

บทที่ 4

แนวทางการร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย

เนื่องจากคณะกรรมการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้ก่อตั้งโดยตัวแทนของแต่ละประเทศมากกว่า 50 ประเทศจากทุกภูมิภาคของโลกที่ต่างกันทั้งระบบกฎหมายและระบบเศรษฐกิจรวมในการประชุม ส่งผลให้เกิดการร่างกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งล้วนแต่ผ่านสายตาของตัวแทนที่เชี่ยวชาญทางด้านนั้นๆมาแล้ว ซึ่งจะมีความเห็นที่แตกต่างกันเพื่อเชื่อมความสัมพันธ์ของกฎหมายอันมาจากความเห็นที่แตกต่างกันให้เกิดร่างกฎหมายที่เหมาะสมกับทุกๆประเทศ จึงนับได้ว่าเป็นรูปแบบระหว่างประเทศที่เกิดการยอมรับกันอย่างกว้างขวาง¹ ดังนั้นเพื่อให้การร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีการดำเนินการและมีผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นที่ยอมรับของนานาชาติและประเทศ ทำให้คู่พิพาทที่มีสัญชาติและวัฒนธรรมที่แตกต่างกันเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาทแทนการดำเนินคดีในศาล ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเป็นข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ การเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งของคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา คดีแรงงาน หรือคดีครอบครัว เป็นต้น แนวทางการร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทยจึงควรเทียบกับ กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ที่หลายประเทศได้ให้การยอมรับและนำมาเป็นต้นแบบในการพัฒนากฎหมายภายในประเทศให้มีความเป็นสากล

4.1 จำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น จำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนับเป็นความสำคัญในเบื้องต้นก่อนจะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งการกำหนดจำนวนของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นโดยส่วนใหญ่มักจะกำหนดจำนวนกันเป็นเลขคี่ ทั้งนี้เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สามารถยุติลงไปในแนวทางใดแนวทางหนึ่งได้

¹ ลัดดาวัลย์ อรุณขจรศักดิ์. (2543). ผลกระทบการรับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ 1985 ในสิงคโปร์. หน้า 27.

4.1.1 จำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002

4.1.1.1 จำนวนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

จำนวนของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ปกติกำหนดให้มีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจำนวน 1 คน เว้นแต่คู่พิพาทให้มีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 2 คน หรือมากกว่านั้น โดยเป็นรูปแบบของคณะผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตาม มาตรา 4(1) ซึ่งในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น คู่พิพาทอาจร้องขอความช่วยเหลือจากสถาบันที่ดำเนินการระงับข้อพิพาท หรือบุคคล เพื่อติดต่อให้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะ หรือเพื่อแนะนำบุคคลที่เหมาะสมจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยในการการแนะนำหรือการแต่งตั้งบุคคลให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สถาบัน หรือผู้สรรหาควรพิจารณาสรรหาจากผู้ที่มีความอิสระ มีความยุติธรรม และเห็นเป็นการสมควรจะพิจารณาให้คำแนะนำ หรือแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลที่มีสัญชาติอื่น นอกเหนือจากสัญชาติของคู่พิพาท เพื่อให้คู่พิพาทมีความมั่นใจในความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

4.1.1.2 คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 มิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจนแต่ได้กำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ โดยให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความบริสุทธิ์ยุติธรรม และความเป็นอิสระ ตาม มาตรา 5 (5) ต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยคำนึงถึงพฤติกรรม เพื่อให้ข้อพิพาทยุติลงอย่างรวดเร็ว ตาม มาตรา 6 (2) ต้องปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างยุติธรรม ตาม มาตรา 6 (3) และไม่พึงเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกัน หรือที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตาม มาตรา 10 (1)

ในเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ท่านภาณุ รังสิสหัส ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ใจความว่า “คงเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่าบุคคลใดสมควรเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงคุณสมบัติหรือความสามารถของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คงพูดได้แต่ในลักษณะว่าคุณสมบัติอย่างไรจึงจะเป็นประโยชน์หรือช่วยในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ดียิ่งขึ้นเท่านั้น คุณสมบัติเหล่านี้ได้แก่ ความเป็นผู้มีจิตใจเป็นกลาง รู้กฎหมาย มีความเข้าใจ และสามารถอธิบายให้คู่ความฟังในเรื่องของความยุติธรรม ทั้งในรูปของความยุติธรรมตามกฎหมาย และความยุติธรรมตามธรรมชาติ มีความเข้าใจในกระบวนการของการระงับข้อพิพาท มีความอดทน มีความสามารถในการสำรวจความคิดเห็นติดต่อกันเป็นระยะเวลานานๆ มีความคิดที่ชัดเจนและเป็นตัว

ของตัวเอง มีทักษะในการติดต่อสื่อสารที่ดี มีทักษะในการเจรจาแบบการทูตกับบุคคลอื่น มีความสามารถในการรับฟังที่ชัดเจน ถูกต้อง ว่องไว และประกอบไปด้วยเขว้าปฏิภาณ รู้จักยืดหยุ่น และมีความสามารถในการหลีกเลี่ยงการมองต่อสิ่งต่างๆ เฉพาะแต่ในแง่ของความผิดถูกเท่านั้น มีวาทะที่ชัดเจน มีสามัญสำนึกในเรื่องของจังหวะเวลา มีประสาทสัมผัสที่ว่องไว มีประสาทหยั่งรู้ได้ แต่ไม่เข้าข้างผู้ใด ไม่มีอคติ ไม่มีท่าทางในลักษณะบังคับให้ผู้อื่นยอมรับตามใจตน มีความมั่นคง เฉลียวฉลาด มีความสามารถในการตอบรับคำพูดของผู้อื่น แต่ไม่ใช่สร้างความนิยม มีความรู้ในเนื้อหาหรือสาขาวิชาที่พิพาท มีความสามารถในการเก็บรักษาความลับ มีความสามารถในการจัดการกับสิ่งที่ไม่แน่นอน รู้จักการนำเรื่องเข้าสู่ประเด็นที่ตนต้องการอย่างชาญฉลาด มีประสบการณ์เกี่ยวกับการเจรจาต่อรองในเนื้อหาของปัญหาที่ยุ่งยากมาก่อน รู้จักวิธีแก้ปัญหาโดยการปล่อยใจให้ครุ่นคิดพิจารณาอย่างเป็นอิสระ ไม่เป็นไปตามหลักของเหตุผลตามปกติ และปล่อยให้ความคิดนั้นพุ่งเข้าสู่หนทางของการแก้ปัญหาได้อย่างไม่ต้องอาศัยเหตุผล ตลอดจนมีความกระตือรือร้นที่จะแสดงบทบาทของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่คุณสมบัติที่สำคัญที่สุด ที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทน่าจะต้องมีก่อนคุณสมบัติอื่นใด คือ “ความเมตตา” ที่มีอยู่ในใจของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท”²

4.1.2 จำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทนำว่า ประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นบรรทัดฐานในการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกจากผู้ศึกษาจะได้วิจัยเปรียบเทียบจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว ผู้เขียนยังได้เทียบเคียงจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับระเบียบคณะกรรมการศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 , ระเบียบคณะกรรมการศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547 ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545 เพื่อหาแนวทางกำหนดจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เหมาะสมกับข้อพิพาทในประเทศไทย ดังนี้

ประการแรก พิจารณาจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

² โชติช่วง ทังวงศ์. (2540). แนวทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ. หน้า 26.

1. จำนวนอนุญาโตตุลาการ

ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น องค์ประกอบที่สำคัญที่สุด คือ “คณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal)” เพราะจะเป็นผู้ที่ทำการดำเนินกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งในการจัดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการและการแต่งตั้งผู้ที่จะทำหน้าที่เป็น “อนุญาโตตุลาการ” (Arbitrator)” นั้น ตามปกติ คู่สัญญาจะยอมมีอำนาจที่จะตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการว่าจะให้มีจำนวนกี่คน โดยคู่สัญญาจะเป็นผู้ที่พิจารณาเองว่าจากความสลับซับซ้อนของข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่อาจจะพิพาทกัน สมควรจะให้วินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการกี่คน หากข้อพิพาทนั้นมีความสลับซับซ้อนมากและมีทุนทรัพย์สูงก็อาจจะใช้อนุญาโตตุลาการหลายคนเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบ และได้ผู้เชี่ยวชาญแขนงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมาร่วมเป็นคณะอนุญาโตตุลาการครบถ้วน แต่หากข้อพิพาทนั้นไม่สลับซับซ้อนมากนัก หรือแม้จะมีความยุ่งยากแต่ทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่สูงมาก คู่สัญญาอาจจะตกลงให้ใช้อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเพื่อเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายและทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกคล่องตัวมากยิ่งขึ้น

ตามปกติคู่สัญญามักจะกำหนดให้จำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคี่ เพื่อว่าจะได้สามารถหาเสียงข้างมากได้ง่าย เช่น อาจจะกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ 3 คน 5 คน หรือแม้แต่ 7 คน ในมาตรา 17 วรรคหนึ่งเองก็กำหนดบังคับให้คู่สัญญากำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคี่ในชั้นแรกคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องร่วมกันสรรหาผู้ที่เหมาะสมจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เมื่อสองฝ่ายสามารถทำความตกลงกันได้เกี่ยวกับผู้ที่เหมาะสม คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องร่วมกันแต่งตั้งบุคคลนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้กำหนดให้จำนวนอนุญาโตตุลาการต้องเป็นเลขคี่เท่านั้น ทำให้ในกรณีที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ คณะอนุญาโตตุลาการก็จะไม่สามารถตกลงวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ ซึ่งในระบบเดิมได้กำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้แต่งตั้ง “ผู้ชี้ขาด (Umpire)” ในภายหลัง แต่ก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับการทำงานของ “ผู้ชี้ขาด” มากเนื่องจากผู้ชี้ขาดเพิ่งได้รับการแต่งตั้งในภายหลัง ทำให้ไม่รู้เห็นการดำเนินการมาแต่ต้น ต้องเสียเวลาในการศึกษาข้อเท็จจริงในเรื่องที่พิพาทอีกมากกว่าจะสามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้ ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ต้องการจะป้องกันปัญหาดังกล่าว จึงได้บังคับให้ต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่เท่านั้น แต่ก็มีข้อสงสัยกันว่าหากคู่สัญญาไม่มีความประสงค์จะใช้จำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคี่จริง และรับรู้ปัญหาที่จะเกิดขึ้นคืออยู่แล้ว กฎหมายก็ไม่ควรจะจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมความประสงค์ของคู่สัญญา เพราะคู่สัญญาอาจมีความประสงค์อย่างหนึ่ง

อย่างไรเป็นพิเศษ จึงได้ตกลงไปเช่นนั้น กฎหมายน่าจะกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาวีรรองรับให้คู่สัญญา แต่ไม่ควรเข้าไปวางกฎเกณฑ์จำกัดสิทธิคู่สัญญาแต่แรก³

ถ้าคู่กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกหนึ่งคนเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าไม่มีการตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ให้อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (Sole Arbitrator) (มาตรา 17) และถ้าคู่กรณีไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานอนุญาโตตุลาการได้ไม่ว่าจะตั้งกันเองหรือได้มอบหมายให้บุคคลภายนอกตั้งให้แต่ไม่มีการแต่งตั้ง ก็ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานอนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี (มาตรา 18)⁴

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการจำนวน 1 หรือ 3 คน (ข้อ 10) โดยในกรณีที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการจำนวน 1 คน จะให้คู่พิพาทเสนอชื่อฝ่ายละ 3 รายชื่อไปยังสถาบัน และสถาบันอาจเสนอรายชื่ออนุญาโตตุลาการอีก 3 รายชื่อแล้วส่งกลับให้คู่พิพาท เพื่อให้คู่พิพาทคัดเลือกรายชื่ออนุญาโตตุลาการเรียงตามลำดับความพึงพอใจ ทั้ง 9 รายชื่อ แล้วส่งกลับสถาบัน จากนั้นสถาบันจะดำเนินการติดต่อบุคคลที่คู่พิพาทมีความพึงพอใจตรงกันสูงสุดเพื่อเป็นอนุญาโตตุลาการ (ข้อ 11) หรือในกรณีที่คู่พิพาทตกลงให้อนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน จะให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งบุคคลภายนอกอีกคนหนึ่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ (ข้อ 12)

2. คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการ หมายถึง บุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนซึ่งคู่พิพาทแต่งตั้งขึ้น เพื่อให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนทั้งหมด หรือแต่ประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยคู่กรณียินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น อนุญาโตตุลาการจึงเป็นบุคคลธรรมดาไม่ใช่ศาล ดังนั้นคู่กรณีจะแต่งตั้งให้ศาลซึ่งกำลังพิจารณาคดีของตนอยู่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการมิได้ ส่วนการที่คู่พิพาทหาในฐานะส่วนบุคคล จะรับหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็ยังเป็นประเพณีปฏิบัติในวงการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยว่า ผู้พิพากษาไม่ควรที่จะรับหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นอนุญาโตตุลาการนอกศาล หรืออนุญาโตตุลาการในศาล เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดของ

³ สรวิศ ลิ้มปรีงยี. (2545). อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. หน้า 65-66.

⁴ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2545, มีนาคม). “พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ทางแก้ไขของกรณีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย.” วารสารนิติศาสตร์, 32, 1. หน้า 9.

อนุญาตตุลาการก็ต้องขอให้ศาลบังคับให้ ถ้ามีคดีเรื่องเดียวกันมาสู่ศาลแล้ว อาจเกิดข้อครหาเกี่ยวกับความเป็นกลางได้ นอกจากนี้ เนื่องจากอนุญาตตุลาการต้องทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาตตุลาการจึงต้องเป็นบุคคลธรรมดาไม่ใช่นิติบุคคล เพราะมีลักษณะเห็นได้ชัดอยู่ในตัวเองว่า นิติบุคคลจะทำหน้าที่ดังกล่าวมิได้

เนื่องจากความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ความเที่ยงตรงและซื่อสัตย์ของอนุญาตตุลาการเป็นสิ่งสำคัญต่อการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการ เพราะความสำเร็จหรือล้มเหลวของการอนุญาตตุลาการนั้น ส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับตัวอนุญาตตุลาการดังกล่าว แล้วการที่ผู้กรณีจะตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการจึงต้องคำนึงถึงความสามารถและคุณสมบัติของบุคคลนั้นเป็นสำคัญ

ความสามารถของบุคคลที่จะเป็นอนุญาตตุลาการนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ จึงต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องความสามารถของบุคคล กล่าวคือ อนุญาตตุลาการต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถบรรลุประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จัดการกิจการของตนเองได้ ไม่เป็นผู้ที่บกพร่องในเรื่องความสามารถ เช่น ไม่เป็นผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต ผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ และต้องไม่เป็นบุคคลที่ต้องห้ามจัดการกิจการของตนเองตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น ไม่เป็นบุคคลล้มละลายซึ่งไม่สามารถจัดการกิจการของตนเองได้

สำหรับเรื่องคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำหน้าที่อนุญาตตุลาการนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษว่าจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร แต่ในทางปฏิบัติ บุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาตตุลาการมักจะต้องมีคุณสมบัติพิเศษ เช่น เป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเกี่ยวกับวิชาการในสาขาที่มีเรื่องพิพาทกันอยู่ เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงดีว่ามีความยุติธรรม เที่ยงตรง ซื่อสัตย์ไม่ลำเอียงเข้าข้างผู้กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการอนุญาตตุลาการเป็นอย่างดี สำหรับวิธีการอนุญาตตุลาการในสมาคมต่าง ๆ เช่น สภาอนุญาตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย จะมีรายชื่อของบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะทำหน้าที่อนุญาตตุลาการไว้ให้ผู้กรณีที่ต้องการใช้บริการอนุญาตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยเลือกแต่งตั้งให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นวิธีการที่สะดวกต่อผู้กรณีพิพาทมาก⁵

คุณสมบัติความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญสำหรับอนุญาตตุลาการทุกคน หากมีข้อเท็จจริงอันใดที่กระทบถึงความเป็นกลาง หรือความเป็นอิสระของบุคคลที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งติดต่อให้ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ มาตรา 19 วรรค

⁵ เสวนีย์ อัสวโรจน์. (2523). สัญญาอนุญาตตุลาการ. หน้า 167-169.

สองกำหนดให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องเปิดเผย ข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของบุคคลนั้นต่อคู่พิพาทด้วย เพื่อว่าคู่พิพาทจะได้ใช้ประกอบดุลพินิจว่าสมควรจะตั้งบุคคลนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เช่น คู่สมรสของบุคคลนั้นกำลังมีข้อพิพาทเป็นคดีความอยู่กับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งอันอาจเป็นเหตุให้สงสัยว่าบุคคลนั้นอาจมีอคติต่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไปด้วย บุคคลนั้นจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้คู่พิพาททราบด้วย เป็นต้น

หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะมีตั้งแต่ก่อนที่บุคคลนั้นจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว หากข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังการแต่งตั้ง และยังคงมีอยู่ในระหว่างที่บุคคลนั้นทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลนั้นก็มีหน้าที่ตามมาตรา 19 วรรคสองที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นให้คู่พิพาททราบโดยไม่ชักช้า เว้นเสียแต่ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องที่ได้เคยแจ้งให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าแล้วว่าจะเกิดขึ้น ในกรณีเช่นนี้ ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องแจ้งซ้ำอีก⁶

ประการที่สอง พิจารณาจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เทียบเคียงกับระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 และระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547

ผู้ประนีประนอม ตามความหมายของระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 ได้ให้นิยามไว้ว่า หมายถึงผู้พิพากษาข้าราชการศาลยุติธรรม บุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน (ข้อ 1) โดยเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรคณะผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งผู้พิพากษาข้าราชการศาลยุติธรรม หรือบุคคลภายนอกผู้ใดผู้หนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้ (ข้อ 6) การแต่งตั้งบุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือ หลายคนเป็นผู้ประนีประนอม ผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือองค์กรคณะผู้พิพากษาพึงคำนึงถึงความเหมาะสมของผู้ประนีประนอมและความพอใจของคู่ความทุกฝ่ายเท่าที่พึงกระทำได้ ในกรณีที่ประสงค์จะแต่งตั้งบุคคลที่มิได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประนีประนอม ผู้รับผิดชอบราชการศาล หรือองค์กรคณะผู้พิพากษาจะแต่งตั้งบุคคลเช่นนั้นได้เมื่อคู่ความที่จะต้องเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ให้ความยินยอม (ข้อ 9) และเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว ผู้ประนีประนอมจะต้องเปิดเผยข้อมูลอันเกี่ยวกับส่วนได้เสียหรือความเกี่ยวข้องเป็นส่วนตัวกับคู่ความทุกฝ่ายให้คู่ความทราบโดยทันที (ข้อ 11) ส่วนผู้ที่ขอขึ้นทะเบียนผู้

⁶ สรวิศ ลิ้มปริงยี, เล่มเดิม, หน้า 70.

ประนีประนอมจะต้องเป็นผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรเทคนิคหรือวิธีการไต่ถามข้อพิพาทที่สำนักงานศาลยุติธรรมจัด หรือหลักสูตรในลักษณะเดียวกันที่สถาบันอื่นจัด โดยสำนักงานศาลยุติธรรมให้การรับรองและมีประสบการณ์ปฏิบัติงานด้านการไต่ถามข้อพิพาทในศาลหรือศูนย์ไต่ถามข้อพิพาท สำนักกระบวนข้อพิพาทมาไม่น้อยกว่า 10 คดี (ข้อ 24 ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547)

และในระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาทเพื่อระงับข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ. 2544 ที่บังคับใช้กับข้อพิพาททางการเงินอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล เมื่อถูกหนี้ได้ยื่นข้อเสนอในการปรับโครงสร้างหนี้ หรือการชำระหนี้ต่อศาลที่พิจารณาคดีและศาลนั้น โดยความยินยอมของคู่ความได้แจ้งขอให้ศูนย์ไต่ถามข้อพิพาทดำเนินการให้ การระงับข้อพิพาททางการเงินด้วยวิธีการไต่ถามข้อพิพาทช่วยให้คดีเกี่ยวกับข้อพิพาททางการเงินสามารถยุติลงได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว และส่งผลให้การแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจของประเทศสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างราบรื่น โดยในระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้การไต่ถามข้อพิพาททางการเงิน มีผู้ไต่ถามข้อพิพาทเพียงหนึ่งคนเป็นผู้ดำเนินการ (ข้อ 8) ผู้ไต่ถามข้อพิพาทที่ได้รับการแต่งตั้ง จะต้องลงนามในข้อตกลงรับเป็นผู้ไต่ถามข้อพิพาทและต้องเปิดเผยข้อมูลอันเกี่ยวกับส่วนได้เสียหรือความเกี่ยวข้องเป็นส่วนตัวกับคู่พิพาททุกฝ่าย แต่ในเรื่องของคุณสมบัติของผู้ไต่ถามข้อพิพาทนั้นไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแต่อาจพิจารณาได้จากเหตุที่ทำให้ผู้ไต่ถามข้อพิพาทหรือผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากหน้าที่ (ข้อ 31) อันได้แก่ ผู้ไต่ถามข้อพิพาทได้กระทำการใดๆ ในฐานะเป็นผู้แทน หรือกระทำการใดแทนคู่พิพาท ผู้ไต่ถามข้อพิพาทมีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายใดอันเกี่ยวกับปัญหาที่พิพาทนั้น ผู้ไต่ถามข้อพิพาทถูกลบชื่อออกจากทะเบียนรายชื่อ หรือผู้อำนวยการมีคำสั่งถอดถอนผู้ไต่ถามข้อพิพาทเนื่องจากการกระทำการบกพร่องต่อหน้าที่ หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่

ข้อบังคับกระทรวงยุติธรรม ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม กำหนดให้มีผู้ประนอมข้อพิพาทจำนวน 1 คน เว้นแต่คู่กรณีจะเห็นสมควรให้มีผู้ประนีประนอมข้อพิพาทมากกว่า 1 คน ในกรณีดังกล่าวให้ผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำการร่วมกัน (ข้อ 6) โดยช่วยให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลงด้วยความเป็นกลางและอิสระ (ข้อ 9)

ประมวลจริยธรรมผู้ไต่ถามข้อพิพาท สำนักกระบวนข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรมได้กำหนดให้ผู้ไต่ถามข้อพิพาทต้องดำเนินการไต่ถามข้อพิพาทด้วยความเป็นกลาง (ข้อ 3) ไม่ปล่อยให้แรงกดดันหรืออิทธิพลจากบุคคลภายนอกเข้ามาทำให้ผู้ไต่ถามข้อพิพาทเสียความเป็นกลาง (ข้อ 4) หากผู้ไต่ถามข้อพิพาทรู้ว่าจะไม่เป็นกลาง ให้ผู้ไต่ถามข้อพิพาทเปิดเผยสิ่งที่จะทำให้เกิด

ความไม่เป็นกลางนั้นให้คู่พิพาทและสำนักกระงับข้อพิพาททราบทันทีและต้องถอนตัวออกจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย(ข้อ 5)

ประการที่สาม พิจารณางานและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเทียบเคียงกับระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545

ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545 ได้กำหนดจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้มีข้อแตกต่างไปจากระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 และ ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547 เพียงเล็กน้อย กล่าวคือ เมื่อคดีขึ้นสู่ศาล ให้อธิบดี หรือ โดยได้รับแจ้งจากองค์คณะผู้พิพากษาแต่งตั้งผู้พิพากษาผู้พิพากษาสมทบ ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางที่สมัครใจ ข้าราชการศาลยุติธรรมหรือบุคคลภายนอกผู้ใดคนหนึ่ง หรือหลายคนเป็นผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้ (ข้อ 6) ในกรณีที่คู่ความประสงค์จะแต่งตั้งบุคคลที่มีได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประนีประนอม อธิบดีจะแต่งตั้งบุคคลเช่นนั้นได้เมื่อคู่ความที่จะต้องเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ให้ความยินยอมและตกลงที่จะรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายของผู้ประนีประนอมนั้น (ข้อ 8) และเมื่อผู้ประนีประนอมได้รับการแต่งตั้งแล้ว ต้องเปิดเผยข้อมูลอันเกี่ยวกับส่วนได้เสีย หรือความเกี่ยวข้องเป็นส่วนตัวกับคู่ความทุกฝ่ายให้คู่ความทราบโดยทันที (ข้อ 10) โดยมีเหตุที่ทำให้ผู้ประนีประนอมพ้นจากหน้าที่ (ข้อ 11) อันได้แก่ ถูกจำหน่ายชื่อออกจาทะเบียนรายชื่อ หรือ อธิบดีมีคำสั่งถอดถอนผู้ประนีประนอมเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประนีประนอมนั้นกระทำการใดๆในฐานะเป็นผู้แทน หรือกระทำการใดแทนคู่ความหรือมีส่วนได้เสีย หรือเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดอันอาจกระทบกับความเป็นกลางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือเนื่องจากการบกพร่องต่อหน้าที่ ละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่

แต่มีข้อพิจารณาจากระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545 ประการหนึ่งคือ ผู้ประนีประนอมในคณะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องไม่ใช่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน หรือองค์คณะในคดีนั้น เว้นแต่จะเป็นความประสงค์ของคู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายที่จะให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะดังกล่าวเป็นผู้ประนีประนอมในคณะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นได้ (ข้อ 13) ทั้งนี้เพื่อต้องการให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความเป็นกลาง ไม่ยึดติดกับสำนวนคดีที่ตนได้พิจารณาอยู่ ระวังที่จะไม่แสดงออกในทางชี้ผลของคดี และเป็นการรักษาความลับของข้อมูลที่ได้ใช้ หรือได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อคู่พิพาทจะได้มีความมั่นใจว่าข้อเท็จจริงที่ตนได้ให้ไว้ หรือที่ตนได้ยอมรับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็น

ความลับไม่ส่งผลต่อการพิจารณาคดีของศาลในภายหน้าหากข้อพิพาทไม่สามารถยุติลงได้ด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่ระเบียบฯดังกล่าวยังคงเคารพต่อความสมัครใจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่พิพาทที่มีความเชื่อมั่นในผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจึงบัญญัติยกเว้นไว้ในกรณีที่คู่พิพาทมีความประสงค์ที่จะให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะที่พิจารณาสำนวนเป็นผู้ประนีประนอมข้อพิพาทของตน

ข้อพิพาทของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีลักษณะเป็นการเฉพาะต้องอาศัยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในข้อพิพาท ดังนั้นศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง จึงได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาสมทบ หรือนุคคลภายนอกเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของผู้พิพากษาในศาล และเพื่อให้ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเฉพาะปัญหาที่พิพาทได้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลที่ใช้อยู่ในอดีตมีลักษณะคล้ายกับการประชุมเพื่อระงับข้อพิพาทซึ่งควบคุมโดยผู้พิพากษา หรือ Magistrate (Settlement Conference Conducted by a Judge or Magistrate) และประสบความสำเร็จเพราะคนไทยมีศรัทธาเชื่อมั่นในตัวผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งเป็นผู้พิพากษา แต่ปัญหาและอุปสรรคสำคัญของกระบวนการนี้ คือ การใช้ผู้พิพากษาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งต้องดึงเอาตัวผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีตามปกติไป ทำให้เกิดปัญหาจำนวนผู้พิพากษาไม่เพียงพอกับปริมาณงานรุนแรงขึ้นอีก ดังนั้นจึงได้เพิ่มแนวทางการคัดเลือกตัวผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเข้าทำหน้าที่แทนผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีตามปกติ โดยคัดเลือกและแต่งตั้งจากผู้พิพากษาสมทบ และบุคคลภายนอก

4.1.3 แนวทางการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

จากการพิจารณาในข้อ 4.1.1 และ 4.1.2 แล้วพบว่าบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศและประเทศไทยล้วนกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีจำนวนเป็นเลขคี่ อาจเป็นจำนวน 1 คน หรือ 3 คน ทั้งนี้เพื่อให้สามารถกำหนดแนวทาง และผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างชัดเจนเป็นเอกฉันท์ ในกรณีที่กำหนดเป็นเลขคู่ คู่พิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องสรรหานุคคลอีกคนหนึ่งเพื่อเป็นประธานในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งหากจำนวนผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีมากเกินไปอาจทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดความล่าช้าเนื่องจากคู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหลายอาจมีวันว่างไม่ตรงกัน การเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมต้องเน้นข้อออกไป ไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว

ส่วนคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น Arnold M. Zack (1985) (สมชาติ โลกสันติสุข, 2546 : 38) ได้อธิบายลักษณะพิเศษและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ดีจะต้องมีคุณลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

- 1) มีความถ่อมตัว (Humility)
- 2) มีความอดทน (Patience)
- 3) มีความไวต่อความรู้สึก (Sensitivity)
- 4) มีสติปัญญาไหวพริบ (Sense of Timing)
- 5) มีความอ่อนโยนใจกว้าง (Tolerance)
- 6) มีอารมณ์ขัน (Humour)
- 7) มีความสามารถในการสร้างสรรค์ (Ability to innovate)
- 8) มีความเชี่ยวชาญในการเจรจาต่อรอง (Negotiating expertise)
- 9) มีความสามารถในการวิเคราะห์ปัญหา (Analytical ability)
- 10) มีความสามารถทางความคิดสร้างมโนภาพ (Conceptualising ability)
- 11) มีความยุติธรรม (Impartiality)

คุณสมบัติพื้นฐานที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรมีคือต้องเป็นผู้ที่เห็นความสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และมีความรู้ความเข้าใจในวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สามารถช่วยให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำเร็จได้สูงเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีวุฒิภาวะสูง เป็นที่ยอมรับของกลุ่มพิพาททั้งสองฝ่าย มีประสบการณ์หลายด้าน มีความอดทนพร้อมที่จะรับฟังปัญหาของกลุ่มพิพาททั้งสองฝ่าย และมีทักษะในการเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีจิตวิทยาและเทคนิคในการพูดโน้มน้าวให้กลุ่มพิพาททั้งสองฝ่ายเกิดความต้องการที่จะระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและยอมรับข้อเสนอของกันและกันได้ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะหากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขาดความเหมาะสมและไม่สามารถทำให้กลุ่มพิพาทเกิดความศรัทธาเชื่อถือ ย่อมทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทล้มเหลวได้ และคุณสมบัติที่สำคัญคือ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีความเป็นกลาง นอกจากนี้ควรคัดสรรผู้ทรงคุณวุฒิในพื้นที่มาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพราะจะเข้าใจวัฒนธรรมของท้องถิ่นได้ดีกว่าคนต่างถิ่น หรือเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในข้อพิพาทซึ่งเป็นที่ยอมรับของกลุ่มความ และบุคคลนั้นต้องเป็นผู้มีความสมัครใจที่จะทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

คุณสมบัติพื้นฐานของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นมีลักษณะคล้ายกับอนุญาโตตุลาการ กล่าวคืออนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง ให้ความเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่มีข้อแตกต่างกันตรงที่อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาททุกประเด็นที่

เสนอมาให้วินิจฉัย แต่จะวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำขอของกลุ่ม
ไม่ได้ และคำชี้ขาดนั้นต้องวินิจฉัยตรงตามประเด็นแห่งคดี พร้อมทั้งให้เหตุผลที่แจ้งชัดและ
สามารถปฏิบัติตามได้ แต่สำหรับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นไม่มีอำนาจในการทำคำชี้ขาด หรือ
กำหนดแนวทางในการระงับข้อพิพาทได้ ผู้ไกล่เกลี่ยทำได้เพียงเสนอแนะแนวทางยุติข้อพิพาท
เท่านั้น โดยการตัดสินใจระงับข้อพิพาทยังคงขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของกลุ่มพิพาทเป็นสำคัญ

สำหรับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมแล้วในบางประเทศอย่างเช่น
สหรัฐอเมริกา อังกฤษ หรือสิงคโปร์ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องผ่านการฝึกอบรมมาก่อนด้วย เพื่อให้
ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความเข้าใจเทคนิคและหลักการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ดี ซึ่งระเบียบ
คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547 ได้
กำหนดให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเป็นผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรเทคนิคหรือ
วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สำนักงานศาลยุติธรรมจัด หรือหลักสูตรในลักษณะเดียวกันที่สถาบันอื่น
จัด โดยสำนักงานศาลยุติธรรมให้การรับรองและมีประสบการณ์ปฏิบัติงานด้านการไกล่เกลี่ยข้อ
พิพาทในศาลหรือศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ข้อพิพาท สำนักกระงับข้อพิพาทมาไม่น้อยกว่า 10 คดี
เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำหน้าที่ของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ตามจริยธรรมที่ผู้ไกล่เกลี่ย
ข้อพิพาทพึงปฏิบัติ เรียนรู้เทคนิคผ่านทางต้นในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในขณะเดียวกันก็ต้องมี
ความรู้กฎหมายที่จำเป็น แม้ว่าการไกล่เกลี่ยจะให้ความสำคัญกับการคำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มพิพาท
มากกว่าการคำนึงถึงสิทธิตามกฎหมายก็ตาม กฎหมายที่ผู้ไกล่เกลี่ยควรรู้ได้แก่การทำสัญญา
ประนีประนอมยอมความให้มีผลบังคับได้ แต่ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลภายนอก
ไม่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับสำนักงานศาลยุติธรรมก็อาจแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ย
ข้อพิพาทได้ เมื่อคู่พิพาทตกลงและยอมรับในค่าใช้จ่ายของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ทั้งสองฝ่ายร่วมกัน
แต่งตั้งขึ้น โดยผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลภายนอกต้องมีความรู้ความเข้าใจในขั้นตอน หรือ
กระบวนการดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือหลักกฎหมายเบื้องต้นในข้อพิพาทนั้นๆ และได้ศึกษา
ข้อเท็จจริงก่อนเวลาการไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงควรเป็นผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรหรือวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
ที่สำนักงานจัดหรือหลักสูตรในลักษณะเดียวกันที่สถาบันอื่นจัดโดยสำนักงานให้การรับรอง ทั้งนี้
เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความรู้และมีมาตรฐานเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทใน
ศาลหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลโดยสถาบันหรือหน่วยงานอื่นที่มีศาล

ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนวทางในการกำหนดจำนวนและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
ดังนี้

1. จำนวนผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทควรเป็นหนึ่งคน เพื่อให้การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทยุติลงได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งหากมีจำนวนผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทจำนวนมาก อาจมีปัญหาเรื่องเวลาว่างที่ไม่ตรงกันของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย แต่ก็ไม่ได้ตัดอำนาจของคู่พิพาทที่จะพิจารณาตั้งจำนวนผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นอย่างอื่น

2. คุณสมบัติของผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท

- (1) ผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีความเป็นธรรม โดยไม่จำเป็นต้องเชี่ยวชาญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นพิเศษ แต่ถ้าปัญหาที่พิพาทเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านก็ควรเลือกผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทจากผู้มีความเชี่ยวชาญและเหมาะสมกับข้อพิพาท
- (2) เมื่อบุคคลได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงส่วนตัว ซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลาง หรือความเป็นอิสระของผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท
- (3) การดำเนินการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท ต้องดำเนินการด้วยความยุติธรรม และไม่ลำเอียง
- (4) ผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทควรเป็นผู้ที่ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม และควรได้รับการอบรมหลักสูตรการเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทที่จัดโดยสำนักงานศาลยุติธรรม หรือสถาบันอื่นที่สำนักงานศาลยุติธรรมให้การรับรอง ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาททราบถึงการดำเนินการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท และขั้นตอนต่างๆ ซึ่งจะมีผลให้การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นไปอย่างราบรื่น ยุติลงได้อย่างรวดเร็ว และมีความน่าเชื่อถือ ส่งผลให้คู่พิพาทไว้วางใจในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไถ่เกลี่ย
- (5) กรณีที่คู่พิพาทต้องการแต่งตั้งบุคคลภายนอกที่มีได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาทสามารถแต่งตั้งผู้นั้นเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้เมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงและยอมรับในค่าใช้จ่ายของผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทที่แต่งตั้ง แต่บุคคลภายนอกที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทต้องผ่านการอบรมหลักสูตรการเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทที่จัดโดยสำนักงานศาลยุติธรรม หรือสถาบันอื่นที่สำนักงานศาลยุติธรรมให้การรับรอง

4.2 อายุความของข้อพิพาทในการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท

อายุความ คือระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้ให้ใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลภายในกำหนดเวลา ถ้าหากปล่อยทิ้งไว้นานจนเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว จะทำให้เกิดผลเสียหายแก่เจ้าของสิทธิเรียกร้อง (เจ้าหนี้) นั้นได้ ซึ่งเรียกว่า “สิทธิเรียกร้องขาดอายุความ” หรือ “หนี้ขาดอายุความ” ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/9

“มาตรา 193/9 สิทธิเรียกร้องใดๆ ถ้ามิได้ใช้บังคับภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันขาดอายุความ”

ผลของการที่สิทธิเรียกร้องหรือหนี้ขาดอายุความ จึงมีแต่เพียงก่อให้เกิดสิทธิปฏิเสธที่จำไม่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เท่านั้น หนี้ขาดอายุความจึงไม่ทำให้เจ้าหนี้เสียสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับคดีและไม่เป็นเหตุทำให้ “หนี้” นั้นระงับสิ้นไปแต่อย่างใด เพราะเมื่อเป็นหนี้กันแล้วไม่ว่าระยะเวลาจะผ่านไปนานเท่าใด หากยังไม่ได้ชำระหนี้ก็ยังคงเป็นหนี้กันอยู่ เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิที่จะนำคดีของตนขึ้นฟ้องร้องต่อศาลได้ เพียงแต่เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องคดีแล้ว อาจถูกศาลพิพากษายกฟ้องได้ถ้าลูกหนี้ได้ยกเหตุหนี้ขาดอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธการชำระหนี้ แต่ถ้าลูกหนี้ไม่ยกเหตุขาดอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ไว้ ศาลก็ไม่อาจเอาเหตุหนี้ขาดอายุความนี้มาเป็นเหตุยกฟ้องเนื่องจากมาตรา 193/29 บัญญัติไว้ว่า “เมื่อไม่ได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลจะอ้างเอาอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องไม่ได้” แต่ในทางปฏิบัติ จำเลยและทนายจำเลยมักจะยกเหตุหนี้ขาดอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีแพ่งเสมอ ดังนั้นถ้าเจ้าหนี้รู้ว่าสิทธิเรียกร้องของตนขาดอายุความแล้วก็มีจะไม่นำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาล เพราะจะเป็นการเสียเวลา เสียค่าธรรมเนียมศาล และค่าใช้จ่ายอื่นๆ

บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยอายุความเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁷ เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้มีอายุความเกี่ยวกับสิทธิก็เพื่อประโยชน์ของรัฐในอันที่จะตัดปัญหาให้มีคดีความรกรงศาล และเพื่อประโยชน์ของประชาชนในด้านความมั่นคงแห่งกิจการและทรัพย์สิน⁸

อายุความนั้นเป็นปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งในการฟ้องคดีต่อศาลของคู่ความ โดยในปัจจุบัน การไต่เถียงข้อพิพาทจะกระทำในศาลภายหลังจากที่คู่ความนำข้อพิพาทมาฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ทำให้มีคดีเข้าสู่สารบบความของศาลมากขึ้นเป็นการสิ้นเปลือง หากจะส่งเสริมให้คู่พิพาทให้การไต่เถียงนอกศาลในการระงับข้อพิพาทแทนการฟ้องคดีต่อศาลก่อนแล้วค่อยไต่เถียงในศาลนั้นย่อมเป็นการลดภาระของศาลลงได้เป็นอย่างดี แต่ปัญหาเรื่องอายุความนั้นยังติดขัดอยู่

⁷ ประกอบ หุตะสิงห์. (2521). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 114 .

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511

⁹ ศักดิ์ สนองชาติ. (2524). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ.

เนื่องจากหากคู่พิพาทนำข้อปัญหาเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย โดยไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล และ ระยะเวลาล่วงเลยจนสิ้นอายุความ ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ต้องเสียหายจากข้อพิพาทนั้นอาจเสีย ประโยชน์ในเรื่องอายุความได้ ดังนั้นจึงควรยกร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยอาศัย เทียบเคียงจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL และ กฎหมายของไทย เพื่อให้สอดคล้องกันและ ป้องกันความเสียหายเรื่องอายุความของข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

4.2.1 อายุความตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002

ในเรื่องการมอบข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 นั้นได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องอายุความสะดุดหยุดลง ไว้ในหมายเหตุของ มาตรา 4 ว่า

(1) นับแต่เวลาที่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เริ่มขึ้น การนับอายุ ความตามสิทธิเรียกร้องของข้อพิพาทนั้นเป็นอันสะดุดหยุดลง

(2) เมื่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้สิ้นสุดลง โดยปราศจากการทำ สัญญาประนีประนอมยอมความ ให้เริ่มต้นนับอายุความใหม่นับแต่เวลาที่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทได้สิ้นสุดลงโดยปราศจากการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ

ในร่างเดิมนั้นกำหนดให้อายุความสะดุดหยุดลงในวันที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับหรือ ตอบรับการแต่งตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่มีข้อคัดค้านว่าการที่คู่พิพาทนำข้อพิพาทเข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นเป็นการป้องกันสิทธิของตนมิให้ขาดอายุความ และหากให้สิทธิ ในการรักษาอายุความของคู่พิพาทไปตกอยู่กับการตัดสินใจในการเข้ารับเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อาจเป็นการล่าช้าเกินไปที่จะรักษาอายุความนั้นไว้ได้ (A/CN.9/506 para 93)

ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงระงับข้อ พิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ เนื่องจากหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีเจตนาไม่สุจริตเพียงแต่ ตกลงเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อยื้อเวลาให้คดีขาดอายุความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดี แพ่งที่มีอายุความสั้น ซึ่งอาจทำให้เป็นผลร้ายต่อคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากข้อพิพาทที่ ไกล่เกลี่ยกันอยู่ได้

4.2.2 อายุความตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อายุความสะดุดหยุดลง เป็นกรณีที่เมื่ออายุความเริ่มนับแล้ว แต่ก่อนที่สิทธิเรียกร้องนั้น จะขาดอายุความ ได้มีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เกิดขึ้นซึ่งมีผลให้อายุความหยุด

นับ คือระยะเวลาที่ล่วงไปก่อนหน้านี้เป็นอันยกเลิกปิดไปไม่นับเข้าในกำหนดอายุความและเมื่อเหตุดังกล่าวสิ้นสุดลงในเวลาใดอายุความก็จะเริ่มตั้งต้นนับใหม่ตั้งแต่เวลาที่เหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงนั้นสิ้นสุดลงเป็นต้นไปโดยนับตามกำหนดอายุความเดิม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับอายุความสะดุดหยุดลงไว้ในมาตรา 193/14 ถึงมาตรา 193/18

“มาตรา 193/14 อายุความย่อมสะดุดหยุดลงในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ลูกหนี้รับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้ตามสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ให้ ชำระหนี้ให้บางส่วน ชำระดอกเบี้ย ให้ประกัน หรือกระทำการใดๆ อันปราศจากข้อสงสัยแสดงให้เห็นเป็นปริยายว่ายอมรับสภาพหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง

(2) เจ้าหนี้ได้ฟ้องคดีเพื่อดังหลักฐานสิทธิเรียกร้องหรือเพื่อให้ชำระหนี้

(3) เจ้าหนี้ได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย

(4) เจ้าหนี้ได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา

(5) เจ้าหนี้ได้กระทำการอื่นใดอันมีผลเป็นอย่างเดียวกันกับการฟ้องคดี”

ในที่นี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงเฉพาะ มาตรา 193/14 (4) และ(5) เท่านั้น เมื่อพิจารณาตาม มาตรา 193/14 (4) การที่เจ้าหนี้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการซึ่งเป็นคนกลางชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทนั่นเอง แตต่างกันตรงที่ว่าผู้ชี้ขาดในกรณีนี้มิใช่ศาล แต่เป็นคนกลางที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงพร้อมใจกันมอบให้เป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทแทนศาล ดังนั้นเมื่อการที่เจ้าหนี้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณานั้นมีลักษณะทำนองเดียวกับการที่เจ้าหนี้ฟ้องคดี หลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องเจ้าหนี้ฟ้องคดีต่อศาลแล้วทำให้อายุความสะดุดหยุดลงจึงนำมาอนุโลมใช้กับเรื่องที่เจ้าหนี้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาด้วยเช่นกัน ตามที่มาตรา 193/18 ได้กำหนดไว้

“มาตรา 193/18 ให้นำมาตรา 193/17 มาใช้บังคับแก่กรณีที่อายุความสะดุดหยุดลงเพราะเหตุตามมาตรา 193/14 (3) (4) และ (5) โดยอนุโลม”

“มาตรา 193/17 ในกรณีที่อายุความสะดุดหยุดลงเพราะเหตุตามมาตรา 193/14 (2) หากคดีนั้นได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกคำฟ้อง หรือคดีเสร็จไปโดยการจำหน่ายคดีเพราะเหตุถอนฟ้อง หรือถึงฟ้อง ให้ถือว่าอายุความไม่เคยสะดุดหยุดลง...”

จากหลักในมาตรา 193/18 นั้น หมายความว่า ในการมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณานั้น จะเป็นเหตุทำให้อายุความสะดุดหยุดลงก็ต่อเมื่อผลการตัดสินของอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการได้มีคำชี้ขาดให้เจ้าหนี้เป็นฝ่ายชนะ ทำนองเดียวกับการฟ้องคดีที่เจ้าหนี้จะต้องเป็นฝ่ายชนะคดีเท่านั้นอายุความจึงจะสะดุดหยุดลง ในทางกลับกัน หากการมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณานั้นผลปรากฏว่าเจ้าหนี้เป็นฝ่ายแพ้ ก็ย่อมไม่เป็นเหตุทำให้อายุ

ความสะดุดหยุดลง และถือว่าอายุความไม่เคยสะดุดหยุดลง ทั้งนี้โดยอนุโลมตามมาตรา 193/17 บรรคแรกนั่นเอง¹⁰

แต่หากพิจารณาในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น จะเห็นได้ว่าผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่มีฝ่ายใดแพ้ หรือฝ่ายใดชนะ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทโดยการที่คู่พิพาทตกลงพร้อมใจกันมอบให้ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยช่วยชี้แนะวิถีทางที่จะระงับข้อพิพาทเพื่อให้ผลของการไกล่เกลี่ยเป็นที่พึงพอใจของคู่พิพาท โดยที่คู่พิพาทยังมีความสมานฉันท์กัน ผู้ไกล่เกลี่ยมีเพียงอำนาจในการชี้แนะแนวทางเพื่อระงับข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยมิได้มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทหรือการพิพาทภาคี ดังเช่นผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ หรือผู้พิพากษา ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถยุติลงได้ ผู้ไกล่เกลี่ยก็จะให้คู่พิพาททำสัญญาประนีประนอมยอมความกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 ถึงมาตรา 852¹¹ ซึ่งสิทธิเรียกร้องอันเกิดจากสัญญาประนีประนอมยอมความของคู่พิพาทนั้น ได้กล่าวไว้ในบทบัญญัติมาตรา 193/32

“มาตรา 193/32 สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดหรือโดยสัญญาประนีประนอมยอมความ ให้มีกำหนดอายุความสิบปี ทั้งนี้ ไม่ว่าสิทธิเรียกร้องเดิมจะมีกำหนดอายุความเท่าใด”

ดังนั้นภายหลังจากที่คู่พิพาทได้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันแล้วคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาประนีประนอมยอมความ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิฟ้องร้องนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ภายในอายุความสิบปี โดยไม่ต้องคำนึงว่าสิทธิเรียกร้องเดิมจะมีกำหนดอายุความเท่าใด

แต่ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สามารถยุติลงด้วยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความของคู่พิพาท อันเนื่องจากคู่พิพาทไม่พึงพอใจต่อผลของการไกล่เกลี่ยเช่นนี้ไม่มีกฎหมายใดกำหนดในเรื่องของอายุความเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยไว้โดยชัดเจน จึงต้องนำหลักเรื่องอายุความ

¹⁰ กำชัย จงจักรพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ. หน้า 196.

¹¹ มาตรา 850 บัญญัติว่า “อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน”

มาตรา 851 บัญญัติว่า “อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

มาตรา 852 บัญญัติว่า “ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ย่อมทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นระงับสิ้นไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญานั้นว่าเป็นของตน”

ทั่วไปมาบังคับใช้ตามมาตรา 4¹² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากสิทธิเรียกร้องของข้อพิพาทที่เข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยนั้น มีอายุความสองปี หรือห้าปี หรือสิบปี ระยะเวลาตั้งแต่เริ่มต้นการพิจารณาไกล่เกลี่ย จนถึงเวลาที่มีการพิจารณาไกล่เกลี่ยยุติลงโดยที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันทำสัญญาประนีประนอมได้ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในการฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรม ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาไกล่เกลี่ยใช้เวลารวดเร็วไม่ชักช้าเนิ่นนาน คู่พิพาทที่มีสิทธิเรียกร้องในข้อพิพาทเดิมก่อนเข้าสู่การพิจารณาไกล่เกลี่ยสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในอายุความ แต่ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องนั้นมีอายุความสั้นเช่นกรณีละเมิดที่ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาแต่เวลาที่ทำละเมิด ตามมาตรา 206¹³ และเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น มีอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่เจ้าหนี้ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 448 หากเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องและลูกหนี้ผู้จะพึงใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยมอบให้ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยทำการพิจารณาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยที่เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องมิได้ฟ้องคดีไว้ก่อนเพื่อเป็นการประหยัดไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล และการพิจารณาไกล่เกลี่ยก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อายุความสะดุดหยุดลง ดังเช่นการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดตามมาตรา 193/14 สุดท้ายผลของการพิจารณาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เป็นที่พึงพอใจของคู่พิพาทจึงไม่มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ และไกล่เกลี่ยระยะเวลาที่อายุความจะสิ้นสุดลง หรือล่วงเลยอายุความที่มีกำหนดหนึ่งปีไปแล้ว เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องไม่สามารถฟ้องคดีได้ทันภายในอายุความ หรือฟ้องคดีต่อศาลแล้วจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ผู้จะพึงใช้ค่าสินไหมทดแทนยกเอาอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้แล้วศาลยกฟ้องเช่นนี้ย่อมไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องโดยแน่แท้ อีกทั้งการพิจารณาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดอันมีผลเป็นอย่างเดียวกับการฟ้องคดี ตาม มาตรา 193/14 (5) อันจะทำให้อายุความสะดุดหยุดลงหาได้ไม่

4.2.3. แนวทางการร่างข้อกฎหมายเกี่ยวกับอายุความในร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย

¹² มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า...“เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

¹³ มาตรา 206 บัญญัติว่า... “ในกรณีนี้อันเกิดแต่มูลละเมิด ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาแต่เวลาที่ทำละเมิด”

ดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวแล้วว่าการพิจารณาใกล้เคียงข้อพิพาท มิใช่การที่เจ้าหน้าที่มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา ตามมาตรา 193/14 (4) ทั้งยังถือไม่ได้ว่าเป็นการที่เจ้าหน้าที่กระทำการอื่นใดอันมีผลเป็นอย่างเดียวกับการฟ้องคดี ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 193/14 (5) นอกจากนี้อายุความจะขยายหรือย่อหรือคงไว้ใช้อายุความก็เฉพาะโดยกฎหมายเท่านั้น คู่กรณีจึงหาอาจตกลงกันคงไว้ใช้อายุความหรือขยายอายุความให้ยาวกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือย่ออายุความให้สั้นกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ไม่ ทั้งนี้ตามที่บทบัญญัติมาตรา 193/11 ได้กำหนดไว้

“มาตรา 193/11 อายุความที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว คู่กรณีจะตกลงกันให้คงไว้ หรือขยายออก หรือย่อเข้าไม่ได้”

เนื่องด้วยอายุความเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่พิพาทไม้อาจจะตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ หากฝ่าฝืนข้อตกลงนั้นก็จะผิดโมฆะ ตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้นในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาใกล้เคียงข้อพิพาท ผู้ใกล้เคียงหรือคู่พิพาทจะตกลงกันโดยสัญญาว่าจะคงไว้ใช้อายุความหรือขยายอายุความ ให้ยาวขึ้นกว่าที่กฎหมายกำหนดสำหรับสิทธิเรียกร้องในข้อพิพาทที่ได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาใกล้เคียงนั้นหาได้ไม่ เมื่อคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันในเรื่องอายุความ ทั้งยังไม่มีกฎหมายใดบัญญัติในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการใกล้เคียงเป็นการเฉพาะ โดยในเรื่องของอายุความนั้นอาจเสนอเป็น 2 แนวทาง ดังนี้ คือ

แนวทางที่หนึ่ง อาจกำหนดในเรื่องของการยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ดังเช่นมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 โดยร่างกฎหมายเกี่ยวกับการใกล้เคียงว่า

“มาตรา...ก่อนอายุความของสิทธิเรียกร้องของข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาใกล้เคียงข้อพิพาทจะครบบริบูรณ์ ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องยินยอมโดยทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ถูกเรียกร้องว่าจะไม่ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่มีสิทธิเรียกร้องฟ้องคดีต่อศาลหรือเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด ความยินยอมนี้ให้ใช้บังคับได้”

เนื่องจากการที่คู่พิพาทตกลงกันในอันที่จะไม่ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่มีสิทธิเรียกร้องฟ้องคดีต่อศาล หรือเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนั้นมิได้เป็นการตกลงคงไว้ใช้อายุความหรือเป็นการตกลงขยายอายุความ ซึ่งเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย และการที่คู่พิพาทตกลงกันที่จะไม่ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้นั้น มิใช่การที่คู่พิพาทตกลงสละประโยชน์แห่งอายุความ เพราะการสละประโยชน์แห่งอายุความจะต้องการทำภายหลังจากที่อายุความครบกำหนดแล้ว แต่มีข้อน่าสังเกตประการหนึ่ง คือ หากคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องใช้ประโยชน์แห่งมาตรานี้ โดยไม่สุจริต มิได้หวังจะเข้าสู่กระบวนการใกล้เคียงอย่างแท้จริง แต่เพียงหวังให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเข้า

สู่การไถ่เกลี่ยตกลงยินยอมจะไม่ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการฟ้องคดีต่อศาลหรือเสนอข้อพิพาทในอนุญาโตตุลาการชี้ขาด เช่นนี้ ย่อมไม่สมเจตนารมณ์ของร่างกฎหมายว่าด้วยการไถ่เกลี่ย ที่มุ่งหวังให้คู่พิพาทระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรม

แนวทางที่สอง กำหนดให้อายุความสะดุดหยุดลง โดยร่างกฎหมายปรับจาก Article x ในหมายเหตุของ มาตรา 4 แห่งกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ดังนี้

“มาตรา อายุความ

(1) นับแต่เวลาที่มีการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้เริ่มขึ้น การนับอายุความตามสิทธิเรียกร้องของข้อพิพาทนั้นเป็นอันสะดุดหยุดลง

(2) เมื่อกระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้สิ้นสุดลง โดยปราศจากการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ให้เริ่มต้นนับอายุความใหม่นับแต่ระยะเวลาที่กระบวนการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้สิ้นสุดลงโดยปราศจากการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ”

การยกร่างกฎหมายว่าด้วยการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเช่นนี้ ไม่น่าจะขัดกับมาตรา 193/14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ บทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท ที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะและขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ต้องถือว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่ตรงกันกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นถูกยกเว้นโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายที่ว่า “กฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายทั่วไป”¹⁴ แนวทางทั้งสองจึงเหมาะสมกับการยกร่างกฎหมายว่าด้วยการไถ่เกลี่ยข้อพิพาททั้งยังเป็นการดำรงความยุติธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย และยังผลให้การพิจารณาไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและ ได้รับความนิยมนจากคู่พิพาทเพื่อใช้เป็นทางเลือกใหม่ในการระงับข้อพิพาท

จากการศึกษา ในข้อ 3.2.2 พบว่า กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 กำหนดให้การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้เริ่มต้นขึ้น โดยคู่พิพาทกำหนดวันในการไถ่เกลี่ยข้อพิพาท มีข้อน่าคิดประการหนึ่งคือ หากคู่พิพาทตกลงนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไถ่เกลี่ยโดยมีการกำหนดวันไถ่เกลี่ยไว้ ซึ่งถือว่าการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทได้เริ่มต้นขึ้นแล้วและผลแห่งการเริ่มต้นการไถ่เกลี่ยทำให้อายุความของข้อพิพาทนั้นสะดุดหยุดลง แต่ต่อมาคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมิได้เข้าร่วมไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเลยแม้แต่ครั้งเดียว หรืออาจเข้าสู่การไถ่เกลี่ยโดยเจตนาไม่สุจริตของคู่พิพาทโดยหวังจะใช้การไถ่

¹⁴ สุกัญญา วีระเชียวชาญชัย . (2547). ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 : ผลกระทบและความสอดคล้องกับประโยชน์ของประเทศไทย. หน้า 51.

เกลี้ยข้อพิพาทเป็นเครื่องมือในการประวิงเวลาและสุดท้ายไม่สามารถตกลงกันทำสัญญาประนีประนอม
เช่นนี้จะกำหนดแนวทางเรื่องอายุความอย่างไร

ผู้ศึกษามีความเห็นว่ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้เข้าร่วมไกล่เกลี่ยหรือมีเจตนาไม่สุจริตดังกล่าว
เปรียบเสมือนการทิ้งฟ้องของโจทก์ในคดีแพ่ง ดังนี้ย่อมถือได้ว่าอายุความไม่เคยสะดุดหยุดลงเลย และ
ควรกำหนดแนวทางสำหรับกรณีดังกล่าวไว้ดังนี้ “หากปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วใน
ระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง
โดยไม่มีการทำสัญญาประนีประนอมให้คู่พิพาทมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่
การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง”¹⁵

4.3 ความคุ้มครองพยานหลักฐาน

4.3.1 การรับฟังพยานหลักฐาน ตาม กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002

ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ได้บัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐาน
ไว้ในมาตรา 10 โดยเมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 10 ซึ่งมีสาระสำคัญในการห้ามมิให้รับฟัง
เป็นพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล หรือ พยานเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่
เกลี่ยข้อพิพาท ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือศาล หรือกระบวนการยุติธรรมอื่นที่
เกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาทที่ไกล่เกลี่ย ซึ่งแยกศึกษาได้ดังนี้

พยานบุคคล ในมาตรา 10 ห้ามมิให้รับฟังคู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และบุคคลที่สาม(Third person) รวมถึงผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อ
พิพาท เช่น พยาน หรือ ผู้เชี่ยวชาญ ต้องไม่อยู่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการทาง
ศาลยุติธรรมหรือกระบวนการอื่นที่คล้ายคลึงกัน ทั้งจะต้องไม่เป็นพยาน หรือให้การเป็นพยาน
โดยหมายความว่ารวมถึงห้ามมิให้เป็นพยานบอกเล่าในการกล่าวอ้างถึงคำเชิญ หรือข้อเท็จจริงที่

¹⁵ เทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/17 ซึ่งบัญญัติว่า

“ ในกรณีที่อายุความสะดุดหยุดลงเพราะเหตุตามมาตรา 193/14 (2) หากคดีนั้นได้มีคำพิพากษาถึง
ที่สุดให้ยกคำฟ้องหรือคดีเสร็จไปโดยการจำหน่ายคดีเพราะเหตุถอนฟ้องหรือทิ้งฟ้องให้ถือว่าอายุความไม่เคย
สะดุดหยุดลง

ในกรณีที่คดีนั้นศาลไม่รับหรือคืนหรือให้ยกคำฟ้องเพราะเหตุคดีไม่อยู่ในอำนาจศาล หรือศาลให้
ยกคำฟ้องโดยไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะฟ้องใหม่และปรากฏว่าอายุความกำหนดไปแล้วในระหว่างการพิจารณาหรือจะ
ครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นถึงที่สุดให้เจ้าหน้มีสิทธิฟ้องคดี เพื่อดั้งหลักฐาน
สิทธิเรียกร้องหรือเพื่อให้ชำระหนี้ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นถึงที่สุด”

คู่พิพาทประสงค์จะมีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทศนคติหรือข้อคิดเห็นของคู่พิพาท คำแถลง หรือคำรับของคู่พิพาทในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระบวนการดังกล่าวด้วย

พยานเอกสารหรือพยานวัตถุ ได้แก่ คำเชิญ หรือข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทประสงค์จะมีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทศนคติหรือข้อคิดเห็นของคู่พิพาท คำแถลง หรือคำรับของคู่พิพาทในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เอกสารต่างๆ เฉพาะที่เจตนาจะใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ฯลฯ ซึ่งได้บันทึกหรือทำเป็นเอกสาร หรือได้บันทึกในรูปแบบของ สื่อสารสนเทศอื่น เช่น ภาพถ่าย แล็บวิดีโอ แล็บเสียง หรือบันทึกเป็นข้อมูลสื่ออิเล็กทรอนิกส์

หากคู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และบุคคลที่สาม รวมถึงผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นำพยานหลักฐานดังกล่าวข้างต้นไปเปิดเผย หรือนำไปอ้างอิงเป็นพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ศาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจ ให้พยานหลักฐานนั้นเป็นอันรับฟังไม่ได้ แต่ข้อมูลอาจถูกเปิดเผยหรือนำไปเป็นพยานหลักฐานในขอบเขตของกฎหมาย หรือภายใต้บังคับของสัญญาประนีประนอมยอมความ

4.3.2 พยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

คำว่า “พยานหลักฐาน” หมายถึง สิ่งใดๆ ที่แสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏแก่ศาลได้ ซึ่งบางทีก็เรียกสั้นๆ ว่า “พยาน”¹⁶

พยานหลักฐาน มีความหมายรวมถึงพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ หรือสิ่งใดๆ ที่นำเสนอต่อศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง ซึ่งจำกัดอยู่เฉพาะพยานหลักฐานที่ศาลยอมรับ หรือนำสืบเท่านั้น ในการนำสืบข้อเท็จจริงเพื่อพิสูจน์ประเด็นข้อพิพาทในคดีนั้นตามปกติคู่ความสามารถอ้างพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุใดมาสืบก็ได้ ตามมาตรา 85 ซึ่งบัญญัติว่า “คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริง ย่อมมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานใดๆ มาสืบได้ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานและการยื่นพยานหลักฐาน” นอกจากนี้ในคดีแพ่งคู่ความอาจรับข้อเท็จจริงกันได้ทั้งในศาลและนอกศาล และการรับกันดังกล่าวมีผลผูกมัดคู่ความได้ ตามมาตรา 84 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไป หรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ หรือซึ่งศาลเห็นว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว”

พยานหลักฐานนั้นแม้เป็นสิ่งที่อาจพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ และคู่ความได้นำสืบแล้ว แต่ถ้ากฎหมายห้ามมิให้ศาลรับฟัง สิ่งนั้นแม้จะแสดงข้อเท็จจริงบางอย่างและรวมอยู่ในสำนวนแล้ว ก็ไม่

¹⁶ โสภณ รัตนกร. (2539). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 18.

ถือว่าเป็นพยานหลักฐานในความหมายนี้ เพราะไม่สามารถใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงอะไรในคดีได้ เนื่องจากศาลไม่รับฟัง ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 บัญญัติให้ ศาลปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ หรือยื่นฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือพยานหลักฐานที่ ฟุ่มเฟือยเกินสมควร หรือประวิงคดีให้ชักช้า หรือไม่เกี่ยวแก่ประเด็น¹⁷

ก่อนที่ศาลจะตัดสินคดีว่าคู่ความฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก ใครมีสิทธิหน้าที่ มีความรับผิดชอบ เพียงใด ศาลจะต้องชี้ขาดข้อเท็จจริงบางอย่างอันเป็นพื้นฐานที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบ หรือการต้องรับโทษเสียก่อน ถ้าหากศาลยังไม่อาจฟังข้อเท็จจริงให้เป็นยุติอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลก็ไม่อาจยกข้อกฎหมายขึ้นปรับว่าฝ่ายใดมีสิทธิหรือความรับผิดชอบอย่างไรได้ ก่อนที่ศาลจะชี้ขาด ข้อเท็จจริง คู่ความก็ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างและข้อเถียงของตน เพื่อ แสดงให้ศาลเห็นว่าควรเชื่อข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร หากคู่ความไม่นำสืบพยานหลักฐาน หรือ การนำสืบทำไม่ถูกต้องซึ่งตามกฎหมายห้ามมิให้รับฟัง หรือพยานหลักฐานที่นำสืบนั้นกฎหมายห้าม มิให้รับฟัง ศาลก็จะนำพยานหลักฐานนั้นมาตัดสินคดีไม่ได้¹⁸

คำรับของคู่ความตามหลักกฎหมายอังกฤษ กำหนดให้คำบอกเล่าที่เป็นคำรับนี้ถือว่าเป็น ข้อยกเว้นรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ก็แต่เฉพาะคำรับซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อประโยชน์ของผู้บอกเล่า เท่านั้น ถ้าเป็นคำรับที่ได้ประโยชน์ต่อผู้บอกเล่าแล้วรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ คำรับนี้ไม่ สำคัญว่าจะกล่าวต่อผู้ใด ถ้ามีพยานยืนยันว่าเป็นผู้ใดยืนคำกล่าวนั้นก็ถือว่าเป็นพยานที่รับฟังได้ คำ รับอาจทำได้เป็น 3 วิธี คือ คำรับด้วยวาจา คำรับด้วยลายลักษณ์อักษร และคำรับด้วยกิริยาความ ประพฤติ¹⁹

การที่บุคคลยอมรับข้อเท็จจริงบางอย่างไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย อาจมีผลให้ศาล รับฟังข้อเท็จจริงนั้นได้ การรับข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เรียกว่า คำรับ (admission) ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ คำรับอย่างเป็นทางการ (formal admission) กับคำรับอย่างไม่เป็นทางการ (informal admission)

คำรับอย่างเป็นทางการเป็นคำรับของคู่ความที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดี เมื่อรับแล้วจะ ผูกมัดคู่ความโดยถือว่าข้อเท็จจริงเป็นยุติ มีผลให้ไม่ต้องมีการสืบพยานในเรื่องที่รับกัน ส่วนคำรับ อย่างไม่เป็นทางการเป็นการรับนอกคดี หากจะนำมาใช้ในคดีจะต้องมีการสืบพยานกันและไม่ถือว่า ข้อเท็จจริงเป็นยุติอย่างที่ยอมรับกัน อาจมีการนำสืบหรืออธิบายเป็นอย่างอื่นได้ คำรับอย่างไม่เป็น

¹⁷ แหล่งเดิม, หน้า 19.

¹⁸ แหล่งเดิม, หน้า 33.

¹⁹ สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 368.

ทางการอาจเป็นคำรับของกลุ่มความ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียเสมือนกลุ่มความหรือบุคคลอื่นก็ได้ คำรับอย่างไม่เป็นทางการบางกรณีรับฟังเป็นข้อยกเว้นของพยานบอกเล่า เช่นคำรับของกลุ่มความที่ทำให้ตนเสียประโยชน์²⁰ ซึ่งมีเหตุน่าเชื่อว่าคำรับนั้นน่าจะเป็นความจริงอยู่เหมือนกัน เพราะโดยเหตุผลธรรมดา บุคคลย่อมไม่กล่าวอะไรให้ตนเสียประโยชน์ทั้งที่ไม่เป็นความจริง คำรับนี้จึงใช้ยืนยันผู้กล่าวได้

กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติให้รับฟังคำกล่าวนี้โดยตรง แต่เนื่องจากกฎหมายของไทยมิได้ห้ามให้รับฟังพยานบอกเล่าโดยเด็ดขาด และศาลฎีกาก็ถือว่าพยานบอกเล่ารับฟังได้เพียงแต่มิให้นำหนักน้อย คำรับเหล่านี้แม้เป็นพยานบอกเล่าที่รับฟังได้ และเนื่องจากคำรับนี้มีเหตุผลน่าเชื่อถือดังกล่าวมาแล้ว คำรับนี้จึงน่าจะต้องถือว่าเป็นพยานบอกเล่าที่มีน้ำหนัก²¹

ในคดีแพ่งกลุ่มความอาจรับข้อเท็จจริงกันได้ทั้งในศาลและนอกศาล และการรับกันดังกล่าวมีผลผูกมัดกลุ่มความได้

การรับข้อเท็จจริงโดยกลุ่มความในศาลในคดีแพ่งนั้น อาจเกิดขึ้นโดยที่ฝ่ายจำเลยยอมรับข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวมาในฟ้อง โดยจำเลยรับข้อเท็จจริงดังกล่าวมาในคำให้การโดยชัดแจ้ง หรือหากจำเลยไม่ปฏิเสธข้อหาในฟ้องของโจทก์ก็ถือว่าจำเลยรับเช่นกัน เพราะมีหลักในคดีแพ่งว่า **ไม่ปฏิเสธถือว่ารับ** นอกนั้นกลุ่มความอาจรับข้อเท็จจริงใดกันระหว่างที่ศาลชี้สองสถาน หรือเมื่อศาลสอบถามและศาลได้บันทึกคำรับนั้นไว้ นอกจากนั้นกลุ่มความอาจรับข้อเท็จจริงใดในระหว่างที่ศาลไต่ถามถึงความ หรือกลุ่มความอาจแถลงรับมาเองในคำแถลงการณ์หรือในคำแก้อุทธรณ์ คำแก้ฎีกาก็ได้ เมื่อกลุ่มความรับข้อเท็จจริงดังกล่าวมาแล้วศาลมักจะฟังเป็นยุติตามนั้น²²

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติในการคุ้มครองพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงเทียบเคียงกับระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2544 ที่ได้กำหนดให้การไต่ถามไต่ถามดำเนินการเป็นการลับ โดยไม่มีการบันทึกรายละเอียดของการไต่ถามข้อพิพาทไว้ ไม่ว่าบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร หรือบันทึกในรูปแบบของการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น เว้นแต่กลุ่มความจะตกลงกันให้บันทึกการดำเนินการไต่ถามไต่ถามทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่ง (ข้อ 21) ซึ่งระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2545 ได้กำหนดไว้เช่นเดียวกันในข้อ 23 และระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2544 ยังได้ให้ความ

²⁰ โสภณ รัตนกร. เล่มเดิม หน้า 100.

²¹ แหล่งเดิม. หน้า 426.

²² แหล่งเดิม. หน้า 30.

คุ้มครองพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามข้อพิพาทไว้ โดยกำหนดให้คู่ความและบุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถทำความตกลงที่จะไม่นำข้อเท็จจริงและการดำเนินการในการไต่ถามข้อพิพาทไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ของศาล ไม่ว่าในจำนวนคดีที่ทำการไต่ถามข้อพิพาทหรือคดีอื่น หรือในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ข้อเท็จจริงดังกล่าวให้หมายความรวมถึง การติดต่อระหว่างคู่ความ หรือข้อเท็จจริงใดๆ เกี่ยวกับการดำเนินการไต่ถามข้อพิพาท ข้อเท็จจริงที่เป็นเนื้อหาหรือรายละเอียดแห่งการเจรจาตกลง ข้อเท็จจริงที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับหรือปฏิเสธ และความเห็นหรือข้อเสนอใดๆ ซึ่งได้เสนอโดยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท รวมถึงความเห็นหรือข้อเสนอใดๆ ซึ่งได้เสนอโดยผู้ประนีประนอม (ข้อ 26)

ระเบียบสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ. 2544 มีข้อกำหนดที่ใกล้เคียงกับระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2544 คู่พิพาทจะไม่ใช้ข้อมูลดังต่อไปนี้ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการหรือศาล (ข้อ 25 และข้อ 32) ซึ่งได้แก่

1. ข้อเท็จจริงใดๆ เกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อการไต่ถามข้อพิพาท
2. ความเห็นหรือข้อเสนอใดๆ ซึ่งได้เสนอโดยคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท
3. ความเห็นหรือข้อเสนอใดๆ ซึ่งได้เสนอโดยผู้ไต่ถามข้อพิพาท เว้นแต่ในกรณีที่คู่ความไม่สามารถยุติข้อพิพาทโดยการไต่ถามข้อพิพาท ผู้ไต่ถามข้อพิพาทมีความเห็นเสนอต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้นว่า ข้อเสนอในการปรับโครงสร้างหนี้หรือการชำระหนี้แนวทางใดมีความเป็นไปได้และเป็นประโยชน์ต่อคู่พิพาทมากที่สุด
4. ข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้ยอมรับหรือปฏิเสธข้อเสนอในการไต่ถามข้อพิพาท เพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความซึ่งได้เสนอโดยผู้ไต่ถามข้อพิพาท
5. ข้อมูลอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามข้อพิพาทรวมถึงสัญญาประนีประนอมยอมความ เว้นแต่กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั่นเอง

นอกจากนี้ยังเอกสิทธิ์คุ้มครองพยานเอกสารและพยานวัตถุไว้ในข้อ 33 ว่า

“เอกสารใดไม่ว่าอยู่ในรูปของเอกสารหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือข้อซึ่งใช้หรือได้ใช้หรือเกิดขึ้นจากกระบวนการไต่ถาม จะไม่สามารถนำไปใช้อ้างอิงในกระบวนการพิจารณาอื่นใดเกี่ยวกับข้อพิพาทได้”

ความในเบื้องต้นนั้นเป็นการคุ้มครองพยานเอกสารและพยานวัตถุในการไต่ถามข้อพิพาท ส่วนในการพิจารณาคดีของศาลนั้นการนำสืบข้อเท็จจริงเพื่อพิสูจน์ประเด็นข้อพิพาทในคดีตามปกติคู่ความสามารถจะอ้างพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุใดมาสืบก็ได้ และบุคคลที่ถูกอ้างเป็นพยานหรือบุคคลที่ครอบครองเอกสารหรือวัตถุที่ถูกอ้างเป็นพยาน เมื่อได้รับหมายเรียกของศาลแล้วก็ต้องมาเป็นพยาน หรือส่งเอกสารหรือวัตถุนั้นมาเป็นพยาน จะหลีกเลี่ยงขัดขืนมิได้ แต่ในบางครั้งที่บุคคลจะต้องถูกบังคับให้มาเบิกความถึงข้อเท็จจริงที่ตนรู้เห็นบางอย่าง หรือถูกบังคับให้ส่งมอบเอกสารหรือวัตถุพยานบางอย่าง อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติ หรือความมั่นคงปลอดภัยของสังคม เพราะการสืบพยานในศาลต้องทำโดยเปิดเผย การเบิกความหรือนำสืบเอกสารอาจมีผลเป็นการเปิดเผยความลับบางอย่างได้ ดังนั้นกฎหมายจึงต้องกำหนดเป็นข้อยกเว้น โดยให้เอกสิทธิ์ (Privilege) แก่บุคคลบางประเภท หรือบางฐานะที่จะไม่ต้องมาเบิกความ หรือส่งเอกสารซึ่งมีข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งไม่สมควรจะเปิดเผย แม้ข้อเท็จจริงนั้นๆจะเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีซึ่งคู่ความประสงค์จะสืบพยานก็ตาม²³

กฎหมายได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92²⁴ ซึ่งให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลที่จะไม่ต้องมาเบิกความ หรือส่งเอกสารที่ตนครอบครองต่อศาล

โดยในมาตรา 92 (2) คุ้มครองเฉพาะทนายความเท่านั้น ตรงกับเอกสิทธิ์ในกฎหมายพยานของอังกฤษ ซึ่งไม่รวมไปถึงผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ไม่ว่าจะเป็น แพทย์ นักบัญชี นายธนาคาร นักหนังสือพิมพ์ หรือผู้สอนศาสนา²⁵ ความลับใดๆซึ่งได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่เป็นทนายความ หมายถึง ข้อความใดๆ ที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดแจ้งให้ทนายความทราบ เพื่อปรึกษาหารือในทางคดี หรือเพื่อให้ทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ตน ดังนั้น สิ่งที่ทนายความได้รับทราบจากลูกความในวิชาชีพของตนจึงเป็นความลับซึ่งได้ เอกสิทธิ์คุ้มครองทั้งสิ้น ไม่ว่าเรื่อง

²³ เจ็มซีย์ ชูติวงศ์. (2538). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 349.

²⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92 บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้องเบิกความ หรือนำพยานหลักฐานชนิดใดๆมาแสดง และคำเบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจเปิดเผย

(1) หนังสือราชการหรือข้อความอันเกี่ยวกับงานของแผ่นดิน ซึ่งโดยสภาพจะต้องรักษาเป็นความลับไว้ชั่วคราวหรือตลอดไป และคู่ความหรือบุคคลนั้นเป็นผู้รักษาไว้ หรือได้ทราบมาโดยตำแหน่งราชการ หรือในหน้าที่ราชการ หรือถึงราชการอื่นใด

(2) เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใด ๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมาย หรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่เป็นทนายความ

(3) การประดิษฐ์แบบ หรือการงานอื่นๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ให้เปิดเผย...”

²⁵ โสภณ รัตนกร. (2539). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 305.

นั้นๆ จะมีลักษณะลับเฉพาะหรือไม่ เพราะเป็นที่เข้าใจได้ว่า การที่ลูกความมาปรึกษาหาหรือ ทนายความเขาย่อมประสงค์จะให้เก็บเรื่องของเขาเป็นความลับ นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2505 และข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ระบุว่าเปิดเผยความลับของ ลูกความที่ได้อ่านในหน้าที่ของทนายความ ถือเป็นการประพฤติดมรรยาททนายความ เว้นแต่จะ ได้รับอนุญาตจากลูกความ หรือโดยอำนาจศาล ดังนั้น เมื่อทนายความถูกอ้างเป็นพยานเขาย่อมมี สิทธิที่จะไม่เบิกความหรือนำหลักฐานใดซึ่งเกี่ยวกับความลับที่ตนทราบหรือได้รับมอบหมายจาก ลูกความมาแสดงในศาลได้ แต่หากทนายความมาเบิกความต่อศาลซึ่งทำให้ถ้อยคำพยานเบิกความ อันเป็นการผิดมรรยาททนายความนั้น ตามกฎหมายรับฟังเป็นพยานได้ ส่วนจะมีน้ำหนักเพียงใด แล้วแต่ดุลพินิจของศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487)²⁶

4.3.3 แนวทางการยกเว้นกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานในการร่างกฎหมายว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

บทบัญญัติของ ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545 และระเบียบสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ. 2544 มุ่งเน้นให้การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นไปด้วยความไว้วางใจ เชื่อใจด้วยกันทุกฝ่าย เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคู่พิพาท สามารถเสนอข้อเท็จจริงและความ คิดเห็นได้โดยไม่ต้องเกรงว่าตนจะแพ้ หรือเสียเปรียบในการพิจารณาข้อพิพาทในศาล ในกรณีที่ ไม่สามารถตกลงทำสัญญาประนีประนอมตามที่ได้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งในกรณีดังกล่าวล้วนแต่เป็น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล หรือโดยสถาบันของสำนักงานศาลยุติธรรม ข้อกำหนดในระเบียบ ต่างๆข้างต้นอาจนำมาใช้บังคับได้ต่อการต้องห้ามนำเสนอหรืออ้างอิง พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเสนอ หรือยอมรับ ข้อเท็จจริงใดๆในข้อพิพาท เช่น ข้อเท็จจริงที่เป็นเนื้อหาหรือรายละเอียดแห่งการเจรจาตกลง ใน กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แล้วต่อมาภายหลังข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับลงด้วยการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท ดังนั้นย่อมไม่สามารถนำระเบียบใดๆมาบังคับเพื่อรับรองคุ้มครองพยานหลักฐานที่ เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลได้ หรือแม้ก่อนเริ่มต้นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล คู่พิพาทจะได้จัดทำข้อตกลงในการสงวนสิทธิไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายใดเสนออ้างอิงพยานหลักฐานในการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้แล้วก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวอาจขัดหรือแย้งกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

²⁶ เข็มชัย ชูดวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 352.

ความแพ่ง มาตรา 85 ที่กำหนดให้คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริง ย่อมมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานใดๆ มาสืบได้

ผู้ศึกษาเห็นควรกำหนดแนวทางการร่างกฎหมายโดยให้เอกสิทธิ์ของพยานเอกสารและพยานวัตถุในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาทเนื่องจากการเป็นกรณีการสงวนไว้ซึ่งพยานหลักฐานที่ได้ใช้ หรือได้มาจากกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท ไม่ว่าในศาลหรือนอกศาล เช่นคำเชิญ หรือข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทประสงค์จะมีส่วนร่วมในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท ทรรศนะหรือข้อคิดเห็นของคู่พิพาท คำแถลง คำรับหรือคำปฏิเสธของคู่พิพาทในระหว่างกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท ข้อเสนอของผู้ไต่ถามข้อพิพาท ข้อเท็จจริงใดๆเกี่ยวกับดำเนินการเพื่อการไต่ถามข้อพิพาท รวมถึงเอกสารต่างๆเฉพาะที่เจตนาจะใช้ในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท ที่คู่พิพาทอีกฝ่ายจะไม่สามารถนำไปใช้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐาน และควรให้ความคุ้มครองพยานบุคคล อันได้แก่คู่พิพาท ผู้เกี่ยวข้องหรือเข้าร่วมในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาทเช่น ผู้ไต่ถามข้อพิพาท พยานผู้เชี่ยวชาญ และบุคคลทั้งหลายที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการไต่ถาม เพื่อมิให้คู่พิพาทนำพยานบุคคลดังกล่าวไปบิดเบือนข้อเท็จจริงใดๆที่เกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทในการพิจารณาพิพากษาของศาล หรือการอนุญาตไต่ถามการโดยควรร่างกฎหมายในลักษณะที่ “ห้ามคู่พิพาทนำสืบถึงพยานหลักฐานดังกล่าว และหากคู่พิพาทนำสืบถึงพยานหลักฐานเช่นว่านั้นต้องห้ามมิให้ศาลรับฟัง” ซึ่งหากไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามไว้จะทำให้คู่พิพาทไม่กล้าเปิดเผยข้อมูลบางอย่าง อันจะเป็นอุปสรรคต่อการไต่ถามข้อพิพาท²⁷

4.4 การดำเนินกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท

4.4.1 การดำเนินกระบวนการไต่ถามข้อพิพาทตาม กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL

ค.ศ. 2002

ผู้ไต่ถามข้อพิพาทสามารถพบหรือติดต่อกับคู่พิพาททั้งสองฝ่ายหรือที่ละฝ่ายได้ตาม มาตรา 7 โดยการแยกพบคู่พิพาทที่ละฝ่ายนั้นในทางปฏิบัติโดยปกติแล้วผู้ไต่ถามข้อพิพาทจะใช้เทคนิคการแยกพบคู่พิพาทที่ละฝ่ายนี้เพื่อประโยชน์ในการรักษาท่าทีการแสดงความคิดเห็นที่แสดงออกมาจากคู่พิพาทมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายได้ล่วงรู้ ผู้ไต่ถามข้อพิพาทพึงปฏิบัติต่อคู่พิพาทด้วยความยุติธรรมเท่าเทียมกัน แต่ไม่ได้หมายความว่าผู้ไต่ถามข้อพิพาทจะต้องใช้เวลาอย่างเท่าเทียม

²⁷ จรรย์ ภักดิธนากุล. (2539). “การแก้ไข ป.วิ.พ. เพื่อรองรับระบบการไต่ถาม.” เทคนิคการไต่ถามในศาล. หน้า 61.

กันในการพบคู่พิพาทแต่ละฝ่าย โดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรอธิบายต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายถึงการมีเวลาว่างไม่ตรงกันของคู่พิพาท (A/CN/WG.II/WP.116)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความกันนั้น คู่พิพาทอาจ ใช้วิธีเจรจาแบบประนีประนอมซึ่งคู่พิพาทจะเจรจาในเชิงแข่งขันกัน โดยในการเจรจาจะยึดเอาจุดยืนของตนเองเป็นหลักก่อน หากคู่พิพาทมีจุดยืนต่างกันมากเท่าใด ระยะเวลาในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็จะมากขึ้นเท่านั้น²⁸

ดังนั้นการที่กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถพบคู่พิพาททั้งสองฝ่ายพร้อมกัน หรือแยกพบคู่พิพาททีละฝ่าย ย่อมเป็นการให้ดุลพินิจแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทที่จะพิจารณาว่าในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นๆ เมื่อดูท่าทีของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแล้วควรจะให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้เข้ากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทพร้อมกัน โดยพบกันทั้งสามฝ่ายระหว่าง คู่พิพาททั้งสองฝ่ายกับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือแยกพบทีละฝ่าย ระหว่างคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์ของคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทและการยุติข้อพิพาทโดยสัญญาประนีประนอมยอมความด้วยมิตรภาพอันดีของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

4.4.2 การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยลับหลังคู่พิพาทตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในเรื่องนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ทวิ วรรคแรกบัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ย เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยจะให้มีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการในการไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกระทรวง”

มาตรา 20 ทวิ บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถทำได้กว้างขวางยิ่งขึ้นและเปิดโอกาสให้มีการตั้งคณะบุคคลหรือบุคคลมาทำหน้าที่ดังกล่าวช่วยเหลือศาลอันเป็นการวางแนวไว้ให้เห็นว่าการไกล่เกลี่ยประนีประนอมนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาที่กฎหมายต้องการให้เกิด

²⁸ ก้องเกียรติ โอภาสวงการ. (2545). กลยุทธ์การเจรจาต่อรอง. หน้า 24.

ความสำเร็จได้อย่างเต็มที่ เพราะข้อพิพาทที่ตกลงกันด้วยความประนีประนอมจะเป็นข้อยุติที่ดีที่สุดสำหรับผู้ที่มีคดีพิพาทกัน²⁹

แม้ว่าศาลคดีนี้จะไม่นั่งพิจารณาเป็นการลับหรือไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาลับได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 36³⁰ ก็ตาม แต่ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อจะดำเนินการให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีทางที่สำเร็จลงได้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นศาลจะดำเนินการเป็นการลับก็ได้ และการดำเนินการเป็นการลับตามมาตรา 20 ทวินัน ศาลสามารถที่จะจำกัดตัวบุคคลที่จะเจรจาได้ยิ่งกว่าการพิจารณาลับตาม มาตรา 36 เพราะการพิจารณาลับตาม มาตรา 36 ทนายของกลุ่มความยังสามารถที่จะฟังการพิจารณาคืออยู่ได้ แต่ในเรื่องการไกล่เกลี่ยประนีประนอม ศาลอาจห้ามมิให้ทนายความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายฟังการพิจารณาก็ได้ หรือจะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยชี้แจงเฉพาะกลุ่มความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยมิให้อีกฝ่ายหนึ่งฟังก็ได้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติวิธีดังกล่าวนี้คงจะอาศัยหลักที่ได้เคยมีปฏิบัติกันมาก่อนก็คือการ ชี้แจงข้อพิพาทเพื่อทำความเข้าใจกัน ถ้าชี้แจงให้แต่ละฝ่ายได้เข้าใจถึงทางได้เสียของตนจนเป็นเรื่องที่พอใจแล้วจึงมาพบกัน ความเข้าใจระหว่างกันจะมีมากกว่า

²⁹ อุดม เฟื่องฟู. (2545,พฤศจิกายน). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 1. หน้า 145.

³⁰ **มาตรา 36** การนั่งพิจารณาคดีจะต้องกระทำในศาลต่อหน้าคู่ความที่มาศาลและโดยเปิดเผย เว้นแต่

(1) ในเรื่องใดที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยในศาล เมื่อศาลได้จับไล่คู่ความฝ่ายใดออกไปเสียจากบริเวณศาลโดยที่ประพฤติไม่สมควร ศาลจะดำเนินการนั่งพิจารณาคดีต่อไปลับหลังคู่ความฝ่ายนั้นก็ได้

(2) ในคดีเรื่องใดเพื่อความเหมาะสม หรือเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ถ้าศาลเห็นสมควรจะห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ต่างๆทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแห่งคดีซึ่งปรากฏจากคำคู่ความหรือคำแถลงการณ์ของคู่ความ หรือจากคำพยานหลักฐานที่ได้สืบมาแล้ว ศาลจะมีคำสั่งดังต่อไปนี้ก็ได้

(ก) ห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมด หรือแต่บางส่วน แล้วดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่เปิดเผย หรือ

(ข) ห้ามมิให้ออกโฆษณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่างๆ เช่นว่านั้น

ในบรรดาคดีทั้งปวงที่ฟ้องขอหย่า หรือฟ้องชายชู้ หรือฟ้องให้รับรองบุตร ให้ศาลห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ที่ศาลเห็นเป็นการไม่สมควร หรือพอจะเห็นได้ว่าจะทำให้เกิดการเสียหายอันไม่เป็นธรรมแก่คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ไม่ว่าศาลจะได้มีคำสั่งตามอนุมาตรา (2) นี้หรือไม่ คำสั่งหรือคำพิพากษาชี้ขาดคดีของศาลนั้น ต้องอ่านในศาลโดยเปิดเผย และมีให้ถือว่าการออกโฆษณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแห่งคำพิพากษานั้น หรือย่อเรื่องคำพิพากษาโดยเป็นกลางและถูกต้องนั้นเป็นผิดกฎหมาย

ที่จะชี้แจงโดยมีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสอบถามข้อเท็จจริงจากฝ่ายหนึ่งต่อหน้าอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะถ้าทำต่อหน้ากันเช่นนั้นแล้วอาจจะมีข้อโต้แย้งกันขึ้นมากลางคัน ก็จะทำให้บรรยากาศของการเจรจาเป็นการโต้เถียงกัน หนทางที่จะนำไปสู่การตกลงก็อาจจะยากขึ้น ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาส่วนนี้จะทำได้เฉพาะในขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้นที่จะทำการลับต่อหน้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือจำกัดบุคคลที่ศาลจะเรียกมาพุดจาทำความเข้าใจ ส่วนบทบัญญัติที่ว่าจะให้มีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่นั้นก็น่าจะมีจุดมุ่งหมายที่จะให้ตัวความที่มีส่วนได้ส่วนเสียโดยตรงได้ตัดสินใจอย่างมีอิสระว่าทางที่ถูกที่ควรนั้นจะเป็นอย่างไร เพราะที่มาของข้อพิพาทระหว่างกันนั้นผู้ที่รู้ดีหรือรู้จริงว่ามีความเป็นมาอย่างไรนั้นน่าจะอยู่ที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทกัน ทนายความเป็นเพียงผู้ที่รับรู้ข้อเท็จจริงมาจากตัวความอีกทอดหนึ่งเท่านั้น และอาจมีบางกรณีที่ตัวความไม่ยอมให้ข้อเท็จจริงบางอย่างนั้นจะมีผู้ที่เข้ามารู้เห็นมากเกินไปก็ได้ กฎหมายจึงได้กำหนดให้ทำการลับ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการลับโดยวิธีการข้างต้นอาจจะทำโดยที่คู่ความร้องขอขึ้นมา หรือศาลเห็นสมควรดำเนินการก็ได้³¹

4.4.3 แนวทางการร่างข้อกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทลับหลังคู่พิพาท ในร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2544 ได้กล่าวถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทลับหลังคู่พิพาทไว้ในข้อ 20 โดยหลักคือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อหน้าคู่ความ แต่ถ้าผู้ประนีประนอมเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ประนีประนอมอาจอนุญาตให้เฉพาะแต่ตัวคู่ความทั้งสองฝ่ายหรือเพียงแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่ในการประชุมการไกล่เกลี่ยก็ได้ และให้ใช้บังคับถึงผู้แทน ผู้รับมอบอำนาจ ที่ปรึกษาของคู่ความหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ผู้ประนีประนอมอนุญาตให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย ซึ่งระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ. 2544 และระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545 ก็ได้มีข้อกำหนดไปในแนวเดียวกัน

การดำเนินการไกล่เกลี่ยลับหลังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งนั้น หากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดำเนินการไกล่เกลี่ยลับหลังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ อาจทำให้คู่พิพาทเกิดความไม่ไว้วางใจผู้ไกล่เกลี่ย เห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีความเอนเอียง ไม่มีความเป็นกลาง และตัวผู้ไกล่เกลี่ยเองก็มิได้อำนาจที่กฎหมายให้ไว้ดังเช่นผู้พิพากษาที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ทวิ ได้ให้อำนาจในการดำเนินการไกล่เกลี่ยเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัว

³¹ อุดม เฟื่องฟุ้ง, เล่มเดิม, หน้า 146.

ความทุกฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยจะทำให้มีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้ จึงทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่มีอำนาจในการสั่งให้บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้อง เช่น ทนายความออกไปจากห้องไกล่เกลี่ย ซึ่งในบางกรณีทนายความอาจชักจูงให้คู่พิพาทตั้งแง่ไม่ยอมเปิดเผย หรือยอมรับข้อเท็จจริงใดๆ ด้วยเกรงจะเสียรูปคดี

ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นควรบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการติดต่อหรือดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการลับหลังได้ เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทของแต่ละฝ่ายได้อย่างละเอียด ซึ่งส่งผลให้สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ ถูกต้องตามความประสงค์ของคู่พิพาทได้ดียิ่งขึ้น

4.5 การรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

4.5.1 การรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL

ค.ศ. 2002

คำว่า “Confidential” หมายถึง ความเชื่อถือ ความไว้วางใจต่อกันของบุคคลโดยมี เจตน์จำนงค์ที่เก็บไว้เป็นความลับ ส่วน “Confidentiality” หมายถึง สถานะที่ได้รับความเชื่อถือให้รักษาความลับระหว่างบุคคลเป็นการส่วนตัวและไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน

เหตุผลสำคัญที่คู่กรณีพิพาทเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท คือเรื่องการรักษาความลับเพราะข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกเพราะอาจกระทบต่อสัญญาที่ตนมีอยู่แล้ว หรืออาจจะมีขึ้นในอนาคตเพราะคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องอาจขอให้ใช้หลักปฏิบัติโดยทั่วไปเช่นเดียวกับคู่กรณีพิพาทเคยปฏิบัติกัน

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีลักษณะที่สำคัญ คือกระบวนการทั้งหมดอาศัยความยินยอม ตั้งแต่การเข้าร่วมของคู่กรณีพิพาทจนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการ ตลอดจนผลตัดสินใจใด ๆ ที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดขึ้นจากความพึงพอใจของคู่กรณีพิพาท และไม่มีกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาหรือกฎเกณฑ์ว่าด้วยพยานหลักฐาน ดังเช่นการฟ้องคดีต่อศาล หรือการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามสิ่งหนึ่งที่กฎหมายให้ความสำคัญ คือการรักษาความลับในกระบวนการและเอกสารข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากเกรงว่าข้อมูลที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อาจถูกนำไปใช้หรือเปิดเผยในอนาคตซึ่งทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ ดังนั้นก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีพิพาทจำเป็นต้องทราบอย่างชัดเจนถึงสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลซึ่งเปิดเผยหรือเกิดขึ้นในระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

โดยปกติการรักษาความลับในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่ทางจริยธรรมที่จะเคารพในการรักษาความลับ ไม่เปิดเผยข้อมูลสื่อสารที่ทำขึ้นในกระบวนการ

ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตามหน้าที่ในทางกฎหมายยังมีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างกว่ามีการขยายขอบเขตในการรักษาความลับระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับคู่กรณีพิพาท และหน้าที่ต่อบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การรักษาความลับนี้สามารถกระทำได้หลายทาง ทั้งทางสัญญาในส่วนข้อสัญญาฉบับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคู่กรณีอาจตกลงทำสัญญาเพื่อรักษาความลับที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแยกต่างหากอีกฉบับหนึ่ง การปรับใช้ของกฎระเบียบที่ใช้บังคับในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐให้หลักประกันในเรื่องการรักษาความลับได้รับการเคารพในการเปิดเผยไม่ว่าในกระบวนการใด ๆ ในอนาคต

การรักษาความลับเป็นสิ่งที่ควบคู่กับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หน้าที่ของการรักษาความลับโดยหลักแล้ว (The Function of Confidentiality) มี 2 ประการด้วยกัน

ประการแรก ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมุ่งที่จะช่วยเหลือให้คู่กรณีพิพาทเปิดเผยข้อมูลที่เป็นประเด็นปัญหา ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการ คือไม่มีการบังคับให้คู่กรณีพิพาทต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงให้ปรากฏแก่ทุกฝ่ายอำนาจในการตัดสินใจที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นมาจากความสมัครใจของคู่กรณี ทั้งนี้คู่กรณีพิพาทมีความเป็นอิสระที่จะถอนตัวจากกระบวนการนี้ได้ตลอดเวลา และไม่สามารถถูกบังคับให้เปิดเผยข้อมูลตลอดระยะเวลาที่เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในสถานการณ์เช่นนี้จึงมีความจำเป็นที่ต้องวางหลักการรักษาความลับ เพื่อเป็นการประกันว่าข้อมูลใด ๆ ที่มีการเปิดเผยในกระบวนการที่ไม่มีผลผูกมัด (Non-Binding Procedure) เช่นนี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีพิพาทในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายต่อไป ทำให้คู่กรณีมีความมั่นใจที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งจะช่วยให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถเสนอทางเลือกในการประนีประนอมอันเป็นที่พอใจกับคู่กรณีทุกฝ่ายและทำความตกลงกันได้

ประการที่สอง การรักษาความลับช่วยคุ้มครองผู้ที่เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีพิพาท ตัวแทนหรือผู้ให้คำปรึกษาของคู่กรณีพิพาทต่อการแสดงทัศนคติต่าง ๆ หรือคำแนะนำ ทำที่ในการยอมรับหรือการทำข้อเสนอใด ๆ ที่เกิดขึ้นในกระบวนการ มิให้เปิดเผยนอกเหนือไปจากในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ ถ้าปราศจากการรักษาความลับมีความเสี่ยงว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถจะนำข้อมูลที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น เช่น ทางศาล หรืออนุญาโตตุลาการ เพื่อพิสูจน์ตามคำฟ้องในลักษณะได้เปรียบทางข้อมูล ก่อให้เกิดอคติหรือกระทบต่อการต่อสู้คดีทางกฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อมูลที่ดีกว่าให้รักษาเป็นความลับนั้น ตามปกติจะมีการระบุไว้ในกฎหรือข้อบังคับที่นำมาใช้ในกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทของสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ และในสัญญาประนอมข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาททำขึ้นโดยกำหนดว่าข้อมูลทั้งหมดหรือบางส่วนของที่กระทำขึ้นในกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทให้รักษาเป็นความลับ อาจกล่าวได้ว่า เมื่อมีการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยข้อความใด ๆ และการสื่อสารที่ทำขึ้นในกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทตลอดจนข้อตกลงระดับข้อพิพาทที่ได้จากการใกล้เคียงข้อพิพาทและกำหนดว่าบุคคลใดที่จะต้องผูกพันตนในการรักษาความลับ เป็นหลักประกันอย่างหนึ่งว่าการรักษาความลับเป็นหลักการสำคัญในกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทและจะมีอยู่ตลอดเวลาที่ดำเนินกระบวนการ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องในการใกล้เคียงข้อพิพาทควรมีหน้าที่ผูกพันในการรักษาความลับในการใกล้เคียงข้อพิพาท

กระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาท อาจเปิดเผยความลับได้โดยเหตุ 4 ประการ คือ

ประการแรก โดยความตกลงของคู่กรณีให้ข้อมูลนั้นเป็นเรื่องทั่วไปซึ่งไม่มีความลับ และสามารถเปิดเผยต่อสาธารณชนได้โดยไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทในเรื่องการรักษาความลับ

ประการที่สอง เพื่อบังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาทที่ได้จากการใกล้เคียงข้อพิพาท อนุญาตให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงในกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทและข้อตกลงระดับข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันต่อสาธารณะได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อหน้าที่รักษาความลับหากกระทำเพื่อไต่สวนข้อเท็จจริงในการบังคับตามสัญญาาระดับข้อพิพาท เนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญของการรักษาความลับ คือการช่วยให้คู่พิพาทในการพิจารณาค้นหาความเป็นไปได้ที่จะตกลงระดับข้อพิพาทด้วยตนเอง เมื่อสามารถทำความเข้าใจข้อพิพาทได้ การบังคับให้เป็นไปตามความตกลงระดับข้อพิพาทโดยไม่ยอมให้เปิดเผยความลับใด ๆ ภายในกระบวนการใกล้เคียง ข้อพิพาทจึงเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับหน้าที่ข้างต้น

ประการที่สาม หลักนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ในแต่ละประเทศได้ให้คำจำกัดความ คำว่า “นโยบายสาธารณะ” แตกต่างกัน ในหลายประเทศมีการยอมรับถึงหลักการพื้นฐานทั่วไปที่ว่า สามารถเปิดเผยข้อมูลได้แม้จะระบุให้รักษาเป็นความลับหากการเปิดเผยนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ประการที่สี่ การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการใกล้เคียงข้อพิพาทโดยคำสั่งศาล หรือโดยกฎหมายให้เปิดเผย ในกรณีการเปิดเผยโดยคำสั่งศาล ศาลมีความจำเป็นที่จะต้องชั่งน้ำหนัก

ระหว่างความสำคัญของการเปิดเผยความลับทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการไต่ถามข้อพิพาทในฐานะเป็น พยานหลักฐานต่อศาล และประโยชน์ของการรักษาความลับในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท³²

4.5.2 การรักษาความลับของผู้ไต่ถามข้อพิพาท โดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา

การรักษาความลับในความหมายทั่วไปของกฎหมายไทย มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ คำอธิบายความหมายไว้ดังนี้

จิตติ ดิงศัททีย์ ให้คำอธิบายว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ ประจักษ์แก่บุคคลทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของ ความลับ การปกปิดอาจปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด³³

หยุด แสงอุทัย ให้คำอธิบายว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสีย ประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงจำกัด สิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่งอาจไม่ใช่ความลับ ของบุคคลหนึ่ง³⁴

สุวัณชัย ใจหาญ ให้คำอธิบายว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อเท็จจริงที่บุคคลผู้มีส่วนได้ เกี่ยวข้องหรือมีผลประโยชน์ได้เสียอันชอบธรรม ประสงค์จะปกปิดไว้ไม่ให้ข้อเท็จจริงนั้น แพร่หลายไปยังบุคคลอื่น หรือนอกวงของบุคคลเหล่านั้น การจะถือว่าอะไรเป็นความลับสำหรับ บุคคลใด ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและฐานะของแต่ละบุคคล³⁵

สุปิน พูนพัฒน์ ให้คำอธิบายว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อความหรือสิ่งที่บุคคลผู้มี ประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ ไม่ยอมเปิดเผยทั่วไป โดยจะยอมให้รู้ได้เฉพาะบุคคลบางคน อันจำกัด แต่การจะถือว่าอะไรเป็นความลับของบุคคลนั้นย่อมไม่เหมือนกัน เพราะบางกรณีเป็น ความลับของบุคคลหนึ่ง แต่ไม่เป็นความลับสำหรับอีกบุคคลหนึ่ง ดังนั้น ข้อความหรือสิ่งใดจะเป็น ความลับหรือไม่ ต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์และฐานะของแต่ละบุคคล³⁶

เมื่อบุคคลผู้มีหน้าที่ต้องรักษาข้อเท็จจริงอันเป็นความลับของบุคคลอื่น กลับนำ ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับนั้นไปเปิดเผยต่อสาธารณชน หรือบุคคลอื่นย่อมมีความผิดและต้องได้รับ โทษตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติความผิดฐานเปิดเผยความลับไว้ แบ่งเป็นสามประเภท

³² สุธาสนี สุภา. (2545). ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประνομข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่าง ประเทศ. หน้า 72-73.

³³ จิตติ ดิงศัททีย์. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. หน้า 394.

³⁴ หยุด แสงอุทัย. (2537). กฎหมายอาญา ภาค 2-3. หน้า 239.

³⁵ สุวัณชัย ใจหาญ. (2529). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิต และร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง มาตรา 288 ถึงมาตรา 399. หน้า 344.

³⁶ สุปิน พูนพัฒน์. (2520). คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาตอน 4. หน้า 451.

ประเภทแรกเกี่ยวกับจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารซึ่งปิดผนึก (มาตรา 322) ประเภทที่สองเกี่ยวกับความลับที่ล่วงรู้หรือได้มาโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานหรือผู้มีอาชีพ (มาตรา 323) ประเภทที่สามเป็นความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรมหรือวิทยาศาสตร์ (มาตรา 324) จะได้อธิบายได้ดังนี้

มาตรา 322 บัญญัติว่า

“ผู้ใดเปิดผนึกหรือเอาจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารใด ๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไปเพื่อล่วงรู้ข้อความก็ดี เพื่อนำข้อความในจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเช่นว่านั้นออกเปิดเผยก็ดี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดตามมาตรา 322 นี้เกี่ยวกับจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเท่านั้น จดหมายและโทรเลขมีความหมายอย่างธรรมดาสามัญ ส่วนเอกสารต้องจำกัดความตามบทนิยามที่ให้ไว้ในมาตรา 1 (7) ซึ่งหมายความว่ากระดาษ หรือวัตถุอื่นใดซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น

จดหมาย โทรเลข หรือเอกสารต้องปิดผนึก จะปิดผนึกด้วยวิธีใด ๆ ก็ได้ เช่น ใช้กาวยึด ใช้สก็อตเทปปิด ใช้ครั่งปิด แต่คงไม่หมายความถึงการใช้วัตถุเคมีเขียน ซึ่งตามธรรมดาจะไม่ปรากฏตัวหนังสือ ต่อเมื่อแฉ่น้ำหรือเผาไฟจึงจะปรากฏให้เห็น เพราะไม่มีการปิดผนึกแต่อย่างใด จดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใด ๆ ซึ่งปิดผนึกต้องเป็นของผู้อื่น ไม่ใช่ของตนเอง³⁷

ผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 322 นี้ให้ความสำคัญเฉพาะเอกสาร จดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใด ๆ ที่ต้องมีการปิดผนึกเท่านั้น และความผิดสำเร็จเกิดขึ้นเมื่อได้เปิดผนึก หรือเอาไปซึ่งจดหมาย โทรเลข หรือเอกสาร หากในกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาท ไม่มีการใช้หรืออ้างอิงเอกสารที่ปิดผนึกเลย ความในมาตรานี้ก็ไม่อาจครอบคลุมไปถึงการที่บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการใกล้เคียงข้อพิพาทนำข้อเท็จจริงหรือข้อมูลรวมถึงเอกสารใด ๆ ไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาท

มาตรา 323 บัญญัติว่า

“ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความหรือผู้สอบบัญชี โดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้น

³⁷ ศัญชัย สัจจวานิช. (2528). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง. หน้า 447.

ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ผู้รับการศึกษา³⁸อบรมในอาชีพดังกล่าวในวรรคแรกของมาตรานี้เกี่ยวกับความลับของผู้อื่นอันตนได้ล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับนั้น (1) โดยเหตุที่ตนเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ (2) โดยเหตุที่ประกอบอาชีพแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความหรือผู้สอบบัญชี หรือ (3) โดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้น การเปิดเผยความลับต้องอยู่ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด กฎหมายใช้คำว่าในประการที่น่าจะเกิดความเสียหาย ฉะนั้น แม้ความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นก็เป็นความผิดได้ แล้วในเมื่อเปิดเผยความลับ อันการเปิดเผยความลับต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยประมาทไม่เป็นความผิด

วรรคสองของมาตรานี้ได้บัญญัติรวมถึงผู้รับการอบรมในอาชีพดังกล่าวในวรรคแรกเปิดเผยความลับของผู้อื่น อันตนล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทมิใช่ผู้มีอาชีพหรือผู้ช่วยในการประกอบอาชีพตามที่ระบุไว้ในมาตรา 323 ดังนั้นการที่ผู้ใกล้ชิดเปิดเผยข้อมูลความลับที่ได้จากการใกล้ชิดของคู่พิพาทแก่บุคคลภายนอก จึงไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 323

มาตรา 324 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพหรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์ เปิดเผยหรือใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรานี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความลับของผู้อื่นเช่นเดียวกัน แต่จำกัดเฉพาะความลับที่เกี่ยวข้องกับ อุตสาหกรรม การค้นพบหรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์เท่านั้น ซึ่งคำว่า “อุตสาหกรรม” หมายความว่า กิจกรรมในทางประดิษฐ์สิ่งของเพื่อให้เป็นสินค้าขึ้น นิมิต แปลว่า สร้าง แปลง ทำ

ความลับเช่นว่านั้นตนล่วงรู้หรือได้มาโดยเหตุ (1) ตนมีตำแหน่งหน้าที่ (2) ตนมีวิชาชีพ หรือ (3) ตนมีอาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ ความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำซึ่งได้แก่ (1) เปิดเผย

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 448.

ความลับนั้น หรือ (2) ใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นทั้งนี้ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ถ้าเป็นการกระทำโดยประมาทแล้ว กฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิด³⁹

ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้ใกล้ชิดข้อมูลพิพาทเป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของกลุ่มพิพาท แล้วเปิดเผยหรือใช้ความลับเป็นประโยชน์ของผู้อื่น ซึ่งจะเป็นความผิดตามมาตรา 324 เฉพาะเมื่อเป็นการเปิดเผยความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบหรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์เท่านั้น หากเป็นการเปิดเผยข้อมูลอื่น เช่น ข้อมูลลูกค้า ข้อมูลเครดิต ข้อมูลทางพาณิชย์ หรือข้อมูลอื่นใดที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 324 ย่อมขาดองค์ประกอบของความผิด จึงไม่เป็นการกระทำผิดประมวลกฎหมายอาญามาตรา 324

4.5.3 แนวทางการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความลับ ในร่างกฎหมายว่าด้วยการใกล้ชิดข้อมูลพิพาท

ในกระบวนการใกล้ชิดข้อมูลพิพาทการยอมเปิดเผยความลับให้ผู้ใกล้ชิดข้อมูลพิพาททราบถือเป็นหัวใจสำคัญที่ทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทได้เร็วขึ้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น เพราะเมื่อคู่กรณีพิพาทปราศจากความกลัวว่าข้อมูลการสนทนาที่เกิดขึ้นในระหว่างการใกล้ชิดข้อมูลพิพาทจะถูกเปิดเผย ทำให้คู่กรณีพิพาทยอมเปิดเผยในสิ่งที่ฝ่ายตนต้องการมากขึ้น ในลักษณะ “เปิดอกคุยกัน” ทำให้ผู้ใกล้ชิดเข้าใจปัญหาได้ถ่องแท้มากขึ้น ซึ่งจะช่วยให้การทำงานของผู้ใกล้ชิดข้อมูลพิพาทสะดวกขึ้น สามารถเสนอแนะแนวทางในการระงับข้อพิพาทได้ดียิ่งขึ้น โดยเหตุผลที่การรักษาความลับเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการระงับข้อพิพาท การที่คู่กรณีจะประสบความสำเร็จในการทำความตกลงระงับข้อพิพาทได้ การใกล้ชิดข้อมูลพิพาทต้องมีลักษณะเป็นกระบวนการที่สร้างหรือสนับสนุนให้คู่กรณีพิพาทมีความรู้สึกเชื่อมั่นที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงการแสดงความคิดเห็น การถกเถียงอภิปราย การเปิดเผยเอกสารต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อการค้นหาลู่ทางเลือกที่เป็นไปได้ในการระงับข้อพิพาทโดยความช่วยเหลือจากผู้ใกล้ชิดข้อมูลพิพาทเอง หรือจากคู่กรณีพิพาท ผู้เข้าร่วมกระบวนการใกล้ชิดข้อมูลพิพาทจะต้องได้รับการประกันว่าข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือถูกนำไปใช้ในกระบวนการใกล้ชิดข้อมูลพิพาทจะถูกรักษาเป็นความลับ เหตุผลสำหรับการรักษาความลับในกระบวนการใกล้ชิดข้อมูลพิพาทเพื่อเป็นการป้องกันคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการนำข้อมูลในกระบวนการใกล้ชิดข้อมูลพิพาทซึ่งมีความอ่อนไหวง่ายและเป็นความลับมาใช้ประโยชน์ในภายหลัง ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือชื่อเสียงแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว หรือ กรณีพิพาทเกี่ยวกับข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าซึ่งหากมีการเปิดเผยจะทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันทางตลาดลดน้อยลง หรือเสี่ยงต่อ

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 448.

ความเสียหายในชื่อเสียง แต่ในขณะเดียวกันต้องยอมให้เปิดเผยถ้าจำเป็นต้องรักษาเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นหากมีการเปิดเผยความลับในการไต่ถามข้อพิพาทโดยไม่มีเหตุผลอันควรจะทำให้ประสิทธิภาพของกระบวนการนี้ลดลง ทั้งยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ไต่ถามข้อพิพาท และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไต่ถามในการนำข้อมูล ความลับที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไต่ถามข้อพิพาทไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่น ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดมาตรการในการรักษาความลับของคู่กรณีพิพาท หรือพยานเอกสารต่าง ๆ ที่มอบหรือใช้ในกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท หากมีผู้ที่มีหน้าที่รักษาความลับนำไปเปิดเผยโดยไม่สมควรภายหลังที่มีการระงับข้อพิพาทโดยการไต่ถามข้อพิพาท ควรได้รับการลงโทษตามกฎหมายเว้นแต่เป็นเรื่องที่มีเหตุผลอันสมควรสามารถเปิดเผยได้

4.6 ความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาของผู้ไต่ถามข้อพิพาท

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNCITRAL ไม่ได้กำหนดในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ไต่ถามข้อพิพาทไว้ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญา แต่เนื่องจากกฎหมายแม่แบบดังกล่าวได้กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติแก่ผู้ไต่ถามข้อพิพาทไว้คร่าว ๆ ว่า ให้ผู้ไต่ถามข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรม เป็นกลาง และมีหน้าที่สำคัญในการรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไต่ถามข้อพิพาท สำหรับประเทศไทยการระงับข้อพิพาทโดยการไต่ถามข้อพิพาทในศาลนั้น มีระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2544 ซึ่งบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการระงับข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม และประมวลจริยธรรมผู้ไต่ถาม สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม รวมทั้งระเบียบของศาลต่างๆ เป็นมาตรฐานสำหรับการปฏิบัติตนของผู้ไต่ถามข้อพิพาท ซึ่งผู้ไต่ถามข้อพิพาทในศาล ส่วนใหญ่แล้วคือผู้พิพากษา ผู้พิพากษาสมทบ และเจ้าพนักงานศาลยุติธรรม แต่ในการไต่ถามข้อพิพาทนอกศาลผู้ไต่ถามข้อพิพาทมิใช่บุคคลดังกล่าว ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าจะต้องนำบทกฎหมายใดมาบังคับใช้กับผู้ไต่ถามข้อพิพาทนอกศาล เพื่อให้ผู้ปฏิบัติตนในหน้าที่ผู้ไต่ถามข้อพิพาทดำรงไว้ซึ่งความเป็นธรรม เป็นกลาง และไม่นำข้อมูลความลับที่ตนได้ล่วงรู้มาจากการเป็นผู้ไต่ถามข้อพิพาทไปแพร่พรายให้แก่บุคคลอื่น อันอาจทำให้คู่พิพาทเกิดความเสียหายได้

4.6.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เปิดเผยข้อมูลความลับของกลุ่มพิพาทที่เกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อาจต้องรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหากในสัญญาแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้กำหนดข้อสัญญาการรักษาความลับไว้ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่แต่งตั้งให้ตนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยแยกวิเคราะห์ได้ดังนี้

4.6.1.1 กรณีเปิดเผยข้อมูลความลับ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดความรับผิดชอบในการเปิดเผยความลับไว้โดยเฉพาะ แต่การนำความลับของกลุ่มพิพาทที่เกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นโดยกลุ่มพิพาทมิได้ยินยอมนั้นย่อมเป็นการละเมิดตามความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 ความว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ความลับที่เกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหากเป็นความลับที่เป็นข้อมูลทางธุรกิจการพาณิชย์หากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนำไปเปิดเผยแล้วทำให้กลุ่มพิพาทต้องเสียประโยชน์อันเป็นการเสียทรัพย์สิน หรือกรณีเป็นเรื่องที่ทำให้เสียชื่อเสียงก็ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมต้องรับผิดชอบละเมิดเช่นกัน

กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเปิดเผยความลับเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ค.ศ. 2002 ใน มาตรา 9 กำหนดข้อยกเว้นที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถเปิดเผยความลับเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งถือเป็นความคุ้มกันของผู้ไกล่เกลี่ย โดยกำหนดไว้ดังนี้

ประการแรก ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเปิดเผยความลับเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทได้ตามความตกลงของกลุ่มพิพาท

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการไกล่เกลี่ยเกิดจากความสมัครใจของกลุ่มพิพาททั้งสองฝ่ายที่แสดงเจตน์จำนงค์ยินยอมเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ดังนั้น หากกลุ่มพิพาทได้ตกลงกันไว้ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเปิดเผยความลับเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ข้อตกลงดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับได้ เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนำความลับดังกล่าวไปเปิดเผยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางแพ่งฐานละเมิด

ประการที่สอง การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้ การเปิดเผยความลับที่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ถือว่าเป็นความชอบธรรมที่จะกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด แม้การกระทำนั้นจะต้องด้วยบทบัญญัติในกฎหมายว่าเป็นความผิดก็ตาม กล่าวคือ โดย

หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายที่ว่า การกระทำการใด หรือการปฏิบัติหน้าที่ใดซึ่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ถือเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด⁴⁰

ประการที่สาม การเปิดเผยความลับเพื่อบังคับตามสัญญาประนีประนอม

4.6.1.2 กรณีปฏิบัติหน้าที่ที่กำหนด

การใกล้เคียงข้อพิพาทนอกศาลเป็นการให้บริการของสถาบันหรือหน่วยงานเอกชนในการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นต้องมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคู่พิพาทจึงมีความสัมพันธ์กันทางสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของเนื่องจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นต้องใช้ความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคู่พิพาทตกลงให้สินจ้างเป็นการตอบแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา ในมาตรา 587 ความว่า “อันว่าสัญญาจ้างทำของ คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

สัญญาจ้างทำของนั้นมีใช้เฉพาะเป็นสัญญาที่ต้องจ้างทำสิ่งของต่างๆ ที่มีรูปร่างจับต้องได้เท่านั้น⁴¹ สัญญาจ้างทำของยังเป็นสัญญาที่จ้างทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งโดยถือความสำเร็จของงาน เช่น การจ้างว่าความในคดีแต่ละเรื่องที่ทนายความทำงานให้เสร็จ โดยมีได้ยึดผลของการทำงานเป็นหลัก⁴² สัญญาจ้างว่าความนั้นเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหนี้ต้องปฏิบัติชำระตอบแทนกัน ข้อตกลงตามสัญญาจ้างว่าความจึงเป็นหนี้ที่จะต้องชำระให้แก่กัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7406 / 2540) และแม้ทนายความยังทำงานไม่เสร็จ แต่มีการทำงานไปบ้างแล้วต่อมาเกิดการถอนทนายความระหว่างที่รับทำคดี ทนายความก็ยังคงได้ค่าจ้างอยู่ แต่ศาลสามารถพิพากษาลดค่าจ้างได้⁴³

⁴⁰ เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล. (2543). ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ. หน้า 138.

⁴¹ เสรี สุวรรณภานนท์. สัญญาจ้างว่าความ (ศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกา). หน้า 30.

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2908 / 2523 สัญญาจ้างทนายความว่าความจนเสร็จคดีเป็นสัญญาจ้างทำของ เพราะเป็นการจ้างเหมาทั้งหมด เมื่อโจทก์เป็นทนายความว่าความแก่ต่างให้จำเลยจนคดีถึงที่สุดแล้ว แม้คดีจะถึงที่สุดโดยโจทก์ในคดีดังกล่าวถอนฟ้องไปก่อนมีการสืบพยาน จำเลยต้องชำระค่าจ้างว่าความให้แก่โจทก์

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6675 / 2541 สัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของ ข้อตกลงว่าผู้ว่าจ้างจะชำระสินจ้างให้เต็มตามจำนวนในสัญญาจ้างไม่ว่าผู้ว่าจ้างจะเลิกสัญญาในชั้นใดหรือเวลาใด ไม่ใช่ข้อสัญญาที่ผูกมัดคดี

เมื่อเปรียบเทียบสัญญาแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยกับสัญญาจ้างว่าความแล้วเห็นได้ว่าเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ให้บริการในการระงับข้อพิพาทแล้ว ย่อมมีสิทธิได้รับค่าจ้างเป็นการตอบแทน สัญญาแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาในการปฏิบัติหน้าที่ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาในการรับค่าจ้าง ส่วนคู่พิพาทมีฐานะเป็นลูกหนี้ที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ค่าจ้างบริการและเป็นเจ้าหนี้ในการรับบริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้ข้อพิพาทระงับลงด้วยความเป็นธรรม และแม้ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ก็ตามแต่หากได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยไปบ้างแล้วผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ยังมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนได้ตามส่วน ทั้งนี้เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยนั้นขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่พิพาทโดยแท้ หากจะกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนในกรณีที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้ไกล่เกลี่ย นอกจากนี้หากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ปฏิบัติหน้าที่ตรงตามที่คู่พิพาทกำหนดไว้ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่แต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

4.6.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การพิจารณาว่าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ปฏิบัติตนผิดหน้าที่ หรือจริยธรรมที่กำหนดไว้หรือไม่ และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “บุคคลจักต้องรับในโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งตรงกับหลัก “ไม่มีความผิด และไม่โทษโดยไม่มีกฎหมาย” ที่มาจากสุภาษิตละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” อัน

ทอนเสรีภาพของผู้ว่าจ้าง จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงเช่นนี้จึงมีผลบังคับได้

การที่จำเลยผู้ว่าจ้างได้ถอนโจทก์จากการเป็นทนายความก่อนที่จะถึงที่สุดนั้นเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาจ้างทำของในระหว่างที่การที่ว่าจ้างยังไม่แล้วเสร็จตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605 แต่ต้องจ่ายเงินตามราคาค่าแห่งการนั้นๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคสาม รวมทั้งต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใดอันเกิดแต่การเลิกสัญญาให้แก่โจทก์ตามมาตรา 605 และไม่อาจถือได้ว่าจำนวนตามข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ล่วงหน้าอันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ การจ่ายเงินตามราคาค่าแห่งการงานที่โจทก์ได้กระทำไปแล้วทั้งหมดและพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ประกอบกับความเป็นธรรมและความเหมาะสมนั้นศาลมีอำนาจกำหนดให้ได้ตามสมควร ส่วนดอกเบี้ยนั้นเมื่อจำนวนเงินที่ศาลกำหนดให้จำเลยชำระแก่โจทก์เป็นจำนวนเงินที่กำหนดขึ้นตามค่าแห่งการงานที่โจทก์ได้กระทำไปแล้ว ซึ่งก่อนหน้านั้นยังไม่รู้จำนวนที่แน่นอนว่าเป็นจำนวนเงินเท่าใด โจทก์จึงไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ยตามข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความ คงมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ตามกฎหมายนับแต่วันฟ้องเป็นต้นไป

เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา⁴⁴ ว่า การจะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด และต้องมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอย่างไรเป็นความผิด การตีความตามกฎหมายอาญาจึงต้องพิจารณาตามตัวอักษรเป็นสำคัญ

บทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่นำมาวิเคราะห์เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทได้แก่ ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานยุติธรรมรับสินบน ตามมาตรา 201 และมาตรา 202

4.6.2.1 ฐานเป็นเจ้าพนักงานยุติธรรมรับสินบน

ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานในการยุติธรรมเรียก รับ หรือยอมรับสินบนไว้ในมาตรา 201 ความว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต”

มาตรา 202 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปี ถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต”

คำว่า เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ หมายถึง ข้าราชการตุลาการ คือผู้พิพากษาตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม หรือตุลาการศาลทหารตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร นับแต่ผู้ช่วยผู้พิพากษาขึ้นไปจนถึงประธานศาลฎีกา นอกจากนี้ยังหมายถึง ผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงาน ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คະໄຕະຍຸຕິຮຸຸມຊຶ່ງເປັນຜູ້ມີອຳນາຈຳນີ້ໃນການວິນິດໄສຊີ້ຂາດຂໍ້ກຳໜົດໝາຍອີສລາມ ແລະຜູ້ອຳນວຍການສຳນັກອຳນວຍການປະຈຳສາລ (ຈຳສາລເດີມ) ຊຶ່ງສາລສັ່ງໃຫ້ໄປເດີນເຜີຍສືບຕາມປະມວນກຳໜົດໝາຍວິທີພິຈາລະນາໝາຍາ ມາຕຣາ 230 ຄືຄືວ່າເປັນຜູ້ມີອຳນາຈຳນີ້ໃນການວິນິດໄສຊີ້ຂາດຂໍ້ກຳໜົດໝາຍອີສລາມ ແລະຜູ້ອຳນວຍການສຳນັກອຳນວຍການປະຈຳສາລ (ຈຳສາລເດີມ) ຊຶ່ງສາລສັ່ງໃຫ້ໄປເດີນເຜີຍສືບຕາມປະມວນກຳໜົດໝາຍວິທີພິຈາລະນາໝາຍາ ມາຕຣາ 230 ຄືຄືວ່າເປັນຜູ້ມີອຳນາຈຳນີ້ໃນການວິນິດໄສຊີ້ຂາດຂໍ້ກຳໜົດໝາຍອີສລາມ ແລະຜູ້ອຳນວຍການສຳນັກອຳນວຍການປະຈຳສາລ (ຈຳສາລເດີມ) ຊຶ່ງສາລສັ່ງໃຫ້ໄປເດີນເຜີຍສືບຕາມປະມວນກຳໜົດໝາຍວິທີພິຈາລະນາໝາຍາ

พนักงานอัยการ หมายถึง เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ไม่ว่าจะเป็น ข้าราชการในสำนักงานอัยการสูงสุดตามกฎหมายว่าด้วยพนักงานอัยการ หรือเจ้าพนักงานอื่นที่มีอำนาจดังกล่าว เช่นอัยการศาลทหารตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารก็ตาม

⁴⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. หน้า39.

ผู้ว่าคดี หมายถึง ข้าราชการตำรวจสนาหรือตำรวจขึ้นไป พนักงานปกครองตั้งแต่ชั้นตรีขึ้นไป ซึ่งมีอำนาจฟ้องคดีในศาลแขวง ตำแหน่งนี้ปัจจุบันยกเลิกไปแล้วโดยพนักงานอัยการดำเนินการแทน

พนักงานสอบสวน หมายถึง เจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้อำนาจและหน้าที่ในการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (6) รวมทั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในกรณีที่ลูกหนี้กระทำความผิดในทางอาญาเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายด้วย⁴⁵

เมื่อพิจารณาตามความหมายของเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน ในมาตรา 201 และ 202 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ผู้ศึกษามีความเห็นว่า ในกรณีผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทเป็นบุคคลธรรมดา ไม่ใช่เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เช่นนี้ผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทจึงไม่อาจมีความผิดตามมาตรา 201 และ 202 ได้แม้จะกระทำการดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 201 และมาตรา 202 ก็ตาม

4.6.2.2 ฐานเปิดเผยความลับ

ตามที่ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์หน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทซึ่งได้วิเคราะห์เทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 322 มาตรา 323 และมาตรา 324 ไว้ใน ข้อ 4.5 ผู้ศึกษาจึงไม่ขอวิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวอีก แต่จะวิเคราะห์เพิ่มเติมในความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยความลับทางการค้า ดังนี้

ความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้ให้คำวิเคราะห์ศัพท์ คำว่า “ความลับทางการค้า” ไว้ในมาตรา 3 โดยสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “ข้อมูลที่ไม่เปิดเผย (Undisclosed information)” ที่บัญญัติไว้ในข้อ 39 (2) แห่งความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS) และคำว่า “ความลับทางการค้า (Trade secret)” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (4) แห่ง The Uniform Trade Secrets Act With 1985 Amendments ของ สหรัฐอเมริกา ความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลทางการค้าซึ่งมีองค์ประกอบดังนี้

ประการแรก ต้องเป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว

ประการที่สอง ต้องเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับ

ประการที่สาม ต้องเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ

⁴⁵ บุญเพราะ แสงเทียน. กฎหมายอาญา 2 (ภาคความผิด) แนวประยุกต์. หน้า 183.

สำหรับคำว่า “ข้อมูลการค้า (Trade information)” นั้น มาตรา 3 ได้บัญญัติให้ หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริงหรือสิ่งใด ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใดๆและไม่ว่าจะทำไว้ในรูปแบบใดๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธี และมีความหมายกว้างรวมถึงข้อมูลทางอุตสาหกรรม วิธีการให้บริการหรือเทคนิคการผลิตสินค้าหรือบริการด้วย นอกจากนี้ข้อมูลเกี่ยวกับ ราคาสินค้า ตัวสินค้า ตลาดและกลยุทธ์การตลาด กลยุทธ์ การโฆษณา ผู้ผลิตสินค้า ผู้จัดส่งสินค้า ลูกค้า สัญญาทางการค้า หรือรายชื่อพนักงานที่อยู่ในความหมายของข้อมูลทางการค้าได้เช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการศึกษาอบรม การรับบริการทางการแพทย์ หรือค่าจ้างของพนักงานแต่ละคน ซึ่งอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นได้⁴⁶

การดำเนินคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าขึ้นก่อนที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้า⁴⁷ จะใช้สิทธิในการดำเนินการร้องขอให้ศาล⁴⁸ มีคำสั่งให้ผู้ละเมิดหรือกำลังจะละเมิด ระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในทางการค้าขึ้นเป็นการชั่วคราว หรือก่อนที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้คำสั่งห้ามมิให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและเรียกค่าสินไหมทดแทน ผู้ควบคุมความลับทางการค้าและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจตกลงกัน เพื่อขอให้คณะกรรมการ⁴⁹ทำการไกล่เกลี่ย หรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้าได้ ตามมาตรา 9 ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายความลับทางการค้าขึ้น มีเจตนารมณ์ที่จะปกป้องความลับทางการค้าให้ยังคงเป็นความลับทางการค้าไม่ให้ล่วงรู้ความลับทางการค้าขึ้นแพร่หลายออกไปในวงกว้าง จึงได้บัญญัติกฎหมายให้คู่พิพาท

⁴⁶ ประสพสุข บุญเดช. ความลับทางการค้า. หน้า 42-43.

⁴⁷ ผู้ควบคุมความลับทางการค้า หมายความว่า เจ้าของความลับทางการค้าและให้หมายความรวมถึงผู้ครอบครอง ควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้าด้วย

⁴⁸ ศาล หมายความว่า ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

⁴⁹ คณะกรรมการ หมายความว่า คณะกรรมการความลับทางการค้า

คณะกรรมการความลับทางการค้า ตั้งขึ้นตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 โดยคณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย ประธานกรรมการและกรรมการอื่นรวมกันไม่เกิน 14 คน โดยแต่งตั้งจากบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในสาขาวิทยาศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ อุตสาหกรรม เกษตรศาสตร์ เกษตรศาสตร์ การค้าระหว่างประเทศ เศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ หรือสาขาอื่นๆ ซึ่งจะต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในภาคเอกชนอย่างน้อย 6 คน คณะกรรมการชุดนี้มีอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ซึ่งอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญามอบหมายเป็นเลขานุการ อยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี (ประสพสุข บุญเดช. ความลับทางการค้า. หน้า 61.)

สามารถตกลงกันเพื่อให้คณะกรรมการทำการไต่ถามได้ก่อนดำเนินการใช้สิทธิทางศาลซึ่งต้องมีการนำสืบถึงข้อมูลความลับทางการค้านั้นอีก ทั้งนี้เพราะการไต่ถามข้อพิพาทมีข้อดีตรงที่สามารถรักษาความลับของคู่พิพาทได้ดีกว่าการฟ้องร้องดำเนินคดี

มีข้อพิจารณาว่า เมื่อกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการทำการไต่ถามข้อพิพาทได้ หากคณะกรรมการผู้หนึ่งผู้ใด หรือหลายคนที่ทำหน้าที่ในการเป็นผู้ไต่ถามข้อพิพาทนำข้อมูลความลับทางการค้าไปกล่าวเปิดเผยต่อผู้อื่น ดังนี้ จะบังคับตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้หรือไม่

บทกำหนดโทษของผู้ละเมิดสิทธิทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 33 มาตรา 34 และมาตรา 35 ดังนี้

“มาตรา 33 ผู้ใดเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นให้เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไปในประการที่ทำให้ความลับทางการค้านั้นสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า โดยเจตนาถ่วงเอื้อให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับความเสียหายในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะกระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร การกระจายเสียง หรือการแพร่ภาพ หรือการเปิดเผยด้วยวิธีอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นตามมาตรา 33 มีความหมายแคบ ไม่รวมถึงการเอาไปหรือการใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่น และการเปิดเผยความลับต้องทำให้ล่วงรู้โดยทั่วไป หากผู้ไต่ถามข้อพิพาทเปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้าของคู่พิพาทที่ตนดำเนินการไต่ถามให้บุคคลเพียงคนเดียวหรือสองคนทราบ น่าจะไม่ใช่ความผิด ทั้งหากผู้ไต่ถามข้อพิพาทกระทำผิดแต่ไม่มีเจตนาพิเศษเพื่อถ่วงเอื้อให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องเสียหายในการประกอบธุรกิจก็ไม่ใช่ความผิดเช่นเดียวกัน⁵⁰ (ประสพสุข บุญเดช, ความลับทางการค้า, หน้า 76.)

“มาตรา 34 ผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ในการดูแลรักษาความลับทางการค้า ตามระเบียบที่ออกตามความในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง เปิดเผยหรือใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ในมาตรา 34 ผู้กระทำความผิดอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 34 จะต้องเป็นผู้ที่มีตำแหน่งหน้าที่ในการดูแลรักษาความลับทางการค้าโดยเฉพาะต้องเป็น ยา หรือ เคมีภัณฑ์ทางการเกษตรของผู้อื่นและต้องเป็นกรณีที่เสนอข้อมูลนั้นเพื่อประกอบคำขออนุญาต ผลิต นำเข้า ส่งออก หรือขาย ซึ่งยา หรือเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่ใช้เคมีชนิดใหม่เท่านั้น ซึ่งขั้นตอนการขออนุญาต ยังมีใช้ขั้นตอนที่

⁵⁰ ประสพสุข บุญเดช, ความลับทางการค้า, หน้า 76.

เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย ดังนั้นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงยังไม่อาจใช้ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในการดูแลรักษาความลับในชั้นนี้ จึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้

“มาตรา 35 ผู้ใดเปิดเผยข้อเท็จจริงใดเกี่ยวกับกิจการของผู้ควบคุมความลับทางการค้าอันเป็นข้อเท็จจริงที่ตามปกติวิสัยพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ซึ่งคนได้มาหรือล่วงรู้เนื่องจากการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงเจ็ดปี เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติราชการหรือเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี”

ผู้กระทำความผิดในมาตรานี้อาจเป็นเจ้าพนักงานในกระทรวงสาธารณสุข กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ สำนักงานอัยการสูงสุด หรือสำนักงานศาลยุติธรรมก็ได้ แต่การกระทำความผิดมิใช่เป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าเพราะการเปิดเผยความลับทางการค้าเป็นความผิดตามมาตรา 34 ที่มีโทษสูงกว่า ความผิดตามมาตรา 35 เป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการของเจ้าของความลับทางการค้า หรือผู้ครองครอง ควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้าที่พึงสงวนไว้ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการที่ตามปกติวิสัยจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผยน่าจะได้แก่สถานะทางการเงินของบริษัท การเพิ่มทุน การควบกิจการ การขยายสาขา เป็นต้น (ประมวลฯ บุญเดช.เล่มเดิม.หน้า 77.) ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เปิดเผยข้อมูลที่ได้ล่วงรู้มาจากการปฏิบัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 แต่ข้อมูลนั้นมีใช่ข้อมูลความลับทางการค้าและมีใช่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการการของผู้ควบคุมความลับทางการค้าอันเป็นข้อเท็จจริงที่ตามปกติวิสัยจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ไม่อาจมีความผิดตามมาตรา 35 เช่นกัน

4.6.3 แนวทางการร่างข้อกำหนดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งในทางแพ่งและทางอาญานั้นไม่มีกำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 เนื่องจากคณะกรรมการต้องการให้กฎหมายดังกล่าวเป็นที่แพร่หลาย และไม่ต้องการถกเถียงกันเกี่ยวกับประเด็นของความรับผิดชอบ จึงได้ให้แต่ละประเทศกำหนดขึ้นเองเพื่อเป็นการสร้างมาตรฐานที่ดีในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย ให้ดำเนินการด้วยความเป็นธรรมแก่คู่พิพาท ซึ่งทำให้คู่พิพาทเกิดความเชื่อมั่นที่จะเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทแทนการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีข้อดีอยู่หลายประการ ดังนี้

ประการแรก เป็นการสร้างความชัดเจน ทำให้ทราบว่าการกระทำใดบ้างที่ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถกระทำได้ และการกระทำใดที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถทำได้

ประการที่สอง ทำให้ผู้ใกล้ชิดมีความระมัดระวังและรับผิดชอบต่อการดำเนินการใกล้ชิดอันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการใกล้ชิดให้มากยิ่งขึ้น

ส่วนประเด็นเรื่องความเป็นอิสระของผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทนั้นอาจได้รับผลกระทบจากการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ใกล้ชิดได้ ในประเด็นนี้ความเป็นอิสระของผู้ใกล้ชิดยังคงมีอยู่โดยหากผู้ใกล้ชิดได้ปฏิบัติตามถูกต้องตามหน้าที่ย่อมเป็นเกราะคุ้มกันให้แก่ผู้ใกล้ชิดได้เป็นอย่างดี

จากการวิเคราะห์ ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทนั้นสามารถบังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีเปิดเผยความลับอันเป็นการกระทำละเมิดต่อคู่พิพาทตามมาตรา 420 และในกรณีที่ผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาแต่งตั้งผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทอันเป็นสัญญาจ้างทำของตามบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาซึ่งสัญญาจ้างทำของเป็นบุคคลลัทธิสามารถบังคับได้ระหว่างคู่สัญญา ดังนั้นผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทย่อมต้องรับผิดชอบตามสัญญา และควรกำหนดความคุ้มกันของผู้ใกล้ชิดไว้ในกรณีที่ผู้ใกล้ชิดเปิดเผยความลับอันเนื่องมาจากการที่คู่พิพาทยินยอมให้ผู้ใกล้ชิดเปิดเผยได้ หรือกฎหมายยกเว้นไว้ หรือเปิดเผยความลับเพื่อบังคับตามสัญญาประนีประนอม

ส่วนการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ใกล้ชิดข้อพิพาท ผู้เขียนเห็นควรกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการใกล้ชิดข้อพิพาท เนื่องจาก บุคคลที่สนใจจะเข้าสู่กระบวนการใกล้ชิดข้อพิพาทสามารถศึกษาถึงบทบาท หน้าที่ ความรับผิดชอบของตนได้ในกฎหมายฉบับเดียว และการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาทำได้ยากกว่าการกำหนดไว้ในร่างกฎหมายนี้ โดยความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทมีดังนี้

ประการแรก ความผิดของพนักงานยุติธรรมในการเรียกรับสินบน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 และ มาตรา 202 นั้นกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน หากกระทำการทุจริตในหน้าที่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ถ้าผู้ใกล้ชิดข้อพิพาททุจริตแสวงหาประโยชน์ใดๆจากหน้าที่หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ ในประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีบทบัญญัติที่จะบังคับกับการกระทำความผิดกล่าวของผู้ใกล้ชิดข้อพิพาท ทั้งที่ผู้ใกล้ชิดข้อพิพาทจะต้องดำเนินการใกล้ชิดข้อพิพาทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเป็นไปด้วยความยุติธรรม จึงควรกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ใกล้ชิดในความผิดฐานเรียกรับสินบนหรือประโยชน์ที่มีค่าตอบแทน โดยเทียบเคียงกับโทษของพนักงานยุติธรรมและอนุญาโตตุลาการ⁵¹

⁵¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23 วรรคสอง บัญญัติว่า “...อนุญาโตตุลาการผู้ใดเรียกรับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...”

แต่จะกำหนดอัตราโทษดังเช่นพนักงานยุติธรรมหรืออนุญาโตตุลาการย่อมเป็นการลงโทษหนักเกินไป ทั้งนี้เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมิได้เป็นเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการกระบวนการยุติธรรมในการสอบสวนและพิจารณาพิพากษาอย่างพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการและผู้พิพากษา อีกทั้งผู้ไกล่เกลี่ยก็มิได้เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดอย่างอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

ประการที่สอง ในความผิดฐานเปิดเผยความลับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 322 มาตรา 323 และมาตรา 324 ก็มีบัญญัติชัดเจนถึงการเปิดเผยความลับของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอต่อการเปิดเผยข้อมูลอื่นที่มีใช้ข้อมูลความลับทางการค้า ดังนั้นจึงควรบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประพฤติตนไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ ดังนั้นจึงควรเทียบเคียงอัตราโทษกับมาตรา 324 โดยมีแนวทางดังนี้ “มาตรา... ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทผู้ใด ได้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับใดๆ ของผู้อื่นในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เปิดเผยหรือใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกระทำความผิดฐานเรียกรับสินบน หรือเปิดเผยความลับ จนเกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทนี้ยังสามารถนำมาตรการทางอาญาที่มีโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50⁵² ในส่วนวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ โดยห้ามเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการชั่วคราวภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ หากเห็นว่าผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก

4.7 สัญญาประนีประนอมยอมความและการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

4.7.1 สัญญาประนีประนอมยอมความ และการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002.

การไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทเป็นวิธีการยุติข้อพิพาทด้วยความพึงพอใจของคู่พิพาทอย่างแท้จริงกล่าวคือ วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีมีอำนาจตัดสินใจบนพื้นฐานความต้องการของตนโดยแท้ เนื่องจากการไม่มีการพิจารณาหรือหาข้อยุติเรื่องฝ่าย

⁵² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 บัญญัติว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีกศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นมิกำหนดเวลาไม่เกินห้าปี นับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้”

ใดผิดหรือถูกในข้อกฎหมาย และหลีกเลี่ยงไม่กล่าวถึงความเป็นไปในอดีตซึ่งเป็นที่มาของข้อพิพาท ซึ่งหากจำเป็นจะต้องกล่าวถึงก็เพื่อเพียงให้ได้ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญมาประกอบการตัดสินใจ และหาแนวทางเจรจาเท่านั้น ทำให้ผลจากการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตรงตามความประสงค์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และสร้างสัมพันธภาพที่ดีระหว่างคู่พิพาท ลดความบาดหมางแก่กันภายหลัง นอกจากนี้ยังไม่มีปัจจัยภายนอกเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการตัดสินใจ หรือมีน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่น เช่น การฟ้องศาล เมื่อมีการนำข้อพิพาทไปปรึกษาหารือกับทนายความเพื่อดำเนินคดีในชั้นศาลเท่ากับตัวความยกเลิกผลประโยชน์ตลอดจนอำนาจในการตัดสินใจผลได้เสียของตนเองให้อยู่ในการจัดการของทนายความและปัจจัยอื่นที่เกิดขึ้นได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลและการสืบพยานหลักฐาน ทำให้โอกาสและทางเลือกในการตัดสินใจของคู่กรณีลดลง ซึ่งความแตกต่างนี้สื่อถึงข้อดีอย่างหนึ่งของการนำวิธีประนีประนอมข้อพิพาทมาใช้⁵³

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ค.ศ. 2002 กำหนดว่าเมื่อคู่พิพาทตกลงทำสัญญาประนีประนอมความเพื่อระงับข้อพิพาท สัญญาประนีประนอมยอมความนี้มีผลผูกพันและใช้บังคับได้ (มาตรา 14) ข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณีที่เป็นผู้ผลมาจากการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทซึ่งคู่กรณีจะต้องยอมรับและปฏิบัติตามนั้น ยังไม่มีผลผูกมัดคู่พิพาททันที คู่พิพาทยังต้องแปลงให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาลเพื่อสร้างความผูกมัด อย่างไรก็ตามในบางประเทศได้กำหนดให้สัญญาระงับข้อพิพาทที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีผลดังกล่าวพิพากษา หรือมีผลเช่นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

4.7.2 สัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนด เรื่อง สัญญาประนีประนอมไว้มาตรา 850 ดังนี้ “อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่ง ซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน”

มีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายขึ้นไป
2. เป็นสัญญาระงับข้อพิพาท
3. ต่างฝ่ายต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน

⁵³ สุธาสิณี สุภา. (2545). ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนีประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ. หน้า 19.

1. มีคู่สัญญาสองฝ่าย หมายความว่าสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นมีการตกลงกัน (ตามหลักเกณฑ์ของการเกิดสัญญา) ระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีสองฝ่าย แต่ละฝ่ายจะมีบุคคลก็ได้ และการตกลงกันก่อให้เกิดสัญญาขึ้นนี้ก็ต้องเป็นไปตามหลักนิติกรรมและสัญญาโดยทั่วไป เช่น เรื่องการแสดงเจตนา ความสามารถ วัตถุประสงค์ เป็นต้น มิเช่นนั้นก็อาจไม่สมบูรณ์

2. เป็นสัญญาฉบับข้อพิพาท ซึ่งข้อพิพาทนี้อาจกำลังมีอยู่ หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ข้อสำคัญอยู่ที่ว่า ข้อความในสัญญาที่ทำกันนั้น ต้องเป็นข้อความกำหนดเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นๆ และไม่จำเป็นต้องระบุโดยตรงว่าระงับข้อพิพาทกัน ขอเพียงฟังให้ได้ความเป็นไปในลักษณะระงับข้อพิพาทก็เพียงพอแล้ว

3. ต่างฝ่ายต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน คำว่าต่างฝ่ายต่างยอมกันผ่อนผันให้แก่กันนั้นเป็นความที่ชัดเจนอยู่แล้วต้องเป็นการผ่อนผันด้วยกันทั้งสองฝ่าย หากผ่อนผันฝ่ายเดียว ย่อมไม่ใช่สัญญาประนีประนอมยอมความ (อาจเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ก็ได้) เช่น โจทก์ถอนฟ้องเพราะจำเลยยอมทำสัญญารับผิดชอบทุกประการตามที่โจทก์ฟ้องดังนี้ ก็หาอาจนับเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความไม่

นอกจากนั้นในมาตราดังกล่าวยังเป็นสัญญาที่ระงับข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นไป (สมภพพิสิษฐ สุขพิสิษฐ, อ้างถึงใน บุญตา ส. ผาบัมย์, 2547:63) กล่าวคือคู่สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาเพื่อระงับข้อพิพาท ซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นให้เสร็จสิ้นไป หากแม้ตั้งใจจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน แต่ข้อความในสัญญาไม่เป็นการระงับข้อพิพาทนั้นให้เสร็จสิ้นสัญญานั้นก็ไม่เป็นสัญญากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 851 “อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

ในมาตราดังกล่าวจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือกล่าวคือ หลักฐานเป็นหนังสือนี้ไม่ใช่แบบแห่งความสมบูรณ์ของสัญญาเป็นแต่บทเกี่ยวกับพยานหลักฐานในการพิสูจน์ฟ้องร้องบังคับตามสัญญา ประนีประนอมยอมความต่อศาลเท่านั้น เพราะสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นสัญญาประเภทสมบูรณ์โดยการแสดงเจตนาตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทด้วยต่างฝ่ายยอมผ่อนผันให้แก่กัน เมื่อแสดงเจตนาตกลงกันแล้วสัญญานั้นก็สมบูรณ์ (สุปิ่น พูลพัฒน์, อ้างถึงใน บุญตา ส. ผาบัมย์, 2547: 63)

ลักษณะสำคัญของหลักฐานเป็นหนังสือคือไม่มีรูปแบบ เพราะหลักฐานเป็นหนังสือนั้นกฎหมายมิได้บังคับไว้ว่าต้องเขียนด้วยข้อความอย่างไร เพียงแต่เพื่อความมั่นคงแน่นอน มีข้อความ

ให้เห็นได้ว่าเป็นหลักฐานการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ และมีลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ ถือได้ว่าเป็นหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 852 ได้บัญญัติไว้ว่า “ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นย่อมทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นระงับสิ้นไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญานั้นว่าเป็นของตน”

ในมาตราดังกล่าวคือ การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นข้อนี้สอดคล้องกับลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความที่มีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาก็เพื่อระงับข้อพิพาท อันใดอันหนึ่ง กฎหมายจึงบัญญัติเรื่องผลของสัญญาสอดคล้องว่า การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้นเป็นอันระงับ และคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญาประนีประนอมยอมความว่าเป็นของตน หากคู่สัญญาฝ่ายใดผิดสัญญาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็จะฟ้องบังคับฝ่ายนั้นให้ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้เท่านั้น

ผลของสัญญา การทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาล และศาลพิพากษายกฟ้องแล้ว เกิดผลให้คู่ความต้องปฏิบัติตามสิทธิที่แสดงไว้ในสัญญาประนีประนอมยอมความตามคำบังคับของศาล และทำให้คู่ความผูกพันกันในฐานะลูกหนี้และเจ้าหนี้ ตามคำพิพากษาขึ้นทันที ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลตามคำพิพากษานั้น คู่ความคือเจ้าหนี้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลขอให้บังคับลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นไปได้ทีเดียว ไม่ต้องมาฟ้องร้องบังคับกันอีกการบังคับคดีลูกหนี้อาจถูกยึด หรืออายัดทรัพย์สินมาขายทอดตลาดชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรือในกรณีไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินเช่นเรื่องขับไล่ จำเลยยอมออกจากทรัพย์สินที่เช่าภายในกำหนดเมื่อถึงกำหนดไม่ออกไป อาจถูกบังคับคดีโดยจับกุมตัวมากักขังจนกว่าจะยอมออกไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ตามบทบัญญัติการบังคับคดีในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

4.7.3 การบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 138 ได้บัญญัติไว้ว่า “คู่ความตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดี โดยมีการถอนฟ้องและไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายให้ศาลทำรายงานพิสดารแสดงข้อความแห่งข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความนั้นไว้ แล้วพิพากษาไปตามนั้น

ห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษาเช่นว่านี้ เว้นแต่

1. มีข้อกล่าวอ้างว่าฝ่ายใดฉ้อฉล (ไม่รวมถึงความสำคัญผิด)

2. คำพิพากษานั้นถูกอ้างว่าจะละเมิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

3. คำพิพากษานั้นมิได้เป็นไปตามข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความ

ถ้าคู่ความตกลงกันเพียงให้เสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมาใช้”

ทำนองเดียวกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222 ได้บัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งของศาลซึ่งปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือคำพิพากษาของศาลตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเว้นแต่ในเหตุต่อไปนี้

(1) เมื่อมีข้ออ้างแสดงว่าอนุญาโตตุลาการหรือประธานมิได้กระทำการโดยสุจริต หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้กลฉ้อฉล

(2) เมื่อคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(3) เมื่อคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในมาตราดังกล่าวจะต้องตกลงในประเด็นแห่งคดีกล่าวคือบรรดาข้อความใดๆ ที่โจทก์แสดงเป็นสภาพแห่งข้อหาของโจทก์ และบรรดาข้อความที่จำเลยแสดงในคำให้การว่ายอมรับหรือปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์

โดยหลักแล้วคำพิพากษตามยอมในมาตราดังกล่าวถือว่าเป็นที่สุด กล่าวคือคู่ความจะมาฟ้องขอให้เพิกถอนเปลี่ยนแปลงอีกไม่ได้ เพราะห้ามมิให้อุทธรณ์ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นแต่สัญญาประนีประนอมยอมความ มีข้อพิจารณาซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญ หรือข้อพิจารณาเล็กน้อยอื่นๆ ย่อมที่จะแก้ไขให้ถูกต้องได้ เพราะถือว่าสัญญาประนีประนอมดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษตามยอมเพราะว่าเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ จะให้ศาลพยายามไกล่เกลี่ยให้คู่ความตกลงกันให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และการตกลงประนีประนอมยอมความเป็นวิธีการที่ดีเพื่อระงับข้อพิพาทและเพื่อให้คดีสิ้นสุดไปจากศาลโดยรวดเร็ว ซึ่งเป็นวิธีการเพื่อประโยชน์แก่คู่ความและศาลเอง

นอกจากการตกลงประนีประนอมยอมความศาลพิพากษตามยอมแล้ว ยังมีกรณีที่คู่ความตกลงประนีประนอมยอมความกันได้โดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลพิพากษตามยอมนั้น เมื่อโจทก์มาขอถอนฟ้อง ศาลย่อมอนุญาตตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 175 หมายความว่าศาลต้องอนุญาตให้ถอนฟ้อง ศาลไม่มีดุลพินิจที่จะให้ถอนฟ้องหรือไม่ เพราะสาเหตุของการถอนฟ้องมาจากการตกลงระหว่างเอกชนกับเอกชน โดยในทางกฎหมายแพ่งหากคู่ความตก

ลงกันได้ ในประเด็นข้อพิพาทย่อมเป็นความพอใจของทั้งสองฝ่าย ไม่มีผู้แพ้ ผู้ชนะ ทุกฝ่ายเป็นผู้ชนะ (บุญตา ส.ผาปมิชัย, 2547 :61-62.)

4.7.4 แนวทางการยกร่างข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาประนีประนอมยอมความและการบังคับตามสัญญาประนีประนอมในร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

จากข้อ 4.7.3 เห็นได้ว่า สัญญาประนีประนอมที่ทำกันในศาล ศาลจะมีคำพิพากษาบังคับให้คู่ความในคดีปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น และเมื่อศาลได้พิพากษามาตามยอมแล้ว จะเกิดผลบังคับให้คู่ความต้องปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาของศาลแต่มีลักษณะแตกต่างจากคำพิพากษาอันเนื่องจากคำพิพากษามาตามยอมบังคับตามเงื่อนไขของสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งเข้าลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ เจ้าหนี้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความซึ่งลูกหนี้มีหน้าที่ปฏิบัติตาม ถ้าไม่ปฏิบัติตามเจ้าหนี้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้บังคับคดีกับลูกหนี้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้ทันทีโดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นใหม่ โดยถือเอาคำพิพากษาของศาลมาบังคับคดี ซึ่งในชั้นบังคับคดีนี้อยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดี นั่นคือการบังคับคดีให้ปฏิบัติตามสภาพแห่งหนี้ที่เปิดเผยให้ทำได้ไม่ว่าจะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความในมูลหนี้ใด ลูกหนี้อาจถูกยึดอายัดทรัพย์สินมาขายทอดตลาดชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ หรือบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามคำพิพากษาของศาล รวมตลอดถึงคำพิพากษาของศาลเป็นการแสดงเจตนาของลูกหนี้ด้วย

ส่วนวิธีบังคับของสัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำกันนอกศาล เมื่อคู่สัญญาได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความถูกต้องตามกฎหมายแล้ว สัญญานั้นก็ใช้บังคับได้ตามหลักสัญญาต่างตอบแทนทั่วไป ไม่ใช่ยอมถูกบังคับฝ่ายเดียวคือทำให้แต่ละฝ่ายมีสิทธิเรียกร้องซึ่งกันและกัน โดยต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินบังคับให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือร้องขอให้มีการควบคุมหรือกักขังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในทันทีเหมือนกับสัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำกันในศาลไม่ได้ จะทำได้แต่เพียงร้องต่อศาลบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้ตกลงกันได้

คณะกรรมการร่างกฎหมายของคณะกรรมการการองศ์การสหประชาชาติได้บันทึกไว้ว่า ในบางรัฐของอเมริกาไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาประนีประนอม โดยเหตุที่ว่าสัญญานั้นย่อมมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญา ซึ่งสัญญาประนีประนอมยอมความก็เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง แต่มีบางกฎหมายบัญญัติให้สัญญาประนีประนอมที่ทำเป็นหนังสือนั้นมีผลบังคับได้ ดังเช่นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีผลเป็นที่สุด ด้วยเหตุที่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

นั้นมีขึ้นโดยเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคณะผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท และคู่พิพาทหรือตัวแทน⁵⁴

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะมีผลผูกพันคู่พิพาทตั้งแต่วันที่ถือว่าสำเนาคำชี้ขาดไปถึงคู่พิพาทฝ่ายนั้น ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใด ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นคำร้องต่อ ศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น โดยคำร้องขอดังกล่าวจะต้องยื่นภายใน สามปีนับแต่วันที่อาจบังคับคำชี้ขาด หากไม่ยื่นภายในกำหนด คำชี้ขาดก็จะไม่สามารถบังคับได้ตาม กฎหมาย⁵⁵

สัญญาประนีประนอมที่คู่พิพาทตกลงยอมความกันในการไถ่เกลี่ยนั้นเป็นเพียงบุคคล สิทธิไม่อาจมีสถานะเช่นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ แต่มีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ หากโนตารี ปับลิก (Notary Public) ได้รับรองสัญญาประนีประนอมที่กระทำต่อหน้านั้นแล้ว คู่พิพาทจะสามารถนำสัญญาประนีประนอมมาร้องต่อศาลเพื่อออกคำบังคับได้หรือไม่

ในประเทศญี่ปุ่น โนตารี ปับลิก หรือ โคโช-นิน (Kosho-nin)⁵⁶ มีบทบาทสำคัญคือ การ ออกหมายบังคับตามนิติกรรมสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หนึ่งเป็นการชำระเงินหรือส่งมอบหุ้นหรือทรัพย์สิน อย่างอื่น ซึ่งได้ทำไว้ต่อหน้าโนตารี ปับลิกโดยคู่กรณีได้ตกลงกันยินยอมให้โนตารี ปับลิก ออก หมายบังคับได้หากมีการผิดนัดเกิดขึ้น เมื่อโนตารีปับลิกออกหมายบังคับให้แล้ว ฝ่ายเจ้าหนี้ก็ สามารถนำหมายบังคับนั้นไปยื่นขอให้ศาลออกคำบังคับได้โดยไม่ต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณา คดีเสียก่อน ทั้งนี้ เนื่องจากระบบชีวิตล่อว์นั้น ให้ความสำคัญแก่พยานเอกสารหลักฐานแห่งสิทธิและ นิติกรรมที่โนตารี ปับลิกเป็นผู้จัดทำขึ้นมีสถานะพิเศษ กล่าวคือ ถือกันว่าเป็นพยานหลักฐาน ชั้นหนึ่งซึ่งมีค่าความน่าเชื่อถือดีที่สุด เพราะมีค่าเท่ากับเอกสารทางการ หรือเป็นเอกสารมหาชน ทั้งนี้ไม่ว่าหลักฐานหรือหนังสือเอกสารนั้นจะเกี่ยวกับกิจการสาธารณะหรือเป็นกิจการส่วนเอกชนก็ ตาม ดังนั้นหลักฐานหรือเอกสารที่โนตารีปับลิกทำขึ้นย่อมรับฟังได้โดยไม่ต้องนำพยานบุคคลมา สืบประกอบอีก การจะปฏิเสธไม่รับฟังหลักฐานหรือหนังสือที่จัดทำขึ้นโดยโนตารีปับลิก จะต้องยก ข้อต่อสู้ว่าหลักฐานหรือหนังสือนั้นเป็นหลักฐานหรือหนังสือที่ทำปลอมขึ้น⁵⁷

⁵⁴ (Dr. Luis Miguel & Nancy A. Oretskin J.D., 2006, February.16)

⁵⁵ ระบบอนุญาโตตุลาการของโลกในทศวรรษหน้า. หน้า 16.

⁵⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. วิชาชีพโนตารีปับลิกในระบบกฎหมายต่างๆ. หน้า 88.

⁵⁷ แหล่งเดิม. หน้า 4.

ปัจจุบันในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ โนตารีปับลิกประกาศบังคับใช้มีเพียง “ร่างพระราชบัญญัติโนตารีปับลิก พ.ศ....”⁵⁸ ของกระทรวงยุติธรรมที่ร่างไว้หลายปีก่อนตั้งแต่ศาลยุติธรรมยังอยู่ในสังกัดของกระทรวงยุติธรรม โดยสาระสำคัญของร่างกฎหมาย คือได้มีการกำหนดให้มีสำนักงานโนตารีปับลิกขึ้นในกระทรวงยุติธรรม และมีอำนาจหน้าที่ ในการรับรองลายมือชื่อ รับรองการทำนิติกรรมที่กระทำการต่อหน้าตน รับรองว่ามีการทำนิติกรรมจริง รับรองการทำหนังสือมอบอำนาจ รับรองสำเนาเอกสารหรือหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวมีความสำคัญต่อสถานะของพยานเอกสารและสอดคล้องกับการรับรองสัญญาประนีประนอมข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ย หากร่างพระราชบัญญัติโนตารีปับลิก พ.ศ....ประกาศใช้ได้ในอนาคต ผู้ศึกษาเห็นควรเสนอปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเพิ่มเติมข้อกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและคู่พิพาททุกฝ่ายนำสัญญาประนีประนอมที่ทุกฝ่ายลงนาม และโนตารีปับลิกได้รับรองแล้วมายื่นร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำบังคับตามสัญญาประนีประนอม โดยไม่จำเป็นต้องมีการสืบพยานกันอีกในชั้นศาล ทั้งนี้เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นมาตรการระงับข้อพิพาทที่มีศักยภาพ และมีสภาพบังคับ

นอกจากนี้ควรร่างข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาประนีประนอมไว้ในร่างกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยกำหนดให้สัญญาประนีประนอมนั้นให้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้ไกล่เกลี่ย หรือคณะผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาท หรือตัวแทนของคู่พิพาท และให้มีโนตารีปับลิกรับรอง หากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอม คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำบังคับตามสัญญาประนีประนอมนั้น

⁵⁸ โอฟาร อินทสุวรรณ. (2546, กรกฎาคม). “NOTARY PUBLIC ประวัติศาสตร์หน้าใหม่ของสภาทนายความ.” วารสารข่าวกฎหมายใหม่, 1, 7. หน้า 6.