

บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการ
สูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ

Laws and Regulations Prescribing the Authorities and Roles
of the Office of the Attorney General in Reviewing the Draft
Contracts for State Agencies

ชาติ ชัยเดชสุริยะ
Chart Chaidejsuriya

รองอธิบดีอัยการ

สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ศูนย์ราชการฯ ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10120

Deputy Director General

Department of Legal Counsel, Office of the Attorney General

Government Complex, Building A, Chaengwattana Road, Tungsohong, Laksi, Bangkok 10120

Corresponding Author E-mail : chaidejsuriya@yahoo.com

(Received: March 25, 2022; Revised: June 15, 2022; Accepted: June 30, 2022)

บทคัดย่อ

บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐมีอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ที่มีการใช้ในทางปฏิบัติเป็นประจำ ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ซึ่งเห็นชอบหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา บทความนี้จะเป็นการวิเคราะห์ความหมายของถ้อยคำสำคัญทางกฎหมาย และขอบเขตอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจ

พิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐตามบทกฎหมายและหลักเกณฑ์ดังกล่าว เพื่อประมวลภาพรวมที่เกี่ยวข้อง

คำสำคัญ : กฎหมายและหลักเกณฑ์, สำนักงานอัยการสูงสุด, ร่างสัญญา, หน่วยงานของรัฐ

Abstract

There are many laws and regulations prescribing the authorities and roles of the Office of the Attorney General in reviewing the draft contracts for state agencies. However, the ones that are regularly used in practice are: the Public Prosecution Organization and Public Prosecutors Act, B.E.2553; the Procurement and Supplies Management of the Public Sector Act, B.E.2560; the Public-Private Partnership Act, B.E. 2562; and the Cabinet Resolution dated 1 September B.E.2535, approving the criteria relating to the submission of the draft contracts of government agencies and state enterprises to the Office of the Attorney General for review. This Article will analyze the meaning of the legal terms and describe the scope of the authorities and roles of the Office of the Attorney General in reviewing the draft contracts for state agencies in accordance with such related laws and regulations in order to provide a relevant overview.

Keywords: Laws and Regulations, Office of the Attorney General, Draft Contracts, State Agencies

1. ข้อพิจารณาเบื้องต้นและความเป็นมาโดยสังเขป

1.1 สำนักงานอัยการสูงสุดและพนักงานอัยการ มีภารกิจหลัก 3 ด้าน กล่าวคือ (1) การอำนวยความสะดวกในคดีอาญา (2) การให้บริการทางกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ของรัฐ และ (3) การให้บริการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹ ซึ่งการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นส่วนหนึ่งในภารกิจด้านการให้บริการทางกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ของรัฐฯ เช่นเดียวกันกับการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ แต่อาจมีส่วนแตกต่างกันตรงที่การตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการให้บริการทางกฎหมายตั้งแต่ต้นเพื่อให้การทำสัญญาและดำเนินโครงการของหน่วยงานของรัฐฯ เป็นไปโดยถูกต้อง รอบคอบ รัดกุม เรียบร้อย และลดโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทขึ้นในภายหลัง ส่วนการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการให้บริการทางกฎหมายภายหลังจากที่หน่วยงานของรัฐฯ เกิดข้อพิพาทกับคู่สัญญาหรือบุคคลอื่นขึ้นแล้ว แต่การให้บริการทางกฎหมายทั้งสองส่วนดังกล่าวก็มีจุดมุ่งหมายอย่างเดียวกันคือเพื่อรักษาประโยชน์ของรัฐ

1.2 ในการที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการใช้อำนาจหน้าที่และปฏิบัติการตามกฎหมายอย่างหนึ่ง จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงบทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นลำดับแรกก่อนการตรวจพิจารณาสาระสำคัญและรายละเอียดอื่นๆ ของร่างสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม เดิมนั้นมิได้มีบทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวที่ชัดเจนนัก แต่ก็ได้มีพัฒนาการมาโดยลำดับ กล่าวคือ

(1) ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับพนักงานอัยการ เดิม พระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พุทธศักราช 2478 และพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 รวมทั้งกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของกรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ไว้โดยเฉพาะ การที่กรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีและระเบียบของทางราชการที่เกี่ยวข้อง ต่อมาหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงได้มี

¹ เที่ยบเคียงจากอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด และพนักงานอัยการ ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 14 และมาตรา 23 ประกอบกับบทหน้าที่ในประกาศคณะกรรมการอัยการ เรื่อง การแบ่งหน่วยงานและการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. 2563

บทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ในพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553

(2) ในส่วนของกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการพัสดุ เดิม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 ข้อ 27 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 ข้อ 29 กำหนดในทำนองเดียวกันว่า “หนังสือสัญญา...ให้กระทำตามแบบท้ายระเบียบนี้แล้วเสนอไปยังผู้มีอำนาจสั่ง...โดยผ่านการพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญหรือผู้รู้กฎหมายของทางราชการเสียก่อน เมื่อเห็นว่าเป็นการเรียบร้อยและรัดกุมดีแล้วก็ให้ผู้มีอำนาจสั่ง...อนุมัติให้ทำสัญญากับ...ได้ แต่ถ้าเห็นว่าร่างสัญญาใดจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบและไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้กรมอัยการพิจารณาแก้ไข แล้วจึงดำเนินการต่อไป” ต่อมาได้มีการพัฒนารายละเอียดและกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ตามลำดับ ซึ่งระเบียบดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะกับ “ส่วนราชการ” โดยไม่ใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้มีระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2528 และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 เป็นต้น ส่วนรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งก็ได้มีการกำหนดระเบียบว่าด้วยการพัสดุหรือการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจนั้นๆ ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ออกมาใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐทั้งระบบ โดยใช้บังคับทั้งกับส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย

(3) ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เดิม ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ออกมาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ออกมาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวก็ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินั้นโดยมีพัฒนาการของบทบัญญัติดังกล่าวมาโดยลำดับ

(4) ในส่วนของมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง เดิมได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 (แจ้งโดยหนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ต่วน ที่ น.ว.33/2491 ลงวันที่ 1 เมษายน 2491) กำหนดว่า “.....ต่อไปถ้าส่วนราชการของกระทรวงทบวงกรมใดจะต้องทำสัญญากับบริษัท ห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการใดๆ หากเจ้ากระทรวงพิจารณาเห็นว่า เป็นสัญญาที่มีความสำคัญหรือ เป็นสัญญารายใหญ่ๆ ก็ให้ส่งร่างสัญญาไปให้กรมอัยการตรวจพิจารณาเสียก่อน” มติคณะรัฐมนตรี ดังกล่าวในชั้นแรกใช้บังคับเฉพาะกับส่วนราชการ ต่อมามีการปรับปรุงให้ใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจ ด้วย และมีการปรับปรุงอีกหลายครั้ง จนกระทั่งได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 (แจ้งโดยหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0205/ว 138 ลงวันที่ 9 กันยายน 2535) ได้เห็นชอบและแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ที่สำนักนายกรัฐมนตรีเสนอ ซึ่งยังคงใช้บังคับในปัจจุบัน

1.3 ในปัจจุบัน บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการ สูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ มีอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ที่มีการใช้ในทางปฏิบัติเป็นประจำ ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการ ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ดังกล่าวข้างต้น² บทความนี้มุ่งเน้นการพิจารณาความหมายของถ้อยคำสำคัญในบทกฎหมายและ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องแต่ละฉบับดังกล่าว โดยจะกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 2, 3, 4 และ 5 และนำไปสู่ข้อพิจารณาเปรียบเทียบและบทสรุปในหัวข้อที่ 6 ตามลำดับ

² บทกฎหมายและหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญา ให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ อาทิ กฎกระทรวงการจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2564 ข้อ 5, 32, 41, 52 (ออกโดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2562 มาตรา 5, 24, 26, 28, 29), ประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษ ภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. 2560 ข้อ 11, 16, 21 (ออกโดยอาศัยอำนาจตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 2/2560 เรื่องการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจ พิเศษภาคตะวันออก ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2560 ข้อ 12/2 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 28/2560 เรื่องมาตรการเพิ่มประสิทธิภาพการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก ลงวันที่ 26 พฤษภาคม พ.ศ. 2560 และยังคงมีผลใช้บังคับต่อมาตามพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 มาตรา 71) และบรรดาระเบียบ ข้อบังคับที่ออกตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นๆ ในส่วนที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่ง ร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา เป็นต้น ซึ่งมีจำนวนมาก และใช้บังคับเป็นการเฉพาะของหน่วยงานของรัฐนั้นๆ หรือเป็นการเฉพาะเรื่อง จึงไม่นำมารวมวิเคราะห์ในบทความนี้

2. พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553

2.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

- มาตรา 23 บัญญัติว่า “สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและงานวิชาการ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย (2) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ (3) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ตามที่เห็นสมควร ในการตรวจร่างสัญญาตาม (2) และ (3) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐตาม (2) หรือนิติบุคคลตาม (3) ที่เป็นผู้สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ”

2.2 ข้อพิจารณา

2.2.1 เปรียบเทียบกับอำนาจหน้าที่ในการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 14³

อำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ตามมาตรา 23 (2)(3) เป็นของสำนักงานอัยการสูงสุด แต่อำนาจหน้าที่ในการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ตามมาตรา 14 (3)(5) เป็นของพนักงานอัยการ ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้การรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองตามมาตรา 14 (3)(5) เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้นเป็นเพราะการดำเนินคดีแพ่งหรือคดีปกครองจะต้องดำเนินการตามเขตอำนาจของศาล

³ มาตรา 14 พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (3) ในคดีแพ่ง หรือคดีปกครอง มีอำนาจและหน้าที่ดำเนินคดีแทนรัฐบาล หน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ราชการส่วนกลาง หรือราชการส่วนภูมิภาคในศาล หรือในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการทั้งปวง กับมีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายอื่นซึ่งบัญญัติว่าเป็นอำนาจและหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการ (5) ในคดีแพ่งคดีปกครอง หรือกรณีมีข้อพิพาทที่ต้องดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมิได้กล่าวใน (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐ แต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้นเป็นผู้กรณีและมีใช้กรณีที่เป็นข้อพิพาทกับรัฐบาลหรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง เมื่อเห็นสมควรพนักงานอัยการจะรับว่าต่างหรือแก้ต่างให้ก็ได้”

ซึ่งตามมาตรา 11 ก็ได้บัญญัติให้มีพนักงานอัยการไว้เป็นนายแผ่นดินประจำศาลต่างๆ อีกทั้งพนักงานอัยการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งในฐานะเป็นนายความให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ หรือรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีปกครองในฐานะเป็นผู้รับมอบอำนาจของหน่วยงานของรัฐฯ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการโดยตรง แต่การตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ โดยทั่วไปเป็นงานที่ไม่ได้ผูกกับเขตอำนาจศาล บทกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดในลักษณะรวมศูนย์ให้ เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด

2.2.2 ความหมายของถ้อยคำสำคัญและหลักการในบทบัญญัติ

ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ความหมายของถ้อยคำสำคัญและหลักการในบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

(1) คำว่า “รัฐบาล” เป็นคำรวมที่มุ่งหมายถึงองค์การของรัฐที่ปกครองประเทศ ซึ่งตัวรัฐบาลไม่เป็นนิติบุคคล⁴ จึงดำเนินการทางกฎหมายโดยหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่เป็นนิติบุคคล โดยที่ “รัฐบาล” เป็นคำที่ใช้กันมาก่อน เช่น ในพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พุทธศักราช 2478 มาตรา 19 (2) และพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 มาตรา 11 (2) เป็นต้น และใช้ต่อเนื่องมา “รัฐบาล” ยังมีส่วนใช้ปะปนกันกับ “คณะรัฐมนตรี” ซึ่งบ่งเฉพาะไปถึงองค์กรรองรับการใช้อำนาจอธิปไตยทางด้านฝ่ายบริหารซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล แต่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 (2) บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีอาจถูกฟ้องคดีปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ หากเป็นกรณี “รัฐบาล” หมายถึง คณะรัฐมนตรี การส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้ ก็อาจมีการมอบหมายให้กระทรวง ทบวง กรมที่รับผิดชอบงานนั้นๆ เป็นผู้ดำเนินการส่งเรื่อง หรือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหน่วยธุรการของคณะรัฐมนตรี และเป็นนิติบุคคล เป็นผู้ดำเนินการส่งเรื่อง แล้วแต่กรณี

(2) คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ได้บัญญัติบทนิยามของคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ว่าหมายความว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือหน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินการกิจการของรัฐ” ซึ่งอาจมีทั้งในระดับที่

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490 วินิจฉัยว่า รัฐบาลไม่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย เพราะไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายใดที่ได้บัญญัติให้รัฐบาลเป็นนิติบุคคล ดังนั้น รัฐบาลจึงเป็นคู่ความในคดีไม่ได้

อนึ่ง มีความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เช่น ชาญชัย แสงศักดิ์, รัฐและนิติบุคคลมหาชน (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561), 83-95 เป็นต้น ซึ่งผู้สนใจอาจศึกษาจากหนังสือทางวิชาการดังกล่าวโดยตรง

เป็นนิติบุคคลและที่ไม่เป็นนิติบุคคล แต่จากการที่ผู้ที่จะทำนิติกรรมสัญญาได้ย่อมต้องมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายและเพื่อให้มีการถ่วงดุลเรื่องมาในระดับหนึ่งก่อนด้วย ดังนั้น โดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐที่จะส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้ จึงควรจะต้องเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ซึ่งในกรณีที่ไม่เป็นนิติบุคคล แต่มีหน่วยธุรการที่เป็นนิติบุคคล ก็ควรจะให้หน่วยธุรการที่เป็นนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ส่งเรื่องมายังสำนักงานอัยการสูงสุด หรือในกรณีที่ไม่เป็นนิติบุคคลแต่อยู่ในสังกัดของหน่วยงานเหนือขึ้นไปที่เป็นนิติบุคคล ก็ควรจะดำเนินการโดยหน่วยงานเหนือขึ้นไปที่เป็นนิติบุคคลนั้น สำหรับหน่วยงานของรัฐแต่ละประเภทที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอาจจำแนกและยกตัวอย่างพอสังเขปได้ ดังนี้

- “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” แม้มิได้ระบุบทนิยามไว้โดยเฉพาะ และโดยทั่วไปอาจหมายถึงองค์กรที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรององค์กรนั้นและอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรนั้นไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งก็ยังคงมีความหมายที่กว้างมาก แต่ในบริบทของพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ซึ่งจัดรวมเอา “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ไว้เป็นประเภทหนึ่งของ “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งจะใช้บริการทางกฎหมายของสำนักงานอัยการสูงสุด จึงน่าจะมุ่งหมายถึงบรรดาหน่วยงานที่เป็นนิติบุคคลที่มีหน้าที่ทำนิติกรรมหรือดำเนินคดีในศาลแทนองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็น “ศาล” หรือ “องค์กรอิสระ” (คณะกรรมการการเลือกตั้ง, ผู้ตรวจการแผ่นดิน, คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน, คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ) ล้วนมีหน่วยธุรการซึ่งเป็นนิติบุคคล

- “ราชการส่วนกลาง” ได้แก่ สำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม มีฐานะเป็นนิติบุคคล⁵ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 7

⁵ แต่หน่วยงานทางทหารที่มีชื่อเรียกว่า “กรม” โดยทั่วไปไม่มีฐานะเป็นกรมอย่างกรมในกระทรวงอื่นๆ และไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดู พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 มาตรา 22 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2556 มาตรา 5) บัญญัติว่า “ให้สำนักงานปลัดกระทรวง กรมราชองครักษ์ หน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ กองทัพอากาศ กองบัญชาการกองทัพอากาศ กองทัพเรือ และกองทัพบก เป็นนิติบุคคล” (กบค. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4, 6, 7 และพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3, 8, 9 ประกอบ)

อนึ่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 มาตรา 35 บัญญัติว่า “สถานศึกษาที่จัดการศึกษาขั้นพื้นฐานตามมาตรา 34 (2) เฉพาะที่เป็นโรงเรียน มีฐานะเป็นนิติบุคคล” โรงเรียนดังกล่าวจึงเป็นส่วนราชการที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล แต่มิได้มีฐานะเป็นกรม

- “ราชการส่วนภูมิภาค” ได้แก่ จังหวัด มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 52 ส่วนอำเภอไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล

- “ราชการส่วนท้องถิ่น” ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 8, เทศบาล (เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง เทศบาลนคร) มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 7 (ระบุให้เทศบาลเป็นทบวงการเมือง) ประกอบกับพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 มาตรา 7 (บัญญัติให้องค์กรหรือหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นทบวงการเมืองตามความหมายของมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับเดิม คงมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไป), องค์การบริหารส่วนตำบล มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 43, กรุงเทพมหานคร มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 6, เมืองพัทยา มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 7

- “รัฐวิสาหกิจ” เนื่องจากมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” แต่กำหนดไว้แตกต่างกันในรายละเอียด จึงขึ้นอยู่กับว่าเป็นการพิจารณาในบริบทของกฎหมายฉบับใดก็จะต้องพิจารณาบทนิยามของกฎหมายฉบับนั้น และหากกฎหมายฉบับนั้นมิได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ไว้ ก็อาจเทียบเคียงกับบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4⁶ เป็นต้น อาจยกตัวอย่าง

⁶ พระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ไม่มีบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” จึงต้องเทียบเคียงกับกฎหมายอื่น ซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดบทนิยามของ “รัฐวิสาหกิจ” เช่น พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4, พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 4, พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มาตรา 4, พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 มาตรา 6, พระราชบัญญัติการพัฒนาการกำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2562 มาตรา 3, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 เป็นต้น ซึ่งบทนิยามของคำดังกล่าวตามกฎหมายแต่ละฉบับอาจมีส่วนแตกต่างกันในรายละเอียดซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นๆ

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้...

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

(3) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (1) และ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ”

จากบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4 ได้ว่า กรณีองค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคล อาทิ องค์การที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เช่น องค์การสวนสัตว์แห่งประเทศไทย ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนสัตว์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2563, องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ พ.ศ. 2499 เป็นต้น หรือกิจการของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511, การรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 เป็นต้น ส่วนกรณีบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจ มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ เช่น บริษัทท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน), บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน), บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน), บริษัท วิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด เป็นต้น⁷

- “องค์การมหาชน” จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เช่น สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2561, สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2554, สถาบันวิจัยแสงซินโครตรอน (องค์การมหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันวิจัยแสงซินโครตรอน (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2551 เป็นต้น

- “หน่วยงานอื่นของรัฐ” โดยทั่วไป อาทิ หน่วยงานที่มีการระบุในกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานนั้น (หรือกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว) ว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามกฎหมาย และมีฐานะเป็นนิติบุคคล เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจฯ ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย

⁷ นอกจากนี้ ยังมีรัฐวิสาหกิจประเภทหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ แต่ไม่เป็นนิติบุคคล เช่น โรงงานไฟฟ้ากรมสรรพสามิต จัดตั้งขึ้นโดยระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดตั้งโรงงานไฟฟ้ กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2535 กรณีที่โรงงานไฟฟ้จะส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้จะดำเนินการโดยกรมสรรพสามิตซึ่งเป็นส่วนราชการที่เป็นนิติบุคคลและเป็นเจ้าของหรือผู้ควบคุมดูแลโรงงานไฟฟ้

(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551), กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544⁸ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีการตีความกฎหมายว่า การที่คำว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐ” อยู่ต่อท้ายหน่วยงานของรัฐประเภทอื่นๆ ในบทนิยามของคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” แสดงว่ามีเจตจำนงเพื่อรองรับหน่วยงานอื่นใดที่เป็นหน่วยงานของรัฐแต่ไม่อาจจัดเข้าประเภทที่กำหนดไว้แล้วได้ จึงมีความหมายอย่างกว้าง (ไม่ได้จำกัดเฉพาะหน่วยงานที่มีกฎหมายจัดตั้งดังกล่าว) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาประโยชน์ของรัฐตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553⁹

- “หน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินกิจการของรัฐ¹⁰” เป็นหน่วยงานที่ตามกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานนั้นในปัจจุบันอาจไม่ได้ระบุโดยชัดแจ้งให้เป็นหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นหน่วยงานที่โดย

⁸ “กองทุน” ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีทั้งประเภทที่เป็นนิติบุคคลและประเภทที่ไม่เป็นนิติบุคคล (ดู พระราชบัญญัติการบริหารทุนหมุนเวียน พ.ศ. 2558 หมวด 2 ทุนหมุนเวียนที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล และหมวด 3 ทุนหมุนเวียนที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล) ซึ่งจะมีการระบุในกฎหมายที่จัดตั้งกองทุนนั้น กล่าวคือ

- กองทุนประเภทที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล เช่น กองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรม ตามพระราชบัญญัติกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรม พ.ศ. 2542, กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544, กองทุนการออมแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติกองทุนการออมแห่งชาติ พ.ศ. 2554, กองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา ตามพระราชบัญญัติกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา พ.ศ. 2560 เป็นต้น

- กองทุนประเภทที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล เช่น กองทุนพัฒนาระบบสถาบันการเงินเฉพาะกิจ (อยู่ในสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง) ตามพระราชบัญญัติกองทุนพัฒนาระบบสถาบันการเงินเฉพาะกิจ พ.ศ. 2558, กองทุนพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (อยู่ในสำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ตามพระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2560, กองทุนเพื่อการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (อยู่ในกรมการจัดหางาน) ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นต้น

⁹ รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการและสำนักงานอัยการสูงสุด กรณีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความสถานภาพของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ว่าไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ ตามบทนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ครั้งที่ 1/2564 วันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2564 ซึ่งสรุปความเห็นว่าธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็น “หน่วยงานอื่นของรัฐ”

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้อาจมีวิธีการพิจารณาในหลายแนวทาง กล่าวคือ เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ไม่มีบทนิยามคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ดังนั้น การที่นำกฎหมายอื่นมาเทียบเคียงจึงอาจไม่จำเป็นต้องเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 เสมอไป และการที่ระบุว่าเป็น “หน่วยงานอื่นของรัฐ” โดยพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐมีส่วนเป็นเจ้าของนั้นก็อาจจะต้องมีเกณฑ์การพิจารณาว่าควรจะถือตามสัดส่วนเท่าใด

¹⁰ ถ้อยคำนี้ก็ไม่มีบทกฎหมายที่ให้นิยามไว้ และน่าจะไม่ต้องเทียบเคียงกับข้อความว่า “...กิจการที่หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือที่มีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง” ที่อยู่ในบทนิยามของคำว่า “โครงการ” ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 เนื่องจาก “กิจการของรัฐ” กับ “กิจการของหน่วยงานของรัฐ” เป็นบริบทที่แตกต่างกัน “กิจการของรัฐ” ในกรณีนี้น่าจะเทียบเคียงจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในส่วที่กำหนด “หน้าที่ของรัฐ” ว่าจะต้องกระทำการใด

สาระสำคัญยังคงอยู่ในกำกับของรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องสถานะของบุคลากรทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของหน่วยงาน) และมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการสำคัญที่อยู่ในหน้าที่ของรัฐ อาทิ สถาบันอุดมศึกษาที่ออกจากการเป็นส่วนราชการ แต่โดยสาระสำคัญยังคงอยู่ในกำกับของรัฐ และดำเนินกิจการด้านการจัดการศึกษาซึ่งถือเป็นกิจการสำคัญที่อยู่ในหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐ เช่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตามพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551, มหาวิทยาลัย เชียงใหม่ ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ พ.ศ. 2551, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2558 เป็นต้น¹¹

(3) คำว่า “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” มุ่งหมายถึง หน่วยงานที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้นหรือกำหนดให้ต้องมีการจัดตั้งหน่วยงานนั้นขึ้นและมีหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ แม้กฎหมายอาจกำหนดให้รัฐอาจมีส่วนอุดหนุนงบประมาณของหน่วยงานนั้น หรือบุคลากรของรัฐอาจเข้าเกี่ยวข้องเป็นกรรมการโดยตำแหน่งของหน่วยงานนั้น แต่ก็ยังเป็นหน่วยงานที่รัฐมิได้เป็นเจ้าของ และในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของหน่วยงานนั้นก็ได้อยู่ในการควบคุมหรือกำกับของรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องสถานะของบุคลากรทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของหน่วยงานนั้น)¹² อาทิ สภากาชาดไทย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสภากาชาดไทย พระพุทธศักราช 2461, เนติบัณฑิตยสภา ตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507, สภาทนายความซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะ (เช่น สภานายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, สภาวิศวกร ตามพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542, สัตวแพทยสภา ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 เป็นต้น), “กองทุนหมู่บ้าน” หรือ “กองทุนชุมชนเมือง” ที่จัดทะเบียนแล้ว ตามพระราชบัญญัติกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองแห่งชาติ พ.ศ. 2547¹³ และ “บริษัทกลางคุ้มครอง

¹¹ ปัจจุบัน สถาบันอุดมศึกษาภาครัฐ มีทั้งประเภทที่ไม่เป็นส่วนราชการ แต่อยู่ในกำกับของรัฐ ดังตัวอย่างข้างต้นกับประเภทที่ยังคงเป็นส่วนราชการ เช่น มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2521, มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541, มหาวิทยาลัยราชภัฏ แต่ละแห่งตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยราชภัฏ พ.ศ. 2547 เป็นต้น

¹² แม้ว่าบางหน่วยงานดังกล่าว มีกฎหมายบัญญัติให้รัฐอาจมีส่วนกำกับดูแลในบางระดับ เช่น ตามพระราชบัญญัติกาชาด พ.ศ. 2499 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ให้สภากาชาดไทยอยู่ในความควบคุมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข เว้นแต่ในเรื่องธรรมดารัฐกิจอันจะต้องดำเนินไปตามกฎและข้อบังคับแห่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศและสันนิบาตสภากาชาด” แต่ก็ไม่ใช่การกำกับในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของหน่วยงานนั้น และที่สำคัญคือบุคลากรทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของหน่วยงานก็มิได้มีสถานะเป็นพนักงานของรัฐ

¹³ หนังสือสำนักงานอัยการสูงสุด ที่ อส 0024 (กท)/ว 172 ลงวันที่ 10 เมษายน 2551 แจ้งว่า พนักงานอัยการมีอำนาจและหน้าที่ในการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งที่กองทุนหมู่บ้านที่จัดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นโจทก์หรือจำเลยและมีใจเป็นคดีที่พิพาทกับรัฐบาล เมื่อพนักงานอัยการเห็นสมควร ทั้งนี้ ตาม

ผู้ประสพภัยจากรถ จำกัด” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากรถ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำว่า “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” ดังนี้

- ต้องเป็นกรณีที่มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐนั้นขึ้น ดังนั้น หากนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐนั้นได้จัดตั้งขึ้นอยู่ก่อนแล้ว และพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเพียงแต่รับรองหรือคุ้มครองการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าว ย่อมไม่ถือเป็น “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” เช่น สถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย (ซึ่งประเทศภาคีสันธิสัญญาการป้องกันร่วมกันแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้ให้ความเห็นชอบร่วมกันจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย พ.ศ. 2510 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เพื่อคุ้มครองการดำเนินงานในประเทศไทยของสถาบันให้บรรลุผลตามความมุ่งประสงค์ (1) ให้ยอมรับนับถือว่า สถาบันเป็นนิติบุคคล และให้ถือว่ามีภูมิลำเนาในประเทศไทย” ซึ่งเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้จัดตั้งสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียขึ้นแต่อย่างใด หากแต่เพียงรับรองหรือคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียเท่านั้น

- ต้องเป็นกรณีที่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐนั้นกำเนิดขึ้นโดยที่พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาได้จัดตั้งหรือกำหนดให้ต้องจัดตั้งขึ้น ดังนั้น หากเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าว ซึ่งนิติบุคคลนั้นอาจมีการจัดตั้งขึ้นหรือไม่ก็ได้ ย่อมไม่ถือเป็น “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” เช่น สหกรณ์ ซึ่งตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 เพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดตั้งสหกรณ์ แต่ไม่ได้กำหนดให้ต้องจัดตั้งสหกรณ์ขึ้น ซึ่งแตกต่างกับกรณีของ “กองทุนหมู่บ้าน” และ “กองทุนชุมชนเมือง” ซึ่งตามพระราชบัญญัติกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในแต่ละหมู่บ้านหรือชุมชนเมืองให้จัดตั้งกองทุนหมู่บ้านขึ้นกองทุนหนึ่ง เรียกชื่อว่า “กองทุนหมู่บ้าน” หรือ “กองทุนชุมชนเมือง” แล้วแต่กรณี” หรือกรณีของ “บริษัทกลางคุ้มครองผู้ประสพภัยจากรถ จำกัด” ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากรถ พ.ศ. 2535 มาตรา 10 ทวิ (เพิ่มโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากรถ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 มาตรา 7) บัญญัติว่า “ให้จัดตั้ง “บริษัทกลางคุ้มครองผู้ประสพภัยจากรถ จำกัด” ขึ้น”

พระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 มาตรา 11 (5) (กฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้น) โดยถือว่ากองทุนหมู่บ้านที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล มีฐานะเป็น “นิติบุคคลซึ่งได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น”

- บางกรณีสถานะของหน่วยงานนั้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงในเวลาต่อมาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามสัดส่วนความเป็นเจ้าของหรือจำนวนหุ้นของรัฐในหน่วยงานนั้นๆ เช่น เดิม ตามพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 มาตรา 5 บัญญัติให้จัดตั้งธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย และให้เป็นนิติบุคคล และมาตรา 7 วรรคสาม ยังได้บัญญัติให้กระทรวงการคลังซื้อหุ้นของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยได้ตามจำนวนที่เห็นสมควร แต่จะต้องไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยในขณะจัดตั้งจึงไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ หากแต่เป็น “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้น” แต่ต่อมามาตรา 7 วรรคสาม ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 3 เป็นข้อความว่า “ให้กระทรวงการคลังถือหุ้นของธนาคารได้ตามจำนวนที่เห็นสมควร แต่จะต้องไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของธนาคาร กระทรวงการคลังอาจถือหุ้นเกินร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดได้เป็นการชั่วคราว ตามสัดส่วนและระยะเวลาที่เหมาะสมโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” ซึ่งปัจจุบันกระทรวงการคลังก็ได้ถือหุ้นของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยถึงร้อยละ 99.59 และธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ¹⁴ ซึ่งก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้อีกในอนาคต เป็นต้น

¹⁴ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย “ประวัติความเป็นมา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.ibank.co.th/th/about/history> [15 มิถุนายน 2565]

ส่วนประเด็นว่าธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจลักษณะใดตามบทนิยามในพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4 นั้น อาจมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. อาจเห็นว่า เป็น “หน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ” จากการที่ในปัจจุบันกระทรวงการคลังได้ถือหุ้นของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยถึงร้อยละ 99.59 ซึ่งแม้จะไม่เต็มร้อยละ 100 แต่ก็เป็นส่วนที่ทำให้กระทรวงการคลังมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานทั้งหมดของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (แต่ข้อพิจารณานี้ อาจมีข้อถกเถียงว่าหากในอนาคต สัดส่วนการถือหุ้นของกระทรวงการคลังในธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยลดลง จะใช้เกณฑ์เท่าใดจึงจะยังคงถือว่าเป็น “หน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ” ซึ่งก็อาจยังไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจน)

2. อาจเห็นว่า เป็น “บริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ” ทั้งนี้ พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ภายหลังที่ธนาคารได้มีผู้ถือหุ้น และได้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเลือกตั้งกรรมการตามความในพระราชบัญญัตินี้แล้ว ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดมาใช้บังคับแก่ธนาคารโดยอนุโลม เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัตินี้” (แต่ข้อพิจารณานี้ก็อาจมีข้อถกเถียงอีกเช่นกันว่า บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดมาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่านั้น แต่ไม่ได้ระบุให้ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยมีฐานะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด)

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าเป็นรัฐวิสาหกิจตามบทกฎหมายใด ย่อมต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นประกอบด้วย โดยกฎหมายวิธีการงบประมาณมีเจตนารมณ์ส่วนหนึ่งคือเพื่อควบคุมให้การจัดสรรและบริหารงบประมาณเป็นไปโดยถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ณ ปัจจุบัน ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยจึงอาจเข้าพินัยของ “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายวิธีการงบประมาณดังกล่าวหลายข้อ แต่ในขณะเดียวกัน ก็อาจไม่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามในกฎหมายอื่น เช่น ไม่เป็น

(4) คำว่า “ตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมาย” มีประเด็นพิจารณา ดังนี้

- “ร่างสัญญา” มีความหมายรวมถึงร่างข้อตกลงและร่างเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่หน่วยงานหรือบุคคลที่จะลงนามมีความประสงค์ที่จะก่อนิติสัมพันธ์ขึ้นในลักษณะทำนองเดียวกันกับการทำสัญญา ส่วน “ร่างเอกสารทางกฎหมาย” หมายถึง ร่างเอกสารที่ไม่ใช่ร่างสัญญา แต่จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นเป็นนิติกรรมหลังจากมีการลงนาม หรือมีการออกเอกสารนั้นขึ้นใช้บังคับแล้ว เช่น ร่างหนังสือรับสภาพหนี้ซึ่งหน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ประสงค์ให้ลูกหนี้ลงนาม และร่างประกาศเชิญชวนให้เสนอราคาหรือเอกสารประกวดราคา เป็นต้น¹⁵ ซึ่งในบางกรณีที่ร่างเอกสารนั้นเป็นเพียงบันทึกความเข้าใจหรือบันทึกความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่กำหนดกรอบกว้างๆ และมีการระบุว่าไม่ประสงค์จะให้ผลบังคับตามกฎหมาย หากสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่ามีประเด็นเกี่ยวข้องกับกำหนัดการทางกฎหมายต่อไปก็มีการตรวจพิจารณาร่างเอกสารนั้นให้โดยอนุโลมถือว่าเป็นร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายประเภทหนึ่ง เนื่องจากการมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ขึ้นอยู่กับการระบุในเอกสารหรือความประสงค์ของหน่วยงานหรือบุคคลที่ทำเอกสารนั้นแต่เพียงอย่างเดียวไม่ หากแต่ย่อมต้องพิจารณาไปตามหลักการทางกฎหมายในประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

- ร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาจะต้องยังคงมีสถานะเป็น “ร่าง” กล่าวคือ ยังไม่มีการลงนามในสัญญา หรือยังไม่มีการออกเอกสารทางกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ เพราะหากมีการลงนามในสัญญาหรือมีการออกเอกสารทางกฎหมาย

รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (ดูคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 205/2555) เป็นต้น

¹⁵ จุดแบ่งระหว่าง “สัญญา” กับ “เอกสารทางกฎหมาย” อาจกล่าวโดยย่อได้ว่า “เอกสารทางกฎหมาย” ไม่ใช่สัญญา แต่เป็นทำนองนิติกรรมฝ่ายเดียว กรณีเอกสารซื้อหรือจ้างพร้อมประกาศเชิญชวนซึ่งหน่วยงานของรัฐส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจพิจารณาตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 34 ข้อ 43 ข้อ 61 ข้อ 109 และข้อ 154 ก็น่าจะจัดเป็น “เอกสารทางกฎหมาย” ตามนัยมาตรา 23 (2)(3) แห่งพระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ด้วย อย่างไรก็ตามที่ประกาศคณะกรรมการอัยการ เรื่อง การแบ่งหน่วยงานและการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. 2563 ข้อ 8 (6) ได้กำหนดให้สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายรับผิดชอบงานให้คำปรึกษาหรือความเห็นทางกฎหมาย รวมทั้งการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมาย และเอกสารประกวดราคา ทั้งโครงการในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งดูเหมือนมีการแยก “เอกสารทางกฎหมาย” กับ “เอกสารประกวดราคา” ออกจากกัน ทั้งที่ “เอกสารประกวดราคา” ก็น่าจะจัดเป็น “เอกสารทางกฎหมาย” ประเภทหนึ่ง และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ก็ไม่ได้กล่าวถึง “เอกสารประกวดราคา” ไว้โดยเฉพาะ นั้น เห็นว่า การที่ประกาศคณะกรรมการอัยการดังกล่าวได้กล่าวถึง “เอกสารประกวดราคา” นอกจากเพื่อระบุความสำคัญให้ชัดเจนขึ้นแล้ว ยังอาจเนื่องจากเหตุผลว่าเอกสารซื้อหรือจ้างพร้อมประกาศเชิญชวนมักจะทำในลักษณะเอกสารเป็นชุดโดยมี “ร่างสัญญา” เบื้องต้น รวมอยู่ในชุดของเอกสารนั้นด้วย

นั้นขึ้นใช้บังคับแล้ว ก็ย่อมพ้นสถานะจากการเป็น “ร่าง” และไม่อยู่ในเงื่อนไขที่สำนักงานอัยการสูงสุดจะตรวจพิจารณาให้ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2) (3) แต่อย่างไรก็ดี อาจมีกรณีที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาสัญญาที่ลงนามแล้วได้หากเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายอื่น เช่น ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคห้า เป็นต้น หรือบางกรณีก็อาจให้ความเห็นในลักษณะที่ถือเป็นกรให้คำปรึกษาหารือ แต่ไม่ใช่การตรวจพิจารณาร่างสัญญา นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ ยังมีกรณีที่สัญญาที่ลงนามแล้วมีข้อสัญญาที่ไต่ระบุในทำนองว่า “คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะขอให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาสัญญาฉบับนี้ ซึ่งหากสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาสัญญาฉบับนี้ประการใดแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจะแก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดทุกประการ” ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ตรวจพิจารณาสัญญาดังกล่าวให้โดยอนุโลมตามข้อสัญญาดังกล่าว

- “ร่างเอกสารทางกฎหมาย” ที่สำนักงานอัยการสูงสุดรับตรวจพิจารณาให้ จะไม่รวมถึงบรรดาร่างระเบียบข้อบังคับต่างๆ ของหน่วยงานนั้นๆ (ที่ไม่ใช่เอกสารประกวดราคา) เพราะถือว่าเป็นเอกสารภายในของหน่วยงานนั้นๆ หรือหากเป็นกรณีที่ร่างระเบียบข้อบังคับนั้นจะใช้บังคับเป็นกฎหมายระดับรองต่อไปก็เป็นเรื่องนี้อาจอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในบริบทของการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3)

- ร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาจะต้องมีลักษณะที่มุ่งหมายจะให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครอง ซึ่งอาจมีบางกรณีที่ตกลงกันให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่น แต่ก็ต้องเป็นกฎหมายในระดับ “กฎหมายภายใน” ไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ โดยหากเป็นร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายที่มุ่งหมายจะให้เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศหรือมุ่งหมายจะให้ มีผลผูกพันระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ก็เป็นเรื่องนี้อาจอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ แต่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในบริบทของการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3)¹⁶

¹⁶ ดู พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 7, 62 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 มาตรา 5, 9) ประกอบกับระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดทำและการพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศ โดยกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545 ข้อ 1 เป็นต้น (นอกจากนี้ ในประเด็นว่าเป็นร่างสัญญาที่มีลักษณะที่มุ่งหมายจะให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศนั้น อาจพิจารณาประกอบกับเกณฑ์การพิจารณาเบื้องต้น

(5) บทบัญญัติในพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 ส่วนที่กำหนดว่า “ในการตรวจร่างสัญญาตาม (2) และ (3) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐ ตาม (2) หรือนิติบุคคลตาม (3) ที่เป็นผู้สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ” นั้น มีข้อพิจารณา ดังนี้

- ตามที่กำหนดว่า ในการตรวจร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐนั้น คำว่า “ประโยชน์ของรัฐ” มิได้จำกัดเพียง “ประโยชน์ของรัฐบาล” หรือ “ประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ” เท่านั้น หากแต่มุ่งหมายถึงประโยชน์โดยรวมของประเทศชาติซึ่งย่อมครอบคลุมถึงทั้งประโยชน์ของทางราชการและประโยชน์สาธารณะด้วย นอกจากนี้ ในการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐฯ นั้นจะเป็นการพิจารณาเงื่อนไขของสัญญาให้มีประเด็นถูกต้องครบถ้วนเกี่ยวกับสิทธิอันพึงมีพึงได้ของหน่วยงานของรัฐฯ ที่จะเป็นผู้สัญญานั้นตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งไม่ใช่การมุ่งแต่จะเอาเปรียบหรือได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและไม่ใช่การมุ่งแต่จะรักษาสิทธิประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐฯ อย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมอื่นๆ เพราะหากทำเช่นนั้น อาจเกิดปัญหาตามมาในทางที่ไม่สมประโยชน์โดยรวมของรัฐ เช่น หากเพิ่มเติมเงื่อนไขในร่างสัญญาในทางที่ก่อภาระค่าใช้จ่ายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากขึ้นกว่าที่พึงคาดหมายได้แต่เดิม คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมจะต้องนำค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากภาระดังกล่าวนั้นไปบวกรวมเข้าเป็นค่าใช้จ่ายที่จะเรียกเก็บจากหน่วยงานของรัฐฯ หรือจากประชาชนผู้ใช้บริการ หรือในบางกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถแบกรับภาระนั้นได้ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาทในชั้นบริหารสัญญาขึ้นได้ การตรวจร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ จึงควรมุ่งหมายให้การทำสัญญาและการบริหารสัญญาต่อไปประสบความสำเร็จสมตามวัตถุประสงค์ของโครงการหรือหน่วยงานของรัฐฯ นั้นๆ โดยรักษาประโยชน์ของรัฐและคำนึงถึงความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลควบคู่กันไปเสมอด้วย

กรณีการจัดทำความตกลงที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2558 เห็นชอบเกณฑ์ดังกล่าว แจ้งโดยหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0505/ว 26 ลงวันที่ 29 มกราคม 2558)

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ไม่มีอยู่ในบริบทของการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3) แต่หากมีหน่วยงานของรัฐขอความเห็นจากสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการสูงสุดก็อาจให้ความเห็นได้ โดยถือเป็น “การให้ความร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐในการอำนวยความสะดวก การรักษาประโยชน์ของรัฐและประชาชน” ตามนัยพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (7)

- ส่วนที่กำหนดว่า “ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐ.... ที่เป็นผู้สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ” นั้น สำนักงานอัยการสูงสุดจะแจ้งเป็นข้อสังเกตลงในหนังสือแจ้งผลการตรวจพิจารณานั้นไปให้หน่วยงานที่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาได้ทราบข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ซึ่งในทางปฏิบัติมีอยู่หลายกรณี เช่น บางกรณีหน่วยงานของรัฐฯ ที่ส่งร่างสัญญานั้นมาให้ตรวจพิจารณาอาจมีความมุ่งประสงค์ที่จะกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้นหรือได้เจรจากับผู้ที่จะเป็นคู่สัญญาจนได้ข้อยุติเช่นนั้นแล้ว หากสำนักงานอัยการสูงสุดจะปรับแก้ข้อความส่วนนั้นก็จะเป็นการขัดต่อความประสงค์ของหน่วยงานนั้นและผู้ที่จะเป็นคู่สัญญา แต่โดยที่การคงข้อสัญญาเช่นนั้นต่อไปอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในภายหน้าได้ กรณีเช่นนี้สำนักงานอัยการสูงสุดก็จะแจ้งเป็นข้อสังเกตเพื่อให้มีการพิจารณาทบทวนในประเด็นนั้น หรือบางกรณีแม้จะมีการตรวจแก้ไขข้อความในร่างสัญญาตามปกติ แต่ก็มีข้อควรระมัดระวังซึ่งหน่วยงานนั้นๆ จะต้องดำเนินการเพิ่มเติมเพื่อความรอบคอบและรัดกุมต่อไปด้วย เป็นต้น การแจ้งข้อสังเกตจึงมีทั้งกรณีที่เป็นข้อท้วงติง และข้อแนะนำหรือคำเตือน ส่วนหน่วยงานนั้นๆ จะดำเนินการตามข้อสังเกตหรือไม่ย่อมเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้นๆ

(6) บทบัญญัติในพระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3) เป็นเพียงการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น แต่ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ซึ่งแตกต่างจากกรณีพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หรือมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535

3. พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

3.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

- มาตรา 93 บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย

การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งโดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ

ก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

ในกรณีที่ไม่ว่าจะทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้

ในกรณีจำเป็นต้องทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ทำเป็นภาษาอังกฤษและต้องจัดทำข้อสรุปสาระสำคัญแห่งสัญญาเป็นภาษาไทยตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่การทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 104 ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ”

- มาตรา 97 บัญญัติว่า “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขได้ (1) เป็นการแก้ไขตามมาตรา 93 วรรคห้า (2) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง หากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ (3) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไชนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

การแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไปในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อเพิ่มวงเงิน เมื่อรวมวงเงินตามสัญญาหรือข้อตกลงเดิมและวงเงินที่เพิ่มขึ้นใหม่แล้ว หากวงเงินรวมดังกล่าวมีผลทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างเปลี่ยนแปลงไปจะต้องดำเนินการให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินรวมดังกล่าวเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงด้วยในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อลดวงเงิน ให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินเดิมเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง”

นอกจากนี้ ยังมีระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐส่งเอกสารซื้อหรือจ้างให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา จำแนกได้เป็น 5 กรณี ได้แก่ กรณีตามข้อ 34 วรรคสอง (เอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์พร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 43 วรรคสอง (เอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์พร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 61 วรรคสอง (เอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีสอบราคาพร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 109 วรรคสอง (เอกสารจ้างที่ปรึกษาด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปพร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 154 วรรคสอง (เอกสารงานจ้างออกแบบงานก่อสร้างโดยวิธีประกวดแบบพร้อมประกาศเชิญชวน) โดยกำหนดว่า ถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างเอกสารฯ ดังกล่าวไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน

3.2 ข้อพิจารณา

3.2.1 ความหมายของถ้อยคำสำคัญและหลักการในบทบัญญัติ

(1) คำว่า “การจัดซื้อจัดจ้าง” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง มีข้อพิจารณา ดังนี้

- กรณีที่จะเป็นการจัดซื้อจัดจ้าง ต้องเป็นการที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า ฯลฯ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ซื้อ

ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ แต่ถ้าหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ขาย ผู้รับจ้างหรือผู้ให้เช่า ฯลฯ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ซื้อ ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐแต่เป็นเอกชน ก็จะไม่ใช้กรณีของการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เช่น เอกชน ผู้เช่า ทำสัญญาเช่าที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ) ผู้ให้เช่า เป็นต้น

- กรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือฝ่ายผู้ซื้อ ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ กับฝ่ายผู้ขาย ผู้รับจ้างหรือผู้ให้เช่า ฯลฯ ต่างก็เป็นหน่วยงานของรัฐ ถือเป็นกรณีของการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าวในด้านของฝ่ายผู้ซื้อ ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ เพราะเป็นฝ่ายที่ดำเนินการใช้เงินงบประมาณเพื่อให้หน่วยงานของตนได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า ฯลฯ นั้น เช่น สำนักงานอัยการสูงสุด (ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ) ผู้เช่า ทำสัญญาเช่าที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ) ผู้ให้เช่า ถือเป็นกรการจัดซื้อจัดจ้างในด้านของสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้เช่า เป็นต้น

- กรณีการเช่าซื้อ ที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้เช่าซื้อ ถือเป็นกรณีของการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย เนื่องจากการเช่าซื้อถือเป็นสัญญาเช่าประเภทหนึ่งโดยมีค้ำมัดของ ผู้ให้เช่าทรัพย์สินนั้นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่าโดยเงื่อนไขว่าผู้เช่าได้ใช้เงินตามจำนวนคราวที่กำหนด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 บัญญัติว่า “อันว่าเช่าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่าและให้ค้ำมัดว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นเป็นสิทธิแก่ผู้เช่าโดยมีเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว”) จึงอยู่ในบังคับของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 92 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการเช่า และหากเป็นกรณีเช่าซื้อสังหาริมทรัพย์ ก็จะต้องนำข้อกำหนดเกี่ยวกับการซื้อมาใช้โดยอนุโลม¹⁷

(2) คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยราชการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เห็นได้ว่า ตามบทนิยามดังกล่าวมีถ้อยคำทั้งส่วนที่เหมือนและแตกต่างกับ “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 กล่าวคือ ส่วนที่ใช้ถ้อยคำเหมือนกัน ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น

¹⁷ หนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ด่วนที่สุด ที่ กค (กวก) 0405.2/012971 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2561 เรื่องข้อหารือการจัดทำสัญญาเช่า

องค์การมหาชน องค์การตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเทียบเคียงความหมายตามที่กล่าวถึงข้างต้นแล้วได้ และส่วนที่ใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน ได้แก่ รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การอิสระ หน่วยราชการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อาจมีข้อพิจารณา ดังนี้

- “รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ” การที่ระบุว่า “ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ” ทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น เพราะกฎหมายที่กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” มีอยู่หลายฉบับซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นๆ และโดยที่การจัดตั้งจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดตั้งจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยทั่วไปย่อมจะเกี่ยวพันกับงบประมาณ จึงเป็นการระบุที่สอดคล้องวัตถุประสงค์ของกฎหมาย¹⁸ ส่วนในกรณีของพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 แม้ใช้คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” โดยไม่ได้ระบุว่าตามกฎหมายใด แต่ในทางปฏิบัติในกรณีทั่วไปก็มักจะถือตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณดังกล่าวแล้วข้างต้น ดังนั้น ผลหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวตามกฎหมายทั้งสองฉบับในทางปฏิบัติในกรณีทั่วไปจึงอาจไม่แตกต่างกัน

- ส่วน “องค์การอิสระ หน่วยราชการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ” ก็อาจรวมอยู่ใน “องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือหน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินกิจการของรัฐ” ตามบทนิยามส่วนหนึ่งของ “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ได้ (แม้อาจมีส่วนเหลื่อมกันอยู่ในรายละเอียด) นอกจากนี้ ยังมีส่วนที่อาจจะต่างกันอยู่ในระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับก็คือคำว่า “หน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ตามพระราชบัญญัติ

¹⁸ จากการที่คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ และแต่ละฉบับก็กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ต่างๆ กันในรายละเอียด การพิจารณาว่าหน่วยงานใดเป็น “รัฐวิสาหกิจ” หรือไม่ จึงต้องพิจารณาตามแต่กรณีว่า ประสงค์จะพิจารณาถึงการเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายฉบับใด เช่น กรณีของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วินิจฉัยในเรื่องเสรีจที่ 1397/2563 ว่า กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ ไม่เป็นองค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การรัฐบาล ไม่เป็นกิจการของรัฐที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นและไม่เป็นหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ จึงไม่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” (และไม่เป็นส่วนราชการ) ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ส่งผลให้ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีกองทุนฟื้นฟูฯ ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ไม่เข้าลักษณะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 แต่ตามหนังสือสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ ที่ กค 0900/230 ลงวันที่ 19 มกราคม 2564 แจ้งผลการพิจารณาว่าธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามนัยพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 เป็นต้น

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และคำว่า “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” ตามพระราชบัญญัติองค์การและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ซึ่งก็ถือว่าเป็นส่วนที่แตกต่างกันในรายละเอียด

(3) ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 และมาตรา 97 กำหนดเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ จำแนกได้เป็น 4 กรณี ดังนี้

- กรณีที่ 1 การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน (มาตรา 93 วรรคสอง)

- กรณีที่ 2 ในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุดได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้ (มาตรา 93 วรรคสาม)

- กรณีที่ 3 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาฯ หรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ (มาตรา 93 วรรคห้า)

- กรณีที่ 4 ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน (มาตรา 97 วรรคสอง)

ซึ่งมีข้อสังเกตว่า ทั้ง 4 กรณีดังกล่าว ไม่ใช่บังคับเด็ดขาดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งร่างสัญญาหรือสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยกรณีที่ 1 และ 4 เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบ (เสียประโยชน์) หรือไม่รัดกุมพอ

จึงจะส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ ส่วนกรณีที่ 2 ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นว่า เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้ และสำหรับกรณีที่ 3 ก็ไม่ใช่บังคับว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องส่งสัญญาที่ลงนามแล้วไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ หากแต่บทบัญญัติที่อาจมีส่วนส่งผลให้เกิดสภาพบังคับอยู่ตรงที่ในมาตรา 93 วรรคหก ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 104 ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ”

(4) ตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 96 บัญญัติถึงกรณีที่หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือโดยไม่ทำตามแบบสัญญาตามมาตรา 93 ก็ได้ นั้น¹⁹ เป็นเพียงการกำหนดว่าหน่วยงานของรัฐอาจจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือโดยไม่ทำตามแบบสัญญาหากเข้ากรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าว แต่ก็ได้ห้ามหน่วยงานของรัฐทำตามแบบสัญญา และมีได้ห้ามหน่วยงานของรัฐนั้นจัดทำเป็นร่างสัญญาและส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้น แม้เข้ากรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 96 แต่หน่วยงานของรัฐเลือกที่จะจัดทำเป็นร่างสัญญาและส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 สำนักงานอัยการสูงสุดก็จะพิจารณาดำเนินการตามมาตรา 93 เช่น เทศบาลฯ ผู้เช่า ตกลงเช่าที่ดินของเอกชน ผู้ให้เช่า โดยผู้เช่าไม่ต้องเสียเงินอื่นใดให้แก่ผู้ให้เช่านอกจากค่าเช่า เทศบาลฯ ย่อมจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือกับ

¹⁹ มาตรา 96 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือโดยไม่ทำตามแบบสัญญาตามมาตรา 93 ก็ได้ เฉพาะในกรณี ดังต่อไปนี้”

(1) การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีคัดเลือกตามมาตรา 56 (1) (ค) หรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 56 (2) (ข) (ง) หรือ (ฉ) หรือการจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 70 (3) (ข)

(2) การจัดซื้อจัดจ้างจากหน่วยงานของรัฐ

(3) กรณีที่คู่สัญญาสามารถส่งมอบพัสดุได้ครบถ้วนภายในห้าวันทำการนับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันทำข้อตกลงเป็นหนังสือ

(4) การเช่าซึ่งผู้เช่าไม่ต้องเสียเงินอื่นใดนอกจากค่าเช่า

(5) กรณีอื่นตามที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

ในกรณีที่การจัดซื้อจัดจ้างมีวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง จะไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือไว้ต่อกันก็ได้ แต่ต้องมีหลักฐานในการจัดซื้อจัดจ้างนั้น

ในการออกกฎกระทรวงตามวรรคสองจะกำหนดวงเงินเล็กน้อยให้แตกต่างกันตามขนาดหรือประเภทของหน่วยงานของรัฐก็ได้”

ผู้ให้เข้าได้โดยไม่ต้องทำตามแบบสัญญาฯ ตามมาตรา 93 เนื่องจากเข้ากรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 96 (4) แต่หากเทศบาลฯ ส่งร่างสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 ก็สามารถทำได้ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดก็มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบพิจารณา ร่างสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวให้แก่เทศบาลฯ เป็นต้น

3.2.2 ข้อเปรียบเทียบโดยสังเขประหว่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด

(1) การตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 และมาตรา 97 ใช้คำว่า “พิจารณาให้ความเห็นชอบ” ร่างสัญญา, สัญญาที่ลงนามแล้ว หรือร่างสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา แล้วแต่กรณี ส่วนการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 34 วรรคสอง, ข้อ 43 วรรคสอง, ข้อ 61 วรรคสอง, ข้อ 109 วรรคสอง, ข้อ 154 วรรคสอง ใช้คำว่า “ตรวจพิจารณา” ร่างเอกสารซื้อหรือจ้างฯ และประกาศเชิญชวน

(2) ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคหก บัญญัติถึงผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ไม่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ได้แก้ไขให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด ฯลฯ ดังกล่าวแล้วข้างต้น แต่กรณีของร่างเอกสารซื้อหรือจ้างฯ และประกาศเชิญชวนตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น แม้ไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือไม่ได้แก้ไขให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดก็ไม่ได้มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ที่กำหนดให้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของร่างเอกสารซื้อหรือจ้างฯ และประกาศเชิญชวนดังกล่าว แต่ในกรณีดังกล่าวนี้หากมีปัญหาความไม่รัดกุมเกิดขึ้นก็จะเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้นๆ

3.2.3 ระเบียบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งร่างสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา จำแนกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(1) กรณีตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

มาตรา 7²⁰ บัญญัติว่าพระราชบัญญัตินี้มีให้ใช้บังคับแก่กรณีนั้น จึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 หรือมาตรา 97 อย่างไรก็ดี โดยที่มาตรา 7 วรรคสี่ บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐในกรณีดังกล่าวต้องจัดให้มีกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามหลักเกณฑ์และแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ จึงต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวกำหนดไว้อย่างไร ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายลักษณะ อาทิ

- กำหนดในลักษณะที่คล้ายกันกับบทบัญญัติในมาตรา 93 หรือมาตรา 97 คือมีทั้งการส่งร่างสัญญาหรือร่างสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน และการส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง เช่น ข้อบังคับบริษัทตลาดรองสินค้าที่อยู่อาศัยว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของบริษัท พ.ศ. 2561 ข้อ 62 วรรคสอง วรรคสาม วรรคห้า และข้อ 65 วรรคสาม เป็นต้น

²⁰ มาตรา 7 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มีให้ใช้บังคับแก่

- (1) การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง
- (2) การจัดซื้อจัดจ้างยุทธโศปกรณ์และการบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาลหรือโดยการจัดซื้อจัดจ้างจากต่างประเทศที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น
- (3) การจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการวิจัยและพัฒนา เพื่อการให้บริการทางวิชาการของสถาบันอุดมศึกษาหรือการจ้างที่ปรึกษา ทั้งนี้ ที่ไม่สามารถดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ได้
- (4) การจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ สถาบันการเงินระหว่างประเทศ องค์การต่างประเทศทั้งในระดับรัฐบาลและที่มิใช่ระดับรัฐบาล มูลนิธิหรือเอกชนต่างประเทศ ที่สัญญาหรือข้อกำหนดในการให้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น
- (5) การจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ สถาบันการเงินระหว่างประเทศ องค์การต่างประเทศทั้งในระดับรัฐบาลและที่มิใช่ระดับรัฐบาล มูลนิธิหรือเอกชนต่างประเทศ ที่สัญญาหรือข้อกำหนดในการให้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือนั้นร่วมกับเงินงบประมาณ ซึ่งจำนวนเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือที่ใช้นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา
- (6) การจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาหรือสถานพยาบาลที่เป็นหน่วยงานของรัฐโดยใช้งบประมาณทั้งหมดของเงินบริจาค โดยไม่ใช้เงินบริจาคะนั้นร่วมกับเงินงบประมาณ

การจัดซื้อจัดจ้างตาม (1) (2) และ (3) ที่ได้รับยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยประกาศดังกล่าวจะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเสนอเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างใดตาม (1) (2) หรือ (3) ต่อคณะกรรมการนโยบายเพื่ออนุมัติให้ได้รับยกเว้นเป็นรายกรณีไปก็ได้

การยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การจัดซื้อจัดจ้างใดทั้งหมดหรือแต่บางส่วนนอกเหนือจากการยกเว้นตามวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการนโยบาย

กรณีตามวรรคหนึ่งและวรรคสาม ให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามหลักเกณฑ์และแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ โดยอย่างน้อยต้องมีหลักการตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง

(โปรดดู ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ประกาศ ณ วันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2560 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม ประกอบ)

- กำหนดในลักษณะระบุกรณีซึ่งต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ก่อน เช่น ข้อบังคับองค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทยว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเกี่ยวกับอุตสาหกรรมโคนม พ.ศ. 2561 ข้อ 49 วรรคสอง วรรคสาม เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะว่าหากเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ก่อน เช่น ระเบียบธนาคารออมสิน ฉบับที่ 628 ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ข้อ 64 วรรคสอง เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะว่าในกรณีที่การแก้ไขสัญญาที่เห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ หากเห็นสมควรจะให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนก็ได้ เช่น ข้อบังคับธนาคารอาคารสงเคราะห์ ฉบับที่ 80 ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง พ.ศ. 2561 ข้อ 50 (เฉพาะกรณีร่างสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา) เป็นต้น

(2) กรณีตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วรรคสอง²¹ บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐบางประเภทหรือบางกรณีสามารถจัดให้มีระเบียบข้อบังคับหรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าระเบียบ ข้อบังคับหรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวกำหนดไว้อย่างไร ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายลักษณะ อาทิ

- กำหนดในลักษณะที่คล้ายกันกับบทบัญญัติในมาตรา 93 คือมีทั้งการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน และการส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง เช่น ระเบียบมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเพื่อการวิจัยและพัฒนาและเพื่อการให้บริการทางวิชาการ พ.ศ. 2563 ข้อ 23 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคห้า เป็นต้น

²¹ มาตรา 6 วรรคสอง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “เพื่อให้การดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานของรัฐในต่างประเทศหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงเกิดความยืดหยุ่นและมีความคล่องตัว หากรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐนั้นประสงค์จะจัดให้มีระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เองทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ก็ให้กระทำได้ โดยต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในต่างประเทศที่หน่วยงานของรัฐหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐตั้งอยู่มีกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของต่างประเทศนั้นเป็นการเฉพาะหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” (มาตรา 6 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ระเบียบ ข้อบังคับหรือข้อบัญญัติตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการนโยบายและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”)

- กำหนดในลักษณะที่คล้ายกันกับหลักเกณฑ์ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยกำหนดว่าหากเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างเอกสารซื้อหรือจ้างและประกาศเชิญชวนไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน เช่น ข้อบังคับราชวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2562 ข้อ 46 วรรคสอง, ข้อ 55 วรรคสอง, ข้อ 73 วรรคสอง, ข้อ 119 วรรคสอง และข้อ 164 วรรคสอง เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะว่าหากเห็นว่าร่างสัญญาหรือร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญาหรือร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เช่น ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2563 ข้อ 63 วรรคสาม และข้อ 65 วรรคสอง ระเบียบกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2563 ข้อ 63 วรรคสาม และข้อ 65 วรรคสอง และระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2564 ข้อ 67 วรรคสาม และข้อ 69 วรรคสอง เป็นต้น ก็มีระเบียบการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของสำนักงานสาขาในต่างประเทศ พ.ศ. 2564 ข้อ 63 วรรคสาม และข้อ 65 วรรคสอง กำหนดในลักษณะนี้แต่มีถ้อยคำที่แตกต่างออกไปเล็กน้อย กล่าวคือ กรณีส่งร่างสัญญาตามข้อ 63 วรรคสาม ใช้คำว่า “ให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน” แต่กรณีส่งร่างสัญญาที่แก้ไขตามข้อ 65 วรรคสอง ใช้คำว่า “ให้ผ่านความเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุดก่อน”

- กำหนดในลักษณะว่าในกรณีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่เห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาหรือหนังสือที่แก้ไขนั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เช่น ระเบียบธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ จ 21/2563 เรื่อง การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของสำนักงานตัวแทนในต่างประเทศของธนาคารแห่งประเทศไทย ข้อ 62 วรรคสอง เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะที่ไม่ได้ระบุให้หน่วยงานของรัฐนั้นส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา หากแต่มีหน่วยงานภายในของหน่วยงานของรัฐนั้นพิจารณาร่างสัญญาดังกล่าวเอง เช่น ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2560 ข้อ 63 และข้อ 65 ซึ่งกำหนดว่า หากส่วนราชการในต่างประเทศ (ที่สังกัดกระทรวงการต่างประเทศ) เห็นว่าร่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

ที่จะทำในต่างประเทศนั้นจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาให้กรมสนธิสัญญาและกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศพิจารณา ก่อน เป็นต้น กรณีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด

3.2.4 กรณีที่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับอื่นกำหนดให้นำพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาใช้บังคับ มีบางกรณีที่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับอื่นกำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมาใช้บังคับ เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ข้อ 16 และข้อ 18 เป็นต้น²²

4. พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

4.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

- มาตรา 41 บัญญัติว่า “เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาภายในสิบห้าวัน และให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน”

- มาตรา 42 บัญญัติว่า “ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชนร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด และเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาให้ความเห็นชอบ ก่อนนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนตามที่คณะกรรมการกำหนด

²² ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ข้อ 16 กำหนดว่า “การมอบหมายให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการเก็บหรือขนมูลฝอยให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ”

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ข้อ 18 กำหนดว่า “เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้ความเห็นชอบตามข้อ 17 แล้ว ให้ราชการส่วนท้องถิ่นผู้จัดทำข้อเสนอคัดเลือกเอกชนโดยนำหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

กรณีตามประกาศฯ ข้อ 16 ดังกล่าวข้างต้น แม้จะเห็นได้ว่า การที่ราชการส่วนท้องถิ่นทำสัญญาจ้างเอกชนให้ดำเนินการเก็บหรือขนมูลฝอยย่อมเป็นการจัดจ้างที่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ อยู่แล้วก็ตาม แต่ก็อาจมีกรณีที่มิได้จ้าง แต่เป็นการร่วมลงทุนระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นกับเอกชน ซึ่งก็จะต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ตามประกาศฯ ข้อ 16 ดังกล่าว

ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชน ร่างสัญญาร่วมลงทุน และเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนตามวรรคหนึ่ง ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับผลการคัดเลือกเอกชน ร่างสัญญาร่วมลงทุน และเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน

ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่เห็นชอบกับผลการคัดเลือกเอกชนหรือร่างสัญญาร่วมลงทุน ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่เห็นชอบแก่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกพร้อมกำหนดเวลาในการทบทวนผลการคัดเลือกเอกชนหรือร่างสัญญาร่วมลงทุนเพื่อนำเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดอีกครั้งหนึ่งก่อนนำเสนอคณะรัฐมนตรี

หากหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกยังยืนยันผลการคัดเลือกเอกชนหรือร่างสัญญาร่วมลงทุน ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนพร้อมความเห็นของรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา

เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือก”

- มาตรา 46 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ทั้งนี้ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไข”

- มาตรา 47 บัญญัติว่า “ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข ความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแล ร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น ต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยเมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขต่อไป

ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่เห็นชอบกับการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่เห็นชอบ พร้อมทั้งกำหนดเวลาในการทบทวนการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน”

4.2 ข้อพิจารณา

4.2.1 ความหมายของถ้อยคำสำคัญ

(1) คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 หมายความว่า ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และคำว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐ” หมายความว่า หน่วยงานในกำกับของรัฐ องค์กรมหาชน หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ หรือหน่วยงานอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้ เฉพาะที่อยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร ดังนั้น คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จึงมีความหมายใกล้เคียงกันกับถ้อยคำเดียวกันในพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แต่อาจมีส่วนเหลื่อมกันอยู่บ้าง เช่น ข้อความว่า “เฉพาะที่อยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร” ทำให้ไม่รวมถึง “สถาบันพระปกเกล้า” ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ และอยู่ในกำกับดูแลของประธานรัฐสภา ตามพระราชบัญญัติสถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. 2541 มาตรา 5 เป็นต้น

(2) คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 หมายความว่า (1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล หรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ (2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ (3) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือ (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ซึ่งมีส่วนแตกต่างกับบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ตรงข้อความว่า “หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ มีทุนรวมอยู่ด้วย” ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นข้อแตกต่างกันดังกล่าว เช่น กรณีของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งกองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบ แต่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ ไม่เป็นส่วนราชการและไม่เป็นรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ส่งผลให้ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ไม่เข้าลักษณะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 แต่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ เป็น “หน่วยงานอื่นของรัฐ” และมีผลให้ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) เข้าลักษณะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน

จำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น

(3) คำว่า “โครงการ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 หมายความว่า โครงการลงทุนของรัฐในกิจการที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือที่มีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง คำว่า “ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด และคำว่า “โครงการร่วมลงทุน” หมายความว่า โครงการที่มีการร่วมลงทุน ซึ่งจากบทนิยามดังกล่าวมีข้อพิจารณา ดังนี้

- โครงการนั้นต้องเป็นการลงทุนในกิจการที่มีกฎหมายหรือกฎระบุให้หน่วยงานของรัฐอย่างน้อยหน่วยงานหนึ่งเข้าร่วมลงทุนนั้นมีหน้าที่และอำนาจต้องทำกิจการนั้น และต้องเป็นกรณีที่มีเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุน ดังนั้น หากคู่สัญญาทุกฝ่ายล้วนเป็นหน่วยงานของรัฐ ย่อมไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้

- โครงการร่วมลงทุนที่จะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นโครงการร่วมลงทุนในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในมาตรา 7 ได้แก่ (1) ถนน ทางหลวง ทางพิเศษ การขนส่งทางถนน (2) รถไฟ รถไฟฟ้า การขนส่งทางราง (3) ท่าอากาศยาน การขนส่งทางอากาศ (4) ท่าเรือ การขนส่งทางน้ำ (5) การจัดการน้ำ การชลประทาน การประปา การบำบัดน้ำเสีย (6) การพลังงาน (7) การโทรคมนาคม การสื่อสาร (8) โรงพยาบาล การสาธารณสุข (9) โรงเรียน การศึกษา (10) ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง ผู้สูงวัย ผู้ด้อยโอกาส หรือผู้พิการ (11) ศูนย์นันทนาการและศูนย์การประชุม (12) กิจการอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และรวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวใน (1)-(12) ด้วย ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ดังนั้น หากโครงการร่วมลงทุนนั้นไม่ใช่กิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในมาตรา 7 ก็ย่อมจะไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้

4.2.2 หลักการตามบทบัญญัติและประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

(1) ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐสร้างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจพิจารณา จำแนกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

- กรณีที่ 1 เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจะต้องนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาภายในสิบห้าวัน และสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน (มาตรา 41)

- กรณีที่ 2 ในกรณีที่จำเป็นต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจะต้องเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา และสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไข (มาตรา 46)

มีข้อพิจารณาว่า กรณีในทางปฏิบัติที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฯ ให้ตั้งแต่ก่อนมีการออกประกาศเชิญชวนฯ นั้น ไม่ถือเป็นการตรวจพิจารณาตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หากแต่เป็นการตรวจพิจารณาเป็นการเบื้องต้นในฐานะที่เป็นเอกสารส่วนหนึ่งของประกาศเชิญชวนฯ ตามพระราชบัญญัติองค์การและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 ซึ่งหลังจากที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการได้ตัวผู้รับคัดเลือกและผ่านการเจรจาแล้วก็จะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาอีกชั้นหนึ่งตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ดังกล่าว

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการที่จะไม่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแม้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการเห็นว่าร่างสัญญาไม่มีปัญหาในทางเสียเปรียบ และรัดกุมพอแล้ว และไม่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีการทำสัญญาตามแบบสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด (ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวข้างต้น) ดังนั้น จึงต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาดังกล่าวตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนด²³

(2) อำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน นอกจากกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

²³ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ (Government Contracts) (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554), หน้า 39

พ.ศ. 2562 แล้ว ยังกำหนดในอนุบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เช่น ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการโครงการร่วมลงทุนที่มีมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2563 ข้อ 16, 17 เป็นต้น

(3) บางกรณีแม้มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน แต่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เช่น กรณีที่ราชการส่วนท้องถิ่นมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการหรือทำร่วมกับราชการส่วนท้องถิ่นในการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย ตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 34/1 (เพิ่มโดยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 6)²⁴ ซึ่งได้มีประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ออกมาใช้บังคับโดยเฉพาะซึ่งกำหนดให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ การตรวจพิจารณาร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดกรณีนี้จึงไม่ใช่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หากแต่ดำเนินการตามประกาศกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

(4) กำหนดเวลาสี่สิบห้าวันที่กฎหมายกำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จดังกล่าว เป็นเพียงกำหนดเวลาเร่งรัด ซึ่งหากสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาสี่สิบห้าวันก็ไม่ได้ส่งผลให้กระบวนการที่เกี่ยวข้องไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด แต่จะทำให้ขั้นตอนที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจะต้องดำเนินการต่อไปนั้นยังไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ ใดๆก็ดี ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ดำเนินการเสร็จทันภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ทั้งนี้

²⁴ มาตรา 34/1 พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 (เพิ่มโดยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 6) บัญญัติว่า

“การเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย ในเขตพื้นที่ของราชการส่วนท้องถิ่นใดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของราชการส่วนท้องถิ่นนั้น แต่ไม่รวมถึงองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ราชการส่วนท้องถิ่นจะมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นอื่น รวมทั้งองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการหรือทำร่วมกับราชการส่วนท้องถิ่นก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ การมอบให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการดังกล่าว มิให้ถือว่าเป็นการร่วมลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แต่หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดดังกล่าว ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ประกอบด้วย

เนื่องจากในทางปฏิบัติหากเป็นโครงการที่มีความซับซ้อนหรือวงเงินลงทุนที่สูงมาก หรือเป็นกรณีที่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการประสานงานให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ร่างสัญญาร่วมลงทุนและให้ความเห็นในเบื้องต้นได้²⁵ หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการก็อาจมีการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเบื้องต้นรอบหนึ่งก่อน ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ให้ความร่วมมือตรวจพิจารณาเบื้องต้นให้ และเมื่อมีการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวก็ทำให้สามารถดำเนินการได้ทันภายในกำหนดเวลาเนื่องจากได้ตรวจพิจารณาเบื้องต้นมารอบหนึ่งแล้ว

5. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535

5.1 หลักเกณฑ์

คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบและแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ที่สำนักนายกรัฐมนตรีเสนอ ดังนี้

ให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเดิมซึ่งยืนยันตามหนังสือรวม 9 ฉบับ และวางหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจถือปฏิบัติต่อไป ดังนี้

“1.

2. ให้ส่วนราชการต่างๆ ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามสัญญา

3. ให้รัฐวิสาหกิจทุกประเภทส่งร่างสัญญาต่อไปนี้ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามสัญญา

3.1 การทำสัญญาผูกพันบุคคล นิติบุคคลหรือสถาบันอื่นใดในต่างประเทศ ซึ่งมีใช้การดำเนินงานตามปกติธุระ หรือ

3.2 การทำสัญญาที่เห็นว่าอาจจะมีปัญหาทางกฎหมายหรือเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ หรือ

3.3 การทำสัญญาผูกพันที่ใช้จ่ายจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐตั้งให้เพื่อการหนึ่ง การใดโดยเฉพาะ ซึ่งมีใช้เพื่อเป็นรายจ่ายในการดำเนินการตามปกติธุระ

²⁵ เช่น ประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการเงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. 2560 ข้อ 11 วรรคสาม กำหนดว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็น ให้สำนักงาน (เพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก) ประสานงานกับสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนและให้ความเห็นในเบื้องต้นในการจัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุน” เป็นต้น

สำหรับการทำสัญญาในกรณีอื่น ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐวิสาหกิจที่จะพิจารณาส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาหรือไม่ก็ได้

4. การทำสัญญาตามข้อ 2 และข้อ 3 ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในกรณีดังต่อไปนี้

4.1 การทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้ว หรือการทำสัญญาที่จำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบดังกล่าวเพียงเล็กน้อยในประเด็นที่มีสาระสำคัญและไม่ทำให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเสียเปรียบ

4.2 การทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจที่คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเห็นว่าไม่จำเป็นต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา (มติคณะรัฐมนตรีให้ตัดข้อย่อยนี้ออก)

4.3 การทำสัญญาของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญท้องถิ่นหรือผู้รู้กฎหมายของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นแล้ว

5. หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช่บังคับกับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง (มติคณะรัฐมนตรีให้แก้ไขเป็นดังนี้ “หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช่บังคับกับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับที่คณะรัฐมนตรีให้ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง”).....”

5.2 ข้อพิจารณา

(1) หลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว กล่าวถึงเฉพาะ “ส่วนราชการ” และ “รัฐวิสาหกิจ” โดยไม่ได้กล่าวถึงหน่วยงานของรัฐประเภทอื่น ซึ่งอาจเป็นเพราะในขณะที่มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ยังไม่ค่อยมีหน่วยงานของรัฐประเภทอื่นๆ

(2) หลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีข้อยกเว้น จึงเป็นเรื่องที่อาจพิจารณาเทียบเคียงกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ก็อาจเทียบเคียงตามบทนิยามของคำดังกล่าวในกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ เป็นต้น

(3) ในกรณีที่ร่างสัญญาหรือการทำสัญญานั้นๆ อยู่ในบังคับที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับดังกล่าว เช่น กรณีที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

พ.ศ. 2560 หรือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น ส่วนหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว โดยทั่วไปจะนำมาใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น

(4) ในกรณีที่อยู่ในบังคับของหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวที่จะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา และปรากฏว่าส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นฝ่าฝืนโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว นั้น ไม่มีการกำหนดมาตรการบังคับที่จะส่งผลกระทบต่อการทำสัญญาหรือต่อความสมบูรณ์ของสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม โดยที่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้กำหนดให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว การฝ่าฝืนนอกจากจะเป็นการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ในส่วนที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีแล้ว หากปรากฏว่าเกิดความเสียหายต่อส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจในการทำสัญญาดังกล่าวก็อาจเป็นพฤติการณ์ประกอบที่แสดงถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอันอาจนำไปสู่ความรับผิดตามกฎหมายของผู้ที่ฝ่าฝืนนั้นได้

6. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบและบทสรุป

จากการพิจารณาเปรียบเทียบบทกฎหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 มีทั้งประเด็นที่เหมือนกันและแตกต่างกัน กล่าวคือ

6.1 พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐและนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น แต่ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ในขณะที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในบางกรณี และการไม่ปฏิบัติตามอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาในบางกรณีด้วย และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของ

โครงการต้องส่งร่างสัญญาพร้อมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาซึ่งหากไม่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดก็จะไม่สามารถดำเนินการในขั้นตอนต่อไปได้ ส่วนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 กำหนดให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในบางกรณี แต่การไม่ปฏิบัติไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา แต่หากเกิดความเสียหายต่อส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจในการทำสัญญาดังกล่าวก็อาจเป็นพฤติการณ์ประกอบที่แสดงถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอันอาจนำไปสู่ความรับผิดตามกฎหมายของผู้ที่ฝ่าฝืนนั้นได้

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่มีบทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการที่จะไม่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแม้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการเห็นว่าร่างสัญญาไม่มีปัญหาในทางเสียเปรียบ และรัดกุมพอแล้ว และไม่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีการทำสัญญาตามแบบสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด (ซึ่งแตกต่างกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535) ดังนั้นจึงต้องส่งร่างสัญญาดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนด

6.2 พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ใช้บังคับกับร่างสัญญาทุกประเภท รวมทั้งร่างเอกสารทางกฎหมายที่ประสงค์จะใช้ทำนิติกรรมต่อไป ซึ่งต้องมีสถานะเป็น “ร่าง”, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับกับร่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างฯ และได้กำหนดถึงกรณีที่อาจส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ใช้บังคับกับร่างสัญญาร่วมลงทุนที่เข้าเงื่อนไขตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่วนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ใช้บังคับกับร่างสัญญาประเภทที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น

6.3 ในส่วนของหน่วยงานที่อาจส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 จำแนกเป็นกรณี “หน่วยงานของรัฐ” กับ “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น”, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ใช้คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ส่วนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อ

วันที่ 1 กันยายน 2535 ใช้คำว่า “ส่วนราชการ” และ “รัฐวิสาหกิจ” ซึ่งในรายละเอียดอาจมีส่วนเหลื่อมกันอยู่ แต่โดยสาระสำคัญก็มีความครอบคลุมที่ใกล้เคียงกัน

6.4 เกี่ยวกับการตรวจพิจารณา พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ใช้คำว่า “ตรวจ”, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้คำว่า “พิจารณาให้ความเห็นชอบ”, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ใช้คำว่า “ตรวจพิจารณา” และหลักเกณฑ์ตามอนุบัญญัติที่ออกตามกฎหมายบางฉบับก็ใช้คำว่า “พิจารณา” ซึ่งโดยความหมายของถ้อยคำดังกล่าวอาจไม่แตกต่างกันโดยตรง เพราะข้อแตกต่างของผลทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับตามที่กฎหมายกำหนด และสำนักงานอัยการสูงสุดก็ใช้มาตรฐานการตรวจเพื่อให้เกิดความรอบคอบและรัดกุมในทุกกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คำที่ใช้โดยทั่วไปคือคำว่า “ตรวจพิจารณา” แต่ในหนังสือหรือเอกสารโต้ตอบที่เกี่ยวข้อง สำนักงานอัยการสูงสุดจะใช้ถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องในกรณีนั้น

6.5 หลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 มีวัตถุประสงค์หลักที่เหมือนกัน คือ เพื่อให้การทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐมีความรอบคอบและรัดกุม และเพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติอย่างดีที่สุด และในส่วนที่ไม่มีกำหนดไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หรือมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 นั้น หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจพิจารณาร่างสัญญาตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ก็ย่อมนำมาใช้บังคับด้วย เช่น การที่สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ และต้องแจ้งให้หน่วยงานของรัฐนั้นทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ เป็นต้น