ชื่อวิทยานิพนธ์ : การป้องกันและระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน
ชื่อผู้เขียน : นางสาววรัญญา ธิเขียว
ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
ปีการศึกษา : 2556
คณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ :

1. ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ประธานกรรมการ
2. ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ กรรมการ
3. นายวรวุฒิ ทวาทศิน กรรมการ

---

## บทคัดย่อ

ระบบอนุญาโตตุลาการเป็นแนวคิดตามระบบกฎหมายเอกชนในการมุ่งระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุน ฐานะของคู่กรณีจึงอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันโดยกฎหมายที่ใช้บังคับคือกฎหมายเอกชน แต่ในสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนมีทั้งสัญญาตามกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง ซึ่งในสัญญาทางปกครองนั้น รัฐมีสถานะต่างจากเอกชนและมีเรื่องประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย วิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งศึกษาเฉพาะการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง โดยศึกษาถึงความเหมาะสมในการใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในในสัญญาทางปกครอง และการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น รวมตลอดถึงความเป็นไปได้ในการป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทขึ้น

จากการศึกษาการป้องกันและระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ที่มีระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง และมีระบบศาลปกครองเช่นเดียวกับประเทศไทย และประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่มีระบบกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่ชัดเจน ซึ่งไม่มีระบบศาลปกครอง พบว่าประเทศฝรั่งเศสมีหลักการห้ามการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการ ส่วนประเทศเยอรมนีสามารถระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้ สำหรับสหรัฐอเมริกา นอกจากจะไม่ห้ามการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังส่งเสริมการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) โดยการเจรจา และไกล่เกลี่ย อีกทั้งมีการป้องกันข้อพิพาทโดยมีระเบียบจัดซื้อจัดจ้าง (The Federal Acquisition Regulation-FAR) ให้รัฐกำหนดเอกสิทธิ์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ฝ่ายเดียว และสิทธิเลิกสัญญาตามสะดวก (Termination for Convenience Clause) สำหรับประเทศไทยสามารถระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองโดยอนุญาโตตุลาการได้ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ในทางปฏิบัติรัฐพยายามหลีกเลี่ยงอนุญาโตตุลาการ โดยปรากฏตามมติคณะรัฐมนตรีฉบับต่างๆ เกี่ยวกับการทำสัญญา

ทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน ถ้าจำเป็นต้องมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน ซึ่งสวนทางกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำความตกลงไว้กับประเทศต่างๆ

จากการศึกษาถึงปัญหาต่างๆ ผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยแบ่งการแก้ไขเป็น 3 ส่วน คือ 1) ป้องกันข้อพิพาทโดยการออกระเบียบให้ฝ่ายรัฐกำหนดให้เอกสิทธิแก่หน่วยงานของรัฐที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Changes Clause) และการเลิกสัญญาตามสะดวก (Termination for Convenience Clause) ในสัญญา และจำกัดความรับผิดของหน่วยงานของรัฐไว้เฉพาะค่าใช้จ่ายและการขาดกำไรของผู้รับจ้างในส่วนงานที่มีการจัดเตรียมหรือทำไปแล้วเท่านั้น 2) การระงับข้อพิพาทในชั้นเจรจา อันนำไปสู่การประนีประนอมยอมความ โดยให้ความคุ้มกันแก่เจ้าหน้าที่ผู้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความจากความรับผิดทางแพ่งและวินัยโดยให้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประนีประนอมยอมความระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชน และ 3) การระงับข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมกับสัญญาทางปกครองโดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในการตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยให้คำนึงถึงความรู้ ประสบการณ์ ความสามารถทั้งด้านกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวข้อง และในการวินิจฉัยชี้ขาดให้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย

ASSUMPTION UNIVERSITY OF THAILAND
BROTHERS OF ST GABRIEL
LABOR OMNIA VINCIT
SINCE1969
มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

Thesis Title : The Prevention and Resolution of Disputes in Government Contract

Author Name : Ms. Varunya Tikhiaw

Degree : Master of Law (Business Law Program)

Academic Year : 2013

Advisory Committee

1. Prof. Phijaisakdi Horayangkura — Chairperson
2. Prof. Vichai Ariyanuntaka — Member
3. Mr. Voravuthi Dvadasin — Member

---

## ABSTRACT

Arbitration develops through the application of private law and focuses on settlement of commercial and investment disputes. However, in a contract between state and private sector, the relationship between the parties can either be governed by private law in an ordinary civil contract or administrative contract. In the latter case, the state enjoys a superior status than its private counterpart and the subject matter can also involve public interest consideration. The author focuses her analysis on the appropriateness of arbitration in the settlement of disputes from administrative contract, alternative dispute resolution and the prevention of disputes arising wherefrom.

From the studies on the prevention and settlement of disputes between state and private sector in France and Germany which utilizes the administrative court system as Thailand, and the United States of American which does not have an administrative court, the author finds that France does not employ arbitration in the settlement of administrative contract disputes. On the other hand, Germany recognizes arbitration for settlement of administrative contract disputes. The United States, not only recognizes arbitration, it encourages ADR, alternative dispute resolution, as a whole for the dispute settlement, including the stipulation of changes and termination for convenience clauses in its procurement regulation, the Federal Acquisition Regulation – FAR. Thailand does accept arbitration as a means of dispute resolution for administrative contract disputes as prescribed in the Arbitration Act B.E. 2545 (2002) section 15, but in practice, the Government, through a number of cabinet resolutions, requires its prior approval for the inclusion of arbitration clause in the administrative contract. It is not too far from the truth to say that the Government basically discourages the use of

arbitration in state contract. This is a predicament which may be described as irreconcilable with its international commitments through various bilateral investments treaties – BITs and free trade agreement FTA.

The author makes three suggestions for Thailand in its policy for prevention and settlement of dispute in government contract: Firstly, preventing prospective disputes by incorporating changes and termination for convenience clauses in administrative contract, and limitation of government's liability to expenses and loss of profits already incurred by the private sector in limitation clause; Secondly, promoting negotiation by providing immunity to government officer responsible for settlement agreement negotiation from civil liability and disciplinary action: and Thirdly, amendment should be made to the Arbitration Act B.E. 2545 (2002) to the extent that consideration shall be given by parties in arbitration proceedings to the appointment of an arbitrator who is experienced and knowledgeable in public as well as private law, and in the arbitration process the arbitral tribunal shall also take into consideration the notion of public interest.

ASSUMPTION UNIVERSITY OF THAILAND
BROTHERS OF ST GABRIEL
LABOR OMNIA VINCIT
SINCE1969
มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ