

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การกำหนดห้ามมิให้สมาชิกสภาเทศบาล นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี เลขานุการนายกเทศมนตรี และที่ปรึกษานายกเทศมนตรีมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการของเทศบาลตามมาตรา 18 ทวิ¹ และมาตรา 48 จตุทศ (3)² ประกอบมาตรา 48 โสฬส³ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรการในการกำกับดูแลและป้องกันมิให้สมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาล⁴ กระทำการอันมีลักษณะของการเข้าไปมีส่วนได้เสียในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่จะกระทบต่อตำแหน่งหน้าที่ในการบริหารราชการ อันอาจเป็นผลให้มีลักษณะของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของตนเองกับประโยชน์สาธารณะ ก็เพราะเหตุที่สมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลนั้นอยู่ในฐานะของการเป็นบุคคลสาธารณะและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการบริหารราชการตามอำนาจหน้าที่ ตามที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้กำหนดไว้

¹ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

² มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑.ล.๑

๑.ล.๑

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็น คู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

๑.ล.๑

๑.ล.๑

³ มาตรา 48 โสฬส รองนายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่ง เมื่อ

๑.ล.๑

๑.ล.๑

(6) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 48 จตุทศ

๑.ล.๑

๑.ล.๑

ให้นำความใน (1) (2) (3) (4) (6) และ (7) มาใช้บังคับกับการพ้นจากตำแหน่งของที่ปรึกษานายกเทศมนตรีและเลขานุการนายกเทศมนตรีด้วยโดยอนุโลม

⁴ ในวิธานิพนธ์นี้ ผู้บริหารเทศบาล หมายถึง นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี เลขานุการนายกเทศมนตรี และที่ปรึกษานายกเทศมนตรี โดยตำแหน่งนายกเทศมนตรีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขตเทศบาลนั้น ส่วนตำแหน่งรองนายกเทศมนตรี เลขานุการนายกเทศมนตรี และที่ปรึกษานายกเทศมนตรี มาจากการแต่งตั้งของนายกเทศมนตรี

ปัญหาในการที่จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลนั้นมีลักษณะของการเข้าไปมีส่วนได้เสียนี้ย่อมไม่อาจจะวินิจฉัยชี้ขาดได้โดยอาศัยเนื้อหาสาระของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้โดยตรง อันเนื่องมาจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กำหนดไว้แบบกว้าง ๆ มิได้มีนิยามหรือความหมายของคำว่า “ส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อม” เอาไว้ ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียจำต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อห้ามการมีส่วนได้เสียตามบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณี ๆ ไป จึงทำให้เกิดปัญหาแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลเทศบาลตามกฎหมายในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว ในวิทยานิพนธ์นี้จึงได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดว่ามีการใช้และการตีความบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 อย่างไร ซึ่งจากการศึกษาสามารถสรุปผลการศึกษาได้ ดังนี้

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดสามารถสรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อห้ามสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ได้ ดังนี้

5.1.1 ปัญหากรณีที่ยังมิได้เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลหรือในกิจการที่เทศบาลจะกระทำ ผู้เขียนแยกพิจารณาสองประเด็นปัญหา คือ ปัญหากรณียื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาล และปัญหากรณีการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญา โดยแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) กรณียื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาล

ปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ถูกร้องเรียนและถูกผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนนั้น ได้ยื่นซองเสนอราคาต่อหน่วยงานเทศบาลตามประกาศสอบราคา⁵ หรือ

⁵ มาตรา 19 วรรคสอง และมาตรา 48 ปัญจทศ วรรคสาม ประกอบมาตรา 48 โสฬส บัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัยกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกสภาของสมาชิกสภาเทศบาล ความเป็นนายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี หรือเลขานุการนายกเทศมนตรีสิ้นสุดลงเพราะเหตุมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือไม่ และคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด

⁶ การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท

ประกาศประกวดราคา⁷ กรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเมื่อได้กระทำการยื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาลเป็นการกระทำเพื่อจะจะได้รับผลประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำ จึงเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำโดยสมบูรณ์ และเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ และมีผลทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลหรือความเป็นผู้บริหารเทศบาลสิ้นสุดลงทันที ตามมาตรา 19 (6)⁸ หรือมาตรา 48 ปัญจทศ⁹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้วแต่กรณี แม้ว่าจะมีได้รับการคัดเลือกในการเสนอราคา¹⁰ เพื่อเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลนั้นจะกระทำทันที

แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เพียงแต่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลยื่นซองเสนอราคาต่อเทศบาลยังไม่ถือว่าเป็นการเข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการที่เทศบาลนั้นจะกระทำแต่อย่างใด แต่หากการเสนอราคานั้นได้รับการคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญาแล้วจึงจะถือว่าเป็นการเข้าไปถือเอาประโยชน์หรือเข้าไปดำเนินกิจการของเทศบาลทันที ซึ่งต้องพิจารณาพฤติการณ์ประกอบข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป เนื่องจากการที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลนั้นเพียงแต่กระทำการยื่นซองเสนอราคา ยังเป็นเพียงคำเสนอที่จะทำสัญญา หากเทศบาลไม่ทำคำสนอง สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลนั้นกับเทศบาลจึงยังไม่มีนิติสัมพันธ์ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อกัน กรณีจึงไม่ถึงว่าบุคคลนั้นเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำกับเทศบาลตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

⁷ การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกวดราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 2,000,000 บาท

⁸ มาตรา 19 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงเมื่อ

๑๗๙	๑๗๙
(6) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ	
๑๗๙	๑๗๙

⁹ มาตรา 48 ปัญจทศ นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

๑๗๙	๑๗๙
(5) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 48 จตุทศ	
๑๗๙	๑๗๙

¹⁰ ในการพิจารณาผลการสอบราคา หรือประกวดราคา คณะกรรมการจะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ใบเสนอราคา แคตตาล็อก หรือรูปแบบ และรายการละเอียด แล้วคัดเลือกผู้เสนอราคาที่ต้องทำตามเงื่อนไขในเอกสารสอบราคา หรือประกวดราคา จากนั้นคณะกรรมการจะพิจารณาคัดเลือกพัสดุหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่ต้องทำตามคุณสมบัติที่มีคุณภาพและคุณสมบัติเป็นประโยชน์ต่อเทศบาล และเสนอให้ซื้อหรือจ้างจากรายที่คัดเลือกไว้แล้วดังกล่าว ซึ่งเสนอราคาต่ำสุด

แต่ถ้าหากว่า การยื่นของเสนอราคานั้น ได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาล บุคคลผู้นั้นย่อมถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือในกิจการที่กระทำกับเทศบาล เพราะได้มุ่งเข้าไปเอาผลประโยชน์จากสัญญาหรือกิจการนั้นแล้ว

(2) กรณีการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญา

ประเด็นปัญหากรณีที่มาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นที่ปรึกษาของบริษัทฯ ได้รับการโอนสิทธิเรียกร้อง¹¹ การรับเงินตามสัญญาของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่ คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า กรณีที่มาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นที่ปรึกษาของบริษัทฯ ได้รับการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่ ไม่ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาดังกล่าวเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่พึงโอนแก่กันได้ตามมาตรา 303¹² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไปยังบุคคลอื่น มิใช่เป็นการโอนหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา และไม่มีผลเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่และคู่สัญญาเดิมต่างฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่เช่นเดิม โดยผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาแต่อย่างใด การรับเงินจากเทศบาลจึงเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องในการรับเงินตามสัญญาเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับแนวความเห็นดังกล่าวข้างต้น

5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเข้าเป็นคู่สัญญากับเทศบาลหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

ปัญหาเกี่ยวกับการที่มาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเข้าเป็นคู่สัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ ผลการศึกษาสรุปได้ ดังนี้

¹¹ สิทธิเรียกร้อง คือ สิทธิของเจ้าหนี้รายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ ตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นเมื่อใดย่อมมีสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้จะโอนได้ตั้งแต่นั้น สิทธิเรียกร้องทุกประเภทโดยหลักแล้วย่อมโอนกันได้ แม้สิทธิเรียกร้องซึ่งมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข

¹² มาตรา 303 สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้

ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น การแสดงเจตนาเช่นว่านี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการ โดยสุจริต

(1) ประเภทของสัญญาที่ต้องห้ามเข้ามีส่วนได้เสีย

สัญญาที่ต้องห้ามผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเข้ามีส่วนได้เสีย ในสัญญานั้นตามแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด มี สัญญาเกือบทุกประเภทที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา เช่น สัญญาจ้างก่อสร้าง¹³ สัญญาซื้อขาย¹⁴ สัญญาจ้าง ทำของ¹⁵ สัญญาจ้างซ่อมแซมครุภัณฑ์¹⁶ แต่กรณีสัญญาจ้างแรงงานพนักงานจ้างตามภารกิจและ พนักงานจ้างทั่วไปของเทศบาล หากพนักงานจ้างของเทศบาลมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับ นายกเทศมนตรี ผู้ลงนามในสัญญาจ้างนั้น ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงและ พฤติการณ์ในคดี แม้ว่านายกเทศมนตรีจะเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างบุตรสาวและหลานชายของตน เป็นพนักงานจ้างของเทศบาลก็ตาม แต่การที่เทศบาลมีการปฏิบัติตามขั้นตอนตามระเบียบฯ และ หลักเกณฑ์ในการสรรหาพนักงานจ้างและไม่ปรากฏว่านายกเทศมนตรีได้ใช้อำนาจของตนในการ แทรกแซงหรือได้เข้าไปมีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็น พนักงานจ้างแต่อย่างใด ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่านายกเทศมนตรีไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา ดังกล่าว¹⁷

(2) กรณีที่ทำสัญญากับเทศบาลก่อนดำรงตำแหน่งแต่ส่งมอบงานตามสัญญาขณะดำรง ตำแหน่ง

ประเด็นปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลได้เข้าเป็นคู่สัญญากับ เทศบาลตั้งแต่ก่อนดำรงตำแหน่ง แต่ได้ส่งมอบงานตามสัญญาเมื่อได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่ง สมาชิกสภาเทศบาล หรือได้รับเลือกตั้งให้เป็นนายกเทศมนตรี หรือได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรอง นายกเทศมนตรี เลขานุการนายกเทศมนตรี หรือที่ปรึกษานายกเทศมนตรี แล้วแต่กรณี คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าแม้ว่าขณะทำสัญญาสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้น จะยังมีได้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ก็ตาม แต่ถ้าหากสัญญานั้นยังมีนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาอยู่ และได้รับการเลือกตั้งให้เป็นผู้สมาชิกสภาเทศบาล หรือนายกเทศมนตรี ก็ถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

¹³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.76/2547 ที่ อ.11/2548 ที่ อ.454/2551 และ ที่ อ.78/2553

¹⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.298/2551

¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.126/2553 ที่ อ.127/2552 และ ที่ อ.226/2553

¹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.127/2552

¹⁷ คดีหมายเลขคำที่ อ.400/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.742/2555 ระหว่าง นายสุรศักดิ์ วัฒนาศิริพร ผู้ฟ้องคดี และ ผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่น ที่ 1 นายกเทศมนตรีตำบลบ้านฝาง ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

แล้ว¹⁸ แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าในขณะที่ทำสัญญากันนั้นผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล จึงไม่อาจใช้ตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลในการแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่งได้ แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้ส่งมอบน้ำมันตามสัญญาในวันเลือกตั้งซึ่งถือว่าเป็นวันที่เริ่มต้นดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลก็ตาม ก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามีประโยชน์ได้เกี่ยวกับเทศบาล เพราะการส่งมอบน้ำมันดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกันไว้ก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล¹⁹

(3) กรณีที่ทำสัญญากับเทศบาลและได้ส่งมอบงานตามสัญญาก่อนดำรงตำแหน่งแต่ยังอยู่ภายในระยะเวลารับผิดชอบพร่องตามสัญญา

ประเด็นปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลได้ทำสัญญากับเทศบาลก่อนที่จะสมัครรับเลือกตั้งและได้ส่งมอบงานตามสัญญาก่อนได้รับเลือกตั้งแล้ว แต่การที่มีข้อกำหนดในสัญญาว่าให้คู่สัญญานั้นต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของงานที่ส่งมอบภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันตรวจรับมอบงานนั้น หากผู้นั้นได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันตรวจรับงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่ากรณีดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แต่อย่างใด²⁰ ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นในทำนองเดียวกัน เพราะความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องเป็นความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายและตามสัญญาเป็นผลต่อเนื่องมาจากการเป็นคู่สัญญา หาใช่กรณีที่คู่สัญญากระทำการใดเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบใหม่แต่อย่างใดไม่ การพิจารณาเรื่องความมีส่วนได้เสียจึงไม่อาจยกเอาเรื่องความรับผิดชอบมาใช้พิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียซ้ำกับการพิจารณาส่วนได้เสียจากการกระทำหลัก คือ การเข้าเป็นคู่สัญญาได้อีก²¹

(4) กรณีลาออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัดแต่ยังไม่ได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงหลักฐานทางทะเบียน

ประเด็นปัญหากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือกรรมการผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด หากได้ทำสัญญากับเทศบาลก่อนที่จะสมัครรับเลือกตั้งและได้มีผลการลาออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงและได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาล

¹⁸ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 78/2547 และ เรื่องเสร็จที่ 262/2547

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2549

²⁰ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 18/2548

²¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.454/2555

ซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ได้ลาออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยเพียงแต่ทำหนังสือแสดงเจตนาแจ้งการลาออกกับหุ้นส่วนด้วยกัน แล้วมาสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ไม่มีผลเป็นการลาออกโดยสมบูรณ์ เพราะการเปลี่ยนแปลงหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดมีผลสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนต่อนายทะเบียนแล้ว และตราบไคที่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นจึงยังคงต้องรับผิดชอบกับบุคคลภายนอกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72 ความมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลจึงยังคงมีอยู่²² ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นในทำนองเดียวกับคณะกรรมการกฤษฎีกา กล่าวคือ กรณีสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล หากจะสมัครรับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือนายกเทศมนตรี บุคคลผู้นั้นจะต้องลาออกจากห้างหุ้นส่วนฯ โดยต้องมีการแจ้งต่อนายทะเบียนและมีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนก่อน จึงจะไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496²³

5.1.3 ปัญหาการตีความคำว่า ผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญา

ปัญหากรณีที่บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ และมาตร 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติห้ามสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ การที่กฎหมายใช้คำว่า โดยทางอ้อม นั้น มีปัญหาการตีความและขอบเขตของการบังคับใช้ว่าจะตีความครอบคลุมเพียงใด จากการศึกษาความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด พบว่าคณะกรรมการกฤษฎีกา²⁴ เห็นว่าในการพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้น สมาชิกผู้นั้นจะได้รับประโยชน์โดยตรงหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อดนในทางอ้อมอันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่อาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทน ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดา หรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล หรือความสัมพันธ์ในเงินทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดฯ หรือผู้ถือหุ้น

²² ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 526/2545

²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299-300/2549

²⁴ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545

ในบริษัทฯ ซึ่งสามารถครอบงำกิจการได้ หรือความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร²⁵ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับเทศบาลดังที่กล่าวมาข้างต้น คณะกรรมการกฤษฎีกาก็มีความเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีความมุ่งหมายที่จะเอาประโยชน์จากสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาและถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้ว แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร ของสำนักงานเทศบาลมีสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงที่อยู่ใกล้กับสำนักงานเทศบาลที่สุด การซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงจากห้างหุ้นส่วนฯ แห่งนี้มิได้เป็นการทำให้เทศบาลเสียประโยชน์ และสมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นมิได้มีเจตนาที่จะต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลเนื่องจากการใช้อำนาจในตำแหน่งเพราะมีการซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกันมาตั้งแต่ครั้งยังมีฐานะเป็นสุขาภิบาล²⁶

แต่เมื่อพิจารณาหาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแล้วจะเห็นได้ว่ากรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาล หรือมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด มิได้ทำให้สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาในทันที ศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้นั้นมีเจตนาที่จะใช้อำนาจในฐานะที่ตนดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลสร้างประโยชน์ให้แก่ตน โดยเบียดเบียนหรือคุกคามประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐหรือไม่ หากไม่ปรากฏพฤติการณ์ดังกล่าวแล้วก็ไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496²⁷

²⁵ มาตรา 1563 บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา

มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์
บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

²⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับเทศบาลตำบลแจ้ห่ม

²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.76/2547 ที่ อ.327/2550 ที่ อ.300/2553 และ ที่ อ.164/2555

5.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการ ขั้นตอน และวิธีการในการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัย

(1) ปัญหากรณีกฎหมายมิได้บัญญัติกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่ง

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้มีการบัญญัติกระบวนการ ขั้นตอนและวิธีการในการสอบสวนของผู้ว่าราชการจังหวัดกรณีสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเนื่องจากการสอบสวนนั้นควรต้องมีกระบวนการที่ประกันความเป็นธรรมที่ได้มาตรฐาน แม้ว่าในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการไว้โดยเฉพาะก็ตาม เพราะกระบวนการและขั้นตอนก็เป็นส่วนหนึ่งในหลักประกันความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และศาล ดังนั้น เมื่อกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้จึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเฉพาะในเรื่องการแจ้งเรื่องที่ถูกกล่าวหาให้ผู้ถูกสอบสวนทราบ และให้โอกาสผู้ถูกสอบสวนได้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน หากไม่ปฏิบัติจะเป็นเหตุให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่วินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งได้ เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดถือว่าการมีคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง²⁸ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁹

ในปัจจุบันมีระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการสอบสวนผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น และที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2554³⁰ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติที่ชัดเจน และให้การดำเนินการต่าง ๆ เป็นไปในแนวทางเดียวกันในทุกจังหวัด อีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองสมาชิกสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ได้รับการปฏิบัติอย่างมีมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น ระเบียบฯ ดังกล่าวจึงเป็นแนวทางให้จังหวัดถือปฏิบัติในการสอบสวนและวินิจฉัยกรณี

²⁸ มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.78/2553 คดีระหว่าง นายสุเมธ อุดไซ ผู้ฟ้องคดี และนายอำเภอป่ง ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา) เนื่องจากมาตรา 47 ตรี แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 บัญญัติข้อห้ามการมีส่วนได้เสียไว้ในลักษณะเดียวกับมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ผู้เขียนจึงวิเคราะห์คำพิพากษาดังกล่าวโดยเทียบเคียงกับการวินิจฉัยการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาล

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

ผู้บริหารเทศบาลหรือสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นนั่นคู่สัญญา และระเบียบฯ ดังกล่าวมีการกำหนดกระบวนการ ขั้นตอน และวิธีการในการสอบสวนและวินิจฉัย ซึ่งมีมาตรฐานความเป็นธรรมไม่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³¹

(2) ปัญหาผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่ง

กรณีสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดกระทำการเข้ามีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 19 วรรคสอง³² และมาตรา 48 ปัญจทศ วรรคสาม³³ แห่งพระราชบัญญัติฯ เดียวกัน บัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้สอบสวนและวินิจฉัย ปัญหากรณีผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งโดยใช้คำว่า “จังหวัดพะเยา” ในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน และมีคำสั่งให้สมาชิกสภาเทศบาลพ้นจากสมาชิกภาพ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้คำว่า จังหวัดพะเยา ในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัย คำว่า จังหวัดพะเยา แม้จะมีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง³⁴ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และมีผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหารซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัดตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง³⁵ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ข้อความว่า จังหวัดพะเยา

³¹ มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการ ไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

³² มาตรา 19 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงเมื่อ

ฯลฯ

ฯลฯ

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

ฯลฯ

ฯลฯ

³³ มาตรา 48 ปัญจทศ นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

ฯลฯ

ฯลฯ

เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นนายกเทศมนตรีสิ้นสุดลงตาม (4) หรือ (5) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด

³⁴ มาตรา 52 ให้รวมท้องที่หลาย ๆ อำเภอตั้งขึ้นเป็นจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล

³⁵ มาตรา 54 ในจังหวัดหนึ่ง ให้มีผู้ว่าราชการจังหวัดคนหนึ่งเป็นผู้รับ นโยบายและคำสั่งจากนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล คณะรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรม มาปฏิบัติภารกิจให้เหมาะสมกับท้องที่และประชาชน และเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหาร ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัด และ

ในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงและในคำวินิจฉัย แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้ลงนามในคำสั่งและคำวินิจฉัยดังกล่าว คำว่า “จังหวัดพะเยา” จึงหมายถึงผู้ถูกฟ้องคดี หาใช่จังหวัดพะเยาที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลไม่ ดังนั้น แม้ผู้ว่าราชการจังหวัดจะใช้คำว่า “จังหวัดพะเยา” ในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงและในคำวินิจฉัยให้พ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาล ก็ไม่ทำให้คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁶

5.1.5 สรุปแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาการมีส่วนได้เสียในสัญญาของสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาล

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้มีนิยามหรือความหมายของคำว่า “ส่วนได้เสียทางตรงหรือทางอ้อม” เอาไว้ ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามการมีส่วนได้เสียต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อห้ามการมีส่วนได้เสียตามบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละเรื่อง กรณีจึงทำให้เกิดปัญหาแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแลเทศบาลตามกฎหมายในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว และได้มีการหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหลายครั้ง นับตั้งแต่ภายหลังที่ได้มีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542³⁷ เป็นต้นมา และมีข้อโต้แย้งเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดเป็นจำนวนหลายคดี โดยความเห็นในช่วงแรกของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น จะพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละเรื่อง โดยที่ยังมิได้มีการวางหลักหรืออธิบายความหมายของบทบัญญัติข้อห้ามการมีส่วนได้เสียตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด มีการวินิจฉัยความหมายและขอบเขตของคำว่าผู้มีส่วนได้เสียตามบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แตกต่างกันไป กล่าวคือ ความหมายของการเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่

รับผิดชอบในราชการจังหวัดและอำเภอ และจะให้มิรองผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัด หรือทั้งรองผู้ว่าราชการจังหวัดและผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการแทน ผู้ว่าราชการจังหวัด ก็ได้

³⁶ คดีหมายเลขดำที่ อ.711/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.127/2552 ระหว่าง นายไตรภพ ไชยวุฒิ ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี คดีหมายเลขดำที่ อ. 712/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 128/2552 ระหว่าง นายจันทร์ ห้วยแสน ผู้ฟ้องคดี และผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

³⁷ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 ตอนที่ 15 ก หน้า 1 วันที่ 10 มีนาคม 2542

คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ให้ความเห็นไว้ คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างกว้างโดยพิจารณาเพียงความสัมพันธ์ของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่มีความสัมพันธ์กับผู้เป็นคู่สัญญาเทศบาล โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร ความสัมพันธ์ในเชิงทุน และความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคล³⁸ โดยใช้หลักการไม่มีส่วนได้เสียในการวินิจฉัย หลักการไม่มีส่วนได้เสียนี้เป็นหลักที่มีรากฐานมาจากความต้องการที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้พิจารณาเรื่องหนึ่งเรื่องใดมีความเป็นกลาง (Impartiality) เพื่อให้เกิดความมั่นใจและความชอบธรรมต่อการออกนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง จึงมีลักษณะของการห้ามผู้บริหารเทศบาล³⁹ หรือสมาชิกสภาเทศบาลเข้าไปเกี่ยวพันหรือเกี่ยวข้องเป็นคู่สัญญาในด้านใดด้านหนึ่งกับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งตามกฎหมายโดยสิ้นเชิง ซึ่งการใช้หลักความเป็นกลางในการพิจารณาดังกล่าวอาจมีผลทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมกับสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และมีได้มุ่งหวังเข้ามาดำรงตำแหน่งในเทศบาลเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิชอบได้ เช่น กรณีการซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงของเทศบาลซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร มีสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงเพียงแห่งเดียว และเทศบาลมีการซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงแห่งนี้มาตั้งแต่ก่อนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนของสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงจะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แล้ว⁴⁰

ในขณะที่ความเห็นของศาลปกครองสูงสุด ได้ใช้หลักการพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียของบทบัญญัติในมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 โดยใช้หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนบุคคลและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interest) ซึ่งหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ หมายถึงสถานการณ์ที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจอยู่ในสภาพความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม โดยมีแรงจูงใจในการตัดสินใจจากประโยชน์ส่วนตน ส่งผลให้การใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจของผู้นั้นขาดความอิสระไม่เป็นกลาง เบี่ยงเบนออกจากหลักการบริหารเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการใช้หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์โดยพิจารณาเจตนาของผู้กระทำประกอบด้วยจะมีผลทำให้สามารถจับบุคคลผู้ที่มีมุ่งหวังเข้ามาดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิชอบได้ และสามารถ

³⁸ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 605/2545 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา (กรณีเทศบาลตำบลวังสะพุง)

³⁹ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี เลขานุการนายกเทศมนตรี และที่ปรึกษานายกเทศมนตรี

⁴⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 596/2544 เรื่อง การเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับเทศบาลตำบลแจ้ห่ม

ให้ความเป็นธรรมกับสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ถูกสอบสวนได้ดีกว่าการพิจารณาโดยอาศัยเพียงความสัมพันธ์ตามหลักความเป็นกลาง เนื่องจากการที่จะพิจารณาว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมตามบทบัญญัติของมาตรา 18 ทวิ⁴¹ หรือมาตรา 48 จตุทศ (3)⁴² แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ย่อมต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำเป็นหลัก เพราะการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปโดยปราศจากเจตนาแล้วย่อมจะกล่าวว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหาได้ไม่

ผู้เขียนเห็นว่า ในการตีความคำว่า “ส่วนได้เสีย” ตามมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเทศบาลโดยมิให้ผู้บริหารเทศบาลหรือสมาชิกสภาเทศบาลใช้อำนาจหรืออิทธิพลในตำแหน่งในทางทำให้ผลประโยชน์ของเทศบาลเสียหาย ซึ่งเป็นลักษณะตามหลักเกณฑ์การกำกับดูแล มิใช่มีเจตนารมณ์ในทางเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่จะต้องมีความเป็นกลาง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับแนวทางคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ตีความโดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งสำคัญกว่าการตีความตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียว

⁴¹ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่ เทศบาลนั้น เป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

⁴² มาตรา 48 จตุทศ นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ที่ปรึกษานายกเทศมนตรี และเลขานุการนายกเทศมนตรี ต้องไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(3) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็น คู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

๑.ล๑

๑.ล๑

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาล ตามบทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ และมาตรา 48 จตุทศ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 นั้น ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันของผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้กำกับดูแลเทศบาลในการวินิจฉัยปัญหาการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล เพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ ขอเสนอให้กระทรวงมหาดไทยในฐานะหน่วยงานที่กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อาศัยอำนาจตามมาตรา 77⁴³ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยกำหนดแนวทางการวินิจฉัยปัญหาการมีส่วนได้เสียในสัญญาของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น เพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยให้มีมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ โดยระเบียบฯ ดังกล่าว ควรกำหนดการพิจารณาในประเด็นหลัก ดังนี้

(1) กรณีที่สมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลได้เป็นคู่สัญญากับเทศบาลอย่างสุจริต ก่อนที่จะเข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าว ไม่ควรถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา เนื่องจากขณะที่เข้าทำสัญญานุคคลดังกล่าวยังมีได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลที่จะสามารถใช้อำนาจหรืออิทธิพลในตำแหน่งแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตน โดยुकคามหรือเบียดเบียนประโยชน์สาธารณะได้

(2) ในกระบวนการสอบสวนของผู้ว่าราชการจังหวัด ควรถือปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการสอบสวนผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่นและที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2554 อย่างเคร่งครัด เนื่องจากระเบียบฯ ดังกล่าว มีหลักประกันความเป็นธรรมให้กับ ผู้ถูกสอบสวนไม่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากไม่ปฏิบัติตามในข้อที่เป็นสาระสำคัญ เช่น การเรื่องแจ้งที่ถูกกล่าวหาให้ผู้ถูกสอบสวนทราบ และให้โอกาสผู้ถูกสอบสวนโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน หากไม่ปฏิบัติตามจะเป็นเหตุให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่วินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งได้ เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดถือว่าการมีคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นการกระทำ

⁴³ มาตรา 77 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(3) ในการพิจารณาวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลผู้ใดเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญานั้น ให้พิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่ปรากฏในแต่ละกรณี โดยพิจารณาประเด็นหลัก ดังนี้

3.1) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการทำสัญญาของบุคคลนั้นเป็นกรณีทั่วไป หรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยปกติ ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวแม้มิได้เป็นสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล เทศบาลก็จะทำสัญญาดังกล่าวอยู่ดี กรณีเช่นนี้ไม่ควรถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญา

3.2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการทำสัญญาของบุคคลนั้นเป็นการใช้อำนาจหน้าที่เพื่อให้ตนได้ทำสัญญากับเทศบาล กรณีเช่นนี้ควรถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญา

3.3) ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ไม่ควรถือว่าสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เช่น กรณีมีสถานีบริการน้ำมันเพียงแห่งเดียวในพื้นที่ซึ่งเป็นของสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาล ถ้าไม่ยกเว้นรถยนต์ของเทศบาลต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้น ประกอบกับราคาของสินค้ามีราคามาตรฐานไม่ว่าซื้อที่ไหนก็ตาม ซึ่งในกรณีนี้ควรกำหนดให้ขออนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นผู้กำกับดูแล ข้อยกเว้นนี้มีขึ้นเพราะตระหนักถึงเทศบาลขนาดเล็กและไม่กีดกันผู้มีความสามารถ ขณะเดียวกันการยกเว้นดังกล่าวต้องมีกระบวนการแสดงเหตุผลและความจำเป็นอย่างชัดเจนก่อนดำเนินการ

การดำเนินการตามข้อเสนอแนะนี้ ย่อมส่งผลให้การสอบสวนและวินิจฉัยปัญหาสมาชิกสภาเทศบาลหรือผู้บริหารเทศบาลมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาของผู้ว่าราชการจังหวัดมีแนวทางการวินิจฉัยที่ชัดเจน มีมาตรฐานการวินิจฉัยในระดับเดียวกัน และให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลผู้ถูกสอบสวนและวินิจฉัยได้มากกว่าที่ผ่านมา