

บทที่ 3

กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในต่างประเทศโดยพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 กับกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002

ในบทนี้จะกล่าวถึงวิวัฒนาการและลักษณะของกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยโดยจะนำข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 และกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 และกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในต่างประเทศมาเปรียบเทียบแสดงให้เห็นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การกำหนดจำนวนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หน้าที่และการดำเนินการของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การเปิดเผยข้อมูล การรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระบวนการอื่น หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระบวนการอื่น การสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ย การนำคดีสู่อนุญาโตตุลาการหรือศาล รวมถึงความตกลงระงับข้อพิพาทและการบังคับตามสัญญาประนีประนอม

3.1 วิวัฒนาการของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL

UNCITRAL หรือคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nation Commission on International Trade Law) เป็นองค์กรทางด้านกฎหมายที่สำคัญของสหประชาชาติ วัตถุประสงค์หลักที่สำคัญที่สุดของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ คือ การพยายามสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และความเป็นเอกภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ (harmonization and unification of international trade law) โดยเชื่อว่าหากสามารถส่งเสริมให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศต่างๆ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันหรืออย่างน้อยที่สุดมีหลักการสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน จะเป็นการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศไปในตัว เนื่องจากนักธุรกิจหรือผู้ที่ประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศจะไม่ต้องประสบปัญหาความแตกต่างในเรื่องกฎเกณฑ์การค้า ทำให้ต้องเปลี่ยนแนวทางการปฏิบัติทุกครั้งที่เข้าไปทำธุรกิจในประเทศใหม่ หากสามารถทำให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การที่ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศปฏิบัติอย่างหนึ่งในประเทศหนึ่ง จะสามารถนำไปใช้ในประเทศอื่นได้ด้วย ทำให้การค้าระหว่างประเทศทำได้ง่ายขึ้น นอกจากนั้น ยังช่วยพัฒนากฎหมายภายในของบางประเทศที่ล้าสมัย

และเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศให้มีความทัดเทียมกับกฎหมายของประเทศอื่น และเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมให้มีการทำธุรกิจการค้าระหว่างประเทศได้มากขึ้น¹ ในการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดข้อพิพาททางการค้าขึ้นได้ การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหรือศาลมีกระบวนการพิจารณาหลายขั้นตอน ส่งผลให้เกิดความล่าช้า ธุรกิจขาดความคล่องตัวและต่อเนื่อง คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้มอบหมายให้คณะทำงาน (Working Group) ในชื่อของ Working Group II (Arbitration and Conciliation) จัดทำข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (UNCITRAL Conciliation Rules)² ขึ้นในปี ค.ศ. 1980 เพื่อให้แต่ละประเทศนำไปใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ได้กำหนดขอบเขตของการใช้กฎหมายไว้ในบทเฉพาะกาล (มาตรา 1) การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 2) จำนวนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 3) การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 4) การยื่นข้อเรียกร้องต่อผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 5) การแสดงความคิดเห็นและการช่วยเหลือ (มาตรา 6) หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 7) การจัดการให้ความช่วยเหลือ (มาตรา 8) การติดต่อระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคู่พิพาท (มาตรา 9) การเปิดเผยข้อมูล (มาตรา 10) การประสานคู่พิพาทโดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 11) คำแนะนำของคู่พิพาทเพื่อระงับข้อพิพาท (มาตรา 12) ความตกลงระงับข้อพิพาท (มาตรา 13) การรักษาความลับ (มาตรา 14) การสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 15) การนำคดีสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 16) อัตราค่าดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 17) เงินมัดจำ (มาตรา 18) กำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระบวนการอื่น (มาตรา 19) และหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่น (มาตรา 20)

ต่อมาเพื่อให้ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 มีการพัฒนาไปตามยุคสมัยและมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น ในการประชุมนานาชาติของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติครั้งที่ 35 ที่จัดขึ้น ณ กรุงเวียนนา เมื่อวันที่ 19 ถึงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2001³ จึงมีการรับรองกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางการค้าระหว่างประเทศของ

¹ สรวีศ ลิ้มปรีงยี. อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. หน้า 36.

² ในการศึกษานี้จะใช้คำว่า ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980

³ ประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมในการประชุมครั้งที่ 35 นี้ ได้แก่ ออสเตรเลีย บราซิล แคมเมอรูน แคนาดา จีน โคลัมเบีย ฝรั่งเศส เยอรมัน อินเดีย สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน อิตาลี ญี่ปุ่น เกาหลี ลิทัวเนีย เม็กซิโก

คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 2002 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002)⁴ เพื่อใช้เป็นรูปแบบแนวทางในการปรับปรุงพัฒนากฎหมายของแต่ละประเทศเพื่อให้มีความเป็นสากล และนิยมใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ได้ กำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศและได้ให้คำนิยามศัพท์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมทั้งการแปลความหมาย (มาตรา 1 และมาตรา 2) นอกจากนี้คู่พิพาทยังสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ได้ (มาตรา 3) การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 4) จำนวนและการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 5) การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 6) การติดต่อระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคู่พิพาท (มาตรา 7) การเปิดเผยข้อมูล (มาตรา 8) การรักษาความลับ (มาตรา 9) การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่น (มาตรา 10) การสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 11) การกำหนดมิให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกันหรือต่อเนื่องกัน (มาตรา 12) การนำคดีขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการหรือศาล (มาตรา 13) และการบังคับตามความตกลง (มาตรา 14)

กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 แล้ว ปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้นมาซึ่งเรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาท (Uniform mediation Act)”⁵ หรือ UMA โดยความร่วมมือระหว่างคณะกรรมการการประชุมแห่งชาติทางกฎหมาย (national conference of commissioners on uniform state laws-NCCUSL) กับเนติบัณฑิตยสภาของอเมริกา (The American Bar Association House of Delegates) โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายฉบับนี้ขึ้นเพื่อให้แต่ละรัฐต่างๆ ใช้เป็นแนวทางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เป็นลักษณะเดียวกัน การคุ้มครองตาม UMA นี้ส่งผลให้คู่พิพาทสนใจ และยินยอมมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากขึ้นรวมถึงให้การยอมรับในวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาลหรือ หน่วยงานรัฐ

UMA มีขอบเขตของการใช้แต่ยกเว้นจะไม่ใช่ในข้อพิพาทแรงงาน ข้อพิพาทระหว่างนักเรียน หรือ การพิจารณาของตุลาการ (มาตรา 3) เอกสิทธิ์ความคุ้มครองคำบอกกล่าวของคู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ย (มาตรา 4 - 6) การจำกัดการเปิดเผยข้อมูลของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

โมร็อกโก สหพันธรัฐรัสเซีย สิงคโปร์ สเปน ชูแดน สวีเดน ไทย สหราชอาณาจักร และไอร์แลนด์เหนือ สหรัฐอเมริกา และอูรุกวัย

⁴ ในการศึกษานี้จะใช้คำว่า กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002

⁵ สมชาติ โลกสันติสุข. (2546). การบริหารงานคดี : ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยในศาล. หน้า 48.

(มาตรา 7) การเปิดเผยคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเมื่อคู่พิพาทร้องขอ (มาตรา 9) การให้
 ทุนความหรือบุคคลอื่นเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาล หรือหน่วยงานรัฐ (มาตรา 10)

ในกลุ่มประเทศ Civil Law เช่น ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งให้ความนิยมในการระงับข้อพิพาท
 โดยการไกล่เกลี่ย จึงได้มีการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เรียกว่า กฎหมายว่า
 ด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในทางแพ่ง (Law for Conciliation of Civil Affairs) ซึ่งเป็นกฎหมาย
 พิเศษเฉพาะในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง (miji chotei) แยกต่างหากจากประมวล
 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่น ใน Law for Conciliation of Civil Affairs ของประเทศ
 ญี่ปุ่นนี้ จะช่วยเหลือให้คู่พิพาทยอมรับการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทอาจต้องยอมเข้าไปสู่การแนะนำ
 ให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้วางรูปแบบของการระงับข้อพิพาท
 ว่าเป็นทางเลือกหนึ่งของการยุติข้อพิพาท และผู้พิพากษาสามารถเป็นได้ทั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
 และผู้พิพากษาในข้อพิพาทเดียวกันได้(สมชาติ โลกสันติสุข, 2546 : 69)

Law for Conciliation of Civil Affairs มีบทบัญญัติให้คู่พิพาทสามารถร้องขอให้มีการ
 ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลได้ (มาตรา 2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจกระทำโดยผู้พิพากษาหรืออาจ
 กระทำโดยคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 5) โดยคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะ
 ประกอบด้วยประธานและสมาชิกซึ่งแต่งตั้งโดยศาล (มาตรา 7) บุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย
 ในข้อพิพาทจะเข้ามาคดีได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือศาล
 (มาตรา 11, 12 และ 15) การสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (มาตรา 14)

3.2 โครงสร้างของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL

3.2.1 การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 บัญญัติไว้ว่า “มาตรา 1 บทเฉพาะกาล

- (1) ข้อบังคับนี้ใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือจากสัญญา หรือนิติสัมพันธ์อื่น
 เมื่อคู่พิพาทต้องการจะระงับข้อพิพาท โดยรักษามิตรภาพอันดี
- (2) คู่พิพาทอาจตกลงกันจำกัด หรือเปลี่ยนแปลงกฎได้ในเวลาใดๆ”

กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 บัญญัติว่า “มาตรา 1 การบังคับใช้และ
 นิยามศัพท์

- (1) กฎหมายนี้ใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

(6) กฎหมายนี้ใช้บังคับในการไกล่เกลี่ยทางการค้าระหว่างประเทศ เมื่อคู่พิพาทตกลงกันว่าการไกล่เกลี่ยนี้เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือตกลงให้ใช้กฎหมายนี้บังคับ⁶

(7) คู่พิพาทมีอิสระในการตกลง หรือ กีดกันการบังคับใช้กฎหมายนี้

(8) บทบัญญัติใน (9) นี้ ไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ใดๆ เพื่อประสงค์ให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทบรรลุผลสำเร็จ รวมถึงความตกลงระหว่างคู่พิพาทที่จะจัดข้อพิพาทก่อนและหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้น ข้อตกลงที่แน่นอนโดยกฎหมาย หรือโดยการชี้แนะจากศาลหรือจากคณะอนุญาโตตุลาการ หรือจากหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง

(9) กฎหมายนี้ ไม่บังคับถึง

(a) กรณีที่ศาล หรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งในระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการได้ใช้ความพยายามเพื่อที่จะระงับข้อพิพาทให้ง่ายและสะดวก ”

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 มิได้กำหนดเฉพาะเพื่อใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นในกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 จึงได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้เพื่อเป็นการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ แต่ คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ก็มีเจตนารมณ์ให้แต่ละประเทศที่สนใจเลือกเอากฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ไปเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายในแต่ละประเทศด้วยและโดยหลักความสนใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ดังนั้นจึงกำหนดให้คู่พิพาทอาจตกลงกันเพื่อจำกัด หรือเปลี่ยนแปลง หรือกีดกันไม่ใช้กฎหมายนี้บังคับได้

ในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 มาตรา 1 ได้กล่าวถึงขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายต้นแบบว่าให้ใช้ได้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่กระทำขึ้นจากข้อตกลงของคู่พิพาทที่จะระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นขณะทำสัญญาหรือเกิดขึ้นภายหลังก็ตาม โดยกฎหมายบังคับให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือ คำสั่งหรือข้อแนะนำ

⁶ ถ้านำมาปรับใช้ภายในประเทศให้ตัด คำว่า “ระหว่างประเทศ” ใน (1) และตัด (4), (5), และ (6) ของ มาตรา 1 ออก และ คำว่า “การค้า” แปลครอบคลุมถึงสาระที่เกิดจากทางปกติการค้าย่อมเกิดขึ้น หรือจากการที่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ เช่น การขนส่ง, การแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการ, ร่วมกันจำหน่าย, ตัวแทน, อุตสาหกรรม, ให้เช่า, ก่อสร้าง, ให้คำปรึกษา, วิศวกรรม, การอนุญาต, การลงทุน, ไฟแนนซ์, การธนาคาร, การประกันภัย, สัมปทานเหมืองแร่, กิจกรรมร่วมทุน, ธุรกิจร่วมทุนอื่นๆ, การรับฝากสินค้า หรือการขนส่งทางอากาศ ทางทะเล ทางรถไฟ หรือทางบก

ของศาล องค์คณะอนุญาโตตุลาการ หรือหน่วยงานของรัฐ ในบางประเทศให้ความสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีผลน่าพอใจ สามารถอำนวยความสะดวกกรรมแก่คู่พิพาทแทนรัฐในการระงับข้อพิพาท จึงส่งเสริมกระบวนการนี้โดยบัญญัติเป็นกฎหมายในส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความ และให้ผู้พิพากษามีคำสั่งหรือคำแนะนำในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทปรากฏในรูปโครงการของศาลในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทใช้วิธี ADR หรือข้อบังคับศาลว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้จะต้องดำเนินก่อนที่จะฟ้องร้องต่อศาลและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องไม่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลหรืออนุญาโตตุลาการ (สุธาสนี สุภา, 2545: 145)

แนวคิดในเรื่องความเป็นสากลของกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 นี้ ควรใช้เป็นกฎหมายในระดับนานาชาติหรือไม่ มีสองแนวคิดคือ

แนวคิดแรก เห็นว่า ควรใช้เป็นกฎหมายไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศและในประเทศด้วย โดยให้นำกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 นี้ไปเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมาย แต่ควรมีคำแนะนำสำหรับประเทศที่สนใจเพื่อนำไปปรับปรุงกฎหมายในประเทศของตนให้เป็นกฎหมายที่ใช้ระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศได้

แนวคิดที่สอง เห็นว่า ควรบังคับใช้เฉพาะการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเท่านั้น

คณะทำงานได้ให้ความเห็นว่าขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ควรจะใช้เพื่ออ้างอิงในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศต่อไป แต่อาจนำไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายภายในประเทศได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายภายในประเทศที่ได้บัญญัติไว้ก่อนแล้ว (A/CN.9/506.para 17)

ใน UMA ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดในเรื่องขอบเขตนี้ไว้ในมาตรา 3 ขอบเขตในการใช้กฎหมายโดยให้ใช้พระราชบัญญัตินี้ใช้ได้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่คู่ความที่ต้องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายข้อบังคับกฎหมายหรือศาลหรือกฎหมายข้อบังคับตัวแทนฝ่ายบริหารหรือการอ้างอิงถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาล ตัวแทนฝ่ายบริหารหรืออนุญาโตตุลาการ แต่จะไม่ใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้ง การเจรจาต่อรอง การบริหารงาน หรือการสิ้นสุดของความสัมพันธ์ในวิธีการเจรจาต่อรอง หรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทซึ่งค้างอยู่ภายใต้การเจรจาต่อรองหรือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการที่จัดตั้งโดยข้อตกลงในเชิงการเจรจาต่อรองและข้อพิพาทในการดำเนินการภายใต้ความอุปถัมภ์ของโรงเรียนประถมศึกษาหรือมัธยมศึกษาถ้าคู่ความทั้งหมดเป็นนักเรียน หรือสถาบันอุดมประพฤตินั้นสำหรับเยาวชนถ้าคู่ความทั้งหมดเป็นผู้อาศัยอยู่ในสถาบันอุดมประพฤตินั้น

สำหรับ Law for Conciliation of Civil Affairs ของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดขอบเขตการกฎหมายไว้เช่นกันในมาตรา 1 ถึงมาตรา 3 โดยกฎหมายนี้มีความมุ่งหมายที่จะส่งผลให้เกิดการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับ ข้อพิพาทในทางแพ่ง และ คู่ความที่เกี่ยวข้องอาจจะพิจารณาร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ยกับศาลได้คดีที่ต้องการไกล่เกลี่ยโดยข้อพิพาทที่ร้องขอให้ไกล่เกลี่ยนั้นควรจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจศาลตามภูมิลำเนา สถานที่อยู่อาศัย สถานที่ทางธุรกิจ หรือสำนักงาน หรือศาลแขวง หรือศาลชั้นต้นที่คู่ความทั้งสองฝ่ายระบุไว้ในข้อตกลง

เมื่อได้ เปรียบเทียบกฎหมายทั้ง 4 ฉบับแล้ว ผู้ศึกษามีความเห็น ว่า ขอบเขตการใช้กฎหมายว่าด้วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับความนิยมนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะข้อพิพาทในทางแพ่ง โดยอยู่ในหลักความสมัครใจของคู่พิพาทที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยอาจร้องขอต่อศาล หรือโดยทำเป็นความตกลงระหว่างคู่พิพาท

3.2.2 การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 มาตรา 2 กำหนดเกี่ยวกับการเริ่มต้นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ว่า

- (1) คู่พิพาทเริ่มการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยส่งคำเชิญเป็นลายลักษณ์อักษรอันอยู่ในบังคับของข้อบังคับแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง โดยสรุปสาระของข้อพิพาท
- (2) กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เริ่มต้นเมื่อคู่พิพาทอีกฝ่ายได้รับคำเชิญให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรณีตอบรับด้วยปากเปล่า หากเห็นสมควรอาจให้ยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษร
- (3) หากคู่พิพาทปฏิเสธการเชิญชวน ไม่อาจมีกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (4) ถ้าคู่พิพาทผู้เชิญไม่ได้รับคำตอบใน 30 วัน นับแต่วันส่งคำเชิญ หรือพฤติการณ์พิเศษ ผู้นั้นมีสิทธิเลือกที่จะปฏิบัติเช่นการตอบปฏิเสธ หากเลือกเช่นนั้นให้ผู้เลือกแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 มาตรา 4 การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

- (1) กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เริ่มต้นโดยคู่พิพาทกำหนดวันในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) หากคู่พิพาทมีคำเชิญคู่พิพาทอื่นๆ เข้าร่วมไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากไม่ได้รับการตอบรับคำเชิญดังกล่าวใน 30 วัน นับแต่วันส่งคำเชิญ หรือภายในพฤติการณ์พิเศษอื่นในการส่งคำเชิญสิ้นสุดลง คู่พิพาทอาจเลือกวิธีระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นเสมือนได้รับการปฏิเสธคำเชิญให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในการร่างข้อกฎหมายเกี่ยวกับระยะเวลาในการตอบรับคำเชิญเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับคำเชิญนี้แต่เดิมได้กำหนดระยะเวลาตอบรับคำเชิญไว้เพียง 14 วัน ซึ่งมีแนวคิดในการกำหนดระยะเวลาดังนี้

แนวคิดแรก ให้ความเห็นว่า การที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ส่งคำเชิญคู่พิพาทอีกฝ่ายให้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และถ้าไม่ได้การตอบรับภายในระยะเวลา 14 วันถือเป็นการปฏิเสธคำเชิญนั้นเป็นการเข้มงวดเกินไป ในทางปฏิบัติการตอบรับคำเชิญอาจล่าช้าไปโดยไม่ได้เกิดจากความผิดของฝ่ายที่ได้รับคำเชิญ

แนวคิดที่สอง ให้ความเห็นว่า จากเดิมที่คู่พิพาทฝ่ายที่ส่งคำเชิญต้องได้รับการตอบรับภายใน 14 วัน ควรเป็นข้อความเป็นว่า คู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับคำเชิญต้องส่งคำตอบภายใน 14 วัน

ซึ่งคณะทำงานได้รับเอาแนวความคิดทั้งสองไว้และปรับปรุงระยะเวลาในการได้รับคำตอบจากคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเชิญ จาก 14 วัน เพิ่มขึ้นเป็น 30 วัน (A/CN.9/506 para 54) แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดในเรื่องของการส่งคำเชิญและการตอบรับนี้อาจไม่เหมาะสมในกรณีที่ศาลได้มีคำสั่งให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือกรณีที่คู่พิพาททุกฝ่ายตกลงเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยโดยไม่มี การเชิญชวนหรือการตอบรับใดๆ (A/CN.9/506 para 99)

การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยในประเทศอังกฤษนั้นในประมวลกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งและทางการค้า (Civil/ Commercial Mediation Code of Practice) ได้กำหนดให้ก่อนเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องแนบในว่าคู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความตกลงใจ และจะต้องมีการจัดทำระเบียบวาระการประชุม และต้องชี้แจงถึงความผูกพันตามวิธีการไกล่เกลี่ยอย่างเป็นธรรมในมาตรา 4 (สมชาติ โลกสันติสุข, 2546 : 64)

ส่วนประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้ใน Law for Conciliation of Civil Affairs ในมาตรา 3 และมาตรา 4 โดยคู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเพื่อขอระงับข้อพิพาทของตนโดยการไกล่เกลี่ย ในกรณีที่ศาลได้รับคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาล อาจโอนไปยังศาลแขวง ศาลครอบครัว หรือศาลที่มีเขตอำนาจศาลในข้อพิพาทนั้นได้ แต่ถ้าเห็นว่ามีความจำเป็นต้องจำหน่ายคดีตามบทบัญญัติในเรื่องเขตอำนาจศาลก็โอนคดีบางส่วนหรือทั้งหมดไปยังศาลอื่นที่มีอำนาจพิจารณาได้หรืออาจจะจำหน่ายคดีออกไปเสียทีเดียวก็ได้ เมื่อศาลเห็นว่าคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลก็มีอำนาจรับไว้แต่หากเห็นว่าเหมาะสมที่จะต้องจำหน่ายคดีหรือ โอนคดีบางส่วนหรือทั้งหมดไปยังศาลอื่นที่มีอำนาจพิจารณาก็ได้

เห็นได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นยังคงอยู่บนหลักความสมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่พิพาททุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นจึงต้องมีบทบัญญัติที่แสดงถึงเจตนารมณ์ของ

คู่พิพาท ไม่ว่าจะเป็นการส่งคำเชิญและคำตอบรับเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ทั้งสองฉบับ หรือการตกลงใจที่จะร้องขอของคู่พิพาทเพื่อให้ศาลระดับข้อพิพาทกันนั้นด้วยการไกล่เกลี่ยตามกฎหมายญี่ปุ่น

3.2.3 จำนวนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ได้วางหลักเกณฑ์ให้มีผู้ไกล่เกลี่ยหนึ่งคน เว้นแต่คู่พิพาทตกลงให้มีผู้ไกล่เกลี่ยสองหรือสามคน กรณีมีผู้ไกล่เกลี่ยหนึ่งคนให้ใช้หลักทั่วไปในการร่วมกันเป็นผู้ไกล่เกลี่ย ตามมาตรา 3 ทำนองเดียวกันกับ กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 มาตรา 5 (1) ที่กำหนดให้มีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หนึ่ง คน เว้นแต่คู่พิพาทตกลงให้มี สอง คน หรือกว่านั้น

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดจำนวนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน ว่าจะควรจะเป็นจำนวนเลขคู่ หรือจำนวนเลขคี่ แต่ในประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดไว้ในมาตรา 5 ถึงมาตรา 7 โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ศาลอาจให้คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ แต่ทั้งนี้ถ้าเห็นว่าเป็นการเหมาะสมศาลอาจจะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยให้ผู้พิพาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเอง ซึ่ง คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะประกอบด้วยประธาน 1 คนที่ถูกกำหนดมาจากผู้พิพาทหลายท่านในศาลแขวงและสมาชิกที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งจำนวน 2 คนหรือมากกว่านั้นซึ่งสมาชิกที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งในคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะถูกกำหนดเฉพาะแต่ละคดีโดยศาลจะเป็นผู้กำหนดให้เอง ดังนี้ เห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทส่วนใหญ่นิยมให้มีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นจำนวนเลขคี่และการที่กำหนดในเบื้องต้นให้มีผู้ไกล่เกลี่ยเพียงหนึ่งคนนั้นนั้นเพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถดำเนินกระบวนการไปได้อย่างรวดเร็ว ไม่ติดขัดในเรื่องของการมีเวลาว่างไม่ตรงกันของคู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

3.2.4 การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ได้กำหนดเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ในมาตรา 4

“มาตรา 4 (1) (a) การไกล่เกลี่ยที่มีผู้ไกล่เกลี่ยคนเดียวให้คู่พิพาทเสนอข้อตกลงต่อผู้
นั้น

(b) การไกล่เกลี่ยที่มีผู้ไกล่เกลี่ยสองคน ให้คู่พิพาททุกฝ่ายแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย
หนึ่งคน

(c) การไกล่เกลี่ยที่มีผู้ไกล่เกลี่ยสามคน ให้คู่พิพาททุกฝ่ายแต่งตั้งผู้ไกล่
เกลี่ยหนึ่งคนและยื่นเสนอข้อตกลงต่อผู้หนึ่ง

(2) คู่พิพาทอาจขอความช่วยเหลือจากสถาบัน หรือจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเป็นกรณีพิเศษ

(a) คู่พิพาทอาจร้องขอต่อสถาบันหรือบุคลากร เพื่อแนะนำบุคคลที่เป็น อิสระและเหมาะสมในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือ

(b) คู่พิพาทอาจยอมรับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยหนึ่งคน หรือหลายคนจาก การแต่งตั้งของสถาบันหรือบุคลากร

การแนะนำหรือการแต่งตั้งบุคคลให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สถาบัน หรือผู้สรรหาควร พิจารณาสรรหาจากผู้ที่มีความอิสระ มีความยุติธรรม และเห็นเป็นการสมควรจะพิจารณาให้ คำแนะนำหรือแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลที่มีสัญชาติอื่นนอกเหนือจากสัญชาติของคู่พิพาท

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 5 (3) และ(4)

“มาตรา 5 (3) คู่พิพาทจะขอความช่วยเหลือจากสถาบัน หรือบุคคล เพื่อติดต่อให้ แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะได้

(a) คู่พิพาทร้องขอต่อสถาบัน หรือบุคคล เพื่อแนะนำบุคคลที่ เหมาะสมจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือ

(b) คู่พิพาทตกลงจะแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคนหนึ่งหรือหลายคน โดยตรง (ad hoc)

(4) การแนะนำหรือการแต่งตั้งบุคคลให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สถาบัน หรือผู้สรรหาควรพิจารณาจากผู้ที่มีความอิสระ มีความยุติธรรม และเห็นเป็นการ สมควรจะพิจารณาให้คำแนะนำหรือแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลที่มีสัญชาติอื่น นอกเหนือจากสัญชาติของคู่พิพาท”

การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ ทั้งข้อบังคับและกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ล้วนให้สิทธิแก่คู่พิพาทที่จะแต่งตั้งคู่พิพาทได้เอง ทั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพียงคนเดียวหรือ คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งอาจสรรหาและแต่งตั้งได้โดยวิธี ad hoc หรือในกรณีที่ ไม่สามารถสรรหาได้เองกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ก็เปิดช่องทางให้คู่พิพาทร้องขอต่อ สถาบันที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้สรรหาและแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือ คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้แก่คู่พิพาทได้ โดยในการสรรหานี้สถาบันต้องสรรหาบุคคล ที่มีความยุติธรรม มีความเป็นกลาง และอาจสรรหาจากบุคคลที่มีสัญชาติแตกต่างจากคู่พิพาทได้ซึ่ง แตกต่างจาก Law for Conciliation of Civil Affairs ของประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดให้ศาลเป็นผู้ กำหนดผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเองโดยอำนาจของศาล และหาก

ศาลเห็นเป็นการสมควรก็อาจเป็นผู้ไกล่เกลี่ยในคดีนั่นเอง ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อเอกสิทธิ์ของพยานหลักฐานในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

3.2.5 หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ในมาตรา 7 และมาตรา 11 ดังนี้

“มาตรา 7 หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

(1) ผู้ไกล่เกลี่ยพึงช่วยเหลือคู่พิพาทด้วยความอิสระและยุติธรรมในการระงับข้อพิพาทลงด้วยมิตรภาพ

(2) ผู้ไกล่เกลี่ยพึงแนะนำวัตถุประสงค์หลัก ความเสมอภาคและความยุติธรรม ให้ข้อพิจารณาต่างๆ รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่พิพาท ประเพณีเกี่ยวกับการค้า และพฤติการณ์แวดล้อมข้อพิพาท รวมตลอดถึงวิธีปฏิบัติเดิมทางการค้า

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยจะดำเนินการกระบวนการไกล่เกลี่ยตามสมควรโดยคำนึงถึงพฤติการณ์และจากคำแนะนำของคู่พิพาท เพื่อให้ยุติข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว

(4) ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจัดทำข้อเสนอแนะในการระงับข้อพิพาทได้ ข้อเสนอแนะดังกล่าวไม่จำเป็นต้องทำเป็นตัวอักษร และไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลประกอบ

มาตรา 11 คู่พิพาทพึงสุจริตเป็นอย่างยิ่งในการให้ความร่วมมือกับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเขียนข้อเรียกร้องเป็นหนังสือ กำหนดพยานหลักฐานและวันนัดไกล่เกลี่ยข้อพิพาท”

แต่ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ไม่ได้กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติทางจริยธรรมแก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้โดยชัดแจ้ง เหมือนในข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 แต่ได้วางหลักกว้างๆ ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรม ความเป็นกลาง ซึ่งในมาตรา 6 (3) กล่าวว่าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคณะผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องดำรงไว้ซึ่งการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมต่อคู่กรณีซึ่งการกำหนด เช่นนี้ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ ดังนั้นคู่กรณีไม่สามารถกำหนดให้แตกต่างกันไปจากนี้ โดยปกติทั่วไปในหลายประเทศที่นิยมการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีจะตกลงกำหนดมาตรฐานหลักปฏิบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยอาศัยประมวลจริยธรรม (Code of Conducts) ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระบุไว้ในสัญญา

สำหรับเหตุผลที่ควรกำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเนื่องจากมีข้อดีหลายประการต่อคู่พิพาทและต่อรัฐดังนี้

ประการแรก เป็นการสร้างความชัดเจน โดยทำให้ทราบว่ามีการกระทำใดบ้างที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถกระทำได้ และการกระทำใดบ้างที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำไม่ได้

ประการที่สอง ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทใช้ความสามารถของตนด้วยความระมัดระวัง และรับผิดชอบต่อระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากขึ้น ส่งผลให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มีประสิทธิภาพ ทำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาท

ประการที่สาม เป็นการสร้างความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท(สุรชาติ สุภา, 2545 : 143)

ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยอาศัยหลักความเป็นกลาง ความเป็นธรรม ความเป็นอิสระ อย่างข้อจำกัดของอนุญาโตตุลาการและศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีความซื่อสัตย์อันอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจและการรักษาเป็นความลับ ทำให้มีการพิจารณาปรับใช้ความคุ้มกันของศาลบางส่วนแก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

จากเหตุผลข้างต้นเพื่อเป็นการส่งเสริมให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และรับรองความยุติธรรม ตลอดระยะเวลาในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงไม่ควรให้มีปัจจัยภายนอกกระทบถึงการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทของคู่พิพาทร่วมกันบนหลักของความเป็นธรรม รอบคอบ และอำนวยความสะดวกแก่สังคม ปัจจัยภายนอกหมายถึง การที่จะต้องกังวลว่าการกระทำของตนอาจถูกคู่กรณีที่มีข้อพิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจมาฟ้องร้องเป็นคดี เพื่อบังคับให้ชดใช้ความเสียหาย ดังนั้นจึงควรพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันหรือการยกเว้นความรับผิดชอบได้กล่าวถึงหรือบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เพื่อให้ประเทศต่างๆ นำไปเป็นแนวทางบัญญัติไว้ในกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับสถาบันไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาลต่างๆ

ใน UMA ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นคนยุติธรรมตาม มาตรา 9 (7) จากการศึกษาในประเทศกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานและกฎหมายความคุ้มกันแก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ข้อพิจารณาสำคัญในการบัญญัติความคุ้มกันของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่ามีลักษณะการกระทำกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial) หรือ อย่างตุลาการ (Judicial Act Function) หรือไม่ ซึ่งโดยปกติมีการยอมรับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่รับหน้าที่โดยผลของการบังคับให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยข้อบังคับศาลหรือกฎหมายวิธีพิจารณา

ความ กระทำหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการหรืออย่างตุลาการ ถือว่าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทช่วยอำนวยความสะดวกแก่สังคมแทนศาล(สุชาสินี สุภา, 2545 : 145)

3.2.6 การติดต่อระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคู่พิพาท

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980

“มาตรา 9 การติดต่อระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคู่พิพาท

(1) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจเชิญคู่พิพาทมาพบหรืออาจติดต่อกับวาจาหรือหนังสือ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจพบหรือติดต่อกับคู่พิพาทพร้อมกันทุกฝ่าย หรือแยกพบคู่พิพาททีละฝ่าย”

ซึ่งข้อความเช่นนี้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ที่กำหนดไว้ให้ “ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะพบหรือติดต่อกับคู่พิพาททั้งสองฝ่าย หรือทีละฝ่ายก็ได้” ตามมาตรา 7 ซึ่งการพบคู่พิพาททีละฝ่ายถือเป็นการประชุมฝ่ายเดียว (Caucus Session) นั้น เป็นการประชุมที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอยู่กับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยลำพังไม่มีคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามร่วมประชุมอยู่ด้วย ได้เล่าข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งประสงค์ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททราบแต่ไม่ต้องการให้คู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามทราบด้วยเหตุผลบางประการ โดยปกติไม่ห้ามที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะนำไปเปิดเผยต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นประสงค์จะให้เก็บรักษาเป็นความลับโดยไม่บอกให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบ มีผลให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องรับประกันว่าข้อเท็จจริงที่ตนได้รับมาจะเป็นความลับ กรณีเช่นนี้การเปิดเผยความลับโดยไม่ทันยังคิดหรือไม่ตั้งใจในขณะที่มีการประชุมร่วมกัน (Joint Session) อาจทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องสูญเสียความเชื่อถือที่คู่พิพาทมีต่อตน และอาจทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง (สุชาสินี สุภา, 2545 : 138-139)

3.2.7 การเปิดเผยข้อมูล

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ในมาตรา 10 กำหนดให้ “เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับข้อเท็จจริงของข้อพิพาทจากคู่พิพาทแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นแก่คู่พิพาทอีกฝ่าย เพื่อให้โอกาสที่จะแสดงเหตุผลโดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องพิจารณาตามควร แต่เมื่อคู่พิพาทให้ข้อมูลที่เป็นข้อมูลเฉพาะแก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องรักษาเป็นความลับต้องไม่เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่คู่พิพาทฝ่ายอื่น” ซึ่งความในมาตรานี้บัญญัติไว้เช่นเดียวกันกับความในมาตรา 8 ของกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถล่วงรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นสำคัญในการระงับข้อพิพาทด้วยความพึงพอใจของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย จากนั้นจึงใช้วิจรรณญาณของตัวผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเองพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้มอบให้ไว้แก่ตนนั้นเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพียงใด

ควรที่จะให้คู่พิพาทอีกฝ่ายได้ล่วงรู้หรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติจะต้องพิจารณาประกอบกับข้อมูลที่พึงต้องรักษาเป็นความลับซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในข้อ 3.2.8

การเปิดเผยข้อมูลอีกลักษณะหนึ่งคือการเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับตัวของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเอง ดังที่กำหนดไว้ใน มาตรา 5 (5) ของกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ที่กำหนดว่า “เมื่อได้แต่งตั้งบุคคลใดซึ่งอาจเป็นชายหรือหญิง ให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความสามารถ ความเป็นอิสระ และนับแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้ง ตลอดจนระยะเวลาที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาท โดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว” ซึ่งสอดคล้องกับ UMA ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่กำหนดไว้ใน “มาตรา 9 (3) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องเปิดเผยถึงคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อการไกล่เกลี่ยที่เป็นข้อพิพาทนั้นเมื่อคู่พิพาทร้องขอ” ทั้งนี้เพื่อเป็นการแสดงความบริสุทธิ์ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยหากคู่พิพาทได้ทราบข้อเท็จจริงอันควรสงสัยถึงความสามารถ ความเป็นอิสระ และความ เป็นอิสระ ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งย่อมทำให้คู่พิพาทสามารถตัดสินใจได้ในทันทีว่าจะดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อไปหรือจะแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คนใหม่ได้ทันที

3.2.8 การรักษาความลับ

มาตรา 14 แห่ง ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 กำหนด “ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคู่พิพาทจำต้องรักษาข้อมูลทั้งหลายที่เกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้เป็นความลับ เว้นแต่ จำเป็นต้องเปิดเผยโดยเจตนาจะนำไปใช้ และให้มีสภาพบังคับ” กำหนดไว้ในทำนองเดียวกันกับ มาตรา 9 แห่งกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 กำหนดว่า “เว้นแต่ความตกลงของคู่พิพาท ข้อมูลที่เกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต้องเก็บรักษาเป็นความลับนอกจากจะเปิดเผยภายใต้กฎหมาย บังคับ หรือภายใต้อำนาจบังคับของสัญญาประนีประนอมยอมความ” ซึ่งกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 นั้นมิได้กำหนดเฉพาะผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคู่พิพาทเพียงเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงบุคคลที่สาม และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย ในการจัดทำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 เรื่องการรักษาความลับในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถือเป็นประเด็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการส่งเสริมการใช้วิธีไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตาม มาตรา 9 ถือว่าเป็นหัวใจที่จะทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถดำเนินต่อไปจนคู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันได้ การกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่รักษาความลับจะช่วย ให้คู่พิพาทมีความมั่นใจว่าข้อมูลที่ตนให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่ถูกเปิดเผยต่อคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามหรือต่อบุคคลภายนอกโดยเฉพาะในกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จคู่พิพาท

อาจดำเนินกระบวนการอื่นภายหลัง ทำให้คู่พิพาทเต็มใจมากขึ้นที่จะเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ให้ผู้ไกล่เกลี่ยทราบ ซึ่งจะช่วยให้ผู้ไกล่เกลี่ยเข้าใจปัญหาคงยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การเสนอแนะวิธีการแก้ไขปัญหาก็ได้ตรงกับสาเหตุที่แท้จริงส่งผลให้การไกล่เกลี่ยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย หน้าที่ในการรักษาความลับนี้กฎหมายแม่แบบให้การเคารพอำนาจตัดสินใจของคู่พิพาทที่จะกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปจะกำหนดไว้ในสัญญา

ในต่างประเทศ หน้าที่ในการรักษาความลับปรากฏอยู่ในประมวลจริยธรรมของสมาคมผู้ประกอบวิชาชีพในการระงับข้อพิพาท ซึ่งวางหลักมาตรฐานปฏิบัติและจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ได้กำหนดให้เฉพาะผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้นมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ต่อมาในกฎหมาย UMA กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับให้รวมถึงผู้มีข้อพิพาทด้วย ในมาตรา 8 มีสาระสำคัญว่า ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและผู้มีข้อพิพาทไม่ต้องเปิดเผยการสื่อสารที่ได้ทำขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และในกระบวนการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสืบพยาน เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาททั้งหมดให้เปิดเผยได้ หรือถูกจำกัดโดยข้อตกลงของคู่กรณีพิพาทในการเปิดเผยความลับ หรือภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย หรือคำสั่งศาล แต่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจเปิดเผยถึง ข้อมูลการไกล่เกลี่ยได้ยอมรับถึงการสละเอกสิทธิ์คุ้มครองความลับหรือข้อมูลการไกล่เกลี่ยเป็นหลักฐานการกล่าวร้าย การเพิกเฉย การละทิ้ง หรือการแสวงประโยชน์ของบุคคลคนหนึ่งต่อตัวแทนสาธารณะที่รับผิดชอบคุ้มครองบุคคลทั้งหลาย

การรักษาความลับเป็นหลักสำคัญของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ทำให้ การระงับข้อพิพาทบรรลุผลได้เร็วขึ้น และการเก็บรักษาความลับจะช่วยให้คู่กรณีพิพาท ให้ข้อเท็จจริงอย่างเปิดเผยและยอมรับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถค้นหาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาได้รวดเร็วขึ้นและอย่างเต็มที่ สามารถรักษาความลับของคู่พิพาทได้ดีกว่าการระงับข้อพิพาททางอื่น อันเป็นเหตุผลสำคัญที่คู่กรณีพิพาทเลือกกระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

3.2.9 การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่น

คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ได้วางกฎเกณฑ์นี้ไว้ในข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ใน “มาตรา 20 การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่น โดยคู่พิพาทไม่สามารถนำข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้เข้าเป็นพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เรียกว่า

- (a) ทรรศนคติ หรือข้อคิดเห็นของคู่พิพาทฝ่ายอื่นที่จะระงับข้อพิพาทในทางที่เป็นไปได้
- (b) คำรับของคู่พิพาทฝ่ายอื่นในกระบวนการไกล่เกลี่ย

(c) ข้อเสนอของผู้ไถ่เกลี่ย

(d) ข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทฝ่ายอื่นได้ยอมรับข้อเสนอของผู้ไถ่เกลี่ย”

โดยกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ได้กำหนดลักษณะ และประเภทของข้อมูลที่ห้ามเปิดเผยไว้กว้างขึ้นดังที่บัญญัติไว้ใน “มาตรา 10 การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่น

- (1) คู่พิพาทในกระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท และบุคคลที่สาม รวมถึงผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท ต้องไม่อยู่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการทางศาลยุติธรรม หรือกระบวนการอื่นที่คล้ายคลึงกัน ทั้งจะต้องไม่เป็นพยาน หรือให้การเป็นพยาน หรือไม่อ้างหรือนำเอกสารหรือข้อมูลต่อไปนี้เป็นพยานในกระบวนการพิจารณาอื่นๆ เช่นว่า
 - (a) คำเชิญโดยคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องในกระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท หรือข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทประสงค์จะมีส่วนร่วมในกระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท
 - (b) ทรรศนะหรือข้อคิดเห็นของคู่พิพาทที่จะระงับข้อพิพาทในทางที่เป็นไปได้
 - (c) คำแถลง หรือคำรับ ของคู่พิพาทในระหว่างดำเนินการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท
 - (d) ข้อเสนอของผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท
 - (e) ข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทแสดงให้เห็นถึงการยอมรับข้อเสนอของผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท
 - (f) พยานเอกสารเฉพาะที่เจตนาจะใช้ในกระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) ใน (1) หมายรวมโดยไม่คำนึงถึงรูปแบบของข้อมูล หรือพยานหลักฐานในข้อนั้น
- (3) การเปิดเผยข้อมูลตาม (1) ไม่อยู่ในบังคับของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ศาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจ และหากข้อมูลได้ถูกเสนอเป็นพยานหลักฐานอันเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม (1) พยานหลักฐานนั้นเป็นอันรับฟังไม่ได้ แต่ข้อมูลอาจถูกเปิดเผยหรือนำไปเป็นพยานหลักฐานในอำนาจบังคับของกฎหมาย หรือ ภายใต้บังคับของสัญญาประนีประนอมยอมความ
- (4) บทบัญญัติใน (1), (2), (3) ไม่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ศาล และกระบวนการอื่นที่คล้ายคลึงกัน
- (5) สิ่งที่กำหนดใน (1) นี้ พยานหลักฐานอันรับฟังได้ที่ได้มาจากการอนุญาโตตุลาการ ศาล หรือ กระบวนการอื่นที่คล้ายคลึงกันนั้นให้รับฟังได้ เสมือนได้ใช้ในการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท”

บทบัญญัติมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสนทนาระหว่างกระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทที่ตรงไปตรงมาและมีการเปิดเผยอย่างแท้จริง ดังนั้นจึงต้องหาวิธีป้องกันมิให้ข้อมูลในการ

ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกนำไปใช้ให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามแก่คู่พิพาทในการพิจารณาของศาล หรืออนุญาโตตุลาการ โดยถือว่าข้อมูลนั้นไม่สามารถรับฟังเป็นพยานได้ ซึ่งสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ของการรักษาความลับในข้อ 3.2.8 ที่มุ่งคุ้มครองข้อเท็จจริงอันเป็นความลับที่ได้ แสดงไว้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยปกติกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้เข้าร่วม ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีจะต้องแสดงข้อเสนอแนะและ ความเห็นที่จะนำไปสู่การระงับข้อพิพาท การแสดงการยอมรับหรือการชี้ให้เห็นความต้องการของ คู่กรณี ซึ่งถ้าใช้ความพยายามในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วไม่ประสบผลสำเร็จ และคู่กรณีเริ่มต้น ใช้การระงับข้อพิพาททางศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ความเห็น คำแนะนำ คำรับหรือข้อเท็จจริงที่ ระบุความต้องการในการระงับข้อพิพาทอาจถูกนำไปใช้ในกระบวนการพิจารณานั้น ซึ่งเป็นไปได้ ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือสูญเสียความน่าเชื่อถือ เมื่อเป็นเช่นนั้นทำให้คู่กรณีไม่กล้าเปิดเผยข้อเท็จจริงทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบ ผลสำเร็จ (สุธาสนี สุภา, 2545 : 141) อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการรักษาความลับไม่ได้เป็นหน้าที่โดย เต็มขาด แต่ยังขึ้นอยู่กับข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นบางอย่างด้วยข้อยกเว้นประการแรก คือความ ยินยอมของคู่กรณี ข้อยกเว้นประการที่สอง คือคำสั่งบังคับทางกฎหมาย ที่อนุญาตให้เปิดเผย ความลับจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถ้าจำเป็นต้องรักษาผลประโยชน์มหาชน ข้อยกเว้น ประการที่สาม คือการเปิดเผยโดยคำสั่งศาลเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดี ข้อยกเว้นประการที่ สี่ คือความจำเป็นที่จะต้องทราบหรือเปิดเผยรายละเอียดในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้ คู่กรณีสามารถบังคับได้ตามสัญญาที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในข้อขัดแย้งนั้น(เล่มเดิม หน้า 31-33)

กฎหมาย UMA ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดในเรื่องของการรับฟัง พยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่นเช่นกันในมาตรา 4 “เอกสิทธิ์คุ้มครองต่อการเปิดเผย ข้อมูล และไม่สามารถนำไปเปิดเผยตามกระบวนการนำสืบคดีในการพิจารณาของศาล ซึ่งข้อมูล ดังกล่าว และคู่พิพาทอาจจะปฏิเสธต่อการเปิดเผยข้อมูลและอาจจะป้องกันบุคคลภายนอกจากการ เปิดเผยของผู้ไกล่เกลี่ยได้ คู่พิพาทสามารถแสดงเจตนาในการสละเอกสิทธิ์คุ้มครองได้ตามมาตรา 5 โดยบันทึกลายลักษณ์อักษรหรือบอกปากเปล่าในระหว่างกระบวนการพิจารณาได้ถ้าการสละ สิทธิ์แสดงออกโดยคู่ความทั้งหมดในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อได้ศึกษาแล้วเห็นว่าข้อเท็จจริงอันเป็นความลับในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ควรได้รับการคุ้มครองเป็นเอกสิทธิ์เฉพาะใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้น บุคคลใดๆจะแสวง ประโยชน์จากพยานหลักฐานในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ไปใช้นำสืบในการกระบวนการอื่นมิได้

3.2.10 หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระบวนการอื่น

การห้ามผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ปรากฏตามมาตรา 19 แห่งข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ความว่า “คู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรับรองว่าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ หรือตัวแทน หรือที่ปรึกษาของคู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือศาล อันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ คู่พิพาทรับรองว่าจะไม่เสนอผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานบุคคลในกระบวนการใดทั้งสิ้น”

ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 มาตรา 12 ได้บัญญัติดังนี้ “เว้นแต่ความตกลงของคู่พิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่พึงเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกันหรือข้อพิพาทอื่นที่เกิดขึ้นจากสัญญาเดียวกันหรือจากนิติสัมพันธ์เดียวกันหรือจากนิติกรรมหรือนิติสัมพันธ์อื่น”

เห็นได้ว่าในข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ได้กำหนดไว้กว้างกว่าความในมาตรา 12 แห่งกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 โดยกล่าวครอบคลุมไปถึงการห้ามมิให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มิให้เป็นตัวแทน หรือทนายความ หรือที่ปรึกษา หรือแม้แต่เป็นพยานบุคคล เพื่อให้การในกระบวนการใด ๆ ทั้งสิ้น อันเป็นกำหนดจริยธรรมให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทพึงต้องรักษาหน้าที่ของตนเป็นอย่างดี ซึ่งสอดคล้องกับข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ในหมวด 6 จริยธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ข้อ 36 ซึ่งกำหนดให้อนุญาโตตุลาการอาจเสนอแนะให้คู่ความหาทางเจรจากันเพื่อระงับคดีในระหว่างการพิจารณาก็ได้ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ควรเสนอตัวหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว เว้นจะได้รับการร้องขอจากคู่พิพาททุกฝ่าย

หากไม่มีกฎเกณฑ์ในการจำกัดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระบวนการอื่นอาจทำให้คู่พิพาทไม่แน่ใจที่จะใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากเกรงว่าถ้าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการหรือศาลในภายหลังก่อให้เกิดอคติ เนื่องจากรับรู้ข้อมูลจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้ขาดความเป็นกลางหรือเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ และจุดประสงค์ของมาตรานี้คือ การเน้นการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่สำคัญของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

3.2.11 การสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 ใน มาตรา 15 ได้กำหนดจุดสิ้นสุดของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ ดังนี้

(a) โดยการลงลายมือชื่อของกลุ่มพิพาทในสัญญาประนีประนอม ให้นับแต่วันทำสัญญาประนีประนอม หรือ

(b) โดยการประกาศเป็นหนังสือของผู้ไกล่เกลี่ยหลังจากได้ให้คำปรึกษาแก่คู่พิพาท และสามารถยุติข้อพิพาทลงในเวลาที่กำหนด ให้นับแต่วันที่ประกาศ หรือ

(c) โดยการประกาศเป็นหนังสือของกลุ่มพิพาทต่อผู้ไกล่เกลี่ยว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นผลสำเร็จ การไกล่เกลี่ยยุติลงในวันที่ประกาศ หรือ

(d) โดยการประกาศเป็นหนังสือต่อคู่พิพาทอีกฝ่าย และผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แจ้งว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยสำเร็จลงแล้ว การไกล่เกลี่ยยุติลงในวันที่ประกาศ

ในการร่างกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ได้มีข้อสังเกตหลายประการในข้อ (b) (c) และ (d) ดังนี้

ประการแรก ในการประกาศการสิ้นสุดของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น เพื่อที่จะสนับสนุนการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งในยุคโลกาภิวัตน์นี้การสื่อสารเป็นสิ่งสำคัญจึงควรที่จะประกาศทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีข้อเสนอแนะว่าควรให้ประกาศโดยการสื่อสารวิธีใดๆ ที่ประชุมยุติโดยมีมติ ให้คงข้อความเดิมไว้ แต่ให้เพิ่มเติมข้อความเกี่ยวกับสื่ออิเล็กทรอนิกส์ลงในคู่มือการร่างกฎหมาย(A/CN.9/506 para 88)

ประการที่สอง กรณีที่มีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากกว่า หนึ่งคน หรือเป็นคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น เป็นการจำเป็นหรือไม่ที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททุกคนจะต้องเห็นพ้องต้องกันจึงจะมีประกาศการสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ (A/CN.9/506 para 89)

ประการที่สาม ตามข้อ (d) ที่ประกาศการสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคู่พิพาทฝ่ายอื่นกับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยมิได้รับความเห็นชอบหรือการรับรู้จากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง อาจเป็นการเอื้อช่องทางให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้ประโยชน์จากการประกาศสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในทางมิชอบ โดยอาจทำให้ประกาศฯมีผลในวันแรกๆ ซึ่ง ผลที่ตามมาคือคู่พิพาทอาจเปิดเผยข้อมูลใดๆ ได้ภายหลังการสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตราใดๆ ทั้งสิ้น(A/CN.9/506 para 90)

เมื่อศึกษาแล้วเห็นว่า กฎหมายทั้งสองฉบับได้กล่าวถึงการสิ้นสุดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพียงมิติเดียว คือในมิติที่สามารถระงับข้อพิพาทลงได้ตามที่คู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมุ่งประสงค์ไว้ แต่มิได้กล่าวในมิติที่ข้อพิพาทนั้นไม่สามารถยุติลงได้ด้วยการไกล่เกลี่ยข้อ

พิพาท ซึ่งผลภายหลังจากที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทลงได้ย่อมไม่มีสัญญาประนีประนอมที่จะใช้บังคับต่อคู่พิพาท คู่พิพาทจึงมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีในข้อพิพาทที่ใกล้เคียงไม่สำเร็จนั้นโดยเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ หรือศาลเพื่อระงับข้อพิพาทต่อไป

ในประเทศญี่ปุ่น กฎหมาย Law for Conciliation of Civil Affairs ได้กำหนดการสิ้นสุดของกระบวนการใกล้เคียงไว้ใน มาตรา 13 และมาตรา 14 โดยบัญญัติให้คณะกรรมการใกล้เคียงข้อพิพาทพิจารณาความเหมาะสมของข้อพิพาทที่จะเข้าสู่กระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาท โดยพิจารณาจากลักษณะของคดี เมื่อมีความเห็นว่าคดีไม่มีความเหมาะสมหรือมีความเห็นว่าคู่ความร้องขอให้มีการใกล้เคียงอย่างไม่มีเหตุผล คณะกรรมการใกล้เคียงข้อพิพาทอาจจะสิ้นสุดคดีโดยปราศจากการเข้าร่วมในการใกล้เคียงข้อพิพาทได้ และในกรณีที่ไม่มีความเป็นไปได้ของการตกลงกันระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายหรือข้อตกลงที่สรุปกันไว้เห็นว่าไม่เหมาะสมคณะกรรมการใกล้เคียงข้อพิพาทอาจจะสิ้นสุดคดีโดยพิจารณาว่าไม่ควร กำหนดให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาทขึ้น

ในการกำหนดแนวทางการร่างกฎหมายว่าด้วยการใกล้เคียงข้อพิพาทในประเทศไทยจึงควรพิจารณาทั้งสองมิติของการสิ้นสุดกระบวนการใกล้เคียง ทั้งในมิติที่สามารถระงับข้อพิพาทลงโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความและอีกมิติหนึ่งคือ ให้อำนาจแก่ผู้ใกล้เคียงข้อพิพาทที่จะใช้ดุลยพินิจที่จะมีคำสั่งให้สิ้นสุดกระบวนการใกล้เคียงได้ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้อย่างแน่แท้ แม้จะได้ใช้ความพยายามเพียงใดก็ตาม โดยทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นประการสำคัญ

3.2.12 การนำคดีสู่อนุญาโตตุลาการหรือศาล

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 มาตรา 16 “คู่พิพาทที่ยังไม่ได้เริ่มหรืออยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาท กรณีมีการดำเนินคดีในการอนุญาโตตุลาการ หรือในการดำเนินคดีของศาลอันเกี่ยวกับข้อพิพาทในการใกล้เคียงข้อพิพาท เว้นแต่คู่กรณีได้เริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการ หรือดำเนินคดีของศาลไว้แล้ว กระบวนการทั้งหลายล้วนจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิ” ซึ่งบัญญัติในทำนองเดียวกันกับ กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ในมาตรา 13 “เมื่อคู่พิพาทตกลงตามที่ใกล้เคียงและยังมิได้เริ่มการรับรองในระหว่างช่วงเวลานั้น หรือพฤติกรรมนั้น ปรากฏว่ามีการอนุญาโตตุลาการหรือศาล เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่มีอยู่หรือข้อพิพาทที่จะมีขึ้นในอนาคตและการรับรองนั้นจะได้รับความยินยอมนอกจากขอบเขตความจำเป็นของคู่พิพาท ความเห็น การคุ้มครองสิทธิ การเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล ไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามข้อตกลงของการใกล้เคียง”

การที่กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL กำหนดไว้เช่นนี้เนื่องจากในร่างเดิมกำหนดห้ามมิให้มีการดำเนินกระบวนการใดๆไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการหรือศาล ในระหว่างที่การ

ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกำลังดำเนินการอยู่ แต่มีข้อคัดค้านว่าเป็นการจำกัดสิทธิ และอำนาจการบังคับ กว้างมากเกินไปที่จะระบุลงไปให้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายภายในประเทศว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ ระหว่างการอนุญาโตตุลาการและการพิจารณาตัดสินของศาล ดังนั้นจึงกำหนดให้การดำเนินการ กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือศาลมีเอกสิทธิ์ดั้งเดิมที่จะพิจารณาพิพากษาหรือชี้ขาดไปในทาง ที่พึงเป็นยุติจากพยานหลักฐานในการอนุญาโตตุลาการหรือศาลนั้น โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผลของ การไกล่เกลี่ยเป็นอย่างไร ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่คู่พิพาทยังมิได้มีการรับรองหรือลงนามในสัญญา ประนีประนอมยอมความ

3.2.13 ความตกลงระงับข้อพิพาท และการบังคับตามสัญญาประนีประนอม

ข้อบังคับ UNCITRAL ค.ศ. 1980 กำหนดในเกี่ยวกับความตกลงระงับข้อพิพาทไว้ใน มาตรา 13 ดังนี้

(1) เมื่อปรากฏต่อผู้ไกล่เกลี่ยว่ามีข้อตกลงเบื้องต้นที่คู่พิพาทสามารถ ยอมรับได้ให้ผู้ไกล่เกลี่ยกำหนดข้อสัญญาในสัญญาประนีประนอม และเสนอต่อคู่พิพาทเพื่อให้ คู่พิพาทปฏิบัติตาม หากคู่พิพาทปฏิบัติตามข้อสัญญานั้นแล้ว ให้ผู้ไกล่เกลี่ยกำหนดข้อสัญญาใน สัญญาประนีประนอมอีกครั้งตามที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้เห็นจากการปฏิบัติของคู่พิพาท

(2) หากคู่พิพาทบรรลุข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทให้ยุติการพิพาทและ ลงลายมือชื่อไว้ในสัญญาประนีประนอม⁷ กรณีเป็นความประสงค์ของคู่พิพาท ให้ผู้ไกล่เกลี่ยยุติ หรือแนะนำให้ยุติการไกล่เกลี่ย

(3) คู่พิพาทที่ลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมนั้น ย่อมเป็นอันระงับ ข้อพิพาทและจำต้องผูกพันตามสัญญา”

นอกจากนี้ยังได้มีแบบอย่างข้อตกลงในการทำสัญญาประนีประนอมไว้ดังนี้ “ใน กรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญานี้ หรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญานี้ คู่พิพาทประสงค์จะให้มีการระงับ ข้อพิพาทโดยการตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประนีประนอมข้อพิพาท ตามข้อบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ของ UNCITRAL ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น”

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 กำหนดถึงการบังคับตามความตกลง ไว้ ในมาตรา 14 ความว่า “หากคู่พิพาทตกลงทำสัญญาประนีประนอมเพื่อระงับข้อพิพาท สัญญา ประนีประนอมยอมความนี้มีผลผูกพันและใช้บังคับได้”

⁷ คู่พิพาทประสงค์ให้มีข้อความในสัญญาประนีประนอมระบุถึงข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากสัญญานี้ ประนีประนอมให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ

ข้อพิจารณาเรื่องการบังคับตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาท (Settlement Agreement) เป็นปัญหาสำคัญประเด็นหนึ่งที่มีความสนใจอย่างมากในการจัดทำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL เนื่องจากประสบปัญหาในแต่ละประเทศมีระบบกฎหมายและกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างกันสำหรับการบังคับตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาท ในกฎหมายบางรัฐไม่มีบทบัญญัติพิเศษว่าด้วยการบังคับตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทจึงอาศัยหลักทั่วไปในเรื่องกฎหมายลักษณะสัญญา ในบางรัฐกฎหมายภายในให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทนั้น โดยถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทมีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย และมีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทในบางรัฐสถานะของสัญญาระงับข้อพิพาทขึ้นอยู่กับว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดขึ้นภายในระบบศาลยุติธรรมและกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งบังคับโดยกฎหมายหรือไม่ ยกตัวอย่างกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ยอมรับสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทซึ่งมีพื้นฐานมาจากโครงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาล แต่ปฏิเสธการบังคับสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทที่ทำนอกศาล โดยศาลจะมีคำสั่งตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทและคำสั่งเช่นนั้นมิสภาพบังคับตามกฎหมายทุกประการเช่นเดียวกับคำพิพากษา ในบางประเทศมีการบังคับสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทที่ลงนามโดยคู่พิพาทให้ถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำตัดสินของศาล

ในเรื่องการบังคับสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทบัญญัติอยู่ในมาตรา 14 โดยในร่างก่อนหน้านี้มีการเสนอหลักเกณฑ์การบังคับตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทไว้ 4 รูปแบบด้วยกัน ซึ่งปรากฏตามรายงานของคณะทำงานว่าด้วย อนุญาโตตุลาการซึ่งเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศครั้งที่ 35 ดังนี้

รูปแบบที่ 1 เสนอให้บังคับตามหลักสัญญา

รูปแบบที่ 2 เสนอให้บังคับตามหลักสัญญาและให้มีฐานะเป็นสิ่งที่ได้ตัดสินแล้ว

รูปแบบที่ 3 เสนอให้คู่พิพาทร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อมีคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมขอมความนั้น

รูปแบบที่ 4 เสนอให้บังคับเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ข้อสรุปในการบัญญัติ มาตรา 14 ของร่างกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL คือ เสนอให้รัฐเลือกที่จะกำหนดวิธีการบังคับตามกฎหมายที่มีอยู่ของประเทศตน และรับรองสถานะของสัญญาประนีประนอม ข้อพิพาทให้มีผลผูกพันและสามารถบังคับได้ ซึ่งมาตรา 14 บัญญัติไว้ดังนี้ “ถ้าคู่พิพาทสามารถตกลงไกล่เกลี่ย ในข้อพิพาทและได้ลงลายมือชื่อในสัญญาดังกล่าวสัญญา

ประนีประนอมข้อพิพาทนั้นให้มีผลผูกพันและสามารถบังคับใช้ได้...(ละไว้ให้รัฐใส่คำอธิบายของวิธีการในการบังคับตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทหรืออ้างถึงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับเช่นนั้น)” เนื่องจากผู้ร่างพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับตามสัญญาฉบับข้อพิพาทในแต่ละประเทศ ดังนั้นจึงควรมีทางเลือกให้แต่ละรัฐบัญญัติตามวิธีการของกฎหมายภายในประเทศตนมากกว่าจะกำหนดเป็นแนวทางเดียวกันซึ่งเป็นไปได้ยากในการยอมรับและปฏิบัติตาม

จากการศึกษาถึงที่มาและเหตุผลประกอบในการบัญญัติมาตรา 14 ทำให้ทราบพัฒนาการแนวความคิดของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยเฉพาะในเรื่องการบังคับสัญญาประนีประนอม ให้มีความผูกพันและสามารถบังคับใช้ในฐานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) นับว่าเป็นแนวคิดแรกที่น่ามาสู่การจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ แนวความคิดนี้มีที่มาจากฝ่ายปฏิบัติ ซึ่งแสดงทัศนะว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะดึงดูดและเป็นที่นิยมใช้มากขึ้นถ้าสัญญาฉบับข้อพิพาทมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมีเหตุผลสนับสนุนว่าเพื่อเป็นการส่งเสริมการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพจึงควรยกระดับการบังคับตามสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทให้พิเศษกว่าสัญญาธรรมดาทั่วไป และเป็นการหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ต้องใช้ระยะเวลานานเพื่อขอให้ศาลทำคำตัดสินและบังคับตามสัญญาฉบับข้อพิพาทและการบังคับตามสัญญาประนีประนอม ข้อพิพาทในฐานะสัญญาไม่ได้สร้างระบบกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

แนวคิดที่ให้ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีสถานะเป็นเสมือนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพัน และมีหลักเกณฑ์ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือเมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดและแจ้งให้แก่วุฒิปาททั้งสองฝ่ายทราบแล้ว คุ่วิพาทฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คุ่วิพาทฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด หากคุ่วิพาทฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คุ่วิพาทฝ่ายที่ชนะจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ต่อเมื่อดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติต่อไป ดังนั้นเมื่อ มาปรับใช้กับสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทจึงปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

ประการแรก สัญญาประนีประนอม นั้นย่อมมีผลผูกพันเฉพาะคุ่วิพาทและเฉพาะเรื่องที่พิพาทเท่านั้น แต่ถ้าได้กระทำการในฐานะตัวแทนผู้รับมอบอำนาจจากคุ่วิพาท ก็ต้องผูกพันตามคำชี้ขาดด้วย

ประการที่สอง สัญญาประนีประนอมมีผลผูกพันคุ่วิพาทและมีผลเป็นการยุติข้อพิพาทระหว่างกัน ทำให้คุ่วิพาทไม่สามารถปฏิเสธผลของสัญญาประนีประนอม ตามหลักสัญญาทั่วไปโดยอ้างเหตุแห่งสัญญาที่เป็นโมฆะหรือเสียเปล่า ดังนั้นหากคุ่วิพาทจะปฏิเสธสัญญา

ประนีประนอม อาจจะต้องพิจารณาว่า ผู้ไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทนั้นได้รับแต่งตั้งโดยมิชอบ มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทโดยมิชอบ

ประการที่สาม สัญญาประนีประนอมอาจเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ถ้าการดำเนินกระบวนการของผู้ไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทไม่เป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม เป็นต้นว่า ผู้ไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทมีอคติหรือลำเอียงเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือรับสินบน(สุรธานี สุภา, 2545 : 131-133)

เมื่อศึกษาแล้วเห็นได้ว่าในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ในมาตรา 14 ไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่าสัญญาประนีประนอม ข้อพิพาทมีสถานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐบัญญัติตามวิธีการบังคับที่ตนเห็นว่าเหมาะสม มีข้อเสียคือมิได้ช่วยสร้างระบบในการบังคับสัญญาประนีประนอม ข้อพิพาทให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและไม่มีลักษณะพิเศษกว่าสัญญาทั่วไปทำให้สัญญาประนีประนอม ข้อพิพาทไม่มีผลเป็นการยุติข้อพิพาทอย่างแท้จริงในการระงับข้อพิพาท แต่ถ้ามองในอีกแง่หนึ่งจะเป็นการส่งผลดีเนื่องจากมีลักษณะยืดหยุ่นมากกว่าและสามารถปรับเปลี่ยนได้อันนำไปการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบเดียวกันตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบ (เล่มเดิมหน้า 136)