



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

## หลักประชาธิปไตยกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการ

จัดทำโดยนางสาวนารี ตันขเสถียร  
รหัส ๖๔๐๙๑๕

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๙  
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# หลักประชาธิปไตยกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการ

นารี ตันทเสถียร\*

## ๑. บทนำ

ประเทศไทยได้ยึดถือรูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ต่อเนื่องมาเป็นเวลาเกือบเก้าสิบปีนับแต่ที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ ซึ่งกำหนดให้อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดเป็นของหรือมาจากปวงชนชาวไทยโดยพระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นผ่านฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แม้ว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕ และอีกหลายฉบับต่อจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑ จะไม่ได้กำหนดข้อความไว้โดยชัดแจ้งว่ารูปแบบการปกครองของประเทศไทยเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ตาม แม้ในช่วงระยะเวลาที่ประเทศถูกปกครองโดยคณะปฏิวัติ คณะบุคคลซึ่งเป็นรัฐธรรมาธิปไตยในขณะนั้นก็ยังได้ยึดโยงการปกครองประเทศไว้กับการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วคณะบุคคลดังกล่าวล้วนแล้วแต่เป็นผู้มีอำนาจที่แท้จริงก็ตาม ตลอดระยะเวลาเกือบเก้าสิบปีดังกล่าวประชาธิปไตยได้เจริญงอกงามขึ้นในสังคมไทย แม้ในช่วงที่ประเทศถูกปกครองด้วยรัฐบาลของคณะปฏิวัติก็ตาม แต่ประชาธิปไตยก็ไม่ได้สาบสูญไป เพียงแต่รอวันที่จะฟื้นตัวขึ้นใหม่ในทุกครั้งและจะยิ่งมีความเข้มแข็งยิ่งขึ้น อันแสดงให้เห็นว่าประชาธิปไตยไม่ใช่เพียงแต่เป็นเรื่องของระบบการปกครองประเทศเท่านั้น แต่เป็นเรื่องของแนวความคิดซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตของคนไทย ซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ทั้งในการใช้ชีวิตประจำวัน รวมถึงการทำงานและการปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วย

## ๒. ความหมายของประชาธิปไตย

คำว่า “ประชาธิปไตย” ในภาษาไทยนั้น เป็นศัพท์ที่บัญญัติขึ้นใหม่ โดยนำคำว่า “ประชา” ซึ่งมีรากศัพท์จากคำว่า “ปรชา” ในภาษาสันสกฤต ซึ่งมีความหมายว่า หมู่ชน รวมกับคำว่า “อธิปไตย” ซึ่งมีรากศัพท์จากคำว่า “อธิปไตย” ในภาษาบาลี ซึ่งแปลว่า ความเป็นใหญ่ยิ่ง โดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ไว้ว่าระบอบการปกครองที่ถือมติปวงชนเป็นใหญ่, การถือเสียงข้างมากเป็นใหญ่ สำหรับคำว่าประชาธิปไตยในภาษาอังกฤษ “Democracy” นั้น โดยตามตัวอักษรแล้วหมายถึง การปกครองโดยประชาชน มีที่มาจากคำว่า “dēmokratia” ในภาษากรีกที่ใช้อยู่ในช่วงกลางของศตวรรษที่ ๕ ก่อนคริสตกาล โดยเกิดจากการรวมกันของคำว่า “demos” ซึ่งแปลว่าประชาชน และคำว่า “kratos” อันเป็นชื่อของระบบการปกครองในนครรัฐกรีกบางแห่งในขณะนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในนครรัฐเอเธนส์<sup>๑</sup> ที่พลเมืองที่เป็นผู้ชายมีส่วนร่วมโดยตรง การออกเสียงลงคะแนนเพื่อออกกฎหมายหรือตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ของนครรัฐเอเธนส์ โดยการปกครองในรูปแบบอื่นที่รู้จักในยุคนั้น ได้แก่ ราชาธิปไตย (monarchy) ซึ่งหมายถึงการปกครองโดยบุคคลคนเดียวหรือราชาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด และคณาธิปไตย (oligarchy) ซึ่งหมายถึงการปกครองโดยกลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งมีอำนาจสูงสุดในการปกครองนครรัฐนั้น

\* อธิบดีอัยการ สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ สำนักงานอัยการสูงสุด

<sup>๑</sup> Dahl, Robert A., "Democracy", Encyclopedia Britannica, 9 March 2021,

<https://www.britannica.com/topic/democracy>, Accessed 10 July 2021.

เมื่อกล่าวถึงความหมายของประชาธิปไตยในปัจจุบันที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ทุกคนย่อมระลึกถึง วาทะของอับราฮัม ลินคอล์น ประธานาธิบดีคนที่ ๑๖ ของสหรัฐอเมริกา (ดำรงตำแหน่ง ค.ศ. ๑๘๖๑ -๑๘๖๕) ที่กล่าวว่าประชาธิปไตย คือ การปกครองของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชน (Of the people, by the people, for the people) โดยเจตจำนงของประชาชนย่อมแสดงออกให้เห็นจากเสียงข้างมากของประชาชน ซึ่งประชาชนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ถกเถียง และวิพากษ์วิจารณ์ปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง และเมื่อจะต้องมีการตัดสินใจโดยการออกเสียง ประชาชนหนึ่งคนย่อมมีหนึ่งเสียง ไม่มีใครมีสิทธิมากกว่าใคร อันเป็นหลักในเรื่องความเสมอภาค ถือเป็นลักษณะสำคัญของการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยซึ่งเป็นมรดกตกทอดของประชาธิปไตยของนครรัฐกรีกดังกล่าว เพียงแต่ในนครรัฐกรีกประชาชนจะเป็นผู้ใช้สิทธิออกเสียงเองโดยตรงหรือที่เรียกว่าประชาธิปไตยทางตรง (direct democracy) ในขณะที่ปัจจุบันประชาชนจะเลือกผู้แทนไปทำหน้าที่แทนประชาชน หรือที่เรียกว่าประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน (representative democracy)

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการปกครองของประเทศต่าง ๆ ที่ปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยจะเห็นได้ว่าประชาธิปไตยในแต่ละประเทศก็ยังมีลักษณะหรือรูปแบบที่แตกต่างกันหลากหลาย ซึ่งในทางทฤษฎีได้มีความพยายามในการแยกแยะหรือกำหนดองค์ประกอบของประชาธิปไตยไว้ และถือว่าประเทศประชาธิปไตยจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบเหล่านี้โดยแต่ละข้อจะต้องมีคุณลักษณะประชาธิปไตยอยู่อย่างน้อยระดับหนึ่ง เมื่อรวมกันทุกองค์ประกอบแล้วจะเห็นว่าประเทศนั้นเป็นประชาธิปไตยแบบไหน ทั้งสามารถวัดได้ว่าองค์ประกอบแต่ละตัวมีองศาความเป็นประชาธิปไตยเพิ่มขึ้นหรือลดลงเพียงใด กล่าวคือ ใช้เป็นเครื่องวัดหรือเครื่องประเมินความเป็นประชาธิปไตยได้ด้วย

องค์ประกอบเหล่านี้ คือ

๑) **ความเห็นสอดคล้องกัน (Consensus)** ประชาชนส่วนมากมีความเห็นสอดคล้องในเป้าหมายสำคัญของรัฐบาล หรือบทบาทของรัฐบาลเพียงใด แม้จะมีบางคนไม่เห็นด้วย

๒) **การมีส่วนร่วม (Participation)** ในหลักการประชาชนทุกคนต้องมีสิทธิตามกฎหมายที่จะมีส่วนร่วมทางการเมือง แม้ตามทางปฏิบัติทุกคนจะไม่มีบทบาทเข้มแข็งเท่าเทียมกัน

๓) **ช่องทางที่จะแสดงความคิดเห็น (Access)** ประเทศประชาธิปไตยต้องเคารพสิทธิของการเป็นพลเมือง คือพลเมืองแต่ละคนหรือกลุ่มจะต้องมีโอกาสเท่าเทียมกันที่จะแสดงความพอใจว่าผู้บริหารประเทศบริหารได้ถูกใจหรือไม่

๔) **การสนองตอบความต้องการของประชาชน (Responsiveness)** ผู้ปกครองประเทศอาจไม่ปฏิบัติการในทางที่ประชาชนต้องการทุกเรื่องเลยอาจอ้างเหตุว่าเป็นความจำเป็นของรัฐ หรือผลประโยชน์สำคัญของชาติ แต่ในที่สุดก็ต้องรับผิดชอบต่อการบริหารงานของตนผ่านกระบวนการเลือกตั้งที่สม่ำเสมอและยุติธรรม

๕) **การปกครองโดยคนฝ่ายข้างมาก (Majority Rule)** การตัดสินใจของรัฐบาลควรเป็นไปตามเสียงข้างมากที่สุด ถ้าไม่ทำตามเสียงกลุ่มใหญ่ที่สุดก็ควรจะต้องอธิบายเหตุผลได้

๖) **อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty)** รัฐสภาซึ่งมีหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ อาจไม่ใช่องค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเพราะอาจมีองค์กรอื่นมาร่วมใช้อำนาจชี้ขาดด้วย เช่น ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ หรือองค์กรอื่น ๆ ในกรณีเช่นนี้องค์กรเหล่านั้นก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

๗) **รัฐบาลผ่านพรรคการเมือง (Party government)** ผู้ปกครองควรผ่านการเสนอชื่อแต่งตั้งและควบคุมโดยพรรคการเมืองที่จัดการภายในอย่างดีเพื่อที่จะจัดตั้งรัฐบาลที่มีประสิทธิผลได้ง่าย ถ้าพรรคอ่อนแอ

หรือไม่มีส่วนแต่งตั้งผู้บริหารรัฐบาลก็คงไม่มีประสิทธิผล ประชาธิปไตยก็ย่อมอ่อนแอกว่าในประเทศที่พรรคการเมืองเข้มแข็ง

๘) **พหุนิยม (Pluralism)** กระบวนการทางการเมืองควรจะผ่านการกลั่นกรองของกลุ่มเอกชนที่เป็นอิสระ ทำการโดยสมัครใจ และมีหลายกลุ่มเหลื่อมล้ำกัน เพื่อมิให้มีการผูกขาดการเป็นตัวแทน ถ้ากลุ่มต่าง ๆ มีขั้นตอนบังคับบัญชาหรือมีการบังคับการเป็นสมาชิกซึ่งจะทำให้กลุ่มกลายเป็นเครื่องมือของรัฐ ผลประโยชน์ของภาคเอกชนจะไม่เห็นชัดเจน ประเทศประชาธิปไตยย่อมมีกลุ่มหลากหลายมาก

๙) **การกระจายอำนาจ (Federalism)** การกระจายอำนาจเป็นแบบสหพันธรัฐ มีรัฐบาลกลาง รัฐบาลรัฐ และรัฐบาลท้องถิ่นไม่จำเป็นสำหรับประเทศประชาธิปไตยทุกประเทศ แต่อย่างน้อยต้องมีการกระจายอำนาจในด้านพื้นที่หรือหน่วยปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ไม่ให้มีการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลางมากเกินไป

๑๐) **หัวหน้าฝ่ายบริหาร (Presidentialism)** หัวหน้าฝ่ายบริหารอาจจะเป็นแบบคนเดียวหรือเป็นคณะรัฐมนตรี อาจได้รับเลือกโดยตรงหรือผ่านองค์กรอื่น และมีการรวมอำนาจบริหารไว้ในมือไม่มากนักน้อย แต่ในที่สุดแล้วบุคคลนั้นหรือคณะนั้นก็ต้องรับผิดชอบต่อประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง

๑๑) **การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance)** รัฐบาลประชาธิปไตยต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจโดยไม่จำเป็นต้องแบ่งเป็นหลายองค์กรให้ถ่วงรั้งกันเอง แต่อย่างน้อยก็ต้องรับผิดชอบในที่สุดแก่ประชาชนทั้งประเทศ<sup>๒</sup>

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบข้างต้นแล้ว เห็นว่าเป็นการแยกแยะองค์ประกอบของรูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยในหลาย ๆ ประเทศ อย่างไรก็ตาม เห็นว่าการที่ประเทศประชาธิปไตยแต่ละประเทศมีรูปแบบหรือลักษณะการปกครองที่แตกต่างกันย่อมแสดงให้เห็นว่าลักษณะหรือรูปแบบของประชาธิปไตยในประเทศหนึ่งไม่ได้เหมาะสมหรือสามารถนำมาใช้ได้กับทุก ๆ ประเทศ เนื่องจากแต่ละประเทศย่อมมีรากฐานความเป็นมาของชาติที่แตกต่างกันไป และในขณะเดียวกันก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศใดประเทศหนึ่งมีประชาธิปไตยยิ่งหย่อนไปกว่ากัน

แต่ประชาธิปไตยไม่ใช่แต่เพียงการปกครองโดยอาศัยเสียงข้างมากเพียงเท่านั้น แต่ยังมีสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของมนุษย์โดยกำเนิดซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงและจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่มี การแบ่งแยก ดังที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๒ ว่าทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติ อาติ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใด บนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการเมืองระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนั้นจะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด

นอกจากนี้ ยังประกอบด้วยหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญอีกประการหนึ่งของประชาธิปไตย โดยหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิ ในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สำหรับในส่วนขององค์ประกอบทางเนื้อหานั้น ประกอบไปด้วยการย่อย ๆ ได้แก่ กฎหมายจะต้องมีความชัดเจน และแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลโดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ การกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่า

<sup>๒</sup> อมร รัชศาสตร์ และคณะ, ประชาธิปไตย : อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙ หน้า ๓๙ - ๔๒.

บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรง หลักความพอสมควรแก่เหตุที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยเหมาะสมพอประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม การห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ หลักความเสมอภาค<sup>๓</sup>

อนึ่ง ประชาธิปไตยไม่ใช่เรื่องรูปแบบการปกครองเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาใช้ในภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมได้อีกด้วย ดังจะเห็นได้ว่าในระดับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศยังได้มีการนำหลักประชาธิปไตยมาใช้ด้วย โดยเลขาธิการองค์การสหประชาชาติได้เคยกล่าวไว้ว่า สิทธิมนุษยชน หลักนิติธรรม และประชาธิปไตยเป็นค่านิยมองค์กร (core value) และหลักการขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมธรรมาภิบาลในรูปแบบประชาธิปไตย” (Democratic Governance)<sup>๔</sup> นอกจากนี้ ประชาธิปไตยยังสามารถนำมาใช้ในองค์กรเอกชน หน่วยงานของรัฐ รวมถึงการนำมาใช้ชีวิตประจำวัน ในการทำงาน หรือปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของทางราชการได้อีกด้วย

## ๒. สัญญาของรัฐ

### ๒.๑ ความหมายของสัญญาของรัฐ

เมื่อกล่าวถึงสัญญาของรัฐแล้วโดยทั่วไปย่อมจะเข้าใจว่าเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำกับเอกชน ในเรื่องเกี่ยวกับการพัสดุ สัญญาสัมปทาน หรือสัญญาร่วมลงทุนขนาดใหญ่ระหว่างรัฐกับเอกชน โดยที่การทำสัญญาของรัฐเกี่ยวข้องกับการใช้งบประมาณแผ่นดินของประเทศที่มาจากภาษีของประชาชน ซึ่งจะต้องคำนึงถึงวินัยการเงิน การคลัง ความคุ้มค่าในการใช้จ่าย และเพื่อป้องกันการทุจริตในภาครัฐ และแม้หน่วยงานของรัฐบางประเภทที่มีรายได้และไม่ได้ใช้งบประมาณแผ่นดิน เช่น รัฐวิสาหกิจ แต่ก็ยังอยู่ภายใต้การกำกับดูแลในการทำสัญญาของรัฐด้วย เนื่องจากเป็นหน่วยงานที่รัฐเป็นเจ้าของหรือที่รัฐมีส่วนเป็นเจ้าของอยู่ด้วย แต่การกำกับดูแลจะมีความยืดหยุ่นมากกว่าหน่วยงานของรัฐที่เป็นส่วนราชการ เกี่ยวกับความหมายของสัญญาของรัฐนี้ ศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้ให้คำจำกัดความของสัญญาของรัฐไว้ว่า สัญญาของรัฐ คือ สัญญาที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนทำกับภาคเอกชน คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีฐานะเท่าเทียมกัน โดยอาจฟ้องและถูกฟ้องในศาลเช่นเดียวกัน<sup>๕</sup> เมื่อพิจารณาประกอบกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาและการตรวจร่างสัญญาของหน่วยงานของรัฐแล้ว สัญญาของรัฐจะประกอบไปด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

(๑) สัญญาของรัฐจะต้องมีคู่สัญญาซึ่งมีหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาด้วยฝ่ายหนึ่งเสมอ โดยหน่วยงานของรัฐจะมีความหมายแตกต่างกันไปแล้วแต่กฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการทำสัญญาของรัฐในแต่ละประเภท เช่น หากพิจารณาตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๓๕<sup>๖</sup> ซึ่งวางหลักเกณฑ์ทั่วไปให้หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาให้พนักงานอัยการตรวจร่างสัญญาแล้ว หน่วยงานของรัฐ

<sup>๓</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, วารสารจุลนิติ ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๑ (มกราคม - กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕) : ๕๕-๕๗.

<sup>๔</sup> UN Secretary-General, “Guidance Note of the Secretary-General on Democracy”, United Nation Digital Library, 2009, <https://digitallibrary.un.org/record/677649>, Accessed 10 July 2021, page 1.

<sup>๕</sup> จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ, วิญญูชน, พ.ศ. ๒๕๕๔, หน้า ๑

<sup>๖</sup> หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๒๐๕/ว ๑๓๘ เรื่อง การปรับปรุงแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ลงวันที่ ๙ กันยายน ๒๕๓๕

ตามมติคณะรัฐมนตรีนี้ ได้แก่ ส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจ<sup>๗</sup> ในกรณีของสัญญาพัสดุนั้น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้นิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้นิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และได้นิยามคำว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐ” หมายความว่า หน่วยงานในกำกับของรัฐ องค์การมหาชน หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ หรือหน่วยงานอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้ เฉพาะที่อยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร เป็นต้น

สำหรับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาของรัฐส่วนใหญ่แล้วจะมีฐานะเป็นเอกชน อย่างไรก็ตาม การที่หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญากันเองก็ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาประเภทนั้น ๆ เช่นเดียวกับเอกชน แต่อาจมีการผ่อนปรนเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์บางประการซึ่งไม่ต้องถูกบังคับเช่นกรณีคู่สัญญาที่เป็นเอกชน เช่น กรณีการจัดซื้อพัสดุที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุนจากหน่วยงานของรัฐที่กำหนดตามกฎหมายกระทรวงกำหนดพัสดุและวิธีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุน พ.ศ. ๒๕๖๓ ซึ่งหน่วยงานของรัฐสามารถทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้นให้ใช้วิธีเฉพาะเจาะจงจากหน่วยงานของรัฐที่กำหนดตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องใช้วิธีประกวดเชิญชวนทั่วไปก่อน<sup>๘</sup> หรือกรณี

<sup>๗</sup> พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๔ ได้นิยามความหมายของ “ส่วนราชการ” และ “รัฐวิสาหกิจ” ไว้ดังนี้

“ส่วนราชการ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม และให้หมายความรวมถึงจังหวัดและกลุ่มจังหวัดตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินด้วย

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(๑) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้นหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(๒) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตาม (๑) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

(๓) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจตาม (๑) หรือ (๒) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (๑) และ (๒) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (๒) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

<sup>๘</sup> พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า

“มาตรา ๕๖ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ให้หน่วยงานของรัฐเลือกใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน เว้นแต่

(๑) กรณีดังต่อไปนี้ ให้ใช้วิธีคัดเลือก

(ก) ใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปแล้ว แต่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนออื่นที่ไม่ได้รับการคัดเลือก

...

(ข) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๒) กรณีดังต่อไปนี้ ให้ใช้วิธีเฉพาะเจาะจง

(ก) ใช้ทั้งวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปและวิธีคัดเลือก หรือใช้วิธีคัดเลือกแล้ว แต่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนออื่นที่ไม่ได้รับการคัดเลือก

...

(๓) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

การจัดซื้อจัดจ้างจากหน่วยงานของรัฐที่มีการกำหนดให้สามารถจ่ายเงินล่วงหน้าได้ไม่เกินร้อยละห้าสิบ และเป็นกรณีที่ไม่ต้องเรียกหลักประกัน<sup>๙</sup> เป็นต้น แต่กรณีของการร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ นั้น มีได้เฉพาะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น<sup>๑๐</sup>

(๒) การทำสัญญาของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ แบบแผนของทางราชการ คำสั่งภายในหน่วยงานของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งใช้บังคับกับสัญญาของรัฐในแต่ละประเภท หรือ กฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะในแต่ละหน่วยงานด้วย โดยกฎหมายพิเศษที่กำหนดหลักเกณฑ์การทำสัญญาของรัฐ เช่น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งออกภายใต้พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้น กรณีที่ไม่เข้ากฎหมายเฉพาะดังกล่าวหน่วยงานของรัฐก็ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๓๕ ตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๒๐๕/ว ๑๓๘ เรื่อง การปรับปรุงแก้ไข มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ลงวันที่ ๙ กันยายน ๒๕๓๕ ซึ่งกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และมติคณะรัฐมนตรี ดังกล่าวจะวางหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างสัญญาด้วย

(๓) นอกจากกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งใช้บังคับกับสัญญาของรัฐในแต่ละประเภทดังกล่าวข้างต้นแล้ว การเข้าทำสัญญาของรัฐดังกล่าวเป็นการผูกพันกันภายใต้หลักกฎหมายลักษณะสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่สัญญาของรัฐบางประเภท ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองที่นิติสัมพันธ์ตามสัญญานี้จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครองด้วย และข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองนี้ยังอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

---

รัฐมนตรีอาจออกกฎกระทรวงตาม (๑) (ข) หรือ (๒) (ข) ให้เป็นพัสดุที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุนตามมาตรา ๖๕ (๔) ก็ได้ หากรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงตาม (๒) (ข) เป็นพัสดุที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุนตามมาตรา ๖๕ (๔) แล้วเมื่อหน่วยงานของรัฐจะทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้นให้ใช้วิธีเฉพาะเจาะจงตาม (๒) (ข) ก่อน

...

<sup>๙</sup> ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ข้อ ๘๙ วรรคหนึ่ง และข้อ ๙๑ วรรคหนึ่ง กำหนดว่า

ข้อ ๘๙ การจ่ายเงินค่าพัสดุล่วงหน้าให้แก่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาจะกระทำมิได้ เว้นแต่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าเป็นความจำเป็นจะต้องจ่าย และมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ก่อนการทำสัญญาหรือข้อตกลง ให้กระทำได้เฉพาะกรณีและตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(๑) การซื้อหรือการจ้างจากหน่วยงานของรัฐ จ่ายได้ไม่เกินร้อยละห้าสิบของราคาซื้อหรือราคาจ้าง

(๒) ...

ข้อ ๙๑ การจ่ายเงินค่าพัสดุล่วงหน้าตามข้อ ๘๙ (๑) (๒) และ (๓) ไม่ต้องเรียกหลักประกัน

<sup>๑๐</sup> พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๔ บัญญัติว่า

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

...

“ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

...

“เอกชน” หมายความว่า นิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐ และให้หมายความรวมถึงบุคคลธรรมดาด้วย

...

โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ ได้ให้คำนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ด้วยเหตุที่นิยามคำว่า สัญญาปกครองดังกล่าวใช้คำว่า “หมายความว่า” จึงมีสัญญาปกครองอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กำหนดในคำนิยามดังกล่าวด้วย ในการนี้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔<sup>๑๑</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ไว้เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยสัญญาปกครองนั้นจะต้องประกอบด้วยลักษณะ ๒ ประการ ดังนี้

(๑) ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

(๒) ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล นอกจากนี้ สัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง

จากหลักเกณฑ์ข้างต้น สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงประกอบไปด้วยองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ ประการแรก คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “บุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ” ซึ่งคำว่าหน่วยงานทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ นั้น หมายความว่าถึง “กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ดังนั้น ในสัญญาของรัฐที่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นหน่วยงานของรัฐไม่ใช่ “หน่วยงานทางปกครอง” ตามนิยามดังกล่าว เช่น รัฐวิสาหกิจที่เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ย่อมไม่เป็นสัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ สัญญาของรัฐซึ่งไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ตามที่กำหนดโดยประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ ดังกล่าว จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน โดยนัยนี้จึงมีสัญญาของรัฐบางประเภทที่ไม่ใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่งเท่านั้น

<sup>๑๑</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๔, พ.ศ. ๒๕๕๔, หน้า ๒๒๓



## ๒.๒ สัญญาของรัฐที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญา

อำนาจหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการเป็นไปตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งได้กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุด มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ นั้น หมายถึง “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือหน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินกิจการของรัฐ” ซึ่งนิยามดังกล่าวนี้กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ครอบคลุมหน่วยงานของรัฐทุกประเภท ดังนั้น จึงครอบคลุมถึง “ทุนหมุนเวียนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล” ซึ่งถือว่าเป็น “หน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินกิจการของรัฐ” ในนิยามดังกล่าวด้วย และสำนักงานอัยการสูงสุดยังมีดุลพินิจในการรับให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้นด้วย โดยในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวสำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของรัฐ ในการนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลดังกล่าวที่เป็นคู่สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ<sup>๑๒</sup>

โดยสัญญาของรัฐที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณานั้นอาจแบ่งประเภทได้ดังนี้

(๑) สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่เรียกกันว่าสัญญาพัสดุ (Procurement Contract) ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้นิยามคำว่า “สัญญาพัสดุ” หมายความว่า สัญญาซึ่งหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาโดยมีสาระสำคัญคือเพื่อเป็นการดำเนินการให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยคำว่า “พัสดุ” หมายความว่า สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง ดังนั้น สัญญาพัสดุนี้คือสัญญาที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ ดังนั้น ในทางกลับกัน หากเนื้อหาของสัญญาที่มีใช้เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุเพื่อนำมาใช้ในภารกิจหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว แต่เป็นการที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายผู้ให้บริการหรือผู้ขายย่อมไม่อยู่ในความหมายสัญญาพัสดุที่จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือในกรณีซื้อมาเพื่อประกอบธุรกิจหรือให้บริการเพื่อแสวงหารายได้ เช่น ซื้อมาขายไป แต่เข้าลักษณะเป็นสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุเชิงพาณิชย์หรือสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ซึ่งสัญญาในกลุ่มนี้เกิดจากบทบัญญัติในมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อ

<sup>๑๒</sup> พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๓ บัญญัติว่า

“มาตรา ๒๓ สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและงานวิชาการเพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย

...

(๒) ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ

(๓) ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ตามที่เห็นสมควร

...

ในการตรวจร่างสัญญาตาม (๒) และ (๓) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของรัฐ ในการนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐตาม (๒) หรือนิติบุคคลตาม (๓) ที่เป็นคู่สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ”

จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ประกอบด้วย ๙ สาขา ได้แก่ ๑) สาขาพลังงาน ๒) สาขาสื่อสาร ๓) สาขาขนส่ง ๔) สาขาสาธารณูปการ ๕) สาขาเกษตร ๖) สาขาทรัพยากร ๗) สาขาอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ๘) สาขาสังคมและเทคโนโลยี ๙) สาขาสถาบันการเงิน โดยรัฐวิสาหกิจต้องออกกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ให้คณะกรรมการนโยบายให้ความเห็นชอบก่อน ส่วนในเรื่องการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรงนี้ รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ก็จะกำหนดให้ทำตามแบบมาตรฐานของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ แต่ก็มีรัฐวิสาหกิจบางแห่งก็ยังยึดหลักเกณฑ์ว่า ถ้าเห็นว่ามีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งแบบร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา

(๒) สัญญาตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “สัญญาร่วมลงทุน” ซึ่งเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐมอบให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการที่ปกติเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการเอง เช่น สัญญาของรัฐในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนบนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐกับเอกชน<sup>๑๓</sup> ซึ่งจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “กฎหมายร่วมลงทุน” โดยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นกฎหมายร่วมลงทุนฉบับแรก ซึ่งต่อมาได้มีแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยยกเลิกกฎหมายร่วมลงทุนฉบับปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ดังกล่าว โดยพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งเป็นกฎหมายร่วมลงทุนที่ใช้บังคับเป็นฉบับปัจจุบัน

นอกเหนือไปจากสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวแล้ว ยังมีสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ซึ่งเกี่ยวกับโครงการลงทุนพื้นฐานรวม ๔ โครงการ ในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ได้แก่

๑. โครงการพัฒนาสนามบินอู่ตะเภาและเมืองการบินภาคตะวันออก
๒. โครงการศูนย์ซ่อมอากาศยานอู่ตะเภา
๓. โครงการท่าเรือแหลมฉบังระยะที่ ๓
๔. โครงการท่าเรืออุตสาหกรรมมาบตาพุดระยะที่ ๓

ซึ่งสัญญาร่วมลงทุนในโครงการเหล่านี้ถือเป็นโครงการสำคัญของประเทศตามนโยบายของรัฐบาล จึงได้มีการออกกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับแก่โครงการกลุ่มนี้ต่างหากจากโครงการร่วมลงทุนในลักษณะเดียวกันตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น กฎหมายพิเศษนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. ๒๕๖๑ ซึ่งกำหนดให้ภาคตะวันออกเป็นเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก มีการวางแผนการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่ชัดเจนแน่นอนโดยเหมาะสมกับ

<sup>๑๓</sup> โครงการเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน (PPP Fast Track) ได้แก่โครงการดังนี้

๑. โครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู (ช่วงแคราย-มีนบุรี)
๒. โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลือง (ช่วงลาดพร้าว-สำโรง)
๓. โครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน (ช่วงหัวลำโพง-บางแค และบางซื่อ-ท่าพระ)
๔. โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง (สายบางปะอิน-นครราชสีมา)
๕. โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง (สายบางใหญ่-กาญจนบุรี)
๖. โครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง (ช่วงเตาปูน-วงแหวนกาญจนาภิเษก)
๗. โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม (ช่วงบางขุนนนท์-ศูนย์วัฒนธรรมแห่งประเทศไทย-มีนบุรี (สุวินทวงศ์))

สภาพและศักยภาพของพื้นที่ สอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน มีการบูรณาการการจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน และสาธารณูปโภคให้ต่อเนื่องและเชื่อมโยงกันทั้งในและนอกเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พัฒนาเมืองให้มีความทันสมัยระดับนานาชาติที่เหมาะสมต่อการอยู่อาศัยและการประกอบกิจการ มีการให้บริการภาครัฐแบบเบ็ดเสร็จครบวงจร รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ประกอบการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษเป็นการเฉพาะ โดยกฎหมายพิเศษฉบับนี้มีความมุ่งหมายเพื่อลดขั้นตอนกระบวนการในการจัดเตรียมและเสนอโครงการ ไปจนถึงการคัดเลือกเอกชนและลงนามสัญญาให้สั้นลงภายในเวลา ๘-๑๐ เดือน เมื่อเปรียบเทียบกับขั้นตอนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นจะใช้เวลา รวมประมาณ ๔๐ เดือน และยังผลักดันให้โครงการลงทุนมีความโปร่งใสตรวจสอบได้ในทุกขั้นตอน

(๓) สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม ๒๕๑๕ ซึ่งกำหนดให้กิจการได้แก่ ๑. การรถไฟ ๒. การรถราง ๓. การขุดคลอง ๔. การเดินอากาศ ๕. การประปา ๖. การชลประทาน ๗. การไฟฟ้า ๘. การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่าง ๆ ๙. บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา เป็นกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคซึ่งห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขาย อันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ ดำเนินกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคดังกล่าวสามารถที่จะดำเนินกิจการไปได้โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือได้รับ สัมปทาน แต่หากหน่วยงานของรัฐจะมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแล้ว เอกชนซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนิน กิจการดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีด้วย

(๔) สัญญาเกี่ยวกับการเก็บ ขน และกำจัดขยะมูลฝอย ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งออกภายใต้พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบ เรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ได้ให้ราชการส่วนท้องถิ่นอาจ มอบหมายให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการเก็บ ขน หรือกำจัดมูลฝอย โดยการมอบหมายให้เอกชน ดำเนินการในเรื่องนี้ให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งปัจจุบัน ราชการส่วนท้องถิ่นก็ได้ทำสัญญามอบให้เอกชนดำเนินการเรื่องการจัดขยะในรูปแบบต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก โดยจะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อนด้วย

(๕) สัญญารัฐต่อรัฐ (Government to Government) ซึ่งเป็นสัญญาในเชิงพาณิชย์ที่หน่วยงานของรัฐ เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ ซึ่งสัญญาประเภทนี้อาจจะ เป็นสัญญาพัสดุ เช่น สัญญาซื้อขายแทปเล็ตโดยวิธีรัฐต่อรัฐ หรือเป็นสัญญาในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นสัญญาพัสดุก็ได้ เช่น สัญญาซื้อขายผลิตภัณฑ์น้ำมันสำเร็จรูปโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล สัญญารัฐต่อรัฐเกี่ยวกับการจัดหาทุโประกรณ์ และการบริการทางทหารจากรัฐบาลต่างประเทศ<sup>๑๔</sup> นอกจากนี้ ยังรวมถึงความตกลงด้านต่าง ๆ เช่น การเกษตร

<sup>๑๔</sup> สัญญารัฐต่อรัฐเกี่ยวกับการจัดหาทุโประกรณ์และการบริการทางทหารจากรัฐบาลต่างประเทศ เช่น ร่างข้อตกลงจัดซื้อเครื่องบินขับไล่เอกประสงค์แบบ Gripen ๓๙ C ระหว่างรัฐบาลไทย โดยกองทัพอากาศกับรัฐบาลสวีเดน ร่างความตกลงในการจัดซื้อยานเกราะล้อยาง BTR-๓EI ประเทศยูเครน ร่างสัญญาซื้อขายเครื่องบินรบแบบ F/A - ๑๘ C/D จำนวน ๘ ลำ ได้รับยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ ใช้บังคับ ตามมาตรา ๗ (๒) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายฯ ประกาศกำหนด ในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งต่อมาคณะกรรมการนโยบายฯ ได้ออกประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างทุโประกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ ลงวันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๖๐ และกระทรวงกลาโหมได้ออกระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างทุโประกรณ์ และ

สาธารณสุข การคมนาคม ในรูปแบบการให้ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ ซึ่งข้อตกลงกลุ่มนี้ไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศเนื่องจากมิได้ก่อให้เกิดความผูกพันให้แก่รัฐบาลไทยแต่เป็นความผูกพันในระดับหน่วยงาน หรือเป็นข้อตกลงที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ร่าง Minute of Discussion ระหว่างกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข กับสถาบันพฤกษศาสตร์คุนหมิง ประเทศจีน การทำบันทึกความเข้าใจว่าด้วยความร่วมมือด้านยูวเกษตรกับสมาคมยูวเกษตรแห่งสาธารณรัฐเกาหลี เป็นต้น ทั้งนี้ รายละเอียดและเงื่อนไขของสัญญาในกลุ่มนี้จะขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่หน่วยงานของรัฐไปทำความตกลงภายใต้กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ที่ให้อำนาจไว้และความพร้อมของงบประมาณ

(๖) สัญญาของรัฐอื่น ๆ สัญญากลุ่มนี้ได้แก่สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญา แต่ขอบเขตของข้อตกลงมิได้เกี่ยวข้องกับกิจการจัดหาพัสดุ มิได้มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เช่น ในปี พ.ศ. ๒๕๖๒ พบว่ามีร่างสัญญาดังต่อไปนี้ ร่างสัญญารักษาความลับ (Non-Disclosure Agreement) ร่างบันทึกการประชุมว่าด้วยการยืนยันการสำรวจกับภาคเอกชนเพื่อการเผยแพร่เทคโนโลยีของประเทศญี่ปุ่นสำหรับอุปกรณ์ช่วยขับรถยนต์สำหรับผู้พิการอัมพาตท่อนล่างแบบถอดได้เพื่อวัตถุประสงค์ในการขยายการเข้าถึงของคนพิการ ร่างหนังสือตราสารการโอนกรรมสิทธิ์ (Deed of Grant) ร่างสัญญารับทุนของสำนักงานตำรวจแห่งชาติเพื่อเข้ารับการฝึกอบรมหลักสูตรนักเรียนนายสิบตำรวจ ร่างข้อตกลงคุณธรรมของกรมบัญชีกลาง ร่างสัญญารับทุนของรัฐบาล ร่างบันทึกข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิครุวิทยฐานะ เชื่อมวิทย์ฐานะพร้อมเครื่องหมายของมหาวิทยาลัยนเรศวร ร่างสัญญารับเงินสนับสนุนโครงการกองทุนผู้สูงอายุของกรมกิจการผู้สูงอายุ ร่างสัญญาขายลดเช็คระหว่างชาวไร่อ้อยกับกองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย โครงการสินเชื่อสำหรับการจัดซื้อรถตัดอ้อยฤดูกาลผลิต ปี ๒๕๖๑/ ๒๕๖๒

### ๓. การตรวจร่างสัญญาของพนักงานอัยการกับหลักประชาธิปไตย

องค์กรอัยการได้มีการก่อตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๓๖ เป็นกรมในกระทรวงยุติธรรมก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ ดังปรากฏในกฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมอันเป็นข้อบังคับสำหรับราชการในกรมอัยการ ลงวันที่ ๑ เมษายน ร.ศ. ๑๑๒ ซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของกรมอัยการความว่า “อธิบดีและเจ้าพนักงานในกรมอัยการต้องฟังคำบังคับบัญชาของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ในทางปฏิบัติหน้าที่ราชการอธิบดีมีอำนาจเลือกผู้รู้พระราชกำหนดกฎหมายชำนาญชำนานาญแม่นยำดีมาตั้งเป็นราชมนตรี และเนติบัณฑิตให้เป็นที่ปรึกษา และผู้ช่วยราชการกรมอัยการมีหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของกระทรวง หรือกรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของราชาธิปไตยเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของราชาธิปไตย เป็นทนายความในนามของราชาธิปไตย เป็นพนักงานร่างแต่งประกาศพระราชบัญญัติต่าง ๆ แปลกฎหมายนานาประเทศออกเป็นภาษาไทย ฟ้องกล่าวโทษผู้กระทำผิดล่วงพระราชอาญา ฯลฯ” โดยในปัจจุบันองค์กรอัยการมีอำนาจหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมและการคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน และยังมีบทบาทหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ โดยบทบาทหน้าที่ในการเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของราชาธิปไตยดังกล่าวได้ปรับเปลี่ยนมาเป็นบทบาทหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์ของรัฐในปัจจุบัน<sup>๑๔</sup> ซึ่งรวมถึงหน้าที่ในการตรวจ

การบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ โดยวิธี Foreign Military Sales (FMS) และโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล (Government to Government : G to G) พ.ศ. ๒๕๖๐ เพื่อนำมาใช้บังคับกับการจัดหายุทธโธปกรณ์และการบริการทางทหารจากรัฐบาลต่างประเทศโดยเฉพาะ

<sup>๑๔</sup> พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๓ บัญญัติว่า

ร่างสัญญาของรัฐด้วย โดยในการตรวจร่างสัญญาของรัฐของพนักงานอัยการนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักประชาธิปไตยในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

### ๓.๑ กรอบการปฏิบัติหน้าที่ทางจริยธรรม

ในการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็นพนักงานอัยการนั้น นอกจากจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้และประสบการณ์ทางด้านกฎหมายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดแล้ว จะต้องปรากฏว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วยต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้เลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วยความบริสุทธิ์ใจ<sup>๑๖</sup> อีกด้วย โดยหากปรากฏในภายหลังว่าบุคคลใดขาดคุณสมบัติดังกล่าวตั้งแต่ก่อนได้รับการบรรจุ อัยการสูงสุดด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการอัยการ<sup>๑๗</sup> จะต้องมีคำสั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการ<sup>๑๘</sup> โดยคุณสมบัติดังกล่าวจะต้องดำรงอยู่ตลอดเวลาที่รับราชการ

“มาตรา ๒๓ สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและงานวิชาการ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย

...

(๒) ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ

(๓) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ตามที่เห็นสมควร

...

ในการตรวจร่างสัญญาตาม (๒) และ (๓) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ ในการนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐตาม (๒) หรือนิติบุคคลตาม (๓) ที่เป็นคู่สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ”

<sup>๑๖</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๔๙ บัญญัติว่า

“มาตรา ๔๙ ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วยต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

ก. คุณสมบัติทั่วไป

(๑) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด

(๒) ผู้สมัครสอบคัดเลือกหรือผู้สมัครทดสอบความรู้ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปี ผู้สมัครเข้ารับการศึกษาพิเศษต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบห้าปี

(๓) เป็นผู้เลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วยความบริสุทธิ์ใจ

...”

<sup>๑๗</sup> คณะกรรมการอัยการ หรือ ก.อ. เป็นคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับพนักงานอัยการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๔๘ และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๑๘ ประกอบด้วยประธานกรรมการซึ่งต้องไม่เป็นพนักงานอัยการ กรรมการอัยการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นข้าราชการอัยการชั้น ๕ ขึ้นไปจำนวนสี่คน ผู้รับบำเหน็จหรือบำนาญซึ่งเคยรับราชการเป็นข้าราชการอัยการมาแล้วจำนวนสองคน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นพนักงานอัยการมาก่อนสองคน ที่ได้รับเลือกจากพนักงานอัยการ และมีคณะกรรมการอัยการโดยตำแหน่งประกอบด้วย อัยการสูงสุดเป็นรองประธานกรรมการ และรองอัยการสูงสุดตามลำดับอาวุโสจำนวน ๕ คน

<sup>๑๘</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๕๗ บัญญัติว่า

“มาตรา ๕๗ ผู้ได้รับบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใด หากภายหลังปรากฏว่าขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๔๙ หรือขาดคุณวุฒิหรือมิได้ประกอบวิชาชีพหรือไม่มีประสบการณ์ตามมาตรา ๕๐ มาตรา ๕๑ หรือมาตรา ๕๒ แล้วแต่กรณี ตั้งแต่ก่อนได้รับการบรรจุ ให้อัยการสูงสุดด้วยความเห็นชอบของ ก.อ. สั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการ แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่ และการรับ

เป็นพนักงานอัยการด้วย โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของวินัยซึ่งพนักงานอัยการจะต้องดำรงไว้โดยเคร่งครัด<sup>๑๙</sup> และตามประมวลจริยธรรมข้าราชการฝ่ายอัยการและบุคลากรของสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อ ๓ ยังกำหนดให้ข้าราชการฝ่ายอัยการต้องยึดมั่นในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข นอกจากนี้ ก่อนที่พนักงานอัยการเข้ารับหน้าที่ในตำแหน่งอัยการประจำกองหรืออัยการจังหวัดผู้ช่วย พนักงานอัยการจะต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ด้วยถ้อยคำ ดังต่อไปนี้

“ข้าพระพุทธเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอถวายสัตย์ปฏิญาณว่า ข้าพระพุทธเจ้าจะจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ และจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและเที่ยงธรรมโดยปราศจากอคติทั้งปวงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชน และความสงบสุขแห่งราชอาณาจักร ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายทุกประการ”

ซึ่งการถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ก่อนเข้ารับตำแหน่งดังกล่าวจะเป็นเครื่องย้ำเตือนให้พนักงานอัยการจักต้องรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตลอดระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ของตน

### ๓.๒ กรอบการปฏิบัติหน้าที่และความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ได้บัญญัติรับรององค์กรอัยการไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด ๑๓ โดยบัญญัติให้องค์กรอัยการมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย มีการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นอย่างเป็นอิสระโดยให้มีระบบเงินเดือนและค่าตอบแทนเป็นการเฉพาะตามความเหมาะสม นอกจากนี้ การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับพนักงานอัยการต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการอัยการ<sup>๒๐</sup> โดยพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกองการคลัง พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๗ กำหนดให้องค์กรอัยการประกอบด้วย คณะกรรมการอัยการ อัยการสูงสุด

เงินเดือนหรือผลประโยชน์อื่นใดที่รับจากทางราชการก่อนมีคำสั่งให้ออก และถ้าการเข้ารับราชการเป็นไปโดยสุจริตแล้วให้ถือว่าเป็นการสั่งให้ออกเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ”

<sup>๑๙</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๖๐ และ ๖๑ บัญญัติว่า

“มาตรา ๖๐ ข้าราชการอัยการต้องรักษาวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้โดยเคร่งครัด ผู้ใดฝ่าฝืนจักต้องได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ในหมวด ๔ แห่งลักษณะนี้

มาตรา ๖๑ ข้าราชการอัยการต้องสนับสนุนการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วยความบริสุทธิ์ใจ”

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

“มาตรา ๒๔๘ องค์กรอัยการมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เที่ยงธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้เป็นคำสั่งทางปกครอง

การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นขององค์กรอัยการให้มีความเป็นอิสระโดยให้มีระบบเงินเดือนและค่าตอบแทนเป็นการเฉพาะตามความเหมาะสมและการบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับพนักงานอัยการต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการอัยการ ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วยประธานกรรมการซึ่งต้องไม่เป็นพนักงานอัยการ และผู้ทรงคุณวุฒิบรรดาศักดิ์ที่ได้รับเลือกจากพนักงานอัยการ ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีบุคคลซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นพนักงานอัยการมาก่อนสองคน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายตามวรรคสาม ต้องมีมาตรการป้องกันมิให้พนักงานอัยการกระทำการหรือดำรงตำแหน่งใดอันอาจมีผลให้การสั่งคดีหรือการปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามวรรคสอง หรืออาจทำให้มีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องกำหนดให้ชัดแจ้งและใช้เป็นการทั่วไป โดยจะมอบอำนาจให้มีการพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปไม่ได้”

และพนักงานอัยการอื่น โดยมีสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยธุรการซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคล โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชาและเป็นผู้แทนนิติบุคคล<sup>๒๑</sup> โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้นอยู่ภายใต้มาตรา ๓ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งกำหนดให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระและหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา ๒๔๘ วรรคสอง ยังบัญญัติรับรองให้พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เทียบธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๑ ซึ่งบัญญัติรับรองให้พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

มีข้อสังเกตว่าหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐนั้นพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ ไม่ได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการโดยเฉพาะ แต่กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๒๓<sup>๒๒</sup> เมื่อการตรวจร่างสัญญาไม่ใช่อำนาจหน้าที่โดยเฉพาะของพนักงานอัยการ ดังนั้น อัยการสูงสุดในฐานะผู้บังคับบัญชาและเป็นผู้แทนนิติบุคคลของสำนักงานอัยการสูงสุดอาจมอบหมายให้ข้าราชการอัยการหรือข้าราชการธุรการรับราชการในสำนักงานอัยการสูงสุดโดยได้รับเงินเดือนจากงบประมาณหมวดเงินเดือนในสำนักงานอัยการสูงสุดทำหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาก็ได้ อย่างไรก็ดี การตรวจร่างสัญญานั้นปัจจุบันได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด ตามประกาศคณะกรรมการอัยการ เรื่อง การแบ่งหน่วยงาน และการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. ๒๕๖๓ ข้อ ๘(๖)<sup>๒๓</sup>

<sup>๒๑</sup> พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาตรา ๗ บัญญัติว่า

“มาตรา ๗ องค์กรอัยการประกอบด้วย ก.อ. อัยการสูงสุด และพนักงานอัยการอื่น โดยมีสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยธุรการ

สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนราชการที่มีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณและการดำเนินการอื่น และเป็นนิติบุคคล โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชาและเป็นผู้แทนนิติบุคคล

ให้ข้าราชการฝ่ายอัยการสังกัดสำนักงานอัยการสูงสุด

การแบ่งหน่วยงาน การจัดตั้งและกำหนดท้องที่ของภาค และการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด ให้ทำเป็นประกาศ ก.อ.”

<sup>๒๒</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๕

<sup>๒๓</sup> ประกาศคณะกรรมการอัยการ เรื่อง การแบ่งหน่วยงาน และการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. ๒๕๖๓ ข้อ ๘(๖) กำหนดว่า

ข้อ ๘ ให้หน่วยงานราชการอัยการตามข้อ ๗ มีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้

...

(๖) สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย มีอธิบดีอัยการเป็นผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการ มีอำนาจและหน้าที่

(ก) รับผิดชอบงานให้คำปรึกษาหรือความเห็นทางกฎหมาย รวมทั้งการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมาย และเอกสารประกวดราคา ทั้งโครงการในประเทศและต่างประเทศให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ

(ข) รับผิดชอบงานให้คำปรึกษาหรือความเห็นทางกฎหมาย รวมทั้งการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมาย และเอกสารประกวดราคา ทั้งโครงการในประเทศและต่างประเทศให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ตามที่เห็นสมควร

(ค) ปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้รับมอบหมาย

การตรวจร่างสัญญาในทางปฏิบัติจึงเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการ ซึ่งสังกัดอยู่ในสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาโดยพนักงานอัยการจึงได้รับการคุ้มครองที่สามารถทำให้เห็นในทางกฎหมายได้อย่างเป็นอิสระ และจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

### ๓.๓ แนวทางปฏิบัติขององค์กรอัยการภายใต้หลักประชาธิปไตย

ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการในการตรวจร่างสัญญาของหน่วยงานของรัฐจะมีขั้นตอนในการปฏิบัติหน้าที่ที่กล่าวคือ เมื่อหน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญามาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา จะมีการส่งเรื่องไปดำเนินการยังสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเป็นหน่วยงานภายในที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐตามประกาศคณะกรรมการอัยการ เรื่อง การแบ่งหน่วยงาน และการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. ๒๕๖๓ ข้อ ๘(๖)<sup>๒๔</sup> โดยในการตรวจร่างสัญญา จะมีการมอบหมายพนักงานอัยการเจ้าของสำนวนพิจารณาทำความเข้าใจและตรวจร่างสัญญาเสนอผู้บังคับบัญชา ได้แก่ อัยการพิเศษฝ่ายสัญญาและหารือ รองอธิบดีอัยการ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย และอธิบดีอัยการ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย ตามลำดับ หลังจากนั้น จึงเสนอความเห็นต่ออัยการสูงสุดหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาในขั้นที่สุด ซึ่งแม้ว่าในการพิจารณาเรื่องตรวจร่างสัญญาจะมีการเสนอความเห็นไปตามสายการบังคับบัญชา แต่พนักงานอัยการที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาจะมีอิสระในการแสดงความคิดเห็นอย่างเต็มที่ และมีการเปิดโอกาสให้มีความเห็นที่แตกต่างกันได้ โดยผู้บังคับบัญชา อาจเสนอแนะแนวทางในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาได้แต่จะไม่สั่งให้ผู้บังคับบัญชามีความเห็นไปในทางใดทางหนึ่ง และในกรณีที่เรื่องที่พิจารณามีปัญหาข้อกฎหมายที่เห็นแตกต่างกันไม่เป็นที่ยุติ อธิบดีอัยการ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย รองอัยการสูงสุด หรืออัยการสูงสุด อาจมีคำสั่งให้พิจารณาเรื่องดังกล่าวโดยที่ประชุมใหญ่ของสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย เพื่อพิจารณาถกเถียงปัญหาข้อกฎหมายกันโดยอิสระ และลงมติโดยเสียงข้างมากของที่ประชุมใหญ่ โดยพนักงานอัยการแต่ละคนมีสิทธิแสดงความคิดเห็นและลงคะแนนเสียงโดยเท่าเทียมกัน และพนักงานอัยการที่ลาประชุมจะต้องแสดงความคิดเห็นเป็นหนังสือและนำมานับเป็นคะแนนเสียงในการลงมติด้วย โดยมีการเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการได้แสดงความคิดเห็นกันได้อย่างเต็มที่ และเป็นอิสระ และรับฟังความคิดเห็นที่แตกต่างจากพนักงานอัยการอื่น ๆ เพื่อหาข้อสรุปอันเป็นข้อยุติในประเด็นต่าง ๆ ในที่สุด ซึ่งการแสดงความคิดเห็นโดยอิสระนี้เป็นแนวทางปฏิบัติของพนักงานอัยการในการตรวจร่างสัญญามาเป็นเวลาช้านานแล้ว<sup>๒๕</sup> สะท้อนให้เห็นถึงการนำหลักประชาธิปไตยมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ และเป็นวัฒนธรรมองค์กรที่พนักงานอัยการยึดถือมาโดยตลอด

### ๓.๔ หลักนิติธรรมกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐ

การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้นอยู่ภายใต้มาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งกำหนดให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและ

...

<sup>๒๔</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๓

<sup>๒๕</sup> แต่เดิมการประชุมใหญ่ของพนักงานอัยการ กองที่ปรึกษากฎหมาย เป็นไปตามระเบียบกองที่ปรึกษาว่าด้วยการประชุมใหญ่ พ.ศ. ๒๕๒๕ ปัจจุบันเป็นไปตามระเบียบสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายว่าด้วยการประชุมใหญ่ พ.ศ. ๒๕๕๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม



ความผาสุกของประชาชนโดยรวม ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาของพนักงานอัยการจึงต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมด้วย โดยมีข้อพิจารณาดังนี้ประกอบด้วย

(๑) ในการตรวจร่างสัญญาต้องพิจารณาด้วยว่าหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้สัญญาต้องมีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติธรรมที่ว่ารัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐ พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญา มีอำนาจที่จะเข้าทำสัญญาได้ตามกฎหมาย

(๒) กระบวนการทำสัญญาจะต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ในการทำสัญญาดังกล่าวหน่วยงานของรัฐมีการดำเนินกระบวนการ หรือขั้นตอนการทำสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องหรือไม่

(๓) ข้อตกลงในร่างสัญญาต้องมีความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยที่วัตถุประสงค์หลักในการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดคือเพื่อไม่ให้ทางราชการเสียเปรียบ มีความรัดกุม เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายกับหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาและส่งผลกระทบต่อประชาชน แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องร่างสัญญาเพื่อเอาเปรียบคู่สัญญาที่เป็นเอกชนในทุกช่องทาง เพราะอาจจะทำให้เอกชนไม่กล้าทำสัญญา ข้อสัญญาที่เคร่งครัดจนเกินไปอาจทำให้เอกชนเป็นฝ่ายผิดสัญญาโดยไม่จำเป็น ทำให้ต้นทุนการทำสัญญาสูงเกินสมควร และอาจทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ทำให้โครงการล่าช้าหรือไม่สำเร็จ ซึ่งสุดท้ายแล้วผู้ที่ได้รับความเสียหายคือหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาหรือประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการตามสัญญาที่สำเร็จ

### ๓.๕ หลักสิทธิมนุษยชนกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐ

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าหลักสิทธิมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยในยุคปัจจุบัน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้ความคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชนผ่านกลไกต่าง ๆ ของรัฐและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยสิทธิมนุษยชนเป็นประเด็นสำคัญที่สำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องพิจารณาในการตรวจร่างสัญญาด้วย เพื่อไม่ให้หน่วยงานของรัฐเข้าทำสัญญาใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน การตรวจร่างสัญญาโดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดได้ถือปฏิบัติมาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่ยังเป็นกรมอัยการ ดังจะเห็นได้ว่าเคยมีหน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญารับทุนรัฐบาลไปศึกษาต่อต่างประเทศโดยมีเงื่อนไขให้ผู้รับทุนสมรส มิฉะนั้นจะถูกบอกเลิกสัญญา ซึ่งกรมอัยการได้ตัดข้อสัญญาดังกล่าวออก ด้วยเหตุผลว่าไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับทุนและเป็นการขัดต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

### ๓.๖ กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐ

การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นหลักสำคัญของประชาธิปไตย โดยการมีส่วนร่วมของประชาชนไม่ได้สิ้นสุดเพียงแค่การออกเสียงเลือกผู้แทนทำหน้าที่ในกระบวนการประชาธิปไตย แต่ยังรวมถึงการที่ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นและมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจปัญหาซึ่งจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อส่วนได้เสียของประชาชนอีกด้วย ดังนั้น การดำเนินการใด ๆ ของรัฐซึ่งอาจมีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนอย่างมีสาระสำคัญจึงต้องมีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วย โดยมาตรา ๕๘ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งอยู่ในหมวด ๕ ว่าด้วยหน้าที่ของรัฐ ได้บัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้<sup>๒๖</sup>

<sup>๒๖</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๕๘ บัญญัติว่า

และมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. ๒๕๔๘ ได้วางหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และกำหนดแนวทางในการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการของรัฐ โดยมีสาระสำคัญในการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐ ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่นใดของรัฐ และรัฐวิสาหกิจที่จะดำเนินการโครงการของรัฐที่เป็นการพัฒนาเศรษฐกิจหรือสังคม และโครงการดังกล่าวที่มีผลกระทบต่ออย่างกว้างขวางต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย วิถีชีวิต หรือส่วนได้เสียเกี่ยวกับชุมชนท้องถิ่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐเอง หรือโดยวิธีการให้สัมปทานหรืออนุญาตให้บุคคลอื่นทำ หน่วยงานของรัฐจะต้องเผยแพร่ข้อมูลให้ประชาชนทราบ หรือหน่วยงานของรัฐอาจพิจารณาให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วยก็ได้ แต่หากโครงการนั้นมีผลกระทบต่อประชาชนเป็นส่วนรวมหน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วยทุกกรณี นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่จะต้องทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) หรือรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการ กิจการหรือการดำเนินการที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต ของประชาชนในชุมชนอย่างรุนแรง (EHIA) ก็จะต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ออกภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยในการดำเนินการจัดทำรายงาน EHIA จะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาดำเนินการหรืออนุญาตตามกฎหมายต่อไป

ในส่วนของการดำเนินโครงการร่วมลงทุนนั้น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้กำหนดให้ในการเสนอโครงการร่วมลงทุน หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องมีการจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการเพื่อเสนอคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนพิจารณาอนุมัติ โดยรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการดังกล่าวจะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับความเป็นไปได้ของโครงการ โดยอธิบายความเป็นไปได้ของโครงการในด้านต่าง ๆ รวมถึงด้านสิ่งแวดล้อม โดยจะต้องแสดงผลกระทบ การจัดการผลกระทบ และต้นทุน ในการจัดการผลกระทบ ทั้งด้านการเงินและไม่ใช้ด้านการเงินรวมทั้งระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าว<sup>๒๗</sup> นอกจากนี้ ในการจัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสาร

---

“มาตรา ๕๘ การดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ ถ้าการนั้นอาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง รัฐต้องดำเนินการให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนหรือชุมชน และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาดำเนินการหรืออนุญาตตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง

ในการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง รัฐต้องระมัดระวังให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ชุมชน สิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด และต้องดำเนินการให้มีการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับผลกระทบอย่างเป็นธรรมและโดยไม่ชักช้า”

<sup>๒๗</sup> ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดที่ต้องมีในรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการและหลักเกณฑ์และวิธีการในการนำความเห็นของหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชนมาประกอบการพิจารณาจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ พ.ศ. ๒๕๖๓ ข้อ ๓ (๔) (ง) กำหนดว่า

“ข้อ ๓ ในการเสนอโครงการที่จะให้มีการร่วมลงทุน หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

...

สำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการคัดเลือกเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าของโครงการจะต้องดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องและนำความคิดเห็นดังกล่าวมาพิจารณาประกอบการจัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุนด้วย จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมตั้งแต่ในขั้นตอนแรก เพื่อให้โครงการมีข้อมูลรอบด้านและสอดคล้องกับความเป็นไปได้ในทางธุรกิจและความต้องการของประชาชนผู้ใช้ประโยชน์หรือได้รับผลกระทบจากการดำเนินโครงการ

โดยที่การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเป็นเงื่อนไขสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด และมีผลต่อการทำโครงการไม่ว่าในด้านการออกแบบโครงการ ต้นทุนของโครงการ รวมถึงการดำเนินโครงการ และอาจทำให้การอนุญาตหรือการดำเนินโครงการไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าโครงการของหน่วยงานของรัฐเป็นกรณีที่จะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแต่ยังไม่ได้ดำเนินการให้ครบถ้วน สำนักงานอัยการสูงสุดอาจส่งคืนร่างสัญญาคืนกลับไปเพื่อให้ดำเนินการให้ถูกต้องก่อนก็ได้

## ๖. สรุป

สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจหน้าที่สำคัญอันหนึ่งคือการรักษาผลประโยชน์ของรัฐโดยการให้คำปรึกษากฎหมายและการตรวจร่างสัญญาของรัฐและเอกสารกฎหมายต่าง ๆ ให้กับรัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ โดยมุ่งหมายเพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของรัฐมิให้ต้องเป็นฝ่ายเสียเปรียบในการเข้าทำสัญญาของรัฐ ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สูงสุดของประเทศชาติเป็นสำคัญ มิใช่เพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐที่ส่งร่างสัญญามาเพื่อตรวจพิจารณาร่างสัญญา โดยในการตรวจร่างสัญญานี้พนักงานอัยการได้คำนึงถึงหลักการประชาธิปไตยในฐานะที่เป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งที่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐ หลักสิทธิมนุษยชน หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน รวมถึงการนำหลักประชาธิปไตยมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่และเป็นวัฒนธรรมองค์กรที่เป็นธรรมาภิบาลในรูปแบบประชาธิปไตย เพื่อให้การตรวจร่างสัญญาของรัฐโดยพนักงานอัยการก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม สมดังเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

---

(๔) ความเป็นไปได้ของโครงการ โดยอธิบายความเป็นไปได้ของโครงการในด้านต่าง ๆ ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

...

(ง) ด้านสิ่งแวดล้อม โดยจะต้องแสดงผลกระทบ การจัดการผลกระทบ และต้นทุนในการจัดการผลกระทบ ทั้งด้านการเงินและไม่ใช่ด้านการเงิน รวมทั้งระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าว

...”

## บรรณานุกรม

จุลสิงห์ วสันตสิงห์. **สัญญาของรัฐ**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พ.ศ. ๒๕๕๔.

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

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

อมร รักษาสัตย์ และคณะ. **ประชาธิปไตย : อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙.

Dahl, Robert A.. Democracy. Encyclopedia Britannica. 9 March 2021.

<https://www.britannica.com/topic/democracy>, Accessed 10 July 2021.

UN Secretary-General, “Guidance Note of the Secretary-General on Democracy”, United Nation Digital Library, 2009, <https://digitallibrary.un.org/record/677649>, Accessed 10 July 2021.