



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

## หลักนิติธรรมกับการตรวจร่างสัญญาของพนักงานอัยการ

จัดทำโดยนางสาวนารี ตันขเสถียร  
รหัส ๖๔๐๙๑๕

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๙  
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# หลักนิติธรรมกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการ

นารี ตันตเสถียร\*

## ๑. บทนำ

แม้หลักนิติธรรมจะเพิ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไม่นานนัก แต่หลักนิติธรรมไม่ใช่สิ่งใหม่ในวงการนิติศาสตร์ไทย โดยปรากฏว่าได้มีการเรียนการสอนในคณะนิติศาสตร์มาเป็นเวลานานแล้ว โดยเป็นส่วนหนึ่งของวิชานิติปรัชญา ซึ่งปัจจุบันหลักนิติธรรมไม่ได้เป็นเพียงแต่แนวความคิดที่ถกเถียงกันในทางตำราวิชาการเท่านั้น แต่ยังได้รับการส่งเสริมและให้ความสำคัญอย่างจริงจังในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศประชาธิปไตยทั้งหลาย และในระดับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ส่วนพนักงานอัยการนั้นเป็นตำแหน่งหน้าที่ที่มีบทบาทหน้าที่ควบคู่กับสังคมไทยเป็นระยะเวลาอันนับแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนถึงปัจจุบัน และบทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย จากตำแหน่งยกกระบัตรซึ่งเป็นตำแหน่งราชการมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีจนถึงพนักงานอัยการในปัจจุบัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมขึ้นตามความจำเป็นแห่งยุคสมัย ซึ่งในปัจจุบันรวมถึงหน้าที่ตรวจร่างสัญญาให้กับหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการจึงต้องมีการปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัย ซึ่งไม่เพียงแต่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น แต่จะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมอันเป็นแนวคิดพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยด้วย

## ๒. หลักนิติธรรม

มาตรา ๓ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๖๐) ได้บัญญัติให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม<sup>๑</sup> ซึ่งเป็นไปตามแนวทางเดียวกับมาตรา ๓ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. ๒๕๕๐)<sup>๒</sup> ซึ่งได้ถูกยกเลิกไปแล้ว ได้บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมนี้ไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นมาก่อน นอกจากที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๑๗) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙ ส่วนที่ปรากฏในมาตรา ๓๕ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗<sup>๓</sup> แต่ก็เป็น

\* อธิบดีอัยการ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย

<sup>๑</sup> มาตรา ๓ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. ๒๕๖๐) บัญญัติว่า

มาตรา ๓ อำนาจอัยการเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

<sup>๒</sup> มาตรา ๓ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. ๒๕๕๐) บัญญัติว่า

มาตรา ๓ อำนาจอัยการเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

<sup>๓</sup> มาตรา ๓๕ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ บัญญัติว่า

มาตรา ๓๕ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

การกำหนดหน้าที่ให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมในเรื่องกลไกที่มีประสิทธิภาพในการสร้างเสริมความเข้มแข็งของหลักนิติธรรม และการสร้างเสริมคุณธรรม จริยธรรม และธรรมาภิบาลในทุกภาคส่วนและทุกระดับ ซึ่งเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๖๐) อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ได้ให้คำนิยามของหลักนิติธรรมไว้ และไม่มีกฎหมายฉบับใดที่ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรม จึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายจะต้องหยิบยกขึ้นพิจารณาทั้งในแง่มุมมองทางวิชาการและฐานะผู้ปฏิบัติงาน ซึ่งหลักนิติธรรมดังกล่าวแม้จะมีความเป็นสากล แต่หลักนิติธรรมเมื่อนำมาใช้ในสังคมไทยก็อาจจะต้องพิจารณาในแง่มุมมองที่สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยด้วย

## ๒.๑ แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

บ่อเกิดแห่งแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมแหล่งที่มาอาจย้อนหลังไปไกลถึงยุคสมัยของอริสโตเติล (Aristotle) นักปราชญ์ชาวกรีก ซึ่งมีชีวิตอยู่เมื่อ ๓๘๔-๓๒๒ ก่อนคริสตกาล โดยอริสโตเติลมีความเชื่อว่าการปกครองของกฎหมาย (the rule of law) ดีกว่าการปกครองของมนุษย์ (the rule of man) แต่แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมของอริสโตเติลไม่ได้เป็นหลักการอิสระ แต่อ้างอิงกับรูปแบบของระบอบการปกครองที่เหมาะสมด้วย ดังจะเห็นได้ว่าการตั้งคำถามว่าสิ่งใดดีกว่าระหว่างการปกครองโดยมนุษย์ที่ประเสริฐที่สุดกับกฎหมายที่ประเสริฐที่สุด อริสโตเติลให้ความเห็นว่าสำหรับคำถามนี้ไม่เพียงแต่ลักษณะของกฎหมายเท่านั้นที่จะต้องนำมาพิจารณา แต่จะต้องพิจารณาถึงระบอบการเมืองที่ตราและบังคับใช้กฎหมายนั้นด้วย<sup>๔</sup>

แนวความคิดเรื่องนิติธรรมยังได้รับการรับช่วงและพัฒนาต่อมาโดยนักปรัชญาในศตวรรษที่ ๑๗ ซึ่งเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน เช่น จอห์น ล็อก (John Locke) นักปราชญ์ชาวอังกฤษ และมองเตสกีเออร์ (Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส โดยจอห์น ล็อก มีแนวคิดที่เน้นย้ำและให้ความสำคัญของการปกครองโดยกฎหมายที่มีการตราขึ้นเป็นที่ปรากฏมีการประกาศใช้และเป็นที่รับรู้ของประชาชน (established standing law) อันแตกต่างจากกฎที่ออกโดยอำเภอใจ (extemporary Arbitrary Decrees) ของผู้ปกครอง ในขณะที่หลักนิติธรรมของมองเตสกีเออร์เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในเรื่องการให้ความสำคัญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (the separation of powers) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแบ่งแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติ<sup>๕</sup>

ในศตวรรษที่ ๑๙ ไตซี (Albert Venn Dicey) นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษได้ประกาศแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมโดยได้กล่าวว่หลักนิติธรรมเป็นคุณลักษณะของกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ โดยมีลักษณะเด่นสามประการคือ

(๑) บุคคลจะไม่ถูกลงโทษหรือถูกระงับให้กระทบกระเทือนต่อร่างกายหรือทรัพย์สินเว้นแต่มีการฝ่าฝืนกฎหมายโดยชัดแจ้ง ซึ่งได้รับการพิจารณาโดยปกติและชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาตามปกติของประเทศ<sup>๖</sup>

(๖) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการสร้างเสริมความเข้มแข็งของหลักนิติธรรม และการสร้างเสริมคุณธรรม จริยธรรม และธรรมาภิบาลในทุกภาคส่วนและทุกระดับ

...

<sup>๔</sup> Waldron, Jeremy, "The Rule of Law", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer ๒๐๒๐ Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum๒๐๒๐/entries/rule-of-law/>, p๓-๔.

<sup>๕</sup> Ibid.

<sup>๖</sup> Albert V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (London: Mcmillan, ๑๙๑๕), p๑๑๐.

(๒) ไม่เพียงแต่ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย แต่บุคคลทุกคนไม่ว่าด้วยตำแหน่งหรือสถานะ อยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาเดียวกัน และถูกพิจารณาภายใต้อำนาจศาลปกติธรรมดา<sup>๗</sup>

(๓) กฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษเป็นผลมาจากหลักนิติธรรม จากการที่หลักการทั่วไปแห่งรัฐธรรมนูญอังกฤษ (เช่น สิทธิในเสรีภาพส่วนบุคคล หรือสิทธิในการชุมนุมสาธารณะ) เป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งได้พิจารณาสิทธิของเอกชนในแต่ละคดีที่นำเสนอต่อศาล ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ที่การให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนเป็นผลมาจากหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญ<sup>๘</sup> จึงเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมในข้อ ๑ ของไดซี นั้นเน้นย้ำหลักความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งจะมีความรับผิดชอบเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น และในข้อ ๒ เป็นเรื่องหลักความเสมอภาคในทางกฎหมาย ส่วนในข้อ ๓ นั้น น่าจะเป็นเรื่องลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษที่แม้จะไม่ได้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ก็ไม่ได้มีลักษณะที่เป็นกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจโดยอำเภอใจ หากแต่เป็นกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาโดยศาลยุติธรรมอย่างมีเหตุผลและเป็นที่ยอมรับและใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไป

ในมุมมองของนักกฎหมายระบบประมวลกฎหมายนั้นมีหลัก “หลักนิติรัฐ” หรือ Legal State ซึ่งแปลจากคำว่า “Rechtsstaat” ในภาษาเยอรมัน และตรงกับคำว่า “L'Etat de Droit” ในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งเป็นหลักที่คู่เคียงกับหลักนิติธรรม โดยศาสตราจารย์วอร์เจตน์ ภาคีร์ตัน<sup>๙</sup> ได้อธิบายว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น ก็คือการที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง พิจารณาในทางเนื้อหา นิติรัฐย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ (Gerechtigkeitsstat) โดยในส่วนขององค์ประกอบในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สำหรับในส่วนขององค์ประกอบทางเนื้อหานั้น ประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ ได้แก่ กฎหมายจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลโดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ การกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรง หลักความพอสมควรแก่เหตุที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม การห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ หลักความเสมอภาค กล่าวคือ รัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น ๆ ด้วย

<sup>๗</sup> Ibid, p๑๑๔.

<sup>๘</sup> Ibid, p๑๑๕.

<sup>๙</sup> วอร์เจตน์ ภาคีร์ตัน, "หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม", วารสารจลนิตี ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๑ (มกราคม - กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕): ๕๕-๕๗.

## ๒.๒ ความหมายของหลักนิติธรรมในวงการนิติศาสตร์ไทย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าหลักนิติธรรมไม่ใช่เรื่องใหม่ในวงการนิติศาสตร์ไทย และมีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม สำหรับความหมายของหลักนิติธรรมในมิติของกฎหมายไทยนั้น ศาสตราจารย์พิเศษธานีกร กฤษฎีเชียร ได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจว่า “แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาขึ้นจากประสบการณ์ในอดีตและปรับให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมตะวันตก หลักนิติธรรมหลอมรวมอยู่ในจิตวิญญาณของชาวตะวันตก ประชาชนต่างเคารพและยึดมั่นในหลักนิติธรรมด้วยหัวใจศรัทธาอย่างแท้จริง แต่สำหรับประเทศไทยแล้ว เราปรับเอาแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมนี้มาแบบท่องจำฝรั่ง การเรียนการสอนและตำราทางวิชาการของไทยในเรื่องนี้ก็เป็นกรอบายในเชิงทฤษฎีเสียเป็นส่วนใหญ่ การรับเอาแนวความคิดของต่างประเทศเข้ามาทั้งหมดโดยไม่มีการเชื่อมโยงและปรับให้เข้ากับรากเหง้าและสภาพความเป็นจริงของสังคมไทย อาจทำให้คนไทยไม่สามารถเข้าถึงแก่นแท้ของหลักนิติธรรมได้อย่างแท้จริง และอาจทำให้หลักนิติธรรมเป็นเพียงแค่อุดมการณ์ที่จับต้องไม่ได้ในสังคมไทยเท่านั้น” โดยในมุมมองของศาสตราจารย์พิเศษธานีกร กฤษฎีเชียร “หลักนิติธรรม ก็คือ หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบบประชาธิปไตยที่เกื้อหนุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”<sup>๑๐</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล<sup>๑๑</sup> ได้อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมในบริบทของกฎหมายไทยไว้ว่าหมายถึงหลักอันเป็นพื้นฐานในการที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมขึ้นในบ้านเมืองโดยใช้กฎหมายเป็นหลัก หลักนิติธรรมไทยจึงหมายถึงหลักนิติธรรมที่เป็นหลักพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมายไทยให้เป็นไปด้วยความยุติธรรม โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

๑. การปกครองรัฐต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการปกครองที่เป็นธรรมภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายจะกำหนดหลักการและจำกัดขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายผู้ปกครองรัฐไว้อย่างแน่ชัด และกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองโดยศาล เพื่อควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจปกครองรัฐมิให้ขัดต่อกฎหมายหรือนอกเหนือกฎหมาย

๒. สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

๓. เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

นอกจากนี้ คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ<sup>๑๒</sup> ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืนขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม” ทั้งยังได้จำแนกลักษณะของหลักนิติธรรมเป็น ๒ ประการ คือ หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ และหลักนิติธรรมโดยทั่วไปหรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ดังนี้

<sup>๑๐</sup> ธานีกร กฤษฎีเชียร, “หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW)”, วารสารยุติธรรมคู่ขนาน, ปีที่ ๖ ฉบับที่ ๑ กันยายน ๒๕๕๔: ๑๕-๑๖.

<sup>๑๑</sup> ประยูร กาญจนกุล, เอกสาร “ปาฐกถาชุดสิทธิธรรม” ครั้งที่ ๑๔ เรื่องนิติธรรมไทย ณ ห้องประชุมสารนิเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อวันที่ ๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๑๔, หน้า ๒.

<sup>๑๒</sup> คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, ๒๕๕๗), หน้า ๑-๙.

(ก) หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ โดยหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ประกอบไปด้วยหลักการดังต่อไปนี้

(๑) หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ

(๒) กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป

(๓) กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ

(๔) กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ

(๕) ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี

(๖) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ

(๗) กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

(ข) หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใด ๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใด ๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ดีหรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ตาม กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จึงใช้บังคับได้อยู่ トラบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม โดยเคร่งครัด หลักนิติธรรมอย่างกว้าง ประกอบไปด้วยหลักย่อย ๆ หลายประการ ได้แก่ กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องทันสมัย และสามารถรองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจการเมือง และวัฒนธรรม กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลัง เป็นผลร้าย หรือกระทบต่อสิทธิหน้าที่หรือความรับผิดชอบของบุคคล กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิด กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้และเคารพกฎหมาย กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยโปร่งใส และตรวจสอบได้ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้าด้วยค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลาง ในการปฏิบัติหน้าที่ นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องซื่อสัตย์ สุจริต ยึดหลักคุณธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรม

เมื่อได้พิจารณาถึงแนวความคิดและความหมายของหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมนั้น แม้ว่าจะเพิ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. ๒๕๕๐) แต่หลักการสำคัญของหลักนิติธรรมต่างได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาก่อนหน้าแล้วทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การนำหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว ย่อมหมายความว่าหลักการต่าง ๆ ซึ่งประกอบกันเป็นหลักนิติธรรม ซึ่งแม้จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ แต่การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ จะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย

## ๓. สัญญาของรัฐ

### ๓.๑ ความหมายของสัญญาของรัฐ

สัญญาของรัฐ (Government Contract) ในความหมายโดยกว้างคือสัญญาหรือข้อตกลงที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีเจตนา (mutual intent) ในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในรายละเอียดข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาหรือข้อตกลง ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องคำเสนอ (Offer) และคำสนอง (Acceptance) ดังนั้น สัญญาของรัฐจึงมีสาระสำคัญคือจะต้องมีหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วยเสมอ ซึ่งหน่วยงานของรัฐนี้ไม่ได้จำกัดถึงหน่วยงานของรัฐที่เป็นส่วนราชการ ราชการส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดด้วย

### ๓.๒ สัญญาของรัฐกับสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ ได้ให้คำนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่าหมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นอกจากนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔<sup>๑๓</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ไว้ว่าจะต้องประกอบด้วยลักษณะ ๒ ประการ ดังนี้

(๑) ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

(๒) ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

นอกจากนี้ มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ ยังได้อธิบายเพิ่มเติมว่า “สัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

ดังนั้น เมื่อพิจารณานิยามความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับแนวทางของศาลปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ ดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองไม่เพียงแต่จะต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง

<sup>๑๓</sup> นันทวัฒน์ พรหมานันท์, สัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๔, พ.ศ. ๒๕๕๔, หน้า ๒๒๓.

ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งทำการแทนรัฐเท่านั้น แต่จะต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวข้างต้นด้วย การแบ่งประเภทของสัญญาเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองนั้น เพื่อให้ทราบถึงศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีข้อพิพาทตลอดจนกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะนำมาใช้ในคดีในกรณีต้องนำข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของรัฐดังกล่าวไปสู่ศาล แต่สัญญาของรัฐนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองในทุกกรณี สัญญาของรัฐอาจจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ซึ่งเป็นคนละส่วนกัน แต่สัญญาทางปกครองทุกฉบับจะมีสภาพเป็นสัญญาของรัฐ เนื่องจากจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น สัญญาของรัฐ (Government Contracts) จึงมีความหมายที่กว้างกว่าสัญญาทางปกครอง

#### ๔. หน้าที่ของพนักงานอัยการในการตรวจร่างสัญญาของรัฐ

พนักงานอัยการนอกเหนือจากมีบทบาทหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกและการคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนแล้ว ยังมีบทบาทหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ โดยการให้คำปรึกษาทางกฎหมายและตรวจร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ ซึ่งพนักงานอัยการได้รับผิดชอบมีบทบาทหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ ซึ่งรวมถึงการตรวจร่างสัญญาของรัฐมาตั้งแต่การตั้งกรมอัยการขึ้นในกระทรวงยุติธรรม ในปี พ.ศ. ๒๔๓๖ หรือ ร.ศ. ๑๑๒ ดังที่ปรากฏในกฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมอันเป็นข้อบังคับสำหรับราชการในกรมอัยการ ลงวันที่ ๑ เมษายน ร.ศ. ๑๑๒ ซึ่งกำหนดให้พนักงานอัยการมีหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของกระทรวง หรือกรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของราชาธิปไตย เป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของราชาธิปไตย ซึ่งได้พัฒนาเป็นบทบาทหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐในปัจจุบัน<sup>๑๔</sup> นับเป็นระยะเวลาเกินกว่า เจ็ดทศวรรษที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้รับร่างสัญญาประเภทต่าง ๆ ซึ่งบรรดาส่วราชการรัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน องค์กรอิสระจำนวนมากส่งมาให้ตรวจพิจารณา ซึ่งมีตั้งแต่สัญญาพื้นฐานที่มูลค่าตามสัญญาไม่มากไปจนถึงสัญญาซึ่งมีมูลค่าตามสัญญามหาศาล เช่น สัมปทาน และสัญญาร่วมลงทุน

อำนาจหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการเป็นไปตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งได้กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ และนิติบุคคลซึ่งไม่ใช่หน่วยงานของรัฐแต่มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น เช่น องค์กรมหาชน โดยในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวสำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของรัฐ ในการนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลดังกล่าวที่เป็นคู่สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสนอเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ<sup>๑๕</sup>

<sup>๑๔</sup> กฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมอันเป็นข้อบังคับสำหรับราชการในกรมอัยการ ลงวันที่ ๑ เมษายน ร.ศ. ๑๑๒ มีความว่า “อธิบดีและเจ้าพนักงานในกรมอัยการต้องฟังบังคับบัญชาของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ในทางปฏิบัติหน้าที่ราชการอธิบดีมีอำนาจเลือกผู้รั้พระราชกำหนด กฎหมายขานี้ ขำนาญแมนย่ำติมาตั้งเป็นราชมนตรี และเนติบัณฑิต ให้เป็นที่ปรึกษา และผู้ช่วยราชการกรมอัยการมีหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของกระทรวง หรือกรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของราชาธิปไตยเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของราชาธิปไตย เป็นทนายความในนามของราชาธิปไตย เป็นพนักงานร่างแต่งประกาศพระราชบัญญัติต่าง ๆ แปลกฎหมายนานาประเทศออกเป็นภาษาไทย ฟ้องกล่าวโทษผู้กระทำผิดล่วงพระราชอาญา ฯลฯ”

<sup>๑๕</sup> พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๓ บัญญัติว่า

“มาตรา ๒๓ สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและ งานวิชาการ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย

(๒) ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้ แก่รัฐบาลและหน่วยงาน ของรัฐ

(๓) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ตามที่เห็นสมควร



นอกจากอำนาจหน้าที่ทั่วไปของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจร่างสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้ว หน่วยงานของรัฐยังมีหน้าที่ที่จะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และมติคณะรัฐมนตรีด้วย โดยหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการส่งร่างสัญญาของรัฐให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างสัญญา อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### ๔.๑ หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามมติคณะรัฐมนตรี

บทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการในการให้คำปรึกษากฎหมายและตรวจร่างสัญญาให้กับหน่วยงานของรัฐน่าจะมีมาตั้งแต่การตั้งกรมอัยการดังที่ปรากฏในกฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมอันเป็นข้อบังคับสำหรับราชการในกรมอัยการ ลงวันที่ ๑ เมษายน ร.ศ. ๑๑๒ ซึ่งกำหนดให้พนักงานอัยการมีหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของกระทรวง หรือกรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของราชาธิปไตย เป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของราชาธิปไตย แต่การกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาให้พนักงานอัยการตรวจพิจารณานั้น ปรากฏอย่างชัดเจนในมติคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๔๙๑ ที่กำหนดเรื่องการให้ส่วนราชการที่ทำสัญญากับเอกชนเพื่อกิจการต่าง ๆ ให้ส่งเรื่องให้กรมอัยการ ในขณะที่พิจารณาเสียก่อน ซึ่งหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้กรมอัยการตรวจพิจารณาตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้ใช้บังคับเรื่อยมา โดยมีการแก้ไขมาเป็นลำดับ ต่อมาคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๓๕ ได้มีมติเห็นชอบหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา โดยให้ยกเลิกหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้กรมอัยการตรวจพิจารณาเดิมซึ่งมีหลายฉบับและใช้มาเป็นเวลานาน ซึ่งหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๓๕ ยังมีผลบังคับใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่ใช้กับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับที่คณะรัฐมนตรีให้ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง โดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการส่งร่างสัญญาให้พนักงานอัยการตรวจพิจารณา ดังนี้

๑. ส่วนราชการต่าง ๆ มีหน้าที่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามสัญญา
๒. รัฐวิสาหกิจทุกประเภทมีหน้าที่ส่งร่างสัญญาต่อไปนี้ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อนลงนามในสัญญา

๒.๑ การทำสัญญาผูกพันกับบุคคล นิติบุคคล หรือสถาบันอื่นใดในต่างประเทศ ซึ่งมีใช้การดำเนินงานตามปกติธุระ หรือ

๒.๒ การทำสัญญาที่เห็นว่าอาจจะมีปัญหาทางกฎหมาย หรือเสียเปรียบ หรือไม่รัดกุม หรือ

๒.๓ การทำสัญญาผูกพันที่ใช้จ่ายจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐตั้งให้เพื่อการหนึ่งการใด โดยเฉพาะ ซึ่งมีใช้เพื่อเป็นรายจ่ายในการดำเนินการตามปกติธุระ

อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นที่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจไม่ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ดังนี้

---

...  
ในการตรวจร่างสัญญาตาม (๒) และ (๓) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐตาม (๒) หรือนิติบุคคลตาม (๓) ที่เป็นผู้สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ”

(๑) การทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้ว หรือการทำสัญญาที่จำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบดังกล่าวเพียงเล็กน้อยในประเด็นที่มีใช้สาระสำคัญและไม่ทำให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเสียเปรียบ

(๒) การทำสัญญาของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญท้องถิ่นหรือผู้รู้กฎหมายของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นแล้ว

อนึ่ง หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับกับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบ หรือข้อบังคับที่คณะรัฐมนตรีให้ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง ซึ่งเดิมคณะรัฐมนตรีได้เคยอนุมัติเห็นชอบให้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุภาครัฐ ซึ่งการทำสัญญาตามระเบียบนี้ไม่ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว แต่ปัจจุบันระเบียบนี้ได้ถูกยกเลิกแล้วโดยพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว ซึ่งกำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุภาครัฐจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

## ๔.๒ หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการส่งร่างสัญญาให้สำนักอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามกฎหมาย

นอกเหนือจากมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๓๕ ซึ่งวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนาม แต่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะไม่นำมาใช้บังคับกับการทำสัญญาของรัฐซึ่งมีกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องกำหนดให้หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างสัญญาไว้โดยเฉพาะ ดังต่อไปนี้

### ๔.๒.๑ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๙๓ บัญญัติให้ในการจัดทำสัญญาพัสดุหน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (“คณะกรรมการนโยบาย”) กำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาจำนวน ๑๕ สัญญา ซึ่งกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน หรือกรณีที่ไม่ใช่สัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด แต่เป็นการทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้วก็ให้กระทำได้โดยไม่ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน

สำหรับกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น แยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

๑.๑ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐใช้สัญญาตามแบบที่กำหนดแต่มีความจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาดังกล่าว แต่ยังมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบก็สามารถลงนามในสัญญาดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน แต่ถ้าสัญญาที่มีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาที่เป็นสาระสำคัญ หรือจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนลงนาม

๑.๒ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่อาจทำสัญญาตามแบบสัญญาที่กำหนดได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่

การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้วไม่ต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบ

๑.๓ กรณีที่ได้ทำสัญญาไปแล้ว โดยหน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญา หรือเป็นกรณีที่ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนแต่ไม่ได้ดำเนินการ หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วหรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์

ผลของการที่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญา หรือไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา ๑๐๔ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ โดยคณะกรรมการนโยบายเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดนั้นเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงอันจะส่งผลให้สัญญานั้นเป็นโมฆะหรือไม่

#### ๔.๒.๒ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้การดำเนินโครงการร่วมลงทุนกับเอกชนในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ<sup>๑๖</sup> ที่หน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง ไม่ว่าจะร่วมลงทุนกับเอกชนจะดำเนินการโดยวิธีใด การมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว การอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดในโครงการดังกล่าว จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยมาตรา ๔๑<sup>๑๗</sup> ได้กำหนดให้เมื่อได้ผ่านขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนจนได้ผลการคัดเลือกเอกชน

<sup>๑๖</sup> พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๗ บัญญัติว่า

มาตรา ๗ หน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะจัดทำโครงการร่วมลงทุนในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะดังต่อไปนี้ ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

- (๑) ถนน ทางหลวง ทางพิเศษ การขนส่งทางถนน
- (๒) รถไฟ รถไฟฟ้า การขนส่งทางราง
- (๓) ท่าอากาศยาน การขนส่งทางอากาศ
- (๔) ท่าเรือ การขนส่งทางน้ำ
- (๕) การจัดการน้ำ การชลประทาน การประปา การบำบัดน้ำเสีย
- (๖) การพลังงาน
- (๗) การโทรคมนาคม การสื่อสาร
- (๘) โรงพยาบาล การสาธารณสุข
- (๙) โรงเรียน การศึกษา
- (๑๐) ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง ผู้สูงวัย ผู้ด้อยโอกาส หรือผู้พิการ
- (๑๑) ศูนย์นิทรรศการและศูนย์การประชุม
- (๑๒) กิจการอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

กิจการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

<sup>๑๗</sup> พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๔๑ บัญญัติว่า

และร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในทุกกรณี ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชน ต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ก่อนนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาต่อไป โดยมีกำหนดเวลาที่หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาภายในสิบห้าวัน และสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน

#### ๔.๒.๓ พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. ๒๕๖๑

พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. ๒๕๖๑ เป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับแทนที่คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๒/๒๕๖๐ เรื่อง การพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เพื่อการพัฒนาเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกเนื่องจากคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๒/๒๕๖๐ ดังกล่าว โดยตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการ ในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งออกภายใต้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๒/๒๕๖๐ เรื่อง การพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ข้อ ๑๒/๒ ได้กำหนดให้การดำเนินโครงการร่วมลงทุนกับเอกชนในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกตามที่คณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก (ซึ่งปัจจุบันได้แก่ คณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก) กำหนดให้ดำเนินการตามประกาศนี้ จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศดังกล่าว โดยข้อ ๑๖<sup>๑๘</sup> แห่งประกาศดังกล่าวได้กำหนดให้เมื่อได้ผ่านขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนจนได้ผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในทุกกรณี โดยมีกำหนดเวลาที่สำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายใน ๓๐ วันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชนต่อคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก (ซึ่งปัจจุบันได้แก่ คณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก) เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ<sup>๑๙</sup>

---

มาตรา ๔๑ เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาภายในสิบห้าวัน และให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน

<sup>๑๘</sup> ประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการ ในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๐ ข้อ ๑๖ กำหนดว่า

ข้อ ๑๖ เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชน ผลการเจรจา และร่างสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับคัดเลือกแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา โดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดแจ้งผลการตรวจพิจารณาให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายใน ๓๐ วันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน

<sup>๑๙</sup> ประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการ ในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๐ ข้อ ๑๗ กำหนดว่า

ข้อ ๑๗ เมื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดตามข้อ ๑๖ แล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการคัดเลือกเอกชนผลการเจรจา และร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้วต่อสำนักงานเพื่อเสนอให้คณะกรรมการนโยบายพิจารณาภายใน ๓ วันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนจากสำนักงานอัยการสูงสุด

๔.๒.๔ พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๐

สัญญาเกี่ยวกับการเก็บ ขน และกำจัดมูลฝอย ของราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยงานของรัฐที่มอบหมายให้เอกชนดำเนินการเก็บ ขน หรือกำจัดมูลฝอย โดยให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนดำเนินการและได้รับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจากหน่วยงานของรัฐนั้น เคยมีการตีความว่าเข้าข่ายเป็นการมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ และต่อมาตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ (ซึ่งปัจจุบันกฎหมายทั้งสองฉบับได้ยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒) อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยมาตรา ๓๔/๑ วรรคสอง ที่แก้ไขใหม่ กำหนดว่าการมอบให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการดังกล่าว มิให้ถือว่าเป็นการร่วมลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ดังนั้น ประเด็นการเป็นสัญญาร่วมลงทุนจึงหมดไป

ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งออกภายใต้พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดให้ราชการส่วนท้องถิ่นอาจมอบหมายให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการเก็บ ขน หรือกำจัดมูลฝอย โดยการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการในเรื่องนี้ ให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การกำจัดมูลฝอย พ.ศ. ๒๕๖๐ ข้อ ๑๙ ได้กำหนดให้ราชการส่วนท้องถิ่นส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามกับเอกชนคู่สัญญา นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการแก้ไขในสาระสำคัญ ข้อ ๒๐ ได้กำหนดให้ราชการส่วนท้องถิ่นคู่สัญญาเสนอประเด็นที่ขอแก้ไขผลกระทบจากการแก้ไขสัญญา และรายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งร่างสัญญาฉบับแก้ไขที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมอบหมายเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป

## ๕. หลักนิติธรรมกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการ

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๔๘ ได้กำหนดให้องค์กรอัยการมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นอกจากนี้ยังกำหนดให้พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เทียบธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง<sup>๒๐</sup> มาตรา ๓ วรรคสองแห่ง

<sup>๒๐</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๔๘ บัญญัติว่า

“มาตรา ๒๔๘ องค์กรอัยการมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เทียบธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อำนาจเป็นคำสั่งทางปกครอง

การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นขององค์กรอัยการให้มีความเป็นอิสระโดยให้มีระบบเงินเดือนและค่าตอบแทนเป็นการเฉพาะตามความเหมาะสมและการบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับพนักงานอัยการต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการอัยการ ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วยประธานกรรมการซึ่งต้องไม่เป็นพนักงานอัยการ และผู้ทรงคุณวุฒิบรรดาศักดิ์ที่ได้รับเลือกจากพนักงานอัยการ ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีบุคคลซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นพนักงานอัยการมาก่อนสองคน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๖๐) ได้บัญญัติให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ประกอบกับพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๘ การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอัยการต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักนิติธรรม ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการไม่ว่าในบทบาทหน้าที่ใด รวมถึงการตรวจร่างสัญญาให้กับหน่วยงานของรัฐ จะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย

โดยแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมนั้น มีข้อควรพิจารณาดังนี้

๑. ในการตรวจร่างสัญญาพนักงานอัยการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระ
๒. หลักการตรวจร่างสัญญาของพนักงานอัยการตามหลักนิติธรรม
๓. แนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดกรณีร่างสัญญาที่มีข้อบกพร่อง

### ๕.๑ ในการตรวจร่างสัญญาพนักงานอัยการจะต้องมีหลักประกันในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระ

ในการที่พนักงานอัยการจะปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายและหลักนิติธรรมได้อย่างมั่นคงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ ได้นั้น ย่อมต้องอาศัยหลักประกันคือความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ที่สำคัญ ซึ่งความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการนี้ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา ๒๔๘ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน และเคยได้รับการรับรองไว้ในมาตรา ๒๕๕ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ด้วย แต่ไม่ได้หมายความว่าความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้นเป็นสิ่งที่เพิ่งประดิษฐ์ขึ้นใหม่ หากแต่เป็นสิ่งที่ได้รับยอมรับกันมาเป็นเวลาช้านานควบคู่กับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

ดังจะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญแก่องค์กรอัยการโดยนำไปบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองอำนาจหน้าที่ ความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่และการแต่งตั้งอัยการ ฯลฯ โดยบัญญัติให้ผู้พิพากษาและอัยการอยู่ในหมวดที่ห้าด้วย “อำนาจทางตุลาการ” (Judicial Power หรือ Judicial Authority) เช่น กรีซ (หมวด ๕ ว่าด้วยอำนาจทางตุลาการ มาตรา ๘๗-๘๙) คูเวต (หมวด ๕ ว่าด้วยอำนาจทางตุลาการ มาตรา ๑๖๗) สาธารณรัฐประชาชนจีน (หมวด ๗ ว่าด้วยศาลประชาชนและอัยการประชาชน มาตรา ๑๒๙-๑๓๕) บัลแกเรีย (หมวด ๖ ว่าด้วยอำนาจทางตุลาการ มาตรา ๑๑๗-๑๓๒) บราซิล (หมวด ๔ ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการยุติธรรม มาตรา ๑๒๗-๑๒๙) ฟินแลนด์ (มาตรา ๑๐๔) ฮังการี (มาตรา ๕๑-๕๓) ฯลฯ เหตุผลสำคัญที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ดังกล่าว ข้างต้นและรัฐธรรมนูญ ฯ ๒๕๕๐ ของประเทศไทย ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองให้พนักงานอัยการมีอิสระในการดำเนินคดีและการปฏิบัติหน้าที่อื่น ๆ ไว้อย่างชัดเจนก็เพราะถือว่าองค์กรอัยการ “เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจทางตุลาการ” ดังนั้น คำว่า “อำนาจทางตุลาการ” ของต่างประเทศจึงมีความหมายอย่างกว้างขวางคือหมายความถึงองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมและคุ้มครองสังคมซึ่งปกติได้แก่ องค์กรตุลาการและองค์กรอัยการนั่นเอง<sup>๒๑</sup>

กฎหมายตามวรรคสาม ต้องมีมาตรการป้องกันมิให้พนักงานอัยการกระทำการหรือดำรงตำแหน่งใดอันอาจมีผลให้การสั่งคดีหรือการปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามวรรคสอง หรืออาจทำให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องกำหนดให้ชัดเจนและใช้เป็นการทั่วไป โดยจะมอบอำนาจให้มีการพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปไม่ได้”

<sup>๒๑</sup> กลพล พลวัน, การคุ้มครองความมีอิสระของอัยการตามรัฐธรรมนูญ, สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสารสนเทศ, สืบค้นจาก <http://www.stat.ago.go.th/บทความลงเว็บ/บทที่%205.htm>.

นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติได้มีข้อเรียกร้องให้ทุกประเทศกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระของพนักงานอัยการไว้ด้วย ดังจะเห็นได้จากการประชุมองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ครั้งที่ ๘ ณ กรุงฮาวานา ประเทศคิวบา เมื่อวันที่ ๒๗ สิงหาคม - ๗ กันยายน ค.ศ. ๑๙๙๐ ซึ่งที่ประชุมได้มีมติกำหนดแนวทางว่าด้วยบทบาทของอัยการไว้หลายประการ โดยเฉพาะการให้หลักประกันความเป็นอิสระของพนักงานอัยการ โดยได้รับรองว่า “รัฐพึงดำเนินการให้เป็นที่มั่นใจได้ว่า พนักงานอัยการสามารถจะปฏิบัติหน้าที่ตามบทบาทแห่งวิชาชีพโดยปลอดจากการข่มขู่ ขัดขวาง คุกคามหรือแทรกแซงที่ไม่สมควร และปลอดจากความรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือความรับผิดชอบอื่น ๆ ที่ไม่ชอบธรรม ...” และรัฐจะต้องจัดให้มี “สวัสดิการที่พอสมควร ค่าตอบแทนที่เหมาะสม ตลอดจนวาระการดำรงตำแหน่งและกำหนดอายุเกษียณราชการสำหรับอัยการ จะต้องได้รับการกำหนดในกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่เปิดเผยของทางราชการ”<sup>๒๒</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการไม่จะเป็นการสังคดี เช่น การสั่งฟ้อง สั่งไม่ฟ้อง สั่งให้สอบสวนเพิ่มเติม สั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว การสั่งเกี่ยวกับของกลาง การอุทธรณ์-ฎีกา การถอนฟ้องคดีอาญา ล้วนแล้วแต่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการทั้งสิ้น ซึ่งมาตรา ๑๘๘ วรรคสอง<sup>๒๓</sup> แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองให้ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง เช่นเดียวกับที่มาตรา ๒๔๘ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระขององค์กรอัยการและพนักงานอัยการ<sup>๒๔</sup> ดังนั้น จึงถือได้ว่าความเป็นอิสระของพนักงานอัยการนั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมเช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าบทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทหน้าที่อื่น ๆ ด้วย เช่น บทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการในการให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ ตามมาตรา ๒๓(๒) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ ด้วย ซึ่งความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการย่อมครอบคลุมไปถึงบทบาทหน้าที่ในการให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาด้วย

## ๕.๒ หลักการตรวจร่างสัญญาของพนักงานอัยการตามหลักนิติธรรม

นอกจากการแสดงความเห็นทางกฎหมายโดยอิสระของพนักงานอัยการซึ่งทำให้ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการในการตรวจร่างสัญญาเป็นไปโดยเที่ยงธรรมแล้ว ในการตรวจร่างสัญญาของพนักงานอัยการยังมีแนวทางปฏิบัติที่จักทำให้งานตรวจร่างสัญญาชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักนิติธรรมอีกด้วย โดยแนวทางปฏิบัติที่แยกพิจารณาได้ดังนี้

<sup>๒๒</sup> กุลพล พลวัน, บทบาทที่พึงประสงค์ขององค์กรอัยการตามรัฐธรรมนูญฯ ๒๕๖๐ (ตอนที่ ๑), (๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๓), มติชนออนไลน์, สืบค้นจาก [https://www.matichon.co.th/article/news\\_2409382](https://www.matichon.co.th/article/news_2409382).

<sup>๒๓</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๘๘ บัญญัติว่า

มาตรา ๑๘๘ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง

<sup>๒๔</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๔๘ วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า

มาตรา ๒๔๘ องค์กรอัยการมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เที่ยงธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อำนาจเป็นคำสั่งทางปกครอง

### ๕.๒.๑ หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้สัญญาต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญา

หลักการนิติธรรมประการหนึ่งคือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐ พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญามีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

(๑) กรณีหน่วยงานของรัฐเป็นส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องมีอำนาจเข้าทำสัญญาได้ โดยพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น กระทรวงยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรม เสริมสร้างและอำนวยความยุติธรรมในสังคม และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงยุติธรรม ตามมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ ดังนั้น กระทรวงยุติธรรม จะทำสัญญาก่อสร้างโรงงานผลิตไฟฟ้าเพื่อจำหน่ายอันอยู่นอกอำนาจหน้าที่ไม่ได้

(๒) ในกรณีของรัฐวิสาหกิจ การที่รัฐวิสาหกิจจะเข้าทำสัญญาเพื่อประกอบกิจการใด กิจการตามสัญญานั้นจะต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแห่งนั้นบัญญัติไว้ หรือในกรณีของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งในรูปบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด จะต้องพิจารณาด้วยว่าการทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจดังกล่าวอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ที่ได้จดทะเบียนจัดตั้งไว้ด้วย

### ๕.๒.๒ กระบวนการทำสัญญาจะต้องชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้นแล้ว กระบวนการทำสัญญาจะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐ พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการทำสัญญาดังกล่าวเป็นไปตามกระบวนการทำสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องหรือไม่ เช่น หากร่างสัญญาของรัฐที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเป็นสัญญาพัสดุ การดำเนินการที่เกี่ยวข้องก่อนการส่งร่างสัญญามาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาจะต้องได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยครบถ้วน หรือหากร่างสัญญาของรัฐที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเป็นสัญญาร่วมลงทุนก็จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าได้มีการดำเนินการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วหรือไม่ หรือในกรณีที่การดำเนินโครงการที่มีประชาชนประท้วงด้วยความกังวลเกี่ยวกับผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม และคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้หน่วยงานที่รับผิดชอบจะต้องมีกระบวนการ EIA เสียก่อน เมื่อปรากฏว่าในเวลาที่หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญามาให้ตรวจสอบยังไม่ได้มีการดำเนินกระบวนการ EIA ซึ่งไม่แน่นอนว่าเมื่อมีการดำเนินกระบวนการ EIA แล้วจะมีผลกระทบต่อลักษณะการดำเนินโครงการหรือไม่ สำนักงานอัยการสูงสุดก็อาจไม่รับตรวจร่างสัญญาจนกว่าจะได้มีการดำเนินกระบวนการ EIA ให้ครบถ้วนเสียก่อน

### ๕.๒.๓ ข้อสัญญาจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและแบบแผนของราชการ

เมื่อได้พิจารณาแล้วเห็นว่าร่างสัญญาที่หน่วยงานของรัฐส่งมาให้ตรวจพิจารณานั้น หน่วยงานของรัฐมีอำนาจทำสัญญาได้ และกระบวนการทำสัญญานั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดก็จะรับตรวจพิจารณาให้ โดยพิจารณาตรวจข้อสัญญานั้นว่าชอบด้วยกฎหมายและแบบแผนของราชการหรือไม่ โดยหากเห็นว่าข้อสัญญาใดไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือแบบแผนของราชการ ก็จะทำให้การแก้ไขโดยการตัดออก



หรือแก้ไขถ้อยคำให้ถูกต้อง หรือในกรณีที่ร่างสัญญานั้นขาดข้อสัญญาที่กฎหมายหรือแบบแผนของทางราชการกำหนดไว้ก็จะต้องเพิ่มเติมให้สมบูรณ์ โดยมีข้อพิจารณาซึ่งยกเป็นตัวอย่างได้ดังนี้

- สัญญาให้สัมปทานแก่เอกชน จะต้องอยู่ภายในขอบเขตหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการหรือทรัพยากรของรัฐที่จะให้สัมปทานนั้น

- สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาไปศึกษาต่อ โดยมีเงื่อนไขให้กลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ เงินขึ้นนั้น ๆ จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยระเบียบของข้าราชการฝ่ายนั้น ๆ

- สัญญาซื้อขายซึ่งกำหนดให้ผู้ขายจัดฝักอบรมเกี่ยวกับสิ่งของที่ซื้อขาย ณ โรงงานของผู้ขาย ในต่างประเทศด้วย ซึ่งกรณีนี้มีมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าให้ฝ่ายผู้ขายมีหน้าที่เพียงจัดฝักอบรมให้เท่านั้น ส่วนค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ เช่น ค่าพาหนะ ค่าที่พัก ค่าเบี้ยเลี้ยง ทางราชการผู้ซื้อจะเป็นผู้ออกเอง เพราะหากให้ผู้ขายออกให้แล้วอาจฉวยโอกาสคำนวณค่าใช้จ่ายรวมไว้ในราคาสิ่งของในอัตราที่สูงมาก ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์

- สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ (ปัจจุบันหมายถึง พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒) หรือสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป ซึ่งกรณีนี้สำนักงานอัยการสูงสุดจะพิจารณาตั้งข้อสังเกตให้หน่วยงานของรัฐนำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาต่อไป

#### ๕.๒.๔ ข้อตกลงในร่างสัญญาต้องมีความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

วัตถุประสงค์หลักในการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดคือเพื่อไม่ให้ทางราชการเสียเปรียบ โดยมาตรา ๒๓ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ บัญญัติให้ในการตรวจร่างสัญญา ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ที่เป็นคู่สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไข ให้สมบูรณ์ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ โดยกรณีข้อสัญญาที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยพิจารณาว่าเป็นทำให้ราชการเสียเปรียบ ได้แก่

- สัญญาต่างตอบแทนที่กำหนดให้ฝ่ายราชการซื้ออุปกรณ์จากฝ่ายเอกชน แล้วฝ่ายเอกชนจะตอบแทน โดยให้ความช่วยเหลือด้านต่าง ๆ แก่ทางราชการ แต่มีข้อกำหนดต่อไปอีกว่า แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับให้ปฏิบัติหรือจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวทำให้ทางราชการเสียเปรียบ เพราะเมื่อฝ่ายเอกชนบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่ฝ่ายราชการกลับไม่สามารถบังคับให้ฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาได้

- สัญญาซื้อขายที่กำหนดให้ฝ่ายราชการจ่ายเงินงวดสุดท้ายขณะรับมอบสิ่งของเป็นเงินจำนวนน้อยกว่าที่ควรจะเป็น เช่น เพียงร้อยละ ๕ ของราคาสิ่งของ เป็นสัญญาที่ทางราชการเสียเปรียบ เนื่องจากหากผู้ขายอาจผิดสัญญาไม่ส่งมอบสิ่งของ จะทำให้ราชการเสียหายเพราะได้จ่ายเงินไปแล้วถึงร้อยละ ๙๕ แต่ยังไม่ได้รับสิ่งของตามสัญญา นอกจากนี้ ยังอาจทำให้ผู้ขายเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญา เพราะได้รับเงินไปเป็นจำนวนมากแล้ว และหากจะฟ้องร้องบังคับคดีก็ไม่อาจทราบได้ว่าจะได้รับเงินคืนหรือไม่ เพียงใด

- สัญญาที่กำหนดค่าเสียหายกรณีปฏิบัติผิดสัญญากันไว้ล่วงหน้า (Liquidated Damages) โดยหากฝ่ายราชการปฏิบัติผิดสัญญาจะต้องชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนสูงกว่าที่ฝ่ายเอกชนจะต้องชำระ หากฝ่ายเอกชนผิดสัญญาในกรณีเดียวกัน ซึ่งเป็นกรณีที่ทางราชการตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ

- สัญญาจ้างก่อสร้างที่กำหนดจำนวนเงินที่จะต้องจ่ายแก่ผู้รับจ้างในแต่ละงวด ในอัตราที่สูงกว่าปริมาณงานในงวดนั้น ๆ ก็เข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ฝ่ายราชการเสียเปรียบ เพราะฝ่ายราชการได้จ่ายเงินไปเกินกว่าปริมาณที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งหากฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ย่อมทำให้ฝ่ายราชการเสียเปรียบ เพราะได้จ่ายเงินเกินไปกว่าปริมาณงาน นอกจากนี้ ยังอาจทำให้ผู้รับจ้างเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญา เพราะได้รับเงินไปเป็นจำนวนมากแล้ว และหากจะฟ้องร้องบังคับคดีก็ไม่อาจทราบได้ว่าจะได้รับเงินคืนหรือไม่ เพียงใด

อย่างไรก็ดี การรักษามาตรฐานผลประโยชน์ของรัฐนั้นไม่ได้หมายความว่าต้องร่างสัญญาเพื่อประโยชน์ของรัฐฝ่ายเดียวในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบหรือผลกระทบให้กับเอกชนจนเกินความเหมาะสม ซึ่งเป็นการยากที่จะชี้ชัดตายตัวว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าสัญญานับหนึ่ง ๆ มีความเป็นธรรมหรือไม่ แต่อาจกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่าสัญญาที่ดีที่สุดนั้นคือสัญญาที่ไม่มีใครเอาเปรียบใคร การที่บางคนเข้าใจว่าสัญญาภาครัฐที่ดีที่สุดหมายถึงสัญญาที่ทางราชการได้เปรียบฝ่ายเอกชนมากที่สุดนั้น นับเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ทั้งยังเป็นผลในทางลบต่อบรรยากาศการลงทุนในประเทศด้วย การที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจแก้ไขร่างสัญญามีให้ทางราชการเสียเปรียบนั้น มิได้มุ่งหมายให้ก้าวเลยไปถึงขั้นที่จะเอาเปรียบเอกชนด้วย และยังคงคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนด้วย มิใช่เพียงถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีอำนาจต่อรอง จะกำหนดของสัญญาผูกมัดอย่างไรก็ได้โดยอำเภอใจ โดยการตรวจสัญญาตามหลักความเป็นธรรมนั้นถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยหลักนิติธรรมเช่นกัน

นอกจากนี้ การตรวจร่างสัญญาด้วยความเป็นธรรมจะต้องคำนึงถึงลักษณะหรือประเภทของงานตามสัญญาด้วย เช่น สัญญาจ้างบริษัทที่ปรึกษา (Consultancy Service) ซึ่งลักษณะของการจ้างประเภทนี้ ผิดกับการจ้างทำของทั่วไป โดยเป็นการจ้างเพื่อให้ศึกษา ออกแบบ หรือวิเคราะห์วิจัยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อันเท่ากับเป็นการซื้อความรู้ (know-how) จากที่ปรึกษานั้น งานประเภทนี้หากจะทำให้เสร็จเร็วเพียงใดก็ย่อมได้ แต่คุณภาพของงานอาจด้อยคุณค่าลงด้วย ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วสัญญาประเภทนี้จึงไม่มีบทปรับอันเนื่องจากส่งมอบงานล่าช้า หากสัญญาของทางราชการบังคับให้ต้องมีบทปรับ อาจเป็นเหตุให้ทางบริษัทต่างประเทศรับทำงานได้ยาก เพราะไม่สอดคล้องกับธรรมเนียมที่ยอมรับกันเป็นสากล เป็นต้น

อย่างไรก็ดี สัญญาบางประเภท เช่น สัญญาสัมปทานหรือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหลักกฎหมายมหาชนที่ยอมรับกันในต่างประเทศนั้น ถือว่ามีใช้สัญญาในทางแพ่งธรรมดาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน หากแต่เป็นสัญญาในทางกฎหมายปกครองซึ่งฝ่ายรัฐมีสถานะเหนือกว่าและควรมีสหิบางประการเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้ ก็เพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนเป็นสำคัญ เช่น ข้อตกลงที่ให้หน่วยงานของรัฐยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวได้ อย่างไรก็ดี สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ไม่ว่าจะเป็นกลุ่ม BTO (Build-Operate-Transfer) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องลงทุนไปก่อนเป็นจำนวนมาก แล้วจึงเริ่มดำเนินกิจการที่ก่อให้เกิดรายได้ ทั้งยังต้องโอนทรัพย์สินที่ใช้ดำเนินการในโครงการให้แก่คู่สัญญาภาครัฐ หากเกิดกรณีที่ต้องมีการเลิกสัญญาโดยมิใช่ความผิดของเอกชน ความรับผิดชอบตามสัญญาก็จะแตกต่างจากความรับผิดชอบตามสัญญาที่มีในสัญญาจ้าง กล่าวคือ หน่วยงานภาครัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ฝ่ายเอกชน ซึ่งค่าชดเชยนี้อาจเป็นการกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เอกชนได้ลงทุนไปแล้ว แต่ไม่รวมถึงผลกำไรในอนาคต

### ๕.๓ แนวทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุดกรณีร่างสัญญาที่มีข้อบกพร่อง

กรณีที่พบว่าร่างสัญญาที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา มีความบกพร่องในด้านความชอบด้วยกฎหมาย เช่น หน่วยงานของรัฐไม่มีอำนาจเข้าทำสัญญา ขอบเขตของสัญญาไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย หรือกระบวนการทำสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น พนักงานอัยการอาจมีความเห็นไม่ตรวจร่างสัญญาดังกล่าวแล้วส่งคืนหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณาดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายก่อน แล้วจึงส่งคืนมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาใหม่ หรือหากเห็นว่าข้อบกพร่องนั้นสามารถแก้ไขได้โดยไม่เกิดความเสียหายแล้ว พนักงานอัยการอาจพิจารณาตรวจร่างสัญญาไปได้ แต่จะแจ้งข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อบกพร่องในร่างสัญญาไปด้วย เพื่อให้หน่วยงานของรัฐได้พิจารณาแก้ไขให้ถูกต้องเหมาะสมก่อนดำเนินการลงนามในร่างสัญญาต่อไป

กรณีที่ร่างสัญญาที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดไม่มีข้อบกพร่องในด้านความชอบด้วยกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุดจะรับตรวจร่างสัญญาดังกล่าวให้ โดยพิจารณาปรับแก้ไขข้อสัญญาแต่ละข้อตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม สัญญาบางฉบับหน่วยงานของรัฐอาจมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น สัญญากับเอกชนต่างประเทศซึ่งมีข้อสัญญามาตรฐาน หากสำนักงานอัยการสูงสุดแก้ไขข้อสัญญาดังกล่าว อาจทำให้หน่วยงานของรัฐไม่อาจทำสัญญาได้ ซึ่งอาจทำให้ทางราชการเสียหายเพราะมีความจำเป็นต้องเข้าทำสัญญาดังกล่าว กรณีนี้สำนักงานอัยการสูงสุดจะแจ้งเป็นข้อสังเกตให้หน่วยงานของรัฐทราบถึงข้อเสียเปรียบดังกล่าวเพื่อให้เป็นดุลพินิจของหน่วยงานของรัฐที่จะพิจารณาว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่ หรือจะเจรจาแก้ไขไม่ให้ต้องเสียเปรียบ หรือหาทางแก้ไขโดยประการอื่นต่อไป

## ๖. สรุป

บทบาทหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจร่างสัญญาของรัฐไม่เพียงแต่เพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐไม่ให้ตกเป็นผู้เสียเปรียบในการเข้าทำสัญญาเท่านั้น แต่การที่พนักงานอัยการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายและหลักนิติธรรมยังส่งผลให้ร่างสัญญาที่หน่วยงานของรัฐจะเข้าผูกพันกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมอีกด้วย กล่าวคือ พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐมีอำนาจเข้าทำสัญญาหรือการเข้าทำสัญญานั้นอยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐนั้น ทั้งยังต้องพิจารณาอีกด้วยว่ากระบวนการเข้าทำสัญญาชอบด้วยกฎหมาย และข้อสัญญาในร่างสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายและระเบียบแบบแผนของทางราชการ นอกจากนี้ ร่างสัญญาของรัฐจะต้องมีความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วย ซึ่งความเป็นธรรมนี้ไม่เพียงหมายความว่าไม่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังต้องคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนด้วย ซึ่งแนวทางปฏิบัติของพนักงานอัยการในการตรวจร่างสัญญานับแต่ยังเป็นกรมอัยการจนถึงสำนักงานอัยการสูงสุดในปัจจุบันดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงการที่พนักงานอัยการได้ยึดถือหลักนิติธรรมในการตรวจร่างสัญญาของรัฐมาโดยตลอด ก่อนที่จะมีการนำหลักนิติธรรมนั้นมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเสียอีก การตรวจร่างสัญญาโดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมของพนักงานดังกล่าวยังเป็นผลสำคัญทำให้หน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่ส่งร่างสัญญามาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาได้ดำเนินการในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ไปตามหลักนิติธรรมในการเข้าทำสัญญาของรัฐด้วย อันเป็นบทบาทสำคัญของสำนักงานอัยการสูงสุดในการส่งเสริมหลักนิติธรรมของชาติให้มีความมั่นคงสถาพรต่อไป

## บรรณานุกรม

กุลพล พลวัน. การคุ้มครองความมีอิสระของอัยการตามรัฐธรรมนูญ. สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสารสนเทศ. สืบค้นจาก <http://www.stat.ago.go.th/บทความลงเว็บ/บทที่%205.htm>.

กุลพล พลวัน. บทบาทที่พึงประสงค์ขององค์กรอัยการตามรัฐธรรมนูญฯ ๒๕๖๐ (ตอนที่ ๑). (๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๓). มติชนออนไลน์. สืบค้นจาก [https://www.matichon.co.th/article/news\\_240938](https://www.matichon.co.th/article/news_240938)

คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. **หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมายสาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, พ.ศ.๒๕๕๗.

ธานีธร ไกรวิเชียร. หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW). **วารสารยุติธรรมคู่ขนาน** ปีที่ ๖ ฉบับที่ ๑ (กันยายน ๒๕๕๔).

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **สัญญาทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ ๔, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พ.ศ. ๒๕๕๔.

ประยูร กาญจนกุล. นิติธรรมไทย. **ปาฐกถาชุดสิทธิธร ครั้งที่ ๑๔**. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. ๒๕๔๒.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม. **วารสารจตุรนิติ** ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๑ (มกราคม - กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕).

Albert V. Dicey. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. London: Mcmillan, 1915.

Jeremy Waldron. The Rule of Law, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>.