

บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นนั้น อาจจะเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชน ซึ่งคู่สัญญาอยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา โดยจะต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับสัญญา ซึ่งเรียกว่า "สัญญาทางแพ่ง" นอกจากนี้สัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้น อาจจะเป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับคู่ความฝ่ายเอกชน ไม่ได้อยู่ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ที่เรียกว่า "สัญญาทางปกครอง" ซึ่งแนวคิดทั่วไปรวมถึงระบบกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน

2.1 แนวคิดพื้นฐานของสัญญาทางปกครอง

แนวความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน โดยหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญคือ ข้อความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ที่ได้พัฒนาเป็นทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน

2.1.1 ประโยชน์สาธารณะ

การที่มนุษย์รวมตัวกันอยู่เป็นสังคมก็เพื่อตอบสนองความต้องการในสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต ในส่วนที่เอกชนคนใดคนหนึ่งไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะเป็นเรื่องที่เกินความสามารถที่เอกชนคนใดคนหนึ่งจะกระทำได้ หรือเพราะกิจการเหล่านั้นไม่อาจให้ผลตอบแทนที่ได้สัดส่วนกับการลงทุนของเอกชน จึงเป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามาดำเนินการความต้องการพื้นฐานเหล่านี้ คือขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งประโยชน์สาธารณะเป็นเป้าหมายหลักของสังคม โดยมีแนวความคิดพื้นฐานว่าในสังคมประกอบด้วยสมาชิกจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคมหรือที่เรียกประโยชน์สาธารณะแล้ว ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน หากปัจเจกชนไม่ยินยอมสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจะต้องเข้ามาจัดการเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวของรัฐถือว่าการกระทำในนามคนหมู่มากในสังคม เป็นการมอบอำนาจปกครองให้รัฐ

ใช้เป็นเครื่องมือบังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

ภารกิจหรือหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนหรือเพื่อตอบสนองความต้องการของส่วนรวม เรียกว่า “บริการสาธารณะ (Service Public)”¹

2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะคือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ที่ดำเนินการจัดทำขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือโดยเอกชน ซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจกำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ²

ทั้งนี้สามารถจำแนกพิจารณาถึงลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะได้ 3 ประการ ดังนี้³

- 1) บริการสาธารณะต้องเป็นกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ
- 2) บริการสาธารณะต้องเป็นกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลในกฎหมายมหาชน โดยอาจจะจัดทำโดยรัฐ, องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์การมหาชน หรืออาจจะเป็นกิจกรรมที่บุคคลในกฎหมายมหาชนมอบให้เอกชนไปจัดทำ และอยู่ภายใต้ความควบคุมของบุคคลในกฎหมายมหาชน

3) บริการสาธารณะจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการจัดทำกิจกรรมของเอกชน ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างสะดวกรวดเร็ว เช่น การให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง

ในกิจการที่เป็นบริการสาธารณะนั้น รัฐจะต้องจัดการหรือควบคุมดูแลให้การดำเนินการเป็นไปด้วยดี โดยหลักเกณฑ์ที่เป็นพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ 3 ประการ ดังนี้⁴

¹ บุนผา อัครพิมาณ, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 7-8.

² นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 106-108.

³ เรื่องเดียวกัน.

2.1.2.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

การที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น มิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดการเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ดังนั้นประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาค ดังเช่น ผู้เข้าใช้บริการสาธารณะย่อมมีสิทธิในการรับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกัน ภายใต้กฎและระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือในเรื่องของการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ ที่บุคคลทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วน ย่อมมีความเสมอภาคกันในการเข้าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2.1.2.2 หลักว่าด้วยต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่จำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ ย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้ บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ ดังนั้น ผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และในกรณีเกิดการหยุดชะงัก ในการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชน องค์กรที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนตายตัวว่าต้องมีลักษณะอย่างไร สำหรับบริการสาธารณะบางประเภทต้องจัดทำอย่างถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ บริการสาธารณะบางประเภทต้องจัดทำตลอด 24 ชั่วโมง เช่น การควบคุมการคมนาคมทางอากาศ ในขณะที่บริการสาธารณะบางประเภทไม่ต้องจัดทำอย่างถาวรแต่จะต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอ เช่น พิพิธภัณฑสถานกำหนดเวลาปิด-เปิด กำหนดวันหยุดได้ นอกจากนี้ความต่อเนื่องยังขึ้นอยู่กับยุคสมัยและสภาพสังคมด้วย

⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 43-54.

2.1.2.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองเพื่อที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย และเนื่องจากบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการของประชาชน ดังนั้น เมื่อความต้องการของประชาชนมีการเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะก็ต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน

2.1.3 ทฤษฎีอำนาจมหาชน

นอกเหนือไปจากทฤษฎีบริการสาธารณะแล้ว ยังมีทฤษฎีที่สำคัญ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คือ ทฤษฎีอำนาจมหาชน ซึ่งมีพื้นฐานมาจากข้อความคิดว่าด้วยอำนาจมหาชนที่พัฒนามาจากยุคโรมัน เป็นทฤษฎีที่รัฐใช้สนับสนุนอำนาจรัฐ ตามทฤษฎีนี้อำนาจมหาชนกับรัฐคือสิ่งเดียวกัน เจตจำนงของรัฐย่อมอยู่เหนือเจตจำนงของปัจเจกชน ซึ่งในภายหลังได้พัฒนาหลักทฤษฎีอำนาจมหาชนมาเป็นว่า อำนาจมหาชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ เพราะรัฐมีหน้าที่ดูแลประโยชน์สาธารณะ ต่อมาได้เกิดทฤษฎีแบ่งแยกวิธีการทำภารกิจของรัฐออกเป็นสองประเภท คือ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือและการกระทำที่ต้องใช้การบริหารจัดการ โดยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองและใช้หลักกฎหมายปกครอง ในขณะที่การกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและใช้หลักกฎหมายเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลไว้โดยเฉพาะ⁵

ภายใต้ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน "สัญญา" จึงถือเป็นสิ่งที่ยอยู่นอกขอบเขตของกฎหมายปกครอง เพราะกิจกรรมส่วนใหญ่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจฝ่ายเดียวเป็นหลัก และโดยทั่วไปสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำจะเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง เว้นแต่ฝ่ายปกครองจะทำการใช้อำนาจมหาชนปรากฏในข้อสัญญา จึงจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจ ซึ่งทฤษฎีนี้ได้พัฒนามาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสัญญาทางปกครองว่าต้องมีข้อความที่ไม่ค่อยพบในทางแพ่ง เพราะ

⁵ บุบผา อัครพิมาณ, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 17-19.

ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง⁶

2.2 วิวัฒนาการของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองมีพัฒนาการล่าช้ากว่าสัญญาทางแพ่งเป็นอันมาก โดยแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งนั้นเกิดขึ้นมาเป็นเนิ่นนานสามารถย้อนหลังไปได้ถึงสมัยโรมัน ตั้งแต่เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมาย (Corpus Juris Civilis) ในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่ของประมวลกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายเอกชน โดยระบุถึงความสัมพันธ์ของบุคคลในรูปแบบของสัญญา⁷

แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งมีการพัฒนาเรื่อยมาในยุโรป จนกระทั่งในศตวรรษที่ 11 ซึ่งกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน ได้ถูกนำมาศึกษาและเผยแพร่ในมหาวิทยาลัยต่างๆ ในยุโรป เช่น ในมหาวิทยาลัยโบโลญญา (Bologna) ทำให้กฎหมายแพ่งของโรมัน มีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป และเมื่อมองไปเลยนครองอำนาจ ภายหลังจากการปฏิวัติในฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 ได้มีการตราประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส โดยนำแนวคิดมาจากระบบกฎหมายโรมัน ที่ได้มีการศึกษาอย่างแพร่หลายในมหาวิทยาลัยต่างๆ มาจัดทำเป็นประมวลกฎหมายเพื่อให้เป็นระเบียบและง่ายต่อการใช้ โดยมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1804 ซึ่งในเวลาต่อมาประเทศต่างๆ ในยุโรปได้นำแนวคิดดังกล่าว ไปจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งในประเทศของตน เช่น เบลเยียม, ฮอลแลนด์, อิตาลี และออสเตรีย เป็นต้น ในขณะที่ประเทศเยอรมันแม้จะมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเช่นกัน แต่ก็มีมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นตามแนวคิดของตนเองที่ต่างไปจากของประเทศฝรั่งเศส โดยได้ประกาศใช้ในปี 1900⁸

ในขณะที่แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง มีพัฒนาการมายาวนานจนมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นในหลายประเทศในยุโรป แต่แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกลับมีพัฒนาการที่ล่าช้ากว่าเป็นอันมาก แม้ว่าจะมีแนวคิดในการแบ่งแยกระบบกฎหมายออกเป็นกฎหมาย

⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "รายงานวิจัยเรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง", เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานศาลปกครอง, 2547, หน้า 7-8.

⁷ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, **หลักกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), หน้า 141-142.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 178-179.

แพ่งและกฎหมายมหาชน มาตั้งแต่ในสมัยโรมันโบราณที่มีการจัดทำกฎหมาย 12 โต๊ะ (Law of twelve Tables) และได้บัญญัติเรื่องของกฎหมายมหาชนไว้เป็นการเฉพาะในโต๊ะที่ 9 แต่ก็ยังไม่มี การกล่าวถึงแนวคิดในการแบ่งแยกสัญญาออกเป็นสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง⁹

การพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเป็นรูปร่างอย่างชัดเจนใน ประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากปฏิวัติใหญ่เมื่อปี ค.ศ.1789 โดยมีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมา ใช้ในการปกครองประเทศ โดยมีการจัดทำกฎหมาย ลงวันที่ 16-21 สิงหาคม ค.ศ.1790 เพื่อห้าม ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่ความ โดยมีแนวคิดให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ ตัดสินข้อพิพาทที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความ เพราะเป็นการระงับปัญหาภายในฝ่ายปกครองโดย ไม่กระทบถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ แนวความคิดดังกล่าวส่งผลให้เกิดระบบการควบคุมการ ดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองขึ้นภายในฝ่ายปกครอง อันเป็นการควบคุมในระบบบังคับบัญชา และเมื่อผ่านไปเสียนกั้วเข้าสู่อำนาจ ได้มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและสภาจังหวัด โดย รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1799 เพื่อทำหน้าที่แก้ไขข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินงานของ ฝ่ายปกครอง แต่มีอำนาจเพียงให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครอง โดยการตัดสินชี้ขาดยังคงเป็นอำนาจ ของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งในปี ค.ศ.1872 จึงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้ด้วยตนเองตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ.1872 ซึ่งกฎหมายฉบับนั้นนอกจากจะทำให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ กลายเป็นศาลปกครองแล้ว ยังได้จัดตั้งศาลคดีขัดกันเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล ปกครองและศาลยุติธรรม¹⁰

ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกัน เป็นที่มาสำคัญของหลัก กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส โดยคำพิพากษาของศาลคดีขัดกันในคดี Blanco ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลปกครองไว้ว่าศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจใน การพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ซึ่งถือเป็นกิจกรรมของรัฐ¹¹

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดี Blanco จะยังไม่นำไปปรับใช้ กับสัญญาต่าง ๆ ที่ทำขึ้นโดยฝ่ายปกครอง จนกระทั่งในเวลาต่อมา ตุลาการผู้แถลงคดี Romieu ใน คดี Terrier ได้วางข้อสรุปไว้ว่า การจัดให้มีหรือการดำเนินบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะป็นกรณี ที่ฝ่ายปกครองใช้วิธีการทำสัญญาหรือใช้อำนาจบังคับ ก็ถือว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่ง

⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและใน ประเทศไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 28.

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 17-20.

¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543), หน้า 26-27.

แสดงให้เห็นว่า สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำและมีความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง¹²

หลักเกณฑ์ความเกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ใช้ในการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง ที่เกิดจากแนวคำพิพากษา นอกจากนี้ในภายหลังก็ได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์อื่นๆ ขึ้นมาอีก เช่น การวินิจฉัยว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญา

ส่วนในประเทศเยอรมันนั้น ก่อนที่จะมีการก่อตั้งระบบวินิจฉัยในทางปกครองขึ้นมานั้น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนถือว่าเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนและต้องอยู่ภายใต้บังคับของศาลยุติธรรมทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดของ Theory of Fikus อันเป็นแนวความคิดที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ซึ่งถือว่ารัฐนั้นเป็นอีกสิ่งหนึ่งซึ่งแยกออกไปต่างหากจากนิติบุคคลเรียกว่า Fikus ซึ่งตัวรัฐเองมีสิทธิและมีความสามารถที่จะก่อความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือก่อภาระหนี้กับเอกชนได้ภายใต้กฎหมายเอกชน ต่อมา หลังจากมีการก่อตั้งระบบวินิจฉัยในทางปกครองขึ้นในศตวรรษที่ 19 จึงทำให้เกิดการพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยสัญญาทางปกครองแยกออกไปจากสัญญาทางแพ่ง¹³

โดยในวงการวิชาการของประเทศเยอรมันนั้น มีการโต้แย้งมายาวนานว่าสัญญาทางปกครองเป็นสิ่งที่มิอยู่ในระบบกฎหมายหรือไม่ ในขณะที่ในทางปฏิบัตินั้นได้มีการยอมรับเรื่องของสัญญาทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายปกครองที่เห็นความจำเป็นที่ต้องใช้รูปการกระทำทางปกครองในรูปแบบสัญญา และศาลปกครองก็ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในปี ค.ศ.1966 ที่แสดงถึงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการให้เหตุผลถึงสัญญาทางปกครอง และทำที่สุดสัญญาทางปกครองก็ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในปี ค.ศ.1976 โดยในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้เคียงข้างเรื่องคำสั่งทางปกครอง และได้บัญญัติรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบ ความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนการบังคับตามสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 54 ถึง

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "รายงานวิจัยเรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง", หน้า 12-14.

¹³ บุญส่ง ศิริพันธ์โนน, "สิทธิพิเศษของรัฐในการแก้ไขสัญญา", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 30-32.

มาตรา 62 แห่งกฎหมายดังกล่าว¹⁴

สำหรับในระบบกฎหมายไทยนั้นได้ปรากฏแนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครอง ตั้งแต่ในสมัยสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งได้ทรงแยกสัญญาออกเป็นสัญญาไปรเวท (Private Contract) และสัญญาปับลิก (Public Contract) ตามพระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองซึ่งจะทำสัญญากับชาวต่างประเทศ พ.ศ.2471 โดยสัญญาไปรเวท เป็นสัญญาในกิจการที่เป็นการรับซื้อขายสิ่งของต่างๆ จ้างคน ช่างม้า เช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรง เช่าแพที่มีเจ้าของ ซึ่งมีลักษณะเป็นธุรกิจระหว่างเอกชนกับเอกชน ส่วนสัญญาปับลิก หรือสัญญาของแผ่นดินเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติ โดยกิจการที่จะต้องทำเป็นสัญญาปับลิก ได้แก่การทำไม้ซุงไร่ ทำข้าวสาร ตีบุก ร่อนทอง ซุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาชีอากร ทำสวนไร่นา ที่ไม่มีเจ้าของอื่นและเป็นของแผ่นดิน ซึ่งสัญญาเหล่านี้จะทำโดยผู้รักษาเมืองก็ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาตแล้วเท่านั้น สัญญาปับลิกจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาทางปกครอง แต่เมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ขึ้นในปี พ.ศ.2467 แนวความคิดเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนก็ใช้เป็นหลักในการทำสัญญาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสัญญาของส่วนราชการหรือเอกชน¹⁵

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัตินั้นพบว่า ได้ปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ โดยสามารถย้อนหลังไปได้ถึงในสมัยรัชกาลที่ 5 ก็ได้มีการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินงานด้านสิ่งสาธารณูปโภค เช่น พระราชทานสัมปทานในการสร้างทางรถไฟสายแรกระหว่างกรุงเทพถึงสมุทรปราการ ให้แก่บริษัทเดนมาร์ค เป็นต้น ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีการออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตและสัมปทานหลายฉบับ โดยกฎหมายฉบับแรกเป็นการให้อำนาจในการให้เอกชนดำเนินกิจการรถไฟ ตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดยกำหนดให้กิจการหลายประเภทที่ถูกควบคุมต้องขอพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานก่อน จึงจะดำเนินการได้ หลังจากนั้น จึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายพระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พุทธศักราช 2473 ซึ่งเป็นเรื่องของการสร้างและบำรุงทางหลวงในราชอาณาจักร พระราชบัญญัติ

¹⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 1-3.

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "รายงานวิจัย เรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง", หน้า 107-110.

การชลประทานราชบุรี พ.ศ. 2482 ซึ่งเป็นเรื่องของการทำการชลประทานส่วนการค้ำ เป็นต้น และในปี พ.ศ. 2513 ได้มีการออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2513 เพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้กำหนดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคมีอยู่ในความควบคุม และต้องได้รับอนุญาต หรือสัมปทานจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องก่อนจึงจะดำเนินการได้ เช่น การรถไฟ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า เป็นต้น พร้อมทั้งเพิ่มเติมกิจการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจบางประเภทที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยและผาสุกของประชาชนเป็นกิจการที่ต้องขออนุญาต นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายหลายฉบับที่ออกมาในภายหลังที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องของสัมปทานไว้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 3 หรือพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร มาตรา 9 เป็นต้น¹⁶

สัญญาเกี่ยวกับการอนุญาตและสัมปทานดังกล่าว จึงแสดงให้เห็นถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยในอดีต โดยเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาแพ่งทั่วไป อยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองและเอกชนแตกต่างไปจากสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง เช่น การกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมและกำกับบริการสาธารณะอย่างใกล้ชิด หรือการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในบางกรณี แต่อย่างไรก็ตามแม้จะปรากฏแนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาต และสัมปทานในระบบกฎหมายไทยมานานพอสมควร แต่ก็ยังไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะซึ่งโดยทั่วไป เมื่อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้ นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาก็ย่อมจะเป็นไปตามกฎหมาย กฏระเบียบ และข้อบังคับของทางราชการ และข้อกำหนดในสัญญา หากไม่มีข้อบังคับหรือข้อกำหนดดังกล่าว ศาลฎีกาจะใช้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่สัญญา เช่น ในคดีสัมปทานบัตรเพื่อการลงทุนประกอบการเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมในที่ดินที่กระทรวงมหาดไทยออกให้แก่เอกชน ศาลเห็นว่าเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัมปทานบัตร และในส่วนที่ไม่ระบุไว้ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁷

¹⁶ ฤทัย หงส์สิริ, "การนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย," วารสารกฎหมายปกครอง 18 (เมษายน 2542) : 64-65.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน

ในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง โดยกำหนดให้สัญญาทางปกครองเป็นประเภทหนึ่งของคดีปกครอง พร้อมทั้งได้กำหนดนิยามสัญญาทางปกครองขึ้นอย่างเป็นทางการ จึงถือเป็นต้นกำเนิดของสัญญาทางปกครองอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย

2.3 สัญญาทางปกครองกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

2.3.1 เสรีภาพในการทำสัญญา : หลักพื้นฐานของสัญญาทางแพ่ง

ในสัญญาทางแพ่งนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญคือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเกิดจากความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในศตวรรษที่ 19 ที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์ โดย Adam Smith ที่เขียนไว้ในหนังสือ "The Wealth of Nation" ว่า "บุคคลทุกคนควรที่จะมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนเองด้วยวิธีการของตนเอง (every man should be free to pursue his own interest in his own way) เป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะต้องให้ความเป็นผลต่อเจตนาของคู่สัญญาและมีการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาได้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้¹⁸

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น ได้มีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ ในยุโรป ในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่สภาพสังคมและเศรษฐกิจ ทั้งในด้านอุตสาหกรรมและด้านธุรกิจการค้ายังอยู่ในขั้นพื้นฐานที่ได้ใช้ฝีมือในการประกอบการหรือทำกันภายในครอบครัว ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญายังมีลักษณะใกล้ชิด มีบรรยากาศของการเจรจาต่อรองกันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ในยุคดังกล่าวแนวคิดเกี่ยวกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงได้รับการยอมรับ และมีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ ในยุโรปเป็นอย่างมาก อันจะเห็นได้จากเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยมีความเชื่อว่ายังมีการทำสัญญามากเท่าไรก็จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากเท่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้มีอิทธิพลต่อการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งต่างๆ ในยุโรปในเวลาต่อมา ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่ง

¹⁸ จำปี โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 255-256.

ของประเทศต่างๆ ในยุโรปที่ได้จัดทำขึ้นในช่วงดังกล่าวก็ยังคงมีการบังคับใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบันแม้จะมีการแก้ไขและปรับปรุงบ้างในบางส่วน แต่หลักการสำคัญอันเป็นพื้นฐานของสัญญาทางแพ่งก็ยังคงอยู่ เช่น หลักการตีความสัญญาที่ตามประมวลกฎหมายของประเทศต่าง ๆ กำหนดให้สัญญาถูกบังคับ ตามเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงกันได้ โดยถือว่าเจตนาเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ตกลงให้ความยินยอม¹⁹

โดยหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น มีอยู่ 2 ความหมาย คือ เสรีภาพที่จะตกลงเข้าทำสัญญา และเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้ว โดยมีรายละเอียดคือ²⁰

2.3.1.1 เสรีภาพที่จะตกลงเข้าทำสัญญา

เสรีภาพที่จะตกลงเข้าทำสัญญา หมายถึงเสรีภาพในการก่อให้เกิดขึ้น ดำเนินต่อไปและตกลงเข้าทำสัญญาซึ่งเป็นด้านการกระทำ (Positive sense) และเสรีภาพในการไม่เข้าทำสัญญาด้วยการถอนคำเสนอยกเลิก การเจรจาซึ่งเป็นด้านไม่กระทำ (Negative Sense)

2.3.1.2 เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังที่สัญญาเกิดขึ้น

เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังที่สัญญาเกิดขึ้น หมายถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐ เพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ก่อนเกิดสัญญา ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจึงไม่อาจเข้าไปแทรกแซง สิ่งที่คู่สัญญากำหนดไว้ มิฉะนั้นเสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลาย

2.3.2 การจำกัดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในสัญญาทางปกครอง

ในสัญญาทางแพ่งนั้นคู่สัญญาอาจจะมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถ เช่น หากคู่สัญญาเป็นบุคคลธรรมดาต้องเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะ หากยังไม่บรรลุนิติภาวะจะต้องได้รับความ

¹⁹ ดารافر ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 16-17.

²⁰ จำปี โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา, หน้า 254.

ยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือหากเป็นนิติบุคคลเอกชน ผู้ที่สามารถเข้าทำสัญญาจะต้องเป็นผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายของนิติบุคคลนั้น²¹ แต่สำหรับสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองที่จะเข้าทำสัญญา นอกจากจะต้องเป็นผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายของนิติบุคคลมหาชนแล้ว ยังมีข้อจำกัดในทางกฎหมาย ดังนี้

2.3.2.1 การจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

ในสัญญาทางปกครองคู่สัญญามีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาที่จำกัด ซึ่งต่างไปจากสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ในการเลือกคู่สัญญา โดยการเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ต้องอยู่บนแนวความคิดพื้นฐานเรื่องความเสมอภาค คือ เปิดโอกาสให้เอกชนทุกคนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนด เข้ามายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับรัฐได้โดยเท่าเทียมกัน และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม การจำกัดสิทธิหรือการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้มีสิทธิจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้จะต้องเป็นไปโดยสุจริต และเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลเท่านั้น และจะต้องมีกฎหมายออกมาเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเท่านั้น มิฉะนั้นการจำกัดสิทธิเอกชนดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²²

สำหรับในระบบกฎหมายไทยนั้น การเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองหากเป็นการจัดซื้อจัดจ้าง จะเป็นไปตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งจะกำหนดให้ใช้วิธีการประกวดราคาเป็นหลักในการเลือกคู่สัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นกลาง ส่วนวิธีการเลือกคู่สัญญาโดยวิธีอื่น เช่น วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ ฝ่ายปกครองจะใช้ได้ก็ตามที่กฎหมายอนุญาตเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกคู่สัญญาตามใจชอบไม่ได้²³

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70

“นิติบุคคลต้องมีผู้แทนคนหนึ่งหรือหลายคนทั้งนี้ ตามที่กฎหมายข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งจะได้กำหนดไว้

ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคล”...

²² บุษผา อัครพิมาณ, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 109-112.

²³ พรพิมล บุญทวีเวช, “ข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาตไต่ตุลาการในสัญญาทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 36.

2.3.2.2 การจำกัดหลักเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

สัญญาในระบบกฎหมายเอกชนนั้น คู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญา เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายและกฎหมายในเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในส่วนของสัญญาทางปกครองคู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพดังกล่าว เนื่องจากการทำสัญญาทางปกครองมักจะถูกกำหนดให้ทำสัญญาตามแบบหรือสัญญาสำเร็จรูป²⁴

ตัวอย่างเช่น ในการทำสัญญาลาศึกษาต่อระหว่างส่วนราชการ กับข้าราชการภายในหน่วยงานของไทยนั้น โดยทั่วไปก็จะต้องทำสัญญาตามแบบที่กระทรวงการคลังกำหนด หรือการให้สัมปทานการสำรวจแร่จะต้องเป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 หรือการให้สัมปทานสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมจะต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514

ส่วนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนั้น แม้ว่าจะเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถทำสัญญา ตกลงทำสัญญา โดยมีข้อความหรือรายการที่แตกต่างไปจากแบบสัญญาทำระเบียบก็ตามแต่ก็ไม่ได้มีอิสระในการกำหนดรายละเอียดในสัญญาได้อย่างเต็มที่เนื่องจากจะถูกควบคุมการกำหนดรายละเอียดของสัญญาโดยสำนักงานอัยการสูงสุด²⁵

²⁴ บุนผา อัครพิมาณ, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, หน้า 114.

²⁵ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ข้อ 132 วรรคสอง และวรรคสาม กำหนดว่า

“การทำสัญญารายใด ถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากตัวอย่างสัญญาที่ กวพ. กำหนด โดยมีสาระสำคัญ ตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่างสัญญาและไม่ทำให้ทางราชการเสียหาย ก็ให้กระทำได้เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียหายหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเสียก่อน

ในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามตัวอย่างที่ กวพ. กำหนดได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นมาใหม่ ต้องส่งร่างนั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นสมควรทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการพิจารณาของสำนักอัยการสูงสุดมาแล้ว ก็ให้กระทำได้”