

ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ  
กับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม



การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม  
สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2566

Problems of wrongdoing in bidding for government agencies  
and appropriate criminal punishment



Mr. Songphon Atchawakul

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice  
School of Law Sukhothai Thammathirat Open University

2023

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม
ชื่อและนามสกุล	นายทรงพล อีชวากุล
แขนงวิชา / วิชาเอก	กลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2567

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



(รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติพงษ์ เกียรติวัชรชัย)

รักษาการแทนรองอธิการบดีฝ่ายการเงินและทรัพย์สิน  
รักษาการแทนประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ  
กับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม

ผู้ศึกษา นายทรงพล อีชวากุล รหัสนักศึกษา 2654001672

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ปีการศึกษา 2566

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (2) ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น (3) วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และการลงโทษทางอาญา (4) เสนอแนวทางปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และโทษทางอาญาที่เหมาะสม เพื่อให้มีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีการจากเอกสาร ซึ่งผู้ศึกษาได้ทำการรวบรวมข้อมูลจากเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องจาก ตัวบทกฎหมายต่างๆ ทั้งในและสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น หนังสือ บทความ งานวิจัย เอกสารทางวิชาการอื่นๆ และข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ โดยเฉพาะในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นหน่วยงานในการจัดซื้อจัดจ้างมากที่สุด เพื่อนำมาเป็นแนวทางและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมาย เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น

ผลการศึกษาพบว่า (1) แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่มีผลต่อการกระทำความผิดในประเทศไทยที่สำคัญมี 3 ทฤษฎีด้วยกันคือ ทฤษฎีความผิดเกี่ยวกับการสมยอมราคา ทฤษฎีแนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันร่วมกันประมุขงานอย่างไม่เป็นธรรม และทฤษฎีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (2) กฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศไทยปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะใช้ประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของฝรั่งเศส ญี่ปุ่นจะเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาด (3) ปัญหาที่พบคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ยังไม่มีบทลงโทษเกี่ยวกับนิติบุคคลอย่างชัดเจน รวมถึงการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรหรือเครือข่ายอาชญากรรม รวมถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางอาญาไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน (4) แนวทางการแก้ไขปัญหาคือ การปรับปรุงเพิ่มเติมกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2542 ให้มีประสิทธิภาพครอบคลุมถึงการกระทำความผิดในรูปแบบต่างๆ

**คำสำคัญ** การจัดซื้อจัดจ้าง การเสนอราคา หน่วยงานของรัฐ

Independent Study title: “Problems of wrongdoing in bidding for government agencies and appropriate criminal punishment”

Author: “Mr. Songphon Atchawakul”; ID: “2654001672”;

Degree: Master of Laws

Independent Study Advisor: Dr. Wanwipa Muangtham, Assistant Professor; Academic year: 2023

### Abstract

This independent study aims to (1) study the history, concepts and theories of government procurement laws; (2) study and compare laws related to government procurement laws in Thailand, French Republic and Japan; (3) analyze legal problems related to government procurement and criminal punishment; and (4) propose guidelines for improving and amending laws related to government procurement and appropriate criminal punishments in order to make them more effective.

This independent research is a qualitative research by means of documents, in which the researcher has collected information from all relevant documents from various laws both domestically and French Republic and Japan. Books, Articles Research, other academic papers and information from the Internet to be used to study and analyze Problems related to government procurement, especially in local government organizations, which are the most procurement agencies. This is to be used as a guideline and suggestion to improve the law on procurement in accordance with the Act on Offences Relating to Bidding to Government Agencies B.E. 2542 (1999) in order to improve the efficiency of law enforcement.

The study's findings are as follows: (1) Theoretical concepts related to procurement that significantly impact violations in Thailand include three main theories: the theory of price collusion, the theory of unfair competition in bidding, and the theory of conflict of interest. (2) The current procurement law in Thailand is the Act on Offences Relating to Bidding to Government Agencies B.E. 2542 (1999). In the French Republic, the law is the French Public Procurement Code, while in Japan, it is the Antimonopoly Act. (3) The problem identified is that the Act on Offences Relating to Bidding to Government Agencies B.E. 2542 (1999) lacks clear penalties for juristic persons and does not adequately address offenses involving organized crime or criminal networks. Moreover, the current penalties do not align with modern social conditions. (4) The proposed solution is to amend the Act on Offences Relating to Bidding to Government Agencies B.E. 2542 (1999) to effectively address various forms of violations.

**Keywords :** Procurement, Bidding, Government agencies

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาจากท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ที่ได้ให้ความกรุณาให้คำแนะนำและติดตาม การศึกษาค้นคว้าอิสระครั้งนี้อย่างใกล้ชิดตลอดมา นับตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสำเร็จเรียบร้อยสมบูรณ์

นอกจากนี้ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณคณาจารย์สาขาวิชานิติศาสตร์ วิชาเอกกฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรม มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการศึกษาค้นคว้าอิสระ ครั้งนี้ทุกท่าน ที่ได้กรุณาสับสนุน ช่วยเหลือ และให้คำแนะนำจนสำเร็จ

นายทรงพล อัจฉากุล



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
สารบัญตาราง .....	ญ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	4
3. ขอบเขตการศึกษา .....	4
4. คำนิยามศัพท์เฉพาะ หรือคำจำกัดความ .....	5
5. ระเบียบวิธีวิจัย .....	5
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	6
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา .....	7
1. แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาของไทย .....	10
2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง .....	14
3. ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ .....	21
4. ทฤษฎีเกี่ยวกับการรับผิดทางอาญา .....	28
5. ทฤษฎีเกี่ยวกับสาเหตุการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ .....	30
6. ทฤษฎีแนวคิดเกี่ยวกับโทษปรับทางอาญา .....	32
บทที่ 3 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ .....	34
1. ประเภทของความผิดอาญา .....	34
1.1 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย .....	34
1.2 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของโทษ .....	35
1.3 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี .....	35
1.4 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่การกระทำ .....	36
1.5 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ผลของความผิด .....	36
1.6 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของประเภทความผิด .....	37
1.7 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของผู้กระทำ .....	38

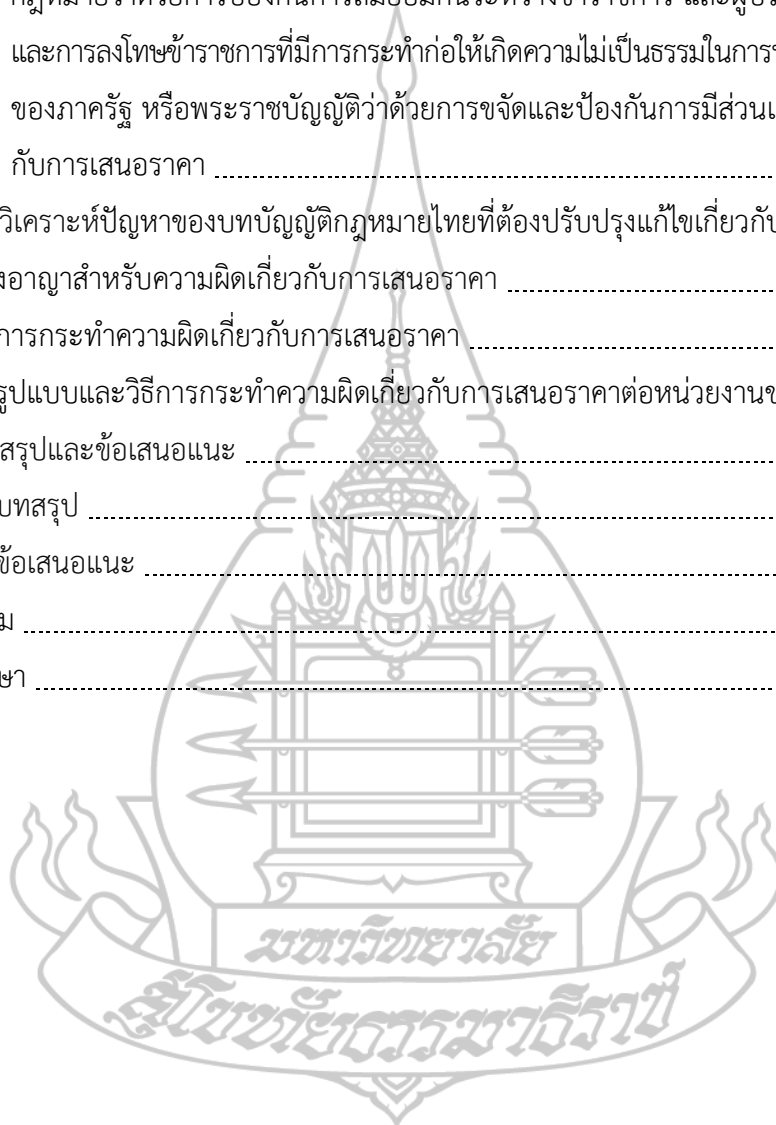
## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2. กฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง .....	38
2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 .....	39
2.2 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 .....	42
2.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 .....	47
2.4 ความผิดที่เอกชนเป็นผู้กระทำความผิด หรือ มีส่วนเกี่ยวข้อง .....	50
2.5 ความผิดที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐเป็นผู้กระทำ .....	54
2.6 ความผิดที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นผู้กระทำ .....	56
3. รูปแบบและวิธีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ .....	57
3.1 การกระทำที่เป็นลักษณะของการกีดกัน .....	57
3.2 รูปแบบการสมยอม .....	58
3.3 รูปแบบกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำความผิด .....	58
4. รูปแบบเจตนากระทำความผิดกฎระเบียบ เพื่อเปิดช่องโอกาสให้มีการแข่งขันราคา ที่ไม่เป็นธรรม .....	59
5. ความผิดตามประมวลกฎหมายของไทย ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง และการเสนอราคา .....	59
6. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาในประเทศฝรั่งเศส .....	62
6.1 ประมวลกฎหมายการพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศส .....	62
6.2 ประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของฝรั่งเศส หรือประมวลกฎหมาย การประมูลสาธารณะของฝรั่งเศส .....	67
6.3 ความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายการประมูลสาธารณะของฝรั่งเศส .....	69
7. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาในประเทศญี่ปุ่น .....	76
7.1 คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม .....	78
7.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามการผูกขาด โดยเอกชน และการรักษาการค้าที่เป็นธรรม (Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade) .....	79



สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
7.3 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการ และผู้ประกอบการ และการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคา ของภาครัฐ หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดและป้องกันการมีส่วนเกี่ยวข้องกับ กับการเสนอราคา .....	81
บทที่ 4 บทวิเคราะห์ปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายไทยที่ต้องปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับการลงโทษ ทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา .....	84
1. การกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา .....	84
2. รูปแบบและวิธีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ .....	93
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	110
1. บทสรุป .....	110
2. ข้อเสนอแนะ .....	116
บรรณานุกรม .....	122
ประวัติผู้ศึกษา .....	126



สารบัญตาราง

ตารางที่ 4.1	เปรียบเทียบเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา .....	หน้า 109
--------------	---	-------------



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สังคมไทยปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย แต่สิ่งหนึ่งที่เป็นสิ่งที่ทำให้สังคมไทยไม่สามารถที่จะพัฒนา และก้าวไปข้างหน้าได้อย่างมีประสิทธิภาพเกิดความเชื่อถือในประชาคมโลกนั้นก็คือ การทุจริต ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นสนิมเหล็กเกิดจากเนื้อใน คอยกัดกินสังคมของเราโดยที่เราไม่รู้ตัว ดังนั้นจึงควรที่จะมีการพัฒนากฎหมายของไทย ให้สามารถที่จะดำเนินการระงับยับยั้งการทุจริต ซึ่งนับวันจะมีการทำกันอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะหน่วยงานที่อยู่ใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุด นั่นก็คือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง โดยปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีด้วยกันสองรูปแบบ คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วไป คือ องค์กรบริหารส่วนตำบล จำนวน 5,300 แห่ง, เทศบาล จำนวน 2,472 แห่ง, และองค์กรบริหารส่วนจังหวัด จำนวน 76 แห่ง และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแบบพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา รวม 2 แห่ง หากรวมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมดเข้าด้วยกันมีจำนวน 7,850 แห่ง<sup>1</sup> และในสถานการณ์การทุจริตประเทศไทย ประจำปีงบประมาณ 2565 – 2566 (ตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2565 – 30 เมษายน 2566) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานที่ถูกคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ป.ป.ช.) กล่าวหามากที่สุดจำนวน 1,517 เรื่อง โดยคำกล่าวหาในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น 2 ลำดับแรกคือ การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เช่น ละเลย เพิกเฉยต่อการปฏิบัติตามหน้าที่ กระทำการเกินอำนาจหน้าที่ โดยทุจริต และอนุมัติ หรือไม่อนุมัติ การอนุญาตโดยมิชอบ และประเภทความผิดที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง<sup>2</sup> โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการเสนอราคา การสมยอมราคา การกีดกันไม่ให้เข้าเสนอราคา การไม่เผยแพร่การจัดซื้อจัดจ้าง การคำนวณราคากลาง การล็อกสเปก การตรวจรับที่ไม่เป็นไปตามแบบแปลน หรือการตรวจรับงานจ้างที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน การหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ระเบียบต่างๆ ของทางราชการ เกิดความเสียหายต่อประเทศโดยรวม จึงต้องมีการปรับแก้กฎหมาย

<sup>1</sup> สำนักงานเลขาธิการกรรมการการปกครอง. ข้อมูลทางการปกครองทั่วประเทศ.

26 พฤษภาคม 2567. สืบค้นจาก <https://multi.dopa.go.th/secofdopa/news/cate10/view475>

<sup>2</sup> สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. บทความเกร็ดความรู้ผู้ทุจริต เรื่อง ข้อมูลสถิติเรื่องการตรวจรับคำกล่าวหาประจำปี 2566 (ตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2565 – 30 เมษายน 2566). สืบค้นจาก <https://www.nacc.go.th/categorydetail/2021110415414676/20230807114215?>

ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างให้ทันสมัย ทันต่อเหตุการณ์ปัจจุบันซึ่งมีความรุนแรงของปัญหา และรูปแบบการกระทำความผิดในการเสนอราคาในหน่วยงานภาครัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะมีความซับซ้อนมากขึ้น แม้ว่าในอดีตที่ผ่านมาจะมีการออกระเบียบกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ที่ใช้บังคับกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหลายฉบับ แต่ละฉบับก็มีสาระสำคัญในการบังคับใช้ ที่แตกต่างกันบ้าง นับตั้งแต่มีการออก ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุ ของหน่วยการบริหารราชการ ส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ก็มีการแก้ไขอีกหลายครั้งโดย ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุ ของหน่วย การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 10 ในปี 2558 แม้ว่าจะมีการแก้ไข ระเบียบในการจัดซื้อจัดจ้างให้มีความทันสมัยขึ้น มีการกำหนดขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างแล้วก็ตาม แต่ปัญหาการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงมีอยู่ต่อเนื่อง ปัจจัยหนึ่ง มาจากระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่แตกต่างกัน

ต่อมาในปี 2560 มีการเปลี่ยนแปลงในระบบการจัดซื้อจัดจ้างของไทย โดยให้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์กลาง ในการจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นระบบเดียวกันทั่วประเทศ รวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในทุกระดับ แต่นับแต่ที่มีการนำพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาบังคับใช้ ปัญหาการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงมีอยู่ ไม่ได้ลดน้อยถอยลง แต่เป็นการปรับเปลี่ยนวิธีการในการดำเนินการทุจริตที่ใช้เทคนิคที่มากขึ้น ปัญหาการทุจริตยังคงมีอยู่ แต่มาตรการที่นำมาปรับใช้ในการลงโทษทางอาญายังคงไม่เหมาะสม แม้ว่าจะกำหนดโทษ ไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 และมาตรา 121 แต่ในทางปฏิบัติไม่สามารถจะจัดการกับปัญหาการทุจริต ในส่วนที่มีเจ้าหน้าที่เข้ามาเกี่ยวข้องได้ และการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนล่าช้าไม่ทันต่อเหตุการณ์ การดำเนินการที่ล่าช้าย่อมทำให้เกิด ความเสียหายโดยรวมต่อประเทศชาติ เนื่องจากไม่ได้ใช้งบประมาณที่คุ้มค่าและทันต่อการแก้ไขปัญหา ให้กับประชาชน

นอกจากนี้แม้ว่าจะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 และมีการประกาศบังคับใช้ตั้งแต่ปี 2542 เป็นต้นมา ก็ไม่สามารถ แก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสม เนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการ ข้าราชการ และนักการเมืองล้วนแต่ปรับเปลี่ยนแนวทางในการทุจริตเกี่ยวกับการเสนอราคามากขึ้น ปัญหาการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างยังคงมีอยู่ถึงปัจจุบัน เพียงแต่ได้มีการปรับเปลี่ยน การดำเนินการ เทำนั้นเอง และเจตนารมณ์ของการเสนอกฎหมายตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการ เสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มุ่งหมายที่จะให้มีการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม ไม่ให้มีการสมยอมราคา หรือไม่ให้มีการฮั้วประมูลเกิดขึ้น แต่พระราชบัญญัติ และกฎหมายดังกล่าว

มีการประกาศใช้มากกว่า 20 ปี ไม่ปรากฏว่ามีการปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลง ให้ทันสมัยต่อสภาวะการณ์ปัจจุบัน จึงทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินคดีกับผู้ที่ทำความผิดตามกฎหมาย จึงควรมีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาสาระของกฎหมายบางประการเพื่อให้สอดคล้องและทันสมัย ทันต่อเหตุการณ์ในปัจจุบัน และสามารถที่จะควบคุมกำกับดูแล ให้การเสนอราคาเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม ภายใต้กรอบของกฎหมาย ไม่ให้มีการสมยอมราคากัน ก็จะเกิดประโยชน์กับประเทศชาติบ้านเมือง และเกิดการใช้งบประมาณอย่างคุ้มค่า อีกประการหนึ่ง เกี่ยวข้องเรื่องการดำเนินคดีกับนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคล เดิมการกระทำความผิดในการเสนอราคา หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลแล้ว จะสันนิษฐานว่า หุ่นส่วนผู้จัดการ หรือกรรมการผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจกระทำการ ในทางหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้น เป็นตัวการในการกระทำความผิดด้วย แต่ต่อมาถูกยกเลิกไป เนื่องจากว่าการจะเอาผิดกับผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินกิจการของห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด จะต้องดำเนินการพิสูจน์ในทางพยานหลักฐานต่อไปไม่ สามารถที่จะใช้ข้อสันนิษฐาน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 แต่สำหรับในต่างประเทศ เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลไว้อย่างชัดเจน จึงสมควรที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทย และควรจะระบุไว้ในพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ การกระทำความผิดในปัจจุบัน จะมีรูปแบบการกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นองค์กร หรือการกระทำความผิดที่เป็นนามินีต่างๆ ที่มีรูปแบบซับซ้อนขึ้น ตรวจจับความผิดได้ยากมากขึ้น และใช้เทคนิคหลายอย่างในการกระทำความผิด แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา หรือบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาในลักษณะที่กระทำเป็นรูปแบบขององค์กร ซึ่งการกระทำความผิดในการจัดซื้อจัดจ้าง การทุจริต ที่กระทำเป็นรูปแบบขององค์กรนั้น ย่อมเกิดความเสียหายร้ายแรงมากกว่าการกระทำความผิดในรูปแบบ บุคคล หรือ นิติบุคคลทั่วไป เพราะเป็นการกระทำความผิดในลักษณะเครือข่ายองค์กร มีผู้เกี่ยวข้องจำนวนมาก เกี่ยวข้องกับเงินทุนมหาศาล และใช้ในโครงการใหญ่ซึ่งมีมูลค่าความเสียหายต่อรัฐเป็นจำนวนมาก จึงต้องมีการแก้ไขกฎหมายการเสนอราคาให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่เป็นลักษณะรูปแบบขององค์กรด้วย จึงจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการเสนอราคา เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล สามารถบังคับใช้ป้องกันและลดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา และมีการปรับเปลี่ยนให้ทันสมัยทันต่อเหตุการณ์ในปัจจุบัน และจะส่งผลถึงประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายในอนาคต เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่จะเกิดขึ้น และจะส่งผลเสียต่อการพัฒนาประเทศในระยะยาวอีกด้วย

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับปัญหากระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม ตามประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

2.2 เพื่อศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของกฎหมายไทยและต่างประเทศ

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2.4 เพื่อศึกษาข้อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทย การแก้ไขปัญหา และแนวทางการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การลงโทษกับนิติบุคคลที่กระทำความผิด การดำเนินการเกี่ยวกับการกระทำความผิดในรูปแบบองค์กร เครือข่ายต่างๆ

## 3. ขอบเขตการศึกษา

เป็นการศึกษาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม โดยพิจารณาจากสัดส่วนของการกระทำความผิด โดยคำนึงถึงสาเหตุและปัจจัย หรือสิ่งแวดล้อมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การกระทำผิด กฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบัน และกฎหมายอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 แนวทางแก้ไขปัญหา

#### 4. คำนินยามศัพท์เฉพาะหรือคำจำกัดความ

**4.1 “โดยทุจริต”** หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น<sup>3</sup>

**4.2 “ทุจริตต่อหน้าที่”** หมายความว่า ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ ทั้งนี้เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือกระทำการอันเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ กฎหมายอื่น<sup>4</sup>

**4.3 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น** หมายความว่า องค์การบริหารส่วนตำบล(อบต.), เทศบาล, องค์การบริหารส่วนจังหวัด, กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

**4.4 การจัดซื้อจัดจ้าง** หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อจ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>5</sup>

**4.5 การเสนอราคา** หมายความว่า การยื่นข้อเสนอเพื่อเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐอันเกี่ยวกับการซื้อ การจ้าง การและเปลี่ยน การเช่า การจำหน่ายทรัพย์สิน การได้รับสัมปทาน หรือการได้รับสิทธิใดๆ<sup>6</sup>

#### 5. ระเบียบวิธีวิจัย

การวิจัยฉบับนี้ใช้รูปแบบการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยทำการศึกษาจากกฎหมายอาญา กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง พระราชบัญญัติ บทความทางวิชาการ ตำรา วิทยานิพนธ์ งานวิจัยสื่อสารสนเทศทางออนไลน์ในรูปแบบต่างๆ ฐานข้อมูลทางกฎหมายในระบบอินเทอร์เน็ต วารสารทางกฎหมาย คำพิพากษา โดยศึกษากฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของไทย และมาตรการลงโทษทางอาญาของไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทยเพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับปัญหาการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และมาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมต่อไป

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(1).

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 4.

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง.

<sup>6</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้ทราบเกี่ยวกับความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม ตามประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

6.2 ทำให้ทราบเกี่ยวกับกฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของกฎหมายไทยและต่างประเทศ

6.3 ทำให้ทราบการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

6.4 ทำให้ทราบแนวทางในการแก้ไขปัญหาพัฒนาปรับปรุง กฎหมายของประเทศไทย การแก้ไข้ปัญหา และแนวทางการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การลงโทษกับนิติบุคคลที่กระทำความผิด การดำเนินการเกี่ยวกับการกระทำความผิดในรูปแบบองค์กรเครือข่ายต่างๆ





## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา หากจะพิจารณาระหว่างความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายกับการลงโทษ จะประกอบด้วย ความสัมพันธ์ทางศาสนาซึ่งมาจากฐานความเชื่อของแต่ละบุคคล ที่จะเคารพนับถือศาสนาใดก็ตาม ย่อมต้องรับรู้ถึงข้อควรปฏิบัติในทางศาสนา จนพัฒนากลายเป็นกฎหมายดังเช่นในปัจจุบัน และจารีตประเพณีก็เป็นสิ่งที่ปฏิบัติต่อเนื่องกันมา ยาวนาน จนเป็นที่คุ้นเคยของชุมชนนั้น แม้ว่าต่อมาได้พัฒนาเป็นกฎหมายบ้านเมือง ก็พบว่า บางอย่างมีความคล้ายคลึงกัน เนื่องด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่กำหนดกฎเกณฑ์การอยู่ร่วมกันทางสังคม มีแนวคิดดังนี้<sup>7</sup>

#### 1) แนวคิดการนำหลักการทางศาสนาที่กำหนดโทษทางอาญา

ศาสนา หมายถึง<sup>8</sup> ระบบความเชื่อของมนุษย์ อันมีหลัก คือแสดงกำหนดและความสิ้นสุดของโลก เป็นต้น แสดงหลักธรรมเกี่ยวกับบุญบาป หรือการทำความดี งดเว้นสิ่งที่ไม่ควรทำ พร้อมทั้งมีพิธีกรรมที่กระทำตามความเห็น หรือตามคำสั่งสอนในความเชื่อนั้น ๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาสนานั้น ถือเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจของผู้คนในสังคม และมีส่วนในการสนับสนุนและส่งเสริมให้สมาชิกในสังคม ปฏิบัติต่อกันอย่างถูกต้อง เป็นไปตามหลักศีลธรรมและเพื่อความสงบสุขในสังคมที่ผู้คนอาศัยอยู่ร่วมกัน กฎหมายอาญาในแต่ละประเทศก็มีที่มาจากบทบัญญัติของศาสนาเป็นส่วนใหญ่ เช่น คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของไทย หรือในศาสนาคริสต์ เช่น คัมภีร์ไบเบิล อย่างไรก็ตาม หน้าที่ลักษณะบรรทัดฐานของกฎหมายในปัจจุบัน ไม่ได้ยึดหลักแนวคิดหรือหลักธรรมทางศาสนาแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังคงประกอบด้วยเงื่อนไข และขอเรียกร้องทางสังคมอื่นๆ อีกหลายประการ ซึ่งในบางกรณีก็ขัดต่อหลักของศาสนารวมอยู่ด้วย เช่น การเรียกร้องให้มีโทษประหารชีวิต หรือหรือกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งเสรี ซึ่งโดยศาสนาทั่วไป จะยอมสอนให้บุคคลนั้นมีความเมตตาธรรมค้ำจุนโลก แต่กฎหมายที่ได้กล่าวไปนั้น จะเป็นไปในลักษณะที่สังคมเรียกร้อง และจะปฏิบัติไปในสิ่งที่ตรงข้าม จะเน้นเรื่องของการลงโทษเป็นหลัก นอกจากนี้ ในบริบทลักษณะของกฎหมายอาญา จะมีความมุ่งหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองคนในสังคมที่อาศัยอยู่ร่วมกัน มิใช่เพื่อผลประโยชน์ในทางศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะ

<sup>7</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศ เพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา. 2564. หน้า 19 – 21. 16 มิถุนายน 2567. สืบค้นจาก <https://kpi.ac.th/uploads/pdf/UX1lceA4L8Q5m7gBbVevYD0cvcY9yFSMpauNZolg.pdf>,

<sup>8</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. ความหมายของคำว่า “ศาสนา”. 16 มิถุนายน 2567. สืบค้นจาก <http://legacy.orst.go.th/?knowledges>

## 2) การนำหลักในทางจารีตประเพณีมากำหนดโทษในทางอาญา

จารีตประเพณี คือ ระเบียบแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ ที่มนุษย์ยอมรับนับถือ และปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานาน สิ่งที่เหมือนกันระหว่างกฎหมายและจารีตประเพณี คือโดยปกติแล้ว มักจะเป็นตัวกำหนดเฉพาะการกระทำภายนอกของมนุษย์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดโทษอาญา โดยอาศัยเรื่องของจารีตประเพณีมาเป็นหลักเกณฑ์นั้น ส่วนใหญ่ในปัจจุบันยังเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากว่าจารีตประเพณีนั้น อาจจะมีความแตกต่างกันในแต่ละพื้นที่และไม่เหมือนกัน มีการปฏิบัติแตกต่างกันในแต่ละเฉพาะกลุ่มของสังคม ที่มีความเป็นอยู่ที่แตกต่างกันไป แต่ในขณะที่กฎหมายอาญา จะมุ่งเน้นในเรื่องของการปกป้องคุ้มครองคนในสังคมส่วนรวมเป็นหลัก ไม่ใช่กระทำเพื่อการสนับสนุน ประเพณีใดประเพณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ เพราะจารีตประเพณีบางอย่างนั้นไม่เหมาะสมกับปัจจุบัน หรือไม่เหมาะสมกับศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นการนับหน้าถือตาคนมีฐานะที่ดีกว่า หรือการนับหน้าถือตาคนที่มียศตำแหน่งหรืออำนาจ เป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ บางครั้ง กฎหมายอาญา เป็นการออกกฎหมาย เพื่อเป็นการป้องกันจารีตประเพณีในทางที่ไม่ถูกต้อง เป็นประเพณีที่มีการเอาเปรียบกันทางสังคมด้วย

## 3) การนำหลักการในทางศีลธรรมมากำหนดโทษทางอาญา

ศีลธรรม คือ การปฏิบัติเพื่อกำหนดความประพฤติที่พึงงามของมนุษย์ และเป็นเรื่องที่อยู่ในส่วนลึกของจิตใจของแต่ละคน แม้ว่าหลักศีลธรรมจะไม่ได้เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาโดยตรงก็ตาม แต่ในบางกรณีจะพบว่า การกระทำที่เป็นการผิดศีลธรรม ปรากฏว่าไม่ได้เป็นความผิดในกฎหมายอาญา เช่น ในเรื่องของการพูดโกหก หรือการตีมสุรา หรือการกระทำบางอย่าง ที่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายอาญาแต่ไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนในทางศีลธรรม เช่น การกระทำโดยประมาท การนำแนวคิดเรื่องการกำหนดโทษทางอาญาโดยอาศัยเรื่องศีลธรรมมาเป็นหลักเกณฑ์ คือ การที่รัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ บังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามอยู่ใต้กรอบทางศีลธรรม เพื่อเป็นการรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมให้ยึดถืออยู่ แต่อย่างไรก็ดี ศีลธรรมของแต่ละคนนั้น ย่อมไม่เท่ากัน ไม่สามารถกำหนดได้ บางคนมีคุณธรรมจริยธรรมที่ดี ย่อมมีคุณธรรมที่สูง จริยธรรมก็สูงส่งไปด้วย จึงเป็นการไม่แน่นอนหากนำศีลธรรมมากำหนดเป็นแนวทางของกฎหมายในเรื่องต่างๆ และเนื่องด้วยกฎหมายอาญานั้น จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพียงพอ ที่จะสามารถให้คนในสังคมปฏิบัติตาม หลักศีลธรรมจึงไม่สามารถนำมากำหนดเป็นกฎหมายอาญาได้ เช่น การที่มีบุคคลทำผิดศีล 5 ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เป็นต้น

## 4) หลักสิทธิมนุษยชนกับการนำมากำหนดโทษในทางอาญา

(1) คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen 1789) มีการกำหนด ในรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องของการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในข้อ 4 ข้อ 5 และข้อ 8 มีใจความว่า

ข้อ 4 เสรีภาพ ได้แก่ ความสามารถของบุคคล ที่จะกระทำการใดๆ ได้ โดยไม่ก่อกวนอันตรายเสียหายแก่ผู้อื่น ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคน ย่อมถูกจำกัดลงได้ แต่เฉพาะที่จะทำให้การประกันแก่ผู้เป็นสมาชิกคนอื่นๆ ในสังคม เพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ด้วย ข้อจำกัดทั้งหลายในการใช้สิทธิเหล่านี้ จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยบทกฎหมายเท่านั้น

ข้อ 5 บทกฎหมายมีสิทธิอาจจะห้ามได้ก็แต่การกระทำ ซึ่งอาจก่อกวนอันตรายเสียหายแก่สังคม การได้ซึ่งมิได้ถูกห้ามไว้โดยบทกฎหมาย การนั้นบุคคลสามารถจะกระทำได้และบุคคลจะถูกบังคับให้กระทำการที่บทกฎหมายมิได้บัญญัติไว้มิได้

ข้อ 8 กฎหมายจะกำหนดบทลงโทษใดๆ ได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่ง และเห็นเป็นที่ประจักษ์ชัดเท่านั้น ผู้ใดจะถูกลงโทษได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้น และประกาศใช้ก่อนหน้าการกระทำอันเป็นความผิด และใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ โดยชอบแล้วเท่านั้น

(2) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 หรือ UDHR) มีการกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การยอมรับในประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการกำหนดห้ามนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้ย้อนหลัง ซึ่งมีการกำหนดไว้ในข้อ 15 ว่า บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดซึ่งในขณะที่กระทำไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมาย หรือหากภายหลังมีกรณีที่มีการกระทำที่ได้ทำผิดในครั้งก่อน กฎหมายกำหนดโทษให้เบาลงหรือมีการแก้ไขภายหลังว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ผู้ที่กระทำความผิดก็จะได้รับประโยชน์จากกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขนั้นด้วย แต่อย่างไรก็ดี การแก้ไขกฎหมายจะไม่กระทบกับการพิจารณาคดี หรือ คดีความที่ได้มีการลงโทษไปแล้ว ในขณะที่กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ซึ่งจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง และตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ จะสามารถกล่าวได้ว่า ในการกำหนดโทษอาญาตามมาตรฐานสากล รัฐจะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น โดยการกำหนดโทษดังกล่าวต้องเป็นการทำเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และสวัสดิการประชาธิปไตย ดังนั้นการกำหนดโทษอาญาจึงทำได้เฉพาะในกรณีที่มีการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของคนในสังคมโดยรวม แต่การใดหากไม่เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้คนที่อาศัยในสังคมนั้น ก็จะไม่ถือว่าเป็นการทำความผิด และไม่ผิดตามกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ดีในแต่ละประเทศต่างๆ ย่อมมีความแตกต่างกันในเรื่องของภูมิหลัง วัฒนธรรมและประเพณีต่างๆ การออกกฎหมายจึงมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา มีการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้เองภายใต้มลรัฐ แต่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษในทางอาญา แนวคิดต่างๆ อาจจะมีคล้ายคลึงกัน แต่ในขณะที่เดียวกันแต่ละแนวคิดก็มีความบกพร่องอยู่

อาจจะเนื่องมาจากแนวคิดต่างๆ เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของค่านิยม ความคิด ทักษะคติ สภาพทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองในขณะที่มีการออกกฎหมาย และมีการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้มีความแตกต่างกันในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำใดที่สมควรที่เป็นความผิดทางอาญา หรือไม่เป็นความผิดทางอาญา จึงขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย เช่น ประเทศไทยมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการมียาบ้า หรือเมทแอมเฟตามีน ไว้ในครอบครองถือว่าผิดกฎหมาย แต่ก็มีมีการปรับเปลี่ยนแก้ไขกฎหมายให้การครอบครองยาบ้า หรือเมทแอมเฟตามีน ไม่เกิน 5 เม็ด ให้สันนิษฐานว่าเป็นผู้ป่วย ต้องได้รับการบำบัดรักษา หรือจะเป็นการแก้กฎหมายเกี่ยวกับการครอบครอง และใช้กัญชาก็มีการแก้ไขจากเดิมถือว่าเป็นความผิด แต่ในปัจจุบันสามารถปลูกและครอบครองในแต่ในจำนวนที่จำกัด เป็นต้น

## 1. แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาของไทย

### 1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาของไทย

นับตั้งแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นต้นมา มีการกำหนดเกี่ยวกับการออกกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย โดยมีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยให้มีการออกกฎหมายเท่าที่จำเป็น ให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน เพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ หรือการดำรงชีวิตของประชาชน<sup>9</sup> แต่ในบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้เกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา หรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า การกระทำในลักษณะใดที่สมควรที่จะกำหนดให้เป็นโทษทางอาญาที่ใช้บังคับกับสังคมส่วนรวมได้ ต่อมาสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา ในการที่จะออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญา เสนอต่อคณะรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบในหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยหลักเกณฑ์ที่จะใช้สำหรับการกำหนดโทษทางอาญาในอนาคตมีอยู่ด้วยกันสามประการคือ<sup>10</sup>

- 1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม
- 2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ และ

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77.

<sup>10</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา*. หน้า 34.

3) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับ ทำให้คดีอาญา ระงับได้ หากโดยสภาพแล้วไม่ใช่ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างกว้างขวาง สมควรใช้โทษปรับทางปกครองแทนหรือวิธีการอื่นแทนการปรับ

จะพบว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา ที่คณะอนุกรรมการฯ ภายใต้คณะกรรมการกฎหมาย ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้จัดทำขึ้น มีความละเอียดมากกว่าหลักสากล ในการกำหนดโทษทางอาญากล่าวคือ การกระทำที่กระทบต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและมีผลกระทบต่อส่วนรวมจะต้องมีลักษณะที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงด้วย นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ที่ได้จัดทำขึ้นใหม่มีหลักเกณฑ์ในข้อ 2 และ 3 ช่วยในการพิจารณาด้วย

สำหรับในประเทศไทยมีการกำหนดโทษทางอาญา แก่ผู้ที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ 5 ประการด้วยกันคือ<sup>11</sup>

1) ประหารชีวิต คือ โทษที่มีบทลงโทษสูงสุดสำหรับผู้ที่ได้กระทำความผิดร้ายแรงตามที่กฎหมายกำหนด มีการลงโทษอยู่หลายรูปแบบ ได้แก่ การฉีดยาให้ตาย การตัดคอ การแขวนคอ การยิงเป้า เป็นต้น

2) โทษจำคุก คือ มาตรการบังคับทางอาญา ที่มุ่งที่จะลงโทษผู้ที่กระทำความผิด และตัดโอกาสที่ผู้นั้นจะกระทำความผิดอีก ตลอดถึงการที่น่าผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยการจำกัดอิสรภาพภายในสถานที่อันจำกัดนั้นคือเรือนจำ แต่การลงโทษในลักษณะนี้จะต้องมีการใช้จ่ายด้านงบประมาณเข้ามาเกี่ยวข้อง รวมถึงมีเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการบังคับโทษกับผู้ที่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมาย บ้านเมือง

3) กักขัง คือ<sup>12</sup> โทษที่ผู้กระทำความผิดทางอาญา ถูกกักขังตามหมายขังของศาล มี 2 ประเภท คือ (1) ศาลสั่งจำคุกไม่เกิน 3 เดือน ฐานความผิดลหุโทษเป็นโทษกักขังแทนการจำคุก (2) การกักขังแทนค่าปรับ โดยใช้อัตรา 500 บาทต่อหนึ่งวัน และกักขังไม่เกิน 2 ปี

4) ปรับ คือ การบังคับเอาจากผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนเงินตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับการกระทำความผิด และเป็นโทษทางอาญาฐานหนึ่ง ซึ่งมีข้อดีในแง่ต้นทุนการบริหารจัดการที่ต่ำกว่าโทษจำคุก คุมประพฤติ และกักบริเวณ นอกจากนี้ สังคมยังไม่ต้องสูญเสียทรัพยากรมนุษย์จากโทษจำคุก และผู้กระทำความผิดไม่เกิด “ตราบาป” ดังนั้นการใช้โทษปรับแทนโทษจำคุกในกรณีที่มีได้เป็นความผิดอุกฉกรรจ์จึงเป็นทางเลือกที่สำคัญทางหนึ่งในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันพบว่าโทษปรับในประเทศไทยยังไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจน

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 วรรคหนึ่ง.

<sup>12</sup> กรมราชทัณฑ์. ความหมายของคำว่า “กักขัง”. 20 มิถุนายน 2567.

นอกจากนี้ จำนวนเงินที่ระบุไว้ตายตัวในกฎหมายฉบับต่างๆ ยังไม่สอดคล้องกับเงินเฟ้อ ซึ่งทำให้ผลการป้องปรามการกระทำผิดลดลงตามลำดับเวลา งานวิจัยชิ้นนี้ อีสรกุล อุณหเกตุ มุ่งสำรวจสภาพปัญหา ประสบการณ์และบทเรียนจากประเทศสหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย และเยอรมนี และข้อเสนอเพื่อการปฏิรูประบบค่าปรับทางอาญาในประเทศไทย<sup>13</sup>

5) ริบทรัพย์สิน คือ การบังคับเอาทรัพย์สิน โดยให้ทรัพย์สินของผู้ที่กระทำความผิดตกเป็นของแผ่นดิน ความหมายของโทษริบทรัพย์สิน Black's Law Dictionary ให้ความหมายของริบทรัพย์สิน (Confiscation) หมายถึง “การบังคับเอาทรัพย์สินให้ตกเป็นของรัฐ” ส่วนอีกความหมายหนึ่งอาจให้ความหมายว่า หมายถึง การบังคับเอาทรัพย์สินโดยรัฐหรือตัวแทนของรัฐ และหากเป็นการลงโทษทางอาญา (Criminal Forfeiture) หมายถึง กระบวนการของรัฐที่บังคับต่อบุคคลในการบังคับเอาทรัพย์สินเพื่อเป็นการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดอาญา<sup>14</sup>

## 1.2 วัตถุประสงค์ในการลงโทษตามกฎหมายอาญาของไทย

แนวคิดในการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่รัฐกำหนดขึ้น เพื่อการจัดระเบียบของสังคม แต่วัตถุประสงค์ของการลงโทษมีความแตกต่างกันไปตามค่านิยมของสังคม และความเจริญก้าวหน้าของบ้านเมืองตามยุคสมัย ดังนั้นสังคมที่แตกต่างกัน ก็มีวิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกัน หรือในยุคสมัยที่แตกต่างกันแนวทางการลงโทษก็จะมี ความแตกต่างกัน เช่น การลงโทษแบบดั้งเดิม การลงโทษจะมีลักษณะโหดร้ายเพื่อการแก้แค้นทดแทน และการข่มขู่ยับยั้งให้เกิดความเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับทำให้ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด แต่ในปัจจุบันการลงโทษให้ความสำคัญ ในประเด็นการตัดช่องโอกาสไม่ให้มีการกระทำความผิดและการแก้ไขฟื้นฟูเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำ การลงโทษในประเทศไทยเดิมก็ใช้วิธีการที่โหดร้าย และไม่เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ ต่อมาได้มีการวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยครั้งใหญ่ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 เพื่อให้เกิดความทันสมัย และทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ แล้วมีการพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน วัตถุประสงค์ในการลงโทษตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน มีดังนี้<sup>15</sup>

<sup>13</sup> มุลนิธิสารณสุขแห่งชาติ. ระบบค่าปรับทางอาญา. 22 มิถุนายน 2567.

สืบค้นจาก <https://kb.hsri.or.th/dspace/handle/11228/3971?locale-attribute=th>

<sup>14</sup> สนั่น ยามาเจริญ. โทษริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา. การประชุมมหาดไทยวิชาการระดับชาติ และนานาชาติ ครั้งที่ 8. มหาวิทยาลัยมหาดไทย. 2560. หน้า 316.

<sup>15</sup> “สัญญาพงศ์ ลีประเสริฐ. การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา. 26 เมษายน 2567.

สืบค้นจาก <http://rsucon.rsu.ac.th/proceedings> ,

1) รูปแบบการลงโทษที่จะทำให้ผู้ที่กระทำความผิด ได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดทางอาญา และผู้ที่กระทำความผิดอาจจะกระทำความผิดไม่สามารถกระทำความผิดได้อีก โดยการตัดโอกาส หรือลดโอกาสที่บุคคลนั้นอาจจะกระทำความผิด (Incapacitation) ได้แก่ โทษประหารชีวิต และโทษจำคุก เพื่อเป็นการตัดบุคคลที่เป็นภัยร้ายแรงต่อออกจากสังคม

2) การลงโทษบางประการสามารถป้องกันอาชญากรรมได้ เพราะผู้กระทำความผิด อยู่ภายใต้การควบคุมและสอดส่อง (Surveillance) เช่น การควบคุมความประพฤติ การกักขัง รวมทั้ง การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นตัวอย่างหนึ่งที่ประสบความสำเร็จในการสอดส่องแบบป้องกันมิให้กระทำความผิด (Preventive surveillance) โดยปัจจุบันมีการใช้อุปกรณ์กำไลอิเล็กทรอนิกส์ สำหรับผู้ต้องหา หรือจำเลยที่ต้องการประกันตัว หรือการปล่อยตัวชั่วคราว รวมถึงการคุมประพฤติ ตามคำสั่งศาลอีกด้วย

3) การฝึกอบรมควบคู่กับการใช้วิธีลงโทษก่อให้เกิดการเรียนรู้ และเปลี่ยนแปลง พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้เคารพกฎหมาย เช่น ในระหว่างการลงโทษจำคุก โดยให้ผู้ต้องขัง ได้เรียนรู้การฝึกอาชีพต่างเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม เมื่อพ้นโทษแล้วนักโทษหรือผู้ต้องขัง จะสามารถใช้ชีวิต เช่นเดียวกันกับคนในสังคมได้ และเป็นการลดอาชญากรรมอันเนื่องมาจาก ต้องกระทำความผิดเพราะสาเหตุจากการขาดโอกาสทางการศึกษา หรือความยากจน หรือปัญหา ทางเศรษฐกิจอื่นๆ เช่น การว่างงาน เป็นต้น

4) การแก้ไขฟื้นฟูให้ผู้กระทำความผิดได้รับประสบการณ์จากการถูกลงโทษจึงรู้สึก อับอาย เสียใจ สำนึกผิด และเกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม ผู้กระทำความผิดบางคนเพียงแต่ถูกจับ ก็อาจได้รับการแก้ไขพฤติกรรมได้ เพราะในบางกรณีการกระทำความผิดอาจเกิดจากพฤติกรรม ที่ไม่เหมาะสม หรือเป็นการกระทำผิดที่เกิดจากความบังเอิญได้ เช่น การขับรถแล้วเกิดอุบัติเหตุเป็นเหตุ ให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งเป็นการกระทำโดยประมาท มิได้เกิดจากเจตนาที่จะทำให้เกิดการกระทำ ที่เป็นความผิดทางอาญา หรือการสูบบุหรี่หรือดื่มสุราในที่สาธารณะอันเป็นที่ต้องห้ามเช่น ในวัด หรือที่สาธารณะอันเป็นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย เป็นต้น

5) การลงโทษเป็นการยืนยันความถูกต้อง หรือความศักดิ์สิทธิ์ของบรรทัดฐาน ทางสังคม (Normative validation) รวมทั้งเป็นการประณามการกระทำนั้น ว่าการปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นสิ่งที่ถูกต้อง และเป็นสิ่งที่สังคมยอมรับ

6) การป้องกันอาชญากรรมโดยการแก้แค้นและทดแทนและการป้องกันอาชญากรรม โดยการลงโทษมีความ แตกต่างกัน ถ้ารัฐไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด เอกชนจะแก้แค้นเอง เป็นความสำคัญที่ว่า หากรัฐไม่ดำเนินการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ สังคมบ้านเมืองก็จะไร้ชื่อแป เนื่องจากว่าจะมีการทำร้าย เอาคืนแก้แค้นกันเอง และสังคมนั้นจะไม่สามารถเกิดความสงบสุขได้ ดังนั้นรัฐจึงต้องเป็นตัวกลาง ในการที่จะดำเนินการดังกล่าว ให้บริสุทธิ์และยุติธรรม การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษจึงเป็นเรื่องสำคัญ

7) การลงโทษให้ผู้กระทำความผิดมีมลทินติดตัว (Stigmatization) บุคคลนั้นอาจถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากร และอาจถูกสังคมประณาม ทำให้ผู้คนมีความเกรงกลัวการลงโทษ และในปัจจุบันหากถูกลงโทษทางอาญา สำหรับความผิดที่มีการกระทำร้ายแรงในทางอาญา เช่น ความผิดเกี่ยวกับการทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือความผิดฐานฆ่าคนตาย หรือความผิดฐานค้ายาเสพติด ก็จะทำให้ไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ บางอย่าง เช่น หหมดโอกาสในการสอบบรรจุเข้ารับเป็นข้าราชการ หรือถูกตัดสิทธิ์ในการที่จะลงสมัครรับเลือกตั้ง เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

8) การลงโทษทำให้บุคคลสร้างนิสัยในการเคารพกฎหมายโดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบ โดยเฉพาะในการกระทำความผิด ที่มีอัตราโทษไม่สูง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการจลาจล

9) การลงโทษทำให้เกิดผลการยับยั้ง (Deterrence) หรือให้ผู้กระทำความผิดได้รับบทเรียนหรือหลาบจำ หรือเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย ไม่กล้าที่จะกระทำความผิดแบบเดิมซ้ำขึ้นอีก และสำหรับบุคคลอื่นที่เห็นว่าการได้รับโทษตามความผิดนั้น ก็จะเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย ไม่กล้าติดจะกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันด้วยเช่นกัน

## 2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง

ในปัจจุบันประเทศไทยมีการกระจายอำนาจ และงบประมาณไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีอยู่ทั่วประเทศ รวมถึงการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ สินค้า และบริการต่างๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในพื้นที่ หรือเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในพื้นที่ไม่ว่าจะเป็นการก่อสร้างถนน รางระบายน้ำ แต่ปัญหาการทุจริตในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างยังคงมีอยู่ ซึ่งหากพิจารณาการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างมีอยู่ทั้งหมด 11 รูปแบบ<sup>16</sup> ล้วนมีการกระทำการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างที่แตกต่างกันไป แต่สำหรับวิจัยฉบับนี้ จะเน้นไปในทางที่เกี่ยวกับการเสนอราคา การสมยอมราคา หรือการฮั้วประมูลในรูปแบบต่างๆ และการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 รวมถึงการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง หลังจากที่มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในปี 2560 เป็นต้นมา

<sup>16</sup> ศักรินทร์ นิลรัตน์. รายงานโครงการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การทุจริตการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. 2566. หน้า 75 - 76.



## 2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง

### 2.1.1 ทฤษฎีความผิดเกี่ยวกับการสมยอมราคา

การสมยอมราคาเรียกอีกอย่างว่า “การฮั้ว” เป็นพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง มีในหลายหน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีอยู่ทั่วไปในประเทศไทย และมีงบประมาณที่ได้รับการอุดหนุนจากรัฐบาลปีละหลายล้านบาท การฮั้วเป็นการแสวงหาประโยชน์ในอีกรูปแบบหนึ่งที่มีการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่สุจริต ไม่โปร่งใส มีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง และการฮั้วนี้สามารถเกิดขึ้นในหลายระดับไม่ว่าจะเป็นระดับ องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือแม้แต่การปกครองท้องถิ่นในรูปแบบอื่น เช่น เมืองพัทยา และกรุงเทพมหานคร การกระทำ การงบบริบูรณ์จะมีการเชื่อมโยง เป็นเครือข่ายระหว่างกัน แต่ในบางกรณีจะมีนักการเมือง ทั้งในระดับท้องถิ่นและนักการเมืองในระดับชาติ มีส่วนเกี่ยวข้องในการฮั้วประมูล ซึ่งการกระทำดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงระบบอุปถัมภ์ และอำนาจทางการเมืองของบุคคล ที่เข้ามาเป็นนักการเมือง แม้ว่าจะได้รับความไว้วางใจจากพี่น้องประชาชนให้เข้ามาทำหน้าที่ แต่การทุจริตคอร์รัปชันก็ยังคงแพร่หลาย โดยเฉพาะในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เกี่ยวกับทฤษฎีการฮั้วประมูล แกรน แม็คคอนแนล (Grant mcconnell) ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทฤษฎีของการฮั้วปรากฏในผลงานที่ชื่อ “Private Power and American Democracy” เห็นว่าการฮั้วประมูลนั้นถือว่าเป็นสิ่งสากล ทำกันอย่างแพร่หลาย และมีการกระทำในหลายรูปแบบ เช่น “การฮั้วขั้นต่ำ” โดยมีการใช้นักเลงคุมเวลาทำการยื่นซองเสนอราคา หรือหากมีผู้อื่นที่เข้าไปยื่นซองเสนอราคาและไม่เชื่อฟัง ก็จะมีการดำเนินการใช้กำลังประทุษร้ายต่อร่างกายหรือชีวิต หรือการดำเนินการอย่างใดที่ทำให้บุคคลผู้นั้นไม่สามารถเข้าไปยื่นซองหรือเสนอราคาได้ มีลักษณะเป็นการกีดกันการเสนอราคา หรือการใช้บริษัทห้างร้าน ยื่นเอกสารประกบ หรือเป็นคู่แข่งพอบเป็นพิธี เพื่อให้มีเอกสารครบตามที่ทางราชการกำหนด สำหรับการหัวอีกประเภทหนึ่งนั่นก็คือ “การฮั้วขั้นสูง” ในการฮั้วขั้นสูงจะต้องมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้อง และจะต้องมีอำนาจในการ ควบคุมการดำเนินการต่างๆ การใช้ดุลพินิจของข้าราชการ การกำหนดนโยบายต่างๆ ที่เอื้อประโยชน์ให้กับตนเองและพวกพ้องเอาไว้ และจะมีผลประโยชน์ในหลายส่วนหลายฝ่ายผสมปนเปกันไป เรียกได้ว่าสมประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่าย

สำหรับทฤษฎีการฮั้วประมูลที่ว่านี้ จะมีบุคคล 3 ฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องคือ

1) ข้าราชการ ในที่นี้คือข้าราชการประจำ จะเกี่ยวข้องคือเป็นผู้จัดทำเอกสารต่างๆ ซึ่งจะรู้เกี่ยวกับเรื่องของระเบียบกฎหมายหลักเกณฑ์ต่างๆ และเป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอกสารในการเสนอราคา ตลอดจนขั้นตอนในการดำเนินการเสนอราคาจนถึงที่สุดการเสนอราคา 2) นักการเมือง ซึ่งไม่ว่าจะเป็นนักการเมืองท้องถิ่นหรือนักการเมืองระดับชาติ ส่วนใหญ่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในเรื่องของการจัดการผลประโยชน์ โดยเฉพาะในเรื่องของการเสนอราคา การจัดซื้อจัดจ้างในโครงการต่างๆ โดยใช้อิทธิพลอำนาจของตนเอง ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการบังคับบัญชา หรือแม้แต่การใช้อำนาจในการผลักดันนโยบาย

ระเบียบกฎหมายต่างๆ เพื่อให้ข้าราชการ หรือนักการเมืองท้องถิ่นสามารถใช้ดุลพินิจในการสั่งการได้

3) นักธุรกิจ หรือ กลุ่มผลประโยชน์ ในที่นี้ก็คือผู้รับเหมา หรือนายทุน โดยนักธุรกิจหรือผู้รับเหมา จะเข้ามาดำเนินการในลักษณะที่ทำให้การเสนอราคาเป็นประโยชน์ต่อตนเองและพวกพ้อง ทำได้หลายรูปแบบ สำหรับกลุ่มผลประโยชน์ หรือกลุ่มนายทุน จะเข้ามาจัดทำในลักษณะหาตัวแทนหรือนอมินีเข้ามา ดำเนินการโดยที่เป็นฝ่ายออกทุนในการดำเนินการให้ เรียกว่า “Iron triangles” และสิ่งที่สำคัญที่สุดของการฮั้วคือ การที่ข้าราชการมีอำนาจในการตัดสินใจต่างๆ โดยที่มีกฎหมายและระเบียบอื่นรองรับ เรียกได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของข้าราชการ และการฮั้วประมุขจะเกิดขึ้นเมื่อข้าราชการร่วมกับนักการเมือง นักธุรกิจหรือกลุ่มผลประโยชน์แสวงหาประโยชน์ร่วมกัน ทั้ง 3 ฝ่ายจะเริ่มจากฝ่ายไหน ริเริ่มให้มีการฮั้วประมุขก่อนก็ได้ โดยมีเจตนาร่วมกันก็คือ มีเจตนาที่จะฉ้อโกงรัฐ<sup>17</sup> และสาเหตุที่มีการสมยอม ราคาพบว่ามาจากสาเหตุสำคัญ คือ<sup>18</sup>

1) เกิดจากหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติของทางราชการที่ไม่รัดกุมเพียงพอ ได้แก่ การเพิกเฉยไม่สั่งแก้ไขการปฏิบัติให้ถูกต้อง การปล่อยปะละเลยไม่ควบคุมให้เกิดการปฏิบัติให้ถูกต้องตามระเบียบกฎหมาย การไม่ตรวจสอบอย่างเพียงพอ และการรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด บางกรณีเกิดจากขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ใช้ระเบียบและกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างคือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บางมาตรากำหนดให้มีการประกาศในโครงการที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างไปก่อน เมื่อได้รับงบประมาณแล้วจึงเรียกให้ผู้ที่เสนอราคา มาทำสัญญาในภายหลัง โดยการดำเนินการในลักษณะนี้ได้กำหนดไว้ใน มาตรา 67 ก่อนลงนามในสัญญาหน่วยงานของรัฐ อายกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ดำเนินการไปแล้วได้ดังต่อไปนี้ มาตรา 67 (1) หน่วยงานของรัฐนั้น ไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรร ไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป ทำให้เกิดช่องว่างและเป็นช่องทาง ระหว่างการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้เสนอราคา ที่เป็นพรรคพวกของตนเองได้ เนื่องจากหากผู้เสนอราคาต่ำอาจจะได้เป็นผู้เข้าทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากมีช่องทางที่สามารถจะยกเลิกสัญญาได้อย่างถูกระเบียบและกฎหมายนั่นเอง

2) เกิดจากผู้เสนอราคา รวมตกลงกันทำการฉ้อโกงรัฐ ได้แก่ มีการตกลงกันระหว่างผู้เสนอราคาด้วยกันเอง ทำการตกลงกันว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้เสนอราคา โดยไม่มีการแข่งขันราคากันจริง มีเจตนาที่จะให้ผู้ที่ได้ตกลงร่วมกันจะเป็นบุคคลใด หรือนิติบุคคลใด เข้าเป็นคู่สัญญา

<sup>17</sup> รายงานการวิจัย เรื่อง การเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ของกรมสอบสวนคดีพิเศษ. ส่วนพัฒนาระบบงานสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษ. 2563. หน้า 12.

<sup>18</sup> “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 12

กับหน่วยงานรัฐ หรือมีการกีดกันผู้เสนอราคารายอื่นไม่ให้เข้าเสนอราคา หรือทำโดยประการใดๆ ที่จะทำให้ผู้เสนอราคารายอื่นไม่สามารถที่จะเสนอราคาได้ หรือ การกระทำในลักษณะที่เป็นการชักชวน ให้มีการสมยอมราคากัน

3) เกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยไม่จริงจังในการปฏิบัติงานและมีเจตนาทุจริต ได้แก่ การไม่เข้มงวดกวดขันการปฏิบัติงาน ไม่ตรวจสอบขั้นตอนการดำเนินการต่างๆ โดยเฉพาะ ผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการ และนอกจากนั้นยังมีในส่วนของผู้บังคับบัญชาในทุกระดับที่เข้ามา เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือกรณีที่มีผลประโยชน์ขัดกันในการใช้อำนาจหน้าที่ของข้าราชการ ส่วนใหญ่การกระทำผิดในลักษณะนี้จะเกี่ยวกับการตรวจรับงานจ้าง โดยที่ปัจจุบันองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจรับพัสดุหรืองานจ้างไว้ ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในการออกตรวจรับการจ้าง ณ สถานที่ทำการจ้าง แต่ละเลยไม่ปฏิบัติ

4) เกิดจากนักการเมืองเข้าแทรกแซงเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยทุจริต ได้แก่ นักการเมืองท้องถิ่น และนักการเมืองในระดับชาติ เข้ามาเกี่ยวข้องในระดับนโยบาย ในแนวคิดของ แกรน แม็กคอนแนล เรียกว่าการฮั้วชั้นสูง โดยมีลักษณะการเข้าไปกุมอำนาจในการใช้ดุลพินิจ ของข้าราชการท้องถิ่น ให้เอื้อประโยชน์ให้กับกลุ่มนักธุรกิจ หรือกลุ่มผลประโยชน์ที่สนับสนุน นักการเมืองท้องถิ่นนั้น เป็นลักษณะของผลประโยชน์ทับซ้อน เป็นการยากที่ประชาชนทั่วไปจะรับรู้ รับทราบได้ การกระทำผิดในลักษณะนี้จะต้องมีการกระทำความผิดร่วมกันสามฝ่ายคือ ข้าราชการ นักการเมือง และนักธุรกิจหรือกลุ่มผลประโยชน์ สิ่งที่สำคัญที่สุดเกิดจากการใช้ดุลพินิจของข้าราชการ และนักการเมือง โดยใช้ช่องว่างทางระเบียบกฎหมายเพื่อแลกกับผลประโยชน์ เช่น การให้เงิน หรือผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นที่มีใช้ตัวเงินก็ได้

นับแต่มีการกระจายอำนาจและงบประมาณไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องได้รับการจัดสรรงบประมาณจากส่วนกลาง เมื่อเทียบกับรายได้ของรัฐบาล ไม่น้อยกว่าร้อยละ 35 ภายในปี 2549 โดยรัฐบาลกลางได้อุดหนุน รายได้ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิ่มขึ้น ในปัจจุบันร้อยละ 30 ยังไม่เป็นไปตามเป้าหมาย และแม้ว่าจะอุดหนุนเงินรายได้ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่เป็นไปตามเป้าหมาย แต่ทำให้อ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้เพิ่มขึ้น มีการพัฒนาเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานอื่น และการจัดท้าวสดอุปกรณ์ต่างๆ เพิ่มขึ้น ย่อมส่งผลให้เกิดแรงจูงใจบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด เกี่ยวกับการเสนอราคา โดยเฉพาะการสมยอมราคาเพิ่มขึ้น ซึ่งบุคคลกลุ่มที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการเสนอราคา เรียกได้ว่าเป็นกลุ่ม “อาชญากรคอเช็ตขาว” ซึ่งประกอบไปด้วยบุคคล 3 กลุ่มคือ

1) กลุ่มข้าราชการ หรือ กลุ่มเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบด้วยข้าราชการในทุกส่วน เช่น เจ้าหน้าที่ในการจัดทำประมาณราคากลาง เจ้าหน้าที่ในการสำรวจออกแบบ การกำหนดเงื่อนไขในการเสนอราคาต่างๆ เจ้าหน้าที่พัสดุ คณะกรรมการชุดต่างๆ เช่น คณะกรรมการเปิดซองสอบราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา เจ้าหน้าที่ในการอนุมัติตามขั้นตอนต่างๆ เป็นลำดับ

2) กลุ่มผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ นักการเมืองต่าง ทั้งในระดับท้องถิ่น และในระดับประเทศ ล้วนมีความเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือจะเกี่ยวข้องในการอนุมัติโครงการ หรืออนุมัติในการจัดซื้อจัดจ้าง การพิจารณาผลต่างๆ โดยนักการเมืองสามารถใช้อำนาจและอิทธิพลในพื้นที่เข้ามามีส่วนในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้

3) กลุ่มเอกชนผู้เสนอราคา หรือกลุ่มผลประโยชน์นั่นเอง โดยกลุ่มนี้จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในหลายลักษณะได้แก่ ผู้ขายสินค้าและบริการ ผู้รับสัมปทาน ผู้รับเหมางานก่อสร้างอื่นๆ เป็นต้น

เนื่องด้วยการตรวจสอบลักษณะในการกระทำความผิดนั้นทำได้ยาก โดยการกระทำความผิดในการจัดซื้อจัดจ้างจะมีการรวมกลุ่มของทั้ง 3 กลุ่มนี้อยู่เสมอในการกระทำความผิด ซึ่งสร้างความเสียหายในแง่ของทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างมาก ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดในการจัดซื้อจัดจ้างและการเสนอราคามากขึ้น

### 2.1.2 ทฤษฎีแนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันร่วมกันประมูลงานอย่างไม่เป็นธรรม<sup>19</sup>

เกี่ยวกับแนวคิดในการแข่งขันทางการค้าเสรีบนพื้นฐานของระบบทุนนิยม หากเกิดการผูกขาดเพียงรายเดียวในตลาด หรือของนายทุนเฉพาะรายขึ้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าลักษณะทางการค้าดังกล่าวเป็นการค้าที่ไม่ธรรมตามหลักการแข่งขันโดยเสรี เนื่องจากไม่ได้มีการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะการประมูลถือได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการแข่งขันทางการค้า ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เอกชนหรือกลุ่มนายทุนได้แข่งขันกัน เพื่อให้ได้สิทธิ์การประกอบธุรกิจกับโครงการของหน่วยงานรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเสนอในการรับเหมาในรูปแบบต่างๆ การเสนอสินค้าและบริการอื่นๆ ซึ่งเอกชนสามารถร่วมกันประมูลที่มีลักษณะ ที่เป็นการสมยอมราคากันในการเสนอราคาต่อหน่วยงานรัฐ กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการร่วมกันกระทำความผิดของ พ่อค้าหรือนายทุน ซึ่งมีบุคคลกระทำความผิดร่วมกันหลายฝ่าย ประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชน และในทุกขั้นตอนในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ นับตั้งแต่เริ่มศึกษาโครงการ การจัดทำแผนต่างๆ ขั้นตอนในการออกแบบและรายละเอียดโครงการเพื่อกำหนดงบประมาณ การประมาณราคากลางตามแบบ ซึ่งต้องกระทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด จากนั้นก็จะมีการเสนอให้มีการประมูลงานเพื่อหาผู้รับจ้างเข้าดำเนินการโครงการดังกล่าว เมื่อมีการดำเนินการก่อสร้างแล้วต้องมีการตรวจรับงานจ้าง

<sup>19</sup> “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 14 – 15.

และเบิกเงินในที่สุด ซึ่งในขั้นตอนต่างๆ ล้วนแต่มีการทุจริตแอบแฝงอยู่ หรือมีการกีดกันผู้เสนอราคา รายอื่นที่เข้าร่วมการประมูล ไม่ให้เข้ายื่นซองประมูลด้วยวิธีการต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้นายหน้า หรือ คนจัดฮั้ว มาเจรจาต่อรองก่อนที่จะทำการเสนอราคา เพื่อแลกกับความตอบแทน เพื่อที่จะไม่ให้ มีการยื่นเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐ โดยผู้ที่ยินยอมที่จะไม่เสนอราคากับหน่วยงานของรัฐ จะได้รับสินบนเป็นค่าตอบแทน แต่จะได้มากหรือน้อย แล้วแต่นายหน้า หรือคนจัดฮั้ว จะได้ทำ การตกลงกัน บางกรณีอาจได้เท่ากันหรือแตกต่างกันไปในแต่ละรายก็ได้ หรือการกีดกันในลักษณะ ที่มีคนมายื่นซองไม่ให้ผู้เสนอราคาเข้าไปรับเอกสาร หรือใบเสนอราคา ลักษณะดังกล่าวเช่นนี้ก็มี เกิดขึ้นเช่นกัน

นอกจากนี้ การค้าเสรีมุ่งหวังให้เกิดการแข่งขันด้านการค้า ในราคาที่ถูกไม่เกิด การผูกขาด เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ ทำให้เกิดการประหยัดงบประมาณของแผ่นดิน ที่ได้มาจากภาษี ของประชาชน ในปัจจุบันมีการปรับเปลี่ยน ในเรื่องของการใช้หลักธรรมาภิบาล มาเป็นตัวกำหนดชี้วัด กฎเกณฑ์ในการปฏิบัติงานของส่วนราชการ ทั้งส่วนกลางและส่วนท้องถิ่น เพื่อแก้ปัญหาในเรื่อง ของการทุจริตในการเสนอราคา อีกด้วย

### 2.1.3 ทฤษฎีการขัดกันแห่งผลประโยชน์

การขัดกันแห่งผลประโยชน์ หรือการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตัว กับการดำรงตำแหน่งสาธารณะ โดย The Random House Dictionary of England language (1968) ให้ความหมายว่า เป็นสถานการณ์ที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ มีผลประโยชน์ส่วนตัวอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อิทธิพลทางการเมือง<sup>20</sup> ในปัจจุบันปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ หรือการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ส่วนรวมนับว่าเป็นปัญหาอย่างหนึ่ง โดยพื้นฐาน เป็นเรื่องของคุณธรรมและจริยธรรม และการกระทำดังกล่าวหากเกิดขึ้นการที่จะพิสูจน์ว่ามีการทุจริต คอร์รัปชัน ในสถานการณ์ดังกล่าวเป็นเรื่องค่อนข้างจะพิสูจน์ได้ยาก

1) ความหมายของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ ส่วนรวม<sup>21</sup> คือ

(1) ในพจนานุกรมของ Longman dictionary Of Contemporary (Third Edition) อธิบายว่าการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับ มอบอำนาจ มีความสัมพันธ์กับผลประโยชน์ส่วนตัว หรือการได้มาซึ่งผลประโยชน์นั้น

<sup>20</sup> ศักรินทร์ นิลรัตน์. รายงานโครงการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การทุจริตการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. 2566. หน้า 32.

<sup>21</sup> พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์. แนวทางการส่งเสริมและป้องกันเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิให้มีการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ตามหลักนิติธรรม. หน้า 2 – 8. 1 มิถุนายน 2567. สืบค้นจาก [https://www.constitutionalcourt.or.th/web/ewt\\_dl\\_link.php?id=1419](https://www.constitutionalcourt.or.th/web/ewt_dl_link.php?id=1419)

(2) ความหมายของผลประโยชน์ทับซ้อน สามารถอธิบายได้หลายรูปแบบ โดยองค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มของประเทศ พัฒนาอุตสาหกรรมแล้ว ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานตามหน้าที่ กับผลประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่รัฐผู้หนึ่งผู้ใด โดยเจ้าหน้าที่รัฐผู้นั้นมีส่วนได้เสีย หรือผลประโยชน์ เกี่ยวข้องเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการทำงานที่ หรือความรับผิดชอบในฐานะ เจ้าหน้าที่รัฐในทางที่ไม่เหมาะสม

## 2) ลักษณะการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ส่วนรวม

โดยลักษณะแห่งการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม ไม่ได้จำกัดเฉพาะประโยชน์เกี่ยวกับทางการเงิน เท่านั้น นอกจากจะมีเงินทอง ทรัพย์สินอื่น การใช้ตำแหน่ง หน้าที่ การประมูลของรัฐ การรับผลประโยชน์จากสัมปทานอื่น ส่วนลดของสินค้า ของขวัญ การเลี้ยงรับรอง การต้อนรับ ก็ยังหมายความรวมถึงผลประโยชน์อื่นๆ ที่ไม่ใช่ในรูปของตัวเงินด้วย เช่น การได้รับ สิทธิพิเศษต่างๆ เป็นต้น โดย John Langford และ Kenneth Kernaghan ได้แบ่งประเภทต่างๆ ของลักษณะความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ส่วนรวมเป็น 7 ประเภทย่อยดังนี้

(1) การรับผลประโยชน์ เช่น การรับของขวัญจากบริษัทธุรกิจ บริษัท ห้างร้านต่างๆ หรือการใช้งบประมาณของรัฐเพื่อการจัดซื้อจัดจ้าง แล้วเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องได้รับ ผลประโยชน์ตอบแทนอื่น เป็นต้น

(2) การทำธุรกิจกับตัวเอง หรือ การเข้าเป็นคู่สัญญา หมายถึง สถานการณ์ ที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานที่ตนสังกัด เช่นการใช้ตำแหน่งหน้าที่ ในหน่วยงานของตนเข้าทำสัญญาหรือซื้อขายสินค้าจากบริษัทของตนเอง หรือการจ้างบริษัทของตนเอง เข้าเป็นที่ปรึกษา หรือการเข้าซื้อที่ดินของตนเอง ในการจัดสร้างสำนักงาน เป็นต้น

(3) การทำงานหลังจากออกจากตำแหน่งสาธารณะ หรือว่าการทำงาน หลังเกษียณ ซึ่งหมายความถึงการที่บุคคลออกจากหน่วยงานของรัฐ และไปทำงานในบริษัทเอกชน ที่ดำเนินธุรกิจประเภทเดียวกัน

(4) การทำงานพิเศษ มีหลายรูปแบบหลายลักษณะ เช่นการเข้าเป็นที่ปรึกษา ของโครงการ โดยใช้ตำแหน่งในทางราชการสร้างความน่าเชื่อถือ ว่าโครงการของผู้ที่มาว่าจ้างตนนั้น จะไม่มีปัญหาติดขัดในการพิจารณาจากหน่วยงานที่ตนเองเป็นที่ปรึกษาให้อยู่ หรือการเป็นผู้ตรวจสอบบัญชี ของกรมสรรพากร เข้าไปรับงานพิเศษเป็นที่ปรึกษาหรือผู้จัดทำบัญชีให้กับบริษัทที่ต้องถูกสรรพากร ตรวจสอบ เป็นต้น

(5) การรู้ข้อมูลภายใน หมายถึง การที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ ใช้ประโยชน์ จากการรู้ข้อมูลภายในเพื่อประโยชน์ของตนเอง เช่น รู้มาว่าจะมีการตัดถนนผ่านที่ดิน ที่ได้กรีบไปซื้อที่ดิน เพื่อเก็งกำไรและขายให้กับรัฐในราคาที่สูงขึ้น

(6) การใช้ทรัพย์สินของทางราชการเพื่อประโยชน์ของธุรกิจส่วนตัว เช่น แคนนำเครื่องใช้สำนักงานต่างๆ กลับไปใช้ที่บ้าน การนำรถยนต์ในฐานะราชการไปใช้ในทางส่วนตัว เป็นต้น

(7) การนำโครงการสาธารณะลงในเขตเลือกตั้งเพื่อประโยชน์ในทางการเมือง เช่น การที่นำงบประมาณของภาครัฐ ไปอุดหนุนลงดำเนินการในพื้นที่บ้านเกิดของตนเอง หรือนำไปลงในพื้นที่ในเขตเลือกตั้งเพื่อให้รับคะแนนเสียง หรือรับความนิยมเพิ่มขึ้น เป็นต้น

ซึ่งการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวม อาจรวมถึงการดำเนินการทางอ้อม เช่น การดำเนินการนโยบายเพื่อเกื้อกูลประโยชน์ที่เป็นฐานเศรษฐกิจหรือฐานการเมืองโดยมีภาระการดำเนินนโยบายดังกล่าวตกแก่แผ่นดิน หรือการที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองสามารถใช้ทรัพยากรของแผ่นดินทั้งงบประมาณแผ่นดินและเงินนอกงบประมาณแผ่นดินไปใช้จ่ายเพื่อสร้างสมคะแนนนิยมทางการเมือง ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างนักการเมืองหน้าใหม่กับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่ก่อนแล้ว

ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมักจะพบได้ว่า มีการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวม อันได้แก่นักการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยใช้ตำแหน่งหน้าที่ของตนเอง เข้าไปมีส่วนร่วม ในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยใช้เอกชนเข้าเป็นนอมินีเสนอราคาแทนตน บางกรณีพบเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ใช้อำนาจของตนเอง เข้าไปมีส่วนในการรับจ้างโครงการของรัฐ เช่น นายช่างโยธา มีหน้าที่ออกแบบและสำรวจ และทำการประมาณราคาเพื่อใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ก็มีอยู่หลายกรณีที่นายช่างโยธา นั้นกลายเป็นผู้รับเหมางานกรมการเสียเอง จึงทำให้เกิดประโยชน์ขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ส่วนรวม

### 3. ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ

#### 3.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน

เป็นทฤษฎีที่เก่าแก่ที่สุดอย่างหนึ่งที่มีผลสืบเนื่องจากแนวความคิดที่ว่า มนุษย์มีเจตจำนงเสรี (Free Will) ที่มนุษย์มีเหตุผล (rational) และมีอิสระที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ภายใต้ความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง และเมื่อมนุษย์กระทำการใดแล้วย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง<sup>22</sup> ดังนั้น หากมนุษย์กระทำไม่ดีหรือฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของสังคม มนุษย์ย่อมสมควรได้รับการตำหนิหรือการลงโทษในลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน (An eye for an eye, a tooth for a tooth)

<sup>22</sup> ญัตติวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง, หน่วยที่ 5, ปรับปรุงครั้งที่ 1. นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2561. หน้า 5-16.

กล่าวคือ เมื่อไปปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไรก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นกันตอบแทน ดังนั้น วัตถุประสงค์ของทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนจึงเป็นไปเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดโดยจะเป็นการมองย้อนไปในอดีตถึงการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดแล้วจึงพิจารณาลงโทษโดยไม่ได้มองถึงอนาคต กล่าวคือ การลงโทษไม่ได้พิจารณาไป ถึงขนาดว่าเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษแล้วผลจะเป็นอย่างไร ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ได้รับอิทธิพลมาจากความเชื่อของสำนักอาชญาวิทยาสำนักคลาสสิก ซึ่งเห็นว่าผู้ที่กระทำความผิดเป็นผู้ละเมิดศีลธรรม ผ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม จึงสมควรถูกลงโทษเพื่อให้ตอบแทนความผิดที่เขาได้กระทำลงไป

เหตุผลของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน แบ่งออกได้เป็นสองประการคือ

1) เหตุผลเพื่อความยุติธรรม มีแนวคิดว่าการกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรม เมื่อมีผู้ฝ่าฝืนและกระทำความผิดจึงสมควรต้องได้รับการถูกลงโทษ เพื่อดำรงรักษาความยุติธรรมเอาไว้ ผู้ที่เป็นต้นคิดรูปแบบ การลงโทษลักษณะนี้ คือ เอ็มมานูเอล คาน, แองเกลิส และฮอว์กินส์

2) เหตุผลเพื่อการทดแทนความผิดตามกฎหมาย คือ เมื่อมีการกระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เมื่อมีการจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิด นั่นก็เพราะว่าเขาจะต้องสมควรได้รับการลงโทษ เนื่องจากเป็นผู้ที่กระทำความผิดตามกฎหมาย นั่นเอง

ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน มีความมุ่งหมายสำคัญก็คือ เพื่อเป็นการทดแทนการกระทำความผิด ดังนั้นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน จึงมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

1) ผู้ที่กระทำความผิดเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษ การที่จะลงโทษบุคคลใดจะต้องมีการกระทำความผิดและมีความผิดเกิดขึ้นก่อน และการลงโทษนั้นจะกระทำได้เฉพาะผู้ที่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายบ้านเมืองเท่านั้น สำหรับได้ที่ยังมิได้กระทำความผิด จะไม่สามารถลงโทษผู้นั้นได้

2) ผู้กระทำความผิดทุกคนจะต้องถูกลงโทษโดยไม่มีข้อยกเว้น ในการลงโทษจะมุ่งรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรม ซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นผู้ละเมิดกฎเกณฑ์แห่งความยุติธรรม และเป็นผู้ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม และแม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครก็ตาม ย่อมจะต้องถูกลงโทษตามกฎหมายบ้านเมือง ทุกคนอย่างเท่าเทียมกันไม่เลือกหน้า หรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

3) จำนวนโทษต้องพอเหมาะกับความผิด ทฤษฎีการลงโทษ นี้มุ่งหมายที่จะลงโทษให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำลงไป ไม่มากเกินไปและไม่น้อยเกินไป การลงโทษจึงต้องสาสมกับความผิดที่ได้กระทำด้วย การที่บุคคลใดจะได้รับโทษ เท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับความผิด ที่ได้กระทำลงไป จะหนักหรือเบา ขึ้นอยู่การกระทำความผิดเป็น เพื่อให้เกิดการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิดนั่นเอง



ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิด จึงเป็นทฤษฎีการลงโทษที่มุ่งตอบแทนหรือทดแทนการกระทำความผิด โดยจะมองย้อนไปในอดีตถึงการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดว่ามีพฤติกรรมในการกระทำความผิดอย่างไร กฎหมายกำหนดโทษไว้อย่างไร ความหนักเบาแห่งการกระทำความผิด แล้วจึงพิจารณาโทษโดยไม่ได้มองถึงอนาคตและไม่ได้พิจารณาถึงว่าเมื่อเขาได้รับโทษแล้วผลจะเป็นอย่างไร โดยจะเน้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดแล้วย่อมต้องมีบทลงโทษตามกฎหมายที่สังคมยอมรับ การลงโทษต้องเหมาะสม ไม่มากเกินไป การกระทำความผิด หรือน้อยเกินไปจนไม่สามารถยอมรับได้ หรือการลงโทษนั้นจะมีผลเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ เพียงแต่มองว่าเมื่อมีบุคคลใดกระทำความผิด ย่อมต้องสมควรรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดของตน เพื่อเป็นการตอบแทนหรือทดแทนในสิ่งที่ได้กระทำลงไป ตลอดจนเป็นการให้เกิดความรับผิดชอบที่สังคมยอมรับได้นั้นก็คือการลงโทษนั่นเอง<sup>23</sup>

### 3.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้ง

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง มีแนวคิดที่ว่า ผู้กระทำความผิดได้ลงมือกระทำความผิดโดยเจตนา และได้พิจารณาทบทวนถึงผลได้เสียแล้ว ก่อนที่จะลงมือกระทำความผิด การลงโทษจึงควรมีผลเป็นการข่มขู่ ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น จะส่งผลให้บุคคลในสังคมโดยทั่วไป เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิด ไม่กล้าที่จะกระทำความผิดเพื่อยับยั้งมิให้บุคคลในสังคมกล้าที่จะกระทำความผิด โดยการกำหนดโทษซึ่งก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำความผิดให้มากกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคิดว่าจะได้รับ<sup>24</sup>

เกี่ยวกับทฤษฎีนี้ นักปรัชญาชื่อ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย ได้มีแนวคิดว่า มนุษย์มีเจตจำนงอิสระ (Free Will) มีความเป็นอิสระ มีสิทธิ์ที่จะเลือกกระทำการ หรือไม่กระทำการใด และมนุษย์นั้นเป็นสัตว์โลกที่มีเหตุมีผล การที่มนุษย์นั้นจะตัดสินใจเพื่อทำอะไรลงไป ถือได้ว่ามนุษย์นั้นสามารถชั่งน้ำหนักระหว่างการกระทำและผลที่จะได้รับ โดยเมื่อมนุษย์นั้นได้ใช้เหตุผลและความคิดดีแล้ว จึงได้ตัดสินใจกระทำการลงไป ผู้ที่กระทำการนั้นจึงย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น และมีความเห็นว่าการกระทำผิดจะต้องได้รับการลงโทษให้สมกับลักษณะของความผิดที่ได้กระทำลงไป และในทฤษฎีนี้มีความเชื่อว่า เมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้นในสังคมแล้ว ไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปแก้ไขได้ และเมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้น จึงควรหาทางที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันเกิดขึ้นซ้ำอีก สำหรับแนวคิดนี้ จึงมองว่า การลงโทษ ควรใช้วิธีการเพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้ง และป้องกัน

<sup>23</sup> สันตทิก เตียงลัดดาวงค์. ปัญหาในการบังคับใช้โทษจำคุกขั้นต่ำในประมวลกฎหมายอาญา. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร. 2561. หน้า 22.

<sup>24</sup> มหาวิทยาลัยศรีปทุม. บทที่ 2 วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา และการบำบัดรักษาผู้ติดยาเสพติด. หน้า 18. 15 มิถุนายน 2567. สืบค้นจาก <http://dspace.spu.ac.th/bitstream/123456789/7141/6/%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%202.pdf> ,

ไม่ให้มีการกระทำความผิดซ้ำอีก มีลักษณะในการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ให้บุคคลอื่นในสังคมเกรงกลัวที่จะถูกลงโทษเช่นเดียวผู้กระทำความผิดมาแล้ว และไม่กล้าที่จะกระทำความผิดขึ้นในสังคมที่มีความผิดในลักษณะเดียวกัน อีกด้วย

เหตุผลในการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง

โดยมีความเชื่อว่าการลงโทษด้วยการข่มขู่ยับยั้งจะสามารถป้องกันสังคมได้และมีเหตุผลที่ประกอบและสนับสนุนความคิดดังกล่าว คือ<sup>25</sup>

1) ความกลัวโทษ ซึ่งหากผลร้ายที่ได้รับจากการลงโทษ มีความรุนแรงมากเพียงพอแล้ว บุคคลจะไม่กล้ากระทำความผิด เนื่องจากเกรงกลัวโทษที่จะได้รับ เนื่องจากมนุษย์ทุกคนไม่ชอบความยากลำบาก ไม่ชอบความทุกข์ทรมาน ไม่ต้องการได้รับการลงโทษจึงไม่กล้ากระทำความผิด แต่ในทางตรงกันข้าม หากโทษที่ได้รับ เป็นการลงโทษที่ไม่เหมาะสม หรือเป็นการลงโทษเพียงน้อยนิด การกระทำความผิดก็จะมากขึ้น และการลงโทษ จะไม่เป็นประโยชน์แก่สังคม เนื่องจากไม่มีผู้ใดเกรงกลัวโทษที่ได้รับจากการกระทำความผิด

2) พลังกดดันของสังคม การกระทำความผิดและการถูกลงโทษ ทำให้บุคคลจำนวนมากในสังคมเห็นและเกิดการตำหนิติเตียน ว่าเป็นบุคคลที่มีความประพฤติไม่ดี ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม รวมไปถึงการต่อต้านด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การไม่คบค้าสมาคม การกีดกันออกจากสังคม ซึ่งหากเป็นมติจากมหาชนแล้ว จะทำให้การดำรงอยู่ ในสังคมเป็นไปได้ยาก

3) การสร้างนิสัย เมื่อสังคมได้สร้างกฎเกณฑ์และระเบียบแบบแผนของทางสังคม ซึ่งได้รับการยอมรับจากมหาชน หรือประชาชนที่อยู่ในสังคมนั้นๆ แล้ว โดยสิ่งใดที่สังคมเห็นว่าเป็นความผิด ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษ และเมื่อใช้หลักเกณฑ์เช่นนี้ไปเป็นเวลานาน บุคคลในสังคมนั้นก็จะเกิดความเคยชินและซึมซับเขากลายเป็นนิสัย จนกลายเป็นรูปแบบหรือแบบแผนของทางสังคมที่ชุมชนนั้นยอมรับได้ ซึ่งการลงโทษบุคคลที่ได้ผลในทางป้องกัน จะต้องให้ผลในการสร้างนิสัยแก่ผู้คนที่ัวไปด้วย

<sup>25</sup> วัชรวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง, หน่วยที่ 5, ปรับปรุงครั้งที่ 1. นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2561. หน้า 5-21.

วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง<sup>26</sup> โดยที่ทฤษฎีนี้มีหลักและแนวความคิดที่ว่า การลงโทษนั้นจะต้องเป็นการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม โดยการข่มขู่คนให้กลัวกับการที่จะต้องถูกลงโทษ และอีกประการหนึ่งคือเป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นในสังคมกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันด้วย ดังนั้นการลงโทษจะต้องใช้วิธีการที่สอดคล้องกัน เพื่อให้วัตถุประสงค์ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

1) หลักปริมาณโทษ ซึ่งถือว่าเป็นเครื่องมือในการข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลกระทำความผิดตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง โดยปริมาณโทษจะต้องมากเพียงพอที่จะทำให้บรรลุผลในการป้องกันและปริมาณโทษจะต้องไม่มากเกินไป กว่าความจำเป็นในการบรรลุผลในการป้องกัน

2) หลักความแน่นอนและความรวดเร็วของการลงโทษ โดยหลักการนี้ได้แนวคิดมาจาก ซีซาร์ เบ็คคาเรีย ซึ่งมองว่าเมื่อมีการกระทำความผิด การลงโทษด้วยความรวดเร็วจะก่อให้เกิดประโยชน์กับประชาชนผู้อยู่ในสังคมนั้นมากกว่า และมองว่าความรวดเร็วในการดำเนินการลงโทษ รวมถึงการมีคำพิพากษาลงโทษ มีความสัมพันธ์กับการข่มขู่ยับยั้ง ดังนั้นการลงโทษด้วยความรวดเร็วจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง จึงมีคำกล่าวที่ว่า “ความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม ถือว่าเป็นความไม่ยุติธรรมนั่นเอง” ซึ่งหลักความแน่นอนและความรวดเร็วของการลงโทษนั้น ต้องประกอบไปด้วย เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต้องจับตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ และการลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำด้วยความรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์

3) หลักการใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือยับยั้งให้ผู้อื่นกลัวโทษ ซึ่งการลงโทษนั้นจะต้องทำโดยเปิดเผย และการลงโทษนั้นจะต้องใช้วิธีการที่รุนแรง ซึ่งการลงโทษในลักษณะนี้สอดคล้องกับการรับรู้ของสาธารณชนหรือประชาชนที่อยู่ในสังคมนั้น เพื่อให้ผู้ที่อยู่ในสังคมรับรู้ถึงมาตรการในการลงโทษ การกระทำความผิดต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด ซึ่งหากบุคคลใดละเมิดข้อบังคับหรือกฎหมายนั้น ย่อมต้องได้รับโทษตามที่ระบุไว้ และโทษนั้นจะต้องกระทำโดยเปิดเผยและรุนแรง เพื่อให้เป็นที่รับรู้ของประชาชนผู้อยู่ในสังคมนั้นอย่างเปิดเผยเป็นการทั่วไป จึงจะเกิดประโยชน์เป็นการป้องกันและยับยั้งไม่ให้บุคคลที่อยู่ในสังคมนั้น กระทำความผิดซ้ำในลักษณะเดียวกันกับที่เคยมีผู้ถูกลงโทษมาก่อน

สำหรับประเด็นที่ควรพิจารณาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ในการลงโทษเพื่อป้องกันความผิดในลักษณะใดจึงจะเหมาะสม ขอพิจารณาในการกระทำความผิดถึงแยกเป็นสองกรณีคือ

1) ผู้กระทำความผิดมีเวลาไตร่ตรองในการกระทำความผิดหรือไม่ หากผู้กระทำความผิดมีเวลาไตร่ตรองมาก โดยเฉพาะความผิด ที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายแล้ว ควรใช้หลักการลงโทษเพื่อป้องกัน ไม่ให้มีการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนี้ซ้ำอีก

<sup>26</sup> ญัตติวุฒิวินิจฉัย สุธธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง, หน่วยที่ 5, ปรับปรุงครั้งที่ 1. นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2561. หน้า 5-25.

2) การกระทำผิดโดยประมาทหรือเจตนา การกระทำผิดโดยประมาทผู้กระทำไม่ได้คาดหมายหรือว่าคาดคิดมาก่อนว่าจะเกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น เช่นนี้การใช้หลักการลงโทษเพื่อป้องกันในความผิดฐานประมาทจึงอาจไม่ได้ผล เพราะว่าผู้ที่กระทำผิดไม่ได้มีเจตนาในการกระทำผิด แต่อาจเกิดจากสาเหตุอื่น ที่ไม่อาจคาดหมายได้ อันเนื่องมาจากความประมาทเป็นต้น

### 3.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟู

ทฤษฎีนี้มีที่มาจากแนวคิดของนักอาชญาวิทยา ในสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม ที่เชื่อว่าผู้กระทำผิดไม่มีเจตนาในการประกอบอาชญากรรม แต่กระทำผิดไปเพราะถูกกำหนดโดยปัจจัยที่เกี่ยวกับความบกพร่องทางสภาพร่างกาย จิตใจ และสิ่งแวดล้อมเป็นสาเหตุสำคัญ ดังนั้นการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดจึงต้องหาสาเหตุของการกระทำผิดก่อน เมื่อพบสาเหตุแล้วจึงแก้ไขที่สาเหตุนั้น โดยดำเนินการแก้ไขผู้กระทำผิด ทั้งเป็นรายบุคคลและเป็นรายกลุ่ม ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขภายในสถานที่ควบคุม หรือว่าในชุมชน สำหรับผู้ที่ทำหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงฟื้นฟู ควรจะต้องมีความรู้และความชำนาญในการแก้ไขสาเหตุที่เกิดขึ้น ตามแขนงสาขาวิชาที่ได้ศึกษามาด้วย เช่น นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ และเมื่อแก้ไขผู้กระทำผิดได้สำเร็จแล้ว ผู้กระทำผิดก็จะไม่ไปกระทำผิดซ้ำอีกต่อไป แต่สำหรับผู้กระทำผิดที่แก้ไขไม่ได้ ก็ต้องกำจัดให้พ้นไปจากสังคม เช่น การประหารชีวิต หรือการจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นแนวคิดรากฐาน ของที่ทฤษฎีนี้ และมีหลักการที่สำคัญคือ การลงโทษผู้กระทำผิดให้เหมาะสมเป็นรายบุคคลไป โดยใช้วิธีการแก้ไขฟื้นฟูเป็นรายบุคคล หรือเป็นรายกลุ่ม อันจะทำให้การรักษา บำบัดฟื้นฟูได้ผลอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป และก่อนจะทำการแก้ไขฟื้นฟูหรือบำบัดนั้นควรจะต้องมีการศึกษาหาสาเหตุของปัญหา โดยใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์เสียก่อน ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการลงโทษผู้กระทำผิดตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีหลักการที่สำคัญคือ การที่จะต้องลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลไป เพื่อให้การลงโทษนั้นเกิดประโยชน์ต่อการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิด ให้เป็นคนดี สามารถอยู่ร่วมกับสังคมได้ วิธีการปรับปรุงแก้ไขนั้นอาจทำได้ทั้งในเรือนจำ หรือว่านอกเรือนจำก็ได้ เช่น การพักโทษ หรือการคุมประพฤติเป็นต้น<sup>27</sup>

<sup>27</sup> อุทิศ สุภาพ. ทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญา : ร่างกฎหมายชะลอฟ้อง.

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู<sup>28</sup>

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู เป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นในช่วงที่มีการตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งมีการศึกษาค้นคว้าโดยอาศัยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ซึ่งเรียกว่าปฏิธานนิยม เป็นการมุ่งเน้นเกี่ยวกับการศึกษา อาชญากรรมและการกระทำความผิด ควรใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการแก้ไขปัญหา โดยมุ่งเน้นการศึกษาเป็นรายบุคคลเพื่อค้นหาสาเหตุแห่งอาชญากรรม และนำผลที่ได้มาใช้ในการแก้ไข ปัญหา ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด รวมถึงหาวิธีการในการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด เป็นรายบุคคลด้วย นั่นคือการค้นคว้าหาสาเหตุแห่งการกระทำความผิดและวิธีการแก้ไขปัญหา อย่างเหมาะสม สำหรับผู้ที่ได้กระทำความผิด เพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษนั่นเอง ทั้งนี้เพื่อเป็นการข่มขู่ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นให้เกิดความเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก

หลักการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีหลักการที่สำคัญ ที่ควรนำมาปฏิบัติอยู่ 5 ประการ ดังนี้คือ

- 1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวเขา
- 2) ให้ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทนโทษจำคุก เพราะการลงโทษจำคุกระยะสั้น ไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และการลงโทษจำคุกระยะสั้น ยิ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิด กลายเป็นผู้ร้ายอย่างถาวร เพราะผ่านพ้นการจำคุกมาแล้ว การใช้วิธีการอื่นแทนการจำคุกระยะสั้น มีหลายประการเช่น การกักขัง แทนค่าปรับ การรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษ การคุมประพฤติ เป็นต้น
- 3) การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำความผิดเป็นรายบุคคล ซึ่งในการกำหนดโทษและการพิจารณาความหนักเบาของการลงโทษจะขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการแก้ไข ด้ดแปลงตัวผู้กระทำความผิด ไม่ใช่ความหนักเบาของการกระทำความผิด ดังนั้นจึงต้องลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคล ผู้กระทำความผิดว่าเขาควรได้รับการแก้ไขอย่างไร ที่จะเหมาะสมกับตัวบุคคลได้มากที่สุด
- 4) เมื่อผู้กระทำความผิดได้แก้ไขดีดั้งเดิมแล้วให้หยุดการลงโทษ ซึ่งหากเห็นว่าผู้กระทำความผิดสามารถแก้ไขตนเองได้ดีแล้ว ก็ไม่ควรที่จะไปลงโทษอีกต่อไป และควรจะระงับการลงโทษ เนื่องจากการลงโทษต่อไปนั้นก็ย่อมไม่เกิดประโยชน์อันใด วิธีการที่นิยมนำมาใช้คือวิธีการพักโทษ

<sup>28</sup> วัชรวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ. ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญาและอาญาวิทยาชั้นสูง*, หน่วยที่ 5, ปรับปรุงครั้งที่ 1. นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2561. หน้า 5-32.

5) ให้มีการปรับปรุงการลงโทษระหว่างที่มีการคุมขัง เนื่องจากทฤษฎีการลงโทษ เพื่อแก้ไขฟื้นฟู เป็นการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการคืนผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม จึงต้องหาวิธีการช่วยเหลือให้ผู้กระทำความผิดสามารถใช้ชีวิตร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้ การมีอาชีพ การมีงานทำ การมีรายได้ที่สามารถเลี้ยงตัวเอง และไม่ตกเป็นภาระของผู้อื่น และในการที่มีการลงโทษ ในช่วงระหว่างที่มีการลงโทษควรมีการฝึกอาชีพ หรือความรู้ในด้านต่างๆ ที่จำเป็นในการใช้ชีวิตในสังคม เมื่อพ้นโทษไปแล้วสามารถนำไปประกอบอาชีพเลี้ยงตัวเองได้ และทำให้ไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

#### 4. ทฤษฎีเกี่ยวกับการรับผิดทางอาญา<sup>29</sup>

การกระทำอย่างไรจึงจะควรกำหนดเป็นความผิดอาญา เฮอ์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้อธิบายหลักการเรื่องนี้ไว้ในหนังสือชื่อ “*The Limits of the Criminal Sanction*” โดยวางหลักการไว้ 6 ประการ ดังนี้คือ

- 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
- 3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
- 6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

การกระทำผิดในความผิดประเภท มาลาอินเซ (mala in se) เช่น การฆ่าคนตาย การปล้นทรัพย์ การลักทรัพย์ การข่มขืน เป็นความผิดที่มีความชั่วร้ายในตัวเอง หรือเห็นได้ในตัวเอง ย่อมเข้าข่ายหลักทั้ง 6 ประการของแพ็กเกอร์

<sup>29</sup> อนุรักษ์วัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา. 15 สิงหาคม 2567. สืบค้นจาก

หลักการเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญาเพื่อกำหนดความรับผิดทางอาญา

การกำหนดความผิดทางอาญานั้น จะต้องพิจารณาถึงหลักการใช้กฎหมายอาญาดังต่อไปนี้

1) กฎหมายอาญายึดมั่นในหลักการเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่เป็นสากลว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” หรือแปลความเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime no punishment without law” หรือแปลความเป็นภาษาไทยว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ” ตามมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) กฎหมายอาญาจย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้ ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3) การใช้กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด จะนำหลักจารีตประเพณี หรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างอื่นมาใช้ลงโทษผู้กระทำผิดมิได้ ซึ่งมีหลักการดังนี้

(1) จะอาศัยการเทียบเคียง (Analogy) บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างอื่นมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(2) จะนำจารีตประเพณีมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(3) จะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

4) โดยหลักทั่วไปความผิดทางอาญาจะถือว่าเป็นความผิดต่อแผ่นดินทั้งสิ้น ยกเว้นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป แต่ที่สำคัญคือจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 โดยมีมาตรา 333 ระบุให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ความผิดฐานฉ้อโกง โดยมีมาตรา 348 ระบุให้เป็นความผิดอันยอมความได้

5) ความผิดอันยอมความได้ หรือความผิดต่อส่วนตัว หากผู้เสียหายไม่ตั้งใจเอาความรัฐ จะไม่สามารถดำเนินคดีต่อไปได้โดยลำพัง

6) ความผิดต่อแผ่นดิน แม้ผู้เสียหายไม่ติดใจในเอาความรัฐก็ต้องดำเนินคดีและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ความเห็นชอบของผู้เสียหายไม่เป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญาของรัฐ

7) กฎหมายอาญาไม่ยอมรับหลักความยินยอมในอันที่จะนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิด กฎหมายอาญายอมรับหลักในเรื่องความยินยอมเฉพาะกรณีที่ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงาม

8) ความผิดฐานลหุโทษ ในภาค 3 ของประมวลกฎหมายอาญา แม้จะถือว่าเป็นความผิดเล็กน้อยและมีอัตราโทษเพียงเล็กน้อย แต่ก็ไม่อาจยอมความกันได้

9) การกระทำความผิดบางชนิด แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาท แต่ก็ยังต้องรับผิดทางอาญา เรียกว่า “ความรับผิดโดยเด็ดขาด” (Strict Liability)

10) ความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) ก็เป็นความผิดทางอาญา ในหลายกรณี ตัวอย่างเช่น ความรับผิดชอบของบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ต่อการตีพิมพ์บทความข้อเขียน ของบุคคลอื่นต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อเกิดการหมิ่นประมาทผู้อื่น

11) โทษทางอาญาระงับไปด้วยความตายของผู้กระทำความผิด

12) กระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการนำตัวผู้บริสุทธิ์มาลงโทษ ให้มากที่สุด การบังคับใช้กฎหมายจึงต้องมีความเป็นธรรม

## 5. ทฤษฎีเกี่ยวกับสาเหตุการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ<sup>30</sup>

องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติหมายความถึง กลุ่มของบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ที่ไม่ได้จัดตั้งขึ้น โดยความบังเอิญเพื่อกระทำความผิดโดยทันที และไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดบทบาทของสมาชิก อย่างเป็นทางการ ไม่จำเป็นต้องมีความต่อเนื่องของการเป็นสมาชิกหรือมีโครงสร้างที่พัฒนาแล้ว แต่ต้องดำรงอยู่เป็นระยะเวลาหนึ่ง และมีการประสานดำเนินงานระหว่างกัน อันมีเป้าหมายในการกระทำความผิดซึ่งสามารถลงโทษโดยการทำให้สูญเสียเสรีภาพขั้นสูงสุดเป็นเวลาอย่างน้อย 4 ปี หรือโทษ ที่รุนแรงกว่านั้นอย่างหนึ่งหรือมากกว่า เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ ทางวัตถุอย่างอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยความผิดที่กระทำนั้นได้กระทำในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ หรือกระทำในรัฐหนึ่ง แต่มีส่วนสำคัญของการเตรียมการ การวางแผน การสั่งการ หรือการควบคุม เกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง หรือมีผลกระทบอย่างสำคัญในอีกรัฐหนึ่ง หรือกระทำในรัฐหนึ่งแต่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่เป็นความผิดอาญาในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

การอธิบายลักษณะขององค์กรอาชญากรรมสามารถแบ่งได้ดังนี้

- 1) องค์กรอาชญากรรมจะมีเงินและอำนาจเป็นแรงจูงใจในการผลักดันการดำเนินการ ขององค์กร ไม่ได้ดำเนินการองค์กรโดยอาศัยแรงผลักดันจากอุดมการณ์ และไม่มีเป้าหมายทางการเมือง
- 2) มีการดำเนินงานอย่างต่อเนื่องตลอดการเป็นสมาชิกขององค์กรอาชญากรรม
- 3) มีสมาชิกจำกัดเฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง
- 4) มีการจัดลำดับขั้นของสมาชิกภายในองค์กรอาชญากรรม
- 5) มีการกำหนดหน้าที่และการแบ่งงานกันทำอย่างชัดเจน

<sup>30</sup> วรรณวิภา เมืองถ้ำ. แนวคิด หลักทฤษฎี นิยามกฎหมายอาชญากรรมข้ามชาติ ชุดวิชา 41719 กฎหมายกระบวนการยุติธรรม เกี่ยวกับการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมในประเทศและข้ามชาติที่สำคัญ. 15 สิงหาคม 2567. สืบค้นจาก <https://www.stou.ac.th/schoolsweb/law/UploadedFile/%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%A2%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%201.pdf> , สืบค้น ณ วันที่ 15 สิงหาคม 2567



6) การดำเนินงานขององค์กรอาชญากรรมมักจะใช้ความรุนแรง และการติดสินบน เป็นวิธีการดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจขององค์กร

7) วัตถุประสงค์หนึ่งขององค์กรอาชญากรรมคือ การสามารถผูกขาดธุรกิจในพื้นที่ที่องค์กร ดำเนินการอยู่ได้

ทฤษฎีของสำนักคลาสสิก (Classical School) ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ทฤษฎีของสำนักคลาสสิกมีความเชื่อในทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free will) พัฒนาก่อให้เกิดทฤษฎีการเลือก (Choice Theory) โรนัลด์ คลาร์ก (Ronald Clarke) และดีเรค ครอร์นีส (Derek Cornish) เชื่อว่า บุคคลเป็นผู้มีอิสระในการกระทำความผิด แนวทางในการเลือกพฤติกรรมผิดกฎหมาย ขึ้นอยู่กับการที่บุคคล ได้รับความพึงพอใจหรือผลประโยชน์สูงสุด ซึ่งความพึงพอใจหรือผลประโยชน์สูงสุดไม่ได้จำกัดอยู่ในรูป ของทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผลประโยชน์หรือความพึงพอใจด้านจิตใจด้วย

ทฤษฎีกิจวัตรประจำวัน (Routine Activity Theory) สถิติอาชญากรรมเป็นผลผลิต ของโอกาสอาชญากรรม จึงเสนอแนวคิดที่ว่า ถ้ามีการเพิ่มคนดูแลมากขึ้นจะสามารถลดเป้าหมาย ของการเกิดอาชญากรรมได้ และในขณะเดียวกันสถิติของผู้กระทำความผิดก็จะลดลงด้วย กิจกรรม การดำเนินกิจวัตรประจำวันของบุคคลเป็นตัวกระตุ้นให้ตกเป็นเป้าหมายหรือตกเป็นเหยื่อขององค์กร อาชญากรรม และหากขาดผู้ดูแลที่เหมาะสมด้วยแล้วย่อมตกเป็นเหยื่อขององค์กรอาชญากรรมได้ง่าย

ทฤษฎีของสำนักปฏิฐานนิยม (Positive School) แนวคิดของสำนักนี้มีความเชื่อว่า ผู้ที่ประกอบอาชญากรรมเพราะถูกสภาพแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ เป็นตัวบีบบังคับ โดยอาชญากรเปรียบเสมือน ผู้ป่วยจำเป็นต้องได้รับการรักษา ซึ่งนักคิดท่านหนึ่งในสำนักนี้ คือ แลมเบิร์ต ออดอล์ฟ ควอเต็ท (Lambert Adolphe Jacques Quetelet) คนที่มีฐานะยากจน คนไม่มีการศึกษา นอกจากนี้ ยังพบว่า คนที่ว่างงานจะมีโอกาสในการประกอบอาชญากรรมมากกว่าคนที่มีการงานมั่นคง

ทฤษฎีความแตกต่างในการคบหาสมาคมหรือความสัมพันธ์ที่แตกต่าง (Theory of Differential Association) ตามทฤษฎีนี้ นักคิดคือ เอ็ดวิน เฮช ซัทเทอร์แลนด์ (Edwin H. Sutherland) พฤติกรรมของอาชญากรเป็นสิ่งที่ไม่ได้มีมาแต่กำเนิด หรือสืบทอดทางพันธุกรรม แต่เกิดจากการเรียนรู้ ในชีวิตประจำวันโดยนำพฤติกรรมของอาชญากรที่มีความสนิทสนมคุ้นเคยกับผู้เรียนรู้พฤติกรรม มาเป็นแบบอย่าง โดยบุคคลที่เรียนรู้พฤติกรรมของอาชญากรให้ความสำคัญ เห็นชอบกับการกระทำ ที่ละเมิดกฎหมายว่าเป็นแรงผลักดัน แรงกระตุ้นที่สมควรกระทำซึ่งจะแสดงออกมาเป็นความต้องการ และค่านิยมของบุคคลนั้นว่าการเป็นอาชญากรเป็นที่สิ่งที่ถูกต้อง

ทฤษฎีวัฒนธรรมรอง (Subcultural Theories) แนวคิดของนักคิด คือ เฟรดเดอริก เอ็ม ทราสเซอร์ (Frederic M. Thrasher) การกระทำผิดดังกล่าวมาจากทฤษฎีการยึดค่านิยม ของชนชั้นกลาง (Theory of Middle Class Measuring Rod)

ทฤษฎีของนักคิด คือ อัลเบิร์ต เค โคเฮน (Albert K. Cohen) ซึ่งได้ให้แนวคิดไว้ว่า วัฒนธรรมรองเกิดจากผลความขัดแย้งทางจิตเกี่ยวกับความสามารถและโอกาส กล่าวคือ จิตใจมีความต้องการ (เพราะได้รับค่านิยมจากชนชั้นกลาง) แต่ขาดความสามารถที่จะทำให้ได้ตามความต้องการ รวมถึงโอกาสก็ไม่อำนวย ค่านิยมของชนชั้นกลางได้เป็นหลักของกฎหมายด้วย เมื่อชนชั้นกรรมกรไม่อาจจะปฏิบัติให้บรรลุเป้าหมายตามค่านิยมของชนชั้นกลางได้ โดยค่านิยมดังกล่าวได้แก่ ความสำเร็จ ความมีเหตุผล ความซื่อสัตย์ ดังนั้น ชนชั้นกรรมกรจึงได้สร้างวัฒนธรรมขึ้นมาเองเพื่อเป็นหลักในการยึดถือและจะ得以มีฐานะทางสังคมเช่นเดียวกับชนชั้นกลาง วัฒนธรรมที่สร้างขึ้นนั้นจึงเป็นวัฒนธรรมรองอันมีลักษณะที่เบี่ยงเบน (The Delinquent Subculture)

## 6. ทฤษฎีแนวคิดเกี่ยวกับโทษปรับทางอาญา<sup>31</sup>

“โทษปรับ” เป็นโทษสถานหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งหากมีการเปรียบเทียบโทษปรับกับโทษจำคุก จะเห็นว่าการใช้โทษปรับมีต้นทุนในการบริหารจัดการต่ำกว่าโทษจำคุก โดยสังคมไม่ต้องสิ้นเปลืองทรัพยากรมนุษย์จากโทษจำคุก อีกทั้งโทษปรับไม่ก่อให้เกิด “ตราบาป” แก่ผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับโทษจำคุกอีกด้วย

ปัจจุบันโทษปรับสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ซึ่งได้แก่ โทษปรับแบบตายตัว โทษปรับโดยกำหนดตามวันและรายได้ และการปรับตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด หลักๆ จะมี 2 ประเภท คือ

ประการแรก โทษปรับตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด หรือโทษปรับแบบตายตัว (Fixed Sum System) คือ การลงโทษปรับตามอัตราขั้นสูงสุดและต่ำสุดที่มีกำหนดไว้ในกฎหมาย เป็นการกำหนดอัตราโทษปรับที่แน่นอน โดยการปรับได้จะไม่ต่ำกว่าอัตราที่มีกฎหมายกำหนด และจะต้องไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด หากศาลจะกำหนดโทษปรับให้ได้สัดส่วนและเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล ดังนั้นเห็นได้ว่า การลงโทษในลักษณะดังกล่าวจะต้องพิจารณาถึงความเป็นอยู่รวมถึงฐานะทางการเงินของผู้กระทำแต่ละบุคคล ซึ่งการลงโทษปรับให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำผิดนั้น พบว่ายังคงมีปัญหาในเรื่องการใช้ดุลพินิจของศาลในเรื่องของการที่จะมีหลักเกณฑ์อย่างไรในการกำหนดอัตราโทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดแต่ละคน จึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัดส่วนของอัตราโทษปรับกับผู้กระทำความผิด คือมีการกำหนดในเรื่องของสัดส่วน

<sup>31</sup> แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับโทษปรับทางอาญา. หน้า 7, 27. 15 สิงหาคม 2567. สืบค้นจาก <http://dspace.spu.ac.th/bitstream/123456789/9248/8/8.%20%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%202.pdf>.

หรือในเรื่องของอัตราโทษปรับให้ได้สัดส่วนกับภัยอันตรายหรือความผิดที่เกิดขึ้น และมีการกำหนดสัดส่วนตามช่วงเวลา ภาวะทางเศรษฐกิจ และการเงินโดยวิธีที่กล่าวมาอาจมีใช้วิธีการที่ทำให้เกิดความเสมอภาคในการลงโทษ

ประการที่สอง โทษปรับโดยกำหนดตามวันและรายได้ (Day-Fines System) คือ การลงโทษปรับที่กำหนดอัตราค่าปรับให้มีความสัมพันธ์กับรายได้โดยเฉลี่ยในแต่ละวันของผู้กระทำความผิด เพื่อให้การลงโทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดซ้ำอีก โดยแนวความคิดการลงโทษปรับตามวันและรายได้เป็นแนวคิดแบบใหม่ที่ได้รับความนิยม และถูกนำไปบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรมในหลายประเทศ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกสำหรับผู้กระทำความผิดที่ไม่สามารถชำระค่าปรับได้ตามรูปแบบของการลงโทษปรับแบบตายตัว โดยแนวความคิดการลงโทษปรับตามวันและรายได้ยังช่วยให้การลงโทษปรับบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดจะมีฐานะทางเศรษฐกิจที่มีความมั่งคั่งร่ำรวย หรือยากจนก็ตาม เนื่องจากการคำนวณค่าปรับจากรายได้โดยเฉลี่ยแต่ละวันของผู้กระทำความผิด

กล่าวสรุปได้ว่า โทษปรับ คือ โทษที่มุ่งบังคับเอากับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ผู้ใดต้องโทษปรับ ผู้นั้นจะต้องชำระเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาต่อศาลกรณีไม่ชำระค่าปรับภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลพิพากษา ศาลจะยึดทรัพย์สินเพื่อใช้ค่าปรับสั่งให้กักขังแทนค่าปรับ แต่ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับ ศาลจะสั่งเรียกประกันหรือจะสั่งให้กักขังผู้นั้นแทนค่าปรับไปก่อนก็ได้ ประเภทของโทษปรับ ปัจจุบันสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ซึ่งได้แก่ โทษปรับแบบตายตัว โทษปรับโดยกำหนดตามวันและรายได้ และการปรับตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด



### บทที่ 3

## แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาของกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ

### 1. ประเภทของความผิดอาญา

สำหรับประเภทความผิดทางอาญาของประเทศไทย หากสามารถแบ่งได้ออกเป็นหลายประเภทดังนี้<sup>32</sup>

#### 1.1 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของกฎหมายสามารถแบ่งได้เป็น ความผิดในตัวเอง (Mala in se) และความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) ความผิดในตัวเอง คือ การกระทำความผิดบางประเภทที่แม้ว่าจะเกิดขึ้นในต่างพื้นที่ ต่างเวลา แต่มนุษย์มักเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด เพราะมนุษย์มีมโนธรรมที่จะคิดว่าสิ่งนั้นเป็นความผิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมโนธรรมที่ว่านั้นมักตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักศีลธรรม การกระทำที่เป็นความผิดเช่นนี้เรียกว่า “มาลาอินเซ” (mala in se) ความหมายตามตัวอักษรหมายถึง “สิ่งที่เป็นความชั่วร้ายในตัวเอง” (evil in itself) การกระทำเช่นนี้เมื่อมีผู้ใดกระทำความผิดขึ้น สังคมจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม เพราะเหตุว่าสังคมถือว่าสิ่งนั้นเป็นความชั่วร้ายและเป็นความผิด เช่น การฆ่าคนตาย ข่มขืนกระทำชำเรา ปล้นทรัพย์ เป็นต้น

ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) คือ การกระทำความผิดอีกประเภทหนึ่ง คือ การกระทำที่เรียกว่า “มาลาโพรฮิบิตา” (mala prohibita) ความหมายตามตัวอักษรหมายถึง การกระทำความชั่ว เพราะสิ่งนั้นสังคมห้ามไม่ให้กระทำ (evil because prohibited) ความผิดเช่นนี้ไม่สามารถมองเห็นหรือรู้สึกว่าเป็นความชั่วร้ายในตัวเอง แต่ที่เป็นความผิดก็เพราะกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้าม เช่น กฎจราจร หลีกเลียงภาษี เป็นต้น

---

<sup>32</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา*. หน้า 41 – 46.

## 1.2 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของโทษ

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของโทษ คือ การแบ่งประเภทความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยในประมวลกฎหมายอาญาสามารถแบ่งได้เป็น ความผิดธรรมดาและความผิดลหุโทษ

ความผิดทั่วไปหรือความผิดธรรมดา คือ ความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่าความผิดลหุโทษ กล่าวคือ ความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่าโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดลหุโทษ (Petty Offense) คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดลหุโทษจะมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากความผิดอาญาทั่วไป คือ หากเป็นกรณีการพยายามกระทำความผิดลหุโทษหรือการสนับสนุนความผิดลหุโทษ ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105 และ 106 นอกจากนี้ ความผิดลหุโทษส่วนใหญ่เป็นความผิดที่แม้ ผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำความผิด การกระทำของผู้นั้นก็ยังคงเป็นความผิดอาญาหรือที่เรียกว่าเป็นความรับผิด โดยเด็ดขาด (Strict Liability)

## 1.3 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดีเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดอาญา แม้โดยทั่วไปจะเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อส่วนรวมก็ตาม อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดอาญา บางความผิดเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อเอกชนเป็นการส่วนตัวมากกว่าส่วนรวม กฎหมายจึงเรียกความผิดในกลุ่มหลังนี้ว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” ซึ่งความผิดในกลุ่มนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาจะเปิด โอกาสให้ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดสามารถยอมความกันได้ ทำให้ความผิดกลุ่มนี้ถูกเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “ความผิดอันยอมความได้” เพื่อให้มีลักษณะแตกต่างจากความผิดอาญาประเภทอื่น ส่วนการที่จะพิจารณาว่าความผิดอาญาฐานใดจะเป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่ให้พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งจะบัญญัติไว้ โดยชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ถ้าไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้นก็ให้ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่ยอมความไม่ได้

ดังนั้น การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดีสามารถแบ่งได้เป็น ความผิดอาญาแผ่นดิน และความผิดต่อส่วนตัว

ความผิดอาญาแผ่นดิน คือ คดีอาญาที่ไม่ใช่ความผิดต่อส่วนตัว ยกตัวอย่าง ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานบุกรุกในเวลากลางคืนตามมาตรา 365 (3) เป็นต้น เมื่อคดีอาญาแผ่นดินนี้ แม้ไม่มีผู้ใดร้องทุกข์หรือกล่าวโทษ พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจสอบสวนและส่งสำนวนให้พนักงานอัยการ ดำเนินการเพื่อฟ้องคดีต่อศาลต่อไป เป็นความผิดที่มีลักษณะที่มีผลกระทบต่อความสงบสุขสังคม ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายและมีหน้าที่ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ตามที่กฎหมายกำหนด

ความผิดต่อส่วนตัว เป็นความผิดอันยอมความได้ ยกตัวอย่าง ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐาน โกงเจ้าหนี้ ความผิดฐานยักยอก ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ความผิดฐานบุกรุก เป็นต้น เมื่อความผิด ต่อส่วนตัวเป็นความผิดที่มีอัตราโทษไม่รุนแรงมาก ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 จึงได้วาง หลักเกณฑ์ในการเริ่มต้นคดีโดยให้ผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องดำเนินการร้องทุกข์ ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่อง ความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด มิฉะนั้นคดีเป็นอันขาดอายุความ แต่ในบางกรณีผู้เสียหายอาจจะดำเนินการฟ้องคดีด้วยตนเองก็ได้

#### 1.4 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่การกระทำ

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่การกระทำความผิดสามารถแบ่งได้เป็นความผิด โดยการกระทำและความผิดโดยการละเว้นการกระทำ

ความผิดโดยการกระทำ คือ การกระทำความผิดที่เกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำความผิด ซึ่งความผิดโดยการกระทำนี้ยังรวมถึงความผิดโดยการกระทำในทางงดเว้นอีกด้วย ซึ่งเป็นความผิดที่ เกิดขึ้นโดยการงดเว้นไม่กระทำการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย

ความผิดโดยการละเว้นการกระทำ ได้แก่ ความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่า การไม่กระทำในพฤติการณ์อย่างใดเป็นความผิด มีข้อควรสังเกตว่า การละเว้นที่จะเป็นความผิดนั้น จะต้องมิพฤติการณ์อื่น ประกอบเสมอว่าการละเว้นไม่กระทำในกรณีใดจึงจะเป็นความผิด เช่น การละเว้นไม่ช่วยผู้ที่ได้รับอันตราย ตามมาตรา 374 การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต มาตรา 157

#### 1.5 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ผลของความผิด

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ผลของความผิดสามารถแบ่งได้เป็นความผิด ที่ต้องการผลและความผิดที่ไม่ต้องการผล

ความผิดที่ต้องการผล คือ ความผิดที่องค์ประกอบในกฎหมายนั้นได้บัญญัติถึงผล เฉพาะขึ้น เช่น ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เป็นความผิดที่ต้องการผลของผู้กระทำความผิด คือ การได้กระทำหรือไม่กระทำการตามหน้าที่ แล้วเกิดผลอยู่สองประการคือ “เกิดความเสียหาย” หรือการได้กระทำ หรือไม่ได้กระทำการตามหน้าที่แล้ว เกิดการทุจริต คือ “โดยทุจริตและทำให้เกิดความเสียหาย ในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนได้รับผิดชอบ” หากผู้กระทำไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ หรือกระทำการผิดระเบียบ แต่ไม่ได้เกิดความเสียหาย หรือไม่ได้ กระทำการโดยทุจริต โดยความผิดที่ต้องการ ผลจะมีปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ที่จะต้องวินิจฉัย ซึ่งการวินิจฉัยย่อมเป็นไปตามหลักเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล”

ความผิดที่ไม่ต้องการผล คือ ความผิดที่กฎหมายนั้นไม่ต้องการผลของการกระทำ เพียงผู้กระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดก็เป็นความผิดสำเร็จ เช่น ความผิดฐานเรียกรับสินบน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 149 เป็นความผิดสำเร็จทันทีเมื่อมีการเรียกเงินหรือสินบน หรือผลประโยชน์ตอบแทนอื่น ที่ตนเองมีอำนาจหน้าที่อยู่ ที่อาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหายและการเรียกรับสินบนนั้นได้มีการกระทำการนั้นแล้ว คือ การเรียกรับผลประโยชน์ไม่ว่าผู้ที่ได้กระทำความผิดจะได้เงิน หรือสิ่งตอบแทนอื่นได้หรือไม่ก็ตาม ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว

### 1.6 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของประเภทความผิด

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของประเภทความผิดสามารถแบ่งได้เป็นความผิดธรรมดาและความผิดซับซ้อน

ความผิดธรรมดา ได้แก่ ความผิดที่มีอยู่ทั่วไป เป็นความผิดที่เกิดจากการกระทำอันเดียวหรือเป็นความผิดที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะที่เดียวกับที่ได้กระทำการนั้นเอง โดยอาจเป็นความผิดธรรมดาโดย การกระทำหรือโดยละเว้นการกระทำก็ได้

ความผิดซับซ้อน เป็นความผิดซึ่งเกิดจากการกระทำหลายอัน ซึ่งมีลักษณะต่าง ๆ กันออกไป และยังสามารแบ่งออกได้อีก ได้แก่

1) ความผิดต่อเนื่อง คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำที่มีสภาพติดต่อกันเนื่องกันคงตัวอยู่ ชั่วระยะหนึ่ง เช่น ความผิดฐานมีเงินตราปลอม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 244 ความผิดฐานอยู่ในราชอาณาจักรโดยเป็นการเข้ามาติดต่อพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 มาตรา 21, 58 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 81

2) ความผิดที่ยืดออกไป คือ ความผิดที่เป็นความผิดธรรมดาซึ่งตามปกติไม่ต่อเนื่อง แต่ผู้กระทำได้ยืดการกระทำนั้นออกไปชั่วระยะเวลาหนึ่งทำให้เป็นเสมือนความผิดต่อเนื่อง หลักเกณฑ์แห่งความผิดประเภทนี้คือ (1) มีการกระทำหลายกรรมโดยผู้กระทำผิดคนเดียวกัน (2) มีการละเมิดกฎหมายในฐานความผิดอันเดียวกัน และ (3) มีจุดประสงค์อันเดียวกันในการกระทำหลายกรรมนั้น เช่น คนใช้ขโมยเงินของนายจากที่เก็บอันเดียวกันวันละเล็กละน้อย จนกว่าจะเลิกขโมย

3) ความผิดเป็นปกติธุระ คือ ความผิดที่ต้องมีการกระทำซ้ำ ๆ กัน ซึ่งแต่ละการกระทำยังไม่เป็น ความผิดโดยลำพังเหมือนความผิดประเภทก่อนที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่จะเป็นความผิดต่อเมื่อเป็นการทำซ้ำ ๆ กันจึงจะเป็นความผิดขึ้น เช่น ความผิดฐานให้ที่พำนักซ่อนเร้นแก่ผู้ร้าย เป็นปกติธุระตามมาตรา 214 ที่โดยลำพังการกระทำความผิดเพียงครั้งเดียวยังไม่เพียงพอ ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นปกติธุระ จะเป็นความผิดนี้ได้จะต้องมีการกระทำซ้ำอย่างเพียงพอ จึงจะถือว่าเป็นความผิดนี้

4) ความผิดซ้อน อาจเกิดขึ้นได้หลายประการ เช่น การกระทำความผิดเดียวแต่โดย การกระทำหลายอัน หรือการกระทำความผิดเดียวแต่ละเมิดกฎหมายหลายบท หรือความผิดอันเดียวที่เกิดจากการกระทำหลายอัน ซึ่งการกระทำโดยลำพังแต่ละอันไม่เป็นความผิด แต่เมื่อรวมกันเข้า

จึงเป็นความผิด หรือการกระทำแต่ละอันเป็นความผิดอยู่แล้ว แต่เมื่อรวมกันเข้า เกิดเป็นความผิดอีกฐานหรือเป็นเหตุฉกรรจ์ขึ้น

### 1.7 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของผู้กระทำ

ความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิด คือ กรณีทั่วไปที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดฐานต่างๆ ซึ่งจะขึ้นต้นด้วยคำว่า “ผู้ใด” ซึ่งไม่จำกัดตัวผู้กระทำความผิดว่าจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไรที่สามารถกระทำความผิด ฐานต่างๆ ได้ เช่น มาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น” คือไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง หากมีการกระทำที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นความผิดก็ถือว่าได้กระทำความผิดแล้ว ในกรณีนี้คือ หากชายหรือหญิงนั้นได้กระทำการ “ฆ่าผู้อื่น” อันเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด ก็สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายบ้านเมืองได้

ความผิดที่เจาะจงตัวผู้กระทำความผิด คือ กรณีที่กฎหมายจะกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้เป็นการเฉพาะ เช่น มาตรา 147 ในประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ซึ่งเริ่มต้นด้วยคำว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน” นั่นก็คือ ผู้ที่จะกระทำความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานยกยอกทรัพย์ จะต้องเป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินการดังกล่าวด้วย มิฉะนั้นจะไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่อาจเป็นความผิดทางอาญาในฐานความผิดอื่นแทน

## 2. กฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีกฎหมายที่บังคับใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างมีอยู่มากมายด้วยกันหลายฉบับในอดีต และมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 ที่ให้อำนาจในการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีการพัฒนาเรื่อยมาโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ในปัจจุบันได้รวบรวมเป็นพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และได้ออกระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานราชการอื่นให้เป็นมาตรฐานเดียวกันในประเทศไทย ซึ่งรวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยเช่นกันที่ต้องใช้ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นแนวทางในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง และทั้งนี้มีการใช้ควบคู่ไปกับกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542



## 2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

การปกครองส่วนท้องถิ่นเริ่มมีการบัญญัติครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511<sup>33</sup> และในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาอีกหลายฉบับ จนเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นในหลายด้านเพื่อให้เกิดการกระจายอำนาจในทางพื้นที่อย่างแท้จริง โดยการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการปกครองตนเอง สามารถบริหารงานบุคคลของตนเองได้ ภายใต้การบริหารจัดสรรงบประมาณของตนเอง โดยเน้นให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้เกิดความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจึงกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลตามกฎหมายไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาจากหน่วยงานส่วนกลางและจากส่วนภูมิภาค

ต่อมาเมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มุ่งเน้นสาระสำคัญ 5 ประการ คือ การขยายอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การให้เกิดดุลยภาพระหว่างการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและความเป็นอิสระ ก่อให้เกิดการพัฒนากระบวนการดำเนินงานและการบริหารงานภายใน พร้อมทั้งเป็นการเปิดพื้นที่ให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการท้องถิ่นร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้การเมืองท้องถิ่นมีความโปร่งใสมากขึ้น

สาระสำคัญในส่วนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2560 ที่เกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่น และการกระจายอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดแบ่งเป็นประเด็นต่างๆ ได้ดังต่อไปนี้

### 1) การจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย วางหลักให้มีการปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ส่วนรูปแบบในการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นและความสามารถในการปกครองตนเองในด้านรายได้ จำนวนและความหนาแน่นของประชากร และพื้นที่ที่ต้องรับผิดชอบประกอบกัน<sup>34</sup>

การปกครองท้องถิ่น คือ การที่รัฐบาลกระจายอำนาจการตัดสินใจให้แก่ท้องถิ่น เพื่อให้บริหารปกครองตัวเองอย่างอิสระปราศจากการออกอำนาจสั่งการและบังคับ ปัจจุบันประเทศไทยมีการปกครองส่วนท้องถิ่น 2 รูปแบบ 5 ประเภท คือ

<sup>33</sup> สถาบันพระปกเกล้า. การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. 23 มิถุนายน 2567. สืบค้นจาก [http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย\\_พุทธศักราช\\_2560](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย_พุทธศักราช_2560)

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 249.

(1) รูปแบบการปกครองท้องถิ่นแบบทั่วไป แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล

(2) รูปแบบการปกครองท้องถิ่นแบบพิเศษ แบ่งออกได้ 2 แห่ง คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

### 2) อำนาจและหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 ได้กำหนดแนวทาง ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งจะต้องมีหน้าที่ และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ และกิจกรรมสาธารณะอื่นๆ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง เป็นไปตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน รวมถึงการต้องส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษาให้กับประชาชนในท้องถิ่นนั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้<sup>35</sup> และอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องให้สอดคล้องกับการกระจายอำนาจและหน้าที่ตลอดถึงงบประมาณอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มันสามารถที่จะให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการกับหน่วยงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ หรือจะเป็นการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการเองได้ หากมองว่าจะเป็นประโยชน์กับประชาชนในท้องถิ่นมากกว่า ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจากดำเนินการเอง ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในข้างต้นนี้ รัฐต้องดำเนินการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้ของตนเองโดยจัด “ระบบภาษี” หรือ “การจัดสรรภาษี” ที่เหมาะสม รวมทั้งส่งเสริมและพัฒนาการหารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>36</sup> ในปัจจุบันท้องถิ่นแต่ละรูปแบบมีรายได้ประเภทต่างๆ คล้ายคลึงกัน เช่น ภาษีอากร จากภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีบำรุงท้องที่ ภาษีป้าย ค่าธรรมเนียม ค่าใบอนุญาตและค่าปรับ องค์กรส่วนท้องถิ่น จึงมีความจำเป็นต้องมีความพร้อมในการบริหารจัดการรายได้และความรับผิดชอบเพิ่มมากขึ้นด้วย ด้วยการทำงานอย่างบูรณาการร่วมกันระหว่างฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

### 3) ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหาร การจัดทำบริการสาธารณะ การส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษา การเงินและการคลัง และการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งต้องทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม การป้องกันการทุจริต และการใช้จ่ายเงินอย่างมีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและความแตกต่างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

<sup>35</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 250.

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 250 วรรคสี่.

แต่ละรูปแบบ<sup>37</sup> โดยการกำกับดูแลจากส่วนกลาง กรณีที่เป็นองค์การบริหารส่วนจังหวัด และเทศบาล เมืองเทศบาลนคร คือ ผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับเทศบาลตำบล ผู้ว่าราชการจังหวัดจะมอบหมายให้นายอำเภอแต่ละท้องที่เป็นผู้กำกับดูแล สำหรับองค์การบริหารส่วนตำบลผู้กำกับดูแลคือนายอำเภอ แต่ในการกำกับดูแลนั้น จะต้องไม่เป็นลักษณะในการก้าวท้าวการทำงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยการกำกับดูแลนั้นจะต้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการภายใต้ระเบียบกฎหมายที่กำหนด โดยให้ทุกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการตามกฎหมาย การดำเนินการในลักษณะแทรกแซงการทำงานของผู้บริหารท้องถิ่นหรือข้าราชการส่วนท้องถิ่นจะไม่สามารถกระทำการได้ เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหารในการกำหนดนโยบายการปกครอง การบริหารและการบริหารงานบุคคล รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถบริหารงานบุคคลได้เองโดยใช้ระบบคุณธรรม และต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและความจำเป็นของแต่ละท้องถิ่นและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ละรูปแบบ การจัดให้มีมาตรฐานที่สอดคล้องกันเพื่อให้สามารถพัฒนาร่วมกันหรือการปรับเปลี่ยนบุคลากรระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันได้<sup>38</sup> ซึ่งการปรับเปลี่ยนบุคลากรระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะทำให้ปัญหาการขาดแคลนบุคลากรลดน้อยลง และส่งเสริมให้ข้าราชการส่วนท้องถิ่นสามารถมีความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงานได้ เป็นการส่งเสริมให้เกิดการทำงานที่ดี เจ้าหน้าที่มีขวัญกำลังใจในการปฏิบัติงาน และประชาชนก็ได้รับประโยชน์จากการทำงานที่มีประสิทธิภาพ

#### 4) การขยายอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญต้องการขยายอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีบทบาทหน้าที่ชัดเจนและกว้างขวางขึ้น โดยการกำหนดไว้ในส่วนของแนวนโยบายแห่งรัฐ โดยให้รัฐต้องปรับระบบการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยการบูรณาการร่วมมือและช่วยเหลือกันระหว่างหน่วยราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐอย่างอื่น ดังนั้น รัฐจำเป็นต้องส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีบทบาทอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ส่งเสริมและสนับสนุน “การจัดการศึกษา” ให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น และเน้นการพัฒนาคุณภาพคุณธรรมจริยธรรม ความซื่อสัตย์สุจริตของเจ้าหน้าที่พร้อมกับพัฒนาระบบการทำงาน เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการทำงานและให้รัฐมุ่งเน้นการทำงานตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ทั้งนี้ รัฐพึงดำเนินการให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐ ให้เป็นไปตามระบบคุณธรรม โดยกฎหมายดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการป้องกันมิให้ผู้ใดใช้อำนาจหรือกระทำการโดยมิชอบที่เป็นการก้าวท้าวหรือแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ หรือกระบวนกรแต่งตั้งหรือการพิจารณาความดีความชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พร้อมทั้งการจัดให้มีมาตรฐานทางจริยธรรม

<sup>37</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 250 วรรคท้าย.

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 251.

เพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นหลักในการกำหนดประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้นๆ ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าว<sup>39</sup>

## 2.2 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ความเป็นมาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ในประเทศไทย ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560<sup>40</sup>

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐในประเทศไทย เริ่มมีขึ้นเป็นครั้งแรก เมื่อมีการจัดตั้ง กรมพัสดุแห่งชาติ ขึ้นในปี พ.ศ. 2475 โดยการรวบรวมการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ มาไว้ในหน่วยงานเดียวกัน แต่ต้องประสบกับปัญหาต่างๆ มากมายทั้งในด้านการเมืองและการบริหารงาน ภายใน เช่น การขาดเจ้าหน้าที่ผู้มีประสบการณ์ด้านการพัสดุ จึงทำให้หน่วยงานดังกล่าวต่อมาได้ยุบเลิกไป ต่อมาส่วนราชการฝ่ายทหารได้มีความคิดริเริ่มให้มีการดำเนินการปรับปรุงการบริหารพัสดุขึ้นก่อน โดยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐบาลของสหรัฐอเมริกา โดยมีการจัดตั้งโรงเรียนส่งกำลังบำรุงทหารบกขึ้น มีวัตถุประสงค์เพื่อฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ทางด้านนี้โดยเฉพาะ ส่วนในทางราชการฝ่ายพลเรือน โดยเริ่มต้น ปรับปรุงการบริหารงานพัสดุเมื่อปลายปี พ.ศ. 2511 ด้วยความริเริ่มของกรมวิเทศสหการ สำนักงบประมาณ และสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนด้วยความร่วมมือจาก “USOM” ได้มีการประกาศใช้ และปรับปรุงระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปหลายครั้ง โดยระเบียบที่ใช้บังคับอยู่ก่อนที่จะมีการออกเป็นพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้นก็คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e- market) และด้วยวิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding : e- Bidding) และสำหรับ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดซื้อจัดจ้างจะใช้ ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการบริหารพัสดุ ขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 และระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุ ของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535

แต่เนื่องด้วยรัฐบาลในขณะนั้นมีความต้องการที่จะแก้ไขปัญหาการทุจริตเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง อันเกิดจากปัญหาจากการใช้ระเบียบที่หน่วยงานต่างๆ ของรัฐ ใช้กันในลักษณะต่างคนต่างใช้ แต่ละหน่วยงานได้ออกระเบียบขึ้นเพื่อใช้บังคับเอง ส่งผลให้เกิดการทุจริต หรือมีความเสี่ยงต่อการทุจริต จึงทำให้เกิดปัญหาหลายประการด้วยกัน เช่น เกี่ยวกับการพิจารณาตีความตามระเบียบ

<sup>39</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 76.

<sup>40</sup> ชาญชัย แสงวงศ์. *กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ*.

ที่แต่ละหน่วยงานใช้อยู่ การที่จะอนุมัติให้ยกเว้น หรือผ่อนผันบางประการให้ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามระเบียบ ล้วนเป็นอำนาจของแต่ละหน่วยงานที่เป็นผู้ออกกฎระเบียบทั้งสิ้น จึงทำให้ไม่เป็นมาตรฐานแบบเดียวกัน และไม่มีการรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานภาครัฐ ตลอดจนการเปิดเผยข้อมูล ให้กับสาธารณชน จึงทำให้ยากแก่การที่จะดำเนินการตรวจสอบ นอกจากนี้แล้วยังไม่มีมาตรการ ที่เข้มงวดเด็ดขาดในการลงโทษผู้กระทำความผิด จึงถือว่าเป็นวาระเร่งด่วนที่ต้องมีกฎหมายกลางเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อให้ทุกองค์กรหน่วยงานภาครัฐถือปฏิบัติเป็นทิศทางเดียวกัน และเพื่อส่งเสริม ให้เกิดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินที่มีธรรมาภิบาล เป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในองค์กรภาครัฐรวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

นอกจากนี้กระทรวงการคลังโดยกรมบัญชีกลาง ในฐานะหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบ จึงได้ดำเนินการยกย่องพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐขึ้น โดยได้ดำเนินการ รวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างทุกฉบับ รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารพัสดุของรัฐ ฉบับต่างๆ ให้รวมอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน โดยทำการยกระดับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุที่ใช้อยู่เดิม โดยในยุคเป็นพระราชบัญญัติและเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีมีมติให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2559 จากนั้นคณะรัฐมนตรีจึงได้เสนอ ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน 2559 และสภานิติบัญญัติ แห่งชาติได้พิจารณาเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ประกาศเป็นกฎหมายได้ และได้มีการประกาศใช้ บังคับเป็นพระราชบัญญัติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2560 โดยให้พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ เมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และในพระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้ ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับพัสดุ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุ ในกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ ข้อบัญญัติ และข้อกำหนดใดๆ ของหน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้ บทบังคับ แห่งพระราชบัญญัตินี้ซึ่งก็รวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นไป ตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

โดยรัฐบาลในขณะนั้นได้ให้เหตุผลในการเสนอพระราชบัญญัตินี้ว่า เพื่อให้การดำเนินการ จัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มีกรอบการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยการกำหนด เกณฑ์มาตรฐานกลาง เพื่อให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งนำไปใช้ เป็นหลักปฏิบัติโดยมุ่งเน้นการเปิดเผย ข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุด เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ ซึ่งจะก่อให้เกิดความคุ้มค่า ในการใช้จ่ายเงิน มีการวางแผนการดำเนินงานและการประเมินผลการปฏิบัติงาน ซึ่งจะทำให้ การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล มีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่ง เพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ประกอบกับมาตรการอื่นๆ

เช่น การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะทำให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ อันจะเป็นการสร้างเชื่อมั่นให้กับสาธารณชนและก่อให้เกิดผลดีกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป จึงมีความจำเป็นจะต้องออกพระราชบัญญัตินี้เพื่อให้เป็นมาตรฐานบังคับใช้กับทุกหน่วยงานของรัฐ ในปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทได้ใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นี้ในการจัดซื้อจัดจ้างโดยเป็นรูปแบบเดียวกันทั่วประเทศ

ทั้งนี้ สรุปลสาระสำคัญของพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้ดังนี้<sup>41</sup>

1) พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณองค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ยกเว้นกรณีดังต่อไปนี้ การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง การจัดซื้อจัดจ้างยุทธโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ การจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการวิจัยและพัฒนา เพื่อการให้บริการทางวิชาการของสถาบันอุดมศึกษาหรือการจ้างที่ปรึกษา การจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศ การจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาหรือสถานพยาบาลที่เป็นหน่วยงานของรัฐ โดยใช้เงินบริจาครวมทั้งดอกผลของเงินบริจาค โดยไม่ใช้เงินบริจาค่นั้นร่วมกับเงินงบประมาณ ให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามหลักเกณฑ์และแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ โดยอย่างน้อยต้องมีหลักการคุ่มค่า โปร่งใสมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถตรวจสอบได้<sup>42</sup>

2) ระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง เว้นแต่รัฐวิสาหกิจใดจะจัดให้มีระเบียบขึ้นใช้เองก็ให้กระทำได้ โดยต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการนโยบายก่อน และให้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา<sup>43</sup>

<sup>41</sup> รายงานการวิจัย เรื่อง การเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ของกรมสอบสวนคดีพิเศษ. ส่วนพัฒนาระบบงานสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษ. 2563. หน้า 17 – 21.

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 7.

<sup>43</sup> ปัจจุบันที่บังคับใช้คือ ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.

3) กำหนดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยการจัดทำข้อตกลงคุณธรรมตามโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นการทำงานข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและผู้เข้ายื่นข้อเสนอ โดยทั้งสองฝ่ายต้องตกลงว่าจะไม่กระทำการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยการจัดให้มีผู้สังเกตการณ์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ที่จะเป็นต่อโครงการจัดซื้อจัดจ้างนั้นๆ เข้าร่วมสังเกตการณ์ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยผู้สังเกตการณ์ต้องมีความเป็นกลางและไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในโครงการจัดซื้อจัดจ้างนั้น<sup>44</sup>

4) กำหนดคณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้ไว้ 5 คณะ ได้แก่ คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คณะกรรมการกำกับราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต (ค.ป.ท.) และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน มีปลัดกระทรวงการคลังเป็นประธาน มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์และข้อร้องเรียน และอื่นๆ<sup>45</sup>

5) กำหนดให้มีกระบวนการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางมากยิ่งขึ้น ตั้งแต่ขั้นตอนการเปิดเผยแผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปี การประกาศเผยแพร่ราคากลางในการจัดซื้อจัดจ้าง การจัดทำประกาศเชิญชวน การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาข้อเสนอ การประกาศผลผู้ชนะการเสนอราคา การประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และการทำสัญญาและแก้ไขสัญญา ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะเป็นการสร้างเชื่อมั่นต่อสาธารณชนในการเข้ามาตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้อย่างเต็มรูปแบบ<sup>46</sup>

6) กำหนดเกี่ยวกับการประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการ โดยให้พิจารณาถึงความสามารถในการปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาของลูกค้าเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ผลการประเมินให้เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคัดเลือกคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอ หรือเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยผู้ที่ไม่ผ่านเกณฑ์ที่กำหนด จะถูกระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีผลการประเมินผ่านเกณฑ์ที่กำหนด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการที่ไม่มีความพร้อมในการทำงานได้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ และยังเป็น การป้องกันมิให้เกิดความเสียหายกับหน่วยงานของรัฐกรณีและผู้ประกอบการไม่มีความพร้อมในการทำงาน

<sup>44</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 16 และมาตรา 18.

<sup>45</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 20, มาตรา 27, มาตรา 32 และมาตรา 37.

<sup>46</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 20, มาตรา 11, มาตรา 62 - 63 มาตรา 65 - 67 และมาตรา 98.

อันอาจจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาให้แล้วเสร็จและนำไปสู่การลงโทษให้เป็นผู้ที่ทำงานต่อไป ในภายหลัง<sup>47</sup> ตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ให้ร้องเรียนต่อหน่วยงาน ผู้จัดซื้อจัดจ้างโดยตรง และเมื่อหน่วยงานผู้จัดซื้อจัดจ้างมีคำวินิจฉัยแล้ว หากผู้ร้องเรียนไม่พอใจ ผลการวินิจฉัยก็สามารถอุทธรณ์ต่อไปยังคณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้ได้อีก<sup>48</sup>

7) กำหนดเรื่องบทลงโทษ กรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัตินี้โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติ หน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้โดยทุจริต ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ การกระทำความผิดนั้น และหากการกระทำความผิดนั้นเกิดจากการสั่งการหรือไม่สั่งการของผู้มีอำนาจ หน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินการหรือไม่สั่งการของผู้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินการเรื่องนั้น ผู้มีอำนาจหน้าที่นั้นต้องรับโทษ 1 ถึง 10 ปี ของความผิดที่กำหนดไว้<sup>49</sup>

ซึ่งก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ที่เป็นมาตรฐานกลางมาใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐ ทำให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน รวมถึงวิธีปฏิบัติของระเบียบที่บังคับใช้ในหน่วยงานของรัฐต่างๆ มีความแตกต่างกันอันนำมาเป็นช่องทางหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันในภาครัฐเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างสูงมาก อีกทั้งยังไม่มีระบบการรวม ศูนย์ข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชน ทำให้ยากต่อการตรวจสอบ และการลงโทษ ผู้กระทำผิดก็ไม่มีมาตรการที่เด็ดขาดและเข้มงวด รัฐบาลจึงถือเป็นวาระสำคัญเร่งด่วนของชาติ ที่จะต้อง มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมการป้องกันการทุจริตเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และส่งเสริมให้องค์กรภาคเอกชนและประชาชนทั่วไปมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง ภาครัฐ และการนำพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาใช้ ในปัจจุบัน มีประโยชน์อันสำคัญต่อภาครัฐ โดยเฉพาะองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นดังนี้

- 1) มีการจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ
- 2) การจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปด้วยความโปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้
- 3) เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ
- 4) มีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้
- 5) ช่วยป้องกันการทุจริต เนื่องจากรับระบบการจัดซื้อจัดจ้างทางอิเล็กทรอนิกส์

มาบังคับใช้

<sup>47</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 106 – 107.

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 114.

<sup>49</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120.



สำหรับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดไว้ในหมวดที่ 15 คือ ในกรณีสำหรับผู้ที่เป็นเจ้าหน้าที่ และมีหน้าที่สำหรับ ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงการได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการต่างๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยได้ดำเนินการหรือไม่ปฏิบัติหรือละเว้นที่จะไม่ปฏิบัติ ให้เป็นไปตามขั้นตอน ระเบียบ กฎกระทรวง ข้อบังคับ หรือประกาศใดๆ ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ แล้วเกิดความเสียหายขึ้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม หากได้รับความเสียหายแล้วจะถือว่ามีความผิดหรือในการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติหรือละเว้นที่จะไม่ปฏิบัติ ให้เป็นไปตามขั้นตอน ระเบียบ กฎกระทรวง ข้อบังคับ หรือประกาศใดๆ ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ โดยกระทำไปในทางทุจริต ผู้ที่เป็นเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบอาจต้องโทษจำคุกตั้งแต่ 1-10 ปี หรือปรับ ตั้งแต่ 20,000 – 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งในระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างไม่เคยมี การกำหนดโทษทางอาญามาก่อน ในพระราชบัญญัตินี้ถือว่าเป็นฉบับแรกที่มีการกำหนดโทษทางอาญา ไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ สำหรับผู้ที่ให้การสนับสนุนเจ้าหน้าที่ ในการกระทำความผิด ก็จะต้องรับโทษ ทางอาญาเช่นเดียวกันกับเจ้าหน้าที่นั้น คือ รับโทษเสมือนเป็นตัวการ คือรับโทษเท่ากัน โดยจะแตกต่าง จากการกระทำความผิดอาญาทั่วไป โดยผู้ที่สนับสนุนการกระทำความผิดอาญาจะรับโทษ 2 ใน 3 ของความผิดของตัวการ<sup>50</sup>

นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งอื่นใดของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ที่มีคำสั่งมาแล้ว หรือจะมีข้อพิจารณา คำวินิจฉัยมาแล้ว โดยเจ้าหน้าที่หรือผู้เกี่ยวข้องนั้นไม่ปฏิบัติตาม โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เจ้าหน้าที่ และผู้เกี่ยวข้องนั้นอาจมีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาได้ โดยให้ผู้บังคับบัญชา ระดับสูงขึ้นไปสามารถที่จะดำเนินคดีอาญากับเจ้าหน้าที่หรือผู้เกี่ยวข้องได้<sup>51</sup>

### 2.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ

พ.ศ. 2542

ในอดีตนั้น การสมยอมราคา หรือการฮั้วไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย หรือขัด ต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>52</sup> โดยในสมัยนั้นมองว่า การฮั้วประมูลโดยมีการสัญญาว่าจะให้ ค่าตอบแทนซึ่งกันและกันในลักษณะที่เป็นคู่เปรียบเทียบราคา ต่อมาฝ่ายที่ได้รับผลงานจากทางราชการ ไม่ยอมจ่ายค่าฮั้ว ฝ่ายที่เป็นคู่เปรียบเทียบราคา จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าฮั้วที่ได้จ่ายเป็นเช็ค ซึ่งในแนวทางของศาลฎีกาเดิมนั้น มองว่าการที่มีการตกลงให้มีการสมยอมราคา โดยตกลงว่าใคร จะเป็นผู้ชนะราคา และมีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ฝ่ายที่เสนอราคาสูงกว่า เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบาย

<sup>50</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120.

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 121.

<sup>52</sup> ฎีกาที่ 297/2501.

ของการประมูล ไม่ใช่การล่อลวงให้หลงเชื่อ ผู้ให้ประมูลย่อมต้องใช้วิจารณญาณของตนเองประกอบด้วย และมีสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้ผู้ประมูลขั้นต่ำ สัญญาข้อตกลงระหว่างผู้ที่ชนะราคา กับผู้ที่เป็นคู่เทียบราคา จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นเพียงนโยบายในเชิงการค้า สามารถใช้บังคับกันได้

แต่ต่อมาแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาได้มีการเปลี่ยนแปลงไป โดยมีการวินิจฉัยว่า การสมยอมกัน ในการประมูลราคาดังกล่าว เป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมที่เกี่ยวข้องตกเป็นโมฆะ<sup>53</sup> โดยเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการที่จำเลยออกเช็คให้กับโจทก์ เพื่อที่จะให้โจทก์เข้าร่วมการประมูลงานก่อสร้างของทางราชการ ต่อมาโจทก์ไม่สามารถนำเช็คดังกล่าว ไปเรียกเก็บเงินได้ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล ซึ่งศาลได้ทำการยกฟ้องโจทก์ทั้งสามศาล โดยมีเหตุผลว่า การกระทำของโจทก์และจำเลยนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน หนี้ตามเช็คที่เกิดขึ้นจึงตกเป็นโมฆะ

นอกจากนี้ในระดับนานาชาติ เป็นที่ยอมรับกันว่าการฮั้วกัน หรือ bid rigging เป็นเรื่องที่ทำให้เกิดความเสียหายทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน เพราะว่าทำให้ไม่ได้เกิดการแข่งขันราคา ในการเสนอราคาอย่างแท้จริง ทำให้เกิดผลกระทบต่อทั้งผู้ที่ประสงค์เข้าเสนอราคา และกระทบ ต่อผู้บริโภค ตลอดจนถึงมีผลกระทบต่อรัฐบาลและประชาชนผู้เสียภาษี ดังนั้นนานานาประเทศจึงให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้ และมีความพยายามที่จะหาทางแก้ไขให้ปัญหานี้ได้ทุเลาเบาบางลง โดยในแง่ขององค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการต่อต้านการคอร์รัปชัน ได้ให้ความสนใจ เนื่องจากการฮั้วประมูลกันเป็นส่วนหนึ่งของการคอร์รัปชัน นอกจากนี้ยังมีอีกหลายองค์กร จีนได้เสนอ แนวทางการแก้ไขปัญหานี้ โดยเน้นที่การจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ โดยมีการกำหนดมาตรการขั้นตอน การตรวจสอบและการป้องกันไม่ให้เกิดมีการฮั้วประมูลกัน มีการบริหารจัดการข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง การกำหนดขั้นตอนและออกแบบกลไกต่างๆ เพื่อให้เกิดการแข่งขันราคากันอย่างแท้จริง ไม่มีการสมยอม ราคากัน โดยที่สำหรับจุดมุ่งหมายของการฮั้วประมูลกันหรือการสมยอมราคากันนั้น คือการที่มีความต้องการให้ผู้ใดผู้หนึ่งชนะราคาในการเสนอราคา โดยได้ราคาประมูลในราคาที่สูง เพื่อที่จะได้ ผลประโยชน์นำมาแบ่งปันกัน ในระหว่างผู้ที่ทำการร่วมประมูล แต่เกิดผลเสียก็คือฝ่ายทางราชการ ที่อาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงกว่า กรณีที่มีการแข่งขันการเสนอราคาตามปกติ นอกจากนี้ยังก่อให้เกิด ความเสียหายทางเศรษฐกิจอีกหลายประการด้วยกัน และเนื่องจากการสมยอมราคา หรือว่าการฮั้ว ประมูลนั้นมีอยู่หลายรูปแบบ และมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา โดยการเสนอราคา หรือการสมยอมราคาครั้งนี้ อาจมีการทำลายรูปแบบผสมปนเปกันไป เช่น Cover Bidding หรือการฮั้ว หรือการสมยอมราคาในกรณีประเภทนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ ผู้ที่เข้าร่วมประมูลหรือเสนอราคา

<sup>53</sup> ฎีกาที่ 3047 – 3048 /2531.

หลายรายตกลงที่จะเข้าร่วมประมูล แต่ว่าจะมีการเสนอราคาโดยไม่มุ่งหวังที่จะเอาชนะการแข่งขันกัน อย่างแท้จริง แต่เป็นการเสนอราคาที่เป็นเพียงเพื่อเปิดทางให้กับผู้ที่ได้ตกลงกันไว้ว่าจะให้ใครเป็นผู้ชนะ การประมูล โดยสามารถทำได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเสนอราคาให้สูงกว่า การเสนอเงื่อนไขให้ยุ่งยาก มากกว่า ในลักษณะที่เป็นคู่แข่งทำแค่เพียงเพื่อให้เห็นว่ามีมีการเสนอราคากัน แต่ไม่มีการแข่งขันกันจริง จะมีการเตรียมการกันมาก่อน โดยมีการตกลงในการที่จะแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งก็จะทำให้ ทางราชการหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้ผู้รับจ้างที่เสนอราคาในราคาที่สูงไม่สมเหตุสมผล และทำให้ทางราชการเสียประโยชน์ได้ หรือทำการสมยอมราคาในรูปแบบ Bid Suppression ซึ่งการเสนอราคาแบบนี้ จะมีลักษณะของการกีดกันการประมูล คือ การงดการประมูล คือทำได้ โดยมีการตกลงร่วมกันกับผู้เสนอราคาหลายรายว่าจะตกลงกันที่จะไม่เข้าร่วมในการเสนอราคา หรือตกลงที่จะไม่เข้าร่วมในการแข่งขันการเสนอราคาประมูลงาน หรืออาจจะทำที่ว่าเข้าร่วมแล้ว ภายหลังก็มีการถอนการเสนอราคา เพื่อให้มีผู้ที่ได้ตกลงกันไว้ได้การชนะราคาฝ่ายเดียว หรือการสมยอม ราคาในรูปแบบ Bid Rotation คือ การเสนอราคาในลักษณะรูปแบบโครงการหมุนเวียนกันเสนอราคา และมีการผลัดเปลี่ยนกันเป็นผู้ชนะราคาในแต่ละครั้ง คือมีการตกลงกันว่าในรอบใดใครจะเป็นผู้ได้งาน และมีการแบ่งปันตกลงผลประโยชน์กันไปเป็นงานงานไป มีลักษณะการดำเนินการเป็นแบบส่วนแบ่ง การตลาด เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยมีการดำเนินการป้องกันการสมยอมราคากัน โดยมีพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ขึ้น มีเหตุผลในการประกาศใช้ พระราชบัญญัตินี้ คือ โดยที่ในการจัดหาสินค้าและบริการไม่ว่าด้วยวิธีการจัดซื้อ หรือการจัดจ้าง หรือวิธีอื่นใดของหน่วยงานของรัฐทุกแห่งนั้นเป็นการ ดำเนินการโดยใช้เงินงบประมาณเงินกู้เงินช่วยเหลือ หรือรายได้ของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นเงินของแผ่นดิน รวมทั้งการที่รัฐให้สิทธิในการดำเนินกิจการ บางอย่างโดยการให้สัมปทานอนุญาตหรือกรณีอื่นใดในลักษณะเดียวกันก็เป็นการดำเนินการ เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นกิจการของรัฐ ฉะนั้น การจัดหาสินค้าและบริการรวมทั้งการให้สิทธิ ดังกล่าวจึงต้องกระทำอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม และมีการแข่งขันกันอย่างเสรีเพื่อให้เกิดให้เกิดประโยชน์ สูงสุดแก่รัฐ แต่เนื่องจากการดำเนินการ ที่ผ่านมามีการกระทำในลักษณะการสมยอมในการเสนอราคา และมีพฤติการณ์ต่างๆ อันทำให้ไม่ได้มีการแข่งขันกันเสนอประโยชน์สูงสุดให้แก่หน่วยงานของรัฐ อย่างแท้จริงและเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ นอกจากนั้น ในบางกรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีส่วนร่วมหรือมีส่วนสนับสนุนในการทำความผิด หรือละเว้นไม่ดำเนินการ ตามอำนาจหน้าที่อันมีผลทำให้ปัญหาในเรื่องนี้ทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น จึงสมควรกำหนดให้การกระทำ ดังกล่าวเป็นความผิด เพื่อเป็นการปราบปรามการกระทำในลักษณะดังกล่าว รวมทั้งกำหนดลักษณะ ความผิดและกลไก ในการดำเนินการเอาผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้การปราบปรามดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รัฐบาลในขณะนั้นจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ดังนั้นในการสมยอมในการเสนอราคา หรือ การฮั้วประมูลงาน คือ การตกลงร่วมกัน กระทำการเสนอราคาต่อหน่วยงานรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดราคาอันเป็นการเอาเปรียบ แก่หน่วยงานของรัฐ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือเพื่อเอื้อประโยชน์ แก่ผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใด ให้เป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ และมีการร่วมกันกระทำ ความผิด มีบุคคลที่เกี่ยวข้องคือ เอกชน หรือกลุ่มผลประโยชน์ และข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่รัฐ และนักการเมืองทั้งในระดับท้องถิ่นถึงในระดับชาติ ได้มีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องในการเสนอราคา จึงมีการจัดแบ่งความผิดของบุคคลทั้งสามฝ่ายซึ่งมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังนี้

#### 2.4 ความผิดที่เอกชนเป็นผู้กระทำความผิดหรือมีส่วนเกี่ยวข้อง

ความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาที่มีเอกชนเป็นผู้กระทำความผิด มีอยู่ด้วยกัน หลายรูปแบบหลายลักษณะด้วยกัน ดังนี้

##### 2.4.1 ความผิดที่เอกชนการตกลงร่วมกันในการเสนอราคาโดยทุจริต

นับเป็นความผิดพื้นฐานในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการสมยอมราคากัน โดยมีลักษณะการตกลงกันเองระหว่างเอกชนผู้ที่จะเข้าเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ โดยจะมีคนจัดฮั้ว และผู้ร่วมฮั้วประมูล เข้ามามีส่วนในการกระทำความผิด นอกจากนี้ผู้ใดที่ เป็นผู้ชักชวนให้เกิดการฮั้ว ก็ต้องมีความผิดด้วย ซึ่งผู้ที่ชักชวนอาจจะเป็นผู้เข้าร่วมประมูลด้วยกัน หรือคนกลางที่เข้ามาจัดฮั้ว โดยได้รับประโยชน์จากผู้ร่วมฮั้วคนอื่นๆ ก็ได้ คือ บุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปทำความตกลงร่วมกัน ในการเสนอราคา การตกลงนี้จะต้องมีการแสดงออกและรับกัน โดยกิริยาอย่างใดอย่างหนึ่ง เพียงแต่ต่างคนต่างใจหรือต่างคนต่างทำ แต่บังเอิญร่วมกันเข้าก็ไม่แน่ว่ามีการตกลง อย่างไรก็ตาม ผู้ที่จะมีความผิดฐานตกลงร่วมกันในการเสนอราคานี้ การตกลงร่วมกันในการเสนอราคารุนั้น ต้องประกอบไปด้วยเจตนาพิเศษที่กฎหมายกำหนดด้วย คือเจตนาที่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้หนึ่งผู้ใด เป็นผู้ทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยมีเจตนาโดยทุจริตนั่นเอง

ซึ่งเป็นการที่เอกชนมีการตกลงร่วมกันในการเสนอราคา เพื่อวัตถุประสงค์ ที่จะให้ประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยหลีกเลี่ยง การแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือโดยการกีดกันมิให้มีการเสนอสินค้าหรือบริการอื่นต่อหน่วยงาน ของรัฐ หรือโดยการเอาเปรียบแก่หน่วยงานของรัฐอันมิใช่เป็นไปในทางการประกอบธุรกิจปกติ คือไม่ได้มีการแข่งขันราคาอย่างแท้จริง แต่เป็นเพียงการกระทำบางอย่าง เพื่อเป็นการเอาเปรียบรัฐ เพื่อให้ได้เข้าเป็นคู่สัญญากับทางราชการ<sup>54</sup> ซึ่งหน่วยงานราชการนี้รวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย โดยกฎหมายได้ตีกรอบไว้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีการแข่งขันราคากันจริง เป็นลักษณะของการตกลงร่วมกัน ในการที่จะเสนอราคา อันมีลักษณะเป็นการกีดกันการเสนอราคา หรือการเอาเปรียบหน่วยงาน

<sup>54</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

ของทางราชการ แต่การกระทำที่ว่านี้ ทำให้ราชการเสียประโยชน์ เพราะไม่ได้เป็นการแข่งขันราคากันตามปกติ เช่น ในการประมูลงานก่อสร้าง มีการรับเอกสารการเสนอราคาหลายราย แต่ในการยื่นประมูลงานในกลุ่มผู้ที่ได้รับเอกสารการเสนอราคา มีการตกลงกันว่าจะให้ใครเข้าเป็นผู้ทำสัญญากับทางราชการ โดยที่ผู้ที่ได้เข้าเป็นคู่สัญญากับทางราชการยินยอมที่จะจ่ายเงินให้กับผู้เสนอราคารายอื่นเสนอราคารายอื่นยื่นประมูลในวงเงินอัตราที่สูงผิดปกติ หรือยื่นประมูลในวงเงินอัตราที่สูงกว่า ผู้ที่จะเข้าทำสัญญากับทางราชการ ทำให้ผู้ที่ได้ตกลงกันไว้แล้วนั้น เป็นผู้ที่เสนอราคาต่ำกว่ารายอื่น ในที่สุดก็ได้เป็นผู้ชนะราคา และเป็นผู้ที่ได้ทำสัญญากับทางราชการ ทำให้ไม่เกิดการแข่งขัน และทำให้ทางราชการต้องจ่ายผู้รับจ้างที่ราคาสูงกว่าปกติ เนื่องจากผู้ที่ชนะราคาจะต้องรวมค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไป ให้กับผู้เข้าร่วมประมูลรายอื่นเข้าเป็นต้นทุนด้วย

#### **2.4.2 ความผิดฐานให้เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อจูงใจให้ร่วมเสนอราคาโดยทุจริต**

กฎหมายได้กำหนดไว้ว่า หากเอกชนรายใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้อื่น เพื่อประโยชน์ในการเสนอราคา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะจูงใจให้ผู้นั้นร่วมดำเนินการใดๆ อันเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หรือเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นทำการเสนอราคาสูงหรือต่ำจนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าบริการ หรือสิทธิที่จะได้รับหรือเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นไม่เข้าร่วมในการเสนอราคา หรือถอนการเสนอราคา<sup>55</sup> ถือว่ามีความผิด โดยกฎหมายกำหนดไว้ว่า เมื่อมีการเสนอว่าจะให้เงินหรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้อื่นที่เกี่ยวข้องในการเสนอราคา โดยไม่ต้องมีการดำเนินการใดๆ ประกอบก็ถือว่ามีความผิดแล้ว โดยผู้ที่ได้รับข้อเสนอ หรือผู้ที่จะถูกจูงใจ อาจจะเป็นผู้ที่ร่วมเสนอราคา หรือ เป็นบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการเสนอราคาก็ได้ โดยบุคคลนั้นจะต้องดำเนินการใดๆ อันเป็นการให้ประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่ง ที่มีสิทธิเป็นผู้เข้าทำสัญญากับทางราชการ คือ การจูงใจให้ร่วมขบวนการฮั้วประมูล โดยกระทำการใดๆ เพื่อให้ทำการฮั้วประมูลสำเร็จ เช่น การร่วมด้วยช่วยกันกีดกันผู้เสนอราคารายอื่น การขอให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกำหนดคุณสมบัติของการประมูลหรือการเสนอราคา นอกจากนี้ยังมีการจูงใจในลักษณะให้เสนอราคาสูงหรือต่ำกว่าปกติ โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการเข้าแทรกแซงบิดเบือนกลไกราคา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เอื้อประโยชน์ให้กับเอกชนรายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะ และยังมี การฮั้วประมูลในลักษณะที่เป็นการจูงใจ เอกชนรายอื่นไม่ให้เข้าร่วมเสนอราคา หรือว่ามี การเสนอราคาไปแล้ว แต่ให้ถอนการเสนอราคาในภายหลัง เพื่อให้เกิดการฮั้วประมูล หรือเพื่อให้ประโยชน์ตกกับเอกชนรายที่ต้องการจะให้เป็นผู้ทำสัญญากับทางราชการตามที่ได้ตกลงไว้ เป็นการกระทำในลักษณะของการเรียกรับสินบน เพื่อให้มีการดำเนินการฮั้วประมูลสำเร็จ

<sup>55</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 5.

### 2.4.3 ความผิดฐานใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญให้ร่วมเสนาอราคาโดยทุจริต

กรณีนี้เป็นการที่เอกชนรายใด ทำการข่มขืนใจผู้ที่เข้าร่วมประมูล ให้จำยอมร่วมดำเนินการใดๆ ในการเสนาอราคา หรือดำเนินการให้ไม่เข้าร่วมในการเสนาอราคา หรือให้ต้องทำการเสนาอราคาตามที่กำหนด โดยใช้วิธีการใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยการทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกินอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ที่ร่วมในการเสนาอราคา หรือบุคคลที่สาม แต่หากผู้ที่ถูกข่มขืนใจนั้นยอมกระทำการตามที่ได้ถูกขู่เข็ญบังคับไว้แล้ว ย่อมมีความผิดตามกฎหมาย<sup>56</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การขู่เข็ญบังคับให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำอะไร โดยที่ไม่สมควรใจแล้ว แต่มีความจำเป็นที่จะต้องฝืนใจปฏิบัติตาม เพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ ซึ่งรวมถึงการที่ต้องจำยอม ไม่ได้ร่วมดำเนินการใดๆ ในการเสนาอราคา หรือการไม่เข้าร่วมเสนาอราคา หรือการต้องทำการเสนาอราคาตามที่กำหนดไว้โดยวิธีการใช้กำลังประทุษร้าย โดยทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกินอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ก็จะต้องส่งผลให้การเสนาอราคาไม่เป็นไปอย่างถูกต้อง ก็มีการบิดเบือนราคาและทำให้เกิดการฮั้วประมูลซึ่งกันและกัน

### 2.4.4 ความผิดอาญาฐานใช้อุบายหลอกลวงเพื่อมิให้ผู้อื่นเข้าเสนาอราคา หรือเสนาอราคาโดยหลงผิด

กรณีนี้เป็นการกระทำความผิดโดยใช้อุบาย โดยมีเหตุว่าจะมิให้ผู้อื่นสามารถเสนาอราคา หรือไม่มีโอกาสในการเสนาอราคาได้ หรือทำการเสนาอราคาโดยหลงผิด เพื่อให้เอกชนรายอื่นไม่มีโอกาสในการเสนาอราคา<sup>57</sup> ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการเสนาอราคา เพื่อให้เกิดมีการฮั้วประมูลอีกแบบหนึ่ง แต่เป็นการใช้อุบายหลอกลวง หรือกระทำการโดยวิธีใดก็ได้ โดยจะต้องเป็นเหตุให้เอกชนรายอื่นไม่มีโอกาสเข้าเสนาอราคา หรือได้เสนาอราคาโดยหลงผิด เช่น หลอกกว่ามีการยกเลิกการประมูล ทำให้ไม่มีโอกาสในการเสนาอราคา หรือการหลอกกว่าหน่วยงานของรัฐที่จะทำการว่าจ้างได้รับจัดสรรงบประมาณน้อยกว่าวงเงินราคากลาง หรือหลอกกว่าราคากลางสูงขึ้น เนื่องจากมีการปรับเปลี่ยนรูปแบบและรายการ หรือมีรายการงานเพิ่มมากขึ้นกว่าที่หน่วยงานของรัฐได้ประกาศไว้ในประกาศประกวดราคา รูปแบบและรายการ หรือหลอกลงว่ามีการเปลี่ยนสถานที่ในการประมูลงาน เป็นต้น

<sup>56</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนาอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 6.

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนาอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 7.

#### 2.4.5 ความผิดอาญาฐานเสนอราคาสูงหรือต่ำเกินปกติจนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้

คือ เป็นกรณีที่ผู้เสนอราคายื่นเสนอราคารับจ้างทำงานที่ต่ำเกินกว่าปกติ อันเป็นการฉ้อโกงรัฐอีกวิธีหนึ่งเช่นกัน อย่างไรก็ตาม โดยสภาพอาจเห็นได้ชัดว่ามีวัตถุประสงค์เป็นการกีดกัน การแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม จุดสำคัญของความผิดอาญาฐานเสนอราคาที่สูงหรือต่ำเกินปกติ จนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยมีลักษณะความผิดสองประการคือ หนึ่งมีการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐโดยรู้ว่าราคาที่เสนอนั้นต่ำมากเกินกว่าปกติ จนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าหรือบริการ สองมีการเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐ สูงกว่าความเป็นจริงตามสิทธิที่จะได้รับ จึงเป็นการกระทำที่เป็นการกระทำโดยทุจริต ซึ่งหากเป็นการเสนอราคาโดยสุจริตจะไม่ใช่ความผิดตามที่กฎหมายกำหนด<sup>58</sup>

#### 2.4.6 ความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลในกรณีมีการกระทำความผิดที่เป็นประโยชน์ต่อนิติบุคคล

เดิมในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิด เกี่ยวกับผู้มีอำนาจในนิติบุคคล ในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ ของนิติบุคคลใดให้ถือว่าหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการ ผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น<sup>59</sup>

โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะสันนิษฐานเด็ดขาดว่าผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้เกี่ยวข้อง เป็นตัวการร่วมกันในการที่มีการกระทำผิดต่อกฎหมาย โดยเป็นการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ ของนิติบุคคล เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าผู้แทนนิติบุคคลจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2559 ว่าบทบัญญัติมาตรา 9 ดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ประกาศให้ทราบเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2559 และประกาศสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 50 ก ลงวันที่ 6 มิถุนายน 2559 ทำให้บทบัญญัติมาตรา 9 ไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไป การจะเอาผิดกับผู้แทนนิติบุคคล หรือ บุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์กันทางพยานหลักฐานต่อไป จะใช้บทสันนิษฐานไม่ได้<sup>60</sup>

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 8.

<sup>59</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9.

<sup>60</sup> สุพิศ ปราณีตพลกรัง. *กฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ (กฎหมายชั่วคราว)*.

## 2.5 ความผิดที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐเป็นผู้กระทำ

นอกจากความผิดที่เอกชนเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ยังได้กำหนดความผิดกรณีที่เจ้าหน้าที่เข้าไปมีส่วนในการกระทำความผิดด้วย ซึ่งเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มักจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นกรณีไม่ดำเนินการยกเลิกการเสนอราคา ทั้งที่รู้ว่ามี การสมยอมราคา กัน หรือ มีการทุจริตในการออกแบบ การกำหนดราคากลาง การกำหนดเงื่อนไขหรือ TOR เพื่อล่อลวงสเปกให้กับเอกชนรายใด หรือเอื้อประโยชน์ให้เอกชนรายใดเข้าเป็นคู่สัญญากับส่วนราชการ หรือในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ในกฎหมายนี้ได้ระบุการกระทำที่เป็นความผิดดังกล่าวไว้ ดังนี้

### 2.5.1 ความผิดฐานเป็นเจ้าหน้าที่ละเว้นไม่ดำเนินการให้มีการยกเลิกการเสนอราคา ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

เป็นบทบัญญัติที่มุ่งเอาผิดแก่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ รวมถึงเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการเสนอราคา ในการละเว้นไม่ดำเนินการเพื่อให้มีการยกเลิกการดำเนินการเกี่ยวกับการยกเลิกการเสนอราคา ที่มีการกระทำความผิดตามกฎหมาย โดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใดซึ่งมีอำนาจหรือหน้าที่ในการอนุมัติการพิจารณาหรือดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาครั้งใด รู้หรือมีพฤติการณ์ปรากฏแจ้งชัดว่าควรรู้ว่าการเสนอราคาในครั้งนั้น มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ละเว้นไม่ดำเนินการเพื่อให้มีการยกเลิกการดำเนินการเกี่ยวกับการเสนอราคาในครั้งนั้น<sup>61</sup> จึงเป็นกรณีที่มุ่งหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ได้รับการแต่งตั้งให้มีหน้าที่ในการพิจารณาในการเสนอราคา หรือมีอำนาจในการพิจารณาข้อเสนอใดๆ ก็ตาม ที่ผู้เสนอราคาทุกรายได้มีการเสนอราคา หรือยื่นประมูล เพื่อทำการแข่งขันราคา ซึ่งโดยปกติในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะมีการแต่งตั้งและทำคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอย่างชัดเจน ว่าผู้ที่มีหน้าที่ตามที่มีคำสั่งแต่งตั้ง หรือได้รับมอบหมายจะต้องมีหน้าที่อย่างไรในการเสนอราคาครั้งนั้น เช่น ได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการพิจารณาในการเสนอราคาในครั้งนั้น คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้ง ก็ย่อมจะมีหน้าที่ในการพิจารณาคุณสมบัติต่างๆ ตามข้อกำหนดหรือตามประกาศที่ได้กำหนดไว้ แต่หากคณะกรรมการพิจารณาผล รู้เห็นว่าการเสนอราคาครั้งนั้น เป็นการเสนอราคาที่เป็น การกระทำความผิดในการเสนอราคา หรือการสมยอมราคา กัน แล้วไม่เสนอให้มีการยกเลิกการเสนอราคาครั้งนั้นจึงจะมีความผิดไปด้วย โดยมีลักษณะของการกระทำความผิดว่าเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในการพิจารณาอนุมัติ หรือพิจารณาผล ในการเสนอราคาครั้งใด มีการปล่อยปละละเลยทำให้เกิดการกระทำในลักษณะสมยอมราคารุนั้นเอง ซึ่งในอดีตที่ผ่านมา ก่อนที่จะมีการกำหนดใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในการจัดหาพัสดุ

<sup>61</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วย ความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 10.



และการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ใช้ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ซึ่งในระเบียบเดิม การเสนอราคาเป็นสอปรราคาจะเป็นในลักษณะที่ผู้เสนอราคาจะต้องมายื่นซองสอปรราคา ณ ศูนย์ข้อมูลข่าวสารประจำอำเภอหรือในสถานที่ที่ได้กำหนดไว้ ในบางกรณีจะมีการรวมตัวกันของผู้เสนอราคา เพื่อทำการฮั้วประมูลหรือทำการสมยอมราคากันบริเวณที่ทำการยื่นซองสอปรราคา เมื่อเจ้าหน้าที่พบเห็นแล้วไม่ทำการยกเลิกก็จะทำให้การเสนอราคาครั้งนั้นทำให้ทางราชการได้รับความเสียหาย เนื่องจากไม่ได้มีการแข่งขันราคา

### 2.5.2 ความผิดฐานเป็นเจ้าหน้าที่กระทำการเอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิด

กฎหมายเกี่ยวกับการเสนอราคา มีการกำหนดไว้ว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐใด หรือผู้ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐผู้ใด โดยทุจริตทำการออกแบบ กำหนดราคา กำหนดเงื่อนไข หรือกำหนดผลประโยชน์ตอบแทนอันเป็นมาตรฐานในการเสนอราคาโดยมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันในการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม หรือเพื่อช่วยเหลือผู้เสนอราคารายใด ได้มีสิทธิเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐโดยไม่เป็นธรรม หรือเพื่อกีดกันผู้เสนอราคารายใดมิให้มีโอกาสเข้าแข่งขันในการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม<sup>62</sup> ถือว่า เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเช่นกัน เป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นลักษณะการลือกลสเปก โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเป็นผู้ดำเนินการ เพื่อให้ผู้เสนอรายใดรายหนึ่งเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ผู้กระทำความผิดที่ถือเป็นตัวการนี้จะเป็นได้ทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่โดยตรงในการออกแบบ คือ ช่างโยธา หรือ นายช่างโยธา วิศวกร ผู้ที่ทำการออกแบบก็ได้ ส่วนการกำหนดราคา หรือกำหนดเงื่อนไข เช่น ในการจัดทำราคากลาง หรือการจัดทำ TOR มีการกำหนดคุณสมบัติบางประการที่เอื้อประโยชน์ให้กับผู้เสนอราคารายใด เช่น การกำหนดคุณสมบัติของเครื่องจักรเครื่องกลที่ต้องการจะซื้อ ที่พบบ่อยคือ รถบรรทุกน้ำ มีการกำหนดเกี่ยวกับตัวปั้มน้ำจะต้องได้รับมาตรฐานจากต่างประเทศ หรือตัวรถบรรทุกจะต้องมีระบบเบรกที่เป็นลักษณะเฉพาะที่ปรากฏอยู่ในรถยนต์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งเท่านั้น และผู้ที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐ ผู้ที่ได้รับมอบหมายในกรณีนี้อาจหมายถึงเจ้าหน้าที่รัฐเอง หรือเอกชนก็ได้ โดยในส่วนของเอกชนที่รัฐว่าจ้าง ได้แก่ บริษัทผู้ออกแบบที่มีบทบาทในการกำหนดรูปแบบและรายการรวมทั้งเงื่อนไขในการทำงานอื่นๆ ที่เป็นลักษณะในการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้เสนอราคา และต้องเป็นการกระทำที่มุ่งหมายที่จะไม่ให้เกิดการแข่งขันราคา โดยการกระทำความผิดลักษณะนี้ ต้องปรากฏว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีหน้าที่ หรือได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับการออกแบบ การกำหนดคุณสมบัติเงื่อนไขในการเสนอราคาอื่น โดยมีวัตถุประสงค์ไม่ให้เกิดการแข่งขันราคา ระหว่างผู้เสนอราคาอย่างเป็นธรรม และเพื่อกีดกันผู้เสนอราคารายอื่น โดยมีเจตนา

<sup>62</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 11.

ทุจริตเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการทำราคาเพื่อที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างในหน่วยงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ความผิดที่พบบ่อยคือ การล๊อกสเปก นั่นเอง

### 2.5.3 เจ้าหน้าที่กระทำความผิดเองหรือกระทำการใดๆ โดยมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม

เป็นความผิดกรณีที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใด กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 นี้ หรือกระทำการใดๆ โดยมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม เพื่อเอื้ออำนวยแก่ผู้เข้าทำการเสนอราคา รายใดให้เป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ มีความผิดฐานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่<sup>63</sup> เป็นความผิดที่มีลักษณะที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานกระทำการใดๆ เพื่อมิให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม โดยมีลักษณะในการสมยอมราคา ส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดจะอยู่ในตำแหน่งของผู้บริหารท้องถิ่น ที่มีอำนาจในการอนุมัติการจัดซื้อจัดจ้าง และอีกกลุ่มหนึ่งจะเป็นคณะกรรมการพิจารณาผลการคัดเลือกผู้ชนะราคา ในการเสนอราคาในครั้งนั้น โดยมีลักษณะการกระทำความผิด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนในการกระทำความผิด โดยการกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์มิให้มีการแข่งขันราคากันอย่างปกติ และเป็นการส่งเสริม หรือเอื้อประโยชน์ให้กับผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งเป็นผู้ที่มีสิทธิเข้าทำสัญญากับรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นั้น เป็นการกระทำความผิดที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีส่วนโดยตรงในการกระทำความผิด จะเป็นเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งใดก็ได้ เช่น ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คณะกรรมการพิจารณาผล สามารถที่จะทำความผิดได้ โดยมากจะพบว่าผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกระทำความผิดในลักษณะนี้เป็นส่วนใหญ่

### 2.6 ความผิดที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นผู้กระทำ

ความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ให้คำนิยามเกี่ยวกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไว้ว่า “นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมืองอื่น ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น ”<sup>64</sup> โดยนักการเมืองจะมีความเกี่ยวข้องในการเสนอราคาทุกระดับ เนื่องด้วยนักการเมืองนั้น จะมีส่วนในการกำกับนโยบายต่างๆ เกี่ยวกับการดำเนินการ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องของการจัดซื้อจัดจ้าง การเสนอราคาต่างๆ การจัดหาอุปกรณ์เครื่องใช้สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และรู้เห็นทุกอย่างเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น กฎหมายเกี่ยวกับการเสนอราคาจึงให้ล่วงไปถึงผู้บริหารและสมาชิกสภาท้องถิ่นด้วย เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้บริหารและสมาชิกสภาท้องถิ่นเข้ามามีส่วนในการเสนอราคาสำหรับการกระทำความผิดของนักการเมือง ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 12.

<sup>64</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

ต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือกรรมการ หรืออนุกรรมการ ในหน่วยงานของรัฐซึ่งมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกระทำการใดๆ ต่อเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหรือหน้าที่ในการอนุมัติ การพิจารณา หรือการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาเพื่อจูงใจ หรือทำให้ยอมรับการเสนอราคาที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่<sup>65</sup> เป็นความผิดที่กำหนดขึ้นสำหรับนักการเมืองโดยเฉพาะเจาะจง ว่าหากมีนักการเมืองไม่ว่าจะในระดับใด เข้ามามีส่วนยุ่งเกี่ยวกับการเสนอราคา โดยทำให้ไม่มีการแข่งขันราคาโดยปกติแล้ว เช่น มีการเสนอเงิน หรือการจูงใจอื่น เพื่อเป็นค่าตอบแทน หรือการกระทำในลักษณะที่เป็นนายหน้า ใช้ตำแหน่งหน้าที่ ของนักการเมืองนั้น ในการกระทำการดังกล่าวเพื่อมีวัตถุประสงค์ที่จะไม่ให้มีการเสนอราคาย่อมมี ความผิดเช่นกัน

### 3. รูปแบบและวิธีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ

กรณีเอกชนเป็นผู้กระทำความผิด จะมีการกระทำความผิดสองรูปแบบใหญ่ๆ ด้วยกันคือ

**3.1 การกระทำที่เป็นลักษณะของการกีดกัน** ซึ่งเป็นการกีดกันเพื่อไม่ให้ผู้เสนอราคา รายอื่นได้เข้าทำการเสนอราคาแข่งขันกันได้อย่างปกติ เรียกกันว่า “การจัดฮั้ว” ซึ่งมีลักษณะ ของการกระทำที่แตกต่างกันไปตามแต่ละพื้นที่ ส่วนใหญ่จะมีลักษณะดังนี้

3.1.1 มีการทำลายเอกสารประกาศของทางราชการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกาศ เชิญชวน ให้มีการเสนอราคา เช่น การดึงประกาศการสอบราคาที่เป็นที่ทำการประชาสัมพันธ์ข้อมูล ข่าวสารประจำตำบล หรืออำเภอ เป็นต้น ทำให้ผู้เสนอราคา หรือ ผู้มีอาชีพเกี่ยวกับการประกอบการค้า นั้น ไม่สามารถเข้าทำการเสนอราคาได้ หรือไม่สามารถรับทราบว่ามีประกาศงานของทางราชการ

3.1.2 มีการเข้าแย่งเอกสารที่ใช้ในการเสนอราคาก่อนที่จะเสนอราคาต่อหน่วยงาน ของรัฐ หรือใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชี่ยวด้วยประการใดๆ เพื่อมิให้มีการยื่นเอกสารในการเสนอราคา หรือการห่วงเหนี่ยว กักขังหรือการกระทำใดๆ อันเป็นการถ่วงเวลาเพื่อไม่ให้ผู้เสนอราคายื่นเอกสาร การเสนอราคาต่อเจ้าหน้าที่ได้ทันเวลา แต่ปัจจุบันนับตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้มีการยื่นเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ทำให้ปัญหา เหล่านี้ลดลงอย่างเห็นได้ชัด จนแทบจะไม่พบว่ามีวิธีการกระทำความผิดในลักษณะนี้อีกต่อไป

<sup>65</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 13.

3.1.3 การขัดขวางการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ทุกชนิดในขณะที่มีการดำเนินการประกวดการเสนอราคา เช่น ตัดหรือรบกวนสัญญาณ โทรศัพท์ อินเทอร์เน็ต ตัดกระแสไฟฟ้า ฯลฯ เพื่อให้การสื่อสารระหว่างการเสนอราคา โดยเฉพาะวิธีการเสนอราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ล้มเหลว หรือเพื่อให้ได้เปรียบกับผู้เสนอราคาบางราย

3.1.4 การประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย เพื่อตัดโอกาสที่จะเข้าเสนอเอกสาร หรือเข้าแข่งขันในการเสนอราคาในคราวนั้น ซึ่งอาจจะกระทำให้ถึงตายหรือได้รับอันตรายสาหัสจนไม่สามารถยื่นเสนอราคาได้ หรือทำให้เกิดความหวาดกลัว ทำให้ไม่กล้าเข้าแข่งขันในการเสนอราคาครั้งนั้น

### 3.2 รูปแบบการสมยอม

โดยจะกระทำโดยผู้จัดซื้อ และจะมีการกระทำที่ต่างๆ กันไป แต่ส่วนใหญ่จะมีลักษณะการกระทำความผิดดังนี้

3.2.1 มีการตกลงร่วมกันเพื่อให้ผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งได้เป็นผู้เสนอราคาต่ำที่สุดในในการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ เพื่อที่จะเป็นผู้มีสิทธิในการเสนอราคาโดยจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้เสนอราคารายอื่นตามที่ได้ตกลงกัน โดยจะมีการลดราคาในการเสนอราคาต่ำกว่าวงเงินหรือราคากลางมาเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

3.2.2 มีการตกลงร่วมกันให้ผู้เสนอราคารายใดเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดและผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันในกลุ่มผู้ที่ร่วมกระทำความผิดในการเสนอราคาต่ำสุด เพื่อแบ่งงานกัน โดยมีการรวบรวมเงินไว้เป็นส่วนกลางจำนวนหนึ่ง สำหรับเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีการสลับหมุนเวียนกันไปเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

3.2.3 มีการเสนอให้ผลประโยชน์ ทรัพย์สินหรือแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ เช่น การมอบการรับเหมางานช่วงให้เพื่อแลกกับการที่ให้ผู้เสนอราคารายอื่นถอนการเสนอราคา คือ มีการพิจารณาผลการเสนอราคาแล้ว แต่รายที่ได้ราคาต่ำสุดขอลงตัว และไม่มาทำสัญญากับหน่วยงานรัฐ โดยได้รับค่าตอบแทนจากผู้เสนอราคารายถัดไปขึ้นมาแทน

### 3.3 รูปแบบกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำความผิด

กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงผู้บริหารท้องถิ่น จะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา จะมีการกระทำความผิดในสามรูปแบบใหญ่ๆ ด้วยกันคือ

**3.3.1 รูปแบบการกระทำการกีดกัน** โดยการกระทำความผิดในลักษณะนี้ เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นจะมีการสมคบกันกับผู้ประกอบการ ซึ่งมีลักษณะที่เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในหน่วยงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างจะกำหนดคุณลักษณะเฉพาะสำหรับพัสดุที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้าง โดยจะนำคุณสมบัติของเอกชนรายใดรายหนึ่งมากำหนดเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ผู้เสนอราคารายดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐส่งผลให้ผู้เสนอราคารายอื่นไม่อาจเข้าแข่งขันในการเสนอราคาได้ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกำหนดเงื่อนไขในการเสนอราคาในลักษณะที่เป็นการกีดกันผู้เสนอ

ราคารายอื่น ที่เรียกกันในวงการก็ คือ การลือกสเปกนั้นเอง การกระทำให้ลักษณะเป็นการกระทำ ความผิดในลักษณะที่มีการแบ่งหน้าที่กันทำระหว่างเอกชนกับข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

**3.3.2 รูปแบบการสมยอม** โดยที่เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรู้ว่า มีการกระทำความผิดขึ้น หรือควรรู้ว่ามีการกระทำลักษณะใดที่เป็นความผิดเกิดขึ้นแล้ว ยังรวมถึง การที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจไม่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา เพื่อให้ผู้เสนอราคาที่เป็นผู้มีผลประโยชน์ ได้ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว อันเป็นวิธีการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นคณะกรรมการ พิจารณาผล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐรู้เห็นการกระทำของผู้เสนอราคารายอื่นที่สมยอมกับผู้เสนอราคาบางราย แล้วละเว้นไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่การกระทำความผิดในรูปแบบนี้เป็นวิธีกระทำความผิด โดยตรง เช่น การไม่บอกเลิกการเสนอราคา เป็นต้น

#### 4. รูปแบบเจตนากระทำความผิดกฎระเบียบ เพื่อเปิดช่องโอกาสให้มีการแข่งขันราคา ที่ไม่เป็นธรรม

เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาศัยช่องว่างของกฎระเบียบทำการยกเลิก การเสนอราคากับผู้มีสิทธิในการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ เพื่อจัดการเสนอราคาใหม่และมีการปรับปรุง หลักเกณฑ์เพื่อกีดกันผู้เสนอราคารายอื่น

เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาศัยโอกาสที่รู้ข้อมูลในการแข่งขันเสนอราคา ให้ข้อมูลกับผู้เสนอราคาบางรายเพื่อให้ได้เปรียบในการเข้าแข่งขันในการเสนอราคา

หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้บริหารองค์กรส่วนท้องถิ่น ตั้งนิติบุคคล เพื่อเข้าแข่งขัน ในการเสนอราคาเสียเองภายใต้การกำกับดูแลของบุคคลในครอบครัว เครือญาติ

เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเจตนาที่จะกำหนดราคากลางเกินกว่าความเป็นจริง เป็นเหตุให้ผู้เสนอราคาที่ยื่นเป็นผู้ชนะการเสนอราคา และมีสิทธิเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ส่งผลให้ไม่สามารถที่จะขอรับจัดสรรงบประมาณเพิ่มเติมในการจัดหากรณีงบประมาณไม่เพียงพอ

#### 5. ความผิดตามประมวลกฎหมายของไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการเสนอราคา

ในประเทศไทยมีกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ในกรณีที่เกี่ยวข้อง กับการเสนอราคาตามประมวลกฎหมายอาญาที่พบเห็นบ่อยเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอยู่หลายมาตราที่เกี่ยวข้องซึ่งจะกำหนดไว้ในหมวดที่สองของประมวล กฎหมายอาญามีอยู่ด้วยกันดังนี้

ความผิดฐานเรียกรับสินบน<sup>66</sup> โดยที่เป็นเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้น จะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ความผิดในการเรียกรับสินบนนี้ เป็นความผิดของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ หรือเป็นเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งต้องมีหน้าที่ในการดำเนินการตามหน้าที่ ที่ตนรับผิดชอบอยู่ ไม่ว่าจะเป็นการเรียกรับ หรือยอมที่จะรับทรัพย์สิน เพื่อให้กระทำการหรืองดเว้น กระทำการ ไม่ว่าการนั้นจะชอบด้วยกฎหมาย (กินตามน้ำ) หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ถ้าหากมีความผิดแล้ว การกระทำความผิดในมาตรา 149 เป็นความผิดฐานเป็นเจ้าหน้าที่เรียกรับสินบน นับว่าเป็นความผิดที่เกิดขึ้นมากที่สุดในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเนื่องจากว่าเป็นความผิดในลักษณะที่สามารถกระทำได้หลากหลายรูปแบบ เช่น การเรียกรับเงินเป็นการตอบแทนจากการที่เอางานโครงการ ก่อสร้างให้ คือเรียกเงินทอนในลักษณะของเงินเปอร์เซ็นต์ หรือจะเป็นลักษณะของการเรียกรับเงิน ในการตอบแทนการตรวจรับงานในโครงการก่อสร้าง หรือจะเป็นการเรียกรับเงินในการอนุมัติ อนุญาต ในการขออนุญาตที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงสามารถพบได้ว่าการกระทำ ความผิดที่หลากหลายมาก รวมถึงการเรียกเงินเพื่อที่จะทำการเป็นผู้ที่เข้าไปจัดการให้ผู้เสนอราคา รายใดรายหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิเข้าทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ด้วย

ความผิดฐานมีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการ โดยทุจริต<sup>67</sup> โดยที่เป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการ หรือรักษาทรัพย์สินใดๆ ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยทุจริต อันเป็นการเสียหายแก่รัฐ เทศบาล สุขาภิบาล หรือเจ้าของทรัพย์สินนั้น ความผิดตามมาตรา 151 เป็นความผิดของเจ้าพนักงานซึ่งมีหน้าที่ ในการซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สินใดๆ ใช้อำนาจของตนเองในทางทุจริต ในการอนุมัติ อนุญาต ให้มีการซื้อสินค้า หรือให้มีการเบิกเงินจากการซื้อทรัพย์สิน เนื่องจากว่าต้องมีหน้าที่ในการรักษาทรัพย์สิน ด้วย ความผิดในลักษณะนี้ส่วนใหญ่จะเป็นความผิดเกี่ยวกับการซื้อทรัพย์สิน หรือการเบิกจ่ายเงินขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะเมื่อรู้เห็นว่า การเสนอราคาในครั้งใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องทำการยกเลิก การเสนอราคาในครั้งนั้น แต่ไม่ดำเนินการยกเลิก ซึ่งเป็นไปโดยทุจริตและทำให้ราชการได้รับความเสียหาย ความผิดในลักษณะนี้ส่วนใหญ่เป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจากการซื้อพัสดุ หรือเกิดจากการเสนอ ราคาโดยไม่สุจริต ไม่ได้มีการแข่งขันราคากันจริง และมีเจ้าหน้าที่ ที่มีหน้าที่ซื้อสินค้าและบริการนั้น รู้เห็นด้วย

<sup>66</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 149.

<sup>67</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 151.

ความผิดฐานที่เข้าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย<sup>68</sup> โดยเป็นเจ้าของพนักงาน มีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใด เข้ามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเอง หรือผู้อื่นเนื่องด้วยกิจการนั้น ความผิดตามมาตรา 152 นี้ จะเป็นความผิดในลักษณะที่เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าไปมีส่วนได้ส่วนเสียโดยตรง ไม่ว่าจะป็นเจ้าหน้าที่หรือผู้บริหารท้องถิ่น หรือสมาชิกสภาท้องถิ่น หากเข้าไปมีส่วนได้เสียไม่ว่าจะ เป็นหุ้นส่วน เจ้าของ หรือให้ลูกจ้างภายในร้านค้าของตนเอง เข้าไปมีส่วนได้เสียในกิจการขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น ก็ย่อมมีความผิดตามมาตรา 152 นี้ เช่น การเข้าร่วมประมูลงานก่อสร้าง การรับสัมปทาน ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนเอง การจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์สำนักงาน หรือการจัดซื้ออาหารกลางวันสำหรับเด็ก โดยการกระทำความผิดนี้จะรวมถึงการเข้าเป็นตัวแทน หรือให้ผู้อื่นเป็นตัวแทน การเข้าเป็นนอมินีต่างๆ โดยที่เจ้าหน้าที่นั้นจะต้องมีหน้าที่กำกับดูแล หรือมีหน้าที่เข้าไปจัดการตามหน้าที่ของตนด้วย เช่น เป็นเจ้าหน้าที่พัสดุและเป็นผู้จัดเตรียมเอกสารในการเสนอราคา แต่เนื่องจากรู้ข้อมูลต่างๆ ที่จะทำการจัดซื้อ หรือเสนอราคา จึงให้ญาติพี่น้องมาเสนอราคาแทนตนเอง ก็ถือว่าพัสดุมิมีความผิด ฐานเป็นผู้มีส่วนได้เสียในงานนั้นแล้ว เป็นต้น

ความผิดฐานปฏิบัติ หรือ ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่<sup>69</sup> ซึ่งเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ หน้าที่โดยทุจริต ซึ่งการกระทำความผิดนี้ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ ที่มีหน้าที่รับผิดชอบ ในการดำเนินการนั้นๆ ด้วย เช่น เป็นเจ้าหน้าที่ในการกำหนดรายละเอียดของพัสดุที่จะทำการซื้อ แต่ได้กำหนดรายละเอียด หรือกำหนด TOR เพื่อให้เกิดประโยชน์กับผู้ที่จะเสนอราคารายใดรายหนึ่ง เป็นการเฉพาะ หรือล็อกสเปกของพัสดุที่จะทำการซื้อให้กับผู้เสนอราคารายใดก็ตาม เพื่อไม่ให้เกิด การแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม หรือเพื่อเป็นการกีดกันผู้เสนอราคารายอื่น โดยการกระทำนั้น จะเป็นการปฏิบัติ หรือละเว้นต่อการปฏิบัติตามหน้าที่ โดยที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งในที่นี้คือ การทำความเสียหายต่อผู้ที่เข้าทำการเสนอราคา หรือ ปฏิบัติ หรือ ละเว้นไม่กระทำการตามหน้าที่ โดยทุจริต ความผิดตามมาตรา 157 ถือว่าเป็นความผิดพื้นฐานของทุกมาตรา ที่เกี่ยวกับการกระทำ ความผิดในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือการกระทำความผิดเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ เนื่องด้วยเป็นฐานความผิดหลัก เพราะหากมีการกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติผิดระเบียบ ไม่ว่าจะวิธีการใดๆ แล้ว หากทำไม่ถูกต้อง ตามแบบแผน หรือที่ระเบียบกำหนดย่อมถือว่าเป็นความผิดทั้งสิ้น นอกจากนี้ความผิดในมาตรา 157 นิยมที่จะใช้ฟ้องคดีกับจำเลยในทุกฐานความผิดอีกด้วย

<sup>68</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 152.

<sup>69</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157.

## 6. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาในประเทศฝรั่งเศส

เดิมประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อพัสดุ หรือการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐไว้หลายฉบับด้วยกัน โดยบัญญัติอยู่ในกฎหมายต่างๆ จึงมีแนวคิด ในการรวบรวมกฎหมายให้เป็นระบบ และให้มีบทบัญญัติของกฎหมายการพัสดุอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อประสิทธิภาพในการบริหาร และจัดการด้านการพัสดุ

### 6.1 ประมวลกฎหมายการพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

มีประวัติการจัดทำเป็นประมวลกฎหมายการพัสดุ (histoire du Code des marchés publics) ซึ่งอาจสรุปได้ ดังนี้<sup>70</sup>

6.1.1 การได้รับอิทธิพลแห่งแนวคิดของประชาคม (communauté) ในยุโรป โดยภายหลังการก่อตั้งประชาคมเป็นสหภาพยุโรป (Union Européenne : UE) กลุ่มประเทศในสหภาพยุโรปได้วางหลักการของ สนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป (principe du traité de l'Union Européenne) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อกัน โดยหลักการสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายการพัสดุเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 ทั้งนี้ หลักการดังกล่าว ได้แก่

1) หลักการในเรื่องเสรีภาพในการประกวดแข่งขันราคา (libre concurrence) ตามมาตรา 3 §9 โดยกำหนดให้การดำเนินการของรัฐภาคีในประชาคม (communauté) ต้องมีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่มีการประกันในการจัดให้มีการประกวดราคาที่ไม่มีการทุจริตในการจัดทำพัสดุภายในประเทศ (marché intérieur) ของรัฐภาคี

2) หลักการกำหนดให้มีเสรีภาพในการให้บริการ (libre prestation de services) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 73 C

3) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non discrimination) ตามมาตรา 6 มาตรา 7 และมาตรา 73 D

4) หลักความโปร่งใส (transparence) ดังเช่นที่ปรากฏในหมวดคำประกาศว่าด้วยสิทธิ ในการได้รับข้อมูลข่าวสาร (Déclaration relative au droit d'accès à l'information)

6.1.2 การปฏิบัติตามระเบียบของสหภาพยุโรป (directives européennes) ที่ดำเนินการ โดยสภาแห่งประชาคมยุโรป (Conseil des Communautés européennes) หรือสภาแห่งยุโรป (Parlement européen) ซึ่งได้วางบรรทัดฐานของการประกาศและดำเนินการ

<sup>70</sup> พัทธมา จิตรมหิมา. แนวคิด หลักกฎหมาย และนิติวิธีในการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายการพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศส. หน้า 3-7. 30 กันยายน 2560. สืบค้นจาก [www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th)



ในเรื่องการประกวดแข่งขันราคา (normes de publicité et de mise en concurrence) โดยเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพัสดุ

6.1.3 ใน ค.ศ. 1996 คณะกรรมการในการจัดทำร่างประมวลกฎหมายการพัสดุได้ เสนอรายงานต่อรัฐบาลฝรั่งเศสเรื่องการรวบรวมประมวลกฎหมายการพัสดุว่า การจัดทำกฎหมายดังกล่าว โดยมีการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมาย (codification) จะส่งผลดีต่อการปฏิบัติงานของภาครัฐ (secteur public) เพราะมีการรวบรวมเป็นระบบและนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งต่อมาประมวลกฎหมายการพัสดุนี้ก็ได้รับความเห็นชอบโดยรัฐสภา หมายเลข 2001-210 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 เกี่ยวกับประมวลกฎหมายการพัสดุ<sup>71</sup> โดยการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมาย การพัสดุนี้มีข้อดีต่างๆ ซึ่งได้แก่ การช่วยลดจำนวนบทบัญญัติที่มีหลายมาตราลงไป การเป็นผลให้กฎหมาย การพัสดุต่างๆ ที่มีอยู่หลายฉบับได้รับการรวบรวมมาอยู่ในฉบับเดียวกัน มีบทบัญญัติของกฎหมาย ที่เป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติเดียวกัน ทำให้กฎหมายได้รับการบัญญัติไว้ในระดับที่เป็นบรรทัดฐาน ทางกฎหมาย (norme juridique) กล่าวคือ เป็นกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่อยู่ในรูปแบบ ของประมวลกฎหมาย ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการบริหารจัดการด้านการพัสดุ และนอกจากนี้ ยังสามารถเพิ่มเติมวิธีการต่างๆ ในการจัดให้มีการยื่นเสนอราคาอย่างเป็นระบบ และยังสามารถ สร้างหรือกำหนดหลักที่ประกันความเป็นธรรมในการประกวดราคา ได้อีกด้วย

6.1.4 การใช้บังคับประมวลกฎหมายการพัสดุตามรัฐสภา หมายเลข 2001-210 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 ในระยะแรกนั้นยังพบว่ามีปัญหาบางประการ เนื่องจากประมวลกฎหมาย ฉบับนี้มีหลักเกณฑ์ใหม่ที่บัญญัติขึ้น โดยมีการกำหนดบทบัญญัติซึ่งมีผลต่อการยื่นเสนอราคาของผู้สนใจ ที่จะยื่นเสนอเพื่อขอรับงานจากภาครัฐ ทำให้มีกระบวนการและขั้นตอนที่มีความสลับซับซ้อนหลายประการ เกิดความยุ่งยากในการดำเนินการ ซึ่งผลกระทบดังกล่าว ยังก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น จึงทำให้ต้องมี แนวทางพัฒนากฎหมายโดยปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการพัสดุให้มีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมยิ่งขึ้น

6.1.5 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายการพัสดุที่ตราขึ้น ใน ค.ศ. 2001 โดยมีการปฏิรูประบบกฎหมายการพัสดุนั้นใหม่ ซึ่งมีประเด็นพิจารณาว่า ในกรณีที่ ผ่านมานั้นมีความยุ่งยากและปล่อยปละละเลยในเรื่องการจัดทำพัสดุ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย อย่างมากในภาครัฐ จึงควรมีการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ การปฏิรูปใหม่นี้ได้เปิดให้มี การโต้แย้ง ทั้งภาควิชาการและภาคปฏิบัติของนักกฎหมายฝรั่งเศสอย่างกว้างขวาง ซึ่งได้ข้อสรุปทางวิชาการ

<sup>71</sup> รัฐสภา หมายเลข 2001-210 ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส หมายเลข 57 ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2001 หน้า 37,003 เล่มที่ 6 (Journal Officiel de la République Française (JORF) n 57 du 8 mars 2001, page 37003, texte n 6) โดยมาตรา 1 วรรคสอง ของรัฐสภา หมายเลข 2001-210 กำหนดให้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายการพัสดุนี้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด.

และแนวทางปฏิบัติ โดยมีผลทำให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายการพัสดุอีกครั้ง โดยประกาศให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นไปตามรัฐกฤษฎีกา หมายเลข 2004-15 ลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 2004 เกี่ยวกับประมวลกฎหมายการพัสดุ

กฎหมายเกี่ยวกับการพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย (code) เรียกว่า ประมวลกฎหมายการพัสดุ (Code des marchés publics) โดยมีการรวบรวมหลักเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับการพัสดุ ซึ่งบรรดาฝ่ายปกครอง (administrations) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivités locales) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายนี้ เมื่อมีการออกคำสั่งในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สิน (biens) หรือบริการต่างๆ (services) โดยการจัดการดังกล่าวนี้ มีการรวบรวมกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุของฝรั่งเศสเข้าไว้ด้วยกัน ซึ่งแต่เดิมมีอยู่หลายฉบับ ในการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว จึงริเริ่มที่จะนำกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อพัสดุของหน่วยงานภาครัฐของฝรั่งเศสมารวมไว้ด้วยกัน โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการจัดหาสินค้าและบริการต่างๆ ที่ภาครัฐต้องทำการจัดซื้อ กฎหมายฝรั่งเศสรวมเรียกว่า การพัสดุ (marchés publics)<sup>72</sup> ตามกฎหมายฝรั่งเศส การพัสดุ (marchés publics) จะต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานที่สำคัญ 3 ประการ (soumis au respect de trois principes fondamentaux) ดังนี้<sup>73</sup>

1) หลักเสรีภาพในการเข้าดำเนินการตามคำสั่งมหาชน (liberté d'accès à la commande publique) กล่าวคือ ฝ่ายผู้เสนอราคาหรือผู้ประสงค์จะเข้าทำการพัสดุกับผู้มีอำนาจในการจัดทำ การพัสดุนั้นย่อมมีเสรีภาพในการที่จะเลือกเข้าทำการพัสดุกับฝ่ายปกครองได้ โดยเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระในการเลือกที่จะเข้าทำการพัสดุซึ่งเป็นไปด้วยความสมัครใจ

2) หลักการปฏิบัติอันเท่าเทียมกันต่อผู้เสนอราคา (égalité de traitement des candidats) ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการจัดทำ การพัสดุจะต้องไม่กระทำการเลือกปฏิบัติ (non discrimination) หรือเอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคาหรือผู้ประสงค์จะเข้าทำการพัสดุกับฝ่ายปกครอง ดังกล่าว

<sup>72</sup> คำว่า marchés publics เป็นศัพท์กฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึง การดำเนินการทางการค้า ในรูปแบบสัญญาที่ กระทำโดยฝ่ายปกครอง (opérations commerciales contractuelles passés par des administrations) ซึ่งในที่นี้จะเรียกว่า การพัสดุ ทั้งนี้ ผลแห่งสัญญาเป็นการกระทำโดยฝ่ายปกครองเพื่อให้ได้มาซึ่งการจัดหา (fournitures) การบริการ (services) หรือการก่อให้เกิดงานก่อสร้าง (travaux) โปรตดู Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris : LGDJ, Coll. « Manuel », 1995, p. 277.

<sup>73</sup> หลักพื้นฐานทั้งสามประการนี้ เป็นหลักการที่เกิดจากข้อตกลงตามสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป (Traité de l'Union Européenne) ซึ่งปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 (Traité sur l'Union Européenne (Maastricht, 7 février 1992)) โดยมีการวางข้อกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการในด้านการพัสดุ (marchés publics) ของแต่ละรัฐโดยคำนึงถึงหลักพื้นฐานทั้งสามประการดังกล่าว

3) หลักความโปร่งใสของวิธีดำเนินการ (transparence des procédures) กล่าวคือ การจัดทำพัสดุต้องเป็นการดำเนินการที่สามารถตรวจสอบได้ โดยมีหลักเกณฑ์ การเข้าถึงข้อมูล และวิธีปฏิบัติที่เปิดเผยได้

หน่วยงานที่มีอำนาจในการจัดให้มีการประกวดราคาที่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมาย การพัสดุของฝรั่งเศสนี้ เป็นหน่วยงานดังต่อไปนี้

1) รัฐ (État) และองค์การมหาชน (établissements publics) อื่นใดของรัฐที่ไม่ได้มีการดำเนินการในลักษณะการอุตสาหกรรมและการค้า (caractère industriel et commercial)

2) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivités territoriales) และองค์การมหาชน ส่วนท้องถิ่น (établissements publics locaux) เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกฎหมายเป็นอย่างอื่น (sauf dispositions contraires) หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับต่อรัฐให้นำมาใช้บังคับกับองค์การมหาชน ของรัฐด้วย โดยให้เป็นไปตามบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายนี้ ในทำนองเดียวกัน เว้นแต่จะมี บทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับต่อองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ให้ใช้บังคับกับองค์การมหาชนส่วนท้องถิ่นด้วย<sup>74</sup>

โดยสาระสำคัญของประมวลกฎหมายการพัสดุของฝรั่งเศส มีดังนี้

ประมวลกฎหมายการพัสดุกำหนดให้วิธีปฏิบัติในการจัดให้มีข้อเสนอทางมหาชน (procédures d'appels d'offres publics) ของฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือปฏิบัติตามบทบัญญัติ ในประมวลกฎหมายการพัสดุ การปฏิบัติดังกล่าวต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยประมวลกฎหมายนี้มีองค์ประกอบ (composition) ที่สำคัญ ได้แก่

1) มีการกำหนดองค์กร (organismes) ที่มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นองค์กร ที่จะต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายนี้ โดยมาตรา 2 บัญญัติให้เป็นอำนาจขององค์กรดังต่อไปนี้<sup>75</sup>

(1) องค์กรส่วนกลาง คือ รัฐ (État) และองค์การมหาชน (établissements publics) อื่นใดของรัฐที่ไม่ได้มีการดำเนินการในลักษณะการอุตสาหกรรมและการค้า

<sup>74</sup> Article 2 Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :

1 L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2 Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'État le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux

<sup>75</sup> พัชณา จิตรมหิมา. แนวคิด หลักกฎหมาย และนิติวิธีในการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายการพัสดุ ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส. หน้า 19 – 20.

(2) องค์กรส่วนท้องถิ่น คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivités territoriales) และองค์การมหาชนส่วนท้องถิ่น (établissements publics locaux)

2) มีบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับสัญญาที่เกี่ยวข้อง (contrats concernés) กับกรณีของการพัสดุหรือข้อตกลงในลักษณะต่างๆ ในการจัดทำพัสดุ

3) มีหลักเกณฑ์ในการประกวดราคา ซึ่งได้แก่ การยื่นเสนอราคา (seuils) การจัดให้มีประกาศ (publicité) การกำหนดระยะเวลา (délais) ในการยื่นประกวดราคา กำหนดให้มีคณะกรรมการเรียกให้ทำการยื่นคำเสนอ (commissions d'appel d'offres) รวมทั้งกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณา (jury) ด้านการประกวดราคา

4) มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติทางเทคนิคและทางการเงิน (règles d'exécution technique et financière) ในเรื่องพัสดุ เช่น มีการกำหนดหลักเกณฑ์อันเกี่ยวกับการพัสดุ ตามกระบวนการ ที่เป็นความเหมาะสม (Marchés Passés selon la Procédure Adaptée : MPPA) ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่นิติบุคคลทางมหาชนในการจัดทำพัสดุที่ยืดหยุ่นและไม่มีควมสลับซับซ้อน (procédure souple et simplifiée) เช่น กำหนดให้มีข้อยกเว้นในการที่ไม่ต้องดำเนินการประกาศ หรือการจัดให้มีการประกวดราคาอันถือเป็นหลักปฏิบัติทางเทคนิคที่มอบหมายให้แก่นิติบุคคลทางมหาชน ในการดำเนินการด้านพัสดุ ส่วนหลักเกณฑ์การปฏิบัติทางการเงิน คือ การจำกัดขอบเขตหรืออำนาจของฝ่ายปกครองในทางการเงินที่เกี่ยวกับการจัดการพัสดุ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายการพัสดุ ในหลายมาตรา ซึ่งได้แก่ มาตรา 11 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 30 มาตรา 39 มาตรา 40 มาตรา 56 มาตรา 77 มาตรา 81 มาตรา 85

5) มีหลักเกณฑ์กรณีอื่นๆ เพิ่มเติม เช่น บันทึกรวบรวมข้อตกลงทางปกครองทั่วไป (cahiers des clauses administratives générales) ที่เรียกโดยย่อว่า CCAG ซึ่งไม่ได้มีการบังคับ แต่เป็นเพียงแนวทางเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถนำไปใช้ดำเนินการทางสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการพัสดุได้ โดยบันทึกข้อตกลงนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการทางสัญญาตามลักษณะการจัดหาพัสดุที่เกี่ยวข้อง (เช่น การโยธา การบริการ การศึกษา ฯลฯ) และยังมีบันทึกข้อตกลงทางเทคนิคทั่วไป (cahiers des clauses techniques générales) ที่เรียกโดยย่อว่า CCTG (ซึ่งเป็นแนวทางให้แก่ ฝ่ายปกครอง) อีกด้วย

นอกจากนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายการพัสดุ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่องในช่วง ค.ศ. 2001 ค.ศ. 2004 และ ค.ศ. 2006 ซึ่งมีการใช้บังคับ และพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ว่านิติวิธีตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในเรื่องการประกาศจัดซื้อจัดจ้าง นั้นได้มีความพยายามที่จะรับรองและอนุวัติกฎหมายให้เป็นไปตามแนวทางของสหภาพยุโรป (Union européenne : UE) และยอมรับที่จะผ่อนปรนหลักเกณฑ์เฉพาะของตน โดยให้เป็นไปตามแนวทางของประชาคมยุโรป ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แห่งการบัญญัติกฎหมายในระดับนานาชาติ ประมวลกฎหมายการพัสดุของฝรั่งเศสมีพัฒนาการโดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมปรับปรุงให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

บางครั้งมีการแก้ไขย่อคำในลักษณะคำต่อคำในบทบัญญัติตามกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับความเป็นไปได้ที่จะพัฒนาให้เกิดความยั่งยืนและความร่วมมือที่มีต่อกัน ซึ่งต่อมาจะดำเนินการรวบรวมโดยจัดทำเป็นประมวลกฎหมายฉบับใหม่ที่มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติโดยการริเริ่มจัดทำข้อสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นสากลและสอดคล้องกับประชาคมโดยให้พัฒนาการที่มีความสอดคล้องในระดับสากล มีความถาวร และมีความยั่งยืนยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายการพัสดุฝรั่งเศสยังมีพลวัต (dynamique) ในการปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ระบบประมวลกฎหมายการพัสดุฝรั่งเศสมีความสอดคล้องกับองค์กรที่สำคัญในระดับสากลอื่นๆ เช่น องค์การสหประชาชาติ (Organisation des Nations Unies : ONU หรือ United Nations: UN) โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (Programme des Nations unies pour l'environnement : PNU) เพื่อให้มีความสอดคล้องกับประชาคมยุโรป

## 6.2 ประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของฝรั่งเศส หรือประมวลกฎหมายการประมูลสาธารณะของฝรั่งเศส

ดังที่กล่าวไปแล้วในข้างต้นว่า ประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายการพัสดุนั้นขึ้นในปี ค.ศ. 1964 และมีการแก้ไขปรับปรุงมาโดยตลอด ซึ่งกฎหมายนี้สอดคล้องกับระเบียบของสหภาพยุโรปเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ต่อมาในปี ค.ศ. 2014 ได้มีการแก้ไขกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างโดยระเบียบปฏิบัติของสหภาพยุโรป และได้ยกเลิกระเบียบเดิมว่าด้วยเรื่องความร่วมมือในกระบวนการมอบสัญญาพัสดุ ซึ่งกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้ได้วางบรรทัดฐานและกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับประเทศสมาชิกว่าด้วยเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การจัดทำสัญญาการพัสดุมีประสิทธิภาพและยั่งยืนทางสังคม ยกตัวอย่างเช่น มีการกำหนดลักษณะที่จำเป็นสำหรับงานโยธาสาธารณะ การให้บริการ และการจัดหาพัสดุ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความยั่งยืนทางสังคม จึงมีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของความปลอดภัย วิธีการประเมินคุณภาพของผลิตภัณฑ์ บรรจุภัณฑ์ ข้อเสนอแนะการใช้งานต่างๆ<sup>76</sup> ภายหลังจากออกกฎหมายของสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 2014 ประเทศฝรั่งเศสก็ได้โอนวิधिकฎหมายให้เป็นไปตามระเบียบดังกล่าวโดยการออกกฎหมายกำหนดว่าด้วยเรื่องพัสดุในปี ค.ศ. 2015 และรัฐกำหนดว่าด้วยเรื่องสัญญาสัมปทานในปี ค.ศ. 2016 ตามลำดับ และเป็นสิ่งที่นำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และได้ยกเลิกประมวลกฎหมายการพัสดุที่ใช้มาดั้งเดิม<sup>77</sup> โดยระบบการจัดซื้อจัดจ้าง

<sup>76</sup> La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des arches publics. 28 มิถุนายน 67. สืบค้นจาก <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024>

<sup>77</sup> ธนิชฐ์นันท์ ภักดีธรรมะสกุล. สัญญาการจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาอื่นๆ (ส่วนที่ 1). วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 3(1), 109-134. หน้า 112.

ของฝรั่งเศสได้แก่ สัญญาสาธารณะ ที่ราชการได้ทำสัญญากับบุคคลทั่วไปหรือนิติบุคคล รวมถึงในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาหุ้นส่วนและสัมปทานด้วย ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จะรวบรวมกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของฝรั่งเศสทั้งหมด ซึ่งก่อนหน้านี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน เช่น กฎหมายเกี่ยวข้องกับการจัดการโครงการสาธารณะและความสำคัญกับการจัดการโครงการเอกชน การรับเหมาช่วง เกี่ยวกับประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของฝรั่งเศสมีอยู่ 3 ส่วนด้วยกัน คือ 1 เกี่ยวกับคำจำกัดความและขอบเขต 2 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน 3 เกี่ยวกับสัมปทาน แต่สำหรับการประมูลงานและการเสนอราคาของฝรั่งเศส จะกำหนดเกี่ยวกับความผิดและบทลงโทษสำหรับผู้ที่ทำให้การประมูลงานที่มีลักษณะกีดกันทางการค้าไว้ด้วย ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (les contrats de la commande publique) (มาตรา L. 2 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง) แบ่งออกเป็นสองประเภท ประเภทแรกคือสัญญาพัสดุ (les marchés publics) ตามมาตรา L. 1110-1 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง และประเภทที่สองคือสัญญาสัมปทานตามมาตรา L. 1120-1 สำหรับการดำเนินการเสนอราคาของประเทศฝรั่งเศส ในภาคของความผิดได้กำหนดไว้ในส่วนที่ 2 ของสัญญาสาธารณะ โดยกำหนดในบทที่ 1 ส่วนที่ 1 เกี่ยวกับเหตุผลสำหรับการยกเว้นจากขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง มาตราที่ L2141 - 14 เกี่ยวกับการยกเว้นการประมูล สำหรับหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง Pouvoir adjudicateur (n. masculin) ตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติถึงหน่วยงานที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายนี้ โดยได้กำหนดไว้ 3 ประเภท ได้แก่ 1. นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน เป็นต้น 2. นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่เข้าเงื่อนไขบางประการที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายฉบับนี้ เช่น กรณีที่เงินสนับสนุนส่วนใหญ่มาจากหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง หรือนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนดังกล่าวอยู่ภายใต้ความควบคุมของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น 3. นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่จัดตั้งโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกิจการบางอย่างร่วมกัน เช่น บริษัทมหาชนท้องถิ่น (sociétés publiques locales หรือ SPL) ที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด ที่จัดตั้งขึ้นและถือหุ้นทั้งหมดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>78</sup> โดยผู้วิจัยจะเน้นในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ตามประมวลการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคา และบทลงโทษทางอาญาตามประมวลการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส เป็นหลัก

<sup>78</sup> L'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales: « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

### 6.3 ความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายการประมูลสาธารณะของฝรั่งเศส

ความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายการประมูลของฝรั่งเศส ถูกกำหนดไว้ใน มาตราที่ L2141 - 14 เกี่ยวกับการยกเว้นการประมูล คือ การที่ไม่เกิดการแข่งขันราคา หรือมีการทำให้การแข่งขันราคาไม่สามารถดำเนินการได้โดยปกติ การดำเนินการเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจต่างๆ ในการเสนอราคา การถูกตัดไม่ให้เป็นผู้เสนอราคา การกีดกันทางการค้า การขูดเคຍความเสียหายที่เกิดจากการประมูล ซึ่งมีการกำหนดให้การกระทำความผิดตามกฎหมายประมวลการซื้อจัดจ้างฝรั่งเศส ต้องรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ตามที่ได้ระบุความผิดไว้ตามกฎหมายการซื้อจัดจ้างฝรั่งเศส ในมาตราที่ L2141 - 14 ได้แก่

กรณีการที่ผู้เสนอราคาได้กระทำอันเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือมีการกระทำความผิดตามกฎหมายของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป และมีคำพิพากษาถึงที่สุดความผิด เช่น การทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการค้ำมนุษย์ การทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด การทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับภาษี โดยที่การกระทำความผิดนั้น กระทำโดยการเป็นตัวแทนของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง หรือ เป็นสมาชิกของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหาร ฝ่ายกำกับดูแล หรือการกระทำความผิดของบุคคลธรรมดาที่มีอำนาจหน้าที่ในการเป็นตัวแทน มีอำนาจในการตัดสินใจ หรือการควบคุมการทำงานของนิติบุคคล จนมีผลทำให้มีการยกเว้นขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างของนิติบุคคล คือ ไม่มีการจัดซื้อจัดจ้างของนิติบุคคลรายนี้ ให้ยกเว้นการจัดซื้อจัดจ้างสำหรับนิติบุคคลที่มีการกระทำความผิด ที่ได้กระทำในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสหรือมีการกระทำความผิดดังกล่าวในประเทศหรือสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยให้นิติบุคคล หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในการเสนอราคา ไม่ให้สามารถเสนอราคาต่อหน่วยงานที่กำหนดไว้ ตามประมวลกฎหมายการซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส เว้นแต่ได้มีคำพิพากษาลงโทษในความผิด และคดีถึงที่สุดแล้วเป็นระยะเวลา 5 ปี<sup>79</sup>

กรณีห้ามไม่ให้บุคคลที่ค้างชำระภาษีอากร หรือเงินสมทบอื่นตามกฎหมาย หรือเงินสมทบประกันสังคมทำการเสนอราคาในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายการซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส เว้นแต่ กรณีที่ผู้ที่จะซื้อยอมรับข้อเสนอ หรือกรณีที่มีการให้การค้ำประกัน โดยนัยกับบัญชี และ มีการปฏิบัติตามข้อตกลงที่มีภาระผูกพันกับหน่วยงานการจัดเก็บภาษี หรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บเงินสมทบอื่น รวมถึงการชำระค่าดอกเบี้ยค้างรับ ค่าปรับอื่น<sup>80</sup> คือการที่หน่วยงาน

<sup>79</sup> Code de la commande publique, Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 1 : Exclusions de plein droit , L. 2141-1.

<sup>80</sup> Code de la commande publique , Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 1 : Exclusions de plein droit , L. 2141-2.

การจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส รวมถึงองค์ประกอบรองส่วนท้องถิ่นในฝรั่งเศส เมื่อตรวจพบว่าบุคคลไม่ดำเนินการเสียภาษี หรือมีการค้างเงินสมทบตามกฎหมายในกรณีอื่น จะไม่สามารถที่จะเสนอราคาต่อหน่วยงานที่มีการจัดซื้อได้ เว้นแต่จะมีการรับรองโดยนักบัญชี หรือผู้ตรวจสอบบัญชี ว่าสามารถที่จะดำเนินการชำระเงินภาษี หรือเงินค้างชำระอื่นได้ หรือบุคคลนั้นจะมีการค้ำประกันโดยประการอื่นใด ที่เป็นการยืนยันและรับรองว่า บุคคลนั้นสามารถที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงที่มีผลผูกพันกับ หน่วยงานจัดเก็บภาษี เพื่อที่จะสามารถชำระภาษี รวมถึงเงินสมทบ และรวมถึงดอกเบี้ยที่ค้างอยู่ตลอดถึงค่าปรับอื่นๆ ได้ โดยหากมีการค้างชำระเงินภาษี หรือเงินสมทบอื่นๆ แล้วจะไม่สามารถทำการเสนอราคาให้กับหน่วยงานที่ทำการจัดซื้อได้

กรณีที่มีการนำบุคคลออกจากการจัดซื้อจัดจ้าง หรือไม่ให้บุคคลนั้นได้ทำการเสนอราคา กับหน่วยงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างฝรั่งเศส ได้แก่ เมื่อบุคคลนั้นมีการค้างชำระค่าธรรมเนียมศาล ในการพิจารณาคดีตามกฎหมายพาณิชย์ หรือการค้างชำระค่าธรรมเนียมอื่น ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ ในเครือสมาชิกสหภาพยุโรป หรือเมื่อบุคคลนั้นเป็นบุคคลล้มละลาย ตามประมวลกฎหมายการค้า หรือมาตรการอื่นที่เป็นการล้มละลายในกฎหมายต่างประเทศ หรือกำลังอยู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการตามประมวลกฎหมายการค้า หรือการปฏิบัติอย่างเดียวกัน เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีการได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเองได้ และอยู่ระหว่างการปฏิบัติตามเงื่อนไขในการฟื้นฟูกิจการ คือ เช่นเดียวกันกับนานาอารยประเทศ เมื่อมีผู้ที่จะทำการเสนอราคาไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล เมื่ออยู่ระหว่างการดำเนินการฟ้องคดีล้มละลาย หรือการถูกพิทักษ์ทรัพย์ หรืออยู่ระหว่างฟื้นฟูกิจการ ในการเสนอราคาหรือการดำเนินการใดๆ ในการเสนอราคาย่อมไม่สามารถทำได้ เนื่องด้วยบุคคล หรือนิติบุคคล ไม่มีความสามารถในการดำเนินการ ในการทำนิติกรรมต่างๆ รวมถึงการที่จะเสนอราคา เพราะติดเงื่อนไขทางกฎหมายดังกล่าว<sup>81</sup>

กรณีที่บุคคลที่จะทำการเสนอราคาได้กระทำความผิดตามกฎหมายแรงงาน<sup>82</sup> จะไม่สามารถเป็นผู้เสนอราคาได้ อันเป็นผลมาจากกรณีที่ผู้ที่จะทำการเสนอราคา ได้รับการถูกลงโทษ ในกรณีที่ไม่นำเงินประกัน หรือปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแรงงานของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือถูกตัดสินในฐานความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดด้านแรงงาน เช่น การปกปิดข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการทำงานในสถานประกอบการให้ลูกจ้างทราบ การไม่จดทะเบียนเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของลูกจ้างที่เกี่ยวกับการประกันสังคม การไม่ออกหนังสือรับรองเงินเดือน หรือสลิบเงินเดือนให้แก่ลูกจ้าง

<sup>81</sup> Code de la commande publique, Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 1 : Exclusions de plein droit , L. 2141-3.

<sup>82</sup> Code de la commande publique , Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 1 : Exclusions de plein droit , L. 2141-4.



หรือการออกสลิปเงินเดือนไม่ตรงกับความเป็นจริง เนื่องจากต้องการจ่ายเงินในการประกันสังคมไม่ต้องกับความจริง การที่ถูกลงโทษตามคำพิพากษาให้มีความผิดเกี่ยวกับความไม่เท่าเทียมกันทางวิชาชีพ ระหว่างการทำงานของ ชาย - หญิง หรือความไม่เท่าเทียมกันทางเพศสภาพ เว้นแต่พ้นระยะเวลา 3 ปี นับแต่มีคำพิพากษาถึงที่สุด และกรณีบุคคลได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือนิติบุคคลได้ดำเนินการชำระค่าปรับตามกฎหมายแรงงานแล้ว

แต่อย่างไรก็ดี ผู้ซื้อหรือหน่วยงานที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างสามารถที่จะอนุญาตให้ผู้ประกอบการ สามารถเข้าร่วมในการเสนอราคาได้ โดยมีเงื่อนไขว่า สินค้า หรือบริการ ที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้น มีเพียงผู้ประกอบการรายนั้นเพียงผู้เดียวที่ทำการจัดจำหน่าย โดยที่ไม่มีผู้ประกอบการ หรือผู้เสนอราคารายอื่นสามารถดำเนินการจัดส่งสินค้า และ บริการดังกล่าวได้ และเมื่อศาลที่ทำการพิจารณาพิพากษา บุคคล หรือนิติบุคคลที่ได้รับคำพิพากษา ไม่ได้แยกผู้ประกอบการนั้น หรือผู้เสนอราคาให้ออกจากการประมูลอย่างชัดเจนในเครื่องสมาชิกสหภาพยุโรป และในกรณีทีบุคคล หรือนิติบุคคลพบว่าตนเองนั้นได้กระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ตามมาตรา L. 2141-1, L. 2141-4 และ L. 2141-5 ก็สามารถแสดงพยานหลักฐานให้กับหน่วยงานที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้าง ว่าบุคคลนั้นได้ดำเนินการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น ในการกระทำความผิดทางอาญาครบถ้วนแล้ว และต้องแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นมีการให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในการสอบสวน เกี่ยวกับการป้องกันความผิดที่ได้ก่อขึ้นในลักษณะเดียวกัน เพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำเดิมอีก ซึ่งขึ้นอยู่กับพฤติกรรมการกระทำความผิด โดยหน่วยงานที่จะทำการจัดซื้อจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงและพฤติการณ์อื่นของการกระทำความผิดด้วย ซึ่งหากหน่วยงานที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างเห็นว่า พยานหลักฐานที่บุคคล หรือนิติบุคคลนั้น นำมาเพื่อประกอบการพิจารณาเพียงพอแล้ว บุคคล หรือนิติบุคคลนั้นจะไม่ถูกคัดออกจากการเสนอราคาในครั้งนั้น <sup>83</sup>แต่อย่างไรก็ดี บุคคลที่ได้รับการลงโทษทางอาญาที่เกี่ยวกับการถูกห้ามไม่ให้เข้าทำสัญญาสาธารณะไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อม ในสัญญาใดๆ ที่ได้จัดทำโดยรัฐ หรือหน่วยงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือเมื่อกฎหมายห้ามไม่ให้นิติบุคคลที่มีลักษณะการกระทำความผิดทางอาญา และมีการเลิกกิจการเพราะมีการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งมีโทษมากกว่าหรือเท่ากับ 3 ปี, การถูกห้ามไม่ให้ประกอบกิจการเป็นเวลา 5 ปี, อยู่ภายใต้การกำกับดูแลหรือควบคุมการดำเนินกิจการของศาล, เคยถูกสั่งให้ปิดกิจการ, การถูกห้ามไม่ให้เสนอราคากับหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี เป็นต้น<sup>84</sup>

<sup>83</sup>Code de la commande publique, Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 1 : Exclusions de plein droit , L. 2141-6, L. 2141-6-1.

<sup>84</sup>Code penal articles 131-34, 131-39.

การใช้ดุลยพินิจในการยกเลิกการเสนอราคาของหน่วยงานผู้ซื้อตามประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส

การใช้ดุลยพินิจการยกเลิกการเสนอราคา<sup>85</sup> ตามประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส มีอยู่หลายมาตรา บางมาตรามีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 แต่ที่มีความแตกต่างกันและบางมาตราควรนำมาปรับใช้ในประเทศไทยมีดังนี้

กรณีที่หน่วยงานที่ทำการจัดซื้อ สามารถที่จะแยกผู้เสนอราคาที่ทำการเสนอราคา ออกจากการประมูลหรือการเสนอราคาได้ เนื่องจากในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา ผู้ที่ทำการเสนอราคา อยู่ภายใต้บังคับของการลงโทษอันเนื่องมาจากการถูกเลิกจ้าง หรือฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาอย่างร้ายแรง ในการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการสาธารณะในครั้งก่อน กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้เสนอราคาเคยทำผิดเงื่อนไข กับหน่วยงานของรัฐ อาจเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชนก็ได้ และอยู่ในช่วงระยะเวลา ไม่เกิน 3 ปี นับแต่มีการประกาศให้มีการเสนอราคาของหน่วยงานที่ต้องการจัดซื้อสินค้าและบริการ และเคยถูกลงโทษในการเลิกจ้าง เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือมีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนด ในสัญญาอย่างร้ายแรง หน่วยงานที่ทำการจัดซื้ออาจจะคัดผู้เสนอราคารายนี้ ไม่ให้เข้าเป็นผู้เสนอราคา ต่อหน่วยงานของตนได้<sup>86</sup>

กรณีที่ผู้เสนอราคาเป็นผู้ที่ไม่ปฏิบัติ หรือฝ่าฝืนตามเงื่อนไขของประมวลกฎหมายการค้า หรือผู้เสนอราคาไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม เกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี ในการจัดทำรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในปีก่อนที่จะทำการเสนอราคา อาจทำให้ถูกตัด จากการเป็นผู้เสนอราคารายนี้<sup>87</sup> จากไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้

<sup>85</sup> Code de la commande publique, Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre 1er : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 2 : Exclusions à l'appréciation de l'acheteur.

<sup>86</sup> Code de la commande publique, Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre 1er : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 2 : Exclusions à l'appréciation de l'acheteur , L. 2141-7.

<sup>87</sup> Code de la commande publique, Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre 1er : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 2 : Exclusions à l'appréciation de l'acheteur , L. 2141-7-1 , L. 2141-7-2.

กรณีที่ตัดสิทธิผู้เสนอราคา เนื่องจากการดำเนินการของผู้เสนอราคา ที่เป็นการเอาเปรียบผู้เสนอคารายอื่น ในการจัดซื้อจัดจ้าง การใช้อิทธิพลต่างๆ การมีส่วนร่วมไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม ในการทำให้เกิดการบิดเบือนไม่ให้เกิดการแข่งขันราคาด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ที่เป็นการเอาเปรียบผู้เสนอคารายอื่น หรือการกระทำใดๆ อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาผลการเสนอราคา<sup>88</sup>

กรณีที่ผู้เสนอราคาทำการสมยอมราคากัน หรือทำการฮั้วประมูลกัน<sup>89</sup> ในกรณีนี้หน่วยงาน ที่ทำการจัดซื้อ สามารถที่จะคัดผู้เสนอราคาออกจากขั้นตอนการเสนอราคา ในกรณีที่มีความเชื่อ และมีพยานหลักฐานอย่างเพียงพอว่า ผู้เสนอแต่ละรายได้ทำข้อตกลง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบิดเบือน การเสนอราคาเพื่อไม่ให้เกิดการแข่งขันราคากันโดยปกติ โดยหน่วยงานที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างสามารถ ที่จะตัดผู้เสนอคารายนั้นออกจากการประมูลในครั้งนั้นได้

บทลงโทษทางอาญาเกี่ยวกับความผิดในการเสนอราคาของประเทศฝรั่งเศส

สำหรับโทษทางอาญาในการกระทำความผิดในการเสนอราคา ตามประมวลกฎหมาย การจัดซื้อจัดจ้างของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะถูกกำหนดไว้ในการกระทำความผิดในมาตรา L. 2141-1 ซึ่งมีความผิดที่เกี่ยวกับการเสนอราคา และมีโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้แก่ การกระทำความผิดของเอกชน และการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ

การกระทำความผิดของเอกชน

กรณีการเสนอให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่แก่บุคคลที่มีอำนาจหน้าที่ในการสาธารณะ<sup>90</sup> ในกรณีนี้คือการที่มีเอกชน หรือบุคคลใด มาเสนอผลประโยชน์ใดๆ กับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ ในการปฏิบัติหน้าที่โดยมีลักษณะให้เจ้าหน้าที่นั้น มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อตนเอง หรือผู้อื่น โดยการให้เจ้าหน้าที่นั้น ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หรือการช่วยอำนวยความสะดวกที่อยู่ในภารกิจ หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำใดๆ ก็ตาม หรือจะเป็นการใช้อิทธิพลในตำแหน่งหน้าที่ หรือการใช้อำนาจในการบริหารข้อสัญญาต่างๆ และไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยทางตรงหรือทางอ้อม ก็ถือว่าเป็นความผิด โดยผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 433-1 จะมีโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 1,000,000 ล้านยูโร และค่าปรับจะเพิ่มขึ้นเป็น 2,000,000 ล้านยูโร หรือเป็นจำนวนเงิน 2 เท่า ของเงินที่ได้จากการกระทำความผิด เมื่อเป็นการกระทำความผิดมาจากการกระทำโดย กลุ่มเครือข่าย อาชญากรรม

<sup>88</sup> Code de la commande publique, Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 2 : Exclusions à l'appréciation de l'acheteur , L. 2141-8.

<sup>89</sup> Code de la commande publique , Titre IV : PHASE DE CANDIDATURE , Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation , Section 2 : Exclusions à l'appréciation de l'acheteur , L. 2141-9.

<sup>90</sup> Code penal articles 433-1

กรณีการกระทำความผิดโดยมีการเชิญชวนหรือ การชักจูงใดๆ ที่จะเสนอผลประโยชน์ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพื่อให้ได้มาในการ เข้าเป็นคู่สัญญา ของหน่วยงาน จัดซื้อสาธารณะของรัฐ<sup>91</sup> หรือเพื่อการดำเนินการเอื้อประโยชน์ใดๆ ในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเสนอเพื่อผลประโยชน์ให้กับตนเองหรือเพื่อให้บุคคลอื่นได้เข้าเป็นคู่สัญญา กับหน่วยงาน ของรัฐ ในกรณีนี้อาจจะเป็นการดำเนินการในลักษณะของการกีดกันหรือการใช้อิทธิพลใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่ง การเป็นผู้ชนะในการเสนอราคาครั้งนั้น โดยผู้ที่ดำเนินการนั้นจะมีความผิดและมีโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 500,000 ยูโร ในกรณีที่การกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาของหน่วยงานรัฐ ค่าปรับ จะเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า ของรายได้ที่ได้ในการกระทำความผิด และหากมีการกระทำความผิด โดยการเสนอ ผลประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยการผ่านตัวแทน หรือบุคคลอื่นที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ ในการดำเนินการนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคล หรือนิติบุคคล ได้เข้าเป็นคู่สัญญา เพื่อประโยชน์ สำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยการให้เจ้าหน้าที่ผู้ที่เกี่ยวข้อง ปฏิบัติหรือละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อที่จะได้เป็นผู้สัญญากับรัฐ ผู้ที่กระทำความผิดมีโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 500,000 ยูโร<sup>92</sup>

กรณีที่บุคคลใดๆ เสนอ สัญญาว่าจะมอบ ผลประโยชน์ใดๆ ให้กับบุคคลอื่น ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม โดยมีการใช้อิทธิพลข่มขู่ เพื่อให้ได้เป็นคู่สัญญา หรือการบีบบังคับ อันใดเพื่อเอื้ออำนวย ให้ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาตัดสินใจ เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ในประเทศหรือภายในองค์กร ระหว่างประเทศ

บุคคลที่ได้กระทำความผิดจากมีโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 500,000 ยูโร และหากใช้อิทธิพลในการข่มขู่ค่าปรับอาจเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า ของเงินที่ได้จากการกระทำความผิด<sup>93</sup>

กรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ก่อให้เกิดอาชญากรรม สามารถถูกลงโทษ ได้ตามบทบัญญัติดังต่อไปนี้<sup>94</sup> คือ การให้เลิกกิจการของนิติบุคคลนั้น, การห้ามประกอบกิจการอันเกี่ยวกับ วิชาชีพนั้นเป็นเวลา 5 ปี ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการทั้งทางตรงและทางอ้อม, การระงับการประกอบกิจการ เป็นเวลา 5 ปี ของสถานประกอบกิจการสาขาที่ได้กระทำความผิด, การยกเว้นในการเข้าทำสัญญา กับหน่วยงานของรัฐ อย่างถาวร หรือยกเว้นในการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงาน บริการสาธารณะเป็นเวลา 5 ปี

<sup>91</sup> Code penal articles 433-2.

<sup>92</sup> Code penal articles 445-1.

<sup>93</sup> Code penal articles 435-4.

<sup>94</sup> Code penal articles 131-39.

### การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ

โทษทางอาญาในการกระทำความผิดในการเสนอราคา ตามประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะถูกกำหนดไว้ในการกระทำความผิดในมาตรา L. 2141-1 จะยึดโยงไปที่ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสในมาตรา 432-11 และ 432-1-1 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

กรณีที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นผู้บริหาร หรือเป็นผู้ที่มีอำนาจในการดำเนินการต่างๆ ในกิจการที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ได้ดำเนินการ ชักชวน หรืออนุมัติ ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม ในการดำเนินการเกี่ยวกับข้อสัญญา ข้อเสนอ หรือประโยชน์ใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพื่อให้มีการปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หรือภารกิจ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน หรือการใช้อิทธิพลใดๆ ในทางที่มีชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้มีการดำเนินการใดๆ เพื่อให้มีการตัดสินใจในการเอื้อประโยชน์ หรือให้เกิดความแตกต่างในข้อสัญญาต่างๆ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นผู้บริหาร หรือเป็นผู้ที่มีอำนาจ ในการดำเนินการต่างๆ ในกิจการที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ หากกระทำความผิดต้องรับโทษ จำคุก 10 ปี และปรับ 1,000,000 ยูโร กรณีที่มีการกระทำความผิดเป็นเครือข่ายกลุ่มอาชญากรรม ค่าปรับจะเพิ่มเป็น 2 เท่า

กรณีที่เป็นผู้ที่สนับสนุนให้มีการกระทำความผิด แต่ถ้ามีการแก้ไขหรือบรรเทา ความเสียหาย หรือชดใช้เยียวยาจากการกระทำความผิด หรือได้แจ้งเกี่ยวกับการกระทำความผิด ให้กับหน่วยงานทางปกครอง หรือศาล เพื่อให้สามารถยุติการกระทำความผิด หรือให้ข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวกับผู้ที่ได้กระทำความผิด โทษที่ได้รับจะลดลงเหลือครึ่งหนึ่ง<sup>95</sup>

กรณีความผิดที่เอกชน และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้กระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอ ราคา ตามประมวลการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส ตามมาตรา L. 2141-1 ต้องมีคำพิพากษาให้ถึงที่สุด ว่าเคยกระทำความผิด หรือมีการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส หรือกระทำความผิดตามกฎหมายของประเทศในเครือสหภาพยุโรป ให้อยากเว้น หรือตัดสิทธิ์ การให้เป็นผู้เสนอ ราคาให้กับหน่วยงานของรัฐเป็นระยะเวลา 5 ปี ด้วย

<sup>95</sup> Code penal articles 432-11, articles 432-1-1.

## 7. กฎหมายที่เกี่ยวกับการเสนอราคาในประเทศญี่ปุ่น

การศึกษาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศญี่ปุ่น ผู้วิจัยสนใจที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับการกระทำความผิดในการเสนอราคา รวมถึงบทลงโทษเมื่อมีการกระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามการผูกขาดโดยเอกชนและการรักษาการค้าที่เป็นธรรม และกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการ และผู้ประกอบการและการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคาของภาครัฐ ในกรณีที่เป็นโทษทางอาญา เป็นสำคัญ

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศญี่ปุ่น มีการกระจายอำนาจให้กับส่วนราชการท้องถิ่นค่อนข้างมาก โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่จัดซื้อจัดจ้างเป็นของตนเอง สำหรับกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศญี่ปุ่นแบ่งได้เป็น 3 ระดับคือ

- 1) กฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณ หนี้สาธารณะ การจ่ายเงินการป้องกันการจ่ายเงินล่าช้าของภาครัฐ
- 2) มติคณะรัฐมนตรี เป็นคำสั่งและระเบียบในเชิงนโยบายที่เกี่ยวกับการบัญชีและงบประมาณ รวมถึงการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ
- 3) ระเบียบในระดับกระทรวง เป็นคำสั่งและระเบียบในระดับปฏิบัติการสำหรับการทำงานต่างๆ ให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เช่นการจัดเก็บรายได้ การเบิกจ่าย หลักเกณฑ์การทำสัญญาต่างๆ

ในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการระดับท้องถิ่นอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ กระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร ซึ่งอาจเทียบได้กับกระทรวงมหาดไทยของประเทศไทย ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการบริหารงานของผู้ว่าราชการจังหวัด และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ซึ่งในการบริหารราชการในระดับท้องถิ่นของประเทศญี่ปุ่นมีความเป็นอิสระในด้านการบริหารงานในท้องถิ่นของตนเองสูงมาก โดยเฉพาะเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่ายสูงถึงร้อยละ 50 รวมถึงการจัดซื้อจัดจ้างภายในท้องถิ่นด้วย<sup>96</sup> การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในระดับท้องถิ่นอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ Ministry of Internal Affairs and Communications อาจเทียบเคียงได้กับกระทรวงมหาดไทยของประเทศไทยที่มีหน้าที่กำกับดูแลการบริหารงานของผู้ว่าราชการจังหวัด อบต. และ อบจ. อย่างไรก็ตามส่วนราชการในระดับท้องถิ่นของญี่ปุ่นมีความเป็นอิสระในด้านการบริหารจัดการท้องถิ่นของตนเองสูงมาก ซึ่งรวมถึงการจัดซื้อจัดจ้างภายในท้องถิ่นด้วย ในขณะที่การจัดซื้อจัดจ้างในระดับท้องถิ่น

<sup>96</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาโครงสร้างระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. 2551. หน้า 20.

ของประเทศไทยยังมีระดับการควบคุมจากส่วนกลางสูงมาก การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นของญี่ปุ่นใช้กฎหมาย Local Autonomy Law (Law No. 67 of 1947) ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎระเบียบการจัดซื้อจัดจ้างในระดับท้องถิ่นอยู่ด้วย ทั้งนี้ การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในระดับท้องถิ่นอยู่ภายใต้ความครอบคลุมของ GPA หลังจากญี่ปุ่นลงนามแล้วประมาณ 10 ปี โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของญี่ปุ่น มีรายได้ในการบริการจัดการภายในท้องถิ่นของตนเอง เช่น มีรายได้จากเงินภาษีที่รัฐบาลส่วนกลางอุดหนุนให้ เงินภาษีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดเก็บเอง เงินอุดหนุนเฉพาะกิจ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดสวัสดิการสังคม และการจัดทำพันธบัตรท้องถิ่น

ความตกลงการค้าแบบพหุภาคีว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐขององค์การการค้าโลก หรือ GPA (Government Procurement Agreement) เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นเป็นภาคีของ GPA ประกอบกับหลายประเทศรวมทั้งญี่ปุ่นใช้ GPA เป็นกรอบในการเจรจาด้านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีความสมบูรณ์และสอดคล้องกับความตกลง GPA รัฐบาลญี่ปุ่นจึงจัดให้มีระบบรับเรื่องร้องเรียนด้านการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นเป็นการเฉพาะเรียกว่า Government Procurement Challenge System มีหน่วยงานรับผิดชอบหลัก คือ สำนักงานทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซัพพลายเออร์หรือประชาชนทั่วไปสามารถส่งเรื่องร้องเรียนไปยังหน่วยงานนี้ได้ โดยในเบื้องต้นสำนักงานจะนำไปพิจารณาว่าจะรับเรื่องร้องเรียนหรือไม่ ซึ่งคล้ายกับของประเทศไทยที่มีกรมบัญชีกลาง เป็นหน่วยงานที่รับเรื่องร้องเรียน และมีคณะกรรมการวินิจฉัยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นผู้พิจารณาในกรณีที่มีการร้องเรียนเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง

ความตกลงการค้าหลายฝ่ายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐหรือ GPA ประกอบด้วยมาตราต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างรวม 24 มาตรา สรุปสาระสำคัญได้ตามประเด็นดังต่อไปนี้

ขอบเขตและความครอบคลุมของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศญี่ปุ่น

วัตถุประสงค์สำคัญของ GPA คือการขยายขอบเขตการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น GPA จึงกำหนดให้ความตกลงนี้มีผลครอบคลุมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยแบ่งเป็น 6 ประเด็นย่อยคือ

1) ครอบคลุมกับหน่วยงานของรัฐบาลทุกระดับ ทั้งรัฐบาลกลาง รัฐบาลท้องถิ่น และหน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น รัฐวิสาหกิจ โดยสำหรับประเทศกำลังพัฒนาอาจใช้วิธีปฏิบัติที่เป็นพิเศษและแตกต่าง (special and differential treatments) ร่วมด้วย

2) ครอบคลุมสัญญาทุกชนิด ได้แก่ สัญญาซื้อ เช่า จ้าง เช่าซื้อ

3) ครอบคลุมทั้งการซื้อสินค้าและบริการ รวมทั้งงานก่อสร้าง

4) ครอบคลุมการจัดซื้อจัดจ้างตามมูลค่าขั้นต่ำ (thresholds) ที่แต่ละประเทศจะเจรจา

ต่อรองกัน

นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดอื่นเพิ่มเติมอีกเช่น การไม่เลือกปฏิบัติ การจัดซื้อจัดจ้าง ต้องเป็นไปด้วยความโปร่งใส มีการเผยแพร่ข้อมูลและขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างต่างๆ การให้แต้มต่อ เพื่อประโยชน์สำหรับผู้เสนอราคาภายในประเทศ การคัดค้านการเสนอราคา การระงับข้อพิพาทต่างๆ สำหรับรูปแบบในการจัดซื้อจัดจ้างสามารถทำได้ 3 รูปแบบคือ

1) การประกวดราคาแบบเปิด (open bidding) คือ การประกวดราคาที่อนุญาตให้ผู้เสนอราคาทุกรายที่สนใจสามารถเสนอซื้อเข้าประกวดราคาได้ทั้งผู้เสนอราคาภายในประเทศและต่างประเทศ โดย GPA กำหนดให้ภาคีสมาชิกพิจารณาการประกวดการูปแบบนี้ก่อนเป็นอันดับแรกเนื่องจากมีระดับการแข่งขันสูงที่สุด

2) การประกวดราคาแบบคัดเลือก (selective bidding) คือการประกวดราคาโดยมีการเชิญผู้เสนอราคาที่ผ่านการพิจารณาความเหมาะสมแล้ว (pre-qualified suppliers) เท่านั้น ภาคีสมาชิกมีพันธะที่จะต้องเผยแพร่ข้อมูลบัญชีผู้เสนอราคาที่ผ่านการพิจารณาแล้ว ตลอดจนระยะเวลาที่จะมีสิทธิอยู่ในบัญชีรวมทั้งเงื่อนไขของคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่จะรับพิจารณาและวิธีการในการพิจารณาความเหมาะสมให้ภาคีสมาชิกอื่นๆ ทราบอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง (มาตรา IX:9)

(3) การประกวดราคาแบบจำกัด (limited หรือ single bidding) คือการประกวดราคาโดยการเรียกผู้เสนอราคาจำนวนน้อยรายซึ่งจะใช้วิธีนี้ในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น เช่นกรณีที่ไม่มีผู้สนใจเสนอราคาเลยหลังจากประกาศแล้ว กรณีฉุกเฉินเร่งด่วนหรือการก่อสร้างเพิ่มเติมที่ไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาครั้งแรก (มาตรา XV)

### 7.1 คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม

คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission หรือ JFTC) เป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการป้องปรามการผูกขาดและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในตลาดต่างๆ รวมทั้งตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของญี่ปุ่น ประกอบด้วยประธานกรรมการ (chairman) 1 คน และกรรมการ (commissioner) 4 คน ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายหรือเศรษฐศาสตร์ คณะกรรมการดังกล่าวเป็นหน่วยงานกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative) และกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) ในสังกัดของสำนักนายกรัฐมนตรีญี่ปุ่น

ในด้านการดำเนินงาน คณะกรรมการดังกล่าวเป็นอิสระจากการสั่งงาน หรือการควบคุมจากหน่วยงานใด อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าว ยังคงขึ้นอยู่กับฝ่ายการเมือง กล่าวคือนายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการและประธานคณะกรรมการด้วยความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยคณะกรรมการทั้งหมดจะไม่สามารถถูกถอดถอนได้ในระหว่างวาระการปฏิบัติภารกิจ 5 ปี<sup>97</sup>

<sup>97</sup> “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 44-45.



อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม คือ การเป็นหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับสนับสนุนการแข่งขันที่อิสระและเป็นธรรมในตลาดมีความเกี่ยวข้องกับภาครัฐและภาคเอกชนของญี่ปุ่น ซึ่งหน่วยงานภาครัฐของญี่ปุ่นมีหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้าง ส่วนภาคเอกชนมีหน้าที่เสนอสินค้าและบริการ โดยคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม จะสามารถเข้ามาดำเนินการที่เกี่ยวข้องได้แก่

1) การสอบสวนการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยสามารถเข้าไปตรวจสอบบริษัทที่ต้องสงสัยได้โดยตรง หากพบว่ามีกรละเมิดกฎหมายคณะกรรมการสามารถสั่งผู้ละเมิดหยุดการละเมิด และสามารถปรับผู้ละเมิดได้

2) ยอมรับและตรวจสอบคำชี้แจงจากบริษัทเอกชน หรือสมาคมผู้ประกอบการที่คณะกรรมการดังกล่าวมีคำสั่งให้รายงาน

3) การวิจัยสภาพตลาดในอุตสาหกรรมที่มีการผูกขาด เพื่อระบุปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น และเป็นข้อมูลพื้นฐานในการป้องกันการผูกขาด

4) ให้คำแนะนำแก่หน่วยงานราชการอื่นๆ ในด้านการป้องกันการผูกขาด ในกรณีที่หน่วยราชการนั้นกำลังจะทบทวนแก้ไขกฎหมายหรือดำเนินการใดๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาด

5) การประกาศแนวทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

**7.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามการผูกขาดโดยเอกชน และการรักษาการค้าที่เป็นธรรม (Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade)**

เป็นกฎหมายที่สำคัญฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการสร้างการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศญี่ปุ่น คือกฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Anti-monopoly Act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกติกาสำหรับผู้ประกอบการเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด ห้ามการกีดกันทางการค้าในรูปแบบต่างๆ และใช้สำหรับการเสนอราคาในหน่วยงานภาครัฐ และใช้ในหน่วยงานราชการส่วนท้องถิ่นของประเทศญี่ปุ่น

สาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวมีสามประการคือ

1) การห้ามการผูกขาดของเอกชน (private monopoly) ซึ่งหมายถึงการกระทำของผู้ประกอบการ (หรือการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการ) ที่พยายามจะกีดกันคู่แข่งออกไปจากตลาด โดยการขายสินค้าราคาต่ำอย่างไม่สมเหตุสมผล ซึ่งส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันของตลาด

2) การห้ามการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุผล โดยเฉพาะการห้ามการรวมกลุ่มกันในลักษณะคาร์เทล (cartel) ในอุตสาหกรรมที่มีการผูกขาด ซึ่งหมายถึงอุตสาหกรรมที่ผู้ประกอบการรายใหญ่ที่สุด 3 ราย มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 70 ของตลาดทั้งหมด พฤติกรรมการจำกัดการค้าที่พบบ่อยในอุตสาหกรรมดังกล่าวคือการสมยอมกันขึ้นราคาในส่วนของกรห้ามการจำกัด

ทางการค้านี้ ยังรวมถึงการห้ามการฮั้วประมูล (bidrigging) ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งหมายถึง การที่ซัพพลายเออร์รวมกลุ่มกันก่อนหน้าที่จะมีการประกวดราคาเพื่อกำหนดราคาที่จะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หรือการตกลงกันก่อนว่าใครจะเป็นผู้ชนะการประกวดราคา ในลักษณะที่มีการหมุนเวียนกันรับงาน หรือการเปลี่ยนกันเป็นคู่แข่งราคา

3) การห้ามการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade) เช่น การปฏิเสธไม่ยอมค้าด้วย (refusal to deal) การตั้งราคาแบบเลือกปฏิบัติ (discriminative pricing) การลอกลวงผู้บริโภค และการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอารัดเอาเปรียบ การกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ค้ารายใดเป็นพิเศษ เป็นต้น

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น<sup>98</sup> ครอบคลุมกรณีที่มีการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการเสนอราคา คือ การลงโทษบุคคลที่มีการดำเนินการในลักษณะใดๆ มีการผูกขาดหรือการงดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล หรืองดการประมูล และในเรื่องของการกีดกันทางการค้า การทำให้ไม่เกิดการแข่งขันราคา หรือการชักจูงให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาอย่างปกติ การดำเนินการใดๆ ที่ส่งผลให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาที่เป็นธรรม ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นความผิดเกี่ยวกับการฮั้วประมูล โดยการกระทำความผิดในลักษณะนี้ มีโทษจำคุกเป็นไม่เกิน 5 ปี ปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท

กรณีสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับนิติบุคคล<sup>99</sup> ซึ่งหากตัวแทนของนิติบุคคล หรือตัวแทนลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานอื่นใดของนิติบุคคล บุคคลหรือนิติบุคคลที่ทำการฝ่าฝืนในนามของนิติบุคคล ที่แต่กระทำการที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการผูกขาดในทางการค้าใดๆ จะต้องถูกตัดสินให้มีความผิด และชำระค่าปรับ ไม่เกิน 500 ล้านบาท ซึ่งความผิดในลักษณะนี้จะเป็นความผิดที่เกิดจากผู้แทนของนิติบุคคล ที่มีอำนาจกระทำการ หรือได้รับมอบหมายให้ดำเนินการในนามของนิติบุคคลนั้น เข้ามีกระทำการอันเป็นความผิด เพื่อผูกขาดหรือการงดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล หรืองดการประมูล และในเรื่องของการกีดกันทางการค้า การทำให้ไม่เกิดการแข่งขันราคา หรือการชักจูงให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาอย่างปกติ

กรณีที่นิติบุคคลได้กระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด และหากศาลพิจารณาว่าการกระทำของนิติบุคคล ได้ทำความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติ ศาลอาจจะตัดสินให้ยกเลิกสมาคม หรือนิติบุคคลนั้นได้<sup>100</sup> โดยการกระทำความผิดนี้จะต้องถูกดำเนินคดี และศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้น มีการกระทำที่เป็นลักษณะที่ร้ายแรง ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ และจะใช้เพียงโทษปรับอย่างเดียวไม่เพียงพอ หากปล่อยให้นิติบุคคลนั้นดำเนินการต่อไป ย่อมเกิดผลเสียหายต่อประเทศดังนั้นศาลจึงสามารถมีคำสั่งให้ยุบ เลิก นิติบุคคลที่กระทำความผิดนั้นได้

<sup>98</sup> Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, Article 89 (1).

<sup>99</sup> Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, Article 95 (1).

<sup>100</sup> Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, Article 95-4 (1).

### 7.3 กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการ และผู้ประกอบการ และการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคาของภาครัฐ หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดและป้องกันการมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเสนอราคา

กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการและผู้ประกอบการ และการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคา (Act on Elimination and Prevention of Involvement in Bid Rigging, etc. and Punishments for Acts by Employees that Harm Fairness of Bidding, Act No. 101 of 2002) เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสมยอมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการ (หรือกลุ่มของผู้ประกอบการ) ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคาของภาครัฐ เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อเดือนมกราคม 2003 สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือ<sup>101</sup>

1) หน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้ความครอบคลุมของกฎหมายฉบับนี้ (มาตรา 2 วรรค 1, 2 และ 3) หน่วยงานราชการในส่วนกลาง, หน่วยงานราชการในส่วนท้องถิ่น, บริษัทที่ภาครัฐมีส่วนกลาง และท้องถิ่นถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป, บริษัทหรือองค์กรใดๆ ที่จัดตั้งขึ้นด้วยกฎหมายพิเศษ โดยกฎหมายกำหนดให้มีผู้แทนจากภาครัฐทั้งส่วนกลางและท้องถิ่นเป็นคณะกรรมการบริหารซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้จำนวนอย่างน้อย 1 ใน 3 ของคณะกรรมการบริหารทั้งคณะของหน่วยงานนั้น (มติคณะรัฐมนตรีให้ยกเว้น Nippon Telegraph and Telephone Corporation และ Japan Post Holdings Co., Ltd. เนื่องจากเป็นบริษัทที่มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นเท่านั้น (holding company) มิได้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเอง)

2) การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้าข่ายความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ (มาตรา 2 วรรค 5) ให้ข้อมูลเป้าหมายงานจัดซื้อจัดจ้างประจำปี หรือให้คำแนะนำแก่ผู้ประกอบการหรือกลุ่มของผู้ประกอบการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ประกอบการสมยอมกัน การกำหนดหรือแนะนำชื่อผู้ประกอบการหรือกลุ่มของผู้ประกอบการที่จะชนะการประกวดราคาล่วงหน้าเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับของการประกวดราคาให้แก่ผู้ประกอบการ เช่น เปิดผนึกประมาณ หรือราคาประมาณการของทางราชการ การให้ความช่วยเหลืออื่นใดแก่ผู้ประกอบการเพื่อให้เกิดการสมยอมกัน

3) บทลงโทษสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สอบสวนแล้วพบว่ากระทำความผิด ต้องโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 2.5 ล้านบาท โดยนอกเหนือจาก บทลงโทษตามที่กฎหมายฉบับนี้ กำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำความผิดจะต้องรับโทษทางวินัยตาม National Public Service Act และ Local Public Service Act รวมถึงต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างอีกด้วย โดยกฎหมายฉบับนี้ของญี่ปุ่น เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสมยอม

<sup>101</sup> Act on Elimination and Prevention of Involvement in Bid Rigging, etc. and Punishments for Acts by Employees that Harm Fairness of Bidding, Act No. 101 of 2002.

หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการประกวดราคาของรัฐเริ่มมีผลบังคับใช้เดือนมกราคมปี 2003 โดยมีสาระสำคัญ ที่ระบุเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่เข้าข่ายความผิดตามกฎหมายนี้ คือ การให้ข้อมูลในการจัดซื้อจัดจ้างหรือให้คำแนะนำเป็นผู้ประกอบการ โดยมีวัตถุประสงค์ในการสมยอมกัน โดยมีการกำหนดแนะนำชื่อผู้ประกอบการ หรือกลุ่มของผู้ประกอบการ ที่จะชนะการประกวดราคาไว้ล่วงหน้า การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับของทางราชการให้แก่ผู้ประกอบการ เช่น การเปิดเผยงบประมาณ หรือราคาประมาณการของทางราชการ การให้ความช่วยเหลืออื่นใดแก่ผู้ประกอบการเพื่อให้เกิดการสมยอมราคากัน มีบทลงโทษสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สอบสวนแล้วพบว่า กระทำความผิดหรือมีส่วนอย่างสำคัญในการกระทำความผิด ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 2.5 ล้านบาท นอกจากนี้ที่กระทำความผิด ยังต้องรับโทษทางวินัยตาม National Public Service Act และ Local Public Service Act รวมถึงต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างให้กับส่วนราชการอีกด้วย

ปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติม โดยเพิ่มบทลงโทษในทางอาญาสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ บทลงโทษสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สอบสวนแล้วพบว่ามีกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 2.5 ล้านบาท<sup>102</sup> นอกจากนี้โทษทางอาญาแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำความผิดจะต้องรับโทษทางวินัยและรวมถึงการทดแทนค่าเสียหายให้กับหน่วยงานทางราชการอีกด้วย โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2007<sup>103</sup>

บทลงโทษทางอาญาเกี่ยวกับความผิดในการเสนอราคาของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับโทษทางอาญาในการกระทำความผิดในการเสนอราคา ตามประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศญี่ปุ่น จะถูกกำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการ และผู้ประกอบการและการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคาของภาครัฐ ซึ่งมีความผิดที่เกี่ยวกับการเสนอราคา ประกอบด้วย การกระทำความผิดของเอกชน นิติบุคคล และการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ

<sup>102</sup> Act on Elimination and Prevention of Involvement in Bid Rigging, etc. and Punishments for Acts by Employees that Harm Fairness of Bidding, etc. (Act No. 101 of 2002), Article 8 (Disturbance of bidding, etc. by employees).

<sup>103</sup> คณะกรรมการการค้ำที่เป็นธรรมของญี่ปุ่น. การแก้ไขกฎหมายป้องกันการสมยอมระหว่างข้าราชการและผู้ประกอบการและการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคาของภาครัฐ. 30 มิถุนายน 2567. สืบค้นจาก [www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/aepibr.html](http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/aepibr.html).

### การกระทำความผิดของเอกชน

การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับเอกชน และนิติบุคคลที่กระทำความผิด จะปรากฏอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด กรณีที่มีการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการเสนอราคา คือ การลงโทษบุคคลที่มีการดำเนินการในลักษณะใดๆ มีการผูกขาดหรือการงดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล หรืองดการประมูล และในเรื่องของการกีดกันทางการค้า การทำให้ไม่เกิดการแข่งขันราคา หรือการชักจูงให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาอย่างปกติ การดำเนินการใดๆ ที่ส่งผลให้ไม่เกิดการแข่งขันราคา โดยเฉพาะความผิดที่เกิดจากการ

สมยอมราคา หรือการฮั้วประมูล ซึ่งบุคคลที่กระทำความผิดจะมีโทษทางอาญา คือ จำคุกไม่เกิน 5 ปี และ ปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท

สำหรับนิติบุคคลที่กระทำความผิด โดยมีตัวแทนของนิติบุคคล ลูกจ้าง หรือได้รับมอบหมายให้ดำเนินการในนามของนิติบุคคลนั้น เข้ามีกระทำการอันเป็นความผิด เพื่อผูกขาดหรือการงดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล หรืองดการประมูล และในเรื่องของการกีดกันทางการค้า การทำให้ไม่เกิดการแข่งขันราคา หรือการชักจูงให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาอย่างปกติ โดยนิติบุคคลที่มีส่วนในการกระทำความผิด ต้องถูกปรับ ไม่เกิน 500 ล้านบาท และในกรณีที่นิติบุคคลได้กระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด และหากศาลพิจารณาว่าการกระทำของนิติบุคคล ได้ทำความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติ ศาลอาจจะตัดสินให้ยกเลิกสมาคมหรือนิติบุคคลนั้นได้

### การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ

โทษทางอาญาในการกระทำความผิดในการเสนอราคา ตามประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศญี่ปุ่น จะถูกกำหนดไว้ในการกระทำความผิดในกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการ และผู้ประกอบการและการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคาของภาครัฐ มาตรา 8 ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการใดๆ ที่มีหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับ การเสนอราคา การทำสัญญา การซื้อ หรือขาย การเช่า ซึ่งกระทำการโดยหน่วยงานของรัฐบาลกลาง และรัฐบาลท้องถิ่น โดยเจ้าหน้าที่นั้นได้กระทำการใดๆ ที่มีการทำให้การเสนอราคาไม่เป็นธรรม ไม่เกิดการแข่งขันราคาตามปกติ หรือมีการกีดกันด้วยประการใดๆ มีวัตถุประสงค์เพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง ให้เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานรัฐ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ หรือ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้าง เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดดังกล่าว มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,500,000 เยน

## บทที่ 4

# บทวิเคราะห์ปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายไทยที่ต้องปรับปรุงแก้ไข เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิด เกี่ยวกับการเสนอราคา

### 1. การกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

รูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคา ยังคงมีการทุจริตในการเสนอราคายังมีอยู่เพียงแต่เปลี่ยนรูปแบบในการทุจริต จากการเปิดเผยข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีการดำเนินการเกี่ยวกับการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างอยู่ 11 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง<sup>104</sup>

#### 1) การแบ่งซื้อแบ่งจ้างโดยมิชอบ

ซึ่งตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 20 ระบุว่า การแบ่งซื้อแบ่งจ้างโดยการลดวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างในครั้งเดียวกัน เพื่อให้วิธีการซื้อหรือจ้าง หรืออำนาจในการสั่งซื้อหรือจ้างเปลี่ยนแปลงไปจะกระทำมิได้ และวรรคสองกำหนดว่า กรณีได้จัดเป็นการแบ่งซื้อแบ่งจ้าง ให้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการซื้อหรือจ้างครั้งนั้น และความคุ้มค่าของทางราชการเป็นสำคัญ กรณีเช่นนี้ เนื่องจาก กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สามารถใช้การจัดซื้อจัดจ้างได้ 3 รูปแบบคือ (1) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป (2) วิธีคัดเลือก (3) วิธีเฉพาะเจาะจง ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้ใช้การจัดซื้อจัดจ้าง โดยการใช้ประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไปที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไข ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดเงื่อนไขให้สามารถเข้ายื่นข้อเสนอได้<sup>105</sup> เว้นแต่ เมื่อใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปแล้วไม่มีผู้มายื่นเสนอราคา หรือข้อเสนอนั้นไม่ได้รับการคัดเลือก เนื่องจากได้เสนอราคาผิดเงื่อนไขหรือมีคุณสมบัติไม่ตรงกับที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ประกาศไว้ หรือเป็นการจ้างที่ต้องการซื้อวัสดุ ที่มีคุณลักษณะเป็นพิเศษหรือมีการซับซ้อนเป็นการเฉพาะ หรือมีความจำเป็นในการ ใช้พัสดุเร่งด่วนเนื่องจากเป็นเหตุการณ์

<sup>104</sup> ศักรินทร์ นิลรัตน์. รายงานโครงการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การทุจริตการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. 78 – 95.

<sup>105</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 55.

ที่ไม่สามารถคาดหมายได้ หรือเป็นพัสดุที่ต้องซื้อโดยตรงจากต่างประเทศ หรือเป็นการแจ้งซ่อมพัสดุที่จำเป็นต้องถอดตรวจ ให้ทราบความเสียหายก่อนจึงจะประมาณราคาได้ จึงให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทน<sup>106</sup> และหากใช้วิธีการคัดเลือกแล้วไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนออันนั้นไม่ได้รับการคัดเลือก ให้ใช้วิธีเฉพาะเจาะจงในการจัดซื้อจัดจ้างแทน ซึ่งปัจจุบันการจัดซื้อจัดจ้างในลักษณะเฉพาะเจาะจงนี้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้ให้จัดซื้อได้ไม่เกินครั้งละ 500,000 บาท โดยให้ใช้เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างสินค้า งานบริการ หรืองานก่อสร้าง ที่มีการผลิตและจำหน่าย หรือให้บริการทั่วไป ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะนำมาใช้เหมือนกันทั่วประเทศส่วนใหญ่ ส่วนท้องถิ่นจะนำมาใช้สำหรับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน เช่น การจัดซื้อจัดจ้างโครงการก่อสร้างถนน ก่อสร้างอาคาร ก่อสร้างอาคารระบายน้ำเป็นต้น<sup>107</sup>

ดังนั้น ในการจัดซื้อจัดจ้าง ตามกฎกระทรวง ซึ่งกำหนดไว้ไม่เกิน 500,000 บาท จึงสามารถพบได้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต่างๆ มีการจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปี ให้มีวงเงินน้อยกว่า 500,000 บาทต่อหนึ่งโครงการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ถือว่าเป็นการแบ่งซื้อแบ่งจ้าง โดยเริ่มตั้งแต่การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อให้ดำเนินการสามารถจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการเฉพาะเจาะจงได้ และทำให้ส่วนราชการหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูง เนื่องจากไม่มีการแข่งขันราคา กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการแบ่งซื้อแบ่งจ้างที่ถูกกฎหมาย และใช้วิธีเฉพาะเจาะจงตามระเบียบ กรณีเช่นนี้หากหน่วยงานหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง โดยให้เกิดการแข่งขันราคาหรือโดยให้ประหยัดงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถทำได้ นอกจากนี้แล้ว การแบ่งซื้อแบ่งจ้างสามารถทำได้หลายวิธี เช่น การจัดซื้อสินค้าและบริการ ในระยะเวลาใกล้เคียงกัน เช่นการจัดซื้อ คอมพิวเตอร์ ครั้งทีหนึ่ง ในราคา 500,000 บาท จากนั้นไม่นานก็ซื้อคอมพิวเตอร์ในครั้งที่สองอีก 500,000 บาท ซึ่งก็จะเห็นได้ว่าหากระยะเวลาเงินงบประมาณ หรือระยะเวลาในการจัดทำที่ไออาร์ หรือการรวบรวมข้อมูลอื่นๆ จากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ก็สามารถที่จะดำเนินการนำโครงการที่หนึ่ง และโครงการที่สอง นำมารวมเป็นโครงการเดียว ก็จะมีมูลค่า 1,000,000 บาท และสามารถที่จะใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างแบบเชิญชวนทั่วไปได้ ซึ่งก็จะเกิดการแข่งขันราคา ก็จะทำให้ประหยัดงบประมาณของส่วนทางราชการหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ หรือจะเป็นอีกกรณีหนึ่ง ในการจัดทำโครงการก่อสร้างถนน ซึ่งเป็นถนนสายเดียวกันเส้นเดียวกัน แต่มีการจัดซื้อจัดจ้างสองครั้ง ครั้งละไม่เกิน 500,000 บาท เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเป็นการแบ่งซื้อแบ่งจ้างและไม่มีการเสนอราคาของผู้ที่มีอาชีพรับเหมาก่อสร้าง แต่เป็นการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สามารถที่จะเลือก ผู้มีอาชีพรับเหมาก่อสร้างเข้ามาทำสัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้โดยตรง

<sup>106</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 56.

<sup>107</sup> กฎกระทรวง กำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีเฉพาะเจาะจง วงเงินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ พ.ศ. 2560 ข้อ 1.

2) การกำหนดคุณสมบัติเพื่อกีดกันหรือเอื้อประโยชน์ให้กับผู้รับจ้างบางราย

เกี่ยวกับกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างปัจจุบันองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นใช้ กฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างคือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีการกำหนดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างต้องทำโดยให้เกิดประโยชน์สูงสุด โปร่งใส เปิดเผย และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม และให้ปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน มีการเปิดเผยข้อมูลในการจัดซื้อจัดจ้างในทุกขั้นตอน และการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้าง ต้องไม่ให้ใกล้เคียงกับยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง หรือเป็นของผู้ขายรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ<sup>108</sup> โดยเฉพาะในการจัดซื้อจัดจ้างในงานจ้างออกแบบหรือการควบคุมงานก่อสร้าง จะมีการวางแผนในการกำหนดคุณสมบัติเพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับผู้รับจ้างที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐหรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ด้วยการวางตัวงบประมาณให้มีมูลค่าสูง ในบางกรณีที่เป็นโครงการจัดซื้อจัดจ้าง ในการจัดซื้อพัสดุนั้น จะมีการกำหนดคุณสมบัติเพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับผู้รับจ้างบางราย ซึ่งจะอยู่ในขั้นตอนกำหนดคุณสมบัติ ในประกาศ TOR โดยจะมีการประกาศเพิ่มเติม มากกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรฐานครุภัณฑ์ของสำนักงบประมาณ หรือมากกว่าบัญชีมาตรฐานครุภัณฑ์ของกรมบัญชีกลาง ซึ่งจะส่งผลให้มีผู้เสนอราคาร้าน้อยราย อาจส่งผลให้มีการสมยอมราคา หรือฮั้วประมูลกันได้ จึงส่งผลให้มีผู้ค้ำน้อยราย ในบางกรณีมีผู้ค้ำเพียงรายเดียวเท่านั้นที่มีคุณสมบัติ สามารถที่จะเสนอราคาได้ ซึ่งเป็นการกีดกันหรือเอื้อประโยชน์ ให้กับผู้รับจ้างหรือผู้ขายบางราย เนื่องจากไม่เกิดการแข่งขันราคากัน สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างโครงการใหญ่ๆ จะมีการกีดกันในลักษณะ ที่กำหนดชั้นของผู้รับจ้างไว้เป็นลำดับชั้น เช่น ผู้ประกอบการที่จัดอยู่ในประเภทชั้นที่ 1 มีสิทธิ์ในการเสนอราคางานก่อสร้างที่มีวงเงินต่อหนึ่งสัญญาไม่เกิน 500 ล้านบาท ผู้ประกอบการที่จัดอยู่ในประเภทชั้นที่ 2 มีสิทธิ์ในการเสนอราคางานก่อสร้างในวงเงินต่อหนึ่งสัญญาไม่เกิน 300 ล้านบาท เป็นต้น ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้มีผู้เสนอราคาร้าน้อยราย และมีโอกาสในการที่จะสมยอมราคาหรือฮั้วประมูลกันได้ง่ายมากขึ้น และสำหรับในโครงการที่มีมูลค่าไม่สูงมากนัก จะมีการกำหนดคุณสมบัติ ผู้เสนอราคา เช่น การเป็นผู้แทนจำหน่ายในประเทศไทย การกำหนดเรื่องของคุณยบริการ ในบางกรณีจะกำหนด ในเรื่องของสเปกของสินค้าเป็นหลัก เช่น ระบบเบรกต้องเป็นระบบที่ได้รับการรับรองจากสถาบันของต่างประเทศ เป็นต้น

3) การอ้างกรณีมีความจำเป็นเร่งด่วน หรือกรณีพิเศษ หรือกรณีมีความซับซ้อนที่เป็นเท็จ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการแข่งขันราคา

ในการจัดซื้อจัดจ้างปัจจุบันมีการกำหนดเกี่ยวกับความจำเป็นเร่งด่วน และกรณี ที่สิ่งของที่จะจัดซื้อจัดจ้างมีความซับซ้อนเป็นพิเศษ และสามารถที่จะจัดซื้อได้ โดยมีการยกเว้นไม่ต้องดำเนินการตามการจัดซื้อจัดจ้างตามปกติ ได้แก่ กรณีการจัดซื้อพัสดุที่ใช้ในราชการลับ

<sup>108</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8, มาตรา 9.



ส่วนใหญ่จะเป็นหน่วยงานความมั่นคง ไม่ว่าจะเป็นการจ้างออกแบบ การจ้างควบคุมงานก่อสร้าง<sup>109</sup> ส่วนใหญ่เป็นการอ้างเกี่ยวกับความจำเป็นเร่งด่วน และอ้างกรณีความลับของทางราชการ ในบางกรณี เป็นเพียงการก่อสร้างอาคารบ้านพักเท่านั้น เพื่อให้มีอำนาจในการคัดเลือกผู้รับจ้าง และในบางกรณี อ้างความซับซ้อน ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง ต้องใช้เทคนิคในการติดตั้งเป็นการเฉพาะ จำเป็นต้องคัดเลือก ผู้ประกอบการที่มีคุณภาพ โดยใช้เกณฑ์ราคาประกอบเกณฑ์อื่นในการพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ ที่มีคุณภาพ และคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วน ซึ่งได้คะแนนรวมสูงสุดเป็นผู้ชนะในการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น และในบางกรณีผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดอาจจะไม่ได้เป็นผู้ที่ชนะราคา เป็นผู้รับจ้างที่ทำสัญญากับรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากได้มีการใช้เกณฑ์อื่นประกอบ ในการให้คะแนนด้วย<sup>110</sup> ในกรณีนี้พบได้มากในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยอ้างความยุ่งยากซับซ้อน เพื่อเอื้อประโยชน์ ให้กับผู้รับจ้างบางราย โดยมีการใช้วิธีการให้คะแนนแก่ผู้รับจ้างบางราย แม้ว่าจะเสนอราคาสูงกว่า รายอื่น เช่น กรณีการจัดซื้อรถยนต์ส่วนบุคคล หรือรถจักรยานยนต์ หรือรถบรรทุกน้ำ ซึ่งในกรณีจัดซื้อพัสดุ ดังกล่าว ไม่ได้มีความยุ่งยากซับซ้อนแต่ประการใด องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงควรใช้เฉพาะเกณฑ์ ราคาในการดำเนินการเท่านั้น แต่ปรากฏว่าเมืองปกครองส่วนท้องถิ่นบางแห่ง ใช้เกณฑ์ราคา ประกอบเกณฑ์อื่น ในการพิจารณาพัสดุ และอ้างเหตุผลในเรื่องของความซับซ้อนทางเทคนิค สองผลให้เกิดการกีดกันผู้เสนอราคารายอื่น และทำให้เกิดการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นได้

#### 4) ผู้รับจ้างลงมือดำเนินการก่อนที่มีการจัดซื้อจัดจ้าง

ในกรณีนี้ เป็นกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความประสงค์ที่จะดำเนินการ จัดซื้อจัดจ้าง และมีความประสงค์ที่จะให้ผู้รับเหมา หรือผู้รับจ้าง รายใดรายหนึ่งโดยมีการกำหนด ตัวผู้รับจ้างไว้ก่อนแล้ว มีการรู้เห็นกันระหว่างนักการเมือง ข้าราชการ และผู้รับจ้าง โดยในการดำเนินการ จะมีการติดต่อประสานงานจากนักการเมือง หรือข้าราชการ เพื่อให้ผู้รับจ้างดำเนินการไปก่อน โดยอาจจะอ้างเหตุผลในเรื่องของความจำเป็นเร่งด่วนในการแก้ไขปัญหาให้กับประชาชน หรืออ้างว่า มีความจำเป็นในลักษณะอื่นทำนองเดียวกัน ในบางกรณี จะให้ผู้รับจ้างเข้าดำเนินการไปก่อน แล้วจึงให้ข้าราชการจัดทำแผนเพิ่มเติม เพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินการที่ได้ดำเนินการไปแล้ว จากนั้นค่อยนำเสนอผ่านสภาท้องถิ่นเพื่อของบประมาณในภายหลัง หรือจะเป็นกรณีที่เกี่ยวกับการซ่อมวัสดุอุปกรณ์ในสำนักงาน เช่น รถบรรทุกขยะ หรือรถบรรทุกน้ำ คือ เมื่อรถส่วนบุคคลเสีย จะเอารถเข้าซ่อมเลยทันที โดยที่ไม่ให้ทางซ่อมรถ หรือสถานบริการ ประเมินราคากลางเสียก่อน เมื่อซ่อมเสร็จแล้วจึงค่อยประเมินราคากลางในราคาที่สูง เป็นต้น

<sup>109</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 56(1) (ค) (ฉ).

<sup>110</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 65 วรรค 1.

### 5) การสมยอมในการเสนอราคา หรือ การฮั้วประมูล

ซึ่งในการศึกษาและการทำวิจัยฉบับนี้ ผู้เขียนจะเน้นในเรื่องของการสมยอมราคา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 หรือที่เรียกกันว่ากฎหมายฮั้วประมูล เนื่องจากผู้เขียนมีความสนใจในเรื่องนี้ โดยมีความสนใจในการที่จะปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้มีความทันสมัยทันต่อเหตุการณ์ปัจจุบันมากขึ้น โดยกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้าง มีความเกี่ยวข้องข้องกันกับการเสนอราคาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 โดยกฎหมายดังกล่าว เป็นกฎหมายที่มุ่งจะทำให้การจัดหาสินค้าหรือบริการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้เป็นงบประมาณไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม และมีการแข่งขันกันอย่างเสรี เพื่อประโยชน์สูงสุดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น และผลของการตกลงกันในการเสนอราคา หรือการสมยอมราคา ย่อมจะส่งผลเสียต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และทำให้เกิดความเสียหายต่องบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยต้องทำให้มีการจัดซื้อจัดจ้างสูงกว่าความเป็นจริง

เกี่ยวกับการมีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือ “ผู้มีผลประโยชน์ร่วมกัน” จะหมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ที่เข้าเสนอราคาหรือยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐใด เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลอื่น ที่เขาเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน<sup>111</sup> โดยการเข้ามามีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม จะต้องมิลักษณะดังนี้

(1) มีความสัมพันธ์กันในเชิงบริหาร โดยผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงาน ในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคล รายหนึ่ง มีอำนาจหรือสามารถใช้อำนาจในการบริหารจัดการกิจการของบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลอีกรายหนึ่ง หรือหลายราย ที่เข้าเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน

(2) การมีความสัมพันธ์กันในเชิงทุน โดยที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดอีกรายหนึ่ง หรือหลายราย ที่เขาเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน

(3) มีความสัมพันธ์กันในลักษณะไขว้กันระหว่าง (1) และ (2) โดยมีการสลับกันเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด หรือ สลับกันเป็นกรรมการผู้จัดการ ที่เข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน

<sup>111</sup> ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 4.

ในกรณีที่มิบุคคลใดใช้ชื่อบุคคลอื่นเป็นผู้จัดการ หรือหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือกรรมการ ผู้จัดการ โดยที่ตนเองเป็นผู้ใช้อำนาจในการบริหารที่แท้จริง หรือเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นที่แท้จริง ของห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ที่ได้เข้าเกี่ยวข้องในการเสนอราคา หรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐ ให้ถือว่า ผู้ยื่นข้อเสนอที่มีความสัมพันธ์กันและสำหรับ “การขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม” คือ การที่ผู้ยื่นข้อเสนอรายหนึ่งหรือหลายรายกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการขัดขวาง หรือเป็นอุปสรรค หรือไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในการเสนอราคา หรือยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะกระทำโดยการสมยอมกันหรือโดยการให้ ขอให้ หรือรับว่า จะให้ เรียก รับ หรือยอมจะรับเงิน หรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือแสดงเอกสารอันเป็นเท็จ หรือส่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใด ในการเสนอราคา ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์ในระหว่างผู้ยื่นข้อเสนอด้วยกัน หรือเพื่อให้ประโยชน์แก่ผู้ยื่นข้อเสนอรายหนึ่งรายใด เป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐนั้น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือเพื่อให้เกิดความได้เปรียบ หน่วยงานของรัฐโดยมิใช่ เป็นไปในทางประกอบธุรกิจปกติ ย่อมถือได้ว่าเป็นการสมยอมราคาทั้งสิ้น และการสมยอมราคา หรือการฮั้วประมูล ปัจจุบันมักจะพบในการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ หรืออีดดิง (e – Bidding) โดยที่จะมีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติถูกต้องเพียงไม่กี่ราย เข้าร่วมในการเสนอราคา จะมีลักษณะในการเสนอราคาที่แตกต่างกันเพียงเล็กน้อย

#### 6) การจัดซื้อจัดจ้างที่ราคาสูงเกินจริง

ในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้นจะต้องให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ต้องสอดคล้องกับหลักของคุ้มค่า โปร่งใส มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และสามารถตรวจสอบได้ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคากลางนั้น เป็นราคาเพื่อใช้เป็นแนวทาง หรือเป็นฐานเปรียบเทียบราคาจากผู้เสนอราคาไว้ และสามารถที่จะจัดซื้อจัดจ้างได้จริง มีแนวทางในการกำหนด ราคากลางที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการดังนี้<sup>112</sup>

- (1) ราคาที่ได้มาจากการคำนวณตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการและกำหนด
- (2) ราคาที่ได้มาจากฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่กรมบัญชีกลางจัดทำ
- (3) ราคามาตรฐานที่สำนักงบประมาณหรือหน่วยงานกลางอื่น
- (4) ราคาที่ได้มาจากการสืบราคาจากท้องตลาด
- (5) ราคาที่เคยซื้อ หรือจ้างครั้งสุดท้ายภายในระยะเวลาสองปีงบประมาณ
- (6) ราคาอื่นใดตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐนั้นๆ

<sup>112</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรค 11.

ในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว คือ ในกรณีที่มีราคาตาม (1) ให้ใช้ราคาตาม (1) ก่อน แต่หากไม่มีราคาตาม (1) แต่มีราคาตาม (2) หรือ (3) ให้ใช้ราคาตาม (2) หรือ (3) ก่อน ในกรณีที่ไม่มีราคาตาม (1) (2) (3) ให้ใช้ราคาตาม (4) (5) (6) โดยให้คำนึงถึงประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ เพื่อให้เกิดความคุ้มค่ามากที่สุดต่อหน่วยงานนั่นเอง ลักษณะความผิดที่พบบ่อยจะได้แก่ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีราคาสูงกว่าราคาที่กรมบัญชีกลางกำหนด หรือการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีราคาสูงกว่าท้องตลาดทั่วไปที่มีการซื้อขายกันจริง และกรณีห้างร้าน หรือร้านค้า ขายพัสดุให้หน่วยงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในราคาสูงกว่าที่ขายให้กับประชาชนทั่วไป ส่วนใหญ่จะพบเกี่ยวกับการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างโดยการใช้วิธีเฉพาะเจาะจง เนื่องจากเป็นดุลพินิจของผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในวงเงินไม่เกิน 500,000 บาท สามารถเลือกผู้เสนอราคาเขาทำสัญญาได้โดยตรง ดังนั้นลักษณะการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างในราคาที่สูงเกินจริง จึงเป็นลักษณะของการทุจริต ที่ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดความเสียหาย เกี่ยวกับวงเงินงบประมาณที่นำมาจัดสรร และเสียโอกาสในการแข่งขันราคากับผู้เสนอราคารายอื่นด้วย เพราะมีการสืบราคาการจัดทำราคากลางที่เป็นเท็จ ซึ่งมีการกระทำความร่วมมือกันของเจ้าหน้าที่ ผู้มีส่วนรับผิดชอบ ไม่ว่าจะเป็นนักการเมือง หรือข้าราชการประจำ เพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางร้านเท่านั้น การทุจริตในกรณีนี้จะพบในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแทบจะทุกประเภท

7) เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับผู้รับจ้าง หรือเข้ามามีส่วนได้เสียในสัญญาเสียเอง

กรณีนี้สามารถเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ ได้แก่ การที่ผู้รับจ้างมีความเกี่ยวข้องเป็นญาติของผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ ข้าราชการในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้ญาติพี่น้องเข้ามาเป็นคู่สัญญากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากว่ารัฐข้อมูลภายในเกี่ยวกับสินค้า หรือบริการที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้าง และมีนักการเมืองคอยให้ความช่วยเหลือ บงการ หรือสนับสนุนอยู่เบื้องหลัง ในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของไทย ระบุห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ เข้ามามีส่วนในการเข้าทำสัญญากับรัฐ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยในการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการต้องไม่เป็นคู่มีส่วนได้เสีย กับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาในงานนั้น<sup>113</sup> รวมถึงการกระทำอื่นๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐด้วย โดยเฉพาะการกระทำที่ทำให้หน่วยงานเกิดความเสียหาย การที่เจ้าหน้าที่รัฐ เข้าไปมีผลประโยชน์ หรือเชื่อมโยง หรือมีส่วนได้เสียในคู่สัญญากับรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ในการจัดซื้อจัดจ้าง ยอมจะทำการใช้จ่ายงบประมาณไม่มีประสิทธิภาพ และทำให้ราชการเสียโอกาสในการที่จะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการของโครงการในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างประหยัด และมีประสิทธิภาพ

<sup>113</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 13.

## 8) การดำเนินการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือ ระเบียบที่เกี่ยวข้อง

ในปัจจุบัน แม้ว่าจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างไว้อย่างชัดเจน โดยมีการกำหนดโทษ กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามระเบียบและกฎหมายที่เกี่ยวข้องไว้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างไม่ดำเนินการหรือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อันมีพฤติการณ์ที่ส่อไปในทางทุจริตประพฤติมิชอบแล้ว จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาทถึง 200,000 บาทหรือทั้งจำ ทั้งปรับ<sup>114</sup> ส่วนใหญ่เกิดจากการตั้งใจที่จะดำเนินการให้ผิดไปจากกฎหมายหรือที่ระเบียบได้กำหนดไว้ เช่น การดำเนินโครงการที่ไม่มีการจัดโครงการขึ้นจริง การดำเนินการโครงการที่ไม่ได้อยู่ในแผนงาน การไม่มีหนังสือแจ้งผลการประกวดราคา การไม่ออกหนังสือเชิญชวนให้ผู้รับจ้างรายอื่นรับทราบ ล้วนแล้วแต่เป็นความตั้งใจที่จะพยายามหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมาย การกระทำความผิดในลักษณะนี้ จะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจ ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 รวมทั้งการดำเนินการในขั้นตอนต่างๆ ที่ไม่ถูกต้อง แต่ปรากฏว่ามีการเบิกจ่ายเงินงบประมาณ และทำให้เกิดความเสียหายกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

9) การจัดทำเอกสารสัญญาเป็นเท็จ หรือการแก้ไขสัญญาให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เสียเปรียบ หรือการงด หรือลดค่าปรับ หรือการขยายระยะเวลาทำการตามสัญญา

กรณีนี้เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเอกสารเป็นสำคัญ ซึ่งจะมีอยู่ในหลายลักษณะ ส่วนใหญ่จะเป็นการจัดทำเอกสารอันเป็นเท็จ การแก้ไขสัญญาต่างๆ เพื่อช่วยผู้รับจ้างไม่ต้องเสียค่าปรับ กรณีที่ทำงานล่าช้าเกินกำหนดในสัญญา ในการจัดทำเอกสารเป็นเท็จสามารถทำได้หลายรูปแบบ เช่น ทำหนังสือส่งมอบการจ้าง ทั้งที่การดำเนินการก่อสร้างยังไม่แล้วเสร็จ คือมีการตรวจรับการจ้าง ไปก่อน เพื่อหวังจะให้เบิกเงินโดยเร็ว หรือเพื่อที่จะให้หยุดวันที่ต้องคิดค่าปรับ เอื้อประโยชน์ให้กับผู้รับจ้าง และในบางกรณีการจัดทำเอกสารเป็นเท็จ จะเป็นกรณีในการตรวจรับพัสดุที่ไม่มีอยู่จริง เช่น การซื้อ กระสอบทราย ในใบสั่งซื้อกระสอบ หรือใบใบจัดจ้างในการซื้อกระสอบ ทำการจัดซื้อเป็นจำนวนมาก แต่ในความเป็นจริง มีการส่งมอบไม่ตรงกับจำนวนที่มีการสั่งซื้อเป็นต้น

กรณีการแก้ไขสัญญา ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสียเปรียบผู้รับจ้าง สามารถทำได้หลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการงดค่าปรับ การลดค่าปรับ หรือการขยายสัญญา รวมไปถึงการหยุดงานให้กับผู้รับจ้าง เพื่อประวิงเวลา ให้ผู้รับจ้างดำเนินการทันตามกำหนดในสัญญา โดยมีความมุ่งหวังช่วยเหลือผู้รับจ้างเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าปรับตามสัญญา โดยเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะใช้วิธีการนี้ในการแก้ไขสัญญาโดยผู้ที่เกี่ยวข้องมักจะอ้าง ว่าการแก้ไขสัญญานั้น ทำไปเพื่อประโยชน์แห่งทางราชการเป็นสำคัญ โดยแท้จริงแล้วการแก้ไขสัญญานั้นเป็นไปเพื่อช่วยเหลือให้ผู้รับจ้างได้รับประโยชน์

<sup>114</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120.

แม้ว่าการแก้ไขสัญญา จะกำหนดว่าการแก้ไขสัญญาจะต้องอยู่ภายในขอบข่ายแห่งวัตถุประสงค์เดิมของสัญญาหรือข้อตกลงเดิม และในการแก้ไขสัญญาจะต้องมีการพิจารณาเปรียบเทียบคุณภาพของพัสดุ หรือว่ารายละเอียดของงาน ได้ราคาของพัสดุหรืองานตามสัญญาเดิมข้อตกลงที่จะต้องทำการแก้ไข หากกรณีเป็นพัสดุที่ต้องการความมั่นคงแข็งแรง หรืองานทางเทคนิคเฉพาะอย่าง จะต้องได้รับการรับรองจากวิศวกร หรือสถาปนิกที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งส่วนใหญ่การแก้ไขสัญญานั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้รับจ้าง หรือแม้แต่การลดค่าปรับ การนับวันปรับที่ไม่ถูกต้อง เพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับผู้รับจ้าง เป็นต้น

10) การควบคุมงานไม่ถูกต้อง หรือการตรวจรับงานจ้างอันเป็นเท็จ ทำให้ไม่เป็นไปตามแบบหรือไม่ได้มาตรฐาน

การตรวจรับงานจ้างนับว่าเป็นขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้าง เรียกได้ว่าเกือบจะเป็นขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะทำการเบิกเงินให้กับผู้รับจ้าง ในขั้นตอนการตรวจรับการจ้างนี้จะมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการตรวจรับงานจ้าง ที่จะต้องได้รับการแต่งตั้งจากผู้มีอำนาจ และช่างควบคุมงาน หรือเจ้าหน้าที่พัสดุที่รับผิดชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคณะกรรมการตรวจรับพัสดุ หรือการตรวจรับการจ้างนั้น คณะกรรมการตรวจการจ้างควรมีความรู้ความสามารถ มีความเข้าใจในหน้าที่ของตนเอง โดยเฉพาะเงื่อนไขและข้อกำหนดในสัญญา เพื่อให้ทำการตรวจรับตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายให้ถูกต้องครบถ้วน ตามข้อกำหนดในสัญญา นับว่าเป็นหน้าที่ผูกพันให้คณะกรรมการตรวจการจ้างจะต้องปฏิบัติตาม หากคณะกรรมการตรวจการจ้างทำการตรวจรับพัสดุ หรือตรวจรับการจ้างที่ไม่เป็นไปตามคุณลักษณะเฉพาะ หรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามข้อกำหนดในสัญญาแล้ว ย่อมจัดทำให้ราชการเสียประโยชน์ หรือเกิดผลเสียหายกับทางราชการได้ และในบางกรณีอาจจะเข้าข่ายมีเจตนาที่จะช่วยเหลือผู้รับจ้าง จะถูกมองเข้าข่ายเป็นการทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ นอกจากนี้ความผิดที่ตรวจพบมากคือ การควบคุมงานที่เป็นเท็จ ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นไปตามแบบแปลน ไม่ได้มาตรฐาน โดยคณะกรรมการตรวจการจ้าง หรือว่าช่างควบคุมงาน ไม่ได้มากำกับดูแลจริง และสามารถเกิดข้อบกพร่องในการตรวจรับงานตามข้อสัญญาได้ นอกจากนี้ปัญหาที่ตรวจพบคือ คณะกรรมการตรวจการจ้างบางคน ขาดความรู้ความสามารถ หรือความเชี่ยวชาญในการตรวจงานจ้าง อันเนื่องมาจากจำนวนบุคลากรหรือว่าเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอต่อการทำงาน ทำให้การตรวจรับการจ้างอาจไม่ได้ประสิทธิภาพเท่าที่ควร เมื่อมีการตรวจการจ้างโดยไม่ชอบ และในที่สุดมีการเบิกจ่ายเงินให้กับผู้รับจ้างไป จนถือได้ว่า เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องบกพร่องต่อหน้าที่ และอาจจะส่อไปในทางทุจริตอีกด้วย

### 11) การเบิกเงินล่าช้าเพื่อหวังผลประโยชน์ตอบแทน

ขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง คือการเบิกจ่ายเงินให้กับผู้รับจ้าง ตามสัญญาที่ได้ทำระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กับผู้รับจ้าง ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของทางราชการ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า เมื่อผู้รับจ้างส่งมอบงานงวดได้ ให้คณะกรรมการตรวจรับการจ้างตรวจงานที่ผู้รับจ้างส่งมอบภายใน 3 วันทำการ นับตั้งแต่วันที่ได้รับทราบการส่งมอบงานจ้าง และหากผู้รับจ้างทำงานถูกต้องเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาแล้ว ให้เบิกจ่ายเงินแก่ผู้รับจ้างไม่เกิน 5 วันทำการ สามารถพบได้ในบางกรณี ที่ผู้รับจ้างจะมารับเงินหรือมารับเช็ค แล้วปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เรียกรับผลประโยชน์ โดยอ้างว่าจะเร่งดำเนินการเบิกจ่ายให้โดยเร็ว แต่พุดจาในลักษณะเชิงข่มขู่ว่า หรือว่าจะลอง ไปจนกว่าเช็คจะออกก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้รับจ้างจะยินยอมจ่ายเงินให้กับผู้มีอำนาจหน้าที่ ไม่ว่าจะป็นเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องสามารถที่จะเข้ามาดำเนินการกล่าวอ้างในลักษณะนี้ จึงเป็นรูปแบบหนึ่งในการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนสุดท้ายคือขั้นตอนการเบิกเงิน และในบางกรณีอาจจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงินก็ได้ เช่นสิทธิประโยชน์อย่างอื่น หรือการอำนวยความสะดวกอย่างอื่น เป็นต้น

## 2. รูปแบบและวิธีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ

กรณีเอกชนเป็นผู้กระทำความผิด จะมีการกระทำความผิดสองรูปแบบใหญ่ๆ ด้วยกันคือ

**2.1 การกระทำที่เป็นลักษณะของการกีดกัน** ซึ่งเป็นการกีดกันเพื่อไม่ให้ผู้เสนอราคา รายอื่นได้เข้าทำการเสนอราคาแข่งขันกันได้อย่างปกติ เรียกกันว่า “การจัดฮั้ว” ซึ่งมีลักษณะของการกระทำที่แตกต่างไปตามแต่ละพื้นที่ ส่วนใหญ่จะมีลักษณะดังนี้

2.1.1 มีการทำลายเอกสารประกาศของทางราชการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกาศเชิญชวน ให้มีการเสนอราคา เช่น การดึงประกาศการสอบราคาของบริษัทที่ทำการประชาสัมพันธ์ข้อมูล ข่าวสารประจำตำบล หรืออำเภอ เป็นต้น ทำให้ผู้เสนอราคา หรือผู้มีอาชีพเกี่ยวกับการประกอบการค้า นั้น ไม่สามารถเข้าทำการเสนอราคาได้ หรือไม่สามารถรับทราบว่ามีการประกาศงานของทางราชการ

2.1.2 มีการเข้าแย่งเอกสารที่ใช้ในการเสนอราคาก่อนที่จะเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ หรือใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชิญด้วยประการใดๆ เพื่อมิให้มีการยื่นเอกสารในการเสนอราคา หรือการห่วงเหนียว กักขังหรือการกระทำใดๆ อันเป็นการถ่วงเวลาเพื่อไม่ให้ผู้เสนอราคายื่นเอกสาร การเสนอราคาต่อเจ้าหน้าที่ได้ทันเวลา แต่ปัจจุบันนับตั้งแต่มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้มีการยื่นเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ทำให้ปัญหาเหล่านี้ลดลงอย่างเห็นได้ชัด จนแทบจะไม่พบว่ามีวิธีการกระทำความผิดในลักษณะนี้อีกต่อไป

2.1.3 การขัดขวางการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ทุกชนิดในขณะที่มีการดำเนินการกระบวนการเสนอราคา เช่น ตัดหรือรบกวนสัญญาณ โทรศัพท์ อินเทอร์เน็ต ตัดกระแสไฟฟ้า ฯลฯ เพื่อให้การสื่อสารระหว่างการเสนอราคา โดยเฉพาะวิธีการเสนอราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ล้มเหลว หรือเพื่อให้ได้เปรียบกับผู้เสนอราคาบางราย

2.1.4 การประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย เพื่อตัดโอกาสที่จะเข้าเสนอเอกสาร หรือเข้าแข่งขันในการเสนอราคาในคราวนั้น ซึ่งอาจจะกระทำให้ถึงตายหรือได้รับอันตรายสาหัสจนไม่สามารถยื่นเสนอราคาได้ หรือทำให้เกิดความหวาดกลัว ทำให้ไม่กล้าเข้าแข่งขันในการเสนอราคาครั้งนั้น

## 2.2 รูปแบบการสมยอม

โดยจะกระทำโดยผู้จัดซื้อ และจะมีการกระทำที่ต่างๆ กันไป แต่ส่วนใหญ่จะมีลักษณะการกระทำความผิดดังนี้

2.2.1 มีการตกลงร่วมกันเพื่อให้ผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งได้เป็นผู้เสนอราคาต่ำที่สุดในในการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ เพื่อที่จะเป็นผู้มีสิทธิในการเสนอราคาโดยจะจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้เสนอราคารายอื่นตามที่ได้ตกลงกัน โดยจะมีการลดราคาในการเสนอราคาต่ำกว่าวงเงินหรือราคากลางมาเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

2.2.2 มีการตกลงร่วมกันให้ผู้เสนอราคารายใดเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดและผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันในกลุ่มผู้ที่ร่วมกระทำความผิดในการเสนอราคาต่ำสุด เพื่อแบ่งงานกัน โดยมีการรวบรวมเงินไว้เป็นส่วนกลางจำนวนหนึ่ง สำหรับเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะมีการสลับหมุนเวียนกันไปเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

2.2.3 มีการเสนอให้ผลประโยชน์ ทรัพย์สิน หรือแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ เช่น การมอบการรับเหมางานช่วงให้เพื่อแลกกับการที่ให้ผู้เสนอราคารายอื่นถอนการเสนอราคา คือ มีการพิจารณาผลการเสนอราคาแล้ว แต่รายที่ได้ราคาต่ำสุดของถอนตัว และไม่มาทำสัญญากับหน่วยงานรัฐ โดยได้รับค่าตอบแทนจากผู้เสนอราคารายถัดไปขึ้นมาแทน

## 2.3 รูปแบบกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำความผิด

กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงผู้บริหารท้องถิ่น จะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา จะมีการกระทำความผิดในสามรูปแบบใหญ่ๆ ด้วยกันคือ

2.3.1 **รูปแบบการกระทำการกีดกัน** โดยการกระทำความผิดในลักษณะนี้ เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นจะมีการสมคบกันกับผู้ประกอบการ ซึ่งมีลักษณะที่เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในหน่วยงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างจะกำหนดคุณลักษณะเฉพาะสำหรับพัสดุที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้าง โดยจะนำคุณสมบัติของเอกชนรายใดรายหนึ่งมากำหนดเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ผู้เสนอราคารายดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐส่งผลให้ผู้เสนอราคารายอื่นไม่อาจเข้าแข่งขันในการเสนอราคาได้ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกำหนดเงื่อนไขในการเสนอราคาในลักษณะที่เป็นการกีดกัน



ผู้เสนอราคารายอื่น ที่เรียกกันในงานก็คือ การถือสเปกนั่นเอง การกระทำให้ลักษณะเป็นการกระทำ ความผิดในลักษณะที่มีการแบ่งหน้าที่กันทำระหว่างเอกชนกับข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

**2.3.2 รูปแบบการสมยอม** โดยที่เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรู้ว่า มีการกระทำความผิดขึ้น หรือควรรู้ว่ามีการกระทำลักษณะใดที่เป็นความผิดเกิดขึ้นแล้ว ยังรวมถึง การที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจไม่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา เพื่อให้ผู้เสนอราคาที่เป็นผู้มีผลประโยชน์ ได้ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว อันเป็นวิธีการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นคณะกรรมการ พิจารณาผล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐรู้เห็นการกระทำของผู้เสนอราคารายอื่นที่สมยอมกับผู้เสนอราคา บางราย แล้วละเว้นไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่การกระทำความผิดในรูปแบบนี้ เป็นวิธีการกระทำความผิด โดยดเว้น เช่น การไม่บอกเลิกการเสนอราคา เป็นต้น

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเสนอราคา ทั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 และตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้วพบว่ายังมีปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายในประเทศไทย ซึ่งสามารถ วิเคราะห์ปัญหาได้ 3 ประการ ดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมกับนิติบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

เดิมในกฎหมายเกี่ยวกับการเสนอราคาของไทย จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิด เกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เป็นหลักในการพิจารณาการกระทำต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเสนอราคา ในการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับนิติบุคคลเคยบัญญัติไว้ในมาตรา 9 มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 9 ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นไปเพื่อประโยชน์ ของนิติบุคคลใด ให้ถือว่าหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงาน ในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วม ในการกระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น

แต่ต่อมามีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2559 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 โดยมีรายละเอียดของคำวินิจฉัยดังนี้

คำวินิจฉัยนี้สืบเนื่องมาจาก พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการ พิเศษฝ่ายคดีพิเศษ 4 สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นโจทก์ยื่นฟ้องจำเลย เป็นคดีอาญา ต่อศาลอาญา เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 โดยมีนิติบุคคล และกรรมการ

ผู้จัดการผู้มีอำนาจของนิติบุคคลเป็นจำเลย โดยกรรมการของนิติบุคคล ให้การปฏิเสธ แต่ได้ยื่นคำให้การต่อศาลว่า การกระทำความผิด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 และมาตรา 5 เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย ที่เป็นกรรมการนิติบุคคล โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำ หรือเจตนาแต่อย่างใดของจำเลยที่เป็นกรรมการนิติบุคคลก่อน จึงเป็นการนำเอาการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยที่เป็นกรรมการนิติบุคคลนั้นมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา โดยสันนิษฐานว่า ถ้าเป็นเรานะกระทำความผิดเป็นนิติบุคคลก็ให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดของนิติบุคคลด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนเองไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น โจทย์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดหรือเจตนาของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล ในเรื่องนั้นว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์เพียงแต่ว่านิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 และกรณีที่จำเลยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือกรณีเป็นผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นเท่านั้น จึงเป็นการสันนิษฐานไว้แต่แรกแล้วว่า หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น มีส่วนในการกระทำความผิด จึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหา หรือจำเลย ในคดีอาญา โดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข ซึ่งมีใช้การนำข้อเท็จจริง หรือองค์ประกอบความผิดอื่นมาพิจารณาประกอบ มีเพียงการนำองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อ หลังจากที่ได้พิสูจน์ว่านิติบุคคลนั้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับการถูกล่าวหากก็เพียงพอแล้ว และบทบัญญัติมาตรา 9 นั้น ขัดต่อหลักนิติธรรมที่โจทย์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลย เพื่อให้ครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 9 นี้ เป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย และทำให้บุคคลต้องถูกจำกัดในเรื่องของสิทธิ และเสรีภาพต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจับกุม หรือคุมขัง โดยที่ไม่มีพยานหลักฐานอันสมควรในคดีอาญา เพื่อจะพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นมีเจตนา หรือการกระทำใดๆ อันเกี่ยวกับการกระทำความผิด และขัดกับหลักนิติธรรมที่โจทย์ต้องมีภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยเพื่อให้ครบองค์ประกอบความผิดตามที่ฟ้องศาลอาญาพิจารณาแล้วโดยมติของที่ประชุมใหญ่จึงมีความเห็นให้ส่งสำนวนไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องดังกล่าว จึงได้กำหนดประเด็นการพิจารณาไว้ 2 ประเด็น คือ

(1) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องหรือไม่ และ

(2) ความผิดที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

ต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 หรือไม่

เกี่ยวกับประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณารับคำร้องนี้ไว้ โดยเห็นว่า ตามคำร้องนี้มีประเด็นโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ในมาตรา 4 และมาตรา 5 หรือไม่ และที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้มีมติส่งคำโต้แย้งของจำเลยเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ขัดหรือแย้ง ต่อบทสันนิษฐานว่า ในคดีอาญานั้น ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ซึ่งก็ถือว่าเป็นสิทธิที่ชนชาวไทยได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมา จึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตย อาจมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเป็นข้อสันนิษฐานที่มีมาจากหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบการยุติธรรมทางอาญาที่เป็นหลักสากลว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดทางอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา รัฐต้องให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง ซึ่งได้รับการยอมรับจากนานาประเทศโดยมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งประเทศไทยได้เป็นภาคีสมาชิกและมีพันธกิจกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วด้วย ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาเพื่อวินิจฉัยต่อไปได้

ประการต่อมาในประเด็นที่ 2 คือ ความผิดที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้วเห็นว่า ในการดำเนินคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด เป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่รัฐ ให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม ซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 จึงแสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 กรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยนิติบุคคล โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดหรือเจตนาของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นเลย ว่ามีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ประการใด เพียงแต่ทำให้พิสูจน์ว่ามีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล ในเรื่องที่ยกอ้างว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ซึ่งไม่เกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือเจตนาของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นแต่ประการใด ในกรณีนี้จึงมีไม่เพียงแต่สันนิษฐานให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการใดๆ ของนิติบุคคลนั้น ให้เป็นตัวการร่วมกระทำความผิดกับนิติบุคคล ซึ่งเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น แต่ยักรวมถึงบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่า จำเลยซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ได้ร่วมดำเนินการ หรือมีการกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ อันเป็นความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใดก่อน จึงเป็นการสันนิษฐานความเป็นของจำเลย ในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไขสำคัญ มิใช่การสันนิษฐานจากข้อเท็จจริง หรือองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวข้อง และขัดกับหลักนิติธรรมที่ว่าโจทก์ต้องมีภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลย และบทบัญญัติมาตรา 9 นี้เป็นการนำเอาบุคคลเข้าสู่การดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ทำให้ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยไม่มีพยานหลักฐานว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิด หรือมีเจตนาเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการ หรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4<sup>115</sup>

<sup>115</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2559.

เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว จึงเป็นผลไม่สามารถบังคับใช้ตามกฎหมายได้อีกต่อไป และเป็นผลให้เมื่อเกิดความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 หากมีหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการนิติบุคคลนั้น มาเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดก็จะต้องมีการพิสูจน์ความผิด ของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการนิติบุคคลนั้น แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายเกี่ยวกับการเสนอราคา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มีการเน้นหนัก และให้ความสำคัญกับตัวบุคคล หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับบทลงโทษที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลไว้อีกเลย นับแต่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2559 เป็นต้นมา

เกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญา กับนิติบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

เกี่ยวกับมาตรการการลงโทษนิติบุคคลของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้คือ ประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส กับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส โดยในประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส ระบุไว้ในขั้นตอนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ในหมวดที่ 4 ขั้นตอนการสมัคร หรือขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้าง บทที่ 1 เหตุผลในการประกาศผู้ชนะราคา และขั้นตอนการยกเลิกการชนะราคา ในส่วนที่ 1 การยกเว้น และการยกเลิกการเสนอราคา โดยในประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส ได้กำหนดไว้ดังนี้

มาตรา L.2141-6-1 ในกรณีที่พบว่าผู้ที่เสนอราคาไม่สามารถเข้าเสนอราคาได้ เนื่องจากติดข้อกำหนดในมาตรา L.2141-1(เมื่อผู้เสนอราคาได้รับโทษมีคำพิพากษาลงโทษถึงที่สุด สำหรับความผิดที่ได้กำหนดไว้) และ มาตรา L.2141-4 (กรณีถูกลงโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การปกปิดเกี่ยวกับสถานที่ทำงาน การไม่จดทะเบียนเกี่ยวกับการประกันสังคม การไม่ออกใบรับรองเงินเดือนให้กับลูกจ้าง การให้ลูกจ้างทำงานที่มีอันตรายและขัดต่อกฎหมายแรงงาน การเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ เป็นต้น) และมาตรา L.2141-5 (กรณีที่ถูกจำกัดไม่ให้เสนอราคาตามข้อกำหนดในกฎหมายแรงงาน ตามดุลพินิจของหัวหน้าหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง) โดยที่ผู้ที่ถูกจำกัดไม่ให้เข้าดำเนินการเสนอราคา สามารถที่จะแสดงพยานหลักฐานของตนว่า ได้ชดใช้เยียวยาความผิดที่ได้ก่อเกิด โดยมีการชดเชยความเสียหาย หรือ ได้รับโทษทางอาญาครบถ้วนแล้ว หรือได้ให้ความร่วมมืออันเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหน้าที่ ในการสืบสวนและสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำความผิด ซึ่งหากหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง เห็นว่ามาตรการต่าง ๆ ที่ผู้เสนอราคาได้จัดทำให้แก่หน่วยงาน

การจัดซื้อจัดจ้างจนเป็นที่พอใจแล้ว ผู้เสนอราคาก็จะสามารถที่จะทำการเสนอราคาต่อไปได้ เว้นแต่บุคคลที่ทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 131-34 (การห้ามเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม กับหน่วยงานที่ควบคุมโดยรัฐ รวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย) และ มาตรา 131-39 (เมื่อนิติบุคคลมีส่วนในการก่ออาชญากรรม) คือ ผู้ที่กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-34 และ มาตรา 131-39 ไม่สามารถที่จะเข้าทำการเสนอราคาได้

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-39 กำหนดไว้ว่า เมื่อนิติบุคคลมีส่วนในการก่ออาชญากรรม หรือการทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนด อาจถูกลงโทษด้วยบทลงโทษต่อไปนี้

(1) การเลิกกิจการ หรือเมื่อนิติบุคคลได้ก่อให้เกิดความผิด และอันเป็นความผิดในกรณีบุคคลธรรมดาซึ่งมีโทษจำคุก 3 ปีขึ้นไป และกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น

(2) การห้ามประกอบกิจการใดๆ เป็นระยะเวลา 5 ปี หรือการห้ามดำเนินการใดๆ ทางวิชาชีพ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม หรือการห้ามประกอบกิจการอย่างถาวร

(3) การอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาล

(4) การปิดกิจการอย่างถาวร หรือปิดกิจการไม่เกินระยะเวลา 5 ปี ของสถานประกอบการอย่างน้อยหนึ่งแห่งที่เคยกระทำการอันเป็นความผิด

(5) การห้ามเข้าทำสัญญาสาธารณะกับหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี หรือห้ามเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐอย่างไม่มีกำหนด

(6) การห้ามทำกิจกรรมเกี่ยวกับการเงิน และธุรกรรมเกี่ยวกับการเงินและตลาดหลักทรัพย์ เป็นเวลาไม่เกิน 5 ปี .....ฯ

บทลงโทษข้อ (1) และข้อ (3) ไม่สามารถใช้ได้กับนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่กระทำความผิดทางอาญา

เกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญา กับนิติบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาในประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างคือ กฎหมายป้องกันการผูกขาด และกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการ ในส่วนของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับเอกชนจะอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของนิติบุคคลมีดังนี้

มาตรา 95 (1) กรณีที่ตัวแทนของนิติบุคคล หรือตัวแทนพนักงาน หรือผู้ปฏิบัติงานอื่นใดของนิติบุคคล ได้ฝ่าฝืนต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด นอกจากผู้ที่กระทำความผิดจะต้องรับโทษแล้ว นิติบุคคลหรือบุคคลนั้นจะต้องรับโทษปรับไม่เกิน 500 ล้านเยน

มาตรา 95-4 (1) กรณีที่นิติบุคคลได้กระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด และหากศาลพิจารณาว่าการกระทำของนิติบุคคล ได้ทำความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติ ศาลอาจจะตัดสินให้ยกเลิกสมาคม หรือนิติบุคคลนั้นได้ โดยการกระทำความผิดนี้จะต้องถูกดำเนินคดี และศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้น มีการกระทำที่เป็นลักษณะที่ร้ายแรง ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ และจะใช้เพียงโทษปรับอย่างเดียวไม่เพียงพอ หากปล่อยให้นิติบุคคลนั้นดำเนินการต่อไป ย่อมเกิดผลเสียหายต่อประเทศดังนั้นศาลจึงสามารถมีคำสั่งให้ยุบเลิก นิติบุคคลที่กระทำความผิด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ยังไม่มีการกำหนดไว้เกี่ยวกับการดำเนินการของนิติบุคคลที่กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เช่นเดียวกันกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และญี่ปุ่น จึงถือได้ว่าเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่สมควรที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไข สำหรับแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจะได้นำเสนอเนื้อหาในบทต่อไป

2) ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาที่กระทำ เป็นองค์กร

เกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับใช้ในพระราชว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดในการเสนอราคาที่มีการกระทำในรูปแบบ องค์กร หรือแบบรวมกลุ่มเครือข่ายในลักษณะองค์กรอาชญากรรมไว้ แต่จะเน้นไปในทางที่เป็นการกระทำ ของบุคคลมากกว่า เช่น การหลีกเลี่ยงการเสนอราคาตามปกติ การกีดกัน การให้เงินหรือสิ่งตอบแทน อื่นใดกับผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคา การยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น การใช้กำลังทำร้าย การข่มขู่ผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคา การใช้อุบายหลอกลวง การเสนอราคาที่ทำหรือสูงผิดปกติ เป็นต้น มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 4 ผู้ใดตกลงร่วมกันในการเสนอราคา เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้ประโยชน์แก่ ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือโดยการกีดกันมิให้มีการเสนอสินค้าหรือบริการอื่นต่อหน่วยงานของรัฐ หรือโดยการเอาเปรียบ แก่หน่วยงานของรัฐอันมิใช่เป็นไปในทางการประกอบธุรกิจปกติ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ผู้ใดเป็นธุระในการชักชวนให้ผู้อื่นร่วมตกลงกันในการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่ง

ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เป็นความผิดที่ผู้ประกอบการ หรือ ผู้เสนอราคาได้เข้าร่วมการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ แต่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ คือ การหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคามีการตกลงไว้ล่วงหน้าว่าจะให้ผู้เสนอราคารายใดเป็นผู้ชนะการประมูล หรือกีดกันเพื่อเป็นการเอาเปรียบหน่วยงานของทางราชการ อันได้แก่ การกีดกันผู้เสนอราคารายอื่นด้วยประการใดๆ เพื่อที่จะไม่ให้ผู้เสนอราคารายอื่นสามารถเสนอราคาได้ ผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคาและกระทำความผิดมีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น และในวรรคสอง เป็นความผิดสำหรับผู้ที่ทำการชักชวนให้ร่วมกระทำความผิด ซึ่งในวงการฮั้วประมูลเรียกว่า “คนจัดฮั้ว” ต้องร่วมรับผิดด้วยเช่นเดียวกัน

สำหรับการกระทำความผิดในการเสนอราคาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับการกระทำความผิดในการกระทำความผิดที่เป็นลักษณะองค์กร หรือเครือข่าย สมาคมต่างๆ ทางการค้ายังไม่เคยมีมาก่อน จึงควรจะมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำเป็นองค์กร เครือข่าย ที่มีการกระทำความผิดโดยกลุ่มบุคคลที่มีการแบ่งหน้าที่กันในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 นี้ ในปัจจุบันจะมีเพียงความรับผิดเป็นส่วนตัวของบุคคลที่กระทำความผิดเท่านั้น แม้ว่าบางกรณีจะมีการดำเนินการตามกฎหมายได้กับกลุ่มคนที่มีส่วนในการเสนอราคาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ร่วมกระทำความผิดก็รับโทษเพียงเท่าที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 4 เท่านั้น หากบางกรณีการดำเนินการของผู้เสนอราคาหรือผู้ประกอบการ อาจจะไปสนับสนุนการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็จะต้องไปปรับโทษที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ในมาตรา 10-12 ของตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 10 เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใด ซึ่งมีอำนาจหรือหน้าที่ในการอนุมัติ การพิจารณาหรือการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาครั้งใด รู้หรือมีพฤติการณ์ปรากฏแจ้งชัดว่าควรรู้ ปรากฏแจ้งชัดว่าควรรู้ว่าการเสนอและการในครั้งนั้น มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ละเว้นไม่ดำเนินการเพื่อให้มีการยกเลิก การดำเนินการเกี่ยวกับการเสนอราคาในครั้งนั้น มีความผิดฐานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาทถึง 200,000 บาท

มาตรา 11 เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใด หรือผู้ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐผู้ใด โดยทุจริตทำการออกแบบ กำหนดราคา กำหนดเงื่อนไข หรือกำหนดผลประโยชน์ตอบแทน อันเป็นมาตรฐานในการเสนอราคา โดยมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันในการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม หรือเพื่อช่วยเหลือให้ผู้เสนอราคารายใดได้มีสิทธิเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐโดยไม่เป็นธรรม



หรือเพื่อกีดกันผู้เสนอราคารายใดมิให้มีโอกาสเข้าแข่งขันในการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ 100,000 ถึง 400,000 บาท

มาตรา 12 เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใด กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกระทำการใดๆ โดยมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม เพื่อเอื้ออำนวยแก่ผู้เข้าทำการเสนอราคารายใดให้เป็น ผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ มีความผิดฐานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ 100,000 ถึง 400,000 บาท

หากพิจารณาความผิดตามมาตรา 10-12 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 จะพบว่ามีกรกระทำผิดตั้งแต่บุคคลสองคนขึ้นไป คือผู้เสนอราคาหรือผู้ประกอบการ และเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการที่มีส่วนเกี่ยวข้อง รวมตลอดไปถึงพนักงานเจ้าหน้าที่อื่น รวมถึงนักการเมืองที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งจะต้องมีการสมคบกันกระทำความผิด นอกจากนั้นในการเสนอราคาสินค้าบางประเภท ภาคเอกชนผู้เสนอราคาจะต้องมีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้อง รายการสมคบกันกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีการวางแผนกันอย่างเป็นระบบ และมีการกระทำอย่างเป็นเครือข่ายเป็นขั้นตอน มีการแบ่งหน้าที่กันทำอย่างชัดเจน และมีผู้เสนอราคาเป็นนิติบุคคล หรือบริษัทเอกชนหลายราย เข้ามาเกี่ยวข้องในลักษณะเป็นคู่แข่งราคา เพื่อกำหนดคุณสมบัติของสินค้าและบริการที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้าง ให้เป็นประโยชน์กับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเท่านั้น จึงทำให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม และเป็นการเอาเปรียบหน่วยงานของรัฐ จึงสมควรให้แก้ไขกฎหมาย เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นองค์กรเครือข่าย และมีการกำหนดหน้าที่การแบ่งงานกันทำในการเสนอราคาที่มีผิดกฎหมาย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมาย ครอบคลุมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

การลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาที่ทำเป็นองค์กรของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สำหรับโทษทางอาญาในส่วนที่มีการกระทำความผิดเป็นลักษณะ เป็นองค์กรอาชญากรรม มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส กับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส และมีความสัมพันธ์สอดคล้องต่อเนื่องกันกล่าวคือ

มาตรา L.2141-1 กำหนดว่า ผู้ที่ถูกคำพิพากษาลงโทษถึงที่สุด สำหรับ ความผิดข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ ๑ .....ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 432-11, 432-11-1 ต้องถูกยกเว้นไม่ให้บุคคลนั้นทำการเสนอราคาเป็นระยะเวลา 5 ปี นับแต่มีคำพิพากษาลงโทษ ซึ่งมาตรา 432-11 มีรายละเอียดดังนี้คือ

มาตรา 432-11 การกระทำโดยบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนินการ หรือปฏิบัติการกิจการบริการสาธารณะ โดยไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เกี่ยวกับข้อเสนอ สัญญา เพื่อประโยชน์ต่อตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 10 ปี และปรับ 1 ล้านยูโร โดยมีการกระทำความผิดดังนี้

(1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่ของตน

(2) ได้กระทำการโดยใช้อิทธิพล หรืออำนาจหน้าที่ในทางที่มีชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ได้มาซึ่งการเข้าทำสัญญากับรัฐ หรือการตัดสินใจอื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน

ค่าปรับจากเพิ่มขึ้นเป็น 2 ล้านบาท หรือเป็น 2 เท่าจากเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เมื่อเป็นการกระทำความผิดที่ ระบุไว้ในมาตรานี้และกระทำขึ้นเป็นองค์กร

มาตรา 432-11-1 ผู้ที่สนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 432-11 จะต้องรับโทษเช่นเดียวกันกับตัวการ เว้นแต่ หากได้แจ้งหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบ หรือหน่วยงานยุติธรรม และสามารถยุติการกระทำความผิด หรือสามารถระบุตัวผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่ร่วมกระทำความผิดได้ ความผิดจะลดลงครึ่งหนึ่ง

มาตรา 433-1 การเสนอผลประโยชน์ตอบแทนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะมีโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 1 ล้านบาท ค่าปรับอาจเพิ่มเป็น 2 เท่าของจำนวนเงินที่ได้ในการกระทำความผิด หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อตนเองหรือผู้อื่น ดังนี้

(1) เพื่อให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่

(2) การใช้อิทธิพลใดๆ หรืออำนาจหน้าที่ในทางที่มีชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งการเข้าทำสัญญากับรัฐ หรือการตัดสินใจอื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน

บทลงโทษนี้ใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการสาธารณะ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม และค่าปรับจะเพิ่มขึ้นเป็น 2 ล้านบาท หรือเป็น 2 เท่าของเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เมื่อเป็นการกระทำความผิดที่กระทำโดยองค์กรที่ได้จัดตั้งขึ้น

การลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ที่กระทำเป็นองค์กรของประเทศญี่ปุ่น

การดำเนินการเกี่ยวกับโทษทางอาญาเกี่ยวกับการเสนอราคา ที่ได้กระทำเป็นองค์กรในประเทศญี่ปุ่น จะอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยมาตรา 95-4 (1) มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 95-4 (1) กรณีที่ศาลเห็นว่ามีเหตุผลเพียงพอ ในการให้ยุบเลิกสมาคมการค้า ที่ได้กระทำความผิดในมาตรา 89 โดยให้ยุบเลิกสมาคมการค้าโดยคำพิพากษาของศาล

มาตรา 89

(1) บุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการผูกขาด หรือการยับยั้งการค้า โดยทำให้เกิดการแข่งขันราคาในการค้าใดๆ

(2) มีความพยายามในการกระทำความผิด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และ ปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท

ซึ่งหมายถึงกรณีที่สมาคมการค้าได้กระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการผูกขาดในการการค้า ไม่ว่าจะด้วยประการใดๆ ที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดกำหนดไว้เป็นความผิด

นอกจากบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องรับโทษในทางอาญาแล้ว สมาคมหรือนิติบุคคลในทางการค้านั้น อาจจะถูกศาลมีคำพิพากษาให้ยุบสมาคมการค้านั้นได้ด้วย กรณีที่มีการกระทำที่เป็นความผิดต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม

3) ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเสนอราคาของหน่วยงานรัฐ พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับโทษปรับในทางอาญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 120 ก หน้า 70 เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2542 ซึ่งการประกาศบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 โดยให้กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

และนับตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ มีการแก้ไขกฎหมายแค่เพียงครั้งเดียว ตามคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2559 ว่า กรณีตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 9 เป็นบทกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้บังคับได้ ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 9 เป็นบทสันนิษฐานความผิดของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคลที่มีอำนาจกระทำการในนิติบุคคลนั้น นอกจากนั้นแล้วไม่มีการแก้ไขกฎหมายในมาตราอื่นเพิ่มเติมอีก และเนื่องด้วยในปัจจุบันมีการรวบรวมเกี่ยวกับระเบียบกฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างไว้ขึ้นเป็นบรรทัดฐาน และร่วมขึ้นทำเป็นฉบับเดียว ที่ใช้บังคับอยู่ปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกบังคับใช้ในภายหลัง ดังนั้นจึงสมควรแก้ไขกฎหมายเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่มีความทันสมัยทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องของการเสียหายในเชิงลงโทษ สำหรับบุคคลผู้เสนอราคา และนิติบุคคลที่เข้าร่วมในการเสนอราคา ซึ่งจะมีการคิดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เป็นจำนวนเงินไม่สูง ไม่เหมาะสมกับสภาวะการณปัจจุบัน จึงสมควรที่จะมีการปรับแก้เพื่อให้เกิดความทันสมัยมากยิ่งขึ้น โดยค่าเสียหายในเชิงลงโทษตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มีดังนี้

มาตรา 4 ผู้ใดตกลงร่วมกันในการเสนอราคา เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้ประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือโดยการกีดกันมิให้มีการเสนอสินค้าหรือบริการอื่นต่อหน่วยงานของรัฐ หรือโดยการเอาเปรียบแก่หน่วยงานของรัฐอันมิใช่เป็นไปในทางการประกอบธุรกิจปกติ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ผู้ใดเป็นธุระในการชักชวนให้ผู้อื่น ร่วมตกลงกันในการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง พวกนั้นต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่ง

มาตรา 5 ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้อื่น เพื่อประโยชน์ในการเสนอราคา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะจูงใจให้ผู้นั้นร่วมดำเนินการใดๆ อันเป็นการให้ ประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หรือเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นทำการเสนอ ราคาสูงหรือต่ำจนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าบริการ หรือสิทธิที่จะได้รับ หรือเพื่อจูงใจ ให้ผู้นั้นไม่เข้าร่วมในการเสนอราคา หรือถอนการที่มีการเสนอราคา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุด ในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการกระทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ผู้ใดเรียกรับ หรือยอมจะรับเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการ ตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดด้วย

มาตรา 6 ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้จำยอมร่วมดำเนินการใดๆ ในการเสนอราคาหรือไม่เข้าร่วม ในการเสนอราคา หรือถอนการเสนอราคา หรือต้องทำการเสนอราคาตามที่กำหนดโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญด้วยประการใดๆ ให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ของผู้ถูกขู่เข็ญหรือบุคคลที่สาม จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 10 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุด ในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

มาตรา 7 ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงหรือกระทำการโดยวิธีอื่นใด เป็นเหตุให้ผู้อื่นไม่มี โอกาสเข้าทำการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม หรือให้มีการเสนอราคาโดยหลงผิด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุด ระหว่างผู้ร่วมกระทำ ความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

มาตรา 8 ผู้ใดโดยทุจริตทำการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ โดยรู้ว่าราคาที่เสนอนั้น ต่ำมากเกินกว่าปกติ จนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าหรือบริการ หรือเสนอผลประโยชน์ ตอบแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐสูงกว่าความเป็นจริง ตามสิทธิที่จะได้รับ โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการกีดกัน การแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม และการกระทำเช่นว่านั้นเป็นเหตุให้ไม่สามารถปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามสัญญาได้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 3 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคา หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาได้ตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้หน่วยงาน ของรัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในการดำเนินการ ให้แล้วเสร็จตามวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าว ผู้กระทำผิดต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หน่วยงานของรัฐนั้นด้วย

ในการพิจารณาตีความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ถ้ามีการร้องขอ ให้ศาลพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายที่รัฐต้องรับภาระเพิ่มขึ้นให้แก่หน่วยงานของรัฐ ตามวรรคสองด้วย

ดังนั้นหากจะพิจารณาค่าปรับและค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางอาญากับเอกชน ผู้เสนอราคา ในมาตรา 4 ถึง มาตรา 8 จะเหมือนกันคือ เมื่อมีเอกชนรายใดที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคา ไม่ว่าจะเป็นผู้เสนอราคาด้วยตนเอง ผู้ที่ทำการจัดซื้อ ผู้ที่เสนอว่าจะให้เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้เสนอราคารายอื่น หรือผู้ที่ทำการเสนอราคามีการเรียกรับเงินหรือประโยชน์อื่นใดจากผู้เข้าร่วม เสนอราคารายอื่น หรือการใช้กำลังข่มขู่ การใช้กลอุบายต่างๆ หรือการกระทำใดๆ อันเป็นการกีดกัน เพื่อไม่ให้มีการแข่งขันราคาอย่างแท้จริง บุคคลเหล่านี้ จะต้องโทษปรับทางอาญา ถือเป็นค่าเสียหาย ในเชิงลงโทษเป็นจำนวนร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคา เช่น ในการก่อสร้างถนนคอนกรีต มีการกำหนดวงเงินในการประมูลเป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาท เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้น ในฐานความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 4 – 8 จะมีโทษปรับเป็นเงินจำนวน 500,000 บาท หรือปรับเป็นเงิน ร้อยละ 50 ของวงเงินที่ผู้เสนอราคาได้เข้าเป็นผู้ทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ แล้วแต่วงเงินใดจะสูงกว่า ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ใช้บังคับใช้มาเป็นเวลา 25 ปี จึงสมควรที่จะมีการปรับเปลี่ยน เช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น เกี่ยวกับการคิดคำนวณค่าปรับซึ่งเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ และจะเป็นการยับยั้ง การกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องใด ซึ่งผู้วิจัยจะนำเสนอในบทต่อไป

เกี่ยวกับการลงโทษปรับในทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส

จะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการเสนอราคาในมาตรา 433-1, มาตรา 433-2, และมาตรา 435-4 มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 433-1 กรณีการเสนอให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่แก่บุคคลที่มีอำนาจหน้าที่ในการสาธารณะ ในกรณีนี้คือการที่มีเอกชน หรือบุคคลใด มาเสนอผลประโยชน์ใดๆ กับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ ในการปฏิบัติ หน้าที่โดยมีลักษณะให้เจ้าหน้าที่นั้น มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อตนเอง หรือผู้อื่น โดยการให้ เจ้าหน้าที่นั้น ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หรือการช่วยอำนวยความสะดวกที่อยู่ในภารกิจ หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำใดๆ ก็ตาม หรือจะเป็นการใช้อิทธิพลในตำแหน่ง หน้าที่ หรือการใช้อำนาจในการบริหารข้อสัญญาต่างๆ และไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยทางตรง หรือทางอ้อมก็ถือว่าเป็นความผิด โดยผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 433-1 จะมีโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 1,000,000 ล้านยูโร

และค่าปรับจะเพิ่มขึ้นเป็น 2,000,000 ล้านยูโร หรือเป็นจำนวนเงิน 2 เท่าของเงินที่ได้ จากการกระทำความผิด เมื่อเป็นการกระทำความผิดมาจากการกระทำโดย กลุ่มเครือข่ายอาชญากรรม

มาตรา 433-2 กรณีการกระทำความผิดโดยมีการเชิญชวนหรือการชักจูงใดๆ ที่จะเสนอ ผลประโยชน์ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพื่อให้ได้มาในการเข้าเป็นคู่สัญญา ของหน่วยงานจัดซื้อสาธารณะของรัฐ หรือเพื่อการดำเนินการ เอื้อประโยชน์ใดๆ ในการเข้าเป็นคู่สัญญา กับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเสนอเพื่อผลประโยชน์ให้กับตนเองหรือเพื่อให้บุคคลอื่นได้เข้าเป็นคู่สัญญา

กับหน่วยงานของรัฐ ในกรณีนี้อาจจะเป็นการดำเนินการในลักษณะของการกีดกันหรือการใช้อิทธิพลใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งการเป็นผู้ชนะในการเสนอราคาครั้งนั้น โดยผู้ที่ดำเนินการนั้นจะมีความผิดและมีโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 500,000 ยูโร ในกรณีที่การกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาของหน่วยงานรัฐ ค่าปรับจะเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า ของรายได้ที่ได้ในการกระทำความผิด

มาตรา 435-4 กรณีที่บุคคลใดๆ เสนอ สัญญาว่าจะมอบ ผลประโยชน์ใดๆ ให้กับบุคคลอื่นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยมีการใช้อิทธิพลข่มขู่ เพื่อให้ได้เป็นผู้สัญญา หรือการบีบบังคับอื่นใด เพื่อเอื้ออำนวยให้ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาตัดสินใจ เกี่ยวกับการบริการสาธารณะในประเทศ หรือภายในองค์กรระหว่างประเทศ บุคคลที่ได้กระทำความผิดจากมีโทษจำคุก 5 ปีและปรับ 500,000 ยูโร และหากใช้อิทธิพลในการข่มขู่ค่าปรับอาจจะเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า ของเงินที่ได้จากการกระทำความผิด

ซึ่งจะเห็นได้ว่าค่าปรับหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษของประเทศฝรั่งเศสจะคิดค่าปรับ โดยกำหนดเป็นค่าเสียหายเป็นข้อกำหนดไว้เป็นขั้นต่ำของจำนวนเงินที่ต้องจ่าย เพื่อเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ แต่หากปรากฏว่ามีการกระทำบางอย่างที่เป็นข้อกำหนดให้เป็นความผิดเป็นพิเศษที่ทำให้ค่าปรับสูงขึ้นอีกด้วย เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคากระทำความผิดจะปรับเป็นเงินจำนวน 1 ล้านยูโร โดยไม่คำนึงว่าเป็นการทำสัญญาหรือเสนอราคาประมูลเป็นเงินเท่าใด แต่หากเจ้าหน้าที่นั้นได้กระทำความผิดในลักษณะการกระทำโดยกลุ่มเครือข่ายอาชญากรรมต้องโทษปรับเป็น 2 ล้านยูโร หรือ 2 เท่าของวงเงินที่ทำสัญญาแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า เป็นต้น ซึ่งจะมีความแตกต่างจากของไทยที่ใช้ดุลพินิจวางกรอบเกี่ยวกับจำนวนเงินค่าเสียหายที่ไม่เกิน วงเงินที่ทำการเสนอราคาในครั้งนั้น

เกี่ยวกับการลงโทษปรับในทางอาญาของประเทศญี่ปุ่น

เกี่ยวกับค่าปรับหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษในทางอาญาของประเทศญี่ปุ่นจะอยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด ในมาตรา 89 และมาตรา 95 (1) มีรายละเอียดดังนี้

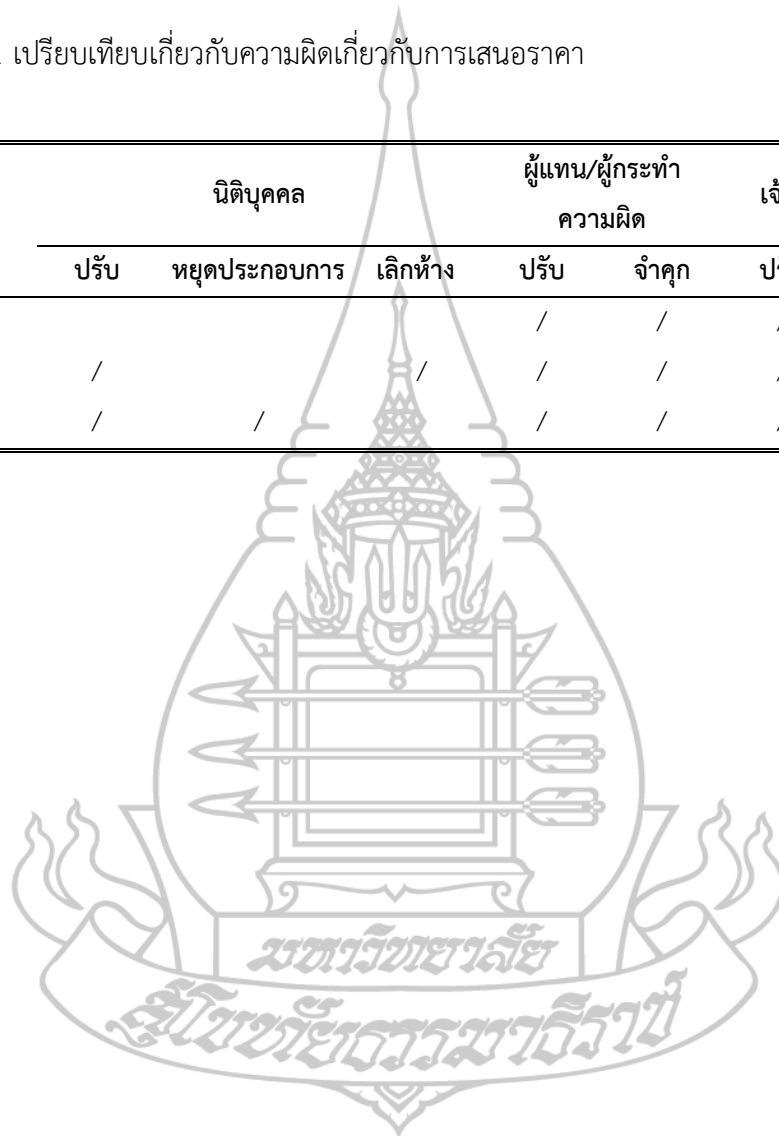
มาตรา 89 กรณีที่มีการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการเสนอราคา คือ การลงโทษบุคคลที่มีการดำเนินการในลักษณะใดๆ มีการผูกขาดหรือการงดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผลหรืองดการประมูล และในเรื่องของการกีดกันทางการค้า การทำให้ไม่เกิดการแข่งขันราคา หรือการชักจูงให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาอย่างปกติ การดำเนินการใดๆ ที่ส่งผลให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาที่เป็นธรรม ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นความผิดเกี่ยวกับการฮั้วประมูล โดยการกระทำความผิดในลักษณะนี้มีโทษจำคุกเป็นไม่เกิน 5 ปี ปรับไม่เกิน 5 ล้านเยน

มาตรา 95(1) กรณีสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับนิติบุคคล ซึ่งหากตัวแทนของนิติบุคคลหรือตัวแทนลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานอื่นใดของนิติบุคคล บุคคลหรือนิติบุคคลที่ทำการฝ่าฝืนในนามของนิติบุคคล ที่แต่กระทำการที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการผูกขาดในทางการค้าใดๆ จะต้องถูกตัดสินให้มีความผิดและชำระค่าปรับ ไม่เกิน 500 ล้านเยน

จะเห็นได้ว่าในกรณีที่บุคคลที่กระทำความผิด หรือ นิติบุคคลที่กระทำความผิด จะต้องถูกตัดสินให้ชำระค่าปรับเป็นจำนวนเงินที่สูงมาก ผู้วิจัยจึงเห็นว่าค่าปรับหรือค่าเสียหายในเชิงลงโทษสามารถนำมาปรับใช้ในประเทศไทยสำหรับความผิดที่ได้กระทำการโดยบุคคลและนิติบุคคล

ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

ประเทศ	นิติบุคคล			ผู้แทน/ผู้กระทำความผิด		เจ้าหน้าที่ของรัฐ	
	ปรับ	หยุดประกอบการ	เลิกจ้าง	ปรับ	จำคุก	ปรับ	จำคุก
ไทย				/	/	/	/
ญี่ปุ่น	/		/	/	/	/	/
ฝรั่งเศส	/	/		/	/	/	/



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

จากการศึกษาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในปัจจุบันจะมีกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการกำหนดรูปแบบ ตลอดจนการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างคือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นตัวกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงขั้นตอนในการดำเนินการต่างๆ นอกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายสองฉบับที่ว่านี้แล้ว ยังมีกฎหมายที่มาเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างอีกหนึ่งฉบับที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการแข่งขันระหว่างผู้ทำการเสนอราคา และผู้ที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เพื่อให้การจัดหาสินค้าและบริการอื่นจากผู้ประกอบกิจการ มีการดำเนินการที่โปร่งใส และเป็นธรรม ไม่มีการเอาเปรียบหน่วยงานรัฐหรือหน่วยงานราชการอื่น โดยเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่มีหน่วยงานการจัดซื้อที่มีจำนวนมากที่สุด และมีการกระทำความผิดมากที่สุดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง เมื่อได้ศึกษาปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาแล้วสามารถสรุปปัญหาที่พบได้สามประการคือ

#### 1.1 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมกับนิติบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

เดิมเกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับการเสนอราคาของไทย มีการกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการในกรณีที่มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา เป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลใด ให้ถือว่าหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวระบุไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 แต่ต่อมาได้ถูกยกเลิกไป เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2559 ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 9 เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในขณะนั้น จึงมีผลให้บทบัญญัติมาตรา 9 ไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไป การจะเอาผิดกับผู้แทนของนิติบุคคลหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล จึงเป็นเรื่องที่ต้องทำการพิสูจน์ในทางพยานหลักฐานตามขั้นตอนปกติ จะไม่สามารถใช้บทสันนิษฐานไม่ได้ ดังนั้น นับแต่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา



เมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2559 เป็นต้นมา จึงไม่มีบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลอีก ซึ่งหากพิจารณาเทียบเคียงกับกฎหมายของต่างประเทศ เช่นในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส กับประเทศญี่ปุ่น มีการกำหนดให้มีการดำเนินการเกี่ยวกับการที่นิติบุคคลมีส่วนในการกระทำความผิดเป็นการเฉพาะ คือ ไม่เพียงแต่บุคคล หรือผู้มีส่วนในการกระทำความผิดเท่านั้น แต่นิติบุคคลต้องร่วมรับผิดชอบเป็นเฉพาะด้วย

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการกำหนดเกี่ยวกับที่นิติบุคคลร่วมกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาไว้ที่สำคัญ คือ ในประมวลการจัดซื้อจัดจ้างฝรั่งเศส กำหนดไว้ในมาตรา L.2141-1 เมื่อผู้เสนอราคาได้รับโทษมีค่าพิพากษาลงโทษถึงที่สุดสำหรับความผิดที่ได้กำหนดไว้ เช่น หากนิติบุคคลได้มีส่วนในการกระทำความผิดเกี่ยวกับคดีอาชญากรรม คดีแรงงาน คดีภาษี ความผิดเกี่ยวกับการประกันสังคม ความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐ จะถูกห้ามไม่ให้เข้าทำสัญญาทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี หรือห้ามเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐอย่างไม่มีกำหนด หรือการห้ามประกอบกิจการนั้นเป็นเวลา 5 ปี หรือการให้ปิดกิจการ และในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศส จะเชื่อมโยงกับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส โดยที่เกี่ยวกับการดำเนินการกับนิติบุคคลที่กระทำความผิดได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-39

ดังนั้นเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 และในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการระบุไว้เกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคล เป็นการเฉพาะ หากมีการปรับปรุงแก้ไขในส่วนการลงโทษของนิติบุคคลไว้ จะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดของนิติบุคคลเกี่ยวกับการเสนอราคาได้เป็นอย่างดี เนื่องจากจะมีผลทำให้นิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลประเภท ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด จะไม่สามารถใช้การดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐ หรือต่อสังคมโดยรวมได้อีก เนื่องจากมีการบังคับกับนิติบุคคลโดยตรงไม่ว่าจะเป็นการห้ามดำเนินกิจการเป็นการชั่วคราว หรือห้ามเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการของรัฐ หรือการเลิกห้าง ย่อมจะทำให้หุ้นส่วนผู้จัดการ หรือกรรมการผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อในนิติบุคคลนั้น ไม่กล้าที่จะนำนิติบุคคลที่ตนมีอำนาจในการประกอบกิจการ มาใช้ในการกระทำความผิด เพราะในการเสนอราคากับส่วนราชการ หรือภาครัฐนั้น สิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาด้วยคือ ผลงานก่อสร้าง เพื่อนำมาประกอบในการเสนอราคา หากนิติบุคคลนั้น ห้ามดำเนินกิจการเป็นการชั่วคราว หรือห้ามเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการของรัฐ หรือการเลิกห้าง ย่อมจะทำให้เกิดผลเสียหายต่อนิติบุคคล และผู้ที่เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด จึงสมควรที่จะมีการการแก้ไขเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคล เช่นเดียวกันกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและญี่ปุ่น

## 1.2 ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาที่กระทำ เป็นองค์กร

เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย รวมถึงองค์ประกอบส่วนท้องถิ่น จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ในหมวดที่ 6 ตั้งแต่มาตรา 54 - มาตรา 68 ซึ่งเป็นวิธีการในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง เช่น วิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป วิธีคัดเลือก และวิธีเฉพาะเจาะจง และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นหลักและแนวทางในการดำเนินการในการจัดซื้อและจัดหาสินค้าและบริการต่างๆ เช่น ในหมวด 2 การซื้อหรือจ้าง จะเป็นวิธีและกระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้าง การกำหนดขอบเขตของงานที่ต้องการจัดซื้อหรือจ้างเป็นต้น แต่ในสำหรับการเสนอราคา ซึ่งเกี่ยวกับการฮั้วประมูล หรือ การกีดกันราคา จะใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 และหากพิจารณาตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดให้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับนิติบุคคล ที่ได้กระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาไว้ โดยเฉพาะการกระทำความผิดในรูปแบบองค์กร หรือเครือข่ายอาชญากรรม และในปัจจุบันการสืบค้นหาความจริงเกี่ยวกับการฮั้วประมูล มีความซับซ้อนขึ้น และมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเอกชน ข้าราชการ และนักการเมือง รวมกันเป็นกลุ่มผลประโยชน์ ที่มีการร่วมมือกันอย่างเป็นระบบ เป็นเครือข่าย ทำให้ยากต่อการสืบค้นความจริง จึงสมควรที่จะมีการออกกฎหมาย โดยการแก้ไขกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงการดำเนินการ ที่เป็นองค์กรเครือข่ายทางอาชญากรรม เพื่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐและองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ต่อไป

ปัจจุบันรูปแบบการกระทำความผิดมีการปรับเปลี่ยนและพัฒนาในลักษณะที่เป็นองค์กรมากขึ้น โดยเฉพาะองค์กรข้ามชาติ โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับการกระทำที่รวมกันในลักษณะความผิดที่ร่วมกันกระทำเป็นองค์กรไว้เลย ซึ่งการกระทำความผิดในลักษณะองค์กร จะมีผลของความเสียหายที่มากกว่า การกระทำเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การเข้ามาของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ การเข้ามาของกลุ่มทุน และนักการเมืองทั้งในระดับชาติ และในระดับท้องถิ่น ย่อมส่งผลให้จำนวนการกระทำความผิดในลักษณะการรวมกลุ่มเป็นองค์กรมีมากขึ้น แต่การดำเนินการตรวจสอบ และจับกุม กลับทำได้ยาก ดังนั้น การปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ให้มีการเพิ่มโทษให้หนักขึ้น ย่อมจะทำให้ผู้ที่กระทำความผิด รู้สึกเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด ดังเช่นที่ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ได้วางหลักเกณฑ์

ไว้สูงสุด คือ การจำคุกในสถานหนัก และมีการโทษปรับในจำนวนเงินที่สูงกว่าปรกติ และรวมถึงศาลอาจพิพากษาให้ยุบเลิกสมาคมที่ก่อตั้งขึ้น เพื่อร่วมดำเนินกิจการที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาได้อีกด้วย

ในประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดในลักษณะขององค์กร หรือ เครือข่ายอาชญากรรม ไว้ในประมวลกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างฝรั่งเศส โดยห้ามไม่ให้มีการเข้าร่วมในการเสนอราคาตามมาตรา มาตรา L.2141-1 กำหนดว่า ผู้ที่ถูกคำพิพากษาลงโทษถึงที่สุด สำหรับ ความผิดข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ ๑ .....ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 432-11, 433-1 ต้องถูกยกเว้นไม่ให้บุคคลนั้นทำการเสนอราคาเป็นระยะเวลา 5 ปี นับแต่มีคำพิพากษาลงโทษ

มาตรา 432-11 การกระทำโดยบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนินการหรือปฏิบัติการกิจการบริการสาธารณะ โดยไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเกี่ยวกับข้อเสนอ สัญญา เพื่อประโยชน์ต่อตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 10 ปี และปรับ 1 ล้านยูโร โดยมีการกระทำความผิดดังนี้

- 1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่ของตน
- 2) ได้กระทำการโดยใช้อิทธิพล หรืออำนาจหน้าที่ในทางที่มีชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่ง การเข้าทำสัญญากับรัฐ หรือการตัดสินใจอื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน

ค่าปรับจากเพิ่มขึ้นเป็น 2 ล้านยูโร หรือเป็น 2 เท่าจากเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เมื่อเป็นการกระทำความผิดที่ ระบุไว้ในมาตรานี้และกระทำขึ้นเป็นองค์กร

มาตรา 433-1 การเสนอผลประโยชน์ตอบแทนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะมีโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 1 ล้านยูโร ค่าปรับอาจเพิ่มเป็น 2 เท่าของจำนวนเงินที่ได้ในการกระทำความผิดหากเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อตนเองหรือผู้อื่น ดังนี้

- 1) เพื่อให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่
- 2) การใช้อิทธิพลใดๆ หรืออำนาจหน้าที่ในทางที่มีชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งการเข้าทำสัญญากับรัฐ หรือการตัดสินใจอื่นในลักษณะทำนองเดียวกัน

บทลงโทษนี้ใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการสาธารณะ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม และค่าปรับจะเพิ่มขึ้นเป็น 2 ล้านยูโร หรือเป็น 2 เท่าของเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เมื่อเป็นการกระทำความผิดที่กระทำโดยองค์กรที่ได้จัดตั้งขึ้น

จึงเห็นได้ว่าประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะเน้นการกระทำความผิดในลักษณะการเป็นองค์กรหรือเครือข่าย โดยมีบุคคลอื่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมอยู่ด้วย และต้องรับโทษปรับเป็นจำนวน 2 ล้านยูโร หรือจำนวน 2 เท่าของเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิด ในที่นี้คือวงเงินที่ทำสัญญา กับหน่วยงานการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง

สำหรับประเทศญี่ปุ่นมีการกำหนดบทลงโทษเกี่ยวกับการที่มีนิติบุคคลร่วมกระทำความผิด ไว้เช่นกัน โดยกำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น ซึ่งมาตรา 95-4 (1) เป็นกรณีที่นิติบุคคลได้กระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด และศาลพิจารณาว่าการกระทำของนิติบุคคล ได้ทำความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติ ศาลอาจจะตัดสินให้ยกเลิกสมาคม หรือนิติบุคคลนั้นได้โดยการกระทำความผิดนี้จะต้องถูกดำเนินคดี และศาลได้พิจารณาแล้ว เห็นว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้น มีการกระทำที่เป็นลักษณะที่ร้ายแรง ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ และจะใช้เพียงโทษปรับอย่างเดียวไม่เพียงพอ หากปล่อยให้นิติบุคคลนั้นดำเนินการต่อไป ย่อมเกิดผลเสียหายต่อประเทศดังนั้นศาลจึงสามารถมีคำสั่งให้ยุบ เลิก นิติบุคคลที่กระทำความผิดนั้นได้ โดยความผิดในมาตรานี้ ต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำความผิดนั้น ส่งผลเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศ อย่างไรด้วย จึงจะสามารถดำเนินการให้ยุบเลิกนิติบุคคลหรือสมาคมนั้นได้มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 95-4 (1) กรณีที่ศาลเห็นว่ามีเหตุผลเพียงพอ ในการให้ยุบเลิกสมาคมการค้า ที่ได้กระทำความผิดในมาตรา 89 โดยให้ยุบเลิกสมาคมการค้าโดยคำพิพากษาของศาล

มาตรา 89

(1) บุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการผูกขาด หรือการยับยั้งการค้า โดยทำให้ไม่เกิดการแข่งขันราคาในการค้าใดๆ

(2) มีความพยายามในการกระทำความผิด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรับไม่เกิน 5 ล้านเยน

ซึ่งหมายถึงกรณีที่สมาคมการค้าได้กระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการผูกขาด ในทางการค้า ไม่ว่าจะด้วยประการใดๆ ที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดกำหนดไว้เป็นความผิด นอกจากบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องรับโทษในทางอาญาแล้ว สมาคมหรือนิติบุคคลในทางการค้านั้น อาจจะถูกศาลมีคำพิพากษาให้ยุบสมาคมการค้านั้นได้ด้วย กรณีที่มีการกระทำที่เป็นความผิดต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม โดยในประเทศญี่ปุ่นจะเน้นในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของเอกชน ที่มีการรวมกลุ่มกัน เพื่อประโยชน์ในทางการค้า มีการจัดตั้งกันเป็นสมาคมการค้าต่างๆ ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา หรือการกีดกันราคา เพื่อไม่ให้มีการแข่งขัน หรือเป็นการเอารัดเอาเปรียบ ในทางการค้า สมาคมที่จัดขึ้นโดยการรวมกลุ่มกันนั้น อาจจะถูกศาลมีคำพิพากษาให้ยุบสมาคมนั้นได้

### 1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเสนอราคาของหน่วยงานรัฐ พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับโทษปรับทางอาญา

กฎหมายเกี่ยวกับการเสนอราคาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มีการกำหนดค่าปรับเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเอกชนไว้ในมาตรา 4 ถึง มาตรา 8 และในมาตรา 4 ถึงมาตรา 8 นอกจากจะมีโทษจำคุกแล้วมีการกำหนดโทษปรับมีข้อความอย่างเดียว คือ “และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญาเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า” จึงเห็นได้ว่าการดำเนินการเกี่ยวกับค่าปรับของไทย ในขณะนั้นจะมีการปรับเป็นร้อยละ 50 ของวงเงินที่มีการเสนอราคาเช่น 1,000,000 บาท หากพบว่าเอกชนมีส่วนในการทำผิดในการเสนอราคา จะดำเนินการปรับเป็นเงิน 500,000 บาท ของวงเงินที่ผู้เสนอราคาแต่ละรายได้เสนอราคากัน หรือคิดจากจำนวนเงินที่เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แล้วแต่ว่าวงเงินใดจะสูงกว่ากัน จะเป็นการปรับในอัตราค่าปรับที่ไม่สูงมากนัก

แต่ในสำหรับบทกำหนดโทษเกี่ยวกับค่าปรับที่มีอัตราค่าปรับที่สูงกว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการซื้อขายหลักทรัพย์ บรากรฎตามมาตรา 296 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับเป็นเงินไม่เกิน 2 เท่าของผลประโยชน์ที่บุคคลนั้นๆ ได้รับไว้หรือพึงจะได้รับเพราะการกระทำฝ่าฝืนดังกล่าว แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่า 500,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ หากพิจารณาแล้วคดีที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาสามารถนำค่าปรับดังกล่าวมาปรับใช้ได้ เช่นกัน

สำหรับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เกี่ยวกับค่าปรับในเชิงลงโทษ ที่เกี่ยวกับการเสนอราคาจะถูกกำหนดไว้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ดังนี้

มาตรา 433-2 กรณีการกระทำความผิดโดยมีการเชิญชวนหรือ การชักจูงใดๆ ที่จะเสนอผลประโยชน์ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพื่อให้ได้มาในการเข้าเป็นคู่สัญญาของหน่วยงานจัดซื้อสาธารณะของรัฐ หรือเพื่อการดำเนินการเอื้อประโยชน์ใดๆ ในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเสนอเพื่อผลประโยชน์ให้กับตนเองหรือเพื่อให้บุคคลอื่นได้เข้าเป็นคู่สัญญา กับหน่วยงานของรัฐ ในกรณีนี้อาจจะเป็นการดำเนินการในลักษณะของการกีดกันหรือการใช้อิทธิพลใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งการเป็นผู้ชนะในการเสนอราคาครั้งนั้น โดยผู้ที่ดำเนินการนั้น จะมีความผิดและมีโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 500,000 ยูโร ในกรณีที่การกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งสัญญาของหน่วยงานรัฐ ค่าปรับจะเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่าของรายได้ที่ได้ในการกระทำความผิด

มาตรา 435-4 กรณีที่บุคคลใดๆ เสนอสัญญาว่าจะมอบ ผลประโยชน์ใดๆ ให้กับบุคคลอื่น ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยมีการใช้อธิพลข่มขู่ เพื่อให้ได้เป็นคู่สัญญา หรือการบีบบังคับอื่นใด เพื่อเอื้ออำนวยให้ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาตัดสินใจ เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ในประเทศ หรือภายในองค์กรระหว่างประเทศ บุคคลที่ได้กระทำความผิดจากมีโทษจำคุก 5 ปีและปรับ 500,000 ยูโร และหากใช้อธิพลในการข่มขู่ค่าปรับอาจจะเพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า ของเงินที่ได้จากการกระทำความผิด

ซึ่งจะเห็นได้ว่าค่าปรับหรือโทษปรับของประเทศฝรั่งเศสจะคิดค่าปรับโดยกำหนด เป็นค่าเสียหายเป็นข้อกำหนดไว้เป็นขั้นต่ำของจำนวนเงินที่ต้องจ่าย แต่หากปรากฏว่ามีการกระทำ บางอย่างที่เป็นข้อกำหนดให้เป็นความผิดเป็นพิเศษที่ทำให้ค่าปรับสูงขึ้นอีกด้วย เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ ที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคากระทำความผิดจะปรับเป็นเงินจำนวน 1 ล้านยูโร โดยไม่คำนึงว่าเป็น การทำสัญญาหรือเสนอราคาประมูลเป็นเงินเท่าใด แต่หากเจ้าหน้าที่นั้นได้กระทำความผิดในลักษณะ การกระทำโดยกลุ่มเครือข่ายอาชญากรรมต้องโทษปรับเป็น 2 ล้านยูโร หรือ 2 เท่าของวงเงินที่ทำสัญญา แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงาน ของรัฐ พ.ศ. 2542 หากพิจารณาแล้วจะพบว่ากฎหมายของต่างประเทศ ไม่ว่าจะประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือประเทศญี่ปุ่น จะมีโทษปรับทางอาญาเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาไว้ค่อนข้างสูง เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย เนื่องด้วยประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือประเทศญี่ปุ่น มีแนวความคิดที่ว่า เมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ไม่ว่าจะเป็นการกีดกัน หรือสมยอมกันในการเสนอราคา ย่อมทำให้เศรษฐกิจของประเทศโดยรวมได้รับผลกระทบไม่มากนักน้อย เนื่องจากเป็นงบประมาณ ของทางราชการ จึงต้องมีการบริหารจัดการอย่างโปร่งใส หากมีการเสนอราคาที่เป็นลักษณะฉ้อโกงรัฐ ย่อมทำให้รัฐเสียหาย โทษปรับทางอาญาจึงต้องมากกว่าปกติ ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษปรับแบบตายตัว ก็กำหนดเพดานขั้นต่ำ หรือจะกำหนดโทษปรับโดยพิจารณาจากมูลค่างานที่ทำการประมูล ก็ตาม ของประเทศไทยอยู่ในอัตราที่ต่ำมาก คือ จะมีโทษปรับร้อยละ 50 แต่ในสำหรับของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะมีการกำหนดโทษปรับไว้ 2 เท่าของวงเงินที่ทำการประมูล

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวคิด หลักการ และความเป็นมาของความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ตลอดจนหลักกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ เพื่อแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงาน ของรัฐ พ.ศ. 2542 เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาให้ดีขึ้น ดังนี้

## 2.1 ข้อเสนอแนะในปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมกับนิติบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา

เนื่องด้วยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการลงโทษ กรณีที่นิติบุคคลมีความเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด ที่ผ่านมามีตามหลักกฎหมายของไทย จะมีการเน้นหนักไปที่ตัวบุคคล คือ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้แทนนิติบุคคลที่สามารถกระทำการแทนนิติบุคคลได้เป็นแกนหลักในการพิจารณาในเรื่องของการลงโทษ โดยเฉพาะโทษในการลงโทษบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เน้นการลงโทษโดยการกระทำต่อตัวบุคคล คือ โทษจำคุก โดยได้กำหนดเกี่ยวกับโทษที่นิติบุคคลมีส่วนในการกระทำความผิดไว้ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 และมีการสันนิษฐานว่าหุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้แทนนิติบุคคลที่สามารถกระทำการแทนนิติบุคคล ให้เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดด้วย ต่อมาที่มีการยกเลิกบทบัญญัติตามมาตรา 9 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ และขัดต่อหลักนิติธรรม จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ ซึ่งมีการยกเลิกไปแม้ว่าจะมีการยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ไปแล้วก็ตาม แต่ในปัจจุบันไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่นิติบุคคลมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ซึ่งจะมีความแตกต่างไปจากเดิมที่จะเน้นเรื่องการลงโทษในตัวบุคคลมากกว่า ดังนั้น แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้ยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 9 ไปแล้ว จึงขอเสนอที่จะทำการเพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 9 นี้เสียใหม่ จากเดิมดังนี้

มาตรา 9 ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลใด หากหุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น ได้ดำเนินงานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ในมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 ห้ามมิให้นิติบุคคลที่กระทำความผิดเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี หรือห้ามเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐอย่างไม่มีกำหนด

## 2.2 ข้อเสนอแนะในปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาที่กระทำเป็นองค์กร

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เกี่ยวกับการเสนอราคา ยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลหรือนิติบุคคล และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ร่วมกันหรือสมคบกันกระทำความผิดเป็นลักษณะเครือข่ายหรือเป็นองค์กร ดังนั้นจึงสมควรบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้ขึ้นมาใหม่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 โดยให้ปรับปรุงแก้ไขมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 12 และให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้แทน

มาตรา 10 เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใด ซึ่งมีอำนาจหรือหน้าที่ในการอนุมัติ การพิจารณาหรือการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาครั้งใด รู้หรือมีพฤติการณ์ปรากฏ แจ่มชัดว่าควรรู้ ปรากฏแจ่มชัดว่าควรรู้ว่าการเสนอและการในครั้งนั้น มีการกระทำความผิด ตามพระราชบัญญัตินี้ ละเว้นไม่ดำเนินการเพื่อให้มีการยกเลิก การดำเนินการเกี่ยวกับการเสนอราคา ในครั้งนั้น มีความผิดฐานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาทถึง 200,000 บาท

หากความผิดมีการร่วมกระทำความผิดเป็นการกระทำความผิดเป็นองค์กร เครือข่าย อาชญากรรมผู้กระทำความผิดอาจรับโทษเป็น 2 เท่า กรณีเป็นนิติบุคคล หรือสมาคม อาจถูกห้ามมิให้ นิติบุคคลที่กระทำความผิดเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี หรือห้ามประกอบกิจการ เป็นเวลา 5 ปี หรือ ถูกยุบเลิกนิติบุคคลนั้นโดยคำสั่งศาล

มาตรา 11 เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใด หรือผู้ได้รับมอบหมายจากหน่วยงาน ของรัฐผู้ใด โดยทุจริตทำการออกแบบ กำหนดราคา กำหนดเงื่อนไข หรือกำหนดผลประโยชน์ตอบแทน อันเป็นมาตรฐานในการเสนอราคา โดยมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันในการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม หรือเพื่อช่วยเหลือให้ผู้เสนอราคารายใดได้มีสิทธิเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐโดยไม่เป็นธรรม หรือเพื่อกีดกันผู้เสนอราคารายใดมิให้มีโอกาสเข้าแข่งขันในการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ 100,000 ถึง 400,000 บาท

หากความผิดมีการร่วมกระทำความผิดเป็นการกระทำความผิดเป็นองค์กร เครือข่าย อาชญากรรมผู้กระทำความผิดอาจรับโทษเป็น 2 เท่า กรณีเป็นนิติบุคคล หรือสมาคม อาจถูกห้ามมิให้ นิติบุคคลที่กระทำความผิดเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี หรือห้ามประกอบกิจการ เป็นเวลา 5 ปี หรือถูกยุบเลิกนิติบุคคลนั้นโดยคำสั่งศาล

มาตรา 12 เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐผู้ใด กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกระทำการใดๆ โดยมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม เพื่อเอื้ออำนวยแก่ผู้เข้าทำ การเสนอราคารายใดให้เป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ มีความผิดฐานกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ 100,000 ถึง 400,000 บาท

หากความผิดมีการร่วมกระทำความผิดเป็นการกระทำความผิดเป็นองค์กร เครือข่าย อาชญากรรมผู้กระทำความผิดอาจรับโทษเป็น 2 เท่า กรณีเป็นนิติบุคคล หรือสมาคม อาจถูกห้ามมิให้ นิติบุคคลที่กระทำความผิดเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐเป็นเวลา 5 ปี หรือห้ามประกอบกิจการ เป็นเวลา 5 ปี หรือถูกยุบเลิกนิติบุคคลนั้นโดยคำสั่งศาล



### 2.3 ข้อเสนอแนะในปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเสนอราคาของหน่วยงานรัฐ พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษทางอาญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 และ มาตรา 8 ควรกำหนดรายละเอียดของค่าปรับดังนี้

มาตรา 4 ผู้ใดตกลงร่วมกันในการเสนอราคา เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้ประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือโดยการกีดกันมิให้มีการเสนอสินค้าหรือบริการอื่นต่อหน่วยงานของรัฐ หรือโดยการเอาเปรียบแก่หน่วยงานของรัฐอันมิใช่เป็นไปในทางการประกอบธุรกิจปกติ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ผู้ใดเป็นธุระในการชักชวนให้ผู้อื่น ร่วมตกลงกันในการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง พวกนั้นต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่ง

มาตรา 5 ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้อื่น เพื่อประโยชน์ในการเสนอราคา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะจูงใจให้ผู้นั้นร่วมดำเนินการใดๆ อันเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หรือเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นทำการเสนอราคาสูงหรือต่ำจนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าบริการ หรือสิทธิที่จะได้รับ หรือเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นไม่เข้าร่วมในการเสนอราคา หรือถอนการที่มีการเสนอราคา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการกระทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า ผู้ใดเรียกรับหรือยอมจะรับเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดด้วย

มาตรา 6 ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้จำยอมร่วมดำเนินการใดๆ ในการเสนอราคาหรือไม่เข้าร่วมในการเสนอราคา หรือถอนการเสนอราคา หรือต้องทำการเสนอราคาตามที่กำหนดโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญด้วยประการใดๆ ให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เข็ญหรือบุคคลที่สาม จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 10 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

มาตรา 7 ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงหรือกระทำการโดยวิธีอื่นใด เป็นเหตุให้ผู้อื่นไม่มีโอกาสเข้าทำการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม หรือให้มีการเสนอราคาโดยหลงผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 5 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุด ระหว่างผู้ร่วมกระทำ ความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

มาตรา 8 ผู้ใดโดยทุจริตทำการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ โดยรู้ว่าราคาที่เสนอนั้นต่ำมากเกินกว่าปกติ จนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าหรือบริการ หรือเสนอผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐสูงกว่าความเป็นจริง ตามสิทธิที่จะได้รับ โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการกีดกันการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม และการกระทำเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้ไม่สามารถปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาได้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 3 ปี และปรับร้อยละ 50 ของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคา หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาได้ตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้หน่วยงานของรัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในการดำเนินการ ให้แล้วเสร็จตามวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าว ผู้กระทำผิดต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หน่วยงานของรัฐนั้นด้วย

ในการพิจารณาคดีความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ถ้ามีการร้องขอให้ศาลพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายที่รัฐต้องรับภาระเพิ่มขึ้นให้แก่หน่วยงานของรัฐ ตามวรรคสองด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงไป จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 และ มาตรา 8 ดังนี้

มาตรา 4 ผู้ใดตกลงร่วมกันในการเสนอราคา เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้ประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือโดยการกีดกันมิให้มีการเสนอสินค้าหรือบริการอื่นต่อหน่วยงานของรัฐ หรือโดยการเอาเปรียบแก่หน่วยงานของรัฐอันมิใช่เป็นไปในทางการประกอบธุรกิจปกติ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับ 2 เท่าของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุดในระหว่างผู้ร่วมกระทำ ความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ผู้ใดเป็นธุระในการชักชวนให้ผู้อื่น ร่วมตกลงกันในการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง พวกนั้นต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่ง

มาตรา 5 ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้อื่น เพื่อประโยชน์ในการเสนอราคา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะจูงใจให้ผู้นั้นร่วมดำเนินการใดๆ อันเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หรือเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นทำการเสนอราคาสูง หรือต่ำจนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าบริการ หรือสิทธิที่จะได้รับ หรือเพื่อจูงใจให้ผู้นั้นไม่เข้าร่วมในการเสนอราคา หรือถอนการที่มีการเสนอราคา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี

และปรับ 2 เท่าของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุด ในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการกระทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

ผู้ใดเรียกรับ หรือยอมจะรับเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการ ตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดด้วย

มาตรา 6 ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้จำยอมร่วมดำเนินการใดๆ ในการเสนอราคาหรือไม่เข้าร่วม ในการเสนอราคา หรือถอนการเสนอราคา หรือต้องทำการเสนอราคาตามที่กำหนดโดยใช้กำลัง ประทุษร้าย หรือขู่เข็ญด้วยประการใดๆ ให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เข็ญหรือบุคคลที่สาม จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ 5 ปีถึง 10 ปี และปรับ 2 เท่าของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุด ในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

มาตรา 7 ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงหรือกระทำการโดยวิธีอื่นใด เป็นเหตุให้ผู้อื่นไม่มี โอกาสเข้าทำการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม หรือให้มีการเสนอราคาโดยหลงผิด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ 1 ปีถึง 5 ปี และปรับ 2 เท่าของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคาสูงสุด ระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดนั้น หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า

มาตรา 8 ผู้ใดโดยทุจริตทำการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ โดยรู้ว่าราคาที่เสนอนั้น ต่ำมากเกินกว่าปกติ จนเห็นได้ชัดว่าไม่เป็นไปตามลักษณะสินค้าหรือบริการ หรือเสนอผลประโยชน์ ตอบแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐสูงกว่าความเป็นจริง ตามสิทธิที่จะได้รับ โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการกีดกัน การแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม และการกระทำเช่นนั้นเป็นเหตุให้ไม่สามารถปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามสัญญาได้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 3 ปี และปรับ 2 เท่าของจำนวนเงินที่มีการเสนอราคา หรือของจำนวนเงินที่มีการทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า... ๗





บรรณานุกรม

มหาวิทยาลัยศรี

นครินทรวิโรฒราชภัฏ

## บรรณานุกรม

- กฎกระทรวง กำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีเฉพาะเจาะจง วงเงินการจัดจ้างที่ไม่ทำ  
ข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ พ.ศ. 2560.  
(2560, 23 สิงหาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 134 ตอนที่ 86 ก. หน้า 20-21.
- กรมราชทัณฑ์. (2567, 20 มิถุนายน). *ความหมายของคำว่า “กักขัง”*.  
<http://www.correct.go.th/inctrad/Detainees.htm>.
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2559.
- คณะกรรมการการค้ำที่เป็นธรรมของญี่ปุ่น. (2567, 30 มิถุนายน). *การแก้ไขกฎหมายป้องกัน  
การสมยอมระหว่างข้าราชการ และผู้ประกอบการและการลงโทษข้าราชการ  
ที่มีการกระทำก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคาของภาครัฐ*  
[www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/aepibr.html](http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/aepibr.html).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2560). *กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ*.  
วิญญูชน.
- ธนัฐนันท์ ภัคดีธรรมะสกุล. (2563). *สัญญาการจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาอื่นๆ (ส่วนที่ 1)*.  
*วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง*, 3(1), 109-134.
- ประมวลกฎหมายอาญา
- ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. (2564). *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุน  
สารสนเทศ เพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา*. [https://kpi.ac.th/uploads/pdf/  
UX1lceA4L8Q5m7gBbVevYD0cvcY9yFSMpauNZolg.pdf](https://kpi.ac.th/uploads/pdf/UX1lceA4L8Q5m7gBbVevYD0cvcY9yFSMpauNZolg.pdf).
- พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.
- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยกรป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561.
- พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542.
- พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์. (2567, 1 มิถุนายน). *แนวทางการส่งเสริมและป้องกันเจ้าหน้าที่ของรัฐ  
มิให้มีการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามหลักนิติธรรม*.  
[https://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1419](https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1419).
- พิชฌา จิตรมहिมา. (2560). *แนวคิด หลักกฎหมาย และนิติวิธีในการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมาย  
การพัสดุ ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา*.

- ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2561). ทฤษฎีการลงโทษ ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา และอาชญาวิทยาชั้นสูง*, ปรับปรุงครั้งที่ 1, หน่วยที่ 5, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- \_\_\_\_\_. (2567, 15 สิงหาคม). *ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา*  
[https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716\\_2.pdf](https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf).
- มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ. (2567, 22 มิถุนายน). *ระบบค่าปรับทางอาญา*.  
<https://kb.hsri.or.th/dspace/handle/11228/3971?locale-attribute=th>.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.
- วรรณวิภา เมืองถ้ำ. (2567, 15 สิงหาคม). *แนวคิด หลักทฤษฎี นิยามกฎหมายอาชญากรรมข้ามชาติ ชุดวิชา 41719 กฎหมายกระบวนการยุติธรรม เกี่ยวกับการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมในประเทศและข้ามชาติที่สำคัญ*. <https://www.stou.ac.th/schoolsweb/law/UploadedFile/%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%A2%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%201.pdf>.
- ศักรินทร์ นิลรัตน์. (2566). *รายงานโครงการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การทุจริตการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ*.
- สนั่น ยามาเจริญ. (2560). *โทษริบทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา*. การประชุมมหาดใหญ่วิชาการระดับชาติและนานาชาติ ครั้งที่ 8. มหาวิทยาลัยหาดใหญ่.
- สันทกิจ เต็งลัดดาวงศ์. (2561). *ปัญหาในการบังคับใช้โทษจำคุกขั้นต่ำในประมวลกฎหมายอาญา [วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์]*. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. (2551). *รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาโครงสร้างระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศญี่ปุ่น*. มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.
- สำนักงานเลขาธิการกรมการปกครอง. (2567, 26 พฤษภาคม). *ข้อมูลทางการปกครองทั่วประเทศ*.  
<https://multi.dopa.go.th/secofdopa/news/cate10/view475>.
- สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. (2567, 31 พฤษภาคม). *เกร็ดความรู้ผู้ทุจริต เรื่อง ข้อมูลสถิติเรื่องการตรวจรับค้ำกล่าวหาประจำปี 2566 (ตั้งแต่ 1 ตุลาคม 2565 – 30 เมษายน 2566)*. <https://www.nacc.go.th/categorydetail/2021110415414676/20230807114215?>
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2567, 16 มิถุนายน). *ความหมายของคำว่า “ศาลนา”*.  
<http://legacy.orst.go.th/?knowledges>.

สัญญาพงศ์ ลิ้มประเสริฐ. (2567, 26 เมษายน). การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญา.

<http://rsucon.rsu.ac.th/proceedings>.

สถาบันพระปกเกล้า. (2567, 23 มิถุนายน). การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=>

การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย\_พุทธศักราช\_2560

อุทิศ สุภาพ. (2559). ทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญา : ร่างกฎหมายชะลอฟ้อง.

[https://dunlaphaha.coj.go.th/upload/2559/2/2559\\_2\\_a4.pdf](https://dunlaphaha.coj.go.th/upload/2559/2/2559_2_a4.pdf).

Code de la commande publique.

Code penal.



## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อสกุล	นายทรงพล อีชวากุล
วัน เดือน ปี เกิด	23 พฤษภาคม 2519
สถานที่เกิด	-
ที่อยู่ปัจจุบัน	บ้านเลขที่ 83 หมู่ 15 ตำบลตุ้ใต้ อำเภอเมืองน่าน จังหวัดน่าน 55000
ประวัติการศึกษา	รัฐประศาสนศาสตร์บัณฑิต สาขาวิชาวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2545 นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2554
ประวัติการทำงาน	สำนักงานกฎหมาย ทรงพลนายความ เลขที่ 83 หมู่ 15 ตำบลตุ้ใต้ อำเภอเมืองน่าน จังหวัดน่าน 55000 เทศบาลตำบลตุ้ใต้ ตำบลตุ้ใต้ อำเภอเมืองน่าน จังหวัดน่าน 55000 รองนายกองค์การบริหารส่วนตำบลตุ้ใต้ พ.ศ. 2551 – 2553 รองนายกเทศมนตรีตำบลตุ้ใต้ พ.ศ. 2554 – 2564 นายกเทศมนตรีตำบลตุ้ใต้ พ.ศ. 2564 – 2566

