บทความจากกัลยาณมิตร

บทความที่เขียนโดยกัลยาณมิตรของศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ผู้ล่วงลับ

สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ

Office of the Attorney General and State Contract

นารี ตัณฑเสถียร

Naree Tantasatian

หากมองประเทศไทยย้อนหลังกลับไปสักราว 30 ปี จะพบว่าเรามีความเจริญก้าวหน้าในการพัฒนาประเทศมาอย่างต่อเนื่อง ทั้งในด้านสาธารณูปโภค การติดต่อสื่อสาร ความมั่นคงทางพลังงาน หรือแม้แต่การที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ สามารถให้บริการประชาชนได้อย่างทั่วถึงมีประสิทธิภาพมากขึ้น เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่างบประมาณและเงินลงทุนคือปัจจัยหลักที่ขับเคลื่อนให้โครงการบริการสาธารณะต่าง ๆ เป็นรูปเป็นร่างและสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่หากจะเปรียบว่าโครงการที่เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะเหล่านี้เป็นเครื่องจักรหรือฟันเฟืองที่ใช้ขับเคลื่อนให้เกิดการพัฒนาประเทศ ก็จะมีสิ่งหนึ่งที่เปรียบเสมือนวงจรหรือกลไกในการกำกับให้เครื่องจักรนี้ขับเคลื่อนไปได้อย่างราบรื่น นั่นก็คือ “สัญญา” ดังที่ทราบกันดีว่าหน้าที่ในการบริหารและพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนเป็นหน้าที่หลักของรัฐ แต่ในโลกของตลาดเสรี รัฐซึ่งเป็นเพียงผู้คุมกติกาอาจไม่พร้อมในศักยภาพบางอย่างเทียบเท่ากับผู้เล่นในภาคเอกชน รัฐจึงอาจต้องพึ่งพาเอกชนซึ่งเป็นผู้ผลิตเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุเพื่อใช้ในงานราชการต่าง ๆ พึ่งพาเอกชนผู้มีศักยภาพในด้านการให้บริการเพื่อให้ได้มาซึ่งงานบริการบางอย่างในการช่วยเหลือสนับสนุนการให้บริการประชาชน พึ่งพาเงินทุนและเทคโนโลยีจากภาคเอกชนทั้งในและต่างประเทศ เพื่อจัดให้มีโครงข่ายการให้บริการสาธารณะบางอย่างซึ่งรัฐจำเป็นต้องจัดให้มีขึ้นแต่ยังไม่มีความพร้อมที่จะดำเนินการได้เองทั้งหมด ทั้งการพัฒนาประเทศไม่อาจดำเนินไปได้โดยภาครัฐเพียงฝ่ายเดียว การมีส่วนร่วมของภาคเอกชนถือเป็นส่วนสำคัญในการผลักดันให้เกิดการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพ การมอบให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในภาระหน้าที่บางอย่างของรัฐโดยความเต็มใจภายใต้แนวคิดของการเป็นหุ้นส่วนกับรัฐจึงเกิดขึ้นมาแทนการบังคับใช้อำนาจรัฐแต่ฝ่ายเดียว รัฐจึงต้องลดทอนฐานะที่เหนือกว่าของตนบางประการลงมาเป็นเพียง “คู่สัญญา” ฝ่ายหนึ่งซึ่งเทียบเทียมกับเอกชนอันอาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้เช่นเดียวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งนี่คือหลักการอันเป็นที่มาของ “สัญญาของรัฐ”

สัญญาของรัฐ ในความหมายโดยกว้างคือสัญญาหรือข้อตกลงที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันในรายละเอียดและเงื่อนไขในข้อตกลง หรือก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมาย

สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยงานของรัฐที่ได้รับมอบหมายโดยกฎหมาย ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี ให้รับผิดชอบในการตรวจพิจารณาสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนานตั้งแต่สมัยที่สำนักงานอัยการสูงสุดยังเป็นกรมอัยการ ดังปรากฏจากมติคณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 ที่กำหนดเรื่องการให้ส่วนราชการที่ทำสัญญากับเอกชนเพื่อกิจการต่างๆ ให้ส่งเรื่องให้กรมอัยการ (ในขณะนั้น) พิจารณาเสียก่อน จนถึงปัจจุบันซึ่งมีกฎหมายใหม่เช่นพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 นับเป็นระยะเวลาเกินกว่า 7 ทศวรรษ สำนักงานอัยการสูงสุดได้รับร่างสัญญาประเภทต่างๆ ซึ่งบรรดาส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์กรอิสระจำนวนมากส่งมาให้ตรวจพิจารณาตามกฎหมาย ระเบียบ และมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว มีตั้งแต่สัญญาพื้นฐานที่ทุนทรัพย์หรือราคาตามสัญญาไม่มากไปจนถึงสัญญาสัมปทาน สัญญาร่วมลงทุนทุนทรัพย์มากมาย แม้ทางวิชาการสัญญาของรัฐอาจแบ่งเป็นสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองเพื่อให้ทราบถึงศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีข้อพิพาทตลอดจนกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะนำมาใช้ในคดีในกรณีต้องนำข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาของรัฐดังกล่าวไปสู่ศาล แต่หากบทความนี้ผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะแบ่งประเภทสัญญาของรัฐตามประเภทสภาพของข้อตกลงจากประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้รับโอกาสในการทำงานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนาน สัญญาของรัฐซึ่งสาระสำคัญคือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ส่วนสัญญาของรัฐนั้นๆ จะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองจึงเป็นคนละส่วนกัน ส่วนสัญญาทางปกครองทุกฉบับจะมีสภาพเป็นสัญญาของรัฐเนื่องจากมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น สัญญาของรัฐ (Government Contracts) จึงมีความหมายที่กว้างกว่าสัญญาทางปกครอง

นอกจากสภาพของข้อตกลงในสัญญาแล้ว การแบ่งประเภทสัญญาของรัฐยังสะท้อนได้จากกฎหมาย ระเบียบ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ก็ระบุเรื่องสัญญาของรัฐในสภาพเป็นสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง มติคณะรัฐมนตรีก็จะระบุถึงสัญญาของรัฐในความหมายอย่างกว้างโดยใช้ถ้อยคำว่า ร่างสัญญาที่เห็นว่าอาจมีปัญหาทางกฎหมายหรือเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ กล่าวคือตามมติคณะรัฐมนตรีนั้นจะเป็นร่างสัญญาของรัฐทุกประเภท ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามโดยทุกกรณี

<u>ประเภทสัญญาของรัฐ</u>

โดยที่สัญญาของรัฐคือสัญญาหรือข้อตกลงทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทุกประเภท[1]เป็นคู่สัญญา คำว่าสัญญาทุกประเภทจึงพิจารณานิติสัมพันธ์ในกฎหมายแพ่งได้เป็นดังนี้

1. **เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** รวม 20 ประเภท ได้แก่
   - สัญญาซื้อขาย
   - สัญญาแลกเปลี่ยน
   - สัญญาให้
   - สัญญาเช่าทรัพย์
   - สัญญาเช่าซื้อ
   - สัญญาจ้างแรงงาน
   - สัญญาจ้างทำของ
   - สัญญารับขน
   - สัญญายืม
   - สัญญาฝากทรัพย์
   - สัญญาค้ำประกัน
   - สัญญาจำนอง
   - สัญญาจำนำ
   - สัญญาเก็บของในคลังสินค้า
   - สัญญาตัวแทน
   - สัญญานายหน้า
   - สัญญาประนีประนอมยอมความ
   - สัญญาบัญชีเดินสะพัด
   - สัญญาตั๋วเงิน
   - สัญญาหุ้นส่วนและบริษัท

เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหล่านี้ หากหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง สัญญานั้นย่อมเข้าลักษณะเป็นสัญญาของรัฐ

การพัฒนาของประเทศเป็นไปอย่างรวดเร็วทั้งเชิงโครงสร้างพื้นฐาน เทคโนโลยี และพลังงาน การพัฒนาของประเทศในทุกด้านโดยภาครัฐจะเดินไปได้พร้อมๆ กับข้อตกลงหรือสัญญาที่หน่วยงานของรัฐจ้าง

[1] พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยงบประมาณ องค์การมหาชน องค์กรอิสระ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ให้ฝ่ายเอกชนดำเนินงานเพื่อให้โครงการสำเร็จลุล่วงได้ตามวัตถุประสงค์ ตัวอย่างในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจำเป็นต้องจ้างที่ปรึกษามาช่วยให้คำแนะนำตั้งแต่การศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ (Feasibility Study) การออกแบบรายละเอียดทางด้านวิศวกรรม (Detailed Engineering Design) การควบคุมงาน (Supervision) รวมถึงการดำเนินการหาผู้รับเหมาก่อสร้าง (Construction) ในแต่ละส่วนงานก็จะมีการทำสัญญาจ้างที่ปรึกษาและสัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งก็เข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการทำงานที่สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุดนั้น ผู้เขียนเองซึ่งได้มีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือก การยกร่างสัญญา และการตรวจร่างสัญญาก็ได้ทำงานกับเพื่อนร่วมงานในหน่วยงานของรัฐต่างๆ ในแนวทางเช่นนี้ ในทางวิชาการนั้นก็ได้อ่าน ศึกษาจากบทความของผู้บังคับบัญชาซึ่งในอดีตท่านก็เป็นทรัพยากรบุคคลทรงคุณค่าในตำนานสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนาน

ในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ ท่านคัมภีร์ แก้วเจริญ ได้วิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งของที่ปรึกษางานวิศวกรรมไว้อย่างน่าคิดตามและศึกษาตั้งแต่ขั้นตอนการเตรียมโครงการ การทำโครงการ การทำสัญญา ความรับผิดของคู่สัญญาตามสัญญาและตามกฎหมายว่าสัญญาจ้างบริษัทวิศวกรที่ปรึกษาและสัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ว่าจ้าง ล้วนแต่เข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 578 “อันว่าจ้างทำของนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลหรือเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” นอกจากนี้ หากงานให้บริการที่ปรึกษาทางวิศวกรรมนั้นเป็นการควบคุมงานก่อสร้างในโครงการ ที่ปรึกษาทางวิศวกรรมก็จะมีความสัมพันธ์แบบกึ่งสัญญาจ้างทำของ กึ่งสัญญาตัวแทน กล่าวคือ นอกจากจะเป็นผู้รับจ้างทำของแล้วยังเป็นตัวแทนของเจ้าของโครงการซึ่งเป็นตัวการไปทำการติดต่อเกี่ยวข้องกับผู้รับเหมาก่อสร้างแทนเจ้าของโครงการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 วรรคแรก จะเห็นได้ว่าความเข้าใจกระบวนการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในโครงการสัญญาต่างๆ ที่เกิดขึ้น ความเข้าใจพื้นฐานในกระบวนการทำงานก็จำเป็นกับนักกฎหมายเช่นกัน สัญญาจ้างที่ปรึกษา สัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เช่นกัน ได้มีการวิเคราะห์ไว้อย่างละเอียดเป็นลำดับและสอดคล้องกับวิธีปฏิบัติโดยสรุปเป็นหัวข้อ

1. ลักษณะงานให้บริการที่ปรึกษาด้านวิศวกรรม
2. วิเคราะห์นิติสัมพันธ์ระหว่างวิศวกรที่ปรึกษากับเจ้าของโครงการ (หน่วยงานของรัฐ)
3. ความรับผิดตามสัญญาต่อหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้ว่าจ้าง
4. ความรับผิดตามหลักละเมิด
5. ความรับผิดของวิศวกรที่ปรึกษาต่อบุคคลที่สาม
6. ข้อต่อสู้ของวิศวกรที่ปรึกษา
7. วิเคราะห์ข้อกำหนดเพดานความรับผิดของวิศวกรที่ปรึกษา

รายละเอียดของบทวิเคราะห์นี้เป็นประโยชน์ต่อการตรวจร่างสัญญา การบริหารสัญญา และการตอบข้อหารือที่เกี่ยวข้องกันในรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญา[2] อย่างยิ่ง ผู้เขียนพบว่าเป็นบทวิเคราะห์จากสำนวนข้อหารือของกองที่ปรึกษา กรมอัยการ เลขรับที่ 93/2527 แต่ก็เป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมายในการทำสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างเป็นรูปธรรมมากที่สุด ทำให้เกิดข้อคิดอย่างครบวงจรของสภาพงาน และสามารถนำมาใช้ในการปฏิบัติงานสัญญาของรัฐได้ถึงปัจจุบัน

2. ประเภทสัญญาของรัฐตามกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรี

(1) สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่เรียกกันว่าสัญญาพัสดุ (Procurement Contract) พอจะให้คำนิยามตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้ว่า เป็นสัญญาซึ่งหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาโดยมีสาระสำคัญคือเพื่อเป็นการดำเนินการให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง คำว่า “พัสดุ” หมายถึง สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง สัญญาพัสดุคือสัญญาที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ ดังนั้น ในทางกลับกัน หากเนื้อหาของสัญญาที่มิใช่เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุเพื่อนำมาใช้ในภารกิจหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว แต่เป็นการที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายผู้ให้บริการหรือผู้ขาย หรือซื้อมาเพื่อประกอบธุรกิจหรือให้บริการเพื่อแสวงหารายได้ เช่น ซื้อมาขายไป ย่อมไม่อยู่ในความหมายสัญญาพัสดุที่จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 สัญญาพัสดุนั้น กรมบัญชีกลางได้กำหนดแบบสัญญาให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นแบบในการลงนามสัญญา[3] ได้แก่

- แบบสัญญาจ้างก่อสร้าง
- แบบสัญญาซื้อขาย
- แบบสัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัดปริมาณ
- แบบสัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาซื้อขายและอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาเช่าคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาจ้างบริการบำรุงรักษาและซ่อมแซมแก้ไขคอมพิวเตอร์
- แบบสัญญาเช่ารถยนต์
- แบบสัญญาจ้างทำความสะอาดอาคาร
- แบบสัญญาจ้างบริการรักษาความปลอดภัย
- แบบสัญญาเช่าเครื่องถ่ายเอกสาร

---

[2] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ความรับผิดทางแพ่งของที่ปรึกษางานวิศวกรรม,” **หนังสือวิชาการทางกฎหมายในโอกาสครบรอบ 50 ปี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** (2529) : 187-106.

[3] แหล่งที่มา www.cgd.go.th

- แบบสัญญาแลกเปลี่ยน
- แบบสัญญาจ้างทำของ

(2) สัญญาสัมปทานเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 กิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคได้แก่ 1. การรถไฟ 2. การรถราง 3. การขุดคลอง 4. การเดินอากาศ 5. การประปา 6. การชลประทาน 7. การไฟฟ้า 8. การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ 9. บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 นี้ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีการระบุกิจการสัมปทานเกี่ยวกับสาธารณูปโภคโดยมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำสัญญา คือ ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนด้วยก็ได้ ตัวอย่างการให้เอกชนผลิตน้ำประปาเพื่อขายให้แก่การประปาภูมิภาคที่สำนักงาประปาระยอง โดยให้เอกชนคู่สัญญาดำเนินการก่อสร้างระบบผลิตน้ำประปา ระบบส่งน้ำ ระบบจ่ายน้ำ ดำเนินการลดน้ำสูญเสียและวางท่อเพื่อขยายเขตพื้นที่จำหน่ายน้ำตามสัญญา ดำเนินการผลิตและส่งน้ำประปาไปถึงมาตรผู้ใช้น้ำในนามการประปาด้วยค่าใช้จ่ายของฝ่ายเอกชนฝ่ายเดียว และบริษัทจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในระบบส่งน้ำประปาที่ได้ก่อสร้างเสร็จให้แก่การประปา โดยสัญญามีกำหนดอายุ 25 ปี นับแต่วันซื้อขายน้ำประปาตามความเป็นจริง โครงการเช่นนี้เป็นโครงการภาครัฐในปี พ.ศ. 2546 นอกจากประเด็นว่าเป็นโครงการที่เข้าข่ายต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่แล้ว ในรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาก็ต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ขอสัมปทานตามที่กฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งต่างๆ ที่รัฐบาลกำหนด สัญญาของรัฐที่หน่วยงานของรัฐให้สิทธิเอกชนดำเนินกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในกรณีนี้คือการประปา ก็ต้องกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรีตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 4 และข้อ 5 อย่างไรก็ดี หากการประปาดำเนินกิจการการประปาเอง การประปาก็สามารถดำเนินการผลิตน้ำประปาได้เอง ไม่ต้องขอสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 แต่เอกชนที่ได้รับสิทธิดำเนินกิจการการประปาต้องขอสัมปทานเอง ในส่วนนี้เอง ความชัดเจนในส่วนนี้ผู้เขียนได้รับการถ่ายทอดความเข้าใจจากท่านศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ว่าข้อกำหนดที่ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี” นั้น มิใช่เป็นข้อกำหนดที่ห้ามหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค แต่เป็นการห้ามบุคคลอื่น ดังนั้น เมื่อเป็นการให้สิทธิเอกชนดำเนินการ เอกชนคู่สัญญาก็ต้องได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

(3) สัญญารัฐต่อรัฐ (Government to Government) คือสัญญาทางแพ่งที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญา ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยหรือหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศก็ได้ ตัวอย่างสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน เช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาในการสำรวจหาข้อมูลระหว่างกรมทางหลวง ผู้ว่าจ้าง กับจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ปรึกษา เพื่อวิเคราะห์ข้อมูลผลกระทบในการทำ

โครงการ ร่างบันทึกข้อตกลงระหว่างการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคกับสำนักงานเทศบาลนครตรัง ร่างสัญญาให้บริการจ่ายเงินรางวัลระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลกับธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร

สัญญาหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เองก็มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐไว้ในมาตรา 169 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ยื่นข้อเสนอหรือเป็นคู่สัญญา ไม่ต้องวางหลักประกัน ส่วนในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 89 วรรคหนึ่ง และใน (1) กำหนดให้การซื้อหรือการจ้างจากหน่วยงานของรัฐจ่ายเงินล่วงหน้าได้ไม่เกินร้อยละห้าสิบของราคาซื้อหรือราคาจ้าง และในข้อ 91 การจ่ายเงินค่าพัสดุล่วงหน้าตามข้อ 89 (1) นี้ ไม่ต้องเรียกหลักประกัน หรือในข้อ 174 กำหนดให้การจ้างที่ปรึกษาจากหน่วยงานของรัฐที่แบ่งการชำระเงินออกเป็นงวด ให้ผู้ว่าจ้างหักเงินที่จะจ่ายแต่ละครั้งในอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละห้าแต่ไม่เกินร้อยละสิบของเงินค่าจ้าง เพื่อเป็นการประกันผลงาน หรือจะให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นที่ปรึกษาใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคาร หรือหนังสือค้ำประกันอิเล็กทรอนิกส์ของธนาคารภายในประเทศที่มีอายุการค้ำประกันตามที่ผู้ว่าจ้างจะกำหนดมาวางค้ำประกันแทนเงินที่หักไว้ก็ได้ ดังนั้น คู่สัญญาซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐจึงได้รับการยกเว้นในเงื่อนไขของสัญญาบางประการที่แตกต่างจากคู่สัญญาที่เป็นเอกชน

สัญญารัฐต่อรัฐเกี่ยวกับการจัดหายุทโธปกรณ์และการบริการทางทหารจากรัฐบาลต่างประเทศเดิมตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2530 ได้กำหนดหลักการทำสัญญากลุ่มนี้ไว้ว่า การทำสัญญาจัดหายุทโธปกรณ์และการบริการทางทหารจากกระทรวงกลาโหมสหรัฐอเมริกาโดยวิธี FMS (Foreign Military Sales) อนุโลมให้ใช้แบบฟอร์มของสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า Letter of Offer and Acceptance (LOA) แต่การทำสัญญาจัดหายุทโธปกรณ์และการบริการทางทหารจากมิตรประเทศอื่นไม่มีแบบฟอร์มเช่น LOA ของสหรัฐอเมริกา จึงควรใช้ข้อตกลงตลอดจนเงื่อนไขรายละเอียดที่กำหนดขึ้นด้วยความเห็นชอบร่วมกันแทนการทำสัญญา ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ โดยในมาตรา 7 (2) ได้บัญญัติว่าการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาลหรือโดยการจัดซื้อจัดจ้างจากต่างประเทศที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ได้รับยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับ แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยประกาศดังกล่าวจะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเสนอเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล ต่อคณะกรรมการนโยบายเพื่ออนุมัติให้ได้รับยกเว้นเป็นรายกรณีไปก็ได้ และในกรณีดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามหลักเกณฑ์และแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ โดยอย่างน้อยต้องมีหลักการ ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง[4] กระทรวงกลาโหมจึงได้ออกระเบียบ

[4] พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 8 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการดังต่อไปนี้

(1) คุ้มค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน

กระทรวงกลาโหมว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์ และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ โดยวิธี Foreign Military Sales (FMS) และโดยวิธีรัฐบาล ต่อรัฐบาล (Government to Government : G to G) พ.ศ. ๒๕๖๐ เพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธี Foreign Military Sales (FMS) และโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล (Government to Government : G to G) ของส่วนราชการในสังกัดกระทรวงกลาโหมเป็นไปด้วยความเรียบร้อย สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2560 กำหนดขั้นตอนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธี Foreign Military Sales (FMS) ไว้ โดยให้หน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจัดทำหนังสือคำร้องขอเพื่อจัดซื้อจัดจ้างยุทโธปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ (Letter of Request : LOR) แล้วเสนอหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในประเทศไทยดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้อง และให้หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาดำเนินการจัดทำร่างหนังสือข้อเสนอและการตอบรับ Letter of Offer and Acceptance (LOA) ซึ่งถือเป็นสัญญาซื้อขายตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2522 เรื่อง ขออนุมัติจัดหาสิ่งอุปกรณ์โดยวิธี FMS จากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเป็นกรณีพิเศษ แล้วจัดส่งให้หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในประเทศไทยเสนอหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณาความถูกต้อง ความเหมาะสมของราคา รวมทั้งเงื่อนไขอื่นๆ ของสัญญา และยืนยันความต้องการดังกล่าว พร้อมทั้งระบุผู้แทนลงนามใน LOA ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น ร่างข้อตกลงจัดซื้อเครื่องบินขับไล่เอนกประสงค์แบบ Gripen 39 C ระหว่างรัฐบาลไทย โดยกองทัพอากาศกับรัฐบาลสวีเดน ร่างความตกลงในการจัดซื้อยานเกราะล้อยาง BTR-3EI ประเทศยูเครน ร่างสัญญาซื้อขายเครื่องบินรบแบบ F/A – 18 C/D จำนวน 8 ลำ โดยซื้อแบบ FMS ในประเด็นนี้สภาพการเป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐโดยแท้หรือไม่จะขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ

ส่วนสัญญารัฐต่อรัฐที่ไม่เกี่ยวกับการจัดหายุทโธปกรณ์ ที่ผ่านมาหน่วยงานของรัฐในประเทศไทยได้มีการทำความตกลงด้านต่างๆ เช่น การเกษตร สาธารณสุข การคมนาคม ในรูปแบบการให้ความร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศเป็นจำนวนมาก ข้อตกลงกลุ่มนี้กระทรวงการต่างประเทศจะพิจารณาว่าไม่ใช่สนธิสัญญาเนื่องจากมิได้ก่อให้เกิดความผูกพันให้แก่รัฐบาลไทย หรือเป็นข้อตกลงที่ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ดังนั้น สัญญากลุ่มนี้จึงมีสภาพเป็นสัญญาของรัฐ มิใช่สนธิสัญญา เช่น ร่าง Minute of Discussion ระหว่างกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข กับสถาบันพฤษศาสตร์คุนหมิง ประเทศจีน การทำ

---

(2) โปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน มีระยะเวลาที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน

(3) มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุล่วงหน้าเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีกำหนดเวลาที่เหมาะสม โดยมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

(4) ตรวจสอบได้ โดยมีการเก็บข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอย่างเป็นระบบ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

บันทึกความเข้าใจว่าด้วยความร่วมมือด้านยุวเกษตรกับสมาคมยุวเกษตรแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ร่างหนังสือสัญญาซื้อขายผลิตภัณฑ์มันสำปะหลังโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาล รายละเอียดและเงื่อนไขของสัญญาในกลุ่มนี้จะขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่หน่วยงานของรัฐไปทำความตกลงภายใต้กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ที่ให้อำนาจไว้และความพร้อมของงบประมาณ

(4) สัญญาตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 สัญญาที่หน่วยงานของรัฐมอบให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะโดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนบนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐกับเอกชน โครงการเอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน (PPP Fast Track) ได้แก่โครงการดังนี้

1. โครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู (ช่วงแคราย-มีนบุรี)
2. โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลือง (ช่วงลาดพร้าว-สำโรง)
3. โครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน (ช่วงหัวลำโพง-บางแค และบางซื่อ-ท่าพระ)
4. โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง (สายบางปะอิน-นครราชสีมา)
5. โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง (สายบางใหญ่-กาญจนบุรี)
6. โครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง ช่วงเตาปูน-วงแหวนกาญจนาภิเษก
7. โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-ศูนย์วัฒนธรรมแห่งประเทศไทย-มีนบุรี (สุวินทวงศ์)

(5) สัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ในสมัย ฯพณฯ นายกรัฐมนตรี พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้มีมติเห็นชอบการลงทุนพื้นฐานรวม 4 โครงการ ในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ได้แก่

1. โครงการพัฒนาสนามบินอู่ตะเภาและเมืองการบินภาคตะวันออก
2. โครงการศูนย์ซ่อมอากาศยานอู่ตะเภา
3. โครงการท่าเรือแหลมฉบังระยะที่ ๓
4. โครงการท่าเรืออุตสาหกรรมมาบตาพุดระยะที่ ๓

สัญญาร่วมลงทุนในโครงการเหล่านี้ถือเป็นโครงการสำคัญของประเทศตามนโยบายของรัฐบาล รัฐบาลจึงมีกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับแก่โครงการกลุ่มนี้ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กฎหมายพิเศษนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 กำหนดให้ภาคตะวันออกเป็นเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก มีการวางแผนการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่ชัดเจนแน่นอนโดยเหมาะสมกับสภาพและศักยภาพของพื้นที่ สอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน มีการบูรณาการการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและสาธารณูปโภคให้ต่อเนื่องและเชื่อมโยงกันทั้งในและนอกเขต

พัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พัฒนาเมืองให้มีความทันสมัยระดับนานาชาติที่เหมาะสมต่อการอยู่อาศัยและการประกอบกิจการ มีการให้บริการภาครัฐแบบเบ็ดเสร็จครบวงจร รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ประกอบกิจการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษเป็นการเฉพาะ และได้มีประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน ลงวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2560 กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนในเขตพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก โดยลดขั้นตอน กระบวนการในการจัดเตรียมและเสนอโครงการไปจนถึงการคัดเลือกเอกชนและลงนามสัญญาให้สั้นลงภายในเวลา 8-10 เดือน เมื่อเปรียบเทียบกับขั้นตอนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งใช้เวลารวมประมาณ 40 เดือน และยังผลักดันให้โครงการลงทุนใน EEC มีความโปร่งใสตรวจสอบได้ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การเสนอโครงการโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ การคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน การกำกับดูแลและติดตามผลให้การดำเนินโครงการเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาร่วมทุน การแก้ไขสัญญา การทำสัญญาใหม่และการยกเลิกสัญญาหากมีเหตุจำเป็น การรับฟังความเห็นจากภาคเอกชนไปจนถึงขั้นตอนการรายงานและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญาร่วมทุน วิธีการคัดเลือกเอกชนและผลการดำเนินโครงการในส่วนที่ไม่เป็นความลับทางการค้าของเอกชน อย่างน้อย 6 เดือนต่อ 1 ครั้ง

สัญญาในกลุ่มสัญญาร่วมลงทุนไม่ว่าตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หรือพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 นั้นจะมีความแตกต่างจากสัญญาของรัฐในกลุ่มอื่นๆ คือหน่วยงานของรัฐจะมีประกาศเชิญชวนให้เอกชนยื่นข้อเสนอ (Request for Proposal : RFP) เอกชนในฐานะผู้ลงทุนก็จะยื่นข้อเสนอทางเทคนิคและทางการเงิน ร่างสัญญาที่แนบ RFP นั้น หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการก็จะส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเบื้องต้น เมื่อได้ผู้ยื่นข้อเสนอที่มีคุณสมบัติและได้ผ่านการคัดเลือกแล้วก็จะมีการเจรจาร่างสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งหน่วยงานของรัฐก็จะมอบให้ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งอยู่ในคณะกรรมการคัดเลือกเป็นประธานในคณะทำงานเจรจาร่างสัญญา ดังนั้น ร่างสัญญาร่วมลงทุนจึงต้องผ่านการเจรจาให้ได้ข้อยุติแล้วจึงส่งร่างสัญญาที่ได้ข้อยุติแล้วนั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

(6) สัญญาของรัฐอื่นๆ สัญญากลุ่มนี้ได้แก่สัญญาที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญา แต่ขอบเขตของข้อตกลงมิได้เกี่ยวข้องกับการจัดหาพัสดุ มิได้มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เช่น ในปี พ.ศ. 2562 พบว่ามีร่างสัญญาดังต่อไปนี้ ร่างสัญญารักษาความลับ (Non-Disclosure Agreement) ร่างบันทึกการประชุมว่าด้วยการยืนยันการสำรวจกับภาคเอกชนเพื่อการเผยแพร่เทคโนโลยีของประเทศญี่ปุ่นสำหรับอุปกรณ์ช่วยขับรถยนต์สำหรับผู้พิการอัมพาตท่อนล่างแบบถอดได้เพื่อวัตถุประสงค์ในการขยายการเข้าถึงของคนพิการ แบบหนังสือกู้ยืมเงินของสถาบันบริหารจัดการธนาคารที่ดิน (องค์การมหาชน) ร่างหนังสือตราสารการโอนกรรมสิทธิ์ (Deed of Grant) ร่างสัญญารับทุนของสำนักงานตำรวจแห่งชาติเพื่อเข้ารับการฝึกอบรมหลักสูตรนักเรียนนายสิบตำรวจ ร่างข้อตกลงคุณธรรมของ

กรมบัญชีกลาง ร่างสัญญารับทุนของรัฐบาล ร่างบันทึกข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิครุยวิทยฐานะ เข็มวิทยฐานะพร้อมเครื่องหมายของมหาวิทยาลัยนเรศวร ร่างสัญญารับเงินสนับสนุนโครงการกองทุนผู้สูงอายุของกรมกิจการผู้สูงอายุ ร่างสัญญาขายลดเช็คระหว่างชาวไร่อ้อยกับกองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย โครงการสินเชื่อสำหรับการจัดซื้อรถตัดอ้อยฤดูกาลผลิต ปี 2561/ 2562 ร่างหนังสือคำมั่นของสถาบันวิจัยแสงซินโครตรอน (องค์การมหาชน) ตัวอย่างที่ได้กล่าวอ้างมานี้ จะเห็นว่าอยู่ในสภาพของทั้งสัญญา ข้อตกลง บันทึกความเข้าใจ เอกสารทางกฎหมาย ซึ่งหน่วยงานของรัฐส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในปีหนึ่งเป็นจำนวนค่อนข้างมาก สัญญากลุ่มนี้ไม่มีรูปแบบฟอร์มเช่นสัญญากลุ่มอื่น การพิจารณาจึงมุ่งเน้นไปในทางที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานและภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ในข้อตกลง หน่วยงานของรัฐสามารถปฏิบัติได้ตามกฎหมาย ระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยมีงบประมาณรองรับตามข้อตกลง หากมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดภาระงบประมาณหรือมีข้อตกลงต่อเนื่อง สำนักงานอัยการสูงสุดก็จะใช้วิธีการแจ้งข้อสังเกตเพื่อให้หน่วยงานของรัฐนั้นๆ ตระเตรียมความพร้อมเรื่องงบประมาณและการปฏิบัติตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อมิให้เกิดปัญหาในขั้นตอนการบริหารสัญญา

(7) สัญญาเกี่ยวกับการเก็บ ขน และกำจัดขยะมูลฝอย ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ได้ให้ราชการส่วนท้องถิ่นอาจมอบหมายให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการเก็บ ขน หรือกำจัดมูลฝอย โดยการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการในเรื่องนี้ให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยก่อนหน้าที่จะมีประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ใช้บังคับ หน่วยงานของรัฐที่มอบให้เอกชนดำเนินการเก็บ ขน หรือกำจัดมูลฝอย โดยให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนดำเนินการและได้รับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจากหน่วยงานของรัฐ การมอบหมายเช่นนี้เคยมีการตีความว่าเข้าข่ายเป็นการมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เมื่อมีการออกประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ ประเด็นการเป็นสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนจึงหมดไป ซึ่งปัจจุบันราชการส่วนท้องถิ่นก็ได้ทำสัญญามอบให้เอกชนดำเนินการเรื่องการกำจัดขยะในรูปแบบต่างๆ เป็นจำนวนมาก ปรากฏตามรายชื่อร่างสัญญาในปี พ.ศ. 2560 ดังต่อไปนี้

1. ร่างสัญญาให้สิทธิเอกชนดำเนินการบริหารจัดการขยะมูลฝอยชุมชนแบบครบวงจร จ.หนองคาย
2. ร่างสัญญาก่อสร้างบริหารจัดการขยะมูลฝอยของเทศบาลนครแม่สอด
3. ร่างสัญญาจ้างเหมาเอกชนจัดเก็บขนขยะมูลฝอยและบริการจัดการสถานีขนถ่ายขยะมูลฝอยเมืองพัทยา
4. ร่างสัญญาจ้างเหมาบริการเก็บขนขยะมูลฝอยภายในเขตเทศบาลนครอุดรธานี
5. ร่างสัญญาจ้างเหมาเก็บขนขยะมูลฝอย อบต.เขาย้อย จ.เพชรบุรี
6. ร่างสัญญาจ้างก่อสร้างและบริหารจัดการระบบกำจัดมูลฝอยเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้าจากชุมชนเทศบาลบ้านพรุ จ.สงขลา
7. ร่างสัญญาจ้างก่อสร้างและบริหารจัดการกำจัดขยะมูลฝอยชุมชนเทศบาลเมืองกระบี่

8. ร่างสัญญาโครงการให้เอกชนลงทุนก่อสร้างและบริหารจัดการระบบกำจัดขยะของ อบจ.นนทบุรี

9. ร่างสัญญาให้สิทธิเอกชนดำเนินโครงการบริหารจัดการขยะชุมชนโดยการแปรรูปเพื่อผลิตพลังงานไฟฟ้าด้วยแก๊สซิฟิเคชั่น เทศบาลเมืองสวรรคโลก

10. ร่างสัญญาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนดำเนินโครงการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าเชื้อเพลิงขยะ RDF โดยการก่อสร้างและบริหารจัดการโรงไฟฟ้ากำลังผลิต ๙.๙ เมกะวัตต์ จ.สมุทรปราการ

11. ร่างสัญญาบริหารจัดการขยะมูลฝอยชุมชนด้วยวิธีแปรสภาพเป็น RDF และนำไปใช้เป็นเชื้อเพลิงในการผลิตไฟฟ้า เทศบาลเมืองพระพุทธบาท จ.สระบุรี

12. ร่างสัญญาก่อสร้างและกำจัดขยะมูลฝอยโดยระบบเตาเผามูลฝอยขนาดไม่น้อยกว่า ๑,๐๐๐ ตันต่อวัน ที่ศูนย์กำจัดมูลฝอยหนองแขม กรุงเทพฯ

ร่างสัญญาในกลุ่มนี้ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การกำจัดมูลฝอย พ.ศ. ๒๕๖๐ ข้อ ๑๙ ก็กำหนดให้ราชการส่วนท้องถิ่นส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามกับเอกชนคู่สัญญาซึ่งปัจจุบันปัญหาการกำจัดขยะเป็นปัญหาสำคัญในระดับท้องถิ่น รูปแบบการจัดการและค่าตอบแทนการกำจัดขยะไม่มีรูปแบบและกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน ส่งผลให้มีความแตกต่างในแต่ละสัญญาอย่างมีนัยสำคัญ

(8) ร่างสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง สัญญาในกลุ่มนี้เกิดจากบทบัญญัติในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว ประธานกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐก็ได้มีประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ในประกาศนี้ได้ให้ความหมายของการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ให้หมายถึงการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการดำเนินกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการผลิต จำหน่าย หรือให้บริการเพื่อแสวงหารายได้หรือเป็นการดำเนินกิจกรรมที่ต้องมีการแข่งขันกับภาคเอกชน ประกอบด้วย

1. ธุรกิจหลัก ได้แก่ ธุรกิจหรือกิจการที่เป็นภารกิจตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นๆ ตามกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรี

2. ธุรกิจเสริม ได้แก่ ธุรกิจหรือกิจการที่เกี่ยวเนื่องกับธุรกิจหลักอันเป็นประโยชน์แก่การดำเนินการให้กับรัฐวิสาหกิจนั้นๆ

การจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ประกอบด้วย 9 สาขา ได้แก่ 1) สาขาพลังงาน 2) สาขาสื่อสาร 3) สาขาขนส่ง 4) สาขาสาธารณูปการ 5) สาขาเกษตร 6) สาขาทรัพยากร 7) สาขาอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม 8) สาขาสังคมและเทคโนโลยี 9) สาขาสถาบันการเงิน[5]

[5] ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ลงวันที่ ๖ ธันวาคม ๒๕๖๐, ข้อ ๓ และข้อ ๔

รัฐวิสาหกิจนั้นๆ ต้องออกกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ให้คณะกรรมการนโยบายให้ความเห็นชอบก่อน[6] ส่วนในเรื่องการทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรงนี้รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ก็จะกำหนดให้ทำตามแบบมาตรฐานของรัฐวิสาหกิจนั้นๆ แต่ก็มีรัฐวิสาหกิจบางแห่งก็ยังยึดหลักเกณฑ์ว่า ถ้าเห็นว่ามีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งแบบร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา[7]

<u>บทบาทสำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาของรัฐ</u>

ในแต่ละปี หน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน ราชการส่วนท้องถิ่น ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเป็นจำนวนมาก ร่างสัญญาที่ส่งมานั้นมีทุกประเภทตามที่ได้ระบุข้างต้น บทบาทหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาสะท้อนมาจากบทบาทการรักษาผลประโยชน์ของรัฐในฐานะทนายแผ่นดิน เริ่มจากตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 46 กำหนดว่า “ส่วนราชการไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง มีดังต่อไปนี้ ... (9) สำนักงานอัยการสูงสุด มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาทั้งปวง ดำเนินคดีแพ่ง และให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ และอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมาย ... วรรคท้าย ส่วนราชการตามวรรคหนึ่ง (8) และ (9) มีฐานะเป็นกรม อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม” และพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 มาตรา 6 กำหนดว่า “ให้มีพนักงานอัยการไว้เป็นทนายแผ่นดินประจำศาลยุติธรรมชั้นต้นทุกศาล” ต่อมามีพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 14 บัญญัติให้พนักงานอัยการมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ในคดีอาญา) มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีแทนรัฐบาลในคดีแพ่ง คดีปกครอง และกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการทั้งปวง รวมไปถึงการบังคับคดีอาญาเฉพาะในส่วนของการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับตามคำพิพากษา ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังกำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ และนิติบุคคลซึ่งไม่ใช่หน่วยงานของรัฐแต่มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น[8] เช่น องค์การมหาชน ในการ

---

[6] ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ลงวันที่ ๖ ธันวาคม ๒๕๖๐, ข้อ ๖

[7] ระเบียบธนาคารออมสิน ฉบับที่ ๖๒๘ ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง, ข้อ ๖๔ กำหนดว่า การลงนามในสัญญาตามระเบียบนี้เป็นอำนาจของผู้อำนวยการและผู้ที่ได้รับมอบอำนาจตามแบบสัญญามาตรฐาน หรือตามแบบที่ธนาคารกำหนด

การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งโดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้ธนาคารเสียเปรียบก็ให้กระทำได้ เว้นแต่ธนาคารเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งแบบร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน

ฯลฯ

[8] พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, มาตรา 23 บัญญัติว่า สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและ งานวิชาการ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย

ฯลฯ

(๒) ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้ แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ

ตรวจร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของรัฐ ในการนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลดังกล่าวที่เป็นคู่สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ

งานการตรวจร่างสัญญาของรัฐจึงเป็นบทบาทของอัยการที่มีกฎหมายรองรับทั้งหน่วยงานของรัฐผู้ทำสัญญาและสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งกฎหมายว่าด้วยองค์กรอัยการและพนักงานอัยการก็ได้กำหนดหน้าที่เรื่องการตรวจร่างสัญญาและการให้คำปรึกษาร่างสัญญาของรัฐในประเภทต่าง ๆ มีหลายกรณี กล่าวคือ ร่างสัญญาของรัฐที่หน่วยงานของรัฐยกร่างมาจากร่างสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด ร่างสัญญาที่หน่วยงานของรัฐยกร่างขึ้นทั้งฉบับ ร่างสัญญาที่เป็นไปตามแบบฟอร์มของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ใช้เป็นสัญญาหรือข้อตกลงมาตรฐาน ในทางปฏิบัตินั้นยังมีหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการตรวจร่างสัญญาอีก กล่าวคือ หากพิจารณาว่าการตรวจร่างสัญญาเป็นกระบวนการหนึ่งแล้ว เมื่อดูให้ครบวงจรแล้วการเกิดสัญญายังมีกระบวนการที่เกี่ยวข้องที่พอจะแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอน

1. ก่อนการเกิดสัญญา จะมีการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งจะเป็นวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป วิธีการคัดเลือก วิธีเฉพาะเจาะจง หรือวิธีการอื่น ๆ ที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนดไว้ แต่เงื่อนไขหนึ่งที่ในเอกสารการคัดเลือกคู่สัญญาจะระบุไว้เรื่องการทำสัญญา เช่น ผู้เสนอราคาซึ่งหน่วยงานของรัฐได้คัดเลือกแล้วไม่ทำสัญญาหรือข้อตกลงภายในกำหนดเวลาที่ทางราชการกำหนด หน่วนงานของรัฐจะริบหลักประกันซองและเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายอื่น (ถ้ามี) รวมทั้งจะพิจารณาให้เป็นผู้ทิ้งงาน ข้อกำหนดเช่นนี้ส่งผลให้การทำสัญญาของรัฐต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ทั้งนี้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง[9] เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคา (Bidder) ว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือจากเงื่อนไขเช่นนี้ซึ่งปรากฏในเอกสารประกวดราคาภาครัฐ จึงพิจารณาได้ว่าสัญญาของรัฐนั้นต้องทำเป็นหนังสือ การทำเป็นหนังสือนี้เป็นข้อตกลงล่วงหน้า มิใช่เป็นการทำเป็นหนังสือที่เป็นแบบที่กฎหมายบังคับไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152[10]

ในขั้นตอนก่อนการเกิดสัญญา พนักงานอัยการก็มีบทบาทในกระบวนการคัดเลือกในสัญญาร่วมลงทุน เห็นได้จากการเป็นกรรมการในคณะกรรมการคัดเลือกของโครงการร่วมลงทุน[11] ซึ่งมีผู้แทนจากสำนักงานอัยการสูงสุดร่วมอยู่ด้วย โดยคณะกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวน

---

(๓) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ตามที่เห็นสมควร

ฯลฯ

[9] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 366 บัญญัติว่า ข้อความใดๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้จดลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่

ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซร้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ

[10] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 152 บัญญัติว่า การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ

[11] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 36

ร่างสัญญาร่วมลงทุน กำหนดหลักประกันซอง หลักประกันสัญญาร่วมลงทุน เจรจาร่างสัญญาร่วมลงทุน เห็นได้ว่าการมีส่วนร่วมในสัญญาของรัฐโดยพนักงานอัยการนั้นรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขและเจรจาร่างสัญญาร่วมลงทุนด้วย

2. การทำสัญญา เมื่อผ่านกระบวนการก่อนทำสัญญามาแล้ว หน่วยงานของรัฐก็จะทำสัญญาตามประเภทของสภาพงานนั้น ๆ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นสัญญาประเภทใด ซึ่งโดยทั่วไปหากเป็นสัญญาที่มีแบบอยู่แล้ว เช่น สัญญาการจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว หน่วยงานของรัฐนั้นก็สามารถใช้สัญญานั้นๆ ลงนามกับคู่สัญญาได้ แต่หากสัญญาของรัฐนั้นเป็นสัญญาในกลุ่มสัญญาร่วมลงทุนแล้ว หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา[12] ทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้นเช่นสัญญาอื่น ๆ กล่าวคือ หลักที่ว่าสัญญาที่เคยผ่านการตรวจของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว หน่วยงานของรัฐสามารถใช้เป็นแบบสัญญาได้นั้น ไม่ใช้ในกรณีสัญญานั้นเป็นสัญญาร่วมลงทุน สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุนทุกสัญญา บทบาทนี้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535[13] พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556[14] และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562[15] ดังนั้น สัญญาสัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 สัญญาร่วมลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือให้บริการสาธารณะในประเทศไทย ล้วนแต่เป็นสัญญาที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตรวจพิจารณาทั้งสิ้น

3. การบริหารสัญญา เมื่อกระบวนการคัดเลือก การทำสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว กระบวนการต่อไปคือการบริหารสัญญา ซึ่งหมายถึงการบริหารให้เป็นไปตามรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาตั้งแต่เรื่องการมอบหลักประกันสัญญา ค่าปรับ การขยายระยะเวลาตามสัญญา การบอกเลิกสัญญา การแก้ไขสัญญา ในกระบวนการบริหารสัญญากรณีสัญญาร่วมลงทุนนั้น ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดก็เป็นหนึ่งในคณะกรรมการมาตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 22[16] พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 43[17]

---

[12] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 41

[13] พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, มาตรา 20

[14] พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, มาตรา 40 (2)

[15] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 41

[16] พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, มาตรา 22 บัญญัติว่า เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่งประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู่แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

[17] พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, มาตรา 43 บัญญัติว่า เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งมีตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งอีกไม่เกินสี่คนเป็นกรรมการ และให้ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงาน หรือผู้บริหารของหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ

และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 43[18] ให้มีหน้าที่ในการกำกับดูแลและติดตามโครงการร่วมลงทุนให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน

ดังนั้น บทบาทของพนักงานอัยการจึงสามารถกล่าวได้ว่าอยู่ในทุกกระบวนการของการเกิดสัญญาของรัฐ ตั้งแต่กระบวนการคัดเลือก การตรวจร่างสัญญาเพื่อการลงนามสัญญา การบริหารสัญญา การให้คำปรึกษาทางกฎหมายโดยเน้นการตีความสัญญา การว่าต่างแก้ต่างในคดีแพ่ง (ข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่ง) คดีปกครอง รวมถึงกระบวนการในชั้นอนุญาโตตุลาการ พนักงานอัยการในฐานะทนายแผ่นดินจึงอาจกล่าวได้ว่าครบทุกขั้นตอนในสัญญาของรัฐมาอย่างยาวนานตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 จนถึงปัจจุบัน[19] ผู้เขียนในบทบาทของพนักงานอัยการในกองที่ปรึกษาจนถึงสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด ที่ได้รับมอบหมายงานเกี่ยวกับสัญญาของรัฐมาระยะหนึ่ง ได้มีโอกาสรับคำอบรมสั่งสอนให้ความรู้จากผู้บังคับบัญชาตั้งแต่สมัยท่านคัมภีร์ แก้วเจริญ ท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์ ท่านจุลสิงห์ วสันตสิงห์ (อดีตอัยการสูงสุด) ทุกท่านได้ส่งต่อแรงบันดาลใจให้เกิดบทความนี้เพื่อมุ่งส่งต่อความรู้ ประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้รับโอกาสจากการทำงานไปยังผู้ร่วมงานในวงการสัญญาของรัฐเพื่อให้ทำงานด้วยความเข้าใจอย่างเป็นระบบ

<u>บทบาทของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของรัฐ</u>

บทบาทการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดนั้น ผู้เขียนขออ้างถึงบทความของท่านอดีตอัยการสูงสุด ท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์ ซึ่งสะท้อนเจตนารมณ์ในการมอบหมายให้สำนักงานอัยการสูงสุดทำหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญาของรัฐไว้ดังนี้

บทบาทในด้านนี้ของสำนักงานอัยการสูงสุดมีจุดเริ่มต้นมาจากมติคณะรัฐมนตรีเมื่อปี พ.ศ. 2491 ซึ่งได้ระบุเหตุผลของการกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐต้องส่งร่างสัญญาให้ตรวจพิจารณาว่า สัญญาต่าง ๆ ของส่วนราชการนั้น

“.....เนื่องจากส่วนราชการต่าง ๆ บางแห่งได้ทำสัญญาระหว่างส่วนราชการนั้นๆ กับบริษัทห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการต่าง ๆ เช่น การซื้อขายสิ่งของ การรับเหมาก่อสร้าง ฯลฯ ปรากฏว่ามีข้อบกพร่องไม่เรียบร้อยโดยสมบูรณ์ เป็นเหตุให้รัฐบาลต้องเสียเปรียบเนื่องจากสัญญานั้น ๆ จึงได้ลงมติว่า ต่อไปนี้ถ้าส่วนราชการของกระทรวง ทบวง กรมใดจะต้องทำสัญญากับบริษัทห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการใด ๆ หากเจ้ากระทรวงพิจารณาเห็นว่าเป็นสัญญาที่มีความสำคัญหรือเป็นสัญญารายใหญ่ ๆ ก็ให้ส่งร่างสัญญาไปให้กรมอัยการตรวจพิจารณาเสียก่อน[20]

ดังนั้น แม้จะไม่มีระเบียบใดกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจร่างสัญญาอย่างไร แต่เมื่อพิเคราะห์จากเจตนารมณ์ดั้งเดิมของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์หลักที่คณะรัฐมนตรีมอบหมายภารกิจด้านนี้ให้แก่สำนักงานอัยการสูงสุดก็เพื่อทำหน้าที่ดูแล

---

[18] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562, มาตรา 43 บัญญัติว่า เมื่อได้ มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในกระทรวงเจ้าสังกัดที่มิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการและมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าประเภทบริหารระดับต้นเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้แทนสำนักงาน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

[19] มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 เรื่องการส่งร่างสัญญาให้กรมอัยการตรวจพิจารณา

[20] หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วน ที่ น.ว.33/2491 ลงวันที่ 1 เมษายน 2491

การทำสัญญาภาครัฐ มิให้ทางราชการตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบแก่เอกชนนั้นเอง ซึ่งนอกจากจะเป็นการควบคุมให้การจัดซื้อจัดจ้างหรือการดำเนินโครงการต่าง ๆ ได้เป็นไปอย่างคุ้มค่ากับเงินภาษีอากรของประชาชนที่เสียไปแล้ว ยังอาจเป็นการช่วยป้องกันการทุจริตประพฤติมิชอบในวงราชการอีกทางหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตาม จากประสบการณ์ที่ได้สั่งสมมาเป็นลำดับ ทำให้แนวทางของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจร่างสัญญาขยายขอบเขตออกไปจากที่ได้รับมอบหมายไว้เดิม คือนอกจากจะตรวจเพื่อไม่ให้ทางราชการเสียเปรียบแล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดยังตรวจร่างสัญญานั้นเพื่อให้เป็น “สัญญาที่ดี” อีกด้วย”

ส่วนประเด็นการตรวจร่างสัญญาโดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจร่างสัญญาเพื่อมิให้รัฐต้องเสียเปรียบนั้น ท่านศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้ให้แนวคิดเป็นบทสรุปไว้ดังนี้

“สำนักงานอัยการสูงสุดมีภาระหน้าที่ในสาระสำคัญคือ การอำนวยความยุติธรรมทางอาญาและการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ ในการที่สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจร่างสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาผลประโยชน์ของรัฐเพื่อมิให้รัฐต้องเสียเปรียบในการทำสัญญากับภาคเอกชน แต่อย่างไรก็ตามในการที่สำนักงานอัยการสูงสุดต้องรับผิดชอบในกรณีสัญญาของรัฐเสียเปรียบนั้น หมายถึงเสียเปรียบในเชิงกฎหมาย ซึ่งหมายถึงเขียนสัญญาแล้วใช้บังคับไม่ได้ มีข้อความกำกวม เปิดช่องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีข้ออ้างข้อเถียงเพื่อหลบเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญา หรือภาคเอกชนปฏิบัติผิดสัญญาแต่ทางราชการเรียกค่าปรับค่าเสียหายไม่ได้ หรือสัญญามีช่องให้ภาคเอกชนเรียกร้องค่าใช้จ่ายจากทางราชการนอกเหนือจากราคาตามสัญญาทั้ง ๆ ที่ภาคเอกชนได้รวมค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ไว้ในราคาสัญญา เป็นต้น ส่วนความเสียเปรียบในเชิงธุรกิจ เช่น ราคาสัญญาสูงเกินไป ส่วนแบ่งรายได้ที่ให้แก่ภาคเอกชนมากเกินไป ไม่ตรวจสอบประมาณการค่าใช้จ่ายในการลงทุนของภาคเอกชน ทำให้ภาคเอกชนได้กำไรเกินสมควร หรือระยะเวลาสัมปทานนานเกินไปนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดจะรับผิดชอบมิได้ โดยหน่วยราชการหรือรัฐวิสาหกิจเจ้าของโครงการจะต้องรับผิดชอบและหารือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับเงื่อนไขสัญญาในทางธุรกิจเพื่อมิให้รัฐต้องเสียเปรียบเอง”

นอกจากตัวร่างสัญญาของรัฐแล้ว ยังมีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับร่างสัญญา ตั้งแต่กระบวนการก่อนเกิดสัญญาและเอกสารประกอบสัญญา การส่งงานตรวจร่างสัญญาของรัฐให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น บางครั้งหน่วยงานก็ส่งมาทั้งรายละเอียดขอบเขตของงาน (Terms of Reference: TOR) และเอกสารแนบท้ายสัญญาซึ่งมีจำนวนมากแล้วแต่โครงการ ร่างสัญญานั้นโดยหลักก็จะเป็นรายละเอียดและเงื่อนไขแห่งสัญญาซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเงื่อนไขทางกฎหมาย ส่วนรายละเอียดต่างๆ ก็จะไปอยู่ในรูปของเอกสารแนบท้ายสัญญาซึ่งก็จะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ผู้เขียนขออ้างอิงประสบการณ์ของท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์[21] ซึ่งได้สรุปไว้เป็นแบบอย่างของอัยการรุ่นน้องที่รับผิดชอบงานตรวจร่างสัญญาของรัฐและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาของรัฐ

“1. เอกสารแนบท้ายสัญญา (Contract Documents)

[21] สุชาติ ไตรประสิทธิ์, “สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานตรวจร่างสัญญา,” **แนวทางการตรวจสัญญาภาครัฐ** : 9-12.

ในการร่างสัญญานั้น หากจะบรรจุรายละเอียดต่าง ๆ ไว้ในตัวสัญญาทั้งหมดก็จะเป็นการยืดยาวและรุงรังโดยใช่เหตุ ดังนั้น จึงนิยมแยกส่วนที่มิใช่เงื่อนไขทางกฎหมายไปไว้เป็นเอกสารแนบท้ายสัญญา โดยกำหนดให้เอกสารเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย และจะระบุให้กรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญานี้ให้ข้อความในสัญญาใช้บังคับ และกรณีเอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเอง คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐ เอกสารเหล่านี้อาจเรียกชื่อต่าง ๆ กัน เช่น “เอกสารแนบท้าย” หรือ “ภาคผนวก” ส่วนในภาษาอังกฤษก็อาจจะเรียกว่า “Annex” “Appendix” หรือ “Exhibit” หรือ “Schedules” ในกรณีที่มีหลายฉบับก็จะระบุหมายเลขกำกับไว้ด้วย เช่น “เอกสารแนบท้าย หมายเลข 1” หรือ “Appendix II” เป็นต้น ตัวอย่างของเอกสารแนบท้ายสัญญาได้แก่ รายการสิ่งของที่ซื้อขาย รายการคุณลักษณะเฉพาะ (Specifications) แบบแปลนแผนผัง รายชื่อบุคลากรของบริษัทที่ปรึกษา ใบเสนอราคา ฯลฯ เอกสารเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นเอกสารทางด้านเทคนิคหรือรายละเอียดด้านข้อเท็จจริง มิใช่เงื่อนไขทางกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุดจึงไม่ต้องตรวจพิจารณา แต่ก็เป็นประโยชน์แก่การตรวจร่างสัญญาเพราะจะช่วยให้ทราบรายละเอียดและเจตนารมณ์ของคู่สัญญาได้ชัดเจนยิ่งขึ้น หน่วยงานเจ้าของเรื่องจึงมักจะส่งมาประกอบการพิจารณาพร้อมกับร่างสัญญาด้วย

สิ่งที่ต้องระวังก็คือ ในบางครั้งอาจมีเอกสารแนบท้ายบางฉบับที่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายด้วย เช่น เงื่อนไขการจ่ายเงินค่าจ้างแต่ละงวด หรือเงื่อนไขการรับประกันความชำรุดบกพร่อง หากเป็นเช่นนั้นสำนักงานอัยการสูงสุดก็จะต้องตรวจพิจารณาเอกสารฉบับนั้น ๆ นอกเหนือไปจากการตรวจตัวร่างสัญญาด้วย บางกรณีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาในเรื่องการขัดแย้งระหว่างสัญญาและเอกสารแนบท้ายสัญญาในยุคปัจจุบันดูจะไม่เพียงพอต่อข้อกำหนดเช่นนี้เนื่องจากมีกรณีที่เกิดขึ้นเร็ว ๆ นี้จากการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่มิใช่กรณีขัดแย้ง แต่เป็นการก่อให้เกิดภาระผูกพันเพิ่มเติมจากขอบเขตแห่งสัญญาหลัก เช่น หน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งทำสัญญาเช่าเครื่องจักรเพื่อผลิตภาชนะบรรจุ ส่วนเอกสารแนบท้ายสัญญารายการหนึ่งมีข้อตกลงในการซื้อภาชนะบรรจุและแยกการชำระเงินไว้เพิ่มเติมจากค่าเช่าเครื่องจักร กล่าวคือ เอกสารแนบท้ายสัญญาก่อให้เกิดภาระหน้าที่เพิ่มเติมเป็นอีกนิติสัมพันธ์ส่งผลให้สัญญาเช่าซึ่งเป็นสัญญาหลัก มีข้อตกลงซื้อขายพ่วงมาทั้งที่โดยแท้จริงแล้วการทำข้อตกลงซื้อขายควรเป็นข้อตกลงที่แยกออกจากสัญญาหลัก การพิจารณาเอกสารแนบท้ายสัญญาจึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาร่วมกับการตรวจร่างสัญญาเสมอเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในการบริหารสัญญา

ดังนั้น ในการตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับจึงต้องตรวจสอบโดยละเอียดว่ามีเอกสารแนบท้ายกี่ฉบับ อะไรบ้าง และมีฉบับใดที่เป็นเงื่อนไขทางกฎหมายอันจะต้องตรวจพิจารณาหรือมีความเห็นประกอบและต้องระมัดระวังประเด็นการก่อภาระผูกพันเพิ่มเติมจากขอบเขตภาระหน้าที่ (Contractual Obligation) ตามสัญญา ซึ่งปัญหาที่ตามมาคืองบประมาณที่เพิ่มเติมจากค่าจ้าง ค่าเช่าในสัญญาหลัก และหน่วยงานฝ่ายตรวจสอบอาจพิจารณาได้ว่าสัญญาที่แฝงในเอกสารแนบท้ายสัญญานั้นไม่ผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญาของรัฐ

2. เอกสารประกวดราคา (Bid Documents) ในการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคานั้น สิ่งสำคัญที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจัดทำก็คือการกำหนด “กติกา” ของการประกวดราคาครั้งนั้น ๆ ให้ผู้สนใจเข้าประกวดราคาได้ทราบและถือปฏิบัติโดยทั่วกัน ทั้งนี้ โดยเมื่อหน่วยงานนั้นได้ออกประกาศต่อสาธารณชนว่าจะดำเนินการประกวดราคาเพื่อจัดซื้อพัสดุอะไรหรือจัดจ้างให้ทำงานอะไร ในประกาศนั้นเองจะต้องระบุให้ทราบโดยทั่วกันด้วยว่าผู้ที่สนใจจะสามารถขอรับหรือขอซื้อ “กติกา” ของการประกวดราคานี้ได้ ณ ที่ใด ช่วงเวลาใด และในราคาเท่าใด

กติกาเช่นว่านี้จะปรากฏในรูปของ “เอกสารประกวดราคา” (Bid Documents หรือ Tender Documents)

ในกรณีที่เป็นการจัดซื้อหรือจัดจ้างภายในประเทศโดยใช้เงินงบประมาณแผ่นดิน เอกสารประกวดราคานั้นก็จะจัดทำขึ้นเป็นภาษาไทย ส่วนในกรณีโครงการที่ใช้เงินกู้จากต่างประเทศก็มักจะต้องทำเป็นภาษาอังกฤษเนื่องจากแหล่งเงินกู้มักกำหนดให้ดำเนินการโดยวิธี “ประกวดราคานานาชาติ” (International Competitive Bidding) เพื่อเปิดโอกาสให้บริษัทเอกชนจากประเทศต่าง ๆ ที่เป็นเครือสมาชิกของแหล่งเงินกู้นั้น ๆ ได้ทราบและมีสิทธิเข้าประกวดราคาด้วย

ในเอกสารประกวดราคาแต่ละชุดจะประกอบด้วยเอกสารต่าง ๆ มากน้อยตามแต่ความจำเป็นในแต่ละกรณี ส่วนที่เป็นหลักที่จะขาดเสียมิได้ก็คือส่วนที่เป็นกติกาให้ถือปฏิบัติดังกล่าวมาแล้วนั่นเอง ซึ่งนิยมเรียกกันว่า “ข้อกำหนดสำหรับผู้เข้าประกวดราคา” (Instructions to Bidders หรือ ITB) เอกสารส่วนนี้จะวางกติกาว่าผู้ใดบ้างจะมีสิทธิเข้าประกวดราคา การเสนอราคาจะต้องทำอย่างไร ที่ไหน เมื่อใด การเปิดซองราคาจะเปิดเมื่อใด ที่ไหน การพิจารณาเปรียบเทียบราคาจะมีหลักเกณฑ์อย่างไร เมื่อตัดสินให้ผู้ใดชนะแล้วผู้นั้นจะต้องปฏิบัติอย่างไร หากไม่ปฏิบัติจะมีผลอย่างไร รวมทั้งหากผู้เสนอราคาปฏิบัติผิดกติกาในแต่ละขั้นตอนจะมีผลอย่างไร เป็นต้น เป็นไปตามหลักเกรซ์การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่กำหนดว่าต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มค่า โปร่งใส มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ตรวจสอบได้[22]

[22] พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 8 บัญญัติว่า การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการดังต่อไปนี้

(๑) คุ้มค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน

(๒) โปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน มีระยะเวลาที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน

(๓) มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุล่วงหน้าเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีกำหนดเวลาที่เหมาะสม โดยมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

(๔) ตรวจสอบได้ โดยมีการเก็บข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอย่างเป็นระบบเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

นอกจากนี้แล้วก็จะมีเอกสารที่เป็นแบบฟอร์มต่าง ๆ เช่น แบบใบเสนอราคา แบบหนังสือค้ำประกันซอง แบบสัญญา แบบหนังสือค้ำประกันสัญญา แบบหนังสือค้ำประกันเงินล่วงหน้า ตลอดจนเอกสารรายการคุณลักษณะเฉพาะ (Specifications) และแบบรูป (Drawings) ของพัสดุหรืองานจ้างที่ต้องการ ซึ่งเอกสารสองฉบับหลังนี้จะเป็นส่วนของข้อเท็จจริงตามความต้องการในการจัดซื้อจัดจ้างแต่ละราย จึงไม่อาจกำหนดเป็นแบบฟอร์มมาตรฐานไว้ล่วงหน้าได้ และเป็นเอกสารส่วนที่มิใช่เงื่อนไขทางกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุดจึงไม่ต้องตรวจพิจารณา

สำหรับเอกสารส่วนที่เป็นข้อกำหนดสำหรับผู้เข้าประกวดราคาตลอดจนแบบฟอร์มต่าง ๆ นั้น ทางราชการได้กำหนดตัวอย่างเป็นมาตรฐานไว้แล้วเช่นเดียวกับตัวอย่างสัญญา และหลักปฏิบัติก็เป็นทำนองเดียวกับเรื่องการทำสัญญา กล่าวคือ หากไม่สามารถทำตามแบบได้และจำเป็นต้องยกร่างขึ้นใหม่ ก็ต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน หรือในกรณีที่ทำตามแบบเป็นส่วนใหญ่ แต่มีบางรายการจำเป็นต้องผิดแผกไปจากแบบ และหัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนเช่นกัน กติกาเช่นนี้ยังปรากฏอยู่ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 43 วรรคสอง

หลักการในการตรวจร่างเอกสารประกวดราคานั้นอาจผิดแผกไปจากการตรวจร่างสัญญาอยู่บ้าง กล่าวคือ เนื่องจากเอกสารประกวดราคาเป็นการกำหนดกติกาให้ผู้เข้าประกวดราคาทุกรายปฏิบัติเหมือน ๆ กัน ดังนั้น ข้อสำคัญที่พึงระลึกอยู่ตลอดเวลาในการตรวจร่างก็คือจะต้องถือความเสมอภาคเป็นสำคัญ กล่าวคือ ระวังไม่ให้มีการได้เปรียบเสียเปรียบกันในระหว่างผู้เข้าประกวดราคาแต่ละราย ตัวอย่างเช่นในการประกวดราคาภายในประเทศ การกำหนดให้ผู้เข้าประกวดราคาแต่ละรายมายื่นซองประกวดราคาต่อคณะกรรมการด้วยตัวเองโดยมิให้ส่งทางไปรษณีย์ก็เป็นการรัดกุมและเสมอภาคกันดีแล้ว แต่หากจะใช้กฎเกณฑ์เดียวกันนี้ในการประกวดราคานานาชาติย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าบริษัทต่างประเทศก็จะเสียเปรียบเพราะจะต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงในการส่งตัวแทนเดินทางมาจากต่างประเทศหรือต้องจ้างตัวแทนในประเทศไทยให้เป็นผู้ยื่นซองแทน ในที่สุดก็อาจถึงกับล้มเลิกความตั้งใจไม่เข้าประกวดราคาเสียเลยก็ได้ ด้วยเหตุนี้เองในกรณีประกวดราคานานาชาติ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 60 ก็มีหลักการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับกับการประกวดราคานานาชาติโดยอนุโลม

ร่างเอกสารประกวดราคาที่จะส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานี้ โดยปกติแล้วก็จะต้องส่งมาในขณะที่ยังเป็น “ร่าง” อยู่ คือยังมิได้ดำเนินการเปิดประกวดราคา มิฉะนั้นก็ย่อมล่วงเลยเวลาและไม่อยู่ในฐานะที่สำนักงานอัยการสูงสุดจะตรวจพิจารณาได้ ต่างกับร่างสัญญาซึ่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ

ให้หน่วยงานของรัฐใช้หลักการตามวรรคหนึ่งเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ หากการจัดซื้อจัดจ้างไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าว แต่ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ หรือเกิดจากกรณีเร่งด่วน หรือมีเหตุผลหรือความจำเป็นอื่น การจัดซื้อจัดจ้างนั้นย่อมไม่เสียไป

การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคห้า ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในภายหลังได้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติเคยมีบางหน่วยงานที่มีความจำเป็นเร่งด่วนจึงได้ทำการเปิดประกวดราคาไปก่อน แต่มีข้อสงวนสิทธิไว้ว่าสงวนสิทธิที่จะแก้ไขเอกสารประกวดราคาให้เป็นไปตามที่สำนักงานอัยการสูงสุดแก้ไข ดังนี้ เมื่อพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นจริง ๆ ที่หน่วยงานนั้นได้เปิดประกวดราคาไปก่อนและหน่วยงานเจ้าของเรื่องยืนยันความประสงค์ขอให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา สำนักงานอัยการสูงสุดก็เคยอนุโลมตรวจพิจารณาให้ แต่ในการตรวจจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งเพราะในขณะที่ตรวจนั้นผู้ประสงค์จะเข้าประกวดราคาแต่ละรายต่างก็มีเอกสารประกวดราคาอยู่ในมือและพร้อมที่จะยื่นซองประกวดราคาแล้ว การแก้ไขกติกาบางประการโดยกระทันหันอาจเป็นผลถึงกับทำให้บางรายกลับตัวไม่ทันและเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันขึ้นได้

สรุปแล้วในการตรวจร่างเอกสารประกวดราคา สิ่งแรกที่ควรดำเนินการก็คือตรวจสอบข้อเท็จจริงให้เป็นการแน่ชัดว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการได้ดำเนินการไปแล้วเพียงใดหรือไม่ หากยังมิได้ประกาศประกวดราคาก็ควรตรวจสอบด้วยว่ามีแผนจะออกประกาศเมื่อใด แล้วรีบตรวจพิจารณาให้แล้วเสร็จทันกำหนดดังกล่าวเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่โครงการของทางราชการ แต่หากปรากฏได้ว่ามีการออกประกาศและขายเอกสารประกวดราคาไปแล้ว ก็ควรตรวจสอบว่ายังอยู่ในวิสัยที่จะตรวจพิจารณาให้ได้หรือไม่ เช่น ได้มีการระบุสงวนสิทธิไว้ดังกล่าวแล้วข้างต้นหรือไม่ และในท้ายที่สุด ถึงแม้จะได้สงวนสิทธิไว้ดังกล่าว หากได้มีการยื่นซองประกวดราคากันแล้ว ดังนี้ ก็เป็นอันพ้นระยะเวลาที่จะตรวจ “กติกา” ของการประกวดราคาครั้งนี้เสียแล้ว

<u>การตรวจพิจารณาสัญญาของรัฐที่ลงนามแล้ว</u>

เดิมก่อนพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับสำนักงานอัยการสูงสุดจะไม่ตรวจพิจารณาสัญญาที่ลงนามแล้วเพราะพ้นสภาพการเป็นร่างสัญญา หากหน่วยงานของรัฐส่งสัญญาลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา สำนักงานอัยการสูงสุดจะรับพิจารณาไปในแนวทางการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย แต่ไม่ตรวจแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคห้า บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ ในภายหลังได้เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุด พิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของ สำนักงานอัยการสูงสุดแล้วให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์” เมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับแล้ว หน่วยงานของรัฐได้ส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบ ในปี พ.ศ. 2560 จำนวน 9 สัญญา ปี พ.ศ. 2561 จำนวน 100 สัญญา และปี พ.ศ. 2562 จำนวน 103 สัญญา ในทางปฏิบัติสำนักงานอัยการสูงสุดจะให้ความเห็นชอบในกรณีที่สัญญาที่ลงนามแล้วนั้นยังอยู่ในวิสัยที่จะ

แก้ไขได้ รูปแบบการให้ความเห็นชอบสัญญาที่ลงนามแล้วโดยสำนักงานอัยการสูงสุดมีทั้งให้ความเห็นชอบโดยไม่มีข้อแก้ไขหรือให้ความเห็นชอบโดยมีข้อสังเกตให้หน่วยงานดำเนินการเพิ่มเติม หรือตรวจแก้ไขลงในสัญญาที่ลงนามแล้ว กล่าวคือ โดยส่วนใหญ่สำนักงานอัยการสูงสุดจะให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าการให้ความเห็นชอบสัญญาที่ลงนามแล้วนอกจากเรื่องรายละเอียดและเงื่อนไขในสัญญาแล้ว สภาพการเป็นสัญญาของรัฐนั้นก่อนการทำสัญญาจะมีกระบวนการคัดเลือกที่ไม่เหมือนกัน เช่น สัญญาจ้างและสัญญาจ้างที่ปรึกษาจะมีวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาและโครงสร้างค่าจ้างค่าตอบแทนที่แตกต่างกัน หากสภาพของงานเป็นการจ้างที่ปรึกษาแต่หน่วยงานของรัฐกลับไปลงนามสัญญาที่เป็นสัญญาจ้าง เช่นนี้แล้วก็พิจารณาได้ว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการคัดเลือกคู่สัญญาตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้[23] แม้ในทางปฏิบัติที่ผ่านมากรณีหน่วยงานของรัฐส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบ และสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ให้ความเห็นชอบไปแล้วเป็นส่วนใหญ่ การไม่ให้ความเห็นชอบเป็นส่วนน้อย ผู้เขียนมีความเห็นส่วนตัวว่าการให้ความเห็นชอบสัญญาที่ลงนามแล้วเป็นเพียงเพื่อให้มีกระบวนการเห็นชอบ แต่การให้ความเห็นชอบในภายหลังโดยมิใช่การตรวจร่างสัญญานั้นอาจไม่สอดคล้องกับหลักการการจัดทำสัญญา การบริหารสัญญา และการตรวจสอบของหน่วยงานภาครัฐตามหลักการของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ให้เกิดประโยชน์สูงสุด คุ้มค่า โปร่งใส มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ตรวจสอบได้ ทั้งก่อนและหลังทำสัญญาตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น หลักการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ประมวลกฎหมายอาญา ก็ไม่สามารถตรวจสอบได้ โดยเฉพาะกระบวนการตรวจร่างสัญญาของรัฐ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้น กระทำการเป็นลำดับชั้นผ่านการกลั่นกรองตั้งแต่ผู้ตรวจสำนวน อัยการพิเศษฝ่าย รองอธิบดีและอธิบดี ต่อจากนั้นจึงเสนออัยการสูงสุดในระหว่างการตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับ ผู้ตรวจสำนวนก็จะเชิญผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐเพื่อมาให้ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับร่างสัญญาเพื่อประกอบการตรวจแก้ไขร่างสัญญาแต่ละฉบับซึ่งมีสภาพงาน เงื่อนไขข้อจำกัดแตกต่างกัน สัญญาของรัฐแต่ละฉบับนั้นท่านศาสตราจารย์พิเศษจุลสิงห์ วสันตสิงห์ ได้เคยให้ข้อคิดที่ดีประกอบการตรวจร่างสัญญาซึ่งจะนำไปเปรียบเทียบกันไม่ได้ กล่าวคือ การเปรียบเทียบเงื่อนไขในเรื่องเดียวกันของสัญญาหนึ่งซึ่งอาจแตกต่างไปจากอีกสัญญาหนึ่งไม่ได้หมายความว่ามีความผิดปกติหรือทำให้สัญญาหนึ่งเสียเปรียบ อีกสัญญาหนึ่งได้เปรียบเสมอไป เพราะเงื่อนไขของสัญญาแต่ละฉบับ (Conditions of Contract) ย่อมสัมพันธ์กับต้นทุน (Costs) และราคา (Contract Price) ความเสี่ยงภัยอื่น ๆ (Risk Factor) เช่น สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่มีเงื่อนไขที่ผู้ขายต้องส่งสินค้าให้ถึงมือผู้ซื้อ ผู้ขายต้องบวกค่าขนส่ง ค่าประกันรับขน ค่าภาษี และค่าขนส่งภายในประเทศ ส่วนสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศที่มีเงื่อนไขให้ผู้ซื้อรับสินค้าหน้าโรงงาน (Ex Factory) ราคาสินค้าย่อมถูกกว่า เป็นต้น ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ดังนั้น ในกรณีสัญญาที่ลงนามแล้ว กระบวนการตรวจสอบการได้เปรียบเสียเปรียบในเชิงเงื่อนไขของสัญญาก็ดี การตรวจสอบ

[23] พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 56 กำหนดวิธีกาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุทั่วไป ส่วนมาตรา 70 กำหนดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญางานจ้างที่ปรึกษา

ในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาว่าสอดคล้องกับกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ก็จะถูกมองข้าม ไม่ได้รับการตรวจสอบพิจารณา ถึงแม้ว่าในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคห้า จะมีบทบัญญัติว่าสัญญาที่ลงนามแล้วให้หน่วยงานของรัฐส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดเห็นชอบภายหลังได้ กรณีสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ก็ตาม การแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว หน่วยงานของรัฐไม่อาจดำเนินการได้ฝ่ายเดียว เพราะการแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว สามารถดำเนินการได้ก็โดยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงที่จะแก้ไขให้เป็นไปตามที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจแก้ไขสัญญาที่ลงนามแล้ว ปัญหาก็จะตกอยู่กับหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตรวจพิจารณาร่างสัญญาของรัฐที่ยังไม่ได้ลงนามเป็นประโยชน์กับการรักษาผลประโยชน์ของรัฐและป้องกันปัญหาในอนาคตได้มากกว่าการให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบสัญญาของรัฐที่ลงนามแล้ว สัญญาของรัฐนั้น นอกจากการมีเงื่อนไขรายละเอียดในสัญญาที่สอดคล้องกับกฎหมายแล้ว ควรมีสภาพเป็นสัญญาที่ดีด้วย ประเด็นเรื่องความสอดคล้องกับกฎหมายนั้นเป็นเพียงส่วนเดียวของการเป็นสัญญาที่ดี นอกจากการตรวจสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายและไม่ให้ทางราชการเสียเปรียบแล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดยังตรวจร่างสัญญาเพื่อให้ร่างสัญญานั้นเป็นสัญญาที่ดีอีกด้วย

<u>สัญญาที่ดีกับคุณสมบัติของผู้ตรวจร่างสัญญาที่ดี</u>

ในส่วนนี้ผู้เขียนขอนำประสบการณ์ของท่านสุชาติ ไตรประสิทธิ์ ซึ่งได้รวบรวมไว้เสมือนหนึ่งเป็นสิ่งที่ต้องการถ่ายทอดให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่ตรวจร่างสัญญาของรัฐได้เรียนรู้และนำมาปฏิบัติ โดยสรุปได้ดังนี้

สัญญาที่ดี

“แนวทางในการตรวจพิจารณาเพื่อให้เป็น “สัญญาที่ดี” นั้น พอจะประมวลได้ดังนี้

1. สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

สัญญาที่ดีนั้น ข้อสำคัญที่สุดก็คือจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

- สัญญาของรัฐวิสาหกิจ กิจการตามสัญญาจะต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแห่งนั้นบัญญัติไว้

- สัญญาให้สัมปทานแก่เอกชน จะต้องอยู่ภายในขอบเขตหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการหรือทรัพยากรของรัฐที่จะให้สัมปทานนั้น

- สัญญาอนุญาตให้ข้าราชการลาไปศึกษาต่อ โดยมีเงื่อนไขให้กลับมาปฏิบัติราชการชดใช้เงื่อนไขนั้น ๆ จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยระเบียบของข้าราชการฝ่ายนั้น ๆ

ดังนั้น ก่อนที่จะลงมือตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับ ผู้ตรวจควรจะตรวจสอบว่ามีกฎหมายใดเกี่ยวข้องบ้างและศึกษากฎหมายนั้น ๆ ให้ถ่องแท้เสียก่อน แม้แต่สัญญาบางชนิดที่ยังไม่มีกฎหมายไทยรองรับหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญาโดยเฉพาะ เช่น สัญญาเช่าแบบ

“ลีสซิ่ง” ก็ควรจะได้ศึกษาจนเข้าใจถ่องแท้ว่าหลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันในต่างประเทศเป็นอย่างไร แตกต่างจากสัญญาเช่าธรรมดาหรือสัญญาเช่าซื้อของไทยอย่างไร จะนำมาใช้ทำสัญญาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายไทยตามหลักความศักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนาได้หรือไม่เพียงใด

2. สอดคล้องกับระเบียบราชการ

ในฐานะที่เป็นสัญญาภาครัฐ สัญญานั้นจะเป็นสัญญาที่ดีได้ก็ต่อเมื่อไม่ขัดต่อระเบียบของทางราชการ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของระเบียบ กฎกระทรวง มติคณะรัฐมนตรี ฯลฯ ตัวอย่างเช่น

- สัญญาซื้อขายซึ่งกำหนดให้ผู้ขายจัดฝึกอบรมเกี่ยวกับสิ่งของที่ซื้อขาย ณ โรงงานของผู้ขายในต่างประเทศด้วย ดังนี้ ต้องระวังมิให้ขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าให้ฝ่ายผู้ขายมีหน้าที่เพียงจัดฝึกอบรมให้เท่านั้น ส่วนค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการเช่นค่าพาหนะ ค่าที่พัก ค่าเบี้ยเลี้ยงทางราชการผู้ซื้อจะเป็นผู้ออกเอง เพราะหากให้ผู้ขายออกให้แล้วอาจฉวยโอกาสคำนวณค่าใช้จ่ายรวมไว้ในราคาสิ่งของในอัตราที่สูงมาก ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์[24]

- สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ หรือสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป สำหรับสัญญาใดที่ส่วนราชการต้องเสนอคณะรัฐมนตรีตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และสัญญามีข้อระบุให้ใช้อนุญาโตตุลาการโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ สัญญานั้นยังคงต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วย[25]

3. สอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติ

ในวงการค้าหรือวงการธุรกิจประเภทต่าง ๆ ล้วนมีธรรมเนียมปฏิบัติในวงการของตน ธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านี้บางอย่างอาจมีวิวัฒนาการมายาวนานนับศตวรรษ และยอมรับกันเป็นสากล ดังนั้น ในการทำสัญญากับภาคเอกชน จึงจำเป็นต้องศึกษาด้วยว่า ในวงการนั้น ๆ มีธรรมเนียมปฏิบัติอย่างไร หากไม่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ถึงกับทำให้ทางราชการเสียหายแล้ว ก็ไม่น่าจะฝืนธรรมเนียมนั้น ๆ ตัวอย่างเช่น

- ธรรมเนียมการค้าระหว่างประเทศมีว่า ในการซื้อขายแบบ C.I.F. เมื่อผู้ขายขนสินค้าลงเรือและเอาประกันภัยการขนส่งทางทะเลโดยระบุให้ผู้ซื้อเป็นผู้รับประโยชน์เรียบร้อยแล้ว ภาระหน้าที่ของผู้ขายเป็นอันเสร็จสิ้น และหน้าที่ของผู้ซื้อในการชำระราคาก็จะเกิดขึ้นทันที ไม่ต้องรอให้สินค้านั้นมาถึงมือผู้ซื้อก่อน

---

[24] หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ สร. 0202/ว. 222 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2523

[25] มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน)

โดยผู้ขายมีสิทธินำเอกสารการขนส่ง (Shipping Documents) ไปยื่นขอรับเงินค่าสินค้านั้นจากธนาคารที่ผู้ซื้อเปิด L/C ไว้

ดังนี้ หากผู้ตรวจร่างสัญญาจะแก้ไขให้จ่ายเงินเมื่อผู้ซื้อได้รับมอบสิ่งของในประเทศไทยแล้ว เหมือนเช่นสัญญาซื้อขายภายในประเทศทั่ว ๆ ไป ย่อมขัดต่อธรรมเนียมปฏิบัติสากล ยากที่ผู้ขายจะยินยอม หรือหากจะยินยอมก็อาจเสนอราคาสูงกว่าปกติ ซึ่งก็จะยิ่งทำให้ทางราชการเสียประโยชน์

- ธรรมเนียมในการจ้างบริษัทที่ปรึกษา (Consultancy Service) มีว่าลักษณะของการจ้างประเภทนี้ผิดกับการจ้างทำของทั่ว ๆ ไป โดยเป็นการจ้างเพื่อให้ศึกษา ออกแบบ หรือวิเคราะห์วิจัยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อันเท่ากับเป็นการซื้อความรู้ (know-how) จากที่ปรึกษานั้น งานประเภทนี้หากจะทำให้เสร็จเร็วเพียงใดก็ย่อมได้ แต่คุณภาพของงานอาจด้อยคุณค่าลงด้วย ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วสัญญาประเภทนี้จึงไม่มีบทปรับอันเนื่องจากส่งมอบงานล่าช้า

หากสัญญาของทางราชการบังคับให้ต้องมีบทปรับ อาจเป็นเหตุให้ทางบริษัทต่างประเทศรับทำงานได้ยาก เพราะไม่สอดคล้องกับธรรมเนียมที่ยอมรับกันเป็นสากล

4. สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม

อาจเป็นการยากที่จะชี้ชัดตายตัวว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าสัญญาฉบับหนึ่ง ๆ มีความเป็นธรรมหรือไม่ แต่อาจกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่าสัญญาที่ดีที่สุดนั้นคือสัญญาที่ไม่มีใครเอาเปรียบใคร การที่บางคนเข้าใจว่าสัญญาภาครัฐที่ดีที่สุดหมายถึงสัญญาที่ทางราชการได้เปรียบฝ่ายเอกชนมากที่สุดนั้น นับเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ทั้งยังเป็นผลในทางลบต่อบรรยากาศการลงทุนในประเทศด้วย การที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจแก้ไขร่างสัญญามิให้ทางราชการเสียเปรียบนั้น ก็เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับความเป็นธรรมจากฝ่ายเอกชนเท่านั้น มิได้มุ่งหมายให้ก้าวเลยไปถึงขั้นที่จะเอาเปรียบเอกชนด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่สัญญาบางประเภทเช่นสัญญาสัมปทานหรือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหลักกฎหมายมหาชนที่ยอมรับกันในต่างประเทศนั้นถือว่ามิใช่สัญญาในทางแพ่งธรรมดาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน หากแต่เป็นสัญญาในทางกฎหมายปกครองซึ่งฝ่ายรัฐมีสถานะเหนือกว่าและควรมีสิทธิบางประการเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้ก็เพื่อปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนเป็นสำคัญ ดังนี้ หากจะนำหลักการดังกล่าวระบุลงไว้ในสัญญา คู่สัญญาที่เป็นเอกชนต่างประเทศก็น่าจะยอมรับได้

5. สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

สัญญาย่อมมีที่มาจากคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญา ดังนั้น ตราบใดที่การเสนอสนองอันมีผลลัพธ์เป็นร่างสัญญานั้นไม่ขัดต่อกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ ตลอดจนไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบแล้ว การตรวจร่างสัญญาก็ควรจะต้องเคารพต่อเจตนารมณ์ของคู่สัญญาด้วยเพื่อให้ให้การดำเนินงานตามสัญญาต้องผิดเพี้ยนไปจากโครงการที่กำหนดกันไว้ ตัวอย่างเช่น ส่วนราชการแห่งหนึ่งประสงค์จะจัดทำแบบฟอร์มสัญญาเพื่อใช้ในการให้สหกรณ์การเกษตรต่าง ๆ ยืมเงินโดยไม่มีดอกเบี้ยตามที่ส่วนราชการแห่งนั้นได้รับความ

เห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีให้วางระเบียบว่าด้วยเงินยืมกรณีดังกล่าวไว้แล้ว ดังนี้ หากผู้ตรวจร่างสัญญาจะแก้คำว่า “เงินยืม” ที่ปรากฏในร่างสัญญาให้เป็น “เงินกู้” ย่อมเห็นได้ว่านอกจากจะไม่สอดรับกับระเบียบที่วางไว้แล้ว ยังไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของหน่วยงานเจ้าของเรื่องอีกด้วย

ดังนั้น ก่อนจะลงมือแก้ไขร่างสัญญา ผู้ตรวจร่างสัญญาจำเป็นจะต้องตรวจสอบเจตนารมณ์ในข้อนั้น ๆ ให้เป็นที่แน่ชัดเสียก่อน ซึ่งอาจดูได้จากเอกสารที่ส่งมาประกอบการพิจารณา หรือหากไม่เพียงพอก็จะต้องสอบถามจากผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องที่ได้รับมอบหมายให้มาชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติม

6. ชอบด้วยเหตุและผล

ในสัญญาฉบับหนึ่ง ๆ นั้น ข้อกำหนดและเงื่อนไขแต่ละข้อจะมีความสัมพันธ์กันเป็นลูกโซ่และเป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกัน หากเมื่อใดพบว่ามีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ไม่รับกัน ผู้ตรวจร่างสัญญาที่มีความรู้และละเอียดถี่ถ้วนจะทราบได้ทันทีว่ามีสิ่งผิดปกติเกิดขึ้นแล้วซึ่งจะต้องแก้ไขให้ถูกต้อง ตัวอย่างเช่น ร่างสัญญาข้อหนึ่งกำหนดให้ผู้ว่าจ้างจ่ายเงินล่วงหน้าจำนวนหนึ่งแก่ผู้รับจ้างโดยผู้รับจ้างจะต้องวางหนังสือค้ำประกันของธนาคารให้ไว้แทนเพื่อเป็นหลักประกันการชดใช้คืนเงินล่วงหน้า และมีอีกข้อหนึ่งที่กำหนดว่าถ้าผู้รับจ้างทำงานล่าช้า ผู้รับจ้างจะต้องชำระเบี้ยปรับรายวันให้แก่ผู้ว่าจ้าง โดยผู้ว่าจ้างมีสิทธิหักค่าปรับเอาจากหลักประกันสัญญาและหลักประกันเงินล่วงหน้าที่ได้วางไว้

ดังนี้ ย่อมจะเห็นได้ว่าไม่เป็นการชอบด้วยเหตุและผลเพราะภาระหน้าที่ของหลักประกันเงินล่วงหน้านั้นก็เพื่อชดใช้เงินล่วงหน้าคืนให้แก่ผู้ว่าจ้างในกรณีที่ผู้รับจ้างปฏิบัติผิดสัญญาจนถูกบอกเลิกสัญญา หาใช่เพื่อค้ำประกันการชำระเบี้ยปรับซึ่งเป็นความผูกพันของ “หลักประกันสัญญา” อีกส่วนหนึ่งต่างหาก

7. ป้องกันปัญหาในอนาคต

สัญญาที่ดีนั้นคือสัญญาที่กำหนดแนวทางปฏิบัติให้คู่สัญญาได้ร่วมดำเนินการตามสัญญากันไปได้อย่างราบรื่นตลอดรอดฝั่งโดยไม่มีข้อขัดแย้งอันเนื่องมาจากข้อสัญญานั้น ดังนั้น ข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ จึงต้องมีความชัดเจน รัดกุม ไม่ขัดแย้งกันเอง หรืออาจมีปัญหาให้ต้องตีความ อันจะนำมาซึ่งข้อพิพาทในอนาคตได้ ตัวอย่างเช่น ในสัญญาจ้างบริษัทต่างประเทศ มีเงื่อนไขการจ่ายเงินว่าผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินค่าจ้างแต่ละงวดเมื่อได้รับ “Invoice” จากผู้รับจ้าง ย่อมคาดคิดได้ว่าในทางปฏิบัติ เมื่อถึงคราวที่ผู้รับจ้างยื่นใบแจ้งหนี้ (Invoice) ดังกล่าวเข้าจริง ๆ ฝ่ายราชการซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างอาจมีข้อโต้แย้งว่าผู้รับจ้างยังปฏิบัติงานในงวดนั้น ๆ ไม่ครบถ้วน จึงยังไม่มีสิทธิรับเงิน ฝ่ายผู้รับจ้างก็อาจโต้แย้งว่าในเมื่อผู้รับจ้างได้ยื่น Invoice แล้ว ถึงอย่างไรผู้ว่าจ้างก็ต้องจ่ายเงินตามสัญญา ดังนี้ หากผู้ตรวจร่างจะได้แก้คำว่า “Invoice” ให้เป็น “Undisputed Invoice” เสีย ก็จะเป็นการชัดเจนว่าจะจ่ายเงินให้ก็ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างไม่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับใบแจ้งหนี้นั้นแล้วเท่านั้น ซึ่งก็จะช่วยป้องกันปัญหาข้อขัดแย้งดังกล่าวข้างต้นได้

8. มีรูปแบบที่ดี

สัญญาที่ดีควรมีการจัดรูปแบบให้เรียบร้อย สะดวกแก่การอ่าน การค้นหา และมีความเป็นระบบ เช่น

- **เลขข้อ** ควรมีคำว่า “ข้อ” กำกับไว้ด้วยเสมอ หากเป็นสัญญาภาษาอังกฤษก็อาจใช้คำว่า “Article” หรือ “Section” ซึ่งเมื่อใช้คำใดแล้วก็ใช้ให้เป็นเหมือนกันทั้งฉบับ

- **เลขข้อย่อย** อาจเขียนได้หลายระบบ อาทิ (1), (2), (3) หรือ (ก), (ข), (ค) หรือ 1.1, 1.2, 1.3 ซึ่งควรใช้ให้เป็นระบบเดียวกันตลอดเช่นเดียวกัน

- **ชื่อหัวข้อ** สัญญาแต่ละข้ออาจกำหนดให้มีชื่อหัวข้อหรือไม่ก็ได้ ในสัญญาที่มีความยาวมาก ๆ มักนิยมกำหนดชื่อหัวข้อของแต่ละข้อไว้ด้วย เพื่อความสะดวกในการค้นหาเงื่อนไขหรือข้อกำหนดเป็นการเฉพาะเรื่อง การจะมีชื่อหัวข้อหรือไม่นี้ก็ควรเหมือนกันตลอดทั้งฉบับเช่นกัน

- **คำที่นิยามไว้** คำบางคำในสัญญาที่มีความหมายพิเศษและได้มีการนิยามศัพท์คำนั้นไว้ เมื่อจะนำคำที่นิยามไว้นั้นมาใช้ในสัญญาข้อใดก็ควรสะกดให้ตรงตามที่นิยามไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาภาษาอังกฤษ คำนิยามมักนิยมสะกดโดยขึ้นต้นด้วยอักษรตัวใหญ่ (Capital Letter) เช่น “Force Majeure” ดังนั้น เมื่อจะนำมาใช้ ณ ที่ใด ก็ควรสะกดในรูปแบบเดียวกันเพื่อให้ทราบว่าเป็นคำเดียวกับที่ได้นิยามไว้แล้ว

9. ใช้ภาษาที่ดี

การใช้ภาษาในสัญญาควรจะต้องเป็นภาษาที่ดีด้วย สัญญานั้นจึงจะได้ชื่อว่าเป็นสัญญาที่ดี ซึ่งอาจมีข้อพิจารณาดังนี้

- **ภาษากฎหมาย** ในเบื้องต้นนั้น ภาษาที่ใช้ในสัญญาควรเป็นภาษาที่ใช้ในตัวบทกฎหมาย แต่ทั้งนี้มิได้หมายถึงการอ้างตัวบทกฎหมายลงในสัญญาด้วย ตัวอย่างเช่นธนาคารแห่งหนึ่งซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจจะให้เกษตรกรผู้ยากจนในชนบทกู้ยืมเงินโดยให้เกษตรกรด้วยกันเป็นผู้ค้ำประกัน ดังนี้ หากในสัญญาค้ำประกันระบุให้ผู้ค้ำประกัน “รับผิดร่วมกันกับลูกหนี้” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 691 ก็นับว่าเป็นความชัดเจนเพียงพอแล้ว แต่หากจะระบุเลยไปถึงว่า “ผู้ค้ำประกันตกลงสละสิทธิดังได้บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ. มาตรา 688, 689 และ 690” จะเห็นได้ว่าเกินความจำเป็น เพราะเมื่อเป็นลูกหนี้ร่วมก็ย่อมไม่มีสิทธิตามมาตราทั้งสามอยู่แล้ว และเมื่อคำนึงถึงคู่สัญญาซึ่งเป็นเกษตรกรในชนบท การอ้างมาตราในกฎหมายเช่นนั้นเป็นการยากที่จะเข้าใจได้ ซึ่งการใช้ถ้อยคำหรือข้อความที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเข้าใจได้อันเนื่องมาจากสถานภาพที่แตกต่างกันของคู่สัญญานี้ นับได้ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมอย่างหนึ่ง

10. มีความรัดกุม

ลักษณะประการสุดท้ายซึ่งสำคัญอย่างยิ่งของสัญญาที่ดีก็คือ จะต้องมีความรัดกุม เพราะแม้จะประกอบด้วยลักษณะของสัญญาที่ดีประการอื่น ๆ ดังกล่าวมาข้างต้นทั้งหมดแล้ว แต่หากขาดเสียซึ่งความรัดกุมก็อาจทำให้ลักษณะที่ดีอื่น ๆ นั้นพลอยเสียไปด้วย ดังเช่นอาจเป็นผลให้ทางราชการเสียเปรียบ เกิดความ

ไม่เป็นธรรมของสัญญา หรือก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติ หรือเกิดข้อพิพาทในอนาคตได้ ตัวอย่างเช่น ร่างสัญญาฉบับหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสร้างสนามกีฬาระดับมาตรฐานสากลลงบนที่ดินของตนเพื่อให้ฝ่ายราชการได้ใช้จัดการแข่งขันกีฬานานาชาติโดยไม่คิดมูลค่า แลกกับการที่ทางราชการจะสร้างทางขึ้นลงของทางด่วนลงในบริเวณที่ดินนั้น ทั้งนี้ เมื่อการจัดการแข่งขันกีฬานานาชาติดังกล่าวเสร็จสิ้นลง หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำสนามกีฬาของตนให้เช่าหาผลประโยชน์ต่อไปจะต้องแบ่งเงินผลตอบแทนให้แก่ฝ่ายราชการอีกเป็นรายปีในอัตรา 5% ของรายได้หลังจากหักค่าใช้จ่ายแล้ว

ดังนี้ หากในสัญญาไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีการหรือมาตรการที่ทางราชการจะสามารถตรวจสอบรายได้จากการให้เช่าสนามกีฬา ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ย่อมไม่มีทางทราบได้ว่าผลตอบแทนรายปีที่ได้รับนั้นจะเป็นอัตรา 5% ของรายได้หลังหักค่าใช้จ่ายแล้วจริงหรือไม่ ซึ่งนับว่าขาดความรัดกุม

<u>คุณสมบัติของผู้ตรวจร่างสัญญาที่ดี</u>

คุณสมบัติที่ผู้ตรวจร่าวสัญญาที่ดีจะพึงมีน่าจะได้แก่ มีใจสุจริต มีจิตเป็นธรรม มีความรอบคอบ ชอบทำงานไว ฝักใฝ่ค้นคว้า และใช้ภาษาได้ดี

1. มีใจสุจริต

ร่างสัญญาแต่ละฉบับล้วนมีผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ทุนทรัพย์ของบางสัญญานั้นอาจจะเป็นจำนวนถึงพันล้าน หมื่นล้าน หรือแสนล้านบาท ข้อความในสัญญาเพียงวลีเดียวหรือประโยคเดียวอาจดลบันดาลให้ผลประโยชน์ที่รัฐพึงจะได้กลับตกไปอยู่ในมือของเอกชนคู่สัญญาได้อย่างน่าเสียดายและเสียใจ ผู้ตรวจร่างสัญญาจึงต้องเป็นผู้ที่ไม่ยอมให้ผลประโยชน์หรืออิทธิพลใด ๆ มีความหมายเหนือศักดิ์ศรีของการเป็น “ทนายแผ่นดิน” เป็นอันขาด

2. มีจิตเป็นธรรม

สัญญาที่ดีคือสัญญาที่ไม่มีใครเอาเปรียบใคร สัญญาที่เป็นธรรมจะเป็นสิ่งกระตุ้นให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเต็มใจปฏิบัติงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย ช่วยส่งเสริมบรรยากาศการลงทุน และสร้างภาพพจน์ที่ดีให้แก่ทางราชการ ซึ่งแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าเป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งละเอียดอ่อน แต่หากผู้ตรวจร่างสัญญามีจิตใจเป็นธรรมเป็นพื้นฐานอยู่แล้ว ย่อมไม่เป็นการยากที่จะมองเห็นว่าจะเขียนสัญญาแต่ละข้ออย่างไรให้เกิดความเป็นธรรม

3. มีความรอบคอบ

การตรวจร่างสัญญาจะต้องอาศัยความละเอียดถี่ถ้วนและรอบคอบในทุกแง่ทุกมุม ทั้งในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และการใช้ถ้อยคำสำนวน เพื่อให้ร่างสัญญามีความชัดเจน รัดกุม ไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ไม่มีความขัดแย้งกันเองในแต่ละข้อ รวมทั้งป้องกันข้อพิพาทในอนาคตอีกด้วย ความละเอียดรอบคอบนี้เป็นสิ่งที่ทุกคนสามารถฝึกฝนให้เกิดขึ้นได้หากมีความตั้งใจจริง

4. ชอบทำงานไว

โครงการต่างๆ ของทางราชการล้วนจะต้องมีแผนปฏิบัติงานไว้ล่วงหน้าว่าในช่วงเวลาใดจะปฏิบัติงานถึงขั้นใด หากการตรวจร่างสัญญาล่าช้าแล้วอาจทำให้แผนปฏิบัติงานต้องแปรปรวน เกิดความเสียหายแก่ทางราชการหรือแก่เอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาได้ ทั้งยังก่อให้เกิดความรู้สึกที่ไม่ดีในสายตาของหน่วยงานอื่นและของภาคเอกชนอีกด้วย ความรวดเร็วฉับไวในการทำงานจึงเป็นการช่วยสร้างภาพพจน์ที่ดีให้แก่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ทางหนึ่ง

5. ฝักใฝ่ค้นคว้า

การตรวจร่างสัญญาแต่ละฉบับจะต้องอาศัยความรอบรู้ทั้งในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง วิธีปฏิบัติ หากเป็นร่างสัญญาที่ทำกับต่างประเทศยังจะต้องรอบรู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติสากล ตลอดจนหลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อีกด้วย ผู้ตรวจร่างสัญญาจึงต้องมีความตื่นตัว ฝักใฝ่ค้นคว้าหาความรู้เพิ่มเติมอยู่ตลอดเวลา

นอกจากการศึกษาค้นคว้าจากตำหรับตำรา คำพิพากษาของศาลฎีกา ระเบียบราชการและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องจนรู้จริงแล้ว ทางลัดอีกทางหนึ่งที่จะช่วยได้มากก็คือการศึกษาจากวิธีตรวจร่างสัญญาที่สำนักงานอัยการสูงสุดเคยตรวจไว้แล้วนั่นเอง แต่ทั้งนี้จะต้องระลึกตลอดเวลาว่าเป็นการศึกษาเพื่ออาศัยเป็นแนวทางเบื้องต้นเท่านั้น หาใช่จะต้องเคร่งครัดหรือเถรตรงตามแนวทางเก่า ๆ นั้นเสมอไป มิฉะนั้นจะไม่มีการพัฒนาเพื่อนำไปสู่แนวทางที่ดียิ่งขึ้นในโอกาสต่อไป ทั้งยังอาจไม่ตรงกับรูปเรื่องที่จะนำไปใช้อีกด้วย

6. ใช้ภาษาได้ดี

คุณสมบัติที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งของผู้ตรวจร่างสัญญาอีกประการหนึ่งคือความสามารถในเชิงภาษา โดยหากเป็นร่างสัญญาภาษาไทยก็ควรเป็นผู้ที่มีความสามารถในการใช้ภาษาไทย หากเป็นร่างสัญญาภาษาอังกฤษก็ควรเป็นผู้ที่ใช้ภาษาอังกฤษได้ดี ร่างสัญญานั้นจึงจะมีความสละสลวย ถูกต้องในเชิงภาษาและไม่ก่อปัญหาในการตีความ”

จากบทความของบรรพอัยการในงานตรวจร่างสัญญา จะเห็นได้ว่าประสพการณ์ในการทำงานจะสร้างสิ่งที่เรียกว่า “พื้นฐาน” เพราะงานตรวจร่างสัญญานั้นเป็นงานละเอียดอ่อน มีความแตกต่างกันอย่างหลากหลายรูปแบบในแต่ละเรื่องแต่ละฉบับจนยากที่จะกำหนดกฎเกณฑ์อย่างครบถ้วนเป็นการตายตัวได้ อย่างไรก็ดี หากได้มีโอกาสทราบถึงพื้นฐานดังกล่าวมาแล้วนั้น ย่อมไม่เป็นการลำบากยากเย็นในการที่แต่ละท่านจะนำไปปรับใช้กับแต่ละสัญญา ตลอดจนนำไปพัฒนาจนค้นพบแนวทางที่เป็นของตนเองในที่สุด