่อมอ้างอยู่ได้เสมอ กรณีจึง

⁷⁴ มาตรา 1020 บุคคลทุกคนเมื่อได้เสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงแล้ว ชอบที่จะตรวจเอกสารซึ่งนายทะเบียนเก็บรักษาไว้ได้ หรือจะขอให้คัดสำเนาหรือเนื้อความในเอกสารฉบับใด ๆ พร้อมด้วยคำรับรองว่าถูกต้องมอบให้ก็ได้

ผู้มีส่วนได้เสียของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทใด ๆ เมื่อได้เสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวงแล้ว ชอบที่จะขอให้นายทะเบียนทำใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นให้ก็ได้

⁷⁵ มาตรา 1021 นายทะเบียนทุกคนจะต้องแต่งย่อรายการซึ่งได้ลงทะเบียนส่งไปลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือราชกิจจานุเบกษาเป็นคราว ๆ ตามแบบซึ่งเสนาบดีเจ้ากระทรวงจะได้กำหนดให้

⁷⁶ มาตรา 1022 เมื่อได้พิมพ์โฆษณาดังนั้นแล้ว ท่านให้ถือว่าบรรดาเอกสารและข้อความซึ่งลงทะเบียนอันได้กล่าวถึงในย่อรายการนั้น เป็นอันรู้แก่บุคคลทั้งปวงไม่เลือกกว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องด้วยห้างหุ้นส่วนหรือด้วยบริษัทนั้นหรือไม่เกี่ยวข้อง

⁷⁷ มาตรา 1016 การจดทะเบียนนั้น ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ทำการอยู่ ณ ตำบลใดในพระราชอาณาจักร ท่านให้จดทะเบียน ณ หอทะเบียนสำหรับตำบลนั้น

การแก้ไขข้อความที่ได้จดทะเบียนประการหนึ่งประการใดในภายหลังก็ดี กับทั้งแก้ไขรายการอื่น อย่างหนึ่งอย่างใดอันบทบัญญัติแผนกนี้บังคับหรืออนุญาตให้จดทะเบียนก็ดี ก็ต้องจด ณ หอทะเบียนแห่งเดียวกันนั้น

ต่างจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2544⁷⁸ อันเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542⁷⁹ (กรณีคุณหญิงปรีดา เกษมสันต์ ณ อยุธยา) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การลาออกจากกรรมการบริษัทสามารถกระทำได้โดยแสดงเจตนาต่อผู้มีอำนาจของบริษัทโดยอาจทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ และหน้าที่ในการจดทะเบียนถอนชื่อ ออกจากการเป็นกรรมการบริษัทต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทเป็นหน้าที่ของกรรมการผู้มีอำนาจ การที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนั้น เนื่องจากการดำรงตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้นั้น ทั้งต้องไม่ดำรงตำแหน่งใดใน ห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (3)⁸⁰ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่ง หากมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวแล้วจะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อเมื่อ ได้ลาออกจากการเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว สาระสำคัญจึงอยู่ที่การยังมีฐานะเป็นกรรมการของบริษัทหรือไม่ แต่บทบัญญัติ มาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ถือเอาส่วนได้เสียของบุคคลที่มีต่อเทศบาลเป็นสำคัญ ตราบใดที่บุคคลยังคงมีส่วน ได้เสียอยู่ยังต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ ดังกล่าว ความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) จึงมิได้ขัดหรือแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการกฤษฎีกายังมีความเห็นต่อไปอีกว่าการที่นาย ช. ลาออก และให้นาย ม. ซึ่งเป็น บิดาของตนเข้าเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ⁸¹ แทนตน ความมีส่วนได้เสียของนาย ช. จึงยังคงมีอยู่เช่นเดิม

⁷⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2544 ลงวันที่ 26 มิถุนายน 2544 เรื่อง องค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 27 ก หน้า 158 วันที่ 28 มีนาคม 2545

⁷⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 114 ก หน้า 1 วันที่ 17 พฤศจิกายน 2542

⁸⁰ มาตรา 11 ผู้ได้รับเลือกเป็นกรรมการต้อง

๑ล๑

๑ล๑

(3) ไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้ มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด

๑ล๑

๑ล๑

⁸¹ หุ้นส่วนผู้จัดการมีฐานะเสมือนตัวแทนทั่วไปของผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลาย แต่หุ้นส่วนผู้จัดการเป็นเจ้าของรวมใน กิจการห้างหุ้นส่วนด้วย จึงมีฐานะกึ่งตัวการอยู่ด้วย อำนาจจัดการงานของหุ้นส่วนผู้จัดการขึ้นอยู่กับการตั้ง หุ้นส่วนผู้จัดการคนเดียวหรือหลายคนด้วย กรณีผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายในห้างตั้งหุ้นส่วนเพียงคนเดียวเป็น หุ้นส่วนผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการคนนั้นก็มิใช่อำนาจจัดการงานของห้างได้เต็มที่โดยลำพัง ส่วนกรณีที่มีในห้าง

แม้จะได้มีการจดทะเบียนการลาออกแล้วก็ตาม เนื่องจากการลาออกไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้วกลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบขึ้นมาได้ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากสมาชิกสภาเทศบาลได้ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดและได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนแล้ว การที่ให้บิดาของตนเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแทน หากสมาชิกสภาเทศบาลมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีเจตนาที่จะแสวงหาประโยชน์จากสัญญานั้น การที่มีบิดาเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ไม่น่าที่จะทำให้สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นต้องถูกวินิจฉัยว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ในประเด็นปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลได้ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนฯ แต่ยังมีได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนมาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัย โดยมีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 526/2545 คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299-300/2549⁸² โดยมีคำวินิจฉัย ดังนี้

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลได้ถูกสมาชิกสภาเทศบาลตำบลร้องเรียนขอให้สอบสวนและวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีน่าจะมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลตำบลเป็นคู่สัญญาข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า เมื่อเดือนกันยายน 2544 ผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ว. ซึ่งได้ลงนามในสัญญาจ้างที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2544 และขายหุ้นที่มีอยู่ให้แก่ผู้อื่นเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2544 แล้วมาสมัครและได้รับการเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน 2544 นายทะเบียนได้จะทะเบียนเปลี่ยนแปลงความเป็นหุ้นส่วนและหุ้นส่วนผู้จัดการของผู้ฟ้องคดีเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2544 ซึ่งตามมาตรา 2021⁸³ มาตรา 1022⁸⁴ และมาตรา 1023⁸⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หุ้นส่วนนั้นมิใช่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการมากกว่าหนึ่งคนนั้น หุ้นส่วนผู้จัดการแต่ละคนจะจัดการงานห้างหุ้นส่วนนั้นก็ได้ แต่หุ้นส่วนผู้จัดการคนหนึ่งคนใดจะทำการอันใดซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการอีกคนหนึ่งทักท้วงไม่ได้

⁸² คดีหมายเลขคำที่ อ.159/2547 และที่ อ.409/2548 คดีหมายเลขแดงที่ อ.299-300/2549 ระหว่าง นายจิระศักดิ์ วงษ์วิลาส ผู้ฟ้องคดี และ ผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอบ้านแฮด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เทศบาลตำบลบ้านแฮด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3

⁸³ มาตรา 1021 นายทะเบียนทุกคนจะต้องแต่งอัยการซึ่งได้ลงทะเบียนส่งไปลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือราชกิจจานุเบกษาเป็นคราว ๆ ตามแบบซึ่งเสนาบดีเจ้ากระทรวงจะได้กำหนดให้

⁸⁴ มาตรา 1022 เมื่อได้พิมพ์โฆษณาดังนั้นแล้ว ท่านให้ถือว่าบรรดาเอกสารและข้อความซึ่งลงทะเบียนอันได้กล่าวถึงในอัยการนั้น เป็นอันรู้แก่บุคคลทั้งปวงไม่เลือกกว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องด้วยห้างหุ้นส่วนหรือด้วยบริษัทนั้น หรือที่ไม่เกี่ยวข้อง

บัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจะถือเอาประโยชน์แก่บุคคลภายนอกเพราะเหตุที่มีสัญญาหรือเอกสารหรือข้อความอันบังคับให้จดทะเบียนยังไม่ได้จนกว่านายทะเบียนจะได้ลงทะเบียนและส่งไปลงพิมพ์โฆษณาในราชกิจจานุเบกษาเป็นอันรู้แก่บุคคลทั่วไป โดยไม่ถือว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องด้วยห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงยังคงมีฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการอยู่ในขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาล และเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

เมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแล้วจะเห็นได้ว่า กรณีสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล หากจะสมัครรับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือนายกเทศมนตรี บุคคลผู้นั้นจะต้องลาออกจากห้างหุ้นส่วนฯ โดยต้องมีการแจ้งต่อนายทะเบียนและมีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนก่อน จึงจะไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เขียนไม่เห็นด้วยในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติห้ามสมาชิกสภาเทศบาล หรือผู้บริหารเทศบาล ซึ่งมีตำแหน่งอยู่ในขณะที่ทำสัญญาหรือเข้ามีส่วนได้เสียในสัญญานั้น ดังนั้น กรณีเมื่อขณะทำสัญญาบุคคลดังกล่าวยังมีได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล จึงไม่อาจใช้อำนาจในตำแหน่งแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยคึกคัมหรือเบียดเบียนประโยชน์สาธารณะได้ และเมื่อเป็นคู่สัญญากับเทศบาลแล้วและสมัครรับเลือกตั้งก็ไม่ควรถือว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียในสัญญาและต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุดังกล่าว

แต่ถ้าหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าในขณะที่ยังมีได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล และเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ได้ลาออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยเพียงแต่ทำหนังสือแสดงเจตนาแจ้งการลาออกกับหุ้นส่วนด้วยกันแต่มิได้ยื่นขอจดทะเบียนลาออกกับนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท แล้วมาสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล กรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมาย เพื่อถือเอาประโยชน์จากสัญญาที่

⁸⁵ มาตรา 1023 ผู้เป็นหุ้นส่วนก็ดี ห้างหุ้นส่วนก็ดี หรือบริษัทก็ดีจะถือเอาประโยชน์แก่บุคคลภายนอกเพราะเหตุที่มีสัญญาหรือเอกสาร หรือข้อความอันบังคับให้จดทะเบียนตามลักษณะนี้ยังไม่ได้ จนกว่าจะได้จดทะเบียนแล้ว แต่ฝ่ายบุคคลภายนอกจะถือเอาประโยชน์เช่นนั้นได้

เทศบาลเป็นคู่สัญญา กรณีเช่นนี้ควรถือว่าบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนข้อห้ามตาม มาตรา 18 ทวิ และ มาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

4.3 ปัญหาการตีความคำว่า ผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญา

ปัญหากรณีที่บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้นหรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ และมาตรา 48 จตุทศ บัญญัติว่า นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ การที่กฎหมายใช้คำว่า โดยทางตรง นั้นไม่น่าจะมีปัญหาในการตีความ เพราะการมีส่วนได้เสียทางตรงเป็นการบัญญัติชัดเจนถึงตัวบุคคลผู้เป็นสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นเองต้องไม่กระทำการอันเป็นการมีลักษณะเข้ามีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา โดยพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้น สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นได้รับประโยชน์โดยตรงหรือไม่ แต่กรณีคำว่า โดยทางอ้อม นั้น มีปัญหาการตีความและขอบเขตของการบังคับใช้ว่าจะตีความครอบคลุมเพียงใด ในการศึกษานี้จะศึกษาจากแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการตีความของหน่วยงานที่ปรึกษาของทางราชการและหน่วยงานผู้ใช้อำนาจตุลาการว่ามีการตีความอย่างไร โดยจะแบ่งความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็น 3 กลุ่ม คือ⁸⁶

(1) ความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร⁸⁷

(2) ความสัมพันธ์ในเชิงทุน⁸⁸

⁸⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา (กรณีเทศบาลตำบลวังสะพุง)

⁸⁷ ความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร พิจารณาจากกรณีที่มีผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์เป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทน ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล

⁸⁸ ความสัมพันธ์ในเชิงทุน พิจารณาจากกรณีที่มีผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด

(3) ความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล⁸⁹

โดยมีรายละเอียดในการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในแต่ละประเด็น ดังนี้

4.3.1 ความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร

การที่ผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เป็นคู่สัญญาเทศบาล โดยการเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทน ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาล จะถือว่าบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือไม่ ในเรื่องนี้มีแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 395/2544⁹⁰ จังหวัดกำแพงเพชรมีหนังสือหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีปัญหาการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลเมืองกำแพงเพชรใน 4 กรณี และคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นในแต่ละกรณี ดังนี้

(1) กรณีนายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัทจำกัด

กรณีนายกเทศมนตรีเทศบาลเมืองเป็นกรรมการบริษัทจำกัด และเป็นผู้ลงนามอนุมัติจำหน่ายสินค้าของบริษัทดังกล่าวให้แก่เทศบาล โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าเทศบาลเมืองได้ทำบันทึกตกลงซื้อขาย⁹¹ สัญญาซื้อที่ 1/2543 เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2543 ซึ่งรถจักรยานยนต์ของบริษัทจำกัด โดยมีเทศมนตรีเมืองกำแพงเพชร ลงนามในฐานะผู้ซื้อ และนางสาว ว. ลงนามในฐานะผู้ขาย และบริษัทฯ ได้ส่งมอบรถจักรยานยนต์และได้มีการชำระเงินให้แก่บริษัทจำกัดเรียบร้อยแล้ว ทั้งยังปรากฏว่านายกเทศมนตรีเป็นผู้เซ็นอนุมัติจำหน่ายรถจักรยานยนต์ดังกล่าวให้แก่เทศบาลอีกด้วย คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการซื้อขายรถจักรยานยนต์มีผลสมบูรณ์⁹² ตามกฎหมายแล้ว และนายกเทศมนตรีย่อมได้ชื่อว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่

⁸⁹ ความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล พิจารณาจากกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาล

⁹⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 395/2544 เรื่อง การมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลเมืองกำแพงเพชร เรื่องเสรีจที่ 395/2544

⁹¹ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะใช้วิธีการตกลงราคา

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 วรรคสี่ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน

เทศบาลเป็นคู่สัญญา การที่ในภายหลังบริษัทฯ ได้ขอยกเลิกสัญญาและคืนเงินให้แก่เทศบาลเมือง ย่อมไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาแต่อย่างใด และไม่ทำให้การกระทำอันไม่ชอบตามที่ บัญญัติห้ามไว้ในมาตรา 18 ทวิ ของนายกเทศมนตรีกลับกลายเป็นการชอบขึ้นมา

(2) กรณีนายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัท

กรณีนายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัทจำกัด ทำสัญญารับจ้างตรวจเช็คสภาพ รถยนต์ให้แก่เทศบาล โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลเมืองได้ขออนุมัติจ้าง เพื่อให้บริษัทฯ ตรวจเช็คสภาพรถยนต์ และบริษัทฯ ได้ตรวจเช็คสภาพรถยนต์ดังกล่าว โดยมีหลักฐานการรับเงิน จากเทศบาลเมืองกำแพงเพชร ที่มีหลักฐานเป็นใบตรวจรับพัสดุ⁹³ ว่าบริษัทฯ ได้นำส่งสินค้าและ กรรมการตรวจรับพัสดุได้ตรวจรับแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าย บริษัทฯ ได้กระทำการ ให้แก่เทศบาลแล้ว และถือได้ว่านายกเทศมนตรี ซึ่งเป็นกรรมการบริษัทเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ในทางตรงหรือทางอ้อมในกิจการที่บริษัทฯ กระทำให้แก่เทศบาล ความจำเป็นที่บริษัทฯ เป็นศูนย์ รถยนต์เพียงแห่งเดียวในจังหวัดหาเป็นเหตุให้เกิดสิทธิที่จะฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 18 ทวิ ไม่

ในกรณีนี้ บริษัทที่นายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัทอยู่นั้น เป็นศูนย์รถยนต์ เพียงแห่งเดียวในจังหวัด คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่ากรณีที่บริษัทฯ เป็นศูนย์รถยนต์เพียงแห่ง เดียวในจังหวัดหาเป็นเหตุให้เกิดสิทธิที่จะฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496 ด้วยความเคารพต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับ ความเห็นดังกล่าว เพราะหากไม่ให้เทศบาลใช้บริการศูนย์รถยนต์ที่มีเพียงแห่งเดียวของจังหวัดแล้ว ไปใช้บริการศูนย์ฯ ที่ห่างไกลออกไปอีกจะเป็นการทำให้เทศบาลต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทาง เพิ่มมากขึ้น และทำให้เสียประโยชน์สาธารณะเกินสมควร และในทางกลับกัน หากจะให้เทศบาลได้ ใช้บริการในศูนย์รถยนต์แห่งนี้ กรรมการบริษัทต้องลาออกจากการเป็นกรรมการก่อนที่จะมาสมัคร รับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรี ก็ย่อมไม่เป็นธรรมกับบุคคลนั้นเป็นอย่างยิ่ง ผู้เขียนเห็นว่าหาก ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหากเป็นศูนย์บริการเพียงแห่งเดียวในจังหวัด ย่อมไม่มีการแข่งขันกันในทาง

⁹³ ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 แก้ไข เพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2553 ข้อ 64 คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ มีหน้าที่ ดังนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(4) เมื่อตรวจถูกต้องครบถ้วนแล้ว ให้รับพัสดุไว้และถือว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างได้ส่งมอบพัสดุถูกต้อง ครบถ้วนตั้งแต่วันที่ผู้ขายหรือผู้รับจ้างนำพัสดุนั้นมาส่ง แล้วมอบแก่เจ้าหน้าที่พัสดุพร้อมกับทำใบตรวจรับ โดยลง ชื่อไว้เป็นหลักฐานอย่างน้อยสองฉบับ มอบแก่ผู้ขายหรือผู้รับจ้าง 1 ฉบับ และเจ้าหน้าที่พัสดุ 1 ฉบับ เพื่อ ดำเนินการเบิกจ่ายเงินตามระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และรายงาน ให้หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นทราบ

ธุรกิจ นายกเทศมนตรีย่อมไม่อาจใช้อำนาจในตำแหน่งแสวงหาประโยชน์ส่วนตนได้อยู่แล้ว จึงไม่ควรถือว่านายกเทศมนตรีผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญากับเทศบาลตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

(3) กรณีเทศมนตรีเป็นผู้จัดการและเจ้าของโรงพิมพ์

กรณี นาย ส. เทศมนตรีเป็นผู้จัดการและเจ้าของโรงพิมพ์ที่รับจ้างพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้แก่เทศบาล โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลเมืองได้อนุมัติให้จัดจ้าง^{๙๔}โรงพิมพ์ที่เทศมนตรีเป็นผู้จัดการพิมพ์หนังสือพิมพ์เทศบาล คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นว่า แม้ว่าจะจ้างพิมพ์หนังสือพิมพ์เทศบาลจากเทศบาลและมีการตรวจรับหนังสือพิมพ์เทศบาลแล้ว จึงแสดงให้เห็นว่าโรงพิมพ์ดังกล่าวได้ทำสัญญาหรือกิจการให้แก่เทศบาลแล้ว นาย ส. ซึ่งเป็นเทศมนตรี เจ้าของและผู้จัดการโรงพิมพ์ที่รับจ้างพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้แก่เทศบาลย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมจากการรับพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้แก่เทศบาล

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในกรณีนี้ แม้ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าไม่มีการทำสัญญาจ้างต่อกัน เนื่องจากการพิมพ์หนังสือเผยแพร่ข่าวสารทางราชการของเทศบาลฯ ได้มีการกระทำเป็นประจำปกติ ซึ่งเทศบาลได้ตั้งงบประมาณเพื่อการนี้ไว้ทุกปีซึ่งผู้บริหารจะไม่ทราบล่วงหน้าว่าจะจ้างผู้ใดหรือบริษัทห้างร้านใด เพราะในทางปฏิบัติการดำเนินการพิมพ์แต่ละครั้งเจ้าหน้าที่จะทำเรื่องเสนอขออนุมัติและผู้บริหารจะอนุมัติทุกครั้งไม่เกิน 10,000 บาท จึงไม่ต้องทำบันทึกตกลงการจ้าง เมื่อดำเนินการจัดพิมพ์เสร็จแล้วเทศบาลจึงจะทำการเบิกจ่ายเงินให้กับผู้รับจ้าง คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าข้อเท็จจริงมีการจ่ายเงินและการรับเงินค่าจ้างพิมพ์หนังสือ และมีการตรวจรับหนังสือพิมพ์เทศบาลแล้ว จึงแสดงให้เห็นว่าโรงพิมพ์ได้ทำสัญญาหรือกิจการให้แก่เทศบาลแล้ว เทศมนตรีผู้เป็นเจ้าของและผู้จัดการโรงพิมพ์ย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมจากการรับพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้แก่เทศบาล

^{๙๔} ก่อนการดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างทุกวิธี นอกจากการซื้อที่ดินและหรือสิ่งก่อสร้าง เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องจัดทำรายงานเสนอผู้มีอำนาจสั่งอนุญาตให้ซื้อหรือจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2553 ซึ่งในกรณีของเทศบาล การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท ใช้วิธีการตกลงราคา ซึ่งบุคคลผู้มีอำนาจสั่งอนุญาตให้ซื้อหรือจ้าง คือ นายกเทศมนตรี

(4) กรณีเทศมนตรีเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดที่มีหุ้นส่วนเพียง 2 คน

กรณี นาย ช. เทศมนตรี เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด⁹⁵ ซึ่งมีหุ้นส่วนเพียง 2 คน และต่อมาได้ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วน แต่ห้างฯ ยังคงดำเนินกิจการต่อไป และนาย ช. เป็นผู้ลงนามในบันทึกตกลงซื้อขายสินค้ากับเทศบาล จะถือว่านาย ช. ยังคงเป็นหุ้นส่วนอยู่และมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดมีผู้ถือหุ้นเพียง 2 คน คือ นาย ช. และนาง พ. เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ เมื่อ นาย ช. มีหนังสือลงวันที่ 29 มกราคม 2543 ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วน จึงมีผลทำให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดเหลือผู้ถือหุ้นเพียง 1 คนเท่านั้น ห้างหุ้นส่วนจำกัด จึงไม่อาจคงสภาพการเป็นหุ้นส่วนจำกัดได้อีกต่อไป และมีผลเป็นการเลิกห้างหุ้นส่วนโดยปริยาย แต่ต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัดยังคงดำเนินกิจการในห้างฐานะห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยทำบันทึกตกลงซื้อขายกับเทศบาล จำนวน 4 สัญญา ทั้งนาย ช. ซึ่งต้องรู้ถึงเหตุที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีอันที่จะต้องเลิกห้างหุ้นส่วนก็ได้ดำเนินการในนามของเทศบาลลงนามในฐานะผู้ซื้อในบันทึกตกลงซื้อขายระหว่างเทศบาลกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ตามบันทึกตกลงซื้อขายลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2543 ฉบับลงวันที่ 2 มิถุนายน 2543 และฉบับลงวันที่ 9 มิถุนายน 2543 รวม 3 ฉบับ ด้วย อันแสดงให้เห็นว่าการลาออกของนาย ช. มิได้ลาออกจริง ห้างหุ้นส่วนจำกัดจึงสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้โดยมิได้มีผู้เป็นหุ้นส่วนใหม่เข้ามาแทนที่ หรือเลิกห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด พฤติการณ์ดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า นาย ช. ยังคงเป็นหุ้นส่วนอยู่และถือได้ว่ามีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเมืองกำแพงเพชรเป็นคู่สัญญากับห้างหุ้นส่วนจำกัด

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 395/2544 จะเห็นได้ว่าหากสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทในบริษัทจำกัด ผู้จัดการ โรงพิมพ์ หรือหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นคู่สัญญากับเทศบาลนั้นย่อมถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุตศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1077 อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่ง ซึ่งมีผู้เป็นหุ้นส่วนสองจำพวก ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งมีจำกัดความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับจะลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้นจำพวกหนึ่ง และ
- (2) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วนไม่มีจำกัดจำนวนอีกจำพวกหนึ่ง

ในประเด็นกรณีสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์ในเชิงบริหารใน ห้างหุ้นส่วนจำกัด มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดพิจารณาไว้กรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลเป็น ผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2548⁹⁶ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ได้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล และได้รับเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาเทศบาลเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2542 ต่อมาวันที่ 1 ธันวาคม 2542 ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ได้ลงนามทำสัญญารับจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กกับเทศบาล จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีเข้าไปมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลของผู้ฟ้องคดีต้องสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 (6) แห่งพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว เนื่องจากสมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีเกิดขึ้นจากการที่ได้รับเลือกตั้งจากรายการ สมาชิกภาพจึงเริ่มนับแต่วันเลือกตั้ง คือ วันที่ 21 พฤศจิกายน 2542 เป็นต้นไป ข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีที่กล่าวอ้างว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลเริ่มนับแต่ได้ปฏิญาณตนต่อสภาเทศบาลตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบข้อ 21 แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้น ฟังไม่ขึ้น

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองสอบราคา⁹⁷ ต่อเทศบาล เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2542 และเสนอราคาต่ำสุด และในวันที่ 18 พฤศจิกายน 2542 คณะกรรมการเปิดซองทำรายงานเสนอผลการสอบราคาเสนอต่อนายกเทศมนตรีเห็นควรอนุมัติราคาตามที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. เสนอ ซึ่งในขณะนั้นผู้ฟ้องคดีได้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แล้วเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2542 ดังนั้น พิจารณาจะเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้สมัครรับเลือกตั้งก่อนที่จะได้ยื่นซองสอบราคาต่อเทศบาล และเมื่อผลการเลือกตั้งปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลแล้ว ผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำสัญญากับเทศบาล ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

⁹⁶ คดีหมายเลขคำที่ อ.164/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.11/2548 ระหว่าง นายสมชัย เจียรพันธ์พงษ์ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดนครราชสีมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

⁹⁷ การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ได้แก่การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท

4.3.2 ความสัมพันธ์ในเชิงทุน

การพิจารณาการตีความคำว่า ผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อม โดยการพิจารณาจากความสัมพันธ์ในเชิงทุน คือ การพิจารณาจากความสัมพันธ์โดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งสามารถรอบังการจัดการบริษัทจำกัดนั้นได้ มีปัญหาว่าในการพิจารณาว่า ความสัมพันธ์ในเชิงทุนกรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญานั้นและต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่ง ซึ่งมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในกรณีดังกล่าว ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544⁹⁸ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการตีความของสมาชิกสภาเทศบาลซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของห้างฯ และถึงแม้ว่าจะจะเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบก็ตาม แต่การมีส่วนได้เสียก็มีได้ต่างจากหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1084⁹⁹ และมาตรา 1080¹⁰⁰ นั้น หุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบก็ยังได้รับผลประโยชน์จากผลกำไรซึ่งห้างหุ้นส่วนทำมาค้าอยู่ได้ เว้นแต่ห้างหุ้นส่วนยังขาดทุนอยู่ ฉะนั้น จึงเป็นการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สำหรับข้อเท็จจริงว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร มีสถานีบริการน้ำมันของห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวเพียงแห่งเดียว และการซื้อน้ำมันนี้ได้กระทำมาตั้งแต่เทศบาลตำบลยังเป็นสุขาภิบาล และบุคคลดังกล่าวมิได้มีเจตนาต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลและมิได้ระวางว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียนั้น เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวประสงค์จะห้ามสมาชิกเข้ามามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกอยู่ เพื่อให้สมาชิกทำหน้าที่รักษาประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรม โดยไม่ประสงค์ให้สมาชิกได้ประโยชน์ใด ๆ จากการเข้าทำสัญญาหรือทำกิจการใดจากเทศบาล ไม่ว่าจะโดยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้อื่น ในขณะที่ดำรงตำแหน่ง และมิได้คำนึงว่าจะต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลหรือไม่

⁹⁸ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับเทศบาลตำบลแจ้ห่ม

⁹⁹ มาตรา 1084 ห้ามมิให้แบ่งเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบ นอกจากผลกำไรซึ่งห้างหุ้นส่วนทำมาค้าได้

ฯลฯ

ฯลฯ

¹⁰⁰ มาตรา 1080 บทบัญญัติว่าด้วยห้างหุ้นส่วนสามัญข้อใด ๆ หากมิได้ยกเว้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปโดยบทบัญญัติแห่งหมวด 3 นี้ ท่านให้นำมาใช้บังคับแก่ห้างหุ้นส่วนจำกัดด้วย

ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบนั้นมิใช่อยู่หลายคนด้วยกัน ท่านให้ใช้บทบัญญัติสำหรับห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นวิธีบังคับในความเกี่ยวพันระหว่างคนเหล่านั้นเอง และความเกี่ยวพันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนเหล่านั้นกับห้างหุ้นส่วน

ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงรับฟังไม่ได้และไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้วนั้นกลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบขึ้นมาได้

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น พิจารณาเพียงความสัมพันธ์ในเชิงทุนของสมาชิกสหภาพเทศบาล เพียงแต่หุ้นอยู่ในห้างหุ้นส่วน แม้เป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบ มิได้มีอำนาจในการบริหารจัดการห้าง ก็ถือว่ากระทำการมีส่วนได้เสียกับเทศบาลแล้วโดยไม่พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร ของสำนักงานเทศบาลมีสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงที่อยู่ใกล้กับสำนักงานเทศบาลที่สุด การซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงจากห้างหุ้นส่วนฯ แห่งนี้มีได้เป็นการทำให้เทศบาลเสียประโยชน์ และสมาชิกสหภาพเทศบาลผู้นั้นมิได้มีเจตนาที่จะต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลเนื่องจากการใช้อำนาจในตำแหน่งเพราะมีการซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกันมาตั้งแต่ครั้งยังมีฐานะเป็นสมาชิกสหภาพ คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้ว

4.3.3 ความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล

ในการพิจารณาการตีความคำว่า ผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อม โดยการพิจารณาจากความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา¹⁰¹ หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร¹⁰² ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีปัญหาว่าในการพิจารณาว่า ความสัมพันธ์ในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะมีผลทำให้สมาชิกสหภาพเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทุกกรณีหรือไม่ หรือความสัมพันธ์ใดที่จะถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อม มีแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในกรณีดังกล่าว ดังนี้

¹⁰¹ มาตรา 1461 สามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา

สามีภรรยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

¹⁰² มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษิตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์
บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

4.3.3.1 กรณีที่ถือว่ามีส่วนได้เสีย

(1) นายกเทศมนตรีเป็นพี่สาวของหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด และเทศมนตรีเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหุ้นส่วน

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544¹⁰³ กรณีการจัดซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงระหว่างเทศบาลตำบลกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งทำสัญญาซื้อขายกันเป็นรายเดือน โดยมีเทศมนตรีซึ่งเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหุ้นส่วนอีกคนหนึ่ง ในห้างหุ้นส่วนจำกัดและนายกเทศมนตรีซึ่งเป็นพี่สาวร่วมบิดามารดาของหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดและเป็นบุตรสาวของผู้ที่เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด จะถือว่าบุคคลดังกล่าวข้างต้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่สมาชิกสภาเทศบาลกระทำกับเทศบาลตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542¹⁰⁴ หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่อาจมีประโยชน์ได้เสียจากสัญญาซื้อขายน้ำมันกับห้างหุ้นส่วนพิจารณาได้ ดังนี้

กรณีของเทศมนตรี ปรากฏว่าเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ซึ่งเป็นหุ้นส่วนของห้างฯ จึงย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยทางคู่สมรส กรณีนายกเทศมนตรีแม้ว่าจะเป็นพี่สาวร่วมบิดามารดาของหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดของห้างฯ คนหนึ่ง แต่ก็ยังเป็นบุตรของหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดของห้างฯ ด้วย ดังนั้น ในฐานะเป็นบุตรย่อมมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ทั้งยังมีสิทธิเป็นทายาทโดยชอบ การที่นายกเทศมนตรีได้มอบอำนาจให้เทศมนตรีเข้าทำสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับห้างฯ จึงเป็นการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ¹⁰⁵ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร สำหรับข้อเท็จจริงว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร มีสถานีบริการน้ำมันของห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวเพียงแห่งเดียว และการซื้อน้ำมันนี้ได้กระทำมาตั้งแต่เทศบาลตำบลยังเป็นสุขาภิบาล และบุคคลดังกล่าวมิได้มีเจตนาต้องการผลประโยชน์จากเทศบาล และมีได้ระวางว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประสงค์จะห้ามสมาชิกเข้ามามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะดำรง

¹⁰³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับเทศบาลตำบลเจ้าหม่อม

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 15 ก หน้า 1 วันที่ 10 มีนาคม 2542

¹⁰⁵ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

ตำแหน่งสมาชิกอยู่ เพื่อให้สมาชิกทำหน้าที่รักษาประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรม โดยไม่ประสงค์ให้สมาชิกได้ประโยชน์ใด ๆ จากการเข้าทำสัญญาหรือทำกิจการใดจากเทศบาล ไม่ว่าจะโดยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้อื่นในขณะดำรงตำแหน่ง และมีได้ค้ำประกันว่าจะต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลหรือไม่ ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงรับฟังไม่ได้และไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้วนั้น กลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบขึ้นมาได้

(2) สมาชิกสภาเทศบาลมีบุตรชายเป็นเจ้าของร้านค้า

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.127-128/2552¹⁰⁶ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า มาตรา 18 ทวิ¹⁰⁷ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้บัญญัติห้ามสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะดำรงตำแหน่งอยู่เพื่อให้สมาชิกสภาเทศบาลได้ทำหน้าที่บริการสาธารณะตามกฎหมายอย่างเที่ยงธรรม จึงบัญญัติห้ามมิให้สมาชิกเข้ามามีส่วนได้เสียกับเทศบาลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยไม่ค้ำประกันว่าจะเป็นการได้ประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาหรือเข้าทำกิจการใดกับเทศบาลหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดข้อยกเว้นและมีได้กำหนดถึงมูลเหตุจูงใจในการเข้าไปมีส่วนได้เสียในการกระทำความดังกล่าวกับเทศบาลที่ตนเป็นสมาชิกอยู่แต่อย่างใด หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้กระทำความดังกล่าวสมาชิกสภาเทศบาล เข้าทำสัญญาหรือเข้าทำกิจการใดกับเทศบาล และเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล กรณีก็ครบองค์ประกอบตามกฎหมายที่สมาชิกผู้นั้นจะต้องพ้นจากสมาชิกภาพ ดังนั้น การพิจารณาว่าผู้นั้นกระทำผิดหรือไม่ จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป โดยฟังจะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นหลัก เมื่อคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรณีของผู้ฟ้องคดีที่ 1 เทศบาลได้เคยนำยานพาหนะรถยนต์เข้ามาใช้บริการซ่อมแซมเปลี่ยนถ่ายน้ำมันเครื่องและอื่น ๆ ตั้งแต่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บริหารกิจการ และก่อนที่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 จะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล ได้ให้นายคนัยบุตรชายประกอบกิจการแทน ทั้งต่อมาผู้ฟ้องคดีที่ 1 ยังคงพักอาศัยในบ้าน และมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านเดียวกับนายคนัยด้วย เมื่อประมวลข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แห่งคดีทั้งหมดแล้วฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 1 มีส่วนร่วมรู้เห็นในสัญญาที่นายคนัยทำสัญญากับเทศบาลตำบลห้วย

¹⁰⁶ คดีหมายเลขคำที่ 84/2550 หมายเลขแดงที่ 173/2550 คดีระหว่าง นายไตรเทพ ไชยวุฒิ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี และคดีหมายเลขคำที่ 85/2550 หมายเลขแดงที่ 174/2550 คดีระหว่าง นายจันทร์ ห้วยแสน และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ซึ่งคดีทั้งสองสำนวนนี้ ศาลปกครองชั้นต้นสั่งให้รวมพิจารณาเข้าด้วยกัน โดยเรียกผู้ฟ้องคดีในคดีหมายเลขคำที่ 84/2550 ว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เรียกผู้ฟ้องคดีในคดีหมายเลขคำที่ 85/2550 ว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 2 และเรียกผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองสำนวนว่า ผู้ถูกฟ้องคดี

¹⁰⁷ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้น เป็นผู้สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

ข้าวเก่า จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่นายคนบุตรของผู้ฟ้องคดีที่ 1 เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลตำบลห้วยข้าวเก่า ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลของผู้ฟ้องคดีที่ 1 จึงสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

กรณีของผู้ฟ้องคดีที่ 2 เทศบาลได้ทำสัญญาจ้างบุตรชายของผู้ฟ้องคดีที่ 2 ทำโคมไฟแขวนประดับ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีที่ 2 ได้รับเงินค่าจ้างแทนบุตรชายโดยไม่มีการมอบฉันทะ ก่อนที่บุตรชายจะเข้าทำสัญญากับเทศบาลตำบลห้วยข้าวเก่า และยังพักอาศัยในบ้านเดียวกับบุตรชาย เมื่อประมวลข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แห่งคดีทั้งหมดแล้ว ฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 2 มีส่วนร่วมรู้เห็นในสัญญาที่บุตรชายทำสัญญากับเทศบาล จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่บุตรชายของผู้ฟ้องคดีที่ 2 เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลตำบลห้วยข้าวเก่า ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลของผู้ฟ้องคดีที่ 2 จึงสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว

(3) นายกเทศมนตรีมีบุตรเขยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.68/2555¹⁰⁸ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า มาตรา 48 ปัญจทศ (5)¹⁰⁹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 กำหนดไว้ให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 48 จตุทศ¹¹⁰ เมื่อผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเป็นนายกเทศมนตรี มีอำนาจหน้าที่ตาม

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขคำที่ อ.408/2553 คดีหมายเลขแดงที่ อ.68/2555 คดีระหว่าง นายตัน ใจดี ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁰⁹ มาตรา 48 ปัญจทศ นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

๑๗๑ ๑๗๑

(5) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 48 จตุทศ

๑๗๑ ๑๗๑

¹¹⁰ มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑๗๑ ๑๗๑

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็น คู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

๑๗๑ ๑๗๑

มาตรา 48 เทรส¹¹¹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 11)¹¹² พ.ศ. 2543 ที่กำหนดว่า นายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (2) สั่งอนุญาต และอนุมัติเกี่ยวกับราชการของเทศบาล (6) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น เมื่อข้อเท็จจริงพึงได้เป็นยุติว่าผู้ฟ้องคดีได้อนุมัติซ่อมแซมถนนลูกรังและหินคลุกในเขตเทศบาล และได้อนุมัติจ้างเหมาจ้างหุ้นส่วนจำกัด ท. คำเนินการ โดยวิธีตกลงราคา โดยมีนาย ช. ซึ่งสมรสกับบุตรสาวของผู้ฟ้องคดี เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ และผู้ฟ้องคดีได้รู้ถึงความข้อนี้คืออยู่แล้วในเวลาที่อนุมัติให้ทำสัญญาจ้างห้างฯ จึงเป็นกรณีที่ต้องถือว่าผู้ฟ้องคดีได้เข้าไปมีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล หรือที่เทศบาลจะกระทำ ตามมาตรา 48 จตุทศ วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 แล้ว และผู้ฟ้องคดีต้องพ้นจากตำแหน่งนายกเทศมนตรีตามมาตรา 48 ปีญจทศ (5) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546

(4) สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีบุตรเขยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ และมีบุตรชายเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.187/2548¹¹³ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งอ้างว่าไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล กลับมีพฤติการณ์ที่แสดงถึงการเข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาจ้างโดยเข้าไปสั่งการให้คนงานของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นทำงานต่าง ๆ เสมือนหนึ่งเป็นผู้ควบคุมงาน และยังเป็นผู้นำคณะกรรมการตรวจการจ้างไปตรวจรับงานทั้งที่ไม่ใช่หน้าที่ของตน ผิดกับโครงการอื่นที่ผู้ฟ้องคดีไม่เข้าไป

¹¹¹ มาตรา 48 เทรส นายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดนโยบายโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และรับผิดชอบในการบริหารราชการของเทศบาลให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ เทศบัญญัติ และนโยบาย

(2) สั่ง อนุญาต และอนุมัติเกี่ยวกับราชการของเทศบาล

(3) แต่งตั้งและถอดถอนรองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี

(4) วางระเบียบเพื่อให้งานของเทศบาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อย

(5) รักษาการให้เป็นไปตามเทศบัญญัติ

(6) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น

¹¹² พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2543 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 117 ตอนที่ 41 ก หน้า 12 วันที่ 12 พฤษภาคม 2543

¹¹³ คดีหมายเลขดำที่ อ.219/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.187/2548 ระหว่าง นายตุ้ ผิวขาว ผู้ฟ้องคดี และนายอำเภอพระยืน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นายกองค้การบริหารส่วนตำบลพระป ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามโครงการเลย นอกจากนั้น ยังปรากฏว่าบุตรเขยและบุตรชายของผู้ฟ้องคดีต่างมีงานประจำเป็นลูกจ้างบริษัทเอกชน ย่อมไม่สามารถมาดูแลธุรกิจของห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวได้ จึงเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ดำเนินการแทน และจากความสัมพันธ์ทางเครือญาติ และพฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดี แสดงว่าผู้ฟ้องคดีมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับห้างหุ้นส่วนจำกัด และผู้ฟ้องคดีมีตำแหน่งเป็นประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลอยู่ด้วย ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีตกอยู่ในฐานะเป็นผู้มีประโยชน์ของห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัว กรณีถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาเกี่ยวกับองค์การบริหารส่วนตำบลแล้ว ตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4)¹¹⁴ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ดังนั้น คำสั่งของนายอำเภอตามฟ้องจึงชอบด้วยกฎหมาย

(5) นายกเทศมนตรีมีบุตรสาวเป็นกรรมการผู้มีอำนาจลงชื่อผูกพันบริษัทจำกัด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.509/2554¹¹⁵ ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า แม้ว่าบริษัท อมรินทร์ฯ จะเป็นนิติบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยมีกรรมการเป็นผู้แทนนิติบุคคล กรรมการจะต้องปฏิบัติตามมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1144¹¹⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อผู้ถือหุ้นรายใหญ่และบุตรสาวของผู้ฟ้องคดี เป็นกรรมการผู้มีอำนาจลงชื่อผูกพันบริษัท แม้นาง ป. นายกเทศมนตรีไม่มีหุ้นอยู่ในบริษัทฯ เนื่องจากได้โอนหุ้นทั้งหมดในส่วนของตนให้แก่บุตร โดยการยกให้ แต่โดยที่ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร บิดามารดาย่อมต้องให้ความช่วยเหลือเกื้อกูลบุตรของตนอยู่เสมอแม้บุตรจะบรรลุนิติภาวะหรือมีครอบครัวแล้วก็ตาม ส่วนบุตรนั้นก็มิหน้าที่ทางศีลธรรมจรรยาที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา เมื่อพิจารณาถึงภาระหนี้สินตามสัญญาการปรับปรุงโครงสร้างนี้ดังกล่าว ซึ่งเป็นเงินจำนวนมาก ประกอบกับนาง ป. เป็นผู้เริ่มก่อการและจัดตั้งเป็นบริษัทฯ หลังจากนั้น ได้บริหารกิจการบริษัทฯ ก่อนที่จะโอนหุ้นในส่วนของตนให้แก่บุตร นาง ป. ย่อมไม่อาจยอมให้บุตรสาว ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และเป็นกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท ต้องเดือดร้อนเสียหาย ฉะนั้น นาง ป. จึงต้องให้ความช่วยเหลือแก่บริษัทฯ เพื่อให้กิจการมีรายได้มากขึ้นหรือเพียงพอที่จะปลดเปลื้องภาระหนี้สินทั้งหมดและซื้อหลักทรัพย์จำนอง รวมทั้งธุรกิจโรงแรมคืนมาจากธนาคารฯ ก่อนครบกำหนดเวลาซื้อคืนภายใน 5 ปี นาง ป. จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 48 จตุทศ วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 อันเป็นผลให้นาง ป. ต้องตกเป็น

¹¹⁴ มาตรา 47 ตรี แก้ไขโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546

¹¹⁵ คดีหมายเลขดำที่ อ.195/2554 คดีหมายเลขแดงที่ อ.509/2554 ระหว่าง นายชัยวัฒน์ คลศรีชัย ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพิษณุโลก ผู้ถูกฟ้องคดี

¹¹⁶ มาตรา 1144 อันส่วนกำไรก็ดี ส่วนขาดทุนก็ดี ของผู้เป็นหุ้นส่วนทุก ๆ คนนั้นย่อมเป็นไปตามส่วนที่ลงทุน

บุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรี ตามมาตรา 45 (17)¹¹⁷ แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ประกอบมาตรา 48 เบญจ (3)¹¹⁸ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

4.3.3.2 กรณีที่ไม่ถือว่ามีส่วนได้เสีย

(1) สมาชิกสภาเทศบาลมีน้องชายและบุตรสาวเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545¹¹⁹ คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าการพิจารณาว่าสมาชิกผู้ใดมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้น สมาชิกผู้นั้นจะได้รับประโยชน์โดยตรงหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อตนในทางอ้อมอันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่อาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทน ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงาน ในกิจการของบุคคลธรรมดา หรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล หรือความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดฯ หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทฯ ซึ่งสามารถครอบงำกิจการได้ หรือความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อฟังได้ว่า นาย ช. มิได้มีความสัมพันธ์ใด ๆ โดยตรงกับบริษัทฯ แม้จะมีน้องชายและลูกสาวเป็นผู้ถือหุ้น แต่น้องชายทั้งสองคนได้บรรลุนิติภาวะแล้วจึงไม่มีภาระตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดู สำหรับกรณีบุตรสาวซึ่งแม้จะยังมีภาระตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูกันฉันบิดากับบุตร

¹¹⁷ บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้บุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง

๑ล๑

๑ล๑

(17) ลักษณะอื่นที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนด

¹¹⁸ มาตรา 48 เบญจ บุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น และต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(3) ไม่เป็นผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น หรือที่ปรึกษาหรือเลขานุการของผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันรับสมัครเลือกตั้ง

๑ล๑

๑ล๑

¹¹⁹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา (กรณีเทศบาลตำบลวังสะพุง)

แต่ก็เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมิได้มีอำนาจในการจัดการหรือผูกพันบริษัทฯ แต่อย่างใด กรณีจึงยังไม่อาจถือได้ว่า นาย ช. มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลทำกับบริษัทฯ ดังกล่าว

(2) สมาชิกสภาเทศบาลมีบุตรเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.76/2547¹²⁰ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ว่าบุตรทั้งสองคนของสมาชิกสภาเทศบาลจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทฯ ที่ทำสัญญากับเทศบาล แต่ก็เพียงร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด และบุตรทั้งสองก็ไม่มีอำนาจบริหารจัดการหรือกระทำการใด ๆ ผูกพันบริษัทฯ นอกจากนี้ บุตรทั้งสองของสมาชิกสภาเทศบาลต่างก็บรรลุนิติภาวะแล้ว และแม้ว่าบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563¹²¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การจะอุปการะเลี้ยงดูได้เพียงใดหรือไม่ นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าบุตรอยู่ในสภาพพร้อมที่จะให้การอุปการะบิดามารดาได้ และบิดามารดาจำเป็นจะต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสมาชิกสภาเทศบาลมีอาชีพค้าขาย ไม่ได้อาศัยอยู่บ้านเดียวกับบุตร แสดงให้เห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลไม่จำเป็นต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรทั้งสอง อีกทั้งบุตรทั้งสองก็ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูสมาชิกสภาเทศบาลผู้เป็นบิดา แม้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลจะเป็นทายาทโดยธรรมและมีสิทธิรับมรดกของบุตรทั้งสอง แต่สิทธิจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุตรทั้งสองถึงแก่ความตายก่อน¹²² ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน รวมทั้งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงได้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลได้เข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีผลประโยชน์ใด ๆ ในบริษัท และไม่ได้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีหรือเทศมนตรีที่มีอำนาจเกี่ยวกับการสั่งจ้างและทำสัญญาแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 อันจะเป็นเหตุให้สิ้นสุดสมาชิกภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

¹²⁰ คดีหมายเลขดำที่ อ.70/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.76/2547 ระหว่าง นายสมสวรรค์ ชันคำ ผู้ฟ้องคดีที่ 1 นาง วิรัตน์ พิมที ผู้ฟ้องคดีที่ 2 และผู้ว่าราชการจังหวัดเลย ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹²¹ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

¹²² มาตรา 1599 วรรคหนึ่ง เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท

(3) นายกเทศมนตรีมีบุตรสาวเป็นกรรมการผู้จัดการบริษัทจำกัด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.327/2550¹²³ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สำหรับการพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาจัดซื้อนมที่ผู้ฟ้องคดีลงนามในระหว่างดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี¹²⁴ ในวาระที่ผ่านมา ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นผู้ริเริ่มกิจกรรมดังกล่าว แต่เป็นกรณีที่สืบเนื่องมาจากโครงการถ่ายโอนงบประมาณกิจกรรมจัดซื้อวัสดุการศึกษา อาหารกลางวัน และอาหารเสริม (นมพร้อมดื่ม) จากหน่วยงานในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการปีงบประมาณ 2544 โดยผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้มีหนังสือแจ้งให้ทุกส่วนราชการภายในจังหวัดและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดำเนินการจัดซื้อนมพร้อมดื่มจากผู้ประกอบการแปรรูปนมที่มีสิทธิจำหน่ายนมพร้อมดื่มตามบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการที่กรมปศุสัตว์กำหนด ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้จัดซื้อตรงตามรายชื่อผู้มีสิทธิจำหน่ายนมตามที่ถูกผู้ฟ้องคดีแจ้ง ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีใช้โอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ อันมีลักษณะเป็นผู้กระทำการอันเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามนัยมาตรา 18 ทวิ¹²⁵ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ทั้งนี้ แม้ว่าภูมิฐานะของผู้ฟ้องคดีและบุตรรวมทั้งที่ตั้งสำนักงานแห่งใหม่ของบริษัทของบุตรผู้ฟ้องคดีจะตั้งอยู่เลขที่เดียวกัน ก็ยังฟังไม่ได้ว่าการที่บุคคลมีภูมิฐานะร่วมกันสืบเนื่องจากการเป็นบิดา มารดากับบุตร และใช้เป็นสถานที่ประกอบธุรกิจเป็นกรณีตามปกติจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ กรณีจึงยังถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำการเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญากับบริษัทดังกล่าว

¹²³ คดีหมายเลขดำที่ อ.527/2547 คดีหมายเลขแดงที่ อ.327/2550 ระหว่าง นางสุดใจ เค้า โคน ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดแพร่ ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹²⁴ นายกเทศมนตรีมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้ง

¹²⁵ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

(4) สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีบุตรชายเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.300/2553¹²⁶ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า มาตรา 47 ตรี¹²⁷ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546¹²⁸ บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงเมื่อ (6) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นหรือที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะกระทำ ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลหนองไม้แก่น และดำรงตำแหน่งประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลหนองไม้แก่น โดยขณะดำรงตำแหน่งดังกล่าว ห้างหุ้นส่วนจำกัด ยินดีสุขการโยธา โดยนาย อ. หุ้นส่วนผู้จัดการ ซึ่งเป็นบุตรชายของผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำสัญญารับจ้างก่อสร้างกับองค์การบริหารส่วนตำบล แต่โดยที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมิได้มีอำนาจหน้าที่สั่งซื้อหรือสั่งจ้างและลงนามในสัญญาในการจัดหา อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล และปรากฏจากรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีและรายงานประจำวันรับแจ้งเป็นหลักฐานของสถานีตำรวจภูธรอำเภอแปลงยาว ซึ่งจัดทำก่อนเวลาที่ห้างฯ เข้าทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลหนองไม้แก่น ผู้ฟ้องคดีกับบุตรชายมิได้มีความสัมพันธ์ฉันบิดากับบุตรที่ดี แต่มีความขัดแย้งกันในเชิงผลประโยชน์อันมีมูลมาจากทรัพย์สินในครอบครัว นอกจากนั้น ข้อเท็จจริงยังปรากฏด้วยว่า ผู้ที่เห็นว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม และเสนอให้ผู้ถูกฟ้องคดีสอบสวนและวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลง คือ นายกองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างฉบับดังกล่าวในฐานะผู้มีอำนาจทำการแทนองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ว่าจ้าง กรณีจึงเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ใช้ตำแหน่ง

¹²⁶ คำพิพากษาคดีหมายเลขคำที่ อ. 386/2549 หมายเลขแดงที่ อ.300/2553 ระหว่าง นายสมศักดิ์ ยินดีสุข ผู้ฟ้องคดี และนายอำเภอแปลงยาว ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹²⁷ มาตรา 47 ตรี สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงเมื่อ

๑ล๑

๑ล๑

(6) เป็นผู้ มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นหรือ ที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะกระทำ

๑ล๑

๑ล๑

¹²⁸ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 124 ก หน้า 16 วันที่ 22 ธันวาคม 2546

สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบล หรือยอมให้ บุตรชายใช้ตำแหน่งดังกล่าวดำเนินการให้ผู้มีอำนาจหน้าที่สั่งซื้อสิ่งข้างขององค์การบริหารส่วน ตำบลอนุมัติข้าง และทำสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนฯ แต่อย่างไร แม้ว่ามาตรา 1563¹²⁹ แห่งประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา แต่การที่บุตรจะอุปการะเลี้ยงดูบิดา มารดาเพียงใดหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีว่าฐานะของบิดามารดา และบุตรเป็นเช่นใด รวมทั้งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในกรณีนั้นว่าบุตรอยู่ในสภาพพร้อมที่จะให้การ อุปการะบิดามารดาได้ และบิดามารดาจำเป็นที่จะต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรหรือไม่ อีกทั้ง ข้อเท็จจริงก็ปรากฏด้วยว่าบุตรของผู้ฟ้องคดีไม่ได้ให้การอุปการะเลี้ยงดูผู้ฟ้องคดี และแม้ผู้ฟ้องคดีจะมี ฐานะเป็นทายาท โดยธรรมของบุตรชาย ซึ่งมีสิทธิได้รับมรดกของบุตรชายก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวจะ เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุตรชายถึงแก่ความตายก่อนผู้ฟ้องคดี¹³⁰ กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน เนื่องจากผู้ฟ้องคดีอาจถึงแก่ความตายก่อนบุตรชาย หรือบุตรชายอาจทำพินัยกรรมยกมรดกให้แก่ บุคคลอื่นก็ได้ กรณีจึงยังไม่อาจจะถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมใน สัญญาจ้างที่ทำกับองค์การบริหารส่วนตำบล

(5) สมาชิกสภาเทศบาลมีบุตรสะใภ้เป็นเจ้าของร้าน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.164/2555¹³¹ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 18 ทวิ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 มีเจตนารมณ์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยห้ามมิให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้หรืออาศัยฐานะที่ตนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสร้างหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดย การเบียดเบียนหรือคุกคามประ โยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ ซึ่งในการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ คนใดจะเป็นผู้มีส่วน ได้เสียในเรื่องใดหรือไม่ จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป คดีนี้เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าเทศบาลได้ทำสัญญาจ้างโดยวิธีตกลงราคากับร้าน ด. ให้จัดทำปฏิทินแสดง ผลงานโดยผู้รับจ้างคือ ร้าน ด. มีนาง ท. ซึ่งเป็นคู่สมรสของบุตรชายของผู้ฟ้องคดี เป็นผู้ลงชื่อในสัญญา จ้างดังกล่าว โดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการทำสัญญาในฐานะผู้ว่าจ้างหรือ ผู้รับจ้างด้วย นอกจากนั้น ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้เข้าไปเกี่ยวข้องในการบริหารจัดการร้าน ด. หรือมี

¹²⁹ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

¹³⁰ ประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 วรรคหนึ่ง เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ ทายาท

¹³¹ คำพิพากษาคดีหมายเลขคำที่ อ.617/2554 คดีหมายเลขแดงที่ อ.164/2555 ระหว่าง นายวิชัย ศรีบุญเรือง ผู้ฟ้องคดี และ ผู้ว่าราชการจังหวัดมหาสารคาม ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ความสัมพันธ์ในเชิงการลงทุนร่วมกับบุตรชาย หรือกับบุตรสะใภ้ในกิจการของร้านดังกล่าวแต่อย่างใด แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าร้าน ค. จะเปิดกิจการ โดยตั้ง โรงพิมพ์อยู่ที่บ้านเลขที่ 530/12 ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฟ้องคดี โดยการเช่าจากผู้ฟ้องคดี หรือผู้ฟ้องคดีให้ใช้ประโยชน์โดยไม่คิดค่าเช่าเพื่อเป็นการช่วยเหลือบุตรก็ตาม ก็ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ได้เสียตามสัญญาจ้างดังกล่าวแต่อย่างใด เพราะเป็นคนละเหตุกัน ทั้งการที่บุตรสะใภ้ของผู้ฟ้องคดีได้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านเดียวกับภูมิลำเนาของผู้ฟ้องคดีนั้น ก็ไม่ใช่เหตุผลสำคัญที่แสดงว่าจะต้องมีผลประโยชน์ร่วมกัน และโดยข้อเท็จจริงแล้ว บุตรสะใภ้และบุตรชายของผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้พักอาศัยในบ้านหลังดังกล่าว เพียงแต่ยังไปมาหาสู่กับผู้ฟ้องคดีในบางครั้ง ในฐานะญาติเท่านั้น กรณีจึงไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีใช้โอกาสในฐานะที่ตนดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ หรือของใจ หรือข่มขู่ หรือ โน้มน้าวให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการจัดจ้างโดยวิธีตกลงราคา¹³² เพื่อให้เข้าจ้างบุตรสะใภ้ของผู้ฟ้องคดี อันมีลักษณะเป็นการกระทำให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามนัยมาตรา 18 ทวิ¹³³ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

พิเคราะห์แล้ว เห็นว่าในประเด็นปัญหาการตีความคำว่าผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญานั้น แนวทางการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกามีความแตกต่างจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ คณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่าเพียงสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติกับบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาล หรือเป็นญาติกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัดที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล ก็ถือว่าบุคคลดังกล่าวมีความมุ่งหมายที่จะเอาประโยชน์จากสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาแล้ว ในขณะที่แนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดนั้น การที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล หรือมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด มิได้ทำให้สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้เป็นคู่สัญญาได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาในทันที ศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ประกอบในแต่ละกรณีว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้เป็นคู่สัญญาได้ใช้โอกาสในฐานะที่ตนดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล

¹³² ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2553 ข้อ 13 การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีตกลงราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท

¹³³ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

หรือผู้บริหารเทศบาลสร้างประโยชน์ให้แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐหรือไม่ หากไม่ปรากฏพฤติการณ์ดังกล่าวแล้วก็ไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล หรือมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด มิได้ทำให้สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาในทันที ควรจะพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นมีเจตนาที่จะใช้โอกาสในฐานะที่ตนดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลสร้างประโยชน์ให้แก่ตนเอง โดยเบียดเบียน หรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ของรัฐหรือไม่ หากไม่ปรากฏพฤติการณ์ดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการ ขั้นตอน และวิธีการในการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัย

พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542¹³⁴ ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งบัญญัติว่า สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล หรือที่เทศบาลจะกระทำ โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 มีนาคม 2542 เป็นต้นมา

ต่อมาได้มีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546¹³⁵ บัญญัติว่า สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเนื้อความหลักยังคงเหมือนเดิม เพียงแต่บัญญัติถ้อยคำให้ชัดเจนของถ้อยคำที่ว่า เทศบาลนั้น หมายความว่าสมาชิกสภาเทศบาลซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในเทศบาลใดต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ แต่สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นสามารถเป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลอื่นที่มีใช้เทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่เป็น

¹³⁴ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 ตอนที่ 15 ก หน้า 1 วันที่ 10 มีนาคม 2542

¹³⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 124 ก หน้า 1 วันที่ 22 ธันวาคม 2546

คู่สัญญาได้ ส่วนเจตนารมณ์ของกฎหมายในมาตราดังกล่าวยังคงเหมือนเดิมทุกประการ ในประเด็นปัญหากระบวนการ ขั้นตอนในการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัยมีข้อพิจารณา ดังนี้

4.4.1 ปัญหากรณีกฎหมายมิได้บัญญัติกระบวนการ ขั้นตอนในการออกคำสั่ง

การวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลหรือความเป็นผู้บริหารเทศบาลสิ้นสุดลงนั้น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งมีอำนาจกำกับดูแลเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด โดยมีได้กำหนดกระบวนการ ขั้นตอน หรือวิธีการในการสอบสวน ไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง และระยะเวลาในการออกคำวินิจฉัยที่กำหนดว่า “โดยเร็ว” นั้น ก็ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนว่าภายในกี่วันก็เดือน

ในเรื่องกระบวนการสอบสวน มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2548 วินิจฉัยว่า การสอบสวนไม่ต้องนำมาตรา 28¹³⁶ และมาตรา 30¹³⁷ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ในกรณีที่นายอำเภอใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 วินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลง ดังนี้ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ว่า วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งในกรณีนี้ได้มีกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับเรื่องการพิจารณาการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไว้ โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมให้กับผู้ฟ้องคดี อีกทั้งมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ มาตรา 47 ตรีวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542¹³⁸ บัญญัติไว้ว่า เมื่อมีกรณีสงสัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหาร

¹³⁶ มาตรา 28 ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี

¹³⁷ มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

¹³⁸ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 40 ก หน้า 1 วันที่ 20 พฤษภาคม 2542

ส่วนตำบลผู้ใดสิ้นสุดลงตาม (4) (5) (6) หรือ (7) ให้นายอำเภอสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็วว่าวินิจฉัยของนายอำเภอให้เป็นที่สุด การปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 28 และมาตรา 30 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อุทธรณ์

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 78/2553¹³⁹ วินิจฉัยยืนยันหลักการรับฟังคู่กรณีไว้ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเคยเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุมีส่วนได้เสียในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลเป็นคู่สัญญา อ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่เคยทำการสอบสวนหรือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐาน และองค์การบริหารส่วนตำบลก็ไม่เคยแจ้งกรณีดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีทราบแต่อย่างใด ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า ในการออกคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น เมื่อพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ โดยผลของมาตรา 3¹⁴⁰ ซึ่งมาตรา 30 วรรคหนึ่ง¹⁴¹ แห่งพระราชบัญญัติฯ เดียวกัน กรณีของคดีนี้ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ก่อนมีคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้แจ้งเรื่องที่ถูกล่ามำหาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ และไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานแต่อย่างใด ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่า นายองค์การบริหารส่วนตำบลได้แจ้งสิทธิดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีทราบแล้วในวันประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมประชุมรับทราบด้วยแล้ว แต่ไม่ยอมลงลายมือชื่อในการประชุมไว้ รวมทั้งก่อนหน้านั้นนายองค์การบริหารส่วนตำบลได้แจ้งด้วยวาจาให้ผู้ฟ้องคดีทราบถึงสิทธิดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีนิ่งเฉยและไม่ได้ส่งเอกสารโต้แย้งหรือคัดค้านแต่อย่างใด ไม่อาจรับฟังได้ได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ให้โอกาสแก่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสในการโต้แย้งและแสดง

¹³⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.223/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.78/2553 ระหว่าง นายสุเมธ อุดไชย ผู้ฟ้องคดี และนายอำเภอปง ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁴⁰ มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

¹⁴¹ มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

พยานหลักฐานของตน ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และไม่ปรากฏเหตุที่จะได้รับการยกเว้นในการที่ไม่ต้องแจ้งสิทธิตามวรรคสองและวรรคสามของมาตราดังกล่าว จึงถือว่าการมีคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดี โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าว ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.79/2553¹⁴² ได้วินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกัน

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 78/2553 เนื่องจากการสอบสวนนั้นควรต้องมีกระบวนการที่ประกันความเป็นธรรมที่ได้มาตรฐาน แม้ว่าในกฎหมายเฉพาะจะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการไว้โดยเฉพาะก็ตาม เพราะกระบวนการและขั้นตอนก็เป็นส่วนหนึ่งในหลักประกันความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และศาลชั้นต้น เมื่อกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้จึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ต่อมาใน พ.ศ. 2554 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 6 และมาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 71¹⁴³ และมาตรา 77¹⁴⁴ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 5 และมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและ

¹⁴² คำพิพากษาคดีหมายเลขคำ ที่ อ. 224/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.79/2553 ระหว่าง นายสมพงษ์ สุนันตะ ผู้ฟ้องคดี และนายอำเภอปง ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁴³ มาตรา 71 ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลเทศบาลในจังหวัดนั้นให้ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมาย ในการนี้ให้มีอำนาจหน้าที่ชี้แจงแนะนำคัดค้านเทศบาล และตรวจสอบกิจการเรียกรายงานและเอกสารหรือสถิติใด ๆ จากเทศบาลมาตรวจ ตลอดจนเรียกสมาชิกสภาเทศบาลหรือพนักงานเทศบาลมาชี้แจงหรือสอบสวนก็ได้

ให้นายอำเภอมีอำนาจหน้าที่ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัดควบคุมดูแลเทศบาลตำบลในอำเภอนั้นให้ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมาย ในการนี้ให้มีอำนาจหน้าที่ชี้แจงแนะนำคัดค้านเทศบาลตำบล และตรวจสอบกิจการเรียกรายงานและเอกสารหรือสถิติใด ๆ จากเทศบาลมาตรวจ ตลอดจนเรียกสมาชิกสภาเทศบาลหรือพนักงานเทศบาลมาชี้แจงหรือสอบสวนก็ได้

¹⁴⁴ มาตรา 77 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

องค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 6 และมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ประกอบกับ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ออกระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการสอบสวนผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น และที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2554¹⁴⁵ โดยมีเหตุผลความจำเป็นในการออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยฯ ดังกล่าวไว้ สืบเนื่องจากตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ได้กำหนดให้นายอำเภอและผู้ว่าราชการจังหวัดมีหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และให้มีอำนาจสอบสวนและวินิจฉัยในกรณีเมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจึงได้เสนอขอออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวเป็นระเบียบกลาง เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติที่ชัดเจน และให้การดำเนินการต่าง ๆ เป็นไปในแนวทางเดียวกันในทุกจังหวัด อีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น ระเบียบฯ ดังกล่าวจึงเป็นแนวทางให้จังหวัดถือปฏิบัติในการสอบสวนและวินิจฉัยเป็นไปในแนวทางเดียวกัน การสอบสวนและวินิจฉัยกรณีผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาจึงต้องถือปฏิบัติตามระเบียบฯ นี้เช่นเดียวกัน

ในกระบวนการสอบสวนตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการสอบสวนผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2554 ดังกล่าว กรณีเมื่อมีเหตุให้ต้องทำการสอบสวนผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น และที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น ให้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนขึ้นทำการสอบสวน¹⁴⁶ กรณีของเทศบาลผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน

¹⁴⁵ ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการสอบสวนผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่นและที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2554 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 128 ตอนพิเศษ 73 ง วันที่ 30 มิถุนายน 2554

¹⁴⁶ ข้อ 7 เมื่อมีเหตุให้ต้องทำการสอบสวนผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น และที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น ให้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนขึ้นเพื่อทำการสอบสวน

อย่างน้อย 3 คน โดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถของผู้ที่ได้รับแต่งตั้ง และคณะกรรมการสอบสวนต้องมีผู้ดำรงตำแหน่งนิติกร หรือผู้ได้รับปริญญาทางกฎหมาย หรือผู้มีประสบการณ์ในด้านการสอบสวนอย่างน้อยหนึ่งคนร่วมเป็นกรรมการด้วย คณะกรรมการสอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบอย่างเพียงพอ และจะต้องให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนมาแก้ข้อกล่าวหาได้ตามควรแก่กรณีในเวลาอันควร¹⁴⁷ และแม้จะมีการสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาให้สมาชิกสภาท้องถิ่นผู้นั้นทราบแล้ว แต่ยังไม่ทันจะได้วินิจฉัยสมาชิกภาพสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้นั้นได้ลาออกเสียก่อนแล้วกลับมาสมัครรับเลือกตั้งใหม่และได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นใหม่อีกครั้งหนึ่ง ต่อมาเมื่อผู้ร้องเรียนผู้นั้นในประเด็นเดิมคณะกรรมการสอบสวนให้สมาชิกสภาท้องถิ่นชี้แจงข้อเท็จจริงตามที่ถูกกล่าวหาแล้วไม่จำเป็นต้องมีการสอบสวนใหม่อีก

คดีนี้ แม้จะเป็นการวินิจฉัยข้อห้ามการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล แต่เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 47 ตรี¹⁴⁸ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลบัญญัติไว้ทำนองเดียวกับมาตรา 18 ทวิ¹⁴⁹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ในการศึกษาที่ผู้เขียนจึงเทียบเคียงแนวการวินิจฉัยดังกล่าว และเห็นได้ว่าระเบียบกระทรวงมหาดไทยฯ ดังกล่าว มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่คู่กรณีไม่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

๑๓๑

๑๓๑

คณะกรรมการสอบสวนต้องมีผู้ดำรงตำแหน่งนิติกร หรือผู้ได้รับปริญญาทางกฎหมาย หรือผู้มีประสบการณ์ในด้านการสอบสวนอย่างน้อยหนึ่งคนร่วมเป็นกรรมการด้วย

๑๓๑

๑๓๑

¹⁴⁷ ข้อ 14 ให้คณะกรรมการสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบอย่างเพียงพอและให้ผู้ถูกกล่าวหาได้มีโอกาสโต้แย้งและนำพยานหลักฐานของตนมาแก้ข้อกล่าวหาได้ตามควรแก่กรณีในเวลาอันควร ถ้าผู้ถูกกล่าวหาไม่มาหรือไม่แก้ข้อกล่าวหาภายในเวลาที่กำหนดไว้ ให้คณะกรรมการสอบสวนบันทึกไว้แล้วให้ดำเนินการสอบสวนต่อไป

¹⁴⁸ มาตรา 47 ตรี สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงเมื่อ

๑๓๑

๑๓๑

(6) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นหรือ ที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะกระทำ

๑๓๑

๑๓๑

¹⁴⁹ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

4.4.2 ปัญหาผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่ง

กรณีสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดกระทำการเข้ามีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 19 วรรคสอง¹⁵⁰ และมาตรา 48 ปัญจทศ วรรคสาม¹⁵¹ แห่งพระราชบัญญัติฯ เดียวกัน บัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย กรณีมีปัญหาว่า หากผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่ง “จังหวัด...” แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน และมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง จะมีผลทำให้คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร กรณีนี้ มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.127 – 128/2552¹⁵² วินิจฉัยไว้ ดังนี้

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลเพราะเหตุมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ซึ่งผู้ฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่า คำสั่งจังหวัดพะเยา ลงวันที่ 21 กันยายน 2549 และคำวินิจฉัยลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2550 ระบุว่าผู้ถูกฟ้องคดี จังหวัดพะเยาไม่มีอำนาจในการสอบสวนและวินิจฉัย เมื่อการสอบสวนและคำวินิจฉัยกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นผลทำให้คำวินิจฉัยไม่สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้คำว่า จังหวัดพะเยา ในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัย คำว่า จังหวัดพะเยา แม้จะมีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง¹⁵³ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และมี

¹⁵⁰ มาตรา 19 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงเมื่อ

๑ล๑

๑ล๑

เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลงตาม (4) (5) หรือ (6) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด

๑ล๑

๑ล๑

¹⁵¹ มาตรา 48 ปัญจทศ นายเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

๑ล๑

๑ล๑

เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นนายเทศมนตรีสิ้นสุดลงตาม (4) หรือ (5) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด

¹⁵² คดีหมายเลขคำที่ อ.711/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.127/2552 ระหว่าง นายไตรภพ ไชยวุฒิ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี , คดีหมายเลขคำที่ อ. 712/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 128/2552 ระหว่าง นายจันทร์ ห้วยแสน ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁵³ มาตรา 52 ให้รวมท้องที่หลาย ๆ อำเภอตั้งขึ้นเป็นจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล

๑ล๑

๑ล๑

ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหารซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัดตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง¹⁵⁴ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ข้อความว่า จังหวัดพะเยาในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงและในคำวินิจฉัย แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ลงนามในคำสั่งและคำวินิจฉัยดังกล่าว คำว่า จังหวัดพะเยา จึงหมายถึง ผู้ถูกฟ้องคดี หาใช่จังหวัดพะเยาที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลไม่ การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบแล้ว

แม้ผู้ว่าราชการจังหวัดจะใช้คำว่า จังหวัดพะเยา ในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงและในคำวินิจฉัย ก็ไม่ทำให้คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.5 วิเคราะห์แนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาการมีส่วนได้เสียในสัญญาของสมาชิกสภาเทศบาลและบริหารเทศบาล

การกำหนดห้ามมิให้สมาชิกสภาเทศบาล นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี เลขานุการนายกเทศมนตรี และที่ปรึกษานายกเทศมนตรีมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการของเทศบาลตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรการในการกำกับดูแลและป้องกันมิให้สมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลกระทำการอันมีลักษณะของการเข้าไปมีส่วนได้เสียในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่จะกระทบต่อตำแหน่งหน้าที่ในการบริหารราชการ อันอาจเป็นผลให้มีลักษณะของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของตนเองกับประโยชน์สาธารณะ ก็เพราะเหตุที่สมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลนั้นอยู่ในฐานะของการเป็นบุคคลสาธารณะและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการบริหารราชการตามอำนาจหน้าที่ที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้กำหนดไว้

บทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลเข้าไปกระทำการที่มีลักษณะของการเข้าไปมีส่วนได้เสียนี้มีความสำคัญกับบุคคลดังกล่าวเป็นอย่างมาก อันเนื่องมาจากหากสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลอยู่ในฐานะของการเป็นผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ย่อมจะ

¹⁵⁴ มาตรา 54 ในจังหวัดหนึ่ง ให้มีผู้ว่าราชการจังหวัดคนหนึ่งเป็นผู้รับ นโยบายและคำสั่งจากนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล คณะรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรม มาปฏิบัติทำให้เหมาะสมกับท้องที่และประชาชน และเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดา ข้าราชการฝ่ายบริหาร ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัด และรับ ผิดชอบในราชการจังหวัดและอำเภอ และจะให้ มีรองผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัด หรือ ทั้งรองผู้ว่าราชการจังหวัดและผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการแทน ผู้ว่าราชการจังหวัดก็ได้

ส่งผลต่อการดำรงตำแหน่งของผู้นั้นอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี ปัญหาในการที่จะพิจารณาว่า สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลนั้นมีลักษณะของการเข้าไปมีส่วนได้เสียนี้ย่อมไม่อาจจะวินิจฉัยชี้ขาดได้โดยอาศัยเนื้อหาสาระของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้โดยตรง อันเนื่องมาจาก บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดไว้แบบกว้าง ๆ ผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดจึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความ บทบัญญัติดังกล่าวตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละเรื่อง ดังที่ปรากฏจากการตอบข้อหารือเกี่ยวกับ การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นของสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา และมีข้อโต้แย้งปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภา ท้องถิ่นเป็นคดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดเป็นจำนวนหลายคดี นับตั้งแต่มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติใน มาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งได้มีการเพิ่มเติมครั้งแรกโดยมาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542¹⁵⁵ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติ เดียวกัน ซึ่งได้เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2543¹⁵⁶ และได้มีการแก้ไข เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546¹⁵⁷ เป็นต้นมา

¹⁵⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา 18 ทวิ แห่ง พระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496

มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อมในสัญญาที่ เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือ ในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำ

¹⁵⁶ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2543 มาตรา 12 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นบทที่ 2 ทวิ นายกเทศมนตรี มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(3) เป็นคู่สัญญาหรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญา ที่ทำกับเทศบาล หรือการ พาณิชย์ของเทศบาล หรือบริษัทที่เทศบาลถือหุ้น

๑ล๑

๑ล๑

¹⁵⁷ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 มาตรา 32 ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2596 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติ เทศบาล (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2543 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการ นายกเทศมนตรีต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการ ที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

เหตุผลสำคัญในการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรานี้ คือ การประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอยู่หลายประการ มีการบัญญัติข้อห้ามการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรี โดยที่จากพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ยังมีได้มีข้อห้ามการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลไว้แต่อย่างใด พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 จึงได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันไม่ให้สมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลผู้อยู่ในฐานะที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งเข้าไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยมิชอบ และเพื่อให้สาธารณชนเกิดความเชื่อถือและเชื่อมั่นในความเป็นกลางและเกิดความโปร่งใสในกระบวนการบริหารราชการของเทศบาล

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้มีนิยามหรือความหมายของคำว่า ส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อม เอาไว้ ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียจำต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อห้ามการมีส่วนได้เสียตามบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ¹⁵⁸ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3)¹⁵⁹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละเรื่อง กรณีจึงทำให้เกิดปัญหาแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลเทศบาลตามกฎหมายในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว และได้มีการหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหลายครั้ง นับตั้งแต่ภายหลังที่ได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542¹⁶⁰ โดยความเห็นในช่วงแรกของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น จะพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละเรื่อง โดยที่ยังมิได้มีการวางหลักหรืออธิบายความหมายของบทบัญญัติข้อห้ามการมีส่วนได้เสียตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด

¹⁵⁸ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

¹⁵⁹ มาตรา 48 จตุทศ นายเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

¹⁶⁰ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 ตอนที่ 15 ก หน้า 1 วันที่ 10 มีนาคม 2542

ในการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาในช่วงแรกนั้นเป็นการตีความอย่างกว้างโดยพิจารณาเพียงความสัมพันธ์ของการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ยังไม่มีการให้ความเห็นและอธิบายความหมายหรือวัตถุประสงค์ของการห้ามมีส่วนได้เสียตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ทวิ แต่อย่างไรก็ตามหากมีข้อเท็จจริงใด ๆ ก็ตามที่พิจารณาได้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์ในเชิงผลประโยชน์จากสัญญาของเทศบาลหรือกระทำกับเทศบาลไม่ว่าทางใดแล้ว ก็จะต้องถือว่าเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าว เช่นความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544¹⁶¹ การจัดซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงระหว่างเทศบาลกับห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ได้ทำสัญญาซื้อขายกันเป็นรายเดือน แต่ภายหลังจากที่มาตรา 18 ทวิ¹⁶² ดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว เทศบาลยังคงทำสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับห้างฯ ต่อไป การกระทำนั้นจึงอยู่ในบังคับมาตรา 18 ทวิ ซึ่งมีผลต่อการดำรงตำแหน่งของเทศมนตรี สมาชิกสภาเทศบาล และนายกเทศมนตรี¹⁶³ ดังนี้

- 1) เทศมนตรี เมื่อเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ถือหุ้น จึงย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยทางคู่สมรส
- 2) สมาชิกสภาเทศบาล เมื่อเป็นผู้ถือหุ้น แม้ว่าจะเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบก็ตาม แต่การมีส่วนได้เสียก็มีได้ต่างจากหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบ เพราะยังได้ผลประโยชน์จากผลกำไรซึ่งห้างฯ ทำมาค้าอยู่ได้ เว้นแต่ห้างฯ ยังขาดทุนอยู่ ฉะนั้น จึงเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีส่วนได้เสียกับห้างฯ
- 3) นายกเทศมนตรี เมื่อเป็นบุตรสาวของหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ ในฐานะที่เป็นบุตรย่อมมีหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาทั้งยังมีสิทธิเป็นทายาทโดยชอบตามกฎหมาย การที่นายกเทศมนตรีได้มอบอำนาจให้เทศมนตรีเข้าทำสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับห้างฯ จึงเป็นการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร

¹⁶¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับเทศบาลตำบลแจ้ห่ม

¹⁶² ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้วินิจฉัยการมีผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542

¹⁶³ ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2543 ผู้บริหารเทศบาลคือคณะเทศมนตรีประกอบด้วย นายกเทศมนตรีคนหนึ่ง และเทศมนตรีอื่นมีจำนวนตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 โดยผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเป็นนายกเทศมนตรีและเทศมนตรีด้วยความเห็นชอบของสภาเทศบาล

สำหรับข้อเท็จจริงที่ว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร มีสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงของห้างฯ นี้เพียงแห่งเดียว และการซื้อน้ำมันนี้ได้กระทำมาตั้งแต่เทศบาลยังเป็นสุขาภิบาลอยู่ บุคคลทั้งสองจึงมิได้มีเจตนาต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลนั้น ก็เป็นข้อเท็จจริงที่รับฟังไม่ได้เพราะมาตรา 18 ทวิ ประสงค์ที่จะห้ามสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามามีประโยชน์ของเทศบาลในขณะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลอยู่ เพื่อให้ทำหน้าที่รักษาประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรม โดยไม่ประสงค์จะให้สมาชิกสภาเทศบาลได้ประโยชน์ใด ๆ จากการเข้าทำสัญญาหรือทำกิจการใดจากเทศบาลไม่ว่าโดยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้อื่นในขณะดำรงตำแหน่ง และมีได้คำนึงว่าจะต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลหรือไม่ และไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้วกลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบขึ้นมาได้

จนถึงปี พ.ศ. 2545 คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้ให้ความเห็นและอธิบายความหมายหรือวัตถุประสงค์ของการห้ามมีส่วนได้เสียตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ทวิ⁶⁴ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542⁶⁵ ในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา (กรณีเทศบาลตำบลวังสะพุง)⁶⁶ สรุปได้ ดังนี้

มาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลกระทำนั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้สมาชิกปฏิบัติหน้าที่ในขณะดำรงตำแหน่งด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและรักษาประโยชน์ของเทศบาลเป็นสำคัญโดยสมาชิกต้องไม่มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งการพิจารณาว่าสมาชิกผู้ใดมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้น สมาชิกผู้นั้นได้รับประโยชน์โดยตรงหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อตนในทางอ้อม อันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียในทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่ อาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยการเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ

⁶⁴ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

⁶⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 ตอนที่ 15 ก หน้า 1 วันที่ 10 มีนาคม 2542

⁶⁶ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 605/2545 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา

ตัวแทน ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล หรือความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งสามารถรอบังการจัดการบริษัทได้ หรือความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา¹⁶⁷ หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร¹⁶⁸ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อฟังได้ว่า นาย ช. มิได้มีความสัมพันธ์ใด ๆ โดยตรงกับบริษัทฯ แม้จะมีน้องชายและลูกสาวเป็นผู้ถือหุ้น แต่น้องชายทั้งสองคนได้บรรลุนิติภาวะแล้วจึงไม่มีภาระตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดู สำหรับกรณีบุตรสาวซึ่งแม้จะยังมีภาระตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูกันฉันบิดากับบุตร แต่ก็เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมิได้มีอำนาจในการจัดการหรือผูกพันบริษัทฯ แต่อย่างใด กรณีจึงยังไม่อาจถือได้ว่า นาย ช. มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลทำกับบริษัทฯ ดังกล่าว

พิเคราะห์จากความเห็นดังกล่าวแล้ว สามารถกำหนดลักษณะของการมีส่วนได้เสีย ดังนี้

- (1) ความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือกระทำกับเทศบาล และเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น โดยตรง
- (2) ความสัมพันธ์กับคู่สัญญาที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือกระทำกับเทศบาลในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อคนในทางอ้อม เช่น
 - (2.1) มีความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยทำหน้าที่เป็นผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือตัวแทน หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินการในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลที่เป็นคู่สัญญาหรือกระทำกับเทศบาลนั้น
 - (2.2) มีความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งสามารถรอบังการจัดการบริษัทจำกัดนั้นได้
 - (2.3) มีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁶⁷ มาตรา 1461 สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

¹⁶⁸ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

ปัญหาการวินิจฉัยการเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลนั้น ศาลปกครองสูงสุดใช้หลักการวินิจฉัยแตกต่างจากคณะกรรมการกฤษฎีกากล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดมิได้วินิจฉัยโดยอาศัยเพียงความสัมพันธ์ของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเท่านั้น แต่ได้พิเคราะห์ถึงเจตนาของบุคคลดังกล่าวด้วยว่ามีเจตนาที่จะอาศัยประโยชน์จากการที่ตนดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลอยู่กระทำการแสวงหาประโยชน์ส่วนตน โดยคุกคามหรือเบียดเบียนประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.327/2550 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สำหรับการพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาจัดซื้อนมที่ผู้ฟ้องคดีลงนามในระหว่างดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีในวาระที่ผ่านมา¹⁶⁹ ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นผู้ริเริ่มกิจกรรมดังกล่าว แต่เป็นกรณีที่สืบเนื่องมาจากโครงการถ่ายโอนงบประมาณกิจกรรมจัดซื้อวัสดุการศึกษา อาหารกลางวัน และอาหารเสริม (นมพร้อมดื่ม)¹⁷⁰ จากหน่วยงานในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการปีงบประมาณ 2544 โดยผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้มีหนังสือแจ้งให้ทุกส่วนราชการภายในจังหวัดและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดำเนินการจัดซื้อนมพร้อมดื่มจากผู้ประกอบการแปรรูปนมที่มีสิทธิจำหน่ายนม พร้อมดื่มตามบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการที่กรมปศุสัตว์กำหนด ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้จัดซื้อตรงตามรายชื่อผู้มีสิทธิจำหน่ายนมตามที่ผู้ถูกฟ้อง คดีแจ้ง ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีใช้โอกาสในฐานะที่ตนเป็นผู้ดำรงตำแหน่งสร้างประโยชน์แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ อันมีลักษณะเป็นผู้กระทำการอันเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามนัยมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ทั้งนี้ แม้ว่าภูมิลำเนาของผู้ฟ้องคดีและบุตรรวมทั้งที่ตั้งสำนักงานแห่งใหม่ของ บริษัทของบุตรผู้ฟ้องคดีจะตั้งอยู่เลขที่เดียวกัน ก็ยังฟังไม่ได้ว่าการที่บุคคลมีภูมิลำเนาพร้อมกันสืบเนื่องจากการเป็นบิดา มารดากับบุตร และใช้เป็นสถานที่ประกอบธุรกิจเป็นกรณีตามปกติจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือไม่ กรณีจึงยังถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำการเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าในทาง ตรงหรือทางอ้อม ในสัญญาที่เทศบาลตำบลเป็นคู่สัญญากับบริษัทดังกล่าว

¹⁶⁹ นายกเทศมนตรีมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้ง

¹⁷⁰ โครงการอาหารเสริม (นม) โรงเรียน เป็นโครงการที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้นตั้งแต่ปีงบประมาณ 2535 โดยการดำเนินการระยะแรก มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ (สปช.) เป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อเฉพาะโรงเรียนในสังกัด ต่อมาตั้งแต่ปีงบประมาณ 2544 สปช. ถ่ายโอนงบประมาณให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อ โดยบรรจุในแผนขั้นตอนการกระจายอำนาจให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจ พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.164/2555¹⁷¹ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า มาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546¹⁷² มีเจตนารมณ์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้หรืออาศัยฐานะที่ตนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสร้างหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยการเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐ ซึ่งในการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนใดจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องใดหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริง และพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป คดีนี้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับกรทำสัญญาในฐานะผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้างด้วย และไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับในการบริหารจัดการร้าน หรือมีความสัมพันธ์ในเชิงการลงทุนร่วมกับบุตรสะใภ้ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าร้านของบุตรสะใภ้ ซึ่งเป็นคู่สัญญาจ้างกับเทศบาลจะเปิดกิจการ โดยตั้งอยู่บ้านเลขที่ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฟ้องคดีก็ตาม ก็ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ได้เสียตามสัญญาจ้างดังกล่าวแต่อย่างใด เพราะเป็นคนละเหตุกัน และไม่ใช่เหตุผลสำคัญที่แสดงว่าจะต้องมีผลประโยชน์ร่วมกัน จึงไม่ถึงว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ¹⁷³ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดอีกหลายคดีที่ได้วินิจฉัยปัญหาการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล โดยใช้หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าว เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.327/2550¹⁷⁴ และ อ.164/2555¹⁷⁵

¹⁷¹ คดีหมายเลขดำที่ อ.617/2554 หมายเลขแดงที่ อ.164/2555 ระหว่าง นายวิชัย ศรีบุญเรือง และผู้ว่าราชการจังหวัดมหาสารคาม เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁷² พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 124 ก หน้า 1 วันที่ 22 ธันวาคม 2546

¹⁷³ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

¹⁷⁴ คดีหมายเลขดำที่ อ.527/2547 คดีหมายเลขแดงที่ อ.327/2550 ระหว่าง นางสุดใจ เค้าโคน ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดแพร่ ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

¹⁷⁵ คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ.617/2554 คดีหมายเลขแดงที่ อ.164/2555 ระหว่าง นายวิชัย ศรีบุญเรือง ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดมหาสารคาม ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

เมื่อพิจารณาแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและแนวความเห็นของศาลปกครองสูงสุดจะเห็นได้ว่าได้วินิจฉัยความหมายและขอบเขตของคำว่าผู้มีส่วนได้เสียแตกต่างกัน กล่าวคือ ความหมายของการเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้ให้ความเห็นไว้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างกว้าง โดยพิจารณาเพียงความสัมพันธ์ของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่มีความสัมพันธ์กับผู้เป็นคู่สัญญาเทศบาล โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร ความสัมพันธ์ในเชิงทุน และความสัมพันธ์ในระหว่งบุคคล โดยใช้หลักการไม่มีส่วนได้เสียในการวินิจฉัย หลักการไม่มีส่วนได้เสียนี้เป็นหลักที่มีรากฐานมาจากความต้องการที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้พิจารณาเรื่องหนึ่งเรื่องใดมีความเป็นกลาง (Impartiality) เพื่อให้เกิดความมั่นใจและความชอบธรรมต่อการออกนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง จึงมีลักษณะของการห้ามผู้บริหารหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเข้าไปเกี่ยวพันหรือเกี่ยวข้องเป็นคู่สัญญาในด้านใดด้านหนึ่งกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมายโดยสิ้นเชิง ซึ่งการใช้หลักความเป็นกลางในการพิจารณาดังกล่าวอาจมีผลทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมกับสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และมีได้มุ่งหวังเข้ามาดำรงตำแหน่งในเทศบาลเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีชอบได้ เช่น กรณีการซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงของเทศบาลซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร มีสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงเพียงแห่งเดียว และเทศบาลมีการซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงแห่งนี้มาตั้งแต่ก่อนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนของสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงจะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล¹⁷⁶ และกรณีการเข้ารับบริการตรวจเช็คสภาพรถยนต์ของเทศบาล ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าในจังหวัดกำแพงเพชรมีศูนย์รถยนต์เพียงแห่งเดียว และมีนายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัท¹⁷⁷ ซึ่งทั้งสองกรณีไม่ปรากฏว่านายกเทศมนตรีหรือสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวได้รับประโยชน์เป็นพิเศษแตกต่างจากประชาชนโดยทั่วไปแต่อย่างใด แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าบุคคลทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้ว ซึ่งเหตุผลที่คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความเช่นนี้ อาจเนื่องมาจากคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ส่วนราชการ การตีความเพื่อตอบข้อหารือจึงได้พิจารณาตีความเพื่อให้เป็นประโยชน์กับทางราชการมากกว่าผลประโยชน์ส่วนบุคคล

¹⁷⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกบเทศบาลตำบลแจ้ห่ม

¹⁷⁷ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 395/2544 เรื่อง การมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลเมืองกำแพงเพชร

ในขณะที่ความเห็นของศาลปกครองสูงสุด ในคำพิพากษาที่ อ.327/2550 และ อ.164/2555 ดังกล่าว ศาลปกครองได้ใช้หลักการพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียของบทบัญญัติในมาตรา 18 ทวิ โดยใช้หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interest) ซึ่งหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ หมายถึงสถานการณ์ที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจอยู่ในสภาพความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม โดยมีแรงจูงใจในการตัดสินใจจากประโยชน์ส่วนตัว ส่งผลให้การใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจของผู้นั้นขาดความอิสระไม่เป็นกลาง เบี่ยงเบนออกจากหลักการบริหารเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹⁷⁸ ซึ่งการใช้หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์โดยพิจารณาเจตนาของผู้กระทำประกอบด้วยจะมีผลทำให้สามารถขจัดบุคคลผู้ที่มีมุ่งหวังเข้ามาดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบได้ และจะให้ความเป็นธรรมกับสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ถูกสอบสวนได้ดีกว่าพิจารณาโดยอาศัยความสัมพันธ์ตามหลักความเป็นกลาง เนื่องจากการที่จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมตามบทบัญญัติของมาตรา 18 ทวิ หรือ มาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ย่อมต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำเป็นหลัก เพราะการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปโดยปราศจากเจตนาแล้วย่อมจะกล่าวว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้

ในปัจจุบันกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นในฐานะหน่วยงานที่กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มีหนังสือ¹⁷⁹ แจ้งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดใช้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545¹⁸⁰ ประกอบกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.327/2550¹⁸¹ เป็นแนวทางในการวินิจฉัยกรณีการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ก็ได้ใช้เป็นแนวทางหลักของผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้กำกับดูแลเทศบาลตาม

¹⁷⁸ เกลิมพล นาคสุวรรณ. (2539). *การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ: ศึกษาเฉพาะกรณีตำแหน่งหน้าที่รัฐมนตรี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

¹⁷⁹ หนังสือกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ที่ มท 0804.3/12430 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2551 เรื่องหารือเกี่ยวกับการวินิจฉัยการเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาเทศบาล

¹⁸⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา (กรณีเทศบาลตำบลวังสะพุง)

¹⁸¹ คดีหมายเลขดำที่ อ.527/2547 คดีหมายเลขแดงที่ อ.327/2550 ระหว่าง นางสุดใจ เต้า โคน ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดแพร่ ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลถูกร้องเรียนว่ามีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาโดยตลอดมา

ผู้เขียนเห็นว่า ในการตีความคำว่า ส่วนได้เสีย ตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเทศบาล โดยมีให้ผู้บริหารเทศบาลหรือสมาชิกสภาเทศบาลใช้อำนาจหรืออิทธิพลในตำแหน่งในทางทำให้ผลประโยชน์ของเทศบาลเสียหาย ซึ่งเป็นลักษณะตามหลักเกณฑ์การกำกับดูแล มิใช่มีเจตนารมณ์ในทางเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่จะต้องมีความเป็นกลาง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับแนวทางคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ตีความโดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งสำคัญกว่าการตีความตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียว