

## บทที่ 2

### หลักการ ทฤษฎี และวิธีการของการระงับข้อขัดแย้งทางธุรกิจ

ในแต่ละสังคมแม้ว่าจะมีองค์กรของรัฐ อันประกอบไปด้วย ตำรวจ อัยการ และศาล ยุติธรรม เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติและข้อขัดแย้งของคนในสังคม แต่กลไกในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายก็ยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมความประพฤติและข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ การดำเนินกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายขององค์กรของรัฐนี้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวและสลับซับซ้อน ก่อให้เกิดความยุ่งยากและมีขั้นตอนการดำเนินการที่ยาวนาน ทำให้ต้องใช้เวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก และผลลัพธ์ของคดีที่ได้มานั้นอาจไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ที่คู่กรณีต้องการก็เป็นได้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการระงับข้อขัดแย้งขึ้นมาใหม่เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคม โดยเฉพาะข้อขัดแย้งทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของเอกชน ถ้าจะต้องอาศัยการดำเนินคดีที่ใช้เวลานานและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายสูงมาก ก็เชื่อแน่ว่าจะไม่เป็นที่นิยมกันของคู่กรณี

การระงับข้อขัดแย้งทางธุรกิจในปัจจุบันมีอยู่หลายวิธี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับคู่กรณีที่จะตกลงใจหรือยินยอมให้มีการระงับข้อขัดแย้งของตนด้วยวิธีใด แม้ว่าในทางปฏิบัติโดยส่วนใหญ่แล้วคู่กรณีจะให้ศาลเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดในข้อขัดแย้งนั้นๆ ก็ตาม แต่การระงับข้อขัดแย้งด้วยวิธีนี้ก็เชื่อว่าจะมีแต่ข้อดีเสมอไปไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันนี้ที่ธุรกิจต่างๆ มีแต่ความรีบเร่งหรือต้องแข่งขันกับเวลาอันมีค่า ถ้าหากให้ข้อขัดแย้งทุกเรื่องกลายเป็นคดีขึ้นสู่ศาล จะทำให้ศาลต้องแบกรับภาระงานคดีที่มีมากซึ่งไม่เพียงพอกับจำนวนผู้พิพากษาที่มีอยู่ในแต่ละศาลนั้น ทำให้คดีแต่ละคดีเสร็จสิ้นไปจากศาลได้อย่างล่าช้า บางครั้งอาจไม่ทันกับความต้องการของคู่กรณีหรืออาจทำให้คู่กรณีเสียผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับในระหว่างที่คดีนั้นอยู่ในการพิจารณาของศาล จึงมีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงการระงับข้อขัดแย้งทางธุรกิจโดยวิธีอื่น เพื่อนำเอามาปรับใช้เป็นทางเลือกแก่คู่กรณี วิธีการระงับข้อขัดแย้งอื่นๆ นอกจากศาล<sup>1</sup> มีดังนี้

1. การเจรจาต่อรอง (Negotiation) เป็นวิธีการระงับข้อขัดแย้งซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเจรจาดตกลงกันเอง การตัดสินใจต่างๆ ขึ้นอยู่กับคู่กรณี

2. การไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งหรือการประนอมข้อขัดแย้ง (Conciliation or Mediation) เป็นวิธีการระงับข้อขัดแย้งโดยคู่กรณีตกลงให้คนกลางหรือบุคคลที่สามเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อขัดแย้งในเรื่องที่ขัดแย้งกัน แต่ไม่มีอำนาจหรือหน้าที่ตัดสินหรือชี้ขาด หากแต่

<sup>1</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์, (ร.ส.พ.), ม.ป.ป.) หน้า 1-2.

ความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อขัดแย้งเกิดจากการยินยอมและสมัครใจของคู่กรณีเท่านั้น แต่บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อขัดแย้งมีความสำคัญมากเพราะต้องทำหน้าที่ในการเชื่อมโยงระยะห่างระหว่างความคาดหวังและความสามารถในการสนองของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ประสานความคิด แสวงหาจุดร่วม ปรับความเข้าใจ เสนอทางเลือกวิธีการต่างๆ โดยเป็นผู้สนับสนุนให้คู่กรณีตกลงกันได้

3. การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นกระบวนการระงับข้อขัดแย้งซึ่งคู่กรณีตกลงให้บุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นคนเดียวหรือหลายคนทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้ง โดยคู่กรณีอาจจะกำหนดวิธีการอนุญาโตตุลาการ ไว้ในสัญญา หรืออาจตกลงให้ใช้วิธีนี้หลังจากที่มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นแล้วก็ได้ อนุญาโตตุลาการจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงข้อเรียกร้อง และข้อต่อสู้พร้อมทั้งนำพยานบุคคลหรือเอกสารมาสืบพินิจ การทำคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร อ่างเหตุแห่งการวินิจฉัยและจะวินิจฉัยชี้ขาดเกินขอบเขตอำนาจที่ได้รับจากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ และหากคู่กรณีฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายจะอุทธรณ์ฎีกาต่อไม่ได้ เว้นแต่กรณีที่ถูกกฎหมายยกเว้นให้เป็นพิเศษเท่านั้น

## 2.1 การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

### 2.1.1 ความหมายและหลักการของการเจรจาต่อรอง

ในการระงับข้อขัดแย้งแต่ละเรื่องนั้น ทางเลือกลำดับแรกที่คู่กรณีควรให้ความสำคัญ คือ การเจรจาต่อรอง ซึ่งเป็นทางเลือกในการระงับข้อขัดแย้งที่ต้องอาศัยการเกื้อหนุนซึ่งกันและกันเป็นอย่างมากและความสัมพันธ์ที่ดีของเจ้าของธุรกิจแต่ละรายนั้นเป็นปัจจัยสำคัญที่จะส่งเสริมให้การดำเนินธุรกิจต่อกันเป็นไปอย่างราบรื่น หากเกิดมีข้อขัดแย้งทางธุรกิจต่อกันและนำข้อขัดแย้งนั้นไปเป็นคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว โอกาสที่จะเกิดความบาดหมางขึ้นระหว่างคู่กรณีจะมีอัตราสูงเพราะท้ายที่สุดแล้ว เมื่อศาลมีคำพิพากษาฝ่ายหนึ่งจะตกเป็นฝ่ายเสียผลประโยชน์ ในขณะที่อีกฝ่ายจะได้ผลประโยชน์จากคำพิพากษาของศาล คำพิพากษาของศาลย่อมทำให้ต้องมีทั้งผู้แพ้และผู้ชนะคดี ดังนั้น จึงต้องมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเกิดความไม่พอใจในผลของคำพิพากษาของศาลและนำมาซึ่งความบาดหมางกันเองระหว่างคู่กรณี การเจรจาต่อรองจึงเป็นวิธีการระงับข้อขัดแย้งที่คู่กรณีควรให้ความสำคัญเป็นลำดับแรกเมื่อมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นเพราะอาจช่วยลดความรุนแรงของข้อขัดแย้งลงไปได้ระดับหนึ่งและข้อขัดแย้งนั้นอาจไม่ต้องกลายเป็นคดีความขึ้นสู่ศาลก็เป็นได้ ความบาดหมางระหว่างคู่กรณีก็จะไม่เกิดขึ้น

### 2.1.1.1 ความหมายของการเจรจาต่อรอง

โดยหลักแล้ว การเจรจาต่อรองเป็นการระงับข้อขัดแย้งที่คู่กรณีดำเนินการตกลงกันเอง โดยที่ไม่ต้องอาศัยคนกลางเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย โดยมีการกำหนดค่านิยมของการเจรจาต่อรองกัน ดังนี้

“การเจรจาต่อรอง” คือ กระบวนการซึ่งคู่กรณีสองฝ่ายหรือมากกว่านั้นแก้ปัญหาเฉพาะที่เกิดขึ้นซึ่งคู่กรณีอาจมีการแข่งขันกันเพื่อให้บรรลุถึงผลประโยชน์ ความต้องการ หรือความปรารถนาของตนเอง<sup>2</sup>

“การเจรจาต่อรอง” เป็นกระบวนการที่คู่กรณีสามารถควบคุมการดำเนินการเพื่อทำให้เกิดความพอใจแก่ความต้องการของคู่กรณี<sup>3</sup>

### 2.1.1.2 หลักการของการเจรจาต่อรอง

หลักการของการเจรจาต่อรอง พอสรุปได้คร่าวๆ ดังนี้

(1) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีการประเมินความต้องการของฝ่ายตรงข้ามเสมอ เพื่อช่วยให้สามารถเจรจาทกลงกันได้รวดเร็วและง่ายขึ้น การประเมินความต้องการของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น อาจสังเกตได้จากข้อเรียกร้องที่คู่กรณีฝ่ายนั้นได้เสนอมานในตอนเริ่มแรกของการเจรจาต่อรอง เพราะเป็นช่วงเวลาที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องการเรียกร้องจากอีกฝ่ายหนึ่ง

(2) การเจรจาต่อรองต้องมีความสุจริตใจและมีความตั้งใจจริงที่ต้องการให้ข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นยุติลงไปได้ด้วยดีและรวดเร็ว หากคู่กรณีเริ่มต้นการเจรจาต่อรองด้วยความคิดที่จะเอาเปรียบหรือเห็นแก่ได้จากคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามแล้ว การเจรจาต่อรองก็จะดำเนินไปด้วยความระแวงระวังและนำมาซึ่งความไม่เชื่อใจกัน ทำให้ไม่เกิดข้อยุติร่วมกันในการเจรจาต่อรองนั้น ความตั้งใจจริงก็เช่นเดียวกัน หากคู่กรณีไม่มีความตั้งใจที่จะเจรจาต่อรองเพื่อระงับข้อขัดแย้งนั้นแล้ว โอกาสที่การเจรจาต่อรองจะประสบความสำเร็จก็เป็นไปได้ยากเช่นกัน

(3) ผู้เจรจาควรมีวิธีการหรือทักษะที่ดีเพื่อช่วยให้การเจรจาต่อรองเป็นไปด้วยความราบรื่น โดยทักษะที่คตินั้นสั่งสมมาจากประสบการณ์ทำให้เกิดความเชี่ยวชาญในการระงับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น วิธีการหรือทักษะที่ดีของผู้เจรจามีส่วนสำคัญต่อการยุติข้อขัดแย้งลงได้อย่างรวดเร็ว

<sup>2</sup> Thomas F. Guernsey, A Practical Guide to Negotiation (n.p: National Institute for Trial Advocacy, 1996), p.xi.

<sup>3</sup> Henry J. Brown and Arthur L. Marriott Q.C., ADR Principles and Practice (London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 103.

(4) การเจรจาต่อรองอาจเป็นการแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกันหรือเป็นการแข่งขันชิงผลประโยชน์ระหว่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับทฤษฎีที่คู่กรณีจะนำมาปรับใช้กับการเจรจาในครั้งนั้นๆ ซึ่งได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

## 2.1.2 ทฤษฎีการเจรจาต่อรอง

ทฤษฎีทั่วไปของการเจรจาต่อรองมีสองทฤษฎี ซึ่งมีรูปแบบการดำเนินการที่แตกต่างกันมาก ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้<sup>4</sup>

### 2.1.2.1 ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive Theory)

คนทั่วไปส่วนใหญ่แล้วเห็นว่า นักกฎหมายที่จะเป็นผู้เจรจาที่มีประสิทธิภาพ ได้แก่ ผู้ที่มีความรู้กฎหมายและสามารถรักษาผลประโยชน์ของลูกค้าความ โดยได้รับผลออกมาเป็นรูปธรรม ซึ่งอาจเป็นด้านการเงิน หรือวัตถุประสงค์ของอื่น ผู้เจรจาหรือนักกฎหมายตามทฤษฎีการแข่งขันจะเป็นผู้แข็งแกร่ง ยึดในจุดยืนของตน โดยพยายามให้ฝ่ายตนได้รับชัยชนะจากการเจรจาต่อรอง

ข้อสมมติฐานเบื้องต้นของทฤษฎีการแข่งขัน ได้แก่ ตั้งคมอยู่ภายใต้การปกครองหรือครอบงำโดยผู้ที่เห็นแต่ประโยชน์ส่วนตัว โดยแต่ละฝ่ายทั้งนักกฎหมายและลูกค้ามีความประสงค์จะให้บรรลุความต้องการของตนมากที่สุด ทฤษฎีการแข่งขันมองโลกในแง่ที่ว่าทรัพยากรมีอยู่จำกัด ซึ่งจะต้องแบ่งปันโดยการแข่งขันเพื่อให้ประสบความสำเร็จในแต่ละเรื่อง ทำให้เกิดการเป็นศัตรูต่อกัน

ทฤษฎีการแข่งขันมีรูปแบบการเจรจาต่อรองที่กำหนดขึ้น โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองเป็นสำคัญเพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์มากที่สุดและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องสูญเสีย ภายใต้ทฤษฎีการแข่งขัน วัตถุประสงค์เบื้องต้นของนักกฎหมาย คือการควบคุมขั้นตอนการเจรจา ข้อขัดแย้ง ในการเผชิญหน้ากันระหว่างนักกฎหมายผู้ซึ่งเข้าใจระบบการแข่งขันกับผู้ที่ไม่เข้าใจระบบนี้ นักกฎหมายผู้ซึ่งเข้าใจระบบการแข่งขันจะได้เปรียบในการกำหนดรูปแบบและขั้นตอนการเจรจาต่อรอง โดยฝ่ายที่แข็งแกร่งจะเหนือกว่าฝ่ายที่ด้อยกว่า ข้อขัดแย้งแม้จะยุติลงได้ แต่ผลของการเจรจาต่อรองจะคาดหมายได้ยากขึ้นเมื่อนักกฎหมายที่ใช้ทฤษฎีการแข่งขันมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกัน นักกฎหมายยอมรับความเสี่ยงในการนำยุทธศาสตร์ของทฤษฎีการแข่งขันมาใช้ ดังนี้

(1) ยุทธศาสตร์ของทฤษฎีการแข่งขันเน้นถึงการเจรจาต่อรองที่เป็นปฏิปักษ์ เนื่องจากวิธีการของการเจรจาตามทฤษฎีนี้ ผู้เจรจาต้องมีความแข็งแกร่งและคู่กัน เพื่อให้ได้มาซึ่ง

<sup>4</sup> สราวุธ เบญจกุล, ยุทธศาสตร์และทฤษฎีการเจรจา (Negotiation Theory & Strategy): เทคนิคการไกล่เกลี่ย (ม.ป.ท., 2539), หน้า 73-76.

ผลประโยชน์ตามที่ตนต้องการ จึงเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้เจรจาเกิดอคติในการเผชิญหน้าซึ่งกันและกัน

(2) ทฤษฎีการแข่งขัน ผู้เจรจาไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์เนื้อหาของข้อขัดแย้งหรือองค์ประกอบสำคัญในการแก้ไขปัญหานั้น แต่เป็นในเรื่องเทคนิคการยื่นกรานเสนอข้อเรียกร้องที่สูง ควบคุมสัดส่วนผลประโยชน์ของตน ใช้การข่มขู่หรือข้อโต้แย้งเป็นสำคัญ

(3) นักกฎหมายภายใต้ทฤษฎีการแข่งขันไม่อาจจะให้ความสำคัญแก่ผลประโยชน์พื้นฐานของฝ่ายตรงข้าม แนวทางเช่นนี้ปิดกั้นโอกาสของนักกฎหมายที่จะได้รับผลประโยชน์ร่วมกันกับฝ่ายตรงข้ามซึ่งจะกระทำได้โดยการรับฟังความเห็นของอีกฝ่ายและทำความเข้าใจร่วมกัน

(4) นักกฎหมายภายใต้ทฤษฎีการแข่งขันก่อให้เกิดความตึงเครียด ความกลัวในการเจรจาต่อรอง ความไม่เชื่อถือนซึ่งกันและกัน ความโกรธและความอึดอัดซึ่งเป็นผลที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งจากการเจรจาดูตรงโดยวิธีนี้

(5) ผลจากบรรยากาศการเจรจาแบบแข่งขันที่มีความตึงเครียด ทำให้การสื่อสารของคู่กรณีบิดเบือนไปในลักษณะที่กระทบต่อผลการเจรจาดูตรง ซึ่งเป็นธรรมชาติทั้งสองฝ่าย ความโกรธและความกลัวเป็นอุปสรรคในการแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน การสื่อสารกันในลักษณะบิดเบือนเพิ่ม โอกาสให้มีการตีความและตัดสินใจที่ผิดพลาด

(6) ทฤษฎีการแข่งขันนิยมใช้ยุทธศาสตร์ซึ่งส่งเสริมผู้ที่ยึดมั่นในจุดยืนของตน

#### 2.1.2.2 ทฤษฎีการแก้ปัญหา (Problem-Solving Theory)

ผู้เข้าร่วมการเจรจาดูตรงทุกคนมีผลประโยชน์ร่วมกันบางประการ โดยทุกคนอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมของสังคมเดียวกันและมีส่วนในการแก้ปัญหาร่วมกัน เพื่อทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจภายใต้ทฤษฎีการแก้ปัญหาข้อขัดแย้งที่เป็นปัญหาที่ต้องศึกษาและแก้ปัญหาร่วมกันโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ในขณะที่ลักษณะของทฤษฎีการแข่งขัน นักกฎหมายสองฝ่ายเผชิญหน้ากัน แต่ละฝ่ายต่อสู้เพื่อชัยชนะในข้อตกลงที่ฝ่ายตนได้เปรียบ

เนื่องจากทฤษฎีการแก้ปัญหาเป็นทฤษฎีที่นักกฎหมายทั้งสองฝ่ายนั่งเคียงข้างกันทำงานร่วมกันและช่วยกันแก้ไขปัญหามาเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน จึงทำให้เกิดหลักการเจรจาโดยเสนอวิธีการทำงานและแก้ไขวิเคราะห์ปัญหาร่วมกันขึ้นมา

หลักการเจรจาโดยเสนอวิธีการทำงานและแก้ไขวิเคราะห์ปัญหาร่วมกัน โดยหลักแล้วผู้เจรจาต้องแยกปัญหาความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากข้อขัดแย้งและแก้ไขแต่ละปัญหาแยกต่างหากจากกันได้ นอกจากนี้ ต้องเน้นความสำคัญ ประโยชน์ที่ได้เสีย และความต้องการของคู่กรณี และต้องหาทางประสานผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายให้จงได้โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันเป็นหลัก แต่สิ่งสำคัญที่ผู้เจรจาต้องมีคือ ความเข้าใจและปรับปรุงทางเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาดูตรงทำสัญญา

ซึ่งนับว่าเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการประเมินข้อเสนอเพื่อที่จะตกลงกันและผู้เจรจาควรจะยอมรับข้อเสนอของอีกฝ่ายหากข้อเสนออันนั้นดีกว่าทางเลือกตามข้อเสนอของคน

ในความเห็นของผู้เขียน หากจะนำทฤษฎีใดเพียงทฤษฎีเดียวมาปรับใช้กับการระงับข้อขัดแย้งทางธุรกิจแล้ว เห็นว่า ไม่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่น่าพอใจ เนื่องจากทั้ง 2 ทฤษฎีต่างก็มีจุดอ่อนและจุดแข็งต่างกัน ดังจะได้หยิบยกให้เห็นคร่าวๆ ดังนี้<sup>5</sup>

#### จุดอ่อนของทฤษฎีการแข่งขัน

(1) รูปแบบนี้เน้นความได้เปรียบสูงสุดโดยไม่คำนึงถึงความต้องการและความสนใจของกลุ่มฝ่ายอื่น ทำให้ไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจในระยะยาวไว้ได้เลย

(2) รูปแบบนี้ไม่มีหลักจริยธรรมที่ควรต้องมี

(3) ถ้าผู้เจรจามีความสามารถไม่เท่ากัน การเจรจาแบบแข่งขันอาจเป็นผลให้การทำข้อตกลงไม่มีความเป็นธรรมเหลืออยู่เพราะต่างฝ่ายคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองเป็นหลัก

#### จุดแข็งของทฤษฎีการแข่งขัน

สามารถดำเนินการเจรจาให้ได้ผลตามที่ต้องการไม่ว่าจะเป็นข้อขัดแย้งที่มีความสลับซับซ้อนหรือข้อขัดแย้งที่ไม่มีประเด็นปัญหายุ่งยาก เพราะการดำเนินการเจรจาแบบนี้มีลักษณะคู่กัน แข็งกร้าว และไม่ได้คำนึงถึงความต้องการของกลุ่มอีกฝ่ายอยู่แล้ว

ในขณะที่ทฤษฎีการแก้ปัญหาจุดอ่อนและจุดแข็งที่ตรงกันข้ามกับทฤษฎีการแข่งขัน ดังนี้

#### จุดอ่อนของทฤษฎีการแก้ปัญหา

การดำเนินการเจรจาจะมีลักษณะอ้อมอ้อมเพื่อให้เกิดการตกลงกันระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทำให้บางครั้งต้องอาศัยระยะเวลาในการเจรจาเพื่อหาข้อยุติ และอาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจที่ต้องรีบดำเนินการต่อของกลุ่มเหล่านี้ด้วย

#### จุดแข็งของทฤษฎีการแก้ปัญหา

(1) หากข้อขัดแย้งนั้นได้ผู้เจรจาที่มีประสบการณ์สูงในการเจรจาเพื่อระงับข้อขัดแย้งแล้ว ผู้เจรจาจะสามารถเจรจาหาจุดกึ่งกลางที่ทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเกิดความพอใจได้อย่างรวดเร็ว ทำให้ประหยัดเวลาแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

(2) การเจรจาแบบอาศัยความร่วมมือจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะช่วยลดความรุนแรงของข้อขัดแย้งลงได้มาก

(3) ช่วยรักษาไว้ซึ่งสัมพันธภาพทางธุรกิจในระยะยาว

<sup>5</sup> Lucille M. Ponte and Thomas D. Cavenagh, *Alternative Dispute Resolution in Business* (West Educational Publishing Company, 1999), pp. 63-67.

ดังนั้น ควรที่จะต้องนำเอาจุดอ่อนและจุดแข็งของแต่ละทฤษฎีมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับข้อขัดแย้งแต่ละเรื่อง จึงจะได้ข้อยุติตามที่คู่กรณีต้องการอย่างแท้จริง

แต่อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าทฤษฎีการแก้ปัญหาที่มีข้อสมมติฐานหลายประการที่ไม่อาจใช้ร่วมกับทฤษฎีการแข่งขันได้ทั้งหมด ดังนี้<sup>6</sup>

(1) ทฤษฎีการแก้ปัญหาสันนิษฐานไว้ก่อนว่า การรักษาผลประโยชน์ของตนเองอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้อื่น ภายใต้ทฤษฎีนี้นักกฎหมายเจรจาต่อรองกันเสมือนอยู่ในบรรยากาศแห่งการเข้าร่วมแก้ไขปัญหาคู่กัน ไม่ใช่การแข่งขันกันแบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะที่เป็นศัตรูกัน แม้ทรัพยากรจะมีอยู่จำกัดในการแบ่งปันกัน แต่ผู้แก้ไขปัญหาก็คำนึงถึงความหลากหลายของทางเลือกของแต่ละฝ่ายที่ไม่จำกัดในทรัพยากรที่มีอยู่นั้น แต่ละฝ่ายจะให้ความสำคัญสิ่งเดียวกันแตกต่างกันไป ดังนั้น ระบบการแบ่งปันจึงมีพื้นฐานที่จะมีการแยกส่วนให้แก่กันอย่างเท่าๆ กัน ระบบนี้ฝ่ายหนึ่งอาจจะได้ประโยชน์โดยไม่จำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องสูญเสีย ซึ่งแนวความคิดนี้ทราบกันในนามของ “expanding the pie”

(2) ทฤษฎีการแก้ปัญหาสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผลประโยชน์ร่วมกันเกิดขึ้นทั้งระหว่างที่มีการเจรจาแบบเป็นปฏิปักษ์และความกอดคอตตามธรรมชาติ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถเอาชนะปัญหาได้ด้วยการช่วยเหลือกันแก้ปัญหามากกว่าที่จะเน้นถึงความคิดเห็นที่แตกต่าง

(3) เป้าหมายของการแก้ปัญหาคำหนดขึ้นในลักษณะของการได้รับคุณค่าหรือประโยชน์ เช่น ความต้องการที่จะได้ข้อตกลงที่ดี ยุติธรรม มีประสิทธิภาพและใช้บังคับได้ตลอดไป จุดมุ่งหมายของความยุติธรรมคือความสำเร็จและการได้รับประโยชน์ในระยะยาว อีกทั้งยังคงรักษาสัมพันธภาพอันดีระหว่างกันไว้ได้ เปรียบเทียบกับผลประโยชน์ด้านการเงินในระยะสั้นที่จะได้รับ ในทางตรงกันข้ามกับจุดมุ่งหมายตามทฤษฎีการแข่งขันซึ่งกำหนดจากผลประโยชน์โดยตรงตามปกติจะอยู่ในรูปแบบการเงินในขณะนั้น และความสูญเสียของฝ่ายตรงข้าม

(4) ทฤษฎีการแก้ปัญหาคำนึงถึงความชอบธรรมของฐานะ ประโยชน์ และความประสงค์ของอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่เพียงแต่สิ่งเหล่านี้จะมีความสำคัญต่อขั้นตอนการเจรจาต่อรอง แต่นักกฎหมายควรจะต้องเปิดโอกาสยอมรับข้อเสนอของอีกฝ่ายในการเจรจาต่อรองด้วย

(5) ทฤษฎีการแก้ปัญหาสันนิษฐานไว้ก่อนว่า การเจรจาต่อรองส่วนใหญ่จะมีปัญหาหลายประเด็น ดังนั้น งานการเจรจาต่อรองเป็นการรวบรวมข้อโต้แย้งในหลายประเด็น เพื่อหาข้อยุติและแก้ไขปัญหานั้นเป็นที่ยอมรับของทั้งสองฝ่ายเพียงข้อเดียว แม้ว่าผู้เจรจาบางคนพยายามเน้นประเด็นปัญหาเพียงข้อเดียว โดยปกตินักกฎหมายสามารถแยกประเด็นออกจากกันออกเป็นหลายส่วน

<sup>6</sup> สราวุธ เบญจกุล, ยุทธศาสตร์และทฤษฎีการเจรจา (Negotiation Theory & Strategy) : เทคนิคการไกล่เกลี่ย, หน้า 77-78.

ยกตัวอย่างคดีอุบัติเหตุที่มีผู้ได้รับบาดเจ็บ ประเด็นปัญหาเรื่องจำนวนค่าเสียหายที่บริษัทประกันภัยจะต้องชดใช้แก่ผู้ที่ได้รับบาดเจ็บ คุณเหมือนจะเป็นปัญหาที่สำคัญเพียงข้อเดียวว่า จะเป็นเงินจำนวนเท่าใด แต่ประเด็นปัญหาเรื่องนี้สามารถแยกออกได้เป็นหลายข้อ เช่น จำนวนค่าเสียหายทั้งหมด จำนวนที่ชำระเป็นเงินสด จำนวนเงินและวิธีการผ่อนชำระ หลักเกณฑ์ที่ใช้คำนวณเกี่ยวกับการสูญเสียรายได้ในอนาคต กำหนดเวลาการชำระเงิน การกำหนดค่าเสียหายที่ได้รับความเจ็บปวดหรือทนทุกข์ทรมาน เป็นต้น โดยทั่วไปผู้เจรจาให้ความสำคัญก่อนหลังในแต่ละประเด็นปัญหาค้างค้ำกัน ผู้เสียหายในคดีอุบัติเหตุมีความประสงค์ได้รับชดใช้ค่าเสียหายจำนวนมาก ไม่ว่าจะชำระครั้งเดียวทั้งหมดหรือชำระเงินสดก่อนบางส่วนเป็นจำนวนเงินมากที่สุด และผ่อนชำระส่วนที่เหลือภายในเวลาอันสมควร บริษัทประกันภัยมีความประสงค์จะชำระค่าเสียหายจำนวนน้อยกว่าที่ผู้เสียหายเรียกร้อง โดยชำระเงินสดก่อนเพียงเล็กน้อยและขยายเวลาการผ่อนชำระออกไป ดังนั้นผู้เจรจาจึงต้องค้นหาผลประโยชน์และความต้องการร่วมกันของคู่กรณีโดยพยายามถ่วงดุล (Balancing) ข้อแตกต่างของความต้อการแต่ละฝ่าย

ดังนั้น การนำทฤษฎี ยุทธศาสตร์และรูปแบบแต่ละประเภทมาใช้หรือนำมาดัดแปลงใช้ร่วมกันในการเจรจาดอรอง หรือการไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งให้เกิดประโยชน์สูงสุด จึงขึ้นอยู่กับสภาพปัญหาในเรื่องนั้น และสภาพแวดล้อมทางสังคมแต่ละแห่ง

### 2.1.3 วิธีการและข้อพิจารณาของการเจรจาดอรอง

ก่อนเริ่มการเจรจา คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่จะเจรจาดอรองกันนั้นควรที่จะวางแผนกำหนดวิธีการหรือแนวทางที่ตนจะดำเนินการเจรจาดอรองให้รอบคอบเสียก่อน เพื่อให้การเจรจาดอรองเป็นไปตามขั้นตอนและดำเนินไปอย่างมีระเบียบแบบแผนอันจะทำให้การเจรจาดอรองสำเร็จลงได้ด้วยดีและเสร็จสิ้นภายในระยะเวลาไม่นาน

#### 2.1.3.1 ขั้นตอนการวางแผนการเจรจาดอรอง

การเจรจาดอรองที่ดีควรดำเนินการกำหนดขั้นตอนอย่างเป็นระบบ ดังต่อไปนี้<sup>7</sup>

##### 2.1.3.1.1 การกำหนดประเด็น (Defining issues)

เป็นขั้นตอนแรกของการวางแผนการเจรจาดอรอง คือ การกำหนดประเด็นอย่างรอบคอบ การที่จะกำหนดประเด็นในแต่ละเรื่องได้นั้นต้องมีการวิเคราะห์สถานการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเสียก่อน จึงจะทำให้ทราบถึงประเด็นหลักของความขัดแย้งในเรื่องนั้นๆ ได้ โดยทั่วไปการ

<sup>7</sup> Roy J. Lewicki (et al.), *Negotiation*, 2<sup>nd</sup> ed. (The McGraw-Hill Companies, Inc, 1994), pp. 128-138.



เจรจาต่อรองจะเกี่ยวข้องกับประเด็นหลักๆเพียงหนึ่งหรือสองประเด็นเท่านั้น และจะเกี่ยวข้องกับประเด็นย่อยๆอีกหลายประเด็น ตัวอย่างของการกำหนดประเด็นหลักเช่น ในการซื้อบ้านสักหลังหนึ่ง ผู้ซื้อสามารถที่จะวิเคราะห์ได้ทันทีว่าประเด็นหลักในกรณีนี้คือเรื่องราคา วันที่ขาย และวันที่เข้าครอบครองบ้านหลังนั้น ในระหว่างที่ดำเนินกระบวนการซื้อขายอยู่นั้น ทนายความ นักธนาคาร หรือนายหน้าค้าที่ดินอาจแนะนำให้ผู้ซื้อทำรายการอื่นที่ต้องพิจารณาควบคู่กันไปด้วย ได้แก่ ค่าภาษีที่ต้องชำระ หรือค่าแกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรว่าบ้านที่จะซื้อขายกันนั้นต้องได้รับการปิดกวาดอย่างสะอาดเรียบร้อยก่อนที่ผู้ซื้อจะเข้าไปอยู่อาศัย เป็นต้น ในการเจรจาต่อรองเรื่องใดก็ตาม จำเป็นที่ต้องหาประเด็นที่เป็นหลักสำคัญของเรื่องที่ขัดแย้งให้ได้เป็นลำดับแรกเสียก่อน โดยอาศัยจากแหล่งข้อมูลเหล่านี้

- (1) เริ่มจากการวิเคราะห์ปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น
- (2) ประสพการณ์ที่เคยผ่านมาในข้อขัดแย้งที่คล้ายคลึงกัน
- (3) การรวบรวมข้อมูลโดยผ่านการศึกษาวิจัย เช่น การอ่านหนังสือเรื่อง “วิธีการซื้อขายบ้าน”
- (4) การขอคำปรึกษากับผู้เชี่ยวชาญ เช่น นายหน้าค้าที่ดิน นักธนาคาร ทนายความ นักบัญชี หรือเพื่อนซึ่งเพิ่งซื้อบ้านเมื่อไม่นานมานี้ เป็นต้น

2.1.3.1.2 การรวบรวมประเด็นและการกำหนดวาระการประชุม (Assembling issues and defining agendas)

ขั้นตอนต่อไปของการวางแผนการเจรจาต่อรอง คือ การรวบรวมประเด็นทั้งหมดที่ได้กำหนดไว้ให้พอที่จะทำความเข้าใจได้ง่าย การทำรายการเกี่ยวกับประเด็นต่างๆ ขึ้นมานั้น มีวัตถุประสงค์พิเศษเพื่อที่จะรวบรวมประเด็นต่างๆ มาไว้ในที่เดียวกัน ในกรณีที่ผู้เจรจาไม่ได้มีการพูดคุยกันบ่อยครั้งหรือในกรณีที่ผู้เจรจาต่างฝ่ายต่างมีธุรกิจที่ต้องจัดการกันเป็นจำนวนมาก ยิ่งทำให้มีประเด็นมากมายที่จะถูกหยิบยกกันขึ้นมาเจรจาต่อรอง ซึ่งอาจเสี่ยงต่อการดำเนินการเจรจาต่อรองที่ยืดเยื้อขึ้นกว่าเดิม ดังนั้น การลำดับความสำคัญก่อนหลังของแต่ละประเด็นจึงเป็นสิ่งที่ผู้เจรจาต้องกระทำโดยผู้เจรจาอาจเรียงลำดับประเด็นต่างๆ ตามความสำคัญหรืออาจเรียงตามความเกี่ยวข้องมากน้อยกับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นก็ได้

2.1.3.1.3 การกำหนดผลประโยชน์ (Defining interests)

หลังจากการกำหนดประเด็นต่างๆ แล้ว ผู้เจรจาต้องมากำหนดผลประโยชน์และความต้องการของฝ่ายตน แม้ว่าการกำหนดผลประโยชน์เป็นสิ่งสำคัญในการเข้าร่วมเจรจามากกว่าการต่อรองเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ แต่การเจรจาต่อรองเพื่อแบ่งปันกลับเป็นประโยชน์ในการเข้าถึงผลประโยชน์ของแต่ละฝ่าย ถ้าประเด็นจะเป็นตัวช่วยให้ทราบถึงสิ่งที่ผู้เจรจาต้องการ เราก็จะ

ทราบทำไมผู้เจรจาจึงต้องการสิ่งนั้น การตั้งคำถามว่า “ทำไม” จะเป็นประโยชน์ในการเจรจาต่อรองและทำให้ทราบถึงผลประโยชน์ที่ผู้เจรจาต้องการ

#### 2.1.3.1.4 การปรึกษากับผู้เจรจา (Consulting with others)

ในการกำหนดความสำคัญของประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน และการทราบถึงผลประโยชน์และความต้องการของผู้เจรจา ผู้เจรจาต้องปรึกษากับผู้อื่นบ่อยครั้ง โดยเฉพาะถ้าผู้เจรจาต้องเป็นตัวแทนให้กับบางกลุ่มหรือบางองค์การ สิ่งเหล่านี้อาจดูเหมือนว่าเข้าไปสำหรับผู้เจรจามือใหม่ แต่สำหรับผู้เจรจาที่มีประสบการณ์มาแล้วจะรู้ว่าผู้เจรจาเพียงคนเดียวไม่สามารถที่จะตัดสินใจในประเด็นตามวาระการประชุมได้ทั้งหมด ดังนั้น จึงต้องมีการปรึกษากันเกิดขึ้นบ่อยๆ ระหว่างผู้เจรจาและกลุ่มองค์กรของผู้เจรจา และระหว่างผู้เจรจากับฝ่ายตรงข้าม ก่อนที่การปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการจะเริ่มขึ้น

#### 2.1.3.1.5 การกำหนดเป้าหมาย (Managing goal-setting)

เมื่อมีการกำหนดประเด็นและรวบรวมประเด็นที่เกี่ยวข้องเข้าด้วยกันแล้ว ขั้นตอนต่อไปที่คู่กรณีต้องคำนึงถึง คือ “การกำหนดเป้าหมาย” ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของการเจรจาต่อรอง ในการกำหนดเป้าหมาย เราจำเป็นต้องพิจารณา 4 เรื่องที่สำคัญ ได้แก่

(1) การกำหนดเป้าหมาย (target point) เป็นการคาดหวังว่าจะประสบความสำเร็จในการยุติข้อขัดแย้ง

(2) การกำหนดขั้นต่ำของข้อโต้แย้ง (resistance point) ซึ่งอย่างน้อยที่สุด คู่กรณีสามารถที่จะยอมรับถึงการยุติของข้อขัดแย้งนั้นๆ ได้

(3) การกำหนดทางเลือกอื่น (alternative settlement) เป็นทางเลือกในการระงับข้อขัดแย้งระหว่างมีผู้เจรจาช่วยในการเจรจาหรือระงับข้อขัดแย้งโดยลำพังด้วยตนเอง

(4) การสอบถามราคาหรือการเปิดประมูล (asking price or opening bid) เป็นวิธีการเสนอข้อเสนอที่ดีที่สุดที่สามารถยอมรับเพื่อให้เกิดการยุติข้อขัดแย้งได้

#### 2.1.3.1.6 การบ่งบอกถึงขีดจำกัดของผู้เจรจา (Identifying your own limits)

จะเกิดอะไรขึ้นถ้าหากผู้เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะยอมรับข้อเสนอบางรายการตามที่กำหนดในวาระการเจรจาหรือตามประเด็นที่แสดงมา ผู้เจรจาควรที่จะกำหนดประเด็นเหล่านี้เสียใหม่และตัดสินใจว่าประเด็นเหล่านี้จริงๆ แล้วมีความสำคัญอย่างไร ผู้เจรจาสามารถที่จะ “หยุด” คำเนิการได้หรือไม่ หรือสามารถที่จะ “เลื่อน” การเจรจาและเจรจาค่อในภายหลังได้หรือไม่ ถ้าคำตอบคือ “ไม่” แล้ว ผู้เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งก็จะพิจารณาต่อว่าควรที่จะดำเนินการต่อหรือไม่ ถ้าตกลงใจที่จะไม่เจรจากันต่อไป มันจะเลวร้ายลงไปหรือไม่ ผู้เจรจาสามารถที่จะนำเสนอการแก้เหล่านี้มาเป็นบททดสอบให้กับตัวผู้เจรจาเองได้

2.1.3.1.7 การดำเนินการในการสนับสนุนข้อโต้แย้ง (Developing supporting arguments)

สิ่งสำคัญอย่างหนึ่งในการเจรจาต่อรอง คือ ความสามารถที่จะแสดงออกอย่างชัดเจนและสามารถที่จะสนับสนุนทั้งข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้งที่คนได้เสนอมาร่วมกับสามารถต่อสู้หักล้างข้อโต้แย้งของฝ่ายตรงข้ามได้ และสิ่งที่ทำให้ผู้เจรจาประสบความสำเร็จ คือ ความสามารถในการติดต่อสื่อสารและความสามารถในการชักจูงใจ

2.1.3.1.8 การวิเคราะห์คู่กรณีฝ่ายตรงข้าม (Analyzing the other party)

ในขั้นตอนการวางแผนการเจรจาต่อรอง จะให้ความสำคัญกับคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามเสมอ การทราบถึงประวัติและข้อมูลเบื้องต้นของคู่กรณี จะทำให้เราสามารถวิเคราะห์และเตรียมตัวสำหรับการเจรจาต่อรองได้ดียิ่งขึ้น ข้อมูลที่จะเป็นประโยชน์ต่อการเจรจาต่อรองเพื่อช่วยให้การเจรจามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ได้แก่

(1) แหล่งข้อมูลที่คู่กรณีมีอยู่ ผลประโยชน์ และความต้องการ (The other party's current resources, interests and needs)

(2) วัตถุประสงค์ของคู่กรณี (The other party's objectives)

(3) ความมีชื่อเสียงของคู่กรณีและลักษณะของการเจรจาต่อรองของคู่กรณี (The other party's reputation and negotiation style)

(4) ทางเลือกอื่นของคู่กรณี (The other party's alternative)

(5) อำนาจของคู่กรณีในการตัดสินใจ (The other party's authority to make an agreement)

(6) กลยุทธ์และกลวิธีของคู่กรณีที่น่าจะเป็นไปได้ (The other party's likely strategy and tactics)

(7) อื่นๆ

2.1.3.2 ข้อพิจารณาของการเจรจาต่อรอง

ในที่นี้ ผู้เขียนขอแบ่งข้อพิจารณาของการเจรจาต่อรองออกเป็น 3 หัวข้อย่อย ดังนี้

2.1.3.2.1 ข้อดีและข้อเสียของการเจรจาต่อรอง<sup>8</sup>

ข้อดีของการเจรจาต่อรอง ได้แก่

(1) ช่วยรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีได้เด็ดขาด เนื่องจากไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามารับรู้ด้วย

---

<sup>8</sup> รศ.พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, มิถุนายน 2540), หน้า 8-10.

(2) ประหยัดค่าใช้จ่าย เนื่องจากคู่กรณีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่บุคคลภายนอก เช่น ทนายความ หรืออนุญาโตตุลาการ

(3) ทำให้เกิดความรวดเร็ว เพราะการเจรจาต่อรองขึ้นอยู่กับคู่กรณีที่มีข้อขัดแย้งกัน เท่านั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการว่างหรือไม่ว่างของบุคคลภายนอกดังเช่น ผู้ไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการ ผู้พิพากษา หรือทนายความที่เข้ามาช่วยดำเนินคดี เว้นแต่จะมีการใช้วิธีการให้อนุญาโตตุลาการ ชีขาดหรือผู้พิพากษาคัดสินตามที่ตกลงประนีประนอมกัน

**ข้อเสียของการเจรจาต่อรอง ได้แก่**

(1) การเจรจาอาจกินเวลานานมาก หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย จงใจไม่ร่วมมือในการระงับข้อขัดแย้ง เว้นแต่จะมีการกำหนดเวลาให้ชัดเจนเลยว่าต้องเจรจาให้แล้วเสร็จภายในเวลาเท่าใด แต่การกำหนดเวลาแบบนี้อาจไม่เหมาะสมเพราะต้องกำหนดไว้ล่วงหน้า ซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับขนาดของข้อขัดแย้งซึ่งอาจจะใช้เวลาสั้นกว่าหรือยาวกว่านั้นในการระงับข้อขัดแย้ง

(2) ผลของการเจรจาต่อรองไม่ผูกมัดคู่กรณีเว้นแต่จะมีการชีขาด โดยอนุญาโตตุลาการ หรือมีการตัดสินโดยผู้พิพากษาดำเนินการประนีประนอมยอมความซึ่งก็จะเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายและจะไม่เป็นความลับอีกต่อไป

(3) การเจรจาต่อรองอาจสำเร็จลุล่วงได้ยาก เนื่องจากไม่มีคนกลางเข้ามาทำหน้าที่ประสานความต้องการให้กับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำให้ไม่สามารถรอมชอมกันได้เอง

เมื่อพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียที่เกิดขึ้นจากการเจรจาต่อรองแล้ว จะพบได้ว่าการเจรจาต่อรองมิได้มีแต่ข้อดีด้านเดียวเท่านั้น เพราะหากการเจรจาต่อรองมีอุปสรรคเกิดขึ้น ผลสำเร็จของการเจรจาต่อรองก็จะเกิดขึ้นได้ยากและจะทำให้การเจรจานั้นไม่อาจลุล่วงไปได้และจะเกิดเป็นข้อเสียตามมาในภายหลัง ดังนั้น จึงจำเป็นที่คู่กรณีต้องทราบถึงสาเหตุที่เป็นปัจจัยทำให้การเจรจาต่อรองอาจประสบความสำเร็จล้มเหลวได้

**2.1.3.2.2 สาเหตุแห่งความล้มเหลวของการเจรจาต่อรอง<sup>9</sup>**

(1) อารมณ์โกรธที่เกิดจากการโต้เถียงกัน จนไม่เกิดความเชื่อถือหรือไม่ไว้วางใจต่อกัน ไม่อยากพูด หรือไม่อยากเห็นหน้า เป็นต้น

(2) ความไม่เข้าใจ และความไม่สามารถถ่ายทอดอธิบายให้ฝ่ายตรงข้ามเข้าใจได้

(3) ข้อขัดแย้งบางครั้งอาจประกอบด้วยปัญหาหลายข้อ และบางข้ออาจมีความยุ่งยากเกินกว่าจะทำความเข้าใจได้โดยเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องตีความ

<sup>9</sup> กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย, หน้า 3.

(4) คู่กรณีแต่ละฝ่ายไม่เข้าใจจุดยืนหรือความต้องการที่แท้จริงของฝ่ายตรงข้าม เพราะไม่เปิดใจเจรจาท่อกัน

(5) คู่กรณีแต่ละฝ่ายอาจคาดหวังจากคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามมากเกินไป ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งก็แข็งกร้าวไม่ยอมยืดหยุ่นให้

(6) ความลับที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายไม่ยอมบอกโดยตรงแก่ฝ่ายตรงข้าม ทำให้การเจรจาสะดุดไม่ก้าวไปข้างหน้า

(7) อื่นๆ

เมื่อคู่กรณีสามารถค้นพบสาเหตุแห่งความล้มเหลวของการเจรจาท่อรองของตนเองได้แล้ว คู่กรณีจึงจำเป็นต้องริบหาแนวทางแก้ไขไม่ให้เกิดอุปสรรคใดๆ ขึ้นระหว่างการเจรจาท่อรอง เพื่อที่จะให้การเจรจาท่อรองของตนเสร็จสิ้นลงได้ด้วยดีและรวดเร็ว

2.1.3.2.3 แนวทางที่ช่วยให้การเจรจาท่อรองบรรลุผล

(1) ผู้เจรจาท่อรองต้องเสนอข้อเสนอมที่ฝ่ายตรงข้ามสามารถยอมรับได้

กล่าวคือ การเจรจาท่อรองที่ดีนั้น ผู้เจรจาท่อรองไม่เสนอข้อเสนอมในลักษณะที่เป็น การได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป จนทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีความรู้สึกว่าคุณเอา รัดเอาเปรียบในการเจรจาท่อรอง อันจะก่อให้เกิดความหวาดระแวงและความรู้สึกที่ขมขื่นแก่ฝ่ายผู้ถูก เปรียบจากข้อเสนอมนั้น และสุดท้ายข้อเสนอมนั้นก็จะไม่ได้รับการยอมรับจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และอาจทำให้การเจรจาท่อรองต้องยุติลง

(2) ผู้เจรจาท่อรองมองหาทางเลือกอื่นไว้ ในกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับ ข้อเสนอมของคุณ

หากการยื่นข้อเสนอมในครั้งแรคนั้นประสบความล้มเหลว ผู้เจรจาท่อรองที่ยื่นข้อเสนอม นั้นต้องคิดหาหนทางเลือกอื่นเพื่อให้การเจรจาท่อรองนั้นสำเร็จลงได้ โดยอาจหาทางเลือกอื่นที่ไม่ ห่างไกลจากข้อเสนอมเดิมของคุณมากนัก

(3) ผู้เจรจาท่อรองมีการเตรียมตัวที่ดี

การเตรียมตัวที่ดีรวมถึงการจัดเตรียมสถานที่ที่จะใช้ในการเจรจาท่อรอง การ จัดเตรียมวาระการเจรจา การเตรียมตัวเรื่องบุคลิกในการเจรจาท่อรอง และในเรื่องอื่นๆที่จะช่วย ให้เกิดประ โยชน์ต่อการเจรจาท่อรองมากยิ่งขึ้น ในเรื่องสถานที่ที่จะใช้ในการเจรจาท่อรองนั้น ผู้เจรจาท่อรองหาสถานที่ให้เหมาะแก่การเจรจาท่อรอง ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญที่มีควรมองข้ามไปในการ เจรจาท่อรองแต่ละครั้ง ผู้เจรจาท่อรองควรมหาสถานที่เจรจาท่อรองที่เป็นกลางแก่ทั้งสองฝ่าย และต้องไม่เป็นการสร้าง ความลำบากแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจนเกินไป

#### (4) ผู้เจรจาต้องทราบถึงเป้าหมายของอีกฝ่ายหนึ่ง

การที่ผู้เจรจาฝ่ายหนึ่งทราบถึงเป้าหมายของผู้เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งจะช่วยให้ผู้เจรจาฝ่ายนั้นทราบถึงความต้องการของผู้เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยอันจะทำให้ง่ายต่อการชักจูงใจให้อีกฝ่ายหนึ่งยอมรับตามข้อเสนอของตน และจะทำให้การเจรจาดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว

โดยสรุปแล้ว การเจรจาดำเนินไปเป็นทางเลือกอย่างหนึ่งในการระงับข้อขัดแย้งที่นิยมใช้กันมากในการระงับข้อขัดแย้งทางธุรกิจ ทั้งนี้ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้คำนึงถึงชื่อเสียงและผลประโยชน์ทางธุรกิจของตนเป็นสำคัญ ซึ่งการเจรจาดำเนินไปจะช่วยให้ความลับทางธุรกิจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ถูกเผยแพร่ออกไปยังผู้อื่น ซึ่งลักษณะดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็นจุดเด่นของการเจรจาดำเนินไป แต่อย่างไรก็ตาม ข้อขัดแย้งทุกเรื่องก็ไม่สามารถระงับลงได้ด้วยการเจรจาดำเนินไป ดังนั้น หากคู่กรณีเห็นว่า ข้อขัดแย้งของตนไม่เหมาะแก่การเจรจาดำเนินไป คู่กรณีอาจจะระงับข้อขัดแย้งด้วยวิธีการอื่น

## 2.2 การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง (Mediation or Conciliation)

### 2.2.1 ความหมายและหลักการของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง

เพื่อป้องกันความสับสนระหว่าง “การไกล่เกลี่ย” และ “การประนอมข้อขัดแย้ง” จึงขอกล่าวถึงเพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันว่า โดยหลักแล้ว การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อขัดแย้งไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างใด จะแตกต่างกันเฉพาะชื่อ แล้วแต่ผู้ใดจะเรียกว่าเป็น conciliation หรือ mediation นอกจากนี้ ยังมีลักษณะบางประการที่แตกต่างกันเพียงเล็กน้อยเท่านั้น คือ การไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งเป็นวิธีการที่ยืดหยุ่นกว่าการประนอมข้อขัดแย้งและแนวทางหรือวิธีการประคับประคองให้คู่กรณีตกลงกันก็ไม่ได้มีการกำหนดให้คำนึงถึงสิทธิ หน้าที่ ประเพณีทางการค้า พฤติการณ์ต่างๆ รวมทั้งวิธีการที่คู่กรณีเคยปฏิบัติต่อกันมา เหมือนกับการประนอมข้อขัดแย้ง ส่วนในเรื่องขั้นตอนและวิธีการ ถ้าจะมีข้อแตกต่างกันบ้างก็แต่เฉพาะในกรณีที่ผู้ร่างกฎข้อบังคับหรือออกกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติไว้แตกต่างกันไปบ้างตามที่เห็นสมควร<sup>10</sup> แต่ในทางปฏิบัติแล้ว คู่กรณีมักเรียกทั้ง “การไกล่เกลี่ย” และ “การประนอมข้อขัดแย้ง” รวมกันเป็น

<sup>10</sup> สม อินทร์พวง, “หลักเกณฑ์การประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความหมายของการประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท,” วารสารสหภาพทนายความ 10, 38 (มิถุนายน-กรกฎาคม 2545): 52-54.

ความหมายเดียวและมีรูปแบบการใช้ที่เหมือนกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอรวมเรียกทั้งสองคำไว้ในเรื่องเดียวกันในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

### 2.2.1.1 ความหมายของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง

การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งเป็นกระบวนการระงับข้อขัดแย้งที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลางทำหน้าที่ช่วยเหลือให้คู่กรณีเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ โดยผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งจะคอยชี้แนะ โน้มน้าว ชักจูงให้คู่กรณีหาหนทางตกลงกันได้ด้วยดี

มีการกำหนดความหมายของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งกันอยู่เรื่อยๆ ดังนี้ ประมวลกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย (Code of Virginia) หมวดที่ 21.2 (Chapter 21.2) ให้คำจำกัดความคำว่า “การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง” หมายถึง วิธีการ (process) ที่ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งช่วยเหลือสนับสนุน (facilitate) คู่กรณีสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายให้บรรลุข้อตกลงในการระงับข้อขัดแย้งรวมทั้งช่วยติดต่อในเรื่องต่างๆ ระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งกับคู่กรณีฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายจนกระทั่งถึงเวลาที่คู่กรณีสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายตกลงกันให้ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งพ้นหน้าที่ของเขา<sup>11</sup>

Mr. Derril T. Warren, Q.C. ผู้อำนวยการบริหารของศูนย์อนุญาโตตุลาการของบริติชโคลัมเบียของแคนาดา ได้ให้คำจำกัดความการไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งไว้ ดังนี้ “การไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้ง (mediation) มีพื้นฐานหรือหลักเกณฑ์แตกต่างจากวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยผู้ไกล่เกลี่ยกระทำการในฐานะเป็นคนกลาง เป็นผู้ช่วยเหลือสนับสนุน (facilitator) ในระหว่างที่มีการเจรจาต่อรองต่างๆ ระหว่างคู่กรณี จุดประสงค์ของการช่วยเหลือสนับสนุนก็เพื่อให้ข้อขัดแย้งระงับไปด้วยความสมัครใจเป็นชัยชนะของทั้งสองฝ่าย (win/win settlement) โดยคู่กรณียอมรับว่าเป็นการตกลงที่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าจะไม่มีฝ่ายใดได้ประโยชน์ไปครบถ้วนตามที่เรียกร้องมาในตอนเริ่มต้นข้อขัดแย้งก็ตาม การเจรจาต่อรองกันโดยสุจริตใจเป็นหัวใจสำคัญ แม้ตามหลักปฏิบัติทั่วไป ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ให้คำแนะนำหรือให้คำตัดสินหรือออกความเห็นว่าคุณกรณีควรตกลงกันอย่างไร แต่ผู้ไกล่เกลี่ยมักจะเสนอแนวคิดริเริ่ม (creativity) โดยใช้ความชำนาญในการสอบถาม (through the skillful use of questions) ผู้ไกล่เกลี่ยจะแยกข้อเท็จจริงสำคัญๆ ออกจากข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องโดยเร็ว และมุ่งคำนึงถึงประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคู่กรณียิ่งกว่าประเด็นบางอย่าง การเจรจาของคู่กรณีที่มีการใช้อารมณ์จะหมดไปด้วยความอดทนและตั้งใจฟังอย่างชำนาญของผู้ไกล่เกลี่ยในข้อขัดแย้งที่เป็นปัญหาทางเทคนิค ถ้ามีความจำเป็นคู่กรณีจะเป็นผู้จัดหาผู้เชี่ยวชาญเอง แต่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งควรเป็นผู้ช่วยเหลือสนับสนุนที่ได้รับการฝึกอบรมมาระดับมืออาชีพ (highly trained professional facilitator) โดยทำหน้าที่ของตนเหมือนกับผู้ควบคุมวงดนตรี (conductor of an orchestra) แม้ว่า

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

ผู้ควบคุมวงจะไม่สามารถเล่นดนตรีชิ้นใดได้ แต่ความรู้ความชำนาญในการควบคุมวงดนตรีของเขา ย่อมช่วยเหลือสนับสนุนให้นักดนตรีเล่นได้อย่างไพเราะ”<sup>12</sup>

“การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง” คือ เทคนิคในการระงับข้อขัดแย้งโดยอาศัยบุคคลที่สามเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งเพื่อช่วยอำนวยความสะดวกในการเจรจาต่อรอง โดยมีการพิจารณาที่เป็นทางการน้อยกว่าการดำเนินคดีทางศาลหรือแม้แต่ การอนุญาโตตุลาการ<sup>13</sup>

“การประนอมข้อขัดแย้ง (conciliation)” คือ การระงับข้อขัดแย้งอิสระโดยใช้บุคคลฝ่ายที่สาม เรียกว่า “ผู้ประนอมข้อขัดแย้ง” ทำหน้าที่เป็นคนกลางไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งโดยมิได้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดอย่างผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ<sup>14</sup>

“การไกล่เกลี่ย” คือ กระบวนการระงับข้อขัดแย้งที่มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือให้คู่ความเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ<sup>15</sup>

เมื่อพิจารณาจากความหมายของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งข้างต้นแล้ว สามารถที่จะสรุปได้ว่า การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อขัดแย้งมีลักษณะและวิธีการที่เหมือนกัน กล่าวคือ ต้องอาศัยคนกลางเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งเพื่อช่วยเหลือคู่กรณีในการเจรจาต่อรองกัน โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง ไม่มีอำนาจทำคำตัดสินชี้ขาดดังเช่นผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ แต่มีหน้าที่เพียงเป็นเสมือนผู้ที่คอยควบคุมให้การเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีเกิดความราบรื่นปราศจากอุปสรรคใดๆ เท่านั้น

#### 2.2.1.2 หลักการของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง

หลักการของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง สามารถสรุปได้ ดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งจะมีคนกลางเข้ามาช่วยให้การเจรจาระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นไปอย่างฉันทามิตร<sup>16</sup>

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-54.

<sup>13</sup> Frank W. Rosten, “Settling Deadlocks in The “Boardroom” Not The “Courtroom”” สรุปผลการสัมมนาเรื่อง “การระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการและประนอมข้อพิพาท : ประสบการณ์ในสหรัฐอเมริกาและไทย.” บทบัณฑิตย์ 48, 1 (มีนาคม 2535): 129.

<sup>14</sup> รายงานคณะทำงานพิจารณาแนวทางและรูปแบบการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททั้งในและนอกศาล, หน้า 8.

<sup>15</sup> กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย, หน้า 3.



(2) คนกลางที่จะเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อขัดแย้งให้กับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือผู้แทนขององค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อช่วยระงับข้อขัดแย้งก็ได้<sup>17</sup>

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อขัดแย้งจะเสนอเงื่อนไขให้คู่กรณียอมรับด้วยความสมัครใจของคู่กรณีเอง อำนาจการตัดสินใจขั้นสุดท้ายยังคงขึ้นอยู่กับคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อขัดแย้งไม่มีอำนาจบังคับหรือยึดยึดความเห็นของคนให้คู่กรณียอมรับได้<sup>18</sup>

(4) ความสามารถและศิลปะการไกล่เกลี่ยไม่จำเป็นต้องรู้ปัญหาทางเทคนิคของข้อขัดแย้ง นอกจากหลักการข้างต้นที่ผู้เขียนสรุปได้ 4 ข้อแล้ว ผู้เขียนจะขอเสนอหลักการเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้งที่มีนักวิชาการได้สรุปไว้เช่นกัน ดังนี้<sup>19</sup>

(1) คู่กรณีตกลงกันให้บุคคลที่สามในฐานะเป็นคนกลางที่เรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” เข้ามาช่วยเหลือให้คู่กรณีเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยควรจะเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายรู้จักเป็นอย่างดี หรือเป็นบุคคลที่ได้รับความเคารพนับถือ

(2) ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่กรณีซึ่งมีสภาพบังคับแต่อย่างใด

(3) การตกลงหรือไม่ เป็นการตัดสินใจอันเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีเป็นสำคัญ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจตัดสินข้อขัดแย้งอย่างเด็ดขาดเหมือนดังอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษา

(4) ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ที่พยายามลดความตึงเครียดและสร้างบรรยากาศที่ดี เพื่อนำไปสู่ทางออกของปัญหาที่เป็นที่พอใจของทุกฝ่าย โดยไม่กล่าวว่าใครถูกใครผิด

จะเห็นได้ว่า หลักการทั่วไปของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้งมีความคล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการแบ่งก็ตาม สรุปแล้วหลักการใหญ่ของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง คือ การเจรจาต่อรองที่อาศัยคนกลางเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีเจรจาดตกลงกันได้ง่ายขึ้น และความเห็นของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อขัดแย้ง ไม่ได้มีผลผูกพันคู่กรณีแต่อย่างใด

<sup>16</sup> ฉัชชา น้อยเชื้อเวียง, “ปัญหาอำนาจศาลที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีการศึกษา 2541), หน้า 8.

<sup>17</sup> สม อินทร์พุง, หลักเกณฑ์การประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความหมายของการประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, หน้า 52.

<sup>18</sup> สรวี ลิมปรั้งมี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่ กับการระงับข้อพิพาท (กรุงเทพมหานคร : นิติรัฐ, 2545), หน้า 6.

<sup>19</sup> คณัฏ อนันตดิโย, “ระงับข้อพิพาทด้วยไกล่เกลี่ย,” วารสารสหภาพนายความ 10, 39 (สิงหาคม-กันยายน 2545) : 40.

## 2.2.2 วิธีการ และข้อพิจารณาของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง

การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งเป็นวิธีการที่มีความสลับซับซ้อนมากกว่าการเจรจาต่อรองธรรมดา เนื่องจากในวิธีการนี้ นอกจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้ว ยังมีบุคคลที่สามซึ่งทำหน้าที่เป็น “คนกลาง” ซึ่งมักจะเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง (mediator หรือ conciliator)” เข้าร่วมในกระบวนการด้วย

หากผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งดำเนินการ ไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อขัดแย้งอย่างเป็นระเบียบแบบแผน มีการวางขั้นตอนที่รัดกุมรอบคอบแล้ว จะช่วยให้การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งเป็นไปด้วยดีและบรรลุผลได้โดยง่าย ยิ่งหากผู้ที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางมีวิธีการและศิลปะในการพูดจาโน้มน้าวหรือชักจูงให้คู่กรณีเห็นคล้อยตามคำแนะนำของคนได้ ก็ยิ่งจะทำให้การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งประสบความสำเร็จได้รวดเร็ว ดังนั้น วิธีการหรือขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งจะต้องคำนึงถึงทุกครั้งที่ทำหน้าที่เป็นคนกลาง

### 2.2.2.1 ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง

ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งที่สำคัญ<sup>20</sup> มีดังนี้

(1) การจัดให้คู่กรณีได้มาพบกันเพื่อการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งครั้งแรก การนัดไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งครั้งแรกถือเป็นนัดครั้งสำคัญของคู่กรณี เนื่องจากหากการประชุมกันครั้งแรกเป็นไปด้วยความราบรื่น การประชุมครั้งต่อไป ก็จะดึงดูดใจให้คู่กรณีมีความสนใจที่จะเข้าร่วมประชุม แต่หากการประชุมครั้งแรก คู่กรณีเห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งไม่มีความน่าเชื่อถือหรือเห็นว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งคอยตั้งหน้าตั้งตาแต่จะแสวงหาผลประโยชน์เข้าตนเองให้มากที่สุด ก็เป็นสัญญาณบ่งบอกได้ว่า การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งในเรื่องนั้นอาจไม่ประสบความสำเร็จได้ ถือเป็นครั้งแรกของการคูชิงซึ่งกันและกันระหว่างคู่กรณี

(2) ขั้นตอนการค้นหาประเด็นข้อขัดแย้งและความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณี ในขั้นตอนนี้ คู่กรณีจะแสดงและอธิบายปัญหาที่เกิดขึ้น รวมทั้งมีการซักถามกันระหว่างคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งจะต้องจำแนกความต้องการของคู่กรณีแต่ละฝ่าย และพยายามรวบรวมความต้องการของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเข้าด้วยกัน โดยจัดลำดับความสำคัญก่อนหลัง อีกทั้งผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งต้องพยายามประสานผลประโยชน์ เชื่อมโยง และจัดการความต้องการของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเข้าหากันจนเกิดความลงตัว ณ จุดที่สมประโยชน์ด้วยกันทั้งสองฝ่าย

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

(3) ขั้นตอนการดำเนินการตรวจสอบประเด็นข้อขัดแย้งในการประชุมฝ่ายเดียว หลังจากที่ได้ผ่านการประชุมร่วมกันครั้งแรกมาแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะจัดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายประชุมแยกกัน ซึ่งเรียกว่า “การประชุมฝ่ายเดียว” (Caucus Session) ซึ่งเป็นประโยชน์แก่การไกล่เกลี่ยเป็นอย่างมาก ซึ่งเทคนิคการไกล่เกลี่ยหลายประการต้องอาศัยวิธีการประชุมเช่นนี้ จึงจะประสบความสำเร็จ

(4) ขั้นตอนการแก้ปัญหาข้อขัดแย้งในประเด็นที่ขัดแย้ง ในขั้นตอนนี้ ต้องมีการสร้างบรรทัดฐานของความต้องการของคู่กรณีแต่ละฝ่ายและกำหนดขอบเขตของข้อเรียกร้องหรือจุดยืนในแต่ละเรื่อง ซึ่งขั้นตอนนี้ จะสามารถทราบได้ว่าข้อเรียกร้องใดที่มีแนวโน้มจะตกลงกันได้หรือข้อเรียกร้องใดไม่อาจเป็นจริงได้ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องพยายามหาข้อเรียกร้องหรือจุดยืนที่เหลื่อมล้ำกันอยู่ของคู่กรณีและหาทางแก้ไขปัญหานั้น ผู้ไกล่เกลี่ยต้องสามารถควบคุมบรรยากาศการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง ไม่ให้มีความตึงเครียดจนเกินไปเพราะอาจกระทบต่อความสำเร็จของการเจรจาในบั้นปลาย

(5) ขั้นตอนการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนท้ายสุดของการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อขัดแย้ง เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ข้อยุติร่วมกันแล้ว ก็จะมีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นหลักฐานต่อกัน

เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อขัดแย้งได้ดำเนินการตามวิธีการหรือขั้นตอนนี้ทั้ง 5 ขั้นนี้แล้ว และผลสุดท้ายคู่กรณีได้ยุติข้อขัดแย้งลงด้วยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อกัน การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้งนั้นก็จบลงแต่เพียงขั้นนี้ ข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นก็ไม่ได้นำขึ้นสู่ศาลต่อไปอีก แต่หากต่อมาปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำขึ้น คู่กรณีอีกฝ่ายก็ต้องนำเรื่องไปฟ้องร้องต่อศาลและมีการดำเนินคดีตามปกติเหมือนอย่างคดีทั่วไปหรืออาจจะเริ่มต้นระงับข้อขัดแย้งโดยทางเลือกอื่นนอกจากศาลกันใหม่

#### 2.2.2.2 ข้อพิจารณาของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง

ข้อพิจารณาของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง เป็นการอธิบายเพื่อให้เกิดความเข้าใจต่อการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้งมากขึ้น ซึ่งในหัวข้อนี้ จะกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้งนอกศาลกับในศาล ข้อดีข้อเสียของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง ประโยชน์ที่จะได้รับจากการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง และสุดท้ายปัญหาและอุปสรรคของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

### 2.2.2.2.1 ความแตกต่างระหว่างการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาล และในศาล

การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาลมีข้อสังเกตบางประการที่แตกต่างจากการไถ่เกลี่ยในศาล ดังนี้<sup>21</sup>

(1) การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาล ข้อตกลงไม่จำกัดเฉพาะการระงับข้อขัดแย้งทางการเงินเท่านั้น ดังนั้น การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาล จึงทำให้การระงับข้อขัดแย้งทางอาญาอันเป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้ด้วย ซึ่งต่างกับการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งในศาล ข้อจำกัดมุ่งเฉพาะการระงับข้อขัดแย้งทางการเงินเท่านั้น

(2) การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาลเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีซึ่งต่างจากการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งในศาล ซึ่งอาจจะเกิดความสมัครใจหรือถูกบังคับเมื่อศาลมีคำสั่งให้การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง

(3) การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาล ข้อตกลงที่สมประโยชน์แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมากที่สุดเป็นสิ่งที่พึงประสงค์ ต่างจากการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งในศาลที่มุ่งถึงประสิทธิภาพของวิธีการในการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งมากกว่าความสมประโยชน์ของคู่กรณี

(4) การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาล คู่กรณีมีส่วนร่วมโดยตรงในการเจรจา แต่การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งในศาลคู่กรณีต้องการความช่วยเหลือจากทนายความ

(5) การไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาล ผู้ไถ่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งเป็นผู้ควบคุมการดำเนินการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง โดยได้ข้อมูลในการแก้ปัญหาจากคู่กรณี ส่วนผลของการเจรจา คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะรับหรือไม่รับ ต่างจากการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งในศาลที่ผู้พิพากษาเป็นผู้ควบคุมการดำเนินการและโน้มน้าวอย่างเต็มที่ให้เกิดผลของการเจรจา โดยถือเสมือนว่าคู่กรณีมอบอำนาจให้ผู้พิพากษารับผิดชอบในการแก้ปัญหาข้อขัดแย้งให้แก่คู่กรณี

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะกล่าวถึงแต่เฉพาะส่วนที่เป็นการระงับข้อขัดแย้งนอกศาลเท่านั้น แต่ที่ได้นำเอาการไถ่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนอกศาลและในศาลมาเปรียบเทียบกันนั้นเพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างของกระบวนการระงับข้อขัดแย้งของสองรูปแบบนี้

<sup>21</sup> กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไถ่เกลี่ย, หน้า 13.

2.2.2.2.2 ข้อดีและข้อเสียของการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้ง  
การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อขัดแย้งมีข้อดีและข้อเสีย ดังต่อไปนี้<sup>22</sup>  
ข้อดี

(1) สามารถแก้ไขปัญหาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเจรจา เพราะความเกรงใจบุคคลที่สามที่เข้ามาชักจูง เนื่องจากคนกลางที่เข้ามาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยนี้มักเป็นบุคคลที่คู่กรณีคุ้นเคยเป็นอย่างดีมาก่อน

(2) ดำเนินการได้รวดเร็วตามความประสงค์ของคู่กรณี (Expedition) เนื่องจากไม่ต้องมีพิธีการหรือกฎเกณฑ์มากมาย

(3) ประหยัดค่าใช้จ่ายด้านกฎหมาย (Savings in Legal Costs) เนื่องจากไม่ต้องยื่นคำคู่ความหรือข้อเรียกร้องหรือจัดเตรียมพยานหลักฐานมากมายเหมือนการดำเนินคดีในศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ

(4) ถ้าสามารถระงับข้อขัดแย้งได้ ก็มีมีส่วนช่วยสงวนสายสัมพันธ์ทางธุรกิจของคู่กรณีไว้ได้ (Preservation of business relationships) เนื่องจากการระงับข้อขัดแย้งเป็นผลมาจากความสมัครใจทำการประนีประนอมกันระหว่างคู่กรณี ไม่ได้รับผลกระทบมากจากการแพ้หรือชนะกันเหมือนการเป็นความในศาลหรือการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ

(5) มีส่วนช่วยแก้ปัญหาให้ธุรกิจดำเนินต่อไปได้โดยไม่หยุดยั้ง (Business Solutions) เนื่องจากการตกลงหรือประนีประนอมสามารถกระทำได้อย่างกว้างขวาง คู่กรณีอาจตกลงกันกำหนดโครงสร้างการบริหารหรือการดำเนินธุรกิจกันใหม่ หรือถ้าฝ่ายใดยอมชำระเงินหรือค่าใช้จ่ายใดแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ก็สามารถกำหนดเวลาหรือเงื่อนไขที่ยืดหยุ่นเพื่อการจ่ายในภายหน้าได้ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน

(6) ใช้ได้ดีกับการระงับข้อขัดแย้งทางเทคนิค (Suitability for technical disputes) เนื่องจากคู่กรณีมีสิทธิที่จะร่วมกันสรรหาผู้ชำนาญพิเศษที่เป็นกลางให้ช่วยแก้ไขหรือระงับข้อขัดแย้งทางเทคนิคต่างๆ

(7) เป็นวิธีการที่ยืดหยุ่นได้ (Flexibility) ตามความเหมาะสมแก่ข้อขัดแย้งแต่ละเรื่อง

(8) ช่วยกันรักษาหน้าตา (Face Saving) ของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าคู่กรณีตกลงได้ ก็ได้ชื่อว่า “เป็นผู้ชนะทั้งสองฝ่าย” (Win-Win Solution) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งแพ้ (Win-Lose Resolution) เหมือนกับการตัดสินของศาลหรือการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

<sup>22</sup> รศ.พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 10-11.

(9) เป็นการดำเนินกระบวนการอย่างไรไม่มี “พิธีรีตองเคร่งครัด” (Informality) และไม่ใช่วิธีที่มีฝ่ายปฏิปักษ์ (Non-adversarial Approach) แต่มีการสร้างบรรยากาศของความร่วมมือ เพื่อนำไปสู่การตกลงกัน

(10) เป็นประโยชน์ในการใช้ระงับข้อขัดแย้งที่มีคู่กรณีหลายฝ่าย (Suit ability for Multi-party disputes) เช่นในคดีละเมิดหรือคดีผิดสัญญา ซึ่งมีผู้ได้รับความเสียหายมากมายและเรียกร้องค่าเสียหายต่างๆ กัน

(11) ช่วยลดปริมาณคดีที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาล ทำให้คดีอื่นๆ สามารถยื่นระยะเวลาพิจารณาได้เร็วขึ้น<sup>23</sup>

### ข้อเสีย

(1) ไม่สามารถรักษาความลับ เพราะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการประนอมข้อขัดแย้งมีข้อเสียในเรื่องนี้รุนแรงมาก เพราะในชั้นของการประนอมข้อขัดแย้งนั้น เป็นธรรมชาติอยู่เองที่คู่กรณีต้องเปิดเผยท่าทีของตนในเรื่องการระงับข้อขัดแย้ง รวมทั้งรายละเอียดแห่งการขัดแย้งแก่ผู้ประนอมด้วย

(2) เสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เพราะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องและอาจต้องให้ค่าตอบแทนแก่บุคคลภายนอกนั้นๆ

(3) การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งยังไม่มีผลผูกพันคู่กรณี

(4) ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้มีคำพิพากษาตามที่จะได้ประนีประนอม

### 2.2.2.2.3 ปัญหาและอุปสรรคของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้ง

แม้ว่าการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งจะก่อให้เกิดผลดีแก่คู่กรณีได้มากมาย แต่ก็ใช่ว่าการดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งจะประสบความสำเร็จเสมอไปไม่ หากแต่ยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่อาจเป็นปัญหาและอุปสรรคแก่การดำเนินการดังกล่าวได้ซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะคล้ายคลึงกับเรื่องการเจรจาต่อรอง

(1) ความแข็งกร้าวของคู่กรณี กล่าวคือ คู่กรณีต่างฝ่ายต่างเน้นในจุดยืนของตน โดยที่ไม่สนใจถึงความต้องการที่แท้จริงของฝ่ายตรงข้าม ทำให้ไม่เปิดใจที่จะเจรจาต่อกัน จนอาจเกิดความเข้าใจผิดเกิดขึ้น

(2) อารมณ์ของคู่กรณี หมายถึง อารมณ์โกรธที่เกิดจากการโต้เถียงในข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น ก่อให้เกิดความไม่ไว้เนื้อเชื่อใจหรือไม่ไว้วางใจต่อกัน อารมณ์โกรธเป็นอารมณ์ที่เป็น

<sup>23</sup> สม อินทร์พุง, “ทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางการค้านอกศาล (ตอน 1),” วารสารสหราชอาณาจักร 10, 37 (เมษายน-พฤษภาคม 2545) : 48-49.

อุปสรรคอย่างมากต่อการหันหน้าเข้าเจรจาทันที หากคู่กรณียังคงยึดถืออารมณ์นี้เป็นอาณัติอยู่แล้ว การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งก็ยากที่จะสำเร็จลุล่วงลงได้

(3) ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดจากข้อขัดแย้ง บางครั้งหากได้ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งที่ไม่มีความเชี่ยวชาญในข้อกฎหมายของข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นแล้ว การตีความข้อกฎหมายของปัญหานั้นอาจทำได้ไม่ชัดเจนและทำให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนในปัญหานั้นเกินไปกว่าเดิม

(4) คู่กรณีต่างฝ่ายต่างต้องการปกปิดความลับของตนเอาไว้ บางครั้งความลับบางเรื่องคู่กรณีแต่ละฝ่ายก็ไม่ต้องการที่จะเผยแพร่หรือแพร่กระจายให้แก่ฝ่ายตรงข้ามได้ การปกปิดความลับดังกล่าวของคู่กรณีอาจทำให้เกิดอุปสรรคต่อการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากต่างฝ่ายต่างไม่รู้ถึงปัญหาที่แท้จริงของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ทำให้การเจรจาต้องสะดุดหยุดลง

(5) ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งต้องใช้ความพยายามอย่างหนักในการทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเกิดความรู้สึกว่าตนเป็นผู้ชนะทั้งคู่ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความรู้สึกว่าการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนั้นมิใช่ผู้แพ้และผู้ชนะ จะทำให้คู่กรณีมีความรู้สึกว่าการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งไม่ได้แตกต่างไปจากการนำข้อขัดแย้งขึ้นสู่ศาล และคู่กรณีจะไม่เห็นความสำคัญของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนั้นๆ ดังนั้น ถือเป็นภาระสำคัญที่ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งต้องรับผิดชอบและผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งต้องมีศิลปะและประสบการณ์สูง

(6) การวางตัวเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง หากผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งไม่วางตัวเป็นกลาง จะทำให้คู่กรณีขาดความเชื่อถือและศรัทธาในตัวผู้ทำหน้าที่คนกลางนั้น ทำให้คู่กรณีไม่มีความต้องการที่จะดำเนินการเจรจาต่อไป เพราะความไม่ไว้วางใจในตัวผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งแล้วนั่นเอง

### 2.2.2.3 บทบาท หน้าที่ และลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง

เป็นที่แน่นอนว่า วิธีการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อขัดแย้งนั้น บุคคลที่มีบทบาทสำคัญที่สุดของวิธีการนี้คือ “ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง” ยิ่งผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ขัดแย้งมากเท่าใด การเจรจาทันทีระหว่างคู่กรณียิ่งทวีความง่ายขึ้นเป็นลำดับ ฉะนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงบทบาท หน้าที่ และลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งเพื่อประโยชน์แก่การระงับข้อขัดแย้งของคู่กรณีเอง

#### 2.2.2.3.1 บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง<sup>24</sup>

(1) การเป็นคนกลางที่ช่วยทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายกลับมาคืนดีกันอีก

<sup>24</sup> กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย, หน้า 7.

- (2) สามารถแก้ปัญหาที่ขัดแย้งกันได้ในขณะที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างก็ยอมรับได้
  - (3) ช่วยขจัดความเป็นศัตรูที่มีต่อกัน
  - (4) เสาะหาข้อมูลที่จะช่วยให้การเจรจาสำเร็จ
  - (5) ขจัดความยุ่งยากต่างๆ ที่ขัดขวางการเจรจาออกเสีย
  - (6) ช่วยเพิ่มการรับรู้และความเข้าใจซึ่งกันและกันระหว่างคู่กรณีรวมทั้งทำให้แน่ใจว่าคู่กรณีแต่ละฝ่ายเข้าใจตรงกันกับสิ่งที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับรู้และเข้าใจ
  - (7) ช่วยทำให้การเจรจาร่ารื่นและแสดงให้คู่กรณีเห็นถึงความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง
  - (8) แนะนำและช่วยเหลือคู่กรณีในการประเมินค่าใช้จ่าย ความเสียหาย และเวลาที่ต้องเสียไป
  - (9) ใช้กลยุทธ์ต่างๆ เช่น การประชุมฝ่ายเดียว เพื่อให้คู่กรณีสะดวกใจในการเปิดเผยข้อมูลเสนอข้อต่อรองหรือเสนอทางออกในการแก้ปัญหา เช่น เลื่อนการประชุมออกไปเมื่อเกิดภาวะชะงักงันในการเจรจาหรือเพื่อหาข้อมูลเพิ่มเติม เป็นต้น
- 2.2.2.3.2 หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง<sup>25</sup>
- (1) ให้ความรู้แก่คู่กรณีเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ย
  - (2) กำหนดแนวทางของพฤติกรรมในการเจรจา
  - (3) ควบคุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยและทำให้การเจรจาระหว่างคู่กรณีดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง
  - (4) ส่งเสริมทัศนคติและความเข้าใจของคู่กรณีแต่ละฝ่ายที่มีต่อกันให้ดีขึ้น
  - (5) ส่งเสริมการติดต่อเจรจาระหว่างคู่กรณีเพื่อให้ประเด็นข้อขัดแย้งกันนั้นเกิดความกระจ่างสิ้นสงสัย และทำให้คู่กรณียอมเผยข้อข้องใจ
  - (6) สนับสนุนให้มีการมองหาทางเลือกและข้อเสนออื่นๆ ที่จะทำให้ตกลงกันได้
  - (7) ตรวจสอบความสมบูรณ์ของข้อตกลงที่คู่กรณีเสนอให้แก้กัน
  - (8) ทำให้คู่กรณีขัดแย้งกันน้อยลง
  - (9) ทำความเข้าใจในแง่คิดของคู่กรณีทุกฝ่ายเกี่ยวกับประเด็นที่ขัดแย้ง ข้อเท็จจริง จุดยืน พฤติการณ์ที่รองรับและการประเมินค่าของคู่กรณี
  - (10) ช่วยลดทอนจำนวนเรื่องที่จะต้องตัดสินใจและทำให้การตัดสินใจของคู่กรณีง่ายขึ้น บันทึกและเสนอให้เห็นถึงเรื่องที่เจรจกันและข้อตกลงที่ได้เสนอไว้

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8.



(11) ช่วยสร้างความคิดเห็นใหม่ๆ เพื่อที่จะเจรจากันต่อไปได้ และสร้างหนทางอื่นในการมองปัญหาที่มีอยู่

(12) ช่วยรวบรัดเรื่องราวเพื่อให้มีการเจรจากันต่อไปได้สะดวกยิ่งขึ้น

(13) ช่วยทำข้อเสนอแนะของคู่กรณีเป็นลายลักษณ์อักษรให้เป็นภาษาที่ง่าย และสะดวกแก่การพิจารณาตกลงกัน

2.2.2.3.3 ลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้ง

โดยที่ปัญหาส่วนใหญ่มีสาเหตุมาจากผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งด้วย ดังนั้น ควรที่จะศึกษาถึงลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อขัดแย้งที่ประสบความสำเร็จแล้ว เป็นตัวอย่างในการปฏิบัติตาม ดังนี้<sup>26</sup>

(1) เป็นผู้มีประสบการณ์ชีวิตมากมาย

(2) มีความเป็นกลาง และรักษาความเป็นกลาง ได้อย่างสม่ำเสมอ

(3) มีความสามารถหรือศิลปะในการลดช่องว่างระหว่างคู่กรณี เพื่อให้แต่ละฝ่ายโอนอ่อนเข้าหากันโดยขอมลจุดยืนของตนลงมาจนสามารถตกลงกันได้

(4) รู้กฎหมาย มีความเข้าใจและสามารถอธิบายให้คู่กรณีฟังได้ทั้งความยุติธรรมตามกฎหมาย และความยุติธรรมตามธรรมชาติ

(5) เข้าใจกระบวนการของการระงับข้อขัดแย้ง และมีความรู้ในเนื้อหาสาระหรือสาขาวิชาที่ขัดแย้งกัน

(6) มีความอดทน มีความสามารถในการสำรวจความคิดเห็น

(7) บรรเทาวิกฤติทางด้านอารมณ์ของคู่กรณีระหว่างเจรจา

(8) เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้มองเห็นภาพที่แท้จริงของปัญหา มองเห็นข้อเรียกร้องทั้งหลายได้อย่างชัดเจน ซึ่งรวมทั้งโอกาสที่จะได้มาตามข้อเรียกร้องนั้น

(9) ตัดสินด้วยความเป็นธรรม

(10) ช่วยให้คู่กรณีได้เข้าใจว่า คนภายนอกคิดเห็นอย่างไรในเรื่องของตน

(11) ช่วยเป็นสะพานเชื่อมระหว่างคู่กรณีให้สามารถถ่ายทอดสิ่งที่เป็นความลับระหว่างกัน

(12) มีทักษะในการติดต่อสื่อสารที่ดี มีความสามารถในการเจรจาแบบการทูต มีความสามารถในการรับฟังได้ดี ถูกต้อง ว่องไว ประกอบไปด้วยเขาวนัปฏิบัติ

(13) มีความสามารถในการรักษาความลับ

<sup>26</sup> คณัษ อนันติโย, ระงับข้อพิพาทด้วยไกล่เกลี่ย, หน้า 41.

(14) มีความกระตือรือร้นที่จะแสดงบทบาทของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอม  
ข้อขัดแย้ง

(15) มีความเมตตา เป็นคุณสมบัติที่สำคัญที่สุด

## 2.3 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

### 2.3.1 ความเป็นมา ความหมาย และหลักการของการอนุญาโตตุลาการ

#### 2.3.1.1 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นมานานแล้วและไม่ปรากฏหลักฐานว่าเริ่มมีมาตั้งแต่เมื่อใด แต่เกิดขึ้นก่อนมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อระงับข้อขัดแย้งของคนในสังคมอย่างที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น ศาล เป็นต้น เนื่องจากในอดีตนั้นหากมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นและคู่กรณีไม่สามารถตกลงประนีประนอมระหว่างกันด้วยตนเองได้ จึงจำเป็นต้องมีบุคคลที่สามที่ทั้งสองฝ่ายให้ความเคารพนับถือซึ่งอาจเป็นญาติผู้ใหญ่ ผู้บังคับบัญชา หรือผู้นำชุมชน เข้ามาเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อขัดแย้งนั้นให้ ซึ่งบุคคลดังกล่าว คือ อนุญาโตตุลาการ และวิธีการดังกล่าว เรียกว่า การอนุญาโตตุลาการ นั่นเอง

ถึงแม้ว่ามนุษย์จะรู้จักใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อขัดแย้งกันมานับแต่สังคมยุคแรกเริ่มก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถหาหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรมายืนยันข้อกล่าวอ้างได้ สังคมแรกที่มีหลักฐานยืนยันว่ามีการใช้การอนุญาโตตุลาการ คือ สังคมของชาวกรีก ตั้งแต่ศตวรรษที่หก ก่อนคริสตศักราช มีการใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อขัดแย้งระหว่างประชาชนในนครรัฐเดียวกันและต่างนครรัฐกันและระหว่างนครรัฐต่างๆ ด้วย<sup>27</sup> และยังคงได้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการประนีประนอมข้อขัดแย้งขึ้นในหมู่ชาวกรีกด้วยกัน ซึ่งในยุคนั้นยังไม่มีแบ่งแยกระหว่างการประนีประนอมข้อขัดแย้งและการอนุญาโตตุลาการออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนในปัจจุบัน<sup>28</sup>

ข้อขัดแย้งที่นิยมระงับโดยการอนุญาโตตุลาการในสังคมของเอกชนชาวกรีกมีมากมาย เช่น การศาสนา การพาณิชย์ หนี้ บุกรุก ฯลฯ และสำหรับข้อขัดแย้งระหว่างนครรัฐที่นิยมใช้การ

<sup>27</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 21.

<sup>28</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 2.

อนุญาตตุลาการก็มีมากมายเช่นกัน เช่น การศาสนา การปักปันเขตแดน อาณานิคม การชำระหนี้สิน ฯลฯ<sup>29</sup>

ในยุคต่อมาที่มีการนำการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อขัดแย้งระหว่างเอกชน ได้แก่ ยุคโรมัน ซึ่งในยุคนี้มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาตตุลาการไว้หลายฉบับ เช่น กฎหมายสิบสองโต๊ะ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 5 โต๊ะที่ 7 กำหนดให้มีบุคคลที่เป็นกลางสามคนทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการในการระงับข้อขัดแย้งระหว่างเขตที่ดินข้างเคียง ซึ่งเป็นเรื่องการจัดอนุญาตตุลาการสำหรับระงับข้อขัดแย้งด้วยความสมัครใจของกลุ่ม แต่กฎหมายในยุคโรมันฉบับหลังๆ ได้บัญญัติถึงการอนุญาตตุลาการโดยเปลี่ยนแนวคิดจากความสมัครใจเป็นการบังคับให้กลุ่มใช้วิธีการระงับข้อขัดแย้งโดยอนุญาตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้การแนะนำดูแลของเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่น ทั้งนี้ เพราะรัฐใช้การอนุญาตตุลาการเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการเข้าควบคุมกิจการค้าและกิจการของประชาชน อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะการอนุญาตตุลาการจะเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจหรือโดยมีกฎหมายบังคับก็จะมีลักษณะบางประการที่เหมือนกัน คือ ถือว่าการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของสถาบันระงับข้อขัดแย้งหรือเป็นวิธีพิจารณา คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการย่อมมีผลผูกพันกลุ่ม เว้นแต่ในกรณีที่มีความไม่ยุติธรรมเกิดขึ้น ซึ่งศาลอาจสั่งยกเลิกได้<sup>30</sup>

พอมาถึงสมัยกลางซึ่งเป็นยุคที่ประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปได้นำวิธีการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อขัดแย้ง ซึ่งแต่เดิมประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปมีความคิดว่า อำนาจในการวินิจฉัยข้อขัดแย้งและการดำเนินการบริหารงานยุติธรรมเป็นอำนาจเค็ดคาของรัฐแต่เพียงผู้เดียว จึงทำให้เกิดอคติในการนำการอนุญาตตุลาการมาใช้ โดยมองว่า การอนุญาตตุลาการเป็นการลิดรอนอำนาจของศาล แต่อย่างไรก็ตาม ในทางการค้าและการพาณิชย์นั้น พ่อค้าส่วนใหญ่ก็ยังนิยมที่จะนำการอนุญาตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อขัดแย้งอยู่ดี เนื่องจากเห็นว่า การระงับข้อขัดแย้งโดยวิธีนี้ก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว และทำให้การดำเนินธุรกิจการค้ายังคงมีความต่อเนื่องต่อไปได้ ดังนั้น การระงับข้อขัดแย้งโดยวิธีการอนุญาตตุลาการจึงได้รับความนิยมมากกว่าการนำคดีไปสู่ศาล ก่อให้เกิดการผลักดันให้มีการออกกฎหมายมาเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนมาก

<sup>29</sup> ดิเรก ชัยนาม, ประวัติความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), หน้า 10.

<sup>30</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 22.

ประเทศอังกฤษ ในยุคที่สมาคมพ่อค้ามีบทบาทในวงการค้าเป็นอย่างมาก ก็ได้จัดให้มีการระงับข้อขัดแย้งระหว่างพ่อค้าซึ่งเป็นสมาชิกโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบรรดาพ่อค้านิยมการอนุญาโตตุลาการมากกว่าที่จะดำเนินคดีฟ้องร้องกันในศาล การอนุญาโตตุลาการยังได้รับความนิยมมากขึ้นเมื่อบริษัทการค้าต่างๆ ของประเทศอังกฤษได้ทำการค้ากับประเทศต่างๆ อย่างกว้างขวาง แม้ศาลจะมีบทบาทมากขึ้นก็ตาม และได้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาในปี ค.ศ. 1697<sup>31</sup>

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา เริ่มมีการใช้การอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สมัยที่เป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้กันในระหว่างกลุ่มพ่อค้า โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 1768 และได้มีการร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นและประกาศใช้ใหม่หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยได้แบบอย่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1781<sup>32</sup>

ในส่วนของประเทศไทยนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกคือ “พระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068” ซึ่งได้บัญญัติขึ้นใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายมนุธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย และได้มีการนำกฎหมายนี้มาคัดลอกไว้ในกฎหมายตราสามดวงที่ใช้กันมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น กฎหมายตราสามดวงได้บัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของตุลาการ (ตระลาการ) ว่าเป็นตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น และจะตัดสินความผิดถูกอย่างไรก็ไม่มิโทษ ซึ่งต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง เมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินอย่างไร คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้<sup>33</sup>

ต่อมา พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) หมวดที่ 19 มาตรา 116-121 ได้ยกเลิกกฎหมายตราสามดวงที่ใช้บังคับกันมา และได้วางหลักเกณฑ์ไปในทางที่จะจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการสำหรับข้อขัดแย้งที่เป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้นแล้วเท่านั้น และให้การ

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

<sup>33</sup> กฎหมายตราสามดวง

“...อันว่าตระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดไซ้ไร หาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง...” และข้อความในอีกวรรคหนึ่งกล่าวว่า

“...อันว่าตระลาการแลคู่ความมันยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้นคู่ความมิเต็มใจ และจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาให้บังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้นคนทั้งสองกอปรด้วยอุตสาห์ยอมให้ผู้นั้นบังคับ...”

ดำเนินการอนุญาตตุลาการอยู่ในความควบคุมดูแลจากศาลอย่างใกล้ชิด โดยเริ่มต้นจากการที่ คู่ความตกลงกันให้มีการอนุญาตตุลาการในข้อขัดแย้งของคนที่กำลังเป็นคดีในศาลชั้นต้นอยู่และ ได้ร้องขอให้ศาลเชิญบุคคลซึ่งอาจเป็นคนเดียวหรือหลายคนมาเป็นอนุญาตตุลาการเพื่อทำหน้าที่ ตัดสินชี้ขาดในข้อขัดแย้งนั้น (มาตรา 116-117) อนุญาตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้ง ตามกฎหมาย (มาตรา 118) เมื่ออนุญาตตุลาการชี้ขาดแล้ว ก็ต้องนำคำชี้ขาดมาเสนอ ค่อศาล ให้ศาลพิพากษาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสียก่อน จึงจะมีผลบังคับได้ ถ้าคำชี้ขาด นั้นไม่ถูกต้อง ศาลก็จะไม่พิพากษาให้ (มาตรา 120) และเมื่อศาลพิพากษาแล้วให้ถือว่าคำพิพากษา นั้นเป็นที่สุด จะอุทธรณ์ต่อไปไม่ได้ เว้นแต่คำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ (มาตรา 121)<sup>34</sup>

ในปี ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 แต่มีความแตกต่างในเรื่องการเพิ่มเหตุที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ขึ้นมาอีก 2 ประการ คือ นอกจากจะอุทธรณ์ได้ในกรณีที่คำพิพากษาไม่ตรงกับคำชี้ขาดของ อนุญาตตุลาการดังที่ได้กล่าวมาในวรรคก่อนแล้ว ยังสามารถอุทธรณ์ได้อีกในกรณีที่อนุญาตตุลาการ ทุจริต และคำชี้ขาดนั้นมีได้เป็นไปโดยสุจริตด้วย<sup>35</sup>

ในเวลาต่อมา พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 และ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการอนุญาตตุลาการไว้ในภาค 2 หมวด 3 มาตรา 210-222 และได้กล่าวถึงการอนุญาตตุลาการนอกศาลไว้บ้าง (มาตรา 221 และ มาตรา 222) แต่ไม่ได้ลงในรายละเอียดมากนัก ในปี พ.ศ. 2530 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นมาและมีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาตตุลาการนอกศาล ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 221) โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2530<sup>36</sup> แต่พอมาในปี พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ

<sup>34</sup> อนันต์ จันทร์ โอภากร, กฎหมายว่าด้วยกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 7.

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

พ.ศ. 2545<sup>37</sup> ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ในปัจจุบันอนุญาโตตุลาการนอกศาลจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

### 2.3.1.2 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ในหัวข้อนี้ จะแยกความหมายของ “การอนุญาโตตุลาการ” และ “อนุญาโตตุลาการ” ออกจากกัน เนื่องจากทั้งสองคำนี้มีความหมายแตกต่างกัน ดังนี้

คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง การระงับข้อขัดแย้งทางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกัน เสนอข้อขัดแย้งของคนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด<sup>38</sup>

คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง การระงับข้อขัดแย้งโดยคณะบุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งให้มีอำนาจวินิจฉัยและชี้ขาดข้อขัดแย้ง<sup>39</sup>

คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อขัดแย้งโดยการตัดสินใจของคนคนหนึ่ง หรือมากกว่า ที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) ที่ไม่ใช่การตัดสินใจของศาลโดยปรกติ (ถูกนิยามไว้โดย Encyclopedia of Laws of England (พจนานุกรมกฎหมายของอังกฤษ))<sup>40</sup>

คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง การระงับข้อขัดแย้งที่คู่กรณีตกลงกัน โดยสมัครใจ เป็นการล่วงหน้าเพื่อยื่นข้อขัดแย้งให้บุคคลที่เป็นกลางทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อขัดแย้งนั้น โดยที่คู่กรณียอมรับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีทุกฝ่าย<sup>41</sup>

คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” หมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลที่คู่กรณีที่มีข้อขัดแย้งแต่งตั้งให้ทำการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้ง<sup>42</sup>

คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินในข้อขัดแย้ง หรือ บุคคลคนเดียว

<sup>37</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 119 ตอนที่ 39 ก ลงวันที่ 29 เมษายน 2545

<sup>38</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 10.

<sup>39</sup> รศ.พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 29.

<sup>40</sup> อเนก ศรีสนิท, “การตั้งอนุญาโตตุลาการ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 31.

<sup>41</sup> Cameron K. Wehringer, Arbitration Precepts and Principles (New York : Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, 1969), p. 3.

<sup>42</sup> รศ.พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 29.

หรือหลายคนทั้งคู่กรณีในสัญญาอนุญาตตุลาการตกลงเสนอข้อขัดแย้งทางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้ชี้ขาด<sup>43</sup>

เมื่อพิจารณาจากความหมายของทั้งสองคำนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าการอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อขัดแย้ง โดยมีอนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้ง ส่วนอนุญาตตุลาการเป็นตัวบุคคลที่คู่กรณีเลือกขึ้นมาเป็นคนกลางเพื่อให้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้ง ดังนั้น ทั้งสองคำนี้จึงมีความหมายต่างกัน แต่ยังมีอีกหลายคนที่ยังเรียกชื่อสับสนกันอยู่ จึงควรต้องทำความเข้าใจกันให้ถูกต้อง

### 2.3.1.3 หลักการของการอนุญาตตุลาการ

หลักการของการอนุญาตตุลาการ พอสรุปได้ดังนี้<sup>44</sup>

(1) การอนุญาตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อขัดแย้งวิธีหนึ่ง ส่วนข้อขัดแย้งชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการย่อมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้นๆ

(2) บุคคลที่ทำการระงับข้อขัดแย้งหรือเป็นอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายในข้อขัดแย้ง คือ เป็นบุคคลภายนอกซึ่งเป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับเลือกจากผู้เป็นฝ่ายในข้อขัดแย้งหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่ผู้เป็นฝ่ายในข้อขัดแย้งได้ตกลงกันไว้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้งเรื่องใดๆ โดยเฉพาะ

(3) ขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการ ในการพิจารณาและชี้ขาดข้อขัดแย้งเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างผู้เป็นฝ่ายในข้อขัดแย้ง ดังนั้น อนุญาตตุลาการจะกระทำเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการตกลงกันได้มากน้อยเพียงใด เป็นไปตามกฎหมายอนุญาตตุลาการและกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศ

(4) อนุญาตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อขัดแย้งตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ (Judicial way) แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องผูกติดกับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยเคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาตตุลาการ คือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาล อย่างไรก็ตาม อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาและชี้ขาด ไปตามหลักแห่งความยุติธรรมเป็นต้นว่า ให้คู่กรณีทุกฝ่ายมี โอกาสที่

<sup>43</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2542, หน้า 1327.

<sup>44</sup> อเนก ศรีสนธิ, “การตั้งอนุญาตตุลาการ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1, หน้า 31-33.

เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และจะต้องชี้ขาดโดยการรับฟังจากน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เสนอ โดยคู่กรณีทุกฝ่าย

(5) การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อขัดแย้งอันเป็นระบบเอกชน ดังนั้น ในกฎหมายประเทศต่างๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนให้มากที่สุด เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของ วิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมี บทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และ พยายามหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วจะถือว่าถึงที่สุด หมายความว่า มีผล เป็นการยุติข้อขัดแย้งทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ ศาล ให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

(7) การพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจ อธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับเพียงกรณีที่เป็น เพื่อให้คู่กรณี ปฏิบัติตามสัญญาเพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีและเพื่อจะบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศและเมื่อการชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลในทางปฏิบัติแล้ว การนำคำชี้ขาดไปให้ ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับ จึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศ บังคับ

### 2.3.2 ทฤษฎีการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วโลกและเป็นสากล แบ่งออกได้เป็น 4 ทฤษฎี ดังนี้

#### 2.3.2.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory)<sup>45</sup>

ทฤษฎีนี้ถือว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่จะควบคุมและวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ อนุญาโตตุลาการ แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะริเริ่มจากความสมัครใจของคู่กรณีก็ตาม แต่ทฤษฎีนี้ ถือว่า การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาด ล้วนแล้วแต่เป็นอำนาจของรัฐทั้งสิ้น

<sup>45</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 21-23.



ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายของรัฐให้สิทธิผู้กรณีที่จะเสนอข้อขัดแย้งต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการอาจไม่มีความหมายและไม่มีความผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับว่ารัฐจะอนุญาตหรือไม่เท่านั้น มิได้เป็นสิทธิของผู้กรณี ทฤษฎีนี้จึงถือว่าอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมีความคล้ายคลึงกับศาล กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อขัดแย้งไปตามตัวบทกฎหมายและมีจิตสำนึกที่จะให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด สิ่งที่แตกต่างกันอยู่บ้าง คือ ผู้พิพากษาและศาลนั้นมาจากการจัดตั้งและแต่งตั้งของรัฐโดยตรง แต่อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของผู้กรณีที่จะตกลงกัน

เมื่อถือว่าอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมีความคล้ายคลึงกับศาลแล้ว จึงต้องถือด้วยว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มีผลคล้ายคำพิพากษาของศาลซึ่งควรต้องอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐในถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้งนั้น ดังนั้น หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการจึงควรต้องเป็นไปตามกฎหมายของรัฐ

ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเหมือนกับคำพิพากษาของศาล หากมีกรณีที่ผู้กรณีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ผู้กรณีอีกฝ่ายจำเป็นต้องร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับให้ผู้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามคำชี้ขาด ซึ่งเป็นวิธีการเดียวกับกรณีที่อยู่ความในศาลฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับตามคำพิพากษาของศาลแก่คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีและไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าว

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้ผู้กรณีจะเสนอข้อขัดแย้งต่ออนุญาโตตุลาการได้เพียงภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการยอมรับเท่านั้น อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติปรับกับข้อขัดแย้งเช่นเดียวกับศาล และในการทำคำชี้ขาดข้อขัดแย้งนั้นก็ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศอันเป็นถิ่นที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้งนั้น นอกจากนั้น ในกรณีที่ข้อขัดแย้งมีข้อเท็จจริงที่พัวพันกับต่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนนั่งพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้ง<sup>46</sup>

<sup>46</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 29.

### 2.3.2.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)<sup>47</sup>

ทฤษฎีนี้ถือว่าการอนุญาตตุลาการมีลักษณะเป็นเรื่องของสัญญา เกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยสัญญาที่คู่กรณีทำขึ้น และสิ้นสุดลงหากคู่กรณีตกลงยกเลิก คู่กรณีมีอำนาจที่จะกำหนดกติกาต่างๆ ของระบบอนุญาตตุลาการ เช่น กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณา วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ และยังคงลงที่จะยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการให้มีผลผูกพันคู่กรณี

ทฤษฎีสัญญาเป็นทฤษฎีที่ปฏิเสธอำนาจรัฐในการแทรกแซงการอนุญาตตุลาการ โดยเห็นว่า การอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณี ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจแต่อย่างใด นอกจากนี้ คำชี้ขาดก็เป็นผลจากการตกลงกันของคู่กรณีด้วย เนื่องจากคู่กรณีตกลงกันตั้งอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการก็ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้งตามข้อตกลงของคู่กรณีเสมือนเป็นตัวแทนของคู่กรณี

เมื่อทฤษฎีนี้ถือว่าทั้งการตกลงกันให้มีการอนุญาตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นสัญญาแล้ว คู่กรณีจึงมีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะตกลงกันกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดต่างๆ ได้ตามใจสมัคร ซึ่งกฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญาของประเทศต่างๆ ก็ได้ยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอยู่แล้ว

### 2.3.2.3 ทฤษฎีผสม (Mixed of Hybrid Theory)<sup>48</sup>

ทฤษฎีนี้ถือว่าทั้งทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างไม่ถูกต้อง เพราะการอนุญาตตุลาการนั้นมีทั้งเรื่องอำนาจรัฐ วิธีพิจารณา และสัญญา กล่าวคือ ข้อตกลงให้ใช้การอนุญาตตุลาการและการกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของคู่กรณีหรือเป็นสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือตามคำชี้ขาดซึ่งเป็นเรื่องอำนาจของรัฐ

ผลของทฤษฎีนี้คือ การอนุญาตตุลาการจะอยู่ตามลำพังเป็นเอกเทศโดยไม่ผูกพันกับระบบกฎหมายใดๆ ไม่ได้ ต้องมีกฎหมายกำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาด ในขณะที่การเลือกอนุญาตตุลาการและกฎเกณฑ์ที่ใช้กับวิธีพิจารณาของ

<sup>47</sup> อนันต์ จันทร์ โอภากร, “ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1, หน้า 23-24.

<sup>48</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 31.

อนุญาโตตุลาการก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของคู่กรณี ลักษณะหรือสภาพของการอนุญาโตตุลาการจะเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายวิธีพิจารณาโดยข้อตกลงที่จะระงับข้อขัดแย้ง โดยการอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญา ความสมบูรณ์ของข้อตกลงนั้นพิจารณาตามกฎหมายสัญญา ส่วนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติภายในของถิ่นที่มีการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อขัดแย้งนั้น สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดก็เป็นเรื่องของศาลในถิ่นที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

นอกจากนี้ คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการแต่ถ้าไม่มีข้อตกลงดังกล่าวอนุญาโตตุลาการก็จะใช้กฎหมายสารบัญญัติโดยปฏิบัติตามหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนในเรื่องวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีได้เช่นกันเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ

#### 2.3.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)<sup>49</sup>

ทฤษฎีนี้ถือว่า ลักษณะของอนุญาโตตุลาการต้องดูจากวัตถุประสงค์ของการใช้ จะเห็นได้ว่าทั้งสามทฤษฎีข้างต้นพยายามที่จะจัดว่า อนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายนั้นๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อขัดแย้งให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดหรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรหรือไม่

การอนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นมาจากการปฏิบัติของนักธุรกิจ เพราะนักธุรกิจตระหนักว่าเป็นวิธีการที่สะดวกและเหมาะสมที่จะระงับข้อขัดแย้งของตน โดยกฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่เกิดขึ้นตามมาภายหลังเพื่อรองรับแนวปฏิบัติที่มีอยู่แล้วเท่านั้น เช่น ความเป็นอิสระของคู่กรณีในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสาระของข้อขัดแย้งและวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมิได้เกิดขึ้นจากสัญญาหรืออำนาจของรัฐแต่เป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การระงับข้อขัดแย้งดังกล่าวดำเนินไปได้ด้วยดีมีประสิทธิภาพ

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ และได้ยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดที่จะตกลงกันในเรื่องต่างๆ ของการอนุญาโตตุลาการ เช่น กฎหมายที่จะใช้

<sup>49</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1, หน้า 25-26.

บังคับ หรือจะเป็นวิธีพิจารณาตลอดจนรูปแบบของการอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องผูกมัดอยู่กับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดี แต่สามารถใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดีได้ หรืออาจใช้กฎหมายหรือมาตรฐาน ขนบธรรมเนียมประเพณี และแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องก็ได้

### 2.3.3 วิธีการและข้อพิจารณาของการอนุญาตตุลาการ

ในเรื่องวิธีการนี้ ผู้เขียนได้แบ่งออกเป็นสามขั้นตอน คือ การเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ การพิจารณาของอนุญาตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ส่วนข้อพิจารณาของการอนุญาตตุลาการนั้น ผู้เขียนได้แบ่งเป็นสองส่วน กล่าวคือ ในส่วนแรกจะกล่าวถึงรูปแบบทั่วไปของการอนุญาตตุลาการ ส่วนที่สองจะกล่าวถึงข้อดี และข้อเสียของการอนุญาตตุลาการ เพื่อให้ให้เห็นกระบวนการอนุญาตตุลาการที่ชัดเจนขึ้น

#### 2.3.3.1 วิธีการของการอนุญาตตุลาการ

การระงับข้อขัดแย้งด้วยวิธีการอนุญาตตุลาการนี้ โดยหลักแล้วเป็นเรื่องของความสมัครใจของกลุ่มตามทฤษฎีว่าด้วยสัญญา วิธีการระงับข้อขัดแย้งจึงเป็นการตกลงกันว่าจะให้การระงับข้อขัดแย้งเป็นไปในแนวทางใด ทั้งนี้ อาจเป็นวิธีการที่คู่กรณีร่วมกันกำหนดขึ้นมาเอง หรือตกลงกันให้นำเอาวิธีการของการอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการใดสถาบันหนึ่ง หรือนำเอาข้อบังคับหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ มาปรับใช้กับการระงับข้อขัดแย้งของคนได้ อย่างไรก็ตาม วิธีการของการอนุญาตตุลาการของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนออย่างละเอียดถึงสถาบันอนุญาตตุลาการทั้งระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศและนำเสนอหลักเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ในบทต่อไปอยู่แล้ว จึงขอก้าวไว้นับแต่เพียงแค่ว่าใจความเบื้องต้นเพื่อเป็นการนำเกริ่นไปยังบทต่อไป

##### 2.3.3.1.1 การเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ

วิธีการอนุญาตตุลาการมักเริ่มจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีความประสงค์จะให้มีการระงับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยมีอนุญาตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด ในกรณีที่เป็นวิธีการระงับข้อขัดแย้งโดยวิธีการที่คู่กรณีร่วมกันกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาเองนั้น ไม่เป็นปัญหาที่ยู่ยากแต่ประการใด เพราะจะไม่มีขั้นตอนการดำเนินการที่เป็นพิธีการ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับคู่กรณีเองว่าจะตกลงกันดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการไปในแนวทางใด

ในขณะที่ถ้าคู่กรณีตกลงกันให้นำเอาวิธีการของสถาบันอนุญาตตุลาการมาประยุกต์ใช้กับข้อขัดแย้งของคนแล้ว จะมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่า เนื่องจากสถาบันอนุญาตตุลาการเหล่านี้จะมีหลักเกณฑ์ ข้อบังคับ ที่กำหนดไว้ไม่ว่าจะเป็นสถาบันอนุญาตตุลาการ

ภายในหรือระหว่างประเทศก็ตาม รวมไปถึงข้อบังคับ หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือกฎหมายแม่แบบ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ก็มีหลักเกณฑ์ที่เป็นขั้นเป็นตอนกำหนดไว้เช่นกัน

#### 2.3.3.1.2 การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ<sup>50</sup>

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้ว อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาสำหรับการแลกเปลี่ยนคำคู่ความและควบคุมการรับฟังพยานบุคคล<sup>51</sup> ในการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ตามปกติย่อมเป็นไปตามข้อตกลงของตนกับคู่กรณี หรือตามดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญ คือ ให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่จะเสนอพยานหลักฐานประกอบข้ออ้างของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินการสอบสวนพิจารณาบางประการได้ เนื่องจากเป็นเอกชนจึงไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำการซึ่งเป็นอำนาจของรัฐและจะต้องทำการโดยผ่านทางเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การบังคับให้พยานบุคคลมาให้ถ้อยคำ หรือ สืบพยานคน หรือให้บุคคลใดๆ มอบเอกสาร หรือวัตถุอื่นใดให้กับอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นพยานในการประกอบการพิจารณา หรือการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี ในระหว่างการพิจารณา (เช่น การอายัดทรัพย์สินของคู่กรณี การห้ามคู่กรณีกระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ ที่อาจกระทบถึงการพิจารณา) นั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่มีบทบัญญัติให้ศาลอาจเข้าไปช่วยเหลือรับดำเนินการให้ หากได้รับการร้องขอจากอนุญาโตตุลาการ หรือคู่กรณี และศาลสามารถดำเนินการให้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของหลายๆ ประเทศก็ได้จำกัดบทบาทของศาลในการเข้าแทรกแซงอำนาจการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมากขึ้นกว่าในอดีตที่ผ่านมา

<sup>50</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ,” ใน รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 51-52.

<sup>51</sup> Pieter Sanders, Chapter 12 Arbitration: Volume XVI Civil Procedure, (Dordrecht Boston Lancaster: Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, 1996), p. 103.

### 2.3.3.1.3 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>52</sup>

เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว คำชี้ขาดนั้นสามารถใช้บังคับได้ทันที หากคู่กรณี (ฝ่ายที่แพ้) ยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นด้วยความสมัครใจ อย่างไรก็ตาม ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรืออนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นด้วยตนเองได้ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของทุกประเทศมีบทบัญญัติให้ศาลช่วยเหลือในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้บังคับคู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น และศาลจะออกคำบังคับหรือพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นให้ เว้นแต่คำชี้ขาดนั้นไม่สมบูรณ์ หรือมีข้อบกพร่องตามที่กฎหมายของประเทศนั้นๆ กำหนดซึ่งจะทำให้ศาลไม่สามารถพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นได้

### 2.3.3.2 ข้อพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ

ข้อพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการแบ่งได้เป็น 2 ส่วนคือ

#### 2.3.3.2.1 รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

##### (1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจัดตั้งเอง (*ad hoc arbitration*)

การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจัดตั้งเองเป็นรูปแบบที่คู่กรณีต้องดำเนินการต่างๆ ด้วยตนเองตั้งแต่ต้นจนกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการ คู่กรณีจะต้องทำความเข้าใจร่วมกันในการกำหนดขั้นตอนกระบวนการพิจารณาต่างๆ รวมไปถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่จะมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อขัดแย้งของคน เมื่อคู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งก็จะพิจารณาข้อขัดแย้งตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอ โดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่คู่กรณีกำหนด หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้ หรือในกรณีที่กำหนดวิธีพิจารณาหรือข้อบังคับต่างๆ ไว้ แต่มีบางเรื่องที่ไม่อยู่ในความตกลงหรือข้อบังคับ ก็เป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการแต่ต้องให้ความยุติธรรมและให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการเข้าร่วมการพิจารณา

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้งแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาด โดยปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการประเภทนี้เหมาะสมสำหรับคู่กรณีที่เต็มใจเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการและให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ แต่ในทางตรงกันข้ามหากคู่กรณี

<sup>52</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 52.

บิดพลิ้วไม่ให้ความร่วมมือกับการอนุญาโตตุลาการ ก็อาจเกิดปัญหาและความยุ่งยากได้ง่ายเช่นกัน<sup>53</sup>

การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจัดตั้งเอง ทำให้คู่กรณีอาจจะต้องเสียเวลาในการกำหนดขั้นตอนการพิจารณา แต่ในปัจจุบันมีข้อบังคับตามกฎหมายแม่แบบ (Model Arbitration Rules) ที่ยกร่างโดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ซึ่งคู่กรณีอาจจะตกลงกันให้ถือเอาข้อบังคับนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาของตนและดำเนินการตามที่ข้อบังคับดังกล่าวกำหนดแทนที่จะต้องนั่งเจรจายละเอียดเองทั้งหมด การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจัดตั้งเองนั้นมีความยืดหยุ่นสูงเนื่องจากคู่กรณีเป็นผู้กำหนดรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาต่างๆ ด้วยตนเองและในบางครั้งคู่กรณีอาจทำไปได้อย่างรวดเร็วเนื่องจากไม่ต้องผ่านคนกลางอีก จึงอาจจะเหมาะกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่สลับซับซ้อนมากนัก<sup>54</sup>

(2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (*Institution Arbitration*)

รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันนี้เป็นรูปแบบที่คู่กรณีเลือกที่จะให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้การดูแลและการจัดการของ “สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Institute)” ซึ่งสถาบันดังกล่าวทำหน้าที่อำนวยความสะดวกและดูแลให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความเรียบร้อยตั้งแต่ต้นจนเสร็จสิ้นมีคำชี้ขาด สถาบันจะรับผิดชอบเฉพาะการจัดการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น โดยจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับและไม่มีส่วนใดๆ ที่จะไปแทรกแซงการวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นเอง<sup>55</sup>

สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละสถาบันจะมีบัญชีรายชื่อของบุคคลที่เต็มใจและเป็นผู้มีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญทางด้านต่างๆ ในเรื่องที่จะพิจารณาคัดสินไว้ให้คู่กรณีเลือกให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ<sup>56</sup> พร้อมทั้งนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของแต่ละสถาบันเพื่อใช้เป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในแต่ละขั้นตอน คู่กรณีอาจจะทำความตกลงเพิ่มเติมให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งอย่างใด

<sup>53</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 36-37.

<sup>54</sup> สรวิต ลิ้มปรีงษ์, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่ กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 17.

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

<sup>56</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 38.

แตกต่างจากที่ข้อบังคับกำหนดก็ได้ แต่หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น สถาบัน  
อนุญาโตตุลาการก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่ข้อบังคับกำหนดไว้<sup>57</sup>

### 2.3.3.2.2 ข้อดีและข้อเสียของการอนุญาโตตุลาการ

#### ข้อดี<sup>58</sup>

(1) ได้ผู้เชี่ยวชาญที่รู้เรื่องที่ขัดแย้งกันมาตัดสิน

นับว่าเป็นข้อดีแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย เนื่องจากหากบุคคลเป็นกลางที่ทำหน้าที่  
ตัดสินชี้ขาดมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องที่ขัดแย้ง ก็จะทำให้การพิจารณาประเด็นข้อขัดแย้ง  
นั้นง่ายคายยิ่งขึ้น และจะทำให้การตัดสินชี้ขาดตรงประเด็นมากขึ้น

(2) เกิดความรวดเร็ว เพราะผู้ตัดสินรู้เรื่องที่ขัดแย้งไม่ต้องเสียเวลาฟังคำเบิกความ  
ของผู้เชี่ยวชาญ

การที่ผู้ตัดสินข้อขัดแย้งมีความรู้เกี่ยวกับเรื่องที่ขัดแย้งมาก่อนเป็นพื้นฐานแล้วนั้น  
จะช่วยให้การพิจารณาข้อขัดแย้งนั้นเป็นไปด้วยความรวดเร็ว และช่วยให้คู่กรณีประหยัดเวลา  
มากขึ้น

(3) ผูกมัด เพราะคำชี้ขาดผูกมัดคู่กรณี

ความเห็นของอนุญาโตตุลาการซึ่งแสดงออกโดยคำชี้ขาด (arbitral award) มีผล  
ผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที แม้หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด และอีก  
ฝ่ายยังต้องไปพึ่งกระบวนการทางศาลก็ตาม<sup>59</sup>

(4) บังคับได้ทั่วโลก ในขณะที่คำพิพากษานั้นบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศ  
ที่นำไปบังคับจะยอมตามหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ

การบังคับตามคำพิพากษาของศาลนั้น โดยปกติแล้วคู่กรณีที่ชนะคดีย่อมจะ  
สามารถบังคับตามคำพิพากษาได้เฉพาะในประเทศที่ศาลมีคำพิพากษาเท่านั้น หากต้องการจะบังคับ  
คดีจากทรัพย์สินของฝ่ายที่แพ้คดีซึ่งอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง ก็ต้องไปฟ้องเป็นคดีใหม่ในประเทศที่  
ฝ่ายที่แพ้คดีมีทรัพย์สินอยู่ เนื่องจากคำพิพากษาของศาลถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละ  
ประเทศ ในทางกลับกัน หากจะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเรื่องการบังคับตาม  
คำชี้ขาดจะไม่เกิดขึ้น เนื่องจากในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา  
นครนิวยอร์ก 1958 (New York Convention 1958) ซึ่งตามอนุสัญญานี้ ประเทศภาคีมีหน้าที่ต้อง  
บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดตามอนุสัญญาดังกล่าวจึง

<sup>57</sup> สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่ กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 13-14.

<sup>58</sup> รศ.พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 11-12.

<sup>59</sup> สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่ กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 7.



สามารถนำไปบังคับในประเทศภาคีประเทศใดก็ได้ที่คู่กรณีที่พักคดีมีทรัพย์สินอยู่ ไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ทั้งหมด กรณีที่ศาลของประเทศภาคีจะปฏิเสธไม่ยอมบังคับให้ตามคำชี้ขาดก็จะจำกัดเฉพาะแต่เหตุที่อนุสัญญากำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น<sup>60</sup>

(5) ลักษณะการยุติข้อขัดแย้งโดยสันติ<sup>61</sup>

การที่คู่กรณีเลือกที่จะระงับข้อขัดแย้งด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แสดงให้เห็นถึงความประสงค์ของคู่กรณีที่ต้องการ ได้รับความยุติธรรมที่แตกต่างไปจากความยุติธรรมที่จะได้รับจากศาล บรรยายการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ไม่เหมือนกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอย่างเช่นในศาล จะช่วยทำให้คู่กรณีสามารถหันหน้าเข้าหากันเพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งได้ง่ายขึ้น ซึ่งจะแตกต่างจากวิธีพิจารณาในศาลแบบดั้งเดิม ที่อาจไม่เหมาะสมกับข้อพิจารณาทางด้านการค้าในบางคดี โดยบางครั้งอาจไม่ได้ต้องการเฉพาะเรื่องความเท่าเทียมกันแต่ยังต้องการคำตัดสินที่เป็นที่ยอมรับได้จากคู่กรณีด้วย

(6) ความยืดหยุ่น<sup>62</sup>

รูปแบบของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่นกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลมาก

- ระยะเวลา การดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะใช้เวลานานเท่าใดขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่กรณีโดยข้อขัดแย้งบางกรณีสามารถดำเนินการได้ภายในระยะเวลาอันสั้นมาก เช่น ข้อขัดแย้งเกี่ยวกับเรื่องคุณภาพของสินค้า

- รูปแบบของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการอาจจะผสมผสานกันระหว่างรูปแบบกระบวนการพิจารณาคดีด้วยวาจาและด้วยลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับอนุญาโตตุลาการที่จะจัดให้เหมาะสมโดยไม่ต้องถูกผูกมัดตามกฎเกณฑ์อย่างการดำเนินการพิจารณาในศาล

- ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีกับประเด็นข้อขัดแย้ง คู่กรณีสามารถที่จะตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการในลักษณะที่คำนึงถึงความเป็นธรรม หรือที่เรียกว่า “Amiables Compositeurs” ซึ่งจะช่วยให้คู่กรณียังสามารถมีความสัมพันธ์อันดีในทางการค้ากันต่อไป

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

<sup>61</sup> ดร.วรรณชัย บุญบำรุง, เอกสารประกอบการบรรยาย การระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล (Alternative Dispute Resolution (ADR)), หน้า 15.

<sup>62</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

ข้อเสีย<sup>63</sup>

(1) เสียค่าใช้จ่ายมาก คือ อาจจะมากกว่าไปศาล เพราะผู้พิพากษากินเงินเดือนหลวง ในขณะที่อนุญาตตุลาการได้ค่าธรรมเนียมจากคู่ความ

ในการระงับข้อขัดแย้ง โดยการอนุญาตตุลาการนั้น คู่กรณีต้องเสียค่าปฎิการให้แก่อนุญาตตุลาการ นอกจากนี้บางประเทศอาจกำหนดให้คู่กรณีต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่สถาบันอนุญาตตุลาการอีกด้วย ในส่วนของผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการนั้น หากเป็นผู้ที่มีชื่อเสียงหรือมีความสามารถมากด้วยแล้ว ค่าปฎิการก็จะมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นกว่าปกติทั่วไป ส่วนการระงับข้อขัดแย้งโดยกระบวนการทางศาลนั้น ยกตัวอย่างเช่น ประเทศไทย คู่กรณีเพียงแต่เสียค่าขึ้นศาลเท่านั้นแต่ไม่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้พิพากษาเป็นพิเศษแต่อย่างใดเนื่องจากผู้พิพากษาได้ค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนจากหลวงอยู่แล้ว ส่วนในเรื่องค่าใช้จ่ายด้านสถานที่หรือการจัดสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี คู่กรณีไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายส่วนนี้ให้แก่ศาล ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบกันแล้วระหว่างภาระค่าใช้จ่ายที่คู่กรณีต้องใช้จ่ายไปให้แก่อนุญาตตุลาการและศาลนั้น การระงับข้อขัดแย้งโดยการอนุญาตตุลาการจึงมีค่าใช้จ่ายมากกว่าศาลหลายเท่าตัว

(2) ไม่อาจรักษาความลับไว้ได้ เพราะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับ

การดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการต้องอาศัยคนกลางมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อขัดแย้ง จึงจำเป็นต้องรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงทั้งหมดรวมทั้งความลับบางอย่างของข้อขัดแย้งนั้นด้วย เพื่อช่วยให้การตัดสินชี้ขาดข้อขัดแย้งสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

(3) ค่าชี้ขาดของอนุญาตตุลาการถือเป็นที่สุดในระดับเดียว ในขณะที่คำพิพากษาของศาลสามารถอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้<sup>64</sup>

ข้อเสียของคำชี้ขาดที่ถึงที่สุดเพียงแต่ในชั้นอนุญาตตุลาการนั้น คือ เมื่ออนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดประการใดแล้ว คู่กรณีไม่อาจจะตรวจสอบความถูกต้องได้โดยการส่งเรื่องให้หน่วยงานอื่นพิจารณาต่อไป แต่ในกรณีคำพิพากษาของศาลนั้น คู่กรณีอาจตรวจสอบความถูกต้องของคำพิพากษาได้โดยการอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาดังกล่าวต่อไปได้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

(4) อำนาจบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ<sup>65</sup>

ข้อเสียอีกประการหนึ่งที่สำคัญ คือ อำนาจบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเมื่ออนุญาตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดเสร็จสิ้นกระบวนการแล้ว อนุญาตตุลาการ ไม่มีอำนาจที่จะ

<sup>63</sup> รศ.พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 11-12.

<sup>64</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน.

บังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดได้เอง แต่ต้องไปดำเนินการระบวนพิจารณาในศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อไป

จากการนำเสนอถึงหลักการ ทฤษฎี และวิธีการของการระงับข้อขัดแย้งทางธุรกิจ โดยวิธีอื่นนอกจากศาลข้างต้นแล้ว ทำให้เห็นถึงภาพรวมของความสามารถที่มากขึ้นในการระงับข้อขัดแย้งโดยเอกชนด้วยตนเอง โดยเฉพาะหากมีการขยายวงกว้างในการติดต่อทางธุรกิจมากขึ้นเท่าใด ความจำเป็นที่ต้องหากลไกในการระงับข้อขัดแย้งที่ไม่ต้องพึ่งพาสศาลยังมีมากขึ้นเท่านั้น เนื่องจากในเชิงธุรกิจแล้ว หากต้องมาเป็นคดีความกันในศาล จะไม่คุ้มกับผลประโยชน์ที่ต้องเสียไป ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่จึงมีความต้องการให้ข้อขัดแย้งของตนยุติลงก่อนที่จะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล อย่างไรก็ตาม คู่กรณีที่มีข้อขัดแย้งจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงหลักการ ทฤษฎี และวิธีการของกระบวนการระงับข้อขัดแย้งเหล่านี้เสียก่อนที่จะดำเนินการระงับข้อขัดแย้งต่อไป เพราะหลักการ ทฤษฎี และวิธีการเหล่านี้ ถือได้ว่าเป็นความรู้ขั้นพื้นฐานที่จะทำให้คู่กรณีที่มีข้อขัดแย้งสามารถทำความเข้าใจกระบวนการระงับข้อขัดแย้งนอกศาลได้อย่างถ่องแท้เพื่อที่จะเข้าสู่ขั้นตอนการปฏิบัติที่ถูกต้องและไม่ทำให้เกิดอุปสรรคหรือความล้มเหลวขึ้นในภายหลัง

ในบทต่อไป ผู้เขียนจะขอนำเสนอถึงการระงับข้อขัดแย้ง โดยคู่กรณีในชั้นกระบวนการก่อนการนำคดีขึ้นสู่ศาลของต่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวความคิด สภาพสังคมและเศรษฐกิจ สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ และแนวทางของการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ โดยผู้เขียนเห็นว่าในบทที่ 2 ผู้เขียนได้กล่าวถึงเรื่องหลักการ ทฤษฎี และวิธีการของการระงับข้อขัดแย้งทางธุรกิจนอกศาลแล้ว ซึ่งเป็นการกล่าวถึงเรื่องพื้นฐานของกระบวนการเหล่านี้เท่านั้น ในบทที่ 3 ผู้เขียนจึงได้กล่าวให้เห็นชัดเจนไปกว่าในแต่ละประเทศมีการนำเรื่องดังกล่าวไปปฏิบัติกันอย่างไรและกล่าวถึงองค์การระงับข้อขัดแย้งที่มีบทบาทในการช่วยส่งเสริมและสนับสนุนให้การดำเนินการระงับข้อขัดแย้งนอกศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอันเป็นการช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลอย่างได้ผล