

การเปรียบเทียบกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก เพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมก่อสร้างในประเทศไทย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นนทพล พุทธิพงษ์

การเปรียบเทียบกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรม ก่อสร้างในประเทศไทย

A Comparative Study of Alternative Dispute Resolution Mechanisms for the Development of the Construction Industry in Thailand

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นันทพล พุทธพงษ์*

Assistant Professor Nanthaphol Puttapong

บทคัดย่อ

อุตสาหกรรมก่อสร้างเป็นภาคเศรษฐกิจที่มีความซับซ้อนสูงและเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาหลายฝ่าย ทำให้มีโอกาสเกิดข้อพิพาทขึ้นได้ตลอดกระบวนการดำเนินโครงการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาด้านคุณภาพของงาน การเบิกจ่ายงบประมาณ ระยะเวลาในการก่อสร้าง หรือการตีความเงื่อนไขของสัญญา การระงับข้อพิพาทโดยการฟ้องร้องคดีในชั้นศาลมักใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายสูง อีกทั้ง ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาในการดำเนินโครงการย่อมส่งผลกระทบต่อเนื่อง ประสิทธิภาพ และต้นทุนของโครงการอย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตาม พบว่าการใช้กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้นมีข้อจำกัดมากทั้งการก่อสร้างในภาคเอกชนและภาครัฐ

บทความนี้มุ่งศึกษารูปแบบของกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) ที่ใช้ในอุตสาหกรรมก่อสร้างทั้งในประเทศและต่างประเทศ อาทิ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation)/การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards) ผู้ชี้ขาดตามกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. University of Sydney, Australia; LL.M. University of Melbourne, Australia. E-mail: nanthaphol_p@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in Business Law (International Program) Chulalongkorn University; LL.M. University of Sydney, Australia.

วันที่รับบทความ (Received) 4 พฤศจิกายน 2568, วันที่แก้ไขบทความ (Revised) 24 กุมภาพันธ์ 2569, วันที่ตอบรับบทความ (Accepted) 2 มีนาคม 2569.

เพื่อวิเคราะห์ความเหมาะสมของการประยุกต์ใช้ในบริบทของประเทศไทย โดยในภาคเอกชนนั้นยังขาดการใช้สัญญามาตรฐานและการกำหนดกลไก ADR อย่างเป็นระบบ ในส่วนของการก่อสร้างภาครัฐนั้น พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และแบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐก็ไม่ได้กำหนดกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ย หรือ คณะกรรมการระงับข้อพิพาทไว้โดยตรง ด้วยเหตุนี้ เมื่อเกิดข้อพิพาทหน่วยงานของรัฐและเอกชน จำเป็นต้องใช้วิธีฟ้องคดีต่อศาลเพียงวิธีเดียวเท่านั้น ซึ่งมักก่อให้เกิดความล่าช้า สิ้นเปลืองงบประมาณ และหลายโครงการถูกทิ้งร้างเป็นเวลานานหลายสิบปีกว่าคดีจะถึงที่สุด

ผลการศึกษาพบว่า การขาดกลไก ADR ที่ชัดเจนในสัญญางานก่อสร้าง/จ้างก่อสร้าง (Construction Contracts) เป็นปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่ความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่สูงในกระบวนการยุติข้อพิพาท บทความนี้ จึงเสนอแนวทางพัฒนา ได้แก่ การพัฒนาสัญญาจ้างก่อสร้างมาตรฐานในภาคเอกชนที่มีกลไกการระงับข้อพิพาทที่หลากหลาย การส่งเสริมให้มีกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) ในส่วนภาครัฐควรมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อรองรับกลไก ADR โดยเฉพาะการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ (Dispute Boards) รวมถึงการส่งเสริมบทบาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ในการอบรมและให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเกิดประสิทธิผลสูงสุด โปร่งใส ยุติธรรม และเป็นไปตามมาตรฐานสากลอื่นจะนำไปสู่การพัฒนาอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทยอย่างยั่งยืนต่อไป

คำสำคัญ: การระงับข้อพิพาททางเลือก, สัญญาจ้างก่อสร้าง, การอนุญาโตตุลาการ

Abstract

The construction industry is a complex economic sector involving multiple parties, which often leads to disputes arising from issues such as project quality, payment, timelines, or contractual interpretation. Court litigation is typically time-consuming and costly, negatively affecting project efficiency and continuity. Despite the global development of Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms, their application in Thailand's construction industry remains limited in both the private and public sectors.

This study examines various ADR mechanisms—including negotiation, mediation and conciliation, dispute boards, statutory adjudication (Security of Payment Act), and arbitration—and evaluates their suitability for implementation in the Thai context. In the private sector, the absence of standardized contracts and systematic ADR provisions hinders effective dispute management. In the public sector, the Public Procurement and Supplies Administration Act B.E. 2560 (2017) and its standard contract forms do not explicitly recognize ADR mechanisms, compelling parties to rely only on court litigation. This often results in significant delays, financial waste, and in many cases, abandoned projects.

The findings indicate that the lack of clear ADR clauses in construction contracts is a key factor contributing to high costs and delays in dispute resolution. This article proposes several measures: developing standard private-sector contracts with ADR provisions, enacting statutory adjudication (Security of Payment Act) for payment disputes, amending the Public Procurement and Supplies Administration Act, B.E. 2560 (2017) to incorporate ADR especially Dispute Boards, and enhancing the role of arbitration institutions in supporting, training, and advising government agencies. These initiatives would improve efficiency, transparency, and fairness in dispute resolution, thereby fostering the sustainable development of Thailand's construction industry.

Keywords: alternative dispute resolution (ADR), construction contracts, arbitration

1. บทนำ

อุตสาหกรรมก่อสร้าง (Construction Industry) เป็นอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง จากข้อมูลของ TDRI อุตสาหกรรมก่อสร้างทำให้เกิดมูลค่าเพิ่มต่อระบบเศรษฐกิจถึงร้อยละ 2.6 ของ GDP และก่อให้เกิดการจ้างแรงงานมากกว่า 2 ล้านคน โดยการก่อสร้างภาครัฐคิดเป็นร้อยละ 60 ของอุตสาหกรรมก่อสร้างทั้งหมด¹ อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญที่มักเกิดขึ้นในโครงการก่อสร้าง คือ ความล่าช้า (Delay) และการบานปลายของค่าใช้จ่าย (Cost Overrun) ซึ่งส่วนใหญ่มีสาเหตุมาจากข้อพิพาท (Disputes) ที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องตลอดอายุโครงการ กลไกการระงับข้อพิพาทแบบดั้งเดิม เช่น การฟ้องคดีในศาลหรือการอนุญาโตตุลาการมักใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายสูง ทำให้โครงการต้องหยุดชะงักและสร้างความเสียหายต่อคู่สัญญาจนหลายครั้งนำไปสู่การทิ้งงาน นอกจากนี้ การต่อสู้คดีที่ยาวนานส่งผลกระทบต่อกระแสเงินสดของโครงการ ทำให้การก่อสร้างต้องหยุดลงหรือถูกทิ้งร้าง หรือไม่ได้คุณภาพ ความเสียหายเหล่านี้ส่งผลกระทบในวงกว้างต่อทั้งผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้าง ผู้รับเหมาช่วง ผู้ขายวัสดุ/ซัพพลายเออร์ สถาบันการเงิน แรงงาน และกระทบถึงเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมอีกด้วย

นอกจากนี้ ปัจจุบันการลงทุนระหว่างประเทศที่มากขึ้นตามความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements: IIA) ทั้งสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties: BITs) อาทิ เขตการค้าเสรี FTA – Australia-Thailand (TAFTA), Germany-Thailand BIT หรือความตกลงด้านการค้าการลงทุนระดับภูมิภาค (Regional Trade Agreements: RTAs) อาทิ ASEAN Comprehensive Investment Treaties, ASEAN-China Investment Agreement, Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) หรือข้อตกลงทางการค้าการลงทุนอื่น ๆ ทั้งนี้ ปัจจุบันประเทศไทยมีความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศของไทยจำนวนทั้งสิ้น 43 ประเทศ/เขตเศรษฐกิจ²

ด้วยเหตุนี้ การลงทุนโดยตรงจากนักลงทุนต่างชาติ (Foreign Direct Investment: FDI) ตามความตกลงด้านการลงทุนต่าง ๆ ย่อมทำให้เกิดโครงการก่อสร้างที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International Construction Project) หรือมีคู่สัญญาที่เป็นนักลงทุนต่างชาติมากขึ้น รวมทั้งโครงการ

¹สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานที่ตีพิมพ์: การทบทวนกฎหมายจัดจ้างก่อสร้างภาครัฐ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2567), หน้า 3.

²ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในต่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงต่างประเทศ, IIA International Investment Agreement ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนไทยใน 43 ประเทศ/เขตเศรษฐกิจ [Online], available URL: <https://globthailand.com/ii-international-investment-agreement-43/>, 2026 (January, 1).

ที่เกิดจากการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public-Private Partnership: PPPs)³ ดังนั้น การพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกในอุตสาหกรรมก่อสร้างจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ อุตสาหกรรมก่อสร้างในประเทศต่าง ๆ ได้มีการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพโดยมีเป้าหมายเพื่อหาข้อยุติให้กับข้อพิพาทโดยเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายที่สุดและที่สำคัญทำให้โครงการก่อสร้างแล้วเสร็จตามกำหนดภายใต้หลักการบริหารโครงการก่อสร้าง ได้แก่ เวลา (Time) ต้นทุน (Cost) คุณภาพ (Quality) รวมถึงการบริหารความเสี่ยง (Risk Management) อันจะทำให้โครงการประสบความสำเร็จตามที่มุ่งหมาย

ประเทศไทยมีเป้าหมายและอยู่ระหว่างดำเนินการเพื่อดำเนินการเพื่อเข้าเป็นสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) โดยมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (Office of the Council of the State) ทำหน้าที่ยกร่างกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อปฏิรูปกฎหมายในประเทศไทยเพื่อเข้าสู่การเป็นสมาชิก OECD⁴ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้มีมาตรฐานที่สอดคล้องกับหลักสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในอุตสาหกรรมก่อสร้าง จำเป็นต้องมีระบบที่สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ/นานาชาติซึ่งรวมถึงการปรับปรุง/พัฒนา กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolutions: ADR) ในรูปแบบต่าง ๆ

กลไก ADR ในอุตสาหกรรมก่อสร้างมีหลากหลายรูปแบบ อาทิ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ย/การประนีประนอมข้อพิพาท ซึ่งอุตสาหกรรมก่อสร้างในต่างประเทศมีการใช้สัญญามาตรฐานที่ได้รับการยอมรับซึ่งกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาทผ่านคณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards) หรือในบางประเทศมีระบบการชี้ขาดข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างโดยตราเป็นกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act)⁵ ซึ่งหากมีข้อพิพาทตาม “สัญญางานก่อสร้าง”⁶ จะสามารถเข้าสู่กระบวนการชี้ขาดโดยผู้ชี้ขาด (Adjudicator) ได้

³พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562.

⁴OECD, *Regulatory Management and Oversight Reforms in Thailand: A Diagnostic Scan* (Paris: OECD, 2020), p. 5.

⁵อาจเรียกว่ากฎหมายการชี้ขาด (Statutory Adjudication) ก็ได้.

⁶การเลือกใช้คำว่า “สัญญางานก่อสร้าง” นั้นมีความหมายกว้างกว่า “สัญญาจ้างก่อสร้าง” เพียงอย่างเดียว เพราะหมายรวมถึงสัญญาในโครงการก่อสร้างอีกหลายประเภท เช่น สัญญาจ้างออกแบบ สัญญาจ้างออกแบบและก่อสร้าง สัญญาจ้างที่ปรึกษาโครงการ สัญญาจ้างตกแต่งภายใน สัญญาจ้างช่วง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การเลือกใช้คำว่า “สัญญางานก่อสร้าง” หรือ “สัญญาก่อสร้าง” หรือ “สัญญาจ้างก่อสร้าง” นั้นขึ้นอยู่กับการใช้คำนิยาม ซึ่งในภาษาอังกฤษมาจากคำว่า Construction Contracts.

อาทิ สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย สิงคโปร์ หรือมาเลเซีย และในกรณีสุดท้ายก็ยังมีกลไกการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) อีกด้วย

2. การระงับข้อพิพาทโดยการดำเนินคดีทางศาล

โดยทั่วไปเมื่อเกิดข้อพิพาท กลไกการระงับข้อพิพาทโดยปกติ/กลไกหลัก คือ การฟ้องคดีต่อศาลหรือการดำเนินคดีทางศาล (Litigation) เพราะศาลเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยบรรดาคดีทั้งปวงตามรัฐธรรมนูญ⁷ โดยประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จะใช้ระบบศาลคู่ กล่าวคือ มีการแบ่งแยกประเภทคดีปกครองให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งพิจารณาคดีโดยใช้นิติวิธีของกฎหมายมหาชนที่มองว่าหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁸ เช่น ในอุตสาหกรรมก่อสร้างหากมีการผิดสัญญาจ้างก่อสร้างระหว่างเอกชนด้วยกันจะถือเป็นข้อพิพาททางแพ่งพาณิชย์ที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรม แต่หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง⁹ จะต้องขึ้นสู่ศาลปกครอง¹⁰ เป็นต้น

การฟ้องคดีต่อศาลจะกระทำได้อต่อเมื่อมี “การโต้แย้งสิทธิ” โดยยึดหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ที่บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้” ดังนั้นข้อพิพาทจะเกิดขึ้นเมื่อมีการโต้แย้งสิทธิ

สิทธิหรือหน้าที่อาจมีที่มาจากกรณีที่มิชอบด้วยนิติบัญญัติของกฎหมายกำหนดรับรองไว้ หรือมาจากนิติกรรมสัญญา หรือนิติเหตุก็ได้ ดังนั้น หากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย (Breach of Law) หรือมีการฝ่าฝืนนิติกรรมสัญญา (Breach of Contract) หรือนิติเหตุ เช่น ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง

⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 188.

⁸ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 28 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 65-77.

⁹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 3 “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.

¹⁰ขอบเขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่ง เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9.

ลามิควรรได้ ย่อมถือว่ามี การโต้แย้งสิทธิแล้ว และสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ อาทิ ฟ้องคดีฐานผิดสัญญาเรียกให้ชดใช้เงินต้นพร้อมดอกเบี้ย ค่าจ้างงวดสุดท้ายพร้อมดอกเบี้ย ค่าใช้จ่ายในการจ้างผู้รับเหมารายอื่น หรือเรียกค่าปรับจากการก่อสร้างไม่แล้วเสร็จตามกำหนด ดังนั้น “ข้อกฎหมายที่บัญญัติรับรองสิทธิ” หรือ “ข้อสัญญาที่ถูกโต้แย้งสิทธิ” จึงเป็นฐานในการฟ้องคดี/มูลคดี (Cause of Action)

อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีทางศาลย่อมใช้เวลาานเพราะศาลมีปริมาณคดีมาก จากสถิติคดีศาลยุติธรรมทั่วราชอาณาจักรในปี พ.ศ. 2567 นั้นมีคดีที่เข้าสู่การพิจารณาจำนวนทั้งสิ้น 2,074,625 คดี¹¹ ซึ่งโดยทั่วไปการนัดพิจารณาหรือนัดสืบพยานในแต่ละครั้งอาจใช้เวลาานหลายเดือน นอกจากนี้พยานบุคคลและเอกสารที่เกี่ยวข้องในคดีก่อสร้างยังมีจำนวนมาก และต้องอาศัยความรู้ทางวิศวกรรมหรือการก่อสร้างประกอบด้วย ในขณะที่ธุรกิจก่อสร้างต้องการความรวดเร็วในการยุติข้อพิพาท เพราะการระงับข้อพิพาทที่ล่าช้าย่อมมีผลกระทบโดยตรงต่อกระแสเงินสดและกำหนดเวลาแล้วเสร็จของโครงการ ดังนั้น จึงมีการพัฒนาแนวคิดการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่น ๆ เช่น การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ย/การประนีประนอมข้อพิพาท การใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาท ผู้ชี้ขาดตามกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาท ที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) และการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

3. การระงับข้อพิพาททางเลือกในอุตสาหกรรมก่อสร้าง

3.1 การเจรจาต่อรอง

การเจรจาต่อรอง (Negotiation) เป็นกระบวนการเจรจาพูดคุยระหว่างคู่สัญญา/คู่พิพาทเพื่อหาข้อยุติหรือทางออกจากปัญหาที่เกิดขึ้น (หรือเป็นการเจรจาเพื่อทำข้อตกลง ความร่วมมือ หรือสัญญาก็ได้) ซึ่งเป็นกระบวนการระหว่างคู่เจรจาโดยที่ไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง การเจรจาต่อรองเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่ประหยัดที่สุด สามารถให้ผลลัพธ์ในลักษณะ Win-Win ได้ทั้งสองฝ่าย

หลักการเจรจาต่อรองเบื้องต้น คือ คู่เจรจาต้องรู้ความต้องการที่แท้จริงของฝ่ายตน โดยการกำหนดเป้าหมายที่ชัดเจนก่อนที่จะเริ่มการเจรจาว่าฝ่ายตนต้องการสิ่งใดจากการเจรจา สิ่งใดที่สำคัญมากที่สุด หรือสิ่งใดที่ยืดหยุ่นได้ และก่อนที่จะเข้าสู่การเจรจาจำเป็นต้องมีการเตรียมพร้อมในเรื่องต่าง ๆ อาทิ การกำหนดประเด็นในการเจรจา การกำหนดข้อเสนอครั้งแรก (First Offer/Anchor) การกำหนดจุดต่ำสุดที่รับได้ (Bottom Line) ของแต่ละประเด็น การกำหนด Best Alternative to

¹¹สำนักแผนงานและงบประมาณ สำนักงานศาลยุติธรรม, รายงานสถิติคดีศาลยุติธรรม ประจำปี พ.ศ. 2567 [Online], available URL: <https://oppb.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/2085/iid/507985>, 2026 (January, 1).

Negotiated Agreement: BATNA คือ ทางเลือกที่ดีที่สุดหากการเจรจาไม่สำเร็จ การกำหนด Worst Alternative to Negotiated Agreement: WATNA คือ ทางเลือกที่แย่ที่สุดหากการเจรจาไม่สำเร็จ เป็นต้น นอกจากนี้ การศึกษาข้อมูลของคู่เจรจาอีกฝ่ายและพิจารณาไตร่ตรองถึงความต้องการที่แท้จริงของอีกฝ่าย ทางเลือกที่อีกฝ่ายมีอยู่ประกอบกับสถานการณ์โดยรวม ซึ่งจำเป็นต้องเตรียมข้อมูลเหล่านี้ก่อนที่จะเข้าสู่การเจรจา ก่อนที่จะตัดสินใจทำข้อตกลงหรือไม่ทำข้อตกลงเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่ดีที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ ดังนั้น การเตรียมความพร้อมก่อนเข้าสู่การเจรจาเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้การเจรจาเป็นไปอย่างรอบคอบและเกิดประโยชน์ต่อคู่เจรจายิ่งขึ้น

แม้การเจรจาต่อรองให้ประสบความสำเร็จจะขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย แต่ Roger Fisher และ William Ury ได้นำเสนอแนวคิด “การเจรจาอย่างมีหลักการ (Principled Negotiation)” ไว้ในหนังสือ *Getting to Yes* โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้การเจรจาบรรลุผลอย่างสร้างสรรค์และยั่งยืน โดยเน้นให้คู่กรณีใช้เหตุผลและแสวงหาผลประโยชน์ร่วมกันมากกว่าการเผชิญหน้าเพื่อเอาชนะซึ่งกันและกัน แนวคิดดังกล่าวประกอบด้วยหลักสำคัญ 5 ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การไม่เจรจาแบบยึดจุดยืนเป็นที่ตั้ง (Don't Bargain Over Position) หมายถึง คู่เจรจาควรหลีกเลี่ยงการเจรจาต่อรองโดยต่างฝ่ายต่างยึดมั่นในข้อเรียกร้อง/จุดยืนของตนเองโดยไม่พิจารณาปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากการยึดติดกับจุดยืนจะนำไปสู่ความขัดแย้งที่มากขึ้นและลดโอกาสในการหาข้อยุติร่วมกัน

ประการที่สอง การแยกตัวบุคคลออกจากปัญหา (Separate People from the Problem) การเจรจาควรให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาที่เป็นสาระของข้อพิพาท โดยไม่นำอารมณ์ อคติ ความรู้สึกส่วนตัว หรือการโจมตีจุดด้อยของคู่กรณีในฐานะปัจเจกบุคคลเข้ามาปะปน ซึ่งจะช่วยลดความตึงเครียดและรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่เจรจาไว้ได้

ประการที่สาม การมุ่งเน้นผลประโยชน์มากกว่าจุดยืน (Focus on Interests, Not Positions) คู่กรณีควรไตร่ตรองถึงเหตุผลและประโยชน์ร่วมกันของทั้งสองฝ่าย มิใช่เพียงแต่ยืนยันผลลัพธ์/จุดยืนตามที่ฝ่ายตนต้องการโดยไม่รับฟังเหตุผลหรือทางเลือกอื่น ๆ การวิเคราะห์ผลประโยชน์ร่วมโดยไม่ยึดติดกับจุดยืนจะช่วยให้คู่กรณีสามารถแสวงหาทางออกที่เป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่าย หรือในรูปแบบที่ต่างฝ่ายต่างได้ผลประโยชน์ร่วมกัน (Win-Win)

ประการที่สี่ การสร้างสรรค์ทางเลือกต่าง ๆ เพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน (Invent Options for Mutual Gain) คู่เจรจาควรมุ่งออกแบบหรือเสนอทางเลือกที่หลากหลายก่อนที่จะพิจารณาตัดสินใจเลือกทางเลือกใดทางเลือกหนึ่งเพื่อให้สามารถคิดสรรแนวทางที่ตอบสนองผลประโยชน์ร่วมให้ได้มากที่สุด

ประการที่ห้า การใช้มาตรฐานที่วัดได้ชัดเจนมาสนับสนุนข้อเสนอ (Insist on Using Objective Criteria) หากแต่ละฝ่ายมีการอ้างอิงมาตรฐานที่เป็นกลาง เช่น มาตรฐานสากลหรือนวปฏิบัติที่เป็น

ที่ยอมรับ จะทำให้ข้อเสนอ/เหตุผลของคู่เจรจาได้รับความน่าเชื่อถือมากขึ้น¹² และเป็นการลดการใช้ อารมณ์หรืออคติเป็นฐานในการตัดสินใจ

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่การเจรจาเป็นกระบวนการพูดคุยและการสื่อสารระหว่างบุคคล ดังนั้น องค์ประกอบด้านพฤติกรรมอื่น ๆ เช่น การใช้ถ้อยคำ บุคลิกภาพ ท่าที น้ำเสียง ภาษาที่ไม่ใช่ คำพูด/กิริยาอาการ (Non-Verbal Communication) สถานะทางสังคม และความแตกต่างทาง วัฒนธรรมล้วนมีผลต่อความสำเร็จของการเจรจา โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้เจรจามีที่มาจากหลากหลาย วัฒนธรรม

อย่างไรก็ตาม การเจรจาไม่จำเป็นต้องเจรจาให้สำเร็จหรือตกลงกันได้ทุกครั้งไป หลายครั้ง ความล้มเหลวในการเจรจา/การไม่ทำข้อตกลงอาจเป็นผลดีในภายหลัง โดยผู้เจรจาต้องใช้ความระมัด ระวังและไม่รีบร้อนทำข้อตกลง เพราะหากข้อเสนอที่ได้รับไม่มีความคุ้มค่า ไม่สมเหตุผล ผลต่ำกว่า BATNA ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรม ผิดจรรยาบรรณวิชาชีพ หรือเป็นผลร้ายในระยะยาว ก็ไม่ควรทำ ข้อตกลง/สัญญานั้น แต่หากข้อเสนอเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนและคุ้มค่าก็ควรฉกฉวยโอกาสโดยทำข้อ ตกลงนั้นทันที ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการใช้วิจารณญาณของผู้เจรจาแต่ละคนเป็นสำคัญ อนึ่ง ในการเจรจา ต่อรองไม่มีกฎหมายบังคับให้ตกลง ทุกอย่างขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่เจรจา ด้วยเหตุนี้ หากยัง ตัดสินใจไม่ได้อาจพิจารณาเลื่อนการเจรจาออกไปก่อนย่อมเป็นผลดีกว่า เพื่อได้ต่อรองข้อเสนอด่าง ๆ อย่างรอบคอบก่อนทำการตัดสินใจ ผู้เจรจาไม่ควรรีบร้อนทำข้อตกลง (แม้ว่าอีกฝ่ายจะใช้วิธีการโน้มน้าว/การกดดันก็ตาม) เพราะการทำข้อตกลงย่อมมีผลผูกพันทางกฎหมายและการตกลงด้วยความรีบ ร้อนอาจเป็นผลเสียในภายหลังได้

แม้การเจรจาจะเป็นกลไกที่มีต้นทุนต่ำและรวดเร็วที่สุด แต่ประสิทธิภาพขึ้นอยู่กับหลาย ปัจจัย ซึ่งรวมถึงความสุจริตใจ (Good Faith) และอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) ของคู่สัญญา เป็นสำคัญ จึงเป็นเหตุผลที่ต้องมีกลไก ADR อื่น ๆ ที่มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยอำนวยความสะดวก อาทิ การไกล่เกลี่ย (Mediation)/การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) หรือการชี้ขาดข้อพิพาท (Adjudication) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เข้ามาเป็นกลไกที่รองรับอยู่เบื้องหลัง

3.2 การไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมข้อพิพาท

ตามรายงาน ARCADIS Global Construction Disputes Report 2019 การไกล่ เกลี่ยเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้รับความนิยมเป็นอันดับที่ 2 ในช่วงปี ค.ศ. 2017–2018

¹²Roger Fisher and William Ury, *Getting To Yes Negotiate An Agreement Without Giving In* (New York: Random House, 1991), pp. 7-49.

โดยในภูมิภาคอเมริกาเหนือ สหราชอาณาจักร และยุโรปภาคพื้นทวีป พบว่ามีการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างมากกว่าการอนุญาโตตุลาการ¹³

การไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีโดยอาศัยบุคคลที่สามกล่าวคือ “ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator)” จะทำหน้าที่ในฐานะผู้อำนวยความสะดวก (Facilitator) ในการช่วยให้คู่พิพาทสามารถสื่อสารและทำความเข้าใจซึ่งกันและกันได้โดยมีประสิทธิภาพ ตลอดจนสนับสนุนให้คู่พิพาทร่วมกันแสวงหาทางออกที่ทั้งสองฝ่ายสามารถยอมรับได้โดยสมัครใจ กระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นกระบวนการที่เน้นการตัดสินใจของคู่พิพาทเป็นสำคัญ ผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทเกิดจากฉันทามติ (Consensus) ของคู่พิพาทเอง ไม่ใช่จากการชี้แนะของบุคคลที่สาม ด้วยเหตุนี้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องรักษาความเป็นกลางอย่างเคร่งครัดและหลีกเลี่ยงการแสดงความคิดเห็นที่อาจถูกมองว่าเป็นการชี้นำหรือกดดันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ส่วนการประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีซึ่งอาศัยคนกลาง/บุคคลที่สามเช่นเดียวกัน แต่การประนีประนอมข้อพิพาทมักเป็นกระบวนการที่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายหรือสถาบันรองรับ¹⁴ โดยผู้ประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliator) จะมีบทบาทเชิงรุกมากกว่าผู้ไกล่เกลี่ย โดยนอกจากจะช่วยอำนวยความสะดวกในการสื่อสารแล้ว ผู้ประนีประนอมข้อพิพาทอาจใช้ความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ในเรื่องที่พิพาท เพื่อช่วยประเมินทางเลือกและเสนอแนะทางออกที่สมเหตุสมผล อย่างไรก็ตาม ความเห็น/ข้อเสนอแนะของ Conciliator ไม่ผูกพันคู่พิพาท เว้นแต่คู่พิพาทจะยินยอมรับข้อเสนอและนำไปจัดทำเป็นข้อตกลงร่วมกัน อาทิ ในรูปแบบของสัญญาประนีประนอมยอมความ (Settlement Agreement)

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการใช้คำว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator)” หรือ “ผู้ประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliator)” มิได้มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนแน่นอนและมักปรากฏการใช้คำดังกล่าวปะปนกันไป ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลที่สามจะมีบทบาทเพียงอำนวยความสะดวกในการสื่อสาร หรือมีการเสนอความเห็น/ทางออกทางเลือก หรือแนวทางแก้ไขต่อคู่พิพาทหรือไม่ก็ตาม หากคู่พิพาทสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันโดยสมัครใจ ข้อพิพาทย่อมเป็นอันยุติลงได้เช่นเดียวกัน โดยไม่มีรูปแบบหรือสูตรสำเร็จที่ตายตัว ทั้งนี้เพราะเป้าหมายสูงสุดของกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาท คือ การทำให้ข้อพิพาทยุติลงด้วยความยินยอมพร้อมใจของคู่พิพาทเป็นสำคัญ

¹³Shouyu Chong, *The Singapore Convention on Mediation: Its impact on International Construction Disputes in Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice Around the World* (Oxford: Informa Law from Routledge, 2022), p. 46.

¹⁴ อาทิ ผู้ประนีประนอมภายใต้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนีประนอมข้อพิพาท (สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC) หรือ ผู้ประนีประนอมประจำศาลแรงงานกลางที่แต่งตั้งตามข้อกำหนดประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554.

ในอุตสาหกรรมก่อสร้างผู้ใกล้ชิด หรือ ผู้ประνομข้อพิพาทควรเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ในงานก่อสร้าง อาทิ การบริหารโครงการ วิศวกรรม บัญชีและการเงิน รวมทั้งสัญญาและกฎหมาย เพื่อให้กระบวนการเป็นไปอย่างราบรื่นและมีประสิทธิภาพ ซึ่งโดยทั่วไปการใกล้ชิดหรือการประνομข้อพิพาทอาจแบ่งเป็นขั้นตอน ดังนี้

1) การแนะนำตัวเองและเกริ่นนำ ผู้ใกล้ชิดแนะนำตนเองและเปิดโอกาสให้คู่พิพาทแนะนำตัวเพื่อสร้างบรรยากาศการสื่อสารที่เป็นมิตร และสร้างความประทับใจแรกพบที่ดีซึ่งอาจเริ่มต้นด้วยการทักทายอย่างเป็นกันเองก่อน โดยการใช้ภาษาที่สุภาพและการให้เกียรติทุกฝ่ายเป็นขั้นตอนแรกที่จะส่งเสริมความร่วมมือในการใกล้ชิดที่ราบรื่น

2) การอธิบายกฎกติกาในการใกล้ชิด ผู้ใกล้ชิดจะอธิบายกระบวนการใกล้ชิดโดยอธิบายถึงความเป็นกลางและอิสระ (Impartiality and Independence) ของตน และสอบถามอำนาจการตัดสินใจของคู่พิพาท เช่น การเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องหรือไม่¹⁵ และขอบเขตอำนาจของตัวแทนมีเพียงใด¹⁶ การอธิบายถึงควมมีอิสระในการยอมรับหรือปฏิเสธข้อตกลงโดยสมัครใจรวมทั้งการวางกฎเกณฑ์เพื่อรักษาบรรยากาศโดยไม่ให้มีการพูดแทรกหรือขัดจังหวะ เป็นต้น

3) การอธิบายความเป็นมา/สภาพปัญหา โดยเชิญให้แต่ละฝ่ายอธิบายที่มาของข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งและเหตุผลต่าง ๆ รวมถึงข้อเรียกร้อง/ความต้องการของตน โดยผู้ใกล้ชิดจะกำกับ/ควบคุมกระบวนการอย่างเป็นธรรม ให้แต่ละฝ่ายมีโอกาสแสดงความเห็นโดยไม่ถูกขัดจังหวะเพื่อรักษาบรรยากาศที่สร้างสรรค์ โดยการเปิดใจรับฟังอย่างตั้งใจซึ่งกันและกัน การรับฟังปัญหา/ทักษะการฟังอย่างตั้งใจจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่จะช่วยให้การใกล้ชิดประสบความสำเร็จได้

4) การตั้งคำถามเพื่อค้นหาประเด็นข้อพิพาทที่แท้จริง โดยรวบรวมประเด็น ข้อเรียกร้อง/ความต้องการของแต่ละฝ่าย ข้อเสนอ รวมทั้งเหตุผลหรือมาตรฐานที่ใช้อ้างอิงและประโยชน์ของแต่ละฝ่าย จากนั้นผู้ใกล้ชิดจึงสรุปให้คู่พิพาทมีความเข้าใจตรงกัน ขณะเดียวกันกระบวนการตั้งคำถามจะช่วยให้คู่พิพาทพิจารณาทบทวนความต้องการของตนเองอย่างมีเหตุผลมากขึ้น และพยายามให้แต่ละฝ่ายเสนอแนะทางเลือกที่สร้างสรรค์ในลักษณะที่ไม่โจมตีตัวบุคคลหรือยึดติดกับจุดยืนของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

¹⁵หากเป็นตัวแทนในการเจรจาเพื่อทำสัญญาประนีประนอมยอมความจะต้องเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจเฉพาะการด้วย กล่าวคือ ตัวการจะต้องระบุขอบเขตอำนาจของตัวแทนในหนังสือมอบอำนาจ (Power of Attorney) ไว้อย่างชัดเจนให้ตัวแทนมีอำนาจในการเจรจาต่อรองและอำนาจในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความด้วย มิเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนือขอบอำนาจ (Ultra Vires) และกิจการ/สัญญาที่ทาลงกับบุคคลภายนอกจะไม่มีผลผูกพันตัวการ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 800, มาตรา 801, มาตรา 820 และ มาตรา 823.

¹⁶ปรีดา โชติमानนท์, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2565).

5) การประชุมแยกฝ่าย (Caucus) คือ หากมีความจำเป็นผู้ไกล่เกลี่ยอาจใช้เทคนิค Caucus คือ กระบวนการพูดคุยเป็นการส่วนตัวกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการลับ กล่าวคือ ใช้วิธีแยกประชุมทีละฝ่าย โดยเชิญให้อีกฝ่ายหนึ่งรอที่นอกห้องประชุมชั่วคราว เพื่อเปิดพื้นที่ให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายสามารถพูดคุย/ชี้แจงถึงข้อมูล เหตุผล หรือข้อจำกัดบางอย่างเป็นการส่วนตัวและเปิดใจมากขึ้น เช่น จุดที่สามารถยอมปรับลดหรือปรับเพิ่ม หรือข้อเสนอที่เป็นทางเลือกอื่น ๆ ทั้งนี้ ต้องปฏิบัติต่อทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียม เพื่อป้องกันข้อเคลือบแคลงเรื่องความลำเอียง (Biased) อันจะส่งผลกระทบต่อความเป็นกลาง

6) การสรุป โดยผู้ไกล่เกลี่ยทำการสรุปประเด็นข้อพิพาท ข้อเสนอ ข้อเรียกร้องและเหตุผลทางเลือกที่สร้างสรรค์ขึ้นของแต่ละฝ่าย และให้ทั้งสองฝ่ายทำการตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะทำข้อตกลงหรือไม่ เพียงใด โดยพยายามชี้ให้เห็นประโยชน์จากกระบวนการไกล่เกลี่ย/การประนีประนอมข้อพิพาทในครั้งนี้

อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปผู้ประนีประนอมข้อพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่เสนอแนะความเห็นของตนเองในทางที่ชักนำคู่พิพาท หรือพยายามให้คู่พิพาททำตามความเห็นของตน ไม่ตัดสินใจว่าฝ่ายใดถูกหรือผิดเพราะไม่ใช่หน้าที่ทั้งนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมากโดยหลักแล้วควรให้คู่พิพาทเป็นผู้ตัดสินใจด้วยตนเอง เพราะหากผู้ไกล่เกลี่ย/ผู้ประนีประนอมข้อพิพาทเสนอความเห็นส่วนตัวของตนในบางประเด็นอาจทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมองว่าเป็นการลำเอียง หรือบางประเด็นความเห็นที่เสนออาจเป็นการเข้าทางฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบก็ย่อมทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเกิดความไม่ไว้วางใจ และอาจทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาทในครั้งนั้นไม่ประสบความสำเร็จ ด้วยการไม่ยินยอมทำข้อตกลงหรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในเวลาต่อมา¹⁷

อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อพิพาทอาจใช้ประสบการณ์ของตนเองในการแนะนำทางเลือกต่าง ๆ ให้คู่พิพาทได้ โดยเสนอแนวทางการประนีประนอมที่มุ่งเน้นผลประโยชน์ร่วมกัน (Mutual Interest) สำหรับทุกฝ่ายพร้อมชี้ให้เห็นถึงการรักษาความสัมพันธ์ระยะยาว แต่ท้ายที่สุดผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อพิพาทจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าต้องให้คู่พิพาทตัดสินใจด้วยตนเอง ทั้งนี้ ยังมีปัจจัยอีกหลายอย่างซึ่งขึ้นอยู่กับวิจารณ์ญาณ สถานการณ์ ไหวพริบ และศิลปะในการพูดของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมเป็นสำคัญ โดยหากทั้งสองฝ่ายยอมรับข้อตกลงหรือข้อสรุปดังกล่าว ก็ต้องมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงการระงับข้อพิพาทเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อโดยผู้มีอำนาจทุกฝ่าย เพื่อให้ข้อตกลงมีผลผูกพันตามกฎหมายในรูปแบบของข้อตกลง หรือเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ

ในปี ค.ศ. 2019 กระบวนการไกล่เกลี่ยมีพัฒนาการที่สำคัญในระดับระหว่างประเทศ โดยองค์การสหประชาชาติได้จัดทำ “อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงการระงับ

¹⁷ นันทพล พุทธิพงษ์, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายแรงงานสัมพันธ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2566), หน้า 122-125.

ข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation)” เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 2019 ที่ประเทศสิงคโปร์ หรือเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “Singapore Convention on Mediation”¹⁸ อนุสัญญานี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมให้การไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ที่มีประสิทธิภาพในทำนองเดียวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการรับรองและ บังคับตามข้อตกลงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย (Recognition and Enforcement) ในประเทศภาคี กล่าวคือ เดิมทีข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทระหว่างประเทศไม่สามารถบังคับใช้ได้โดยตรง ในต่างประเทศ ต้องยื่นฟ้องใหม่ในศาลของประเทศที่จะบังคับคดีเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษา ก่อน แต่ภายใต้ Singapore Convention ข้อตกลงที่ทำขึ้นนั้นสามารถถูก “รับรองและบังคับใช้ได้โดยตรง”¹⁹ ในประเทศ ภาคีที่ให้สัตยาบันคล้ายกับการอนุญาโตตุลาการมี “อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการ บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)” หรือ New York Convention 1958 รองรับ²⁰ โดยตั้งแต่ ค.ศ. 2019 จนถึงปัจจุบัน Singapore Convention on Mediation มีประเทศต่าง ๆ ให้การ ลงนามแล้วกว่า 59 ประเทศ และมีประเทศที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกแล้วจำนวนทั้งสิ้น 20 ประเทศ²¹

¹⁸Singapore International Dispute Resolution Academy, **Background to the Convention** [Online], available URL: <https://www.singaporeconvention.org/convention/about>, 2025 (November, 2).

¹⁹Singapore Convention on Mediation, Article 3 General Principles:

1. Each Party to the Convention shall enforce a settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention.

2. If a dispute arises concerning a matter that a party claims was already resolved by a settlement agreement, a Party to the Convention shall allow the party to invoke the settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention, in order to prove that the matter has already been resolved.

²⁰New York Convention 1958, Article III:

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards

²¹Singapore International Dispute Resolution Academy, op. cit.

ในบริบทของสัญญาก่อสร้างสมัยใหม่²² กลไกการระงับข้อพิพาทมักถูกออกแบบให้มีลักษณะเป็นกระบวนการหลายชั้น (Multi-tier Dispute Resolution) ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้สัญญาใช้การเจรจา การไกล่เกลี่ย/การประนอมข้อพิพาทเป็นลำดับแรก ๆ ก่อนนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการชี้ขาดตามกฎหมายการชี้ขาด (ถ้ามี) หรือก่อนที่จะดำเนินคดีทางอนุญาโตตุลาการ หรือฟ้องร้องคดีในชั้นศาล ซึ่งจะช่วยลดจำนวนข้อพิพาทที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล และลดผลกระทบถึงความต่อเนื่องของโครงการก่อสร้าง

3.3 การอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่ทำให้ข้อพิพาทยุติลงในลักษณะของการตัดสินชี้ขาดที่ให้ผลแพ้-ชนะ โดยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ (Award) จะถือว่าเป็นที่สุด ไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาได้ (Final and Binding)²³ การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นกระบวนการที่คล้ายกับการพิพากษาคดีของศาล (ตัดสินคดี) แต่อนุญาโตตุลาการเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญา/คู่พิพาทในการตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการภายใต้ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement)” โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรคแรก ให้คำนิยามว่า

“สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาดกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้”

ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาที่มีการตกลงใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ อาทิ สัญญาจ้างก่อสร้าง (Construction Contract) คู่พิพาทจะต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้น โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 รับรองความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม หากมีฝ่ายใดนำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องคดีต่อศาล อีกฝ่ายจะมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอให้ศาลมี “คำสั่งจำหน่ายคดี” เพื่อไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ อย่างไรก็ตาม ใน

²² อาทิ FIDIC 2017 Conditions for Construction, Clause 21 ประกอบด้วยข้อ 21.1 การใช้คณะกรรมการหลักเลียงและชี้ขาดข้อพิพาท (DAAB), ข้อ 21.5 การระงับข้อพิพาทโดยสันติ (Amicable Settlement) คือการเจรจาต่อรอง (Negotiation) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) และ ข้อ 21.6 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration).

²³ ในกรณีจำกัอาจมีการคัดค้านคำชี้ขาดโดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ซึ่งเป็นกรณียกเว้นตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 หรือ ศาลอาจมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 43 ก็ได้.

การที่จะมีคำสั่งจำหน่ายคดีได้นั้น ศาลจะไต่สวนว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะหรือไม่ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้หรือไม่ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถปฏิบัติได้หรือไม่²⁴ หากไม่ปรากฏเหตุดังกล่าวศาลต้องมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่พิพาทไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากสัญญาอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์จะต้องเคารพเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้น ศาลจะไม่วินิจฉัยในเนื้อหาและจะมีคำสั่งจำหน่ายคดี แต่หากสัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะ ไม่สามารถใช้บังคับได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติได้ ย่อมหมายความว่าศาลมีอำนาจในการยอมรับข้อพิพาทดังกล่าวไว้พิจารณาได้

การที่ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้ไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ/ไม่รับคดีไว้พิจารณาดังกล่าว สอดคล้องกับหลักการว่าคู่สัญญาจะต้องผูกมัดตามเจตนารมณ์ของตนเองซึ่งยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) ผ่านสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้น และอยู่ภายใต้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) นอกจากนี้ยังทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพได้ในทางปฏิบัติอีกด้วย²⁵

นอกจากนี้ การอนุญาโตตุลาการมีได้จำกัดอยู่เพียงแค่การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ (Commercial Arbitration) เท่านั้น แต่ยังรวมถึง “การอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ” (Investment Arbitration) ซึ่งเกิดจากสนธิสัญญา/ความตกลงการลงทุนระหว่างรัฐ เช่น สนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties: BITs)²⁶ ความตกลงทางการค้าในระดับภูมิภาค (Regional Trade Agreements: RTAs)²⁷ โดยสนธิสัญญาเหล่านี้มักมี “กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement: ISDS)” ซึ่งเปิดทางให้

²⁴พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 14.

²⁵ในทางตรงข้าม หากกฎหมายเปิดช่องให้ศาลมีอำนาจมีคำสั่ง “รับฟ้อง” ไว้พิจารณาได้ (แม้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ) ก็จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่เกิดผลในทางปฏิบัติ เพราะสุดท้ายศาลก็สามารถพิจารณาคดีได้ทุกครั้งที่ไป ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Law) จึงจำกัดอำนาจของศาลไว้ว่า หากมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ และข้อสัญญานั้นไม่เป็นโมฆะ สามารถบังคับได้ สามารถปฏิบัติได้ ศาลต้องมีคำสั่งจำหน่ายคดี เว้นแต่ปรากฏว่าเป็นข้อพิพาทที่มีได้อยู่ในขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ เช่นนี้ศาลย่อมมีอำนาจรับฟ้องคดีไว้พิจารณาได้.

²⁶เช่น ความตกลงการค้าเสรีไทย - ออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement: TAFTA) เป็น BIT ซึ่งเป็นฐานในการฟ้องคดีเมืองทองอัครา ระหว่าง Kingsgate Consolidated Ltd. v. Thailand.

²⁷อาทิต เขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area: AFTA) ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership: RCEP).

นักลงทุนต่างชาติ (Investor) สามารถฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุน (Host-State) ด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ ทั้งอนุญาโตตุลาการแบบไม่สังกัดสถาบัน (Ad Hoc Arbitration) หรืออนุญาโตตุลาการผ่านสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) ซึ่งเป็นองค์กรภายใต้ธนาคารโลก (World Bank)²⁸ ตัวอย่างอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายการลงทุนที่สำคัญ เช่น คดีเหมืองทองอัคราระหว่างบริษัทคิงส์เกตและประเทศไทย (Kingsgate Consolidated Limited and Kingsgate Capital Pty Ltd. v. The Kingdom of Thailand)²⁹ ซึ่งเกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรไทยและเครือรัฐออสเตรเลีย TAFTA³⁰ เป็นต้น

ในประเทศไทยการอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองไว้ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ทั่วโลกนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในสัญญาทางแพ่งพาณิชย์ของสมาคมการค้าและธุรกิจต่าง ๆ อาทิ International Chamber of Commerce (ICC) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำธุรกิจระหว่างประเทศ ก็นิยมใช้อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหลักในการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ทั้งด้านการค้าและการลงทุน ซึ่งแต่ละประเทศก็มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นของตนเองโดยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการต้นแบบของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศของ UN คือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)³¹ อาทิ Singapore Arbitration Act 2001

²⁸ นานิรันดร์ จันทรงาม, **หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562).

²⁹ อานาจ ตั้งศิริพิมาน, “ปภินกะกฎหมาย คดีอนุญาโตตุลาการเหมืองชาตรี: คิงส์เกตและประเทศไทย Chatree Mine Arbitration: Kingsgate v. Thailand,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 48, 2 (มิถุนายน 2562): 398-409.

³⁰ โปรดดูเอกสารในชั้นอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับคดีเหมืองทองอัคราเพิ่มเติมที่ **Italaw, Kingsgate Consolidated Ltd. v. Thailand, PCA Case No. 2017-36/AA684** [Online], available URL: <https://www.italaw.com/cases/5572>, 2025 (November, 3).

³¹ United Nations Commission on International Trade Law, **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006** [Online], available URL: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration, 2025 (November, 3).

โดยทั่วไปข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability) จะเป็นข้อพิพาทในทางแพ่ง อาทิ ข้อพิพาททางพาณิชย์ (Commercial) และต้องเป็นข้อพิพาทที่ “ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)”³² ดังนั้น ข้อพิพาททางอาญา หรือการใช้อำนาจของรัฐต่าง ๆ เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิครอบครัว มรดก ภาษี การจดทะเบียนต่าง ๆ การออกเอกสารสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน การขออนุญาตการก่อสร้าง การออกใบอนุญาตตามกฎหมาย หรือข้อพิพาทภายใต้กฎหมายคุ้มครองแรงงาน (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541)³³ กรณีเหล่านี้ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่สามารถระงับได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่ข้อพิพาทจากสัญญาทางแพ่งพาณิชย์อื่น ๆ รวมทั้งเงื่อนไขในสัญญาจ้างก่อสร้างนั้นเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงสามารถระงับได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้าง ความผิดพลาดของแบบก่อสร้าง งานเพิ่ม งานลด การขอขยายระยะเวลาก่อสร้าง เหตุสุดวิสัย การขอเงินเพิ่ม คุณภาพของงาน การส่งมอบงาน กำหนดเวลาแล้วเสร็จ เป็นต้น ดังนั้นในอุตสาหกรรมก่อสร้างจึงนิยมใช้อนุญาโตตุลาการเพราะมีความรวดเร็วและเหมาะสมในเชิงธุรกิจมากกว่าหากเปรียบเทียบกับ การดำเนินคดีทางศาล

ในเบื้องต้นสิ่งที่สำคัญของกลไกอนุญาโตตุลาการคือความจำเป็นต้องมี “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งอาจปรากฏเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก (Arbitration Clause) อาทิ ข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาจ้างก่อสร้าง หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากเป็นอีกฉบับ (Stand-alone Arbitration Agreement) หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นภายหลังมีข้อพิพาทแล้ว (Submission) ก็ได้³⁴ และด้วยเหตุที่วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเอกชน (Private System of Justice) คู่สัญญา/คู่พิพาทจึงสามารถออกแบบกระบวนการที่เห็นว่าเหมาะสมได้ภายใต้หลักการเคารพเจตนาของคู่สัญญา (Party Autonomy)

ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญา/คู่พิพาทสามารถออกแบบกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามที่เห็นสมควรได้ (หลัก Party Autonomy) เช่น จำนวนอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Governing Law) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) สถานที่

³² สอดคล้องกับ New York Convention 1985 Article V(2)(b) ที่บัญญัติว่าการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในประเทศนั้นด้วย.

³³ อาทิ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้าง ค่าชดเชย ค่าเสียหายจากการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม อยู่ในเขตอำนาจของศาลแรงงาน.

³⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 11.

ทางกฎหมายในการทำอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ³⁵ (ถ้ามี) หรือคุณสมบัติของ อนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญในอุตสาหกรรมก่อสร้าง เป็นต้น³⁶ นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณา ในชั้นอนุญาโตตุลาการยังเป็นความลับอีกด้วย เมื่อพิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว คำชี้ขาดของคณะอนุญาโต ตุลาการเป็นที่สุด (Final and Binding) ยกเว้นเข้าเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอน³⁷ หรือเข้ากรณีที่ศาลอาจมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตาม คำชี้ขาด³⁸ ซึ่งเป็นกรณียกเว้นเท่านั้น นอกจากนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับได้ ในประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลกที่เป็นภาคีสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958: New York Convention)

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติโครงการก่อสร้างนั้นมีพลวัตรสูงและเกิดข้อพิพาทได้โดยง่าย การใช้อนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกระบวนการสำหรับข้อพิพาทที่ต้องการการตัดสินใจชี้ขาดในลักษณะ ที่เป็นทางการ แต่ยิ่งถือว่าช้าเกินไปและเสียค่าใช้จ่ายสูงเมื่อเทียบกับกลไก ADR อื่น ๆ ทั้งยังทำให้เกิดความสัมพันธ์ที่ไม่ดีระหว่างคู่พิพาทเพราะเป็นการเผชิญหน้าแบบปรปักษ์ (แพ้-ชนะ) ดังนั้น อุตสาหกรรม ก่อสร้างจึงมีการคิดค้นวิธีการระงับข้อพิพาทที่รวดเร็วยิ่งขึ้น อาทิ คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards) หรือผู้ชี้ขาดตามกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญา งานก่อสร้าง (Security of Payment Act)

3.4 คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards)

โครงการก่อสร้างนั้นมีโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทได้ตลอดเวลา จึงเกิดแนวคิดในการพัฒนา กลไกในการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบใหม่ ๆ แทนที่การดำเนินคดีทางศาลและอนุญาโตตุลาการ เพื่อที่จะช่วยประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย และทำให้ข้อพิพาทยุติลงด้วยความรวดเร็วและไม่กระทบ ต่อการดำเนินงานของโครงการ โดยแนวคิดเริ่มต้นมาจากการร่างสัญญาให้วิศวกร (Engineer) หรือ สถาปนิก (Architect) เป็นผู้อำนวยการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญา เพื่อให้ข้อพิพาทในโครงการ ก่อสร้างจำนวนมากได้รับการตัดสินชี้ขาดโดยรวดเร็วนั่นเอง

³⁵ ในต่างประเทศ เช่น London Court of International Arbitration (LCIA), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), ในประเทศไทย เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thailand Arbitration Institute: TAI), สถาบันอนุญาโตตุลาการที่เอชเอซี (Thailand Arbitration Center: THAC).

³⁶ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 39-54.

³⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 40.

³⁸ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 43.

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1861 ในอังกฤษเริ่มมีการใช้วิศวกร/สถาปนิกในฐานะเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจชี้ขาด/กึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-arbitrator)³⁹ อย่างไรก็ตาม ต่อมา ช่วงปี ค.ศ. 1900 ในหลายคดีการชี้ขาดของวิศวกรมีการใช้อำนาจโดยลำเอียง (Biased) ทำให้ศาลต้องเข้ามาพิจารณาคดีแทน เพราะพบว่ามีความเป็นไปได้ว่าการวินิจฉัยของวิศวกรจะไม่เป็นธรรมในฐานะที่วิศวกรได้รับการว่าจ้างหรือเป็นตัวแทนจากเจ้าของโครงการ (Owner) ต่อมาศาลได้พิพากษาให้การชี้ขาดของวิศวกรไม่มีผลบังคับเพราะมีการใช้อำนาจโดยลำเอียง ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่มาของการพัฒนามาใช้แนวคิดใหม่ คือ การให้ “วิศวกรที่เป็นบุคคลภายนอก (Third-party Engineers)” มาทำหน้าที่ชี้ขาดโดยไม่มีสถานะเป็นตัวแทนของผู้ว่าจ้าง/เจ้าของโครงการ และต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างมีความเป็นกลาง (Impartiality)⁴⁰ แนวคิดการใช้บุคคลที่สามที่เป็นคนกลางดังกล่าวจึงพัฒนามาสู่การใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทที่เป็นบุคคลภายนอกเพื่อระงับข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างในเวลาต่อมา

คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards: DB) ประกอบด้วยบุคคลภายนอกที่มีความเป็นกลางจำนวน 1 คนหรือ 3 คนขึ้นไป ซึ่งคู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาก่อสร้างเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นตลอดระยะเวลาของโครงการก่อสร้าง⁴¹ วัตถุประสงค์สำคัญของ DB อยู่ที่ทำให้ข้อพิพาท/ขัดแย้งได้รับการคลี่คลายอย่างรวดเร็วและสมเหตุสมผลที่สุด ซึ่งการยุติข้อพิพาทตั้งแต่แรกเริ่มในขณะที่ยังมีข้อพิพาท/ปัญหาเพิ่งเริ่มก่อตัว ย่อมทำให้ลดความเสียหาย และลดโอกาสที่ข้อพิพาทจะพัฒนาไปสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบเป็นทางการ เช่น การอนุญาโตตุลาการ หรือการฟ้องร้องต่อศาลในอนาคต โดยหลักการแล้วคณะกรรมการระงับข้อพิพาทควรได้รับการจัดตั้ง “ตั้งแต่เริ่มต้นโครงการ” และคงอยู่จนสิ้นสุดโครงการ คุณลักษณะนี้แตกต่างจากกลไกการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินคดีในศาลที่มักเกิดขึ้นภายหลังเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว แต่ DB จะเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารโครงการและปฏิบัติการแบบ “ตลอดเวลา (Real Time)” กล่าวคือ สามารถติดตามสถานการณ์ ตรวจสอบข้อเท็จจริง และเสนอทางออกต่อความขัดแย้งได้ทันทีที่ประเด็นเริ่มก่อตัว⁴²

³⁹อาทิ คดี Pawley vs. Turnbull (1861) 3 Giff. 70; 66 ER 327.

⁴⁰Cyril Chern, *Chern on Dispute Boards*, 3rd ed. (Oxford: Informa Law from Routledge, 2015), pp. 50-54.

⁴¹ในบางกรณีมีบทบาทในการหลีกเลี่ยงป้องกันข้อพิพาทด้วย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการออกแบบกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้สัญญา.

⁴²Nicholas Gould and Robbie McCrea, *Dispute Boards: Trends, Observations, Developments and Procedures in Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice Around the World* (Oxford: Informa Law from Routledge, 2022), p. 130.

ในอังกฤษมีการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทเป็นครั้งแรกในการก่อสร้างอุโมงค์ Channel Tunnel ในคดี The Channel Tunnel Group Ltd and Another vs. Balfour Beatty Construction Ltd and Others ซึ่งต่อมาในภายหลังศาล House of Lords ได้มีคำพิพากษาว่า การใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเกิดจากความตกลงของคู่สัญญาและเป็นสิ่งที่ศาลไม่ควรเข้าแทรกแซง กล่าวคือเป็นข้อตกลงที่สามารถใช้บังคับได้ โดยโครงการ Channel Tunnel ปรับใช้สัญญาจาก FIDIC Red Book 3rd Edition และกำหนดให้มีการใช้คณะกรรมการที่คล้ายกับคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (Dispute Adjudication Boards: DAB) ของสัญญา FIDIC ซึ่งให้คณะกรรมการสามารถออกคำชี้ขาด/คำวินิจฉัย (Decision) ที่มีผลทันทีจนกว่าจะถูกชี้ขาดเป็นอย่างอื่นโดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นเหตุให้โครงการก่อสร้างดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องจนประสบความสำเร็จ⁴⁴

ปัจจุบันมีแนวคิดของคณะกรรมการระงับข้อพิพาทที่นิยมใช้กันหลายรูปแบบ อาทิ คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท (Dispute Review Boards: DRB) คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (Dispute Adjudication Boards: DAB) คณะกรรมการหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาท (Dispute Avoidance/Adjudication Boards: DAAB) รวมถึงคณะกรรมการรูปแบบผสมผสาน (Combined Dispute Boards: CDB) พอสรุปได้ดังนี้

1) คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท (Dispute Review Boards: DRB) ถือกำเนิดในอุตสาหกรรมก่อสร้างของสหรัฐอเมริกา โดย DRB ทำหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะที่มีลักษณะไม่ผูกพันทางกฎหมาย (Non-binding Recommendation) ต่อข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินโครงการ DRB จะพิจารณาข้อเท็จจริงและใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเพื่อเสนอแนวทางที่เหมาะสมให้คู่สัญญาพิจารณา จึงมีลักษณะเสมือนคณะผู้ให้คำปรึกษาทางเทคนิคแบบไม่เป็นทางการและสามารถให้คำแนะนำก่อนเกิดข้อพิพาทได้ รูปแบบ DRB ซึ่งพบทั่วไป คือรูปแบบที่ใช้โดย American Arbitration Association (AAA) ซึ่งกำหนดให้ DRB มีอิสระและมีหน้าที่ช่วยอำนวยความสะดวกในการระงับข้อขัดแย้ง โดยจัดทำเป็นข้อแนะนำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อคู่สัญญา⁴⁵ โดยแนวคิดการระงับข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างนี้เริ่มนำมาใช้ตั้งแต่ในช่วงปี ค.ศ. 1960 โดยการใช้คณะกรรมการที่ปรึกษาร่วม (Joint Consulting Board) ในโครงการก่อสร้างเขื่อนบานด์เดรี (Boundary Dam) ในรัฐออลังตัน เพื่อให้คำปรึกษาข้อพิพาทในโครงการฯ และพัฒนามาสู่การใช้ DRB เป็นครั้งแรกในโครงการก่อสร้างอุโมงค์ไอเซนโฮเวอร์ (Eisenhower Tunnel) ในรัฐโคโลราโดในปี ค.ศ. 1975 และต่อมาแนวคิดของ DRB ก็ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายทั่วสหรัฐอเมริกา⁴⁶

⁴⁴Cyril Chern, op. cit., p. 72.

⁴⁵Nicholas Gould and Robbie McCrea, op. cit., p. 132.

⁴⁶Cyril Chern, op. cit., p. 11.

2) คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (Dispute Adjudication Boards: DAB)⁴⁷ ภายใต้สัญญา FIDIC 1999 กลไกการระงับข้อพิพาทโดยการชี้ขาดข้อพิพาท (Adjudication) ภายใต้สัญญาหมายถึง กระบวนการที่มีบุคคล/คณะบุคคลภายนอกซึ่งเป็นอิสระทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและมีค่าชี้ขาด/คำวินิจฉัยซึ่งมีผลผูกพันภายใต้สัญญา ทั้งนี้ คู่สัญญายังสามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวไปขอให้มีการพิจารณาทบทวนได้ภายหลัง ไม่ว่าจะโดยการอนุญาโตตุลาการหรือศาล หรือโดยความตกลงร่วมกันของคู่สัญญา⁴⁸

คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (DAB) ภายใต้สัญญา FIDIC 1999 นั้นเป็นกลไกระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกิดจากสัญญามาตรฐานของสมาพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (International Federation of Consulting Engineers) หรือในภาษาฝรั่งเศสว่า Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils: FIDIC โดย FIDIC เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1913 ประกอบด้วยผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรที่ปรึกษา (Consulting Engineers) ในกลุ่มประเทศยุโรป ปัจจุบันเป็นองค์กรระดับโลกที่มีสมาคมวิศวกรที่ปรึกษาของประเทศต่าง ๆ ทุกภูมิภาคทั่วโลกเข้าร่วมเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมก่อสร้างและวิศวกรที่ปรึกษา⁴⁹ ซึ่งในประเทศไทยมีสมาคมวิศวกรที่ปรึกษาแห่งประเทศไทย (วปท.) เป็นสมาชิกของ FIDIC⁵⁰

FIDIC จัดทำสัญญาชุดมาตรฐานสัญญาก่อสร้างซึ่งมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับประเภทของโครงการก่อสร้าง โดยมีการแบ่งสัญญาออกเป็น ส่วน ๆ ทำให้เกิดความง่ายในการนำไปใช้ในทางปฏิบัติ อาทิ FIDIC Red Book (เล่มสีแดง) เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างทั่วไปออกแบบโดยผู้ว่าจ้าง⁵¹ FIDIC Yellow Book (เล่มสีเหลือง) เป็นสัญญาจ้างก่อสร้างโรงงานออกแบบโดยผู้รับจ้างในลักษณะออกแบบและก่อสร้าง (Design and Build) หรือ FIDIC Silver Book (เล่มสีเงิน) เป็นสัญญาจ้าง

⁴⁷นอกเหนือจากการตกลงไว้ในสัญญา (By Contract) การชี้ขาดอาจเกิดขึ้นภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายก็ได้ (By Law) สำหรับประเทศที่มีกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) ไว้โดยเฉพาะ เช่น สหราชอาณาจักรมีการกำหนดการชี้ขาดโดยผู้ชี้ขาดไว้ในพระราชบัญญัติ Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 เป็นต้น.

⁴⁸Kelvin Hughes, *Understanding the NEC4 ECC Contract A Practical Handbook* (Oxford: Routledge, 2019), p. 240.

⁴⁹FIDIC, *History* [Online], available URL: <https://fidic.org/history>, 2025 (November, 2).

⁵⁰เกี่ยวกับสมาคมวิศวกรที่ปรึกษาแห่งประเทศไทย (วปท.) โปรดดู <http://www.ceat.or.th/>.

⁵¹FIDIC Red Book 2017: Contract Agreement, Letter of Acceptance, Letter of Tender, the Particular Conditions Part A – Contract Data, the Particular Conditions Part B – Special Provisions, General Conditions, Specification, Drawings, Schedules, JV Undertaking (if any), Any other Documents as part of the Contract.

เหมาเบ็ดเสร็จ (Turnkey) ซึ่ง FIDIC เรียกว่า Engineering, Procurement and Construction: EPC เป็นต้น⁵² DAB เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในสัญญา FIDIC 1999 เพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทโดยการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างการก่อสร้างโดยมีกระบวนการภายใต้ข้อสัญญากำหนดไว้ เมื่อคณะกรรมการ DAB ชี้ขาดแล้วถือว่ามีผลผูกพันคู่สัญญาและต้องปฏิบัติตามทันที

3) คณะกรรมการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสาน (Combined Dispute Boards: CDB) พัฒนาโดย International Chamber of Commerce (ICC)⁵³ ซึ่งเปิดโอกาสให้คู่สัญญาเลือกประเภทของกระบวนการ ได้แก่ แบบ DRB, DAB หรือแบบผสมผสาน การใช้ CDB นั้นมีความยืดหยุ่นเนื่องจากสามารถให้ข้อแนะนำหรือคำชี้ขาดที่มีผลผูกพันชั่วคราวก็ได้หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งร้องขอและอีกฝ่ายไม่คัดค้าน แต่หากมีฝ่ายใดคัดค้าน CDB จะเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรออกเป็นข้อแนะนำหรือคำชี้ขาดก็ได้⁵⁴ ทั้งนี้ ภายใต้สัญญา/ข้อบังคับ ICC Dispute Board Rules

4) คณะกรรมการหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาท (Dispute Avoidance Adjudication Boards: DAAB) เรียกโดยย่อว่า “DAAB” ถือเป็นกลไกแบบเบ็ดเสร็จ (All-Inclusive) ที่ FIDIC พัฒนาขึ้นในชุดสัญญามาตรฐานปี 2017 (พัฒนาต่อมาจาก คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท DAB) โดยยังคงคุณลักษณะการชี้ขาดที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่เพิ่มเติมหน้าที่ (Function) สำคัญเกี่ยวกับ “การหลีกเลี่ยงข้อพิพาท (Avoidance)” โดยเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถร้องขอความช่วยเหลือแบบไม่เป็นทางการจาก DAAB ในการหาหรือหาทางออกต่อปัญหาต่างๆ ได้ตั้งแต่ระยะเริ่มต้น รูปแบบนี้สอดคล้องกับพัฒนาการของสัญญา New Engineering Contract (NEC4) เช่นเดียวกัน

สัญญาจ้างก่อสร้างทั่วไปออกแบบโดยผู้ว่าจ้าง FIDIC Red Book 2017 กำหนดกลไกของคณะกรรมการ DAAB และการอนุญาโตตุลาการไว้ใน “เงื่อนไขทั่วไป (General Conditions)” ในข้อ 21 ซึ่งประกอบด้วยหัวข้อหลัก ๆ ได้แก่ ข้อ 21.1 การก่อตั้ง DAAB (Construction of DAAB) ข้อ 21.2 การไม่แต่งตั้งสมาชิก DAAB (Failure to Appoint DAAB Members) ข้อ 21.3 การหลีกเลี่ยงข้อพิพาท (Avoidance of Disputes) ข้อ 21.4 การชี้ขาดของ DAAB (Obtaining DAAB’s Decision) ข้อ 21.5 การตกลงกันฉันมิตร (Amicable Settlement) ข้อ 21.6 การอนุญาโตตุลาการ

⁵² กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา และคณะ, สัญญาก่อสร้าง FIDIC ฉบับปี 2017 งานอาคารและงานโยธาออกแบบโดย ผู้ว่าจ้าง (เล่มแดง) (นันทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2562), หน้า 6.

⁵³ โปรดดูตัวอย่างร่างข้อสัญญา Dispute Boards ของ ICC ที่ International Chamber of Commerce, Model Dispute Board Member Agreement [Online], available URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/model-dispute-board-member-agreement/>, 2025 (November, 3).

⁵⁴ Nicholas Gould and Robbie McCrea, op. cit., p. 132.

(Arbitration) ข้อ 21.7 การไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ DAAB (Failure to Comply with the DAAB's Decision) และข้อ 21.8 กรณีไม่มี DAAB (No DAAB in Place) ซึ่งจะเห็นได้ว่า FIDIC ค่อนข้างให้ความสำคัญกับการระงับข้อพิพาทโดย DAAB มากกว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น⁵⁶

กลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้สัญญาของ FIDIC ทั้ง DAB และ DAAB ได้รับความนิยมและมีการนำไปใช้กันอย่างแพร่หลายโดยเฉพาะในโครงการก่อสร้างที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือมีคู่สัญญาเป็นบุคคลที่จดทะเบียนในต่างประเทศ โดยธนาคารเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศ (Multilateral Development Banks: MDB) ต่าง ๆ ได้มีการนำแบบสัญญา FIDIC ไปใช้เป็นส่วนหนึ่งของเอกสารประกวดราคา (Standard Bidding Documents: SBD) เพื่อให้เกิดความเป็นสากลและมาตรฐานเดียวกันในสัญญาก่อสร้างระหว่างประเทศ เช่น ธนาคารโลก (World Bank) ธนาคารพัฒนาเอเซีย (Asian Development Bank) ธนาคารเพื่อการบูรณะและพัฒนายุโรป (European Bank for Reconstruction and Development) ธนาคารพัฒนาคา리เบียน (Caribbean Development Bank) หรือ ธนาคารพัฒนาแห่งอเมริกา (Inter-American Development Bank) เป็นต้น การนำแบบสัญญาดังกล่าวไปใช้สะท้อนถึงความเชื่อมั่นในหลักการบริหารสัญญาและการจัดการข้อพิพาทที่โปร่งใส เป็นธรรม และรองรับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานอย่างมีประสิทธิภาพในระดับนานาชาติ⁵⁷ นอกจากนี้ การใช้ DB ยังแพร่หลายไปในหลายหลายอุตสาหกรรมอื่น ๆ เช่น การเงิน โทรคมนาคม เป็นต้น⁵⁸

ในการร่างสัญญาจ้างก่อสร้าง (Construction Contracts) มีข้อพิจารณาสำคัญคือ การร่างเงื่อนไขในสัญญาจ้างก่อสร้างจะส่งผลกระทบต่อการบริหารโครงการและความสำเร็จของโครงการก่อสร้างนั้นโดยตรง การร่างข้อสัญญาต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clauses) ในสัญญา จึงมิใช่มองแต่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแสวงหาประโยชน์ให้มากที่สุดจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือ มิใช่เป็นพยายามเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้มากที่สุด เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วโอกาสที่โครงการนั้น ๆ จะประสบความสำเร็จโดยไม่มีข้อพิพาทนั้นย่อมมีน้อยมากเหลือเกิน ดังนั้น การร่างข้อสัญญาในสัญญาจ้างก่อสร้างจึงต้องเป็นธรรมและมีกลไกที่เหมาะสมในการจัดการข้อพิพาท ในต่างประเทศจึงนิยมใช้สัญญามาตรฐาน อาทิ สัญญา FIDIC Red Book อย่างแพร่หลายมิใช่เพียงแต่ว่าเป็นสัญญาที่จัดทำโดยองค์กรของวิศวกรที่ปรึกษา แต่เป็นเพราะเงื่อนไขในสัญญาที่เป็นธรรม

⁵⁶ กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา และคณะ, สัญญาก่อสร้าง FIDIC ฉบับปี 2017 งานอาคารและงานโยธารอบแบบ โดยผู้ว่าจ้าง (เล่มแดง) (นันทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2562), หน้า 309-310.

⁵⁷ Donald Charrett, *FIDIC Contracts in Asia Pacific: A Practical Guide to Application* (Oxford: Informa Law from Routledge, 2022), p. 16.

⁵⁸ Nicholas Gould and Robbie McCrea, op. cit., p. 132.

และมีกลไกในการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพย่อมส่งผลโดยตรงต่อความสำเร็จของโครงการ ดังนั้น การร่างสัญญาจ้างก่อสร้างทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ผู้ร่างสัญญาควรคำนึงถึงความสำคัญของเงื่อนไขในสัญญาและการกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อบริหารความเสี่ยงเป็นลำดับขั้น ๆ ไปตามความรุนแรงของข้อพิพาท กล่าวคือ มิใช่เพื่อแค่จัดให้มีสัญญาแต่ต้องพิจารณาเนื้อหาในสัญญาด้วย ทั้งนี้เพื่อให้โครงการประสบความสำเร็จสมความมุ่งหมาย เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อประเทศชาติและประชาชนต่อไป

3.5 ผู้ชี้ขาดตามกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act)

ตั้งแต่ ค.ศ. 1996 สหราชอาณาจักรมีการบังคับใช้ “กฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act)” ได้แก่ พระราชบัญญัติ Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGCRA)⁵⁹ กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพและคุ้มค่าในเชิงต้นทุนโดยเฉพาะสำหรับข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างที่มีมูลค่าระดับต่ำถึงปานกลาง ทั้งนี้ เพื่อเป็นมาตรการเยียวยากระแสเงินสด (Cash-flow) ระหว่างการดำเนินโครงการก่อสร้างโดยหลีกเลี่ยงปัญหาเรื้อรังของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบดั้งเดิมที่ใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายสูง เช่น การฟ้องร้องต่อศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ⁶⁰ พระราชบัญญัติ HGCRA 1996 กำหนดให้มีการแต่งตั้ง “ผู้ชี้ขาด (Adjudicator)” ที่เป็นกลางมาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้างในอุตสาหกรรมก่อสร้างและวิศวกรรม กฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมถึง “สัญญางานก่อสร้าง (Construction Contracts)”⁶¹

⁵⁹ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009 ในปี ค.ศ. 2009.

⁶⁰James Pickavance, *Statutory Adjudication in United Kingdom in Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice Around the World* (Oxford: Informa Law from Routledge, 2022), p. 195.

⁶¹HGCRA 1996 Section 104 Construction Contracts:

(1) In this Part a “construction contract” means an agreement with a person for any of the following—

- (a) the carrying out of construction operations;
- (b) arranging for the carrying out of construction operations by others, whether under sub-contract to him or otherwise;

ซึ่งรวมถึงสัญญาจ้างก่อสร้างและสัญญาอีกหลายประเภทที่เกี่ยวกับโครงการก่อสร้าง เช่น สถาปัตยกรรม การออกแบบ การสำรวจ ข้อตกลงให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการบริการก่อสร้าง วิศวกรรม การออกแบบ ภายในและภายนอก แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 104 ของ HGCRA 1996⁶²

การชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้พระราชบัญญัติ HGCRA 1996 เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาในสัญญางานก่อสร้างมีสิทธิเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาโดยฝ่ายเดียว (Unilateral Right) ต่อผู้ชี้ขาด⁶³ ซึ่งจะพิจารณาข้อพิพาท ข้อเรียกร้อง และพยานหลักฐานจากทั้งสองฝ่ายแล้วออกคำชี้ขาดที่มีผลผูกพันในเบื้องต้น โดยคู่สัญญาอาจใช้สิทธิตามกระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติ HGCRA 1996 เมื่อเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1) มี “สัญญางานก่อสร้าง (Construction Contracts)” ตามนิยามแห่งกฎหมายดังกล่าว⁶⁴
- 2) มีข้อพิพาทเพียงเรื่องเดียวที่เกิดจากสัญญานั้น โดยไม่จำกัดประเภทของข้อพิพาทหรือจำนวนประเด็นย่อยที่ประกอบอยู่ในข้อพิพาทนั้น และ
- 3) ข้อพิพาทดังกล่าวต้องไม่เป็นข้อพิพาทเดียวกันกับประเด็นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเคยได้รับการชี้ขาดไปแล้วก่อนหน้านี้⁶⁵

ข้อยกเว้นของการใช้กลไกการชี้ขาดภายใต้พระราชบัญญัติ HGCRA 1996 คือกรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็น “เจ้าของบ้านอยู่อาศัย (Residential Occupier)” โดยมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติ HGCRA 1996 บัญญัติว่าในส่วนของการชี้ขาดข้อพิพาท (Adjudication) ไม่ใช้บังคับแก่สัญญางานก่อสร้างบางประเภท ดังนี้

(c) providing his own labour, or the labour of others, for the carrying out of construction operations.

(2) References in this Part to a construction contract include an agreement—

(a) to do architectural, design, or surveying work, or

(b) to provide advice on building, engineering, interior or exterior decoration or on the laying-out of landscape,
in relation to construction operations.

⁶²Cyril Chern, op. cit., pp. 56-57.

⁶³Section 108 Right to refer disputes to adjudication:

(1) A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under a procedure complying with this section.

For this purpose “dispute” includes any difference.

⁶⁴Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, Section 104.

⁶⁵James Pickavance, op. cit., p. 195.

- 1) สัญญางานก่อสร้างที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น “เจ้าของบ้านอยู่อาศัย (Residential Occupier)”
- 2) สัญญางานก่อสร้างประเภทอื่นที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวง (Secretary of State) มีคำสั่งให้ยกเว้นเป็นการเฉพาะ

สัญญางานก่อสร้างที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น “เจ้าของบ้านอยู่อาศัย (Residential Occupier)” หมายถึง สัญญางานก่อสร้างที่มีวัตถุประสงค์หลักเกี่ยวกับการดำเนินการก่อสร้าง ปรับปรุง หรือซ่อมแซมสิ่งปลูกสร้างซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้หรือมีเจตนาจะใช้เป็นที่พักอาศัยของตนเอง ดังนั้น กฎหมาย HGCRA 1996 จึงมีเจตนารมณ์ที่ให้กลไกการชี้ขาดข้อพิพาทตามพระราชบัญญัตินี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าและกระแสเงินสดในอุตสาหกรรมก่อสร้างเชิงพาณิชย์ (Commercial Construction Industry) เป็นหลัก มิใช่มุ่งหมายที่จะบังคับใช้กับงานก่อสร้างในระดับครัวเรือน โดยในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ Adjudicator ฝ่ายที่ชนะสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีคู่กรณีฝ่ายที่แพ้อาจต่อสู้ได้หากสามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ชี้ขาดได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน หรือได้ละเมิดหลักแห่งความยุติธรรม (Natural Justice)⁶⁶

กลไกการชี้ขาดข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติ HGCRA 1996 ถือว่าเป็นนวัตกรรมสำคัญของกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (ที่ไม่ใช่การดำเนินคดีทางศาล) ในอุตสาหกรรมก่อสร้างที่มุ่งส่งเสริมการไหลเวียนของเงินสดของผู้รับจ้างให้มีกระแสเงินสดและสภาพคล่องทางการเงินในการดำเนินธุรกิจตลอดระยะเวลางานก่อสร้างผ่านหลักการ “Pay Now, Argue Later Basis” กล่าวคือ ฝ่ายที่แพ้ในกระบวนการวินิจฉัยต้องปฏิบัติตามคำตัดสินชี้ขาดของผู้ชี้ขาดทันที แม้โดยหลักจะยังสามารถนำข้อพิพาทไปสู่การอนุญาโตตุลาการหรือการฟ้องศาลได้ในภายหลัง หลักการดังกล่าวช่วยลดการหยุดชะงักของโครงการและเสริมสร้างความเชื่อมั่นทางธุรกิจและเสถียรภาพของอุตสาหกรรมก่อสร้างซึ่งนอกเหนือจากพระราชบัญญัติ HGCRA 1996 ของสหราชอาณาจักรแล้วยังมีกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้างในอีกหลายประเทศ เช่น Building and Construction Industry Security of Payment Act ของสิงคโปร์, Building and Construction Industry (Security of Payment) Act 2021 (WA) ของรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย, Construction Industry Payment and Adjudication Act 2012 (CIPAA) ของมาเลเซีย⁶⁷ เป็นต้น

ในส่วนของประเทศไทย สถาบันอนุญาโตตุลาการทีเอชเอซี (THAC) ได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง พ.ศ. ... โดยมี

⁶⁶James Pickavance, op.cit., p. 196.

⁶⁷โชคชัย เนตรงามสว่าง และมณฑล อรรถบลยุคล, “การชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้างในประเทศไทย,” วารสารนิติสาร มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 2, 1 (มกราคม - มิถุนายน 2568): 11-12.

วัตถุประสงค์เพื่อให้มีกฎหมายเฉพาะในการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้างเพื่อให้สามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว ทั้งนี้ ยังอยู่ในขั้นตอนการผลักดันร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อผลักดันให้เป็นกฎหมายต่อไป⁶⁸

4. การเปรียบเทียบกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เหมาะสมต่ออุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทย

สัญญางานก่อสร้าง/สัญญาจ้างก่อสร้าง (Construction Contracts) มีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาเชิงพาณิชย์อื่น ๆ เพราะโครงการก่อสร้าง (Construction Project) หนึ่ง ๆ ย่อมประกอบด้วยบุคคลหลายฝ่ายที่ต้องปฏิบัติงานประสานกันเพื่อให้โครงการประสบความสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นผู้ว่าจ้าง/เจ้าของโครงการ (Owner) ผู้รับจ้าง/ผู้รับเหมา (Contractor) ผู้ออกแบบหรือสถาปนิก (Designer/Architect) ที่ปรึกษา (Consultant) ผู้รับเหมาช่วง (Sub-contractor) ผู้จำหน่ายวัสดุก่อสร้าง (Supplier) ตลอดจนสถาบันการเงิน (Financial Institution) หรือแรงงาน (Workers) ด้วยเหตุนี้ การดำเนินงานก่อสร้างจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยอาศัยบุคคลฝ่ายเดียว หากแต่ต้องอาศัยการประสานงานจากหลายฝ่ายเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของโครงการ ในการทำงานจึงมีบุคลากรจากหลายฝ่ายทำงานที่เชื่อมโยงกัน อาทิ งานสำรวจ งานปรับหน้าดิน การควบคุมงาน แบบก่อสร้าง งานโครงสร้าง งานระบบไฟฟ้า งานระบบประปา ตกแต่งภายใน ลิฟท์ ระบบป้องกันอัคคีภัย เป็นต้น

ลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างก่อสร้างจึงต่างจากสัญญาทางพาณิชย์ทั่วไปตรงที่มีวัตถุประสงค์มุ่งสู่ “ความสำเร็จของโครงการ” หรือการได้มาซึ่งผลงานที่จับต้องได้ เช่น จ้างก่อสร้างอาคาร สำนักงาน ถนน สะพาน รื้อ หรือสิ่งปลูกสร้างมากกว่าการมุ่งเน้นเพียงผลตอบแทนทางธุรกิจเหมือนสัญญาซื้อขายหรือสัญญาบริการทั่วไปที่มีลักษณะจบไปเป็นครั้ง ๆ จึงมีความยากมากกว่าในการปฏิบัติตามสัญญา โดยเฉพาะหากการบริหารโครงการก่อสร้างไม่มีประสิทธิภาพอาจนำไปสู่การทิ้งงานของผู้รับจ้าง (ผู้รับเหมา) นอกจากนี้ สัญญาจ้างก่อสร้างมักเป็นสัญญาที่มีความซับซ้อน มีหลายสัญญาย่อยเชื่อมโยงกันทั้งในลักษณะของสัญญาหลัก (Main Contract) สัญญาช่วง (Subcontract) และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างวัสดุ (Supply Contract) และเอกสารประกอบที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจำนวนมาก (ขึ้นอยู่กับโครงการก่อสร้าง) ทำให้การบริหารสัญญาและความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นเรื่องละเอียดอ่อน และต้องอาศัยความเข้าใจร่วมกันในเชิงวิศวกรรม กฎหมาย บัญชีการเงิน และการบริหารโครงการ

ความซับซ้อนดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญา ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกำหนดเวลาแล้วเสร็จ ค่าปรับ เงินล่วงหน้า หลักประกัน คุณภาพของงาน

⁶⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

งานเพิ่ม งานลด การขยายระยะเวลาก่อสร้าง งานไม่ตรงแบบหรือรายการประกอบแบบ การตรวจรับ การทดสอบการใช้ การเบิกจ่ายค่าจ้าง (เงินงวด) การตีความเงื่อนไขของสัญญา หรือการส่งมอบงานที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลง ดังนั้น เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและไม่กระทบต่อความต่อเนื่องของโครงการจึงได้มีการพัฒนากลไก ADR ขึ้นในอุตสาหกรรมก่อสร้างโดยมีกลไกที่นิยมใช้แบ่งเป็น 5 รูปแบบ ได้แก่ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (Mediation/Conciliation) คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards) การชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งแต่ละรูปแบบมีลักษณะของกระบวนการ ระดับความเป็นทางการ และผลผูกพันทางกฎหมายแตกต่างกันไป

การเลือกใช้กลไก ADR รูปแบบใดย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของโครงการ ข้อพิพาท มูลค่าความเสียหาย และความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ในสถานการณ์ที่เกิดข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมักได้รับผลกระทบทั้งด้านเวลาและค่าใช้จ่าย ในบางกรณีอาจรวมถึงค่าปรับจากการส่งมอบงานล่าช้า การเจรจาต่อรองจึงมักเป็นวิธีแรกที่คู่สัญญาใช้เพื่อพยายามหาทางออกร่วมกัน เนื่องจากเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นทางการและรักษาความสัมพันธ์ได้ดี อย่างไรก็ตาม ความสำเร็จของการเจรจามักเกิดขึ้นได้ยากในกรณีที่มูลค่าความเสียหายสูง หรือความสัมพันธ์ของคู่สัญญาอยู่ในภาวะไม่ไว้วางใจต่อกัน ดังนั้น กลไกการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการเจรจาต่อรองอาจไม่เพียงพอจึงจำเป็นต้องมีกลไกอื่นที่มี “บุคคลภายนอก” เข้ามามีบทบาทช่วยเหลือในการจัดการข้อพิพาท บุคคลดังกล่าวอาจเป็น “ผู้ไกล่เกลี่ย” หรือ “ผู้ประนอมข้อพิพาท” ซึ่งทำหน้าที่อำนวยความสะดวกในการสื่อสารและช่วยให้คู่พิพาทหาข้อยุติร่วมกัน หรืออาจเป็น “คณะกรรมการระงับข้อพิพาท” หรือ “ผู้ชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมาย” ซึ่งมีอำนาจพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทโดยคำชี้ขาดที่มีผลผูกพันชั่วคราว ทั้งนี้ เพื่อให้โครงการสามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่ต้องหยุดชะงักเพื่อรอคำพิพากษาของศาล หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การเปรียบเทียบกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ในอุตสาหกรรมก่อสร้างสามารถทำการเปรียบเทียบในรูปแบบตารางได้ ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกในอุตสาหกรรมก่อสร้าง

กลไก ADR	ลักษณะเด่น	ผลลัพธ์	ข้อดี	ข้อจำกัด
1. การเจรจา ต่อรอง (Negotiation)	- คู่พิพาทเจรจาต่อรองพูดคุยและตกลงกันเอง - ไม่มีคนกลางเข้ามาช่วยเหลือ	จัดทำข้อตกลงร่วมกัน (ขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่สัญญา)	- รวดเร็วและประหยัดที่สุด - รักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจ - การเจรจาเป็นความลับ	- กระบวนการอาจไม่เกิดขึ้น โดยเฉพาะเมื่อคู่พิพาทมีความสัมพันธ์ที่ไม่ดีมักจะหลีกเลี่ยงการเจรจา - อาจไม่สำเร็จหากเจรจายืดติดกับจุดยืนมากเกินไป - หากข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบต้นทุนและภาระทางการเงินจำนวนมาก คู่พิพาทมักไม่ยอมตกลง - ไม่มีกรอบเวลาที่ชัดเจน
2. การไกล่เกลี่ย (Mediation) หรือการประนอม ข้อพิพาท (Conciliation)	- มี ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท ที่เป็นกลางเข้ามาช่วยอำนวยความสะดวกในการสื่อสาร - เพิ่มโอกาสในการหาทางออกที่เป็นประโยชน์ร่วมกัน - ไม่มีอำนาจวินิจฉัย/ชี้ขาด	- จัดทำข้อตกลงร่วมกัน หรือเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ (Settlement Agreement)	- ค่าใช้จ่ายต่ำ/ใช้เวลาไม่นาน - กระบวนการมีความยืดหยุ่นสูง - เน้นการหาทางออก (Solutions) แบบ Win-Win	- อีกฝ่ายไม่ต้องการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือเข้ามาแต่ไม่มีความจริงใจ - หากไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ยังต้องใช้การอนุญาโตตุลาการหรือฟ้องศาลต่อไป (ขึ้นอยู่กับสัญญา)

กลไก ADR	ลักษณะเด่น	ผลลัพธ์	ข้อดี	ข้อจำกัด
3. คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards: DAB, DAAB, DRB)	- คณะบุคคล 1-3 คนที่มีความเชี่ยวชาญด้านก่อสร้าง - ติดตามโครงการเป็นระยะ ๆ ตั้งแต่เริ่มต้น - สามารถเลือกที่จะให้คำชี้ขาดที่มีผลผูกพันหรือเป็นเพียงข้อแนะนำก็ได้	- คำชี้ขาดที่มีผลผูกพันชั่วคราว (Interim Binding) คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามทันที - ข้อแนะนำที่ไม่มีผลผูกพัน (ขึ้นอยู่กับสัญญา)	- ระงับข้อพิพาทได้รวดเร็วตั้งแต่ปัญหาเริ่มก่อตัว - ณะโครงการดำเนินอยู่ - มีกรอบเวลาที่ชัดเจน (กรณี DAAB จะมีคำวินิจฉัย Decision ภายใน 84 วัน)⁶⁹ - หลีกเลี่ยงและป้องกันไม่ให้ข้อพิพาทบานปลายได้ (กรณี DAAB)	- มีค่าใช้จ่ายของคณะกรรมการ
4. ผู้ชี้ขาดตามกฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act)	- ผู้ชี้ขาดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ เช่น HGCR 1996 - ชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Construction Contracts)⁷⁰	- คำวินิจฉัยชี้ขาดมีผลผูกพันให้จ่ายเงินหรือไม่จ่ายเงินทันที และมีผลบังคับทันที (แต่อาจถูกกลับโดยอนุญาโตตุลาการหรือศาลในภายหลัง)	- รวดเร็วมาก ผู้ชี้ขาดต้องชี้ขาดภายใน 28 วัน (ขยายได้อีก 14 วัน รวม 42 วัน)⁷¹ - การก่อสร้างดำเนินต่อไปไม่หยุดชะงัก - ปกป้องอุตสาหกรรมก่อสร้างในระยะยาว	- ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมาย Security of Payment Act แต่มีความพยายามของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เอชเอซี (THAC) ในการเสนอร่างดังกล่าว

⁶⁹Clause 21.4.3 of 2017 FIDIC Conditions of Contract for Construction.

⁷⁰Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, Section 104 Construction contracts.

⁷¹Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, Section 108 Right to refer disputes to adjudication.

กลไก ADR	ลักษณะเด่น	ผลลัพธ์	ข้อดี	ข้อจำกัด
5. การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)	- ชี้ขาดโดยคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) ที่เป็นอิสระและเป็นกลาง - สามารถออกแบบกระบวนการได้ อาทิ กฎหมายที่บังคับใช้ จำนวนอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ สถานที่ทางกฎหมาย ในการทำอนุญาโตตุลาการ ฯลฯ	- คำชี้ขาด (Awards) มีลักษณะที่เป็นทางการและเป็นที่สุด (Final and Binding) - มีการตัดสินแพ้งชนะในประเด็นข้อพิพาท	- คำชี้ขาดสามารถนำไปบังคับได้เกือบทุกประเทศทั่วโลกที่เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญา New York Convention 1958 - คู่พิพาทสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญในอุตสาหกรรมก่อสร้างได้ - การพิจารณาเป็นความลับ	- กระบวนการค่อนข้างช้า (ใช้เวลาหลายเดือนถึงหลายปี) - ค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง อาทิ ค่าป่วยการ ค่าธรรมเนียม ค่าทนายความ/ที่ปรึกษา - การบังคับตามคำชี้ขาดใช้เวลาในการบังคับคดี - กระทบความสัมพันธ์ของคู่พิพาท

4.1 การก่อสร้างภาคเอกชน

ในการก่อสร้างในภาคเอกชนนั้นคู่สัญญา (ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง) เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน อาทิ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งนิติสัมพันธ์อันเป็นที่มาของการก่อสร้างในภาคเอกชนคือ “สัญญาจ้างก่อสร้าง” ซึ่งจัดอยู่ในเอกเทศสัญญาว่าด้วย “สัญญาจ้างทำของ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷² สัญญาจ้างก่อสร้างในภาคเอกชนจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์คือ คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันภายใต้หลักเสรีภาพใน

⁷²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 587 บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น.”

การทำสัญญา (Freedom of Contract)⁷³ สัญญาจ้างทำของกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้จึงสามารถตกลงด้วยวาจาได้โดยมีผลสมบูรณ์เมื่อคำเสนอ (Offer) และคำสนอง(Acceptance) ถูกต้องตรงกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทฝ่ายที่กล่าวอ้าง/เรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบตามสัญญาจะต้องนำสืบว่ามีข้อตกลง/สัญญาเช่นนั้นอยู่จริง ดังนั้น ในทางปฏิบัติสัญญาจ้างก่อสร้างควรทำเป็นหนังสือ/ลายลักษณ์อักษร หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือเป็นข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงได้⁷⁴ เช่น ทางอีเมล ซึ่งเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็จะสามารถเรียกร้องสิทธิตามสัญญาได้โดยง่าย

นิติกรรมสัญญาในภาคเอกชนเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา⁷⁵ กล่าวคือ คู่สัญญาจะทำสัญญา/ข้อตกลงประการใดก็สามารถที่จะตกลงเงื่อนไขต่าง ๆ กันได้โดยเสรี เว้นแต่กรณีที่วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย พันวิสัย หรือขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) สัญญาหรือข้อตกลงนั้นจะตกเป็นโมฆะ⁷⁶ ซึ่งโดยหลักกฎหมายแล้วถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้⁷⁷

อย่างไรก็ตาม การก่อสร้างภาคเอกชนในประเทศไทยยังไม่มีการใช้สัญญามาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับในวงกว้าง แม้มีความพยายามของหลายหน่วยงานได้จัดทำแบบสัญญามาตรฐาน เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างมาตรฐานของวิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์ (วสท.)⁷⁸ สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างมาตรฐานฉบับศรีปทุม⁷⁹ รวมถึงสัญญามาตรฐานต่าง ๆ ที่จัดทำโดย “ชมรมนักกฎหมายก่อสร้าง” แต่เมื่อการใช้สัญญามาตรฐานไม่ได้รับความนิยมจึงทำให้การร่างสัญญาจ้างก่อสร้างในโครงการต่าง ๆ อาจมีความบกพร่อง ไม่ชัดเจน หรือกำกวมต้องอาศัยการตีความ ทำให้ผู้ปฏิบัติเกิดปัญหาในการทำงาน รวมถึงส่งผลต่อการพิจารณาคดีเมื่อเกิดข้อพิพาทด้วย ซึ่งแตกต่างจากในต่างประเทศที่มีการจัดทำสัญญามาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับไว้ อาทิ FIDIC Contracts หรือ New Engineering Contract:

⁷³ ศันันท์กรณ โสถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 27-28.

⁷⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544.

⁷⁵ มณฑิชา ภักดีคง, กฎหมายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2564), หน้า 108-109.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 150.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 173.

⁷⁸ วิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย, เงื่อนไขทั่วไปสัญญาจ้างก่อสร้าง (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2556).

⁷⁹ ไพจิตร ผาววัน, ชำนาญ พิเชษฐพันธ์ และกัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, คำอธิบายสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างมาตรฐาน (สัญญาศรีปทุม) (นนทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2563).

NEC⁸⁰ ด้วยเหตุนี้ สัญญาจ้างก่อสร้างที่ไม่มีมาตรฐาน ไม่ชัดเจน กำกวม ไม่เป็นธรรม ย่อมทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาได้ง่าย

นอกจากนี้ การร่างสัญญาจ้างก่อสร้างโดยไม่มีการกำหนดกลไก ADR ไว้ก็ถือเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะเกิดข้อพิพาทโดยการฟ้องร้องคดีในศาลโดยง่าย เพราะโครงการก่อสร้างมักเกิดปัญหาต่าง ๆ ในทางปฏิบัติบ่อยครั้ง อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นทำให้คู่สัญญาต้องฟ้องร้องต่อศาลเพียงทางเดียว ทำให้ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง (ผู้รับเหมา) ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก และโครงการอาจไม่แล้วเสร็จ/มีการทำงานอีกด้วย

ดังนั้น แนวทางแก้ไขหากคู่สัญญาประสงค์จะออกแบบกลไก ADR รูปแบบใดในไว้สัญญาจ้างก่อสร้างก็ย่อมสามารถกระทำได้ที่เพราะมีเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่แล้ว โดยในโครงการก่อสร้างขนาดเล็กอาจเลือกใช้การเจรจาต่อรองโดยฉันทมิตร หรือการไกล่เกลี่ย/การประนีประนอมข้อพิพาทตั้งแต่ในช่วงแรกโดยกำหนดกรอบเวลาที่ชัดเจนเพื่อให้เริ่มต้นกระบวนการภายใต้สัญญาเพื่อป้องกันอีกฝ่ายหลีกเลี่ยงการเข้าสู่กระบวนการ แต่ถ้าเป็นโครงการก่อสร้างขนาดกลางถึงขนาดใหญ่อาจพิจารณาการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ ทั้ง คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท (DRB) คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (DAB) หรือ คณะกรรมการหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาท (DAAB) ก็ได้ เพราะสามารถปฏิบัติงานได้ตั้งแต่เริ่มต้นโครงการและโดยสภาพเมื่อมีคณะกรรมการเหล่านี้อยู่ในไซตงานก็ทำให้การประสานงานระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ดีขึ้นด้วยเพราะหากมีปัญหาเรื่องจะต้องไปถึง DB อย่างแน่นอน แต่ละฝ่ายก็จะปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความระมัดระวัง

นอกจากนี้ หากประเทศไทยมีการตรากฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act)⁸¹ สำเร็จ ก็จะเป็นอีกกลไกหนึ่งที่จะช่วยระงับข้อพิพาทให้ยุติลงด้วยความรวดเร็วโดยการใช้ “ผู้ชี้ขาด (Adjudicator)” โดยเฉพาะในประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการจ่ายเงินซึ่งทำให้ข้อพิพาทยุติลงได้โดยรวดเร็ว ก็ย่อมทำให้เกิดประโยชน์ต่ออุตสาหกรรมก่อสร้างไทยในอนาคตต่อไปเพราะโครงการย่อมสามารถเดินต่อไปได้ ไม่จำเป็นต้องหยุดชะงักเป็นเวลานานปีจนถูกทิ้งร้าง (บางโครงการหยุดมากกว่า 10 ปี) เพื่อต่อสู้คดีในศาลดังเช่นปัจจุบัน

⁸⁰NEC, *The History of NEC* [Online], available URL: <https://www.neccontract.com/why-choose-nec/history>, 2025 (November, 2).

⁸¹ตามหนังสือสถาบันอนุญาโตตุลาการ ที่ THAC0382/2566 ลงวันที่ 4 ธันวาคม 2566 เรื่อง “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง พ.ศ. ...” ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เอชเอซี (THAC).

4.2 การก่อสร้างภาครัฐ

การก่อสร้างภาครัฐถือว่ามีสัดส่วนที่ใหญ่ที่สุดในอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทย เพราะหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ในจัดทำบริการสาธารณะ จึงต้องมีการจัดจ้างโครงการก่อสร้างภาครัฐจำนวนมาก โดยกระทรวง กรม รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ นั้นได้รับการจัดสรรงบประมาณแผ่นดินจากเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีเพื่อดำเนินการก่อสร้างโครงการต่าง ๆ ตามแผน อาทิ ถนน อาคาร สำนักงาน ห้องประชุม หรือสาธารณูปโภคพื้นฐานที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงาน ทั้งนี้ ในการก่อสร้างหน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดวิธีการในการจัดจ้าง (Contract Methodology) สำหรับการก่อสร้างภาครัฐไว้โดยเฉพาะแล้ว

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประกอบด้วย 132 มาตรา และอยู่ภายใต้ 8 หลักการ ได้แก่ หลักการรวมศูนย์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐโดยใช้เงินงบประมาณ หลักธรรมาภิบาล หลักการห้ามกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุให้ตรงกับยี่ห้อใด ยี่ห้อหนึ่ง หลักการห้ามเปิดเผยข้อเสนอของผู้ประกอบการหรือข้อมูลทางเทคนิคที่อาจก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในการแข่งขัน หลักการจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปี การประกาศแผน และการบันทึกรายงาน หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หลักความมั่นคงของการจัดซื้อจัดจ้าง และหลักการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนและผู้ประกอบการในการป้องกันการทุจริต โดยหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ซึ่งบัญญัติให้มีคณะกรรมการต่าง ๆ รวม 5 คณะ ได้แก่ คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และข้อร้องเรียน⁸²

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (คณะกรรมการนโยบาย) จัดทำแบบสัญญาจ้างตามที่กำหนดตามประกาศของคณะกรรมการนโยบายซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และหน่วยงานของรัฐจะต้องใช้แบบสัญญาดังกล่าว⁸⁴ แม้จะมีข้อยกเว้นที่หน่วยงานของรัฐสามารถปรับแก้ไขสัญญา

⁸²ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 44-46.

⁸⁴พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 93 วรรคแรก “หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย.”

แต่ยังคงไว้ซึ่งสาระสำคัญตามแบบและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบก็ให้สามารถกระทำได้⁸⁵ หรือหากต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน⁸⁶ อย่างไรก็ตาม แบบสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวไม่มีการกำหนดรายละเอียดให้ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายเงินเมื่อใด รวมทั้งมิได้กำหนดผลของการไม่จ่ายเงินค่าจ้างก่อสร้างหรือการจ่ายเงินค่าจ้างก่อสร้างล่าช้า ทำให้เกิดปัญหาในการตีความข้อสัญญา⁸⁷ และนำมาสู่ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนผู้รับจ้าง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และ แบบสัญญาจ้างตามประกาศคณะกรรมการนโยบายแล้วพบว่ามิได้มีการกำหนดกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ไว้แต่อย่างใด (แม้แต่กลไกอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้กำหนดไว้ในแบบ) ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นต้องใช้/เปลี่ยนแปลงข้อสัญญาอื่น ๆ รวมถึงการใช้การอนุญาโตตุลาการ หรือกลไกการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น ๆ ก็จำเป็นต้องส่งร่างสัญญาจ้างก่อสร้างของหน่วยงานไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

ในกรณีของการใช้ออนุญาโตตุลาการในการก่อสร้างภาครัฐ หากกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นต้องใช้ออนุญาโตตุลาการในการก่อสร้างภาครัฐ เพราะเหตุที่เป็นโครงการก่อสร้างที่ต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะหรือเทคโนโลยีขั้นสูงซึ่งหาผู้รับจ้างได้ยาก หรือเป็นเงื่อนไขในการทำสัญญา หรือเป็นเงื่อนไขในการกู้ยืมเงินจากธนาคารเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศ ก็สามารถส่งร่างไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เว้นแต่เป็นสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว⁸⁸

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับในเวทีการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา” ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐใดจะใช้ออนุญาโตตุลาการเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทก็สามารถทำได้

⁸⁵พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 93 วรรคสอง.

⁸⁶พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 93 วรรคสาม.

⁸⁷โชคชัยเนตรงามสว่าง, “การจ่ายเงินค่าจ้างล่าช้าและการไม่จ่ายเงินค่าจ้างของผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างก่อสร้างภาครัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560,” วารสารมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์และนวัตกรรม มหาวิทยาลัยกาฬสินธุ์ 1, 1 (มกราคม – มิถุนายน 2565): 46.

⁸⁸พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 93 วรรคสอง และวรรคสาม.

อย่างไรก็ตาม สำหรับการใช้อินญาโตตุลาการในหน่วยงานของรัฐนั้น ในปี พ.ศ. 2547 คณะรัฐมนตรีมีมติลงวันที่ 27 มกราคม 2547 เรื่องการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน ดังนี้

“สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครองจึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

ในปีพ.ศ. 2552 คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 แก้ไขมติลงวันที่ 27 มกราคม 2547 ดังกล่าวเป็นดังนี้

“สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด”

จากการพิจารณามติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 27 มกราคม 2547 และมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 จะเห็นว่าเหตุผลที่คณะรัฐมนตรีไม่ต้องการให้ใช้อินญาโตตุลาการในสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น คณะรัฐมนตรีให้เหตุผลในทำนองว่าเพราะเป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนจึงต้องการให้นำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คณะรัฐมนตรีไม่ต้องการให้หน่วยงานของรัฐเขียนผูกมัดการใช้อินญาโตตุลาการไว้ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลอีกประการหนึ่งที่คณะรัฐมนตรีจำกัดการใช้อินญาโตตุลาการอาจมาจากประสบการณ์ในอดีตที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายแพ้ในคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ ๆ เช่น คดีวอร์เตอร์บาวด์ (Walter Bau)⁸⁹ หรือ คดีโฮปเวลล์ (Hopewell) เป็นต้น

มติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552⁹⁰ แสดงให้เห็นว่าคณะรัฐมนตรีมีแนวคิดที่ไม่ต้องการให้หน่วยงานของรัฐใช้อินญาโตตุลาการในทุกกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญา ส่งผลให้สัญญาภาครัฐทุกชนิดจะต้องขออนุมัติเป็นรายกรณีไปทำให้ใช้ระยะเวลานานมากขึ้นและเป็นการเพิ่มขั้นตอนให้แก่หน่วยงานภาครัฐ ซึ่งทำให้เสียโอกาสในทางธุรกิจอย่างน่าเสียดาย รวมถึงกรณีที่หน่วยงาน

⁸⁹ นานิรันดร์ จันทร์งาม, **หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 197-221.

⁹⁰ มติคณะรัฐมนตรีมีใช้กฎหมายแต่มีลักษณะเป็น “คำสั่งของฝ่ายบริหาร” ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นฝ่ายบริหาร หน่วยงานของรัฐจึงต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเช่นเดียวกัน.

ของรัฐจะไปลงทุนในต่างประเทศด้วย⁹¹ ซึ่งถือว่าไม่สอดคล้องกับมาตรฐานการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศที่ส่งเสริมการใช้อินญาโตตุลาการเป็นกลไกหลักในการระงับข้อพิพาท อีกทั้งส่งผลถึงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) ที่นักลงทุนอาจไม่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพราะไม่สามารถใช้กลไกการระงับข้อพิพาทตามมาตรฐานสากล (อนุญาโตตุลาการ) ได้และทำให้กระทบต่อภาพลักษณ์ของประเทศไทยในเวทีนานาชาติ

ต่อมาในปีพ.ศ. 2558 กระทรวงยุติธรรมโดยการผลักดันของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เอชเอซี (THAC) ได้เสนอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ดังกล่าว เพื่อให้หน่วยงานของรัฐสามารถใช้อินญาโตตุลาการเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้ โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 (แก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552) เป็นดังนี้

“สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

- (1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556
- (2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”⁹²

ดังนั้น ตามมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 หน่วยงานของรัฐสามารถใช้ อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนได้แล้ว ยกเว้นสัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 (ปัจจุบันพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562) หรือสัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทานเท่านั้น ที่หากหน่วยงานนั้นจะใช้อินญาโตตุลาการจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป⁹³

⁹¹สถาบันอนุญาโตตุลาการที่เอชเอซี, สรุปผลการสัมมนาเรื่อง “อุปสรรคและความท้าทายของการใช้อินญาโตตุลาการกับสัญญาภาครัฐ” [Online], available URL: https://image.mfa.go.th/mfa/0/6p4M7ae5k9/มติครม_14_กรกฎาคม_2558.pdf, 2025 (November, 2).

⁹²กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงต่างประเทศ, มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา, available URL: <https://treaties.mfa.go.th/th/page/มติคณะรัฐมนตรี>, 2025 (November, 2).

⁹³อย่างไรก็ตาม มติลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 ก็ยังคงถูกมองว่าเป็นอุปสรรคในการใช้อินญาโตตุลาการในประเทศไทยอยู่ ด้วยเหตุผลเดิมคือมาตรฐานของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศและบรรยากาศการลงทุน เพราะในระดับสากลนั้นใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีหลักในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งคงต้องมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมต่อไป.

ในส่วนกลไกการเจรจาต่อรอง หรือ กลไกการไกล่เกลี่ย/การประนอมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้แบบสัญญาจ้างก่อสร้าง (ในกรณีที่ข้อสัญญากำหนดไว้) ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือการก่อสร้างภาครัฐนั้นน่าจะเกิดขึ้นได้ยากเพราะมีหลายประเด็นเกี่ยวกับการจ่ายเงิน การขยายระยะเวลา และกำหนดเวลาแล้วเสร็จ รวมถึงขั้นตอนการตรวจรับของคณะกรรมการต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาเกี่ยวข้องและเป็นการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดิน ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนความเป็นไปได้ที่จะใช้กลไกการเจรจาต่อรองหรือการไกล่เกลี่ย/ประนอมข้อพิพาท จึงน่าจะเป็นไปได้ยาก

กลไกการระงับข้อพิพาทในการก่อสร้างภาครัฐที่น่าจะเป็นไปได้มากที่สุด คือ การใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ อาทิ คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท (DB) คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (DAB) หรือคณะกรรมการหลักเลียงและชี้ขาดข้อพิพาท (DAAB) หรือคณะกรรมการในลักษณะเดียวกัน ถือว่ามีความเป็นไปได้มากที่สุด เพราะเป็นการแต่งตั้งคณะกรรมการซึ่งเป็นคนกลาง/บุคคลภายนอก ซึ่งเป็นผู้มีความรู้เกี่ยวกับงานก่อสร้างและกฎระเบียบในการจ้างก่อสร้างภาครัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งจะทำหน้าที่หลักเลียง/ป้องกันข้อพิพาท รวมทั้งการตรวจเช็คงานเป็นประจำ⁹⁴ ทั้งเป็นการส่งเสริมการป้องกันการทุจริตในโครงการและทำให้ได้คุณภาพงานก่อสร้างที่ดีขึ้นสอดคล้องกับหลักความโปร่งใส (Transparency) ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องมีการศึกษาโดยละเอียดเพื่อแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อให้รองรับกลไกคณะกรรมการระงับข้อพิพาทในการสร้างภาครัฐได้ต่อไป

คำถามสำคัญอยู่ที่ “หากเป็นการก่อสร้างภาครัฐจะสามารถใช้กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกได้หรือไม่” สำหรับอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าในทางกฎหมายว่า การก่อสร้างภาครัฐสามารถใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้⁹⁵ โดยอยู่ภายใต้มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐนั้นต้องสร้างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน⁹⁶

⁹⁴โชคชัย เนตรงามสว่าง และอุกฤษฏ์ ศรพรหม, “คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board): ทางเลือกใหม่ของไทยในการบริหารจัดการข้อพิพาทงานก่อสร้าง?”, วารสารนิติศาสตร์ สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC 1, 1 (กันยายน 2565): 1-12.

⁹⁵พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 15.

⁹⁶พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 93.

อย่างไรก็ตาม ในส่วนกลไกระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ อาทิ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ย/การประนีประนอมข้อพิพาท คณะกรรมการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ (DRB, DAB, DAAB) ที่จะนำมาใช้ในการก่อสร้างภาครัฐนั้น หน่วยงานของรัฐยังไม่มีกฎหมายที่รองรับผลผูกพันของสัญญา ADR รูปแบบดังกล่าว รวมทั้งผลบังคับจากคำตัดสิน/คำชี้ขาดของกระบวนการ ADR เหล่านี้ จึงทำให้การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ย/การประนีประนอมข้อพิพาทคณะกรรมการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ (DRB, DAB, DAAB) ในการก่อสร้างภาครัฐยังมีความคลุมเครือและเป็นประเด็นต้องมีการศึกษาเชิงลึกต่อไป

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 รวมถึงสัญญาจ้างก่อสร้างตามแบบประกาศคณะกรรมการนโยบายก็ยังไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทเลือกในโครงการก่อสร้างภาครัฐใด ๆ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทตามสัญญาจ้างก่อสร้างระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้รับจ้าง/ผู้รับเหมาจะต้องใช้วิธีการฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาลเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง (ในกรณีที่ เป็นสัญญาทางปกครอง) แล้วแต่กรณี ด้วยเหตุนี้ เมื่อเกิดข้อพิพาทโครงการก่อสร้างของหน่วยงานของรัฐหลายแห่งจึงหยุดลงและถูกทิ้งร้าง บางโครงการหยุดก่อสร้างเป็นเวลานาน 10-20 ปีเพื่อต่อสู้คดีในชั้นศาล ซึ่งแม้สุดท้ายศาลอาจพิพากษาให้หน่วยงานของรัฐชนะคดีแต่เอกชนก็ไม่มีทรัพย์สินเหลือเพียงพอที่ชำระหนี้ได้แล้ว สันสภาพนิติบุคคลหรือล้มละลายไปแล้ว ปัญหาเหล่านี้ทำให้รัฐสูญเสียงบประมาณแผ่นดินโดยเปล่าประโยชน์ สูญเสียเวลาและทรัพยากรบุคคลที่ต้องเข้าสู่กระบวนการทางศาล รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์ในอาคารที่ก่อสร้างที่จะนำมาให้บริการสาธารณะให้แก่ประชาชนด้วย

กล่าวโดยสรุป รัฐควรทบทวนว่ากลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกในการก่อสร้างภาครัฐควรมีหรือไม่ และควรใช้กลไกได้บ้างเพื่อให้การจัดจ้างโครงการก่อสร้างประสบความสำเร็จ และยกระดับอุตสาหกรรมก่อสร้างและการบริหารการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐให้มีประสิทธิภาพ เกิดความเจริญก้าวหน้าต่อเศรษฐกิจและสังคม และสอดคล้องกับมาตรฐานสากลซึ่งจะทำให้ประเทศไทยเป็นที่ยอมรับของนานาชาติต่อไป

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกที่นิยมใช้ในอุตสาหกรรมก่อสร้าง คือ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) ซึ่งเป็นกระบวนการที่คู่สัญญาหารือกันโดยตรงเพื่อหาทางออกร่วมกันโดยไม่ต้องอาศัยบุคคลที่สาม การไกล่เกลี่ย (Mediation)/การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) ซึ่งมีบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางเข้ามาช่วยอำนวยความสะดวกในการเจรจา คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards) ซึ่งถูกแต่งตั้งขึ้นตั้งแต่เริ่มต้นโครงการและมีบทบาทในการติดตามความคืบหน้าเพื่อหลีกเลี่ยงและ

ป้องกันข้อขัดแย้ง/ข้อพิพาท และให้คำแนะนำหรือคำตัดสินเบื้องต้นทั้งแบบผูกพัน/ไม่ผูกพัน ส่วนการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) เป็นกลไกเฉพาะในบางประเทศ เช่น ภายใต้อาคาร Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 ของสหราชอาณาจักรที่กำหนดให้คู่สัญญามีสิทธินำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาโดยผู้ชี้ขาด (Adjudicator) เพื่อให้มีคำชี้ขาดที่มีผลผูกพันในเบื้องต้น และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งเป็นกระบวนการทางกฎหมายโดยคู่สัญญาตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทโดยคำชี้ขาดที่มีผลผูกพันทางกฎหมายและเป็นที่สุด

5.1 การก่อสร้างภาคเอกชน

สำหรับการก่อสร้างภาคเอกชนในประเทศไทยยังขาดการใช้ “สัญญามาตรฐาน” ที่เป็นที่ยอมรับในวงกว้าง แม้จะมีความพยายามจากหน่วยงานต่าง ๆ เช่น วิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ (วสท.) หรือสัญญามาตรฐานต่าง ๆ ของชมรมนักกฎหมายก่อสร้าง แต่การนำไปใช้ยังมีจำกัด การขาดมาตรฐานของสัญญาจ้างก่อสร้างทำให้เอกสารสัญญาหลายฉบับมีความไม่ชัดเจน กำกวม หรือไม่เป็นธรรม ซึ่งส่งผลให้เกิดข้อพิพาทได้ง่ายและกระทบต่อการพิจารณาคดีในภายหลัง แตกต่างจากต่างประเทศที่นิยมใช้สัญญามาตรฐานสากล เช่น FIDIC Contracts หรือ New Engineering Contract (NEC) ซึ่งมีแบบแผนชัดเจนและมีกลไกระงับข้อพิพาทที่ถูกออกแบบไว้อย่างเป็นระบบ

การที่สัญญาจ้างก่อสร้างในภาคเอกชนของไทยจำนวนมากไม่ได้กำหนดกลไกระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ไว้ตั้งแต่ต้น ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาท คู่สัญญามักต้องเข้าสู่กระบวนการศาลเพียงช่องทางเดียว ซึ่งก่อให้เกิดความล่าช้า ค่าใช้จ่ายสูง และกระทบต่อความต่อเนื่องของโครงการ ดังนั้น เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว ควรกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบเป็นขั้นตอนในสัญญา โดยให้สอดคล้องกับขนาดและลักษณะของโครงการ

1) โครงการขนาดเล็ก อาจใช้การเจรจา (Negotiation) หรือการไกล่เกลี่ย (Mediation)/การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) โดยฉันทามติ พร้อมกำหนดกรอบเวลาให้ดำเนินการในช่วงต้นของข้อพิพาท เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงการเข้าสู่กระบวนการของคู่สัญญา

2) โครงการขนาดกลางถึงขนาดใหญ่ ควรกำหนดให้มี “คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards)” ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบคณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท (DRB) คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (DAB) หรือคณะกรรมการหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาท (DAAB) หรือคณะกรรมการในลักษณะเดียวกัน เพื่อให้มีการติดตามปัญหาในระหว่างดำเนินโครงการอย่างต่อเนื่อง

ในระดับนโยบาย ภาครัฐควรเร่งส่งเสริมให้มีการตรากฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) ซึ่งเป็นแนวคิดริเริ่มโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC ผ่าน “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการชำระเงิน

ตามสัญญางานก่อสร้าง พ.ศ. ...” เพื่อให้การระงับข้อพิพาททางเทคนิคหรือข้อพิพาทด้านการชำระเงินสามารถยุติได้อย่างรวดเร็วโดยการชี้ขาดของ “ผู้ชี้ขาด (Adjudicator)” ที่มีผลผูกพันคู่สัญญา และสามารถบังคับได้ กลไกดังกล่าวจะช่วยลดการหยุดชะงักของโครงการก่อสร้าง ลดภาระศาล และเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับภาคเอกชนในอุตสาหกรรมก่อสร้างไทย

ข้อเสนอแนะสำหรับการพัฒนาระบบสัญญาจ้างก่อสร้างในภาคเอกชนของไทยควรเน้น 3 ด้านหลัก ดังนี้

- 1) การส่งเสริมการใช้แบบสัญญามาตรฐาน เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นธรรมต่อคู่สัญญา
- 2) การกำหนดกลไกระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาตั้งแต่เริ่มต้นโครงการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ
- 3) การส่งเสริมให้มีการตรากฎหมายการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญางานก่อสร้าง (Security of Payment Act) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาท และปกป้องอุตสาหกรรมก่อสร้างในระยะยาว

5.2 การก่อสร้างภาครัฐ

การก่อสร้างภาครัฐถือเป็นภาคส่วนหลักของอุตสาหกรรมก่อสร้างในประเทศไทย เนื่องจากหน่วยงานของรัฐได้รับงบประมาณจากเงินงบประมาณแผ่นดินเพื่อดำเนินโครงการต่าง ๆ อาทิ อาคารสำนักงาน หรือสาธารณูปโภคพื้นฐาน ในการจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement) ของหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความโปร่งใสและประสิทธิภาพในการใช้เงินงบประมาณ

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และแบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐยังไม่ได้บัญญัติกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) เช่น การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ย/การประนีประนอมข้อพิพาท คณะกรรมการระงับข้อพิพาท หรือการอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐและเอกชนจำเป็นต้องใช้วิธีฟ้องคดีต่อศาลเท่านั้น ซึ่งมักก่อให้เกิดความล่าช้า สิ้นเปลืองงบประมาณ หลายโครงการถูกทิ้งร้างเป็นเวลานานเพราะการก่อสร้างไม่แล้วเสร็จ หรือก่อสร้างเสร็จแล้วแต่ไม่สามารถใช้งานได้เนื่องจากคดียังไม่ถึงที่สุด

แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะเปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐใช้กลไกอนุญาโตตุลาการได้ แต่ในอดีตคณะรัฐมนตรีได้มีมติจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการเนื่องจากความกังวลต่อหลักการบริหารสาธารณะกับการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 ได้ผ่อนคลายเป็นให้หน่วยงานของรัฐสามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้แล้ว ยกเว้นในกรณีของสัญญาสัมปทาน และสัญญาตามกฎหมายการร่วมลงทุน (PPP) ที่ยังต้องเสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นรายกรณี

นอกจากนี้ การใช้กลไก ADR อื่น ๆ เช่น คณะกรรมการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ หรือคณะกรรมการในลักษณะเดียวกัน ถือว่าเป็นแนวทางที่มีศักยภาพสูงในการลดข้อขัดแย้งและเพิ่มประสิทธิภาพในการก่อสร้างภาครัฐ เพราะสามารถช่วยตรวจสอบ หลีกเลี่ยง ป้องกันข้อพิพาท และส่งเสริมความโปร่งใสได้ แต่จำเป็นต้องได้รับการปรับปรุงกฎหมายเพื่อรองรับก่อน ดังนั้น ข้อเสนอแนะสำหรับการพัฒนาระบบสัญญาจ้างก่อสร้างในภาครัฐของไทยควรเน้น 5 ด้านหลัก ดังนี้

1) ปรับปรุงพระราชบัญญัติการจัดตั้งซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติรองรับกลไก ADR ในสัญญาจ้างภาครัฐ เพื่อให้หน่วยงานสามารถเลือกใช้กลไกระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมโดยไม่ต้องพึ่งการฟ้องคดีต่อศาลในทุกกรณี

2) ส่งเสริมการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Boards) เช่น DRB DAB หรือ DAAB หรือคณะกรรมการในลักษณะเดียวกันซึ่งสามารถยุติข้อพิพาทได้โดยรวดเร็ว โดยสามารถเข้าตรวจไต่สวนอย่างสม่ำเสมอ หลีกเลี่ยงป้องกันข้อพิพาทตั้งแต่ต้น เพิ่มความโปร่งใสและป้องกันการทุจริต ช่วยให้โครงการดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง และเพิ่มโอกาสที่โครงการจะประสบความสำเร็จอย่างมีคุณภาพและภายในกำหนดเวลา

3) พัฒนาคู่มือแนวทางการใช้ ADR สำหรับหน่วยงานภาครัฐ เพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐเข้าใจขอบเขตทางกฎหมาย วิธีดำเนินการ และรูปแบบของกลไก ADR ที่เหมาะสมกับลักษณะโครงการก่อสร้างแต่ละประเภท

4) สร้างความร่วมมือระหว่างหน่วยงานรัฐและสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ เพื่อเป็นองค์กรกลางในการพัฒนาองค์ความรู้ การอบรมเจ้าหน้าที่ และให้คำปรึกษาด้านการจัดทำสัญญา

5) ส่งเสริมมาตรฐานสากลและภาพลักษณ์ประเทศ โดยการยอมรับและบูรณาการกลไก ADR โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการในการก่อสร้างภาครัฐ จะช่วยยกระดับความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติ เพิ่มประสิทธิภาพของโครงการ และลดภาระของศาล

กล่าวโดยสรุป การนำกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทยอย่างเหมาะสมทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐ เป็นแนวทางสำคัญในการเพิ่มประสิทธิภาพ ลดต้นทุน และสร้างความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาท หากมีกลไก ADR ที่ชัดเจน และได้รับการสนับสนุนจากการปรับปรุงกฎหมาย รวมถึงการพัฒนาองค์ความรู้และศักยภาพของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง จะช่วยให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างรวดเร็ว โปร่งใส และสอดคล้องกับมาตรฐานสากล ซึ่งจะนำไปสู่การยกระดับความเชื่อมั่นของภาคเอกชน ภาครัฐ และนักลงทุน ตลอดจนส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศไทยอย่างยั่งยืนต่อไป

บรรณานุกรม

- กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา. การระงับข้อพิพาทงานก่อสร้างโดย DAAB. กรุงเทพมหานคร: ชมรมนักกฎหมายก่อสร้าง, 2564.
- _____. โชคชัย เนตรงามสว่าง และอุกฤษฏ์ ศรพรหม. สัญญาก่อสร้างภาครัฐ. นนทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2564.
- _____. และคณะ. เรื่องที่ต้องรู้ อนุญาโตตุลาการงานก่อสร้าง. กรุงเทพมหานคร: ชมรมนักกฎหมายก่อสร้าง, 2564.
- _____. และคณะ. เรียนรู้จากศาล เล่ม 2 คำพิพากษาศาลฎีกา. นนทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2568.
- _____. และคณะ. สัญญาก่อสร้าง FIDIC ฉบับปี 2017 งานอาคารและงานโยธาออกแบบโดยผู้ว่าจ้าง (เล่มแดง). นนทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2562.
- เข็มจุฑา สุวรรณจินดา. การระงับข้อพิพาททางสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- ไชยวัฒน์ บุนนาค. อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2568.
- ชำนาญ พิเชษฐพันธ์ และคณะ. “ถอดบทเรียน” โครงการก่อสร้างเจ้าปัญหา. นนทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2561.
- ชำนาญ พิเชษฐพันธ์. ฐิตนนท์ รัตนไชย และกัมพล กิตติพงษ์พัฒนา. การบริหารข้อเรียกร้องและข้อพิพาทในโครงการก่อสร้าง. นนทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2560.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- _____. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 28. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- _____. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- โชคชัย เนตรงามสว่าง. “การจ่ายเงินค่าจ้างล่าช้าและการไม่จ่ายเงินค่าจ้างของผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างก่อสร้างภาครัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.” วารสารมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์และนวัตกรรม มหาวิทยาลัยกาฬสินธุ์ 1, 1 (มกราคม – มิถุนายน 2565): 46-58.

- _____. และมณฑล อรรถบลยุคล. “การชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการชำระเงินตามสัญญาก่อสร้างในประเทศไทย.” วารสารนิติสาร มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 2, 1 (มกราคม - มิถุนายน 2568): 1-28.
- โชคชัย เนตรงามสว่าง และอุกฤษฏ์ ศรพรหม. “คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board): ทางเลือกใหม่ของไทยในการบริหารจัดการข้อพิพาทงานก่อสร้าง?” วารสารนิติศาสตร์ สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC 1, 1 (กันยายน 2565): 1-12.
- เจริญ รักดีธนากุล. **กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการบังคับคดี**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2565.
- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. **สัญญาของรัฐ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- ทัชฌาย์ ฤกษ์สุต. **กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.
- ฤทัย หงส์ศิริ. **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562.
- นารถนรินทร์ จันทรงาม. **หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- _____. **มาตรฐานการปฏิบัติในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564
- นันทพล พุทธพงษ์. **ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายแรงงานสัมพันธ์**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2566.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **สัญญาทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560.
- ปวิศร เลิศธรรมเทวี. “แนวทางการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของไทย.” **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 36, 2 (2561): 217-234.
- ปรีดาโชติมานนท์. “ความท้าทายด้านกฎหมายของอุตสาหกรรมอีสปอร์ต: รัฐควรกำกับดูแลหรือไม่?” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 54, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2568): 660-684.
- ไพจิตร ผาวัน. ชำนาญ พิเชษฐพันธ์ และกัมพล กิตติพงษ์พัฒนา. **คำอธิบายสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างมาตรฐาน (สัญญาศรีปทุม)**. นนทบุรี: สำนักพิมพ์บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด, 2563.

เพชรรัตน์ ลิ้มสุปรียารัตน์ และคณะ. **Dispute Adjudication Board คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท**. กรุงเทพมหานคร, 2565.

มณฑิชา ภักดีคง. **กฎหมายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2564.

สมจิตร ทองศรี. **คำอธิบายกฎหมายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2565.

สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. **การไต่ถามข้อพิพาทก่อนฟ้องและหลังฟ้อง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2563.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. **บทคัดย่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์หุ้นส่วนจำกัด เอกภรณ์ อิมพอร์ต, 2563.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. **การศึกษาปรับปรุงกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อความโปร่งใส เป็นธรรม คุ่มค่า และเอื้อต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมก่อสร้างไทย**. กรุงเทพมหานคร: สมาคมอุตสาหกรรมก่อสร้างไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2566.

_____. **รายงานที่ตีอาร์ไอ: การทบทวนกฎหมายจัดจ้างก่อสร้างภาครัฐ**. กรุงเทพมหานคร, ม.ป.ท., 2567.

สุมาลี วงษ์วิฑิต และคณะ. **การพัฒนากฎหมายเพื่อการส่งเสริมศักยภาพในการเข้าสู่ตลาดอาเซียน ภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยการบริการของอาเซียน (AFAS)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560.

สรวิศ ลิ้มปริงชี. **อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545.

สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล และพิชญา ธรรมาพิทักษ์กุล. “อนุญาโตตุลาการกับการพิจารณาโดยเปิดเผย: จุดเปลี่ยนในอนาคต?” **วารสารดุลพาท** 65, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2561): 56-63.

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง. **รวมคำพิพากษาศาลฎีกาคดีการค้าระหว่างประเทศ (ตั้งแต่ปี 2556 ถึงปี 2563)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2564.

อำนาจ ตั้งศิริพิมาน. “ปณิกะกฎหมาย คดีอนุญาโตตุลาการเหมืองชาตรี: คิงสเกตและประเทศไทย Chatree Mine Arbitration: Kingsgate v. Thailand.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 48, 2 (มิถุนายน 2562): 398-409.

อนันต์ จันทโรภากร. **ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

วิชัย อริยะนันทกะ และคณะ. “พรหมแดนของ “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ใด.” **วารสารอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม** 2 (2550): 10-43.

- Ambrumenil, Peter. **Mediation and Arbitration**. London: Cavendis Publishing Limited, 1997.
- Andrews, Neil. **The Three Paths of Justice (Court Proceeding, Arbitration, and Mediation in England)**. Cambridge: Springer, 2012.
- Baker, Ellis. et al. **FIDIC Contracts: Law and Practice**. Oxford: Informa Law from Routledge, 2009.
- Blackaby, Nigel and Redfern, Alan. **Redfern and Hunter on International Arbitration (Student Version)**. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2022.
- Born, Gary. **International Commercial Arbitration**. 3rd ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2021.
- Charrett, Donald. **FIDIC Contracts in Asia Pacific: A Practical Guide to Application**. Oxford: Informa Law from Routledge, 2022.
- Chern, Cyril. **Chern on Dispute Boards**. 3rd ed. Oxford: Informa Law from Routledge, 2015.
- _____. **The Law of Construction Disputes**. 3rd ed. Oxford: Informa Law, 2020.
- Fisher, Roger and Ury William. **Getting To Yes Negotiate An Agreement Without Giving In**. Random House Business Books, 1991.
- Godwin, William. **The 2017 FIDIC Contracts**. West Sussex: Wiley Blackwell, 2020.
- Moses, Margaret. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Nazzini, Renato. **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice Around the World**. Oxford: Informa Law from Routledge, 2022.
- Rovine, Arthur W. **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Spasova, Adriana. **Innovative Project Management with FIDIC Contracts**. Oxon: Informa Law, 2024.
- Ury, William. **Getting Past No Negotiating in Difficult Situations**. New York: Random House, 2007.
- Yaemklin, Thanapat. “Judicial Review of Arbitration Awards on the Ground of Public Policy under the Law of Thailand: An Excessive Judicial Intervention?.” **Thai Legal Studies Journal** 2, 1 (July 2022): 51-76.
- Zhao, Yun. **Mediation and Alternative Dispute Resolution in Modern China**. Singapore: Springer Nature Singapore, 2022.