

การรับฟังข้อเท็จจริงจากการไต่ถามและการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2565

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

admissible evidence from mediation and confidentiality protection from mediation



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
FACULTY OF LAW  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2022  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การรับฟังข้อเท็จจริงจากการไต่ถามและการรักษา ความลับอันเกิดจากการไต่ถาม
โดย	นายภูริณัฐ อุนจะนำ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปกรรมย์สุข

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ)วิชัย อริยะนนท์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปกรรมย์สุข)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์)

CHULALONGKORN UNIVERSITY

กรณีนี้ จะนำ : การรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยและการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย. ( admissible evidence from mediation and confidentiality protection from mediation) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาในประเด็นเรื่องการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งครอบคลุมถึงเรื่องหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยพบว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับเป็นหน้าที่โดยเคร่งครัด โดยกำหนดเฉพาะกรณีที่ได้พิสูจน์ได้ถึงความบกพร่องที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย ศาลจึงมีคำสั่งไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระดับข้อพิพาทได้ ผู้วิจัยเห็นความไม่ชัดเจนว่าหากเป็นกรณีอื่น ๆ จะได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ และกรณีไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับจนเกิดความเสียหายแล้ว จะกำหนดความรับผิดชอบอย่างไร เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศแล้ว พบว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยย่อมเป็นความลับทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่กระทบต่อสิทธิของฝ่ายเจ้าของข้อเท็จจริง หรือ “without prejudice” เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น เพื่อป้องกันภัยอันตรายแก่สาธารณะ เป็นต้น หรือเป็นกรณีบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระดับข้อพิพาท โดยข้อยกเว้นดังกล่าวส่งผลให้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ โดยการพิจารณาว่ารับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน พิจารณาจากความจำเป็นในการรับฟังเปรียบเทียบกับคุณค่าของการรักษาความลับว่าสมควรให้คุณค่ากับสิ่งใดมากกว่ากัน หากความจำเป็นในการรับฟังมีมากกว่า ย่อมเป็นเหตุยกเว้นข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งในส่วนดังกล่าวกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีมีการกำหนดข้อยกเว้นข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงเป็นพยานหลักฐาน เพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีจำเป็นอื่น ๆ ได้ และยังไม่มียกเว้นที่กำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย อันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ หากเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงควรให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งส่วนท้ายผู้วิจัยได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ให้มีความเหมาะสมมากขึ้น

สาขาวิชา        นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา     2565

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6380100134 : MAJOR LAWS

KEYWORD: mediation confidentiality without prejudice

Bhurinat Ounchanum : admissible evidence from mediation and confidentiality protection from mediation. Advisor: Asst. Prof. TIDARAT SINLAPAPIROMSUK, Ph.D.

This thesis aims to study the confidentiality during the mediation. The study includes the duty to maintain the confidentiality of each party relating to the mediation, admit facts based on mediation as the probable evidence and calculate liability of each party failing to maintain the confidentiality. The Dispute Mediation Act, B.E. 2562 (2019) prescribes the duty for each party to strictly maintain the confidentiality. In case of proving any liability of one party during the mediation, the court can impose the obligation not to abide with the dispute resolution for both parties. The researcher personally found the ambiguity regarding the legal imposition. The inquiries include whether or not the same rule will apply with cases conducting outside the court, and if one party fails to maintain the confidentiality causing the damage, which jurisprudence should one apply to calculate liabilities. Comparing to acts in foreign countries, facts obtained during mediation are considered to be confidential that each party is obliged to maintain their confidentiality and not to expose some facts that will affect the right of the evidence owner or being known as “without prejudice”, except from being state otherwise by the laws. For example, the mentioned jurisprudence can be omitted in order to prevent the public from serious harm or to act in accord with agreed dispute resolution. Those exceptions allow the court to admit facts derived from the mediation as the evidence by comparing the necessity and the benefit from maintaining the confidentiality. If the necessity is prioritized, the jurisprudence of admitting facts from the meditation will be omitted. In this part, the legislation of Thailand has not specified an exception the prohibition against hearing evidence for other necessary cases, and have no any law required people involved mediation to be liable due to failure to maintain confidentiality, they should be liable for any damage occurred from their acts. In the conclusion, the researcher suggests the content to amend the Dispute Mediation ACT, B.E. 2562 (2019) to be more up-to-dated.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2022

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี โดยได้รับความกรุณาจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จิตาร์ตน์ ศิลปภิรมย์สุข อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ให้คำปรึกษา ข้อเสนอแนะ รวมถึงให้ความรู้และประสบการณ์ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ในทุกขั้นตอน รวมถึงชี้แนะให้แก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันท์ทกะ ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่าน ดร. เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์ ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงได้ให้ความกรุณาให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็น ข้อเสนอแนะ รวมถึงให้ความรู้ในการจัดทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ให้การสนับสนุน และอำนวยความสะดวกแก่ข้าพเจ้าในการจัดทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี และขอขอบพระคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ที่กรุณาให้โอกาสแก่ข้าพเจ้าได้มีโอกาสนำเสนองานเขียนบทความเชิงวิชาการอันเป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ท้ายที่สุด ขอขอบคุณในคำแนะนำ การช่วยเหลือ แรงสนับสนุน รวมถึงกำลังใจจากบิดามารดากัลยาณมิตร ได้แก่ โรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งไม่อาจกล่าวได้ทั้งหมด รวมถึงผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงาน ได้แก่ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ สำนักงานปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี คุณูปการที่เกิดจากวิทยานิพนธ์นี้ ข้าพเจ้าขอมอบให้แก่ทุกท่านที่ได้กล่าวมา และขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ภูริณัฐ อุจนจะนำ

## สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 .....	1
บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญ.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	7
1.3 สมมติฐานของการศึกษา .....	7
1.4 ขอบเขตของการวิจัย .....	7
1.5 วิธีการวิจัย .....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
1.7 บทบาททวนวรรณกรรม.....	8
บทที่ 2 .....	11
ทฤษฎี แนวคิดที่ว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงข้อพิพาท และการรับฟังข้อเท็จจริง อันเกิดจากการใกล้เคียงข้อพิพาท .....	11
2.1 การจัดการความขัดแย้งด้วยการระงับข้อพิพาท .....	11
2.2 ความหมายและวิวัฒนาการของการใกล้เคียงข้อพิพาท .....	13
2.3 ลักษณะของการใกล้เคียงข้อพิพาท .....	22

2.3.1	กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท.....	22
2.3.2	ทฤษฎีและหลักการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท .....	27
	(1) ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive theory) .....	27
	(2) ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา (Problem – solving theory) .....	28
	(3) หลักความสมัครใจ (Voluntariness) .....	29
	(4) หลักการรักษาความลับ (Confidentiality).....	30
	(5) หลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment) .....	31
	(6) หลักความเป็นกลาง (Neutrality).....	31
	(7) หลักเรื่องผลลัพธ์มีลักษณะเฉพาะตัว (A unique solution).....	32
2.3.3	การบังคับให้เป็นไปตามผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท .....	32
	(1) เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างคู่กรณีพิพาท77 .....	32
	(2) เนื้อหาของสัญญาเป็นการตกลงระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ระหว่างกันหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตให้สิ้นไป.....	37
	(3) คู่กรณีพิพาทได้ยินยอมตกลงผ่อนผันให้แกกัน.....	37
2.3.4	ประเภทของการไกล่เกลี่ย.....	38
	(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล.....	38
	(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล.....	38
2.4	หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท .....	39
2.4.1	หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) .....	39
2.4.2	หน้าที่ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความเป็นกลาง (Duty of Act Neutrally and Impartially).....	40
2.4.3	หน้าที่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเท่าเทียมและเอาใจใส่แก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย (Duty to Conduct Fairly and Diligently).....	40
2.4.4	หน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงของตนเองแก่คู่กรณีพิพาท (Duty to Disclose to Parties) .....	40



2.4.5	หน้าที่ตามจริยธรรม (Duty of Ethics).....	41
2.4.6	หน้าที่ในการรักษาความลับ (Duty of Confidentiality).....	41
2.5	แนวความคิดว่าด้วยการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท .....	42
2.5.1	ความลับและความเป็นส่วนตัว .....	42
2.5.2	คุณค่าของการรักษาความลับ.....	46
2.5.3	ประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ช่วยรักษาความลับของคู่กรณี .....	47
2.6	หน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย .....	49
2.6.1	แนวคิดในการรักษาความลับ .....	49
2.6.2	หลักในการคุ้มครองความลับของคู่กรณีจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท .....	52
2.6.3	การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนำมาปรับใช้กับการกำหนดยกเว้นมิให้รับฟัง ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน .....	56
2.6.4	การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนำมาปรับใช้กับการห้ามผู้ไกล่เกลี่ยเป็น พยานในคดี .....	57
2.6.5	สิทธิของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะปฏิเสธไม่ให้การเป็นพยาน .....	57
2.6.6	ความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยอาจได้รับการยกเว้นให้ถูกเปิดเผยได้ .....	58
2.6.7	ความเสียหายอันเกิดจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย .....	60
2.7	บทบัญญัติว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายไทย .....	62
2.8	บทสรุป .....	83
บทที่ 3	.....	86
	การรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	86
3.1	ความนำ.....	86
3.2	กฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และการ รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย .....	88
3.2.1	การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน.....	90

3.2.2 การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย .....	97
(1) การติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาท .....	97
(2) การเปิดเผยข้อมูล .....	98
(3) การรักษาความลับ .....	99
3.2.3 กฎว่าด้วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Mediation Rule 2018).....	103
(1) ความมุ่งหมายของการใช้ UNCITRAL Mediation Rule .....	104
(2) การรักษาความลับ .....	105
1) การสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายและผู้ไกล่เกลี่ย .....	106
2) ความลับ .....	107
3) การนำพยานหลักฐานเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่น.....	108
4) ข้อตกลงยุติข้อพิพาท.....	111
5) บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ.....	112
3.3 กฎหมายของรัฐที่ใช้กำหนดคุ้มครองรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย .....	114
3.3.1 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา .....	114
(1) บทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับ .....	114
(2) บทบัญญัติกำหนดต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน .....	124
(3) มาตรการทางกฎหมายในกรณีที่มีการนำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปใช้ในทางที่ผิด.....	134
3.3.2 กฎหมายของประเทศอังกฤษ.....	138
(1) หลัก without prejudice .....	140
(2) ข้อจำกัดและข้อยกเว้นของหลัก without prejudice.....	144
(3) การกำหนดค่าเสียหายจากเหตุข้อมูลอันเป็นความลับถูกเปิดเผย.....	149

(4) การพิสูจน์เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการที่ข้อมูลถูกเปิดเผย .....	150
3.3.3 กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย .....	151
(1) บทบัญญัติกำหนดต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไต่ถามข้อพิพาทเป็น พยานหลักฐาน และข้อยกเว้นการห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไต่ถามข้อพิพาทเป็น พยานหลักฐาน .....	152
(2) บทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับ .....	154
(3) ข้อยกเว้นและข้อจำกัดหลักการรักษาความลับ .....	156
(4) การละเมิดความไว้วางใจ (breach of confidence) .....	163
3.3.4 กฎหมายของประเทศสิงคโปร์ .....	164
(1) หน้าที่ในการรักษาความลับ ตามกฎหมายว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท ค.ศ.2017 .....	168
(2) การกำหนดมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในระหว่างการไต่ถามข้อพิพาทเป็น พยานหลักฐาน .....	174
(3) ความรับผิดจากการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ .....	176
3.3.5 กฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ .....	177
(1) กฎหมายของประเทศเยอรมนี .....	179
1) หน้าที่ในการรักษาความลับ .....	182
2) การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน .....	185
3) ข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ .....	187
4) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไต่ถามข้อพิพาท .....	187
(2) กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส .....	189
1) หลักการรักษาความลับ .....	190
2) การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน .....	191

3) ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม	
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส .....	191
4) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไต่ถาม	193
3.4 การกำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาท .....	195
3.5 การกำหนดการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทในประมวลจริยธรรมของผู้ไต่ถามที่จัดทำโดยองค์กรผู้ไต่ถาม .....	198
3.6 บทสรุป .....	203
บทที่ 4 .....	205
วิเคราะห์การรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม และความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม .....	205
4.1 ความนำ .....	205
4.2 วิเคราะห์หน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไต่ถาม .....	213
4.2.1 การกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไต่ถาม .....	214
4.2.2 การกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไต่ถาม .....	220
4.3 วิเคราะห์เหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน .....	230
4.4 วิเคราะห์ความรับผิดของผู้ไต่ถามและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ .....	246
4.5 บทสรุป .....	251
บทที่ 5 .....	252
บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	252
5.1 บทสรุป .....	252
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	266

5.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดบุคคลผู้มีหน้าที่ในการ  
รักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม..... 267

5.2.2 ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงเพิ่มเหตุยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ และเหตุที่  
สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐานได้..... 268

5.2.3 ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกำหนดความรับผิดของผู้ไต่ถามอันเนื่องจากการไม่ทำ  
หน้าที่ในการรักษาความลับ..... 270

บรรณานุกรม..... 272

ประวัติผู้เขียน..... 284



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ที่มาและความสำคัญ

การระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นกระบวนการเพื่อยุติข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น นอกเหนือจากกระบวนการระงับข้อพิพาททางศาล ซึ่งองค์กรตุลาการทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาด โดยมีคำพิพากษาชี้ขาดเป็นที่สุด อย่างไรก็ตามการดำเนินกระบวนการยุติธรรมโดยศาลยังคงมีอุปสรรค ไม่ว่าจะด้วยเหตุความล่าช้าของการดำเนินกระบวนการซึ่งใช้ระยะเวลาจนกว่าจะแล้วเสร็จ การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีความสลับซับซ้อน มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการสูง รวมไปถึงทำให้สัมพันธ์ภาพระหว่างคู่กรณีพิพาทอาจไม่เกิดความสมานฉันท์ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลอาจส่งผลทำให้ความลับของคู่กรณีพิพาทอาจถูกเปิดเผยได้<sup>1</sup> การระงับข้อพิพาททางเลือกนับได้ว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมที่ส่งเสริมเพื่อสร้างความยุติธรรมคู่ขนานกับความเท่าเทียม และทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย (easy access to justice) กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation) นับได้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้ถูกเลือกใช้ ด้วยลักษณะของรูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกหาข้อสรุปที่เหมาะสมเพื่อหาข้อสรุปอันเป็นทางออกสำหรับการยุติข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งทำให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายเกิดความพึงพอใจระหว่างกันอย่างมากที่สุด สร้างความรู้สึกว่าทุกฝ่ายต่างเป็นผู้ชนะในข้อพิพาท (win – win situation) โดยไม่มีฝ่ายใดรู้สึกว่าเป็นผู้แพ้ แม้ฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าตนเองอาจจะไม่ได้ผลตอบแทนเต็มที่เท่ากับการได้รับผลตามคำพิพากษาของศาล แต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกลับทำให้เป็นการรักษาสัมพันธ์ภาพที่ดีระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย และทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถดำเนินธุรกิจระหว่างกันได้ต่อไป รวมไปถึงยังเป็นการเสริมสร้างสังคมให้สามารถดำเนินต่อไปได้อย่างปกติสุข

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทยได้ถูกกำหนดไว้เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ปรากฏอยู่ในกฎหมายของไทยหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปรากฏอยู่ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 17 ประนีประนอมยอมความ<sup>2</sup> ซึ่งกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยลักษณะของสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นคู่กรณีพิพาท ได้เข้ามาตกลงให้ความยินยอมโอนอ่อนให้แก่กันเพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันนั้นได้ยุติลง และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

<sup>1</sup> บรรพการ ก้าลา, สรุปสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : ทางเลือกของสังคมไทย" (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา), หน้า.19

<sup>2</sup> มาตรา 850 – 852 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความแพ่ง<sup>3</sup> ที่ได้วางหลักเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือได้มีการทำประนีประนอมยอมความในข้อที่พิพาท แม้กระทั่งในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม<sup>4</sup> ได้กำหนดให้อำเภอหนึ่งจัดให้มีคณะบุคคลทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทของประชาชนที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำเภอนั้น ในกรณีพิพาททางแพ่งเกี่ยวกับที่ดินมรดก และข้อพิพาททางแพ่งอื่นที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 200,000 บาท หรือมากกว่านั้นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา นับได้ว่าผู้ร่างกฎหมายได้เห็นถึงความสำคัญของการให้คู่กรณีพิพาทได้มีโอกาสได้หาทางออกเพื่อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างกันก่อนที่จะให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในข้อพิพาทนั้น

กระทั่งต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการยุติระงับข้อพิพาท อันเนื่องมาจากปัจจุบันข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญาเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะข้อพิพาททางแพ่งที่มีจำนวนทุนทรัพย์ไม่มาก และข้อพิพาททางอาญาบางประเภทที่สามารถยุติได้ด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งการยุติข้อพิพาทโดยอาศัยความยินยอมของคู่กรณีพิพาทเป็นสำคัญ เพราะฉะนั้นเมื่อมีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย จะส่งผลทำให้เกิดการสร้าง ความสมานฉันท์ขึ้นในสังคม ส่งเสริมให้การสร้างสังคมที่มีความปกติสุข

แม้กระบวนกรไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 ดังกล่าวจะกำหนดให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งจะกระทำได้ในกรณีที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินอันมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ ข้อพิพาทระหว่างทายาทเกี่ยวกับทรัพย์มรดก ข้อพิพาทที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา หรือข้อพิพาทนอกเหนือข้อพิพาทข้างต้นโดยมีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาทก็ตาม<sup>5</sup> แต่ในความเป็นจริงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเข้ามามีส่วนสำคัญในการเป็นหนทางแรกในการยุติระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี และคู่กรณีหลายรายเลือกใช้กระบวนกรระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับข้อพิพาทหลากหลายประเภท ไม่เพียงแต่เป็นข้อพิพาทที่เป็นเรื่องเล็กน้อย แต่ข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ที่มีมูลค่าสูงก็นำเอาการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีมูลค่าความเสียหายสูง จึงจะเห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ช่วยทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับสิ้นลงอย่างรวดเร็ว และใช้ต้นทุนไม่สูงมากจนเกินไป โดยในต่างประเทศ

<sup>3</sup> มาตรา 20 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

<sup>4</sup> มาตรา 61/2 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550

<sup>5</sup> มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562

ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา การระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นที่นิยมอย่างมาก โดยเฉพาะจุดเด่นของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ การมีผู้ไกล่เกลี่ยโดยภาคเอกชนที่เข้มแข็ง ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร หรือการมีบริษัทเอกชนที่ให้บริการการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>6</sup> ทั้งนี้ คาดว่าในอนาคตการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกที่จะเป็นที่นิยมในประเทศไทย โดยจะเห็นได้จากข้อมูลสถิติจำนวนคดีที่ขอระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยหน่วยงานที่ดำเนินการด้านการประนอมข้อพิพาท เช่น ในปี 2563 กรณีข้อพิพาททางแพ่งที่ดำเนินการโดยศาลยุติธรรม มีอัตราส่วนจำนวนคดีที่เข้าสู่ศูนย์ไกล่เกลี่ยของศาลแพ่งทั้งหมด 4,844 คดี และสามารถไกล่เกลี่ยได้สำเร็จรวม 3,676 คดี คิดเป็นอัตราส่วนร้อยละ 75.89 หรือในส่วนข้อพิพาททางแพ่งที่มีการดำเนินการโดยกรมการปกครอง มีเรื่องที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาททั้งสิ้น 2,599 เรื่อง และได้ดำเนินการแล้วเสร็จจำนวน 2,326 เรื่อง คิดเป็นร้อยละ 89.5 หรือการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรวมประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า มีปริมาณคดีเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจำนวน 25 คดี สามารถไกล่เกลี่ยได้สำเร็จจำนวน 6 คดี และไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ จำนวน 13 คดี และอยู่ในระหว่างการดำเนินการจำนวน 6 คดี<sup>7</sup> จะเห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่จะเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อไปในอนาคต

กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย โดยเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่ต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรม ไม่ว่าจะเป็นกรปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง อิสระ ยุติธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททุกครั้ง ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรวดเร็ว ไม่ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทล่าช้าเกินสมควร ซื่อสัตย์สุจริต และไม่เรียกรับหรือรับทรัพย์สิน ประโยชน์ อื่นใดจากคู่กรณีหรือบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุภาพ รักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ไม่กระทำการเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทหรือบีบบังคับให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดลงลายมือชื่อในข้อตกลงระงับข้อพิพาท และกรณีอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้<sup>8</sup> โดยการรักษาความลับเป็นแนวคิดหนึ่งที่ถูกคิดค้นขึ้นเพื่อเป็นการรับรองสิทธิความเป็นส่วนบุคคล ซึ่งรัฐหรือเอกชนอื่นใดไม่อาจ

<sup>6</sup> นภาง เอกอัคร, "‘วิกฤตสาธารณสุข’ สู่ ‘วิกฤตเศรษฐกิจ’ การไกล่เกลี่ยแก้วิกฤตชาติ (ตอนที่ 2)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2565 แหล่งที่มา:

[https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article\\_24Jan2021.aspx](https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article_24Jan2021.aspx)

<sup>7</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ, รายงานสถานการณ์การประนอมข้อพิพาท พ.ศ.2563 หน้า. 5 – 9

<sup>8</sup> มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562



เข้ามาก้าวร่างกายได้ ซึ่งบุคคลแต่ละคนพึงควรได้รับการเคารพและได้รับความคุ้มครองให้แต่ละปัจเจกบุคคลสามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีอิสระ สามารถแสวงหาความสุขแก่ตนเองเท่าที่จะพึงเป็นไปได้ ซึ่งมีเหตุผลที่สำคัญอยู่ 2 ประการที่สมควรให้ปัจเจกบุคคลพึงได้รับสิทธิในการเก็บรักษาความลับคือ มนุษย์พึงเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดในการเป็นเจ้าของในเนื้อตัวร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียง และเกียรติยศ และมนุษย์พึงได้รับการบรรลุถึงความมุ่งหมายเพื่อป้องกันตัวเอง ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันชีวิต เกียรติยศ ชื่อเสียง ทรัพย์สินต่าง ๆ ซึ่งทั้งสองเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ปัจเจกบุคคลทุกคนพึงได้รับ<sup>9</sup> ความลับบางครั้ง หากถูกเปิดเผยจะส่งผลร้ายต่อผู้เป็นเจ้าของข้อมูลความลับนั้น เพราะความลับที่ถูกเปิดเผยอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ เสถียรภาพ หรือสถานะของผู้เป็นเจ้าของข้อมูล อาจถึงขนาดส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือ หรือความสามารถในการแข่งขัน หรือส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิต ความเป็นอยู่ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของข้อมูลได้

เมื่อพิจารณาหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่มีหน้าที่รักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว จะพบว่าแม้จะกำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะต้องปฏิบัติ แต่หากผู้ไกล่เกลี่ยกลับไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายอย่างไร ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 มิได้กำหนดไว้ จึงมีปัญหาในประการที่หนึ่งว่าหากผู้ไกล่เกลี่ยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายหรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ แม้มีประเด็นอยู่ว่าผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท มีความรับผิดชอบเมื่อการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทเกิดจากการตกลงกันของคู่กรณีพิพาทโดยอาศัยข้อสัญญาตกลงไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท เมื่อคู่กรณีพิพาทมีความประสงค์จะใช้วิธีการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทเพื่อระงับข้อพิพาทและได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ในสัญญาตกลงไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทแล้ว ผลจากการแสดงเจตนาของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายที่ตกลงเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท ย่อมทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถกำหนดอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท ตลอดจนวิธีการในการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทได้ แต่อำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบดังกล่าวย่อมผูกพันแต่เพียงเฉพาะคู่กรณีพิพาทตามสัญญาตกลงไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกที่มีคู่สัญญา<sup>10</sup> เพราะฉะนั้นนอกจากอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมที่จะได้รับจากข้อสัญญาที่คู่กรณี

<sup>9</sup> วาฐินี วงษ์วิจิตร, "การเปิดเผยความลับ : กรณีศึกษาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า.11 – 13

<sup>10</sup> สุธาสิณี สุภา, "ความรับผิดชอบและความคุ้มครองของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า.24

พิพาทได้ตกลงกันกำหนดอำนาจหน้าที่แล้ว คู่กรณีพิพาทอาจกำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมโดยอ้างอิงตามประมวลจริยธรรมขององค์กรผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทนั้น ๆ ด้วย เท่ากับว่าจะต้องกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ในสัญญาตกลงไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทด้วย<sup>11</sup> เพราะประมวลจริยธรรมขององค์กรผู้ไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทหลาย ๆ ฉบับ มิได้มีสภาพบังคับเหมือนกฎหมายประเภทอื่น ๆ แต่มีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่อันพึงจะต้องกระทำเสมือนเป็นหน้าที่ทางศีลธรรมจรรยา จึงเป็นสาเหตุทำให้คู่กรณีพิพาทมีหน้าที่ที่ต้องกำหนด นำเอาประมวลจริยธรรมขององค์กรผู้ไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทมากำหนดไว้ในสัญญา<sup>12</sup> อย่างไรก็ดี ในความเป็นจริงมิได้เป็นเช่นนั้นเสียทีเดียว การไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทอาจเกิดขึ้นโดยข้อกฎหมายกำหนดบังคับให้ต้องมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นขั้นตอนในลำดับแรกก่อน หรือเป็นการกำหนดทางเลือกในการระงับข้อพิพาท เพราะฉะนั้นการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นย่อม มิได้เกิดขึ้นจากการตกลงกันโดยข้อสัญญา<sup>13</sup> เมื่อมิได้มีข้อสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบไว้แล้ว จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าเมื่อมีมูลเหตุที่ก่อให้เกิดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในลักษณะ เช่นว่านี้เกิดขึ้นแล้ว จะกำหนดความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อพิพาทที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้เกิดขึ้นจากข้อตกลงในสัญญานั้นอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจในการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมิได้จำกัดแต่เพียงว่าผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีแต่เพียงผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น อาจมีบุคคลอื่น ๆ ที่ได้รับความยินยอมจาก

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 26.

<sup>12</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 27.

<sup>13</sup> ตัวอย่างกรณีการเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมิได้เป็นข้อสัญญาระหว่างกัน

มาตรา 20 ตรี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วางหลักว่า “ก่อนยื่นฟ้องคดี บุคคลที่จะเป็นคู่ความอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจหากมีการฟ้องคดีนั้น เพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนีประนอมทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาท โดยคำร้องนั้นให้ระบุชื่อ และภูมิลำเนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรายละเอียดของข้อพิพาท เมื่อศาลเห็นสมควร ให้ศาลรับคำร้องนั้นไว้แล้วดำเนินการสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ให้ศาลมีอำนาจเรียกคู่กรณีที่เกี่ยวข้องมาศาลด้วยตนเอง โดยคู่กรณีจะมีทนายความมาด้วยหรือไม่ก็ได้ และแต่งตั้งผู้ประนีประนอมดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไป โดยให้นำความในมาตรา 20 ทวิ มาใช้บังคับโดยอนุโลม...”

ข้อ 3 แห่งข้อบังคับกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการประนีประนอมข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญา วางหลักว่า “ข้อบังคับการประนีประนอมข้อพิพาทยอมใช้บังคับแก่การประนีประนอมข้อพิพาท ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญาหรือเกี่ยวกับสัญญาหรือนิติสัมพันธ์หรือมูลเหตุอื่น ซึ่งคู่กรณีประสงค์ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมข้อพิพาทภายใต้การดำเนินการของกรมทรัพย์สินทางปัญญา...”

ข้อ 14 แห่งระเบียบกรมบังคับคดี ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2558 วางหลักว่า “ผู้ประสงค์ให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สามารถยื่นคำร้องต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของกรมบังคับคดีและสำนักงานบังคับคดีทุกจังหวัดทั่วประเทศโดยตรงหรือทางโทรสาร หรือทางไปรษณีย์”

คู่กรณีทุกฝ่ายให้สามารถเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ บุคคลดังกล่าวย่อมมีหน้าที่ในการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย โดยองค์กรผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจกำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลอื่น ๆ ที่มีหน้าที่หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้มีหน้าที่ในการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>14</sup> ทั้งนี้ บุคคลดังกล่าวจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการเปิดเผยความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยหรือไม่ อย่างไร และยังไม่ได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยสถานะความคุ้มครองของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างไร เพราะการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะที่ดำเนินการโดยองค์กรผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจมีบุคคลอื่นที่ทำหน้าที่ในการช่วยเหลือสนับสนุนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย หากความลับของคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกเปิดเผยอันเนื่องมาจากการกระทำของบุคคลดังกล่าว บุคคลนั้นจะมีความรับผิดชอบอย่างไร

ประการที่สอง เมื่อมีข้อเท็จจริงว่าคู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหายจากการที่ตนเองถูกเปิดเผยความลับ อันเนื่องมาจากตนเองได้ให้ข้อมูลอันมีลักษณะก่อให้เกิดประโยชน์หรือก่อให้เกิดผลได้ผลเสียแก่ตนเองในเวทีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากผู้ไกล่เกลี่ยหรือบุคคลที่ได้รับความยินยอมให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยได้นำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก จะมีการพิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างไร เพราะการถูกนำเอาความลับของตนไปเปิดเผย คู่กรณีพิพาทย่อมอยู่ในภาวะที่เสียหายตลอดต่อไป และการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีพิพาทที่ได้รับผลกระทบจากการถูกเปิดเผยความลับย่อมเป็นการยากที่จะประเมินมูลค่าความเสียหายเป็นตัวเงินออกมา ทั้งนี้ การกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่ในการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่กลับพบว่าไม่ได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาอันเกิดมาจากความผิดของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับไว้ เนื่องจากหากมิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะจะต้องไปปรับใช้กฎหมาย เช่น ความรับผิดทางแพ่งว่าด้วยละเมิด เป็นต้น ซึ่งจะต้องใช้ภาระในการพิสูจน์ซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการที่ซับซ้อน ซึ่งหากไม่มีการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยวิธีการเยียวยาความเสียหายไว้จะเป็นการยากในการพิจารณาเพื่อเยียวยาผลกระทบจากการกระทำ ความผิด ด้วยเหตุและผลดังกล่าวข้างต้น จึงสมควรมีการศึกษาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีดังกล่าว

<sup>14</sup> ตัวอย่างกรณีมีการกำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทและบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องมีหน้าที่ในการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท

ข้อ 12 แห่งข้อบังคับกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญา วางหลักว่า “ให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาและผู้ประนอมข้อพิพาทรักษาความลับเกี่ยวกับกระบวนการประนอมข้อพิพาท รวมทั้งการรักษาความลับเกี่ยวกับสัญญาประนอมข้อพิพาท เว้นแต่กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทดังกล่าว”

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- (1) เพื่อศึกษาการกำหนดหน้าที่และอำนาจของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) เพื่อศึกษาการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (3) เพื่อศึกษาการพิจารณาเยียวยาความเสียหายอันมีสาเหตุมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับ

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทยทั้งปวงมีการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่ชัดเจน จึงสมควรที่จะกำหนดมาตรการที่ใช้กับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ในทุกกรณี

## 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาข้อความคิดว่าด้วยการรักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ย ความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับ รวมไปถึงการพิจารณาความรับผิดชอบอันเกิดจากการที่ความลับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกเปิดเผย ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายของประเทศไทย โดยมุ่งเน้นพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ในลักษณะศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบจากกฎหมายของต่างประเทศ

## 1.5 วิธีการวิจัย

ศึกษาวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การพิจารณาความเสียหายวิธีการพิจารณากำหนดมูลค่าความเสียหายอันเกิดจากความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกเปิดเผยและบทสันนิษฐานความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกเปิดเผย ตามกฎหมายไทย ประกอบกับการค้นคว้าจากตำรา หนังสือ วารสารทางวิชาการ แนวคำวินิจฉัยขององค์กรผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยผลงานทางวิชาการ นิตยสาร บทความ ข่าวสาร บทวิเคราะห์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ เอกสารทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) เพื่อทราบและเข้าใจหน้าที่และอำนาจของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในการรักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมถึงการพิจารณาความเสียหายอันมีสาเหตุมาจากความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกเปิดเผย และการกำหนดบทสันนิษฐานว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

(2) เพื่อทราบถึงข้อความคิดและหลักกฎหมายของต่างประเทศว่าด้วยหน้าที่และอำนาจของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในการรักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมถึงการพิจารณาความเสียหายอันมีสาเหตุมาจากความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกเปิดเผย และการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาเจ้าของข้อมูลที่ถูกเปิดเผยอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(3) เพื่อเกิดแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของไทยว่าด้วยหน้าที่และอำนาจ ความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย การพิจารณาความเสียหาย และการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาเจ้าของข้อมูลที่ถูกเปิดเผยอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

## 1.7 บทบททวนวรรณกรรม

จากการค้นคว้าเพื่อทบทวนวรรณกรรม พบว่ายังไม่มีการศึกษาใดที่มุ่งศึกษาโดยตรงถึงการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และความลับอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่มีการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นว่าด้วยเรื่องของการรักษาความลับ ได้แก่

(1) วิทยานิพนธ์ เรื่อง การเปิดเผยความลับ : กรณีศึกษาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย โดยนางสาววราภรณ์ วงษ์วิฑิต ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2536

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวศึกษาถึงแนวคิด วิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎีในการรักษาความลับของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย เนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและทนายความ ลูกความจะเปิดเผยถึงความต้องการ เจตนา และการกระทำต่าง ๆ แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพ

ทางกฎหมาย ด้วยเหตุแห่งความเชื่อใจในความซื่อสัตย์ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ดังนั้น หากยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ลูกความได้มอบแก่ตน ย่อมเป็นการทำลายความไว้วางใจ และขัดขวางประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับจากการช่วยเหลือทางกฎหมาย ผู้ศึกษาได้สรุปว่าควรกำหนดความหมายและขอบเขตของความลับไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจน และเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้ หากจำเป็นต้องมีการเปิดเผยความลับ ควรกำหนดข้อยกเว้นให้สามารถเปิดเผยความลับได้ และให้เกิดการสร้าง ความเข้าใจเกี่ยวกับหน้าที่ในการรักษาความลับให้เป็นที่แพร่หลายและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป

(2) วิทยานิพนธ์ เรื่อง ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยนางสาวสุธาสินี สุภา ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2545

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบ และความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท ตามที่ปรากฏในร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNCITRAL ซึ่งพบว่าแนวคิดสำคัญว่าด้วยการกำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท คือ แนวคิดที่ว่าด้วยเรื่องการทำหน้าที่ลักษณะกึ่งตุลาการของผู้ประนอมข้อพิพาท และแนวคิดการรักษาความลับของผู้ประนอมข้อพิพาท อย่างไรก็ตามยังไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการยอมรับสถานะของผู้ประนอมข้อพิพาทว่ามีลักษณะกึ่งตุลาการ ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าไม่ควรกำหนดประเด็นดังกล่าวไว้ในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ควรขึ้นอยู่กับความสมัครใจของแต่ละประเทศ

สำหรับความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทในระบบกฎหมายไทย ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้ประนอมข้อพิพาทอาจจะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งทางสัญญาและทางละเมิด ส่วนความรับผิดชอบทางอาญายังไม่มีกฎหมายกำหนดความรับผิดกรณีผู้ประนอมข้อพิพาท ฐานเปิดเผยความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท จึงเห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา ทั้งควรมีการบัญญัติข้อยกเว้นให้สามารถเปิดเผยความลับได้ และควรปรับปรุงกฎหมายลักษณะพยานให้สอดคล้องกับหลักการรักษาความลับของกระบวนการประนอมข้อพิพาท และกำหนดความรับผิดฐานผู้ประนอมข้อพิพาทรับสินบนในประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้ควรพิจารณาให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท หากได้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและอยู่ภายในขอบอำนาจของตน

(3) วิทยานิพนธ์ เรื่อง ความลับของการอนุญาโตตุลาการ โดยนางสาวอรดา วงศ์อำไพวิทย์ ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2546

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวศึกษาเกี่ยวกับความลับของการอนุญาตตุลาการ โดยศึกษาหลักความลับของการอนุญาตตุลาการทั้งในทางแพ่ง อาญา และจริยธรรม เพื่อเสนอแนวทางการกำหนดหลักการรักษาความลับของการอนุญาตตุลาการให้มีความชัดเจน กำหนดขอบเขตของข้อมูลที่ถือถือว่าเป็นความลับ และความรับผิดชอบของบุคคลที่ผูกพันในการรักษาความลับ โดยการรักษาความลับเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ ซึ่งกฎหมายของไทยและต่างประเทศยังไม่มี ความชัดเจนในการกำหนดขอบเขตของข้อมูลที่ให้รักษาเป็นความลับ และหลักความรับผิดชอบของบุคคลที่ผูกพันในการรักษาความลับ ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดไว้ให้มีความชัดเจน และมีบทลงโทษหากมีการเปิดเผยความลับ ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักความลับของการอนุญาตตุลาการในทางแพ่ง ได้วางหลักให้อนุญาตตุลาการได้รับความคุ้มครอง แต่หากอนุญาตตุลาการได้กระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบ ส่วนทางอาญา ความผิดครอบคลุมไปถึงอนุญาตตุลาการที่ตนมีหน้าที่ผูกพันตามสัญญาการรักษาความลับ แต่ครอบคลุมเพียงความลับเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ และการนิมิตทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งควรมีการขยายให้ครอบคลุมถึงกรณีอื่น ๆ ด้วย และควรมีการกำหนดหลักความลับของอนุญาตตุลาการให้ชัดเจนกฎหมาย ให้มีสภาพบังคับและการลงโทษด้วย

## บทที่ 2

### ทฤษฎี แนวคิดว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดข้อพิพาท และการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดข้อพิพาท

#### 2.1 การจัดการความขัดแย้งด้วยการระงับข้อพิพาท

เมื่อบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปมีความคิดที่ไม่ต้องตรงกัน ไม่ว่าจะบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องดังกล่าวจะเป็นบุคคลธรรมดาเพียงไม่กี่ราย หรือประชาชนในสังคม เมื่อบุคคลดังกล่าวมีความต้องการที่แตกต่างกันแล้ว ไม่ว่าจะจะเป็นความต้องการในผลประโยชน์ ทรัพยากรที่มีจำกัด การเข้ามาเพื่อแย่งชิงอำนาจ การแข่งขัน หรือความแตกต่างที่เกิดขึ้นในสังคม รวมไปถึงการกระทบถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างเอกชนกับองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐ อาจทำให้เกิดเป็นการเรียกร้อง การรักษาสีทธิ หรือการก่อให้เกิดเหตุละเมิดระหว่างกัน เหตุดังกล่าวเหล่านี้เรียกได้ว่าเป็นความขัดแย้ง (conflict)<sup>15</sup> ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคล ความขัดแย้งอาจมีได้หลายสาเหตุ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากสาเหตุเดียวหรือมีหลายสาเหตุมาประกอบรวมกันจนเกิดเป็นความขัดแย้งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ระหว่างบุคคล ความเข้าใจ ความรู้สึกนึกคิด หรือแม้กระทั่งความปรองดองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการสื่อสารระหว่างบุคคล ความไม่พึงพอใจในการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนอันเนื่องมาจากการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงบางอย่าง<sup>16</sup> หรือการเปลี่ยนแปลงสถานะต่าง ๆ ของบุคคลที่ประสบพบเจอ<sup>17</sup> จนก่อให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเกิดขึ้น เหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุอันทำให้เกิดความขัดแย้งได้ทั้งสิ้น

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น คู่กรณีที่เกี่ยวข้องรวมถึงบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดการความขัดแย้ง สามารถเลือกใช้วิธีในการจัดการข้อพิพาทได้หลากหลายรูปแบบ ขึ้นกับลักษณะของความขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยอาจจำแนกวิธีการจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งการจัดการความขัดแย้งอาจจัดการได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจเหนือบุคคลอื่นหรือเหนือสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง หรือเป็นการจัดการข้อพิพาทโดยอ้างความเป็นประธานแห่งสิทธิ (Subject of Rights) ที่ให้ถือว่าคู่กรณีต่างเป็นประธานแห่งสิทธิ และถูกโต้แย้งสิทธิจนเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น หรือกรณีการจัดการผ่านการยึดผลประโยชน์ อันมีลักษณะเป็นการประสานผลประโยชน์โดยยึดเอาผลประโยชน์ หรือความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายมาเป็นที่ตั้ง แล้วหาวิธีการแก้ปัญหาอย่างใด ๆ ที่สามารถตอบสนอง

<sup>15</sup> มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต, "การบริหารความขัดแย้ง," ใน *การจัดการความขัดแย้ง*, ญัฐนันท์ คุณเงิน, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2560), หน้า 15.

<sup>16</sup> เนติ กิจโกศล, "ปัญหาการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในศาล: ศึกษาเฉพาะกรณีการใกล้ชิดข้อพิพาททางแพ่ง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 10.

<sup>17</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 15, หน้า 18.



ต่อการให้เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้<sup>18</sup> ในบางกรณีบุคคลย่อมมีความคิดว่าหากจัดการความขัดแย้งโดยยึดหลักผลประโยชน์เป็นที่ตั้งแล้ว อาจเป็นการจัดการความขัดแย้งที่มีความคุ้มค่าและสมประโยชน์แก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) มีลักษณะของการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทที่หันเหออกจากกระแสหลัก<sup>19</sup> โดยมีลักษณะเป็นการจัดการความขัดแย้งโดยยึดหลักผลประโยชน์เป็นหลัก ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงตอบโจทย์ความต้องการของคู่กรณีพิพาทที่มีความประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยยึดผลประโยชน์ของฝ่ายตนเป็นสำคัญ เพราะลักษณะของการระงับข้อพิพาททางเลือกมีแนวคิดที่มุ่งผลประโยชน์มากกว่าจุดยืน กล่าวคือมุ่งเน้นที่ความต้องการของคู่กรณีพิพาทที่จะได้รับประโยชน์จากการดำเนินกระบวนการนั้น<sup>20</sup>

**การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation)** เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกประเภทหนึ่งซึ่งไม่มีลักษณะทางตุลาการ (non – judicial settlement of disputes) โดยมีบุคคลที่สามที่เป็นคนกลาง เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย (mediator) ทำหน้าที่คอยช่วยเหลือให้การสนับสนุน เพื่อให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายสามารถร่วมกันหาทางออกได้อย่างเหมาะสมและเกิดความพึงพอใจกับคู่พิพาททุกฝ่าย<sup>21</sup> โดยผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีความผูกพันอย่างใด ๆ ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อระงับข้อพิพาท เพื่อให้การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เสริมสร้างความสัมพันธ์อย่างฉันมิตร (amicable settlement of dispute)<sup>22</sup> การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถทำให้ยุติข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว สะดวก และลดข้อจำกัดด้านพิธีรีตองในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท รวมไปถึงสามารถข้อยุติที่มีความสร้างสรรค์นอกเหนือขอบเขตคำพิพากษาของศาล<sup>23</sup>

คำว่า “ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation)” มีอีกถ้อยคำที่ใช้ในลักษณะที่พ้องกัน คือ “ประนอมข้อพิพาท (conciliation)” ซึ่งทั้งสองคำก็ต่างถูกใช้สำหรับเรียกกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่คู่กรณีพิพาทได้ร้องขอให้บุคคลที่สามเป็นคนกลางให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการให้คู่กรณีพิพาทกันได้ตกลงร่วมกันเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกันอย่างฉันมิตร ซึ่งบุคคลที่สามดังกล่าวไม่ได้มีหน้าที่ในการตัดสินว่าคู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ถูกหรือผิด แต่คำทั้งสองระหว่างไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและประนอมข้อพิพาทมีความแตกต่างกันเล็กน้อย คือ การประนอมข้อพิพาท เป็นการที่

<sup>18</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, หน้า 11 – 15.

<sup>19</sup> Dean J. Champion, *The Juvenile Justice System : Delinquency, Processing and the Law* (Pearson Education Limited, 2001), p. 407.

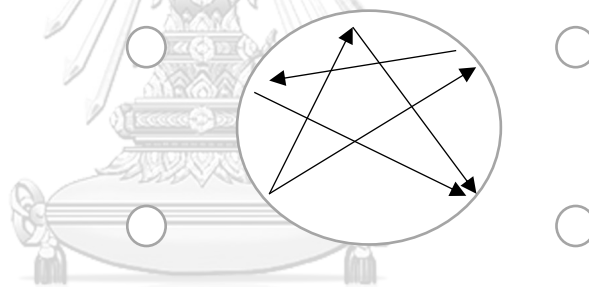
<sup>20</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, หน้า 16.

<sup>21</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 15, หน้า 20.

<sup>22</sup> เขมจุฬา สุวรรณจินดา, *การระงับข้อพิพาททางสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 33.

<sup>23</sup> Eric R. Max, "Confidentiality in Environmental Mediation," *New York University Environmental Law Journal* 2, 2 (1993): 213.

บุคคลที่สาม เรียกว่า ผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งเป็นคนกลางไม่ได้ทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาท แต่บุคคลดังกล่าวมีบทบาทในการจัดทำข้อเสนอ หรือมีการเสนอทางออกเพื่อให้คู่กรณีพิพาทได้เลือกใช้เพื่อตกลงกัน ส่วนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นเพียงการนำคนกลาง ที่เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย มาดำเนินกระบวนการเพื่อระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร โดยที่มิได้มีการจัดทำข้อเสนอหรือเสนอทางออก เพื่อให้คู่กรณีพิพาทได้เลือกใช้เพื่อตกลงกัน<sup>24</sup> บางรายได้ให้คำอธิบายถึงความแตกต่างระหว่าง การประนอมข้อพิพาท (conciliation) กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation) ตรงที่บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ย (mediator) มีหน้าที่เป็นตัวกลางในการติดต่อสื่อสารเท่านั้น แต่ผู้ประนอมข้อพิพาท (conciliator) ทำหน้าที่คอยช่วยเหลือให้คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันโดยอาจรวมถึงการช่วยยกร่างสัญญา ประนีประนอมยอมความด้วย<sup>25</sup> อย่างไรก็ตามความแตกต่างดังกล่าวนี้ในทางการอธิบายตาม UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ได้กล่าวไว้ว่าความแตกต่างของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation) และการประนอมข้อพิพาท (conciliation) ไม่ได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ จึงทำให้ผู้ศึกษาบางรายมีความเห็นว่าคำทั้งสองดังกล่าวสามารถใช้เรียก สลับกันได้โดยมีความหมายน้อยอย่างเดียวกัน<sup>26</sup> ทั้งนี้ กระบวนการไกล่เกลี่ยจะกระตุ้นให้มีการสื่อสาร ระหว่างกันอย่างมาก และอาจแสดงแสดงกระบวนการออกมาได้ ดังภาพ



ภาพที่ 1 แสดงกระบวนการสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทด้วยกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>27</sup>

## 2.2 ความหมายและวิวัฒนาการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก หรือ กระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลประเภทหนึ่ง โดยนำเอาคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายมารวมกันหาทาง ออกของข้อพิพาทเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอาศัยบุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลางทำหน้าที่อำนวยความสะดวก

<sup>24</sup> อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 23 - 24.

<sup>25</sup> ปวีณี ไพรทอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอส. ออฟเซ็ท กราฟฟิคส์ไซน์, 2564), หน้า 15 - 16.

<sup>26</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 16.

<sup>27</sup> นพพร โพธิ์รังสิยากร, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรการป้องกันและการไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยสันติวิธี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ศูนย์ป้องกันและไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทด้านสิ่งแวดล้อม สำนักส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2548), หน้า 21.

คู่กรณีพิพาทได้ทำการเจรจาต่อรองระหว่างกันเพื่อให้ได้ข้อยุติในประเด็นข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งบุคคลที่สามดังกล่าวนี้มีได้ทำหน้าที่ซึ่งขาดตัดสินข้อพิพาทว่าสมควรจะมีผลลัพธ์เป็นประการใด<sup>28</sup> ทั้งนี้ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการประนอมข้อพิพาท (conciliation) ซึ่งในกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ได้มีการอธิบายไว้เกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำระหว่าง mediation และ conciliation ไว้ว่า แม้ว่าแต่เดิมจะมีการใช้ถ้อยคำว่า conciliation หรือการประนอมข้อพิพาท แต่คณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้พิจารณาแล้วว่าสมควรใช้ถ้อยคำว่า mediation หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแทนคำว่า conciliation หรือการประนอมข้อพิพาท เพื่อให้สามารถปรับใช้ให้เข้ากับการใช้งานจริงและในทางปฏิบัติของการบังคับใช้ โดยคาดหวังว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะช่วยอำนวยความสะดวกเพิ่มความชัดเจนในการปรับใช้กฎหมายแม่แบบนี้ โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมิได้กระทบอย่างมีนัยสำคัญหรือความหมายเชิงแนวคิดอย่างไร ๆ<sup>29</sup> เพราะฉะนั้น ในทางการอธิบายตาม UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation นั้น นัยสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการประนอมข้อพิพาทจึงมิได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ และถ้อยคำทั้งสองต่างมีความหมายว่าเป็นกระบวนการที่คู่กรณีพิพาทได้ขอให้บุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือให้คู่พิพาททุกฝ่ายในการใช้ความพยายามตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทอย่างสันติ โดยบุคคลที่สามดังกล่าว เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย (mediator) หรือผู้ประนอมข้อพิพาท (conciliator) ซึ่งมีได้มีอำนาจอย่างใด ๆ ที่จะกำหนดให้คู่กรณีพิพาทต้องตกลงยอมรับข้อตกลงหรือแนวทางการยุติข้อพิพาทตามที่ตนเองกำหนดแต่อย่างใด<sup>30</sup>

<sup>28</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 23.

<sup>29</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) article 1 Scope of application of the law and definitions

*footnote 2* In its previously adopted texts and relevant documents, UNCITRAL used the term “conciliation” with the understanding that the terms “conciliation” and “mediation” were interchangeable. In preparing this Model Law, the Commission decided to use the term “mediation” instead in an effort to adapt to the actual and practical use of the terms and with the expectation that this change will facilitate the promotion and heighten the visibility of the Model Law. This change in terminology does not have any substantive or conceptual implications

<sup>30</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 23 – 24.

ในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา มีการค้นพบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนับตั้งแต่ประมาณ 3,000 ปีก่อนคริสตกาล บรรดากลุ่มพ่อค้าชาวอัสซีเรียนใช้กระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงในอารยธรรมอียิปต์ก็มีการนำเอาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาปรับใช้กับข้อพิพาทก่อน แล้วจึงดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความตามกฎหมาย<sup>31</sup> หรือในอารยธรรมกรีกก็พบว่าการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยเมื่อบุคคลมีข้อพิพาทระหว่างกันจำเป็นต้องมีคนกลางเข้ามาระงับข้อพิพาท และถูกนำมาใช้เป็นกระบวนการเพื่อระงับข้อพิพาทขั้นต้นที่สุดก่อนจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น การระงับข้อพิพาทจะกระทำโดยให้บุคคลซึ่งเป็นผู้ที่เป็นผู้มีฐานะและศักดิ์ศรีในสังคม มีอำนาจ ได้รับการเคารพนับถือภายในชุมชน ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย โดยบุคคลดังกล่าวจะรับฟังความจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายแล้วทำการประนีประนอม เพื่อฟื้นฟูและสร้างความสามัคคีในหมู่คณะ ประสานความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท โดยไม่เน้นที่การอ้างความยุติธรรมแก่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายมากนัก<sup>32</sup> แต่หากจำเป็นต้องมีการตัดสินมักให้บุคคลที่สามซึ่งเป็นที่ยอมรับเคารพนับถือของทุกฝ่ายมาเป็นผู้ตัดสินเพื่อให้ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นที่ยุติต่อไป เช่น ยุคโรมัน หัวหน้าครอบครัว (*Pater Familia*) มีอำนาจในการตัดสินปัญหา และหากเป็นปัญหาที่สำคัญ *Pater Familia* มักจะปรึกษาผู้ใหญ่ที่ใกล้ชิด และให้สมาชิกในครอบครัวที่พิพาทกันมาชี้แจงต่อ เสมือนมีลักษณะเป็น “ศาลครอบครัว” (*consilium propinquorum*)<sup>33</sup> จึงจะเห็นได้ว่านับเป็นก้าวแรกของกระบวนการระงับข้อพิพาทขั้นมูลฐานที่สุด ส่วนกระบวนการในทางกฎหมาย ในยุคพระเจ้าจัสติเนียน (ประมาณ 451 – 450 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งเริ่มมีการรวบรวมกฎหมายเป็นหมวดหมู่ และจารึกเป็นกฎหมาย 12 โต๊ะ กระบวนการทางกฎหมายจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อ *Pater Familia* มีข้อพิพาทระหว่างกัน ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายซึ่งเป็นคณะสังฆราชที่มีหน้าที่ตีความกฎหมายและให้คำปรึกษาแก่คู่ความ และเริ่มมีการนำคดีสู่การพิจารณาของศาล โดยมีผู้พิพากษา (*iudex*) เป็นผู้ตัดสินชี้ขาด<sup>34</sup> ความนำที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ เพื่อจะแสดงให้เห็นว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทมีมานานตั้งแต่เท่าที่จะสามารถค้นคว้าในทางประวัติศาสตร์ได้ และรูปแบบการระงับข้อพิพาทในอดีตเป็นการใช้คนกลางเข้ามา มีบทบาทซึ่งมีได้มีลักษณะแตกต่างกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ส่วนความเป็นมาทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับแผ่นดินไทย การใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาท นับตั้งแต่สมัยอาณาจักรล้านนา เมื่อมีการศึกษากฎหมายของอาณาจักรล้านนามีการกล่าวถึงในธรรมมุลกัณฑ์ไตร 203 เกี่ยวกับฐานะของผู้ปกครอง

<sup>31</sup> นฤมล มิซุกร, "การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษา การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า 7.

<sup>32</sup> Lars Kirchhoff Christian Bühring-Uhle, and Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, second ed. (AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006), pp. 177 - 178.

<sup>33</sup> แสง บัญเฉลิมวิภาส, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 27.

<sup>34</sup> เพ็งอ้อ, หน้า 120

อาณาจักรล้านนามีภาระหน้าที่สำคัญในการก่อให้เกิดความสงบในบ้านเมือง ในฐานะผู้ทรงความยุติธรรม บุคคลผู้เป็นเจ้าเมือง (ผู้ปกครองเมืองใหญ่น้อย) ควรมีหลักธรรมะที่ยึดถือเป็นหลักในการปกครองบ้านเมืองถึง 32 บท ซึ่งกล่าวถึงการประนีประนอมยอมความให้ใช้หลักบัวอย่าให้ช้ำน้ำอย่าให้ชุ่น งูอย่าให้เคียด เขียดอย่าให้ตาย ไม้อย่าให้ตัด ฆ้อนอย่าให้หัก ฝักอย่าให้พังทลายลงมา<sup>35</sup> กล่าวคือในการระงับข้อพิพาทอย่างใด ๆ ให้อยู่บนหลักความรอมชอมไม่ให้เกิดข้อขัดแย้งจนถึงกับแตกหักหรือจนถึงกับทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะเสียหายเสียเปรียบ เสมือนให้แต่ละฝ่ายเป็นผู้ชนะกันทุกฝ่ายนั่นเอง หรือในสมัยสุโขทัย ดังปรากฏบนหลักศิลาจารึกหากไพร่ฟ้าได้รับความเดือดร้อนข้องใจประการใดก็ร้องทุกข์ต่อพ่อเมือง แล้วพ่อเมือง (หมายถึงพ่อขุนรามคำแหง) จะเข้ามาสอบถามความและหาทางแก้ปัญหาด้วยตนเอง ก็สะท้อนรูปแบบการระงับข้อพิพาทในอดีตได้เป็นอย่างดี<sup>36</sup> อย่างไรก็ตามการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้มีพัฒนาการและมีการปรับใช้เข้ากับบริบทสังคมในยุคต่อ ๆ มา พร้อมกับ การสอดแทรกไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อเป็นทางเลือกให้คู่กรณีพิพาทตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องนั้น ๆ สามารถเลือกใช้เป็นช่องทางสำหรับการระงับข้อพิพาทในเรื่องที่จำเป็นต้องบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องถึงขนาดใช้กระบวนการวินิจฉัยตัดสินคดีโดยศาลยุติธรรม เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้ศาลมีอำนาจพยายามให้คู่ความได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นข้อพิพาท หรือถ้ากรณีที่คู่ความฝ่ายใดมีทนายความเพื่อว่าต่างหรือแก้ต่างแก่ตนเองแล้ว ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่ความฝ่ายดังกล่าวมาศาลด้วยตนเองได้ เมื่อศาลเห็นสมควรว่าหากคู่ความฝ่ายนั้นมาศาลด้วยตนเองแล้วอาจเกิดความตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความระหว่างกัน รวมไปถึงเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา จึงได้มีการร่างบทบัญญัติในลักษณะ 17 ว่าด้วยประนีประนอมยอมความ อันหมายความว่าสัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน เพื่อทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละไปนั้นระงับสิ้นไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงปรากฏในสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นว่าเป็นของตนเอง โดยการจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความให้จัดทำเป็นหลักฐานอันเป็นหนังสือโดยลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือตัวแทนของฝ่ายนั้น กระทั่งต่อมาศาลยุติธรรมในปี พ.ศ.2537 ศาลยุติธรรมได้นำระบบการไกล่เกลี่ยมาใช้งานมากยิ่งขึ้น โดยแยกผู้พิพากษาที่มาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย แยกสำนวนคดี และจัดให้มีศูนย์สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลขึ้น จนกระทั่งให้อำนาจผู้พิพากษาสมาชิกแต่งตั้งผู้ประนีประนอมมาช่วยเหลือผู้พิพากษาในการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทได้มากขึ้น<sup>37</sup>

<sup>35</sup> พิธินัย ไชยแสงสุขกุล และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว, วิจัยพื้นฐาน เรื่อง กฎหมายล้านนาโบราณ : วิเคราะห์ระบบโครงสร้างและเนื้อหาบทบัญญัติที่จารในใบลาน (กรุงเทพฯ โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 315.

<sup>36</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 33, หน้า 67.

<sup>37</sup> ปรัชญา อยู่ประเสริฐ, "ขั้นตอนกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท," ใน เทคนิคจิตวิทยาสำหรับการไกล่เกลี่ย, ณัฐนันท์ คุณเงิน, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2560), หน้า 2 - 5.

ต่อมาการใกล้เคียงข้อพิพาทมีบทบาทสำคัญและถูกสนับสนุนเพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ตอบโจทย์ความไม่สะดวกสบายในการระงับข้อพิพาทตามแบบแผน เช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ไม่ว่าจะเป็ค่าใช้จ่ยในการดำเนินกระบวนการระยะเวลา และผลของคำวินิจฉัยที่กว่าจะถึงที่สุดใช้ระยะเวลายาวนานและไม่แน่นอนว่าจะมีผลดังที่คู่กรณีพิพาทต้องการ โดยเฉพาะการใช้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลซึ่งใช้ระยะเวลาประกอบกับมีปริมาณคดีเข้าสู่ศาลซึ่งอาจไม่ตอบโจทย์ความต้องการของภาคธุรกิจที่ต้องการการแก้ไขปัญหาที่รวดเร็วและเด็ดขาด เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการและประโยชน์ที่พึงได้ของทุกฝ่าย เมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ ระบบเศรษฐกิจมีการเปิดเสรีทางการค้าและบริการ ย่อมมีการขยายตัวของการทำธุรกรรมทางการค้าที่เพิ่มมากยิ่งขึ้น และส่งผลทำให้ย่อมมีข้อพิพาททางการค้ามีปริมาณเพิ่มขึ้นตามมาด้วย<sup>38</sup> การระงับข้อพิพาททางเลือกจึงตอบโจทย์และเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจและการค้าในปัจจุบัน ทำให้ในหลากหลายประเทศได้หยิบยกนำเอาการระงับข้อพิพาททางเลือก ไม่ว่าจะเป็กระบวนการเจรจา ประenomข้อพิพาท ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรืออนุญาโตตุลาการมาเป็กระบวนการระงับข้อพิพาทขั้นต้นก่อนที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาล สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนนำเอาคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 20 ทวิ และมาตรา 20 ตรี<sup>39</sup> โดย

<sup>38</sup> อ้างแล้ว, เิงอรธที่ 10, หน้า 10.

<sup>39</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 19 “ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่ความทุกฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่ความนั้น ๆ จะได้มีทนายความว่าต่างแก่งต่างอยู่แล้วก็ดี อนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตนเองอาจยังให้เกิดความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความดังที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไปนี้ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง”

มาตรา 20 “ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้น”

มาตรา 20 ทวิ “เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ย เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยจะให้มีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการในการไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอมให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา

ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาตามวรรคสาม เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้”

มาตรา 20 ตรี “ก่อนยื่นฟ้องคดี บุคคลที่จะเป็นคู่ความอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจหากมีการฟ้องคดีนั้น เพื่อให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนีประนอมทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาท โดยคำร้องนั้นให้ระบุชื่อและภูมิลำเนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรายละเอียดของข้อพิพาท เมื่อศาลเห็นสมควร ให้

กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจให้มีการไกล่เกลี่ยหรือตกลงประนีประนอมยอมความในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน ไม่ว่าจะได้อำนาจกระบวนพิจารณาของศาลในชั้นใดก็ตาม ซึ่งศาลอาจเห็นสมควรหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอโดยทำเป็นคำร้องเพื่อจัดให้มีการประนีประนอมยอมความระหว่างกันตามที่ร้องขอ ก่อนมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล โดยการทำคำร้องของผู้ร้องฝ่ายที่ประสงค์ให้มีการประนีประนอมยอมความเป็นหนังสือระบุชื่อและภูมิลำเนาของคู่กรณีพิพาทที่เกี่ยวข้อง พร้อมรายละเอียดของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น<sup>40</sup> แล้วจึงพิจารณาต่อไปว่าตามคำร้องของผู้ร้องนั้นมีเหตุสมควรที่จะรับคำร้องไว้ไกล่เกลี่ยหรือไม่<sup>41</sup> โดยพิจารณาต่อไปว่าอีกว่ามีเหตุที่ไม่ควรรับคำร้องไว้ไกล่เกลี่ยหรือไม่ โดยเฉพาะหากพิจารณาจากพฤติการณ์ประกอบแล้วมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นการยื่นคำร้องโดยไม่สุจริตหรือมีเจตนาเอาเปรียบคู่กรณีหรือบุคคลอื่น หรือเป็นกรณีข้อพิพาทที่ได้ถูกนำไปยื่นฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อศาลอื่นไปแล้ว โดยคู่กรณีทั้งฝ่ายผู้ร้องและฝ่ายที่ถูกร้องขอให้เข้ามาไกล่เกลี่ยเป็นคู่ความในคดีนั้น หรือเป็นเรื่องข้อพิพาทที่เคยได้รับการไกล่เกลี่ยตามข้อกำหนดนี้แต่ไม่เป็นผล หรือเป็นข้อพิพาทอันไม่เป็นสาระที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ย<sup>42</sup> พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 9 ประกอบกับมาตรา 8 วางหลักว่า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูกหรือกำลังจะถูกละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจตกลงกันเพื่อขอให้คณะกรรมการความลับทางการค้าทำการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้า ก่อนที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าจะใช้สิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทาง

---

ศาลรับคำร้องนั้นไว้แล้วดำเนินการสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ให้ศาลมีอำนาจเรียกคู่กรณีที่เกี่ยวข้องมาศาลด้วยตนเองโดยคู่กรณีจะมีทนายความมาด้วยหรือไม่ก็ได้ และแต่งตั้งผู้ประนีประนอมดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไปโดยให้นำความในมาตรา 20 ทวิมาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องสามารถตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันได้ให้ผู้ประนีประนอมเสนอข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี หลักแห่งความสุจริต เป็นธรรม และไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ก็ให้คู่กรณีลงลายมือชื่อในข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น

ในวันทำข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความตามวรรคหนึ่งคู่สัญญาอาจร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมพร้อมแสดงเหตุผลความจำเป็นต่อศาล หากศาลเห็นว่ากรณีมีความจำเป็นที่สมควรจะมีคำพิพากษาไปในเวลานั้น ก็ให้ศาลมีคำพิพากษาไปตามข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวได้โดยให้นำความในมาตรา 138 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การขอและการดำเนินการตามมาตรานี้ ไม่ต้องเสียค่าขึ้นศาล

คำสั่งของศาลที่ออกตามความในมาตรานี้ให้เป็นที่สุด

เมื่อศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ประนีประนอมแล้วแต่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล หากปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วหลังจากยื่นคำร้องหรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่มีการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีกหกสิบวันนับแต่วันที่มีการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง”

<sup>40</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง พ.ศ.2563 ข้อ 6

<sup>41</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง พ.ศ.2563 ข้อ 8

<sup>42</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง พ.ศ.2563 ข้อ 9

การค้าเป็นการชั่วคราว หรือฟ้องคดีต่อศาลเพื่อมีคำสั่งมิให้ผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า<sup>43</sup> พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550 มาตรา 61/1 ประกอบกับมาตรา 61/2 และมาตรา 61/3 กำหนดให้อำเภอมีอำนาจหน้าที่ไกล่เกลี่ยหรือจัดให้มีการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความภายในเขตของตน โดยให้มีคณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาททางแพ่งเกี่ยวกับที่ดินมรดก หรือข้อพิพาททางแพ่งอื่นที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 200,000 บาทหรือกว่านั้น รวมทั้งมีการกำหนดองค์ประกอบของคณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท หน้าที่ของคณะบุคคลดังกล่าว โดยถ้าหากคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงยินยอมกันได้ ให้จัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างกัน และให้ถือมีผลผูกพันระหว่างคู่กรณีพิพาทนั้น และให้ถือเอาข้อตกลงตามสัญญาประนีประนอมยอมความมีผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ให้อีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อพนักงานอัยการ และให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอบังคับให้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ<sup>44</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.2562 มาตรา 72 ประกอบ

<sup>43</sup> พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545

มาตรา 8 เมื่อมีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าผู้ใดละเมิดหรือกำลังจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูกหรือกำลังจะถูก ละเมิดสิทธินั้น มีสิทธิดังต่อไปนี้

- (1) ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นการชั่วคราว และ
- (2) ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า และฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในทางความลับทางการค้าได้

การใช้สิทธิตาม (1) อาจกระทำได้ก่อนการฟ้องคดีตาม (2)

มาตรา 9 ก่อนที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 8 ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูกหรือกำลังจะถูกละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจตกลงกันเพื่อขอให้ คณะกรรมการทำการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้าได้ แต่ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิผู้ควบคุมความลับทางการค้านั้นและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือนำคดีไปสู่ศาลหากการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาทดังกล่าวไม่ อาจตกลงกันได้

การยื่นคำขอและวิธีพิจารณาในการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>44</sup> พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550

มาตรา 61/1 ให้อำเภอมีอำนาจหน้าที่ภายในเขตอำเภอ ดังต่อไปนี้...

- (4) ไกล่เกลี่ยหรือจัดให้มีการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมตามมาตรา 61/2 และมาตรา 61/3



กับมาตรา 74 กำหนดให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญที่คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแต่งตั้ง มีหน้าที่และอำนาจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล ในกรณีมีเหตุว่ามีการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งได้กระทำโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล หรือลูกจ้าง หรือผู้รับจ้างของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ในกรณีที่เรื่องดังกล่าวเป็นกรณีซึ่งอาจไกล่เกลี่ยได้และคู่ความประสงค์จะไกล่เกลี่ย จึงให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญดำเนินการไกล่เกลี่ย<sup>45</sup> อีกทั้งยังมีการกำหนด

มาตรา 61/2 ในอำเภอหนึ่ง ให้มีคณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทของประชาชนที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำเภอ ในเรื่องข้อพิพาททางแพ่งเกี่ยวกับที่ดินมรดก และข้อพิพาททางแพ่งอื่นที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินสองแสนบาท หรือมากกว่านั้นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

ให้นายอำเภอโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการจังหวัดจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นคณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท โดยคัดเลือกจากบุคคลที่มีความรู้หรือมีประสบการณ์เหมาะสมกับการทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและคู่พิพาทตกลงยินยอมให้ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายเลือกบุคคลจากบัญชีรายชื่อตามวรรคสองฝ่ายละหนึ่งคน และให้นายอำเภอ พนักงานอัยการประจำจังหวัดหรือปลัดอำเภอที่ได้รับมอบหมายคนหนึ่งเป็นประธาน เพื่อทำหน้าที่เป็นคณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท

ให้คณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทมีอำนาจหน้าที่รับฟังข้อพิพาทโดยตรงจากคู่พิพาท และดำเนินการไกล่เกลี่ยให้เกิดข้อตกลงยินยอมร่วมกันระหว่างคู่พิพาทโดยเร็ว ถ้าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ ให้คณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างคู่พิพาท และให้ถือเอาข้อตกลงตามสัญญาประนีประนอมยอมความมีผลผูกพันคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ในกรณีที่คู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทสั่งจำหน่ายข้อพิพาทนั้น

ข้อตกลงตามวรรคสี่ให้มีผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

หลักเกณฑ์และวิธีการจัดทำบัญชี การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ตลอดจนคำตอบแทนของคณะบุคคลผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อพนักงานอัยการ และให้พนักงานอัยการดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ออกคำสั่งบังคับให้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าว โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 61/3 บรรดาความผิดที่มีโทษทางอาญาที่เกิดขึ้นในเขตอำเภอใดหากเป็นความผิดอันยอมความได้ และมีใช้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ถ้าผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหายินยอม หรือแสดงความจำนงให้นายอำเภอของอำเภอนั้นหรือปลัดอำเภอที่นายอำเภอดังกล่าวมอบหมายเป็นผู้ไกล่เกลี่ยตามควรแก่กรณี และเมื่อผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหายินยอมเป็นหนังสือตามที่ไกล่เกลี่ย และปฏิบัติตามคำไกล่เกลี่ยดังกล่าวแล้ว ให้คดีอาญาเป็นอันเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในกรณีที่ผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหาไม่ยินยอมตามที่ไกล่เกลี่ย ให้จำหน่ายข้อพิพาทนั้น แต่เพื่อประโยชน์ในการที่ผู้เสียหายจะไปดำเนินคดีต่อไป อายุความการร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายอาญา ให้เริ่มนับแต่วันที่จำหน่ายข้อพิพาทหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>45</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.2562

มาตรา 72 คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้...

(3) ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล...

มาตรา 74 ในกรณีที่ผู้ร้องเรียนไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามระเบียบที่กำหนดไว้ในมาตรา 73 วรรคสอง หรือเป็นเรื่องร้องเรียนที่ระเบียบนั้นได้กำหนดไม่ได้รับไว้พิจารณา ให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญไม่รับเรื่องร้องเรียนไว้พิจารณา เมื่อ

กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 ซึ่งได้ตราขึ้นโดยมีเหตุผลว่า “โดยที่ปัจจุบันข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญาเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก เห็นควรให้นำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมีทุนทรัพย์ไม่มากนักและข้อพิพาททางอาญาบางประเภทมากำหนดเป็นกฎหมายกลางเพื่อให้หน่วยงานของรัฐ พนักงานสอบสวน หรือศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนใช้ในการยุติหรือระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยคำนึงถึงความยินยอมของคู่กรณีเป็นสำคัญ ทำให้ปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลลดน้อยลง ลดปัญหาความขัดแย้ง เกิดความสมานฉันท์ขึ้นในสังคม ลดงบประมาณแผ่นดิน และเสริมสร้างสังคมให้อยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข”<sup>46</sup> เหตุผลสำคัญที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีเหตุผลสำคัญเพื่อลดปริมาณข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลซึ่งมีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องต่อเนื่องมาโดยตลอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมีทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่สูงมาก และน่าจะสามารถยุติข้อพิพาทดังกล่าวได้อย่างรวดเร็ว สามารถให้หน่วยงานของรัฐ หรือพนักงานสอบสวน หรือให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนเป็นคนกลางเพื่อยุติระงับข้อพิพาทได้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีที่สามารถกำหนดแนวทางที่จะยุติข้อพิพาท และเลือกที่จะรักษาผลประโยชน์ของตนเองพร้อมผสมผสานผลประโยชน์กับคู่กรณีฝ่ายอื่น ๆ ได้ อันเป็นการลดปัญหาความขัดแย้งและก่อให้เกิดการสร้างสัมพันธภาพที่ดีระหว่างกันในสังคมได้เป็นอย่างดี และเป็น การลดค่าใช้จ่าย ลดภาระทางงบประมาณ ไม่ว่าจะป็นงบประมาณแผ่นดินในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลและภาระค่าใช้จ่ายของคู่กรณีที่ต้องใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในแต่ละกรณีให้เสร็จสิ้น ซึ่งบางกรณีอาจใช้ระยะเวลาอันยาวนานและอาจมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก จากบริบททั้งหมดที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นว่าภาครัฐได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการจัดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนการดำเนินการระงับข้อพิพาทตามแบบแผน กล่าวคือการดำเนินการกระบวนการระงับข้อพิพาททางศาล โดยกำหนดให้บรรดาข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดขึ้นควรได้รับการชำระสะสางโดยกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้รับการแก้ไขให้ยุติโดยเร็วเสียก่อน

คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญพิจารณาเรื่องร้องเรียนตามมาตรา 72 (1) หรือตรวจสอบการกระทำใด ๆ ตามมาตรา 72 (2) แล้วรับฟังได้ว่า เรื่องร้องเรียนหรือการกระทำนั้นไม่มีมูล ให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญมีคำสั่งยุติเรื่อง

ในกรณีที่คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญพิจารณาหรือตรวจสอบตามวรรคสองแล้วรับฟังได้ว่า เรื่องร้องเรียนหรือการกระทำนั้นเป็นกรณีซึ่งอาจไกล่เกลี่ยได้และคู่กรณีประสงค์จะให้ไกล่เกลี่ย ให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญดำเนินการไกล่เกลี่ย แต่หากเรื่องร้องเรียนหรือการกระทำนั้นไม่อาจไกล่เกลี่ยได้หรือไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ ให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญมีอำนาจออกคำสั่ง ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลปฏิบัติหรือดำเนินการแก้ไขการกระทำของตนให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด

(2) สั่งห้ามผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลกระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือให้กระทำการใดเพื่อระงับความเสียหายนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด...

<sup>46</sup> เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562

แต่หากการดำเนินการดังกล่าวไม่สำเร็จ จึงค่อยนำข้อพิพาทดังกล่าวมาดำเนินการโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทตามแบบแผนต่อไป ซึ่งสะท้อนให้เห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยเฉพาะการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทได้ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ส่วนบุคคลหรือผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท โดยจัดให้มีบุคคลที่สามเป็นบุคคลภายนอกที่อาจเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ หรือมีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท รวมไปถึงมีความสามารถในการใช้วาทศิลป์ และทฤษฎีในการเจรจา การจัดการความขัดแย้ง และการจัดสรรผลประโยชน์ ภายใต้หลักเกณฑ์ในการต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย โดยผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องเสนอวิธีการหรือหนทางให้แก่คู่กรณีพิพาทให้สามารถตกลงกันได้โดยจะต้องไม่ทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายรู้สึกว่าคุณเองเสียเปรียบ กล่าวคือผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องหาแนวทางเพื่อจัดให้ทุกฝ่ายได้รู้สึกว่าคุณเองเป็นผู้ชนะในข้อพิพาท (win – win situation) โดยไม่รู้สึกว่าคุณเองได้เปรียบหรือเสียเปรียบแต่อย่างใด<sup>47</sup> อย่างไรก็ตามในระหว่างการยกร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งมีการยกร่างขึ้นโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่รัฐสภา ได้มีการกล่าวถึงว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้กับกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เป็นหน่วยงานของรัฐ<sup>48</sup> แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ได้มีการแสดงความคิดเห็นจากกรรมการวิสามัญซึ่งเป็นผู้แทนของสำนักงานศาลยุติธรรมว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” เช่น องค์การมหาชน สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center : THAC) เป็นต้น ทำให้เข้าใจได้ว่าหากมีการดำเนินการไกล่เกลี่ยโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) อาจนำหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาใช้บังคับได้ด้วย<sup>49</sup> อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงที่ออกตามความในบทบัญญัติดังกล่าว จึงจะต้องติดตามความชัดเจนของนิยามดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง

## 2.3 ลักษณะของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.3.1 กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีกระบวนการขั้นตอนอยู่ 3 ขั้นตอนหลัก ๆ คือ

<sup>47</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 10, หน้า 14.

<sup>48</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 4 (2561), หน้า 7.

<sup>49</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 5 (2561), หน้า 12.

### (1) ขั้นตอนก่อนการไกล่เกลี่ย (Pre – mediation)

กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย เมื่อคู่กรณีพิพาทได้สมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะสมัครใจนั้นจะโดยเหตุที่คู่กรณีพิพาทตกลงเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วยตนเองก็ดี หรือโดยศาลได้สั่งให้ไปดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยก่อน และคู่กรณีพิพาทต่างฝ่ายมีความสมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามคำสั่งของศาลนั้น ความยินยอมของคู่กรณีพิพาทที่จะเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ เพราะคู่กรณีพิพาทต้องได้ตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทก่อนเริ่มต้นระงับข้อพิพาท และพร้อมยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>50</sup> เพราะฉะนั้นจะต้องมั่นใจว่าคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงที่จะเข้าร่วมข้อพิพาทระหว่างกัน บางครั้งคู่กรณีพิพาทมีความไม่มั่นใจในประสิทธิภาพของกระบวนการไกล่เกลี่ย จึงส่งผลทำให้เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเสนอให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปแล้ว อาจส่งผลทำให้ต้องมาสร้างความพยายามในการเชื่อเชิญมาไกล่เกลี่ยเพื่อให้กระบวนการสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทต่อไปได้<sup>51</sup>

เมื่อสามารถตกลงกันได้ระหว่างคู่กรณีพิพาทว่าจะตกลงเลือกกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจแล้ว จะต้องเตรียมการแต่งตั้งบุคคลที่สามเข้ามาทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย และตกลงวางแผนร่วมกันในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งบุคคลผู้ทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยควรเป็นผู้มีความเข้าใจ ความชำนาญเรื่องกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเป็นที่ยอมรับว่ามีความสามารถในการไกล่เกลี่ย มีความสามารถในการชักจูงใจให้คู่กรณีพิพาทสามารถจับมือตกลงยินยอมกันได้ สามารถวิเคราะห์ถึงสถานการณ์ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และสามารถพิจารณาเปรียบเทียบผลดีผลเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการเลือกกระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบต่าง ๆ ได้ เมื่อได้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ก่อนที่จะมีการประชุมเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ควรจะต้องมีการวางแผนการทำงานเพื่อบรรลุผลในการไกล่เกลี่ย เช่น กำหนดจำนวนครั้งในการประชุม นัดหมายวันเวลาที่ทำการประชุมไกล่เกลี่ย ผู้ที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งส่วนนี้มีความสำคัญ คือ ผู้ที่จะสามารถเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยได้ ต้องเป็นบุคคลที่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงให้ความยินยอมให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมจะต้องมีการเปิดเผยข้อมูลของคู่กรณีแต่ละฝ่าย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ ส่วนได้เสียของคู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อมูล ซึ่งหากมีการเปิดเผยหลุดรอดออกไป อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายเจ้าของข้อมูล ไม่ว่าจะเป็นอย่างนี้ ประโยชน์ทางธุรกิจ หรือเป็นผลด้านความมั่นคงปลอดภัยของคู่กรณีพิพาท เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความจำเป็นต้องเตรียมถึงความเป็นมาและรายละเอียดแห่งข้อพิพาท

<sup>50</sup> Christian Bühring-Uhle, L. K., and Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 180.

<sup>51</sup> พัสกร จรรยากุล, "การระงับข้อพิพาททางเลือกในคดีผู้บริโภคโดยวิธีการไกล่เกลี่ยในระบบออนไลน์" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 22.

กัน (Written Statement of the Case) โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะขอให้คู่กรณีพิพาททำการนำเสนอข้อมูลข้อเท็จจริง และรายละเอียดในเบื้องต้น โดยอาจมีการให้จัดส่งเอกสารหลักฐานที่สำคัญ หรือจัดให้มีการสัมภาษณ์คู่กรณีพิพาทรวมไปถึงทนายความของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้ทำความเข้าใจปัญหาข้อพิพาทในภาพรวม และสามารถพุ่งเล็งถึงประเด็นปัญหาที่เป็นหัวใจสำคัญของเรื่องได้<sup>52</sup> เพื่อให้เกิดความพร้อมในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป รวมไปถึงอาจมีการเตรียมความพร้อมด้วยการหารือกันเบื้องต้น เพื่อการดำเนินการเป็นไปด้วยความรวดเร็ว กระชับ และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น<sup>53</sup>

## (2) ขั้นตอนกระบวนการพิจารณาในการไกล่เกลี่ย

ในระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ย มักจัดทำในรูปแบบของการประชุม โดยเป็นการจัดประชุมเพื่อให้ได้ข้อสรุปในการยุติข้อพิพาท จึงอาจมีการจัดให้มีการประชุมหลายครั้งจนกว่าจะได้ข้อยุติ ซึ่งขั้นตอนหลัก ๆ ของการจัดประชุม เริ่มต้นจากการเปิดคดี (opening session) เพื่อทำการแนะนำผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย รวมถึงการที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำการอธิบายขั้นตอนกระบวนการในการไกล่เกลี่ย และกำหนดให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายทำการแถลงเพื่อเปิดคดีของตน โดยเน้นที่ประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นข้ออ้างข้อเถียงของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย ซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ในการเปิดคดีนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตาม 4 เป้าหมาย คือ การสร้างปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งหมด อธิบายขั้นตอนกระบวนการในการไกล่เกลี่ย เปิดให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้มีการชี้แจงเจตนาความต้องการของฝ่ายตนเอง และดำเนินการเพื่อวางกฎกติกาในการเจรจาและไกล่เกลี่ย<sup>54</sup> ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจสอบถามคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายเพื่อทำความเข้าใจประเด็นปัญหา ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และข้อเรียกร้องของแต่ละฝ่าย ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทได้มีการชี้แจงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วยและเป็นการค้นหาข้อเท็จจริงของข้อพิพาทกัน (fact finding) เพื่อจัดการนำเอาข้อมูล ข้อเท็จจริงมาจัดระบบระเบียบ แล้วค้นหาประเด็นปัญหาสาระสำคัญที่เป็นประเด็นที่ต้องแก้ไขและหาข้อยุติ ประเด็นดังกล่าวมิได้เป็นเฉพาะประเด็นข้อกฎหมาย แต่เป็นทั้งประเด็นทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สัมพันธภาพ รวมไปถึงปัจจัยแวดล้อมประการอื่นในมิติมุมมองของคู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยมักจะถามคำถามตรงประเด็นปัญหา และเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งปฏิเสธคำชี้แจงของคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในขั้นที่เป็นหัวใจสำคัญของการดำเนินกระบวนการนี้ คือ การดำเนินการบนความขัดแย้ง (working through conflict) กล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องค้นคว้าสำรวจหา

<sup>52</sup> Christian Bühring-Uhle, L. K., and Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 181.

<sup>53</sup> อ้างแล้ว, เิงอรธที่ 10, หน้า 25 – 26.

<sup>54</sup> Christian Bühring-Uhle, L. K., and Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 182.

ประเด็นที่เป็นแก่นสำคัญ และพยายามหาประโยชน์สำคัญที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายมีความประสงค์อย่างมีนัยสำคัญ โดยค้นหาจากข้อมูล ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายได้ให้ไว้ในขั้นการค้นหาข้อเท็จจริงของข้อพิพาทกัน (fact finding)<sup>55</sup> ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องสนับสนุนนำเอามุมมองที่แตกต่างกันของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายมาทำให้ต่างฝ่ายต่างได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงและปัญหาที่เกิดขึ้น สร้างแรงจูงใจให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้มีแนวทางที่จะสร้างและพัฒนาทางเลือกที่เป็นประโยชน์ต่อการสร้างข้อยุติข้อพิพาทระหว่างกัน<sup>56</sup>

อย่างไรก็ตามหากคู่กรณีพิพาทได้พบปะกันแล้ว ยังอาจประสบปัญหาว่าคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจต่อต้านข้อเสนอทางเลือกของอีกฝ่ายหนึ่ง และยังคงยึดความต้องการของฝ่ายตนเองเป็นหลัก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความเป็นอิสระกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ผู้ไกล่เกลี่ยอาจหาทางออกโดยจัดให้คู่กรณีพิพาทจัดประชุมโดยไม่มีคู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่นก็ได้ (caucusing) ซึ่งมีจุดเด่นที่ทำให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายมีโอกาสได้พบปะและหารือกับผู้ไกล่เกลี่ยได้อย่างเต็มที่ และเกิดการสร้างความมั่นใจว่าคู่กรณีพิพาทมีความสบายใจที่จะเปิดเผยข้อมูล ข้อเท็จจริงของตนเองได้อย่างเต็มที่โดยไม่ประวิติทหรือเกิดความกดดันจากสภาวะแวดล้อมอื่น ๆ เช่น ความไม่กล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดต่อหน้าคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง รวมไปถึงคลายความกังวลเรื่องการให้ข้อมูลข้อเท็จจริงที่อาจเป็นความลับซึ่งสามารถส่งผลกระทบต่อส่วนได้ส่วนเสีย หรือประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของเจ้าของข้อมูล ข้อเท็จจริงนั้น ๆ ซึ่งการประชุมแบบ caucusing นี้ เป็นรูปแบบการจัดประชุมเพื่อไกล่เกลี่ยโดยที่ไม่มีคู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่น ๆ มาเข้าร่วมด้วย ทำให้คู่กรณีพิพาทที่ได้เข้าพบผู้ไกล่เกลี่ยมีความกล้าที่จะเปิดเผยข้อมูล บอกกล่าวข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยปราศจากแรงกดดันจากคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงสามารถประเมินสถานการณ์ของตนเองได้ โดยไม่ต้องอาศัยการใช้กลยุทธ์หรือการชิงไหวชิงพริบเท่ากับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อศาลหรือต่อชั้นอนุญาโตตุลาการ ทั้งการประชุมแบบ caucusing ช่วยแก้ไขปัญหาการพยายามปิดบังข้อมูล ข้อเท็จจริงของตนเองด้วยเหตุผลเพื่อป้องกันการเอาเรืดเอาเปรียบจากคู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่น ๆ เพราะการประชุมในลักษณะดังกล่าวมีแต่เพียงผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่จะรับรู้ถึงข้อมูล ข้อเท็จจริงของคู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อมูล ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น คู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่นไม่มีโอกาสได้รับรู้ข้อมูล ข้อเท็จจริงนั้น จึงเป็นการยากที่จะรับรู้และเอาข้อมูล ข้อเท็จจริงดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ ดังนั้น เมื่อมีแต่เพียงผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่จะรับรู้ข้อมูล ข้อเท็จจริงนั้น จึงส่งผลทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีหน้าที่อันสำคัญในการรักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งการประชุมแบบ caucusing ยังเป็นการประชุมที่ช่วยในการหาหนทางเพื่อระงับข้อพิพาท ด้วยการใช้เป็นเครื่องมือสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยในการหยั่งความคิดของคู่กรณีพิพาทต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อคาดการณ์ผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid.

และยังช่วยให้คู่กรณีพิพาทได้มีเวลาและโอกาสในการพิจารณาทบทวน ประเมินสถานการณ์ รวมถึงได้รับข้อมูล ข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ทำให้สามารถหาข้อเสนอ หรือทางออกของปัญหาเพิ่มเติมขึ้นมาได้ ทั้งการประชุมแบบ caucusing ยังใช้เป็นเครื่องมือเพื่อสำรวจปัญหา อุปสรรคของการไกล่เกลี่ย เพื่อที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะได้เข้าใจปัญหาและสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างตรงประเด็น และทำให้มีโอกาสดังกล่าวที่ประเด็นปัญหาได้มากที่สุด<sup>57</sup>

เมื่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ดำเนินการไปถึงขั้นได้ผลลัพธ์แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยสำเร็จหรือไม่ก็ตาม ผู้ไกล่เกลี่ยจะจัดให้มีการประชุมในลักษณะพบปะกันระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ด้วยความมุ่งหวังเพื่อให้เกิดการยุติข้อพิพาท โดยในการประชุมนี้หากบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ ผู้ไกล่เกลี่ยก็จะจัดให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้จัดทำข้อตกลงระหว่างกัน หรืออาจทำอยู่ในรูปสัญญาประนีประนอมยอมความ หรือหากยังไม่สามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจัดให้มีการประชุมเพิ่มเติมอีกหลายครั้งและจัดให้คู่กรณีพิพาทรับไปดำเนินการ เพื่อให้การบรรลุข้อตกลงมีความคืบหน้าเพิ่มมากขึ้นจนกว่าจะสามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ ทั้งนี้ ท้ายที่สุดหากคู่กรณีพิพาทอาจบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ หรือไม่สามารถบรรลุข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ก็ดี ผู้ไกล่เกลี่ยต้องจัดให้มีการปิดกระบวนการไกล่เกลี่ย (closure session) โดยจัดให้มีการบันทึกผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กำหนดรายละเอียดที่จำเป็นทั้งหมดไว้ เพื่อให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายผูกพันว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น หรือเพื่อเป็นการกำหนดหลักการไว้ในกรณีที่ต้องมีการดำเนินการอื่นใดภายหลังการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น นำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาล หรือการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น<sup>58</sup> หากปัญหาบางอย่างยังไม่ได้รับการแก้ไขในชั้นดำเนินการไกล่เกลี่ย หรือคาดว่าจะมีความแตกต่างกันเพิ่มเติม อาจดำเนินการโดยวิธีการอื่น ๆ เช่น ใช้กระบวนการตัดสินใจโดยคนกลางก็ได้<sup>59</sup>

### (3) ขั้นตอนภายหลังกระบวนการไกล่เกลี่ย (Post – mediation)

ในบางกรณี ผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีบทบาทในการเป็นคนกลางทำหน้าที่ติดต่อสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย หรือเป็นมือประสานให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายสามารถบรรลุวัตถุประสงค์บางอย่างร่วมกันได้<sup>60</sup>

<sup>57</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 27 – 29.

<sup>58</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 30.

<sup>59</sup> Christian Bühring-Uhle, L. K., and Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, pp. 182 - 183.

<sup>60</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 30.

## 2.3.2 ทฤษฎีและหลักการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

### (1) ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive theory)

ทฤษฎีการแข่งขันสืบเนื่องมาจากการที่ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด แต่มนุษย์นั้นกลับมีความต้องการในทรัพยากรอย่างไม่จำกัด ทรัพยากรที่มีอยู่จึงไม่สามารถนำมาใช้ตอบสนองต่อความต้องการที่มีอย่างไม่จำกัดได้ทั้งหมด เพราะฉะนั้นมนุษย์จึงต้องแข่งขันกันเพื่อเข้าครอบครองและใช้ทรัพยากรดังกล่าวนั้น เมื่อมีการแข่งขันเพื่อแย่งชิงทรัพยากรแล้ว ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงความขัดแย้ง กล่าวคือไม่อาจหลีกเลี่ยงการเกิดข้อพิพาทระหว่างกันได้

สาเหตุที่มีความจำเป็นต้องเข้าแข่งขันกันด้วยเหตุทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดนั้น ทำให้จำเป็นต้องจัดให้มีการจัดสรรทรัพยากร เพื่อให้ทรัพยากรเท่าที่มีอยู่สามารถนำไปตอบสนองต่อความต้องการของมนุษย์ให้ได้มากที่สุด<sup>61</sup> เพราะฉะนั้นแต่ละฝ่ายที่พยายามตกดวงเอาผลประโยชน์จึงจะพยายามยับยัดในผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของตนเอง จึงอาศัยการแข่งขันเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองไว้ หากผู้ใดเข้มแข็งกว่าก็ย่อมสามารถอยู่ในสังคมนั้นได้อย่างแท้จริง นักกฎหมายจึงถูกเลือกใช้เพื่อมาทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ โดยอาศัยการเป็นผู้มีความรู้ทางกฎหมายซึ่งเป็นกติกากำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ต้องเคารพและปฏิบัติตาม นักกฎหมายจึงเป็นผู้ทำหน้าที่พยายามกระทำการตามกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายนั้น ๆ สามารถรักษาผลประโยชน์ของตนต่อไปได้ ตามหลักว่าผู้เข้มแข็งย่อมสามารถอยู่ในสังคมได้อย่างแท้จริง ดังนั้น หากเป็นไปตามทฤษฎีการแข่งขันแล้ว การยุติข้อพิพาทที่มีแนวโน้มเป็นไปตามทฤษฎีดังกล่าวจะต้องถือตามหลักยุทธศาสตร์การแข่งขัน กล่าวคือคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายจะยืนอยู่บนจุดที่สมประโยชน์แก่ฝ่ายตนเองในลักษณะเป็นผู้ชนะในข้อพิพาทและพยายามหาวิถีทางเพื่อให้ฝ่ายตนเองชนะในข้อพิพาท และอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องยอมสูญเสีย<sup>62</sup> เมื่อนำทฤษฎีการแข่งขันมาใช้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ข้อยุติของข้อพิพาทอาจเกิดขึ้นได้เพียงแต่ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะคาดหมายผลได้ค่อนข้างยาก<sup>63</sup> และยังส่งผลเป็นการสร้างปฏิปักษ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท เกิดความไม่พึงพอใจ ปิดกั้นโอกาสในการประสานผลประโยชน์และการสร้างการเป็นผู้ชนะร่วมกัน รวมถึงมีแนวโน้มสร้างการสื่อสารที่ไม่เข้าใจระหว่างกัน ทำให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง<sup>64</sup> เพราะฉะนั้นการใช้ทฤษฎีการแข่งขันกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ย่อมทำให้การยุติข้อพิพาทไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากจุดมุ่งหมายหลักของคู่กรณีพิพาทที่ยึดถือว่าตนเองจะต้องได้ประโยชน์และเป็นผู้ชนะแต่เพียงอย่างเดียว อาจเป็นการสร้างอคติ สร้างปรีปักษ์ระหว่างกัน ทั้งนี้ อาจเพราะการใช้บรรยากาศที่ไม่เหมาะสมและไม่ก่อให้เกิดการ

<sup>61</sup> วีระวัฒน์ ภัทรศักดิ์กำจร, "ระบบการจัดสรรทรัพยากร" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 เมษายน 2565 วันที่ 26 พฤษภาคม 2562.

แหล่งที่มา: <http://www.setthasam.econ.tu.ac.th/blog/detail/542>

<sup>62</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, หน้า 32.

<sup>63</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 51, หน้า 21.

<sup>64</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, หน้า 33.



สร้างความสมานฉันท์ระหว่างกัน เพราะเจตนาที่ประสงค์ให้อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องสูญเสียและไม่ประสงค์ให้เกิดการสร้างผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ย่อมจะไม่มีโอกาสที่หาหนทางในการที่ข้อพิพาทยุติระงับลง

### (2) ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา (Problem – solving theory)

ทฤษฎีการแก้ไขปัญหาเข้ามามีบทบาทต่อการปรับใช้กับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กล่าวคือ การแก้ไขปัญหานั้นเป็นแก่นแท้ของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพราะที่มาของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ การเข้ามาเพื่อแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งที่เกิดขึ้น ความขัดแย้งดังกล่าว คือ ข้อพิพาทที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขเพื่อให้ยุติไป ดังนั้น การระงับข้อพิพาทจึงจัดได้ว่าเป็นการแก้ไขปัญหาย่างหนึ่ง โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาศัยคนกลางเข้ามาช่วยหาทางแก้ไขปัญหาเรื่องข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้ระงับยับยั้งและยุติไป

บุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีพิพาทที่ดี หรือผู้ไกล่เกลี่ยที่ดี จะตระหนักถึงสถานการณ์ปัญหา เมื่อได้รับรู้แล้วก็จะมึมมอง บางรายอาจมองว่าสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นปัญหา บางรายอาจมองตรงกันข้ามว่ามีใช่ปัญหา ดังนั้น เมื่อมีสิ่งให้เห็นว่าเป็นปัญหาเกิดขึ้น บุคคลที่ประสบกับสิ่งนี้เรียกว่าปัญหาจะพยายามหาทางเพื่อแก้ไขปัญหานั้น โดยจะพบกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น 3 ประการ คือ ค้นพบสถานการณ์ที่เป็นปัญหา ค้นหาขั้นตอนกระบวนการแก้ไขปัญหา และจะหาวิธีการที่เหมาะสมที่สุดเพื่อทำการแก้ไขปัญหา<sup>65</sup> เมื่อเลือกนำเอากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายและผู้ไกล่เกลี่ยควรเข้ามาพบปะหารือกันเพื่อช่วยกันแก้ไขปัญหาคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายและผลประโยชน์ร่วมกัน ทฤษฎีการแก้ไขปัญหาคู่กรณีพิพาทมีหลักการที่เกี่ยวข้อง 5 ประการ ดังนี้<sup>66</sup>

1) พิจารณาปัญหา โดยแยกความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากปัญหา แล้วแก้ไขปัญหาคู่กรณีพิพาทแต่ละส่วนให้เสร็จสิ้น

2) ให้ความสำคัญกับเรื่องส่วนตัวเสียและความต้องการของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย พยายามทลายกำแพงเรื่องของฐานะของคู่กรณีพิพาทที่แตกต่างกันมิให้นำมาเป็นประเด็นพิจารณาหลัก เพราะการเน้นถึงฐานะของคู่กรณีพิพาทย่อมจะทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทบรรลุผลไปได้ยากมากขึ้น ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องรับฟังความต้องการของทุกฝ่ายและรับรู้ถึงส่วนได้เสียของทุกฝ่ายแล้วประสานผลประโยชน์ เพื่อสร้างผลประโยชน์ร่วมกันในลักษณะที่ทุกฝ่ายคือผู้ชนะ (win - win) ไม่มีฝ่ายใดรู้สึกว่าเป็นผู้แพ้

3) ทุกฝ่ายจะต้องเข้ามาระดมความคิดหาทางแก้ไขปัญหาคู่กรณีพิพาท พยายามคิดหาทางเลือกในการแก้ไขปัญหาคู่กรณีพิพาทในหลาย ๆ วิธี เลี่ยงการประเมินปัญหาเพื่อสร้างหนทางแก้ไขปัญหาคู่กรณีพิพาทจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย

<sup>65</sup> Jiří Dostál, "Theory of Problem Solving," *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 174(2015): 2799 - 2803.

<sup>66</sup> ศาลแพ่ง, *เทคนิคการไกล่เกลี่ย* (กรุงเทพฯ: อทตยา, 2539), หน้า 73 - 75.

4) ใช้องค์ประกอบ ปัจจัย สภาวะแวดล้อมต่าง ๆ เพื่อใช้ตัดสินใจประเมินทางเลือก

5) พิจารณาเลือกทางเลือกที่ดีที่สุดเพื่อตกลงกัน และเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดได้เสนอทางเลือกที่ดีที่สุดในขณะที่นั้นแล้ว อีกฝ่ายควรจะต้องเปิดใจยอมรับที่จะดำเนินการตามแนวทางนั้น

ทฤษฎีการแก้ไขปัญหามุ่งเน้นค่านึงถึงความชอบธรรมของประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายพึงมีพึงได้ประกอบกับความประสงค์ที่แต่ละฝ่ายมุ่งหมาย จึงทำให้มีการแจกแจงรายละเอียดของข้อพิพาทออกเป็นหลายประเด็น แล้วนำมารวบรวมไว้เพื่อหาทางแก้ไขปัญหานั้นในแต่ละเรื่องให้เสร็จสิ้นไป เพราะฉะนั้น หากนำเอาทฤษฎีการแก้ไขปัญหามาปรับใช้กับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ย่อมทำให้การดำเนินกระบวนการดังกล่าวประสบความสำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางที่จะพยายามหาทุกวิถีทางพร้อมด้วยการใช้เทคนิคศิลปะการเจรจาหรือเพื่อสร้างความพึงพอใจระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายและทำให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายเกิดความพึงพอใจว่าตนเองได้รับผลประโยชน์โดยไม่รู้สึกว่าการตนเองเป็นฝ่ายแพ้หรือเสียเปรียบ กล่าวคือเกิดการสร้างความรู้สึกเป็นผู้ชนะด้วยกันทุกฝ่าย

### (3) หลักความสมัครใจ (Voluntariness)

Bobette Wolski ได้ให้นิยามของความสมัครใจไว้ 4 ประการ คือ ความสมัครใจในการเข้าร่วมด้วยตนเองของคู่กรณีทุกฝ่าย ไม่มีการบังคับให้เกิดการตกลงเพื่อยอมความกัน ผลลัพธ์ของการตกลงยินยอมกันต้องเกิดจากความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณีทุกฝ่ายบนพื้นฐานของการที่คู่กรณีเป็นผู้ควบคุมปัจจัยต่าง ๆ และคู่กรณีมีสิทธิที่จะยอมรับ ปฏิเสธข้อเสนอ หรือทางออกอย่างใด ๆ ที่มีการเสนอบนเวทีการไกล่เกลี่ย<sup>67</sup>

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องอาศัยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาท ซึ่งจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตั้งแต่เริ่มดำเนินการจนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการ หลักความสมัครใจของคู่กรณีพิพาทเป็นเครื่องมือซึ่งช่วยทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถบรรลุผลได้มากขึ้น การที่คู่กรณีพิพาทประสงค์จะเข้ารับข้อพิพาทโดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ก็ด้วยเหตุผลเพราะมีความสมัครใจและพยายามร่วมมือเพื่อหาทางแก้ไขปัญหานั้นให้ระงับยุติลงโดยเร็ว<sup>68</sup> โดยความสมัครใจเป็นความพยายามของคู่กรณีพิพาทที่จะหาทางออกของปัญหาที่เกิดขึ้นหรือให้ความร่วมมือต่อการดำเนินกระบวนการมากกว่าการถูกบังคับหรือทำให้อยู่ภาวะปราศจากการตัดสินใจอย่างอิสระ<sup>69</sup>

ในทางปฏิบัติ การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยยังใช้ระบบบังคับให้คู่กรณีพิพาทในบางกรณีให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนถึงจะสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ หรือบางกรณีศาลเรียกให้คู่กรณีพิพาทดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทก่อน เมื่อคู่กรณีพิพาท

<sup>67</sup> David Spencer and Micheal Brogan, *Mediation Law and Practice* (Cambridge University Press, 2006), p. 88.

<sup>68</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, หน้า 35 – 36.

<sup>69</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 25, หน้า 16 – 17.

ฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องและคู่กรณีอีกฝ่ายยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยประนีประนอม เพื่อให้สามารถยุติข้อพิพาทได้สำเร็จโดยที่อาจไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ตรี กำหนดให้ ก่อนยื่นฟ้องคดี บุคคลที่จะเป็นคู่ความอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจหากมีการฟ้องคดีนั้น เพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนีประนอมทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาท หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ให้ศาลมีอำนาจเรียกคู่กรณีที่เกี่ยวข้องมาศาลด้วยตนเองโดยคู่กรณีจะมีความมาด้วยหรือไม่ก็ได้ และแต่งตั้งผู้ประนีประนอมดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไป

#### (4) หลักการรักษาความลับ (Confidentiality)

การรักษาความลับ มีหลักการพื้นฐานว่าข้อความหรือการกระทำที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายได้กล่าวหรือกระทำลงในระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจะต้องไม่เปิดเผยข้อความหรือข้อเท็จจริงนั้น ๆ แก่บุคคลภายนอก รวมไปถึงผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกหมายเรียกไปเป็นพยานต่อศาลเพื่อให้การเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ทราบ และคู่กรณีพิพาทจะต้องทำหน้าที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลจากการไกล่เกลี่ย รวมถึงประเด็นข้อเรียกร้องของคู่กรณีอีกฝ่ายด้วย<sup>70</sup> การรักษาความลับเป็นสิ่งจำเป็นที่ถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพราะช่วยทำให้คู่กรณีพิพาทที่ยินยอมเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อยุติข้อพิพาทที่มีความมั่นใจว่า การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่รักษาไว้ซึ่งหลักการรักษาความลับจะทำให้การยุติข้อพิพาทเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์และช่วยปกป้องผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาทที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททุกคน เนื่องจากการรักษาความลับคือการสร้างความเชื่อมั่น (trust) ซึ่งความเชื่อมั่นเป็นสาระสำคัญของการไกล่เกลี่ย เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ย และความเชื่อมั่นจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเกิดการสร้างความไว้วางใจระหว่างคู่กรณีพิพาทกับผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งย่อมเกิดขึ้นจากการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยเองที่จะก่อให้เกิดการสร้างความไว้วางใจเชื่อมั่นในการทำหน้าที่ และความเชื่อมั่นนี้จะทำให้คู่กรณีพิพาทกล้าที่จะเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญและความต้องการของฝ่ายตนเอง<sup>71</sup> ที่จะนำมาสู่การค้นหาประเด็นที่เป็นหัวใจของข้อพิพาทเจองจรนำไปสู่หนทางในการยุติข้อพิพาทได้โดยสำเร็จ Michele Zamboni อธิบายว่า การรักษาความลับไม่ได้เป็นเพียงคุณลักษณะของการไกล่เกลี่ย แต่ยังเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการไกล่เกลี่ยซึ่งมีความยืดหยุ่นให้สามารถแก้ไขปัญหาเพื่อสร้างประโยชน์ในการทำให้ข้อพิพาทยุติลง<sup>72</sup> การรักษาความลับมีขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์สำหรับการป้องกันความเสี่ยงที่อาจมีการนำข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่

<sup>70</sup> อ่างแล้ว, เชนอรรถที่ 25, หน้า 16.

<sup>71</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice* (Minnesota: West Publishing CO., 1994), p. 140.

<sup>72</sup> Andrew Agapiou and Bryan Clark, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation," [Online]

Accessed: 26 May 2022. Updated: 22 January 2021. Available from:

<https://www.researchgate.net/publication/348686433>

เปลี่ยนมาใช้ในชั้นกระบวนการพิจารณาคดีของศาลหรือการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจกระทบเสียหายแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลที่ประสงค์ให้เป็นความลับนั้น<sup>73</sup>

#### (5) หลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment)

การให้อำนาจแก่คู่กรณี คือ การกำหนดให้บุคคลหนึ่งมีอำนาจสามารถกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ทำให้ผู้ที่มีอำนาจกระทำการมีบทบาทที่จะสามารถกำหนดการที่จะกระทำภายใต้อำนาจที่ได้รับมานั้นให้มีผลลัพธ์สมดังเจตนารมณ์ของผู้มีอำนาจผู้นั้น เมื่อนำหลักการให้อำนาจแก่คู่กรณีมาปรับใช้กับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ย่อมนำมาใช้กับคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายที่จะเป็นผู้ตัดสินใจในชั้นสุดท้ายว่ามีความประสงค์จะกำหนดผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้อย่างใด<sup>74</sup> เพราะฉะนั้นการมีขั้นตอนก่อนดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น เพื่อให้มีการชักจูงความเข้าใจในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในแต่ละขั้นตอนและคู่กรณีพิพาทจะเกิดความเข้าใจในอำนาจที่ตนเองพึงมีและสามารถนำมาปฏิบัติต่อไปได้ ทั้งการให้อำนาจแก่คู่ความจะส่งผลทำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความเยือกเย็น มั่นใจในตนเอง และเกิดความมั่นคงแน่วแน่ในการปฏิบัติการเพื่อให้ข้อพิพาทยุติลง อันเป็นผลสำเร็จของการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

#### (6) หลักความเป็นกลาง (Neutrality)

หลักความเป็นกลาง ถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (*ius naturale*) ซึ่งเกิดจากแนวคิดพื้นฐานว่า หากบุคคลใดทรงซึ่งอำนาจในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสีย ผู้นั้นจะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจวินิจฉัยในเรื่งนั้น ๆ โดยปราศจากอคติ<sup>75</sup>

หลักความเป็นกลางช่วยให้การสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยเป็นไปโดยเปิดเผย ตรงไปตรงมา การปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องแยกความเห็นทัศนคติ ความนิยมส่วนตัวออกจากข้อพิพาท แล้วทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายมองเห็นทางออกในการยุติข้อพิพาทแล้วตัดสินใจด้วยตนเอง โดยปราศจากความเอนเอียงที่จะช่วยเหลือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ

หลักความเป็นกลางถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญอีกประการหนึ่งของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยนอกจากการปฏิบัติตามหลักการรักษาความลับ เพราะหลักความเป็นกลางจะช่วยให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายเปิดใจยอมรับที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยและยินดีที่จะหาหนทางยุติข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าวด้วยความเชื่อใจและเชื่อมั่นว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นคนกลางที่ช่วยให้ตนเองสามารถหาหนทางยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยหลักความเป็นกลางจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยสามารถ

<sup>73</sup> Nadja Alexander, *International and Comparative Mediation Legal Perspectives* (Bedfordshire Kluwer Law International, 2009), pp. 245 - 246.

<sup>74</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, หน้า 36.

<sup>75</sup> ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, "หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง," ใน *ศาลปกครองแห่งความเชื่อมั่น*, หน้า 1 - 3.

แยกแยะทัศนคติ อคติส่วนตัวของตนเองออกจากข้อพิพาทนั้นได้ แล้วอาศัยหลักความเป็นกลางเพื่อช่วยเหลือคู่กรณีพิพาทให้เกิดการสร้างทางออกของข้อพิพาทร่วมกันให้ได้ ดังนั้น การแสดงออกของผู้ไกล่เกลี่ยย่อมต้องแสดงให้คู่กรณีพิพาทเกิดความสบายใจเพื่อเปิดใจยอมรับความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ย<sup>76</sup>

### (7) หลักเรื่องผลลัพธ์มีลักษณะเฉพาะตัว (A unique solution)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เปิดกว้างให้คู่กรณีพิพาทได้มีอิสระที่จะออกแบบกระบวนการระงับข้อพิพาท ด้วยการให้คู่กรณีพิพาทได้หาทางออกร่วมกันเพื่อยุติปัญหา ทำให้ทางออกของปัญหามีได้หลากหลายมาก ไม่ถูกจำกัดแต่เพียงกระบวนการตามกฎหมายเท่านั้น<sup>77</sup> ดังนั้น การไกล่เกลี่ยซึ่งมีจุดเด่นที่สามารถกำหนดผลลัพธ์ที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตามแต่คู่กรณีพิพาทจะประสงค์นั้น ทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกหนทางที่จะยุติข้อพิพาทได้มากกว่าการกำหนดผลแต่เพียงชนะหรือแพ้ในคดีเท่านั้น

### 2.3.3 การบังคับให้เป็นไปตามผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถดำเนินการไปได้อย่างลุล่วงและคู่กรณีพิพาทสามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ ทำให้ข้อพิพาทที่มีระหว่างกันระงับยุติลง ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่จัดให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายทำข้อตกลงระหว่างกัน โดยทำในรูปแบบของสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งเป็นสัญญาที่ตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทซึ่งมีอยู่ระหว่างกันหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยสัญญาประนีประนอมยอมความมีองค์ประกอบที่สำคัญโดยสรุป ดังนี้

#### (1) เป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างคู่กรณีพิพาท<sup>78</sup>

คู่สัญญาประนีประนอมยอมความ จะต้องเป็นคู่กรณีพิพาท กล่าวคือคู่สัญญาประนีประนอมยอมความมาจากคู่กรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างกันได้เข้ามาตกลงกันเพื่อยุติปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้ระงับสิ้นไป หากมิได้เป็นผู้ที่มีฐานะเป็นคู่กรณีพิพาทแล้วย่อมไม่อาจเป็นคู่สัญญาประนีประนอมยอมความได้ เช่น โจทก์และจำเลยขณะทำบันทึกข้อตกลงแยกกันอยู่โดยให้ ย. อยู่กับแต่ละฝ่ายคนละ 2 สัปดาห์ โดยที่โจทก์มิได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ ย. ทำให้โจทก์ไม่มีสิทธิและหน้าที่ในฐานะบิดาของ ย. ตามกฎหมาย ดังนั้น ข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการปกครองดูแล ย. ระหว่างโจทก์และจำเลยจึงไม่มีขึ้น โจทก์และจำเลยจึงไม่อาจทำบันทึกข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกันเกี่ยวกับการปกครองดูแล ย. ได้<sup>79</sup> โดยคู่สัญญาอาจดำเนินการตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอม

<sup>76</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 16, หน้า 38.

<sup>77</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 16, หน้า 38 – 40.

<sup>78</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์ สรพลจ สุขทรศรีนีย์ มานพ นาคทัต และสิทธิโชค ศรีเจริญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย ประนีประนอมยอมความ การพนันและขั้นตอน บัญชีเดินสะพัด ประกันภัย (มาตรา 850 ถึง 897), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 7 - 28.

<sup>79</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7473/2537

ความนั้นขึ้นด้วยตนเอง หรืออาจมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความขึ้นแทน ซึ่งการทำสัญญาประนีประนอมยอมความด้วยตนเอง บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาจำเป็นต้องเป็นผู้มีความสามารถโดยบริบูรณ์ในขณะที่มีการแสดงเจตนา ไม่มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา มิฉะนั้นการแสดงเจตนาดังกล่าวย่อมเป็นโมฆียะ หากบุคคลผู้เป็นคู่กรณีเป็นผู้ไร้ความสามารถซึ่งมีความบกพร่องในการแสดงเจตนาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์ บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ การตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นกิจการสำคัญและอาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น การทำสัญญาประนีประนอมยอมความบรรดาผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้อนุบาลจะอนุญาตให้ผู้เยาว์ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความด้วยตนเองมิได้ หรือผู้อนุบาลจะทำการตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความแทนบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถมิได้เช่นกัน ทั้งผู้ใช้อำนาจปกครองและผู้อนุบาลจะต้องมาดำเนินการขออนุญาตจากศาลเสียก่อน มิฉะนั้นสัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้ตกลงทำกันไว้ย่อมเป็นโมฆะ<sup>80</sup> ส่วนบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ จำเป็นต้องให้ผู้พิทักษ์เป็นผู้ให้ความยินยอมในการตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความเสียก่อน บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถไม่อาจตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความขึ้นเองได้<sup>81</sup>

กรณีที่คู่กรณีพิพาทมิได้ตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความด้วยตนเอง แต่มอบหมายให้บุคคลอื่นทำการแทน เช่น มอบให้ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีพิพาทผู้เป็นตัวการ ซึ่งการทำประนีประนอมยอมความเป็นกิจการที่เป็นการเฉพาะ หากเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไป ไม่อาจทำการประนีประนอมยอมความแทนตัวการได้ ตามมาตรา 801 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

---

โจทก์จำเลยซึ่งอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสได้ตกลงแยกกันอยู่และร่วมกันทำบันทึกข้อตกลงผลิตภัณฑ์ดูแลบุตรผู้เยาว์ โจทก์ซึ่งมิได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ในฐานะที่เป็นบิดาของบุตรผู้เยาว์ ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการปกครองดูแลบุตรผู้เยาว์ระหว่างโจทก์กับจำเลยย่อมไม่มี จึงไม่อาจทำบันทึกข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์ได้บันทึกข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 โจทก์ไม่อาจฟ้องบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวได้

<sup>80</sup> การตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความ เป็นนิติกรรมอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ อันมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574) ความดังกล่าวให้นำมาใช้กับกรณีผู้อนุบาลของบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถด้วย ทั้งกรณีบิดามารดาเป็นผู้อนุบาลบุตรซึ่งยังเป็นผู้เยาว์ (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/18) กรณีบิดามารดาเป็นผู้โอนบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/18 ประกอบมาตรา 1598/3) กรณีคู่สมรสเป็นผู้อนุบาลคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/15) และกรณีผู้ปกครองซึ่งเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้อยู่ในปกครอง (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/3)

<sup>81</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 34 คนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อน แล้วจึงจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ได้...

(11) ประนีประนอมยอมความหรือมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย...

และพาณิชย์ เพราะการทำประนีประนอมยอมความที่ก่อให้เกิดส่วนได้เสียโดยตรงแก่ตัวการ ดังนั้น กิจการดังกล่าวตัวการจำเป็นต้องให้ความยินยอมเป็นการเฉพาะตามมาตรา 800 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สามารถทำประนีประนอมยอมความได้ หรือในกรณีมอบหมายให้ ทนายความเป็นผู้ทำการประนีประนอม โดยหลักแล้วการประนีประนอมยอมความเป็นกิจการสำคัญที่ ส่งผลต่อส่วนได้เสียของคู่กรณีพิพาท ดังนั้น ทนายความที่จะทำประนีประนอม โดยเฉพาะเป็นการ ประนีประนอมที่เกิดขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล เช่น คู่กรณี พิพาทฝ่ายหนึ่งซึ่งจะเป็นคู่ความในคดี มีความประสงค์ขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนีประนอมทำหน้าที่ ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาท โดยทำ เป็นคำร้องยื่นต่อศาลที่มีอำนาจเหนือคดี ตามมาตรา 20 ตรีแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง หากทนายความของคู่กรณีพิพาทพิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรจะทำข้อตกลง ประนีประนอมยอมความกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ทนายความดังกล่าวจะมีอำนาจทำได้ต่อเมื่อ คู่กรณีฝ่ายตนได้ให้ความยินยอมให้สามารถกระทำได้ เพราะการประนีประนอมยอมความถือ ได้ว่าเป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการจำหน่ายสิทธิของคู่ความ ตามมาตรา 62 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>82</sup> ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวต้องห้ามมิให้ทนายความมีอำนาจ กระทำได้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่ความซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาท หากคู่กรณีพิพาทได้ให้ความ ยินยอมแล้ว และมีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความเกิดขึ้น ย่อมทำให้คู่กรณีพิพาทผูกพันตาม สัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้จัดทำมาแล้วด้วย<sup>83</sup>

การทำสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นการจัดทำสัญญารูปแบบหนึ่งที่ย่อมจะต้องมีการ แสดงเจตนาโดยทำเป็นคำเสนอ และอีกฝ่ายตอบรับโดยการทำเป็นคำสนองตอบกลับมา แล้วจะต้อง เป็นการแสดงเจตนาโดยต้องตรงกันทุกฝ่าย ประกอบกับการแสดงเจตนาดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการ แสดงเจตนาโดยวิปริต กล่าวคือจะต้องไม่เกิดความบกพร่องในการแสดงเจตนาขึ้น คู่กรณีพิพาท จะต้องมิได้ทำสัญญาขึ้นด้วยความสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ เป็นต้น นอกจากนี้ สัญญา ประนีประนอมยอมความจะต้องไม่มีความบกพร่องอีกประการหนึ่ง คือ จะต้องไม่ปรากฏถึงการทำ สัญญาขึ้นด้วยความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย การที่สัญญาประนีประนอมยอมความ

<sup>82</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 62 ทนายความซึ่งคู่ความได้แต่งตั้งนั้นมีอำนาจว่าความและดำเนินกระบวนการใด ๆ แทนคู่ความได้ตามที่ เห็นสมควร เพื่อรักษาผลประโยชน์ของคู่ความนั้น แต่ถ้กระบวนการพิจารณาใดเป็นไปในทางจำหน่ายสิทธิของคู่ความ เช่น การ ยอมรับตามที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้อง การถอนฟ้อง การประนีประนอมยอมความ การสละสิทธิ หรือใช้สิทธิในการอุทธรณ์ หรือฎีกา หรือในการขอให้พิจารณาคดีใหม่ ทนายความไม่มีอำนาจที่จะดำเนินกระบวนการเช่นว่านี้ได้ โดยมีได้รับอำนาจจาก ตัวความโดยชัดแจ้ง อำนาจโดยชัดแจ้งเช่นนี้จะระบุไว้ในใบแต่งตั้งทนายสำหรับคดีเรื่องนั้น หรือทำเป็นใบมอบอำนาจต่างหาก ในภายหลังใบเดียวหรือหลายใบก็ได้ และในกรณีหลังนี้ให้ใช้บทบัญญัติมาตรา 61 บังคับ ...

<sup>83</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 78, หน้า 12 - 15.

จะต้องทำขึ้นบนความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย มีความสัมพันธ์กับหลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment) ที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.3.2 (5) เพราะการทำสัญญาประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นจากการตกลงกันชำระข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ย่อมจะต้องให้คู่กรณีพิพาทมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการกำหนดผลลัพธ์ของการยุติข้อพิพาท และการยุติข้อพิพาทดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้เมื่อคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้เห็นตรงกันแล้วว่าผลลัพธ์สุดท้ายที่นำไปสู่การบรรลุข้อตกลงยุติข้อพิพาทเกิดขึ้นบนพื้นฐานที่ทุกฝ่ายต่างเห็นว่าทั้งตนเองและฝ่ายอื่น ๆ ได้บรรลุข้อตกลงร่วมกันด้วยความเท่าเทียมกัน ดังนั้น คู่กรณีจะต้องมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในการเจรจาตกลงเพื่อยุติข้อพิพาท และสามารถเรียกร้องสิทธิของตนได้ หากการแสดงเจตนาที่มีความบกพร่องขึ้นไม่ว่าโดยทางใด ย่อมทำให้สัญญาประนีประนอมยอมความไม่อาจบังคับใช้ได้ เว้นแต่เป็นความบกพร่องที่ไม่ถึงขนาดที่จะทำให้สัญญาประนีประนอมยอมความไม่อาจใช้บังคับได้ เช่น การทำโดยความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ที่อาจให้สัตยาบันแก่การนั้นได้<sup>84</sup> นอกจากนี้ถ้าสัญญาประนีประนอมยอมความทำโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ไม่อาจบังคับแก่กันได้ด้วย เช่น การจัดทำข้อตกลงชดเชยค่าเสียหายที่จำเลยกระทำการพรากผู้เยาว์ไปจากโจทก์ อันเป็นการละเมิดต่ออำนาจปกครองของโจทก์ อันเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้ หากมีข้อความที่ประสงค์เพื่อทำให้คดีอาญาระงับลง สัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวย่อมมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นโมฆะ เป็นต้น<sup>85</sup>

การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ มาตรา 851 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ มิฉะนั้น จะทำให้ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว<sup>86</sup> แม้ว่าการกำหนดดังกล่าวมิใช่เป็นการกำหนดแบบที่ส่งผลให้หากมิได้ทำตามจะทำให้สัญญาเป็นโมฆะ<sup>87</sup> แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 851 กำหนดถึงความมีผลบังคับของสัญญาประนีประนอมยอมความไว้ว่า จะมีผลบังคับได้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ผิดสัญญาประนีประนอมยอมความและจะบังคับให้เป็นไปตามสัญญาจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบ ซึ่งอาจเป็นการรับผิดชอบในฐานะ

<sup>84</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 78, หน้า 20 - 23.

<sup>85</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 78, หน้า 26.

<sup>86</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 851 อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

<sup>87</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 152 การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ



ยอมรับผิดโดยปริยาย เช่น ลูกจ้างของจำเลยได้ยินยอมชดใช้ค่าเสียหายโดยซ่อมแซมรถยนต์ให้ ว. และ ว. ไม่ได้ใจดำเนินคดีแก่ลูกจ้างของจำเลย ทั้งนี้ จำเลยตกลงยินยอมชดใช้ค่าเสียหายแก่ ว. ตามสัญญาประนีประนอมยอมความนี้ด้วย<sup>88</sup> หรือตัวแทนของฝ่ายนั้น ซึ่งตัวแทนดังกล่าวจะได้รับการแต่งตั้งเพื่อไปตกลงประนีประนอมยอมความหรืออาจเป็นการเชิดให้บุคคลอื่นเพื่อให้บุคคลดังกล่าวลงลายมือชื่อแทน ย่อมทำให้บุคคลดังกล่าวเป็นตัวแทนเชิด การลงลายมือชื่อดังกล่าวย่อมจะผูกพันคู่กรณีพิพาทให้ต้องรับผิดชอบด้วยเช่นกัน<sup>89</sup> เพราะฉะนั้น หากผู้ที่ลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความมิใช่บุคคลที่มีอำนาจลงลายมือชื่อ หรือมิได้มีการลงลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความ ก็ไม่ทำให้มีสัญญาประนีประนอมยอมความที่จะให้ศาลบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ ดังนั้น เพียงแต่ขอให้ปรากฏมีหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการประนีประนอมยอมความก็เป็นการเพียงพอ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด และจะต้องปรากฏลายมือชื่อของคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบหรือตัวแทนของฝ่ายดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อของคู่กรณีทุกฝ่าย<sup>90</sup> ดังจะเห็นได้จากกรณีการทำประนีประนอมยอมความกันในศาล ซึ่งมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้คดีที่มีการทำประนีประนอมยอมความ ให้ศาลจดยางานพิสดารแสดงข้อความแห่งการตกลงหรือการประนีประนอมแล้วให้ศาลพิพาททงษาไปตามนั้น<sup>91</sup> จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวศาลจะจัดทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ อันมีลักษณะเป็นหลักฐานเป็นหนังสือ<sup>92</sup> และระบุข้อความที่คู่ความได้ตกลงกันในเรื่องที่พิพาท ซึ่งเมื่อเป็นสัญญาแล้วจะส่งผลให้คู่กรณีพิพาทมีหน้าที่ผูกพันและจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าว<sup>93</sup>



<sup>88</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2528

สัญญาประนีประนอมยอมความมีข้อความว่าลูกจ้างของจำเลยยินยอมชดใช้ค่าเสียหายโดยการซ่อมแซมรถให้ผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่ได้ใจดำเนินคดีแก่ลูกจ้างของจำเลย โดยมีจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของรถและเป็นนายจ้างตกลงยินยอมและลงลายมือชื่อเป็นพยานในสัญญา ย่อมถือได้ว่าจำเลยยินยอมตกลงรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายตามข้อความในสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นด้วย

<sup>89</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 78, หน้า 68.

<sup>90</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 78, หน้า 66

<sup>91</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 138 ในคดีที่คู่ความตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีโดยมิได้มีการถอนคำฟ้องนั้น และข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้ศาลจดยางานพิสดารแสดงข้อความแห่งข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความเหล่านั้นไว้ แล้วพิพาททงษาไปตามนั้น ...

<sup>92</sup> แบบ 29 สัญญาประนีประนอมยอมความ

<sup>93</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 78, หน้า 63 – 65.

(2) เนื้อหาของสัญญาเป็นการตกลงระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ระหว่างกันหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตให้สิ้นไป

การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ มีความมุ่งหวังให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันได้ระงับยุติลง ซึ่งจะต้องเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้สามารถตกลงระงับได้ เพราะฉะนั้นหากเป็นข้อพิพาทเนื่องจากการผิดสัญญาซื้อขายยาเสพติด เช่นนี้ไม่อาจเป็นข้อพิพาทที่สามารถประนีประนอมยอมความได้ ข้อพิพาทที่อาจตกลงระงับได้ เช่น ข้อพิพาทตามสัญญา ซึ่งจะต้องไม่เป็นสัญญาอันมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นข้อพิพาทในทางละเมิดซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการตกลงเกี่ยวกับค่าเสียหายด้วย หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีครอบครัว เพื่อตกลงกันเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิในการปกครองเลี้ยงดูบุตร หรือเป็นการตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าเลี้ยงดู เป็นต้น หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีมรดก เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดการแบ่งทรัพย์สินมรดกที่ได้มีการแบ่งเป็นส่วนสัด หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับแรงงาน เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยให้ลูกจ้าง โดยลูกจ้างจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายหรือเงินใด ๆ ของนายจ้างอีก เป็นต้น<sup>94</sup> ทั้งนี้ สัญญาประนีประนอมยอมความจะต้องมีถ้อยคำที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทไว้ด้วย ถ้าไม่มีก็ไม่อาจเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความได้<sup>95</sup> เช่น รายงานประจำวันที่มีถ้อยคำระบุว่า “ค่าเสียหายในการนี้ คู่กรณีทั้งสองตกลงกันเอง และแต่ละฝ่ายจะนำรถยนต์ของตนไปซ่อมกันเอง” ไม่มีสาระสำคัญว่าจำเลยตกลงกับผู้เอาประกันภัยของโจทก์ว่าด้วยการชำระค่าเสียหายให้ชัดเจน จึงไม่มีผลเป็นการประนีประนอมยอมความแก่กันตามกฎหมาย ย่อมไม่ทำให้มูลหนี้ละเมิดระงับสิ้นไป เป็นต้น<sup>96</sup>

(3) คู่กรณีพิพาทได้ยินยอมตกลงผ่อนผันให้แก่กัน

การที่คู่กรณีพิพาทได้ยินยอมตกลงผ่อนผันให้แก่กัน คือ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญของการประนีประนอม โดยการต่างผ่อนผันให้แก่กัน หมายความว่าคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ต่างยอมสละข้อเรียกร้องที่แต่ละฝ่ายต่างเคยคิดว่าตนมีอยู่ แล้วมาตกลงกันใหม่ว่าจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันอย่างไรโดยต่างให้ประโยชน์แก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจไม่ได้เต็มตาม

<sup>94</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 78, หน้า 28 – 42.

<sup>95</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 78, หน้า 48.

<sup>96</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2554

การประนีประนอมยอมความตาม ป.พ.พ. มาตรา 850 นั้น คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่ หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จสิ้นไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน แต่สำหรับรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีมีใจความเพียงว่า “ค่าเสียหายในการนี้ คู่กรณีทั้งสองตกลงกันเองได้และจะนำไปซ่อมกันเอง” ไม่มีสาระสำคัญแสดงว่าจำเลยเจรจาตกลงกับ ส.คนขับรถบรรทุกทุกหกล้อที่โจทก์รับประกันภัยไว้ในเรื่องการชำระค่าเสียหายให้ชัดเจนแต่อย่างใด จึงไม่มีผลเป็นการประนีประนอมยอมความตามกฎหมาย มูลหนี้ละเมิดจึงไม่ระงับสิ้นไป เมื่อโจทก์ในฐานะผู้รับประกันภัยนำรถยนต์บรรทุกทุกหกล้อคันดังกล่าวไปซ่อมจนมีสภาพดีดังเดิม โจทก์ย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยเรียกร้องให้จำเลยผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้

จำนวนที่เคยเรียกร้องหรืออาจเป็นการยอมกระทำการบางอย่างให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหรือให้แก่บุคคลภายนอกตามที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายนั้น ๆ ประสงค์ก็ได้ การยินยอมตกลงผ่อนผันแก่กันอาจเป็นการตกลงระหว่างกันเอง หรือเกิดขึ้นโดยมีคนกลาง เช่น ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอมข้อพิพาท ทำการไกล่เกลี่ยเพื่อให้คู่กรณียินยอมโอนอ่อนให้ต่อกัน<sup>97</sup> ดังนั้น หากไม่มีการยินยอมตกลงผ่อนผันให้แก่กันก็ไม่อาจเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความได้ เพราะขาดซึ่งสาระสำคัญของการเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ คือ การระงับข้อพิพาทขึ้นโดยที่ต่างฝ่ายต่างยินยอมผ่อนผันแก่กัน กล่าวคือเป็นการขาดไปซึ่งการทำให้คู่กรณีพิพาทต่างฝ่ายต่างได้รับประโยชน์ในมุมของตนเองในลักษณะที่ทำให้ฝ่ายตนเองเป็นผู้ชนะด้วยกันทุกฝ่ายในข้อพิพาท<sup>98</sup>

#### 2.3.4 ประเภทของการไกล่เกลี่ย

การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมยอมความ อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

##### (1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล

เป็นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อระงับข้อพิพาทโดยที่ไม่ได้มีการนำข้อพิพาทไปดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล กล่าวคือมิได้มีการนำข้อพิพาทไปฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยอาจเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีพิพาทอาจมีการตกลงกัน ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาต่อกันก่อนโดยที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือเป็นการตกลงกันภายหลังเพื่อไกล่เกลี่ยแล้วมาทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความกันเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลอาจดำเนินการขึ้นโดยองค์กรผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยด้วยก็ได้ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรตามกฎหมาย เช่น คณะผู้ไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ หรือเป็นหน่วยงานของรัฐ เช่น กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา กรรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมถึงมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ที่มีการกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะประนีประนอมยอมความ หรือพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 หรือพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นต้น<sup>99</sup>

##### (2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

เป็นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อระงับข้อพิพาทโดยที่เป็นข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และได้มีการนำขึ้นเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลแล้ว และยังคงอยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ไม่ว่าจะอยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในชั้นใดก็ตาม

<sup>97</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 78, หน้า 49.

<sup>98</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 78, หน้า 53.

<sup>99</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 78, หน้า 58 - 59.

ซึ่งในขั้นตอนดังกล่าว จะมีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 20 ทวิ และมาตรา 20 ตริ รวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้นำมาใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลก็อาจนำมาใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลได้เช่นกัน<sup>100</sup> ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมสนับสนุนให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในชั้นใดก็ตามระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุด แต่ส่วนใหญ่มักเกิดการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในช่วงเริ่มแรกของการดำเนินกระบวนการคดี กล่าวคือในขั้นตอนการชี้สองสถานหรือในวันนัดสืบพยานนัดแรก เพราะเป็นขั้นตอนที่ยังไม่มีการนำสืบพยานหลักฐาน ทำให้ง่ายต่อการให้คู่ความได้ตกลงยินยอมผ่อนปรนแก่กัน เพราะหากเป็นหลังจากนี้ คู่ความแต่ละฝ่ายจะเริ่มทราบถึงพยานหลักฐานที่ได้มีการนำสืบแก่กัน และเริ่มสามารถคาดการณ์การวางแผนทางการดำเนินคดีของคู่ความฝ่ายตรงกันข้าม ทำให้เป้าหมายของการยุติข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรจึงริบหรือลงมาก และเกิดขึ้นได้ยาก<sup>101</sup>

## 2.4 หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 กำหนดหน้าที่และอำนาจของผู้ไกล่เกลี่ยรวมไปถึงต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรม<sup>102</sup> โดยจำแนกออกได้ ดังต่อไปนี้

### 2.4.1 หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)

เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยได้เข้ามาทำหน้าที่เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาทแล้ว ไม่ว่าจะเป็นอย่างที่ตามที่กำหนดโดยสัญญาจ้างให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือโดยสาเหตุตามนิติสัมพันธ์ประการอื่น คู่กรณีพิพาทที่ประสงค์ให้ผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทย่อมมีความคาดหวังว่าผู้ไกล่เกลี่ยย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับข้อพิพาทโดยบรรลุลวัตถุประสงค์ตามที่คาดหวังไว้ และผู้ไกล่เกลี่ยได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง<sup>103</sup> และเป็นไปตามหน้าที่ รวมถึงอำนาจอันพึงมีตามกฎหมายที่กำหนดไว้ให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว เพราะฉะนั้นหากมีข้อเท็จจริงว่าผู้ไกล่เกลี่ยมิได้ปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังขึ้นแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยย่อมมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีฝ่ายผู้ต้องเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้ใช้ความระมัดระวังนี้

การปฏิบัติหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยถูกกำหนดว่าเป็นผู้มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ในการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องมาจากว่าผู้ไกล่เกลี่ยได้รับความไว้วางใจและความมั่นใจอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ย โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ เพราะผู้ไกล่เกลี่ยได้รับการขึ้นชื่อว่าเป็นผู้ที่มีความรู้และเชี่ยวชาญ (Fiduciary) ในการ

<sup>100</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 78, หน้า 59 – 60.

<sup>101</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 78, หน้า 60 – 61.

<sup>102</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 มาตรา 11 และมาตรา 12

<sup>103</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 28.

ดำเนินการเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>104</sup> เพราะฉะนั้นผู้ที่มีความรู้และเชี่ยวชาญย่อมได้รับอำนาจและความไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจึงจำเป็นต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังใส่ใจในการดำเนินการไกล่เกลี่ย

2.4.2 หน้าที่ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความเป็นกลาง (Duty of Act Neutrally and Impartially)

ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องรักษาความเป็นกลางและโดยปราศจากอคติ กล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องได้รับความเชื่อมั่นและได้รับความไว้วางใจว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีความเป็นกลางและไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด ไม่มีความสัมพันธ์กันเป็นพิเศษกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>105</sup> หลักความเป็นกลางช่วยให้การสื่อสารระหว่างคู่ความและผู้ไกล่เกลี่ยเป็นไปโดยเปิดเผยและตรงไปตรงมา หากไม่ดำรงไว้ซึ่งหลักความเป็นกลางแล้ว ข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยอาจเป็นโมฆะในภายหลังได้ หลักความเป็นกลางจะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยสามารถแยกความคิดเห็นของตนต่อข้อพิพาทออกจากผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ย และการช่วยเหลือของผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินการให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายสามารถเปิดใจหาทางออกจนได้ข้อสรุปออกมาด้วยตนเองระหว่างคู่กรณีพิพาท โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินการดังกล่าวโดยปราศจากความเอนเอียง และจะต้องปราศจากส่วนได้เสียในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น<sup>106</sup>

2.4.3 หน้าที่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเท่าเทียมและเอาใจใส่แก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย (Duty to Conduct Fairly and Diligently)

การที่ผู้ไกล่เกลี่ยปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่กรณีพิพาทโดยเท่าเทียมและเอาใจใส่แก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย จะช่วยทำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความมั่นใจว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะดำเนินการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>107</sup>

2.4.4 หน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงของตนเองแก่คู่กรณีพิพาท (Duty to Disclose to Parties)

การเปิดเผยข้อความจริงหรือข้อเท็จจริงแก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายทราบ จะช่วยทำให้ประเด็นความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้นปรากฏชัดขึ้นมา ซึ่งจะส่งผลทำให้คู่กรณีพิพาท รวมทั้งตัวผู้ไกล่เกลี่ยมีความเข้าใจในประเด็นพิพาทและความต้องการหรือผลประโยชน์อันพึงประสงค์ของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย โดยข้อความจริงดังกล่าวจะต้องมีการเปิดเผยทั้งในส่วน of ข้อความจริงที่เป็นข้อขัดแย้งอันแท้จริง และข้อความจริงที่ถูกปิดบังซ่อนเร้นไว้ โดยหากข้อความจริงดังกล่าวนั้น อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเห็นว่าการเปิดเผยข้อความจริงบางอย่างอาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ต่อคู่กรณี

<sup>104</sup> นิภาพวัฒน์ วงศ์วัฒนะเดช, "การนำหลัก Fiduciary Duty มาใช้เพื่อเสริมกลไกการคุ้มครองนักลงทุนหรือลูกค้าที่ใช้บริการนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศไทย," วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 มิถุนายน 2558 (2558): 100 - 101.

<sup>105</sup> อ่างแล้ว, เชียงธรรมที่ 10, หน้า 29.

<sup>106</sup> อ่างแล้ว, เชียงธรรมที่ 25, หน้า 17 - 18.

<sup>107</sup> อ่างแล้ว, เชียงธรรมที่ 10, หน้า 29.

พิพาทเป็นอย่างมากและอาจส่งผลกระทบต่อ การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่อาจไม่สมบูรณ์ คู่กรณีพิพาทอาจแจ้งให้ผู้ไกล่เกลี่ยดำเนินการไม่เปิดเผยข้อความจริงดังกล่าวนี้ก็ได้<sup>108</sup>

#### 2.4.5 หน้าที่ตามจริยธรรม (Duty of Ethics)

หน้าที่ตามจริยธรรมเป็นเสมือนการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่ให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่พึงต้องปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้การดำเนินกระบวนการดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือ สร้างความไว้วางใจในการทำหน้าที่เพื่อระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีพิพาท

การกำหนดมาตรฐานจริยธรรม อาจยกตัวอย่างจากกรณีที่มีการกำหนดขึ้นโดย The Society of Professionals in Dispute Resolution : SPIDR) ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานจริยธรรมและความรับผิดชอบของผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทนอกศาล โดยกำหนดความรับผิดชอบต่อคู่กรณีพิพาทไว้ว่า ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเที่ยงธรรม ไม่ลำเอียง (impartiality) มีหน้าที่ต้องปฏิบัติโดยอาศัยความยินยอมโดยชัดแจ้งจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย (inform consent) มีหน้าที่รักษาความลับอันเนื่องมาจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย (confidentiality) ผู้ไกล่เกลี่ยต้องทำหน้าที่ประสานผลประโยชน์ รักษาความเป็นกลาง ขจัดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (conflict of interest) ทำหน้าที่ด้วยความรวดเร็วฉับไว (promptness) และจะต้องรับผิดชอบในการแจ้งผลที่จะตามมาภายหลังจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้ทราบ (The settlement and Its Consequences)<sup>109</sup>

#### 2.4.6 หน้าที่ในการรักษาความลับ (Duty of Confidentiality)

ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่เป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่จะบรรลุผล เพราะการรักษาความลับเป็นเครื่องมือสำคัญที่ช่วยสร้างความน่าเชื่อถือและไว้วางใจจากคู่กรณีพิพาทที่จะยินยอมเปิดเผยข้อความจริง โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นจำเป็นต้องให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้เปิดเผยข้อความจริง ความรู้สึกนึกคิดที่อยู่ภายในจิตใจ รวมไปถึงประเด็นที่ละเอียดอ่อนซึ่งกระทบต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท<sup>110</sup> ซึ่งอาจเป็นประเด็นสาระสำคัญแห่งข้อพิพาท ส่งผลทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถเข้าใจปัญหาและสามารถหาหนทางเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้อย่างตรงประเด็นและตอบสนองต่อทุกความต้องการและต่อผลประโยชน์ที่คู่กรณีพิพาทประสงค์รักษาไว้ รวมไปถึงการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นจุดเด่นที่สำคัญทำให้คู่กรณีพิพาทประสงค์เลือกใช้การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย เพื่อยุติข้อพิพาท เนื่องจากเป็นเครื่องมือที่ช่วยทำให้คู่กรณีพิพาทยังคงสามารถรักษาสัมพันธภาพที่ดีระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย รวมไปถึงทำ

<sup>108</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 30.

<sup>109</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 31 - 33.

<sup>110</sup> Rebecca Callahan, "Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality Be a Function of the Court in Which the Litigation Is Pending?," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 12, 1 (2013): 65.

ให้ความน่าเชื่อถือของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายยังคงรักษาสถานะที่ดีไว้ได้อยู่ ทั้งนี้ การไม่รักษาความลับนั้นจะส่งผลทำให้เป็นการทำลายกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้พังทลายลง<sup>111</sup> เพราะฉะนั้นการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งมากต่อการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การที่ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการพยายามให้ความช่วยเหลือแก่คู่กรณีพิพาทสามารถยุติระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันได้ด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องอาศัยกระบวนการสื่อสารด้วยความเข้าใจ และพยายามอาศัยกระบวนการสื่อสารเพื่อให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้เข้ามาหาทางในการยุติข้อพิพาทระหว่างกันให้ได้จนสำเร็จ เพราะฉะนั้นคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและผู้ไกล่เกลี่ยอาจอาศัยโอกาสแรกที่ได้พบปะกันเพื่อหารือ (caucusing) ซึ่งโอกาสนี้เองทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้เข้ามารับทราบข้อมูลข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นความลับของคู่กรณีพิพาท ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยอยู่ในภาวะมีหน้าที่จะต้องรักษาความลับมิให้แพร่งพรายออกไปสู่บุคคลอื่น<sup>112</sup> และต่อบุคคลภายนอกแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องถูกกำกับว่าเมื่อได้รับทราบข้อมูล ข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาทแล้ว ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงใดถือว่าเป็นข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ให้ถือว่าต้องรักษาให้เป็นความลับ บุคคลที่จะต้องผูกพันตนเพื่อรักษาความลับและข้อยกเว้นในการรักษาความลับ<sup>113</sup> ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

## 2.5 แนวความคิดว่าด้วยการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

### 2.5.1 ความลับและความเป็นส่วนตัว

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (confidentiality) คำว่า “ความลับ (confidential (adj.) หรือ confidentiality (n.))” หมายถึง secret<sup>114</sup> หรือหมายถึงไม่เป็นที่รับรู้โดยบุคคลอื่น ถูกปกปิดหรือซ่อนไว้<sup>115</sup>

The Oxford English dictionary ได้ให้นิยามของ confidentiality หมายถึง การให้เรื่องส่วนตัวหรือเรื่องลับแก่ผู้อื่น หรือความสัมพันธ์ในความใกล้ชิดหรือความไว้วางใจระหว่างบุคคลที่ไว้วางใจได้<sup>116</sup>

<sup>111</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 30.

<sup>112</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 67.

<sup>113</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 70 – 72.

<sup>114</sup> Amy Hackney Blackwell, "Confidential," ใน *The dictionary of essential legal terms*(Naperville, Illinois: Sphinx® Publishing, 2008). **confidential**. ADJ. Secret; private. N. **confidentiality**.

<sup>115</sup> Amy Hackney Blackwell, "Secret," ใน *The dictionary of essential legal terms*(Naperville, Illinois: Sphinx® Publishing, 2008). **secret**. ADJ. Not known by others; hidden from view or concealed. N. **secret**.

<sup>116</sup> OXFORD ENGLISH DICTIONARY (1971) **confidentiality**. “private or secret matters to another” or “the relation of intimacy or trust between persons so confiding.” อ้างอิงจาก Kevin Gibson, "Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment " *Journal of Dispute Resolution* 1992, 1 (1992).

Black's law dictionary ได้ให้นิยามของ confidential หมายถึง ความเชื่อถือ ความไว้วางใจต่อกันของบุคคล โดยมีเจตจำนงที่เก็บไว้เป็นความลับ<sup>117</sup> ส่วน confidentiality หมายถึง เป็นสถานะที่ได้รับความเชื่อถือให้รักษาความลับระหว่างบุคคลเป็นการส่วนตัว และไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน<sup>118</sup>

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ไม่ปรากฏความหมายของคำว่า “ความลับ” โดยตรง แต่ไปปรากฏอธิบายอยู่ในความหมายของคำว่า “ลับ” หมายถึง ที่อยู่ในที่พินดา, ที่อยู่ในที่ซึ่งแลไม่เห็น เช่น ที่ลับ ประตูลับ หายลับ, ที่ปกปิดหรือควรปกปิด เช่น ความลับ หนังสือลับ ห้องลับ

ส่วนตามกฎหมายไทยนั้น ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้ให้คำอธิบายของ “ความลับ” หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์ต่อคนทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ ข้อเท็จจริงใดถือเป็นความลับจึงต้องแล้วแต่เจ้าของความลับนั้นว่า มีความประสงค์จะปกปิดหรือไม่ ดังนั้น ถ้าเป็นสิ่งที่เป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปย่อมไม่เป็นความลับ<sup>119</sup> ส่วน “การรักษาความลับ” หมายถึง การมอบหน้าที่ให้บุคคลหนึ่งรักษาข้อเท็จจริง หรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์แก่บุคคลทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ การปกปิดเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด<sup>120</sup>

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย อธิบายความหมายของคำว่า “ความลับ” หมายถึง ข้อความซึ่งผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดโดยยอมให้รู้ภายในวงบุคคลจำกัด ดังนั้น สิ่งที่เป็นความลับของบุคคลหนึ่ง อาจไม่ใช่ความลับของอีกบุคคลหนึ่งก็ได้<sup>121</sup>

จากคำอธิบายข้างต้น อาจพอประมวลความหมายของ “ความลับ” ได้ว่า ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่เป็นที่ปรากฏให้เห็นกันโดยทั่วไป เป็นสิ่งที่ปกปิดโดยเจ้าของ และเจ้าของไม่ประสงค์ให้เป็น ที่รับรู้กันโดยทั่วไป ดังนั้น “การรักษาความลับ” จึงเป็นการกระทำอย่างใด ๆ เพื่อให้ข้อเท็จจริงหรือวิธีการนั้นไม่เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปตามความประสงค์ของเจ้าของข้อเท็จจริงหรือวิธีการนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม ความหมายของความลับสามารถตีความได้หลายแนวทาง บางคนให้ความหมายว่าความลับ

<sup>117</sup> Henry Campbell Black, "Confidential," ใน *Black's Law Dictionary* (St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1971; reprint, 4th). **confidential.** In trusted with the confidence of another or with his secret affairs of proposes ; intended to be held in confidence or kept secret ; done in confidence.

<sup>118</sup> Henry Campbell Black, "Confidentiality," ใน *Black's Law Dictionary* (St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1971; reprint, 4th). **confidentiality.** State or quality of being confidential ; treated as private and not for publication

<sup>119</sup> อรดา วงศ์อำไพวิทย์, "ความลับของการอนุญาโตตุลาการ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 59 - 60.

<sup>120</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 78 - 79

<sup>121</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 119, หน้า 60.



คือ การไม่ปรากฏให้เห็นโดยทั่วไป ไม่เปิดเผยต่อบุคคลอื่นใด แต่บางส่วนก็ตีความขยายไปว่า หมายถึง ไม่มีบุคคลอื่นใดที่อยู่นอกกระบวนการไกล่เกลี่ยจะล่วงรู้ทุก ๆ สิ่งที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นการตีความอย่างกว้างขวางไปมากจนเกินไป เพราะฉะนั้นการกำหนดขอบเขตของความลับว่าให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องเป็นที่รับรู้เพียงแต่เฉพาะผู้ที่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นผู้กรณีพิพาท บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือได้รับผลกระทบโดยตรง อาจเป็นขอบเขตของความลับที่เหมาะสมต่อกับกรณีมากที่สุด<sup>122</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ย่อมไม่พ้นจากการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่ในการรักษาความลับที่มักจะเข้ามาเกี่ยวข้องเกี่ยวกับแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นส่วนตัว (privacy) โดยมีการกล่าวว่า “ความเป็นส่วนตัว” เป็นการให้เฉพาะคู่กรณีฝ่ายที่พิพาทเท่านั้นที่จะสามารถเข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ บุคคลที่สามถูกห้ามเข้าร่วมและถูกห้ามมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ส่วน “การรักษาความลับ” เปรียบเสมือนเป็นเกราะป้องกันที่ทำให้ฝ่ายคู่กรณีพิพาทได้รับการปกป้องจากการคุกคามโดยบุคคลที่สาม<sup>123</sup> และมักถูกกล่าวว่าเป็นภาระหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องทำหน้าที่รักษาความลับ ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยข้อมูลจากการดำเนินกระบวนการพิจารณา คำให้การ ข้อเท็จจริงของคดี รวมไปถึงพยานหลักฐานที่ปรากฏขึ้นในชั้นกระบวนการพิจารณา รวมถึงห้ามบุคคลที่สามเข้าร่วมและมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวถูกกล่าวถึงในชั้นการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ<sup>124</sup> แต่ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ให้ความสำคัญกับการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเช่นเดียวกัน เพราะการรักษาความลับจะทำให้เกิดความมั่นใจแก่คู่กรณีพิพาทในการเปิดเผยข้อเท็จจริง ความต้องการ ข้อได้เปรียบเสียเปรียบของตนเอง เพราะคู่กรณีพิพาทบางรายมีความไม่มั่นใจว่าหากมีการให้ข้อเท็จจริง เปิดเผยความต้องการของตนเองไปแล้ว ข้อมูลดังกล่าวอาจถูกเปิดเผยต่อสาธารณะได้ เหตุการณ์ดังกล่าวจึงส่งผลทำให้คู่กรณีพิพาทย่อมต้องการความจริงใจตรงไปตรงมาจากคู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย และจากผู้ไกล่เกลี่ย<sup>125</sup> เพราะฉะนั้นการรักษาความลับจึงเป็นเสมือนหลักประกันสำคัญที่สร้างความเชื่อใจจากคู่กรณีพิพาทที่ประสงค์ระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยต้องการความมั่นใจเพื่อมิให้ตนเองได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ตนเองได้เปิดเผยข้อมูลและข้อเท็จจริงแก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายและผู้ไกล่เกลี่ยไปแล้ว

<sup>122</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 143.

<sup>123</sup> *Ibid.*, 141.

<sup>124</sup> Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, second ed. (AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), p. 201.

<sup>125</sup> Christopher H. Macturk, "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy* 19(1995): 415.

เหตุผลของการรักษาความลับ อันเนื่องมาจากการก่อกำเนิดของแนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว เนื่องมาจากความต้องการเพื่อคุ้มครองมิให้มีบุคคลอื่นใดเข้ามาสอดเข้าเกี่ยวหรือล่วงรู้ในสิ่งที่ปัจเจกชนไม่พึงประสงค์ให้บุคคลอื่นใดได้รับรู้ ประกอบกับต่อมามบทบาทของรัฐที่พยายามเข้าไปสอดแนมการกระทำของปัจเจกชนโดยอ้างเรื่องการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เพราะฉะนั้นจึงมีการกำเนิดแนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว เพื่อคุ้มครองมิให้ปัจเจกชนทั้งหลายรู้สึกอ่อนไหวในความเป็นส่วนตัวของตนเอง<sup>126</sup> ทำให้แนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวจึงถูกพัฒนาขึ้นและเรียกร้องให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สมควรกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองความเป็นอยู่ของประชาชน ต่อมาแนวคิดเรื่องความเป็นส่วนตัวมีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น เมื่อมีการจำแนกระหว่างความเป็นส่วนตัวออกจากขอบเขตของความเป็นสาธารณะ ความเป็นส่วนตัวจึงเป็นสิ่งที่ปัจเจกชนต่างให้คุณค่าว่าเป็นสิ่งที่ทุกคนสามารถปกป้องมิให้ผู้ใดเข้ามาก้าวล่วงล้ำเขตแดนความเป็นส่วนตัวได้ เพราะฉะนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องให้การรับรองสิทธิความเป็นส่วนตัว รวมไปถึงแดนกรรมสิทธิ์โดยมิให้บุคคลใดเข้ามารุกรานได้โดยพลการ กรณีดังกล่าวนี้ John Locke ได้อธิบายไว้ว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสวงหาทรัพย์สิน ทรัพย์สินนั้นไม่ว่าจะไม่มีเจ้าของหรือไม่ บุคคลอาจได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นโดยอาศัยการใช้ความรู้ความสามารถ หรือเกิดขึ้นจากการตัดแปลงแก้ไขสร้างสรรค์ขึ้นมาใหม่ ก็ถือว่าเมื่อบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นแล้ว ทรัพย์สินที่ได้มาดังกล่าวก็ย่อมเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น<sup>127</sup> จึงเห็นได้ว่าแนวคิดของสิทธิความเป็นส่วนตัวได้ส่งผลทำให้เกิดหลักการว่าด้วยหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่มีหน้าที่ต้องรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิความเป็นส่วนตัว Black's Law Dictionary ได้ให้นิยามของ Right of Privacy หรือสิทธิความเป็นส่วนตัว หมายถึง สิทธิในการอยู่อย่างลำพัง, สิทธิของบุคคลที่จะเป็นอิสระจากเหตุการณ์เปิดเผยโดยไม่สมควร ทั้งนี้ ในคดี *Holloman v. Life Ins. Co. of Virginia* ได้กล่าวถึงเกี่ยวกับ Right of Privacy ว่าเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคล (บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) ที่ไม่ยอมให้ตนเองหรือทรัพย์สินของตนเองถูกเปิดเผยต่อสาธารณะ โดยการเรียกร้องตามสิทธิเช่นนั้นมิได้เท่าที่ไม่เกินกว่ากฎหมายหรือนโยบายสาธารณะกำหนด ทั้งนี้ การเรียกร้องสิทธิความเป็นส่วนตัวกระทำได้เพื่อความเหมาะสมกับสถานการณ์ หากไม่มีกฎหมายมาบรรเทาภัยภัยความเสียหายจากการถูกข่มขู่คุกคามหรือการละเมิดสิทธิจากเหตุความอยากรู้อยากเห็น การหาทางเพื่อหวังผลกำไรหรือการมีเจตนาประสงค์ในทางร้าย<sup>128</sup> ส่วน The dictionary of essential legal terms ให้นิยาม

<sup>126</sup> ศิริกุล ภูพันธ์, "ข้อความคิดว่าด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 66 - 67.

<sup>127</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดยกิตติศักดิ์ ปรกติ, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 197 - 198.

<sup>128</sup> Henry Campbell Black, "Privacy, Right Of," ใน *Black's Law Dictionary* (St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1971; reprint, 4th). PRIVACY, RIGHT OF. The right to be let alone, the right of a person to be free from

Right of Privacy หมายถึง สิทธิในการอยู่อย่างลำพัง โดยปราศจากการเปิดเผยหรือแทรกแซงโดยไม่มีเหตุอันสมควรจากรัฐบาลหรือโดยสาธารณะ เป็นสิทธิที่กำหนดเลือกได้เองเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวและครอบครัว อย่างไรก็ตามสิทธิตามความเป็นส่วนตัวไม่ได้รับการระบุว่ามี การรับรองเป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ (แห่งสหรัฐอเมริกา) แต่ศาลสูงสุด (supreme court) พบว่าการรับรอง (สิทธิและเสรีภาพ) ตามรัฐธรรมนูญครอบคลุมไปถึงการรับรองความเป็นส่วนตัวด้วย<sup>129</sup>

## 2.5.2 คุณค่าของการรักษาความลับ

เมื่อพิจารณาว่าเหตุผลของการรักษาความลับ ย่อมมีข้อพิจารณาว่าเพราะเหตุใดจึงมีความมุ่งหมายกระทำการเพื่อรักษาความลับ เนื่องจากเราอาจกล่าวได้ว่าความลับ คือ ข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งซึ่งผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงนั้นประสงค์จะปกปิดไว้ ตามที่ศาสตราจารย์จิดติ ดิงศภัทย์ได้ให้ความหมายไว้ แสดงให้เห็นว่าข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นความลับนั้นจะต้องมีคุณค่าบางประการที่ส่งผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่บุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับนั้น มีหน้าที่ในการรักษาหรือปกปิดไว้มิให้เปิดเผยแก่บุคคลภายนอกเป็นการทั่วไป เคยมีประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับว่ามีลักษณะเป็นทรัพย์สิน (property) หรือไม่ เริ่มต้นจากคดี *Phipps v Boardman (1967)* เป็นคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ศาลในคดีดังกล่าวได้วินิจฉัยโดยสรุปว่า ตัวแทนซึ่งเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของทรัสต์ หรือทรัสต์ (trustee) ได้รับรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบริษัทแห่งหนึ่งในระหว่างการเจรจาเพื่อตกลงเข้าซื้อหุ้นของบริษัท บริษัทดังกล่าวมีทรัสต์ที่ทรัสต์นั้นดูแลอยู่เป็นผู้ถือครองหุ้นอยู่จำนวนมาก ทำให้ทรัสต์มองเห็นโอกาสในการสร้างกำไรขึ้น แล้วทรัสต์จึงทำการเข้าซื้อหุ้นในนามของทรัสต์แทนที่ดำเนินการในนามของทรัสต์ คดีนี้ศาลจึงพิจารณาว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวที่ทรัสต์ได้รับรู้มานี้เป็นทรัพย์สินที่เป็นของทรัสต์ (trust property)<sup>130</sup> การตัดสินเช่นนี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในเชิงไม่เห็นด้วยกับการตัดสินเช่นนี้ว่า ข้อเท็จจริงเป็นสิ่งที่สามารถรับรู้ด้วยประสาทสัมผัส

CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

unwarranted publicity. *Holloman v. Life Ins. Co. of Virginia*, 192 S.C. 454, 7 S.E.2d 169, 171, 127 A.L.R. 110. The right of an individual (or corporation) to withhold himself and his property from public scrutiny, if he so chooses. It is said to exist only so far as its assertion is consistent with law or public policy, and in a proper case equity will interfere, if there is no remedy at law, to prevent an injury threatened by the invasion of, or infringement upon, this right from motives of curiosity, gain, or malice. *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.*, 44 S.Ct. 336, 264 U.S. 298, 68 L.Ed. 696, 32 A.L.R. 786.

<sup>129</sup> Amy Hackney Blackwell, "Privacy, Right Of.," ใน *The dictionary of essential legal terms*(Naperville, Illinois: Sphinx® Publishing, 2008). **privacy, right of.** N. The right to be left alone, without unwarranted scrutiny or interference by the public or government in personal matters, without unwanted publicity, and with the right to make choices about one's own personal and family life; the right of privacy is not specifically guaranteed by the Constitution but the Supreme Court has found that various Constitutional guarantees include many aspects of privacy.

<sup>130</sup> R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality* (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 20.

ของบุคคล โดยธรรมชาติจึงไม่ทำให้เป็นทรัพย์สินได้ แต่สาเหตุที่ทำให้มีการวินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สิน หากนำคำอธิบายของลอร์ด Upjohn และความเห็นของผู้พิพากษา Bowen ที่อาจสรุปรวมกันได้ว่า มีสาเหตุมาจากบรรดาข้อเท็จจริงเหล่านี้ ซึ่งหมายความรวมถึงความลับทางการค้า ความชำนาญ (know – how) หรือความลับเกี่ยวกับกระบวนการทำงาน เหล่านี้โดยปกติมีลักษณะเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ หากถูกละเมิดโดยทำการเปิดเผยเป็นที่รับรู้แก่บุคคลทั่วไปแล้ว ข้อมูลดังกล่าวมีมูลค่า (valuable) ในตัวของมัน และโดยสภาพสามารถนำไปใช้เพื่อสร้างประโยชน์ให้แก่บุคคลที่ได้รับรู้ข้อมูลเช่นนี้ได้<sup>131</sup> คำอธิบายข้างต้นจึงชี้ให้เห็นได้ว่าความจำเป็นของการรักษาความลับ เพราะข้อเท็จจริงอันเป็นความลับนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในตัวของมันเอง และโดยสภาพสามารถนำไปใช้เพื่อสร้างประโยชน์หรือสร้างคุณค่าให้แก่บุคคลที่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงนั้นได้ ทำให้ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับหากถูกเปิดเผยไปยังบุคคลอื่นแล้ว อาจสร้างความเสียหายและก่อให้เกิดผลกระทบแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับให้เสียหายและเสียผลประโยชน์จากการที่ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับนั้นถูกเปิดเผยได้

### 2.5.3 ประโยชน์ของการใกล้เคียงข้อพิพาทที่ช่วยรักษาความลับของคู่กรณี

มีผู้กล่าวว่ากรอบความคิดของความเป็นส่วนตัว (privacy) กับความลับ (confidential) ในกระบวนการใกล้เคียงนั้นมีความแตกต่างกัน โดยกล่าวว่าความเป็นส่วนตัว คือ สถานการณ์ที่ผู้ใกล้เคียงต้องกำกับดูแลความปลอดภัยจากการพยายามเข้าถึงสิ่งที่ประสงค์ให้เป็นการส่วนตัวที่เกิดขึ้นในกระบวนการใกล้เคียงโดยบุคคลภายนอก และยังถูกขยายไปถึงการดูแลไม่ให้เป็นที่สาธารณชนสามารถพบเห็นได้ แต่ความลับ คือ การเข้าถึงหรือการเปิดเผยเกี่ยวกับสิ่งที่เกิดขึ้นในบริบทต่าง ๆ ของกระบวนการใกล้เคียง รวมถึงกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล<sup>132</sup>

การใกล้เคียงข้อพิพาทมักมีการกล่าวว่าจะต้องดำเนินการในทางลับ ไม่มีการเปิดเผยให้บุคคลภายนอกให้มีโอกาสรับรู้เรื่องราวที่พิพาท และไม่ได้ทำการเปิดเผยเรื่องราวที่พิพาทให้เป็นที่รับรู้ในสังคมโดยทั่วไป เพราะจะเป็นผลดีแก่คู่กรณีที่จะสามารถรักษาชื่อเสียง และผลประโยชน์ที่อาจก่อให้เกิดส่วนได้ส่วนเสียแก่คู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อมูล การรักษาความลับถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ทำให้การใกล้เคียงข้อพิพาทเป็นทางเลือกที่ทำให้คู่กรณีพิพาทเลือกใช้เพื่อระงับข้อพิพาท<sup>133</sup> ซึ่งจะแตกต่างกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่จะต้องมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อหน้าศาลเพื่อพิสูจน์ความจริง และการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องกระทำโดยเปิดเผย จะต้องให้ผู้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก จึงทำให้ความลับซึ่งอาจเป็นชื่อเสียงหรือส่วนได้เสียของคู่กรณีพิพาทถูก

<sup>131</sup> Ibid., 21.

<sup>132</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, 3rd ed. (New South Wales: LexisNexis, 2011), p. 673.

<sup>133</sup> Effective Dispute Solutions Limited, "Are Mediations Confidential?," [Online] Accessed: 9 June 2022.

เปิดเผยและส่งผลเสียแก่คู่กรณีได้<sup>134</sup> การไกล่เกลี่ยไม่ว่าจะเป็นประเภทใด ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยเชิงพาณิชย์ธุรกิจ การคุ้มครองแรงงาน สิทธิในครอบครัว สิทธิชุมชน หรือการไกล่เกลี่ยในทางอาญาย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักการรักษาความลับทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีประโยชน์ในการช่วยรักษาความลับของคู่กรณี รวมไปถึงรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีด้วย ซึ่งจะส่งผลทำให้เป็นการรักษาผลประโยชน์ที่พึงมีพึงได้ของคู่กรณี ทำให้ได้ชื่อว่าเมื่อคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันสำเร็จแล้ว ก็ได้ชื่อว่าเป็นผู้ชนะกันทุกฝ่ายมิใช่ฝ่ายหนึ่งชนะแล้วอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ เหมือนการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล นับได้ว่าการรักษาความลับของคู่กรณีพิพาทเป็นสิ่งที่ดึงดูดให้คู่กรณีพิพาทเลือกระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแทนที่ไปดำเนินการกระบวนการพิจารณาในศาล และการรักษาความลับยังช่วยให้คู่กรณีพิพาทมีความไว้วางใจที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงโดยไม่ปกปิดหรือบิดเบือนข้อเท็จจริง ซึ่งล้วนเป็นข้อเท็จจริงที่ส่งผลต่อส่วนได้เสียอย่างมีนัยสำคัญของคู่กรณีพิพาทเจ้าของข้อมูลดังกล่าวนั้น และส่งผลทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถเข้าใจข้อเท็จจริงหรือแก่นแท้ของปัญหาได้อย่างถ่องแท้ ชัดเจน และตรงไปตรงมา ซึ่งจะส่งผลทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถค้นหาและเสนอทางออกของปัญหาได้อย่างเที่ยงตรงและชัดเจนมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย<sup>135</sup> แต่มีผู้กล่าวว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยสามารถทำให้เป็นการส่วนตัวได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นความลับ ด้วยเหตุผลที่ได้อธิบายไปข้างต้นว่ากรอบความคิดระหว่างความเป็นส่วนตัวเป็นคนละเรื่องกับความลับ เพราะฉะนั้น การไกล่เกลี่ยอาจดำเนินการในลักษณะที่เป็นการส่วนตัวเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่ข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวในชั้นกระบวนการไกล่เกลี่ยก็อาจมีการเปิดเผยให้รับรู้ นอกเหนือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องได้<sup>136</sup>

การที่คู่กรณีพิพาทประสงค์จะดำเนินการกระบวนการในทางลับ อันเนื่องมาจากข้อพิพาทดังกล่าวอาจเป็นเรื่องประโยชน์เชิงพาณิชย์ ซึ่งมีมูลค่า ราคา หรือเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ที่หากมีการเปิดเผยแล้วอาจกระทบต่อชื่อเสียง เกียรติยศ ความเป็นอยู่โดยปกติสุขส่วนบุคคล หรือบางกรณีเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ<sup>137</sup> ดังนั้น คู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นย่อมสามารถแสดงความประสงค์ไม่ให้บุคคลอื่นใดมาล่วงรู้ข้อมูลที่ตนเองประสงค์ให้เป็นความลับได้<sup>138</sup>

<sup>134</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 21.

<sup>135</sup> จันทรเพ็ญ งามวิไลวงศ์, "แนวทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย : ข้อพิจารณาจากกฎหมายแม่แบบของ Uncitral" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), หน้า 36.

<sup>136</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 673.

<sup>137</sup> ดูตัวอย่างจากคดี *United States v Exxon Corp. (1991)* ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.1

<sup>138</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 119, หน้า 76 - 77.

## 2.6 หน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย

### 2.6.1 แนวคิดในการรักษาความลับ

ด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหลักคิดว่าเป็นกระบวนการที่มีคนกลาง คือ ผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่ช่วยให้คู่กรณีพิพาทได้เปิดให้มีการพูดคุยหารือระหว่างกันเพื่อให้สามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันจนได้ข้อยุติของข้อพิพาท ซึ่งระหว่างการประชุมหารือนั้นอาจมีประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นจำนวนมาก สุดแต่ว่าคู่กรณีพิพาทจะหยิบยกเอาประเด็นใดมาหารือแต่จะยังคงอยู่ภายใต้ประเด็นของข้อพิพาท<sup>139</sup>

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง ช่วยเพิ่มโอกาสในการกำหนดข้อยุติข้อพิพาท เพราะการดำเนินกระบวนการดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักการที่ว่าการรักษาความลับช่วยให้กระบวนการในการปรึกษาหารือ เสร็จต่อรองระหว่างคู่กรณีพิพาทมีความเป็นส่วนตัว เสริมสร้างความปลอดภัยในการดำเนินกระบวนการเพื่อหาข้อยุติ เกิดความสะดวกแก่การแลกเปลี่ยนความเห็น เสร็จต่อรองระหว่างกันได้อย่างตรงไปตรงมา<sup>140</sup> การรักษาความลับมีขึ้นจากการที่บุคคลหนึ่งได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ปกปิดรักษาความลับซึ่งได้มารับรู้ โดยความจำเป็นอยู่ 2 ประการ คือ เพื่อป้องกันปัจเจกชนและเพื่อป้องกันสังคม ความจำเป็นทั้งสองประการดังกล่าวนี้เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของสิทธิของปัจเจกชน (Individual right) และสิทธิในสังคม (society right) กล่าวคือสิทธิของปัจเจกชนนั้น เป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่เกิดขึ้นพร้อมกับการกำเนิดของปัจเจกชน ที่ปัจเจกชนสมควรได้รับความเคารพ ได้รับความคุ้มครองในการดำรงชีพอย่างเป็นอิสระ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะเข้าหากันความเป็นส่วนตัวโดยไม่ให้บุคคลใดไม่ว่าเป็นปัจเจกชนอื่นหรือแม้กระทั่งรัฐเองเข้ามาก้าวล่วงได้ ส่วนสิทธิในสังคม มีพื้นฐานมาจากธรรมชาติของความลับที่มีความมุ่งหมายเพื่อบรรลุเป้าหมายของสังคม คือ การรักษาความสงบเรียบร้อย ความสงบสุข ความปลอดภัยของประชาชน<sup>141</sup> ดังนั้น สิทธิในความลับจึงได้รับการยกเว้นเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) ที่ผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับมีสิทธิที่จะกำหนดมิให้บุคคลอื่นใดเข้ามาก้าวล่วงหรือยุ่งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงดังกล่าวได้

กฎหมายให้ความสำคัญกับการรักษาความลับในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่มุ่งใจให้หลายคนเลือกใช้เพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาท เพราะโดยสภาพบังคับของผู้ไกล่เกลี่ยที่มีหน้าที่ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนต้องรักษาความลับอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>142</sup> ทั้งนี้ เพราะในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

<sup>139</sup> "Protecting Confidentiality in Mediation," *Harvard Law Review* 98(1984): 444.

<sup>140</sup> A.K.C. Koo, "Confidentiality of Mediation Communications," *Civil Justice Quarterly* 30, 2 (2011): 192.

<sup>141</sup> อ่างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 11 – 13.

<sup>142</sup> Michael L. Prigoff, "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal* 12(1988): 2.

อาศัยความยินยอมเพื่อเข้าร่วมการระงับข้อพิพาท โดยมีความจำเป็นต้องนำเอาข้อมูล ข้อเท็จจริง เอกสารพยานหลักฐานต่าง ๆ เข้ามาในเวทีกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อให้กระบวนการระงับข้อพิพาท สามารถบรรลุผลได้อย่างรวดเร็ว ตรงประเด็นปัญหา และมีความชัดเจนตรงไปตรงมา เพราะฉะนั้นในเวทีดังกล่าวย่อมมีการแสดงออกซึ่งข้อมูล ข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อส่วนได้เสียของ คู่กรณีพิพาทบางฝ่ายที่อาจได้รับผลกระทบอย่างแน่นอนเมื่อข้อมูลของบุคคลดังกล่าวได้มีการเปิดเผย ประกอบกับผู้ที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยอาจมีความกังวล หรือเป็นกังวลในการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งเกิดขึ้นจากการอภิปรายในระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือจากเอกสารพยานหลักฐานที่เป็น ลายลักษณ์อักษร ซึ่งจัดทำขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และในบางกรณีเนื้อหาหรือ ข้อเท็จจริงจากกระบวนการไกล่เกลี่ยอาจถูกนำไปใช้โดยองค์กรตุลาการ หรือโดยบุคคลภายนอก ที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้<sup>143</sup> ดังนั้น การที่กระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องอาศัยความไว้วางใจจาก คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายอย่างยิ่งเพื่อให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริง ข้อมูล ความต้องการ เป้าหมายของแต่ละ ฝ่าย อย่างชัดเจน ตรงไปตรงมานั้น ทำให้การส่งเสริมให้คู่กรณีเปิดเผยกรณีดังกล่าวในกระบวนการ ไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งที่ทำหายยิ่งกว่าการให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริง ข้อมูลในการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ<sup>144</sup> ทั้งนี้ มี 2 หลักเกณฑ์ที่มีความสัมพันธ์กันต่อการปรับใช้หลักการรักษาความลับ คือ การทำให้เกิดการ ระงับข้อพิพาททางเลือกอย่างมีประสิทธิภาพ และการเปิดให้พยานหลักฐานสามารถขึ้นสู่การพิจารณา ของศาลได้<sup>145</sup> เพราะฉะนั้นผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ทางจริยธรรมในการเคารพรักษาความลับ ไม่กระทำการ อันเป็นการเปิดเผยข้อมูลที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>146</sup> ความสำคัญของหน้าที่ในการ รักษาความลับ ถึงขนาดว่า Lovenheim ได้กล่าวไว้ว่า “ไม่มีหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยประการใด ยิ่งใหญ่ไปกว่าหน้าที่ในการสงวนรักษาความลับของทุกสิ่งที่ถูกปกปิดไม่ให้บุคคลอื่นรับรู้ตลอดการ ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงและตามระเบียบของศูนย์ ไกล่เกลี่ยที่พวกเขาดำเนินการ”<sup>147</sup> แต่ J. Reich ได้แสดงความคิดเห็นว่า ไม่มีหลักฐานเชิงประจักษ์ใด ที่บ่งชี้ได้ชัดเจนว่าการรักษาความลับเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล สำเร็จ ทำให้เขาเองแสดงทัศนะที่ทำหายว่าไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักการรักษาความลับ<sup>148</sup>

<sup>143</sup> Max, E. R., "Confidentiality in Environmental Mediation," *New York University Environmental Law Journal*: 214.

<sup>144</sup> Ellen E. Deason, "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide," *Notre Dame Law Review* 80, 2 (2005): 563.

<sup>145</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 670.

<sup>146</sup> อ้างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 10*, หน้า 65.

<sup>147</sup> Gibson, K., "Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment " *Journal of Dispute Resolution*: 28.

<sup>148</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 246. refer from J. Brad Reich, "A Call for Intellectual Honesty: A Response to the Uniform Mediation Act's Privilege against Disclosure," *JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION* 2001, 2 (2001): 209.

นอกจากนี้การรักษาความลับช่วยสร้างความรู้สึกแก่คู่กรณีพิพาทว่าตนเองได้รับความยุติธรรม ทั้งนี้ เนื่องมาจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ขจัดข้อจำกัดในเรื่องประเด็นข้อพิพาท เนื่องจากหากนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ศาลจะกำหนดประเด็นข้อพิพาทว่าประเด็นใดเป็นประเด็นที่คู่ความรับกัน และประเด็นใดเป็นประเด็นข้อพิพาท หากไม่เป็นประเด็นที่คู่ความรับกันแล้ว ประเด็นที่ไม่รับกันจึงจะเป็นประเด็นข้อพิพาท และจะนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาล<sup>149</sup> กลับกัน กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่มีข้อจำกัดเช่นว่านั้น แต่คู่กรณีพิพาทสามารถหยิบยกประเด็นต่าง ๆ เพื่อมาพูดคุยหรือหารือระหว่างกันจนเป็นที่ยุติได้ การรักษาความลับจะช่วยให้คู่กรณีฝ่ายผู้เป็นเจ้าของข้อมูลไม่ได้รับความเสียหายจากการถูกใช้ข้อมูลที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>150</sup> หากไม่มีการรักษาความลับอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ย่อมส่งผลเป็นการทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าวไม่มีขอบเขตที่ปลอดภัยและไร้ซึ่งความเป็นส่วนตัว ทั้งยังทำให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายไม่เต็มใจที่จะร่วมกันดำเนินการเพื่อยุติข้อพิพาทให้สำเร็จโดยเร็ว ด้วยเหตุที่กลัวว่าสิ่งที่เปิดเผยในเวทีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะส่งผลทำให้ตนเองเสียเปรียบ<sup>151</sup> ทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยยอมไม่ประสบความสำเร็จและถูกก่อกวนได้อยู่ตลอด และเป็นการบั่นทอนความเป็นไปได้ในการบรรลุผลการยุติข้อพิพาทระหว่างกัน อาจกล่าวได้ว่าถ้าไม่มีการรักษาความลับแล้ว ย่อมไม่เกิดแรงจูงใจที่จะทำการค้นหาความเป็นไปได้ที่ทำให้ข้อพิพาทยุติลง การไกล่เกลี่ยก็ย่อมไม่อาจประสบความสำเร็จได้เลย<sup>152</sup> เพราะฉะนั้น การรักษาความลับอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นหน้าที่ที่สำคัญยิ่งของผู้ไกล่เกลี่ย โดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องสร้างความเชื่อมั่นและสร้างสภาพแวดล้อมในการไกล่เกลี่ยที่ทำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความไว้วางใจและปลอดภัย<sup>153</sup> ดังนั้น การรักษาความลับเป็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>149</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 183 “ในวันชี้สองสถาน ให้คู่ความมาศาล และให้ศาลตรวจคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความ แล้วนำข้ออ้างข้อเถียง ที่ปรากฏในคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความเทียบกันดู และสอบถามคู่ความทุกฝ่ายถึงข้ออ้าง ข้อเถียง และพยานหลักฐานที่จะยื่นต่อศาลว่าฝ่ายใดยอมรับหรือโต้แย้งข้ออ้าง ข้อเถียงนั้นอย่างไร ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความยอมรับกันก็เป็นอันยุติไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คำคู่ความฝ่ายอื่นไม่รับและเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นข้อพิพาทตามคำคู่ความให้ศาลกำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท และกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นข้อใดก่อนหรือหลังก็ได้...”

<sup>150</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 416.

<sup>151</sup> A.K.C. Koo, "Confidentiality of Mediation Communications," *Civil Justice Quarterly*: 193.

<sup>152</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 415.

<sup>153</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 140.



หลักการสำคัญของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่จะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้สำเร็จ<sup>154</sup>

อย่างไรก็ตามมีข้อควรระวังว่า เรื่องบางอย่างอาจเป็นเรื่องเท็จ หรืออาจเป็นเรื่องที่เป็น การสนับสนุนการประพฤติปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม ผิดจรรยาบรรณ หรือแม้กระทั่งผิดกฎหมาย เช่น เป็นการกระทำโดยการฉ้อโกง หรือข่มขู่ หากเกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย เมื่อถูกกำหนดไว้เป็น ความลับที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยแล้ว ก็อาจส่งผลเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท หรือส่งผลเป็นการ บั่นทอนความน่าเชื่อถือเชื่อมั่นต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยอีกด้วย ดังนั้น จึงทำให้มีความคิดว่าสมควรที่ กรณียางอย่างไม่สมควรนำเอาหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นข้ออ้าง เพื่อไม่ให้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำที่ผิด กฎหมายหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ยิ่งเป็นกรณีที่น่าเป็น อย่างยิ่งที่ไม่สมควรอ้างหลักการรักษาความลับได้

#### 2.6.2 หลักในการคุ้มครองความลับของคู่กรณีจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การคุ้มครองความลับของคู่กรณีจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีหลักอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ<sup>155</sup>

(1) การห้ามคู่กรณีพิพาทนำเอาข้อเท็จจริง ข้อมูล พยานหลักฐานไปใช้ประโยชน์ในการ ดำเนินคดี เมื่อคู่กรณีพิพาทไม่สามารถตกลงไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทได้สำเร็จ เพื่อเป็นการป้องกัน ไม่ให้ข้อมูลในการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทถูกนำไปใช้ประโยชน์แก่คู่กรณีพิพาทในศาล เพราะกระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหมดจะต้องถูกรักษาเป็นความลับ ไม่ให้บุคคลที่เข้า ร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวหรือเปิดเผยในการไกล่เกลี่ยโดยที่ไม่ได้รับความ ยินยอมจากบุคคลอื่น<sup>156</sup> ข้อเท็จจริง ข้อมูล พยานหลักฐานดังกล่าว เช่น บันทึกของผู้ไกล่เกลี่ย เอกสาร สื่อวิดิทัศน์ ภาพ เสียง ที่จัดทำขึ้นโดยวัตถุประสงค์ในการไกล่เกลี่ย ข้อมูลที่ส่งให้แก่ผู้ไกล่ เกลี่ยเป็นการส่วนตัวทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (email) โทรสาร (fax) หรือทางโทรศัพท์ หรือแม้กระทั่งการบันทึกอากัปกริยาของคู่กรณีพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>157</sup>

(2) การไม่นำความลับที่ได้จากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้แก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย หนึ่ง หรือนำเอาข้อมูลไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาทผู้เป็น เจ้าของข้อมูล

<sup>154</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 13.

<sup>155</sup> อ้างแล้ว, เซิงอรธที่ 10, หน้า 21 – 22.

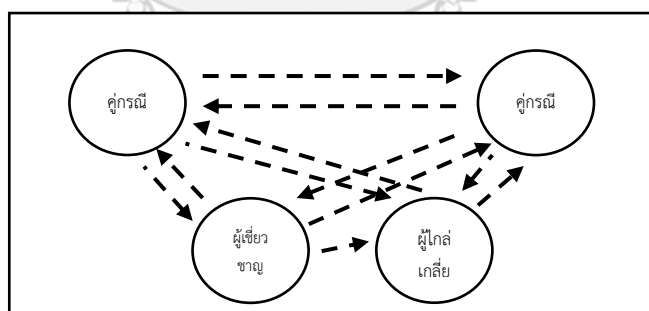
<sup>156</sup> Effective Dispute Solutions Limited, "Are Mediations Confidential?"

<sup>157</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 248.

รูปแบบของการรักษาความลับในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย Nadja Alexander ผู้อำนวยการสถาบันการระงับข้อพิพาทนานาชาติสิงคโปร์ และศาสตราจารย์ด้านกฎหมาย แห่งมหาวิทยาลัยการจัดการแห่งสิงคโปร์ (Singapore Management University: SMU) กล่าวว่า อาจจำแนกตามความสัมพันธ์ออกได้ 3 รูปแบบ ดังนี้<sup>158</sup>

(1) การรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อบุคคลภายนอก (Insider/Outsider Confidentiality) เป็นการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับที่บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เช่น คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ที่ปรึกษาของแต่ละฝ่าย ผู้ไกล่เกลี่ย ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท ล่าม บุคคลที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายอ้างเป็นพยานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตน รวมถึงหน่วยสนับสนุนงานด้านธุรการของผู้ไกล่เกลี่ย เป็นต้น ไม่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงและข้อมูลที่ห้ามมิให้เปิดเผย ให้แก่บุคคลภายนอกกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

(2) การรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง (Insider/Insider Confidentiality) เป็นการควบคุมให้ข้อเท็จจริง ข้อมูลซึ่งเกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยยังคงเก็บอยู่เป็นการภายในวงของการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่า การไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการนั้น เป็นการไกล่เกลี่ยที่อยู่ในลักษณะให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้พบเจอกันแล้วทำการหารือเพื่อตกลงยุติข้อพิพาท โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ช่วยในการดำเนินการยุติข้อพิพาท ในลักษณะการไกล่เกลี่ยเช่นนี้ ทำให้ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่มีการเปิดเผยในวงของการไกล่เกลี่ยจะมีการหมุนเวียนไปมาระหว่างคู่กรณีพิพาท รวมถึงผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอย่างเสรี ดังภาพ



ภาพที่ 2 แสดงถึงลักษณะของการหมุนเวียนข้อมูลระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

การรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง มีแนวคิดมาจากการควบคุมมิให้มีการล่วงรู้หรือเปิดเผยข้อเท็จจริงของคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งไปยังคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นหลักที่มักนำมาใช้กับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบที่คู่กรณีพิพาท

<sup>158</sup> Ibid., 248 - 250.

ไม่ได้พบปะเพื่อเจรจาหรือกัน แต่ผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่โดยแยกรับฟังข้อเท็จจริง ข้อมูล และความ ต้องการจากคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายเพื่อแก้ไขปัญหายุติข้อพิพาท<sup>159</sup>

ด้วยลักษณะของการที่ข้อเท็จจริง ข้อมูลที่เกิดขึ้นสามารถหมุนเวียนกันได้อย่างเสรีเช่นนี้ ทำให้ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (Good Faith) เป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างมากต่อการส่งเสริมให้เกิดการหารือเพื่อยุติข้อพิพาทกันอย่างเต็มที่และตรงไปตรงมา ดังนั้น หากคู่กรณีพิพาทประสงค์ให้ ข้อมูลที่ตนเองได้ให้ไว้เป็นความลับ ทุกฝ่ายย่อมมีหน้าที่จะต้องรักษาและปกปิดมิให้ข้อมูลที่ตนได้ รับมาถูกนำไปเผยแพร่ต่อบุคคลอื่นที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้อง แต่หากเป็นรูปแบบการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณี พิพาทมิได้พบปะกันโดยตรง แต่อาศัยผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้รับฟังข้อเท็จจริงและความต้องการของคู่กรณี พิพาทฝ่ายต่าง ๆ หากคู่กรณีพิพาทร้องขอไม่ให้เปิดเผยข้อมูลที่ถูกผู้ไกล่เกลี่ยได้รับแก่บุคคลอื่น ผู้ไกล่เกลี่ยย่อมมีหน้าที่รับผิดชอบไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ไม่ประสงค์ให้เปิดเผยดังกล่าวให้แก่ บุคคลภายนอก โดยปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงและข้อมูลเหล่านั้นอย่างเป็นความลับ เว้นแต่จะได้รับความ ยินยอมโดยชัดแจ้งจากฝ่ายที่เปิดเผยข้อมูลให้สามารถเปิดเผยได้ หรือมีข้อยกเว้นประการอื่นที่แสดงให้ เห็นถึงความจำเป็นในการเปิดเผยและเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าการรักษาให้ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลดังกล่าว เป็นความลับ

**(3) การรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อศาล (Insider/Court Confidentiality)** ในบางครั้ง คู่กรณีพิพาทหรือทนายความของคู่กรณีพิพาท แต่ละฝ่าย อาจมีความกังวลว่าสิ่งที่ฝ่ายตนได้เปิดเผยไว้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยสามารถถูกนำไปใช้ประโยชน์ อันเป็นที่เสียหายแก่ฝ่ายของตนที่เป็นเจ้าของข้อมูลที่เปิดเผยนั้น ดังนั้น ฝ่ายผู้เป็นเจ้าของข้อมูลจึง ประสงค์ปกป้องมิให้การเปิดเผยของฝ่ายตนจากการสืบพยาน หรือการถูกเปิดเผยโดยผลของกฎหมาย ซึ่งการรักษาความลับในกรณีดังกล่าวนับได้ว่าเป็นกรณีที่เป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายมากที่สุด

การที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย ต่างมีความมุ่งหวัง เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้รับการแก้ไขเยียวยาให้ยุติโดยเร็ว และคู่กรณีพิพาทต่างต้องทราบว่า ข้อมูลและข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเองจะต้องถูกนำมาเปิดเผยต่อคู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย รวมถึงบุคคลอื่นที่ เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย เพราะฉะนั้นคู่กรณีพิพาทรายดังกล่าวนี้จึงให้ความไว้วางใจ เชื่อใจกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นอันมาก ด้วยเหตุนี้คู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย รวมถึงผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างตรงไปตรงมาด้วย โดยหากมิได้กระทำเช่นนั้น การค้นหา ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อหาหนทางเพื่อระงับข้อพิพาทก็ไม่อาจดำเนินการได้โดยสำเร็จ คู่กรณีพิพาททุก

<sup>159</sup> Ibid., 249.

ฝ่ายจะไม่ให้ความร่วมมือเพื่อให้การดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท และการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็จะไม่ประสบความสำเร็จ<sup>160</sup>

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรต้องมีการปฏิบัติด้วยวิธีการดังต่อไปนี้ควบคู่ด้วย จึงจะส่งผลทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อยุติข้อพิพาทได้

ประการแรก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพต้องดำเนินการอย่างตรงไปตรงมา ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ช่วยทำให้ทุกฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงกันได้โดยอาศัยการให้ฝ่ายต่าง ๆ อำนวยความสะดวกประโยชน์ให้แก่กัน โดยไม่ใช้วิธีการในเชิงบีบบังคับให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น ในเวทีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงจะต้องมีการเปิดเผยสาเหตุของความขัดแย้งที่เกิดขึ้น และสาเหตุดังกล่าวมักเป็นความลับที่ส่งผลกระทบต่อคู่กรณีพิพาท ด้วยเหตุนี้การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะสร้างความมั่นใจให้แก่คู่กรณีพิพาท และสร้างการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่<sup>161</sup>

ประการที่สอง การรักษาความลับมีขอบเขตที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม โดยจะต้องกำหนดตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับ ซึ่งไม่เพียงแต่ผู้ไกล่เกลี่ยแต่ยังรวมถึงบุคคลอื่น ๆ ที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย บุคคลฝ่ายที่สามที่ได้รับผลกระทบจากการไกล่เกลี่ย หรือแม้กระทั่งเจ้าหน้าที่ที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้บรรลุผล<sup>162</sup> ครอบคลุมไปถึงการดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการปกปิดข้อมูลที่ได้ถูกสร้างขึ้นหรือมีการเปิดเผยขึ้นในระหว่างการประชุมไกล่เกลี่ย เช่น หนังสือบันทึกการประชุมไกล่เกลี่ย สิ่งบันทึกภาพ สิ่งบันทึกเสียง ภาพถ่าย เสียงที่สร้างขึ้นเพื่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือข้อมูลที่คู่กรณีพิพาทได้แจ้งให้ผู้ไกล่เกลี่ยทราบ รวมไปถึงข้อสังเกตในการประชุมไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรม ปฏิบัติการปฏิบัติของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย หรือแม้กระทั่งผลลัพธ์ของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย<sup>163</sup> และยังคงต้องกำหนดประเภทของข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่สามารถเปิดเผยได้อีกด้วย<sup>164</sup>

ประการที่สาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องดำรงรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณี เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณาตามแบบแผน เช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล อาจสร้างความระแวงระวังให้แก่คู่กรณีพิพาทว่าตนเองอาจต้องรับความเสี่ยงจากการให้ข้อเท็จจริงในชั้นศาลซึ่งผูกพันตนเอง จึงเลือกที่จะต่อสู้ในข้อเท็จจริงโดยมิให้ตนต้องถูก

<sup>160</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 415.

<sup>161</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 1 - 3.

<sup>162</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 149.

<sup>163</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 248.

<sup>164</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 149.

ผูกพัน หากคู่กรณีพิพาทต่างฝ่ายต่างอยู่ในสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน การต่อสู้ระหว่างกันในชั้นศาลอาจทำให้คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่เสียเปรียบอยู่ในสถานะที่ไม่อาจต่อสู้กับคู่กรณีฝ่ายที่ได้เปรียบ ส่งผลทำให้เกิดอคติและความรู้สึกที่ไม่ดีของฝ่ายที่เสียเปรียบ รวมไปถึงผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่รักษาความเป็นกลางและเปิดกว้างในการรับฟังอย่างรอบด้าน อีกทั้งการไกล่เกลี่ยและผู้ไกล่เกลี่ยต้องได้รับการปกป้องจากการถูกทำให้ไขว้เขวและถูกล่วงละเมิด<sup>165</sup>

ทั้งนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเกิดขึ้นโดยการสื่อสารระหว่างกันที่จะนำไปสู่การแลกเปลี่ยนข้อเท็จจริง หรือข้อมูลระหว่างกัน จนนำไปสู่การบรรลุผลของการยุติระงับข้อพิพาท John H. Wigmore ได้เสนอแนวทางที่เรียกว่า Wigmore Test กล่าวว่า การสื่อสารที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย หากได้ดำเนินการเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ สมควรให้การสื่อสารดังกล่าวได้รับเอกสิทธิ์การคุ้มครองตามหลักการรักษาความลับ<sup>166</sup>

- (1) การสื่อสารต้องเกิดขึ้นโดยเป็นความลับและจะไม่ถูกเปิดเผย
- (2) การรักษาความลับจะต้องมีส่วนสำคัญต่อการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท
- (3) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาทที่ประสงค์จะรักษาไว้ยังคงสัมพันธ์ภาพที่ตีระหว่างกันจะต้องได้รับการเห็นพ้องต้องกันจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายว่าสมควรให้คงรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างกัน

(4) ความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีพิพาท หากมีการเปิดเผยการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย จะต้องมีความเสียหายร้ายแรงเป็นอย่างมากยิ่งกว่าผลที่เกิดขึ้นหากมีการเปิดเผยการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

จากเงื่อนไขทั้ง 4 ประการดังกล่าว นับได้ว่าเป็นการสร้างสมดุลระหว่างความต้องการข้อมูลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้อย่างชัดเจนกับการปกป้องรักษาความลับและการอ้างให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล ซึ่งการสร้างสมดุลดังกล่าวเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องจัดการเพื่อให้การสร้างประโยชน์แห่งความยุติธรรมพร้อมกับการยุติข้อพิพาทสามารถดำเนินต่อไปด้วยกันได้<sup>167</sup>

2.6.3 การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนำมาปรับใช้กับการกำหนดยกเว้นมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน

การกำหนดหลักมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน คือ การกำหนดยกเว้นมิให้นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรือในชั้นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเหตุผลที่นำเอาการยกเว้นมิให้นำเอา

<sup>165</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 1 - 3.

<sup>166</sup> Peter Tiller John Henry Wigmore, James H. Chadbourn and John T. McNaughton, *Evidence in Trials at Common Law* (Boston: Little Brown, 1961).

<sup>167</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, pp. 145 - 146.

ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐานนั้น สืบเนื่องจากเหตุผลที่จะสนับสนุนให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นโดยประสบผลสำเร็จด้วยการเปิดให้มีการตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลง โดยดำเนินการไกล่เกลี่ยโดยตรงไปตรงมาและด้วยความจริงใจของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย เพื่อให้คู่กรณีพิพาทไม่เกิดความวิตกกังวลว่าข้อเท็จจริงที่ฝ่ายตนได้ทำการเปิดเผยหรือได้กระทำในระหว่างการไกล่เกลี่ยจะถูกนำมาใช้ในทางที่เป็นโทษแก่คู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าว การยกเว้นมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานจะปรับใช้แต่เฉพาะพยานหลักฐานที่ใช้เพื่อพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง หรือเพื่อใช้พิสูจน์จำนวนที่อาจเรียกร้อง<sup>168</sup>

2.6.4 การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนำมาปรับใช้กับการห้ามผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยานในคดี

การห้ามผู้ไกล่เกลี่ยมาให้การเป็นพยานในคดี ก็เป็นรูปแบบการปรับเอาหลักการรักษาความลับมาใช้ ซึ่งถือว่าเป็นการยกเว้นมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานหลักฐานในรูปแบบหนึ่ง เพียงแต่กรณีนี้ คือ การห้ามเอาผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับรู้ถึงข้อมูลข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานบุคคลในคดี ในกฎหมายบางประเทศได้กำหนดห้ามมิให้เรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานในการดำเนินคดี เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของออสเตรเลีย กำหนดห้ามมิให้เรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยที่ได้ดำเนินการไปแล้ว<sup>169</sup> กล่าวคือผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถให้การมาเป็นพยานในคดีหรือนำเสนอข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยได้ ไม่ว่าข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นจะเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในขั้นตอนใดของกระบวนการไกล่เกลี่ยก็ตาม<sup>170</sup> ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายของออสเตรียดังกล่าวดูเหมือนว่าเป็นความพยายามในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในระดับที่ถึงขนาดที่จำกัดโดยเด็ดขาด มิให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงใด ๆ เลยที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยให้บุคคลอื่นที่อยู่ภายนอกการไกล่เกลี่ยรับรู้ได้

2.6.5 สิทธิของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะปฏิเสธไม่ให้การเป็นพยาน

สิทธิของผู้ไกล่เกลี่ยในข้อนี้ เป็นคนละกรณีกับที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.6.1 ว่าสิทธิในความลับนั้นเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) เพราะสิทธิของผู้ไกล่เกลี่ยในข้อนี้เป็นการกำหนดเพื่อให้สอดคล้องกับการรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อศาล (Insider/Court

<sup>168</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 261.

<sup>169</sup> § 320 N° 4 of the Austrian Code of civil procedure (Zivilprozessordnung, ACCP)

The following may not be heard as witnesses:

4. registered mediators according to the Civil Law Mediation Act, Federal Law Gazette I No. 29/2003, with regard to what was entrusted to them or otherwise known to them during the mediation.

<sup>170</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 263.

Confidentiality) ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีสิทธิเลือกที่จะปฏิเสธไม่ให้การในฐานะพยานในคดีนั้น ๆ ได้ แต่สิทธิดังกล่าวผู้ไกล่เกลี่ยก็สามารถสละได้เช่นกัน

สิทธิในการปฏิเสธไม่ให้การเป็นพยาน เป็นสิทธิของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะปฏิเสธไม่ให้เป็นพยานหลักฐานเกี่ยวกับเรื่องการประกอบทางวิชาชีพของตนเอง สิทธิที่เวลานี้ปรากฏในประเทศออสเตรเลียและประเทศเยอรมนี ซึ่งประเทศออสเตรเลีย สิทธิในการปฏิเสธไม่ให้การเป็นพยานจะมีขึ้นเฉพาะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ซึ่งจะแตกต่างกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งที่ผู้ไกล่เกลี่ยถูกห้ามโดยเด็ดขาดไม่ให้มาเป็นพยานในคดีแพ่ง สาเหตุที่กำหนดไว้แตกต่างเช่นนี้ เป็นเพราะการให้ความสำคัญกับเสรีภาพของบุคคล การกำหนดไว้สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาที่ผู้ไกล่เกลี่ยมีสิทธิเลือกปฏิเสธไม่ให้การเป็นพยานเป็นเพราะหากเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปแล้ว อาจส่งผลทำให้เกิดความเสียหายต่อเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่ถูกเปิดเผยดังกล่าวได้<sup>171</sup> สำหรับประเทศเยอรมนีนั้น แม้ว่าการให้การเป็นพยานในคดีเป็นหน้าที่ของทุกคนโดยทั่วไป แต่ผู้ใดได้รับความไว้วางใจให้รับทราบข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เป็นความลับเกี่ยวกับเรื่องทางธุรกิจหรือวิชาชีพ บุคคลดังกล่าวมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้การในฐานะพยาน<sup>172</sup> ดังนั้น บุคคลที่โดยฐานะหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องรับทราบข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เป็นความลับ เช่น นักสังคมสงเคราะห์ ทนายความ ที่ปรึกษาทนายความ จึงมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้การในฐานะพยานได้ โดยอาศัยเหตุเรื่องเป็นผู้มีวิชาชีพ หรือมีหน้าที่ตามกฎหมาย หรือได้ประกอบธุรกิจที่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ<sup>173</sup> สิทธิในการปฏิเสธนี้ บุคคลที่มีสิทธิปฏิเสธไม่ให้การในฐานะพยานถูกจำกัดเพียงเฉพาะผู้มีวิชาชีพ หรือผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถกำหนดบุคคลอื่นเพิ่มเติมได้<sup>174</sup> จึงเห็นได้ว่าแม้ประเทศเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้ไกล่เกลี่ยในการปฏิเสธไม่ให้การในฐานะพยานอย่างชัดเจน แต่ก็มีบทบัญญัติมาปรับใช้เพื่อก่อให้เกิดการก่อตั้งสิทธิปฏิเสธไม่ให้การในฐานะพยานได้

#### 2.6.6 ความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยอาจได้รับการยกเว้นให้ถูกเปิดเผยได้

แม้โดยหลักแล้ว ความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไม่สามารถถูกเปิดเผยได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวอาจถูกยกเว้นได้<sup>175</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวจะยกเว้นให้เปิดเผยได้

<sup>171</sup> Ibid., 263 - 264.

<sup>172</sup> § 383(1) N° 6 of the German Code of Civil Procedure (Deutschen Zivilprozessordnung)

Section 383 Refusal to testify on personal grounds

(1) The following persons are entitled to refuse to testify:

6. Persons to whom facts are entrusted, by virtue of their office, profession or status, the nature of which mandates their confidentiality, or the confidentiality of which is mandated by law, where their testimony would concern facts to which the confidentiality obligation refers.

<sup>173</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 264.

<sup>174</sup> Ibid., 266.

<sup>175</sup> Effective Dispute Solutions Limited, "Are Mediations Confidential?"

เนื่องจากเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับความคิดว่า หากขอบเขตของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีลักษณะที่กว้างขวางมากจนเกินไป กล่าวคือให้ทุกสิ่งที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นความลับโดยเด็ดขาด อาจเป็นช่องว่างที่ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยได้จนอาจนำไปสู่การประพฤติในทางที่ไม่ชอบธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยได้ รวมไปถึงอาจใช้ขอบเขตของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่เป็นสิทธิเด็ดขาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยไม่สุจริตและไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาท กล่าวคือ ถ้ายังทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยต้องยึดถือหลักการรักษาความลับโดยเคร่งครัด ย่อมส่งผลกระทบต่อคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจในผลลัพธ์ในการไกล่เกลี่ยไม่สามารถโต้แย้งประเด็นพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะเมื่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ โดยเฉพาะประเด็นพิพาทที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยที่ได้ดำเนินการไปโดยไม่ชอบ เช่น การดำเนินการโดยมีลักษณะเป็นการฉ้อโกงคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>176</sup> ดังนั้น จึงสมควรมีการวางแนวคิดให้มีการเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย อีกทั้งอาจมีผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ผู้ได้รับผลกระทบไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือไม่ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับผลกระทบกับคนหมู่มากเป็นภาพรวม อาจมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อเป็นประโยชน์ กล่าวคือการนำข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยจะนำมาใช้เพื่อเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ หากไม่มีการนำข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าวมาใช้แล้ว จะเกิดความเดือดร้อนที่ไม่สามารถแก้ไขบรรเทาได้ หรือการรักษาความลับในบางกรณีอาจขัดต่อนโยบายสาธารณะ เช่น กรณีที่มีความลับในเรื่องที่ส่งผลเสียต่อสิ่งแวดล้อม หรือการเปิดเผยข้อมูลตามกฎหมาย Open Records Act ที่มีวัตถุประสงค์อนุญาตให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อเท็จจริงที่มีการบันทึกไว้โดยภาครัฐ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบเรื่องนี้อาจมีผลกระทบต่อประชาชน<sup>177</sup> ทั้งนี้มีตัวอย่างของแนวคำวินิจฉัยที่เห็นว่ามีความจำเป็นที่ความลับอาจถูกเปิดเผยได้ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแนวคำวินิจฉัยจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป อย่างไรก็ตามในบางเรื่องก็จะมีการใช้ดุลยพินิจเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงไปใช้ประโยชน์เป็นพยานหลักฐานเทียบกับคุณค่าของการรักษาความลับด้วย เนื่องจากเหตุผลความจำเป็นบางประการที่จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพแก่เรื่องอื่น ๆ มากเกินไปกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการนำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยมาใช้ เช่น กรณีการขอให้ผู้ไกล่เกลี่ยเปิดเผยข้อเท็จจริงในการไกล่เกลี่ยเกี่ยวกับการทารุณกรรมเด็ก ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจอย่างรอบคอบเพื่อชั่งน้ำหนักว่าการนำเอาข้อเท็จจริงดังกล่าวมาใช้เพื่อเป็น

<sup>176</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 142.

<sup>177</sup> Ibid.



พยานหลักฐานในการค้นหาข้อเท็จจริงจะต้องไม่กระทบต่อประโยชน์ของเด็กที่เป็นสิ่งสำคัญลำดับแรก ที่จะต้องให้ความคุ้มครอง<sup>178</sup>

### 2.6.7 ความเสียหายอันเกิดจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิด

เมื่อข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นความลับนั้นถูกเปิดเผยไปยังบุคคลอื่นซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ย่อมเป็นกรณีที่บุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับมิได้ทำหน้าที่ของตนเองในการรักษาความลับ ดังกล่าว เพราะฉะนั้นมีโอกาสที่เป็นไปได้ว่าอาจเกิดความเสียหายขึ้นจากการนำเอาข้อเท็จจริงอันเป็น ความลับไปใช้ประโยชน์ ความเสียหายเช่นนี้เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นการละเมิดหน้าที่ในการ รักษาความลับ

หน้าที่ในการรักษาความลับ เกิดขึ้นได้จากทั้งหน้าที่ในการรักษาความลับตามสัญญา (contractual duty of confidence)<sup>179</sup> เช่น คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันให้มีผู้ใกล้ชิดมาทำหน้าที่ในการ ระวังข้อพิพาท ซึ่งได้ตกลงกันว่าเมื่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็น ความลับในระหว่างการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงแล้ว ผู้ใกล้ชิดมีหน้าที่ต้องรักษาความลับโดย ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้รับมาแก่บุคคลอื่นใด หรือหากเป็นกรณีการใกล้เคียงที่คู่กรณีพิพาทมิได้ พบปะกัน อาจตกลงกับผู้ใกล้ชิดมิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นได้มอบให้แก่ผู้ใกล้ชิดไป เปิดเผยแก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือแม้แต่อาจมีกฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะว่าห้ามมิให้ เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ<sup>180</sup> อย่างไรก็ตามเมื่อมีการเปิดเผยแล้ว หากมีความเสียหายเกิดขึ้น แก่ผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับแล้ว จะมีการพิจารณาเพื่อดำเนินการเยียวยาอย่างไร

แนวทางในการวินิจฉัยเพื่อกำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่เป็นการละเมิดการ รักษาความลับ อาจพิจารณาโดยศึกษาจากตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ แต่เดิมนั้นหากมีการ ละเมิดต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ ศาลมักจะพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อ สัญญาโดยนัย (implied contract) การละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา ที่แม้มิได้มีการตกลงกันโดยชัดแจ้ง แต่เป็นการตกลงกันโดยนัยว่าเมื่อคู่สัญญาตกลงกันว่าข้อเท็จจริงที่ มีการเปิดเผยให้แก่กันเป็นความลับแล้ว ก็ย่อมมีหน้าที่ระหว่างกันในการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้รับ มาให้บุคคลภายนอกรับรู้ หากมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นนั้น ก็ย่อมเป็นการผิดสัญญาโดยนัย เพราะฉะนั้นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงเป็นการสั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย เพราะเหตุมา จากการผิดสัญญาโดยนัย ความรับผิดของฝ่ายที่ทำผิดสัญญาดังกล่าวก็ย่อมต้องรับผิดตามกฎหมายที่ กำหนดให้ต้องรับผิดเพราะผิดสัญญา<sup>181</sup> และคดี *Mechanical and General Invention CO. v*

<sup>178</sup> Ibid., 142 - 143.

<sup>179</sup> R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality*, p. 123.

<sup>180</sup> โปรดดูตัวอย่างในบทที่ 3

<sup>181</sup> *Nichrotherm Electrical Ltd. v Percy (1956)* referred from R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality*, p. 22.

*Austin (1935)* การพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายมิได้พิจารณาจากการตีความว่าการได้รับข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียง ถือเป็นกรณีพิสดารโดยนัย แต่พิจารณาจากว่าการที่บุคคลใดได้รับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับแล้วไม่รักษาความลับ บุคคลนั้นกระทำการต่อเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับอย่างไม่เป็นธรรม และคดี *Seager v Copydex Ltd. (No.2) (1969)* ได้วินิจฉัยว่าการประเมินค่าเสียหายอันเกิดจากการสนทนา จะพิจารณาประเมินโดยพื้นฐานจากมูลค่าตลาดอันเกิดขึ้นจากการใช้ข้อมูลไปในทางที่ไม่ชอบ<sup>182</sup> อาจกล่าวได้ว่าการพิจารณาจากคดี *Seager v Copydex Ltd.* เป็นการวางหลักการกำหนดเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าความเสียหายต่อความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดต่อความลับ โดยอาจถือได้ว่าข้อมูลอันเป็นความลับเป็นสิ่งที่ผู้เป็นเจ้าของนั้นสามารถมีกรรมสิทธิ์เหนือข้อมูลดังกล่าวได้<sup>183</sup> และผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับย่อมถูกผูกพันว่าจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตนต้องผูกพันด้วยความสุจริต จักต้องมีสำนึกในการปฏิบัติหน้าที่โดยสมเหตุสมผลและไม่พึงละเว้นการปฏิบัติอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นด้วย อย่างไรก็ตามหากกำหนดให้การชดเชยค่าเสียหายจะพิจารณาจากหลักพื้นฐานว่าด้วยการละเมิดหรือพิสดารโดยนัย จะพบปัญหาว่าอะไรคือความเสียหายที่โจทก์ได้รับมาจากการถูกละเมิดละเมิด จึงมีการพิจารณาว่าหากความเสียหายเช่นนี้มาจากการที่เจ้าของข้อมูลต้องสูญเสียความสามารถในการหาผลประโยชน์จากข้อมูลที่ตนพึงเก็บรักษาไว้เป็นความลับ อันเนื่องมาจากการการถูกเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับแล้ว ย่อมสามารถประเมินความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นโดยอ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ ที่เจ้าของข้อมูลนั้นพึงจะได้รับหากเขายังคงสามารถรักษาข้อมูลอันเป็นความลับไว้ได้<sup>184</sup> จะเห็นได้ว่าการกำหนดความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่รักษาความลับจนก่อให้เกิดเป็นความเสียหายขึ้น การกำหนดในรูปแบบของค่าเสียหายมีแนวคิดเริ่มต้นขึ้นจากการกำหนดให้อยู่ในรูปแบบของความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ ความรับผิดชอบดังกล่าวถือว่าเป็นการพิสดารโดยนัย ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจึงเป็นความรับผิดชอบจากการพิสดารโดยนัย ส่วนการพิจารณาว่าจะประเมินความเสียหายอย่างไรนั้น จะพิจารณาจากมูลค่าตลาดของผลกระทบอันเกิดจากการใช้ข้อมูลไปในทางที่ไม่ชอบ

อย่างไรก็ดี หลักการประเมินมูลค่าความเสียหายต่อความรับผิดชอบความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดต่อความลับ ตามแนวทางของคดี *Seager v Copydex Ltd.* ก็ยังไม่เหมาะสมที่จะใช้วางเป็นหลักการเพื่อกำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ คดี *General Tire and Rubber Co. v Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd (1975)* โดยผู้พิพากษาลอร์ด Wilberforce ได้วางหลักว่า “เป้าหมายของการกำหนดค่าเสียหาย คือ

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Ibid., 23 - 24.

<sup>184</sup> Ibid., 24.

การชดเชยความสูญเสียหรือการบาดเจ็บ หลักการกำหนดค่าเสียหายควรจะต้องกำหนดเป็นจำนวนเงิน โดยมูลค่าของค่าเสียหายนั้นต้องเป็นจำนวนเงินเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งการกำหนดดังกล่าวจะสอดคล้องตรงกันกับการชดเชยเยียวยาให้แก่ผู้เสียหายที่เหมาะสมแก่การที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับ”<sup>185</sup> ทั้งนี้ ส่วนที่กฎหมายให้ความสำคัญกับการกำหนดเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ก็จะพิจารณาด้วยการกำหนดให้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบหน้าที่ต้องกระทำเพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น จะพิจารณาในส่วนของผลประโยชน์ ซึ่งผู้กระทำผิดได้รับไป เช่น ได้รับประโยชน์บางอย่างจากการกระทำความผิดทางอาญา หรือจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตนโดยซื่อสัตย์และไว้วางใจ รวมไปถึงกระทำผิดหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นองค์ประกอบสำหรับการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย<sup>186</sup>

ดังนั้น ความเสียหายจากการเปิดเผยข้อมูลที่เกิดขึ้นในกระบวนการใกล้เคียง เกิดจากการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ ซึ่งบุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับทำการเปิดเผยข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการใกล้เคียง การเปิดเผยดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลเสียหายแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้น โดยการพิจารณาเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อมูลนั้น มีแนวทางในการพิจารณาที่ได้วางหลักไว้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับนั้น เกิดขึ้นจากการผิดหน้าที่ของบุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับ หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่อันเกิดจากการเกิดสัญญาโดยนัยขึ้น กล่าวคือกฎหมายกำหนดให้เกิดความผูกพันขึ้นระหว่างผู้ที่ได้รับข้อมูลอันเป็นความลับกับเจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับ ให้มีความรับผิดชอบร่วมกันในลักษณะคล้ายกับมีสัญญาระหว่างกัน การที่บุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับเปิดเผยข้อมูลจนเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ ย่อมเป็นการผิดสัญญาโดยนัย และจะต้องมีการเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ในรูปแบบของการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาโดยนัย ซึ่งการพิจารณาเพื่อประเมินว่าจะต้องชดใช้เพียงใด พิจารณาจากว่าเจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับจะต้องสูญเสียความสามารถในการแสวงหาผลประโยชน์ให้แก่ตนเองจากข้อมูลอันเป็นความลับซึ่งถูกเปิดเผยโดยที่เจ้าของข้อมูลไม่ต้องการ ความเสียหายจะมากน้อยเพียงใดนั้น ย่อมสามารถประเมินได้จากมูลค่าตลาดของผลกระทบอันเกิดจากการใช้ข้อมูลที่ถูกเปิดเผย การกำหนดค่าเสียหายจะต้องเป็นจำนวนเงินมีมูลค่าตามจริงเท่าที่เป็นไปได้ โดยให้สอดคล้องกับการเยียวยาที่เหมาะสมกับที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับด้วย

## 2.7 บทบัญญัติว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงข้อพิพาทตามกฎหมายไทย

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่มีบทบัญญัติกล่าวถึงการใกล้เคียงข้อพิพาท โดยมีลักษณะเป็นการแทรกซึมอยู่ภายใต้กฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะกฎหมายสมัยใหม่ที่เลือกนำกลไกการใกล้เคียง

<sup>185</sup> Ibid., 25.

<sup>186</sup> Ibid., 25 - 26.

ข้อพิพาทเข้ามาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับประเด็นนั้น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 20 ทวิ และมาตรา 20 ตริ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 มาตรา 9 ประกอบกับมาตรา 8 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550 มาตรา 61/1 ประกอบกับมาตรา 61/2 และมาตรา 61/3 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.2562 มาตรา 72 ประกอบกับมาตรา 74 ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.2

ประเด็นเรื่องการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดข้อพิพาท โดยการห้ามนำข้อเท็จจริงจากการใกล้ชิดมารับฟังเป็นพยานหลักฐานของประเทศไทย ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการใกล้ชิดข้อพิพาท พ.ศ.2562 บทบัญญัติกฎหมายของไทยที่มีการกำหนดเกี่ยวกับการนำเอาความลับมาเปิดเผยหรือแสดงต่อศาลเป็นพยานหลักฐาน โดยนักวิชาการของไทยหลาย ๆ ท่านได้จำแนกว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพยานบุคคล<sup>187</sup> ในลักษณะเป็นสิทธิของพยานบุคคล สิทธิดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) ของพยานบุคคล โดยเป็นเอกสิทธิ์ที่ได้มาเพราะด้วยตำแหน่ง สถานภาพ หน้าที่หรือฐานะของบุคคลนั้นที่กฎหมายกำหนดว่ามีสิทธิไม่เป็นพยานก็ได้<sup>188</sup> สาเหตุที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ เพราะมุ่งหมายให้คุ้มครองผลประโยชน์ของพยานบุคคล หรือคู่ความ ซึ่งหากคู่ความเป็นผู้มีเอกสิทธิ์ย่อมใช้สิทธิคัดค้านพยานหลักฐานดังกล่าวได้ อาจกล่าวได้อีกประการหนึ่งว่าเอกสิทธิ์ในการไม่เปิดเผยความลับเป็นส่วนของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามรับฟังพยานหลักฐาน (exclusionary rules)<sup>189</sup>

การกำหนดเอกสิทธิ์ในการไม่เปิดเผยความลับ สามารถปรากฏได้ 2 มุมมอง กล่าวคือในทางหนึ่งเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของเจ้าของข้อเท็จจริงที่ประสงค์ให้เป็นความลับ แต่ในทางกลับกันก็อาจเป็นการขัดขวางการได้ข้อความจริงของศาล ซึ่งอาจเป็นโทษต่อประโยชน์ส่วนรวม<sup>190</sup> โทษต่อประโยชน์ส่วนรวมนั้นจะปรากฏให้เห็นว่าหากกฎหมายกำหนดให้เอกสิทธิ์ในการไม่เปิดเผยความลับเป็นสิทธิเด็ดขาดแล้ว ก็จะส่งผลกระทบต่อทำให้ไม่สามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะการกระทำอันเป็นการผิดต่อหน้าที่ของผู้มีวิชาชีพ หรือทำให้คู่ความไม่สามารถดำเนินการให้มีการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้อย่างเหมาะสมเพียงพอได้ ดังที่ได้ศึกษากันไปแล้วในหัวข้อ 2.6.6

บทบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์ของพยานบุคคลในการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับมีทั้งในส่วนของพยานหลักฐานในคดีแพ่งและพยานหลักฐานในคดีอาญา กล่าวคือพยานหลักฐานในคดีแพ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนพยานหลักฐานใน

<sup>187</sup> ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร และศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต เป็นต้น

<sup>188</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 354.

<sup>189</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 360

<sup>190</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 360

คดีอาญาปรากฏอยู่ในมาตรา 231 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บทบัญญัติทั้งสองมีหลักการในทำนองเดียวกัน ทั้งในส่วนบุคคลผู้มีเอกสิทธิ์ ได้แก่ คู่ความหรือบุคคลหรือจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล โดยกำหนดให้ผู้มีเอกสิทธิ์จะไม่เบิกความต่อศาลหรือไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือเสนอพยานหลักฐานที่เป็นความลับ โดยหากมีการอ้างเอกสิทธิ์เช่นว่านี้แล้ว ให้ศาลมีอำนาจหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้การต่อศาลเพื่อชี้แจงและรับฟังว่าการอ้างเอกสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการอ้างที่ชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ ซึ่งถ้าหากไม่ชอบด้วยเหตุผลก็ให้ศาลมีอำนาจบังคับให้เบิกความหรือให้นำพยานหลักฐานมาแสดงได้<sup>191</sup>

ส่วนของพยานหลักฐานในคดีแพ่งปรากฏตามมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดว่าถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานใด ๆ มาแสดง และคำเบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจเป็นการเปิดเผยเอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับซึ่งตนเองได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่ตนเป็นทนายความ บุคคลดังกล่าวชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้น ๆ มาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิดเผยได้ และให้ศาลมีอำนาจที่จะหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้มาศาล และชี้แจงข้อความที่ศาลต้องการเพื่อวินิจฉัยว่าการปฏิเสธดังกล่าวชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ ถ้าการปฏิเสธนั้นไม่มีเหตุผลฟังได้ ศาลมีอำนาจออกคำสั่งมิให้คู่ความหรือบุคคลเช่นว่านั้นบังคับให้เบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้นมาแสดงได้<sup>192</sup> เมื่อพิเคราะห์ถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว พบว่าสามารถแยกประเภทของพยานที่มีสิทธิไม่เปิดเผยความลับได้ 3 ประเภท ได้แก่

<sup>191</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 362

<sup>192</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 92 ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานชนิดใด ๆ มาแสดง และคำเบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจเปิดเผย

(1) หนังสือราชการหรือข้อความอันเกี่ยวกับงานของแผ่นดินซึ่งโดยสภาพจะต้องรักษาเป็นความลับไว้ชั่วคราวหรือตลอดไป และคู่ความหรือบุคคลนั้นเป็นผู้รักษาไว้ หรือได้ทราบมาโดยตำแหน่งราชการ หรือในหน้าที่ราชการหรือกึ่งราชการอื่นใด

(2) เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใด ๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่ตนเป็นทนายความ

(3) การประดิษฐ์ แบบ หรือการงานอื่น ๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ให้เปิดเผย

คู่ความหรือบุคคลเช่นว่านั้นชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้น ๆ มาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิดเผยได้

เมื่อคู่ความหรือบุคคลใดปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงดังกล่าวมาแล้ว ให้ศาลมีอำนาจที่จะหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้มาศาล และให้ชี้แจงข้อความตามที่ศาลต้องการเพื่อวินิจฉัยว่า การปฏิเสธนั้นชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่า การปฏิเสธนั้นไม่มีเหตุผลฟังได้ ศาลมีอำนาจออกคำสั่งมิให้คู่ความหรือบุคคลเช่นว่านั้นยกประโยชน์แห่งมาตรานี้ขึ้นใช้ และบังคับให้เบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้นมาแสดงได้

(1) มาตรา 92 (1) เป็นความลับในทางราชการ โดยใช้ถ้อยคำว่า “หนังสือราชการหรือข้อความอันเกี่ยวกับงานของแผ่นดินซึ่งโดยสภาพจะต้องรักษาเป็นความลับไว้ชั่วคราวหรือตลอดไป” ดังนั้น หากเป็นกรณีทั้งหมดระยะเวลาที่ต้องรักษาความลับ ก็จะเป็นสิ่งที่ไม่เป็นความลับอีกต่อไป<sup>193</sup> พยานบุคคลที่อ้างสิทธิจะเป็นผู้มีหน้าที่ในทางราชการโดยมีหน้าที่ในการรักษาความลับ หรือโดยการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับความลับของทางราชการ ดังนั้น ผู้ที่จะอ้างเอกสิทธิ์ไม่เปิดเผยความลับในกรณีนี้จะต้องมีส่วนเกี่ยวข้องโดยหน้าที่ของตนไปเกี่ยวข้องกับ ความลับของทางราชการ ผู้ที่มารู้ความลับของทางราชการโดยบังเอิญจึงไม่ใช่ผู้มีเอกสิทธิ์ตามมาตรา 92 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>194</sup> รวมไปถึงการได้รับมาโดยส่วนตัวก็ไม่มีเอกสิทธิ์ตามบทบัญญัตินี้<sup>195</sup> ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวศาสตราจารย์อุดม รัฐอมฤต เห็นว่ามุ่งคุ้มครองทั้งประโยชน์ของทางราชการ และประโยชน์ที่ทางราชการมุ่งรักษาเพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนส่วนรวมด้วย<sup>196</sup>

(2) มาตรา 92 (2) เป็นความลับที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพทนายความ ซึ่งมุ่งคุ้มครองลูกความ ผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยแก่บุคคลซึ่งเป็นทนายความที่จะต้องรับฟัง เพราะเมื่อทนายความทำการสอบข้อเท็จจริงจากลูกความแล้ว ย่อมมีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นข้อมูลบางอย่างที่อาจเป็นข้อมูลส่วนตัว หรือข้อมูลที่ลูกความประสงค์ให้เป็นความลับ หากทนายความนำมาเปิดเผยต่อศาลแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความได้และเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของทนายความด้วย<sup>197</sup> ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกรอธิบายว่า คำว่าเอกสารอันเป็นความลับตามมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง น่าจะหมายถึงเอกสารที่เป็นความลับอันเกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างกันของบุคคล เนื่องจากต้นร่างภาษาอังกฤษใช้คำว่า confidential document ซึ่งในมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มีลักษณะอย่างเดียวกัน<sup>198</sup>

เอกสิทธิ์ในการไม่เปิดเผยความลับโดยแท้จริงเป็นของลูกความ เพราะเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะเจ้าของข้อเท็จจริงอันประสงค์ให้เป็นความลับ เมื่อลูกความได้เปิดเผยข้อเท็จจริงแล้ว โดยผลของมาตรา 92 (2) ทนายความที่จะอ้างเอกสิทธิ์ดังกล่าวก็จะเป็นการอ้างเอกสิทธิ์ของลูกความ ทั้งนี้ ไม่เป็นการต้องห้ามหากลูกความจะเปิดเผยข้อเท็จจริงให้แก่ศาลทราบ กรณีดังกล่าวจะสอดคล้องกับหลักความยินยอมที่ผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับสามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนดังกล่าวได้ ภายใต้ความยินยอมของตนเอง ซึ่งถ้าหากลูกความเปิดเผยเองแล้วก็นับได้ว่าเป็นการสละ

<sup>193</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188 หน้า 363.

<sup>194</sup> อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 161.

<sup>195</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 363.

<sup>196</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 194, หน้า 161.

<sup>197</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 194, หน้า 161.

<sup>198</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 368.

เอกสิทธิ์ในการไม่เปิดเผยความลับ และข้อเท็จจริงดังกล่าวก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามเอกสิทธิ์อีกต่อไป<sup>199</sup>

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตตามมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตการบังคับใช้อย่างจำกัด โดยพยานที่มีสิทธิไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับนั้นจำกัดเพียงเฉพาะทนายความเท่านั้น และปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีแนวคำวินิจฉัยใดที่มีการอธิบายหรือตีความเกี่ยวกับบุคคลที่มีสิทธิไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ

(3) มาตรา 92 (3) เป็นความลับเกี่ยวกับการประดิษฐ์คิดค้น แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเพียงว่าบุคคลหรือคู่ความใดที่จะต้องเบิกความหรือเปิดเผยพยานหลักฐานใด ๆ มาแสดง และอาจเป็นการเปิดเผยการประดิษฐ์ แบบ หรือการงานอื่น ๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้เปิดเผย ซึ่งกรณีดังกล่าวหมายถึงกฎหมายคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ที่ทำให้บุคคลดังกล่าวมีส่วนได้ส่วนเสียในประโยชน์ดังกล่าว กฎหมายจึงจำเป็นต้องคุ้มครองเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์<sup>200</sup>

อย่างไรก็ตาม หากคู่ความหรือบุคคลที่จะต้องเบิกความต่อศาลปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือปฏิเสธไม่นำพยานมาสืบโดยอ้างเอกสิทธิ์ตามมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในวรรคสุดท้าย ศาลมีอำนาจหมายเรียกให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงให้การต่อศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าการให้การปฏิเสธดังกล่าวชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ หากเห็นว่าไม่มีเหตุผลฟังได้ ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้คู่ความหรือบุคคลที่จะต้องเบิกความทำการเบิกความหรือนำพยานมาสืบได้<sup>201</sup>

ศาลฎีกาได้เคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าแม้ถ้อยคำของทนายความที่เบิกความต่อศาลที่เป็นการเปิดเผยความลับของลูกความนั้น สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ส่วนจะมีน้ำหนักให้รับฟังได้เพียงใดนั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487<sup>202</sup>

<sup>199</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 367.

<sup>200</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 194, หน้า 162.

<sup>201</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 194, หน้า 162.

<sup>202</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487

ภรรยาที่ฟ้องแบ่งสินสมรสนั้น ถ้าสินสมรสมีอยู่ไม่พอใช้หนี้และไม่พอใช้สินเดิมของอีกฝ่ายหนึ่งที่สูญสิ้นไปก็ย่อมไม่มีสิทธิได้แบ่งสินสมรส

ฝ่ายหนึ่งฟ้องเรียกทรัพย์ของผู้ตายตามพินัยกรรม แม้ปรากฏว่าผู้ตายทำพินัยกรรมยกทรัพย์บางอย่างให้คนภายนอกแต่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้ต่อสู้ว่าเป็นทรัพย์ตามพินัยกรรมฉบับหลัง เมื่อปรากฏว่าทรัพย์นั้นตกอยู่ที่ตนศาลก็พิพากษาให้ส่งทรัพย์ให้ฝ่ายที่ฟ้องเรียก

ทนายความเบิกความอันเป็นความลับของลูกความของตน โดยลูกความมิได้ยอมให้เปิดเผยและศาลไม่ได้บังคับนั้น เป็นการผิดมารยาททนายความ

คำพิพากษาดังกล่าวสะท้อนโดยนัยว่าศาลฎีกายอมรับในเรื่องของการรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับว่าศาลฎีกาไม่ได้ปิดกั้นและไม่ได้กำหนดว่าข้อเท็จจริงอันเป็นความลับจะต้องเป็นความลับตลอดไป ไม่สามารถเปิดเผยได้ และไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ศาลสามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ นอกจากนี้ศาลฎีกายังเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของศาลตามมาตรา 92 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2514 วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยว่าหากพยานหลักฐานนั้นมีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ส่งพยานหลักฐานนั้นได้<sup>203</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยกรณีดังกล่าววินิจฉัยว่าหากกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าข้อความใดเป็นความลับของทางราชการแล้ว ข้อความที่ศาลจะพิจารณาว่าจะเป็นความลับของทางราชการหรือไม่ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยตามแต่กรณี<sup>204</sup> และโดยพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 92 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้ให้อำนาจแก่ศาลเพื่อสั่งให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบังคับให้เบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงให้ศาลประกอบการพิจารณาได้ แต่การวินิจฉัยดังกล่าวยังไม่ได้วินิจฉัยชี้ขาดไปในประเด็นว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามนั้นจะสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาของศาลได้หรือไม่ และเมื่อพิจารณาการตีความของศาลตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวประกอบกับถ้อยคำตามมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะพบว่าขอบเขตของพยานหลักฐานที่ศาลมีอำนาจที่จะหมายเรียกมาเพื่อสอบถามและวินิจฉัยกรณีที่คู่ความหรือบุคคลปฏิเสธที่จะเบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล แม้ศาลฎีกาจะวางหลักว่าศาลมีอำนาจสั่งให้ส่งพยานหลักฐานได้ เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม แต่ก็ถูกจำกัดให้เฉพาะกรณีประเภทของพยานหลักฐานตามที่มาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนด โดยไม่ได้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ได้มีการเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการไต่ถามแต่อย่างใด

---

คำเบิกความของทนายที่เปิดเผยความลับของลูกความอันเป็นการผิดมารยาททนายความนั้น รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ส่วนจะมีน้ำหนักเพียงไรเป็นอีกเรื่องหนึ่ง

(จารย์ โปษยานนท์-คง อิศรภักดี-ประมวล สุวรรณศรี)

<sup>203</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2514

โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยผู้เป็นนายจ้างของ จ. ผู้ขับรถยนต์ชนโจทก์เสียหาย ในการพิจารณาโจทก์อ้างสำนวนการสอบสวนคดีที่ จ. ต้องหาว่าขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้คนขับรถของโจทก์ตาย ศาลหมายเรียกจากพนักงานอัยการ พนักงานอัยการชี้แจงว่าคดีนั้นอยู่ในระหว่างสั่งจับผู้ต้องหาเป็นเอกสารลับในทางราชการ อันไม่ควรเปิดเผย และหากจับตัวผู้ต้องหาได้แล้ว พนักงานอัยการก็ไม่มีสำนวนใช้ในการดำเนินคดี จึงไม่อาจส่งสำนวนตามหมายเรียกได้ เมื่อศาลเห็นว่าสำนวนการสอบสวนนั้นเป็นหลักฐานที่ศาลจะต้องใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดดำเนินไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลย่อมไม่ฟังคำปฏิเสธของพนักงานอัยการและสั่งให้ส่งสำเนาสำนวนการสอบสวนได้

(ศรี มลิตา-วิกรม เมลาพันธ์-แปลก คิงฆมานันท์)

<sup>204</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 194, หน้า 161.



ส่วนพยานหลักฐานในคดีอาญา กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231<sup>205</sup> ซึ่งจำแนกได้เหมือนกับพยานหลักฐานในคดีแพ่งว่าเป็นสิทธิของพยานบุคคล เช่นเดียวกัน ซึ่งหลักเกณฑ์ก็มีความคล้ายคลึงกับพยานหลักฐานในคดีอาญา โดยเฉพาะความที่สิทธิของพยานบุคคลมีลักษณะเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) เช่นเดียวกัน<sup>206</sup> และมีการจำแนกประเภทของเอกสิทธิ์ครอบคลุมพยานหลักฐานทั้ง 3 ประเภทเช่นเดียวกันกับมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ความลับทางราชการ ความลับที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพ และความลับเกี่ยวกับการประดิษฐ์คิดค้น แต่จะมีความแตกต่างบ้างเล็กน้อย ดังนี้

(1) มาตรา 231 (1) จะใช้ถ้อยคำว่า “เอกสารหรือข้อความที่ยังเป็นความลับในทางราชการอยู่” แต่เข้าใจได้ว่ามีความหมายเหมือนกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>207</sup> เพราะฉะนั้นต้องเป็นเอกสารหรือข้อความที่ยังคงเป็นความลับจึงจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 231 นี้ เหมือนกับความลับชั่วคราวตามมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>208</sup> แต่ความแตกต่างที่ปรากฏในมาตรา 231 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อยู่ที่การกำหนดว่า “เอกสารหรือข้อความ” ซึ่งแตกต่างกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่กำหนดว่า “หนังสือราชการหรือข้อความอันเกี่ยวกับงานของแผ่นดิน” ทำให้ขอบเขตของงานที่ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากว้างกว่าที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบกับที่มาซึ่งเอกสารหรือข้อความก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือมาตรา 231 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องมีที่มาจากแหล่งใด แต่มาตรา 92 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดไว้เป็นการเฉพาะเลยว่าต้องเป็นการได้มาซึ่งผู้ได้มาโดยตำแหน่งราชการ หรือในหน้าที่ราชการหรือกิ่งราชการอื่นใด ทำให้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บุคคลใดที่ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อความที่ยังเป็น

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>205</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 231 “เมื่อคู่ความหรือผู้ใดจะต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) เอกสารหรือข้อความที่ยังเป็นความลับในราชการอยู่
- (2) เอกสารหรือความลับที่ได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา
- (3) วิธีการ แบบแผน หรืองานอย่างอื่นซึ่งกฎหมายคุ้มครองไม่ยอมให้เปิดเผย

คู่ความหรือบุคคลนั้นมิอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐาน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น

ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดไม่ยอมให้การ หรือไม่ส่งพยานหลักฐานดังกล่าวมาแล้ว ศาลมีอำนาจหมายเรียกเจ้าหน้าที่หรือบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับความลับนั้นมาแถลงต่อศาล เพื่อวินิจฉัยว่าการไม่ยอมนั้นมีเหตุผลค่าจุนหรือไม่ ถ้าเห็นว่าไร้เหตุให้ศาลบังคับให้ให้การหรือส่งพยานหลักฐานนั้น”

<sup>206</sup> อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 194, หน้า 277.

<sup>207</sup> อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 188, หน้า 363.

<sup>208</sup> อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 188, หน้า 363.

ความลับในทางราชการอยู่ ไม่ว่าจะโดยในฐานะใดจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นผู้มีหน้าที่ทางราชการ หรือทั้งราชการก็ได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครอง จึงทำให้เกิดความแตกต่าง เช่น หนังสือราชการซึ่งมีข้อความ อันเป็นความลับ ซึ่งบุคคลภายนอกที่ไม่ได้มีหน้าที่ทางราชการ ในคดีอาญาศอบุคคลภายนอกสามารถอ้าง เอกสิทธิ์ไม่เปิดเผยความลับได้ กลับกันในคดีแพ่งบุคคลภายนอกกลับไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ ไม่เปิดเผยความลับได้<sup>209</sup>

(2) มาตรา 231 (2) ใช้ถ้อยคำว่า “เอกสารหรือข้อความลับที่ได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพ หรือหน้าที่ของเขา” ซึ่งก็คือความลับที่ได้มาในฐานะผู้มีวิชาชีพ มาตราที่มีความแตกต่างกับมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญามีได้จำกัดถึงฐานะของผู้ที่ได้มาซึ่งความลับประเภทนี้ กล่าวคือเป็นผู้มีวิชาชีพ ใด ๆ ซึ่งเป็นลักษณะกว้าง ๆ แตกต่างจากมาตรา 92 (2) ที่กำหนดว่า “ในฐานะที่ตนเป็นทนายความ” ทำให้ในส่วนคดีแพ่งจึงมีขอบเขตแคบกว่าในคดีอาญา ซึ่งจำกัดให้ผู้ที่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้ในคดี แพ่งเฉพาะแต่ผู้มีวิชาชีพทนายความเท่านั้น เพราะกฎหมายมุ่งหวังให้คู่ความในคดีเกิดความไว้วางใจ ต่อทนายความและกล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงให้ทนายความรับรู้อย่างรอบด้านและตรงประเด็น เพื่อ ประโยชน์ต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี<sup>210</sup> ด้วยความที่บทบัญญัติมาตรา 231 (2) แห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง จึงทำให้เอกสิทธิ์ไม่เปิดเผยความลับสามารถ ตีความให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบการวิชาชีพอื่น ๆ ได้ด้วย เช่น แพทย์ ครู วิศวกร นักสังคมสงเคราะห์ หรือแม้แต่ผู้ใกล้ชิด อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนีรับรองเอกสิทธิ์ให้แก่ บุคคลบางวิชาชีพที่ทำงานโดยได้รับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับที่มีเอกสิทธิ์ไม่ให้เกิดการเป็นพยานได้ ดังที่ ได้ศึกษากันเบื้องต้นแล้วในหัวข้อ 2.6.5 แต่สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับในเรื่องนี้<sup>211</sup>

(3) มาตรา 231 (3) ใช้ถ้อยคำว่า “วิธีการ แบบแผน หรืองานอย่างอื่นซึ่งกฎหมายคุ้มครองไม่ ยอมให้เปิดเผย” ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งใช้คำว่า การประดิษฐ์ แบบ หรือการงานอื่น ๆ แต่ถ้าพิจารณาจากทั้งมาตรา 92 (3) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 231 (3) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็จะเข้าใจได้ว่าความลับที่ได้รับ เอกสิทธิ์ไม่เปิดเผยความลับได้ เกี่ยวกับการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ซึ่งจะเป็นเรื่องสิทธิบัตร<sup>212</sup>

ในเวลาต่อมาศาลฎีกาเคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นการนำเอาข้อเท็จจริงจากการใกล้ชิด ข้อพิพาทมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ปรากฏตามคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 9653/2557 ซึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยก่อนมีการประกาศใช้

<sup>209</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 363 - 364.

<sup>210</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 366 - 367.

<sup>211</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 368.

<sup>212</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 188, หน้า 369.

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยในประเด็นการนำข้อเท็จจริงที่ได้ความจากการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความนำมาใช้พิจารณาของศาลได้หรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยและวางหลักไว้ว่า “ข้อเท็จจริงที่ได้ความจากการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความจะนำมาพิจารณาในชั้นพิจารณาของศาลได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของข้อเท็จจริงแต่ละราย หากข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่องที่คู่ความประสงค์จะให้ป็นข้อพิจารณาโดยแท้ในชั้นไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นกระบวนการที่อาศัยความจริงใจของคู่กรณีที่ทำเลยแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจที่จะหาทางระงับข้อพิพาทด้วยการตกลงกัน ข้อมูลบางอย่างอาจเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูล ข้อมูลเช่นนี้ก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังได้ มิฉะนั้นจะเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อระบบการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทที่ต่อไปคู่กรณีอาจไม่เปิดเผยข้อมูลแก่กันเพื่อหาทางระงับคดี แต่ข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดที่ไม่ว่าจะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในชั้นไกล่เกลี่ยกันหรือไม่ ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีอยู่แล้วก็ดี หรือข้อมูลใดคู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา เมื่อการไกล่เกลี่ยไม่อาจตกลงกันได้ก็ดี ศาลย่อมรับฟังข้อเท็จจริงนั้นได้”<sup>213</sup> จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า “ข้อเท็จจริงที่ได้จากการ

<sup>213</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557

โจทก์ฟ้องและแก้ไขฟ้องขอให้พิพากษาว่า เด็กหญิง ภ. ผู้เยาว์ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของจำเลย ให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์เป็นรายเดือน เดือนละ 20,000 บาท นับแต่วันฟ้องเป็นต้นไปจนกว่าผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะหรือจบการศึกษาชั้นสูงสุด

จำเลยให้การขอให้ยกฟ้อง

ระหว่างพิจารณา คู่ความทั้งสองฝ่ายยินยอมให้มีการตรวจสอบพินัยกรรมหรือดีเอ็นเอพิสูจน์ความเป็นบิดาและบุตรระหว่างจำเลยกับผู้เยาว์ และจำเลยยอมรับผลการตรวจสอบพินัยกรรมว่าผู้เยาว์เป็นบุตรจำเลย

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า เด็กหญิง ภ. ผู้เยาว์ เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยที่เกิดกับโจทก์ ให้จำเลยชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์เดือนละ 6,000 บาท นับถัดจากวันฟ้อง (ฟ้องวันที่ 19 เมษายน 2555) เป็นต้นไปจนกว่าผู้เยาว์จะสำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรี แต่ถ้าพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปยอมไม่ตัดสินใจให้ความที่ขอให้สั่งแก้ไขในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/39 วรรคหนึ่ง ค่าฤชาธรรมเนียมให้เป็นพับ

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 1 แผนกคดีเยาวชนและครอบครัวพิพากษาแก้เป็นว่า ให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิง ภ. ผู้เยาว์ เดือนละ 4,000 บาท นับจากวันที่คำพิพากษาถึงที่สุดเป็นต้นไป จนกว่าผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะ นอกจากที่แก้ไขเป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นอุทธรณ์ให้เป็นพับ

จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงรับฟังได้ในเบื้องต้นว่า เดิมโจทก์จำเลยทำงานเป็นพนักงานขายอยู่ที่บริษัทชาก้าเจมส์ จำกัด ด้วยกัน รู้จักใคร่กัน ต่อมาได้อยู่กับกันฉันสามีภริยา ต่อมาหลังจากโจทก์ตั้งครุภักดิ์ โจทก์จำเลยเลิกอยู่กับกัน โจทก์คลอดเด็กหญิง ภ. เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2555 จากผลการตรวจสอบพินัยกรรมหรือดีเอ็นเอ ไม่พบข้อขัดแย้งความเป็นบิดามารดาและบุตรปรากฏตามหนังสือแจ้งผลการตรวจสอบพินัยกรรม โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ ลงวันที่ 28 สิงหาคม 2555

คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยเพียงว่า การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 1 กำหนดให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ เดือนละ 4,000 บาท เหมาะสมหรือไม่ โดยจำเลยอ้างว่า จำเลยมีรายได้น้อย แม้ในชั้นไกล่เกลี่ยจำเลยจะเคยเสนอให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูเดือนละ 3,000 บาท ก็เป็นเพียงข้อเสนอเบื้องต้นซึ่งโจทก์มิได้ตกลงด้วยเท่านั้น เห็นว่า ข้อเท็จจริงที่ได้ความจากการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความจะนำมาพิจารณาในชั้นพิจารณาของศาลได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของข้อเท็จจริงแต่

ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความ หากเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์ให้เป็นข้อที่นำมาใช้ในชั้นไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะ ก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ เพราะกระบวนการไกล่เกลี่ยอาศัยความจริงใจระหว่างคู่กรณีพิพาทเป็นสำคัญ เนื่องจากต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันเพื่อหาทางยุติข้อพิพาทระหว่างกัน ดังนั้น หากข้อมูลข้อเท็จจริงบางอย่างเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูลแล้ว หากนำมาใช้ก็อาจเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีที่ต่อไปในอนาคตแต่ละฝ่ายต่างอาจไม่เปิดเผยข้อมูลของตนเองให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายเพื่อหาทางระงับข้อพิพาท เว้นแต่ข้อมูลข้อเท็จจริงใดที่ไม่ว่าจะมีการเปิดเผยแลกเปลี่ยนกันในชั้นไกล่เกลี่ย ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีพิพาทอยู่แล้ว หรือเป็นข้อมูลที่คู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา ศาลก็ย่อมรับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นได้”

ต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง ตามมาตรา 32 ซึ่งมีหลักว่าบุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>214</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดให้ความสำคัญแก่

ละรายไป หากข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่องที่คู่ความประสงค์จะให้พิจารณาโดยแท้ในชั้นไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นกระบวนการที่อาศัยความจริงใจของคู่กรณีที่จำเลยแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจที่จะหาทางระงับข้อพิพาทด้วยการตกลงกัน ข้อมูลบางอย่างอาจเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูล ข้อมูลเช่นนี้ก็ไม่ว่าจะนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังได้ มิฉะนั้นก็จะเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทที่ต่อไปคู่กรณีไม่อาจเปิดเผยข้อมูลแก่กันเพื่อหาทางระงับคดี แต่สำหรับข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดที่ไม่ว่าจะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในชั้นไกล่เกลี่ยกันหรือไม่ ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีอยู่แล้วก็ดี หรือข้อมูลใดคู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา เมื่อการไกล่เกลี่ยแต่ไม่อาจตกลงกันได้ก็ดี ศาลย่อมรับฟังข้อเท็จจริงนั้นได้ เมื่อจำเลยเสนอขอให้ศาลอุปการะเลี้ยงดูบุตรในชั้นไกล่เกลี่ยว่าจำเลยจะเสนอให้เดือนละ 3,000 บาท แต่ตกลงกันไม่ได้ ต่อมาจำเลยแถลงต่อศาลปรากฏตามรายงานกระบวนการพิจารณาลงวันที่ 13 มีนาคม 2556 ว่า ในชั้นไกล่เกลี่ยจำเลยยินดีให้ศาลอุปการะเลี้ยงดูบุตรเดือนละ 3,000 บาท อันเป็นกรณีที่โจทก์จำเลยแถลงต่อศาลแทนการสืบพยานบุคคล แล้วโจทก์จำเลยแถลงหมดพยานเช่นนี้ เป็นเรื่องที่คู่ความแถลงรับข้อเท็จจริงแทนการสืบพยานบุคคล ข้อเท็จจริงที่จำเลยแถลงว่ายินดีให้ศาลอุปการะเลี้ยงดูบุตรเดือนละ 3,000 บาท จึงรับฟังได้ในฐานะเป็นจำนวนเงินเบื้องต้นที่จะให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่บุตรของโจทก์จำเลยต่อไป และเมื่อคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน ประกอบกับพฤติการณ์เกี่ยวกับทางทำมาหาได้ของจำเลย ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 1 กำหนดให้จำเลยชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูเดือนละ 4,000 บาท จึงเหมาะสมแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลฎีกาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไข ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น

พิพากษายืน ค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นฎีกาให้เป็นพับ

(นพพร โพธิ์รังสิยากร-พฤษภา พนมยันตร์-ชัยยุทธ ศรีจำนงค์)

<sup>214</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว โดยจะไม่มีใครที่เข้าไม่กระทำการอันเป็นการรบกวนขัดสิทธิความเป็นส่วนตัวได้ เว้นเสียแต่ว่าจะมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจกระทำได้ แต่การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวมีขอบเขตว่าต้องเป็นการกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์แก่สาธารณะ เพราะฉะนั้นสิทธิความเป็นส่วนตัวจึงเป็นเรื่องสำคัญที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง เว้นเสียแต่เป็นกรณีจำเป็นที่ต้องกระทำเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกรณีดังกล่าวหมายถึงเมื่อใช้ดุลยพินิจซึ่งน้ำหนักเหตุผลในการคุ้มครองแล้ว สาธารณะสมควรได้รับการคุ้มครองเสียยิ่งกว่าประโยชน์ของเอกชนส่วนตน แต่การจำเป็นต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ถูกจำกัดให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และเมื่อมีกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของไทยโดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 กล่าวถึงประเด็นว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมาตรา 11 วางหลักว่า ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดแนวทางและจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) ช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และเสนอแนะคู่กรณีในการหาแนวทางยุติข้อพิพาท
- (3) ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความเป็นกลาง
- (4) จัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำการตามหน้าที่โดยสุจริต ย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา

มาตรา 12 วางหลักว่าผู้ไกล่เกลี่ยต้องถือปฏิบัติตามจรรยาบรรณ ดังต่อไปนี้

- (1) ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง อิศระ ยุติธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ
- (2) เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททุกครั้ง ในกรณีที่ไม้อาจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ต้องแจ้งเหตุผลและความจำเป็นล่วงหน้าให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททราบ
- (3) ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรวดเร็ว ไม่ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทล่าช้าเกินสมควร
- (4) ซื่อสัตย์สุจริต และไม่เรียกรับหรือรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากคู่กรณีหรือบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท
- (5) ปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสุภาพ
- (6) รักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (7) ไม่กระทำการในลักษณะเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทหรือบีบบังคับให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดลงลายมือชื่อในข้อตกลงระงับข้อพิพาท

(8) กรณีอื่นตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนดในกฎกระทรวง

และมาตรา 29 วางหลักว่า ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังต่อไปนี้ เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

- (1) ความประสงค์หรือความสมัครใจของคู่กรณีในการขอเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่กรณี
- (3) การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (4) ข้อเสนอใด ๆ ที่เสนอโดยผู้ไกล่เกลี่ย
- (5) ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความสมัครใจที่จะยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (6) เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้หรือใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะ

ทั้งนี้ พยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใดที่มีอยู่และนำเสนอได้ก่อนแล้วในกระบวนการพิจารณาของศาล กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่งด้วยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำไปใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การยกย่องบทบัญญัติมาตรา 12 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 พบว่าเมื่อคณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ให้แก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ และสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้เห็นชอบในหลักการของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว จนนำมาสู่การแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... คณะกรรมการวิสามัญฯ ดังกล่าวจึงได้มีการพิจารณา อภิปรายและหารือกันเกี่ยวกับการยกย่องของบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 12 แต่เดิมในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญฯ ได้กล่าวไว้ในร่างบทบัญญัติมาตรา 11 โดยคณะกรรมการวิสามัญฯ มิได้มีการแก้ไขในเนื้อหาที่คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างไว้ แต่คณะกรรมการวิสามัญฯ ได้มีประเด็นซักถามว่าตัวอย่างของการบัญญัติประเด็นจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยตามร่างดังกล่าวนำมาจากที่ใด กรรมการวิสามัญฯ ซึ่งเป็นผู้แทนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ชี้แจงว่า การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยต้องดำเนินการตามหลักจริยธรรมนั้น นำแนวคิดมาจากประมวลจริยธรรมผู้ประนีประนอมของสำนักงานศาลยุติธรรม และคณะกรรมการวิสามัญฯ มีความคิดเห็นว่ามีกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ทางจริยธรรมในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยแล้ว จะมีการกำหนดโทษในเรื่องการรักษาความลับไว้หรือไม่<sup>215</sup>

ประมวลจริยธรรมผู้ประนีประนอมของสำนักงานศาลยุติธรรม หมวดที่ 3 จริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ ส่วนที่ 4 การรักษาความลับ ข้อ 10 ได้ถูกนำมาใช้เป็นแบบอย่างของการยกย่องบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย กำหนดให้ผู้ประนีประนอมต้องมีหน้าที่เก็บรักษาบรรดาข้อเท็จจริง ข้อมูลที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย และที่ได้รับรู้มาในฐานะที่ตนเป็นผู้ประนีประนอมให้เป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาท (คู่ความในคดีของศาล) มีการตกลงให้แตกต่าง

<sup>215</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 4, หน้า 6 - 7.

หรือมีกฎหมายกำหนดบังคับให้ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลนั้น หรือเป็นกรณีเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการตามหรือบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความ<sup>216</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้ประนีประนอมของศาลยุติธรรมมีหน้าที่เก็บรักษาบรรดาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ตนได้รับมา โดยฐานะทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมให้ความลับ ยกเว้นเป็นกรณี ได้แก่ คู่ความในคดีซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นให้เปิดเผยได้ หรือเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่รับมาดังกล่าวต้องเปิดเผยตามที่กฎหมายกำหนด หรือเปิดเผยเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความ เช่น กรณีมีความจำเป็นต้องมีการตีความนัยยะของข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นต้น การกำหนดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีพิพาทสามารถหาหรือระหว่างกันและเกิดการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่ การกำหนดให้มีหน้าที่ในการรักษาความลับ เพื่อไม่ให้เกิดความหวาดระแวงว่าหากเจ้าของข้อเท็จจริงหรือข้อมูลได้เปิดเผยส่วนของตนเองไปแล้ว จะส่งผลร้ายแก่ตนเองเมื่อมีการดำเนินกระบวนการพิจารณา คดี หรือส่งผลเสียต่อชื่อเสียง ทางทำมาค้าขาย การประกอบธุรกิจหรือกิจการงาน หรือเรื่องอื่น ๆ ผู้ประนีประนอมจึงมีหน้าที่ในการรักษาความลับ<sup>217</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับไกล่เกลี่ยก็กำหนดให้เป็นความลับด้วยเช่นกัน โดยให้ครอบคลุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการโดยองค์คณะผู้พิพากษาหรือโดยผู้ประนีประนอมที่ศาลแต่งตั้งขึ้น และมีการกำหนดกลไกเพื่อให้การรักษาความลับบรรลุผลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งการกำหนดให้ผู้ประนีประนอมอาจอนุญาตให้เฉพาะตัวความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่าย รวมถึงตัวแทน ทนายความ ที่ปรึกษาของคู่ความหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ร่วมในการประชุมการไกล่เกลี่ย ตามข้อ 29 ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554<sup>218</sup> กำหนดหน้าที่ของผู้ประนีประนอมในการห้ามมิให้เปิดเผยข้อมูลใด ๆ ที่คู่ความได้ให้ไว้โดยห้ามมิให้เปิดเผย ตามข้อ 30<sup>219</sup> กำหนดรูปแบบของการไกล่เกลี่ยโดย

<sup>216</sup> ประมวลจริยธรรมผู้ประนีประนอม สำนักงานศาลยุติธรรม

ข้อ 10 ผู้ประนีประนอมจักต้องเก็บรักษาบรรดาข้อมูลหรือข้อเท็จจริง ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือที่ตนได้รู้เห็นมาอันเนื่องจากการทำหน้าที่ผู้ประนีประนอมไว้เป็นความลับ เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น เป็นกรณีที่ ต้องเปิดเผยตามที่กฎหมายกำหนด หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

<sup>217</sup> สำนักเรขงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, ประมวลจริยธรรมผู้ประนีประนอม (กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2555), หน้า 33 - 34.

<sup>218</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อ 29 เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ย ผู้ประนีประนอมอาจอนุญาตให้เฉพาะแต่ตัวความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายอยู่ในการประชุมไกล่เกลี่ยก็ได้ ทั้งนี้ผู้ประนีประนอมต้องแจ้งถึงการดำเนินการไกล่เกลี่ยนั้นให้คู่ความฝ่ายที่มีได้เข้าร่วมทราบด้วยความในวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับแก่ตัวแทน ทนายความ ที่ปรึกษาของคู่ความหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ผู้ประนีประนอมอนุญาตให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย

<sup>219</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อ 30 เมื่อผู้ประนีประนอมได้รับข้อมูลอันเกี่ยวกับข้อพิพาทจากคู่ความฝ่ายหนึ่ง ผู้ประนีประนอมอาจเปิดเผยสาระของข้อมูลนั้นให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เว้นแต่ข้อมูลที่คู่ความได้ให้ไว้โดยห้ามมิให้เปิดเผย

ห้ามมิให้มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันให้บันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยทั้งหมดหรือบางส่วนโดยคู่ความเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย ตามข้อ 31<sup>220</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นถึงกลไกที่ยังเหตุที่ส่งผลให้ความลับที่มีการกล่าวถึงในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยถูกเปิดเผยด้วยการกำหนดไม่ให้มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ เว้นแต่คู่ความจะได้ตกลงกัน ซึ่งหากมีการบันทึกรายละเอียดแล้ว ก็ย่อมส่งผลทำให้เกิดหน้าที่ในการรักษาข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยไว้ให้เป็นความลับ เว้นแต่เป็นกรณีที่คู่ความตกลงไว้เป็นอย่างอื่น หรือเป็นการใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ตามข้อ 37<sup>221</sup> แต่มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีการกำหนดข้อยกเว้นที่แคบกว่าที่กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมของผู้ประนีประนอม สำนักงานศาลยุติธรรม กล่าวคือไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่ต้องเปิดเผยไว้ตามที่กฎหมายกำหนด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 29 แล้ว พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้นำมาจากข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ข้อ 38 มาบัญญัติไว้เป็นมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 โดยบทบัญญัติดังกล่าววางหลักไว้ โดยห้ามมิให้คู่ความที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ผู้ประนีประนอม บุคคลภายนอก หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับไกล่เกลี่ย นำเอาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเป็นความลับ 6 ประเภท ได้แก่ ความประสงค์หรือความเต็มใจของคู่ความที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางวิธีการระงับข้อพิพาทของคู่ความ การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่ความในกระบวนการไกล่เกลี่ย ข้อเสนอที่สร้างขึ้นโดยผู้ประนีประนอม ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความเต็มใจในการยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ย และเอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อใช้ในการไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะ ไปอ้างหรือใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อนำสืบในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือเพื่อดำเนินการอื่นใด เว้นแต่ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลดังกล่าวเป็นสิ่งที่สามารถนำสืบได้อยู่แล้ว<sup>222</sup> นอกจากนี้

<sup>220</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อ 31 กระบวนการไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการเป็นการลับ และไม่ให้มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันให้บันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยทั้งหมดหรือแต่บางส่วนโดยคู่ความเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายก็ได้

<sup>221</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อ 37 ในกรณีที่คู่ความมิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ให้รักษาข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นความลับ เว้นแต่เป็นการใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

<sup>222</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อ 38 ห้ามมิให้คู่ความที่เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ย ผู้ประนีประนอม หรือบุคคลภายนอก รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย นำความลับไปอ้างอิง หรือนำสืบเป็นพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาของศาล หรือเพื่อดำเนินการอื่นใด ไม่ว่าจะนำไปใช้ในรูปแบบใด เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) ความประสงค์หรือความเต็มใจของคู่ความในการขอเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ย
- (2) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการในการระงับข้อพิพาทของคู่ความในการไกล่เกลี่ย



ยังมีข้อยกเว้นที่ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 กำหนดไว้ในข้อ 39 วางหลักว่า การขอให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือมีหมายเรียกให้บุคคลใดมาเปิดเผยความลับ หรือเป็นพยานหลักฐานตามที่กำหนดไว้ในข้อ 38 วรรคหนึ่ง จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่เป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ<sup>223</sup> และเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation article 11 วางหลักไว้ว่า คู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย บุคคลที่สาม รวมไปถึงบุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย จะต้องไม่เข้าร่วมอยู่ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ตุลาการ หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน เพื่อให้การในฐานะพยาน หรือเปิดเผยข้อเท็จจริงในกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในกรณีดังต่อไปนี้

(a) คำเชิญจากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หรือมีข้อเท็จจริงว่า คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความเต็มใจเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ย

(b) ข้อเสนอแนะหรือความคิดเห็นที่ทำโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่เป็นไปได้

(c) คำแถลงหรือคำเสนอจากคู่กรณีพิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ย

(d) ข้อเสนอที่จัดทำโดยผู้ไกล่เกลี่ย

(e) ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งได้ยอมรับข้อเสนอเพื่อระงับข้อพิพาทที่จัดทำโดยผู้ไกล่เกลี่ยด้วยความเต็มใจ

(f) เอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการไกล่เกลี่ย

คณะอนุญาโตตุลาการ ตุลาการ หรือหน่วยงานรัฐอื่น ๆ ไม่มีอำนาจสั่งการให้เปิดเผยข้อเท็จจริงตามเหตุดังกล่าวได้ และหากข้อเท็จจริงถูกเปิดเผยโดยฝ่าฝืนตามเหตุต้องห้ามแล้ว ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานมิได้ แต่ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยอาจถูกเปิดเผย หรือยอมรับฟังเป็น

CHULALONGKORN UNIVERSITY

(3) การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่ความในการไกล่เกลี่ย

(4) ข้อเสนอใด ๆ ที่เสนอโดยผู้ประนีประนอม

(5) ข้อเท็จจริงที่ได้แสดงให้เห็นถึงความเต็มใจที่จะยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ย

(6) เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้หรือใช้ในการไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะ

อนึ่ง พยานหลักฐานใดที่ใช้ในการไกล่เกลี่ย หากเป็นพยานหลักฐานที่นำสืบได้อยู่แล้วในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาของศาล หรือเพื่อดำเนินการอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามความในวรรคหนึ่ง

<sup>223</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อ 39 การขอให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือมีหมายเรียกให้บุคคลใดมาเปิดเผยความลับ หรือพยานหลักฐานที่กำหนดไว้ในข้อ 38 วรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

พยานหลักฐานได้ ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีหรือบังคับใช้เพื่อยุติคดี<sup>224</sup>

สังเกตได้ว่าเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบจากบทบัญญัติทั้งสองดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกันอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยกเหตุที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่กฎหมายกำหนดต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงจากเหตุดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของชั้นอนุญาโตตุลาการ ศาล หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ข้างต้น จึงมีข้อสังเกตว่า หากมีประเด็นว่าจำเป็นที่จะต้องใช้ข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็น

<sup>224</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) Article 11. Admissibility of evidence in other proceedings

1. A party to the mediation proceedings, the mediator and any third person, including those involved in the administration of the mediation proceedings, shall not in arbitral, judicial or similar proceedings rely on, introduce as evidence or give testimony or evidence regarding any of the following:

(a) An invitation by a party to engage in mediation proceedings or the fact that a party was willing to participate in mediation proceedings;

(b) Views expressed or suggestions made by a party in the mediation in respect of a possible settlement of the dispute;

(c) Statements or admissions made by a party in the course of the mediation proceedings;

(d) Proposals made by the mediator;

(e) The fact that a party had indicated its willingness to accept a proposal for settlement made by the mediator;

(f) A document prepared solely for purposes of the mediation proceedings.

2. Paragraph 1 of this article applies irrespective of the form of the information or evidence referred to therein.

3. The disclosure of the information referred to in paragraph 1 of this article shall not be ordered by an arbitral tribunal, court or other competent governmental authority and, if such information is offered as evidence in contravention of paragraph 1 of this article, that evidence shall be treated as inadmissible. Nevertheless, such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.

4. The provisions of paragraphs 1, 2 and 3 of this article apply whether or not the arbitral, judicial or similar proceedings relate to the dispute that is or was the subject matter of the mediation proceedings.

5. Subject to the limitations of paragraph 1 of this article, evidence that is otherwise admissible in arbitral or judicial or similar proceedings does not become inadmissible as a consequence of having been used in a mediation.

พยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจะทำได้หรือไม่ ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยหรือแนวทางที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นดังกล่าว และบทบัญญัติดังกล่าวรวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลเท่าที่ปรากฏยังไม่มีกรณีความบทยุติที่ครอบคลุมกรณีจำเป็นที่จะต้องใช้ข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตามในประเด็นเรื่องเหตุยกเว้นการรับฟังพยานหลักฐานของต่างประเทศ แต่ละคดียังคงมีแนวทางการพิจารณาที่แตกต่างกันที่ว่า หากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม กรณีดังกล่าวจะเป็นเหตุยกเว้นให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กำหนดเงื่อนไขการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทไว้ ตามมาตรา 32<sup>225</sup> โดยเมื่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทแล้ว แต่ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่เรียกร้องอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลยุติธรรมที่มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในเขตศาล หรือศาลยุติธรรมที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่ได้มีการไกล่เกลี่ย เพื่อบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ โดยเสียค่าขึ้นศาลในอัตราเดียวกันกับคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ กล่าวคือ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กำหนดประเภทของข้อพิพาททางแพ่งที่บังคับใช้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้ โดยมีทุนทรัพย์ไม่เกิน 5,000,000 บาท หรือจำนวนที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา<sup>226</sup>

<sup>225</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

มาตรา 32 เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้

การร้องขอตามวรรคหนึ่งต้องกระทำภายในสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ถ้าไม่ได้รับรองขอภายในกำหนดดังกล่าว ให้มูลหนี้ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเป็นอันระงับไป

การร้องขอตามวรรคหนึ่งให้ยื่นต่อศาลยุติธรรมที่มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในเขตศาลนั้น หรือศาลยุติธรรมที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้มีการไกล่เกลี่ยนั้น และให้เสียค่าขึ้นศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในอัตราเดียวกับคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ

<sup>226</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

มาตรา 20 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าเกี่ยวข้องกับสิทธิแห่งสภาพบุคคล สิทธิในครอบครัว หรือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ไม่สามารถกระทำได้

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งให้กระทำได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

- (1) ข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์
- (2) ข้อพิพาทระหว่างทายาทเกี่ยวกับทรัพย์มรดก
- (3) ข้อพิพาทอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

กรณีดังกล่าว ตามตาราง 1 ค่าธรรมเนียมศาล (ค่าขึ้นศาล) ทำยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้เสียในอัตราร้อยละ 0.5 ของจำนวนที่ร้องขอให้ศาลบังคับ แต่ไม่เกิน 50,000 บาท.<sup>227</sup> ทั้งนี้ การยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมจะต้องกระทำภายใน 3 ปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ หากไม่ได้ร้องขอตามกำหนดดังกล่าว ให้มูลหนี้ตามข้อตกลงนั้นเป็นอันระงับ และกำหนดให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท.<sup>228</sup> เว้นแต่ความปรากฏแก่ศาลหรือคู่กรณีที่ต้องถูกบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ ตามกรณี 4 ประการ ดังนี้<sup>229</sup>

(1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท ความบกพร่องดังกล่าว ได้แก่ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ บุคคลที่ศาลมีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ บุคคลที่ศาลมีคำสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ ผู้วิกลจริตที่ได้กระทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในขณะจรตวิกล บุคคลที่มีสถานะเป็นบุคคลล้มละลาย ซึ่งส่งผลทำให้เมื่อมีการทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยดังกล่าวแล้ว ข้อตกลงนั้นจะมีผลไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย

(4) ข้อพิพาทอื่นนอกจาก (1) (2) และ (3) ที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาท หรือไม่เกินจำนวนตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

<sup>227</sup> ตาราง 1 ค่าธรรมเนียมศาล (ค่าขึ้นศาล) ทำยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ลักษณะของคดี	ทุนทรัพย์	อัตรา
(1) คดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้	ไม่เกินห้าล้านบาท	ร้อยละ 0.5 ของจำนวนที่ร้องขอให้ศาลบังคับ แต่ไม่เกินห้าหมื่นบาท
(ข) คำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ หรือคำร้องขอเพิกถอน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ	ส่วนที่เกินห้าล้านบาทขึ้นไป	ร้อยละ 0.1

<sup>228</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

มาตรา 33 ให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท เว้นแต่ความปรากฏแก่ศาล หรือคู่กรณีซึ่งถูกบังคับตามข้อตกลงนั้นพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า

(1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท  
(2) มูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) ข้อตกลงระงับข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชิญ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ

(4) มีเหตุเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรา 24 ที่มีผลต่อการทำบันทึกข้อตกลงอย่างมีนัยสำคัญ ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งศาลตามวรรคหนึ่ง เว้นแต่

- (1) ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท
- (2) ศาลมีคำสั่งไม่เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท
- (3) ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

<sup>229</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, คู่มือปฏิบัติงานไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของเจ้าหน้าที่หน่วยงานภาครัฐ ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: 2562), หน้า 68 - 70.

(2) มูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งส่งผลทำให้ข้อตกลงไกล่เกลี่ยมีผลเป็นโมฆะ หลักในข้อนี้มาจากมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>230</sup> โดยจะพิจารณาเฉพาะประเด็นที่เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ย และประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นสำคัญอย่างมาก แต่คู่กรณีพิพาทที่ทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยกลับไม่ทราบมาก่อนว่า มูลเหตุนั้นเป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แล้วมาทราบภายหลังเมื่อเข้าสู่กระบวนการของศาลแล้ว<sup>231</sup>

(3) ข้อตกลงระงับข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ เพราะถือว่าการแสดงเจตนาทำข้อตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นโดยเจตนาบกพร่อง ส่งผลทำให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นโมฆียะ และถ้าหากมีการคัดค้านข้อตกลงดังกล่าว จะส่งผลทำให้เป็นการบอกล้างข้อตกลง แล้วทำให้ข้อตกลงไกล่เกลี่ยมีผลเป็นโมฆะ ศาลย่อมไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงดังกล่าวได้ และทำให้การบรรลุผลในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นอันสูญเปล่าไป

(4) มีเหตุเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรา 24 ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงอันอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ย หรือเป็นการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่มีผลต่อการทำบันทึกข้อตกลงอย่างมีนัยสำคัญ

กรณีดังกล่าว เมื่อคู่กรณีได้ร้องขอต่อศาลแล้ว ศาลมีหน้าที่ตรวจคำร้อง หากศาลเห็นชอบให้รับคำร้องดังกล่าว ศาลจะดำเนินการไต่สวนคำร้อง แล้วสั่งให้คู่กรณีอีกฝ่ายยื่นคำคัดค้านมาภายในเวลาที่กำหนด เมื่อคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวได้ยื่นคำคัดค้านมาแล้ว ก็จะมีการสืบพยานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเป็นไปตามคำร้องหรือไม่ แล้วศาลจะมีคำสั่งชี้ขาดต่อไป อย่างไรก็ตามในการอธิบายของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ได้มีคำอธิบายว่า การเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายดำเนินการตามหน้าที่ในการปฏิบัติตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีฝ่ายผู้ร้องนั้นมีภาระในการพิสูจน์ โดยนำคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ย หรือนายทะเบียนมานำสืบต่อศาลว่า มีข้อพิพาทเกิดขึ้นและคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย และดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยตามขั้นตอนของกฎหมายกำหนด ส่วนคู่กรณีฝ่ายผู้คัดค้านก็ต้องนำสืบหักล้างพยานหลักฐานของฝ่ายผู้ร้อง และนำสืบให้เห็นว่าศาลควรเชื่อตามข้อเท็จจริงของฝ่ายผู้คัดค้านอย่างไร<sup>232</sup>

<sup>230</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

<sup>231</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 8 (2561), หน้า 13.

<sup>232</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 229, หน้า 70.

นอกจากนี้ ประเด็นเรื่องความรับผิดทางแพ่งอันเกิดจากการไม่รักษาความลับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะโดยผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาท หรือบุคคลที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเทียบเคียงกับกรณีความรับผิดของอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 วางหลักว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย ดังนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกเหมือนกัน ยังมีการกำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีเงื่อนไขว่าเมื่อการกระทำของอนุญาโตตุลาการนั้นได้กระทำหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนก่อให้เกิดความเสียหายจนเป็นความรับผิดทางแพ่งขึ้น หลักการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดอย่างใด ๆ อันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่ อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการยังคงรับผิดอย่างจำกัด กล่าวคือโดยหลักเมื่อเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ย่อมได้รับความคุ้มครอง ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่มีการบัญญัติในลักษณะเดียวกันว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุทำให้รัฐเสียหาย โดยต่างกับความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เล็กน้อยที่ว่าการผิดตามมาตรา 420 ดังกล่าว บุคคลจะต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่ไม่ถึงขั้นร้ายแรง แต่ได้กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย แล้วทำให้เขาเสียหาย<sup>233</sup> ดังนั้น อนุญาโตตุลาการย่อมต้องรับผิดเมื่อได้กระทำให้เกิดความเสียหาย โดยอาศัยหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องละเมิดมาเป็นแนวทาง อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัญหาอยู่ว่าความรับผิดทางแพ่งดังกล่าว อาจตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดอันเกิดจากการกระทำของตนเองก็ได้ แม้จะเป็นการตกลงไม่ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำบกพร่องในหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะเมื่อผู้เสียหายได้ยินยอมด้วยความสมัครใจและรู้ว่าการยินยอมดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ตน และความยินยอมดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นนี้อนุญาโตตุลาการก็ได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้<sup>234</sup>

<sup>233</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 137 - 138.

<sup>234</sup> เฟิงอ้าง, หน้า 139

นอกจากนี้ มีข้อพิจารณาว่าในกรณีที่ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับที่ได้เปิดเผยในระหว่างการค้าเนินกระบวนกรไกล่เกลี่ย หากข้อเท็จจริงดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อมูลทางการค้า<sup>235</sup> ซึ่งยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ ข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นความลับทางการค้า (trade secrets) ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยบุคคลที่ถือว่าเป็นเจ้าของความลับทางการค้าตามกฎหมายดังกล่าว<sup>236</sup> มีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไปหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้านั้น โดยกำหนดเงื่อนไขอย่างใดเพื่อรักษาความลับทางการค้าไว้ก็ได้ ตามมาตรา 5 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ซึ่งหากเป็นการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้านั้น อันมีลักษณะเป็นการขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน โดยผู้กระทำนั้นต้องรู้หรือมีเหตุอันควรจะต้องรู้ว่าการกระทำของตนดังกล่าวเป็นการขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์เช่นว่านั้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในความลับตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เพราะฉะนั้น หากข้อเท็จจริงได้ความว่าข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในระหว่างการค้าเนินกระบวนกรไกล่เกลี่ยมีลักษณะเป็นความลับทางการค้า และบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยบุคคลหนึ่งบุคคลใด ได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าดังกล่าวพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 8 ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้า<sup>237</sup> ที่ถูก หรือกำลังจะถูกละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นการชั่วคราว และฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับ

<sup>235</sup> พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ข้อมูลการค้า” หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใดไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะจัดไว้ในรูปใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย

<sup>236</sup> พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าของความลับทางการค้า” หมายความว่า ผู้ค้นพบ คิดค้น รวบรวม หรือสร้างสรรค์ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้าโดยมิได้เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น หรือผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบหรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า และให้หมายความรวมถึงผู้รับโอนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

<sup>237</sup> พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ผู้ควบคุมความลับทางการค้า” หมายความว่า เจ้าของความลับทางการค้า และให้หมายความรวมถึงผู้ครอบครองควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้าด้วย

ทางการค้า และฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้ หรือก่อนจะใช้สิทธิต่อศาลตามมาตรา 8 ในมาตรา 9 กำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าดังกล่าวและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจตกลงกันเพื่อขอให้คณะกรรมการความลับทางการค้าทำการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้าให้ก็ได้

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 วางหลักให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทน ทั้งค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง รวมไปถึงให้อำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้กระทำละเมิดคืนผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการกระทำละเมิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้ หากไม่อาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวได้ ให้ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร และหากปรากฏหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ได้กระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถั่นแถ้ง เป็นเหตุทำให้สิ้นสภาพความเป็นความลับทางการค้า ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มจากค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงรวมผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการกระทำละเมิดที่ศาลได้มีคำสั่งกำหนดไว้ แต่จะต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว จะเห็นได้ว่าหากเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปิดเผยระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีลักษณะเข้าข่ายเป็นความลับทางการค้าแล้ว กฎหมายของประเทศไทยกล่าวคือพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้มีการกำหนดเป็นมาตรการรองรับเพื่อคุ้มครองข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ รวมถึงกำหนดมาตรการในเชิงเยียวยาและกำหนดเป็นความรับผิดชอบแก่ผู้กระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าไว้แล้ว

ในบทต่อไปจะได้ทำการศึกษากฎหมาย คำนวณ คำนวณ คำวินิจฉัย แนวทาง หรือความเห็นทางวิชาการของต่างประเทศว่า ในแต่ละประเทศมีวิธีคิดเกี่ยวกับกรณีการยกเว้นหลักต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน โดยเหตุเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และกรณีความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยต่อไปว่า แต่ละประเทศมีการกำหนดแนวทางสำหรับกรณีดังกล่าวไว้อย่างไร

## 2.8 บทสรุป

เมื่อได้ทำการศึกษาในบทนี้ เริ่มต้นด้วยการศึกษาเกี่ยวกับการจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาท พบว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกซึ่งมีหลากหลายรูปแบบที่สามารถนำมาปรับใช้ โดยพบว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการจัดการความขัดแย้งที่มีจุดเด่นที่มีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทได้ โดยที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายยังคงสามารถรักษาและยืนหยัดบนผลประโยชน์ที่มีพึงได้ของแต่ละฝ่าย แตกต่างจากกระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นที่ท้ายสุดจะต้องมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ได้ประโยชน์กลับกันอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเสียประโยชน์ จึงทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยมีความโดดเด่นและแตกต่างกับกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบ



อื่น นอกจากนี้การไกล่เกลี่ยยังเป็นที่นิยมในการถูกเลือกใช้สำหรับการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายน้อย สะดวก และทำให้ข้อพิพาทระงับยุติได้อย่างรวดเร็ว ด้วยเหตุนี้ จึงนิยมเลือกนำกระบวนการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตามหากจะทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในทุกขั้นตอนต้องปฏิบัติหน้าที่ให้ต้องตามวัตถุประสงค์ของการไกล่เกลี่ย กล่าวคือทำให้การระงับข้อพิพาทบรรลุผล ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต้องสอดคล้องกันกับหน้าที่อันพึงปฏิบัติของผู้ไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นหน้าที่สำคัญที่เป็นเงื่อนไขส่งผลให้การระงับข้อพิพาทบรรลุผลแล้ว ยังจะต้องเป็นสิ่งที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนับได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยเป็นหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยที่ต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด เพราะการรักษาความลับช่วยให้กระบวนการในการปรึกษาหารือ เจริญต่อรองระหว่างคู่กรณีพิพาทที่มีความเป็นส่วนตัว เสริมสร้างความปลอดภัยในการดำเนินกระบวนการเพื่อหาข้อยุติ เกิดความสะดวกแก่การแลกเปลี่ยนความเห็น เจริญต่อรองระหว่างกันได้อย่างตรงไปตรงมา การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยประกอบด้วย 2 ลักษณะ คือ การห้ามคู่กรณีพิพาทนำเอาข้อเท็จจริง ข้อมูล พยานหลักฐานไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี เมื่อคู่กรณีพิพาทไม่สามารถตกลงไกล่เกลี่ย ประยอมข้อพิพาทได้สำเร็จ และการไม่นำความลับที่ได้จากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้แก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือนำเอาข้อมูลไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อมูล การดำเนินการในสองลักษณะดังกล่าวสามารถจำแนกได้ผ่านรูปแบบการรักษาความลับ 3 รูปแบบ คือ การรักษาความลับโดยบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยต่อบุคคลภายนอก การรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง และการรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อศาล รูปแบบการรักษาความลับทั้งสามรูปแบบดังกล่าวสัมพันธ์กับองค์ประกอบที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย นำไปสู่การทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับยุติลง โดยหน้าที่ในการรักษาความลับได้นำมาปรับใช้กับกรณีการยกเว้นมิให้นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐาน เพื่อสนับสนุนให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยประสบผลสำเร็จด้วยการดำเนินกระบวนการอย่างเปิดเผย ตรงไปตรงมา และด้วยความจริงใจของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย เพื่อให้คู่กรณีพิพาทไม่เกิดความวิตกกังวลว่าเมื่อได้มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยอย่างเปิดเผยตรงไปตรงมาดังกล่าว จะส่งผลทำให้ข้อเท็จจริงที่ฝ่ายตนได้ทำการเปิดเผยจะถูกนำมาใช้ในทางที่เป็นโทษแก่ตนเอง และการห้ามผู้ไกล่เกลี่ยมาให้การเป็นพยานในคดี กล่าวคือ การห้ามเอาผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นผู้ที่รับรู้ถึงข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานบุคคลในคดี

อย่างไรก็ดี แม้โดยหลักแล้วบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใกล้เคียงมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียง แต่หลักการดังกล่าวอาจถูกยกเว้นได้ เนื่องจากถ้าขอบเขตของการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงกว้างขวางมากเกินไป ย่อมอาจเป็นช่องว่างที่อาจทำให้นำไปสู่การประทุพติในทางที่ไม่ชอบธรรมของผู้ใกล้เคียงได้ รวมไปถึงอาจใช้เป็นช่องทางเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงโดยไม่สุจริตและไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาท ดังนั้นจึงควรมีการวางหลักให้มีการยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียง เพื่อเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการใกล้เคียง ซึ่งอาจมีผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ รับผิดชอบต่อ โดยอาจเป็นคนจำนวนมาก ย่อมจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงมาใช้เพื่อเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ หากไม่สามารถนำมาใช้ได้ แล้ว บางกรณีอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทบต่อนโยบายสาธารณะก็ได้

ทั้งนี้ จะพบว่าปัจจุบันกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียง ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพระราชบัญญัติการใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 พบว่าหากมีกรณีเกิดขึ้นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจะทำได้หรือไม่ ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดในประเด็นดังกล่าวโดยตรง รวมไปถึงแนวทางการวินิจฉัยของศาลเท่าที่ปรากฏยังไม่มีการตีความบทบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึง จึงนำไปสู่การศึกษาต่อไปว่ากฎหมายแม่แบบที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายของต่างประเทศ ได้มีการแนวทางในการยกเว้นบทบัญญัติดังกล่าวไว้เป็นประการใด ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในบทถัดไป

### บทที่ 3

## การรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาท และการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาท ตามกฎหมายต่างประเทศ

### 3.1 ความนำ

เมื่อได้ทำการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาท และการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทแล้ว พบว่า ทั้งการกำหนดเหตุแห่งการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาท และการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาท ต่างมีที่มาจากเหตุผลเบื้องหลังด้วยวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความเป็นส่วนตัว (privacy) ความเป็นส่วนตัวนับได้ว่าเป็นสิทธิประการหนึ่งที่ปัจเจกบุคคลมีสิทธิที่ไม่ยอมให้ตนเองถูกเปิดเผยต่อสาธารณะ เท่าที่ไม่เกินกว่าหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายหรือนโยบายสาธารณะกำหนด<sup>238</sup> สิทธิความเป็นส่วนตัวมีความสัมพันธ์กับการดำเนินกระบวนการไต่ถาม โดย การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวจะกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถเข้ามาล่วงรู้ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ แต่บุคคลอื่นที่เป็นบุคคลที่สามซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไต่ถาม ต้องห้ามมิให้ล่วงรู้ถึงข้อเท็จจริงที่ประสงค์ให้รักษาไว้เป็นความลับ รวมถึงห้ามมิให้บุคคลดังกล่าวเข้ามามีส่วนร่วมกับการไต่ถามข้อพิพาท การกำหนดในลักษณะดังกล่าวจึงมุ่งหมายเพื่อให้แต่เพียงเฉพาะคู่กรณีพิพาท บุคคลที่จำเป็นต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการไต่ถามเท่านั้นที่จะสามารถรับรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้<sup>239</sup> เหมือนกับการสร้างเกราะป้องกันการคุกคามจากบุคคลภายนอกที่คู่กรณีพิพาทไม่ประสงค์ให้เข้ามารับรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ การรักษาความเป็นส่วนตัวจึงเป็นเหตุผลเบื้องหลังที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรักษาความลับ กล่าวคือ เป็นการสร้างหน้าที่ในการรักษาความลับที่เกิดขึ้นในกระบวนการไต่ถามมิให้ถูกเปิดเผยเป็นที่รับรู้แก่บุคคลที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไต่ถาม และกำหนดหน้าที่ในการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไต่ถามเพื่อนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินของศาลหรือโดยอนุญาโตตุลาการ รวมถึงห้ามเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินในฐานพยาน ความมุ่งหมายสำคัญเพื่อประโยชน์ในการรักษาชื่อเสียง เกียรติยศ ประโยชน์ทางด้านทรัพย์สินหรือประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท

สิทธิในความลับได้รับการยกย่องว่าเป็นเอกลักษณ์ของผู้เป็นประธานแห่งสิทธิ กล่าวคือเจ้าของข้อเท็จจริงที่ประสงค์ให้เป็นความลับสามารถกำหนดมิให้บุคคลอื่นใดที่ตนเองไม่ประสงค์ เข้ามาแทรกแซงก้าวล่วงในความเป็นส่วนตัว (private) ของบุคคลนั้น เนื่องจากความประสงค์ดังกล่าวมี

<sup>238</sup> *Holloman v. Life Ins. Co. of Virginia*, 192 S.C. 454, 7 S.E.2d 169, 171, 127 A.L.R. 110.

<sup>239</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 143.

ความสอดคล้องกันกับความประสงค์ของประธานแห่งสิทธิที่มีให้บุคคลอื่นใดเข้ามาครอบงำขัดสิทธิ ความเป็นส่วนตัวประการหนึ่ง ลักษณะเช่นนี้อาจเรียกว่าสิทธิของปัจเจกชน (individual right) และการป้องกันมิให้บุคคลอื่นใดเข้ามาครอบงำแทรกแซงความเป็นส่วนตัวนี้เอง ยังเป็นการดำรงรักษาไว้ซึ่ง การรักษาความสงบเรียบร้อย ความสงบสุข และความปลอดภัยของสังคม ลักษณะเช่นนี้เรียกว่าสิทธิ ในสังคม (social right)<sup>240</sup> ความสัมพันธ์กันกับสิทธิทั้งสองประการดังกล่าวนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิใน ความลับเป็นเอกสิทธิ์ที่เป็นการยอมรับว่าบุคคลอื่นใดหรือแม้กระทั่งรัฐก็มิอาจเข้ามาครอบงำขัดสิทธิ ดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม เราได้ทำการศึกษาในบทที่ 2 แล้วว่า แม้สิทธิในความลับจะได้รับการยกย่องว่า เป็นเอกสิทธิ์ที่บุคคลอื่นใดหรือแม้กระทั่งรัฐก็มิอาจเข้ามาครอบงำขัดสิทธิได้ แต่ก็ได้รับการยกเว้น เนื่องจากมีแนวคิดว่า หากขอบเขตของการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดมีขอบเขตที่กว้าง มากจนเกินไป จนกำหนดว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่มีการเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการใกล้ชิดย่อมเป็น ความลับเสียทั้งหมด อาจเป็นช่องว่างที่นำไปสู่การประพฤติโดยมิชอบของผู้ใกล้ชิด กล่าวคือนำไปสู่ การที่ผู้ใกล้ชิดไม่ประพฤติปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ของผู้ใกล้ชิด หรืออาจทำให้การพิสูจน์ความ จริงกรณีเกิดประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการใกล้ชิดโดยมิชอบ เช่น พบว่ามีกรณีที่เกิด การฉ้อโกงคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>241</sup> จึงสมควรกำหนดให้มีกลไกเพื่อประโยชน์ในการ ตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เหตุผลเบื้องหลังดังกล่าว คือ การดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์ ต่อสาธารณะ เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนรำคาญหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีพิพาท ซึ่งความ เดือดร้อนรำคาญดังกล่าวอาจกระทบต่อความสงบสุขของสังคมด้วย ในบางเรื่องก็จะมีการใช้ดุลยพินิจ เพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงไปใช้ประโยชน์เป็นพยานหลักฐานเทียบกับ คุณค่าของการรักษาความลับด้วย ดังที่ได้ศึกษาไปในเบื้องต้นแล้ว

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศอัน เป็นกฎหมายแม่แบบ และกฎหมายของต่างประเทศ รวมถึงการกำหนดภายในข้อตกลงระหว่าง ประเทศและในประมวลจริยธรรมของผู้ใกล้ชิดโดยองค์กรที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ที่มี ความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันกับการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการใกล้ชิด และการรักษา ความลับอันเกิดจากการใกล้ชิด

<sup>240</sup> อ่างแล้ว, เจริญธรรมที่ 9, หน้า 11 – 13.

<sup>241</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 142.

### 3.2 กฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้ำระหว่างประเทศ ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้ำระหว่างประเทศ หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation)

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้ำระหว่างประเทศ หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างแบบมาตรฐานเพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการค้ำระหว่างประเทศ ด้วยความมุ่งหมายในการพัฒนาและสร้างหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้ำระหว่างประเทศของแต่ละประเทศให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ส่งผลทำให้บรรดาผู้ประกอบการธุรกิจการค้ำระหว่างประเทศไม่ต้องพบกับอุปสรรคที่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างในเรื่องกฎหมายว่าด้วยการค้ำระหว่างประเทศ<sup>242</sup> เนื่องมาจากการค้ำระหว่างประเทศมีการพัฒนาความเจริญเติบโตมากขึ้น ส่งผลทำให้เกิดบรรดาข้อพิพาททางการค้ำระหว่างประเทศมากขึ้นตามลำดับ ทำให้คู่กรณีพิพาทมีความสนใจที่จะหาหนทางเพื่อขจัดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วที่สุดพร้อมทั้งเสียค่าใช้จ่ายให้น้อยที่สุด ทั้งสามารถรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่กรณีพิพาทได้ และสามารถรักษาความลับเพื่อมิให้ธุรกิจของฝ่ายตนเสียความน่าเชื่อถือ<sup>243</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ได้มีขึ้นในภายหลัง โดยเป็นการแก้ไขปรับปรุงมาจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาททางการค้ำระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002 หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) เมื่อ พ.ศ. 2561 (ค.ศ.2018) โดยมีการเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อตกลงการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศและการบังคับใช้ และมีการเปลี่ยนแปลงการใช้ถ้อยคำจาก conciliation หรือการประนอมข้อพิพาท เป็น mediation หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้สามารถปรับเข้ากับการใช้งานจริงได้มากขึ้น แต่กรอบความคิดหรือสาระสำคัญที่มาจาก UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปใน

<sup>242</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 135, หน้า 43.

<sup>243</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 122.

สาระสำคัญแต่อย่างใด<sup>244</sup> เพราะฉะนั้นในการอธิบายดังที่ได้กล่าวต่อไปอาจมีการใช้ถ้อยคำสลับไปมาระหว่างประนอมข้อพิพาทและไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่ขอให้เข้าใจว่าการใช้ทั้งสองคำดังกล่าวไม่ได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญตามการอธิบายของ UNCITRAL

อย่างไรก็ตามแม้ว่า UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation จะสร้างขึ้นเพื่อใช้สำหรับการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศโดยใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่องค์การสหประชาชาติ โดยคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีเจตนารมณ์ให้แต่ละประเทศอาจเลือกนำเอา UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ไปเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายภายในว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของแต่ละประเทศ โดยยึดถือจากหลักความสมัครใจ ดังนั้นคู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศสามารถตกลงเลือกได้ว่าจะบังคับให้นิติกรรมที่จัดทำขึ้นระหว่างกันให้อยู่ภายใต้บังคับของ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation หรือไม่ก็ได้<sup>245</sup> ทั้งนี้ คณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ให้ความเห็นว่าขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวควรใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางเลือกระหว่างประเทศ โดยประเทศต่าง ๆ อาจนำ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายภายในประเทศของตนเองเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายภายในของตนเองที่ได้มีการยกร่างไว้ก่อนแล้ว<sup>246</sup>

บทบัญญัติที่ปรากฏใน UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ปรากฏอยู่ในมาตรา 7 การติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาท (communication between conciliator and parties) มาตรา 8 การเปิดเผยข้อมูล (Disclosure of Information) มาตรา 9 การรักษาความลับ (confidentiality) และมาตรา 10 การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่น (admissibility of evidence in other proceeding) ซึ่งมีเนื้อหาสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

<sup>244</sup> United Nations Commission On International Trade Law, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018," [Online] Accessed: 3 July 2022. Available from: [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation)

<sup>245</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 135, หน้า 47.

<sup>246</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)", ed. United Nations Commission on International Trade Law(2001). para. 17

### 3.2.1 การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาอื่น

มาตรา 11 กำหนดว่า<sup>247</sup>

1. คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท บุคคลที่สาม รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะต้องไม่เป็น อนุญาโตตุลาการ ตุลาการ หรือเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกันนั้น ทั้งจะต้องไม่เป็นพยาน ยื่นคำให้การ หรือมอบพยานหลักฐานดังต่อไปนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม

(a) คำเชื่อเชิญคู่กรณีพิพาทเพื่อเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเต็มใจเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

<sup>247</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation 2018

#### Article 11 admissibility of evidence in other proceeding

1. A party to the mediation proceedings, the mediator and any third person, including those involved in the administration of the mediation proceedings, shall not in arbitral, judicial or similar proceedings rely on, introduce as evidence or give testimony or evidence regarding any of the following:

(a) An invitation by a party to engage in mediation proceedings or the fact that a party was willing to participate in mediation proceedings;

(b) Views expressed or suggestions made by a party in the mediation in respect of a possible settlement of the dispute;

(c) Statements or admissions made by a party in the course of the mediation proceedings;

(d) Proposals made by the mediator;

(e) The fact that a party had indicated its willingness to accept a proposal for settlement made by the mediator;

(f) A document prepared solely for purposes of the mediation proceedings.

2. Paragraph 1 of this article applies irrespective of the form of the information or evidence referred to therein.

3. The disclosure of the information referred to in paragraph 1 of this article shall not be ordered by an arbitral tribunal, court or other competent governmental authority and, if such information is offered as evidence in contravention of paragraph 1 of this article, that evidence shall be treated as inadmissible. Nevertheless, such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.

4. The provisions of paragraphs 1, 2 and 3 of this article apply whether or not the arbitral, judicial or similar proceedings relate to the dispute that is or was the subject matter of the mediation proceedings.

5. Subject to the limitations of paragraph 1 of this article, evidence that is otherwise admissible in arbitral or judicial or similar proceedings does not become inadmissible as a consequence of having been used in a mediation.

(b) ความคิดเห็น หรือทัศนคติของคู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ที่มีความเป็นไปได้ให้นำไปสู่การยุติข้อพิพาท

(c) คำแถลง คำรับของคู่กรณีพิพาทที่สร้างขึ้นระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(d) ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ย

(e) ข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ว่าคู่กรณีพิพาทเต็มใจยอมรับข้อเสนอยุติข้อพิพาทที่จัดทำขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ย

(f) เอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

2. บทบัญญัติใน 1. ของข้อนี้ปรับใช้โดยไม่หมายรวมถึงรูปแบบของพยานหลักฐานหรือข้อมูลนั้น ๆ

3. การเปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนดไว้ใน 1. ของมาตรานี้ จะไม่อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ตตุลาการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ ทั้งนี้ หากข้อเท็จจริงหรือข้อมูลใดได้นำมาใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยเกิดจากการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตาม 1. ให้พยานหลักฐานดังกล่าวเป็นอันรับฟังไม่ได้ เว้นแต่การเปิดเผยหรือการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้กระทำขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท

4. บทบัญญัติตาม 1. 2. และ 3. ให้ใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการทางตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เป็นประเด็นของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

5. ภายใต้บังคับ 1. แห่งมาตรานี้ พยานหลักฐานที่ยอมรับฟังได้จากกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการทางตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน จะไม่เป็นที่ไม่อาจยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะเหตุเป็นพยานหลักฐานที่ใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

หลักการตามมาตรา 11 นั้น กล่าวถึงการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งจะเกิดจากการที่เวลาดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาท หรือผู้ไกล่เกลี่ย มักจะทำการเสนอแนะแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เป็นไปได้ ยอมรับหรือเสนอแนะที่จะยุติข้อพิพาท รวมถึงความเต็มใจที่จะยุติการระงับข้อพิพาท ถ้าหากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ แล้วนำมาสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลหรือโดยอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีกฎเกณฑ์ใดแล้วจนวนนำมาสู่การนำเอาข้อเสนอแนะ แนวทาง หรือข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในชั้นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั่วไปในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลหรือโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว



กรณีดังกล่าวอาจสร้างความเสียหายให้แก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้<sup>248</sup> เนื่องจากความคิดเห็น ข้อเสนอแนะ การยอมรับข้อเสนอของคู่กรณีพิพาทที่เต็มใจในการดำเนินการไกล่เกลี่ยเพื่อยุติข้อพิพาท เมื่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ ข้อมูลดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้เพื่อสร้างความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อมูลดังกล่าวได้ แล้วส่งผลให้คู่กรณีพิพาทไม่เต็มใจ และเป็นการขัดขวางการทำให้การไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จบรรลุผล<sup>249</sup>

หากมีการเสนอพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ โดยมีข้อเสนอในชั้นการยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation ให้ถือว่าเมื่อมีการเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีคำสั่งว่ามีให้ยอมรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าว<sup>250</sup> ทั้งนี้ องค์กรดังกล่าวอาจมีคำสั่งอย่างใด ๆ เพื่อจำกัดมิให้แสดงพยานหลักฐานนั้น หรือยกฟ้องเพื่อมิให้กระทบต่อเนื้อหาสาระสำคัญแห่งคดี<sup>251</sup>

**1) ข้อห้ามนำเอาข้อมูลที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปใช้ในวัตถุประสงค์การดำเนินกระบวนการอื่น และข้อห้ามเปิดเผยพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย**

บทบัญญัตินี้คณะทำงานผู้ร่างได้กำหนดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อให้การติดต่อสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความชัดเจน ตรงประเด็น และให้มีการเปิดเผยความต้องการของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายอย่างแท้จริง จึงจำเป็นต้องป้องกันไม่ให้มีการนำข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปใช้ประโยชน์นอกกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนเป็นที่เสียหายแก่คู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงนั้น โดยหลักให้ถือว่าข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปิดเผยหรือเกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐาน<sup>252</sup> ห้ามนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการ

<sup>248</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/Wg.li/Wp.108 Settlement of Commercial Disputes Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement Report of the Secretary General ", ed. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW(2000), p. 6. para.18

<sup>249</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018),"(2022), p. 47. para.72

<sup>250</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/468 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session (Vienna, 20 – 31 March 2000)," ed. United Nations Commission on International Trade Law(2000). p.7 para. 27

<sup>251</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/Wg.li/Wp.108 Settlement of Commercial Disputes Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement Report of the Secretary General ".p.7 para. 26

<sup>252</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 135, หน้า 59.

ไกล่เกลี่ยมาใช้ภายหลังการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเสร็จสิ้นแล้ว เพื่อที่ว่าหากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบความสำเร็จ และมีการดำเนินกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการ ตุลาการ หรือกระบวนการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน หากสามารถนำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้แล้ว อาจส่งผลกระทบต่อความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงที่ถูกนำมาใช้ได้ จึงถูกกำหนดไว้ว่าองค์กรตุลาการ อนุญาโตตุลาการ หรือหน่วยงานของรัฐอื่นต้องไม่ยอมรับฟังข้อมูลหรือพยานหลักฐานดังกล่าวนี้ (to treat any such information offered as evidence as being inadmissible.)<sup>253</sup>

ตามบทบัญญัติวรรคหนึ่งที่กำหนดว่า คู่กรณีพิพาทไม่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ผู้ไกล่เกลี่ยบุคคลที่สาม รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ต้องไม่เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาอันมีลักษณะเป็นไปในทางตุลาการ และจะต้องไม่เป็นพยาน ให้การต่อศาลในฐานะพยาน หรือมอบพยานหลักฐานอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law ได้อธิบายว่าคำว่า “บุคคลที่สาม (third person)” หมายถึงบุคคลอื่น ๆ อันมิใช่คู่กรณีพิพาท เช่น พยานบุคคลหรือผู้เชี่ยวชาญที่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ย และอธิบายว่า “กระบวนการพิจารณาอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน (similar proceeding)” ให้หมายถึงกระบวนการอย่างใด ๆ ที่มีการรวบรวมพยานหลักฐาน แต่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรม (judicial proceeding)<sup>254</sup> และวรรคหนึ่งนี้ได้กำหนดภาระผูกพันอยู่ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ<sup>255</sup>

ก. คู่กรณีพิพาทต้องไม่ใช้หรือพึ่งพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่มีลักษณะตามที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (5)

ข. องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการมีภาระผูกพันว่าไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

วรรคสองมีขึ้นเพื่อใช้กำหนดขอบเขตของข้อมูลหรือหลักฐานตามวรรคหนึ่ง เพื่อให้การกำหนดข้อห้ามมิให้ยอมรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีขอบเขตกว้างขวางยิ่งขึ้น โดยให้ประเภทของพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง (1) ถึง (5) ครอบคลุมลักษณะของพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร ถ้อยคำ หรือรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์<sup>256</sup>

คู่กรณีพิพาทมีความจำเป็นต้องรู้ขอบเขตของการปรับใช้วรรคหนึ่งของ article 11 กับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อส่งเสริมให้การไกล่เกลี่ยดำเนินการอย่างตรงไปตรงมา โดยการห้ามมิให้คู่กรณีพิพาทฝ่ายใด ๆ รวมทั้งผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลที่สามที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนิน

<sup>253</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 48. para. 77

<sup>254</sup> Ibid., 47. para. 72

<sup>255</sup> Ibid., 48. para. 75

<sup>256</sup> Ibid. para. 76

กระบวนการไกล่เกลี่ย นำเอาสิ่งที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในบริบทการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ (prohibiting any of the parties involved in the mediation process, including the mediator and any third party from using mediation – related material in the context of other proceedings.) ทั้งนี้ ถ้อยคำตามวรรคหนึ่งและวรรคสามกำหนดจำกัดสิทธิขององค์กรศาล คณะอนุญาโตตุลาการ และหน่วยงานอื่นของรัฐ ในการเปิดเผยข้อมูลอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย<sup>257</sup>

## 2) ข้อยกเว้นการห้ามนำเอาข้อมูลอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในการดำเนินกระบวนการอื่น และข้อยกเว้นการห้ามเปิดเผยพยานหลักฐานหรือข้อมูลอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

บรรดาข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่ต้องห้ามมิให้นำไปใช้ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม หรือกระบวนการพิจารณาอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน ข้อห้ามดังกล่าว UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation มิได้กำหนดเป็นข้อบังคับโดยเด็ดขาด อาจถูกยกเว้นได้หากเป็นการกระทำขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท<sup>258</sup> ทั้งนี้ ตามมาตรา 11 วรรคสามกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า อาจยกเว้นได้หากเป็นกรณีที่สามารถกระทำได้โดยมีกฎหมายกำหนดไว้ ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ หรือกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ คณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law ฉบับนี้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการตีความของคำว่า “law” ที่ปรากฏในวรรคสามว่าระบบกฎหมายของบางรัฐยอมรับว่า “law” มิได้มีเพียงเฉพาะบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการวินิจฉัยของศาลด้วย คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้เห็นพ้องต้องกันว่า คำว่า “law” ควรจะได้รับการตีความอย่างแคบ โดยให้หมายถึงบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดยกเว้นว่า ให้สามารถยอมรับฟังพยานหลักฐานหรือเปิดเผยข้อมูลอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ มากกว่าจะตีความว่าหมายรวมถึงคำสั่งของตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีพิพาทไกล่เกลี่ย<sup>259</sup>

การเขียนข้อยกเว้นในลักษณะนี้ ทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับแนวทางของการรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานที่ว่าสมควรเป็นเอกสิทธิ์โดยเด็ดขาดที่ต้องห้ามมิให้มีข้อยกเว้น หรืออาจมีข้อยกเว้นได้ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้เกิดข้อเท็จจริงที่พบว่ามีแนวทางเกี่ยวกับแนวของคำวินิจฉัยตัดสินที่แตกต่างกันอยู่ 2 แนวทาง ซึ่งจะปรากฏในการศึกษาหัวข้อถัดไป<sup>260</sup> อย่างไรก็ตามแม้คู่กรณีพิพาทจะสามารถตกลงยกเว้นกรณีที่ต้องห้ามมิให้นำข้อเท็จจริง

<sup>257</sup> Ibid. para. 77

<sup>258</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 140.

<sup>259</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 49. para. 78

<sup>260</sup> ศึกษาเปรียบเทียบกับคดี *United States v Exxon Corp. (1991)* และคดี *Rojas v Superior Court* ในหัวข้อถัดไป

จากการไกล่เกลี่ยใช้เป็นพยานหลักฐาน แต่บางเขตอำนาจศาล อาจไม่ได้ให้การยอมรับข้อตกลงยกเว้น การต้องห้ามมิให้นำข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐาน<sup>261</sup>

นอกจากนี้ การที่ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation กำหนดให้การห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ประเทศต่าง ๆ ที่รับไปใช้เป็นแบบอย่างอาจกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใน หรือไม่ได้มีกฎหมาย กำหนดไว้เป็นการเฉพาะแต่ให้คู่กรณีพิพาทอาจตกลงกันเลือกเป็นข้อตกลงในสัญญาในประเด็น ดังกล่าวก็ได้ ทำให้มีผู้ศึกษาเห็นว่าหากให้คู่กรณีพิพาทตกลงกันเองเป็นข้อตกลงในสัญญาแล้ว อาจ เป็นจุดอ่อนที่ทำให้หลักการต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานอาจไม่ สามารถบังคับใช้ได้จริง และอาจไม่สามารถใช้อ้างกับศาลได้ ในกรณีที่ศาลอาจพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยมีความจำเป็นในฐานะเป็นพยานหลักฐานแห่งคดี<sup>262</sup> ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ความสำคัญที่การต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ควรจะเป็นบทบัญญัติที่มีข้อยกเว้นให้สามารถยกเว้นหลักการดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้จะต้องมีความจำเป็น อย่างยิ่งที่จะต้องรับฟัง เพราะประเด็นปัญหาที่จะต้องรับฟังดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญที่มีผู้ได้รับ ผลกระทบเป็นอย่างมาก และหากไม่รับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วจะส่งผลกระทบต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะที่ประชาชนพึงมีพึงได้ ซึ่งผู้วิจัยจะได้ยกตัวอย่างแนวทางการวินิจฉัยที่ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายคลึงกันในหัวข้อถัด ๆ ไป

### 3) การร้องขอให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน

เมื่อหลักการของ UNCITRAL Model Law กำหนดให้โดยหลักแล้วห้ามมิให้เปิดเผย ข้อมูลอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และองค์การตุลาการ อนุญาโตตุลาการ หรือหน่วยงานของรัฐอื่น ได้ถูกกำหนดห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยด้วย หากมีข้อเท็จจริงว่าการ ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ จนนำมาสู่การนำข้อพิพาทเข้าสู่การดำเนิน กระบวนการพิจารณาขององค์การตุลาการ หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดผ่านหนึ่งมีคำร้องขอให้มีการเปิดเผย พยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตน เป็นที่ยอมรับว่าองค์การตุลาการไม่สามารถสั่ง ให้มีการเปิดเผยข้อมูลหรือพยานหลักฐานดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นว่า อาจมีสถานการณ์บางอย่างที่พยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งโดยปกติห้ามมิให้รับฟังเป็น พยานหลักฐานตามมาตรา 11 แต่กฎหมายกำหนดไว้ว่าการเปิดเผยจะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการ คຸ້ມครองความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อการพิสูจน์หักล้างเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการกระทำอันเป็น

<sup>261</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 48. para. 74

<sup>262</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 141.

การทุจริตต่อหน้าที่ หรือเพราะมีเหตุผลจำเป็นอย่างอื่นเพื่อประโยชน์ หรือมีความจำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายสาธารณะ<sup>263</sup> กรณีจำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายสาธารณะ เช่น<sup>264</sup>

ก. มีความจำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงว่ามีการข่มขู่ทำร้ายร่างกาย หรือจะกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือเพื่อจะกระทำการที่ผิดกฎหมายแก่ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย

ข. มีข้อเท็จจริงว่าผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยพยายามใช้การไกล่เกลี่ยเพื่อวางแผนกระทำความผิดทางอาญา

ค. กรณีมีความจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานเพื่อใช้พิสูจน์หรือหักล้างเกี่ยวกับข้อกล่าวหาว่ามีการประพฤติผิดไปจากหลักวิชาชีพ (จริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย) ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

ง. กรณีจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ กรณีมีข้อเท็จจริงว่าการไกล่เกลี่ยได้มีการหลอกลวง หรือข่มขู่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยไม่ได้ดำเนินการอย่างเที่ยงตรง หรือข้อตกลงที่จัดทำขึ้นระหว่างไกล่เกลี่ยได้แสดงให้เห็นถึงการกระทำอันเป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของประชาชน

นอกจากนี้ในวรรคสี่ กำหนดขอบเขตของการปรับใช้วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม โดยให้การไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไม่เพียงปรับใช้แต่เพียงเฉพาะการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยองค์การตุลาการ อนุญาโตตุลาการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงการดำเนินกระบวนการในภายหลังที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย หรือการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในภายหลังซึ่งอาจไม่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยด้วย การบัญญัติในลักษณะเช่นนี้เป็นไปเพื่อไม่ให้มีการหลีกเลี่ยงหลักการรักษาความลับตามมาตรา 10<sup>265</sup> อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติมักมีการเสนอข้อมูลหรือพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เพื่อนำไปใช้ในวัตถุประสงค์ประการอื่นนอกเหนือจากการไกล่เกลี่ย ทำให้มีการบัญญัติวรรคห้าขึ้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนปราศจากข้อสงสัยว่า พยานหลักฐานหรือข้อมูลใดเป็นที่ยอมรับฟังได้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาขององค์การตุลาการ อนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่และสามารถนำเสนอได้อยู่แล้ว ก็ย่อมไม่ต้องห้ามด้วยเหตุที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำไปใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยซึ่งได้กระทำขึ้นก่อนหน้าเสนอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย คณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law ได้ยกตัวอย่างกรณีดังกล่าว เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายของทางทะเล เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจนนำมาสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากได้มีการนำเอาใบตราส่งยกขึ้นมากล่าวถึงในชั้น

<sup>263</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 49. para. 78

<sup>264</sup> Ibid. para. 79

<sup>265</sup> Ibid., 49 - 50. para. 81

การไกล่เกลี่ย ก็ไม่ต้องห้ามที่นำเอาใบตราส่งเช่นว่านี้มาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพียงแต่เฉพาะข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือข้อเสนอก่ที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่ไม่อาจยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้<sup>266</sup>

### 3.2.2 การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

#### (1) การติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาท

มาตรา 8 กำหนดว่า ผู้ไกล่เกลี่ยอาจพบหรือติดต่อสื่อสารกับคู่กรณีพิพาทโดยพร้อมเพียงกันทุกฝ่าย หรือโดยแยกกับคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายต่างหากจากกัน<sup>267</sup>

ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.1 ว่า เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยได้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ค้นหาประเด็นที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของข้อพิพาทเพื่อนำมาสู่การค้นหาความมุ่งหมายหรือความต้องการของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายจนนำไปสู่การหาแนวทางเพื่อให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้มีหนทางเพื่อหาข้อยุติกรณีพิพาทร่วมกัน ดังนั้น เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถค้นหาความมุ่งหมาย ความต้องการของคู่กรณีพิพาทได้นั้น มีความจำเป็นต้องเปิดให้มีการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทกับผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อให้มีการแสดงข้อเท็จจริง ความมุ่งหมายหรือความต้องการของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย คู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องสามารถสำรวจและทำความเข้าใจปัญหา ภูมิหลังของปัญหาระหว่างคู่กรณีพิพาท สถานการณ์ที่นำไปสู่การเกิดข้อพิพาท รวมไปถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไขปัญหาก็เพื่อระงับข้อพิพาท ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้เข้าใจในประเด็นปัญหาที่เป็นข้อพิพาทของแต่ละฝ่าย ทำให้คู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยสามารถสำรวจและเข้าใจถึงปัญหาระหว่างคู่กรณีพิพาท ภูมิหลังของปัญหา สถานการณ์ที่นำไปสู่การเกิดข้อพิพาท เหตุผลที่คู่กรณีพิพาทไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้<sup>268</sup> รวมไปถึงขั้นตอนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อหาข้อสรุปและข้อยุติในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพราะฉะนั้นในกระบวนการที่กล่าวมาในข้างต้นย่อมจะต้องมีการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน ทั้งตัวผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการจัดประชุมร่วมกันระหว่างคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายร่วมกับผู้ไกล่เกลี่ย หรือในกรณีที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดประสงค์ที่จะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่นได้ทราบหรือเพื่อให้เกิดความสบายใจของคู่กรณีพิพาทในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนอย่างเต็มที่โดยไม่เกิดความวิตกกังวลว่าข้อมูลของฝ่ายตนเองจะถูกคู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่นนำไปใช้เป็นประโยชน์ที่ส่งผล

<sup>266</sup> Ibid., 50. para.82

<sup>267</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation 2018

#### Article 8 communication between conciliator and parties

The mediator may meet or communication with the parties together or with each of them separately.

<sup>268</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International

Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 42 - 43. para.66

เสียแก่ฝ่ายตนเองที่เป็นเจ้าของข้อมูล ก็จะสามารถกระบวนกรไต่ถามฝ่ายเดียว หรือโดยเปิดเผย ข้อเท็จจริงให้เฉพาะแก่ผู้ไต่ถามเท่านั้นที่ทราบ (caucusing) ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ จะก่อให้เกิดหน้าที่ของผู้ที่เข้าร่วมการไต่ถามข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นผู้ไต่ถาม คู่กรณีพิพาทฝ่ายต่าง ๆ หรือบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมการไต่ถามข้อพิพาท เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงที่เป็นความลับนั้นประสงค์ให้เก็บรักษาข้อเท็จจริงของตนเองให้เป็นความลับแล้ว ทั้งผู้ไต่ถามและผู้เข้าร่วมการไต่ถามข้อพิพาทฝ่ายใด ๆ มีหน้าที่จะต้องรับประกันว่าตนเองจะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับมานั้นแก่บุคคลอื่น มิฉะนั้นจะเป็นการทำลายความไว้วางใจระหว่างกันและเป็นการทำลายหลักการรักษาความลับซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการไต่ถามข้อพิพาท ส่งผลทำให้การดำเนินกระบวนการไต่ถามข้อพิพาทสิ้นสุดลงโดยไม่ประสบความสำเร็จได้<sup>269</sup> บทบัญญัติดังกล่าวจึงเสมือนเป็นจุดเริ่มต้นของการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักการรักษาความลับของผู้ไต่ถามและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไต่ถามข้อพิพาท เพื่อให้การไต่ถามข้อพิพาทสามารถนำไปสู่การแก้ไขปัญหาและทำให้การระงับข้อพิพาทนั้นบรรลุผลต่อไป

บทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาสืบเนื่องจากการยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation ซึ่งมีเจตนารมณ์ให้ผู้ประนอมข้อพิพาทควรมีอิสระในการติดต่อสื่อสาร หรือ พบปะกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายต่าง ๆ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นว่าคู่กรณีพิพาทด้วยกันเองอาจตกลงจำกัดมิให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีอิสระเลือกที่จะติดต่อสื่อสาร หรือ พบปะกับคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายแยกต่างหากจากกัน เพื่อไม่ให้เกิดความลำเอียงในการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท ประกอบกับเพื่อหลีกเลี่ยงการสร้างปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ไต่ถามกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนทำให้ผู้ไต่ถามเกิดแนวโน้มไปในทางสนับสนุนคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป<sup>270</sup>

## (2) การเปิดเผยข้อมูล

มาตรา 9 กำหนดว่า เมื่อผู้ไต่ถามได้รับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทจากคู่กรณีพิพาทแล้ว ผู้ไต่ถามอาจเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นแก่คู่กรณีพิพาทรายอื่นเพื่อดำเนินกระบวนการไต่ถาม อย่างไรก็ตามเมื่อคู่กรณีพิพาทได้เปิดเผยข้อเท็จจริงแก่ผู้ไต่ถาม โดยประสงค์ให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นความลับ ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องไม่ถูกเปิดเผยแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่นเพื่อดำเนินกระบวนการไต่ถาม<sup>271</sup>

<sup>269</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 138 – 139.

<sup>270</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)" 21. para.76

<sup>271</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation 2018

### Article 9 Disclosure of Information

When the mediator receives information concerning the dispute from a party, the mediator may disclose the substance of that information to any other party to the mediation. However, when a party gives

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับจากคู่กรณีพิพาทนั้น สมควรที่จะเปิดเผยให้คู่กรณีพิพาทรายอื่นได้ทราบหรือไม่ ข้อเท็จจริงที่ว่าดังกล่าวครอบคลุมถึงข้อมูลที่ได้มาจากการสื่อสารระหว่างคู่กรณีฝ่ายเจ้าของข้อมูลกับผู้ไกล่เกลี่ย การสื่อสารดังกล่าวนั้นไม่เพียงแต่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยแต่ยังรวมถึงการสื่อสารที่เกิดขึ้นก่อนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยอีกด้วย<sup>272</sup> เจตนาของบทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ผู้ไกล่เกลี่ยที่เล็งเห็นถึงความจำเป็นของการเปิดเผยข้อเท็จจริงของคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทบรรลุผล โดยเป็นไปเพื่อลบล้างปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากความเข้าใจผิดหรือคลาดเคลื่อนที่เกิดขึ้น ขอบเขตของการอภิปรายจึงสามารถครอบคลุมเรื่องต่าง ๆ นอกเหนือจากการโต้แย้งในปัญหาทางกฎหมาย รวมไปถึงอาจเกิดการสร้างความเข้าใจได้ในการปรับโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกันในอนาคต<sup>273</sup> หากย้อนไปถึงตั้งแต่การเริ่มต้นยกร่างบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ที่มาของมาตรา 9 มาจากการยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation ซึ่งมีการอธิบายว่าการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับข้อเท็จจริงมาจากการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ต้องรักษาความลับอย่างเข้มงวด ซึ่งเป็นหนทางเดียวที่จะรับรองให้การดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทมีความตรงไปตรงมา และทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนในการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่<sup>274</sup>

นอกจากนี้บทบัญญัตินี้ยังกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีดุลยพินิจเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเองด้วย เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีคุณสมบัติที่สามารถดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยได้อย่างเป็นธรรมและเหมาะสม ทั้งนี้ ในกรณีที่มีเหตุอันควรต้องสงสัยถึงความบริสุทธิ์ยุติธรรม และความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ย<sup>275</sup>

### (3) การรักษาความลับ

มาตรา 10 กำหนดว่า ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องถูกเก็บเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะได้ตกลงกัน ทั้งนี้ ยกเว้นว่าการ

---

any information to the mediator, subject to a specific condition that it be kept confidential, that information shall not be disclosed to any other party to the mediation.

<sup>272</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 43. para.68

<sup>273</sup> Ibid., 42 - 43. para.66

<sup>274</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)" 22. para.78

<sup>275</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 135, หน้า 56.



เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นการกระทำภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท<sup>276</sup>

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.2 (6) และหัวข้อ 2.4.6 ที่ว่าการรักษาความลับเป็นหัวใจสำคัญยิ่งของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ทำให้คู่กรณีพิพาทมุ่งหมายเลือกการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เนื่องจากทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินกระบวนการต่อไปได้จนคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงร่วมกันได้ และเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายว่า หากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ จนทำให้การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอาจต้องใช้กระบวนการอื่น คู่กรณีพิพาทจะเกิดความมั่นใจว่าข้อเท็จจริงที่ตนได้เปิดเผยให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยจะไม่ถูกเปิดเผยให้แก่บุคคลภายนอกได้รับรู้จนเป็นการสร้างความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงนั้น และเป็นการส่งเสริมให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถเล็งเห็นถึงปัญหาของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจนนำไปสู่การหาหนทางเพื่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทได้ตรงตามความต้องการของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้มากยิ่งขึ้น และนำไปสู่การแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ตรงจุดมากยิ่งขึ้นไปด้วย เพราะฉะนั้นในกฎหมายแม่แบบฉบับนี้จึงมีจุดมุ่งหมายในการป้องกันการรั่วไหลของความลับมิให้ออกจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>277</sup> ถือเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องจัดให้มีการรักษาความปลอดภัยซึ่งให้การป้องกันการรั่วไหลของความลับตามที่คู่กรณีพิพาทต้องการ จึงทำให้เป็นโอกาสแก่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายได้เปิดกว้างและหารือเจาะประเด็นในเรื่องที่ปกติจะไม่ได้รับการพิจารณาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการ<sup>278</sup> เมื่อครั้งมีการหารือของ คณะทำงาน (Working Group) ชุดที่ 2 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาท ในการประชุมครั้งที่ 34 เมื่อปี ค.ศ. 2001 ณ นครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นควรกำหนดหลักการไว้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่โดยเคร่งครัดในการรักษาความลับของข้อมูล ข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อเป็นการประกันว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะกระทำขึ้นอย่างตรงไปตรงมา<sup>279</sup>

<sup>276</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation 2018

#### Article 10 Confidentiality

Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the mediation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.

<sup>277</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/468 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session (Vienna, 20 – 31 March 2000)," 7. para.25

<sup>278</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 42 - 43. para.66

<sup>279</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)" 22. para.78

สิ่งที่บทบัญญัติดังกล่าวมุ่งหมายให้ต้องรักษาเป็นความลับ ได้กำหนดไว้ว่าเป็น “ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย (all information relating to the mediation proceeding)” เพื่อให้ครอบคลุมทั้งข้อมูลที่ได้เปิดเผยระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เนื้อหา ผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยด้วย และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นก่อนการบรรลุผลจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการไกล่เกลี่ย (Pre – mediation) เช่น ความประสงค์ในการไกล่เกลี่ยของคู่กรณี ข้อตกลงเงื่อนไขการไกล่เกลี่ย การเลือกผู้ไกล่เกลี่ย

อย่างไรก็ตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่ง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ในมาตรานี้ มีความมุ่งหมายโดยให้อำนาจการตัดสินใจในการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับเป็นของคู่กรณีพิพาทว่ามีความประสงค์จะกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยทุกฝ่ายมีหน้าที่ดังกล่าวนี้หรือไม่ ซึ่งทั่วไปมักกำหนดไว้ในสัญญา<sup>280</sup> สอดคล้องกับการหารือเมื่อครั้งการยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation ซึ่งมีการอธิบายว่าหากกำหนดโดยไม่ให้อิสระแก่คู่กรณีพิพาทในการตัดสินใจว่าสมควรจะให้มีการรักษาความลับอันเกิดจากการประนอมข้อพิพาทหรือไม่ อาจมีความไม่เหมาะสมเมื่อนำมาใช้กับสถานการณ์ตามความเป็นจริง ทั้งหากในบางประเทศมีสถานการณ์พิเศษอื่น ๆ เช่น กฎหมายภายในของประเทศนั้นบังคับว่าบุคคลมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง เช่น การเปิดเผยพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำผิดอาญา ดังนั้น จึงควรจะยกร่างในลักษณะเป็นบทบัญญัติแบบเปิด โดยให้การบัญญัติหน้าที่ในการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทควรเปิดกว้างโดยมิใช่บังคับ แต่เป็นหลักการพื้นฐานที่โดยหลักควรต้องรักษาความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาทตกลงกันให้แตกต่าง หรือการจำเป็นต้องเปิดเผยความลับเพราะมีหน้าที่ตามกฎหมายอื่นกำหนดไว้ให้ต้องเปิดเผย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทที่กำหนดข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับเพื่อวัตถุประสงค์บังคับตามข้อตกลงการระงับข้อพิพาท แสดงให้เห็นว่าความมุ่งหมายของกฎหมายแม่แบบ คือ เคารพต่อเจตนาโดยอิสระของคู่กรณีพิพาทที่จะกำหนดเลือกได้ว่าข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยจะกำหนดให้รักษาไว้เป็นความลับหรือไม่ อย่างไรก็ตามการเปิดเผยข้อมูล แต่เดิมคณะทำงานชุดที่ 2 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเห็นร่วมกันว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงควรได้รับการเน้นย้ำว่าการเปิดเผยจะต้องกระทำเฉพาะระหว่างคู่กรณีพิพาทด้วยกัน การเปิดเผยข้อเท็จจริงไปยังบุคคลภายนอก จะต้องถูกกำหนดให้กระทำได้เพียงเฉพาะเหตุที่กำหนดไว้เท่านั้น การกำหนดดังกล่าวจะต้องกำหนดโดยเคร่งครัด<sup>281</sup> ข้อเสนอดังกล่าวมีข้อถกเถียงถึงความเหมาะสมสำหรับการกำหนดเช่นนั้น เพราะการกำหนดการรักษาความลับโดยเคร่งครัด และไม่ให้

<sup>280</sup> อ่างแล้ว, เซ็จอรธที่ 135, หน้า 57.

<sup>281</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)" 22. para. 80

อิสระแก่คู่กรณีพิพาทที่จะกำหนดเป็นอย่างอื่น ทำให้ในทางปฏิบัติจริงเวลาจะใช้บังคับจึงอาจไม่สามารถใช้บังคับได้จริง และการกำหนดข้อยกเว้นที่ให้เปิดเผยได้เฉพาะเมื่อคู่กรณีพิพาทให้ความยินยอมให้เปิดเผยเท่านั้น จึงทำให้มีการพิจารณาเพิ่มเหตุยกเว้น เพื่อเพิ่มความเป็นอิสระแก่คู่กรณีพิพาทมากยิ่งขึ้น<sup>282</sup> ซึ่งในที่สุดได้กำหนดเหตุยกเว้นเพิ่ม 2 ประเด็น คือ กรณีเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท และกรณีกฎหมายกำหนดบังคับให้เปิดเผย

กรณีตัวอย่างที่คณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ได้เห็นพ้องกันว่าเป็นข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่อาจเป็นไปได้ คือ เมื่อมีกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้ต้องเปิดเผยข้อมูล เช่น กรณีจำเป็นต้องเปิดเผยเพื่อวัตถุประสงค์ในการยุติหรือเพื่อระงับคดี หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องเปิดเผยข้อมูล หรือกรณีหากไม่มีการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ จะมีการคุกคามบุคคลเพื่อให้ได้รับอันตรายแก่กายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูล หากเป็นไปได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยวัตถุประสงค์เพื่อแจ้งเตือนประชาชนเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยด้านสุขภาพ สิ่งแวดล้อม หรือความปลอดภัยสาธารณะ รวมไปถึงให้ยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ เมื่อเป็นการนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นความลับนั้นไปใช้ประโยชน์เพื่อพิจารณาพิสูจน์ว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยนั้นได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการรักษาความลับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 ด้วย<sup>283</sup> กล่าวคือ สามารถยกเว้นหลักการรักษาความลับได้เพื่อเปิดช่องให้สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการฝ่าฝืนการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ในกรณีที่มิบุคคลใดร้องเรียนต่อการกระทำของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยว่าได้ฝ่าฝืนต่อการรักษาความลับนั้น นอกจากนี้ การกำหนดข้อยกเว้นกรณีเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท เพื่อให้การกำหนดขอบเขตของการบังคับให้เป็นไปตามหลักว่าด้วยการรักษาความลับมีความชัดเจนและครอบคลุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในทุกขั้นตอน ไม่จำกัดเฉพาะกระบวนการท้ายสุดเมื่อมีการจัดทำข้อตกลงยุติข้อพิพาท<sup>284</sup>

ผู้ไกล่เกลี่ยมีอิสระที่จะเปิดเผยข้อมูลที่ตนเองได้รับมาให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบ ซึ่งจากการปรับปรุงแก้ไขกร่างเป็น UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation เมื่อปี ค.ศ. 2021 ได้เพิ่มเงื่อนไขความมีอิสระของผู้ไกล่เกลี่ยด้วยว่า ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับ

<sup>282</sup> Ibid., 23. paras.83 - 84

<sup>283</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 55. para. 71

<sup>284</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001) " 23 - 24. para.85

ข้อเท็จจริงจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลดังกล่าวจะเปิดเผยข้อเท็จจริงให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบได้ ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลก่อนด้วย<sup>285</sup>

3.2.3 กฎว่าด้วยไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Mediation Rule 2018)

การจัดทำกฎว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ UNCITRAL ค.ศ. 2018 (UNCITRAL Mediation Rule 2018) สืบเนื่องจากการประชุมของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law) ครั้งที่ 51 ที่ประชุมได้เห็นว่าจะมีการปรับปรุงกฎว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท ค.ศ. 1980 (UNCITRAL Conciliation Rule 1980) เพื่อให้กฎดังกล่าวมีความสอดคล้องและสะท้อนถึงแนวทางปฏิบัติในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยในปัจจุบัน และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) หรืออนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Singapore Convention on Mediation) และกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002)) หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation จึงได้มีการจัดทำร่างกฎว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้น โดยเป็นการปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับภาวะการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลง<sup>286</sup> เมื่อกระแสความนิยมในการเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีเพิ่มมากขึ้น การปรับปรุงครั้งนี้จึงเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกันกับการถือกำเนิดขึ้นของอนุสัญญาสิงคโปร์ฯ เนื่องจากอนุสัญญาสิงคโปร์ฯ จัดทำขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคสำคัญของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กล่าวคือ เมื่อมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันจนกระทั่งบรรลุผลนำไปสู่การจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความ กลับพบว่าหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นคู่สัญญาประนีประนอมยอมความด้วยนั้น ไม่ปฏิบัติตามสัญญา ย่อมจะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาต่อไป ซึ่งกระบวนการบังคับจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาไม่ว่าจะเป็นการบังคับโดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทโดย

<sup>285</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 43. para. 67

<sup>286</sup> United Nations General Assembly, "A/Cn.9/986 Settlement of Commercial Disputes International Commercial Mediation: Draft Uncitral Mediation Rules Note by the Secretariat (Vienna, 8 - 26 July 2019),"(2019), p. 1.

อนุญาโตตุลาการ ย่อมทำให้เกิดค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็นและใช้ระยะเวลาในการดำเนินการอย่างมาก จึงทำให้มีการจัดทำอนุสัญญาสิงคโปร์ฯ ขึ้น โดยหากมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศอันเกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยแล้ว หากคู่กรณีพิพาทไม่ดำเนินการตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าว หรือปฏิบัติตามโดยไม่ถูกต้องสมควร อนุสัญญาสิงคโปร์ฯ กำหนดให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นคำร้องต่อองค์กรที่มีอำนาจ (Competent authority) เพื่อให้บังคับการเป็นไปตามบันทึกข้อตกลงนั้นได้ นับได้ว่าเป็นการสนับสนุนเพื่อให้เกิดการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งและข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และอำนวยความสะดวกแก่การบังคับเพื่อให้เป็นไปตามบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศให้สามารถบรรลุผลและเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับให้เป็นไปตามบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทยิ่งขึ้น<sup>287</sup>

UNCITRAL Mediation Rule จึงเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่เป็นทางเลือกให้แก่คู่สัญญาที่อาจตกลงกันเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นเครื่องมือในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทในลักษณะเป็นข้อพิพาททางเลือก และเป็นเสมือนกฎหมายกลางที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นมาตรฐานในการนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งมักประสบปัญหาเรื่องความแตกต่างกันของเขตอำนาจศาลหรือแม้กระทั่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาท หรือแม้กระทั่งความแตกต่างของกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของแต่ละรัฐที่มีความแตกต่างกันบ้าง ซึ่งบุคคลที่เข้าถึงการทำสัญญาอาจเห็นตรงกันว่าเพื่อมิให้เป็นปัญหาในการเลือกใช้บทบัญญัติว่าจะใช้บทบัญญัติของรัฐใด และเพื่อเป็นการสร้างความเท่าเทียมระหว่างคู่สัญญาที่อาจเป็นบุคคลที่มีที่มาจากรัฐที่แตกต่างกัน UNCITRAL Mediation Rule จึงเปรียบเสมือนเป็นกฎหมายทางเลือกสำหรับการบังคับการเรื่องการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของคู่สัญญาทุกฝ่าย โดย UNCITRAL Mediation Rule มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ดังต่อไปนี้

#### (1) ความมุ่งหมายของการใช้ UNCITRAL Mediation Rule

การบังคับใช้ UNCITRAL Mediation Rule กำหนดไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง กำหนดว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และคู่กรณีพิพาทได้เห็นชอบร่วมกันจะให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันไปดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยบังคับให้เป็นไปตาม UNCITRAL Mediation Rule

<sup>287</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ, "อนุสัญญาสิงคโปร์ : กลไกส่งเสริมการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ" [ออนไลน์] วันที่ 8 เมษายน 2564. แหล่งที่มา:

<https://thac.or.th/th/%e0%b8%ad%e0%b8%99%e0%b8%b8%e0%b8%aa%e0%b8%b1%e0%b8%8d%e0%b8%8d%e0%b8%b2%e0%b8%aa%e0%b8%b4%e0%b8%87%e0%b8%84%e0%b9%82%e0%b8%9b%e0%b8%a3%e0%b9%8c-%e0%b8%81%e0%b8%a5%e0%b9%84%e0%b8%81%e0%b8%aa/>

โดยอาจนำ UNCITRAL Mediation Rule ไปปรับใช้โดยไม่ต้องคำนึงถึงฐานที่มาของการให้ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>288</sup>

UNCITRAL มีข้อเสนอแนะสำหรับการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยมาใช้บังคับ โดยควรมีการกำหนดไว้ว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ให้มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยตกลงกันก่อนที่จะมีการทำสัญญา เมื่อมีการทำสัญญาใด ๆ ระหว่างกันแล้ว ควรมีการบรรจุข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เช่น กำหนดไว้ว่าคู่สัญญาตกลงกันจะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาระดับนี้ด้วยกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงคู่สัญญาสามารถออกแบบกระบวนการไกล่เกลี่ยให้มีความเหมาะสมกับข้อพิพาทได้ ทั้งนี้ ควรกำหนดในสัญญาด้วยถ้อยคำที่เข้าใจได้ง่าย มีการกำหนดกรอบระยะเวลาและการกำกับขั้นตอนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยอาจกำหนดให้สามารถดำเนินการควบคู่ไปกับการระงับข้อพิพาททางอื่นอย่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี หรือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการด้วยก็ได้ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยควรถูกใช้เป็นเครื่องมือแรกในการดำเนินการระงับข้อพิพาท และควรออกแบบให้สามารถดำเนินการได้โดยง่ายและประหยัดค่าใช้จ่ายมากที่สุด<sup>289</sup> จะเห็นได้ว่า UNCITRAL Mediation Rule เป็นบทบัญญัติสำหรับใช้กำกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งในการปรับใช้ UNCITRAL Mediation Rule จะมีขึ้นเมื่อคู่กรณีพิพาทได้เห็นชอบร่วมกันจะให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันไปดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยให้เป็นไปตาม UNCITRAL Mediation Rule ทั้งนี้ ไม่ว่าจะริเริ่มดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะได้มีการกำหนดไว้แต่แรกที่มีการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างกันผ่านการทำนิติกรรมสัญญาหรือไม่ ดังนั้น ไม่ว่าจะมีการกำหนดให้มีการใช้ UNCITRAL Mediation Rule ในสัญญาหรือไม่ ก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ หากคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงร่วมกันที่จะใช้บังคับ แต่ UNCITRAL ก็มีข้อเสนอแนะว่าควรกำหนดให้ใช้ UNCITRAL Mediation Rule ในสัญญาไว้ก่อน

## (2) การรักษาความลับ

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการรักษาความลับ ครอบคลุมตั้งแต่มาตรา 5 ถึงมาตรา 8 โดยมีเนื้อหาสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

<sup>288</sup> UNCITRAL Mediation Rules

### Article 1 Application of the Rules

1. Where parties have agreed that disputes between them shall be submitted to mediation under the UNCITRAL Mediation Rules, then these Rules shall apply. The Rules may apply irrespective of the basis, whether contractual or not, upon which the mediation is carried out.

<sup>289</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," (Vienna 2021), pp. 6 - 7. para. 17 - 20

## 1) การสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายและผู้ไกล่เกลี่ย

มาตรา 5 กำหนดว่าการสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายและผู้ไกล่เกลี่ย (Communication between the parties and the mediator)<sup>290</sup>

1. ผู้ไกล่เกลี่ยอาจพบหรือติดต่อสื่อสารกับคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายโดยพร้อมเพรียงกันหรือแยกจากกันก็ได้

2. ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ว่าขั้นตอนใด คู่กรณีพิพาทอาจเสนอข้อมูลเกี่ยวกับข้อพิพาท เช่น เอกสารที่ทำให้เข้าใจถึงลักษณะโดยทั่วไปของข้อพิพาท ประเด็นหลักอันเป็นปัญหาพิพาท และเอกสารหลักฐานใด ๆ หรือข้อมูลอื่น ๆ เพิ่มเติมที่เหมาะสม ข้อมูลเช่นว่านี้อาจรวมไปถึงการอธิบายถึงเป้าหมาย ผลประโยชน์ ความต้องการ หรือแรงจูงใจของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ตลอดจนเอกสารที่เกี่ยวข้อง

3. เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทจากคู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเก็บข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบ่งชี้ว่าข้อมูลดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ควรเก็บไว้เป็นความลับ หรือแสดงออกได้ว่าได้ให้ความยินยอมที่เปิดเผยข้อมูลไปยังคู่กรณีฝ่ายอื่น

บทบัญญัติมาตรา 5 เป็นการกล่าวถึงวิธีการในการติดต่อสื่อสารระหว่างกันของคู่กรณีพิพาท มีบทบัญญัติใกล้เคียงกับมาตรา 8 แห่ง UNCITRAL Model Law on Mediation จึงอาจพิจารณาบทบัญญัติทั้งสองให้เทียบเคียงกันได้ โดยวรรคหนึ่งเป็นการกล่าวถึงการจัดรูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถจัดรูปแบบการไกล่เกลี่ย โดยจะเลือกให้คู่กรณีพิพาทได้พบปะกันหรือแยกจากกันก็ได้ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ บริบทของข้อพิพาท และความประสงค์ของคู่กรณีพิพาท ทั้งนี้ ในการจัดให้มีการไกล่เกลี่ยโดยแยกคู่กรณีพิพาทมิให้พบปะกัน อาจทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีอิสระที่จะใช้กลวิธีของตนเองอย่างเต็มที่เพื่อค้นหาข้อเท็จจริง รวมถึงเป็นการลดการปะทะกัน

<sup>290</sup> UNCITRAL Mediation Rules

**Article 5. Communication between the parties and the mediator**

1. The mediator may meet or communicate with the parties together or with each of them separately.

2. At any stage of the mediation, the parties may submit information concerning the dispute, such as statements describing the general nature of the dispute, the points at issue, and any supporting document or additional information deemed appropriate. The information may also include a description of the goals, interests, needs and motivations of the parties as well as any relevant documents.

3. When the mediator receives information concerning the dispute from a party, the mediator shall keep such information confidential, unless that party indicates that the information is not subject to the condition that it should be kept confidential, or expresses its consent to the disclosure of such information to another party to the mediation.

ของคู่กรณีพิพาท ทหลายข้อจำกัดที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายอาจตั้งไว้<sup>291</sup> หรือผู้ไกล่เกลี่ยอาจจัดให้มีการไกล่เกลี่ยทั้งแยกต่างหากจากกันและพบปะกันได้ เช่น ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเริ่มด้วยการประชุมรวมกันระหว่างผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับฝ่ายต่าง ๆ เพื่อหารือเกี่ยวกับความเห็นของแต่ละฝ่ายเกี่ยวกับข้อพิพาท จากนั้นจึงค่อยแยกประชุมไกล่เกลี่ยกัน เพื่อให้การไกล่เกลี่ยสามารถบรรลุผลในการยุติข้อพิพาทได้ และเพื่อให้การไกล่เกลี่ยดำเนินการไปด้วยความโปร่งใส จึงทำให้ไม่มีการกำหนดข้อห้ามบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยบางรายมิให้สื่อสารในการไกล่เกลี่ย เพื่อให้เกิดประโยชน์ในการบรรลุผลในการยุติข้อพิพาท<sup>292</sup>

ส่วนมาตรา 5 วรรคสามเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหน้าที่ในการรักษาความลับ ซึ่งกำหนดเป็นหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะต้องเก็บรักษาข้อมูลที่ได้รับมาให้เป็นความลับ เว้นแต่เข้าข้อยกเว้น ได้แก่ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งระบุว่าข้อมูลดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดให้เป็นความลับ หรือได้ยินยอมเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวไปยังคู่กรณีฝ่ายอื่น

ในการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทด้วยกัน อาจตกลงกันกำหนดรูปแบบของการรักษาความลับที่ทุกฝ่ายต้องการ โดยอาจกำหนดขอบเขตของข้อมูล ข้อเท็จจริงที่มีการตกลงแลกเปลี่ยนหรือเปิดเผยระหว่างกันตลอดการดำเนินการไกล่เกลี่ยว่าเป็นความลับ<sup>293</sup>

## 2) ความลับ

มาตรา 6 กำหนดว่าด้วยเรื่องของความลับ (Confidentiality)<sup>294</sup> เว้นแต่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะได้ตกลงยินยอม ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการไกล่เกลี่ย รวมถึงที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงยุติข้อพิพาท ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องเก็บข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เปิดเผยหรือกรณีตามมาตรา 8 ข้อสี่ การดำเนินการกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ก่อนที่จะเริ่มดำเนินการกระบวนการนั้น คู่กรณีพิพาทต่างมีความมุ่งหวังว่าการดำเนินการกระบวนการดังกล่าวจะต้องกระทำโดยทางลับ และอาจตรวจสอบกฎหมายหรือกฎระเบียบที่นำมาปรับใช้กับการไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่า

<sup>291</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 41. para.65

<sup>292</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," 18. para.68

<sup>293</sup> Ibid., 13. para.48

<sup>294</sup> UNCITRAL Mediation Rules

### Article 6. Confidentiality

Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the mediation, including, if relevant, the settlement agreement, shall be kept confidential by those involved in the mediation, except where disclosure is required by the law or as referred to under article 8, paragraph 4.



ก่อให้เกิดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยในการรักษาความลับปรากฏอย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพในการป้องกันรักษาความลับ จึงมีความจำเป็นที่คู่กรณีพิพาทจะต้องพิจารณาจัดการกับการกำหนดประเด็นว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยให้มีความครอบคลุมมากที่สุด<sup>295</sup> ส่วนผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงทำให้บรรดาข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ได้รับมาหรือมีการเปิดเผย หรือเป็นข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้เป็นความลับ หน้าที่ดังกล่าวไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น แต่หน้าที่ในการรักษาความลับยังผูกพันถึงบุคคลอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย ไม่ว่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องในขั้นตอนกระบวนการใด และบุคคลทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยต้องอยู่ภายใต้ที่บันทึกข้อตกลงการรักษาความลับกำหนด<sup>296</sup>

3) การนำพยานหลักฐานเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่น

มาตรา 7 กำหนดว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่น

(Introduction of evidence in other proceedings)<sup>297</sup>

<sup>295</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," 13. para.45

<sup>296</sup> Ibid. para.46

<sup>297</sup> UNCITRAL Mediation Rules

**Article 7. Introduction of evidence in other proceedings**

1. Unless otherwise agreed by the parties, a party to the mediation, the mediator and any third person, including those involved in the administration of the mediation shall not, in arbitral, judicial or other dispute resolution proceedings, rely on, introduce as evidence or give evidence regarding any of the following:

(a) An invitation by a party to engage in mediation or the fact that a party was willing to participate in mediation;

(b) Views expressed, or suggestions made by a party in the mediation in respect of a possible settlement of the dispute;

(c) Statements or admissions made by a party in the course of the mediation;

(d) Proposals made by the mediator or the parties;

(e) The fact that a party had indicated its willingness to accept a proposal (or parts thereof) for settlement made by the mediator or the parties; and

(f) A document prepared primarily for purposes of the mediation.

2. Paragraph 1 applies irrespective of the form of the information or evidence referred to therein.

3. Paragraphs 1 and 2 apply whether or not the arbitral, judicial, or other dispute resolution proceedings relate to the dispute that is or was the subject matter of the mediation.

4. Subject to the limitations of paragraph 1, evidence that is otherwise admissible in arbitral, judicial, or other dispute resolution proceedings does not become inadmissible as a consequence of having been used or disclosed in the mediation.

1. เว้นแต่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะได้ตกลงยินยอม คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผู้ไกล่เกลี่ย หรือบุคคลภายนอก รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย จะต้องไม่นำพยานหรือ อาศัยพยานหรือมอบพยานหลักฐานเกี่ยวกับกรณีดังต่อไปนี้ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของ ศาล การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ

(a) คำเชื้อเชิญคู่กรณีพิพาทเพื่อเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือ ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเต็มใจเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(b) ความคิดเห็น หรือทัศนคติของคู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท ที่มีความเป็นไปได้ให้นำไปสู่การยุติข้อพิพาท

(c) คำแถลง คำรับที่ทำขึ้นโดยคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(d) ข้อเสนอแนะที่จัดทำโดยผู้ไกล่เกลี่ยหรือคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย

(e) ข้อเท็จจริงที่ระบุบ่งชี้ว่าคู่กรณีพิพาทเต็มใจยอมรับข้อเสนอยุติข้อพิพาท ที่จัดทำขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ยหรือคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ไม่ว่าจะยอมรับข้อเสนอทั้งหมดหรือแต่เพียง บางส่วน

(f) เอกสารที่จัดเตรียมขึ้นเบื้องต้นเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ย

2. บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับโดยไม่คำนึงถึงรูปแบบของข้อมูล หรือหลักฐานนั้น

3. บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งและวรรคสองให้มีผลใช้บังคับกับการดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีในศาล หรือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ ไม่ว่าจะการดำเนินกระบวนการดังกล่าวจะเกี่ยวข้องหรือการไกล่เกลี่ยเป็นส่วนของการดำเนิน กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวหรือไม่

4. ภายใต้บังคับตามวรรคหนึ่ง พยานหลักฐานที่เป็นที่ยอมรับฟังได้ในการ ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล หรือการระงับข้อ พิพาทอื่น ๆ จะไม่กลายเป็นพยานหลักฐานที่ไม่อาจรับฟังได้ เพราะเป็นผลมาจากการใช้หรือเปิดเผย ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

มาตรา 7 เป็นการกำหนดขอบเขตของพยานหลักฐานที่ข้อมูล ข้อเท็จจริง หรือเอกสารหลักฐานกับการนำมาใช้หรือการอาศัยพยานหลักฐานเพื่อประโยชน์ในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีของศาล การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการระงับข้อ พิพาทอื่น ๆ ซึ่งโดยหลักแล้วข้อมูล ข้อเท็จจริง หรือพยานหลักฐานใด ๆ ที่คู่กรณีพิพาทได้จัดทำขึ้นใน ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือจัดทำขึ้นเพื่อใช้ประกอบการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

หรือเป็นข้อแนะนำในการระงับข้อพิพาท ไม่ควรเป็นที่ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานอันเป็นประโยชน์ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือ กระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ<sup>298</sup> การกำหนดหลักการห้ามมิให้ยอมรับฟังข้อมูล ข้อเท็จจริงอันเกิด จากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน รวมถึงการห้ามมิให้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยาน ภายหลังการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อสร้างความมั่นใจแก่คู่กรณีพิพาทว่าจะไม่เสียเปรียบจาก การที่ได้เปิดเผยข้อมูล ข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเอง รวมถึงความคิดเห็นของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายที่ได้ แสดงออกมา เพื่อความมุ่งหวังในการบรรลุผลในการยุติข้อพิพาท<sup>299</sup> อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในวรรค สี่มีถ้อยคำคล้ายคลึงกับมาตรา 11 วรรคห้าของ UNCITRAL Model Law on Mediation โดย กำหนดว่าหากพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นที่ยอมรับฟังในขั้นตอนการดำเนินกระบวนการระงับข้อ พิพาท ไม่ว่าจะโดยอนุญาโตตุลาการ หรือเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล หรือการระงับข้อ พิพาทอื่น ๆ พยานหลักฐานเช่นว่านั้นจะไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน เพราะการได้ถูก นำไปใช้หรือเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เว้นแต่เป็นพยานหลักฐานบางประเภท ต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกระบวนการดังกล่าว<sup>300</sup> ซึ่งถูกกำหนดไว้ 6 ประเภท ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับ ความ คิดเห็น ทักษะ หรือการแสดงความยินยอมของคู่กรณีพิพาทที่ปรากฏขึ้นในการดำเนินกระบวนการ ไกล่เกลี่ย หรือกล่าวได้ว่าหากมิใช่เป็นกรณี 6 ประเภทตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง แม้ว่าเป็นข้อมูล ข้อเท็จจริง อันเป็นพยานหลักฐานซึ่งได้มีการนำไปใช้หรือมีการเปิดเผยในขั้นการดำเนินกระบวนการ ไกล่เกลี่ย ก็ไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล การ ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ แสดงให้เห็นว่าการ ต้องห้ามมิให้รับฟังข้อมูล ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมิใช่หลักโดยเด็ดขาดที่เป็นการเคร่งครัด ว่าเมื่อเกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยแล้ว ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน ซึ่ง UNCITRAL Mediation Rules ได้ระบุข้อสังเกตไว้ว่าข้อมูล หรือข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยอาจถูก เปิดเผยหรือสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล การระงับข้อ พิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้สามารถเปิดเผยได้หรือกำหนดให้สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หรือหากเป็นไปได้เพื่อ วัตถุประสงค์ในการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาท<sup>301</sup>

<sup>298</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," 14. para.50

<sup>299</sup> Ibid. para.51

<sup>300</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 50. para.82

<sup>301</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," 14. para.51

## 4) ข้อตกลงยุติข้อพิพาท

มาตรา 8 กำหนดว่าข้อตกลงยุติข้อพิพาท (Settlement agreement)<sup>302</sup>

1. เมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายเห็นชอบกับเงื่อนไขของข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยทั้งหมดหรือแต่บางส่วน คู่กรณีนั้นควรเตรียมและลงนามในข้อตกลงยุติข้อพิพาท หากคู่กรณีทุกฝ่ายร้องขอและผู้ไกล่เกลี่ยเห็นสมควร ผู้ไกล่เกลี่ยอาจสนับสนุนคู่กรณีพิพาทในการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท

2. เว้นแต่คู่กรณีทุกฝ่ายจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้ไกล่เกลี่ยหรือองค์กรผู้ไกล่เกลี่ยอาจลงนามหรือประทับตราลงในข้อตกลงยุติข้อพิพาท หรือแสดงพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นข้อตกลงยุติข้อพิพาทอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

3. เงื่อนไขที่คู่กรณีจะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลงยุติข้อพิพาท ในกรณีที่มีการติดต่อกันผ่านการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่

(a) กระบวนการที่ถูกใช้เพื่อระบุตัวคู่กรณีพิพาทและบ่งชี้ถึงเจตนาของคู่กรณีพิพาทในส่วนที่เป็นข้อมูลที่ปรากฏในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

<sup>302</sup> UNCITRAL Mediation Rules

**Article 8. Settlement agreement**

1. Once the parties agree on the terms of a settlement to resolve all or part of the dispute through mediation, they should prepare and sign a settlement agreement. If requested by the parties and if the mediator deems it appropriate, the mediator may provide support to the parties in preparing the settlement agreement.

2. Unless otherwise agreed by the parties, the mediator or the mediation institution may sign or stamp the settlement agreement or provide other evidence that the agreement resulted from mediation.

3. The requirement that a settlement agreement shall be signed by the parties is met in relation to an electronic communication if:

(a) A method is used to identify the parties and to indicate the parties' intention in respect of the information contained in the electronic communication;

(b) The method is used either:

(i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or

(ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.

4. By signing the settlement agreement, the parties agree that the settlement agreement can be used as evidence that it results from mediation, and that it can be relied upon for seeking relief under the applicable law.

(b) กระบวนการดังกล่าวสามารถใช้งานได้ หากมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(i) มีความเชื่อถือได้เหมาะสม เพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างหรือติดต่อการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงข้อตกลงที่เกี่ยวข้องใด ๆ

(ii) ได้รับการพิสูจน์แล้วว่าปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ใน (a)

4. คู่กรณีสามารถตกลงให้ข้อตกลงยุติข้อพิพาทนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยได้ และสามารถนำไปใช้อ้างเพื่อดำเนินการขอความช่วยเหลือภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้ โดยคู่กรณีต้องทำการลงนามในบันทึกข้อตกลงยุติคดี

มาตรา 8 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำข้อตกลงว่าด้วยการยุติข้อพิพาทภายหลังเมื่อดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจนเสร็จสิ้น และบรรลุผลเป็นการยุติข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถเป็นผู้กำหนดผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยได้ แต่สามารถช่วยเหลือให้คู่กรณีพิพาทเพื่อนำไปสู่การยุติข้อพิพาทระหว่างกันอย่างฉันทมิตรได้ เพราะฉะนั้นผลของการยุติข้อพิพาทจึงควรเกิดขึ้นจากการดำเนินการของคู่กรณีพิพาทเอง<sup>303</sup> โดยคู่กรณีพิพาทควรเตรียมเพื่อจัดทำข้อตกลงยุติข้อพิพาทและอาจร้องขอให้ผู้ไกล่เกลี่ยให้ความช่วยเหลือในการเตรียมและสนับสนุนการจัดทำข้อตกลงยุติข้อพิพาทได้ เช่น การจัดทำข้อตกลงยุติข้อพิพาท ซึ่งระบุเงื่อนไขที่กำหนดความต้องการของคู่กรณีแต่ละฝ่ายไว้ด้วย<sup>304</sup> ทั้งนี้ ถ้อยคำที่ใช้ในข้อตกลงยุติข้อพิพาทจะต้องมีความชัดเจน ปราศจากข้อสงสัย โดยจะต้องคำนึงถึงประเด็นของข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาประกอบกันด้วย<sup>305</sup>

บทบัญญัติมาตรา 8 ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย กำหนดในวรรคสี่ว่าคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันให้สามารถนำข้อตกลงยุติข้อพิพาทมาอ้างใช้เป็นพยานหลักฐานได้ แต่เฉพาะกรณีเพื่อพิสูจน์ยืนยันว่าข้อตกลงยุติข้อพิพาทมีขึ้นจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และข้อตกลงยุติข้อพิพาทนี้ยังมีประโยชน์เพื่อช่วยเหลือบรรเทาผลกระทบอันเกิดขึ้นจากข้อพิพาทแก่คู่กรณีพิพาท ทั้งนี้ภายใต้กรอบของกฎหมายที่กำหนดไว้สำหรับข้อพิพาทนั้น ๆ<sup>306</sup>

5) บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ

มาตรา 12 กำหนดว่า บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ (Role of the mediator in other proceedings)<sup>307</sup>

<sup>303</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," 18. para.71

<sup>304</sup> Ibid., 19. para.73

<sup>305</sup> Ibid. para.74 – 75

<sup>306</sup> Ibid., 20. para.79

<sup>307</sup> UNCITRAL Mediation Rules

1. ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่ปฏิบัติอย่างเช่นอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เป็นการปฏิบัติในข้อพิพาทนั้น หรือปฏิบัติโดยครอบงำเหนือการไกล่เกลี่ยนั้น และในส่วนของข้อพิพาทนั้นได้เกิดขึ้นจากความเกี่ยวข้องกันหรือสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกันหรือสัมพันธ์กันโดยกฎหมาย เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณีทุกฝ่าย

2. ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่ปฏิบัติตัวอย่างตัวแทนหรือเป็นที่ปรึกษาของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นใด และในส่วนของข้อพิพาทนั้นได้เกิดขึ้นจากความเกี่ยวข้องกันหรือสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกันหรือสัมพันธ์กันโดยกฎหมาย

3. คู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องไม่นำเสนอผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยานไม่ว่าในการดำเนินกระบวนการใด ๆ

มาตรา 12 กำหนดบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ นอกเหนือจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งไม่ให้ผู้ไกล่เกลี่ยปฏิบัติตนในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดส่วนได้ส่วนเสียแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะผู้ไกล่เกลี่ยมีบทบาทหน้าที่ในการช่วยส่งเสริมเพื่อให้คู่กรณีพิพาทสามารถยุติข้อพิพาท ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องสร้างให้คู่กรณีพิพาทเกิดความเชื่อมั่นและนำไปสู่การยุติข้อพิพาท ด้วยการสร้างบรรยากาศในการไกล่เกลี่ยที่มีความปลอดภัย สร้างความเป็นกลาง และสนับสนุนการดำเนินกระบวนการ เพื่อให้เกิดกระบวนการที่มีประสิทธิภาพ<sup>308</sup> เพราะฉะนั้นการปฏิบัติตนอย่างผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือปฏิบัติตนอันมีลักษณะโน้มเอียงไปในทิศทางสนับสนุนคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้าม เพราะการปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวอาจนับได้ว่าเป็นการสร้างอคติแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งขัดกับบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะต้องรักษาความเป็นกลาง และจะต้องปฏิบัติตามหลัก without prejudice rule นอกจากนี้ ยังมีบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยที่สะท้อนถึงการห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน คือ การที่คู่กรณีพิพาทถูกห้ามมิให้อ้างผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยาน เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ได้รับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ย่อมเป็นผู้ถือข้อเท็จจริงอันเป็นความลับจากคู่กรณีพิพาท หากคู่กรณีพิพาทสามารถเรียกให้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยานได้แล้ว อาจส่งผลทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถรักษาความลับได้

1. Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of the dispute that was or is the subject of the mediation and of a dispute that has arisen from the same or a related contract or legal relationship.

2. The mediator shall not act as a representative or counsel of a party in any arbitral, judicial or other dispute resolution proceedings in respect of the dispute that was or is the subject of the mediation and of a dispute that has arisen from the same or a related contract or legal relationship.

3. The parties shall not present the mediator as a witness in any such proceedings.

<sup>308</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," 15. para.56

### 3.3 กฎหมายของรัฐที่ใช้กำหนดคุ้มครองรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

กฎหมายภายในของรัฐแต่ละรัฐมักถูกใช้เป็นเครื่องมืออันดับแรกสำหรับการกำหนดคุ้มครองรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย กฎหมายภายในมักจะกำหนดหลักเกณฑ์อย่างกว้างเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของผู้ไกล่เกลี่ย เช่น ประเทศไทยที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

#### 3.3.1 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

##### (1) บทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับ

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการจัดทำกฎหมายแม่แบบ (Uniform Act) อันมีลักษณะเป็นการกำกับควบคุมในหลากหลายประเด็น ซึ่งเป็นความพยายามเพื่อคุ้มครองและรักษาความเป็นส่วนตัวของบุคคล การจัดทำกฎหมายแม่แบบดังกล่าว เรียกว่า กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Uniform Mediation Act : UMA) โดยได้ถูกยกร่างขึ้นในปี ค.ศ. 2001<sup>309</sup> มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งเพื่อให้มีกฎหมายที่กำหนดสิทธิในการรักษาความลับ เพื่อที่ส่งผลทำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความจริงใจที่จะดำเนินการยุติข้อพิพาทโดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเป็นการส่งเสริมให้เกิดการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และสอดคล้องกับหลักความเชื่อสัตย์สุจริตในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>310</sup> โดย UMA ช่วยส่งเสริมให้เกิดการรักษาความลับของการไกล่เกลี่ยและสนับสนุนให้มีการแลกเปลี่ยนให้ข้อมูลระหว่างกันอย่างตรงไปตรงมา เป้าหมายสำคัญของ UMA คือ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย และเพื่อให้เสริมสร้างความเชื่อมั่นในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยแก่สาธารณชนว่าเป็นกระบวนการที่สามารถยุติข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีคุณภาพ<sup>311</sup> ซึ่ง UMA ยังได้กำหนดกระบวนการเพื่อคุ้มครองบรรดาเอกสารหลักฐานที่จัดทำขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยให้เป็นความลับ ด้วยการกำหนดอนุญาตให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงได้ หากมีเหตุผลความจำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งเมื่อชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบแล้วมีคุณค่ามากกว่าเหตุผลของการรักษาความลับ<sup>312</sup> โดยกำหนดขอบเขตอย่างชัดเจนว่าข้อมูลหรือข้อเท็จจริงใดที่มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ย ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงใดที่ได้รับการยกเว้นไม่ได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครองเป็นความลับ เนื่องจากมีความจำเป็นต้องกำหนดให้เปิดเผยได้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคมอันเป็นเรื่องการคุ้มครอง

<sup>309</sup> Uniform Law Commission NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, "The Uniform Mediation Act - a Summary -."

<sup>310</sup> Casey Deleissegues, "Mediation Confidentiality: Has It Gone Too Far?," *University of La Verne Law Review* 33(2011): 129.

<sup>311</sup> *Ibid.*, 131.

<sup>312</sup> Ellen E. Deason, "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide," *Notre Dame Law Review*: 568.

ประโยชน์สาธารณะ<sup>313</sup> นอกจากนี้ UMA ก่อให้เกิดสิทธิในการรักษาความลับสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย และบุคคลที่เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยหลักแล้วการสื่อสารกันระหว่างการดำเนินการ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ถือเป็นความลับ ภายในขอบเขตที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือ ภายใต้กรอบของกฎหมาย หรือหลักเกณฑ์อย่างใด ๆ ที่ได้ระบุไว้ เว้นแต่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ว่าด้วยการกำหนดให้มีการประชุมต่อสาธารณะ (open meetings act) และกฎหมายว่าเสรีภาพด้าน ข้อมูลข่าวสาร (open records act หรือ Freedom of Information Law: FOI law) ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 8<sup>314</sup> อาจเปรียบได้ว่า การกำหนดข้อยกเว้นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเสมือน เป็นการหาจุดกึ่งกลางระหว่างการไกล่เกลี่ยและการดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพราะเป็นการสร้างความยืดหยุ่นให้สามารถรองรับทั้งการไกล่เกลี่ยและการดำเนินการพิจารณาคดีในศาล ดำเนินการต่อไปได้อย่างเหมาะสม และเป็นการสร้างสมดุลของกระบวนการทั้งสองเพื่อรองรับทั้งการรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาทที่มีสิทธิหวงกันมิให้ประโยชน์ส่วนของตนถูกกระทบ และเป็นการรักษาซึ่งประโยชน์ของสาธารณะมิให้ได้รับผลกระทบจากการรักษาผลประโยชน์ส่วนบุคคลจนเกินไป ไปกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวม หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการให้อำนาจแก่ศาลหรือองค์กรตุลาการ ให้สิ่งเปิดเผยข้อเท็จจริงได้ เพื่อป้องกันการเกิดความยุติธรรมขึ้นในระดับที่เกินกว่าความสำคัญของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย<sup>315</sup> การกำหนดโดยไม่อนุญาตให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย หรือให้ถือปฏิบัติตามหลักการรักษาความลับโดยเคร่งครัดมีความไม่เหมาะสม เพราะบางกรณีนั้น เช่น มีการฉ้อฉลหรือมีการข่มขู่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายก็จะได้รับผลกระทบไม่สามารถแสดงพยานหลักฐานให้ศาลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจ ตุลาการได้ทราบถึงมูลเหตุอันส่งผลเป็นการกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีฝ่ายนั้นได้<sup>316</sup>

ส่วนการสื่อสารกันระหว่างการดำเนินการกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กำหนดไว้ในข้อ 4 ว่า ผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาท รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจปฏิเสธที่จะเปิดเผย อาจป้องกันไม่ให้บุคคลภายนอก หรือแม้กระทั่งฝ่ายของตนเอง ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จากการ

<sup>313</sup> Ibid., 562.

<sup>314</sup> Uniform Mediation Act (UMA) section 8

“Unless subject to the [insert statutory references to open meetings act and open records act], mediation communications are confidential to the extent agreed by the parties or provided by other law or rule of this State.”

<sup>315</sup> Ellen E. Deason, "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide," *Notre Dame Law Review*: 568 - 569.

<sup>316</sup> Ibid., 570.



ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และข้อเท็จจริงที่ได้จากการดำเนินกระบวนการดังกล่าวไม่ได้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล<sup>317</sup>

ความมุ่งหมายของข้อ 4 ของ UMA กำหนดไว้เพื่อเป็นหลักว่า การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเปิดเผยในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือโดยกระบวนการไต่สวนหาข้อเท็จจริง หากคู่กรณีฝ่ายใด ๆ ได้ร้องขอไม่ให้มีการเปิดเผยการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย เพื่อนำมาใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ ความมุ่งหมายดังกล่าว ผู้ร่างมุ่งหมายให้การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยได้รับการปกป้องโดยกฎหมาย โดยอยู่บนพื้นฐานของการตอบสนองต่อการรักษาประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย การใช้ถ้อยคำใน (a) ว่า “is not subject to discovery or admissible in evidence” หมายความว่าเป็นการกำหนดให้การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเปิดเผยได้ โดยยอมรับว่าเป็นการให้เอกสิทธิ์ (privilege) อย่างหนึ่ง ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นศาลหรือองค์กรตุลาการอื่นโดยมต้องยอมรับเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้ ไม่อาจยกเว้นที่จะไม่ปฏิบัติตามเอกสิทธิ์ดังกล่าว ซึ่งผู้ร่างพยายามออกแบบเพื่อเป็นการรักษาสมดุลระหว่างความยุติธรรมและประโยชน์ที่คู่กรณีและผู้ไกล่เกลี่ยมุ่งหวังพึงรักษาไว้<sup>318</sup>

การบังคับให้เป็นไปตามเอกสิทธิ์ คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายมีอำนาจที่ยกเอาเอกสิทธิ์เพื่อไม่ให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จากการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะผู้ที่เปิดเผยนั้นจะเป็นบุคคลใดหรือฝ่ายใด ๆ ก็ตาม รวมไปถึงมีอำนาจกีดกันไม่ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยให้การเป็นพยาน หรือทำการเปิดเผยพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในชั้นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ย บุคคลที่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงจากกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงปิดกั้นมิให้มีการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ย การกำหนดให้แม้กระทั่งบุคคลที่เข้ามีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยดังกล่าว จึงเป็นเพิ่มข้อจำกัดที่ทำให้เอกสิทธิ์ดังกล่าว

<sup>317</sup> Uniform Mediation Act (UMA) section 4

(a) Except as otherwise provided in Section 6, a mediation communication is privileged as provided in subsection (b) and is not subject to discovery or admissible in evidence in a proceeding unless waived or precluded as provided by Section 5.

(b) In a proceeding, the following privileges apply:

(1) A mediation party may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication.

(2) A mediator may refuse to disclose a mediation communication, and may prevent any other person from disclosing a mediation communication of the mediator.

(3) A nonparty participant may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication of the nonparty participant.

(c) Evidence or information that is otherwise admissible or subject to discovery does not become inadmissible or protected from discovery solely by reason of its disclosure or use in a mediation.

<sup>318</sup> สำนักกระบวนข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, *Uniform Mediation Act*, หน้า 213 - 215.

ได้รับการปกป้องการเปิดเผย เพื่อให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทประสบความสำเร็จ<sup>319</sup> อย่างไรก็ตาม การยอมรับให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยก็เกิดขึ้นได้ หากคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงยินยอมที่จะให้มีการเปิดเผยได้ ซึ่งจะมีการกำหนดยกเว้นไว้ในข้อ 6 แต่ด้วยความที่มีลักษณะเป็นเอกสิทธิ์ ดังนั้น ผู้ที่ได้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยซึ่งมิใช่คู่กรณีหรือผู้ไกล่เกลี่ย อาจแสดงเจตนาไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย หากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาทก็ไม่สามารถเปิดเผยได้

อย่างไรก็ตาม การเปิดเผยข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ย หรือเปิดเผยพยานหลักฐานอันเกิดจากการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย โดยปกติเกิดขึ้นภายหลังจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาท ไม่ประสบความสำเร็จ ส่งผลทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเข้ามาเป็นคู่กรณีพิพาทในคดีที่มีการร้องขอให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จากการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย ดังนั้น คู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีการยืนยันถึงการมีเอกสิทธิ์ของคู่กรณีที่จะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอันเกิดจากการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย จึงอาจทำเป็นสัญญาว่าจะใช้เอกสิทธิ์ก็ได้<sup>320</sup>

ข้อยกเว้นการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จากการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยในข้อ 6 กำหนดว่าอาจมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ หากเป็นกรณีดังต่อไปนี้<sup>321</sup>

<sup>319</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 216

<sup>320</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 318, หน้า 218.

<sup>321</sup> Uniform Mediation Act (UMA) section 6

- (a) There is no privilege under Section 4 for a mediation communication that is:
- (1) in an agreement evidenced by a record signed by all parties to the agreement;
  - (2) available to the public under [insert statutory reference to open records act] or made during a session of a mediation which is, or is required by law to be open, to the public;
  - (3) a threat or statement of a plan to inflict bodily injury or commit a crime of violence;
  - (4) intentionally used to plan a crime, attempt to commit or commit a crime, or to conceal an ongoing crime or ongoing criminal activity;
  - (5) sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediator;
  - (6) except as otherwise provided in subsection (c), sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediation party, nonparty participant, or representative of a party based on conduct occurring during a mediation; or
  - (7) sought or offered to prove or disprove abuse, neglect, abandonment, or exploitation in a proceeding in which a child or adult protective services agency is a party, unless the [Alternative A: [State to insert, for example, child or adult protection] case is referred by a court to mediation and a public agency participates.] [Alternative B: public agency participates in the [State to insert, for example, child or adult protection] mediation].

(a) ห้ามไม่ให้อ้างเอกสิทธิ์ที่จะปฏิเสธไม่ให้บุคคลภายนอก หรือฝ่ายของตนเองเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือข้อเท็จจริงจากกระบวนการดังกล่าว เพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่กรณีพิพาทได้มีข้อตกลงให้เปิดเผยข้อเท็จจริงโดยทำเป็นหลักฐานลงลายมือชื่อคู่สัญญาทุกฝ่าย หรือ

(2) เป็นกรณีที่เปิดเผยได้ ตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดให้มีการประชุมต่อสาธารณะ หรืออยู่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ หรือ

(3) การสื่อสารในกระบวนการไกล่เกลี่ยดังกล่าว มีการกล่าวถึงการข่มขู่ การทำร้ายร่างกาย การก่ออาชญากรรมรุนแรง หรือ

(4) การสื่อสารในกระบวนการไกล่เกลี่ยดังกล่าวกระทำไปเพื่อวางแผนก่ออาชญากรรม พยายามก่ออาชญากรรม หรือเป็นการก่ออาชญากรรม หรือปกปิดการกระทำอาชญากรรมที่กำลังกระทำอยู่ หรือ

(5) เพื่อเป็นการแสวงหา เสนอให้พินิจชี้หักล้างข้อเรียกร้องหรือเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทางจริยธรรมหรือการทุจริตต่อหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

(6) หรือเพื่อเป็นการแสวงหา เสนอให้พินิจชี้หักล้างข้อเรียกร้องหรือเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการทุจริตต่อหน้าที่ หรือการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทางจริยธรรมของคู่กรณีพิพาท บุคคลที่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือ

(7) เพื่อการแสวงหา เสนอให้พินิจชี้หักล้าง ข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นโทษ ละเลย ละทิ้ง หรือแสวงหาประโยชน์ในกระบวนการพิจารณาที่หน่วยงานคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก หรือผู้ใหญ่มีสวนเกี่ยวข้อง

---

(b) There is no privilege under Section 4 if a court, administrative agency, or arbitrator finds, after a hearing in camera, that the party seeking discovery or the proponent of the evidence has shown that the evidence is not otherwise available, that there is a need for the evidence that substantially outweighs the interest in protecting confidentiality, and that the mediation communication is sought or offered in:

(1) a court proceeding involving a felony [or misdemeanor]; or

(2) except as otherwise provided in subsection (c), a proceeding to prove a claim to rescind or reform or a defense to avoid liability on a contract arising out of the mediation.

(c) A mediator may not be compelled to provide evidence of a mediation communication referred to in subsection (a)(6) or (b)(2). (d) If a mediation communication is not privileged under subsection (a) or (b), only the portion of the communication necessary for the application of the exception from nondisclosure may be admitted. Admission of evidence under subsection (a) or (b) does not render the evidence, or any other mediation communication, discoverable or admissible for any other purpose.

ใน (b) ห้ามมิให้อ้างเอกสารที่จะปฏิเสธไม่ให้บุคคลภายนอก หรือฝ่ายของตนเองเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จากการไต่สวนข้อพิพาท หรือข้อเท็จจริงจากกระบวนการดังกล่าว เพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากศาล หน่วยงานทางปกครอง หรืออนุญาโตตุลาการได้ดำเนินกระบวนการไต่สวนผ่านทางระบบวิดิทัศน์ เห็นว่าคู่กรณีฝ่ายที่น่าสืบได้แสดงให้เห็นว่าพยานหลักฐานที่อ้างถึงนั้นไม่มีอยู่จริง และการกระทำเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานมีความสำคัญมากกว่าการรักษาผลประโยชน์ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่สวนข้อพิพาท และมีการแสวงหาข้อเท็จจริงในการสื่อสารระหว่างการไต่สวนเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีอาญา การเพื่อพิสูจน์ข้อเรียกร้องเพื่อหักล้างข้อต่อสู้ เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาเหตุยกเว้นตามข้อ 6 อาจแบ่งพิจารณาได้ว่า ในส่วน (a) กำหนดให้มีผลใช้บังคับโดยไม่ต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการหาพยานหลักฐาน เนื่องจากใน (a) เป็นกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งส่งผลกระทบต่อประชาชนเป็นจำนวนมาก และอาจกล่าวได้ว่าเมื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักคุณค่าแล้วมีมากกว่าการจำเป็นเพื่อรักษาความลับอันเกิดจากการไต่สวน ส่วน (b) จะนำมาใช้ในกรณีที่เป็นการดำเนินการบางอย่างที่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของผู้เข้าร่วมการไต่สวนในเรื่องการรักษาความลับในสถานการณ์เฉพาะเรื่อง บทบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวมีขึ้นเพื่อกำหนดภาระในการพิสูจน์ให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะอ้างพยานหลักฐานข้อเท็จจริงอันเกิดจากการสื่อสารระหว่างการไต่สวน เพื่อนำข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานดังกล่าวใช้นำสืบให้ศาลเชื่อว่าข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่ไม่เปิดเผยหรือเป็นความลับนั้น มีความจำเป็นที่ต้องเข้าแสวงหาเพื่อพิสูจน์ความจริง มากกว่าการรักษาผลประโยชน์ของเจ้าของข้อเท็จจริงที่ประสงค์จะให้เป็นการลับ อันเป็นการกำหนดให้มีขึ้นเพื่ออ้างไว้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม<sup>322</sup>

ข้อ 6 (a) (1) ยกเว้นการอ้างเอกสารที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในการสื่อสารระหว่างการไต่สวน หากมีข้อเท็จจริงว่าได้มีการจัดทำข้อตกลงโดยทำเป็นหลักฐานลงลายมือชื่อคู่กรณีสัญญาทุกฝ่าย คู่สัญญานี้หมายถึงคู่สัญญาในข้อตกลงการไต่สวนหรือข้อตกลงกระบวนการไต่สวนที่ควรดำเนินการ กล่าวคือทั้งคู่กรณีพิพาทและผู้ไต่สวนที่ได้ทำข้อตกลงฉบับดังกล่าวขึ้น โดยการตกลงดังกล่าวทั้งคู่กรณีพิพาทและผู้ไต่สวนที่อาจตกลงกันให้เปิดเผยข้อเท็จจริงออกไปนอกกระบวนการไต่สวนก็ได้ โดยข้อตกลงดังกล่าวคู่สัญญาอาจเตรียมขึ้นโดยจัดทำเนื้อหาที่เป็นความลับให้สามารถเปิดเผยสู่สาธารณะได้ พร้อมกับมีมาตรการรองรับหากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงโดยสมัครใจ ทั้งนี้ ตามข้อยกเว้นดังกล่าวอนุญาตให้นำข้อตกลงการไต่สวนที่ให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้นำสืบในชั้นดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลได้ เพื่อพิสูจน์ในกรณีมีการละเมิดข้อตกลงดังกล่าวขึ้น<sup>323</sup>

<sup>322</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 318, หน้า 224.

<sup>323</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 318, หน้า 224 - 225.

บทบัญญัติใช้ถ้อยคำว่า “an agreement evidenced by a record signed by all parties to the agreement” หมายความว่าข้อตกลงการไกล่เกลี่ยจะต้องทำเป็นหลักฐานซึ่งต้องมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาที่ทำข้อตกลงทุกฝ่าย ดังนั้น จึงหมายถึงการทำข้อตกลงโดยเป็นหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทุกฝ่ายเป็นสำคัญ นอกจากนี้คำว่า “record” และ “sign” ได้มีคำนิยามอยู่ในข้อ 2 (8) และข้อ 2 (9) ของ UMA ด้วย<sup>324</sup> จึงเป็นการขยายความของการทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อเพิ่มเติมอีกว่าให้หมายความรวมถึงข้อตกลงที่ได้จัดทำในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อในรูปแบบอื่น ซึ่งสามารถเรียกดูย้อนหลังได้ โดยได้มีการลงนามที่สร้างขึ้นเพื่อใช้รับรองความถูกต้องของข้อตกลง โดยอาจใช้สัญลักษณ์ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือเป็นรูปแบบเสียงหรือโดยรูปแบบอื่นในสภาพที่แนบไปพร้อมกับข้อตกลงนั้น กล่าวคือเป็นการให้การรับรองว่าข้อตกลงการไกล่เกลี่ยที่อาจได้จัดทำในรูปแบบของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ การเกิดข้อตกลงขึ้นในรูปของการจัดส่งไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (email) ระหว่างกันซึ่งได้แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายได้ตกลงกันเป็นข้อตกลงการไกล่เกลี่ย หรือแม้กระทั่งการจัดทำในรูปของสื่อบันทึกโสตทัศนวัสดุ ก็ให้เป็นที่ยอมรับว่าสามารถนำมาใช้อ้างเป็นข้อตกลงเพื่อแสดงยกเว้นการอ้างเอกสิทธิ์การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยตามข้อ 6 ของ UMA ได้ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงไกล่เกลี่ยด้วยวาจา จะไม่ได้รับการยกเว้นตามข้อ 6 (a) (1) ซึ่งข้อตกลงไกล่เกลี่ยด้วยวาจานั้น มีข้อควรระวังว่าอาจมีผู้ที่เข้าใจโดยผิดพลาดว่าข้อตกลงไกล่เกลี่ยด้วยวาจาก็เป็นที่ยอมรับว่าสามารถใช้อ้างเพื่อยกเว้นการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย แต่เพื่อแก้ปัญหาข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นนี้ UMA ก็เปิดช่องให้การทำข้อตกลงด้วยวาจาหากได้ทำรูปแบบ เช่น สื่อบันทึกโสตทัศนวัสดุแล้ว ก็ทำให้ข้อตกลงดังกล่าวสามารถกลับมาเป็นที่ยอมรับที่เข้าข้อยกเว้นตามข้อ 6 (a) (1) ได้เช่นกัน<sup>325</sup>

ข้อ 6 (a) (2) กำหนดขึ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าเอกสิทธิ์ตามข้อ 4 ไม่ถูกผูกพันกับกฎหมาย state open meetings and open records และให้นำมาใช้เป็นข้อยกเว้นกับการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการในทางสาธารณะ ทั้งนี้ เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยโดยสมัครใจต่อสาธารณะไปแล้ว ดังนั้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ไม่ควรที่จะต้องทำให้เป็นความลับอีก<sup>326</sup>

<sup>324</sup> Uniform Mediation Act (UMA) section 2

(8) “Record” means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form.

(9) “Sign” means:

(A) to execute or adopt a tangible symbol with the present intent to authenticate a record; or

(B) to attach or logically associate an electronic symbol, sound, or process to or with a record with the present intent to authenticate a record.

<sup>325</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 318, หน้า 224 – 225.

<sup>326</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 318, หน้า 226.

ข้อ 6 (a) (3) กำหนดขึ้นด้วยเหตุผลเชิงนโยบายว่าเอกสิทธิ์ที่จะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยไม่ควรนำมาใช้เพื่อสนับสนุนต่อการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นเพื่อหรือเชื่อมโยงกับการข่มขู่ทำร้ายร่างกายหรือก่ออาชญากรรมที่รุนแรง และหากพบว่ามี การไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นไม่ว่าเพื่อหรือเชื่อมโยงกับการข่มขู่ทำร้ายร่างกายหรือก่ออาชญากรรมที่รุนแรง การไม่ให้อ้างหลักการรักษาความลับเพื่อมิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยยอมเป็น ประโยชน์ต่อสาธารณะเพื่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ และเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองบุคคลอื่นไปด้วย ทั้งนี้ กรอบการพิจารณาดังกล่าวนี้ต้องพิจารณาอย่างแคบ กล่าวคือ ให้พิจารณาเฉพาะการสื่อสารที่เป็นข้อความข่มขู่ทำร้ายร่างกาย หรือเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมรุนแรง แต่ส่วนที่เหลือที่ไม่ใช่ข้อความลักษณะดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามเอกสิทธิ์ที่จะไม่ถูกเปิดเผย<sup>327</sup>

ข้อ 6 (a) (4) มีขึ้นเพื่อยกเว้นการใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการเกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรม ไม่ว่าจะเพื่อวางแผน พยายาม หรือเป็นการก่ออาชญากรรม ในหลาย ๆ มลรัฐมีการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่ยกเว้นมิให้ใช้บังคับ หากเป็นการไกล่เกลี่ยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญา ความมุ่งหมายของบทบัญญัติข้อนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้เอกสิทธิ์ไปในทางที่ผิด โดยการอ้างเอกสิทธิ์ดังกล่าวนี้เพื่อปกปิดพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการดำเนินคดีอาญาหรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรม เพราะคณะผู้ยกร่าง UMA ก็ได้ตระหนักว่าอาจมีผู้นำเอาหลักการรักษาความลับไปใช้เป็นข้ออ้างเพื่อปกปิดการกระทำผิดโดยเจตนาไม่สุจริตของผู้กระทำเอง<sup>328</sup>

ข้อยกเว้นมิให้อ้างหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้กับกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยเกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรมหรือการมีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรม นับได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่ในหลาย ๆ มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติขึ้นไว้ในกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยภายในมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>329</sup> โดยการยกร่าง UMA คณะผู้ยกร่างไม่ได้นับว่าการ

<sup>327</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 318, หน้า 226 – 227.

<sup>328</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 318, หน้า 228.

<sup>329</sup> ตัวอย่างกฎหมายของมลรัฐในสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติข้อยกเว้นมิให้อ้างหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

ฉ้อโกง (fraud) เป็นการก่ออาชญากรรมตามความในข้อ 6 (a) (4) เพราะในคดีแพ่งส่วนมากมักรวมไปถึงข้อกล่าวหาว่าฉ้อโกง และในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยส่วนมากมักเน้นไปที่การหาหรือถึงกระบวนการเยียวยาเนื่องมาจากการกระทำการฉ้อโกง และบทบัญญัติของกฎหมายภายในรัฐได้กำหนดไม่นับว่าข้อหาฉ้อโกงเป็นส่วนหนึ่งของการก่ออาชญากรรมตามกรณีข้อ 6 (a) (4) มากไปกว่านั้น ข้อยกเว้นตามข้อ 6 (a) (1) ดังกล่าวไม่รวมไปถึงการสื่อสารระหว่างไกล่เกลี่ยที่ได้มีการกล่าวถึงการก่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในอดีต เช่น การไกล่เกลี่ยที่มีการกล่าวถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของคู่กรณีพิพาทที่เคยได้กระทำขึ้นในอดีต<sup>330</sup>

ข้อ 6 (a) (5) เป็นการกำหนดเพื่อส่งเสริมให้เกิดการสร้างความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ย โดยการอนุญาตให้นำเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยไม่เป็นไปตามหลักมาตรฐานจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย ด้วยการกำหนดข้อยกเว้นนี้ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถแก้ต่างเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้สะดวกยิ่งขึ้น<sup>331</sup>

ข้อ 6 (a) (6) เป็นการกำหนด เมื่อมีกรณีการประพฤติผิดไม่เป็นไปตามหน้าที่ทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพหรือมีการทุจริตต่อหน้าที่เกิดขึ้น การกำหนดข้อยกเว้นนี้เพื่อที่ว่าหากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จแล้ว จนพบว่าในระหว่างการไกล่เกลี่ยพบการไม่ปฏิบัติหน้าที่ทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพหรือมีการทุจริตต่อหน้าที่เกิดขึ้น หากมีความจำเป็นต้อง

Title XXX Occupations and Professions

Title 328 - C - Family Mediators

Section 328 - C:9 - Privileged Communications. -

I. Family mediation proceedings shall be held in private, and all communications, oral or written, made in the proceedings shall be privileged and confidential and shall not be disclosed, except as provided in paragraph III of this section.

II. Nothing said by the parties during family mediation sessions shall be admissible in further divorce proceedings.

III. No certified family mediator shall be subpoenaed by any court of competent jurisdiction in this state to disclose any information received from any client unless:

(a) The privilege is waived by all parties to the family mediation case.

(b) A party is alleged to have made during family mediation a material misstatement of fact, which would have constituted perjury if made under oath.

(c) The family mediator has received material information alleging abuse or sexual abuse or neglect as defined by RSA 169-C or RSA 173-B.

(d) The family mediator has received information about a felony or misdemeanor that has been or is about to be committed.

<sup>330</sup> อ่างแล้ว, เชิงบรรณที่ 318, หน้า 227 – 228.

<sup>331</sup> อ่างแล้ว, เชิงบรรณที่ 318, หน้า 228.

พิสูจน์การกระทำของทนายความหรือฝ่ายกฎหมายที่ปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยมิชอบ ทนายความหรือฝ่ายกฎหมายของคู่กรณีพิพาทที่อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยมิชอบในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่อาจยกข้ออ้างว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นความลับเพื่อให้ไม่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยมาใช้พิสูจน์ความจริงเกี่ยวกับข้อกล่าวหาการประพฤติของทนายความหรือฝ่ายกฎหมายที่ถูกกล่าวหา<sup>332</sup>

ข้อ 6 (a) (7) เป็นการกำหนดขึ้นเนื่องจากนโยบายของรัฐเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กสะท้อนถึงการมุ่งหมายเพื่อปกป้องพลเมืองของตนเอง และเมื่อกล่าวถึง “a child or adult protective services agency” ย่อมมีความหมายถึงกลุ่มเป้าหมายที่ครอบคลุมถึงกลุ่มผู้เปราะบางทั้ง 3 กลุ่มหลัก คือ กลุ่มเด็กและเยาวชน กลุ่มผู้สูงอายุ และกลุ่มผู้พิการ และข้อยกเว้นตามข้อ 6 (a) (7) ใช้เฉพาะกับการจำเป็นให้ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยซึ่งหน่วยงานคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและผู้ใหญ่ได้เข้าร่วมเป็นคู่กรณีพิพาทเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่กลุ่มเป้าหมายทั้ง 3 กลุ่มดังกล่าวเป็นคู่กรณีพิพาทในทางส่วนตัว ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้เป็นการให้คุณค่าหรือให้ความสำคัญต่อความจำเป็นในการหาพยานหลักฐานมากกว่าการป้องกันหรือยับยั้งการละเมิดหรือกระทำอันตรายและด้วยข้อยกเว้นนี้เองเป็นการส่งเสริมเพื่อให้เกิดการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ตรงไปตรงมา เช่น หากเป็นการไกล่เกลี่ยที่มีสามีและภริยาที่ประสงค์หย่าขาดระหว่างกันเข้าร่วม สามีได้กล่าวยอมรับในระหว่างการไกล่เกลี่ยว่าตนเองล่วงละเมิดทางเพศเด็ก เช่นนี้หน่วยงานคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กสามารถยกประเด็นดังกล่าวที่มีการกล่าวในระหว่างการไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินคดีเอาผิดกับสามีได้ เพราะเป็นการจำเป็นเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก อย่างไรก็ตาม หากเป็นข้อพิพาทในคดีฟ้องหย่าสามียังคงมีเอกสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองที่สามีมิสิทธิ์ไม่ให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานหลักฐานในคดีฟ้องหย่าได้ ทั้งนี้ การใช้ถ้อยคำว่า “a child or adult protection” เพื่อให้มลรัฐต่าง ๆ ที่จะนำเอา UMA ไปเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายเพื่อใช้บังคับภายในมลรัฐของตนสามารถเลือกใช้ถ้อยคำที่เหมาะสมกับบริบทภายในของมลรัฐตนเองได้<sup>333</sup>

ส่วนข้อ 6 (a) (7) ตอนท้าย กำหนดให้แต่ละมลรัฐอาจเลือกได้ว่าจะยกกฎหมายที่มีแนวทางเป็นตามข้อ 6 (a) (7) โดยยกร่างบทบัญญัติให้ปรับใช้ข้อยกเว้นกับกรณีที่เป็นคดีความที่ศาลหรือหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ได้ยกขึ้นอ้างเพื่อใช้ประกอบการวินิจฉัยคดี หรือจะยกร่างบทบัญญัติให้ปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องมีการกล่าวอ้างโดยศาลหรือหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ก็ได้<sup>334</sup>

<sup>332</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 318, หน้า 229.

<sup>333</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 318, หน้า 229 – 231.

<sup>334</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 318, หน้า 231.



การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์มิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือการมิให้เปิดเผยพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย มีวัตถุประสงค์เพื่อพยายามให้เกิดการยุติระดับข้อพิพาทเวลา มีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยเจตนาที่ว่าหากการพยายามเพื่อยุติข้อพิพาทไม่ประสบความสำเร็จ ก็จะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุที่ทำให้เกิดการไม่ประสบความสำเร็จต่อศาล<sup>335</sup> ซึ่งของแต่ละมลรัฐมีการกำหนดรูปแบบของการรักษาความลับไว้อย่างหลากหลายแตกต่างกัน ดังนั้น คู่กรณีแต่ละฝ่ายจึงจะต้องพิจารณาว่าในแต่ละเขตอำนาจศาลมีการกำหนดขอบเขตของการรักษาความลับไว้มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ บางบทบัญญัติอาจกำหนดเฉพาะแต่เพียงข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอันเป็น “ประเด็นข้อพิพาท” เท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักการรักษาความลับ การกำหนดเช่นนี้อาจเป็นช่องทางนำไปสู่การระงับการมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย เพราะอาจมีการตีความลักษณะของประเด็นข้อพิพาทในความหมายอย่างแคบ จนทำให้การดำเนินการไกล่เกลี่ยที่อาศัยบริบทอื่นแวดล้อมประกอบด้วย เพื่อให้การระงับข้อพิพาทประสบความสำเร็จไม่สามารถบรรลุผลได้ แต่บางมลรัฐก็กำหนดขอบเขตการคุ้มครองข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานในลักษณะอย่างกว้าง โดยให้ถือว่าทุกสิ่งที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยให้ถือเป็นความลับโดยไม่มีข้อยกเว้น<sup>336</sup>

(2) บทบัญญัติกำหนดต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน

นอกจากข้อ 8 ของ UMA ได้กำหนดหลักไว้ว่าข้อเท็จจริงที่ได้จากการดำเนินการกระบวนการไกล่เกลี่ยต้องห้ามไม่ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลแล้ว กฎหมายสหพันธรัฐด้วยพยานหลักฐาน (The Federal Rules of Evidence) ได้กำหนดให้ความคุ้มครอง ตาม Rule 408 กำหนดว่าพยานหลักฐานหรือถ้อยคำอันเกี่ยวกับการเจรจาไกล่เกลี่ยไม่เป็นที่ยอมรับ ไม่สามารถนำมาเพื่อพิสูจน์ความผิดตามที่เรียกร้องได้<sup>337</sup> มีความหมายโดยนัยว่ามีให้นำเสนอพยานหลักฐานหรือถ้อยคำที่ได้มาจากการดำเนินการกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อนำมาใช้พิสูจน์หักล้างในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งนี้ ตามแนวของคอมมอนลอว์ ถ้อยคำที่เป็นข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้นที่ไม่อาจยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความรับผิดหรือ

<sup>335</sup> Owen V. Gray, "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation," *Osgoode Hall Law Journal* 36, 4 (1998): 677.

<sup>336</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 422 - 424.

<sup>337</sup> Federal Rule of Evidence 408

Evidence of (1) furnishing or offering or promising to furnish, or (2) accepting or offering or promising to accept, a valuable consideration in compromising or attempting to compromise a claim which was disputed as to either validity or amount, is not admissible to prove liability for or invalidity of the claim or its amount. Evidence of conduct or statements made in compromise negotiations is likewise not admissible.

เพื่อใช้สิทธิเรียกร้องได้<sup>338</sup> ส่วนการเปิดเผยพยานหลักฐานอื่น ๆ ยังคงยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้<sup>339</sup> และยังกำหนดให้เฉพาะพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยที่แสดงถึงการให้หรือการเสนอว่าจะให้ผลประโยชน์ หรือเป็นพยานหลักฐานที่แสดงถึงการยอมรับหรือการเสนอที่เกิดขึ้นในชั้นการประนีประนอมซึ่งยังคงมีประเด็นโต้แย้งกันในเรื่องความถูกต้องหรือจำนวนเงินที่ทำการตกลงกันไม่ให้ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม Rule 408 ไม่ได้ยกเว้นไม่ให้ยอมรับฟังพยานหลักฐานบางอย่าง เช่น เพื่อพิสูจน์ว่าเป็นพยานบุคคลที่อาจให้ข้อเท็จจริงที่มีความลำเอียง หรือเป็นพยานบุคคลที่ถูกกำหนดไม่ให้เปิดเผยข้อเท็จจริง หรือเพื่อพิสูจน์ปฏิเสธข้อโต้แย้งว่ามีดำเนินกระบวนการล่าช้าเกินสมควร<sup>340</sup> ทำให้หลักฐานดังกล่าวยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ทั้งนี้ Rule 408 ก็ไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตรง ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบ เขต หรือลักษณะของการเปิดเผยไว้<sup>341</sup> และขยายความตามหลักคอมมอนลอว์ให้กว้างขึ้นโดยกำหนดหลักการเพิ่มเติมว่า พยานหลักฐานที่อาจอนุมานได้ถึงข้อยุติหรือข้อตกลงในการเจรจาประนีประนอมยอมความก็ไม่ให้ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานด้วย การกำหนดในลักษณะดังกล่าวก็เพื่อส่งเสริมให้การไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาท ซึ่งการไกล่เกลี่ยมีความมุ่งหมายที่จะนำไปสู่การสร้างสันติภาพระหว่างกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรจะดำรงรักษาไว้มากกว่าการจำเป็นเพื่อแสวงหาความจริง และเพื่อจำแนกพยานหลักฐานที่โดยทั่วไปแล้วมีน้ำหนักที่อาจรับฟังได้น้อย<sup>342</sup> และยังสามารถกำหนดให้กรณีจำเป็นเพื่อพิสูจน์โต้แย้งความถูกต้องของมูลค่าของเงินที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ได้ใช้สิทธิเรียกร้องอีกด้วย<sup>343</sup>

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ Rule 408 ใช้เฉพาะกับกรณีที่เกิดเป็นคดีความขึ้นภายหลังการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และมีการอ้างเพื่อใช้พยานหลักฐานที่เกิดข้อเท็จจริงในชั้นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นความลับ ดังนั้น ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยซึ่งไม่ได้เป็นคู่ความในคดี ไม่สามารถคัดค้านการเปิดเผยข้อเท็จจริงในชั้นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในการสืบพยานได้ เพราะฉะนั้น Rule 408 จึงไม่คุ้มครองถึงการเปิดเผยข้อเท็จจริง

<sup>338</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 418.

<sup>339</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 144.

<sup>340</sup> Owen V. Gray, "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation," *Osgoode Hall Law Journal*: 676.

<sup>341</sup> Kent L. Brown, "Comment Confidentiality in Mediation: Status and Implications," *JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION*, 2 (1991): 312 - 313.

<sup>342</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 418.

<sup>343</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 270.

จากการไกล่เกลี่ยที่อาจเกิดขึ้นก่อนสืบพยานในชั้นศาล ด้วยเหตุนี้จึงถือเป็นการกีดกันทางอ้อมในการสร้างการมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย<sup>344 345</sup>

การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย พบว่ามีการวินิจฉัยคดี โดยศาลจะพิจารณายึดจากแนวทางเรื่องประโยชน์สาธารณะ (public interest) มาเป็นหลักในการพิจารณาตั้งต้นก่อน ซึ่งจะส่งผลต่อผลลัพธ์ของการวินิจฉัยคดีว่าควรจะให้น้ำหนักในผลของการวินิจฉัยคดีในเรื่องนั้น ๆ เป็นอย่างไร ในคดี *National Labor Relations Board (NLRB) v Joseph Macaluso, Inc. (1980)*<sup>346</sup> ข้อเท็จจริงได้ความว่าคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ (NLRB) ได้พิจารณารณีที่ฝ่ายนายจ้างและฝ่ายสหภาพแรงงาน (ฝ่ายลูกจ้าง) ได้เจรจาดอรงกัน โดยฝ่ายนายจ้างได้ตอบรับคำขอของฝ่ายสหภาพแรงงานแล้วบรรลุข้อตกลงดังกล่าวโดยทำอยู่ในรูปข้อตกลงด้วยวาจา อย่างไรก็ตามข้อตกลงด้วยวาจาดังกล่าวฝ่ายนายจ้างได้ปฏิเสธที่จะทำให้อีกฝ่ายอยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร ทำให้การเจรจาดังกล่าวล้มเหลว ฝ่ายบริษัท Joseph Macaluso ได้มีคำร้องขอต่อศาลให้หมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาเพื่อให้การที่สามารถแก้ไขระงับข้อพิพาทได้ และการให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวสามารถกระทำได้ ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย เพราะข้อพิพาทระหว่างฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างที่เกิดขึ้นไม่เป็นความลับ จึงไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการรักษาความลับ ส่วนฝ่าย NLRB เห็นว่าควรเพิกถอนหมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาให้การเป็นพยานต่อศาล มิฉะนั้นจะเป็นการทำลายหลักการของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะต้องรักษาความลับและความเป็นกลาง<sup>347</sup> ศาลอุทธรณ์ The ninth circuit โดยผู้พิพากษา William J. Jameson พิจารณาแล้ว เห็นว่าหากให้ผู้ไกล่เกลี่ยมาให้การในฐานะพยานของคดี จะทำให้เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้าง และเพื่อช่วยให้การดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทประสบความสำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักความเป็นกลาง โดยทำให้คู่กรณีพิพาทมีความรู้สึกเป็นอิสระที่จะได้พูดคุยหรือโดยไม่ต้องกังวลว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะทำการเปิดเผยข้อมูลในฐานะพยานของคดีในภายหลังการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย แต่หากผู้ไกล่เกลี่ยได้รับอนุญาต หรือมีความจำเป็นต้องให้การในฐานะพยานเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง หรือเป็นกรณีจำเป็นต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ไกล่เกลี่ย จะต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะจะมีมากกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับจากคำให้การในฐานะพยานของผู้ไกล่เกลี่ยเพียงใด การ

<sup>344</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 419 - 420.

<sup>345</sup> Owen V. Gray, "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation," *Osgoode Hall Law Journal*: 676.

<sup>346</sup> "National Labor Relations Board V. Joseph Macaluso, Inc.," (U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 1980).

<sup>347</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 151.

ที่ฝ่าย NLRB ขอให้เพิกถอนหมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาให้การในฐานะพยานนั้น จะอนุญาตให้เพิกถอนได้ต่อเมื่อการตัดไม่ให้พยานดังกล่าวมีผลต่อสาระเหนือกว่าหลักการพื้นฐานของกฎหมายแองโกลอเมริกันที่ว่าสาระย่อมมีสิทธิเข้าถึงพยานหลักฐานของทุก ๆ คน ซึ่งเป็นหลักการที่อยู่เหนือวิธีการทั้งหมดในการค้นหาความจริง การเพิกถอนดังกล่าวที่ฝ่าย NLRB เรียกร้องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ จะต้องมีความจำเป็นในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง แต่สำหรับกรณีนี้ การยอมรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ไกล่เกลี่ยที่ฝ่ายบริษัท Joseph Macaluso ได้ร้องขอให้หมายเรียกเข้ามาในคดีนั้นจะเป็นผลร้ายและเป็นอันตรายมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับการรับฟังข้อเท็จจริงจากพยานที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย<sup>348</sup> ดังนั้น แม้ว่าการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยโดยการไม่รับฟังข้อเท็จจริงจากคำให้การของผู้ไกล่เกลี่ยมีความจำเป็นต่อการรักษาระบบการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้สามารถบรรลุผลของการระงับข้อพิพาทได้อย่างสมบูรณ์ แต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาททางแรงงานมีความจำเป็นต่อการรักษาความมั่นคงทางอุตสาหกรรม ประโยชน์สาธารณะและการรักษาความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคุณค่าที่มีน้ำหนักมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับจากพยานหลักฐานบางอย่าง จึงเห็นควรเพิกถอนหมายเรียกผู้ประนีประนอมมาให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท<sup>349</sup>

ต่อมาแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะได้ส่งผลกระทบต่อแนวการพิจารณาวินิจฉัยคดีอื่น ๆ ซึ่งมีผลการวินิจฉัยโดยวางหลักการมิให้นำเอาพยานหลักฐานหรือถ้อยคำที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้พิสูจน์หักล้างคดี โดยได้ปรากฏในคำสั่งไกล่เกลี่ยในคดี *United States v Exxon Corp. (1991)* ข้อเท็จจริงได้ความว่าในตอนเย็นของวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1990 ได้เกิดเหตุน้ำมันปริมาณกว่า 500,000 แกนลอนรั่วไหลจากท่อใต้ดินซึ่งอยู่ในความดูแลของ Exxon Corporation น้ำมันดังกล่าวได้รั่วไหลไปถึงมลรัฐนิวยอร์กและมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สร้างความเสียหายแก่ประชาชนและสัตว์ป่าที่อยู่บริเวณริมฝั่งของแม่น้ำ ทำให้รัฐบาลของมลรัฐดังกล่าวจะดำเนินคดีกับ Exxon Corp. และจะดำเนินการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายทางแพ่ง ผู้พิพากษา Edward W. Beglin Jr. ซึ่งเป็นองค์คณะพิจารณาคดีได้สั่งให้คู่ความในคดีไปดำเนินการหาผู้ไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตามกรณีนี้มีอุปสรรคสำคัญที่ทุกฝ่ายต่างเรียกร้อง คือ การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ประเด็นที่เกี่ยวข้องนี้จะจัดการกับข้อมูลที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้รวบรวมไว้ใช้เพื่อต่อสู้คดีอย่างไร และมีความกังวลถึงความเป็นไปได้ที่อาจถูกเปิดเผยหรือถูกค้นพบเอกสารหลักฐานบางอย่างของฝ่ายตน ในที่สุดคู่ความทั้งสองฝ่ายจึงได้ตกลงกันไว้ว่า การสื่อสารกันระหว่างการไกล่เกลี่ยทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม และในข้อตกลง

<sup>348</sup> Ibid., 152 - 153.

<sup>349</sup> Owen V. Gray, "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation," *Osgoode Hall Law Journal*: 683 - 684.

ดังกล่าวได้มีการตกลงกัน โดย Exxon Corporation ตกลงชำระเงินให้แก่รัฐบาล จำนวน 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ เพื่อใช้ดำเนินการทดแทนหรือฟื้นฟูที่ดินที่ได้รับความเสียหายจากการรั่วไหลของน้ำมัน และ Exxon Corporation ต้องจัดให้มีการฝึกอบรมเกี่ยวกับการถ่าน้ำมันและการทำความสะอาดคราบน้ำมันที่รั่วไหล และคู่ความทุกฝ่ายต้องจัดให้มีการแลกเปลี่ยนและเผยแพร่ความรู้ทั่วไปเพื่อส่งเสริมการศึกษาทางวิทยาศาสตร์สิ่งแวดล้อมด้วย โดยศาลได้พิพากษาตามยอม<sup>350</sup> ซึ่งคดีนี้ชี้ให้เห็นถึงการรักษาความลับว่า “การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้มีลักษณะเป็นการส่วนตัว (private) เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จ และการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยควรจะต้องถูกกำหนดไว้โดยกฎระเบียบของศาล ซึ่งจะมีประสิทธิภาพในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากกว่าการตกลงกันเองของคู่กรณีพิพาท”<sup>351</sup> และ “การเจรจาและการดำเนินการที่ถูกบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยซึ่งอยู่ภายใต้ข้อกำหนดการรักษาความลับข้างต้นจะไม่ใช่ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม”<sup>352</sup> แต่ไม่ได้ระบุไว้ว่า หากพยานหลักฐานหรือถ้อยคำเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย หากถูกค้นพบได้แล้วจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร<sup>353</sup> เพราะกฎดังกล่าวกลับมีข้อยกเว้นมิให้นำมาใช้บังคับกับการดำเนินคดีปกครอง และเขตอำนาจศาลที่มีได้บังคับใช้<sup>354</sup> โดยให้เหตุผลเพียงว่าในคดีเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ได้เสียของประชาชน อันเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ จึงไม่สมควรที่จะปกปิดความลับในเรื่องที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชน ทำให้พยานหลักฐานหรือถ้อยคำเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยดังกล่าวจึงอาจถูกขอให้เปิดเผยเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ตามข้อยกเว้นนั้น ทั้งตาม Rule 408 มีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัด ใช้เฉพาะการเรียกร้องบังคับเอากับเงิน ดังนั้น ไม่อาจนำไปใช้เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นอื่น เช่น พิสูจน์เพื่อปฏิเสธเรื่องความล่าช้าเกินสมควร<sup>355</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายดังกล่าวก็มิได้ให้ความคุ้มครองในการรักษาความลับได้เท่าที่ควร นอกจากนี้คดี *United States v Exxon Corp. (1991)* ยังมีประเด็นว่าด้วยเรื่องของความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยที่มีต่อบุคคลภายนอกว่า ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ความรับผิดชอบในการเปิดเผยข้อมูลบางอย่างให้แก่บุคคลภายนอกหรือไม่ จากคดีนี้อาจกล่าวได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่เพียงดำเนินการให้ประสบ

<sup>350</sup> Max, E. R., "Confidentiality in Environmental Mediation," *New York University Environmental Law Journal*: 217 - 220.

<sup>351</sup> *Ibid.*, 221.

<sup>352</sup> *Ibid.*, 219 - 220.

<sup>353</sup> *Ibid.*, 215.

<sup>354</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 4.

<sup>355</sup> Max, E. R., "Confidentiality in Environmental Mediation," *New York University Environmental Law Journal*: 215.

ความสำเร็จ แต่ไม่สามารถกำหนดผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นได้ว่าจะให้ผลลัพธ์ของเรื่องเป็นอย่างไร เพราะถือว่าผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีพิพาทโดยแท้ อย่างไรก็ตามผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีหน้าที่ผูกพันว่าต้องเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ ทั้งนี้ เหตุแห่งการเปิดเผยข้อมูลย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>356</sup>

มีตัวอย่างของคดีที่ปรากฏใน *re Anonymous* ข้อเท็จจริงได้ความว่าศาลอุทธรณ์ The fourth circuit มีคำสั่งให้คู่กรณีพิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าด้วยการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม โดยพบว่านายของโจทก์ได้ยื่นคำร้องขอให้ผู้ไกล่เกลี่ยของศาลอุทธรณ์ The fourth circuit ยินยอมให้เปิดเผยข้อความที่ได้จัดทำขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยดังกล่าวจึงได้ส่งประเด็นไปให้ศาลพิจารณา จึงมีประเด็นว่าคำร้องขอดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อกฎว่าด้วยการรักษาความลับของศาลอุทธรณ์ The fourth circuit หรือไม่ โดยกฎดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า “ข้อมูลที่มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องเป็นความลับ และจะต้องไม่ถูกเปิดเผยไปยังองค์คณะผู้พิพากษาเพื่อใช้ในการพิจารณาคดีของศาล หรือต่อบุคคลที่มีได้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่รักษาความลับ ผู้ไกล่เกลี่ย นายความของคู่กรณีพิพาท และผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยอื่น ๆ ต้องไม่เปิดเผยข้อความ เอกสาร หรือการอภิปรายระหว่างกัน เว้นแต่ได้รับอนุมัติไว้ล่วงหน้าก่อน” ในกรณีศาลได้วินิจฉัยโดยสรุปว่า ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยไม่ควรถูกลงโทษเนื่องจากได้กระทำละเมิดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับ หากการเปิดเผยอันมีลักษณะเป็นการละเมิดดังกล่าวไม่ได้กระทำขึ้นโดยเจตนาทุจริต และไม่ได้ส่งผลกระทบต่อข้อพิพาท หรือมีผลกระทบต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทน้อยมาก ทั้งนี้ ในการพิจารณา ศาลอุทธรณ์ The fourth circuit ได้ใช้ดุลยพินิจซึ่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าความสำคัญของการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะเมื่อการไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นจากการคำสั่งของศาล เทียบกับประโยชน์สาธารณะประกอบกับความจำเป็นในการปกป้องสิทธิของคู่กรณีพิพาท ทั้งนี้ ศาลได้สรุปว่าคู่กรณีพิพาทสามารถเปิดเผยข้อมูลได้โดยจำกัด หากได้รับความยินยอมให้เปิดเผยได้จากคู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย และสิ่งสำคัญต่อผลลัพธ์ของข้อพิพาท การเปิดเผยจะต้องกระทำในทางลับ และให้น้อยที่สุดเท่าที่เพียงพอต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ในคดีนี้ศาลรับฟังการข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการสนทนาที่เปิดเผยโดยจำกัดและบันทึกเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเท่านั้น<sup>357</sup>

ในคดี *re Anonymous* พบว่ามีข้อนำกังวล 3 ประการที่ทำให้ศาลอุทธรณ์ The fourth circuit เร่งพิจารณาวินิจฉัย คือ<sup>358</sup>

<sup>356</sup> Ibid., 222.

<sup>357</sup> Sarah Rudolph Cole, "Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled," *Kansas Law Review* 54, 5 (2006): 1431 - 1432.

<sup>358</sup> Ibid., 1432.

(1) กฎเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดของศาลขาดความชัดเจนว่าสิ่งใดอาจกระทำได้หรือไม่อาจกระทำได้ในระหว่างการใกล้ชิด

(2) การยอมรับของคู่กรณีพิพาทบางอย่างอยู่นอกเหนือข้อพิพาท และ

(3) คู่กรณีพิพาทได้มีการสื่อสารออกนอกเหนือไปจากวงการใกล้ชิด ถึงแม้ว่าเรื่องที่ตนได้สื่อสารออกไปนั้นจะเป็นความลับก็ตาม

แต่กระนั้นก็ตาม แม้คดีนี้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดของศาลขาดความชัดเจน แต่ก็พบว่าผลประโยชน์เป็นตัวเงินของคู่กรณีพิพาทที่ถูกละเมิดมีมากกว่าต้นทุนของการดำเนินกระบวนการใกล้ชิด ศาลจึงได้กำหนดบทลงโทษแก่คู่กรณีพิพาทที่กระทำการละเมิดเพียงเล็กน้อย ดังนั้น ในคดีนี้จึงอาจมีข้อสังเกตว่า หากข้อเท็จจริงได้ความใหม่ว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับของศาลมีความชัดเจน และการกระทำละเมิดของคู่กรณีพิพาทที่ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ศาลก็อาจพิจารณาลงโทษต่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงได้รุนแรงกว่าที่ศาลได้ลงโทษในคดีนี้<sup>359</sup>

จากการพิจารณาจากแนวทางการวินิจฉัยของคดีตัวอย่างทั้งสามคดีเบื้องต้น จะเห็นได้ว่า ศาลจะพิจารณาคดีโดยตั้งต้นจากหลักว่าด้วยเรื่องของประโยชน์สาธารณะ (public interest) ก่อนว่า ในประเด็นข้อพิพาทหรือในข้อที่จะต้องวินิจฉัยในเรื่องนั้น ๆ เมื่อเทียบกับเหตุจำเป็นในการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดแล้ว เป็นเหตุอันสมควรที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดหรือไม่ ดังนั้น การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดจึงอาจเปิดเผยหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าประเด็นข้อพิพาทของเรื่องนั้น ๆ มีเหตุจำเป็นจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดหรือไม่ และจากข้อเท็จจริงในเรื่องดังกล่าวจะต้องพิจารณาวินิจฉัยไปด้วยว่าในเรื่องที่เป็นประเด็นข้อพิพาทเรื่องนั้น ๆ การกระทำที่เรียกร้องให้ศาลมีคำสั่งนั้น เพราะเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จะต้องเป็นการให้มีการยอมรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดหรือเป็นการไม่สมควรยอมรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิด โดยการวินิจฉัยว่าจะยอมรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดเป็นพยานหลักฐานแห่งคดีนั้นหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าเป็นเรื่องจำเป็นที่ต้องรับฟังเพราะจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามดังที่ได้ศึกษาไปในเบื้องต้นตามหัวข้อ 3.3.1 (1) แล้วว่า ปัจจุบันหลักดังกล่าวเป็นที่ยุติ เมื่อมีบทบัญญัติ UMA ซึ่งถูกยกร่างขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2001 กำหนดว่าแม้โดยหลักแล้วข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดข้อพิพาทจะต้องไม่ถูกเปิดเผยและเป็นความลับ แต่หากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ย่อมเป็นเหตุอันสมควรที่ต้องห้ามมิให้อ้างเอกลีขีที่ที่จะปฏิเสธไม่ให้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จากการใกล้ชิดข้อพิพาท หรือข้อเท็จจริงจากกระบวนการดังกล่าว เพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี หากศาล หน่วยงานทางปกครอง หรืออนุญาโตตุลาการ หากเห็นว่าคู่กรณีฝ่ายที่แสวงหาข้อเท็จจริงได้

<sup>359</sup> Ibid.

แสดงให้เห็นว่าพยานหลักฐานที่อ้างถึงนั้นไม่มีอยู่จริง และการกระทำเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานมีความสำคัญมากกว่าการรักษาผลประโยชน์ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ย่อมเป็นเหตุอันสมควรที่ศาลมีอำนาจสั่งให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยและรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงในคดีเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป

กฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Rules of Evidence) N.J.R 52 แม้กำหนดมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่แสดงว่ามีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่ข้อกำหนดดังกล่าวยกเว้นมิให้ใช้บังคับ เมื่อถูกร้องขอเพื่อนำมาใช้ในการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง<sup>360</sup> แสดงให้เห็นว่าแม้เจตนารมณ์ต้องการให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกควบคุมเป็นความลับ แต่กลับถูกยกเว้นได้ ทำให้การดำเนินกระบวนการดังกล่าวถูกเปิดเผยและไม่เป็นความลับอีกต่อไป

หากยกตัวอย่างกฎหมายระดับมลรัฐที่ว่าด้วยการรักษาความลับเกี่ยวข้องกับไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีกฎหมายว่าด้วยการกำกับการปฏิบัติของผู้ไกล่เกลี่ย (The California Rules of Conduct for Mediators) กำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ยต้องปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตลอดเวลา ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่รักษาความลับโดยไม่สามารถใช้ข้อมูลที่ได้มาในลักษณะเป็นความลับนอกกระบวนการไกล่เกลี่ย และในประมวลกฎหมายพยานหลักฐาน (California Evidence Code) มาตรา 1119<sup>361</sup> กำหนดในลักษณะที่ว่า พยานหลักฐานที่กล่าวถึงการยอมรับอย่างใด ๆ ที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการไกล่เกลี่ย หรือเพื่อให้คำปรึกษาในการไกล่เกลี่ย ให้เป็นความลับ โดยมีข้อยกเว้นอยู่ในมาตรา 703.5<sup>362</sup> กำหนดว่า

<sup>360</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 5.

<sup>361</sup> California Evidence Code Section 1119

Except as otherwise provided in this chapter:

(a) No evidence of anything said or any admission made for the purpose of, in the course of, or pursuant to, a mediation or a mediation consultation is admissible or subject to discovery, and disclosure of the evidence shall not be compelled, in any arbitration, administrative adjudication, civil action, or other noncriminal proceeding in which, pursuant to law, testimony can be compelled to be given.

(b) No writing, as defined in Section 250, that is prepared for the purpose of, in the course of, or pursuant to, a mediation or a mediation consultation, is admissible or subject to discovery, and disclosure of the writing shall not be compelled, in any arbitration, administrative adjudication, civil action, or other noncriminal proceeding in which, pursuant to law, testimony can be compelled to be given.

(c) All communications, negotiations, or settlement discussions by and between participants in the course of a mediation or a mediation consultation shall remain confidential.

(Added by Stats. 1997, Ch. 772, Sec. 3. Effective January 1, 1998.)

<sup>362</sup> California Evidence Code Section 703.5



ผู้ไกล่เกลี่ยไม่อาจให้การเป็นพยานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ก่อนการดำเนินการไกล่เกลี่ยดังกล่าวจะเสร็จสิ้น<sup>363</sup>

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษายังพบว่ามิดิที่นำเสนอใจควรนำมาเปรียบเทียบให้เห็นถึงแนวการวินิจฉัย คดีแรกศาลสูงสุด (The supreme court) แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วางหลักการเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่า “ไม่มีข้อยกเว้นอย่างใด ๆ เกี่ยวกับการรักษาความลับอันเนื่องมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” ซึ่งปรากฏมาจากคำพิพากษาในคดี *Rojas v Superior Court (2004)* ซึ่งเกี่ยวข้องกับการที่กลุ่มผู้เช่าอาคารแห่งหนึ่งได้ร้องขอต่อศาลว่าพวกเขามีความจำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานที่เป็นภาพถ่ายแสดงถึงความชำรุดบกพร่องของอาคารที่พวกเขาเช่าอยู่ เพื่อประกอบการฟ้องร้องว่าการก่อสร้างอาคารมีความบกพร่อง ทำให้ส่งผลต่อสุขภาพของผู้เช่าอาคารอย่างร้ายแรง ซึ่งภาพถ่ายดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่มีการแสดงขึ้นในชั้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่าง Rojas ซึ่งเป็นเจ้าของอาคารกับผู้รับเหมาก่อสร้าง ซึ่งกลุ่มผู้เช่าดังกล่าวไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่มีความจำเป็นเพื่อนำมาใช้พิสูจน์ความชำรุดบกพร่องของอาคารที่เช่า ซึ่งพวกเขาไม่สามารถหาพยานหลักฐานที่ปรากฏข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวจากที่อื่นได้อีกแล้ว จึงจำเป็นต้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้เปิดเผยพยานหลักฐานภาพถ่ายดังกล่าวเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม รวมถึงผู้เช่าได้โต้แย้งถึงประเด็นการรักษาความลับเกี่ยวกับภาพถ่ายดังกล่าวว่า การรักษาความลับอันเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กฎหมายคุ้มครองแต่เพียงเฉพาะเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เช่น การเจรจา การสื่อสารระหว่างกัน เป็นต้น ไม่รวมถึงพวข้อมูลดิบ (raw data) เช่น ภาพถ่าย ท้ายสุด Supreme Court ได้ตีความว่าข้อมูลในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นความลับ รวมไปถึงการขอให้คุ้มครองความลับทั้งจากข้อมูลที่เป็นการเจรจารายงานบันทึกการประชุมหารือ รวมถึงภาพถ่ายที่มีการแสดงกันในเวทีไกล่เกลี่ยด้วย<sup>364</sup> มิใช่เพียงเฉพาะการเจรจา ยังรวมไปถึงการสื่อสารระหว่างกันในเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย จะเห็นได้ว่า

---

No person presiding at any judicial or quasi-judicial proceeding, and no arbitrator or mediator, shall be competent to testify, in any subsequent civil proceeding, as to any statement, conduct, decision, or ruling, occurring at or in conjunction with the prior proceeding, except as to a statement or conduct that could (a) give rise to civil or criminal contempt, (b) constitute a crime, (c) be the subject of investigation by the State Bar or Commission on Judicial Performance, or (d) give rise to disqualification proceedings under paragraph (1) or (6) of subdivision (a) of Section 170.1 of the Code of Civil Procedure. However, this section does not apply to a mediator with regard to any mediation under Chapter 11 (commencing with Section 3160) of Part 2 of Division 8 of the Family Code.

(Amended by Stats. 1994, Ch. 1269, Sec. 7. Effective January 1, 1995.)

<sup>363</sup> Deleissegues, C., "Mediation Confidentiality: Has It Gone Too Far?," *University of La Verne Law Review*: 133 - 134.

<sup>364</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, pp. 254 - 255.

แม้การตัดสินเช่นนี้เป็นการสร้างความยากลำบากให้แก่กลุ่มผู้เช่า แต่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักการของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่ามีความจำเป็น และเป็นการวางบรรทัดฐานอันสำคัญยิ่งของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันสามารถกระทำได้ภายใต้การให้เอกสิทธิ์เพื่อคุ้มครองข้อมูลเหล่านั้น<sup>365</sup> เพื่อสร้างความมั่นใจในการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างกัน

แต่ในคดีที่สอง *Olam v Congress Mortgage Co.* ซึ่งเป็นคดีของศาลแขวงสหรัฐอเมริกาประจำแคลิฟอร์เนียเหนือ (United States District Court for the Northern District of California) ข้อเท็จจริงได้ความว่าภายหลังการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นเวลายาวนานหลายสิบชั่วโมง คู่กรณีพิพาทได้บรรลุข้อตกลงและจัดให้มีการทำบันทึกข้อตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร ต่อมาคู่กรณีฝ่ายโจทก์ได้ปฏิเสธที่จะลงนามในบันทึกข้อตกลงยุติคดี โดยอ้างว่าขณะที่ฝ่ายโจทก์จะลงนามในบันทึกข้อตกลง ได้อยู่ภายใต้การใช้อิทธิพลที่ไม่เหมาะสมครอบงำ คดีนี้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันแต่แรกที่จะให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ศาลจึงพิจารณาแล้วว่ากรณีเป็นการจำเป็นต้องมีบันทึกคำให้การของผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเกิดเหตุขึ้น อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้ศึกษาไปเบื้องต้นแล้วว่า พยานหลักฐานที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นความลับ แต่ศาลก็พิจารณาแล้วเห็นว่า ควรสร้างจุดสมดุลระหว่างความจำเป็นในการให้การเป็นพยานกับภัยคุกคามอันเป็นอันตรายที่เป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นต่อกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>366</sup> แม้มาตรา 1119 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะพยานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย จะกำหนดให้การใด ๆ ที่ได้พูดหรือเปิดเผยยอมรับใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการไกล่เกลี่ย หรือเพื่อการปรึกษาหารือเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย จะไม่ยอมรับให้เปิดเผยหรือรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีของศาล หรือในการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ และโดยมาตรา 703.5 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะพยานแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย จะกำหนดไม่ให้ผู้ไกล่เกลี่ยให้การเป็นพยานในการดำเนินคดีก่อนที่การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะเสร็จสิ้น แต่ศาลในคดีเห็นว่าแม้การตัดสินให้ผู้ไกล่เกลี่ยเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นพยานหลักฐาน จะส่งผลกระทบต่อการบรรลุเป้าหมายของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และเป็นการกระทบต่อความเป็นเอกสิทธิ์ของคู่กรณีพิพาทที่ประสงค์ให้การไกล่เกลี่ยเป็นความลับ และแม้ว่าศาลจะเคยวินิจฉัยว่าการรักษาความลับเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และถึงแม้ว่าหากบังคับให้ผู้ไกล่เกลี่ยมาให้การเป็นพยาน ย่อมจะส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือและความไว้วางใจต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย แต่คดีนี้หากยินยอมให้คู่กรณีพิพาทคัดค้านการให้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยาน ย่อมจะส่งผลทำให้ต้องเผชิญกับ

<sup>365</sup> Deleissegues, C., "Mediation Confidentiality: Has It Gone Too Far?," *University of La Verne Law Review*: 134.

<sup>366</sup> Sarah Rudolph Cole, "Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled," *Kansas Law Review*: 1446 - 1447.

สถานการณ์การวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่ทำได้ยากขึ้นอย่างมาก ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ประกอบกับในคดีนี้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายต้องการให้ผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานเพื่อพิสูจน์ทราบถึงสิ่งที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย จึงเห็นควรให้นำผู้ไกล่เกลี่ยมาให้การเป็นพยานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง<sup>367</sup>

จากทั้งสองคดี ย่อมพิจารณาได้ว่าการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ เพื่อเป็นการเคารพต่อเอกสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของข้อมูลที่มีการเปิดเผยกันในกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยไม่อาจเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกหรือแม้กระทั่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลได้ แต่มีข้อยกเว้นว่าหากศาลเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ประกอบกับเป็นความยินยอมของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายที่ต้องการให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ย่อมเป็นกรณีที่สามารนำมาเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเปิดเผยออกมาสู่ภายนอก เพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้

(3) มาตรการทางกฎหมายในกรณีที่มีการนำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปใช้ในทางที่ผิด

ในหลาย ๆ คดีจะพบว่า หากข้อเท็จจริงได้ความว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่นำมาปรับใช้กับข้อพิพาทในเรื่องนั้น ๆ มีการกำหนดข้อยกเว้นการรักษาความลับไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเพราะด้วยเหตุผลใด ๆ อันเกี่ยวกับเหตุผลในเชิงนโยบายสาธารณะ หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดละเมิดหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยแล้ว หากไม่เข้าข้อยกเว้น ศาลมีแนวโน้มที่จะตัดสินคดีไปในทางลงโทษคู่กรณีพิพาทที่ใช้ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการสื่อสารในระหว่างการไกล่เกลี่ย แต่ถ้ากฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีความชัดเจนแล้ว ศาลจะปฏิเสธที่จะลงโทษ<sup>368</sup> การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษกรณีนำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในทางที่ผิดสืบเนื่องมาจากความมุ่งหมายของศาลเพื่อคุ้มครองจากความพยายามในการบ่อนทำลายกระบวนการทำงานของระบบตุลาการ เช่น หมายความได้ให้การอันเป็นเท็จต่อศาล หรือจงใจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีการกระทำในทางที่ผิดโดยการไม่รักษาความลับที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย หลาย ๆ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีความคิดเห็นว่า พฤติกรรมดังกล่าวที่ได้กระทำต่อศาล แม้มีความไม่เหมาะสมแต่ไม่อาจลงโทษได้ เพราะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยของแต่ละท้องถิ่นไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะให้อำนาจแก่ศาลลงโทษ<sup>369</sup> ประกอบกับการละเมิดการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย คล้ายคลึงกับการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยการ

<sup>367</sup> *Olam v Congress Mortgage Co.* (1999), p.1132 – 1134

<sup>368</sup> Sarah Rudolph Cole, "Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled," *Kansas Law Review*: 1433.

<sup>369</sup> *Ibid.*, 1443.

ต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไต่ถาม (กฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยพยานหลักฐาน : The Federal Rules of Evidence Rule 408) ส่งผลทำให้ศาลพิจารณาไม่รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไต่ถาม แต่กลับไม่กำหนดบทลงโทษแก่คู่ความฝ่ายที่ทำการฝ่าฝืนโดยยื่นพยานหลักฐานลักษณะดังกล่าวต่อศาล<sup>370</sup> จนมีผู้ให้ความเห็นว่า หากศาลไม่ว่าของรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลแห่งมลรัฐต่าง ๆ ไม่จริงจังต่อการกำหนดบทลงโทษแก่คู่ความฝ่ายที่ทำการฝ่าฝืนยื่นพยานหลักฐานอันเกิดจากการไต่ถาม อันมีลักษณะเป็นการไม่รักษาความลับในการไต่ถามแล้ว ฝ่ายต่าง ๆ จะขาดความเชื่อถือต่อการไต่ถามเพื่อระงับข้อพิพาท และการจริงจังต่อการระงับข้อพิพาทจะลดน้อยถอยลง<sup>371</sup> ส่งผลทำให้การระงับข้อพิพาทด้วยการไต่ถามย่อมไม่อาจบรรลุผลและไม่ประสบความสำเร็จ

มาตรการทางกฎหมายที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจอ้างอำนาจอำนาจเพื่อใช้ลงโทษผู้นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามไปใช้ในทางที่ผิด อาจพอจำแนกได้เบื้องต้น ดังนี้

กฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal Rules of Civil Procedure) 11 กำหนดให้อำนาจแก่ศาลที่จะลงโทษคู่กรณี หากแสดงเอกสารหลักฐานต่อศาลในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่อาจใช้พิสูจน์ความจริงได้ รวมไปถึงหากเป็นเอกสารหลักฐานของคู่ความฝ่ายที่ยื่นต่อศาลซึ่งได้มีทนายความลงนามรับรอง โดยเป็นการยื่นต่อศาลด้วยวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม (for any improper purpose)<sup>372</sup> ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ศาลอาจนำอำนาจขึ้นเพื่อใช้เป็น

<sup>370</sup> Ibid., 1444.

<sup>371</sup> Ibid., 1444 - 1445.

<sup>372</sup> Federal Rules of Civil Procedure

Rule 11. Signing Pleadings, Motions, and Other Papers; Representations to the Court; Sanctions

(a) SIGNATURE. Every pleading, written motion, and other paper must be signed by at least one attorney of record in the attorney's name—or by a party personally if the party is unrepresented. The paper must state the signer's address, e-mail address, and telephone number. Unless a rule or statute specifically states otherwise, a pleading need not be verified or accompanied by an affidavit. The court must strike an unsigned paper unless the omission is promptly corrected after being called to the attorney's or party's attention.

(b) REPRESENTATIONS TO THE COURT. By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper—whether by signing, filing, submitting, or later advocating it—an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances:

(1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation;

(2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a nonfrivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law;

(3) the factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and

บทลงโทษคู่กรณีพิพาทที่นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงมาใช้อย่างไม่ถูกต้อง โดยลักษณะของการแสดงเอกสารหลักฐานต่อศาลด้วย “วัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม” เป็นถ้อยคำทั่วไปที่มีความหมายอย่างกว้าง ไม่ได้มีการตีความโดยจำกัด ดังนั้น ศาลอาจพิจารณาตามข้อเท็จจริงได้ว่า หากข้อเท็จจริงได้ความว่าการแสดงเอกสารหลักฐานดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำด้วยวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมแล้ว ก็ย่อมเข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายสหพันธ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง (Federal

(4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information.

(c) SANCTIONS.

(1) *In General.* If, after notice and a reasonable opportunity to respond, the court determines that [Rule 11\(b\)](#) has been violated, the court may impose an appropriate sanction on any attorney, law firm, or party that violated the rule or is responsible for the violation. Absent exceptional circumstances, a law firm must be held jointly responsible for a violation committed by its partner, associate, or employee.

(2) *Motion for Sanctions.* A motion for sanctions must be made separately from any other motion and must describe the specific conduct that allegedly violates [Rule 11\(b\)](#). The motion must be served under [Rule 5](#), but it must not be filed or be presented to the court if the challenged paper, claim, defense, contention, or denial is withdrawn or appropriately corrected within 21 days after service or within another time the court sets. If warranted, the court may award to the prevailing party the reasonable expenses, including attorney's fees, incurred for the motion.

(3) *On the Court's Initiative.* On its own, the court may order an attorney, law firm, or party to show cause why conduct specifically described in the order has not violated [Rule 11\(b\)](#).

(4) *Nature of a Sanction.* A sanction imposed under this rule must be limited to what suffices to deter repetition of the conduct or comparable conduct by others similarly situated. The sanction may include nonmonetary directives; an order to pay a penalty into court; or, if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of part or all of the reasonable attorney's fees and other expenses directly resulting from the violation.

(5) *Limitations on Monetary Sanctions.* The court must not impose a monetary sanction:

(A) against a represented party for violating [Rule 11\(b\)\(2\)](#); or

(B) on its own, unless it issued the show-cause order under [Rule 11\(c\)\(3\)](#) before voluntary dismissal or settlement of the claims made by or against the party that is, or whose attorneys are, to be sanctioned.

(6) *Requirements for an Order.* An order imposing a sanction must describe the sanctioned conduct and explain the basis for the sanction.

(d) INAPPLICABILITY TO DISCOVERY. This rule does not apply to disclosures and discovery requests, responses, objections, and motions under Rules [26](#) through [37](#).

สืบค้นจาก Cornell Law School Legal Information Institute, "Federal Rules of Civil Procedure," [Online] Accessed: 30 May 2022 Available from: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_11](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_11)

Rules of Civil Procedure) 11 ที่จะลงโทษคู่กรณีฝ่ายที่ยื่นเอกสารนั้นได้ เช่น เป็นการยื่นด้วย วัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่คุกคามฝ่ายตรงกันข้าม หรือเพื่อทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการ พิจารณาโดยไม่จำเป็น หรือทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพิ่มขึ้นอย่างไม่จำเป็น ยกตัวอย่างได้ว่า หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งได้รู้ว่าเอกสารฉบับหนึ่งมีข้อความที่เกิดจากการดำเนิน กระบวนการใกล้เคียง และกรณีดังกล่าวเป็นความลับ หากคู่กรณีผู้นั้นนำเอามาใช้เป็นพยานหลักฐาน แล้ว ศาลย่อมลงโทษคู่กรณีผู้นั้นได้ โดยอ้างเหตุผลตามกฎหมายสหพันธ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง 11 ว่าได้แสดงเอกสารหลักฐานต่อศาลในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม ปัจจุบันยังไม่มีคดีที่ศาลได้วินิจฉัยตัดสินคดีในลักษณะดังกล่าวโดยตรง ทั้งนี้ คดีส่วนใหญ่ ที่ศาลมีการวางหลักเกี่ยวกับเหตุที่เข้าลักษณะวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม มักเป็นคดีที่ว่าด้วยการ นำเอาพยานหลักฐานมาใช้โดยวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม เช่น เพื่อหวังผลในการรับรู้ข้อเท็จจริงของ คดี หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการบรรลุผลในการใกล้เคียง แต่มีคดี *Gould v Alleco, Inc.* อาจนำมา เทียบเคียงกันได้ ซึ่งเป็นคดีที่ศาลได้พิจารณาเทียบกับประเด็นเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์แล้ว จึงเห็นควรลงโทษคู่กรณีฝ่ายนั้น โดยข้อเท็จจริงได้ความในเบื้องต้นโดยสรุปว่านายฝ่ายโจทก์ได้แอบ แทรกข้อมูลที่เป็นความลับที่เขาได้รับจากจำเลย เมื่อครั้งที่นายความคนดังกล่าวเคยเป็นตัวแทน ดำเนินการให้แก่จำเลย โดยนำไปใช้เพื่อปรับสำนวนคดีของตน ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม และกรณีนี้หากไม่มีการกระทำของนายความฝ่ายโจทก์แล้ว ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะเป็นเพียงเรื่อง เล็กน้อยเท่านั้น ศาลจึงเห็นว่านายความฝ่ายโจทก์ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายสหพันธ์ ว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง ข้อ 11 คดี *Gould* จึงเป็นตัวอย่างของการใช้ข้อมูลที่เป็นความลับในทาง ที่ผิด<sup>373</sup>

มลรัฐฟลอริดามีการตรากฎหมายเพื่อควบคุมและกำกับการนำเอาข้อเท็จจริงจาก การใกล้เคียงข้อพิพาทไปใช้ในทางที่ผิด<sup>374</sup> ซึ่งกฎหมายดังกล่าวครอบคลุมทั้งการใกล้เคียงตามคำสั่ง ของศาล หรือตามที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้ให้ดำเนินการใกล้เคียง หรือตามข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ทำการเปิดเผยการสื่อสารในการใกล้เคียงที่เป็นความลับ ไม่ว่าจะเป็นการ เปิดเผยต่อศาลหรือเปิดต่อสาธารณะ โดยการเปิดเผยนั้น ผู้ที่เปิดเผยต้องรู้และจงใจเปิดเผยการ สื่อสารในการใกล้เคียง ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเพื่อชดเชยผลอันเกิดจากการเปิดเผยความลับ รวมถึงค่าฤชาธรรมเนียมทั้งหมดที่ให้แก่ทนายความตามสมควรแก่กรณี ค่าธรรมเนียมแก่ผู้ใกล้เคียง ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการใกล้เคียง และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เพื่อบรรเทาเยียวยาความเสียหาย อันเกิดจากการเปิดเผยความลับ ทั้งนี้ การร้องขอค่าเสียหายดังกล่าว คู่กรณีพิพาทร้องขอได้ภายใน 2

<sup>373</sup> Sarah Rudolph Cole, "Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled," *Kansas Law Review*: 1433 - 1434.

<sup>374</sup> *Ibid.*, 1440.

ปีนับแต่คู่กรณีพิพาทหรือควรรู้การกระทำอันเป็นการละเมิดการรักษาความลับ แต่ไม่เกิน 4 ปีนับแต่วันที่การกระทำดังกล่าวนั้นเกิดขึ้น<sup>375</sup> ผู้ที่ต้องรับผิดชอบเป็นบุคคลใด ๆ แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยแต่ได้ไปล่วงรู้ถึงข้อมูลดังกล่าว หากนำมาเปิดเผยก็ต้องรับผิดชอบด้วย หลักการดังกล่าวนี้ ทำให้กฎหมายของมลรัฐฟลอริดามีความกว้างล้ำมากกว่ากฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (UMA)<sup>376</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายที่ศาลจะปรับใช้เพื่อลงโทษผู้ที่นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในทางที่ผิด ศาลอาจปรับใช้ Federal Rules of Civil Procedure 11 หรือกฎหมายท้องถิ่นภายในของมลรัฐนั้น (ถ้ามี) เช่น กรณีของมลรัฐฟลอริดาที่มีกฎหมายภายในของตนที่กำหนดมาตรการลงโทษผู้ที่นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในทางที่ผิด แต่ศาลจะพิจารณาเหตุสมควรลงโทษผู้ที่นำเอาข้อเท็จจริงไปใช้มากน้อยเพียงใด จะพิจารณาจากพฤติการณ์ความร้ายแรงแห่งเรื่องประกอบด้วย

### 3.3.2 กฎหมายของประเทศอังกฤษ

บริบทของการรักษาความลับในประเทศอังกฤษ อาจเริ่มต้นพิจารณาศึกษาได้จากความคิดเห็นของ Michael Bartlett อาจารย์ประจำ School of Oriental and African Studies (SOAS) University of London ที่ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยอาจ

<sup>375</sup> The 2021 Florida Statutes [Title V](#) JUDICIAL BRANCH CHAPTER 44 MEDIATION ALTERNATIVES TO JUDICIAL ACTION

44.406 Confidentiality; civil remedies.—

(1) Any mediation participant who knowingly and willfully discloses a mediation communication in violation of s. [44.405](#) shall, upon application by any party to a court of competent jurisdiction, be subject to remedies, including:

- (a) Equitable relief.
- (b) Compensatory damages.
- (c) Attorney's fees, mediator's fees, and costs incurred in the mediation proceeding.
- (d) Reasonable attorney's fees and costs incurred in the application for remedies under this section.

(2) Notwithstanding any other law, an application for relief filed under this section may not be commenced later than 2 years after the date on which the party had a reasonable opportunity to discover the breach of confidentiality, but in no case more than 4 years after the date of the breach.

(3) A mediation participant shall not be subject to a civil action under this section for lawful compliance with the provisions of s. [119.07](#).

สืบค้นจาก The Florida Legislature, "The 2021 Florida Statutes," [Online] Accessed: 30 May 2022. Available from: [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&Search\\_String=&URL=0000-0099/0044/Sections/0044.406.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0000-0099/0044/Sections/0044.406.html)

<sup>376</sup> Sarah Rudolph Cole, "Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled," *Kansas Law Review*: 1441.

มีความเกี่ยวข้องกับการรักษาความลับตามสัญญา สิทธิพิเศษทางวิชาชีพกฎหมาย และสิทธิพิเศษที่เกิดขึ้นจากการเจรจา โดยการใช้สิทธิพิเศษดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตว่าการยอมรับสิทธิพิเศษดังกล่าวจะมีขึ้นได้โดยจะต้องปราศจากอคติต่อฝ่ายอื่น ๆ ที่มีได้เป็นผู้มีสิทธิพิเศษ<sup>377</sup> การรักษาความลับในการสื่อสารจะต้องครอบคลุมในประเด็นเนื้อหาที่คู่กรณีแต่ละฝ่าย รวมถึงนักกฎหมายได้มีการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน ทั้งส่วนของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (สิทธิความเป็นส่วนตัว) พร้อมๆกับประโยชน์ส่วนรวม ความรับผิดชอบ การเยียวยา และหน้าที่ตามกฎหมาย<sup>378</sup> การรักษาความลับที่ปฏิบัติให้แก่คู่กรณีพิพาทจะต้องให้สมเป็นตามหลักที่ว่า “การกล่าวถึงเรื่องที่เป็นความลับโดยทั่วไปไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเผยเอกสารหรือข้อมูลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งนี้ ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นกรณีมีความจำเป็นเพื่อทำให้คดีที่อยู่ระหว่างพิจารณายุติไปโดยเร็ว ศาลก็อาจบังคับให้เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นได้”<sup>379</sup>

จากการศึกษาในบทที่ 2 สิทธิในความลับได้รับการยอมรับว่าเป็นเอกสิทธิ์ประเภทหนึ่ง ซึ่งกฎหมายของอังกฤษนับได้ว่าเป็นเอกสิทธิ์ในการปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อเท็จจริง หรือ “without prejudice” ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป เอกสิทธิ์เกี่ยวกับข้อความที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ที่อาจเป็นการรับข้อเท็จจริงบางอย่าง เพื่อประโยชน์ต่อการบรรลุผลในการยุติข้อพิพาท และรวมถึงการเสนอเอกสารหลักฐานบางอย่าง การไม่ตอบคำถาม หรือไม่ให้การต่อศาล เป็นต้น ซึ่งในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนับได้ว่าเป็นเอกสิทธิ์ของเอกชน เกี่ยวข้องกับความไว้วางใจ (fiduciary) ที่เจ้าของข้อเท็จจริงอันประสงค์ให้เป็นความลับให้ความไว้วางใจแก่ผู้มีหน้าที่รับรู้ข้อเท็จจริงจากบุคคลดังกล่าว ในฐานะเป็นผู้มีวิชาชีพหรือหน้าที่ต้องรับรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว เช่น ที่ปรึกษาทนายความ นายความ หรือผู้ไกล่เกลี่ย เป็นต้น โดยเฉพาะการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่จะต้องรับรู้ข้อเท็จจริงอย่างรอบด้านจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย เพื่อให้สามารถค้นหาประเด็นข้อพิพาทที่แท้จริงจนนำไปสู่การหาช่องทางเพื่อให้เกิดการยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้ ทำให้กรณีนี้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีเอกสิทธิ์ประเภทหนึ่งที่สามารถไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ เรียกว่า privilege for communication without prejudice<sup>380</sup>

ทั้งนี้ ในประเทศกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ common law ดังเช่นประเทศอังกฤษที่ได้กล่าวถึงนี้ ได้มีการวางหลักเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และการกำหนดเหตุให้ยอมรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน เรียกว่าหลัก “without prejudice”

<sup>377</sup> Andrew Agapiou and Bryan Clark, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation."

<sup>378</sup> Union Internationale des Avocats, "International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege,"(2019), pp. 15 - 16.

<sup>379</sup> R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality*, p. 57.

<sup>380</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 318, หน้า 360



(1) หลัก *without prejudice*

หลัก *without prejudice* (WP) เป็นหลักกฎหมายที่สืบมาจาก *common law*<sup>381</sup> ว่าด้วยการคุ้มครองมิให้ถ้อยคำหรือถ้อยแถลงที่เกิดขึ้นจากความพยายามเพื่อระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา ถูกนำไปใช้เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ทั้งนี้ เพื่อมิให้เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท วัตถุประสงค์ของหลัก *without prejudice* คือ การไม่รับฟังการสื่อสารที่อยู่ในรูปแบบของการตกลงเจรจาหรือการไกล่เกลี่ยที่มีความมุ่งหมายเพื่อการระงับข้อพิพาท เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาของศาล ไม่ว่าการสื่อสารดังกล่าวจะได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ตาม<sup>382</sup> หลัก *without prejudice* มีขึ้นอันเนื่องมาจากเป็นนโยบายสาธารณะเพื่อส่งเสริมให้คู่กรณีพิพาทที่มีข้อพิพาทระหว่างกันให้นำไปสู่การยุติข้อพิพาทระหว่างกัน เพราะการที่สร้างหลัก *without prejudice* ด้วยเพราะความมุ่งหวังให้คู่กรณีพิพาทฝ่ายต่าง ๆ มีอิสระที่จะสื่อสารหรือระหว่างกันจนนำไปสู่การยุติข้อพิพาทได้อย่างฉันทมิตร โดยไม่ต้องเกิดความพะวงว่าสิ่งที่ได้สื่อสารออกไปจากฝ่ายของตนจะถูกนำไปใช้ประโยชน์ โดยเฉพาะหากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ จนเกิดเป็นข้อพิพาทในชั้นศาลขึ้น หรืออาจกล่าวโดยง่าย ๆ ว่า เป็นการทำให้การสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทที่ไม่มีผู้ใดจะเข้ามาแทรกแซงสิทธิในความลับของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ในกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลในการไกล่เกลี่ยได้<sup>383</sup> คู่กรณีฝ่ายที่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยจะได้รับความคุ้มครองมิให้นำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากตนไปใช้ประโยชน์เป็นในทางที่เสียหายแก่ฝ่ายตน<sup>384</sup>

การอาศัยหลัก *without prejudice* เป็นเสมือนการมีเอกสิทธิ์ที่ทำให้คู่กรณีพิพาทมีโอกาสได้รับความช่วยเหลือเพื่อให้ข้อพิพาทยุติลง โดยการดำเนินกระบวนการไม่ว่าจะเกิดขึ้นในรูปแบบลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจาก็ตาม แต่เป็นไปเพื่อยุติข้อพิพาทย่อมจะได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกเปิดเผยและเป็นความลับ มิให้การดำเนินกระบวนการดังกล่าวถูกเปิดเผยไปสู่บุคคลภายนอกหรือถูกนำไปใช้ประโยชน์ในทางเป็นที่เสียหาย ซึ่งเป็นการคุ้มครองและปกป้องคู่กรณีพิพาท<sup>385</sup> นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังทำให้คู่กรณีพิพาทมีอิสระและสามารถดำเนินการยุติข้อพิพาทได้ด้วยความสะดวกมากยิ่งขึ้น เพราะได้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงและความต้องการของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย

<sup>381</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 266.

<sup>382</sup> Mrinal Vijay, "The Dilemma of Balancing the Administration of Justice and the Preservation of Confidentiality in the Mediation Process.," *LSE Law Review* 1(2016): 73.

<sup>383</sup> *Cutts v Heads (1984)* p.293

<sup>384</sup> Thomson Reuters Practical Law, "Without Prejudice," [Online] Updated: 19 Oct. 2022. Available from: [https://uk.practallaw.thomsonreuters.com/2-107-7511?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practallaw.thomsonreuters.com/2-107-7511?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

<sup>385</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 267.

อย่างเต็มที่ โดยการเปิดเผยดังกล่าวได้รับความคุ้มครอง ไม่ต้องเสี่ยงภัยที่จะถูกนำข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยไปใช้ประโยชน์ในทางที่เสียหาย<sup>386</sup>

ข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับจะอาศัยหลัก without prejudice เป็นแนวทางเพื่อใช้เป็นเหตุผลในการอ้างเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ด้วยวัตถุประสงค์คุ้มครองคู่กรณีพิพาท โดยหลัก without prejudice ช่วยทำให้การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีประสิทธิภาพด้วยการส่งเสริมให้คู่กรณีพิพาทได้มีการหารือกันเพื่อระงับข้อพิพาทกันอย่างตรงไปตรงมา เพราะคู่กรณีพิพาทจะเกิดความเชื่อมั่นว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเองระหว่างกัน ข้อเท็จจริงที่ได้ดังกล่าวจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการดำเนินคดีในชั้นศาลในภายหลัง<sup>387</sup> โดยหลักแล้วข้อเสนอที่เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ในคดี *Rush & Tompkins Ltd. v Greater London Council (1988)*<sup>388</sup> การยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งถูกเปิดเผย ศาลจะยอมรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวโดยอาศัย without prejudice เพื่อพิจารณาฟังพยานหลักฐานนั้น ซึ่งเป็นหลัก common law ที่เป็นสิทธิพิเศษทางกฎหมาย เพื่อให้คู่กรณีพิพาทฝ่ายต่าง ๆ สามารถตกลงเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาทกันได้โดยอิสระ โดย without prejudice มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นหลักในการป้องกันไม่ให้ข้อเท็จจริง หรือข้อมูลที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ให้ถูกนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อศาล หรือถูกนำมาใช้เพื่อเป็นพยานหลักฐานแห่งคดี เพื่อให้การระงับข้อพิพาทบรรลุผลได้อย่างแท้จริง<sup>389</sup> ดังนั้นข้อเสนอที่เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยเพื่อเพื่อยุติคดี ศาลจึงวางหลักไม่รับฟังเอาการทำข้อเสนอเพื่อยุติคดีดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานในคดี<sup>390</sup> ซึ่งหลัก without prejudice มีเหตุผลเบื้องหลังหลักการดังกล่าวอยู่ 2 ประการ คือ ด้วยเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะ และเหตุผลบนพื้นฐานของข้อตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายระหว่างคู่สัญญา<sup>391</sup> ซึ่งในคดี *Rush & Tompkins Ltd.* ได้อธิบาย

<sup>386</sup> David Nicholls, "Without Prejudice: Dos and Don'ts," (Landmark Chambers), p. 1.

<sup>387</sup> Andrew Agapiou and Bryan Clark, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation."

<sup>388</sup> Dorcas Quek Anderson, "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal* 29, 1 (2017): 278.

<sup>389</sup> Steven & Bolton LLP., "The "without Prejudice" Rule and the Court's Approach to Admissibility," [Online] Accessed: 24 May 2022. Available from: <https://www.stevens-bolton.com/site/insights/articles/the-without-prejudice-rule>

<sup>390</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 279.

<sup>391</sup> Charlotte Black, "Without Prejudice Privilege, Confidentiality and Mediation: Cumbria Waste Management Ltd V Baines Wilson [2008] Ewhc 786 (Qb)," [Online] Accessed: 24 May 2022. Available from:

ไว้ว่าหลัก without prejudice ขึ้นอยู่กับนโยบายสาธารณะส่วนหนึ่ง กล่าวคือ เพื่อให้เกิดความสะดวกในการประนีประนอม และอีกส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับข้อตกลงระหว่างคู่กรณีในการคุ้มครองข้อเท็จจริง ข้อมูลที่เกิดจากการระงับข้อพิพาท<sup>392</sup>

การปรับใช้หลัก without prejudice rule มีการกล่าวไว้ในคดี *Walker v Wilsher* (1889) ว่า “without prejudice rule” เป็นหลักที่ทำให้องค์การตุลาการที่ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาด (ในคดีนี้หมายถึงศาล) ไม่มีสิทธิที่จะดูข้อเท็จจริงที่บุคคลคนหนึ่งได้สร้างขึ้น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย เมื่อคดีนี้ได้มีการอ้างข้อเท็จจริงหนึ่ง ซึ่งจะพิสูจน์ได้โดยการให้เรียกเอาเอกสารที่เขียนโต้ตอบกันมาพิสูจน์ข้อเท็จจริง แต่เมื่อฝ่ายหนึ่งได้เขียนเอกสารฉบับดังกล่าวโดยมีมุมมองอันเป็นอคติต่ออีกฝ่าย จึงทำให้เป็นเรื่องที่ไม่เป็นผลตัวอย่างแน่นอนหากยินยอมให้นำเอาเอกสารที่มีข้อเท็จจริงที่เขียนโดยมีอคติต่ออีกฝ่ายมาพิสูจน์<sup>393</sup> ไม่ควรพิจารณาจากเอกสารหลักฐานที่เขียนหรือมีการระบุไว้โดยกำหนดไม่ให้เปิดเผย หากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย มิฉะนั้นจะส่งผลทำให้ข้อจำกัดที่กำหนดไม่ให้เปิดเผยถูกทำลายลง<sup>394</sup> ดังนั้น ศาลถูกผูกพันว่าไม่มีอำนาจใด ๆ ไม่มีสิทธิดูเนื้อความในเอกสารที่มีการกำหนดให้ไม่เปิดเผย (ระบุบนเอกสารว่า prejudice) เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใด ๆ เว้นเสียแต่ว่าไม่มีการกำหนดให้ปกปิดข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับ<sup>395</sup> ต่อมาในคดี *Cutts v Head* (1984) มีการอธิบายถึงหลัก without prejudice ว่าเป็นการกำหนดให้กระบวนการสื่อสารระหว่างกันบนหลักการที่จะต้องไม่มีสิ่งที่ได้มีการเปิดเผยออกไปโดยคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งไปก่อให้เกิดการรบกวนขัดสิทธิของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย หากคู่กรณีพิพาทดังกล่าวไม่สามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้<sup>396</sup> ดังนั้น เมื่อนำเอาหลัก without prejudice ไปปรับใช้กับกระบวนการเจรจาแล้ว ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการเจรจา รวมถึงสาระสำคัญของกระบวนการเจรจาที่ดำเนินการโดยคู่กรณีฝ่ายต่าง ๆ และคู่กรณีพิพาทควรมีอิสระในการหยั่งเชิงเหตุการณ์ในการดำเนินกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาทโดยที่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายนั้นไม่รู้สึกรู้ว่าตนถูกคุกคาม<sup>397</sup> คดีนี้มีประเด็นว่ามีความพยายามในการนำเสนอเอกสารฉบับหนึ่งซึ่งมีการระบุว่า prejudice ซึ่งผู้พิพากษาศาลชั้นต้นปฏิเสธที่จะพิจารณาเอกสารดังกล่าว บุคคลผู้เสนอเอกสารพยายามแสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษาดังกล่าวใช้ดุลยพินิจผิดพลาดในการไม่รับฟังพยานเอกสาร

[http://www.pla.org.uk/images/uploads/library\\_documents/Without\\_Prejudice\\_Privilege,\\_Confidentiality\\_and\\_Mediation\\_-\\_Charlotte\\_Black.pdf](http://www.pla.org.uk/images/uploads/library_documents/Without_Prejudice_Privilege,_Confidentiality_and_Mediation_-_Charlotte_Black.pdf)

<sup>392</sup> "Cutts V. Head," (1984), pp. 305 - 306.

<sup>393</sup> "Walker V. Wilsher ", (1889), p. 339.

<sup>394</sup> "Cutts V. Head," 303.

<sup>395</sup> Ibid., 295.

<sup>396</sup> Ibid., 293.

<sup>397</sup> Ibid., 296.

ดังกล่าว ซึ่งหมายความว่า เป็นความพยายามเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนเองว่าสามารถอ้างพยานเอกสารดังกล่าวได้<sup>398</sup> อย่างไรก็ตามฝ่ายตรงข้ามกลับยกข้อต่อสู้ว่าข้ออ้างว่าสามารถอ้างพยานเอกสารที่มีการระบุว่า prejudice ได้นั้น ไม่ถูกต้อง เพราะเมื่อเอกสารถูกกำหนดว่าเป็น prejudice แล้วหมายความว่า จะต้องถูกกำหนดไว้โดยไม่สามารถนำไปใช้อ้างกับการดำเนินกระบวนการขั้นตอนใด ๆ ได้เลย หากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีทุกฝ่าย<sup>399</sup> ทำให้ผู้พิพากษา Fox ซึ่งนั่งพิจารณาคดีนี้เห็นว่าการที่บรรทัดฐานที่กำหนดว่าเอกสารหลักฐานใดที่ถูกกำหนดว่าไม่ให้เปิดเผย (prejudice) ย่อมส่งผลให้ศาลถูกผูกพันว่าไม่มีอำนาจใด ๆ ไม่มีสิทธิเหนือความในเอกสารที่มีการกำหนดให้ไม่ให้เปิดเผยเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดที่แคบมากเกินไป สำหรับการกำหนดให้เอกสารหลักฐานใดที่ถูกกำหนดว่าไม่ให้เปิดเผย ดังนั้น สิ่งที่ควรนำมาใช้เป็นฐานในการพิจารณาว่าเอกสารหลักฐานใดที่ถูกกำหนดว่าไม่ให้เปิดเผย จะสามารถเปิดเผยและสามารถนำเสนอให้ศาลพิจารณาได้หรือไม่นั้น ควรจะต้องพิจารณาจากสัญญาที่เกิดขึ้นโดยปริยาย (implied contract) ที่อาจเกิดขึ้นระหว่างกันและนโยบายสาธารณะในเรื่องนั้น ๆ ว่าถือเป็นเรื่องจำเป็นที่ควรต้องเข้าถึงข้อเท็จจริงเพื่อรักษาประโยชน์แห่งความยุติธรรมด้วยกัน การบังคับให้เป็นไปตามหลัก without prejudice จึงต้องให้เกิดขึ้นกับคู่กรณีทุกฝ่าย หากเพื่อเกิดการอำนวยความสะดวกในการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทด้วยการสร้างความเชื่อมั่นต่อการดำเนินกระบวนการให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและได้รับการสนับสนุนอย่างเต็มที่จากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ซึ่งการกำหนดไม่ให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาทย่อมจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะหากการประนอมข้อพิพาทไม่ประสบความสำเร็จ แต่มันก็ไม่ยุติธรรมกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วยเช่นกัน<sup>400</sup> จึงจำเป็นที่ต้องคลายข้อจำกัดที่กำหนดว่าห้ามมิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเด็ดขาด เป็นการห้ามมิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงจะเป็นสิ่งที่จะกระทำกับประเด็นปัญหาในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ จะต้องพิจารณานบนพื้นฐานของเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญอีกด้วย ดังนั้น อาจได้ข้อสรุปจากการศึกษาแนวทางการวินิจฉัยคดีของประเทศอังกฤษโดยการปรับหลัก without prejudice ว่าการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ถูกกำหนดไว้ว่าไม่ให้เปิดเผย เป็นสิ่งที่จะเปิดเผยได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวได้มีความยินยอมให้เปิดเผยได้ระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายหรือไม่ ไม่ว่าจะมีความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยก็ตาม รวมถึงต้องพิจารณาถึงเหตุจำเป็นตามนโยบายสาธารณะด้วยว่ากรณีดังกล่าว หากมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้อ้อมลูจากเอกสารหลักฐานที่กำหนดไม่ให้เปิดเผย แต่การเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหายยิ่งกว่า อันเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นกับการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทเช่นการไกล่เกลี่ยที่ไม่ประสบความสำเร็จจนนำไปสู่การดำเนิน

<sup>398</sup> Ibid., 299.

<sup>399</sup> Ibid., 304.

<sup>400</sup> Ibid., 313 - 314.

กระบวนการพิจารณาคดีที่ต้องอาศัยพยานหลักฐานเป็นสำคัญ จึงจะเป็นกรณีที่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันถูกกำหนดไม่ให้เปิดเผยได้

(2) *ข้อจำกัดและข้อยกเว้นของหลัก without prejudice*

บางกรณี อาจไม่นำหลัก without prejudice มาปรับใช้เพื่อคุ้มครองบรรดาข้อเท็จจริง หรือข้อมูลใด ๆ ที่มีการเปิดเผยขึ้นในกระบวนการเจรจาไกล่เกลี่ย เพื่อมิให้นำมาใช้ในการรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดี กล่าวคือเป็นการยอมให้ยกเว้นหลัก without prejudice เพื่อประโยชน์ในการรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานในคดี หากเป็นข้อมูลที่มีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>401</sup>

- 1) เนื้อหาในหลักฐานเป็นหนังสือนั้น พิจารณาได้ว่าไม่ได้จัดทำขึ้นด้วยความเป็นกลาง หรือเนื้อหาไม่สำคัญ (reasonably incidental)
- 2) เนื้อหาในหลักฐานเป็นหนังสือแม้เป็นเพียงเนื้อหาเพียงส่วนหนึ่งของการไกล่เกลี่ย แต่เนื้อหานั้นประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่น่าเชื่อถือ
- 3) หลักฐานเป็นหนังสือไม่ได้กำหนดระบุถึงประเด็นที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย
- 4) คู่กรณีพิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วยความเข้าใจผิด ถูกหลอกลวง หรือเป็นการไกล่เกลี่ยที่ขัดต่อหลักปฏิบัติทางการค้าหรือกฎหมายว่าด้วยการค้าขายที่เป็นธรรมและเป็นการกระทำละเมิดต่อการนั้น
- 5) คู่กรณีพิพาทได้สื่อสารกันโดยมีข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเป็นการเรียกร้องหรือยอมรับว่าจะตกลงทำสัญญาระหว่างกัน
- 6) คู่กรณีพิพาทได้สื่อสารกันโดยมีการเปิดเผยระหว่างกันว่าจะกระทำผิดอาญา
- 7) คู่กรณีพิพาทได้สื่อสารกัน ซึ่งหากมีการเปิดเผยแล้ว จะป้องกันคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจากการพิจารณาโดยศาลเคลื่อนของศาล
- 8) คู่กรณีพิพาทสื่อสารกันโดยจะนำไปสู่การกระทำอันเป็นการละเมิด

ข้อยกเว้นดังกล่าว จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าเป็นไปเพื่อให้คู่กรณีพิพาทได้กระทำตามหน้าที่เพื่อบรรลุผลลัพธ์ในการระงับข้อพิพาท และข้อยกเว้นดังกล่าวจะต้องส่งผลทำให้ศาลสามารถพิจารณาโดยเชื่อได้ว่า ระหว่างคู่กรณีพิพาทได้ตกลงระงับข้อพิพาทด้วยความมุ่งหมายที่ไม่สุจริตอย่างแท้จริง ข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นเหตุทางนโยบายเพื่อจำกัดการใช้เอกสิทธิ์ตามหลัก without prejudice เพื่อให้ครอบคลุมบรรดาพฤติกรรมของคู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ไม่สมควรและเป็นการเสียเปรียบต่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การฉ้อโกง การเลียงภาชี การกระทำผิดทางอาญา เป็นต้น<sup>402</sup> พัฒนาการในความสัมพันธ์ระหว่างเอกสิทธิ์ตามหลัก without prejudice กับ

<sup>401</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, pp. 675 - 676.

<sup>402</sup> *Ibid.*, 676.

ประโยชน์สาธารณะอาจมีผลโดยนัยต่อการไกล่เกลี่ย เอกสิทธิ์ดังกล่าวได้แยกพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเด็นที่เป็นข้อพิพาทออกจากการรับฟังพยานหลักฐานของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยเฉพาะหากพยานหลักฐานที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องนั้นหากได้มีการเปิดเผยจะเป็นผลร้าย (prejudicial) หรือเป็นที่เสียหาย (injurious) ต่อประโยชน์สาธารณะ แต่เอกสิทธิ์ดังกล่าวก็ถูกจำกัดให้ใช้เฉพาะกับเรื่องความมั่นคงของชาติ หรือการปฏิบัติราชการของรัฐบาล เช่น เกี่ยวข้องกับบรรดาเอกสารที่จัดทำโดยรัฐบาล เป็นต้น แต่ทั้งนี้ ไม่มีข้อจำกัดในลักษณะประเภทของประโยชน์สาธารณะ สามารถขยายหรือเปลี่ยนแปลงได้ตามความจำเป็น<sup>403</sup>

การยกเว้นหลัก without prejudice โดยสามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย ศาลจะมีอำนาจสั่งให้มีการเปิดเผยได้ต่อเมื่อศาลพิจารณาแล้วเป็นกรณีอันมีเหตุจำเป็น เพื่อให้สามารถบรรลุผลนำไปสู่การยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้โดยให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นระหว่างคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย แนวคิดดังกล่าว คือ แนวคิดที่ว่าด้วยการยกเว้นหลัก without prejudice ในการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล<sup>404</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวก็ได้พบว่าศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษและเวลส์ได้พิพากษาวางหลักไว้ในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* ข้อเท็จจริงได้ความว่าได้มีการอุทธรณ์ในประเด็นปัญหาว่า *Unilever plc.* และ *The Procter & Gamble Co.* ได้มีการตกลงไกล่เกลี่ยระหว่างกัน ปรากฏว่าฝ่าย *The Procter & Gamble Co.* ได้ข่มขู่ว่าจะดำเนินคดีละเมิดแก่ *Unilever plc.* ในระหว่างที่ได้มีการไกล่เกลี่ยระหว่างกัน พอได้มีการอุทธรณ์ขึ้น จึงมีการหยิบยกโดยฝ่าย *Unilever plc.* ว่า การไกล่เกลี่ยไม่บรรลุผลเนื่องจากมีการข่มขู่ว่าจะดำเนินคดีดังกล่าว จึงขอหยิบยกข้อเท็จจริงนี้ขึ้นมาในชั้นการพิจารณาของศาล แต่ *The Procter & Gamble Co.* ต่อสู้ว่าการยกข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นในชั้นพิจารณานั้นไม่สามารถกระทำได้ เพราะถือเป็นข้อเท็จจริงในชั้นการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นความลับ หากเปิดเผยจะทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นไม่เป็นความลับ ไม่เป็นไปตามหลักการสำคัญของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย กล่าวคือเป็นการขัดต่อหลัก without prejudice ศาลได้พิจารณาและวางหลักการว่า without prejudice ไม่ได้เป็นหลักการที่ปฏิเสธการยอมรับฟังพยานหลักฐาน แต่การยกอ้างหลัก without prejudice นั้นเพื่อปิดกั้นไม่ให้รับฟังข้อเท็จจริง หรือข้อมูลอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล เพราะหากไม่ปิดกั้นไม่รับฟังแล้วอาจสร้างปัญหาอุปสรรคที่เป็นการสร้างความยุ่งยากต่อการบรรลุผลของการระงับข้อพิพาท เพราะเป็นการปิดโอกาสเพื่อให้มีการอภิปรายอย่างเสรีเกี่ยวกับปัญหาที่นำมาสู่การดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นอย่างปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่เมื่อคดี *Unilever*

<sup>403</sup> Ibid., 682.

<sup>404</sup> Mrinal Vijay, "The Dilemma of Balancing the Administration of Justice and the Preservation of Confidentiality in the Mediation Process.," *LSE Law Review*: 73.

*plc.* เป็นกรณีที่ขึ้นมาสู่ในชั้นพิจารณาอุทธรณ์เกี่ยวกับการนัดหยุดงาน ซึ่งมีผลกระทบต่อผู้คนเป็นอย่างมาก แม้การอ้างหลัก *without prejudice* จะเป็นการกระทำเพื่อให้การเจรจาหรือระหว่างกันให้ข้อพิพาทยุติลง แต่กรณีตามคดีดังกล่าวจึงไม่สมควรนำหลัก *without prejudice* มาอ้างเพื่อปิดกั้นมิให้รับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวได้<sup>405</sup> จากคดี *Unilever plc.* แสดงให้เห็นถึงการยกเว้นหลัก *without prejudice* ที่สามารถยกขึ้นใช้เพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ส่งผลกระทบในทางลบต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ยังคงรวมถึงให้ความคุ้มครองมิให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งถูกคุกคามโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งระหว่างดำเนินคดี<sup>406</sup> และข้อยกเว้นโดยอ้างหลัก *without prejudice* จะเป็นการปิดกั้นไม่ให้มีโอกาสในการเจรจาหรือเพื่อระงับข้อพิพาทจนประสบความสำเร็จ เพราะการยกเว้นหลัก *without prejudice* จะนำไปสู่ปัญหาการเลือกข้างในการไกล่เกลี่ย หรืออาจทำให้ข้อเท็จจริงของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจมีโอกาสถูกเปิดเผยข้อมูลของตนเองโดยไม่ได้ตั้งใจ ผู้พิพากษา Robert Walker ได้อธิบายไว้ว่า เมื่อคดี *Unilever plc.* ยังคงมีประเด็นที่น่าสงสัยว่าการไกล่เกลี่ยได้ดำเนินการจนบรรลุผลแล้วหรือไม่ เมื่อมีข้อเท็จจริงที่อาจเชื่อได้ว่ามีความเข้าใจผิด ฉ้อฉล การใช้สิทธิพลอำนาจเหนืออย่างไม่เหมาะสม หรือการปิดปาก (*estoppel*) เพื่อทำให้การไกล่เกลี่ยนั้นไม่บรรลุผล ดังนั้นการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นสิ่งที่สมควรให้กระทำได้ แม้การดำเนินการเช่นนี้จะเป็นการบ่อนทำลายหลักการรักษาความลับ (*confidentiality*) อันเป็นนโยบายสาธารณะที่มุ่งหมายเพื่อให้คู่กรณีพิพาทเต็มใจที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเองอย่างเต็มที่ เพื่อให้การระงับข้อพิพาทบรรลุผล แต่การตัดสินใจของศาลในคดีนี้ก็เพื่อแสดงให้เห็นว่า ศาลมีความมุ่งหมายเพื่อไม่ต้องการให้คู่กรณีใช้กฎหมายเพื่อนำมาส่งเสริมการกระทำผิดของตนเอง<sup>407</sup>

หรือในคดี *Farm Assist Ltd. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (N<sup>o</sup>2) (Farm Assist)*<sup>408</sup> ศาลได้พิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับการรักษาความลับแล้ว พิจารณายกคำร้องขอให้ไม่รับฟังพยานบุคคลที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในคดี ทั้ง ๆ ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการรักษาความลับที่ต้องห้ามมิให้คู่ความร้องขอให้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยาน<sup>409</sup> ศาลให้เหตุผลในการยกคำร้องขอดังกล่าว และยอมรับฟังผู้ไกล่เกลี่ย เนื่องจากจากคู่กรณีพิพาทได้สละสิทธิการใช้หลัก *without prejudice* ศาลจึงเห็นว่าเนื่องจากเป็นกรณีที่จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จึงสมควรให้เรียกผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาเป็นพยานในคดี แต่จะต้องให้พยานหลักฐานที่ปราศจาก

<sup>405</sup> *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* p.357 – 359

<sup>406</sup> Andrew Agapiou and Bryan Clark, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation."

<sup>407</sup> *Ibid.*

<sup>408</sup> "*Farm Assist Ltd. V Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No2)* ", (*England and Wales High Court (Technology & Construction Court), 2009*).

<sup>409</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 255.

อคติต่อความประสงค์ของคู่กรณีพิพาท<sup>410</sup> แม้ว่าจะเป็นการขัดต่อข้อตกลงการไกล่เกลี่ยที่ประสงค์ให้มีการรักษาความลับ แต่ความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นสิ่งที่มีความค่ามากกว่า เป้าหมายตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตามยังไม่มีแนวทางเกี่ยวกับว่าสถานการณ์ใดเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม<sup>411</sup>

การพิจารณาของศาลในคดีนี้ ได้แสดงให้เห็นว่า แม้จะมีหลัก without prejudice หรือแม้กระทั่งหลักการรักษาความลับ หลักการทั้งสองดังกล่าวจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อความจำเป็นในการเปิดเผยข้อเท็จจริง ศาลในคดีนี้พิจารณาแล้วได้ความว่าการใช้หลัก without prejudice จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการปกป้องรักษาความลับเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าว แต่คดีนี้กลับมีความแตกต่างที่ว่าสิ่งที่เป็นประเด็นโต้เถียงหาหรืออภิปรายกันในการไกล่เกลี่ย เป็นข้อเท็จจริงที่จะเป็นหรืออาจจะเป็นประเด็นในชั้นการพิจารณาคดีของศาล เมื่อคดีนี้คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์ที่จะให้ศาลมีคำสั่งหมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยาน และศาลได้พิจารณาแล้วว่าคดีนี้ประเด็นในชั้นพิจารณาของศาลเป็นประเด็นโต้เถียงหาหรือที่เกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย แม้ว่าการไกล่เกลี่ยเป็นกรณีที่หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าวต้องมีการรักษาความลับเป็นสำคัญ แต่เมื่อคู่กรณีมีเหตุอันสมควรให้เรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยาน กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่ต้องหมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยาน และให้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>412</sup> อันเป็นการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามหลัก without prejudice ประเด็นดังกล่าวนี้<sup>413</sup> ทำให้เกิดหลักตามคำพิพากษาดังกล่าวที่ว่า หลัก without prejudice ที่กำหนดขึ้นนำมาใช้กับการไกล่เกลี่ย เพื่อคุ้มครองไม่ให้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นถูกเปิดเผย เพื่อคงไว้ซึ่งหลักการรักษาความลับอันเป็นหลักหัวใจสำคัญของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย แต่เมื่อมีข้อเท็จจริงว่าการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการไปโดยไม่ประสบความสำเร็จ จนเป็นข้อพิพาทและขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้ว หากปรากฏว่าจำเป็นต้องรับฟังพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริง และพยานหลักฐานที่จะต้องใช้เพื่อพิสูจน์ประเด็นปัญหาไม่มีหลักฐานอื่นใดนอกเหนือไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในชั้นกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือกรณีที่ต้องนำผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานเพื่อพิสูจน์ความจริงแล้ว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจาก

<sup>410</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 278 - 280.

<sup>411</sup> Alexander Oddy Bill Marsh, and Jan O'Neill, "Chapter 9: England and Wales," in *Eu Mediation Law Handbook*, ed. Sabine Walsh Nadja Alexander, and Martin Svato, (Kluwer Law International, 2017), pp. 232 - 233.

<sup>412</sup> "Farm Assist Ltd. V Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No2) ".

<sup>413</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 280.



การไกล่เกลี่ยหรือข้อมูลจากผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อพิสูจน์ความจริง ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม จึงเป็นเหตุผลที่ยกเว้นไม่เป็นไปตามหลัก without prejudice

บางกรณีก็เป็นเหตุผลการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามหลัก without prejudice ดังในกรณีที่ศาลอาจพิจารณาแล้วเห็นว่าพยานหลักฐานบางอย่างที่ไม่ได้นำเข้ามาในการพิจารณาเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง และอาจเห็นว่าพยานหลักฐานเช่นว่านั้นเป็นประโยชน์ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง อาจยกตัวอย่างได้ว่า ในข้อพิพาทหนึ่งซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการจ้างตามสัญญาจ้างทำของ มี A เป็นผู้ว่าจ้างและ B เป็นผู้รับจ้าง A และ B ได้ทำการเพื่อยุติระงับข้อพิพาทระหว่างโดยการไกล่เกลี่ย ต่อมา A ได้มีประเด็นพิพาทกับ C ซึ่งเป็นผู้รับจ้างช่วงต่อจาก B โดยเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเดิมตามสัญญาจ้างทำของ C อาจเล็งเห็นว่าข้อเท็จจริงจากข้อพิพาทระหว่าง A และ B ที่เกิดขึ้นในชั้นการไกล่เกลี่ยอาจเป็นประโยชน์ เพราะ B และ C เป็นฝ่ายผู้รับจ้างเช่นกัน ย่อมเป็นผู้ที่มีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดีที่พิพาทนั้น จึงทำให้ C ต้องการเข้าถึงข้อมูลในชั้นการไกล่เกลี่ย เพื่อพิสูจน์ในการระงับข้อพิพาทของฝ่ายตนเอง เช่นนี้ก็เหตุให้ C เข้าถึงข้อมูลนั้นโดยเป็นการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามหลัก without prejudice ได้ หรืออาจมีข้อเท็จจริงว่าคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายตกลงกันยกเว้นไม่ปฏิบัติตามหลัก without prejudice ได้เช่นกัน<sup>414</sup>

นอกจากนี้ หลัก without prejudice ก็อาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตาม อันเป็นการยกเว้นหลักการรักษาความลับได้ หากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งได้กระทำการไกล่เกลี่ยอย่างไม่สมเหตุสมผลแก่อีกฝ่ายหนึ่ง กรณีดังกล่าวได้ปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยในคดี *Earl of Malmesbury v Strutt and Parker (2008)*<sup>415</sup> ข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์ฟ้องจำเลยในข้อหาว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อเกี่ยวกับการที่จำเลยได้ทำสัญญาเช่ากับท่าอากาศยานนานาชาติบอร์นมัท โดยความเสียหายที่ได้ทำการประเมิน เป็นความเสียหายจากการขาดทุนจากการที่ขาดรายได้เกินกว่าที่ควรจะเป็น โดยก่อนที่จะมีการนำข้อพิพาทมาฟ้องคดีต่อศาล ได้มีการตกลงไกล่เกลี่ยโดยระหว่างการตกลงไกล่เกลี่ย ฝ่ายโจทก์มีท่าทีที่ไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายจำเลยได้แสดงเหตุผล ประกอบกับฝ่ายโจทก์ยังยึดติด ยืนกรานกับผลประโยชน์ที่ฝ่ายตนมุ่งหวังจะได้ ศาลจึงเห็นว่าหากฝ่ายโจทก์ยื่นข้อเสนอนในชั้นไกล่เกลี่ยอย่างสมเหตุสมผลและไม่ยึดติดดังกล่าวการไกล่เกลี่ยก็อาจประสบความสำเร็จ และข้อเท็จจริงนี้ที่เกิดขึ้นในชั้นกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งที่ศาลสามารถนำมาคำนึงเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดได้ การที่ศาลวางหลักว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยดังกล่าว ศาลสามารถนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เป็นการยกเว้นหลัก without prejudice

<sup>414</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 267.

<sup>415</sup> "Malmesbury (James Carleton, Seventh Earl of Malmesbury) and Others V Strutt & Parker (a Partnership)," (High Court of Justice, Queen's Bench Division, 2008).

(3) การกำหนดค่าเสียหายจากเหตุข้อมูลอันเป็นความลับถูกเปิดเผย

เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการที่ข้อมูลอันเป็นความลับถูกเปิดเผยไปยังบุคคลภายนอก โดยที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลดังกล่าวไม่ประสงค์ให้มีการเปิดเผย ดังที่ได้ศึกษาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.6.7 ว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษ มีการกล่าวถึงความสัมพันธ์อันเป็นมูลเหตุให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ โดยอ้างว่าบุคคลที่ได้รับข้อมูลอันเป็นความลับมีนิติสัมพันธ์กับเจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับ นิติสัมพันธ์ดังกล่าวเรียกว่า หน้าที่ในการรักษาความลับ ไม่ว่าจะป็นหน้าที่อันเกิดจากการตกลงโดยระบุเป็นสัญญา หรือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับว่าเมื่อบุคคลนั้นได้รับข้อมูลอันเป็นความลับมาแล้ว ย่อมมีหน้าที่ไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแก่บุคคลภายนอก เป็นต้น

ในประเทศอังกฤษ หากพบว่ามีกรกระทำอันเป็นการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ ศาลของประเทศอังกฤษได้วางหลักไว้ว่าถือเป็นการผิดสัญญาโดยนัย (breach of implied contract) โดยให้ถือว่าเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้กำหนดว่าข้อมูลที่ตนเองเปิดเผยนั้นให้ถือเป็นความลับ ย่อมเป็นการระบุกำหนดให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับข้อมูลที่เจ้าของข้อมูลได้เปิดเผยนั้น มีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้ และมีเจตนาให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลนั้นไม่ให้ทำการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับดังกล่าวแก่บุคคลภายนอกรับรู้ ลักษณะเช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลในการไม่เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับที่ตนได้รับมาดังกล่าว เพราะฉะนั้น หากคู่กรณีรายดังกล่าวได้เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการผิดสัญญาโดยนัยไปด้วย และก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีฝ่ายที่เปิดเผยข้อมูลมีหน้าที่ต้องชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว<sup>416</sup> ความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ คือ ความเสียหายอันเกิดจากการที่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับจะต้องสูญเสียความสามารถที่จะหาผลประโยชน์แก่ตนเองจากข้อมูลอันเป็นความลับ ทั้งนี้ การประเมินค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น คดี *Seager v Copydex Ltd. (No.2) (1969)* ได้วางหลักไว้ว่าให้อ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ ที่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับพึงจะได้รับหากสามารถใช้ข้อมูลอันเป็นความลับเพื่อหาประโยชน์แก่ตนเองนั้นได้ อย่างไรก็ตามการชดใช้ความเสียหายที่เหมาะสมจะเพียงใดนั้น คดี *General Tire and Rubber Co. v Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd (1975)* ได้วางหลักไว้ว่า จะต้องเป็นการชดเชยความสูญเสียส่วนค่าเสียหายนั้นต้องเป็นจำนวนเงินเท่าที่จะเป็นไปได้ สอดคล้องและเหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ<sup>417</sup> ศาลมีอำนาจในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเพิ่มเติมหรือสั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหายแทนคำสั่งของศาลที่ห้ามมิให้กระทำการอันเป็นการละเมิดได้<sup>418</sup> อย่างไรก็ตามอาจกำหนด

<sup>416</sup> R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality*, p. 22.

<sup>417</sup> *Ibid.*, 23 - 26.

<sup>418</sup> *Ibid.*, 123.

ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการละเมิดหน้าที่ต่อความไว้วางใจ ไม่ว่าจะเป็นค่าเสียหายในความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือค่าเสียหายในความเสียหายต่อจิตใจ เป็นต้น

แต่เมื่อการกำหนดค่าเสียหายโดยสภาพไม่สามารถทำให้ความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือความเสียหายต่อจิตใจกลับมาเป็นเหมือนเดิมได้ จึงมีการกำหนดอยู่ในรูปแบบเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (exemplary damages หรือ punitive damages) เมื่อมีการกำหนดค่าเสียหายที่อาจได้รับ ต้องมีการคำนวณเอาผลประโยชน์ส่วนเกินที่ฝ่ายผู้กระทำให้เกิดความเสียหายได้รับมาคำนวณเพื่อชดเชยให้แก่ผู้เสียหายด้วย<sup>419</sup> ปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อจะต้องเยียวยาความเสียหายอันเกิดขึ้นจากข้อมูลที่เป็นความลับถูกเปิดเผย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ จะพบว่าหากเป็นกรณีที่ไม่ได้เกิดความเสียหายที่คิดเป็นมูลค่า แต่อาจเป็นเพียงทำให้เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับเพียงไม่พอใจ บุคคลดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ และเหตุในลักษณะดังกล่าวจะต้องมีการคำนวณเอาผลประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้กระทำให้เกิดความเสียหายมารวมคำนวณด้วยหรือไม่ กรณีดังกล่าวยังไม่มีแนวคำวินิจฉัย

#### (4) การพิสูจน์เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการที่ข้อมูลถูกเปิดเผย

อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับมีความประสงค์จะฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการที่ตนเองถูกกระทำให้เกิดความเสียหายอันเกิดมาจากการที่ข้อมูลของตนเองถูกเปิดเผย คำพิพากษาคดีบรรทัดฐานที่มักถูกนำมาอ้างได้แก่คำพิพากษาในคดี *Coco & A.N. Clark (Engineers) Ltd. (1969)* ซึ่งคดีดังกล่าว ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์ออกแบบเครื่องยนต์แบบสองจังหวะใช้ในจักรยานยนต์ และนำไปเสนอให้กับจำเลยซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตเครื่องยนต์ เพื่อขอความช่วยเหลือในการผลิตเพื่อจำหน่าย โจทก์ได้มีการเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์และแบบของเครื่องยนต์ไปแล้ว ปรากฏว่าการตกลงเจรจาดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ ทว่าในเวลาต่อมาจำเลยกลับได้ประดิษฐ์เครื่องรถจักรยานยนต์แบบสองจังหวะที่มีลักษณะใกล้เคียงกับแบบและรายละเอียดที่ฝ่ายโจทก์ได้เคยนำมาเปิดเผยให้กับจำเลยเป็นอย่างมาก โจทก์จึงฟ้องร้องเป็นคดีโดยอ้างว่าจำเลยจงใจล้มการเจรจาเพื่อที่จะนำรายละเอียดและแบบที่ฝ่ายจำเลยได้มาจากโจทก์มาผลิตสินค้าเครื่องรถจักรยานยนต์เอง โดยจงใจไม่ใช่ค่าทดแทนให้แก่โจทก์ และโจทก์มีคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ขอให้ศาลมีคำสั่งมิให้จำเลยใช้ข้อมูลที่ฝ่ายจำเลยได้รับจากโจทก์ เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายตนเองโดยมิชอบ ผู้พิพากษา Megarry ซึ่งได้เป็นองค์คณะพิจารณาตัดสินในคดีนี้ได้วางบรรทัดฐานหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อมูลที่ได้มาเป็นความลับ (confidentiality information) ว่า คู่กรณีฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เข้าองค์ประกอบ 3 ข้อดังต่อไปนี้ จึงจะสามารถฟ้องร้องชนะจำเลยในคดีนี้ได้

<sup>419</sup> Ibid., 125.

- ก. คู่กรณีฝ่ายเจ้าของข้อมูลต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อมูลที่อีกฝ่ายได้รับมานั้นมีลักษณะเป็นความลับ
- ข. ข้อมูลที่ได้มีการเปิดเผยมาให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น ฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้รับมาในลักษณะที่ต้องผูกพันว่าตนเองมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับ
- ค. คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้มีการนำข้อมูลไปใช้โดยปราศจากอำนาจ เป็นเหตุทำให้เจ้าของข้อมูลเสียหาย

ทั้งนี้ โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้มีการทำข้อตกลงเป็นสัญญาว่าจำเลยจะไม่นำเอาข้อมูลที่มีการเปิดเผยนี้ไปใช้เป็นการส่วนตัว โดยในรูปคดีนี้โจทก์สามารถฟ้องร้องเป็นคดีละเมิดได้ โดยนำสืบต่อไปว่าจำเลยมีหน้าที่ต่อโจทก์ในการรักษาข้อมูลที่ได้รับมานั้นเป็นความลับ แต่จำเลยกลับจงใจละเลยต่อหน้าที่จนเป็นที่เสียหายแก่โจทก์ อย่างไรก็ตามในคดีนี้ เมื่อศาลได้พิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวแล้ว ศาลเห็นว่าโจทก์มีคำร้องขอเพียงค่าทดแทนจากจำเลยในการผลิตเครื่องรถจักรยานยนต์ที่โจทก์เป็นผู้ประดิษฐ์ขึ้น หากศาลได้มีคำสั่งให้จำเลยมิให้ใช้ข้อมูลดังกล่าวในระหว่างการพิจารณาของศาล เท่ากับว่าจำเลยต้องหยุดกิจการของตนไป ประกอบกับโจทก์ยังไม่สามารถพิสูจน์โดยชัดแจ้งได้ในชั้นการพิจารณาคำร้องนี้ว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ ศาลจึงมีคำสั่งยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาของโจทก์ แต่กำหนดให้โจทก์และจำเลยร่วมกันเปิดบัญชีเงินฝากแล้วนำเงินค่าทดแทนการผลิตเครื่องยนต์ฝากไว้ในบัญชีนี้ และจำเลยมีหน้าที่แสดงบัญชีเป็นรายเดือนแก่โจทก์ว่าจำเลยได้ผลิตในขณะอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลเป็นจำนวนเท่าใด จนกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาในคดีนี้<sup>420</sup>

### 3.3.3 กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียได้รับเอากฎหมายของประเทศอังกฤษมาเป็นแบบอย่างในการวางรากฐานทางกฎหมายของตนเอง แต่มีความแตกต่างที่ว่าประเทศออสเตรเลียรับเอารูปแบบกฎหมาย common law จากประเทศอังกฤษมาใช้ผสมผสานกับรูปแบบของรัฐแบบสหพันธรัฐ เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>421</sup> การวางรูปแบบเช่นนี้ ทำให้แต่ละรัฐในประเทศออสเตรเลียจะมีเขตอำนาจศาลที่หลากหลาย และจะมีการพิจารณาโดยศาลในแต่ละรัฐเป็นลำดับ ตั้งแต่ศาลชั้นต้น ศาลชั้นอุทธรณ์ และศาลฎีกา<sup>422</sup> ทำให้แต่ละรัฐก็จะมีแนวคำวินิจฉัยบรรทัดฐานของตนเอง

<sup>420</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ, "วงการกฎหมายทั่วไป" ใน *ตุลพาห*(2528). หน้า 93 – 94

<sup>421</sup> ปกรณ์ นิลประพันธ์, "รายงานการศึกษา เรื่อง การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการตรากฎหมาย และการดำเนินการตามกฎหมายในระดับเครือรัฐของเครือรัฐออสเตรเลีย." หน้า 3.

<sup>422</sup> พงศ์วัฒน์ บุญญาทิพย์ และคณะ, บทความเกี่ยวกับการฝึกอบรม หลักสูตร "การบริหารจัดการ เน้นการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์" ณ มหาวิทยาลัยนิวเซาท์เวลส์ ประเทศออสเตรเลีย (สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558), หน้า 12 - 13.

ปัจจุบันศาลในรัฐต่าง ๆ ของออสเตรเลียมีแนวโน้มที่จะส่งตัวคู่กรณีพิพาทไปเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ว่าจะได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาทหรือไม่ก็ตาม<sup>423</sup> อย่างไรก็ตาม ภายใต้อาณัติของกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดให้มีการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย วิธีการในการกำกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ ความมุ่งหมายของการกำหนดให้มีการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ก็เพื่อส่งเสริมให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายต่างได้เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งกันและกันเพื่อมุ่งหวังให้เกิดการยุติระงับข้อพิพาทกันโดยไม่ต้องมีการดำเนินคดี<sup>424</sup> ไม่ว่าจะมีการกำหนดเป็นกรอบตามกฎหมาย โดยหากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ ไม่สามารถบรรลุผลให้เกิดการระงับข้อพิพาทขึ้นได้ และนำไปสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป

- (1) บทบัญญัติกำหนดต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน และข้อยกเว้นการห้ามรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยพยานหลักฐาน (Uniform Evidence Act : UEA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในเขตอำนาจศาลของรัฐนิวเซาท์เวลส์ และรัฐวิกตอเรีย มาตรา 131 กำหนดไว้ใน (1) ว่าข้อมูลที่ได้เกิดขึ้นจากการเจรจาข้อพิพาทที่ดำเนินการระหว่างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายกับบุคคลที่สาม หรือเอกสารที่ถูกเตรียมไว้สำหรับการเจรจาข้อพิพาท ไม่อาจนำมาใช้อ้างอิงเพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นที่อาจนำเอาข้อเท็จจริงที่ได้จากการเจรจาข้อพิพาทมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ตาม (2) ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้<sup>425</sup>

- (a) กรณีที่คู่กรณีพิพาทยินยอมให้นำพยานหลักฐานเสนอต่อการพิจารณาคดีของศาล หรือ
- (b) เนื้อหาของพยานหลักฐานดังกล่าวได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายจากคู่กรณีพิพาททุกคนให้เปิดเผยได้ หรือ
- (c) เนื้อหาของพยานหลักฐานดังกล่าวได้ถูกเปิดเผยไปแล้วบางส่วนโดยได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายจากคู่กรณีพิพาททุกคน และการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวโดยครบถ้วนมีความจำเป็นตามสมควรเพื่อให้เข้าใจพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ได้เสนอต่อศาลไปก่อนแล้ว หรือ
- (d) ในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีข้อความที่ชัดแจ้งแล้วว่ามิให้ถือเป็นความลับ หรือ

<sup>423</sup> Bobette Wolski, "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal* 43, 4 (2020): 1573.

<sup>424</sup> *Ibid.*, 1577 - 1578.

<sup>425</sup> *Ibid.*, 1571 - 1572.

(e) พยานหลักฐานที่ถูกเสนอ มีลักษณะที่มีแนวโน้มเพื่อโต้แย้งหรือพยานหลักฐานมีความน่าเชื่อถือที่ยอมรับฟังเพื่อใช้กับแนวทางที่จะระงับข้อพิพาท หรือ

(f) อยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีการร้องขอให้แสดงพยานหลักฐานเพื่อบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี หรืออยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาในการจัดทำข้อตกลง หรือ

(g) พยานหลักฐานที่นำเสนอในชั้นกระบวนการพิจารณา หรือการอนุমানจากพยานหลักฐานที่ได้นำเสนอในชั้นการพิจารณาคดี มีแนวโน้มที่จะทำให้ศาลเกิดความเข้าใจที่ผิด เว้นแต่พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยนั้น เว้นแต่พยานหลักฐานของการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยดังกล่าวถูกนำเสนอเพื่อโต้แย้ง หรือเพื่อทำให้การรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือมากขึ้น หรือ

(h) เป็นการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยเกี่ยวกับการตัดสินใจค่าใช้จ่ายเพื่อความรับผิดชอบ หรือ

(i) การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล

(j) การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยจัดทำขึ้นโดยมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการกระทำผิดกฎหมาย การฉ้อโกง หรือกระทำให้บุคคลต้องรับโทษทางแพ่ง

(k) บุคคลที่มีส่วนร่วมในข้อพิพาทคนหนึ่ง ลูกจ้าง หรือตัวแทนของผู้มีส่วนร่วมดังกล่าว ได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงข้อเท็จจริงในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย เพื่อทำให้เกิดการใช้อำนาจในทางที่ผิด<sup>426</sup>

<sup>426</sup> UNIFORM EVIDENCE ACT 2011 - Section 131

#### Exclusion of evidence of settlement negotiations

(1) Evidence must not be presented of—

(a) a communication that is made between people in dispute, or between 1 or more people in dispute and a third party, in connection with an attempt to negotiate a settlement of the dispute; or

(b) a document (whether delivered or not) that has been prepared in connection with an attempt to negotiate a settlement of a dispute.

(2) Subsection (1) does not apply if—

(a) the people in dispute consent to the evidence being presented in the proceeding or, if any of the people has tendered the communication or document in evidence in another Australian or overseas proceeding, all the other people consent; or

(b) the substance of the evidence has been disclosed with the express or implied consent of all the people in dispute; or

(c) the substance of the evidence has been partly disclosed with the express or implied consent of the people in dispute, and full disclosure of the evidence is reasonably necessary to enable a proper understanding of the other evidence that has already been presented; or

การกำหนดข้อยกเว้นตามมาตรา 131 (2) ข้างต้นนี้สัมพันธ์กับหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ รวมถึงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมด้วยความโปร่งใส หรือเป็นสถานการณ์ที่จำเป็นต้องทำการเปิดเผยข้อเท็จจริง เพื่อการป้องกันหรือเพื่อการลดภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคล หรือเพื่อเป็นการลดความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นต่อทรัพย์สิน หรือเป็นสถานการณ์ที่จำเป็นต้องยกเว้นเพื่อประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานที่มีลักษณะเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ เช่น เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัย การพิจารณากำหนดจำนวนเงินที่ศาลจะพิพากษาให้ หรือเพื่อประโยชน์ต่อการลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมาย เป็นต้น<sup>427</sup>

## (2) บทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับ

ในประเทศออสเตรเลีย บทบัญญัติซึ่งเกี่ยวข้องกับความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย จะไม่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง แต่กำหนดเพียงว่าสิ่งใดที่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง โดยให้มีผลครอบคลุมทั้งคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ย<sup>428</sup> ดังที่ได้พิจารณากันมาแล้วในข้อ (1) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของหลักการรักษาความลับ ซึ่งประเทศออสเตรเลียก็ได้รับอิทธิพลและแนวคิดที่เป็นหลักกฎหมาย common law กล่าวคือหลัก without prejudice มาปรับใช้เข้ากับการกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับ โดยให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงใด ๆ ที่มีการเปิดเผยกันในชั้นดำเนินการไกล่เกลี่ยซึ่งสามารถรับฟังเป็น

(d) the communication or document included a statement to the effect that it was not to be treated as confidential; or

(e) the evidence tends to contradict or to qualify evidence that has already been admitted about the course of an attempt to settle the dispute; or

(f) the proceeding in which it is sought to present the evidence is a proceeding to enforce an agreement between the people in dispute to settle the dispute, or a proceeding in which the making of the agreement is in issue; or

(g) evidence that has been presented in the proceeding, or an inference from evidence that has been presented in the proceeding, is likely to mislead the court unless evidence of the communication or document is presented to contradict or to qualify that evidence; or

(h) the communication or document is relevant to deciding liability for costs; or

(i) making the communication, or preparing the document, affects a right of a person; or

(j) the communication was made, or the document was prepared, in furtherance of the commission of a fraud or an offence or the commission of an act that renders a person liable to a civil penalty; or

(k) one of the people in dispute, or an employee or agent of 1 of them, knew or ought reasonably to have known that the communication was made, or the document was prepared, in furtherance of a deliberate abuse of a [power](#).

<sup>427</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 686.

<sup>428</sup> *Ibid.*, 685.

พยานหลักฐานได้ และไม่ถูกเปิดเผยไปยังบุคคลอื่นใด หรือไม่ถูกนำไปใช้ด้วยวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>429</sup>

คู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยจะทำการกำหนดข้อตกลงในการรักษาความลับไว้เป็นข้อตกลงในสัญญาและเสริมด้วยหลักการตาม common law โดยตกลงกันว่าจะต่างฝ่ายจะไม่ทำการเปิดเผยการสื่อสารที่เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ย (mediation communication) ให้แก่บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ยกเว้นเข้ากรณีตามที่กำหนด ดังนั้น ขอบเขตของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาไกล่เกลี่ย หน้าที่ ความรับผิดชอบ วิธีการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย จึงเกิดขึ้นจากข้อตกลงกับเงื่อนไขของข้อตกลงรักษาความลับ<sup>430</sup> อย่างไรก็ตามยังไม่มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยตรงเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย แต่พบว่ามีคดี *Smith Kline & French Laboratories (Aust) Ltd v Secretary, Department of Community Services and Health*<sup>431</sup> ข้อเท็จจริงได้ความว่า Smith Kline & French Laboratories (Aust) Ltd (ต่อไปจะเรียกว่า SK&) ได้ยื่นคำขออนุญาตนำเข้าสาร cimetidine ซึ่งเป็นสารสำหรับการผลิตยาที่มีฤทธิ์ยับยั้งการขับกรดไฮโดรคลอริกจากเยื่อบุกระเพาะอาหาร เพื่อใช้ในการรักษาแผลในกระเพาะอาหาร<sup>432</sup> ต่อ Department of Community Services and Health (ต่อไปจะเรียกว่า Department) และได้ยื่นคำขออนุญาตเพื่อจำหน่ายสารดังกล่าวในเวลาถัดมา Department ดังกล่าวมีหน้าที่รับผิดชอบในการให้อนุญาตนำเข้าและจำหน่ายยา (pharmaceutical) และสารออกฤทธิ์ (therapeutic substances) โดยกำหนดให้ผู้ที่จะขอนำเข้าดังกล่าวจะต้องให้รายละเอียดข้อมูลเกี่ยวกับสารเคมีที่เป็นส่วนผสมของสารออกฤทธิ์ทางยา SK& อ้างว่าตนเองได้ให้ข้อมูลเกี่ยวกับสาร cimetidine ที่ SK& เป็นเจ้าของสิทธิบัตรยาที่ผลิตจากสาร cimetidine ดังกล่าว โดยข้อมูลส่วนใหญ่เป็นความลับและมีเจตนาที่จะแจ้งข้อมูลดังกล่าวแก่ Department เพื่อใช้ในการพิจารณาอนุญาตให้นำเข้าสาร cimetidine เท่านั้น ปรากฏว่ามีบริษัท Alphapharm Pty. Limited ได้ยื่นคำร้องลักษณะเดียวกัน เพื่อขอนำเข้าสาร cimetidine เช่นเดียวกันกับที่ SK& ได้ยื่นไปก่อนหน้านี้ SK& เห็นว่าการที่ Department ได้รับข้อมูลจาก SK& ไปเช่นนี้ จะส่งผลทำให้คำขออนุญาตของ Alphapharm Pty. Limited ได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วและจะทำให้ Alphapharm Pty. Limited รวมถึงบริษัทอื่น ๆ ที่จะดำเนินการนำเข้าในลักษณะเดียวกันสามารถวางแผนทำการตลาดในการจำหน่ายยาและสารเคมีที่มีส่วนประกอบของ cimetidine ได้อย่างรวดเร็ว

<sup>429</sup> Ibid.

<sup>430</sup> Wolski, B., "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal*: 1562 - 1563.

<sup>431</sup> "Smith Kline & French Laboratories (Aust) Ltd V Secretary, Department of Community Services and Health," (*HIGH COURT OF AUSTRALIA*, 1991).

<sup>432</sup> นุสนธิ์ กลัดเจริญ, "Cimetidine ในการรักษาแผลดูโอตินัม," *จุฬาลงกรณ์เวชสาร* 26, 6 (2525): 580.



ยิ่งขึ้น และจะส่งผลทำให้ SK& เผชิญกับความรุนแรงในการแข่งขันทางการตลาด เกิดการเสียเปรียบกว่า และจะทำให้คู่แข่งของ SK& สามารถจำหน่ายและสารดังกล่าวในราคาที่สูงกว่าของ SK& ด้วย High Court of Australia ซึ่งเป็นศาลที่พิจารณาคดีนี้ได้วางประเด็นในการพิจารณาไว้ 4 ลำดับขั้นตอน คือ

ก. ข้ออ้างของ SK& ที่ว่าการที่ Department ได้รับรายละเอียดข้อมูลเกี่ยวกับสารเคมีที่เป็นส่วนผสมของสารออกฤทธิ์ทางยาจาก SK& จะส่งผลให้สามารถพิจารณาคำร้องขอของผู้ประกอบการรายอื่นได้อย่างรวดเร็ว และส่งผลกระทบต่อประกอบการกิจการของ SK& ไม่ประสบความสำเร็จเลย Gummow ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ และองค์คณะที่พิจารณาคดีนี้ ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลนี้ แต่ได้วางหลักไว้ว่าการที่ SK& ให้รายละเอียดข้อมูลดังกล่าว ทำให้เกิดหน้าที่ของ Department ที่ต้องสร้างความเชื่อมั่นแก่ SK& ว่าต้องป้องกันไม่ให้ Alphapharm Pty. Limited รวมไปถึงผู้ร้องรายอื่น ๆ ได้มีสิทธิเข้าไปใช้รายละเอียดข้อมูล รวมถึงตัวอย่างการยื่นคำขอของ SK&

ข. ผู้พิพากษา Gummow ได้ทราบในชั้นพิจารณาว่า Department ไม่ทราบว่า SK& ได้จัดเตรียมและให้รายละเอียดข้อมูลไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาคำขออนุญาตนำเข้าสาร cimetidine เพียงอย่างเดียว โดยไม่ให้ Department นำเอาข้อมูลดังกล่าวไปใช้เป็นแนวทางพิจารณาคำร้องขอของผู้ประกอบการอื่นในภายหลัง ในลักษณะที่ว่า Department มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการใช้ข้อมูลดังกล่าว

ค. วัตถุประสงค์ของการให้รายละเอียดข้อมูลเป็นวัตถุประสงค์เพื่อให้ Department เป็นผู้ใช้ “เพียงผู้เดียว” เพื่อการพิจารณาคำร้องขออนุญาตเท่านั้น

ง. Department มีหน้าที่ควรต้องทราบความมุ่งหมายและเจตนาของ SK& ที่ต้องการจำกัดการเปิดเผยและมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามเจตนา

ดังนั้น จากคดีดังกล่าวนี้อาจสรุปได้ว่าการที่หน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ Department of Community Services and Health ได้รับทราบข้อมูลซึ่งส่งผลกระทบต่อทำการตลาดของเอกชนที่ได้มายื่นคำร้องขออนุญาต ไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้ส่งผลกระทบต่อประกอบการกิจการของเอกชนไม่ประสบความสำเร็จ แต่เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องทำหน้าที่ป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นใดมีสิทธิเข้าไปใช้ประโยชน์จากข้อมูลของเอกชนที่มาขออนุญาต อันเป็นการเคารพต่อเจตนารมณ์ของผู้ขออนุญาต

### (3) ข้อยกเว้นและข้อจำกัดหลักการรักษาความลับ

อย่างไรก็ตาม การสื่อสารในการไกล่เกลี่ยยังมีข้อยกเว้นและข้อจำกัดในการรักษาความลับ โดยไม่ปรับใช้หลัก without prejudice ดังต่อไปนี้<sup>433</sup>

<sup>433</sup> Wolski, B., "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal*: 1564 - 1566, 1579 - 1580.

1) การสละสิทธิ์หรือความยินยอม (waiver or consent) โดยการรักษาความลับ อันเกิดจากการไกล่เกลี่ย อาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติ เมื่อได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ได้รับ ความคุ้มครองรักษาความลับ ซึ่งคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงสละสิทธิ์การคุ้มครองได้ โดยคู่กรณีพิพาท ที่ประสงค์สละสิทธิ์หรือให้ความยินยอมไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ไกล่เกลี่ย

ข้อยกเว้นการรักษาความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี เป็นข้อยกเว้นหลักการ รักษาความลับที่มักใช้อ้างยกเว้นหลักการดังกล่าว ซึ่งการจำเป็นต้องได้รับความยินยอมเพื่อการ เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นการได้มาซึ่งข้อมูลจากผู้เป็นเจ้าของ ข้อเท็จจริงนั้นหรือมาจากบุคคลอื่น โดยหลักแล้วความยินยอมเช่นว่านี้ ถ้าเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็น ความลับนั้นได้บอกโดยนัยว่าให้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ ทั้งนี้ จะต้อง อยู่ภายใต้หลักที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักกฎหมายคอมมอนลอว์กำหนดไว้ว่าให้สามารถตก ลงยกเว้นหลักการรักษาความลับได้<sup>434</sup> เช่น กฎหมายว่าด้วยศูนย์ยุติธรรมชุมชน (The Community Justice Centres Act) ค.ศ. 1983 ของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ มาตรา 28 (6) (a) กำหนดว่าเงื่อนไขโดย เครื่องครัดว่าพยานหลักฐานที่ยอมรับฟังได้ เฉพาะพยานหลักฐานที่ได้มีการยื่นเข้าสู่การพิจารณา หรือ เป็นพยานหลักฐานที่ผู้เข้าร่วมได้กำหนดโดยความยินยอมให้นำเข้าสู่การพิจารณาได้<sup>435</sup> หรือ บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานของมลรัฐวิกตอเรีย ค.ศ. 1958 มาตรา 21L กำหนดให้ การยกเว้นเอกสิทธิ์ในหลักการรักษาความลับที่มีให้ยอมรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ เพียงเฉพาะโดยได้รับความยินยอมจากบุคคลที่นำข้อเท็จจริงเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยเท่านั้น<sup>436</sup>

<sup>434</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 692.

<sup>435</sup> The Community Justice Centres Act 1983 section 28 (6) (a)

#### Section 28 Privilege

(1) In this section, *mediation session* includes any steps taken in the course of making arrangements for a mediation session or in the course of the follow-up of a mediation session.

(2) Subject to subsection (3), the like privilege with respect to defamation exists with respect to:

(a) a mediation session, or

(b) a document or other material sent to, or produced at, a Community Justice Centre for the purpose of enabling a mediation session to be arranged, as exists with respect to judicial proceedings and a document produced in judicial proceedings.

(3) The privilege conferred by subsection (2) does not extend to a publication made otherwise than:

(a) at a mediation session,

(b) as provided by subsection (2) (b), or

(c) as provided by section 29 (2). ...

สืบค้นจาก NSW Government, "Community Justice Centres Act 1983 No 127," [Online] Accessed: 25 November 2022. Available from: <https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-1983-127#sec.28>

<sup>436</sup> EVIDENCE (MISCELLANEOUS PROVISIONS) ACT 1958 SECTION 21L

อย่างไรก็ตาม การให้ความยินยอมให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักการรักษาความลับนั้น ก็ไม่ได้ให้อิสระแก่คู่กรณีพิพาทที่สามารถให้ความยินยอมได้โดยเสรี เนื่องจากเหตุผลทางนโยบายสาธารณะที่เห็นว่าจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียด้วย<sup>437</sup>

**2) การยอมรับเอาข้อตกลงการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน** ศาลกำหนดให้ยอมรับฟังข้อตกลงการไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความจริงได้ ทั้งนี้ พบว่ามีคดี *Al – Hakim v Monash University* ประเด็นของคดีมีว่าศาลจะสามารถยึดถือเอาข้อเท็จจริงที่ศาล tribunal สามารถค้นพบได้ ว่าข้อเท็จจริงที่ยุติแล้ว โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวเชื่อมโยงกันกับการไกล่เกลี่ยซึ่งต้องถูกรักษาไว้เป็นความลับ สามารถยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ ศาลที่พิจารณาคดีนี้มีความเห็นว่าขณะที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบางครั้งมีความขัดแย้งกัน แต่คดีอื่น ๆ ได้อนุญาตให้นำพยานหลักฐานที่เป็นข้อยุติจากการไกล่เกลี่ยนำเข้าสู่การพิจารณาของศาล แต่สำหรับคดีนี้ การรักษาความลับเป็นเอกสิทธิ์ว่าด้วยความเป็นส่วนตัว อย่างไรก็ตามจะต้องอยู่ภายใต้ความคิดว่าด้วยเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ที่กำหนดให้คู่กรณีพิพาทต้องยอมรับต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนั้น เมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันดังกล่าวนี้ ศาลจำเป็นต้องปรับใช้บทบัญญัติที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะก่อน เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐนิวเซาท์เวลส์ มาตรา 30 (4) กำหนดว่า พยานหลักฐานใด ๆ ที่ได้อ้างขึ้นหรือนำเข้ามาในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่ให้ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนดำเนินการใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนเข้าสู่การพิจารณาของศาล รวมถึงบรรดาเอกสารที่จัดเตรียมขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือจัดทำขึ้นจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะ จึงจะต้องนำมาปรับใช้กับคดี หากไม่มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะแล้วจึงจะค่อยใช้บทบัญญัติทั่วไป<sup>438</sup>

**3) การบังคับใช้ และการคัดค้านความถูกต้องน่าเชื่อถือของข้อตกลงการไกล่เกลี่ย (mediated settlement agreement : MSA) เพื่อพิสูจน์ว่าได้ข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยได้จัดทำ**

#### Admissions etc. at mediation conferences

Evidence of anything said or of any admission or agreement made at, or of any document prepared for the purpose of, a conference with a mediator in connection with a dispute settlement centre is not admissible in any court or legal proceeding, except with the consent of all persons who were present at that conference.

#### S. 21M inserted by No. 42/1987 s. 4(1), amended by No. 57/1990 s. 8(1)(b)(c).

สืบค้นจาก Victorian Legislation, "Evidence (Miscellaneous Provisions) Act 1958," [Online] Accessed: 21 November 2022. Available from: <https://www.legislation.vic.gov.au/in-force/acts/evidence-miscellaneous-provisions-act-1958/196>

<sup>437</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 692.

<sup>438</sup> *Ibid.*, 693.

ขึ้นเพราะเหตุจากการประพฤติมิชอบ (misconduct) ของคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเกิดจากการกระทำของที่ปรึกษากฎหมายของคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้ไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ พยานหลักฐานที่ได้จากการไกล่เกลี่ยอาจเป็นที่ยอมรับฟังในชั้นกระบวนการพิจารณาคดีของศาล เพื่อพิสูจน์ว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นบรรลุผล และเพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวหาว่าประพฤติมิชอบ กรณีที่ถือว่าเป็นการประพฤติมิชอบ เช่น พฤติกรรมที่ทำให้เข้าใจผิด หลอกลวง การบังคับ ข่มขู่ และการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และเพื่อให้ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยได้พิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยว่า ได้ดำเนินการเป็นไปตามที่พยานหลักฐานที่ได้ปรากฏ

**4) พบการกระทำผิดกฎหมายและการฉ้อโกงหลอกลวง (unlawful conduct offenses and fraud)** ในกรณีมีการการกระทำผิดกฎหมายหรือการฉ้อโกงขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ย ศาลอาจรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานบางอย่าง ด้วยการอาศัยหลัก without prejudice เพื่อใช้เป็นเครื่องมือหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเพื่อให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยมาใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ กรณีได้มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกขึ้นว่า ทนายความฝ่ายของตนได้ประพฤติปฏิบัติผิดไปจากมาตรฐานทางวิชาชีพของตนเอง หรือผู้ไกล่เกลี่ยได้ประพฤติตนโดยไม่สมควร<sup>439</sup> กรณีมีข้อกล่าวหาว่าในระหว่างการไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นโดยมีการฉ้อโกงหรือมีการกระทำความผิดอาญาอื่น ศาลจึงจำเป็นต้องเปิดรับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยนี้ จึงอาจมีการยับยั้งหลักการรักษาความลับ ข้อยกเว้นนี้ได้รับการกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเป็นการเฉพาะ<sup>440</sup> เช่น กฎหมายแม่แบบว่าด้วยพยานหลักฐาน (UEA) มาตรา 131 (j) ดังที่ได้ศึกษากันไปในหัวข้อ (1) ยังมีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐนิวเซาท์เวลส์ ค.ศ. 2005 มาตรา 31 (c) กำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ยอาจเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ถ้าหากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหากได้มีการเปิดเผยนั้นเป็นการจำเป็นเพื่อลดผลกระทบจากภัยอันตรายหรือการบาดเจ็บต่อบุคคลใด ๆ หรือลดผลกระทบอันเกิดจากความเสียหายใด ๆ ต่อทรัพย์สิน<sup>441</sup> หรือในกฎหมาย The Victorian Crimes Act ได้กำหนด

<sup>439</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 269.

<sup>440</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 695.

<sup>441</sup> Civil Procedure Act 2005 No 28 (NSW)

#### 31 Confidentiality

A mediator may disclose information obtained in connection with the administration or execution of this Part only in one or more of the following circumstances—

...

(c) if there are reasonable grounds to believe that the disclosure is necessary to prevent or minimise the danger of injury to any person or damage to any property, ...

สืบค้นจาก NSW Government, "Civil Procedure Act 2005 No 28," [Online] Accessed: 5 Dec 2022.

Available from: <https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-2005-028#sec.31>

ฐานความผิดปกปิดการกระทำผิดทางอาญาอย่างร้ายแรง หากบุคคลใดได้รู้หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจากบุคคลนั้น และมีข้อเท็จจริงที่อาจเป็นประโยชน์ต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของคดีหรือต่อการสร้างความเชื่อมั่น<sup>442</sup>

5) ซ้อยกเว้นเพื่อนำข้อเท็จจริงมาใช้ประกอบการออกคำสั่งให้ใช้ค่าฤชาธรรมเนียมและคำสั่งให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>443</sup> หากปรากฏว่าข้อพิพาทในคดีเกี่ยวข้องกับกรรงขอให้ศาลมีคำสั่งเพื่อกำหนดให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งใช้ค่าฤชาธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เป็นกรณีที่ยกเว้นหลักการรักษาความลับ โดยสามารถนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในชั้นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมารับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อประกอบดุลยพินิจในการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ได้ ซึ่งกำหนดโดยชอบเขตว่าให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงมารับฟังเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาได้ เพียงเท่าที่เกี่ยวข้องกันกับที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัยเพื่อให้ใช้ค่าฤชาธรรมเนียมเท่านั้น ไม่สามารถนำเอาพยานหลักฐานอื่น ๆ มาเปิดเผยเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาได้ แนวทางการวินิจฉัยนี้ปรากฏในคดี *Western Areas Exploration Pty. Ltd. v Streeter* (2009) ประเด็นวินิจฉัยหลักที่ครอบคลุมถึงรายงานของผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเกี่ยวข้องกับค่าฤชาธรรมเนียม ไม่รวมถึงพยานหลักฐานอื่นที่เป็นคำเบิกความ ผู้อุทธรณ์โต้แย้ง

<sup>442</sup> Crimes Act 1958 - Section 326

#### Concealing offences for benefit

(1) Where a person has committed a serious indictable offence, any other person who, knowing or believing that the offence, or some other serious indictable offence, has been committed and that he has information which might be of material assistance in securing the prosecution or conviction of an offender for it, accepts any benefit for not disclosing that information shall be guilty of a summary offence and liable to level 8 imprisonment (1 year maximum).

(2) Notwithstanding anything to the contrary in subsection (1), it is no offence against this section to fail to disclose the commission of any offence against—

(a) Division 2 of Part I; or

(b) subdivision (1), (2) or (3) of Division 3 of Part I—

if the only benefit accepted in return for failing to disclose the commission of the offence is the making good of any [loss](#) or [injury](#) caused by its commission or the making of reasonable compensation for any such [loss](#) or [injury](#).

(3) For the purposes of this section a person shall be deemed to accept a benefit if he accepts or agrees to accept any benefit or advantage, or the promise of any benefit or advantage, either to himself or to another, whether or not the benefit or advantage is in money or money's worth.

#### [S. 326\(4\) repealed by No. 9848 s. 18\(1\).](#)

สืบค้นจาก Australasian Legal Information Institute, "Victorian Current Acts," [Online] Accessed: 5 Dec 2022. Available from: [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol\\_act/ca195882/s326.html](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/ca195882/s326.html)

<sup>443</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, pp. 697 - 699.

ว่าคู่กรณีพิพาทสามารถเรียกให้ผู้ไกล่เกลี่ยมาให้พยานหลักฐานเกี่ยวกับค่าฤชาธรรมเนียม ผู้พิพากษา Buss หมายถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่สัมพันธ์กับคำร้องขอให้ใช้ค่าฤชาธรรมเนียมเป็นกรณี ยกเว้นหลักการรักษาความลับ โดยรายงานของผู้ไกล่เกลี่ยที่นำมาใช้เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเรื่อง การกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมเท่านั้นที่ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อใช้ออกคำสั่งเรียกให้ชำระ ค่าฤชาธรรมเนียม แนวทางจำกัดการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียม มีคดี *Azzi v Volvo Car Australia Pty. Ltd.* วินิจฉัยตาม โดยได้มีคำสั่งให้ใช้ค่าฤชาธรรมเนียม ศาลตีความนัยของบทบัญญัติกฎหมาย สองบทบัญญัติ คือ กฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน ค.ศ. 1995 มาตรา 131 (1) ซึ่งมีการกำหนด เพื่อให้การไกล่เกลี่ยเป็นความลับโดยมีข้อยกเว้นหลักดังกล่าวสำหรับกรณีการออกคำสั่งชดใช้ ค่าฤชาธรรมเนียม และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐนิวเซาท์เวลส์ ค.ศ. 2005 มาตรา 31 ที่มีบทบัญญัติกำหนดให้การไกล่เกลี่ยต้องดำเนินเป็นไปตามหลักการรักษาความลับโดยไม่มีการ กำหนดข้อยกเว้น ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 2005 เป็นบทบัญญัติ ที่มีอำนาจบังคับเหนือกว่าการยอมรับฟังคำเบิกความเป็นพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่า ฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 131 (2) (h) ของกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน ค.ศ. 1995 มีแนวคิดว่า ในการกำหนดค่าใช้จ่าย ต้องไม่มีเรื่องประโยชน์สาธารณะที่จะนำไปสู่เหตุแห่งการหลีกเลี่ยงไม่ให้ เปิดเผย และไม่เป็นการบั่นทอนความสมบูรณ์ของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่จะบรรลุผลได้ ด้วยการจำกัดให้เกิดการรักษาความเป็นส่วนตัวของการไกล่เกลี่ยด้วยการให้เปิดเผยข้อเท็จจริง บางส่วนได้เท่าที่จำเป็น ดังนั้น พยานหลักฐานว่าด้วยการกำหนดค่าใช้จ่ายจึงย่อมต้องรับฟังเป็น พยานหลักฐานได้

ทั้งนี้ หากการสื่อสารในระหว่างไกล่เกลี่ยได้ถูกนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้น ศาลแล้ว เช่นนี้ย่อมทำให้ข้อเท็จจริงในการไกล่เกลี่ยย่อมไม่เป็นความลับต่อไป อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏคำพิพากษาที่กล่าวถึงข้อยกเว้นและข้อจำกัดในการรักษาความลับอันเกิดจากการ ไกล่เกลี่ย แต่พบว่ามีคดีที่อาจใช้ยกเป็นตัวอย่างในการกำหนดขอบเขตและข้อจำกัดของการใช้หลัก without prejudice rule โดยพบในคดี *AWA Ltd. v Daniels* ข้อเท็จจริงได้ความว่าบริษัท AWA ได้ ดำเนินการเพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงผู้ตรวจสอบบัญชีของตน ในข้อหาไม่ดำเนินการตรวจสอบบัญชีให้ ถูกต้อง หลังจากนั้นได้ดำเนินการถึงชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล แล้วได้มีการไกล่เกลี่ย โดยมีองค์คณะผู้พิพากษาของศาลชั้นต้นทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย ปรากฏว่าการไกล่เกลี่ยไม่ประสบ ความสำเร็จ ในระหว่างไกล่เกลี่ย พบว่าบริษัท AWA ได้มีการเปิดเผยเอกสารฉบับหนึ่งที่มีข้อมูล เกี่ยวกับการชดใช้ค่าสินไหมเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายแก่บริษัท AWA ฝ่ายของ Daniels จึงมีหนังสือแจ้งให้บริษัท AWA จัดทำเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยดังกล่าว เพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ผู้พิพากษา Roger ที่เป็นผู้พิจารณาคดีนี้ เห็นว่าการ พิจารณาพยานหลักฐานในคดีนี้ ควรให้ค้นหาความจริงเพียงเท่าที่จะค้นหาได้จากพยานหลักฐานที่

สามารถรับฟังได้ เฉพาะข้อเท็จจริงที่อ้างว่าได้เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยเฉพาะที่เป็นประจักษ์พยาน ไม่ใช่อ้างจากคำบอกเล่า พยานหลักฐานที่มีการอ้างถึงหรือมีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ย จะไม่ถูกนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริง ถ้าหากมีพยานหลักฐานอื่นที่สามารถใช้พิสูจน์ความจริงได้<sup>444</sup> คู่ความมีสิทธิพิสูจน์โดยอ้างพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แม้บริษัท AWA ไม่สามารถนำเอาไปใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอื่นภายหลังได้ ตามหลัก without prejudice เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้นำเอาข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐาน แต่บริษัท AWA สามารถอ้างใช้พยานหลักฐานที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายยินยอมให้เปิดเผยได้<sup>445</sup> แต่ผู้พิพากษา Roger มีหมายเหตุไว้ว่าการบังคับให้เป็นไปตามหลัก without prejudice จะต้องพิจารณาให้น้ำหนักเรื่องนโยบายประโยชน์สาธารณะเป็นไปพร้อมกันกับการยืนยันในหลักการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยด้วย<sup>446</sup> คดีดังกล่าวจึงอาจนับได้ว่าเป็นตัวอย่างของการเทียบเคียงการยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และเป็นการเน้นย้ำข้อจำกัดของการรักษาความลับที่นำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยที่สามารถเปิดเผยได้ แต่การใช้หลัก without prejudice จะต้องให้น้ำหนักในการพิจารณาใช้หลักดังกล่าวคู่ขนานไปกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่จะได้รับหรือเสียไปจากการใช้เอกสิทธิ์ตามหลัก without prejudice ด้วย

ทั้งนี้ ประเทศออสเตรเลียก็ถือในหลักการว่าการสื่อสารในระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยต้องห้ามไม่สามารถนำเอาไปใช้ในการดำเนินคดีในภายหลังได้<sup>447</sup> นับได้ว่าเป็นการรับเอาหลัก without prejudice ที่ใช้ในประเศอังกฤษมาปรับใช้ด้วย ซึ่งการปรับใช้หลักดังกล่าวมีองค์ประกอบที่จำเป็น 2 ประการสำหรับการใช้หลักการดังกล่าว คือ คู่กรณีพิพาทจะต้องรับเอาหลัก without prejudice มาปรับใช้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และการยอมรับเอาหลัก without prejudice ได้ถูกยกขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงหรือเพื่อระงับการดำเนินคดี การยกหลัก without prejudice เพื่อหลีกเลี่ยงหรือเพื่อระงับการดำเนินคดี ศาลของรัฐนิวเซาท์เวลส์ ได้พิจารณาคดี *Field v Commissioner for Railways* ได้วางหลักไว้ว่า “การสื่อสารที่เป็นประเด็นปัญหาอยู่นั้นต้องเป็นประเด็นในการเจรจาที่ถูกยกขึ้นมาโดยบังเอิญ แต่มีความสมเหตุสมผลที่ยกขึ้นใช้พิจารณา” ดังนั้น หากคู่กรณีพิพาทมีความประสงค์จะยุติข้อพิพาทระหว่างกัน และได้ตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าจะไม่ให้นำ

<sup>444</sup> Ibid., 677 - 678.

<sup>445</sup> Wolski, B., "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal*: 1566.

<sup>446</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 678.

<sup>447</sup> Wolski, B., "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal*: 1577 - 1578.

พยานหลักฐาน ข้อเท็จจริงจากการสื่อสารในระหว่างการไกล่เกลี่ยจะไม่ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาในชั้นศาล ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับการควบคุมครองหลักความเป็นส่วนตัว<sup>448</sup>

#### (4) การละเมิดความไว้วางใจ (breach of confidence)

เมื่อใดก็ตามที่บุคคลหนึ่งได้รับข้อเท็จจริงที่เป็นความลับมาแล้ว บุคคลนั้นไม่สามารถใช้ข้อมูลดังกล่าวโดยมิชอบด้วยอำนาจหน้าที่ได้ แสดงให้เห็นได้จากการที่ศาลต้องให้ความคุ้มครองมิให้มีการสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาทถูกเปิดเผย ด้วยการคุ้มครองบนพื้นฐานของหลักการรักษาความลับ ความข้อนี้มาจากหลักการที่ว่า “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนพึงกระทำโดยสุจริต” หลักดังกล่าวคือหลักสุจริต (good faith) ซึ่งนำมาใช้อ้างอิงกับหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย มุ่งหมายเพื่อเสริมสร้างความเชื่อมั่นและสร้างความไว้วางใจว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะนำมาสู่การบรรลุผลในการระงับข้อพิพาท<sup>449</sup> ด้วยบทบาทหน้าที่ของหลักสุจริตว่าเป็นเครื่องมือในการช่วยควบคุมความประพฤติของคนในสังคมให้แปรไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ไม่ให้เกิดการใช้สิทธิเกินกว่าที่ตนมีจนเป็นการสร้างความเดือดร้อนแก่ผู้อื่น<sup>450</sup> หลักพื้นฐานว่าด้วยการสร้างความไว้วางใจขึ้นอยู่กับองค์ประกอบ 3 ประการ คือ<sup>451</sup>

- 1) โดยสภาพของข้อมูลนั้นจำเป็นต้องมีลักษณะที่สำคัญต่อการสร้างความเชื่อมั่น
- 2) ข้อมูลจำเป็นต้องได้รับการถ่ายทอดในสถานการณ์ที่มีการกำหนดหน้าที่ในการสร้างความเชื่อมั่น และ
- 3) ต้องไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ข้อมูลนั้น

การละเมิดหลักการรักษาความลับอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ย จะเกิดขึ้นหากมีการนำข้อมูลที่มีการเปิดเผยขึ้นในชั้นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไปใช้ประโยชน์นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ในการทำให้การไกล่เกลี่ยบรรลุผล หรือมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงไปยังบุคคลภายนอกโดยปราศจากอำนาจที่จะกระทำได้ ไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ก็ตาม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่จะต้องตกลงกันที่จะจัดให้มีการคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับระหว่างกัน<sup>452</sup> เมื่อใดก็ตามที่ความลับถูกละเมิดแล้วส่งผลกระทบต่อคู่กรณีพิพาท คู่กรณีพิพาทผู้นั้นสามารถร้องขอให้บรรเทาผลกระทบดังกล่าว โดยขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท

ถ้าเกิดกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในทางที่ไม่ชอบเพื่อประโยชน์ส่วนตน ผู้ไกล่เกลี่ยต้องชดเชยต่อความเสียหายที่กระทบต่อผลประโยชน์ของผู้เป็น

<sup>448</sup> Ibid., 1578 - 1579.

<sup>449</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 684.

<sup>450</sup> พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, "หลักสุจริตในระบบกฎหมาย," *จลนนิติ, พศศิกายาน* - ธันวาคม 56 (2556). หน้า 55

<sup>451</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 685.

<sup>452</sup> Ibid., 684.



เจ้าของข้อเท็จจริงนั้น หรือต่อประโยชน์ที่เจ้าของข้อเท็จจริงนั้นต้องเสียหายไป ความมุ่งหมายสำคัญของการเรียกให้ชดใช้แก่เจ้าของข้อเท็จจริงเกี่ยวกับค่าเสียหาย มีขึ้นเพื่อคุ้มครองรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม ผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีการยกข้อต่อสู้ด้วยเหตุจำเป็นที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเพื่อใช้ประโยชน์นั้น เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่จะอ้างได้หรือไม่นั้นก็จะต้องพิจารณาประกอบกันกับเหตุอื่น ๆ ที่มีความสัมพันธ์หรือมีสาเหตุร่วมกันกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นด้วย เช่น กระทำคามผิดทางอาญา

ประเทศออสเตรเลียไม่มีกฎหมายกำหนดโดยตรงเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย แต่กำหนดในรูปแบบว่าสิ่งใดสามารถนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์คดีได้ ดังที่ปรากฏตามมาตรา 131 แห่งกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพยานหลักฐาน (UEA) ที่ได้กล่าวมาเบื้องต้นในข้อ (1) และมีกฎหมายภายในของรัฐแทสมาเนียที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ซึ่งนำมาปรับใช้ได้ว่า หากมีบุคคลที่กระทำความผิดอาญาขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ยได้รู้ถึงการกระทำคามผิดนั้น หรือผู้ไกล่เกลี่ยได้กระทำการใดเพื่อช่วยให้บุคคลหนึ่งหลบเลี่ยงจากการถูกลงโทษ ผู้ไกล่เกลี่ยนั้นต้องรับโทษอันเป็นการนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาของรัฐแทสมาเนียมาปรับใช้กับกรณีของผู้ไกล่เกลี่ยโดยอนุโลม<sup>453</sup>

### 3.3.4 กฎหมายของประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์นับได้ว่าเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่ได้รับการขนานนามว่าเป็นชาติที่มีการแข่งขันทางธุรกิจสูงที่สุด และเป็นประเทศที่ดีที่สุดในด้านการประกอบธุรกิจ<sup>454</sup> การไกล่เกลี่ยในประเทศสิงคโปร์มิใช่เป็นเรื่องใหม่ แต่เป็นสิ่งที่ได้มีการยอมรับและปฏิบัติกันมาเป็นเวลานาน ประกอบกับประเทศสิงคโปร์ได้รับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาจากประเทศในภาคพื้นตะวันตกในช่วงคริสต์ทศวรรษที่ 1990 ซึ่งส่งผลถึงประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยของ

<sup>453</sup> Criminal Code Act 1924

*Chapter II - Persons Subject to Punishment for a Crime*

#### 6. Accessories after the fact: When wives and husbands not so

(1) A person who receives or assists another who is, to his knowledge, guilty of a crime, in order to enable him to escape punishment, is said to become an accessory after the fact to such crime. ...

สืบค้นจาก Tasmanian Government, "Criminal Code Act 1924," [Online] Accessed: 5 Dec 2022.

Available from: <https://www.legislation.tas.gov.au/view/html/inforce/current/act-1924-069>

<sup>454</sup> Gloria Lim, "International Commercial Mediation: The Singapore Model," *Singapore Academy of Law Journal* 31, special (2019): 378.

ประเทศสิงคโปร์<sup>455</sup> ประกอบกับประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ดำเนินการได้โดยสะดวก ประหยัดเวลา ประหยัดค่าใช้จ่าย เพิ่มผลิตผลและลดต้นทุนที่จะต้องสูญเสียไปกับการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทตามแบบแผน รวมไปถึงเป็นการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ช่วยรักษาความเป็นกลาง และเป็นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท รวมทั้งคู่กรณีพิพาทสามารถเข้าควบคุมผลของข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่ และไม่ก่อให้เกิดการสร้างปฏิปักษ์ระหว่างกัน มีความยืดหยุ่น สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาทได้ การที่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีลักษณะเป็นส่วนตัว และมีลักษณะเป็นการรักษาความลับ มุ่งเน้นการสร้างความสัมพันธ์ที่ดี สร้างความสมานฉันท์ทั้งในครอบครัวและสังคม หลักการว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์จึงเน้นหนักบนหลักการดังกล่าวค่อนข้างมาก ประกอบกับรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ให้การส่งเสริมสนับสนุนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างจริงจัง ทำให้ออกแบบหลักการของกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันมีลักษณะเป็นการผสมผสานระหว่าง common law การคุ้มครองตามหลักสัญญา และการเยียวยาอย่างเป็นธรรม<sup>456</sup>

การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในประเทศสิงคโปร์ สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล (Court – based mediation) การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยดังกล่าวจะเกิดขึ้นภายหลังที่ได้มีการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายขึ้นภายในศาล โดยศาลที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในเรื่องนั้น ๆ จะเป็นผู้ดำเนินการ โดยทั่วไปข้อพิพาททางแพ่ง ข้อพิพาทในชุมชน ข้อพิพาททางแรงงาน หรือคดีความผิดอาญาลักษณะลหุโทษ จะดำเนินการโดยศาลแห่งรัฐ (the State Courts) ส่วนข้อพิพาทในศาลครอบครัว (Family Justice Court) จะกำกับโดย Family Resolution Chambers (FRC) Maintenance Mediation Chambers (MMC) และ Child Focused Resolution Center (CFRC) และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล (Private mediation) ดำเนินการโดยมี Singapore Mediation Centre (SMC) และ Singapore International Mediation Centre (SIMC) เป็นหน่วยงานหลักสำคัญในการดำเนินการ นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลยังอาจดำเนินการโดยองค์กรอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในเรื่องนั้น ๆ เช่น ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทชุมชน (Community Mediation Centre) สมาคมผู้บริโภค

<sup>455</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation," [Online] Accessed: 6 Jan 2023. Updated: 30 Dec 2018. Available from: <https://www.singaporelawwatch.sg/About-Singapore-Law/Overview/ch-03-mediation>

<sup>456</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 278.

แห่งสิงคโปร์ (Consumers' Association of Singapore) หรือไตรภาคีว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Tripartite Alliance for Dispute Resolution) เป็นต้น การกำหนดขึ้นขององค์กรผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าว เกิดขึ้นจากข้อเสนอของ cross – profession Committee in ADR ที่มีข้อเสนอแนะให้มีการจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้า อันเป็นที่มาของการจัดตั้ง SMC และเสนอแนะให้มีการจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในชุมชน เพื่อกระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นสิ่งที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้ง่าย รวมถึงเป็นกุศโลบายเพื่อส่งเสริมการสร้างความสัมพันธ์ในชุมชน รวมถึงเป็นวิธีการผลักดันเพื่อให้ชุมชนเป็นผู้แก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในชุมชนต่าง ๆ ด้วยตนเอง<sup>457</sup>

การริเริ่มใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เริ่มต้นขึ้นจากโครงการนำร่องเมื่อปี ค.ศ. 1994 จนกระทั่งได้เริ่มต้นอย่างเป็นทางการเมื่อปี ค.ศ. 1996 เกิดขึ้นจากองค์กรฝ่ายตุลาการของประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดให้มีการจัดการประชุมก่อนเริ่มคดี (Pre – trial Conference) ก่อนการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ให้ศาลจัดให้คู่ความในคดีมีการประชุมหารือกันก่อนเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เพื่อประเมินภาพรวมของคดี โดยมีเป้าหมายเพื่อทำให้เกิดกระบวนการจัดการคดีได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ รวมถึงใช้โอกาสดังกล่าวเพื่อให้คู่ความได้มีโอกาสเพื่อเจรจาต่อรองระหว่างกันเพื่อระงับข้อพิพาท โดยศาลอาจใช้โอกาสดังกล่าวในฐานะเป็นคนกลาง เพื่อจัดการให้คู่ความทุกฝ่ายหาทางออกร่วมกันจนนำไปสู่การยุติข้อพิพาท โดยนำหลัก without prejudice มาใช้เป็นหลักการพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการดังกล่าว และให้อ่านจกศาลมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ให้คู่ความเข้าร่วมประชุมก่อนเริ่มคดีเพื่อระงับข้อพิพาทในทางลับได้ นับแต่ศาลเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี กระทั่งได้เริ่มมีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยไปใช้กับการระงับข้อพิพาททางแพ่ง แล้วแพร่หลายไปยังการระงับข้อพิพาทเรื่องอื่น ๆ รวมถึงประเด็นเรื่องการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของผู้บริโภค จนกระทั่งระหว่าง ค.ศ. 2014 – 2015 ได้ขยายขอบเขตการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไปสู่การระงับข้อพิพาทในชุมชน การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาลจะดำเนินการขึ้นในศาลภายหลังที่ได้เริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยคดีส่วนใหญ่ต้องผ่านการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อน ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยโดยศาลหรือเป็นการไกล่เกลี่ยนอกศาล ซึ่งพบว่า การกำหนดให้ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ส่งผลทำให้ระหว่างปี ค.ศ. 2012 – 2017 มีอัตราการยุติข้อพิพาทสูงถึงร้อยละ 85 ของจำนวนข้อพิพาททั้งหมด และ

<sup>457</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation."

จำนวนกว่าร้อยละ 98 ของผู้เข้ารับบริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาล เป็นไปตามที่ผู้เข้ารับบริการคาดหวัง<sup>458</sup>

กระบวนการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการโดยศาล จะมีรูปแบบที่เน้นอำนวยความสะดวก แก่คู่ความในการช่วยเหลือเพื่อให้เกิดการเจรจาระหว่างกัน มุ่งเน้นการสร้างกระบวนการแก้ไขปัญหาร่วมกันระหว่างฝ่ายของคู่ความทุกฝ่าย (คู่ความหมายความว่ารวมถึงทนายความของคู่ความแต่ละฝ่ายด้วย) และผู้ไกล่เกลี่ย โดยมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับคดี ภายใต้การรักษาความเป็นส่วนตัวที่ผู้ไกล่เกลี่ย (ซึ่งเป็นศาล) สามารถพิสูจน์ ตรวจสอบ และเข้าใจถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นร่วมกับคู่ความทุกฝ่ายได้<sup>459</sup>

นอกจากนี้รัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ได้ให้การสนับสนุนและผลักดันเพื่อให้ประเทศสิงคโปร์เป็นศูนย์กลางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยระหว่างปี ค.ศ. 2014 – 2017 ได้มีการจัดตั้ง SIMC และการตรากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ย<sup>460</sup>

หลักกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ โดย common law นั้น วางหลักการโดยทั่วไป เกี่ยวกับการคุ้มครองกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่คาบเกี่ยวกัน ระหว่างความลับ (confidentiality) และการยินยอมให้เปิดเผย (admissibility) โดยทั่วไปของการรักษาความลับแล้ว คู่กรณีมีหน้าที่ไม่เปิดเผยการสื่อสารที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลภายนอกซึ่งเป็นบุคคลที่สาม แต่หน้าที่ในการรักษาความลับดังกล่าวอาจถูกยกเว้นได้เมื่อคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยตกลงร่วมกันที่ยกเว้นหน้าที่ดังกล่าว รวมไปถึงเมื่อศาลได้มีคำสั่งให้เปิดเผยการสื่อสารที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย เมื่อเป็นกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (in the interest of justice) ศาลอาจรับฟังข้อเท็จจริงที่เป็นความลับอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยพิจารณาบนหลักที่ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีความเหมาะสมและสมควรที่จะรับฟังเป็นพยานหลักฐาน เพราะประเทศสิงคโปร์ยอมรับในหลักการรักษาความลับโดยจะเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้เฉพาะแต่เท่าที่จำเป็น เพื่อยังคงรักษาไว้ซึ่งหลักการรักษาความลับเป็นสำคัญ<sup>461</sup>

อย่างไรก็ดี แนวทางของศาลในประเทศสิงคโปร์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยก็ดี หรือในการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยก็ดี ได้ยึดหลัก without prejudice เหมือนกับของประเทศอังกฤษเป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งโดยหลักแล้วข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยกันในระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะไม่ได้รับอนุญาตให้นำมาใช้ใน

<sup>458</sup> Ibid.

<sup>459</sup> Ibid.

<sup>460</sup> Ibid.

<sup>461</sup> Lawrence Boo Michael Hwang, and Eugene Thong,, Report No.

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในภายหลัง อย่างไรก็ตามอาจต้องพิจารณาว่าบางกรณีมีเหตุอันสมควรที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือไม่ โดยเฉพาะหากเป็นข้อเสนอก่ที่เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยเพื่อเพื่อยุติคดี ศาลไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดี ซึ่งเป็นการวางหลักเดินตามแนวคำพิพากษาในคดี *Rush & Tompkins Ltd.*<sup>462</sup> ซึ่งมีคดีในประเทศสิงคโปร์ที่ได้วินิจฉัยตามแนวทางดังกล่าว<sup>463</sup>

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์สามารถจำแนกโครงสร้างออกได้เป็น 2 ระดับ<sup>464</sup> ได้แก่ การรักษาความลับกรณีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีพิพาทไม่ประสงค์พบปะกัน ผู้ไกล่เกลี่ยจึงทำหน้าที่โดยการรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายแยกจากกัน และเป็นเพียงผู้เดียวที่เข้าใจและรับรู้ถึงข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย หน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ยในส่วนนี้จึงเป็นการไม่เปิดเผยถึงข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับจากคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายไปให้แก่บุคคลอื่นทราบ ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่น ๆ หรือบุคคลภายนอก แต่ผู้ไกล่เกลี่ยเองจะต้องใช้ความรู้ความสามารถของตนเองเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับจากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งแล้ว มาใช้ประกอบกับเทคนิคและวิธีการของตนเองเพื่อสนทนากับคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจนนำไปสู่หนทางที่เกิดการยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องไม่ใช่ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับมาเพื่อประโยชน์อย่างอื่น ส่วนการรักษาความลับอีกประเภทหนึ่ง คือ การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยกรณีคู่กรณีพิพาทได้มีการพบปะกัน กรณีนี้การรักษาความลับจะขยายวงกว้างไม่เพียงเฉพาะผู้ไกล่เกลี่ย แต่บุคคลทุกคนที่มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงแก่บุคคลอื่น ๆ และบุคคลดังกล่าวต้องไม่อาศัยนำเอาข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์อย่างใด ๆ นอกเหนือจากการรับฟังเพื่อหาหนทางในการระงับข้อพิพาทเท่านั้น

(1) หน้าที่ในการรักษาความลับ ตามกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ.2017

ประเทศสิงคโปร์ได้ตรากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation Act) เมื่อปี ค.ศ.2017 โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

<sup>462</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 279.

<sup>463</sup> ตัวอย่างคดีในประเทศสิงคโปร์ที่วินิจฉัยเดินตามแนวทางของคดี *Rush & Tompkins Ltd. v Greater London Council* (1988) เช่น คดี *Mariwu Industrial Co. (S) Pte Ltd v Dextra Asia Co Ltd.* (2006) และคดี *Ng Chee Weng v Lim Jit Ming Bryan* (2010)

<sup>464</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation."

โดยอาศัยหลักคิดการรักษาความลับ ทั่วไปแนวคิดในการรักษาความลับเป็นภาระหน้าที่ของทุกฝ่ายที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่จะต้องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการสื่อสารระหว่างกันของคู่กรณีพิพาทกับบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นการรักษาความลับโดยหน้าที่ตามกฎหมาย ตามสัญญาจ้างให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือเป็นการรักษาความลับโดยนัย ทั้งนี้ เมื่อพิจารณามาตรา 2 บทนิยามศัพท์ “mediation communication” หรือการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้หมายความรวมถึงทุก ๆ สิ่งที่ได้พูด หรือได้กระทำ เอกสารที่ได้มีการจัดเตรียมไว้แล้วในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมทั้งข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้มีการหยิบยกขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เสนอขึ้นในขั้นตอนก่อนการไกล่เกลี่ย และขั้นตอนกระบวนการพิจารณาในการไกล่เกลี่ย<sup>465</sup> และมาตรา 9 ว่าด้วยการกำหนดข้อจำกัดในการเปิดเผยข้อมูลอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย (Restrictions on disclosure) กำหนดว่าบุคคลจะต้องไม่เปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้กับบุคคลที่สามซึ่งมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่บุคคลอาจเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้กับบุคคลที่สามซึ่งมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ให้ความยินยอมให้เปิดเผยได้ หรือเนื้อหาของการสื่อสารดังกล่าวเป็นเรื่องที่ได้เผยแพร่สู่สาธารณะแล้ว ณ วันที่ได้มีการเปิดเผย เว้นแต่เนื้อหาดังกล่าวได้ถูกเปิดเผยโดยผิดกฎหมาย หรือมีความจำเป็นต้องเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น เพื่อป้องกันหรือลดผลกระทบให้น้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ จากการเกิดอันตราย การบาดเจ็บของบุคคลใด ๆ หรือจากการล่วงละเมิด ละทิ้ง ละเลย แสวงหาประโยชน์จากเด็กหรือเยาวชนรายใด หรือเป็นการเปิดเผยเพื่อการวิจัย ประเมินผล หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษา โดยมีได้เป็นการเปิดเผยผู้เป็นเจ้าของข้อมูลที่ได้มีการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือผู้ทำการสื่อสารดังกล่าวไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือเป็นการเปิดเผยซึ่งได้จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการขอคำแนะนำทางกฎหมาย หรือการเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้กระทำขึ้นโดยอนุญาตตุลาการซึ่งทำหน้าที่

<sup>465</sup> The Singapore Mediation Act 2017

General interpretation 2.—

(1) In this Act, unless the context otherwise requires —

“mediation communication”, in relation to a mediation, means —

(a) anything said or done;

(b) any document prepared; or

(c) any information provided,

for the purposes of or in the course of the mediation, and includes a mediation agreement or mediated settlement agreement;

เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.2001 หรือกระทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอม ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ.1994 หรือเป็นการเปิดเผยตามคำสั่งศาลหรือโดยอำนาจตามบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมาย หรือเป็นการเปิดเผยเพื่อช่วยดำเนินการสอบสวนความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ หรือเป็นการเปิดเผยตามคำร้องขอโดยหน่วยงานที่กำกับดูแลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้หน่วยงานกำกับดูแลดังกล่าวสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือเป็นการเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งการไกล่เกลี่ยดังกล่าวกระทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ บุคคลอาจเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับบุคคลที่สามเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้หรือโต้แย้งข้อตกลงการไกล่เกลี่ย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งหรือโต้แย้งข้อกล่าวหาหรือข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการประพฤติผิดทางวิชาชีพของผู้ไกล่เกลี่ย หรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาข้อเท็จจริงในทางพิจารณาคดีหรือกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการโดยเปิดเผยเอกสารที่อยู่ในความครอบครองการดูแลหรืออำนาจของบุคคลอื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดที่ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร<sup>466</sup> นอกจากนี้

<sup>466</sup> The Singapore Mediation Act 2017

Restrictions on disclosure

9.— (1) Subject to subsections (2) and (3), a person must not disclose any mediation communication relating to a mediation to any third party to the mediation.

(2) A person may disclose a mediation communication to a third party to the mediation if —

(a) the disclosure is made with the consent of —

(i) all the parties to the mediation; and

(ii) for a mediation communication that is made by a person other than a party to the mediation, the maker of the mediation communication;

(b) the content of the mediation communication is information that has already been made available to the public at the time of its disclosure, other than information that is only in the public domain due to an unlawful disclosure;

(c) there are reasonable grounds to believe that the disclosure is necessary to prevent or minimise —

(i) the danger of injury to any person; or

(ii) the abuse, neglect, abandonment or exploitation of any child or young person (within the meaning of the Children and Young Persons Act 1993);

(d) the disclosure is made for research, evaluation or educational purposes without revealing, or being likely to reveal, whether directly or indirectly, the identity of the maker of the mediation communication or any person to whom the mediation communication relates;

ห้ามนำข้อเท็จจริงจากการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล การดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตให้เปิดเผยจากศาลหรืออนุญาโตตุลาการ<sup>467</sup> ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยอาจถูก

(e) the disclosure is made for the purpose of seeking legal advice;

(f) the person disclosing the mediation communication is an arbitrator acting as a mediator under section 63 (1) of the Arbitration Act 2001 or an arbitrator or umpire acting as a conciliator under section 17 (1) of the International Arbitration Act 1994 and the disclosure is made in accordance with section 63 (2) or (3) of the Arbitration Act 2001 or section 17 (2) or (3) of the International Arbitration Act 1994, as the case may be;

(g) the disclosure is required by an order of court, or required or authorised by or under any written law;

(h) the disclosure is made to assist a law enforcement agency in the investigation of any offence under any written law;

(i) the disclosure is in compliance with a request or requirement imposed by a regulatory authority and is necessary to enable the regulatory authority to perform its duties or discharge its functions; or

(j) the mediation communication relates to the commission of any offence under any written law or was made in furtherance of any illegal purpose.

(3) Despite subsection (2), a person may, with permission of a court or an arbitral tribunal under section 11, disclose a mediation communication to a third party to the mediation —

(a) for the purpose of enforcing or disputing a mediated settlement agreement;

(b) for the purpose of establishing or disputing an allegation or a complaint of professional misconduct against a mediator or any other person who participated in the mediation in a professional capacity;

(c) for the purpose of discovery or other similar procedures in any court proceedings or arbitral proceedings (as the case may be) which have been instituted, where the person who is a party to those proceedings is required to disclose documents in the person's possession, custody or power; or

(d) for any other purpose that the court or arbitral tribunal (as the case may be) considers justifiable in the circumstances of the case.

(4) In this section —

“disclosure”, in relation to information, includes permitting access to the information;

“law enforcement agency” means any authority or person charged with the duty of investigating offences or charging offenders under any written law;

“regulatory authority” means any body or organisation in Singapore charged with the public function of regulating entities or individuals, whether under any written law or otherwise.

<sup>467</sup> The Singapore Mediation Act 2017



เปิดเผย (breaching confidentiality) ได้ เมื่อศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งอนุญาตให้เปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับบุคคลที่สาม ซึ่งจะต้องพิจารณาจากมาตรา 11 เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาต กล่าวคือ การสื่อสารในการไกล่เกลี่ยดังกล่าวเข้ากรณีที่เปิดเผยได้ตามมาตรา 9 (2) หรือเป็นกรณีที่สมควรให้มีการเปิดเผย หรือสมควรรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป็นกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือเป็นพฤติการณ์อย่างใด ๆ ที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการเห็นสมควร<sup>468</sup>

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 9 (1) แสดงให้เห็นว่าบุคคลใด ๆ ต้องห้ามมิให้เปิดเผยบรรดาทุก ๆ สิ่งที่ได้มีการเปิดเผยหรือได้กระทำขึ้น หรือแม้เป็นเอกสารที่ได้จัดเตรียมไว้แล้วในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมทั้งข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ได้มีการหยิบยกขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการไกล่เกลี่ย รวมทั้งบรรดาข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เสนอขึ้นในชั้นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลที่สาม หมายความว่าเมื่อบุคคลใดได้รับข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นความลับ หรือจากสถานการณ์ที่ประสงค์ให้ข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยนั้นเป็นความลับแล้ว บุคคลดังกล่าวไม่มีอำนาจอย่างใด ๆ ที่จะใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับมาดังกล่าว<sup>469</sup> ทั้งนี้ มาตรา 9 (3) กล่าวถึงกรณีที่กำหนดให้ยกเว้นหลักการรักษาความลับ บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดกรณี

---

10. A mediation communication is not to be admitted in evidence in any court, arbitral or disciplinary proceedings except with the permission of a court or an arbitral tribunal under section 11.

<sup>468</sup> The Singapore Mediation Act 2017

Permission of court or arbitral tribunal for disclosure or admission in evidence

11.— (1) A court or an arbitral tribunal may, on application by any person, grant permission for a mediation communication to be disclosed under section 9(3) or admitted in evidence under section 10.

(2) For the purposes of subsection (1), the court or arbitral tribunal (as the case may be) must take into account all of the following matters in deciding whether to grant permission:

(a) whether the mediation communication may be or has been disclosed under section 9(2);

(b) whether it is in the public interest or the interests of the administration of justice for the mediation communication to be disclosed or admitted in evidence;

(c) any other circumstances or matters that the court or arbitral tribunal (as the case may be) considers relevant.

(3) Where the mediation communication is sought to be disclosed or admitted in evidence in proceedings —

(a) before a court — the application must be made to the court before which the proceedings are heard;

(b) before an arbitral tribunal — the application must be made to the arbitral tribunal before which the proceedings are heard; and

(c) in any other case — the application must be made to the General Division of the High Court.

<sup>469</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation."

ที่สามารถเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลภายนอกได้ โดยการเปิดเผยดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ได้แก่

- การสื่อสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้หรือเพื่อโต้แย้งข้อตกลงการไกล่เกลี่ยกรณีนี้มีขึ้นโดยเป็นการนำเอาหลักที่กำหนดให้เพื่อมิให้อ่างการรักษาความลับมาเป็นเหตุให้ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ย เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ความจริง ป้องกันการไม่เปิดเผยข้อมูลซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อคู่กรณีพิพาท ซึ่งเป็นการนำข้อยกเว้นของหลัก without prejudice ตามคำพิพากษาคดี *Unilever plc.* มายกอ้าง

- เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งหรือโต้แย้งข้อกล่าวหาหรือข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการประพฤติผิดทางวิชาชีพของผู้ไกล่เกลี่ย หรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย

- เพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาข้อเท็จจริงในทางการพิจารณาคดีหรือกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการโดยเปิดเผยเอกสารที่อยู่ในความครอบครองการดูแลหรืออำนาจของบุคคลอื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดที่ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร

ซึ่งสถานการณ์ที่เปิดเผยได้ดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์กับการยอมให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้<sup>470</sup>

มีข้อสังเกตว่า ตามบทบัญญัติข้างต้น ประเทศสิงคโปร์ได้รับเอา common law ส่วนหนึ่งมาจากระบบกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร เช่น กรณีมาตรา 11 (2) (b) ซึ่งกรณีที่เหมาะสมควรมีการเปิดเผย หรือสมควรรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป็นกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ประเทศสิงคโปร์รับเอาบรรทัดฐานของคดี *Farm Assist N<sup>o</sup>2* มาเป็นแนวทางในการกำหนดหลักการ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ก็ได้มีการเสนอแนะว่าน่าจะนำข้อยกเว้นตามมาตรา 9 (2) มาเป็นข้อพิจารณาประกอบดุลยพินิจในการพิจารณาของศาล<sup>471</sup>

ส่วนกรณีตัวอย่างที่วินิจฉัยวางหลักว่าการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย ถือเป็นความลับและจัดทำขึ้นโดยปราศจากอคติ ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการบรรลุผลในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนั้น ศาลจึงไม่ควรเข้าไปเจาะเข้าค้นหาข้อเท็จจริงในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีจำเป็นต้องกระทำ เช่น

<sup>470</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 283.

<sup>471</sup> *Ibid.*, 282.

จำเป็นเพื่อพิจารณาค้นหาว่าการไกล่เกลี่ยได้บรรลุผลจริง ๆ หรือไม่ หรือเป็นกรณีที่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงยินยอมเปิดเผยการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย หรือเมื่อคู่กรณีพิพาทได้ตกลงยุติข้อพิพาทแล้ว และได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าประสงค์เปิดเผยข้อเท็จจริงของตนต่อศาล หรือมีกฎหมายบังคับเป็นการเฉพาะให้ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริง<sup>472</sup> ยกตัวอย่างเช่น คดี *Jumaiah Bte Amir and Another V Salim Bin Abdul Rashid (2019)*<sup>473</sup> ผู้พิพากษา Choo Han Teck ซึ่งได้พิจารณาวินิจฉัยในคดีนี้ได้วางหลักว่า การติดต่อระหว่างคู่กรณีพิพาทในการไกล่เกลี่ย ให้ถือเป็นความลับและหากได้จัดทำโดยปราศจากอคติแล้ว ศาลไม่ควรเจาะลึกเข้าไปค้นหาข้อเท็จจริงในการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็น เช่น จำเป็นเพื่อพิจารณาว่าการไกล่เกลี่ยได้บรรลุผลหรือไม่ หรือคู่กรณีฝ่ายต่าง ๆ ได้ตกลงกันเปิดเผยการสื่อสารดังกล่าว แม้ข้อเท็จจริงได้ความว่าได้มีการหารือตกลงกันเรื่องค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ยที่ตกลงกันใหม่ แต่การตกลงดังกล่าวมิใช่เป็นส่วนหนึ่งข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาท เนื่องจากข้อตกลงระงับข้อพิพาทดังกล่าวไม่ได้อ้างถึงค่าใช้จ่ายใด ๆ นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทได้หารือกันในประเด็นนี้ ก็ไม่ได้หมายความว่า จะได้รับการแก้ไขโดยการไกล่เกลี่ยเสมอไป

(2) *การกำหนดมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน*

จากการที่ได้ศึกษามาก่อนหน้านี้ จะเห็นว่าการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย จะมีความสัมพันธ์กับมูลเหตุอันเป็นที่มาของการรักษาความลับ คือ มูลเหตุเกิดจากปัญหาว่ามีการนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยซึ่งผู้เป็นเจ้าของข้อมูลดังกล่าวมีความประสงค์ไม่เปิดเผยต่อบุคคลอื่นใด นำมาเปิดเผยให้เป็นที่รับรู้ของบุคคลอื่นทั่วไป โดยเฉพาะเป็นที่รับรู้ต่อบุคคลที่สาม ดังนั้น การที่บุคคลที่สามรับรู้ถึงข้อมูลที่ไม่ประสงค์เปิดเผยนั้น ย่อมมาจากการนำเอาข้อมูลดังกล่าวมาใช้ ซึ่งการนำมาใช้ จะปรากฏในกรณีนำมาใช้กับข้อพิพาทโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อข้อพิพาทนั้น เป็นข้อพิพาทที่ได้ผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาแล้ว แต่กระบวนการดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ ทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์เพื่อให้ข้อพิพาทยุติโดยการดำเนินกระบวนการทางศาล แล้วดำเนินกระบวนการพิสูจน์ความจริงด้วยการอ้างพยานหลักฐาน โดยพยานหลักฐานดังกล่าวส่วนหนึ่งได้กล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงซึ่งอาจปรากฏมาจากกระบวนการไกล่เกลี่ย

<sup>472</sup> Nadja Alexander and Shouyu Chong, "Mediation and Appropriate Dispute Resolution," *Singapore Academy of Law Annual Review of Singapore Cases* (2019): 640 - 641.

<sup>473</sup> "Jumaiah Bte Amir and Another V Salim Bin Abdul Rashid," (THE HIGH COURT OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE, 2019).

ซึ่งกรณีดังกล่าวโดยทั่วไปข้อเท็จจริงที่ปรากฏดังกล่าวจะต้องถูกเก็บรักษาเป็นความลับ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดได้หยิบยกข้อเท็จจริงลักษณะดังกล่าวขึ้นมาแล้ว โดยหลักข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นก็ย่อมรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล

กฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน ค.ศ. 1893 มาตรา 23 กำหนดว่า “ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานนั้น หากเป็นพยานหลักฐานดังกล่าวมีเงื่อนไขว่าต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานหรือโดยพฤติการณ์ศาลสามารถอนุมานได้ว่าคู่กรณีตกลงกันไม่ให้แสดงพยานหลักฐานดังกล่าว”<sup>474</sup> หลักการตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการนำเอาหลัก without prejudice มาประยุกต์เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร โดยในการตีความเพื่อปรับใช้กับกรณีการนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐาน ไม่เพียงแต่ใช้บังคับกับคู่กรณีพิพาทเท่านั้น แต่ยังขยายความรวมให้ปรับใช้บังคับกับบุคคลที่สามอีกด้วย<sup>475</sup> และหลักการดังกล่าวก็ได้ปรากฏในมาตรา 10 แห่งกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2017 ที่ได้ศึกษาไปข้างต้นแล้ว ซึ่งเป็นการบัญญัติไว้เพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองหลัก without prejudice อันเป็นการดำรงไว้ซึ่งหลักการรักษาความลับ ดังนั้น ข้อตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการตามหลัก without prejudice ซึ่งมักเกิดขึ้นมาจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงไม่เป็นที่ยอมรับให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน<sup>476</sup> อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้นโดยสมบูรณ์ เพราะอาจได้รับการยกเว้น หากเข้ากรณีที่ได้รับการยกเว้นหลัก without prejudice ตามมาตรา 9 (3) รวมไปถึงมาตรา 11 แห่งกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2017 ที่ได้ศึกษาไปแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2017 กำหนดให้การยกเว้นหลัก without prejudice เพื่อเป็นมูลเหตุให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ โดยไม่ได้กำหนดหลักการให้ศาลที่พิจารณาตัดสินคดีต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักถ่วงดุลระหว่างความเป็นเอกสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงที่มุ่งประสงค์ในการรักษาความลับกับ

<sup>474</sup> Evidence Act 1893

Admissions in civil cases when relevant

23.—(1) In civil cases, no admission is relevant if it is made —

(a) upon an express condition that evidence of it is not to be given; or

(b) upon circumstances from which the court can infer that the parties agreed together that evidence of it should not be given.

<sup>475</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 279.

<sup>476</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation."

ประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญประกอบกันด้วย<sup>477</sup> จึงทำให้หลักการดังกล่าวนี้มีความแตกต่างกับข้อ 6 (a) (6) ของ UMA ซึ่งกำหนดให้ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจซึ่งน้ำหนักคุณค่าระหว่างเอกสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะด้วย ตามที่ได้ศึกษาไปแล้วในหัวข้อ 3.2.1

การปรับใช้หลัก without prejudice ก็ได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยอาศัยการปรับบทบัญญัติมาตรา 23 แห่งกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน ค.ศ. 1893 โดยวางหลักการไว้ว่า หากการสื่อสารระหว่างคู่กรณีได้ทำขึ้นบนถ้อยคำที่ปราศจากอคติ (without prejudice) ในระหว่างการเจรจาเพื่อระงับยุดคดี ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในระหว่างการสื่อสารดังกล่าวย่อมไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ยกตัวอย่างในคำพิพากษาคดี *Ng Chee Weng v Lim Jit Ming Bryan (2010)*<sup>478</sup> ผู้พิพากษา Belinda Ang Saw Ean ซึ่งได้พิจารณาวินิจฉัยในคดีนี้ได้วางหลักไว้ว่า หากการสื่อสารที่ได้จัดทำขึ้นระหว่างคู่กรณีที่ทำขึ้นขณะทำการเจรจาเพื่อระงับยุดคดี ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการสื่อสารดังกล่าวนั้นไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หลัก without prejudice ปรับใช้เพื่อยกเว้นไม่รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นระหว่างการเจรจาเพื่อยุดข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน โดยมุ่งเป้าไปที่การระงับยุดข้อพิพาท ไม่ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะได้จัดทำขึ้นในรูปแบบวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ การปรับใช้หลัก without prejudice อยู่ที่ว่ามี ความชัดเจนจากบริบทสถานการณ์แวดล้อม โดยรอบว่าคู่กรณีพิพาทได้พยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีอยู่ ไม่ว่าท้ายที่สุดจะนำไปสู่การเป็นคดีข้อพิพาทระหว่างกันหรือไม่ ทั้งนี้ การตีความมาตรา 23 แห่งกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน ค.ศ. 1893 จะต้องหมายความว่าเฉพาะในสถานการณ์ที่คู่กรณีพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างกัน ได้ตกลงกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้วว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะไม่นำมาใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ประเด็นข้อพิพาทระหว่างกัน นอกจากนี้คดี *Ng Chee Weng v Lim Jit Ming Bryan* เป็นคดีตัวอย่างที่วางหลักการว่าเมื่อมีการทำข้อตกลงยุดข้อพิพาทขึ้นระหว่างกันแล้ว ย่อมสามารถนำมาใช้เพื่อค้นหาข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ถูกต้องได้<sup>479</sup>

### (3) ความรับผิดชอบจากการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ

การละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ สามารถนำมาปรับใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ หากพบว่าข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผย เพื่อวัตถุประสงค์ให้ผู้ไกล่เกลี่ยนำเอาข้อมูลมาใช้

<sup>477</sup> Anderson, D. Q., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 284.

<sup>478</sup> "Ng Chee Weng V Lim Jit Ming Bryan," (THE HIGH COURT OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE, 2010).

<sup>479</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation."

ประกอบกรดำเนินการกระบวนกรไกล่เกลี่ย โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะเเม็ดการรักษาคความลับได้ หากผู้ไกล่เกลี่ยได้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับในหน้าทีเป็นผู้ไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลที่สาม หรือใช้ประโยชน์จากข้อมูลดังกล่าวโดยที่ตนเองไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่มีการละเม็ดการรักษาคความลับ ไม่จำกัดแต่เพียงเฉพาะข้อมูลที่มีมูลค่าในเชิงพาณิชย์ แต่รวมถึงข้อมูล ข้อเท็จจริงใด ๆ ที่สามารถครอบคลุมถึงผู้มีส่วนได้เสียในข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เป็นความลับนั้น<sup>480</sup> ทั้งนี้ พบว่าในคดี *X Pte Ltd & Anor v. CDE (1992)*<sup>481</sup> วางหลักไว้ว่าหากจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ากรณีตามประเด็นพิพาทเป็นการละเม็ดการรักษาคความลับ ให้พิจารณาข้อเท็จจริงว่ากรณีที่เกิดขึ้นมีองค์ประกอบครบ 3 ประการดังต่อไปนี้ จึงจะพิจารณาได้ว่าเป็นกรณีที่มีการละเม็ดการรักษาคความลับ

- ก. ข้อมูลนั้นมีความจำเป็นที่ต้องได้รับการป้องกันให้เป็นความลับ
- ข. ข้อมูลนั้นจำเป็นต้องได้รับการเปิดเผยโดยผูกพันว่าผู้ที่ได้รับข้อมูลและเปิดเผยนั้นมีหน้าที่ต้องรักษาคข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับ
- ค. มีการนำข้อมูลอันเป็นความลับดังกล่าวไปใช้ประโยชน์โดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ และเป็นการกระทำอันเป็นการให้เจ้าของข้อมูลดังกล่าวได้รับความเสียหาย

แนวทางการวินิจฉัยคดีดังกล่าว ศาลของประเทศสิงคโปร์ได้อ้างหลักจากคดี *Coco & A.N. Clark (Engineers) Ltd.* มาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว และวางหลักของเรื่องการละเม็ดหลักการรักษาคความลับในประเทศสิงคโปร์<sup>482</sup>

ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับในหน้าทีเป็นผู้ไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลที่สาม หรือใช้ประโยชน์จากข้อมูลดังกล่าวโดยที่ตนเองไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้อาจถูกศาลสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือใช้ประโยชน์จากข้อมูลดังกล่าว<sup>483</sup>

### 3.3.5 กฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์หลายประเทศกำหนดเรื่องการรักษาความลับสัมพันธ์กับเรื่องกรดำเนินการกระบวนพิจารณาคดี เพราะหลักการรักษาคความลับถูกนำมาใช้กับการกำหนดประเด็นการรับฟังพยานหลักฐาน โดยพยานหลักฐานใดที่ถูกกำหนดว่าจะต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับก็มักจะกำหนดห้ามมิให้รับฟังในการพิสูจน์คดี อย่างไรก็ตามด้วยระบบกฎหมายแบบ

<sup>480</sup> Mohammed Reza and Azri Tan, "“Old Fashioned” Breach of Confidence: The Singapore Approach to Privacy Law," [Online]. Available from: <https://v1.lawgazette.com.sg/2013-08/823.htm>

<sup>481</sup> *X Pte Ltd & Anor v. CDE (1992) 2 SLR(R) 575 996*

<sup>482</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation."

<sup>483</sup> Ibid.

ซีวิลลอว์ใช้ระบบการค้นหาข้อเท็จจริงในระบบไต่สวน (inquisitorial system) ที่ศาลมีบทบาทในการร่วมค้นหาข้อเท็จจริงกับคู่ความในคดีที่ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อศาลโดยคู่ความยังไม่เพียงพอ ศาลมีอำนาจสั่งให้เรียกพยานแวดล้อมอื่นมาพิสูจน์ให้ศาลทราบได้อีกด้วย ทำให้ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการไต่สวนคดี และให้ได้ความจริงโดยแท้ เช่น ประเทศฝรั่งเศสที่มีผู้พิพากษาทำหน้าที่ไต่สวนคดี (magistrate judge) มีหน้าที่ในการสอบสวนโดยซักถามทั้งพยานและผู้ถูกกล่าวหา ทั้งมีอำนาจสั่งให้มีการค้นหาและรวบรวมพยานหลักฐานอื่นเพื่อพิสูจน์การกระทำของผู้ถูกกล่าวหา เพราะฉะนั้นศาลย่อมมีอำนาจและอิสระในการรับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดโดยที่ไม่มีข้อจำกัดหรือไม่มีการกำหนดรูปแบบลักษณะของพยานหลักฐานที่กำหนดให้สามารถรับฟังได้หรือพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง ส่งผลให้ศาลต้องใช้ดุลยพินิจอย่างรอบคอบและระมัดระวังในการรับฟังพยานหลักฐาน เพราะจะมีพยานหลักฐานทั้งที่มีความน่าเชื่อถือและไม่น่าเชื่อถือ หรือแม้แต่น้ำหนักให้รับฟังได้น้อยขึ้นสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>484</sup> อย่างไรก็ตามจะพบว่ากรกำหนดให้พยานหลักฐานบางอย่างถูกกำหนดห้ามมิให้รับฟัง ย่อมมีลักษณะเป็นบทตัดพยาน (exclusionary rules) ซึ่งเป็นคุณลักษณะเฉพาะของระบบการค้นหาความจริงแบบกล่าวหา (adversarial system) ที่ใช้กันในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ที่เปิดให้คู่ความแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสต่อสู้กันด้วยวิธีการให้แต่ละฝ่ายได้นำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในมุมมองของแต่ละฝ่าย ศาลทำหน้าที่เสมือนเป็นกรรมการในการตัดสินการแข่งขัน ทำการกำหนดว่าข้อเท็จจริงใดรับฟังได้และเป็นความจริง ผลของการชี้ขาดตัดสินก็จะปฏิบัติตามข้อเท็จจริงที่ศาลเชื่อ ด้วยเหตุนี้คู่ความจะต้องใช้กลวิธีของตนเองอย่างเต็มที่ในการเรียบเรียงและหยิบยกข้อเท็จจริงพร้อมพยานหลักฐานเพื่อนำเสนอต่อศาล การดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของคู่ความแต่ละฝ่าย ทำให้ระบบกล่าวหาที่นั้น คู่ความในคดีมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการกำหนดผลของคดี ซึ่งเป็นไปตามหลักความประสงค์ของคู่ความ<sup>485</sup> และด้วยการที่ระบบกล่าวหาที่มีบทตัดพยานที่จำกัดบทบาทของศาลในการรับฟังข้อเท็จจริงเป็นพยานหลักฐานเพื่อชี้ขาดคดี โดยเฉพาะเมื่อเป็นพยานหลักฐานที่ไม่น่าเชื่อถือ หรือมีน้ำหนักให้รับฟังได้น้อย จุดประสงค์เป็นไปเพื่อปิดกั้นพยานหลักฐานที่ไม่มีความน่าเชื่อถือและไม่เกี่ยวข้องกัคดี<sup>486</sup> ซึ่งเมื่อนำระบบกล่าวหามาใช้กับระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์แล้ว ทำให้ศาลขาดอิสระในการรับฟังพยานหลักฐาน และถูกจำกัด

<sup>484</sup> วรณชัย บุญบำรุง, "ระบบไต่สวน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 Jan 2023 วันที่ 25 Dec 2022. แหล่งที่มา:

<https://www.facebook.com/wannachai.boonbumrung.5/posts/pfbid0hbE2QDy9cF1rHk1Ku9677S1vWuCZZJenpbfyAtX1VN7B2UahEAAJs6sXcZGYLnunl>

<sup>485</sup> เพิ่งอ้าง

<sup>486</sup> วรณชัย บุญบำรุง, "ระบบกล่าวหา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 Jan 2023 วันที่ 29 Jan 2023. แหล่งที่มา:

<https://www.facebook.com/wannachai.boonbumrung.5/posts/pfbid0FwtmRKsbyzH6DLppLgufbCEtGTmKE6hkKRdhPz2eDtNyyiSKo53njLc2qD7UTZel>

พยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาชี้ขาดตัดสิน<sup>487</sup> จึงทำให้การกำหนดบทบัญญัติในลักษณะเป็นบทตัดพยาน ดังเช่นการกำหนดข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเป็นพยานหลักฐานจึงไม่สอดคล้องกับลักษณะของระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่ใช้ระบบการค้นหาข้อเท็จจริงแบบไต่สวน

อย่างไรก็ตาม เมื่อทำการศึกษากฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ในภาคพื้นยุโรปพบว่า กฎหมายดังกล่าวได้มีการแฝงแนวคิดว่าด้วยการรักษาความลับไว้ในกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะประเด็นการรักษาความลับได้ถูกกำหนดไว้เป็นเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับความลับเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และมักกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยยอมรับว่าการสื่อสารระหว่างทนายความและลูกความของตนย่อมได้รับการคุ้มครองและเป็นความลับ เพราะเป็นการดำรงไว้ซึ่งการรักษาหลักนิติธรรมและยังเป็นกระบวนการที่ส่งเสริมให้เกิดการเข้าถึงความยุติธรรมโดยทางอ้อม<sup>488</sup> เพราะถ้าหากไม่สามารถรักษาให้การสื่อสารระหว่างทนายความและลูกความเป็นความลับและได้รับการคุ้มครองแล้ว ย่อมส่งผลให้เป็นการตัดขาดลูกความในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยรวดเร็ว เอกสิทธิ์การคุ้มครองการสื่อสารในระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาจากหน้าที่รักษาความลับ ซึ่งจะแตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มาจากเอกสิทธิ์ของเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับที่สามารถกำหนดให้ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของตนที่ประสงค์ให้เป็นความลับ<sup>489</sup>

#### (1) กฎหมายของประเทศเยอรมนี

เดิมประเทศเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการไกล่เกลี่ยโดยตรง แต่มีปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจัดการข้อพิพาททางเลือกตามกฎหมายเฉพาะ อย่างไรก็ตามความนิยมในการเลือกกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมีมากขึ้น โดยเฉพาะข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์มีความนิยมนำเอาข้อพิพาททางเลือกมาใช้ จนกระทั่งปี ค.ศ. 2012 รัฐสภาของเยอรมนีได้รับการเรียกร้องให้รับเอา Directive 2008/52/EC ซึ่งยกร่างขึ้นโดยรัฐสภายุโรป (European Parliament) มาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ กระทั่งปี ค.ศ. 2017 ได้มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย โดยการนำเอาบทบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยหลายฉบับ เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยและวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลอื่น ๆ (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*) รวมถึงอนุวัตินำเอา Directive 2008/52/EC นำมายกร่างเป็นรัฐบัญญัติ

<sup>487</sup> เพิ่งอ้าง

<sup>488</sup> Union Internationale des Avocats, "International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege," 15.

<sup>489</sup> Ibid., 19.



การไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz) และมีการยกเว้นและแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี (Deutschen Zivilprozessordnung : ZPO)<sup>490</sup>

เมื่อประเทศเยอรมนีได้มีการตราบัญญัติการไกล่เกลี่ยขึ้น เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2012 รัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นการวางหลักการพื้นฐานว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สามารถนำไปปรับใช้เพื่อระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ได้ทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิพาททางอาญา ข้อพิพาททางปกครอง ข้อพิพาททางแรงงาน ข้อพิพาทตามกฎหมายภาษีอากร ข้อพิพาททางทรัพย์สินทางปัญญาด้วย<sup>491</sup> แต่ในทางปฏิบัติมักนำกระบวนการไกล่เกลี่ยมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว<sup>492</sup> มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติการไกล่เกลี่ย กำหนดนิยามของการไกล่เกลี่ยว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่เป็นความลับ และดำเนินการอย่างอิสระด้วยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาท เพื่อบรรลุผลในการยุติข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรโดยอาศัยผู้ไกล่เกลี่ยจำนวนหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลาง โดยไม่มีอำนาจใด ๆ ให้คำแนะนำคู่กรณีพิพาทผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>493</sup> การไกล่เกลี่ยตามกฎหมายของเยอรมนีถูกกำหนดให้ครอบคลุมรูปแบบการไกล่เกลี่ย 2 ประเภท ได้แก่ การไกล่เกลี่ยนอกศาล (*außergerichtliche Mediation*) ซึ่งจะแยกต่างหากจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล โดยการดำเนินการจะต้องเป็นไปตามที่รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยกำหนดเท่านั้น และการไกล่เกลี่ยโดยศาล ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การไกล่เกลี่ยโดยศาลระหว่างการพิจารณาคดีที่จัดขึ้นนอกศาล (*gerichtsnahe Mediation*) ซึ่งปรากฏตามมาตรา 278a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันกำหนดว่า ศาลอาจแนะนำให้คู่กรณีพิพาทดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ หากคู่กรณีพิพาทตกลงตามที่ศาลแนะนำแล้ว ศาลจะมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี<sup>494</sup> และการไกล่เกลี่ย

<sup>490</sup> Eric Wagner and Britta Kamp, "Mediation in Germany," in *Comparative Law Yearbook of International Business : International Mediation*, ed. Christian Campbell (Kluwer Law International, 2020), pp. 171 - 172.

<sup>491</sup> Ibid., 174.

<sup>492</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, ed. Sabine Walsh Nadja Alexander, and Martin Svato, (Kluwer Law International, 2017), p. 358.

<sup>493</sup> Mediationsgesetz

§ 1 Begriffsbestimmungen

(1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.

<sup>494</sup> Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

โดยศาลในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี (*gerichtsinterne Mediation* หรือ *Güterichtermodell*) ซึ่งเป็นการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นโดยศาล (ผู้พิพากษา เรียกว่า *Güterichter*) ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย<sup>495</sup> ปรากฏตามมาตรา 278 (5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน กำหนดว่าการพิจารณาคดีที่มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือระงับข้อพิพาททางเลือก ศาลอาจให้คู่ความที่อยู่ระหว่างการถูกพิจารณาคดีดำเนินการไกล่เกลี่ย หรือดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (โดยผู้พิพากษาดังกล่าวไม่มีอำนาจชี้ขาดตัดสิน)<sup>496</sup> นับได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่กฎหมายของประเทศเยอรมนีไม่เคยมีกระบวนการที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยอย่างไรก็ตามผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย เนื่องจากมีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว ดังที่ปรากฏในมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี<sup>497</sup>

กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในประเทศเยอรมนีอาจจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ กฎหมายที่ควบคุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และผู้ไกล่เกลี่ยนอกศาล กฎหมายที่ใช้ควบคุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยภายในศาลระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และกฎหมายควบคุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เป็นการเฉพาะ<sup>498</sup>

กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศเยอรมนี กำหนดว่าพยานหลักฐานในคดีแพ่งมีหลักกว่าคู่ความฝ่ายใดจะเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ จะขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติเป็นสำคัญ

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.

<sup>495</sup> Eric Wagner and Britta Kamp, "Mediation in Germany," in *Comparative Law Yearbook of International Business : International Mediation*, p. 174.

<sup>496</sup> Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 278 Güttliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich

...

(5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.

...

<sup>497</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 356.

<sup>498</sup> *Ibid.*, 357.

เพราะจะผูกพันด้วยว่ากฎหมายสารบัญญัติมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลไว้ คู่ความมีหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเป็นไปตามแนวทางที่กฎหมายสารบัญญัติกำหนด อย่างไรก็ตามในบางกรณีกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ เช่น กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้เป็นไปตามข้อสันนิษฐานนั้น หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานที่เป็นไปตามข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้<sup>499</sup>

#### 1) หน้าที่ในการรักษาความลับ

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย มาตรา 4 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย<sup>500</sup> กำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึงบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย มีหน้าที่รักษาความลับเกี่ยวกับข้อมูลทั้งหมดที่ได้รับรู้มาในระหว่างทำหน้าที่ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

หน้าที่ในการรักษาความลับไม่ใช่บังคับกับกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อดำเนินการหรือบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ย หรือเป็นกรณีมีเหตุจำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเนื่องจากเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นกับสวัสดิภาพของเด็ก หรือเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจของบุคคล หรือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปหรือไม่มีความสำคัญเพียงพอที่จำเป็นต้องมีการรักษาความลับ ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่แจ้งให้คู่กรณีพิพาททราบเกี่ยวกับขอบเขตหน้าที่ในการรักษาความลับของตนเอง

<sup>499</sup> European Judicial Network, "Taking of Evidence," [Online] Accessed: 31 Jan 2023. Available from: [https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_of\\_evidence-76-de-en.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_taking_of_evidence-76-de-en.do?member=1)

<sup>500</sup> Mediationsgesetz

#### § 4 Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,
2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder
3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

หน้าที่ในการรักษาความลับ รัฐสภาของเยอรมนีมีเจตนารมณ์สำคัญที่มุ่งหมายให้ การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นความลับเป็นสำคัญ เพราะสภาพแวดล้อมของการดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ยที่เป็นความลับมีส่วนสำคัญที่ทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถสร้างความเข้าใจ ระหว่างกันอย่างชัดเจนและเกิดบรรยากาศแห่งการไกล่เกลี่ยที่สามารถบรรลุผลได้ตามเป้าหมาย<sup>501</sup> อย่างไรก็ตามนักวิชาการทางกฎหมายของประเทศเยอรมนีให้ความเห็นว่าหน้าที่ในการรักษาความลับ มีขอบเขตอย่างจำกัด โดยให้เฉพาะบุคคลที่ถูกกำหนดว่าเป็นบุคคลที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ ไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย<sup>502</sup>

มิติการรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อ บุคคลภายนอก (Insider/Outsider Confidentiality) ขอบเขตของการรักษาความลับจะครอบคลุม ถึงในแต่ละขั้นตอนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น การกำหนดให้การตระเตรียมการเพื่อ สำหรับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงบรรดาเอกสาร ข้อเท็จจริงที่จะมีการเปิดเผยในการ ไกล่เกลี่ย ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งได้ให้ไว้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยที่ประสงค์ให้มีการเก็บรักษาไว้เป็น การส่วนตัว กรณีที่เป็นการไกล่เกลี่ยโดยมิได้มีการพบปะกัน หรือเป็นบันทึกรายงานการประชุม การสังเกตพฤติกรรมของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายในระหว่างการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจแสดงถึงเหตุผลที่ทำให้ การไกล่เกลี่ยบรรลุผลหรือไม่บรรลุผลไว้ ก็ถูกกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าอย่างใด ๆ ทั้งผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เป็นประเด็นข้อพิพาท ที่ปรึกษา ของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย บุคคลที่อาจถูกอ้างเป็นพยาน ล่าม รวมถึงพนักงานเจ้าหน้าที่สนับสนุน การปฏิบัติงานของผู้ไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ในการรักษาข้อมูลที่มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ยให้ เป็นความลับ ทั้งนี้ตามมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยที่ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลที่มีส่วน เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย (die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen)” มีความหมายรวมถึงคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย รวมถึงทนายความของ คู่กรณีพิพาทฝ่ายนั้น ๆ ด้วย อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ ความลับถูกนำมาใช้เป็นปัจจัยในการกำหนด ว่าบุคคลใดอาจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้<sup>503</sup>

มิติการรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย กันเอง (Insider/Insider Confidentiality) จะพบว่าการรักษาความลับในรูปแบบดังกล่าวจะสัมพันธ์ กันกับกระบวนการไกล่เกลี่ยว่าเป็นการไกล่เกลี่ยแบบคู่กรณีพิพาทพบเจอกันหรือเป็นการไกล่เกลี่ย โดยที่ไม่มีคู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่นร่วมด้วย (caucusing) คณะผู้ยกร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยจึงมี

<sup>501</sup> Eric Wagner and Britta Kamp, "Mediation in Germany," in *Comparative Law Yearbook of International Business : International Mediation*, pp. 177 - 178.

<sup>502</sup> Ibid., 178.

<sup>503</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, pp. 373 - 374.

การกำหนดไว้ว่า หากจัดให้มีการไกล่เกลี่ยแบบ caucusing แล้ว ย่อมทำให้การไกล่เกลี่ยที่จัดขึ้นอยู่ภายใต้ความเป็นส่วนตัวและมีลักษณะเป็นความลับ ทั้งนี้ การรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง มาจากการที่มาตรา 2 (3) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย กำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่สนับสนุนให้เกิดการสื่อสารขึ้นระหว่างคู่กรณีพิพาทและจะต้องให้แน่ใจว่าคู่กรณีพิพาทสามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยที่มีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถจัดให้คู่กรณีพิพาทไกล่เกลี่ยแยกต่างหากจากกันได้ภายใต้ความตกลงของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย<sup>504</sup> นัยยะของบทบัญญัติดังกล่าวอาจสะท้อนได้ว่าการใด ๆ ที่ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่กระทำเพื่อให้คู่กรณีพิพาทสามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ โดยอาจจัดให้คู่กรณีพิพาทดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยแยกต่างหากจากกัน หมายความว่า การไกล่เกลี่ยภายใต้หลักการดังกล่าวจึงจำเป็นต้องจัดขึ้นภายใต้หลักการรักษาความลับ<sup>505</sup> ตรงกันข้ามกับการกำหนดให้ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยว่าโดยทั่วไปไม่ควรได้รับความคุ้มครองตามหลักการรักษาความลับอาจไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากเป็นการสร้างภาระโดยไม่จำเป็นกับคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายในการกำหนดว่าข้อเท็จจริงหรือข้อมูลใดที่มีการเปิดเผยในการไกล่เกลี่ยแบบ caucusing ที่ประสงค์ให้เก็บไว้เป็นความลับ มิให้เปิดเผยเป็นที่รับรู้ทั่วไปแก่บุคคลภายนอก<sup>506</sup>

ข้อเท็จจริง ข้อมูลอันเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยโดยสภาพมีความเสี่ยงที่จะถูกเปิดเผยโดยคู่กรณีพิพาทด้วยตนเอง และทนายความของคู่กรณีพิพาทที่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยตามที่ได้รับคามยินยอมจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ทั้งนี้ ทนายความของคู่กรณีพิพาทดังกล่าวไม่อาจอ้างเรื่องความยินยอมของคู่กรณีพิพาทให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยเป็นเหตุว่าคู่กรณีพิพาทให้ความยินยอมในการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้<sup>507</sup> ดังนั้น มาตรา 2 (4) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย กำหนดว่า “บุคคลภายนอกจะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย”<sup>508</sup> จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับตามมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ด้วยเหตุนี้ การรักษา

<sup>504</sup> Mediationsgesetz

§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators

(3) Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind. Er kann im allseitigen Einverständnis getrennte Gespräche mit den Parteien führen.

<sup>505</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, pp. 374 - 375.

<sup>506</sup> Ibid.

<sup>507</sup> Ibid., 374.

<sup>508</sup> Mediationsgesetz

§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators

(4) Dritte können nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden. ...

ความลับอันเกิดจากการไต่ถามจึงจำเป็นต้องจัดทำในรูปแบบของการจัดทำข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับแยกเป็นการเฉพาะ โดยให้ครอบคลุมเพื่อมีผลบังคับใช้แก่ทั้งคู่กรณีพิพาทและบุคคลอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไต่ถาม<sup>509</sup>

## 2) การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐาน

มิติของการรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไต่ถามต่อศาล (Insider/Court Confidentiality) จะสัมพันธ์กับประเด็นว่าด้วยการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐาน กล่าวคือการรับฟังข้อเท็จจริงหรือข้อมูลใดที่มีการเปิดเผยในการดำเนินกระบวนการไต่ถามจากบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไต่ถามที่ได้รับข้อเท็จจริงหรือข้อมูลดังกล่าวเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งหรือคดีอาญา<sup>510</sup>

กลไกที่สร้างขึ้นเป็นมาตรการในรูปแบบของกฎหมายกำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐาน หากการไต่ถามไม่ประสบความสำเร็จ ไม่สามารถบรรลุข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทได้ กฎหมายของประเทศเยอรมนีกำหนดให้ผู้ไต่ถามและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไต่ถามมีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเกิดจากการไต่ถามให้เป็นความลับพร้อมกันกับกำหนดเอกสิทธิ์ของผู้ไต่ถามที่สามารถปฏิเสธที่จะให้การเป็นพยานได้ ซึ่งบังคับเฉพาะกับคดีแพ่งเท่านั้น<sup>511</sup> ตามรัฐธรรมนูญด้วยการไต่ถาม มาตรา 4 กำหนดให้ผู้ไต่ถามมีหน้าที่ในการรักษาความลับเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ได้รับมาในระหว่างการไต่ถาม ประกอบกับมาตรา 383 (1) ข้อ 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี กำหนดว่าบุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงที่กำหนดให้เป็นความลับเพราะโดยตำแหน่ง งาน อาชีพ หรือสถานภาพ หรือได้รับความลับมาโดยกฎหมายกำหนด มีสิทธิปฏิเสธที่จะให้การเป็นพยาน<sup>512</sup> การที่บทบัญญัติกำหนดว่า “บุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพราะโดยตำแหน่ง งาน อาชีพ หรือสถานภาพ หรือโดยกฎหมายกำหนด” ทำให้หน้าที่ในการรักษา

<sup>509</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 374.

<sup>510</sup> *Ibid.*, 375.

<sup>511</sup> *Ibid.*

<sup>512</sup> Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 383 Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen

(1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

...

6. Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. ...

ความลับโดยมีสิทธิไม่ให้การเป็นพยานครอบคลุมถึงผู้ไกล่เกลี่ยด้วย<sup>513</sup> จึงทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้การเป็นพยานในคดีได้ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นพยานในศาลได้และอาจไม่ปฏิเสธให้การฐานะพยาน หากคู่กรณีพิพาทได้กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยพ้นจากหน้าที่ในการรักษาความลับ<sup>514</sup> ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 385 ข้อ 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี<sup>515</sup> กำหนดว่า บุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับตามมาตรา 383 (1) ข้อ 6 อาจไม่ปฏิเสธในการเป็นพยาน เมื่อได้พ้นจากหน้าที่ในการรักษาความลับแล้ว<sup>516</sup> ทั้งนี้ ควรมีการทำข้อตกลงเพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ก่อนมีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>517</sup> ทั้งนี้ รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยไม่ได้กำหนดห้ามคู่กรณีพิพาทเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลเป็นพยานหลักฐานต่อศาล<sup>518</sup>

นอกจากนี้มาตรา 383 (1) ข้อ 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนียังนำมาใช้กับกรณีผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย (*Güterichter*) โดยอาจปฏิเสธให้การเป็นพยานของคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ อย่างไรก็ตามบรรดาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่มีการเปิดเผยต่อผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ไม่อยู่ภายใต้บังคับตามมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยใช้บังคับเฉพาะกับการไกล่เกลี่ยนอกศาล นอกจากนี้มีบทบัญญัติตามมาตรา 159 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี กำหนดว่าต้องจัดทำบันทึกการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ซึ่งให้นำมาใช้บังคับกับผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย (*Güterichter*) ด้วย<sup>519</sup>

<sup>513</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 375.

<sup>514</sup> Eric Wagner and Britta Kamp, "Mediation in Germany," in *Comparative Law Yearbook of International Business : International Mediation*, p. 185.

<sup>515</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 375.

<sup>516</sup> Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 385 Ausnahmen vom Zeugnisverweigerungsrecht

(2) Die im § 383 Nr. 4, 6 bezeichneten Personen dürfen das Zeugnis nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

<sup>517</sup> Eric Wagner and Britta Kamp, "Mediation in Germany," in *Comparative Law Yearbook of International Business : International Mediation*, p. 187.

<sup>518</sup> *Ibid.*, 185.

<sup>519</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 375.

### 3) ข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ

หน้าที่ในการรักษาความลับไม่ใช่บังคับกับกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อดำเนินการหรือบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการใกล้ชิด หรือเป็นกรณีมีเหตุจำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดเนื่องจากเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะ หรือในกรณีการรักษาความลับโดยไม่เป็นผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>520</sup>

### 4) ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใกล้ชิด

ผู้ใกล้ชิดที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ใกล้ชิด ทั้งหน้าที่ในการรักษาความเป็นกลาง หน้าที่ในการปฏิบัติต่อคู่กรณีพิพาทอย่างเท่าเทียมกัน หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนแก่คู่กรณีพิพาท รวมถึงหน้าที่ในการรักษาความลับ อาจต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดต่อหน้าที่ดังกล่าว ทั้งนี้ หน้าที่ของผู้ใกล้ชิดมีทั้งหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รัฐบัญญัติว่าด้วยการใกล้ชิด รวมถึงหน้าที่ตามข้อตกลงการใกล้ชิดที่ได้มีการตกลงกันโดยฝ่ายที่ต้องเสียหายจากการทำหน้าที่ของผู้ใกล้ชิดเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ถึงความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดที่เป็นผลเกิดขึ้นแก่ตน<sup>521</sup>

การกระทำอันเป็นการผิดหน้าที่ของผู้ใกล้ชิด สืบเนื่องมาจากกฎหมายแพ่งของเยอรมนีมีหลักว่าในการปฏิบัติราชการนี้ กรณีเกิดจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญา ย่อมมีทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้ และหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย ซึ่งเป็นหน้าที่นอกเหนือจากหน้าที่ตามสัญญา<sup>522</sup> โดยมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี กำหนดว่าหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ทางหนี้ (1) ด้วยอำนาจแห่งความสัมพันธ์ทางหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ การชำระหนี้ให้รวมถึงการงดเว้นกระทำการด้วย และ (2) ความสัมพันธ์ทางหนี้อาจผูกพันแต่ละฝ่ายบังคับให้คำนึงถึงสิทธิ ผลประโยชน์ทางกฎหมาย และผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยขึ้นอยู่กับเนื้อหาของความสัมพันธ์ทางหนี้ นั้น ๆ<sup>523</sup> ในลักษณะเป็นหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย ด้วยเหตุนี้ หากผู้ใกล้ชิดมีหน้าที่อันเกิดจากข้อตกลงการใกล้ชิดที่มีลักษณะเป็นสัญญา แล้วได้กระทำการอันเป็นการผิดหน้าที่ของผู้ใกล้ชิดแล้ว อาจพิจารณาได้ว่า

<sup>520</sup> Ibid.

<sup>521</sup> Ibid., 380.

<sup>522</sup> ศุภวิชญ์ ธีรจันทรางกูร, "หนี้ในการให้ความร่วมมือในการชำระหนี้" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 33 - 34.

<sup>523</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.



เป็นการผิดหน้าที่ทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้และผิดหน้าที่ในการค้ำประกันถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญา ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น บุคคลที่กระทำการผิดหน้าที่ซึ่งถือเป็นลูกหนี้ย่อมได้รับผลร้าย โดยเจ้าหนี้นี้มีสิทธิตามกฎหมายกำหนด กล่าวคือประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 280 (1) กำหนดว่าหากลูกหนี้กระทำการผิดหน้าที่โดยไม่ทำหน้าที่ของตน เจ้าหนี้อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ แต่ไม่อาจใช้บังคับได้หากลูกหนี้ไม่ต้องผูกพันรับผิดชอบต่อการกระทำผิดหน้าที่<sup>524</sup> ตามบทบัญญัติดังกล่าวย่อมทำให้เจ้าหนี้สามารถเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ อันเป็นการบังคับตามหน้าที่ในการชำระหนี้ นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังสามารถเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ในการค้ำประกันถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี กำหนดว่าเจ้าหนี้สามารถเรียกค่าเสียหายแทนการปฏิบัติชำระหนี้ หากกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามมาตรา 241 (2) โดยทำให้เจ้าหนี้ต้องรับชำระหนี้โดยไม่เป็นประโยชน์หรือไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ อีกต่อไป และเจ้าหนี้ไม่อาจคาดหวังจากการรับชำระหนี้ได้ตามสมควร<sup>525</sup> เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีแล้ว เห็นได้ว่าหากเป็นกรณีการไกล่เกลี่ยตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย แล้วผู้ไกล่เกลี่ยไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย เช่น หน้าที่ในการรักษาความลับ จนเกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท บุคคลดังกล่าวซึ่งอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ยจึงอาจมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ไกล่เกลี่ยในฐานะเป็นลูกหนี้ในการชำระหนี้และลูกหนี้ในหน้าที่ค้ำประกันถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญา เพื่อให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองได้ ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีพิพาทอาจเป็นการยากในการพิสูจน์ จึงมีข้อเสนอแนะว่าเมื่อมีการทำข้อตกลงการไกล่เกลี่ยอาจจัดให้มีการทำประกันความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ได้<sup>526</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>524</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. ...

<sup>525</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 282 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2

Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

<sup>526</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, pp. 380 - 381.

## (2) กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเริ่มมีการรับเอาการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเข้ามาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 1980 การรับเข้ามดังกล่าวสืบเนื่องจากกลุ่มของนักสังคมสงเคราะห์ นักสังคมวิทยา และนักจิตวิทยาที่ยอมรับต่อหลักคิดที่มุ่งเน้นเรื่องความพยายามส่งเสริมให้เกิดการสื่อสารเพื่อปรับความเข้าใจระหว่างกัน นำไปสู่การฟื้นฟูและสร้างสัมพันธภาพที่ดีระหว่างกัน ด้วยคุณลักษณะดังกล่าว ทำให้มีการเล็งเห็นถึงประโยชน์ที่จะนำมาใช้เป็นกระบวนการเพื่อส่งเสริมการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเร็ว จึงมีความพยายามที่สนับสนุนผลักดันให้มีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยไปกำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น<sup>527</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1988 ได้มีข้อเสนอแนะให้ใช้การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการแรกในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท กระทั่งรัฐสภาของประเทศฝรั่งเศสได้มีการอนุมัติผ่านกฎหมายฉบับที่ 95 – 125 เมื่อปี ค.ศ. 1995 ซึ่งเป็นการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การไกล่เกลี่ยอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบ คือ การไกล่เกลี่ยนอกศาล ซึ่งคู่สัญญาสามารถขอความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทได้อย่างอิสระ และการไกล่เกลี่ยโดยศาล ซึ่งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาล ผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อเข้ามาดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท ภายใต้ความยินยอมของคู่ความทุกฝ่าย<sup>528</sup> อย่างไรก็ตามการไกล่เกลี่ยนอกศาล และการไกล่เกลี่ยโดยศาลมีหลักการสำคัญที่พึงปฏิบัติเหมือนกัน คือ ต้องมีการรักษาความลับ ผู้ไกล่เกลี่ยใช้ความสามารถในการทำให้คู่กรณีพิพาทค้นหาข้อยุติข้อพิพาทได้ และการไกล่เกลี่ยต้องดำเนินการโดยคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายด้วยเจตนาสุจริต<sup>529</sup> ในส่วนของการไกล่เกลี่ยโดยศาล กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการจัดให้มีการไกล่เกลี่ยจุดประสงค์เพื่อลดปริมาณคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาล เพื่อส่งเสริมให้ประชาชนได้มีโอกาสเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างรวดเร็วและเท่าเทียมกัน รวมถึงเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิดกับปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นผู้ดำเนินการให้ความช่วยเหลือแก้ไขปัญหาข้อพิพาท อันส่งผลให้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้รับการแก้ไขอย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น<sup>530</sup> บทบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ รวมถึงกฎหมายอาญา โดยเฉพาะประเด็นเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวเป็นประเด็นที่กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นหัวใจสำคัญของการระงับข้อพิพาทดังกล่าว ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลา รวมถึงกำหนดหลักการว่าเมื่อศาลมีคำสั่งให้มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ให้มีหน้าที่รับฟังคู่ความทุกฝ่ายและเปรียบเทียบกัน

<sup>527</sup> Deborah Macfarlane, *Global Trends in Mediation*, second ed. (Kluwer Law, 2006), pp. 181 - 182.

<sup>528</sup> Delphine Wietek, "Chapter 12: France," in *Eu Mediation Law Handbook*, ed. Sabine Walsh Nadja Alexander, and Martin Svato, (Kluwer Law International, 2017), pp. 306 - 307.

<sup>529</sup> *Ibid.*, 307.

<sup>530</sup> Deborah Macfarlane, *Global Trends in Mediation*, p. 185.

เพื่อค้นหาข้อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น<sup>531</sup> ห้ามมิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อศาล เว้นแต่คู่ความได้ยินยอมให้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ และผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงและรักษาข้อเท็จจริงดังกล่าวให้เป็นความลับ เว้นแต่เป็นกรณีการไกล่เกลี่ยเกี่ยวกับคดีอาญาที่เป็นความรุนแรงในครอบครัว (domestic violence) หรือเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก (child abuse)<sup>532</sup>

#### 1) หลักการรักษาความลับ

การไกล่เกลี่ยของประเทศฝรั่งเศสได้รับการพิจารณาว่ามีการกำหนดกฎหมายว่าด้วยการรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อบุคคลภายนอก (Insider/Outsider Confidentiality) ประกอบกับมีความยืดหยุ่น กล่าวคือ ให้อิสระแก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายในการตกลงกันกำหนดรักษาความลับ แม้จะมีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ไว้ แต่ก็ใช่อิสระของคู่กรณีพิพาทที่อาจตกลงกันเป็นการเฉพาะได้ ปรากฏตามมาตรา 21 – 3 ของรัฐบัญญัติฉบับที่ 95 – 125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ว่าด้วยการจัดองค์กรศาลยุติธรรม และวิธีพิจารณาความแพ่งอาญา และคดีปกครอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส โดยกำหนดในวรรคหนึ่งว่า “การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยอยู่ภายใต้หลักการรักษาความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น”<sup>533</sup> บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่รักษาความลับที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย แต่หน้าที่ดังกล่าวคู่กรณีพิพาทสามารถกำหนดประเด็นที่อาจยกเว้นให้สามารถเปิดเผยนอกกระบวนการไกล่เกลี่ย อันเป็นการยกเว้นหลักการรักษาความลับได้โดยอิสระ<sup>534</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศ

<sup>531</sup> "Code De Procédure Civile."

Article 131–1 Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, ordonner une médiation.

**Le médiateur désigné par le juge a pour mission d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.**

La médiation peut également être ordonnée en cours d'instance par le juge des référés.

(Conformément à l'article 6 du décret n° 2022-245 du 25 février 2022, ces dispositions entrent en vigueur le lendemain de la publication dudit décret. Toutefois, elles sont applicables aux instances en cours.)

<sup>532</sup> Deborah Macfarlane, *Global Trends in Mediation*, pp. 183 - 184.

<sup>533</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Article 21–3 Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité ...

<sup>534</sup> Delphine Wietek, "Chapter 12: France," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 339.

ฝรั่งเศสไม่มีการกำหนดกรณีการรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง (Insider/Insider Confidentiality)<sup>535</sup>

### 2) การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน

การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน มีความสัมพันธ์กับประเด็นเรื่องการรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อศาล (Insider/Court Confidentiality) เนื่องจากการรักษาความลับโดยผู้ไกล่เกลี่ยต่อศาลจะไม่มี การเปิดเผยข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล แม้กระทั่งข้อเท็จจริงที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ค้นพบ หรือถ้อยคำที่ได้มีการเปิดเผยขึ้นในการไกล่เกลี่ยก็ไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาในศาล กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่กรณีพิพาทมิได้ตกลงกันได้ แสดงให้เห็นว่ามีการกำหนดประเด็นเรื่อง การนำเอาข้อเท็จจริงอันเป็นความลับมารับฟังเป็น พยานหลักฐานไว้<sup>536</sup>

### 3) ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยตาม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส (Code De Procédure Civile) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย ซึ่งเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยโดยศาล โดยปรากฏใน มาตรา 21 – 3 วรรคสองของรัฐบัญญัติฉบับที่ 95 – 125<sup>537</sup> กำหนดการรักษาความลับอันเกิดจาก การไกล่เกลี่ยว่า โดยหลักแล้วการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นความลับ ข้อเท็จจริงหรือถ้อยคำที่ มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่สามารถเปิดเผยแก่บุคคลภายนอกได้ รวมถึงไม่สามารถเรียก เอาข้อเท็จจริงหรือถ้อยคำดังกล่าวมาใช้ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยศาลได้ ถือได้ว่าเป็นหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยห้ามมิให้เปิดเผยความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็น เพื่อเป็นไปตามนโยบายสาธารณะ<sup>538</sup> บทบัญญัติดังกล่าวโดยทั่วไปใช้กับบรรดาข้อเท็จจริงที่ได้ให้ต่อ

<sup>535</sup> Ibid., 340.

<sup>536</sup> Ibid.

<sup>537</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Article 21–3 ...

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

...

<sup>538</sup> Delphine Wietek, "Chapter 12: France," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 330.

ศาลโดยวาทา แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีความชัดเจนว่าการรักษาความลับมีผลถึงบรรดาข้อเท็จจริงที่ได้จัดทำในรูปแบบลายลักษณ์อักษรหรือไม่<sup>539</sup>

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นว่าห้ามมิให้อ้างหลักการรักษาความลับ ตามมาตรา 21 – 3 วรรคสามของรัฐบัญญัติฉบับที่ 95 – 125<sup>540</sup> หากเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงหรือถ้อยคำดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเป็นประเด็นเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ โดยเป็นการกำหนดไว้ในลักษณะกว้าง ๆ แต่มีนักวิชาการอธิบายว่ามีความหมายครอบคลุมถึงประเด็นทางกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าหรือกฎหมายภาษีอากร<sup>541</sup> ส่วนอีกกรณีหนึ่งที่เป็นข้อยกเว้นเป็นเรื่องที่การกระทบต่อหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) หรือเป็นเรื่องกระทบต่อสุขภาพร่างกายและจิตใจของบุคคล รวมไปถึงหากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการไกล่เกลี่ยหรือพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>542</sup> ข้อยกเว้นเพื่อพิสูจน์ถึงการมีอยู่หรือพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย มีความมุ่งหมายเพื่อให้สามารถพิสูจน์ถึงผลลัพธ์อันเป็นข้อตกลงภายหลังจากดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเสร็จสิ้น ทำให้ข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในกรณีดังกล่าวจะมีความหมายถึงเฉพาะยกเว้นให้เปิดเผยผลลัพธ์ภายหลังจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่ได้หมายความรวมถึงบรรดาข้อถกเถียงหรือบรรดาข้อเท็จจริง หรือข้อมูลที่ได้มีการแลกเปลี่ยนกันระหว่างการดำเนินการกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>543</sup> แสดงให้เห็นว่าความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายยังคงยึดถือว่าข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่มีการเปิดเผยแลกเปลี่ยนกันระหว่างการไกล่เกลี่ยเพื่อบรรลุผลในการยุติข้อพิพาทยังคงเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดให้รักษาไว้เป็นความลับ มีแต่เพียงผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นภายหลังดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่ได้รับการยกเว้นหลักการรักษาความลับให้ถูกเปิดเผยได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>539</sup> Ibid., 340.

<sup>540</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Article 21-3 ...

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

- a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;
- b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

...

<sup>541</sup> Delphine Wietek, "Chapter 12: France," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 341.

<sup>542</sup> Ibid., 328.

<sup>543</sup> Ibid., 341.

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสมีการกำหนดให้ บทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าวสามารถนำไปปรับใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลได้อีกด้วย<sup>544</sup>

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดเอกสิทธิ์ของผู้มีวิชาชีพในการ ไม่เปิดเผยความลับ โดยกำหนดให้ผู้มีวิชาชีพมีหน้าที่ไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับซึ่งตนเองได้รับ จากลูกค้า และไม่มีข้อกำหนดข้อยกเว้นหลักการดังกล่าว

ตัวอย่างคดีที่ปรากฏเกี่ยวกับประเด็นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เช่น คดี *SNECMA* เป็นคดีที่เกิดขึ้นในศาลสูงสุดแห่งกรุงปารีส (the Paris Tribunal de Grande Instance) เกี่ยวกับกรณีคู่กรณีพิพาทที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยตามสัญญาตกลงไกล่เกลี่ย ปรากฏว่า คู่สัญญาดังกล่าวไม่ได้บรรลุให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้น เพราะคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายกลับไปสั่งให้ ผู้ไกล่เกลี่ยจัดทำรายงานของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ เพื่อใช้เผื่อกรณีที่อาจนำเอารายงานนั้นมาใช้เมื่อจะได้อีก อ้างถึง โจทก์อ้างถึงเนื้อหาของรายงานของผู้ไกล่เกลี่ย และข้อเสนอการประนีประนอมยอมความ ความเห็น และสิ่งที่ค้นพบของผู้ไกล่เกลี่ย โดยยกอ้างขึ้นในชั้นกระบวนการพิจารณาของศาลพาณิชย์ ฝ่ายจำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลสูงสุดแห่งกรุงปารีสมีคำสั่งให้โจทก์เพิกถอนการอ้างอิงพยานหลักฐาน อย่างไร ๆ ที่มีการกล่าวถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมถึงไม่ให้อ้างถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ได้ ดำเนินการมาก่อนหน้านี้แล้ว<sup>545</sup> ศาลสูงสุดแห่งกรุงปารีสได้พิจารณาถึงหลักการรักษาความลับซึ่งเป็น หลักการพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 131 – 14 แห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (Code de procédure civile)<sup>546</sup> ซึ่งกล่าวถึงบทบัญญัติว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ยนั้น กำหนดว่า การค้นหาข้อเท็จจริงของผู้ไกล่เกลี่ย และถ้อยคำที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รวบรวมจาก การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่อาจนำไปใช้ในการดำเนินกระบวนการได้ หากคู่กรณีพิพาท ไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย หรือในกรณีอื่น ๆ ที่ได้กำหนดห้ามไว้ ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นหัวใจ สำคัญของการไกล่เกลี่ย

#### 4) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

ในแง่ของบทบัญญัติทางกฎหมาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ของ ตนเองเป็นการเฉพาะ<sup>547</sup> หากมีการจัดทำข้อตกลงดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะมีการกำหนด

<sup>544</sup> Ibid., 339.

<sup>545</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, pp. 255 - 256.

<sup>546</sup> "Code De Procédure Civile."

Article 131-14 Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.

<sup>547</sup> Delphine Wietek, "Chapter 12: France," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 344.

หน้าที่ในการรักษาความลับ ข้อตกลงดังกล่าวจะเกิดหน้าที่โดยปริยายแก่ผู้ไกล่เกลี่ยที่จะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ เพราะฉะนั้น เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ไกล่เกลี่ยอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากฝ่ายไกล่เกลี่ยในการปฏิบัติหน้าที่ของตน โดยอาจเป็นไปตามกฎหมายลักษณะสัญญา ส่วนหากเกิดความเสียหายซึ่งกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมาย ก็ถือว่าตามกฎหมายลักษณะละเมิด เช่น กรณีผู้ไกล่เกลี่ยที่ฝ่าฝืนหน้าที่ในการเปิดเผยหรือเป็นกลาง และอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในลักษณะที่เป็นรายจ่ายของคู่กรณี เช่น ค่าธรรมเนียมคนกลาง ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมการเตรียมการและการมีส่วนร่วม การเบิกจ่าย และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ค่าความเสียหายอย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายเชิงกึ่งกำไร เช่น ความสูญเสียที่ได้รับจากการตกลงกันเนื่องจากการบังคับคนกลาง ความรับผิดชอบทางแพ่งต่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำดังกล่าว ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว<sup>548</sup> ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องรับผิดชอบในความบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยของตนเองที่บกพร่อง เนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ แต่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้น หากข้อตกลงที่เกิดขึ้นหลังจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีข้อบกพร่องขึ้น<sup>549</sup>

ส่วนมาตรการในการลงโทษผู้มีวิชาชีพที่ดำเนินการไม่เป็นไปตามหน้าที่ มีการกำหนดลงโทษทางอาญา และทางวินัยด้วย<sup>550</sup> กล่าวคือในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 434 – 9 กำหนดห้ามผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในศาลกระทำการเรียกร้อง หรือรับข้อเสนอ ของกำนัล หรือประโยชน์ใด ๆ เพื่อละเว้นจากการปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และปรับ 1,000,000 ยูโร<sup>551</sup>

ข้อเท็จจริงที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้พบและค่าแถมที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รวบรวมมานั้น ไม่สามารถนำมาใช้โดยปราศจากข้อตกลงของคู่สัญญาตกลงไกล่เกลี่ย หรือภายในกรอบการดำเนินการ

<sup>548</sup> Ibid., 338.

<sup>549</sup> Ibid., 345.

<sup>550</sup> Union Internationale des Avocats, "International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege," 19.

<sup>551</sup> Code Pénal

Article 434-9 Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par :

...

4° Une personne chargée par l'autorité judiciaire ou par une juridiction administrative d'une mission de conciliation ou de médiation ;

...

de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. ...

กรณีอื่น ศาลเห็นว่าเมื่อคู่กรณีพิพาทได้มีสัญญาตกลงไกล่เกลี่ยแล้ว หลักการรักษาความลับให้ครอบคลุมไปถึงรายละเอียดข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท รายงานของผู้ไกล่เกลี่ย เว้นเสียแต่ว่าคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น และในกรณีนี้ศาลเห็นว่าโจทก์ในคดีนี้ซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งที่ได้เป็นผู้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ย ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย อันอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง<sup>552</sup> ทั้งนี้ความเห็นในทางวิชาการและแนวคำวินิจฉัยตัดสินของศาลในฝรั่งเศสยอมรับเรื่องหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย และตามกฎหมายกำหนดให้หน้าที่รักษาความลับจะกล่าวแต่เพียงเฉพาะผู้ไกล่เกลี่ย แต่มีการขยายความให้หน้าที่ในการรักษาความลับรวมไปถึงผู้ที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยอื่น ๆ ด้วย โดยให้กล่าวไว้ในประมวลจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยขององค์กรผู้ไกล่เกลี่ย และสัญญาตกลงให้ไกล่เกลี่ย ซึ่งจะต้องกล่าวให้ครอบคลุมถึงหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ยต่อบุคคลภายนอก และหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ยต่อคู่กรณีพิพาทด้วย<sup>553</sup>

### 3.4 การกำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในบางกรณี หากคู่กรณีพิพาทเห็นว่าอาจมีความยากลำบากหรืออาจก่อให้เกิดปัญหาที่กระทบต่อฝ่ายของตน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าข้อเท็จจริงของฝ่ายตนจะได้รับการคุ้มครองตามหลักการรักษาความลับ คู่กรณีพิพาทอาจเห็นตรงกันว่าเมื่อจะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะต้องมีการจัดทำข้อตกลงการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การรักษาความลับในการไกล่เกลี่ยผ่านการทำข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ หากมิใช่เรื่องเกี่ยวกับการกำหนดบังคับเพื่อเบิกความในฐานะพยาน ศาลที่พิจารณาคดีพิพาทจะเป็นผู้บังคับให้ข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นก่อนการฟ้องคดีให้เป็นไปตามข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ<sup>554</sup> ซึ่งข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในอนาคต คู่กรณีพิพาทจะดำเนินการจัดทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรตกลงว่าจะทำการไกล่เกลี่ยว่า ทั้งคู่กรณีพิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่เปิดเผยการสื่อสารที่จัดทำขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยให้แก่บุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย<sup>555</sup> ซึ่งหน้าที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงย่อมครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปิดเผยหรือได้เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยระหว่างคู่กรณีพิพาทกับผู้ไกล่เกลี่ย<sup>556</sup> เมื่อได้มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเสร็จสิ้นแล้ว และมี

<sup>552</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, pp. 256 - 257.

<sup>553</sup> *Ibid.*, 260.

<sup>554</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 147.

<sup>555</sup> Wolski, B., "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal*: 1562.

<sup>556</sup> Mrinal Vijay, "The Dilemma of Balancing the Administration of Justice and the Preservation of Confidentiality in the Mediation Process.," *LSE Law Review*: 71.



การกำหนดให้ต่างฝ่ายต่างจะต้องมีหน้าที่ไม่เปิดเผยสิ่งที่ได้เกิดขึ้นหรือรับรู้มาจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในภายหลังเมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวเสร็จสิ้น รวมถึงต้องไม่เปิดเผยว่าผลลัพธ์ของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือไม่เปิดเผยว่ามีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยอยู่ ให้แก่บุคคลภายนอกได้รับรู้<sup>557</sup> ทั้งนี้ ข้อสัญญาว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีการกำหนดไว้หลากหลายรูปแบบ ทั้งนี้ เป็นตามเจตนาและความประสงค์ของคู่กรณีพิพาทที่มีความประสงค์ต่อกัน ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา<sup>558</sup> ทั้งนี้ หากมีกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ เนื่องจากการเปิดเผยจะมีประโยชน์และมีความสำคัญมากกว่า จึงจะไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ<sup>559</sup>

ตัวอย่างของการกำหนดเป็นข้อตกลงในการไกล่เกลี่ย ในประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ มี Resolution Institute (RI) ซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร ก่อตั้งขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินการระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรายการเจรจา การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรืออนุญาโตตุลาการ หรือเป็นการระงับข้อพิพาทตามแบบแผนดังเช่นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล<sup>560</sup> ข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยของ RI ซึ่งปรากฏตาม clause 14 ของข้อตกลงการไกล่เกลี่ยที่เผยแพร่โดย RI กำหนดว่า “ข้อมูลใดที่มีการเปิดเผยต่อผู้ไกล่เกลี่ยในทางส่วนตัว ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำการให้ข้อมูลนั้นเป็นความลับ เว้นแต่ผู้ที่ให้ข้อมูลดังกล่าวจะมีเจตนาที่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”<sup>561</sup> วัตถุประสงค์ของการกำหนดข้อตกลง (clause) ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้เพียงพอต่อการสร้างความคุ้มครองแก่ความลับของการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยที่ได้กระทำแยกจากกัน<sup>562</sup> clause 15 กำหนดว่า “ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย (The participant) จะไม่เปิดเผยข้อมูล หรือเอกสารใด ๆ ที่ได้มีการมอบให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยในระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย” clause 19 กำหนดว่า “คู่สัญญาและผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ทำการเปิดเผยต่อบุคคลใด ๆ ที่ไม่ได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หรือไม่ทำการเปิดเผยข้อมูลลับใด ๆ ที่ได้จัดเตรียมไว้ในระหว่างการไกล่เกลี่ย เว้นแต่การเปิดเผยดังกล่าวจะได้รับคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญหรือเป็น

<sup>557</sup> A.K.C. Koo, "Confidentiality of Mediation Communications," *Civil Justice Quarterly*: 199.

<sup>558</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 33 - 40.

<sup>559</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 147.

<sup>560</sup> Resolution Institute, "About Resolution Institute," [Online]. Available from: <https://www.resolution.institute/about-us>

<sup>561</sup> Resolution Institute the agreement to mediate clause 14

“Any information disclosed to a mediator in private is to be treated as confidential by the mediator unless the party making the disclosure states otherwise.”

<sup>562</sup> Wolski, B., "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal*: 1568.

บุคคลที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยและบุคคลที่ทำการเปิดเผยได้รับคำแนะนำว่าข้อมูลที่เป็นความลับนั้น เป็นความลับ”<sup>563</sup>

ในกรณีที่มีการตกลงกันว่า จะทำการไกล่เกลี่ยโดยมีการจัดให้คู่กรณีพิพาทแยกออกจากกัน RI ได้ใช้ถ้อยคำตาม clause 19 มาใช้บังคับ ซึ่งจากถ้อยคำจาก clause 19 สามารถตีความได้ว่า เมื่อคู่กรณีพิพาทที่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีหน้าที่ไม่ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนเองได้ทราบมานั้นแก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะข้อตกลงในการไกล่เกลี่ย กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยแล้วว่าจะต้องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงให้แก่คู่กรณีพิพาทดังกล่าว เพราะถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่ได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย<sup>564</sup> สาเหตุที่ตีความในลักษณะดังกล่าว เนื่องจากเพื่อคุ้มครองความมุ่งหมายหรือเจตนาของคู่กรณีพิพาทที่เปิดเผยข้อมูลนั้น ทั้งนี้ เพราะการที่คู่กรณีพิพาทเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยโดยที่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายมิได้พบปะกัน แต่อาศัยการพบผู้ไกล่เกลี่ยเพียงอย่างเดียว มีความมุ่งหวังเพื่อให้การระงับข้อพิพาทบรรลุผล แต่เนื่องจากความกังวลเรื่องการเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนที่หากมีการเปิดเผยโดยตรงแก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายแล้ว ตนเองอาจเสียหายได้ จึงเลือกที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยเพียงอย่างเดียว ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีหน้าที่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายอย่างรอบด้าน เพื่อหาหนทางให้เกิดการระงับข้อพิพาทให้เกิดขึ้นได้ เพราะฉะนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อมูลโดยแท้ ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีหน้าที่และต้องปฏิบัติตามหลักการรักษาความลับ โดยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนได้รับให้แก่บุคคลอื่น

เมื่อพิจารณาการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ โดยทั่วไป ศาลจะใช้ดุลยพินิจซึ่งน้ำหนักระหว่างนโยบายสาธารณะที่เล็งเห็นถึงความสำคัญของความจำเป็นในการยกเว้นหลักการรักษาความลับเพื่อค้นหาความจริงของข้อพิพาทเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม กับผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตามศาลมีแนวโน้มจะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ แต่ศาลจะต้องพิจารณาถึงลักษณะของข้อมูลด้วยว่าสมควรได้รับความคุ้มครองหรือไม่<sup>565</sup> อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่าข้อตกลงการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้จริง John H. Wigmore ได้เคยให้

<sup>563</sup> Resolution Institute the agreement to mediate clause 19

“The Parties and the Mediator will not unless required by law to do so, disclose to any person not present at the Mediation, nor use, any confidential information furnished during the Mediation unless such disclosure is to obtain professional advice or is to a person within that Party’s legitimate field of intimacy, and the person to whom the disclosure is made is advised that the confidential information is confidential.”

<sup>564</sup> Wolski, B., "Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation," *UNSW Law Journal*: 1569.

<sup>565</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 147.

ข้อสังเกตไว้ว่า ไม่มีการให้คำมั่นว่าจะรักษาความเป็นส่วนตัว เพราะในประเทศระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ศาลเองก็ไม่ได้รักษาเจตนาของคู่สัญญาในประเด็นข้อตกลงในการรักษาความลับ เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าเมื่อความลับดังกล่าวถูกเรียกร้องให้นำมาใช้เป็นพยานหลักฐานแล้ว หากมีการตกลงกันว่าห้ามมิให้นำเอาความลับดังกล่าวมาใช้เป็นหลักฐานแล้ว ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อนโยบายสาธารณะ<sup>566</sup> ในคดี *Three Rivers DC v Bank of England* ได้วางหลักการนี้ไว้ว่า ข้อตกลงในการรักษาความลับไม่อาจใช้บังคับได้กับกรณีที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมาย<sup>567</sup> Michael Bartlett ยังให้ความเห็นอีกว่าข้อตกลงในสัญญาให้รักษาความลับไม่ได้ให้ความคุ้มครองโดยการห้ามมิให้เรียกพยานหลักฐานหรือเป็นข้ออ้างเพื่อใช้ป้องกันการหยิบยกข้อเท็จจริงจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี<sup>568</sup>

นอกจากนี้ ข้อตกลงการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทไม่สามารถมีผลใช้บังคับกับผู้ที่ไม่ใช่คู่สัญญา หากบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญาประสงค์จะเปิดเผยข้อมูล ข้อตกลงการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทก็ไม่มีผลบังคับกับบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญาดังกล่าวได้<sup>569</sup> ข้อตกลงการรักษาความลับจึงมีข้อจำกัดมาก รวมไปถึงหากเป็นการเปิดเผยนอกการพิจารณาของศาล ศาลที่พิจารณาคดีนั้นก็จะไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับที่ได้ตกลงกัน เว้นแม้ว่าข้อตกลงนั้นเป็นไปเพื่อมิให้มีการแสดงพยานหลักฐานต่อศาล เป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ และข้อตกลงมีลักษณะไม่อาจใช้บังคับได้ก็ตาม ก็ไม่อาจยับยั้งให้บุคคลภายนอกข้อตกลงการรักษาความลับในการค้นหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไต่ถามได้<sup>570</sup>

### 3.5 การกำหนดการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาทในประมวลจริยธรรมของผู้ไต่ถามที่จัดทำโดยองค์กรผู้ไต่ถาม

องค์กรผู้ไต่ถามได้กำหนดกฎระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไต่ถามเพื่อนำมาใช้กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไต่ถามให้เป็นไปตามหลักการรักษาความลับอันเกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทและสอดคล้องกับหลักความเป็นส่วนตัว ยกตัวอย่างเช่น ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้จัดให้มีการไต่ถามในศาล (The New Jersey Federal Court Mediation Program rules) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการไต่ถาม

<sup>566</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 7.

<sup>567</sup> A.K.C. Koo, "Confidentiality of Mediation Communications," *Civil Justice Quarterly*: 199.

<sup>568</sup> Andrew Agapiou and Bryan Clark, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation."

<sup>569</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 7.

<sup>570</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, pp. 147 - 148.

ข้อพิพาท<sup>571</sup> ไว้ว่า “ข้อมูลที่น่าเสนอต่อผู้ไกล่เกลี่ยจะถือเป็นความลับและจะไม่ถูกเปิดเผยโดยผู้ใดก็ตาม เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นเพื่อแจ้งต่อศาลเกี่ยวกับการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยที่ประสบความสำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องรักษาความเป็นกลาง และห้ามเปิดเผยข้อความหรือเอกสารหลักฐานใด ๆ อันเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย”<sup>572</sup>

สมาคมอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกา (The American Arbitration Association) ส่วนงานการระงับข้อพิพาทแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา (The American Bar Association’s Section of Dispute Resolution) และสมาคมการระงับข้อพิพาท (The Association for Conflict Resolution) ได้จัดตั้งคณะกรรมการร่วมเพื่อจัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (The Model Standards of Conduct for Mediators) โดยมีการกำหนดมาตรฐานที่ 5 การรักษาความลับ กำหนดว่า<sup>573</sup> ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรักษาความลับของข้อมูลที่ได้รับระหว่างการไกล่เกลี่ย เว้นแต่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หรือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องเปิดเผยข้อมูล โดย

<sup>571</sup> Max, E. R., "Confidentiality in Environmental Mediation," *New York University Environmental Law Journal*: 216 - 217.

<sup>572</sup> The New Jersey Federal Court Mediation Program rules state:

All information presented to the mediator shall, on request, be deemed confidential and shall not be disclosed by anyone, including the mediator, without consent, except as necessary to advise the Court of an apparent failure to participate. The mediator shall not be subject to subpoena by any party. No statements made or documents prepared for mediation shall be disclosed in any subsequent proceeding or construed as an admission.

<sup>573</sup> สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, *การไกล่เกลี่ยสโตนเปปเปอร์ไอน์*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ธนาพรส, 2559), หน้า 11 - 12.

Model Standards of Conduct for Mediators Standard V. Confidentiality

A. A mediator shall maintain the confidentiality of all information obtained by the mediator in mediation, unless otherwise agreed to by the parties or required by applicable law.

1. If the parties to a mediation agree that the mediator may disclose information obtained during the mediation, the mediator may do so.

2. A mediator should not communicate to any non-participant information about how the parties acted in the mediation. A mediator may report, if required, whether parties appeared at a scheduled mediation and whether or not the parties reached a resolution.

3. If a mediator participates in teaching, research or evaluation of mediation, the mediator should protect the anonymity of the parties and abide by their reasonable expectations regarding confidentiality.

B. A mediator who meets with any persons in private session during a mediation shall not convey directly or indirectly to any other person, any information that was obtained during that private session without the consent of the disclosing person.

C. A mediator shall promote understanding among the parties of the extent to which the parties will maintain confidentiality of information they obtain in a mediation.

1) ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทตกลงให้ผู้ไกล่เกลี่ยเปิดเผยข้อมูล ข้อเท็จจริงอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ย กรณีดังกล่าวผู้ไกล่เกลี่ยสามารถเปิดเผยข้อมูลนั้นได้

2) ผู้ไกล่เกลี่ยไม่ควรเผยแพร่การแสดงออกของคู่กรณีพิพาทที่ได้แสดงออกในกระบวนการไกล่เกลี่ยให้แก่บุคคลภายนอกที่มีได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททราบ

3) หากผู้ไกล่เกลี่ยเข้าร่วมการเรียนการสอน การค้นคว้าวิจัย หรือการประเมินผลการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยควรปกป้องลักษณะเฉพาะของคู่กรณีพิพาทและปฏิบัติตามหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างสมเหตุสมผล

เมื่อจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบประชุมคู่กรณีพิพาทแยกฝ่ายกัน ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้รับจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยโดยตรงหรือโดยอ้อม หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ที่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าว

ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องส่งเสริมความเข้าใจถึงหน้าที่และขอบเขตในการรักษาความลับอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ย

คู่กรณีพิพาทอาจตกลงระหว่างเพื่อกำหนดระเบียบหลักเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยตนเอง หรือนำเอาระเบียบหลักเกณฑ์อื่น ๆ เกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาปรับใช้ตามสมควร

ข้อกำหนดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแห่งสิงคโปร์ ในประเทศสิงคโปร์มีการจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแห่งสิงคโปร์ (Singapore Mediation Centre : SMC) ซึ่งเป็นศูนย์กลางที่เป็นผู้นำในด้านการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยเฉพาะการไกล่เกลี่ยของประเทศสิงคโปร์ ซึ่ง SMC ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ว่าจะโดยศาลส่งคดีมาให้ SMC ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือโดยคู่กรณีพิพาทตกลงกันไกล่เกลี่ยโดยให้ SMC ดำเนินการไกล่เกลี่ยให้<sup>574</sup> ทั้งนี้ SMC มีการกำหนดกติกาเป็นข้อกำหนดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีทั้งสิ้น 20 หัวข้อ โดยหัวข้อที่ 14 ว่าด้วยการรักษาความลับ (confidentiality) ซึ่งมีรายละเอียดและสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

575

---

D. Depending on the circumstance of a mediation, the parties may have varying expectations regarding confidentiality that a mediator should address. The parties may make their own rules with respect to confidentiality, or the accepted practice of an individual mediator or institution may dictate a particular set of expectations.

<sup>574</sup> Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, "Ch. 03 Mediation."

<sup>575</sup> SINGAPORE MEDIATION CENTRE MEDIATION PROCEDURE RULES

14. Confidentiality

14.1 The provisions contained in this Rule are to be read in conjunction with the Mediation Act, and in particular sections 9, 10 and 11 of the Mediation Act.

1) บทบัญญัติส่วนนี้ต้องพิจารณาร่วมกับกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ.

2017 มาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11

---

14.2 The Mediation shall be conducted in confidence and on a without-prejudice basis. No transcript or formal record will be made, and none of the Parties shall make any audio or video recording, or take photographs of the mediation proceedings.

14.3 All persons involved in the Mediation shall keep confidential and not use for any ulterior or collateral purpose:

(a) the fact that the Mediation is to take place or has taken place;

(b) any views expressed, or suggestions or proposals for settlement made, by a Party in the course of the Mediation;

(c) any and all proposals suggested, or views expressed, by the Mediator;

(d) the fact that a Party had or had not been willing to accept a proposal for settlement made by the Mediator or another Party; and

(e) all information (whether oral or in writing) produced for or arising in relation to the Mediation, including any Settlement Agreement, except as directly necessary to implement and enforce any such Settlement Agreement.

14.4 All documents (including anything stored electronically) and/or any other information produced for, or arising in relation to, or following from the Mediation shall not be discoverable in any proceedings connected with the dispute between the Parties to which the Mediation relates.

14.5 SMC is not to be regarded as a third party to the Mediation. SMC is entitled to obtain, receive and otherwise gain access to any information regarding anything said or done, or any document prepared, or any information provided for the purposes of or in the course of the Mediation, including any Settlement Agreement and its terms. The Mediator shall be at liberty to disclose to SMC (and its officers and employees) the progress, status and outcome of the Mediation, including the making of any Settlement Agreement and its terms.

14.6 Notwithstanding the provisions of this Rule 14, where the Mediation is referred to SMC or conducted under any Mediation Service or Dispute Resolution Scheme of which SMC is an administrator, SMC shall be at liberty to disclose to any other administrator of the Mediation Service or Dispute Resolution Scheme, or to the relevant authority or organisation (if any) by or for whom the Mediation Service or Dispute Resolution Scheme is established, the progress, status and outcome of the Mediation, including the making of any Settlement Agreement.

14.7 In the case of a Mediation which is ordered or referred by any of the Courts of Singapore (the "Court"), SMC shall be at liberty to disclose to the Court the progress, status and outcome of the Mediation, including the conduct of the Parties in relation to the Mediation and the making of any Settlement Agreement.

2) การไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินการเป็นไปในทางลับ และโดยปราศจากอคติ ไม่มีการถอดการบันทึกเสียงหรือทำบันทึกอย่างเป็นทางการ และคู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องไม่มีฝ่ายใดทำการบันทึกเสียงหรือภาพวิดีโอ หรือถ่ายภาพการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

3) บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องเก็บข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ให้เป็นความลับ และจะต้องไม่ใช่โดยวัตถุประสงค์อันมีเจตนาซ่อนเร้น หรือเพื่อประการอื่นใด

ก. ข้อเท็จจริงว่าการไกล่เกลี่ยได้เกิดขึ้นหรือได้เกิดขึ้นแล้ว

ข. ความคิดเห็นใด ๆ ที่ได้แสดงออก หรือข้อเสนอแนะ หรือข้อเสนอสำหรับการยุติข้อพิพาทโดยคู่กรณีในระหว่างการไกล่เกลี่ย

ค. ข้อเสนอแนะใด ๆ หรือความคิดเห็นที่เสนอแนะโดยผู้ไกล่เกลี่ย

ง. มีข้อเท็จจริงว่าคู่กรณีพิพาทไม่เต็มใจยอมรับข้อเสนอเพื่อระงับข้อพิพาทที่สร้างขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ยหรือคู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่น

4) เอกสารทั้งหมดรวมถึงเอกสารที่จัดทำในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และ/หรือข้อมูลอื่นใดที่สร้างขึ้นสำหรับ หรือเกี่ยวข้องกับ หรือมาจากการไกล่เกลี่ย จะไม่ต้องไม่ถูกค้นพบได้ในระหว่างดำเนินกระบวนการใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

5) SMC ไม่ถือเป็นคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่สามในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย SMC มีสิทธิที่จะได้รับและเข้าใช้ข้อมูลใด ๆ ที่ได้กล่าวหรือกระทำ รวมไปถึงเอกสารใด ๆ ที่ได้เตรียมหรือได้ให้ไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงข้อตกลงยุติข้อพิพาทและเงื่อนไขใด ๆ และผู้ไกล่เกลี่ยมีอิสระที่จะเปิดเผยเกี่ยวกับความลับหน้า สถานะของข้อพิพาท ผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ย การจัดทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเงื่อนไขต่าง ๆ ต่อ SMC รวมถึงบุคลากรของ SMC ด้วย

6) การไกล่เกลี่ยที่อ้างถึง SMC หรือที่ SMC กำกับดูแลการบริการไกล่เกลี่ย หรือแผนการระงับข้อพิพาทที่ SMC กำกับดูแล SMC มีอิสระที่จะเปิดเผยความลับหน้า สถานะ และผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ย รวมถึงการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทใด ๆ ต่อผู้กำกับดูแลการไกล่เกลี่ยรายอื่น หรือต่อหน่วยงาน องค์กรที่เกี่ยวข้อง

7) กรณีการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการขึ้นตามคำสั่งของศาลใด ๆ ของประเทศสิงคโปร์ SMC มีอิสระในการเปิดเผยความลับหน้า สถานะ ผลของการไกล่เกลี่ย การดำเนินการของคู่กรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย รวมถึงการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทใด ๆ ต่อศาลนั้น

จะเห็นได้ว่าในองค์กรผู้ไกล่เกลี่ยก็ได้มีการกำหนดกติกาหรือหลักเกณฑ์อันเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย โดยมีความสอดคล้องกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยและหลักความเป็นส่วนตัว ซึ่งสาระสำคัญที่มักมีการกำหนดไว้ในข้อกำหนดในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยและประมวลจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยดังที่ได้ศึกษาไปเบื้องต้น มีดังต่อไปนี้

ก. ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่สำคัญในการเก็บรักษาข้อเท็จจริง ข้อมูลที่มีการเปิดเผยระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้เป็นความลับ ไม่ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริง ข้อมูลดังกล่าวให้รับรู้เป็นการทั่วไป

ข. การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องกระทำไปในทางลับ

ค. ข้อห้ามมิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเป็นความลับ อาจได้รับการยกเว้นได้ โดยเป็นการยกเว้นด้วยความยินยอมของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย หรือเป็นกรณีอื่น ๆ

### 3.6 บทสรุป

การศึกษาในบทนี้ ผู้วิจัยมุ่งเน้นศึกษาเพื่อทำให้เกิดความเข้าใจถึงบทบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย โดยมุ่งเน้นเพื่อทำความเข้าใจใน 3 ประเด็นสำคัญ คือ หลักการรักษาความลับ การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการละเมิดต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยพบว่าเมื่อมีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย บุคคลที่มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยทุกคนมีหน้าที่สำคัญในการรักษาความลับของการไกล่เกลี่ย เพราะหน้าที่ในการรักษาความลับถือว่าเป็นหัวใจสำคัญที่ส่งผลให้การไกล่เกลี่ยดำเนินต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากการไกล่เกลี่ยไม่มีส่วนนี้แล้ว จะส่งผลทำให้บุคคลผู้มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยทุกรายต่างจะเกิดความระแวงและไม่กล้าเปิดเผยข้อเท็จจริง ข้อมูล ความต้องการ หรือเป้าหมายของฝ่ายตนเอง จนทำให้ไม่สามารถทราบถึงความต้องการที่แท้จริงของแต่ละฝ่ายได้ นำไปสู่การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ไม่อาจบรรลุผล

เมื่อได้ศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้ง UNCITRAL Model Law on Mediation UNCITRAL Mediation Rules รวมถึงกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่ได้นำมาศึกษา ซึ่งเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งหลายที่ได้กล่าวมานั้น มีการบัญญัติโดยยึดถือว่าหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก อันส่งผลต่อการบรรลุข้อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่มีข้อสำคัญที่ควรคำนึงประการหนึ่ง กล่าวคือการยกเว้นหลักการรักษาความลับพบว่าส่วนใหญ่จะมีการกำหนดยกเว้นหลักดังกล่าวไว้ โดยเหตุผลของการยกเว้นจะเป็นประเด็นเรื่องเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือเป็นเรื่องของการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ข้อยกเว้นดังกล่าวจะนำไปสู่การพิจารณาว่าเมื่อเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยแล้ว จะเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้หรือไม่ เพราะหากเป็นกรณีที่ได้รับการยกเว้นหลักการรักษาความลับแล้ว



ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลดังกล่าวย่อมที่จะเปิดเผยได้ และสามารถรับฟังเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใกล้เคียงไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับ พบว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการถูกเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กระทำความเสียหายเพื่อชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ อาจเป็นการกำหนดรายการค่าเสียหายที่บุคคลดังกล่าวพึงจะต้องชดใช้ หรืออาจเป็นการให้ดุลยพินิจแก่ศาลในการกำหนดค่าเสียหาย รวมถึงบางประเทศมีการกำหนดเป็นบทลงโทษผู้กระทำให้เกิดความเสียหายอีกด้วย ซึ่งในบทถัดไปจะได้ทำการศึกษาเพื่อเปรียบเทียบในแต่ละประเด็นที่ได้กล่าวต่อไป



## บทที่ 4

### วิเคราะห์การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

#### 4.1 ความนำ

เมื่อได้ทำการศึกษาทฤษฎีและแนวคิดว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในบทที่ 2 มาแล้ว ซึ่งอาจสรุปเรียบเรียงได้ว่า เมื่อบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปมีความขัดแย้ง (conflict) ระหว่างกัน ซึ่งอาจเป็นความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากสาเหตุใดสาเหตุหนึ่งหรือหลายสาเหตุ ประกอบกันจนกลายเป็นข้อพิพาท ซึ่งการจัดการเพื่อระงับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นสามารถใช้วิธีการเพื่อระงับยับยั้งได้หลากหลายวิธีการ ซึ่งวิธีการหนึ่งนั้นรวมถึงการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) ซึ่งมีจุดเด่นอยู่ที่การระงับข้อพิพาทมีความมุ่งหมายโดยยึดเรื่องผลประโยชน์ที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายพึงมีพึงได้เป็นหลัก ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทอาจแบ่งแยกออกไปได้หลายรูปแบบ แต่รูปแบบหนึ่งที่กำลังเป็นที่นิยมเลือกใช้ในการระงับข้อพิพาท คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงกันให้มีบุคคลที่สาม เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย เป็นคนกลางในการให้ความช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกแก่การทำให้คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างฉันทมิตร โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยนั้นมิได้เป็นผู้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้

เมื่อพิจารณาว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พบว่ามีทฤษฎีและแนวคิดเบื้องหลังของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งเริ่มต้นพิจารณาได้จากการที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปมีความต้องการผลประโยชน์แก่ตนเองที่มีอยู่อย่างไม่จำกัด นำมาสู่ความพยายามในการแย่งชิงผลประโยชน์เพื่อครอบครองและเข้ายึดถือซึ่งผลประโยชน์นั้น จนอาจเกิดเป็นความขัดแย้งเกิดขึ้น กรณีเช่นว่านี้ สอดคล้องกับทฤษฎีว่าด้วยการแข่งขัน ที่ว่าคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายต่างจะถืออยู่บนพื้นฐานแห่งผลประโยชน์ของตนเอง และจะดำเนินการเพื่อให้สมประโยชน์แก่ฝ่ายตนเองด้วยวิธีการอย่างใด ๆ ที่ทำให้ตนเองเป็นผู้ชนะแต่อีกฝ่ายเป็นผู้แพ้หรือผู้สูญเสีย<sup>576</sup> นำไปสู่การสร้างปฏิปักษ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท และส่งผลทำให้เกิดการต่อสู้ที่ทำให้จะต้องมีฝั่งหนึ่งเป็นผู้ชนะ อีกฝ่ายเป็นผู้แพ้ ข้อพิพาทอาจยุติขึ้นได้ แต่ก็ต้องเกิดการสูญเสียแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายร่วมกัน และในระหว่างดำเนินการ กระบวนการพิจารณาก็อาจคาดหมายผลที่จะเกิดขึ้นได้ค่อนข้างยาก และยิ่งส่งผลเป็นการสร้างปฏิปักษ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท<sup>577</sup> รวมถึงเป็นการเกิดความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง<sup>578</sup> จึงได้ผลจากการศึกษาในประการแรกว่า การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สามารถนำเอาหลักคิดตามทฤษฎี

<sup>576</sup> อ่างแล้ว, เชียงธรรมที่ 16, หน้า 32.

<sup>577</sup> อ่างแล้ว, เชียงธรรมที่ 16, หน้า 21.

<sup>578</sup> อ่างแล้ว, เชียงธรรมที่ 16, หน้า 33.

การแข่งขัน (competitive theory) มาปรับใช้ได้ เพราะไม่สอดคล้องกับคุณลักษณะของการใกล้เคียงที่สำคัญยิ่ง กล่าวคือ ไม่สามารถนำเอาทฤษฎีการแข่งขันมาใช้กับการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงได้ เพราะทฤษฎีการแข่งขันมีความมุ่งหมายเพื่อให้ข้อพิพาทยุติลงโดยประสงค์ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้นเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์นั้น ซึ่งย่อมเกิดผลลัพธ์ที่ตามมา คือ การเสียผลประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายอื่น ๆ ที่เหลือ การบ่อนทำลายความสมานฉันท์และสัมพันธภาพที่ดีระหว่างกัน ท้ายที่สุดอาจลุกลามบานปลายถึงขนาดที่เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในสังคม ซึ่งจะเห็นได้ชัดว่าทฤษฎีการแข่งขันไม่ตอบสนองต่อการสร้างความผาสุกของประชาชนในสังคม ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงสะท้อนได้ว่าไม่สามารถนำเอาทฤษฎีการแข่งขันมาใช้กับการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทได้

สาเหตุอีกประการหนึ่งที่สะท้อนว่าทฤษฎีการแข่งขันไม่สอดคล้องกับการนำมาปรับใช้ในการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทนั้น เป็นเพราะรูปแบบของทฤษฎีการแข่งขัน คือ การวางยุทธศาสตร์เพื่อความสำเร็จตามเป้าหมาย ดังนั้น จึงต้องมีเครื่องมือที่นำมาใช้เพื่อให้การแข่งขันบรรลุผล กฎหมายจึงถูกนำมาใช้ในกรณีเช่นนี้ ด้วยการนำมาเป็นเครื่องมือสำหรับใช้ในการวินิจฉัยผลลัพธ์ของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้ยุติลง ทุกฝ่ายที่เป็นคู่กรณีพิพาทจึงจำเป็นต้องวางยุทธศาสตร์เพื่อให้ฝ่ายตนเองเป็นผู้ชนะบนกติกาที่เป็นข้อกฎหมายที่ถูกกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขปัญหาบางอย่างที่เกิดขึ้นในสังคมนั้น กฎหมายหรือแนวคิดทางนิติศาสตร์อาจไม่ใช่เครื่องมือที่เหมาะสมต่อการตอบสนองการแก้ไขปัญหาทุกปัญหาได้<sup>579</sup> ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วว่าบางกรณีเป็นเรื่องที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย ดังนั้น จึงควรมีทางออกในการแก้ไขปัญหาเพื่อให้เกิดการยุติข้อพิพาทได้อย่างสมานฉันท์ จึงมีการนำทฤษฎีการแก้ไขปัญหา (Problem – solving theory) ซึ่งมีความมุ่งหมายว่าทุกอย่างที่เป็นปัญหาจะต้องได้รับการแก้ไขให้ยุติคลี่คลายไป ด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ที่จะนำไปสู่การหาผลประโยชน์ร่วมกัน<sup>580</sup> เริ่มต้นจากการพิจารณาปัญหา คู่มือประโยชน์หรือส่วนได้เสียหรือรับฟังความต้องการของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย แล้วประสานเพื่อสร้างผลประโยชน์ในลักษณะที่ทุกฝ่ายคือผู้ชนะ (win – win situation) และทุกฝ่ายจะต้องเข้ามาระดมเพื่อประเมินสถานการณ์ปัญหาแล้วคิดหาทางเลือกในการแก้ไขปัญหาด้วยแต่ละวิธีการ ภายใต้องค์ประกอบหรือสถานการณ์บริบทแวดล้อมที่เกิดขึ้นรอบข้างของปัญหานั้น แล้วตัดสินใจเลือกหนทางที่เป็นทางเลือกที่ดีที่สุดเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวแล้วตกลงเลือกหนทางนั้นเพื่อแก้ไขปัญหา จึงจะเห็นได้ว่าหากนำทฤษฎีการแก้ไขปัญหาปรับใช้กับการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงแล้ว ส่งผลทำให้การแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น ประสบความสำเร็จและบรรลุผลในการยุติข้อพิพาท ด้วยความรู้สึกร่วมกันของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายว่า

<sup>579</sup> สฤณี อาชวานันทกุล, "ซัยบ์ ปรับ เปลี่ยน: มองกฎหมายในโลกพลิกผัน" *CMU Journal of Law and Social Sciences* 13, 2 (2563).

<sup>580</sup> อ่างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 66*, หน้า 73 – 75.

ตนเองคือผู้ชนะ โดยไม่มีฝ่ายใดรู้สึกว่าคุณอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ แล้วนำไปสู่การยุติข้อพิพาทโดยสังคมนส่วนรวมเกิดความสมานฉันท์ระหว่างกัน

นอกจากนี้เมื่อได้ศึกษาทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการช่วยให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล ต้องอาศัยความสมัครใจ (voluntary) ของคู่กรณีพิพาทที่ต้องร่วมแรงร่วมใจกัน ด้วยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดกระบวนการ เพื่อให้การไกล่เกลี่ยบรรลุผลได้มากกว่าการถูกบังคับหรืออยู่ในภาวะปราศจากการตัดสินใจอย่างอิสระ<sup>581</sup> และองค์ประกอบว่าด้วยหลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (empowerment) ซึ่งเป็นการกำหนดให้บุคคลหนึ่งมีอำนาจสามารถกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ ทำให้ผู้ที่มีอำนาจดังกล่าวนั้นสามารถกระทำการตามที่ได้รับอำนาจมานั้นสอดคล้องตามเจตนาธรรม และการให้อำนาจดังกล่าวนี้ส่งผลทำให้ผู้ได้รับอำนาจดังกล่าวมีเจตนาที่แน่วแน่ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจนการยุติข้อพิพาทเกิดขึ้นเป็นผลสำเร็จ อีกทั้งเมื่อได้ศึกษาหลักความเป็นกลาง (neutrality) ซึ่งหลักดังกล่าวช่วยให้การสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทเกิดขึ้นโดยเปิดเผยและตรงไปตรงมา คู่กรณีพิพาทเกิดการเปิดใจยอมรับเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยและยินดีหาหนทางเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาท และความเป็นกลางทำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความสบายใจยอมรับการช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อยุติข้อพิพาท<sup>582</sup>

นอกจากนี้ยังได้ศึกษาหลักที่สำคัญยิ่งอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการศึกษาวิจัยฉบับนี้ คือ หลักการรักษาความลับ (confidentiality) ที่กำหนดให้บรรดาข้อเท็จจริงหรือการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำลงจะต้องไม่ถูกเปิดเผยออกไปแก่บุคคลภายนอกซึ่งบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงหรือการกระทำนั้น ๆ ไม่ประสงค์จะเปิดเผย ซึ่งในการไกล่เกลี่ยเองถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ย และเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จ เพราะการรักษาความลับเป็นการสร้างความเชื่อมั่น และสร้างความไว้วางใจแก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายที่มุ่งมั่นให้การไกล่เกลี่ยบรรลุผลและนำไปสู่การยุติข้อพิพาท เพราะความเชื่อมั่นและความไว้วางใจนี้เองทำให้เมื่อมีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาทมีความกล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงอันสำคัญที่เกิดขึ้นต่อหน้าผู้ไกล่เกลี่ยและกล้าที่จะเปิดเผยความต้องการของแต่ละฝ่าย จึงจำเป็นต้องป้องกันไม่ให้มีการนำเอาข้อมูลไปใช้ประโยชน์ในลักษณะเป็นการกระทบต่อเจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับ<sup>583</sup> ซึ่งท้ายที่สุดก็จะนำไปสู่การค้นหาคำความจริงและหนทางที่จะทำให้ข้อพิพาทได้รับการแก้ไขและยุติโดยเร็ว

ต่อจากนั้นได้ทำการศึกษาถึงหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจได้ข้อสรุปว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถหาหนทางเพื่อยุติข้อพิพาทด้วยตนเอง ในฐานะที่ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางใช้

<sup>581</sup> อ่างแล้ว, เจริญธรรมที่ 25, หน้า 16 - 17.

<sup>582</sup> อ่างแล้ว, เจริญธรรมที่ 16, หน้า 38.

<sup>583</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, pp. 245 - 246.

กลวิธีอย่างใด ๆ เพื่อให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายสามารถหาทางออกและช่องทางนำไปสู่การยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ ย่อมทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยผูกพันว่าต้องมีหน้าที่เพื่อทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล ซึ่งจากการศึกษาพบว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่สำคัญอยู่ 6 ประการ ได้แก่ **หน้าที่ประการแรก คือ หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)** เป็นหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยต้องปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่ตนมีด้วยความระมัดระวังตามสมควรโดยวิสัยของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย เพราะผู้ไกล่เกลี่ยได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษจากคู่กรณีพิพาทให้มาทำหน้าที่ในการบรรลุผลนำไปสู่การยุติข้อพิพาท เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ยเมื่อได้มารับหน้าที่แล้ว ย่อมขึ้นชื่อได้ว่าเป็นผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญในฐานะเป็นผู้ไกล่เกลี่ย<sup>584</sup> เพราะฉะนั้นเมื่อได้มาทำหน้าที่แล้ว จึงจะต้องปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่เช่นผู้มีฐานะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยพึงกระทำด้วย **หน้าที่ประการที่สอง คือ หน้าที่ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยความเป็นกลางและโดยปราศจากอคติ (Duty of Act Neutrally and Impartially)** เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ยได้รับความไว้วางใจเพื่อให้มาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย โดยไม่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น การรักษาความเป็นกลางและปราศจากอคติจึงมีความสำคัญที่ทำให้การไกล่เกลี่ยบรรลุ ด้วยการทำให้คู่กรณีพิพาทมีความเชื่อใจที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ย เพราะเกิดความมั่นใจว่าข้อเท็จจริงที่ได้เปิดเผยออกจะทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว สามารถใช้กลวิธีของตนเองเพื่อให้เจอบางออกของปัญหา และเกิดข้อสรุปที่ทำให้ข้อพิพาทยุติลง ซึ่งความมั่นใจดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีความเป็นกลางและทำหน้าที่โดยปราศจากอคติ **หน้าที่ประการที่สาม คือ หน้าที่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเท่าเทียมและเอาใจใส่แก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย (Duty to Conduct Fairly and Diligently)** ซึ่งเป็นหน้าที่ช่วยทำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความมั่นใจว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะดำเนินการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>585</sup> **หน้าที่ประการที่สี่ คือ หน้าที่ในการเปิดเผยข้อความจริงของตนเองแก่คู่กรณีพิพาท (Duty to Disclose to Parties)** เป็นหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งช่วยทำให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะคู่กรณีพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ยมีความเข้าใจในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะประเด็นข้อพิพาท ความต้องการและผลประโยชน์ที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายพึงมีและประสงค์รักษาไว้<sup>586</sup> ซึ่งส่งผลต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้มีความสมบูรณ์ และสามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง **หน้าที่ประการที่ห้า คือ หน้าที่ตามจริยธรรม (Duty of Ethics)** เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้ผู้ไกล่เกลี่ยพึงปฏิบัติ เพื่อให้การดำเนินกระบวนการดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือ สร้างความไว้วางใจในการทำหน้าที่เพื่อระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีพิพาท<sup>587</sup>

<sup>584</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 104, หน้า 100 – 101.

<sup>585</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 29.

<sup>586</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 30

<sup>587</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 31

**และหน้าที่ประการสุดท้าย คือ หน้าที่ในการรักษาความลับ (Duty of Confidentiality)** ซึ่งเป็นหน้าที่สำคัญในการช่วยสร้างความน่าเชื่อถือต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และเป็นหน้าที่ที่ทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นจุดเด่นที่ยังคงช่วยรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย รวมทั้งช่วยรักษาสัมพันธ์ภาพที่ดีระหว่างคู่กรณีพิพาทด้วยกัน

เมื่อศึกษาว่าด้วยเรื่องของความลับ (confidentiality) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่เป็นที่ปรากฏให้เห็นกันโดยทั่วไป เป็นสิ่งที่ปกปิดโดยเจ้าของ และเจ้าของไม่ประสงค์ให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ดังนั้น การรักษาความลับจึงเป็นการทำให้ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ทำให้ข้อเท็จจริงของบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงนั้นไม่เป็นที่แพร่หลายหรือไม่เป็นที่รับรู้ของบุคคลโดยทั่วไป ตามความประสงค์ของผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งขอบเขตของการรักษาความลับ จะเห็นได้ว่าขอบเขตของการรักษาความลับครอบคลุมข้อเท็จจริงของคู่กรณีพิพาทให้สามารถรับรู้ได้แต่เพียงเฉพาะผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย ตามที่เจ้าของข้อเท็จจริงนั้นประสงค์ที่จะครอบคลุมคู่กรณีพิพาทบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือได้รับผลกระทบโดยตรง<sup>588</sup> การรักษาความลับเป็นหน้าที่ที่สัมพันธ์กับแนวคิดว่าด้วยความเป็นส่วนตัว (privacy) ซึ่งความเป็นส่วนตัวเป็นความต้องการของบุคคล ๆ หนึ่งซึ่งประสงค์ไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาสอดเข้าเกี่ยวข้องหรือเข้ามาล่วงรู้ในสิ่งที่บุคคลนั้นไม่ประสงค์ให้รับรู้ ประกอบกับมีความพยายามเข้าไปล่วงรู้ในสิ่งที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงนั้นไม่ประสงค์ให้บุคคลอื่นใดรับรู้ ไม่ว่าจะเป็นความพยายามที่กระทำโดยรัฐหรือเอกชนก็ตาม จึงทำให้เกิดการพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว<sup>589</sup> ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้ปัจเจกชนให้คุณค่าว่าเป็นสิ่งที่ทุกคนสามารถได้รับการปกป้องคุ้มครองมิให้บุคคลใดเข้ามาล่วงล้ำได้ ความเป็นส่วนตัวอาจนับได้ว่าเป็นสิทธิประการหนึ่งที่กฎหมายได้การรับรองและคุ้มครองด้วยเช่นกัน<sup>590</sup> อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวก็อาจถูกยกเว้นได้ ซึ่งเหตุผลสำคัญที่จะทำให้เกิดการยกเว้นการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว คือ เรื่องการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะได้พิจารณาในชั้นการวิเคราะห์ต่อไปว่าเหตุผลสำคัญว่าด้วยการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นเหตุผลเบื้องหลังสำคัญที่ส่งผลต่อการกำหนดเหตุในการห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน และการกำหนดอำนาจหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป

<sup>588</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 143.

<sup>589</sup> อ่างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 126*, หน้า 66 – 67.

<sup>590</sup> ตัวอย่างกฎหมายของประเทศไทยที่ให้การรับรองสิทธิความเป็นส่วนตัว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

สิทธิในความลับเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) ที่เจ้าของข้อเท็จจริงประสงค์ไม่ให้เป็นที่ยอมรับเปิดเผยโดยทั่วไป และเจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าวมีสิทธิกำหนดไม่ให้บุคคลอื่นใดมาทักท้วงหรือเข้ายุ่งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของตนเองได้ อย่างไรก็ตามหากมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและเป็นความจำเป็นที่มีน้ำหนักมากกว่าการคุ้มครองสิทธิในความลับแล้ว สิทธิในความลับก็อาจไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งไม่ว่าการคุ้มครองสิทธิในความลับจะมีขึ้นหรือไม่

เมื่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความจำเป็นต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ดังนั้น คู่กรณีพิพาทจึงจำเป็นต้องมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเปิดเผย เพื่อสร้างความเข้าใจระหว่างกันได้อย่างชัดเจน จนนำมาสู่การเข้าใจปัญหาและพบหนทางที่เป็นข้อยุติของข้อพิพาท เพราะฉะนั้นการที่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะยินยอมเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะต้องเกิดความไว้วางใจต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่กำลังจะดำเนินการนั้นว่าจะนำไปสู่หนทางต่อการยุติข้อพิพาทได้ ด้วยเหตุนี้การสร้างหลักประกันเพื่อให้คู่กรณีพิพาทเกิดความไว้วางใจต่อกระบวนการไกล่เกลี่ย ความไว้วางใจดังกล่าวย่อมจะมีขึ้นเมื่อคู่กรณีพิพาทเห็นว่าข้อเท็จจริงใดที่ตนเองได้เปิดเผยออกมาสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยแล้ว จะต้องไม่เป็นการสร้างผลร้ายต่อเจ้าของข้อเท็จจริงที่ได้ถูกเปิดเผย การป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่เจ้าของข้อเท็จจริงที่ถูกเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ย ประการหนึ่งก็คือการปกปิดข้อเท็จจริงที่เจ้าของข้อเท็จจริงนั้นได้เปิดเผย การปกปิดเช่นนี้ก็คือ การรักษาความลับ โดยการมอบอำนาจหน้าที่ให้แก่บุคคลหนึ่ง ๆ มีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความลับ ด้วยความจำเป็นต่อการรักษาความลับ คือ เพื่อป้องกันสิทธิของปัจเจกชน ซึ่งสิทธิดังกล่าวสมควรได้รับการเคารพและคุ้มครองการดำรงชีพอิสระ ปัจเจกชนมีสิทธิหวงกันไม่ให้บุคคลใดหรือรัฐเข้ามายุ่งเกี่ยว และเพื่อป้องกันสังคม โดยสังคมต้องมีความสงบเรียบร้อย สงบสุข และมีความปลอดภัย<sup>591</sup> หน้าที่ในการรักษาความลับนี้ นับได้ว่าเป็นหน้าที่สำคัญยิ่งของผู้ไกล่เกลี่ยถึงขนาดที่ไม่มีหน้าที่ใดสำคัญยิ่งกว่า<sup>592</sup> นอกจากนี้การรักษาความลับยังช่วยส่งเสริมให้เกิดความรู้สึกของคู่กรณีพิพาทว่าได้รับความยุติธรรม เนื่องจากการรักษาความลับได้ขจัดปัญหาที่เป็นประเด็นข้อพิพาทให้คงเหลือแต่เป็นเพียงประเด็นที่เป็นทางออกจนนำไปสู่การยุติข้อพิพาท และการรักษาความลับยังเป็นเครื่องมือช่วยจูงใจให้เกิดความเป็นไปได้ในการทำให้ข้อพิพาทยุติลงอีกด้วย<sup>593</sup>

หลักการรักษาความลับจะนำมาปรับใช้กับ 2 ลักษณะ คือ การทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ และการเปิดให้พยานหลักฐานสามารถนำขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลได้<sup>594</sup> โดยหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ การห้าม

<sup>591</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรุณที่ 9, หน้า 11 – 13.

<sup>592</sup> Gibson, K., "Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment " *Journal of Dispute Resolution*: 28.

<sup>593</sup> Macturk, C. H., "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy*: 415.

<sup>594</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 670.

คู่กรณีพิพาทนำเอาข้อเท็จจริง ข้อมูล พยานหลักฐานไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี เมื่อคู่กรณีพิพาทไม่สามารถดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยได้สำเร็จ และการไม่นำเอาความลับที่ได้จากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือนำไปถ่ายทอดให้แก่บุคคลภายนอกโดยที่เจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นไม่ได้ให้ความยินยอม<sup>595</sup> ซึ่งรูปแบบของการรักษาความลับก็ได้มีนักวิชาการที่ได้กล่าวถึงในประเด็นดังกล่าวว่าสามารถจำแนกออกได้ 3 รูปแบบ<sup>596</sup> รูปแบบแรก คือ การรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อบุคคลภายนอก (Insider/Outsider Confidentiality) เป็นการกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลแก่บุคคลภายนอกกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย รูปแบบที่สอง คือ การรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง (Insider/Insider Confidentiality) เป็นการกำหนดขอบเขตเพื่อควบคุมให้ข้อเท็จจริงอันเกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยยังคงเก็บไว้เป็นความลับอยู่ภายในกระบวนการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ ต้องพิจารณาด้วยว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีทั้งรูปแบบการให้คู่กรณีพิพาทมาพบเจอกันเพื่อไกล่เกลี่ยหาข้อยุติ และการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีพิพาทไม่ได้มาพบกันโดยตรง แต่คู่กรณีพิพาทต่างฝ่ายต่างแยกไปหารือกับผู้ไกล่เกลี่ย โดยผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่รับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายแล้วใช้วิธีการอย่างใด ๆ เพื่อให้สามารถยุติข้อพิพาทได้ ด้วยลักษณะของการไกล่เกลี่ยเช่นนี้ย่อมทำให้ข้อมูลที่มีการเปิดเผยมีการหมุนเวียนอย่างเสรี ดังนั้น ความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (Good faith) จึงมีส่วนสำคัญต่อการทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล ซึ่งรูปแบบการรักษาความลับลักษณะนี้มีความจำเป็นอย่างมากที่ต้องอาศัยหลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ โดยผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติการเพื่อรักษาความลับ ยิ่งหากเป็นการไกล่เกลี่ยที่กระทำขึ้นโดยไม่ได้ให้คู่กรณีพิพาทได้มาพบหน้ากัน เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่คู่กรณีพิพาทอันจะส่งผลทำให้การไกล่เกลี่ยบรรลุผลต่อไป ส่วนรูปแบบสุดท้าย คือ การรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อศาล (Insider/Court Confidentiality) ซึ่งเป็นรูปแบบของการรักษาความลับโดยปกปิดมิให้ถูกนำข้อเท็จจริงอันเป็นความลับไปใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ด้วยการมิให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความจริง หรือประสงค์มิให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงโดยผลของกฎหมาย เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เจ้าของข้อเท็จจริงนั้น จากรูปแบบของการรักษาความลับที่ได้ทำการศึกษาไปทั้ง 3 รูปแบบ ย่อมสะท้อนให้เห็นได้ว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ว่าในรูปแบบใด การรักษาความลับย่อมมีส่วนสำคัญและมีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ส่งผลให้ข้อพิพาทได้ระงับยุติลง

<sup>595</sup> อ่างแล้ว, เจริญธรรมที่ 10, หน้า 21 - 22.

<sup>596</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, pp. 248 - 250.



การศึกษานี้ยังได้กล่าวถึงในประเด็นที่ว่า การรักษาความลับได้รับการยอมรับว่าเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) ที่ผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับมีสิทธิที่จะกำหนดมิให้บุคคลอื่นใดเข้ามาก้าว กายหรือยุ่งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ โดยได้ศึกษาถึง Wigmore Test ที่กำหนดเงื่อนไขที่หากได้ ดำเนินการระหว่างการไกล่เกลี่ย จะส่งผลให้การสื่อสารดังกล่าวได้รับเอกสิทธิ์การคุ้มครองตาม หลักการรักษาความลับ<sup>597</sup> ซึ่งเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างความต้องการข้อมูลเพื่อพิสูจน์ ข้อเท็จจริงได้อย่างชัดเจนกับการปกป้องรักษาความลับและการอ้างให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล

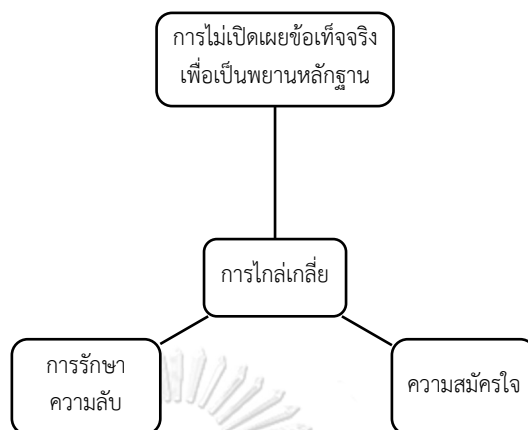
เมื่อได้ศึกษาเรื่องหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยแล้ว จึงนำมาสู่การศึกษาว่า หลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยสามารถนำมาปรับใช้กับการกำหนดยกเว้นมิให้รับฟัง ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินคดีในศาลหรือ ในชั้นอนุญาโตตุลาการ โดยการคุ้มครองมิให้นำถ้อยแถลงบรรดาข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยใน กระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลหรือในการดำเนิน กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อมิให้เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท (without prejudice rule) ซึ่งนำไปปรับใช้เฉพาะพยานหลักฐานที่ใช้เพื่อพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง หรือเพื่อใช้ พิสูจน์จำนวนที่อาจเรียกฟ้อง<sup>598</sup> ปรับใช้กับการห้ามผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยานในคดี กล่าวคือ การห้ามเอาผู้ ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับรู้ถึงข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานบุคคลในคดี นอกจากนี้ ด้วยความที่การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นเอกสิทธิ์ ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถ เลือกลงที่จะปฏิเสธไม่ให้การเป็นพยานในคดีอย่างใด ๆ หรือจะสละเอกสิทธิ์ดังกล่าวแล้วยอมเป็นพยาน ในคดีก็ได้ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ทำให้การรักษาความลับอาจถูกยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามก็ได้ เพื่อให้ ขอบเขตของการรักษาความลับไม่กว้างมากจนเกินไปจนถึงขนาดทำให้ทุกสิ่งทุกอย่างที่ได้มีการ เปิดเผยระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นความลับไปเสียหมด มิฉะนั้นจะส่งผลให้เกิดการ กระทำโดยไม่สุจริตและไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาท หรือจนนำไปสู่การประพฤติปฏิบัติในทางไม่ชอบ ธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย ด้วยเหตุนี้การยกเว้นหลักการรักษาความลับจึงมีความสำคัญเพื่อเปิดให้มีโอกาส ในการตรวจสอบความถูกต้องชอบธรรมของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะเพื่อ ประโยชน์ในการตรวจสอบเรื่องที่มีผลกระทบต่อประชาชน<sup>599</sup> ทั้งนี้ ต้องพิจารณาโดยคำนึงบนพื้นฐาน ของประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เปรียบเทียบซึ่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นในการให้มีการเปิดเผย ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อนำไปใช้ประโยชน์เป็นพยานหลักฐานกับคุณค่า

<sup>597</sup> John Henry Wigmore, P. T., James H. Chadbourn and John T. McNaughton,, *Evidence in Trials at Common Law*.

<sup>598</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, p. 261.

<sup>599</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 142.

ความสำคัญของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาโดยใช้ดุลยพินิจ ซึ่งน้ำหนักอย่างรอบคอบในการสั่ง โดยต้องไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ



ภาพที่ 3 แสดงถึงปัจจัยสำคัญที่ส่งผลให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล<sup>600</sup>

แนวคิด ทฤษฎีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนี้ เป็นแนวคิด ทฤษฎีเบื้องหลังที่นำมาใช้ในการยกร่างเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือนำมาใช้เป็นหลักคิดในการจัดทำคำพิพากษา ซึ่งในต่างประเทศได้มีการยกร่างกฎหมาย หรือมีแนววินิจฉัยของศาล ซึ่งได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 3 จากนี้จะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติว่าด้วยเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และข้อยกเว้นเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักการรักษาความลับ เพื่อให้เห็นข้อเปรียบเทียบระหว่างข้อเหมือนและแตกต่างระหว่างกฎหมายของต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 4.2 วิเคราะห์หน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย

ด้วยผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ซึ่งหน้าที่ในการรักษาความลับถือว่าเป็นหัวใจสำคัญอันส่งผลให้การไกล่เกลี่ยบรรลุผล ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยทุกคนจะต้องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่มีการเปิดเผยขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยให้บุคคลภายนอกรับรู้ รวมไปถึงการกำหนดให้ความคุ้มครองผู้ไกล่เกลี่ยโดยมิให้ถูกหมายเรียกไปเป็นพยานเพื่อให้การต่อศาลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อมูล หรือประเด็นข้อเรียกร้องที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับรู้หรือรับทราบ ดังนั้น หน้าที่ในการรักษาความลับจึงถือได้ว่าเป็นหน้าที่สำคัญเพื่อสร้างความไว้วางใจให้เกิดขึ้น และทำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความเชื่อมั่นต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยว่าจะสามารถ

<sup>600</sup> Shaun Wong, "Singapore: Singapore Convention on Mediation 101," [Online] Accessed: 28 December 2022.

Updated: 11 September 2019. Available from: <https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/844098/singapore-convention-on-mediation-101>

ดำเนินการต่อไปได้โดยบรรลุผล เพราะคู่กรณีพิพาทมีความกล้าในการเปิดเผยข้อเท็จจริง หรือข้อมูล รวมถึงความต้องการของฝ่ายตนเอง อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการรักษาความลับมิได้ถูกกำหนดให้เป็นมีลักษณะเป็นบทบังคับโดยเคร่งครัดกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย เพราะหน้าที่ในการรักษาความลับมีข้อยกเว้นหน้าที่ดังกล่าวที่ส่งผลให้ในบางกรณีไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว โดยจะได้ทำการวิเคราะห์หน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยต่อไป

#### 4.2.1 การกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน พบว่าในส่วนของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลในประเทศไทย มักเป็นกรณีที่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้ในกฎหมายนั้น ๆ และมีกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยทางแพ่งที่มีทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่สูงมาก รวมถึงข้อพิพาททางอาญาบางประเภทมากำหนดเป็นกฎหมายกลาง เพื่อสำหรับการยุติข้อพิพาทประเภทดังกล่าว

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กำหนดเพียงเฉพาะหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยในมาตรา 11 และมาตรา 12 แต่หน้าที่ของบุคคลอื่นซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เช่น คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย พยานบุคคล ล่าม หรือแม้กระทั่งบุคลากรเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ช่วยเหลือสนับสนุนการทำงานของผู้ไกล่เกลี่ย พบว่าไม่มีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลดังกล่าวไว้ และบทบัญญัติดังกล่าวใช้กับผู้ไกล่เกลี่ย<sup>601</sup> โดยไม่มีการกำหนดให้มีความหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย จึงทำให้เป็นข้อพิจารณาว่านอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย บุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยจะมีหน้าที่ในการรักษาความลับเช่นเดียวกันกับผู้ไกล่เกลี่ยหรือไม่

จากการศึกษา UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation พบว่า “ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย (all information relating to the mediation proceeding)” เพื่อให้ครอบคลุมทั้งข้อมูลที่ได้เปิดเผยระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เนื้อหา ผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยด้วย และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่ได้เกิดขึ้นก่อนการบรรลุผลจากการไกล่เกลี่ย โดยบัญญัติหน้าที่ในการรักษาความลับในกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาทเป็นหลักการพื้นฐานที่โดยหลักควรต้องรักษาความลับ เว้นแต่เป็นการจำเป็นเพราะมีหน้าที่ตามกฎหมายอื่นกำหนดไว้ให้ต้องเปิดเผย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตาม

<sup>601</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ผู้ไกล่เกลี่ย” หมายความว่าบุคคลซึ่งได้รับการขึ้นทะเบียนและได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทที่มีการกำหนดข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับ และจากการศึกษา UNCITRAL Mediation Rules และ UNCITRAL Notes on Mediation การกำหนดหน้าที่ของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 6 แห่ง UNCITRAL Mediation Rules กำหนดว่าข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงยุติข้อพิพาท ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยจะต้องเก็บข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ (all information relating to the mediation, including, if relevant, the settlement agreement, shall be kept confidential by those involved in the mediation.) ประกอบกับคำอธิบายใน UNCITRAL Notes on Mediation จึงอาจพิจารณาได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่รักษาให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ตลอดจนจนถึงข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ได้รับตลอดการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ให้เป็นความลับ โดยหน้าที่ดังกล่าวมิได้จำกัดเฉพาะแต่เพียงผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น แต่ให้บุคคลอื่น เช่น ผู้แทนของคู่กรณีพิพาท ผู้ช่วยเหลือดำเนินการไกล่เกลี่ยของคู่กรณีพิพาท รวมไปถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการที่สนับสนุนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ก็มีหน้าที่ในการรักษาความลับดังกล่าวด้วย<sup>602</sup> แสดงให้เห็นว่าความมุ่งหมายของ UNCITRAL ในการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ให้อำนาจถึงบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยโดยมิได้จำกัดหน้าที่แต่เพียงเฉพาะผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังพบว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2012 มาตรา 4 ของประเทศเยอรมนี กำหนดไว้โดยชัดเจนว่าผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่รักษาความลับเกี่ยวกับข้อมูลทั้งหมดที่ได้รับรู้มาโดยหน้าที่ ขอบเขตของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าวจำกัดขอบเขตว่าเฉพาะแต่บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ซึ่งหมายรวมถึงคู่กรณีพิพาทที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยแต่ละฝ่าย หนายความของคู่กรณีฝ่ายนั้น ๆ ด้วย (die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen หรือ the persons involved in conducting the mediation process) ที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการรักษาความลับ กล่าวคือ มีเป้าหมายเพื่อทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นไปเพื่อสร้างความเข้าใจระหว่างกันได้อย่างชัดเจน และเกิดบรรยากาศการไกล่เกลี่ยที่สามารถบรรลุผลได้ตามเป้าหมาย<sup>603</sup> ด้วยเหตุนี้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไม่ว่าจะเป็นผู้เชี่ยวชาญในข้อพิพาท ที่ปรึกษาหรือนายความของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย ล่าม พนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการของผู้ไกล่เกลี่ย ย่อมมีหน้าที่ในการรักษาความลับของข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่มีการเปิดเผยขึ้นในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ตนเองได้เข้าไปมีส่วนร่วมด้วย

<sup>602</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Notes on Mediation (2021)," 13. para. 46

<sup>603</sup> Eric Wagner and Britta Kamp, "Mediation in Germany," in *Comparative Law Yearbook of International Business : International Mediation*, pp. 177 - 178

ดังนั้น จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ ดังนี้

พระราชบัญญัติ การไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท พ.ศ. 2562	UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation 2018 Article 10	UNCITRAL Mediation Rules article 6	Mediationsgesetz § 4 Verschwiegenheitspflicht
มาตรา 3 ใน พระราชบัญญัตินี้ “ผู้ไกล่เกลี่ย” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับการ ขึ้นทะเบียนและ ได้รับการแต่งตั้งให้ ทำหน้าที่ในการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มาตรา 12 ผู้ไกล่ เกลี่ยต้องถือปฏิบัติ ตามจริยธรรม ดังต่อไปนี้ ... (6) รักษาความลับ ที่เกี่ยวข้องกับการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท	เว้นแต่คู่กรณีพิพาท ทุกฝ่ายจะตกลงกัน ไว้เป็นอย่างอื่น ข้อมูลทั้งหมดที่ เกี่ยวข้องกับการ ดำเนินกระบวนการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะต้องถูกเก็บเป็น ความลับ ยกเว้นว่า การเปิดเผยนั้น เป็นไปตามเงื่อนไข ที่กำหนดไว้ตาม กฎหมาย หรือ เป็นไปตาม วัตถุประสงค์ของ การบังคับให้เป็นไป ตามข้อตกลงการยุติ ข้อพิพาท	เว้นแต่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะตกลง กันไว้เป็นอย่างอื่น ข้อมูลทั้งหมดที่ เชื่อมโยงกับการไกล่เกลี่ย รวมไปถึงที่ เกี่ยวข้องตามข้อตกลงไกล่เกลี่ย จะต้องถูกเก็บเป็นความลับโดยบุคคล ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ยกเว้นว่า การเปิดเผยนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่ กำหนดไว้ตามกฎหมาย หรืออยู่ ภายใต้บังคับตามมาตรา 8 วรรคสี่ มาตรา 8 วรรคสี่ : คู่กรณีสามารถตก ลงให้ข้อตกลงยุติข้อพิพาทมาใช้เป็น พยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าเป็น ข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการไกล่ เกลี่ยได้ และสามารถนำไปใช้อ้างเพื่อ ดำเนินการขอความช่วยเหลือภายใต้ กฎหมายที่บังคับใช้ โดยคู่กรณีต้องทำ การลงนามในบันทึกข้อตกลงยุติคดี ข้อพิพาท	ผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลที่มี ส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ย จะ เป็นผู้มีหน้าที่ในการรักษา ความลับ หากกฎหมายไม่ได้ กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หน้าที่ดังกล่าวนี้จะเกี่ยวข้องกับ กับข้อมูลทั้งหมดที่บุคคล ดังกล่าวได้รับรู้มาในระหว่าง การทำหน้าที่ในการไกล่ เกลี่ยของตน <sup>604</sup>

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

กรณีดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 12 (6) ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ เพราะไม่ได้มีการกำหนดว่าบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย (ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย) ซึ่งเป็นบุคคลอื่นนอกจากผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาท โดยบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย อาจส่งผลทำให้เมื่อมีการนำไปปรับใช้กับกรณีที่เกิดข้อเท็จจริงว่า

<sup>604</sup> Federal Ministry of Justice, "Mediation Act (Mediationsg)," [Online] Accessed: 21 Feb 2023. Updated: 31 Aug 2015. Available from: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html#p0028](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html#p0028)

บุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยได้นำเอาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่เป็นความลับนำไปใช้ อาจมีข้ออ้างได้ว่าไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ยให้ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ จึงทำให้บุคคลดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บังคับว่ามีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจส่งผลเป็นโอกาสให้บุคคลดังกล่าวนำเอาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเป็นความลับไปเปิดเผยได้ ดังนั้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดให้บุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย โดยมี UNCITRAL Mediation Rules article 6 และรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2012 มาตรา 4 ของประเทศเยอรมนี เป็นแบบอย่าง

ส่วนการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 กำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาท ไม่ว่าจะมีการพิจารณาคดีจะดำเนินการไปแล้วเพียงใด และมาตรา 20 ทวิ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ซึ่งมีข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดให้องค์คณะผู้พิพากษา หรือผู้ประนีประนอมที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาล มีอำนาจในการไกล่เกลี่ย และให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการรักษาข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นความลับ ดังที่ได้ศึกษากันในบทที่ 2 โดยผู้ประนีประนอมที่ศาลแต่งตั้งให้มีอำนาจในการไกล่เกลี่ย อาจเป็นบุคคลที่ได้รับการขึ้นทะเบียนผู้ประนีประนอม หรือเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พนักงานราชการ หรือลูกจ้างของสำนักงานศาลยุติธรรมที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ประนีประนอมยอมความ ถูกผูกพันว่ามีหน้าที่ในการปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่สำคัญของการไกล่เกลี่ยที่ส่งผลให้การดำเนินการไกล่เกลี่ยเป็นไปด้วยความเรียบร้อย<sup>605</sup> หน้าที่ในการรักษาความลับส่วนนี้ ยังผูกพันไปถึงคู่ความที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย บุคคลภายนอก หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย โดยข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2554 กำหนดกลไกของการรักษาความลับด้วยการไม่ให้มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ ตามข้อ 31 ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหน้าที่ในการรักษาความลับครอบคลุมถึงบุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ดังนั้น คู่ความ ผู้ประนีประนอม และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยต้องรักษาความลับของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>606</sup> ซึ่งจะมีการทำ

<sup>605</sup> ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อ 34 ผู้ประนีประนอมต้องปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศหรือหลักเกณฑ์ใด ๆ เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยเพื่อให้การไกล่เกลี่ยเป็นไปด้วยความเรียบร้อยโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของคู่ความ

<sup>606</sup> สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือการจัดการระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล ตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554, ญัฐนันท์ คุณเงิน, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: เพรสโซซิเอท, 2559), หน้า 19.

ข้อตกลงเข้าสู่การไกล่เกลี่ย ซึ่งกำหนดให้ผู้เข้าร่วมประชุมไกล่เกลี่ยทุกคนตกลงปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับ ตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2554 เพื่อเป็นหลักฐานติดไว้ในสำนวนคดีที่ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>607</sup> อันมีลักษณะเป็นการกำหนดข้อผูกพันเป็นข้อตกลงเพื่อให้บุคคลทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ จึงพิเคราะห์ได้ว่า กลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล โดยข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ได้ออกแบบกระบวนการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งพบว่าทำให้ข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่อาจถูกเปิดเผยไปยังบุคคลภายนอกกระบวนการไกล่เกลี่ยได้โดยง่าย เพราะโดยหลักแล้วจะไม่มีกรบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ เว้นแต่คู่ความได้ตกลงกันให้มีการบันทึกข้อเท็จจริงนั้น ด้วยเหตุนี้ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่อยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษรจึงไม่อาจปรากฏเผยแพร่ออกไปสู่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการบันทึกข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วมีผู้นำเอาบันทึกข้อเท็จจริงนั้นไปเผยแพร่แก่บุคคลภายนอก นอกจากนี้การไกล่เกลี่ยในศาลยังมีการกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ย คู่ความ รวมถึงบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย ต้องผูกพันว่ามีหน้าที่ในการรักษาความลับ ด้วยการร่วมในข้อตกลงเข้าสู่การไกล่เกลี่ยว่าจะรักษาความลับของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย การจัดทำข้อตกลงเข้าสู่การไกล่เกลี่ยดังกล่าวนี้เพื่อให้เป็นประกันว่า บุคคลทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับผ่านการตกลงยินยอม เสมือนเป็นการผูกพันหน้าที่ตามสัญญา เพราะฉะนั้นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าวจึงมีความตรงไปตรงมา กล่าวคือจะไม่มีกรปรากฏถึงข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในระหว่างการไกล่เกลี่ย หากมิได้ทำการบันทึกไว้ ด้วยเหตุนี้โอกาสที่ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับจะมีการเปิดเผย ย่อมเป็นไปได้ใน 2 กรณี คือ มีการบันทึกข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย แล้วมีบุคคลนำเอาบันทึกดังกล่าวไปเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบ หรือการเปิดเผยโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยซึ่งจดจำแล้วนำไปเปิดเผยให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งทั้งสองกรณี ข้อ 31 ของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2554 ได้กำหนดให้บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับแล้ว ประกอบกับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยทุกคนผูกพันผ่านการทำข้อตกลงเข้าสู่การไกล่เกลี่ย จึงทำให้โดยสภาพ หน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในศาลจึงครอบคลุมบุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยแล้ว และบุคคลทุกคนมีหน้าที่ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามสิ่งที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2554 และข้อตกลงเข้าสู่การไกล่เกลี่ย หากมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นกรณีที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับจะได้อ้างว่ากล่าวกันกับบุคคลที่เปิดเผย เพื่อให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อไป

<sup>607</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 68.

ภาคผนวกที่ ๕

ศาล.....

ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อตกลงเข้าสู่การไกล่เกลี่ย

คดีไกล่เกลี่ยหมายเลขคดีที่ ...../๒๕.....

..... โจทก์  
ระหว่าง

..... จำเลย

๑. ผู้เข้าร่วมประชุม  โจทก์  จำเลย  ผู้ประนีประนอม  อื่นๆ.....
๒. คู่ความ  ตกลง  ไม่ตกลง ให้นำคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย
๓. ผู้เข้าร่วมประชุมทุกคน  ตกลง ปฏิบัติตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. ๒๕๕๔ และตกลงที่จะรักษาความลับของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยตามระเบียบดังกล่าว

ลงชื่อ ..... โจทก์  
(.....)ลงชื่อ ..... จำเลย  
(.....)ลงชื่อ ..... ผู้ประนีประนอม  
(.....)ลงชื่อ ..... เจ้าหน้าที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท  
(.....)ลงชื่อ ..... บุคคลอื่น  
(.....)

๖๘ คู่มือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล ตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. ๒๕๕๔

ภาพที่ 4 ตัวอย่างข้อตกลงเข้าสู่การไกล่เกลี่ยในศาล<sup>608</sup><sup>608</sup> อ่างแล้ว, เชียงรรถที่ 31, หน้า 68.



#### 4.2.2 การกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ย

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีการกำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยในการรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามมาตรา 12 (6) ดังที่ได้ศึกษาไปแล้ว อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไว้แต่อย่างใด ส่วนข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ดังที่ได้ศึกษาไปแล้วว่า การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยศาลยุติธรรมได้ถูกกำหนดไว้ให้ดำเนินการโดยลับ และไม่ให้มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ตามข้อ 31 เพราะฉะนั้นในเงื่อนไขดังกล่าวทำให้ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่เป็นลายลักษณ์อักษรจะไม่มีปรากฏ ซึ่งจะเป็ผลดีต่อการรักษาความลับเนื่องจากไม่มีข้อเท็จจริงที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้ปรากฏขึ้น เว้นแต่คู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นคู่ความระหว่างกันจะได้ตกลงให้มีการบันทึกรายละเอียดของการไกล่เกลี่ยไว้ และข้อ 37 กำหนดว่าในกรณีที่คู่ความมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นให้รักษาข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เป็นความลับ เว้นแต่เป็นการใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาวิธีการในการรักษาความลับตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีประเด็นเรื่องข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับไว้ ส่วนข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะจำกัดเฉพาะการนำไปใช้เพียงเพื่อให้สามารถปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้เท่านั้น

เมื่อพิจารณา UNCITRAL Model Law on Mediation ที่มีการกำหนดไว้ในมาตรา 9 ว่าบรรดาข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่คู่กรณีพิพาทรายอื่น เว้นแต่เป็นข้อเท็จจริงที่ประสงค์ให้เป็นความลับ ข้อเท็จจริงนั้นต้องไม่ถูกเปิดเผยแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่น การกำหนดดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ไกล่เกลี่ยที่อาจเล็งเห็นถึงความจำเป็นในการเปิดเผยข้อเท็จจริงเพื่อให้การไกล่เกลี่ยบรรลุผล เพื่อลบล้างปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความเข้าใจผิดหรือความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนที่เกิดขึ้น และมาตรา 10 กำหนดว่าข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยจะต้องถูกเก็บเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะได้ตกลงกัน หรือเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงเป็นการกระทำภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หรือเป็นการเปิดเผยเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือเพื่อบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท

แม้ว่าการพิจารณาบทบัญญัติตาม UNCITRAL Model Law on Mediation ดังกล่าวจะสะท้อนให้เห็นว่าการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งสำคัญ เพราะการรักษาความลับทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินต่อไปได้จนคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงหาข้อสรุปร่วมกันได้

รวมถึงเป็นประกันเพื่อสร้างความมั่นใจแก่คู่กรณีพิพาทว่า ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลของตนเองจะไม่ถูกเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนเอง ทำให้การรักษาความลับเป็นเรื่องสำคัญที่กำหนดเป็นหน้าที่โดยเคร่งครัดแก่ผู้ไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำในมาตรา 10 มีความมุ่งหมายให้ข้อเท็จจริงและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ได้รับการยกเว้นการถูกกำหนดให้เป็นความลับ หากเข้าเหตุใน 2 กรณี กล่าวคือ เมื่อเป็นการเปิดเผยภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย (where disclosure is required under the law) หรือเป็นการเปิดเผยเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้ หรือเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท (for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement)<sup>609</sup> เป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไม่ได้เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดให้เก็บไว้เป็นความลับโดยเคร่งครัดเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณะเป็นสำคัญ กรณีที่ยกเว้นหลักการรักษาความลับ คณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ได้ยกกรณีตัวอย่างเหตุที่ได้รับการยกเว้นหลักการรักษาความลับไว้ ซึ่งสอดคล้องกับเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะ หรือเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีความเปราะบางทางร่างกายและจิตใจ การยกเว้นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยกรณีดังกล่าว จะต้องมีการกำหนดไว้เป็นเหตุตามกฎหมายเพื่อยกเว้นการรักษาความลับ อันส่งผลทำให้สามารถเปิดเผยข้อมูลได้ เช่น กรณีที่หากไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย จะมีการคุกคามบุคคลให้ได้รับอันตรายแก่กายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือเป็นกรณีเปิดเผยข้อมูล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแจ้งเตือนประชาชนเกี่ยวกับเหตุอันมีความเสี่ยงภัยด้านสุขภาพ สิ่งแวดล้อม หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีการละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักการรักษาความลับ ซึ่งมาจากการร้องเรียนว่ามี การกระทำอันเป็นฝ่าฝืนต่อหลักการรักษาความลับ

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส ซึ่งมีการใช้ระบบกฎหมายแบบ civil law เช่นเดียวกับประเทศไทย พบว่าส่วนของประเทศเยอรมนีจะมีการกำหนดเป็นหลักการไว้ว่า หน้าที่ในการรักษาความลับจะได้รับการยกเว้น หากเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาทให้เปิดเผยได้ หรือเป็นกรณีจำเป็นให้เปิดเผยด้วยเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะ หรือการรักษาความลับนั้นไม่เป็น

<sup>609</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation 2018

#### Article 10 Confidentiality

Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the mediation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.

ผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>610</sup> ส่วนกรณีของประเทศฝรั่งเศสพบว่รัฐบัญญัติฉบับที่ 95-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ว่าด้วยการจัดองค์กรศาลยุติธรรม และวิธีพิจารณาความแพ่ง อาญา และคดีปกครอง มาตรา 21-3 กำหนดข้อยกเว้นการไม่บังคับตามหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยกำหนดว่าแม้การไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินการภายใต้หลักการรักษาความลับ ก็อาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามหลักดังกล่าวได้ หากคู่กรณีพิพาทได้มีการตกลงกันไว้ให้แตกต่างเป็นอย่างอื่น ซึ่งมีลักษณะเป็นการให้อิสระแก่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันให้ยกเว้นหลักการรักษาความลับได้

ประกอบกับเมื่อศึกษาหลัก without prejudice ซึ่งเป็นหลักที่มีการปรับใช้ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสิงคโปร์ ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศตัวอย่างที่ผู้วิจัยนำมาศึกษา พบว่าหลัก without prejudice มีขึ้นเพื่อคุ้มครองถ้อยคำหรือถ้อยแถลงที่มีขึ้นเพื่อยุติข้อพิพาท ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด โดยไม่ให้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในถ้อยคำหรือถ้อยแถลงดังกล่าวถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดการขัดต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท โดยเฉพาะคู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าว เพราะเหตุที่ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับนั้นถูกนำไปใช้ประโยชน์ ก่อให้คู่กรณีพิพาทมีความกล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงและความต้องการของฝ่ายตนเองได้อย่างเต็มที่ ซึ่งหลัก without prejudice ที่ศาลในประเทศอังกฤษได้ยกขึ้นอ้างประกอบในคำพิพากษา จะไม่ได้เป็นการระบุบ่งชี้ว่าข้อเท็จจริงใดเป็นความลับ (confidential) แต่จะเป็นการกำหนดว่าข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงที่ห้ามมิให้เปิดเผย (prejudice) โดยศาลจะนำหลัก without prejudice มาใช้เพื่อหลักประกอบการพิจารณารับฟังพยานหลักฐาน โดยการพิจารณาว่าหากข้อเท็จจริงใดเป็น without prejudice ซึ่งจะทำให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวถูกห้ามมิให้เปิดเผย และการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดไม่อาจเปิดเผยได้ จะพิจารณาจากเรื่องนโยบายสาธารณะ และเหตุผลเรื่องข้อตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ซึ่งคดี *Rush & Tompkins Ltd. v The Greater London Council (1988)* ได้วางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ และหากคู่กรณีพิพาทไม่สามารถบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการเปิดเผยต่อกันระหว่างการไกล่เกลี่ย ต้องไม่มีการเปิดเผยแก่บุคคลภายนอก จนก่อให้เกิดการรบกวนขัดสิทธิแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าว ทั้งนี้ ข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือพยานหลักฐานใด ๆ ที่แม้ถูกกำหนดไว้ว่าไม่ให้เปิดเผย แต่หากพิจารณาจากสัญญาโดยปริยาย (implied contract) และนโยบายสาธารณะของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทแล้วว่าเป็นเรื่องที่ควรมีการเข้าถึงข้อเท็จจริงอันถูกกำหนดไม่ให้เปิดเผย เพื่อรักษาประโยชน์แห่งความยุติธรรม กล่าวคือการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องได้รับความเสียหายยิ่งกว่าการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริง ย่อมเป็นกรณีที่สามารถ

<sup>610</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 375.

เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดไม่ให้เปิดเผยได้ ซึ่งคดี *Cutts v Head (1984)* ได้วางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้

จะเห็นได้ว่าหลัก without prejudice มีความสัมพันธ์กับการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน กล่าวคือหลัก without prejudice จะนำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทต่าง ๆ ว่าข้อเท็จจริงที่ได้ถูกยกขึ้นมาพิจารณานั้นเป็นข้อเท็จจริงที่สมควรให้มีการเปิดเผยหรือไม่ โดยทั่วไปข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทได้มีการสื่อสารระหว่างกันจะไม่มีเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้เป็นการทั่วไป เพื่อมิให้มีบุคคลอื่นใดเข้ามาแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัว ดังนั้น เมื่อมีประเด็นปัญหาข้อพิพาทอย่างใด ๆ ที่นำมาสู่การยกข้อเรียกร้องให้มีการเอาข้อเท็จจริงที่คู่กรณีได้ตกลงกันไม่ให้เปิดเผย แล้วนำมายกเป็นข้อต่อสู้เพื่อยืนยันความจริงระหว่างกัน ศาลจะใช้หลัก without prejudice เพื่อชี้ขาดว่าข้อเท็จจริงที่มีการหยิบยกประเด็นขึ้นมาเพื่อร้องขอให้เปิดเผยนั้น เป็นสิ่งที่สมควรมีคำสั่งให้มีการเปิดเผยตามคำร้องนั้นหรือไม่ จะเห็นได้ว่าหัวใจสำคัญของหลัก without prejudice คือ การควบคุมให้การสื่อสารของคู่กรณีพิพาทระหว่างกันให้เป็นความลับ (confidential) ดังนั้น หลัก without prejudice จึงมีความสัมพันธ์กับ confidential กล่าวคือเมื่อการสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทได้ถูกกำหนดให้เป็น without prejudice ก็ส่งผลทำให้สิ่งที่เป็นประเด็นหรือข้อเท็จจริงที่มีการสื่อสารระหว่างกันถูกห้ามมิให้เปิดเผย เทียบได้กับการทำให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นความลับต่อบุคคลภายนอก<sup>611</sup>

อย่างไรก็ตามก็มีข้อยกเว้นที่กำหนดมิให้นำหลัก without prejudice มาใช้ ความมุ่งหมายของการยกเว้นดังกล่าวมีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งข้อยกเว้นดังที่ได้อธิบายไปในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.2 (2) ว่าเป็นข้อยกเว้นที่มีขึ้นเพื่อให้เป็นประโยชน์ในการตรวจสอบและใช้เป็นช่องทางในการยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อระงับยับยั้งการกระทำของคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งผลให้คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบและเป็นการไม่สมควรแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายอื่น รวมไปถึงกำหนดข้อยกเว้นโดยมิให้นำหลัก without prejudice มาใช้ กล่าวคือให้อำนาจศาลในการสั่งให้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไม่ให้เปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการนำเอาข้อเท็จจริงดังกล่าวมาใช้เป็นพยานหลักฐาน ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าหลัก without prejudice มีขึ้นเพื่อปิดกั้นไม่ให้รับฟังข้อเท็จจริง แต่หลักดังกล่าวไม่ใช่หลักที่กำหนดให้ปฏิเสธการรับฟังข้อเท็จจริงเช่นนั้นเพื่อเป็นพยานหลักฐาน แม้ว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดมิให้เปิดเผยจะเป็นการบ่อนทำลายหลักการรักษาความลับ แต่เมื่อยังคงมีประเด็นข้อสงสัยถึงการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยว่าเป็นไปโดยคู่กรณีพิพาทได้รับความเสียหาย หรือความไม่เป็นธรรมที่

<sup>611</sup> Michael O'Shea, "The Basics: What Does "without Prejudice" Mean and When Do I Need to Use It?," [Online] Updated: 25 June 2019. Available from: <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2019/without-prejudice-meaning-and-when-to-use-it/>

เกิดขึ้นแก่คู่กรณีพิพาท จึงยอมเป็นความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์แห่งความยุติธรรม ซึ่งการรักษาประโยชน์ดังกล่าวมีมากกว่าหน้าที่ในการรักษาความลับอันเป็นเป้าหมายของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงสมควรมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทกำหนดไม่ให้เปิดเผยนั้น กรณีดังกล่าวได้รับการวางเป็นบรรทัดฐานไว้ ปรากฏตามคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* และคดี *Farm Assist Ltd. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (N<sup>o</sup>2) (2009)* รวมไปถึงหากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งได้กระทำการไกล่เกลี่ยอย่างไม่สมเหตุสมผลแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ก็เป็นเหตุให้ยกเว้นหลัก without prejudice ได้ เป็นไปตามคดี *Earl of Malmesbury v Strutt and Parker (2008)* ได้วินิจฉัยไว้ ทั้งนี้ ประเทศออสเตรเลียก็นำแนวทางกำหนดข้อยกเว้นหลัก without prejudice จากกฎหมายของประเทศอังกฤษมาปรับใช้ด้วย โดยมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือเป็นความยินยอมร่วมกันของคู่กรณีพิพาท หรือเป็นเรื่องเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการยินยอมให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงหรือเพื่อเป็นการพิสูจน์การกระทำของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม ประเทศออสเตรเลียมีข้อยกเว้นเพิ่มเติมจากหลักของประเทศอังกฤษ คือ หากเป็นกรณีจำเป็นต้องนำข้อเท็จจริงมาใช้เพื่อประกอบการพิจารณาออกคำสั่งให้ใช้ค่าฤชาธรรมเนียมและคำสั่งให้ใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีก็เป็นข้อยกเว้นให้สามารถเปิดเผยได้ แต่กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อใช้วินิจฉัยกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมเท่านั้น ซึ่งมีคดี *Western Areas Exploration Pty. Ltd. v Streeter (2009)* วินิจฉัยตามแนวทางดังกล่าว

ส่วนประเทศสิงคโปร์ พบว่ากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017 ได้กำหนดเป็นข้อจำกัดในการไม่เปิดเผยข้อมูลอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย (Restriction on disclosure) กำหนดว่าบุคคลจะต้องไม่เปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้กับบุคคลที่สาม ซึ่งมีได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การกำหนดดังกล่าว คือการนำหลัก without prejudice มากร่างเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017 มาตรา 9 โดย (2) กำหนดข้อยกเว้นให้บุคคลอาจเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยแก่บุคคลที่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยได้ หากเป็นกรณีที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- คู่กรณีพิพาทได้ตกลงยินยอมระหว่างกันทุกฝ่ายให้เปิดเผยได้ และการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยที่จะเปิดเผยจัดทำขึ้นโดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย
- เนื้อหารายละเอียดของการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยยังคงเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปในขณะที่มีการเปิดเผย เว้นแต่เป็นข้อมูลที่รับรู้กันโดยทั่วไปเนื่องจากถูกเปิดเผยโดยกระบวนการที่ผิดกฎหมาย
- มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นมีความจำเป็นเพื่อป้องกันหรือเพื่อลดอันตรายหรือการบาดเจ็บของบุคคล หรือการลวงละเมิด ทอดทิ้ง หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์จากเด็กผู้เยาว์

- เป็นการเปิดเผยที่จัดทำขึ้นเพื่อการวิจัย ประเมินผล หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษา โดยจะต้องปราศจากการเปิดเผย หรือการกระทำอันมีลักษณะคล้ายกับการเปิดเผยบุคคลผู้ที่ทำการสื่อสารข้อเท็จจริงนั้นระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

- เป็นการเปิดเผย เพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาคำปรึกษาทางกฎหมาย

- บุคคลที่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2001 (อนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทภายในประเทศ) หรือเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาท ตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 และเป็นการเปิดเผยภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามกฎหมายทั้งสองมีเงื่อนไขลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ หากอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท ต้องรักษาข้อมูลที่ได้รับมาให้เป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หรือเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่ดังกล่าวได้ดำเนินการกระบวนกรเพื่อยุติข้อพิพาท แต่ไม่สามารถบรรลุผลในการยุติข้อพิพาทได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาระหว่างการดำเนินขั้นตอนการไกล่เกลี่ยต่อคู่กรณีฝ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเท่าที่ข้อมูลสำคัญจำเป็นต่อการดำเนินกระบวนกรอนุญาโตตุลาการ

- เป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงตามคำสั่งของศาล หรือคำสั่งของผู้มีอำนาจ หรือโดยกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

- เป็นการเปิดเผยตามคำร้องขอ หรือตามข้อกำหนดของหน่วยงานที่กำกับดูแล และกรณีดังกล่าวเป็นการจำเป็นเพื่อให้หน่วยงานสามารถกำกับดูแลการปฏิบัติงานของตนเองได้

- การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยเกี่ยวข้องกับการทำความผิดใด ๆ ตามกฎหมายที่กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นการสื่อสารที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย

นอกจากนี้ มาตรา 11 ยังกำหนดเพิ่มเติมอีกว่าภายใต้บังคับตามมาตรา 9 (2) บุคคลอาจเปิดเผยการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลภายนอกได้ โดยความเห็นชอบของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ โดยจำกัดเฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

- เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับตามหรือโต้แย้งเกี่ยวกับข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือ

- เป็นกรณีเพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดหรือโต้แย้งประเด็นตามข้อกล่าวหา หรือข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการประพฤติมิชอบในทางวิชาชีพของผู้ไกล่เกลี่ย หรือบุคคลอื่นใดที่ซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย หรือ

- เป็นกรณีเพื่อค้นหาประเด็นหรือการดำเนินการอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกันกับการค้นหา ในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลหรือกระบวนกรพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการที่มีการดำเนินการขึ้น ทั้งนี้ คู่กรณีพิพาทจะต้องเปิดเผยเอกสารที่อยู่ในความครอบครอง ควบคุม หรืออยู่ในอำนาจดูแลของผู้นั้น


- สำหรับวัตถุประสงค์อื่น ๆ ที่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นสมควร ตามพฤติการณ์แห่งคดี จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017 ของประเทศสิงคโปร์ มีการกำหนดข้อยกเว้นการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เปรียบเสมือนเป็นข้อยกเว้นของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยกำหนดในรายละเอียดเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเป็นการเฉพาะ

นอกจากนี้ ผู้วิจัยพบว่าการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในประเทศสหรัฐอเมริกา ตามที่ปรากฏใน Uniform Mediation Act section 8 กำหนดว่าการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ถือเป็นความลับ ตามขอบเขตที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามที่กฎหมายหรือหลักเกณฑ์อื่นกำหนด เว้นแต่กฎหมายว่าด้วยการกำหนดให้มีการประชุมต่อสาธารณะ (open meetings act) และกฎหมายว่าเสรีภาพด้านข้อมูลข่าวสาร (open records act หรือ Freedom of Information Law) ได้กำหนดเป็นอย่างอื่น นอกจากนี้หลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีลักษณะเป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลังสำหรับการพิจารณารับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน โดยคดีที่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ศาลจะพิจารณายึดจากเรื่องของประโยชน์สาธารณะ (public interest) มาเป็นหลักตั้งต้นในการพิจารณา โดยจะใช้ดุลยพินิจเปรียบเทียบและชั่งน้ำหนักกันระหว่างประเด็นข้อพิพาทอันเป็นข้อที่ต้องวินิจฉัยเทียบกับความจำเป็นในการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นความลับ การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นต้องเปิดเผยหรือไม่ ซึ่งจะขึ้นอยู่กับประเด็นข้อพิพาทในเรื่องนั้น ๆ ว่าประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวมีความจำเป็นในการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาสัมพันธ์กันกับประโยชน์แก่สาธารณะที่พึงจะได้รับจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยว่ามีความสมเหตุสมผลและมีความเหมาะสม ทั้งนี้ การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานมีความสำคัญมากกว่าการรักษาผลประโยชน์ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย กรณีเช่นนี้นี้ย่อมทำให้เป็นเหตุอันสมควรที่ศาลมีอำนาจสั่งให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยและนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมารับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความจริงต่อไป

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากข้างต้นแล้ว สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ ดังนี้

ไทย	UNCITRAL	เยอรมนี, ฝรั่งเศส	อังกฤษ, ออสเตรเลีย	สิงคโปร์	สหรัฐอเมริกา
<p>1. พ.ร.บ. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562</p> <p>- ไข้มิติการบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นหลักการการศึกษา</p> <p>ความลับ</p> <p>2. ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย</p> <p>พ.ศ. 2554</p> <p>- ข้อ 37 กำหนดยกเว้นเฉพาะกรณีใช้เพิกถอนข้อพิพาท</p> <p>ปฏิบัติหรือบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา</p> <p>ประนีประนอมยอมความ</p> <p>ความ</p>	<p>มาตรา 10 UNCITRAL Model Law on Mediation กำหนดยกเว้นใน 2 กรณี คือ</p> <p>- เมื่อเป็นการเปิดเผยภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย</p> <p>เช่น การเปิดเผยจะเกิดจากการคุกคามบุคคลที่ได้รับอันตรายแก่กายจนตายหรือบาดเจ็บสาหัส, เป็น</p> <p>การแจ้งเตือนประชาชนเกี่ยวกับเหตุอันมีความเสี่ยงภัยหรือภัยพิบัติ</p> <p>ความลับ</p> <p>2. ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย</p> <p>พ.ศ. 2554</p> <p>- ข้อ 37 กำหนดยกเว้นเฉพาะกรณีใช้เพิกถอนข้อพิพาท</p> <p>ปฏิบัติหรือบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา</p> <p>ประนีประนอมยอมความ</p> <p>ความ</p>	<p>1. เยอรมนี: ยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ หากเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาทให้เปิดเผยได้ หรือเป็นกรณีจำเป็นให้เปิดเผยด้วยเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะ หรือการรักษาความลับนั้นไม่</p> <p>เป็นผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>2. ฝรั่งเศส: ระบุบัญญัติฉบับที่ 95 – 125 มาตรา 21 – 3 กำหนดข้อยกเว้นไม่บังคับตามหลักการรักษาความลับ หากคู่กรณีพิพาทได้มีข้อตกลงกันไว้ให้แตกต่างเป็นอย่างอื่น</p>	<p>- ใช้หลัก without prejudice ในการพิจารณาว่าเป็นข้อเท็จจริงที่สมควรเปิดเผยหรือไม่ หากเรื่องนโยบายสาธารณะ และเหตุผลเรื่องข้อตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือปริยาย (คดี <i>Rush &amp; Tompkins Ltd. v Greater London Council (1988)</i>)</p> <p>- ข้อเท็จจริงที่สมควรเปิดเผยได้ เป็นเรื่องที่ควรทราบถึงรายละเอียด โดยเหตุผลในการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ได้รับ</p> <p>ความเสียหายมากกว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันมิเป็นการรักษาประโยชน์แห่งความยุติธรรม (คดี <i>Curtis v</i></p>	<p>The Singapore Mediation Act 2017</p> <p>1. มาตรา 9(2) กำหนดยกเว้นกรณีความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในกรณีดังต่อไปนี้</p> <p>- คู่กรณีตกลงยินยอมให้เปิดเผยได้</p> <p>- เป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปขณะเปิดเผย เว้นแต่เปิดเผยโดยผิดกฎหมาย</p> <p>- การเปิดเผยจำเป็นเพื่อป้องกันหรือเพื่อลด</p> <p>ภัยอันตรายหรือการบาดเจ็บของบุคคล หรือการลวงละเมิด ทอด้ทั้ง หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์จากเด็กผู้เยาว์</p> <p>- เพื่อการวิจัย ประเมินผล หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษา</p> <p>- เพื่อแสวงหาค่าบริการทางการแพทย์</p> <p>- การไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการโดย</p> <p>อนุญาตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย แต่ไม่สำเร็จ จึงจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลเปิดเผยระหว่างไกล่เกลี่ยเฉพาะเท่าที่จำเป็นต่อการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการ</p> <p>- ตามคำสั่งของศาล หรือคำสั่งของผู้มี</p>	<p>- Uniform Mediation Act section 8 กำหนดว่าการสื่อสารระหว่างไกล่เกลี่ยถือเป็นความลับภายในขอบเขตที่คู่กรณีตกลงกันไว้ หรือโดยกฎหมายหรือหลักเกณฑ์อื่น ๆ กำหนด</p> <p>- การพิจารณาเปิดเผยข้อเท็จจริง ศาลจะพิจารณาจากเรื่องของประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก โดยเปรียบเทียบกับประเด็นข้อพิพาทที่ต้องวินิจฉัยว่าจะหาคุณค่าของการรักษาความลับดังกล่าวเทียบกับความจำเป็นในการเปิดเผยข้อเท็จจริงว่าเป็นกรณีที่ต้องเปิดเผยหรือไม่โดยพิจารณาด้วยว่า</p>



<p>วัตถุประสงค์ในการปฏิบัติ ให้เป็นไปตามเจตนาของ คู่กรณี (implementation) หรือ เพื่อบังคับ (enforcement) ให้ เป็นไปตาม ข้อตกลงใน การระงับข้อพิพาท</p>	 <p>จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY</p>	<p>Head (1984), คดี Unilever plc. v The Procter &amp; Gamble Co. (2000) และ คดี Farm Assist Ltd. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (N<sup>o</sup>2) (2009) - ยกเว้นให้เปิดเผยได้ เพื่อ นำข้อเท็จจริงมาใช้ ประกอบการพิจารณาออก คำสั่งให้ใช้ค่าชดเชยกรณี และคำสั่งให้ค่าใช้จ่ายใน การดำเนินคดี แต่เพียงเท่าที่ จำเป็นเพื่อใช้กำหนดค่าฤชา กรรมนิยม (คดี Western Areas Exploration Pty. Ltd. v Streeter (2009))</p>	<p>อำนาจ หรือโดยกฎหมายที่กำหนด - เปิดเผยเพื่อให้หน่วยงานผู้ใกล้เคียง สามารถกำกับดูแลการปฏิบัติงานของ ตนเองได้ - การใกล้เคียงเกี่ยวข้องกับบรรทัด ความผิด หรือมีวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย 2. มาตรา 11 อาจเปิดเผยข้อเท็จจริงจาก การใกล้เคียงแก่บุคคลภายนอกได้ โดยศาล หรืออนุญาตตุลาการเห็นชอบ เพื่อ - บังคับตามหรือโต้แย้งเกี่ยวกับข้อตกลง ใกล้เคียงข้อพิพาท - ได้แจ้งข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการประทุพถมิ ข้อบด้วยหน้าที่ของผู้ใกล้เคียง หรือผู้มี ส่วนเกี่ยวข้องกับใกล้เคียง - เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงระหว่างการดำเนิน กระบวนการพิจารณาของศาลหรือ อนุญาตตุลาการ - วัตถุประสงค์อื่น ๆ ที่ศาลหรือ อนุญาตตุลาการเห็นสมควร</p>	<p>ประโยชน์สาธารณะที่พึง จะได้รับจากกรณีเปิดเผย ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการ ใกล้เคียงว่าการเปิดเผยมี ความสมเหตุสมผลและ เหมาะสมเพียงใด ดังนั้น การรักษาความลับ อันเกิดจากการใกล้เคียง เป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ โดยพลกแล้วไม่อาจ เปิดเผยข้อเท็จจริงต่อ บุคคลภายนอกหรือทำ การเปิดเผยระหว่าง ดำเนินกระบวนการ ของศาลได้วันแต่ศาลเห็น ว่าเป็นกรณีจำเป็นเพื่อ ประโยชน์แห่งความ ยุติธรรม ประกอบกับเข้า ข้อยกเว้นที่สามารถ เปิดเผยข้อเท็จจริงได้</p>
---	--	--	---	---

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใกล้เคียง

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนด ข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ทำให้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ครอบคลุม และอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ในกรณีที่จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอาศัย ข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยมาใช้ประโยชน์เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง หรือใช้เพื่อคุ้มครอง ประโยชน์สาธารณะ ซึ่งไม่จำเป็นต้องจำกัดเฉพาะการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย แต่อาจรวมไปถึงการนำไปใช้ประโยชน์แก่ข้อพิพาทในเรื่องอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องใช้ ข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมาพิสูจน์ความจริงตามข้อพิพาทนั้น ๆ ดังเช่นคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* ด้วยเหตุนี้ การยืนยันในหลักการว่า ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นความลับโดยไม่อาจเปิดเผยได้ เว้นแต่เป็นกรณีเพื่อ โต้แย้งในประเด็นการบังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาท การปรับใช้ในลักษณะดังกล่าวอาจเกิด สถานการณ์ที่จำเป็นเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง แล้วไม่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการ ไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อพิสูจน์ได้ แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 33 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562<sup>612</sup> ที่เปิดช่องทางให้คู่กรณีที่ถูกบังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาทสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริง เกี่ยวกับความสามารถของคู่กรณีอีกฝ่าย หรือเป็นข้อบังคับมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดเจน โดย กฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ หรือมีความบกพร่อง เกี่ยวกับความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ เมื่อพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นหลักการรักษา ความลับไว้ ก็อาจส่งผลทำให้เกิดปัญหาเมื่อมีความจำเป็นในการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ เพราะการไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับไว้ในกฎหมาย ทำให้ไม่มีช่องทางที่จะนำไป

## CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>612</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

มาตรา 33 ให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาท เว้นแต่ความปรากฏแก่ศาล หรือคู่กรณีซึ่งถูกบังคับตาม ข้อตกลงนั้นพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า

- (1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงระดับข้อพิพาท
- (2) มูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระดับข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย

หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

- (3) ข้อตกลงระดับข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ
- (4) มีเหตุเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรา 24 ที่มีผลต่อการทำบันทึกข้อตกลงอย่างมีนัยสำคัญ

ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งศาลตามวรรคหนึ่ง เว้นแต่

- (1) ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาท
- (2) ศาลมีคำสั่งไม่เป็นไปตามข้อตกลงระดับข้อพิพาท
- (3) ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาทโดยฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

ปรับใช้กับกรณีที่จำเป็นเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นความลับนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรืออนุญาโตตุลาการ จึงสมควรให้มีการเพิ่มบทบัญญัติที่กำหนดข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับ

#### 4.3 วิเคราะห์เหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน

ประเด็นเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐานดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าการกำหนดลักษณะดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นบทบัญญัติป้องกันเหตุ หากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ จนนำไปสู่การนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไปดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลหรือโดยอนุญาโตตุลาการ จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติป้องกันมิให้มีการนำข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ยมาเปิดเผยเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ เพราะข้อมูลที่มีการเปิดเผยดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้เพื่อสร้างความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทผู้เป็นเจ้าของข้อมูลดังกล่าวได้

บทบัญญัติว่าด้วยเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน กรณีเป็นข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนอกศาล จะต้องบังคับเป็นไปตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 โดยได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.7 ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกันกับ article 11 แห่ง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation เนื่องจากมีการจำแนกประเภทของข้อเท็จจริงที่ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ซึ่งนำมาเปรียบเทียบได้ ดังนี้

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29	UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation article 11	คำแปล UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation article 11
ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังต่อไปนี้ เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท	1. A party to the mediation proceedings, the mediator and any third person, including those involved in the administration of the mediation proceedings, shall not in arbitral, judicial or similar proceedings rely on, introduce as evidence or give testimony or evidence regarding any of the following: (a) An invitation by a party to engage in mediation proceedings or the fact that a party was willing to participate in mediation proceedings; (b) Views expressed or suggestions made by a party in the mediation in respect of a possible settlement of the dispute; (c) Statements or admissions made by a party in the course of the mediation proceedings; (d) Proposals made by the mediator; (e) The fact that a party had indicated its willingness to accept a proposal for settlement made by the mediator; (f) A document prepared solely for purposes of the mediation proceedings.	1. คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท บุคคลที่สาม รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะต้องไม่เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี การอนุญาโตตุลาการ หรือเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกันนั้น ทั้งจะต้องไม่เป็นพยาน ยืนยันคำให้การ หรือมอบพยานหลักฐานดังต่อไปนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม
(1) ความประสงค์หรือความสมัครใจของคู่กรณีในการขอเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (2) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่กรณี (3) การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (4) ข้อเสนอใด ๆ ที่เสนอโดยผู้ไกล่เกลี่ย (5) ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความสมัครใจที่จะยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (6) เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้หรือใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะ	(a) คำเชิญคู่กรณีพิพาทเพื่อเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเต็มใจเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (b) ความคิดเห็น หรือทัศนคติของคู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ที่มีความเป็นไปได้ให้นำไปสู่การยุติข้อพิพาท (c) คำแถลง คำรับของคู่กรณีพิพาทที่ขึ้นระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (d) ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (e) ข้อเท็จจริงที่ระบุบ่งชี้ว่าคู่กรณีพิพาทเต็มใจยอมรับข้อเสนอยุติข้อพิพาทที่จัดทำขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ย (f) เอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการไกล่เกลี่ย	(a) คำเชิญคู่กรณีพิพาทเพื่อเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเต็มใจเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (b) ความคิดเห็น หรือทัศนคติของคู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ที่มีความเป็นไปได้ให้นำไปสู่การยุติข้อพิพาท (c) คำแถลง คำรับของคู่กรณีพิพาทที่ขึ้นระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (d) ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (e) ข้อเท็จจริงที่ระบุบ่งชี้ว่าคู่กรณีพิพาทเต็มใจยอมรับข้อเสนอยุติข้อพิพาทที่จัดทำขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ย (f) เอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการไกล่เกลี่ย

<p>ทั้งนี้ พยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใดที่มีอยู่และนำสืบได้อยู่แล้วไม่ว่ากระบวนการพิจารณาของศาล กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่งด้วยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำไปใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท</p>	<p>-</p>	<p>-</p>
<p>-</p>	<p>2. Paragraph 1 of this article applies irrespective of the form of the information or evidence referred to therein.</p>	<p>2. บทบัญญัติใน 1. ของข้อนี้ปรับใช้ได้โดยไม่หมายรวมถึงรูปแบบของพยานหลักฐานหรือข้อมูลนั้น ๆ</p>
<p>-</p>	<p>3. The disclosure of the information referred to in paragraph 1 of this article shall not be ordered by an arbitral tribunal, court or other competent governmental authority and, if such information is offered as evidence in contravention of paragraph 1 of this article, that evidence shall be treated as inadmissible. Nevertheless, such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.</p>	<p>3. การเปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนดไว้ในวรรค 1. ของมาตรานี้จะไม่อยู่ภายใต้บังคับคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ตุลาการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ หากข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ได้นำมาใช้เป็นพยานหลักฐาน เกิดจากการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามวรรค 1. ให้พยานหลักฐานดังกล่าวเป็นอันรับฟังไม่ได้ เว้นแต่การเปิดเผยหรือการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้กระทำขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท</p>

-	4. The provisions of paragraphs 1, 2 and 3 of this article apply whether or not the arbitral, judicial or similar proceedings relate to the dispute that is or was the subject matter of the mediation proceedings.	4. บทบัญญัติตาม 1. 2. และ 3. ให้ใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการทางตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เป็นประเด็นของการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
-	5. Subject to the limitations of paragraph 1 of this article, evidence that is otherwise admissible in arbitral or judicial or similar proceedings does not become inadmissible as a consequence of having been used in a mediation.	5. ภายใต้บังคับ 1. แห่งมาตรานี้ พยานหลักฐานที่ยอมรับฟังได้จากกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการทางตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน จะไม่เป็นที่ไม่อาจยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะเหตุเป็นพยานหลักฐานที่ใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 และ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation article 11

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีสาระสำคัญที่ปรากฏใน UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation มาตรา 11 ซึ่งส่วนดังกล่าวมิได้ปรากฏใน มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จะอยู่ในมาตรา 11 วรรคสองถึง วรรคสี่ โดยเนื้อหาสาระสำคัญในวรรคสาม ที่กำหนดเงื่อนไขในกรณีที่ข้อมูลใดได้ถูกนำมาใช้เป็น พยานหลักฐาน ทั้ง ๆ ที่มาตรา 11 วรรคหนึ่งได้กำหนดห้ามไว้ ผลคือให้พยานหลักฐานดังกล่าวเป็นอัน รับฟังไม่ได้ เมื่อพิจารณาในส่วนนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้กำหนดไว้แล้ว โดยกำหนดว่า “ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่ เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ... เป็นพยานหลักฐาน” ซึ่งถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวมีความหมายเป็นอย่างเดียวกันกับถ้อยคำตามวรรคสามที่ว่า “หากข้อเท็จจริงหรือข้อมูลใดได้นำมาใช้ เป็นพยานหลักฐานอันเกิดจากการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามวรรคหนึ่ง ให้พยานหลักฐาน ดังกล่าวเป็นอันรับฟังไม่ได้” (The disclosure of the information referred to in paragraph 1 of this article ...if such information is offered as evidence in contravention of paragraph 1 of this article, that evidence shall be treated as inadmissible.) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 29 กลับมิได้นำเอาข้อยกเว้นเหตุในการห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานมากำหนด ไว้ด้วย โดยหากเทียบกับมาตรา 11 แห่ง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ที่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า “การเปิดเผยหรือการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้กระทำ ขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนา ของคู่กรณี (implementation) หรือบังคับ (enforcement) ตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท” (Nevertheless, such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.)

เมื่อครั้งมีการยกร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... บทบัญญัติมาตรา 29 ได้กำหนดเป็นบทบัญญัติมาตรา 28 โดยในวรรคหนึ่งพบว่าเมื่อนำมาเทียบกับ UNCITRAL Model Law on Mediation ไม่ได้กำหนดเหตุแห่งการเปิดเผยหรือรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เป็นพยานหลักฐานให้จำแนกแตกต่างกันระหว่างการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี (implementation) และบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท (enforcement) แต่ผู้ร่างได้รวบรวมถ้อยคำนั้นและใช้เป็นว่า “เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท” ซึ่งอาจมิได้ นำถ้อยคำมาใช้ตรงตามที่ UNCITRAL Model Law on Mediation ได้กำหนดไว้โดยตรง นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติ แห่งชาติ ได้มีการประชุมเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว โดยในการประชุมคณะกรรมาธิการฯ ครั้งที่ 7 ไม่ได้มีการแก้ไขร่างบทบัญญัติดังกล่าวที่ทางรัฐบาลได้เสนอ และมีมติให้คงร่างไว้ตามเดิม

โดยมีการอธิบายชี้แจงจากกรมการวิสามัญในฐานะผู้แทนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กล่าววาทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดข้อห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามข้อพิพาท เป็นพยานหลักฐาน โดยไม่ต้องห้ามหากนำไปใช้เพื่อประโยชน์ในการทำคำสั่งตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท รวมทั้งที่ปรึกษากิตติมศักดิ์ในฐานะผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรมชี้แจงถึงการนำไปใช้ประโยชน์ว่า บรรดาข้อเท็จจริง เอกสารหลักฐานที่สร้างขึ้นเพื่อใช้ในการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท นำมาใช้เพื่อเป็นพยานหลักฐานนำสืบในชั้นศาลเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้<sup>613</sup> จากความเห็นดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่าความมุ่งหมายของการยกเว้นบทบัญญัติตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2562 อาจมีเจตนารมณ์ที่มุ่งหมายมิให้มีการนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ และเจตนาที่จะกำหนดข้อยกเว้นยอมให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐานได้ จะมีเฉพาะกรณีจำเป็นเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงการไต่ถามข้อพิพาทเท่านั้น ซึ่งเมื่อได้พิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2562 พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีถ้อยคำที่ปรากฏโดยนัยว่ามุ่งให้นำไปใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงเฉพาะเพื่อให้บังคับเป็นไปตามข้อตกลงไต่ถามข้อพิพาทเท่านั้น สังเกตได้จากข้อยกเว้นที่ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 33 ดังกล่าวที่ระบุว่า “เว้นแต่ความปรากฏแก่ศาลหรือคู่กรณีซึ่งถูกบังคับตามข้อตกลง (ระงับข้อพิพาท) พิสูจน์ให้เห็นได้ว่า ...” ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวจะนำมาใช้กับการยกเว้นเพื่อไม่ให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งจะพบได้ว่าการกำหนดในลักษณะดังกล่าวเป็นการกำหนดโดยจำกัดและแคบ เพราะหากเป็นกรณีจำเป็นอื่น ๆ นอกเหนือไปจากการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงไต่ถามข้อพิพาท จะไม่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้

นอกจากนี้ หากเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ซึ่งจะต้องบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการไต่ถามในศาล ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไต่ถาม พ.ศ. 2554 จะพบว่าไม่มีการบันทึกรายละเอียดแห่งการไต่ถามไว้ ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามจะถูกเปิดเผยต่อเมื่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามได้มาให้การในฐานะพยานบุคคลต่อศาลเท่านั้น ซึ่งมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้คู่ความหรือบุคคลที่จะต้องเปิดเผยหรือนำพยานหลักฐานใด ๆ มาแสดงต่อศาล ซึ่งอาจเป็นการเปิดเผยความลับที่ตนได้รับมาในฐานะที่เป็นทนายความ ชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมเปิดเผยหรือนำพยานหลักฐานนั้นมาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิดเผยได้ ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจสั่งมิให้อ้างปฏิเสธไม่ยอมเปิดเผยหรือนำพยานหลักฐานมา

<sup>613</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 7 (2561), หน้า 17.



แสดง หากการปฏิเสธดังกล่าวไม่มีเหตุผลฟังได้ และมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้กรณีที่คุณความหรือผู้ใดต้องการให้การหรือส่งพยานหลักฐานอันเป็นเอกสารหรือข้อความลับที่ได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา ย่อมมีอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่าการไม่ยอมให้การมีเหตุผลค้ำจุนหรือไม่ ถ้าไร้เหตุให้ศาลบังคับให้ให้การหรือส่งพยานหลักฐานนั้นได้ ประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ที่สามารถสรุปใจความสำคัญได้ว่า “หากพยานหลักฐานใดที่ศาลต้องใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่จะมีน้ำหนักให้เชื่อถือได้มากเพียงใดนั้นเป็นเรื่องหนึ่ง” ดังนั้น หากพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งสองฉบับแล้วจะเห็นได้ว่าโดยลักษณะของบทบัญญัติทั้งสองก็มีได้เป็นข้อจำกัดต่อการที่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามจะมาให้การในฐานะพยานบุคคลแต่อย่างใด เพราะบุคคลดังกล่าวแม้ว่าจะมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้ข้อเท็จจริงที่ตนได้มาโดยฐานะหน้าที่ของตนได้ แต่ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการอ้างเอกสิทธิ์ไม่มีเหตุผลรับฟังได้ ศาลก็มีอำนาจเรียกให้บุคคลดังกล่าวมาให้การในฐานะพยานต่อศาลได้ เพียงแต่ว่าบทบัญญัติในมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่กำหนดเป็นบุคคลที่มีหน้าที่โดยจำกัดเฉพาะเพียง “ทนายความ” จึงอาจทำให้ไม่ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีหน้าที่อื่น ๆ ด้วย แตกต่างกับมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ใช้ถ้อยคำว่า “อาชีพหรือหน้าที่” ซึ่งทำให้ขอบเขตของการปรับใช้ได้กว้างกว่า<sup>614</sup> ประเด็นดังกล่าวนี้จึงทำให้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าสมควรมีการแก้ไขคำที่ใช้ในบทบัญญัติมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวและมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความสอดคล้องเป็นไปในทางเดียวกัน และเพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบการวิชาชีพอื่น ๆ ได้ด้วย

นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การกำหนดให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามกลายเป็นพยานหลักฐานได้เฉพาะกรณีเพื่อการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงในการไต่ถามข้อพิพาทตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ในลักษณะดังกล่าวยังไม่ชัดเจนเพียงพอ เพราะบทบัญญัติกำหนดไว้ว่าห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปิดเผยระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นในชั้นศาล อนุญาโตตุลาการ หรือในกระบวนการพิจารณาอื่นใด อย่างไรก็ตาม หากมีความจำเป็นให้ศาลยอมรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด เพื่อประโยชน์ให้การดำเนินกระบวนการเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลก็จะถูกข้อจำกัดตามนัยแห่งมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่จำกัดให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามได้เฉพาะเพื่อนำไปบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท แต่หากนำไปเพื่อใช้ในกรณีอื่นก็ไม่สามารถ

<sup>614</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 188, หน้า 366 – 268.

กระทำได้ เช่น กรณีเพื่อนำไปใช้ในการพิสูจน์ถึงความบกพร่องของการใกล้เคียงที่เกิดขึ้น ซึ่งจากการศึกษาตัวอย่างข้อเท็จจริงในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3.2 (2) จะพบหลักที่ศาลได้วางไว้ว่า “เมื่อมีข้อเท็จจริงที่อาจเชื่อได้ว่ามีความเข้าใจผิดฉ้อฉล การใช้สิทธิพลอำนาจเหนืออย่างไม่เหมาะสม หรือการปิดปาก เพื่อให้การใกล้เคียงนั้นไม่บรรลุผล ดังนั้น การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดจากกระบวนการใกล้เคียงจึงเป็นสิ่งที่สมควรให้กระทำได้ แม้การดำเนินการเช่นนี้จะเป็นการบ่อนทำลายหลักการรักษาความลับ” ซึ่งเป็นตัวอย่างประการหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า กรณีจำเป็นเพื่อพิสูจน์ถึงความบกพร่องของการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงที่เกิดขึ้น ย่อมเป็นกรณีที่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบกพร่องที่เกิดขึ้นระหว่างการใกล้เคียงดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงในการใกล้เคียง และการลดข้อจำกัดที่เกี่ยวพันหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงนั้นไม่เป็นการขัดกับหลักของกฎหมายว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน เนื่องจากการรับฟังพยานหลักฐานนั้น ศาลจะยอมรับฟังข้อเท็จจริงทุกอย่างทั้งหมดที่มีการนำเสนอ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานขึ้นใด หรือหากไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ตัดพยานหลักฐานนั้นแล้ว พยานหลักฐานดังกล่าวย่อมเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แล้วศาลจะใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าศาลควรเชื่อว่าเป็นไปตามที่คู่ความกล่าวอ้างหรือไม่ ส่วนพยานหลักฐานดังกล่าวจะน่าเชื่อหรือไม่เป็นอีกกรณีหนึ่ง<sup>615</sup> ประกอบกับการกำหนดเพิ่มข้อยกเว้นที่ให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงเป็นพยานหลักฐานได้ ยิ่งเป็นโอกาสที่ทำให้ศาลได้พิจารณาถึงพยานหลักฐานที่อาจมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ข้อเท็จจริงมากยิ่งขึ้น มิฉะนั้น ก็จะทำให้พยานหลักฐานบางอย่างที่มีคุณค่าและความจำเป็นต่อการพิสูจน์กลับจะถูกกฎหมายตัดห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐาน ทั้ง ๆ ที่หากไม่มีกฎหมายตัดห้ามมิให้รับฟังดังกล่าวแล้ว พยานหลักฐานเช่นว่านั้นก็ควรรับฟังได้<sup>616</sup>

ส่วนการกำหนดข้อยกเว้นให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงเป็นพยานหลักฐานได้ เฉพาะกรณีจำเป็นเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงการใกล้เคียงข้อพิพาท ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ซึ่งจากการเปรียบเทียบกับ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation มาตรา 11 ข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดขอบเขตของการพิจารณาว่าข้อยกเว้นที่อาจรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงเป็นพยานหลักฐานยังไม่ชัดเจนเพียงพอ ผู้วิจัยจึงได้ทำการพิจารณาต่อไปว่าขอบเขตของข้อยกเว้นการให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงเป็นพยานหลักฐานควรจะมีการกำหนดขอบเขตของข้อยกเว้นเพียงใด หากพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557 ที่ได้วินิจฉัยว่า “ข้อเท็จจริงที่

<sup>615</sup> จริญ ภัคดีธนากุล, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560), หน้า 25 - 26.

<sup>616</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 306 - 307.

ได้รับความจากการใกล้เคียงประนีประนอมยอมความจะนำมาพิจารณาในชั้นพิจารณาของศาลได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของข้อเท็จจริงแต่ละรายไป หากข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่องที่คู่ความประสงค์จะให้ เป็นข้อพิจารณาโดยแท้ในชั้นใกล้เคียง ซึ่งเป็นกระบวนการที่อาศัยความจริงใจของคู่กรณีที่ทำเลย แลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจที่จะหาทางระงับข้อพิพาทด้วยการตกลงกัน ข้อมูล บางอย่างอาจเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูล ข้อมูลเช่นนี้ก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลัง ได้ มิฉะนั้นก็จะเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อระบบการใกล้เคียงเพื่อระงับข้อพิพาทที่ ต่อไปคู่กรณีไม่อาจเปิดเผยข้อมูลแก่กันเพื่อหาทางระงับคดี แต่สำหรับข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดที่ไม่ จะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในชั้นใกล้เคียงกันหรือไม่ ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีอยู่แล้วก็ดี หรือข้อมูลใด คู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา เมื่อการใกล้เคียงแต่ไม่อาจตกลงกันได้ก็ดี ศาลย่อม รับฟังข้อเท็จจริงนั้นได้” จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวสามารถวิเคราะห์ได้ ดังต่อไปนี้

(1) การพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่ได้ความหรือเกิดจากการใกล้เคียงข้อพิพาทจะนำมาพิจารณา ในชั้นการพิจารณาของศาลได้หรือไม่ ให้พิจารณาว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวคู่ความมีความประสงค์ให้เป็น ข้อมูลเพื่อใช้ประกอบการหาทางระงับข้อพิพาทระหว่างกันด้วยการตกลง ด้วยการให้ข้อมูลดังกล่าว เป็นข้อมูลที่ใช้ในขั้นตอนการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงโดยแท้ ย่อมหมายความว่าหากคู่ความ ประสงค์ให้ข้อมูลที่มีการแลกเปลี่ยนดังกล่าวเป็นข้อมูลที่ใช้เฉพาะการดำเนินกระบวนการใกล้เคียง ข้อมูลดังกล่าวคู่ความมีความประสงค์ให้เป็นความลับ ข้อมูลดังกล่าวจึงไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ ในภายหลังได้ เพราะจะส่งผลทำให้เป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อการดำเนินกระบวนการ ใกล้เคียงที่ไม่เกิดความมั่นใจที่จะเปิดเผยข้อมูลให้แก่กันเพื่อระงับข้อพิพาท เนื่องจากการดำเนิน กระบวนการใกล้เคียงจะต้องมีหลักการรักษาความลับเพื่อเป็นหลักประกันในการรักษาผลประโยชน์ ของคู่กรณีพิพาท รวมถึงเป็นการสร้างความมั่นใจและกล้าในการเปิดเผยข้อเท็จจริง<sup>617</sup>

(2) ศาลฎีกาได้วางหลักว่าข้อมูลใดเป็นข้อมูลที่คู่กรณีพิพาททราบอยู่แล้ว หรือข้อมูลที่คู่ความ มีความประสงค์นำมาเป็นประโยชน์ในการพิจารณาชั้นใกล้เคียง แต่ไม่อาจตกลงกันได้ ย่อมเป็นกรณีที่ นำเอาข้อมูลที่ศาลรับฟังได้ ในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557 มีประเด็นที่จำเลยได้แถลง ต่อศาลว่า ในชั้นใกล้เคียงจำเลยเสนอจะให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเดือนละ 3,000 บาท ต่อมา โจทก์จำเลยแถลงหมดยาน เช่นนี้ถือว่าคู่ความทุกฝ่ายแถลงรับข้อเท็จจริงว่าจำเลยยินดีให้ค่า อุปการะเลี้ยงดูบุตรเดือนละ 3,000 บาท จึงรับฟังได้เป็นฐานเบื้องต้นในการให้ศาลกำหนดจำนวนเงิน ค่าอุปการะเลี้ยงดูต่อไป จากการวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าศาลฎีกายอมรับว่าข้อมูล อันเกิดจากการใกล้เคียงไม่เป็นที่ห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการ คดีโดยเด็ดขาด จึงเป็นข้อยกเว้นที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าสามารถรับฟังข้อมูลอันเกิดจากการใกล้เคียง เป็นพยานหลักฐานได้ ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้จำกัดเหตุที่ยอมรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการใกล้เคียง

<sup>617</sup> สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, การใกล้เคียงสไตล์เปเปอร์ไจน์, หน้า 5 - 6.

เฉพาะใน 2 กรณี คือ เป็นข้อมูลที่คู่กรณีพิพาททราบอยู่แล้ว หรือเป็นข้อมูลที่น่ามาใช้ประโยชน์ในชั้นการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย แต่การไกล่เกลี่ยดังกล่าวไม่อาจตกลงกันได้

จากข้อสรุปดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงได้ดำเนินการเพื่อศึกษาต่อว่าในกรณีของกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับข้อกำหนดข้อยกเว้นการห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 โดยสามารถเปรียบเทียบได้ ดังนี้



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ไทย	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	สิงคโปร์	เยอรมนี	ฝรั่งเศส
พ.ร.บ. การไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 ห้ามมิ ให้รับฟัง ข้อเท็จจริงที่ เกิดขึ้นจาก กระบวนการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท ... เป็น พยานหลักฐานใน การดำเนินคดี กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการ พิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการ บังคับตาม ข้อตกลงบังคับข้อ พิพาท ... มาตรา 33 ให้	เดิม ศาลจะพิจารณาคดี โดยเริ่มจากเรื่องของ ประโยชน์สาธารณะ (public interest) ก่อนว่า ในประเด็นข้อพิพาทหรือใน ข้อที่จะต้องวินิจฉัยในเรื่อง นั้น ๆ เมื่อเทียบกับเหตุ จำเป็นในการเปิดเผย ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการ ไกล่เกลี่ยแล้ว เป็นเหตุอัน สมควรที่จะต้องเปิดเผย ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการ ไกล่เกลี่ยหรือไม่ ดังนั้น การเปิดเผยข้อเท็จจริงอัน เกิดจากการไกล่เกลี่ยจึง ขึ้นอยู่กับว่าประเด็นข้อ พิพาทของเรื่องนั้น ๆ มีเหตุ จำเป็นจะต้องรับฟัง ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการ ไกล่เกลี่ยหรือไม่ (เทียบคดี <i>NLRB v Joseph</i>	ศาลจะพิจารณากว่าจะ ไม่นำหลัก without prejudice มาใช้ใน กรณีดังต่อไปนี้ (1) ข้อตกลงยุติข้อ พิพาทมีเนื้อหาที่ไม่ เป็นไปตามเจตนาของ คู่กรณีแต่ละฝ่าย หรือ มีข้อเท็จจริงที่ไม่ น่าเชื่อถือ หรือเนื้อหา ไม่ได้รับถึงประเด็นที่ เป็นข้อพิพาท (2) เพื่อพิสูจน์ว่าคู่กรณี พิพาทเข้าร่วมการไกล่ เกลี่ยด้วยความเข้าใจ ผิด ถูกหลงกลวง หรือ เป็นการไกล่เกลี่ยที่ขัด ต่อหลักปฏิบัติทางการ ค้าหรือกฎหมายว่าด้วย การค้าขายที่เป็นธรรม (3) ระหว่างการไกล่	Uniform Evidence Act (UEA) มาตรา 131 (1) ข้อมูลที่ได้เกิดขึ้นจาก การเจรจาระงับข้อพิพาท หรือเอกสารที่ถูกเตรียม ไว้สำหรับการเจรจา ระงับข้อพิพาท ไม่อาจ นำมาใช้อ้างอิงเพื่อรับฟัง เป็นพยานหลักฐานได้ (2) ข้อยกเว้นข้อ ห้ามมาใช้เป็น พยานหลักฐาน ได้แก่ (ก) กรณีที่คู่กรณีพิพาท ยินยอมให้นำเสนอต่อศาล หรือยินยอมให้เปิดเผยได้ และการเปิดเผยกระทำโดย จำเป็นตามสมควรเพื่อให้ เข้าใจพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ได้เสนอต่อศาลไปก่อน แล้ว (ข) ระหว่างไกล่เกลี่ยได้มี	- กฎหมายว่าด้วย พยานหลักฐาน ค.ศ. 1893 มาตรา 23 “ห้ามมิให้รับฟัง พยานหลักฐานน หากเป็น พยานหลักฐานที่มี เงื่อนไขว่าต้องห้าม รับฟัง หรือโดย พฤติการณ์ศาล สามารถอนุมานได้ ว่าคู่กรณีตกลงกัน ไม่ให้แสดง พยานหลักฐาน ดังกล่าว” ซึ่งตีความ เพื่อใช้กับการห้าม นำเอาข้อเท็จจริงอัน เกิดจากการไกล่ เกลี่ยมาใช้เป็น พยานหลักฐาน ทั้ง บังคับกับคู่กรณี	- มาตรา 4 รัฐบัญญัติ ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย “ผู้ ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการ รักษาความลับเกี่ยวกับ ข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่ ได้รับมาในระหว่างการ ไกล่เกลี่ย” - มาตรา 383 (1) ข้อ 6 แห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง ของเยอรมนี “บุคคลที่ ได้รับข้อเท็จจริงที่ กำหนดให้เป็นความลับ เพราะโดยตำแหน่ง งาน อาชีพ หรือสถานภาพ หรือได้รับความลับมา โดยกฎหมายกำหนด มี สิทธิปฏิเสธที่จะให้การ เป็นพยาน” - มาตรา 159 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธี	- มาตรา 21 – 3 ของ รัฐบัญญัติฉบับที่ 95 - 125 “การดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ย อยู่ภายใต้หลักการ รักษาความลับ เว้นแต่ คู่กรณีพิพาทจะตกลง ลงกันไว้เป็นอย่างอื่น” - การรักษาความลับ โดยผู้ไกล่เกลี่ยต่อศาล จะไม่มี การเปิดเผย ข้อเท็จจริงใน กระบวนการพิจารณา คดีของศาล แม้กระทั่ง ข้อเท็จจริงที่ผู้ไกล่ เกลี่ยได้ค้นพบหรือ ถ้อยคำที่ได้มีการ เปิดเผยขึ้นในการไกล่ เกลี่ยก็ไม่สามารถ นำมาใช้เป็น พยานหลักฐานในการ

ศาลฎีกากำลังบังคับ	Maccaluso, Inc. (1980)	เคยได้มีการหารือกัน	การตกลงกันโดยชัดเจน	พิพาท และบุคคลที่	พิจารณาความแพ่งของ	ดำเนินกระบวนการ
ตามข้อตกลง	และคดี United States v Exxon Corp. (1991)	ว่าจะกระทำการดีต่ออายุ	ว่าไม่ให้เป็นความลับ	สามด้วย <sup>619</sup>	เยอรมนี “ต้องจัดทำ	พิจารณาในศาล
ระงับข้อพิพาท	Exxon Corp. (1991)	(4) การเปิดเผยจะช่วยให้	(ค) เพื่อให้ศาลสั่งบังคับ	ตัวอย่าง คดี Ng	บันทึกการดำเนิน	กระบวนการ
เว้นแต่ความ	ต่อมาได้มี Uniform	ป้องกันการทำธุรกรรม	ตามข้อตกลงฉบับข้อ	Chee Weng v Lim	กระบวนการดำเนินคดี	อนุญาตตุลาการได้
ปรากฏแก่ศาล	Mediation Act (UMA)	โดยตลาดเคลื่อนของ	พิพาท หรือเป็นการ	Jit Ming Bryan	และการได้มาซึ่ง	หากตุลาการพิพาทมีได้
หรือคู่กรณีซึ่งถูก	- section 4 กำหนดว่าการ	ศาลต่อคู่กรณีแต่ละ	เปิดเผยแพร่ระหว่างกระบวนการ	(2010)	พยานหลักฐาน” ซึ่งให้	การตกลงกันได้
บังคับตาม	สื่อสารในการไกล่เกลี่ย	ฝ่าย	พิจารณาในการจัดทำ	วางหลักว่า หากการ	นำมาใช้บังคับกับผู้	- ห้ามมิให้อ่างหลักกร
ข้อตกลงนั้น	ได้รับควบคุมครองจะไม่	(5) คู่กรณีพิพาทได้	ข้อตกลง	สื่อสารการไกล่เกลี่ย	พิพาททำหน้าที่เป็นผู้	รักษาความลับ หาก
พิสูจน์ให้เห็นได้	ถูกค้นพบหรือรับฟังเป็น	หรืออีกอันอันจะนำไปสู่	(ง) โดยเนื้อหาสื่อความ	ได้จัดทำขึ้นระหว่าง	ไกล่เกลี่ย (Güterichter)	เป็นกรณีข้อเท็จจริง
ว่า	พยานหลักฐานในการ	การกระทำอันเป็นการ	ได้ว่าจะเกิดความเข้าใจที่	คู่กรณี ขณะทำการ	ด้วย	หรือ้อย่างค้างกล่าว
(1) คู่กรณีฝ่ายใด	ดำเนินกระบวนการพิจารณา	ละเมิด	ให้ศาลเกิดความเข้าใจที่	เจรจาเพื่อยุติคดี	เป็นการขัดต่อความ	สงบเรียบร้อยของ
ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้	คดี เว้นแต่จะตัดสินออก	- ข้อยกเว้นให้รับฟัง	ผิด	ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น	ประชาชน อันเป็น	ประเด็นเกี่ยวกับ
บทร้องในเรื่อง	สิทธิ ดังต่อไปนี้	ข้อเท็จจริงเป็น	(จ) เป็นกรณีเกี่ยวกับ	จากการสื่อสาร	นโยบายสาธารณะ	รวมทั้งเป็นเรื่องที่การ
ความสามารถที่	- เอกสิทธิ์ในการไม่เปิดเผย	พยานหลักฐาน เพื่อ	ตัดสินใจค่าใช้จ่ายเพื่อความ	ดังกล่าวนั้นไม่อาจ	รับฟังเป็น	กระทบต่อหลัก
จะเข้าทำ	ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ	ไม่ให้อ้างเอกสิทธิ์ใน	รับผิด	รับฟังเป็น	พยานหลักฐานได้	ประกอบที่สุดของ
ข้อตกลงฉบับข้อ	โดยคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ย หรือ	การไม่เปิดเผย	(ข) การสื่อสารระหว่าง	พยานหลักฐานได้	กระทบต่อหลัก	ประกอบที่สุดของ
พิพาท	บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการ	ข้อเท็จจริงอันเกิดจาก	การไกล่เกลี่ยส่งผล	ดังกล่าวนั้นไม่อาจ	รับฟังเป็น	ประกอบที่สุดของ
(2) มูลเหตุแห่ง	ไกล่เกลี่ยปฏิเสธการ	การไกล่เกลี่ย ทำให้	กระทบต่อสิทธิของ	บุคคลอื่น	(ข) ฎีกาไกล่เกลี่ย	ประกอบที่สุดของ
ข้อพิพาทหรือ	เปิดเผย และไม่ให้บุคคลอื่น	เกิดการแยก	บุคคลอื่น	(ข) ฎีกาไกล่เกลี่ย	ประกอบที่สุดของ	ประกอบที่สุดของ
ข้อตกลงฉบับข้อ	เปิดเผยการสื่อสารที่เกิด	พยานหลักฐานที่ไม่มี	(ข) ฎีกาไกล่เกลี่ย	(ข) ฎีกาไกล่เกลี่ย	ประกอบที่สุดของ	ประกอบที่สุดของ

<sup>619</sup> Anderson, D. O., "A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016," *Singapore Academy of Law Journal*: 279.

<p>พิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (3) ข้อตกลงระงับข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชี่ยว หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ (4) มีเหตุเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรา 24 ที่มีผลต่อการ</p>	<p>ระหว่งการไกล่เกลี่ย - พยานหลักฐานที่รับฟังได้ หรือปรากฏขึ้นจะไม่ถูกกำหนดให้เป็น พยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ เพียงเพราะได้เปิดเผยหรือใช้ในการไกล่เกลี่ยแล้ว - section 6 ห้ามอ้างเอกสารที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริง อันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยอาจมีการเปิดเผยได้ หากเป็นกรณีดังต่อไปนี้<sup>618</sup> (1) คู่กรณีพิพาทได้ตกลงให้เปิดเผย ด้วยความจำเป็น เพื่อพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของ ข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือเพื่อให้เกิดการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลง (2) เป็นกรณีที่เปิดเผยได้ โดยมีกฎหมายกำหนดให้</p>	<p>ส่วนเกี่ยวข้องเกี่ยวกับประเด็นพิพาทออกจากส่วนที่เป็นข้อพิพาท โดยเฉพาะการเปิดเผยจะเกิดผลร้าย หรือเกิดความเสียหาย ต่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การใช้จึงจำกัด เฉพาะเกี่ยวกับเรื่อง ความมั่นคงของชาติ หรือการปฏิบัติราชการของรัฐ ตัวอย่าง คดี <i>Unilever plc. v The Procter &amp; Gamble Co. (2000)</i> หลัก without prejudice มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับฟังข้อเท็จจริง หรือ</p>	<p>ดำเนินการโดยมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการกระทำผิดกฎหมาย ฝ่าฝืน หรือกระทำให้บุคคลต้องรับโทษ (ณ) บุคคลที่มีส่วนร่วมในข้อพิพาทได้รู้หรือควรจะรู้ถึงข้อเท็จจริงที่เปิดเผยระหว่างการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะส่งผลทำให้เกิดการใช้เวลานานในทางที่ผิด</p>	<p>ร่างกายและจิตใจของบุคคล รวมไปถึงหากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของไกล่เกลี่ยหรือพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย</p>
--	--	---	--	---

<sup>618</sup> อ้างแล้ว, เซ็จอร์รที่ 39, หน้า 7 - 8.

<p>ทำบันทึก ข้อตกลงอย่างมี นัยสำคัญ</p>	<p>ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ (3) ระหว่างการไกล่เกลี่ยมี การข่มขู่ การทำร้าย ร่างกาย หรือการก่อ อาชญากรรมรุนแรง (4) ระหว่างการไกล่เกลี่ย มี การวางแผน หรือพยายาม ที่จะกระทำ หรือได้มีการ ก่ออาชญากรรม หรือมีการ ปกปิดการกระทำ อาชญากรรมที่กำลังกระทำ อยู่ (5) เพื่อพิสูจน์หลักฐานเรื่อง ร้องเรียนเกี่ยวกับกรณีไม่ ปฏิบัติตามหน้าที่ทาง จริยธรรมหรือการทุจริตต่อ หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาท หรือบุคคลที่ เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย - ห้ามมิให้อ้างปฏิเสธไม่ เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้จาก การไกล่เกลี่ยเป็น</p>	<p>ข้อมูลอันเกิดจากการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทใน ชั้นการดำเนินกระบวนการ พิจารณาของศาล แต่ ข้อเท็จจริงในคดี <i>Unilever plc.</i> ยังคงมี ข้อสงสัยว่าการไกล่ เกลี่ยได้ดำเนินการจน บรรลุผลแล้วหรือไม่ เนื่องจากมีข้อเท็จจริง ที่อาจเชื่อได้ว่ามีความ เข้าใจผิด ข้อผิดพลาด การใช้ อิทธิพลอำนาจเหนือ อย่างไม่เหมาะสม หรือ การบิดปาก เพื่อทำให้ การไกล่เกลี่ยนั้นไม่ บรรลุผล ดังนั้น การ เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ เกิดจากกระบวนการ ไกล่เกลี่ยจึงเป็นสิ่งที่ สมควรให้กระทำได้ แม้จะเป็นการบ่อน</p>			
---	---	---	--	--	--



	<p>พยานหลักฐาน หากการแสวงหาพยานหลักฐานมีความสำคัญมากกว่าการรักษาผลประโยชน์ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่สวนคดีข้อพิพาท</p>	<p>ทำลายหลักการรักษาความลับ (confidentiality) ก็ตาม</p>			
--	---	---	--	--	--

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบข้อพิพาทด้วยวิธีการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไต่สวนคดี



ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่กำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เป็นกรณีเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย ตามมาตรา 29 และมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 แม้ว่าจะเป็นการกำหนดที่สอดคล้องกับหลักการรักษาความลับ ที่มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวและเป็นไปตามความประสงค์ของเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับก็ตาม รวมทั้งเป็นการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการเคารพต่อสิทธิในความลับของเจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าว โดยสิ่งที่ถูกกำหนดไว้ว่าห้ามมิให้เปิดเผยเพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐานนั้น ก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีที่จะต้องไม่นำข้อเท็จจริงที่มีลักษณะดังกล่าวมาใช้เพื่อเป็นพยานหลักฐาน รวมทั้งกำหนดหน้าที่ต่อศาลให้กำหนดว่าหากมีข้อเท็จจริงเช่นว่ามานั้นมาเสนอต่อศาล ก็ย่อมต้องห้ามมิให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานด้วย รวมถึงกำหนดห้ามมิให้อนุญาโตตุลาการหรือผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดอื่นใดสั่งให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นว่าด้วยเรื่องของประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง จะเป็นกรณีที่ความจำเป็นของการรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวจะมีความสำคัญเหนือกว่าหน้าที่ในการรักษาความลับของข้อเท็จจริงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งเหตุผลของการยกเว้นเพื่อที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ แม้ว่าจะมีการกำหนดเพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยแล้วบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ แต่การกำหนดลักษณะดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการยกเว้นที่จะไม่ต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานหากข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยระหว่างการไกล่เกลี่ยดังกล่าวเป็นเรื่องที่อาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม เนื่องจากการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยอันเป็นความลับนั้น ควรจะพิจารณาโดยมุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม เพื่อให้เกิดความมั่นคง ความสงบสุข สันติภาพ และสุขภาวะร่วมกันของคนในสังคม ซึ่งความมุ่งหมายดังกล่าวจะเป็นการสอดคล้องกันกับความจำเป็นในการรักษาความลับเพื่อคุ้มครองสิทธิของสังคม ทั้งนี้ การกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อมุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดังกล่าว คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้กำหนดให้อยู่ในความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order)”<sup>620</sup> อีกทั้งยังสอดคล้องกับแนวทางกฎหมายของ

<sup>620</sup> คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมาย

ข้อ 1 วรรคสาม “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) คือ กฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือในประเทศชาติ เพื่อให้เกิดความมั่นคง (security) ความสงบสุข (tranquility) สันติภาพ (peace) และสุขภาวะ (public health) ร่วมกันของคนในสังคม การกระทำใดที่ทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบ

ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย รวมถึงแนวคำพิพากษาในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* ได้มีการกำหนดไว้ เนื่องจากเหตุดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สุขและความปลอดภัยของสังคม ซึ่งหากให้ความคุ้มครองในกรณีดังกล่าวแล้วจะเกิดเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะก็สมควรเป็นสิ่งที่ควรให้ความคุ้มครองโดยการรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อพิจารณาวินิจฉัยให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี อย่างไรก็ตาม การพิจารณาเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยที่เป็นความลับเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี ศาลอนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดควรพิจารณาโดยใช้ดุลยพินิจเปรียบเทียบกับระหว่างประโยชน์ที่สาธารณะพึงจะได้รับจากการนำข้อเท็จจริงที่เป็นความลับดังกล่าวมาใช้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีกับประโยชน์ที่พึงจะได้รับจากการรักษาความลับให้เป็นไปตามเจตนาของเจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าว สิ่งใดเป็นสิ่งที่สมควรให้คุณค่ามากกว่ากัน และเพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับความเห็นของคณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ที่เห็นพ้องกำหนดให้เหตุดังกล่าวสมควรเป็นข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยอีกด้วย<sup>621</sup>

#### 4.4 วิเคราะห์ความรับผิดของผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ

การที่ผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับกฎหมายของแต่ละประเทศมีการกำหนดมาตรการลงโทษกรณีนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในทางที่ผิด โดยการนำเอาข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้ในทางที่ผิดอาจเป็นการทำลายกระบวนการสร้างความสมานฉันท์ด้วย

กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดเกี่ยวกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยหากพิจารณาว่าในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ โดยหน้าที่ดังกล่าวมิใช่หน้าที่ตามสัญญาตกลงระงับข้อพิพาทแล้ว บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยย่อมมีนิติสัมพันธ์กับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยผลตามที่มีกฎหมายบัญญัติ ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวย่อมเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และหากก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิอย่างใด ๆ ของบุคคลอื่นแล้ว ย่อมเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ โดยเฉพาะหน้าที่ในการรักษาความลับนี้มีความมุ่งหมายเพื่อสร้างความไว้วางใจแก่คู่กรณีพิพาทที่

สุข ความวุ่นวายหรือบ่อนทำลายสุขภาพ อันจะมีผลต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม การกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นย่อมกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามความร้ายแรงแห่งการกระทำและเจตนา”

<sup>621</sup> UNITED NATIONS, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)," 55. para 71.

จะไว้วางใจต่อการเข้าร่วมดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ ในส่วนของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีเพียงการกำหนดบทกำหนดโทษในมาตรา 71 กรณีผู้ไกล่เกลี่ยเรียก รับ หรือจะยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการ หรือไม่กระทำการในหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นการชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ และมาตรา 72 กรณีบุคคลใด ให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อจูงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ ซึ่งทั้งสองดังกล่าวมีบทกำหนดโทษไว้ อย่่างไรก็ตาม ในชั้นการยกร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ได้มีการเปรียบเทียบกับ การ กำหนดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการอันเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ โดยในพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตาม หน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย บทบัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองการกระทำอันชอบด้วยหน้าที่ ของอนุญาโตตุลาการให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย คล้ายคลึงกับกรณีความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และหลักการ กำหนดโทษตามมาตรา 71 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีหลักคิดมาจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งการกำหนดโทษสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อให้เกิดเป็นการประกันว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะปฏิบัติตามหน้าที่ของตนเอง และเนื่องจากการยกร่าง พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ไม่ควรมีการกำหนดอัตราโทษที่สูงเกินไป เนื่องจากการไกล่ เกลี่ยเป็นเรื่องของความสมัครใจ และงานไกล่เกลี่ยเป็นเรื่องการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทด้วยความ รวดเร็ว และให้เกิดการมีส่วนร่วมจากบุคคลในหลากหลายฝ่าย เพราะฉะนั้นไม่ควรมีการกำหนดการ อย่่างใด ๆ ที่อาจส่งผลทำให้บุคคลอาจมีความลังเลที่จะมาเข้าเป็นผู้ไกล่เกลี่ย และไม่ควรมีการกำหนด บทลงโทษแก่ผู้ไกล่เกลี่ยที่สูงมากจนเกินไป<sup>622</sup> ทั้งนี้ สังเกตได้ว่าในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดมาตรการอย่่างใด ๆ ให้ชัดเจนว่า กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้กระทำการ ให้เกิดความเสียหายในทางแพ่งอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับแล้ว จะ ดำเนินการในกรณีดังกล่าวอย่่างไร ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้นำเสนอแล้วว่าหากข้อเท็จจริงที่เป็นความลับเกิดจาก การไกล่เกลี่ยเป็นข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเข้าข่ายเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพื่อประโยชน์ในเชิง พาณิชย์ อันมีลักษณะเป็นความลับทางการค้าแล้ว พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ ได้มีการกำหนดเป็นมาตรการรองรับเพื่อคุ้มครองข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ รวมถึงกำหนดมาตรการ ในเชิงเยียวยาและกำหนดเป็นความรับผิดทางแพ่งแก่ผู้กระทำละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าไว้แล้ว

<sup>622</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 11 (2562), หน้า 8 - 11.

ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาทบทวนสัญญาตีความหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวแล้ว  
 อาจนำมาสรุปได้ ดังนี้

สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ, ออสเตรเลีย, สิงคโปร์	เยอรมนี	ฝรั่งเศส
<p>กฎหมายของมลรัฐฟลอริดา บุคคลใด ๆ แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยแต่ได้ไปล่วงรู้ ได้ทำการเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ยที่เป็นความลับ ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยต่อศาลหรือเปิดเผยต่อสาธารณะ โดยการเปิดเผยนั้น ผู้ที่เปิดเผยต้องรู้และจงใจเปิดเผยการสื่อสารในการไกล่เกลี่ย ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบ ค่าเสียหายเพื่อชดเชยผลอันเกิดจากการเปิดเผยความลับ รวมถึงค่าฤชาธรรมเนียมทั้งส่วนที่ให้แก่ทนายความ ตามสมควรแก่กรณี ค่าธรรมเนียมแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เพื่อบรรเทาเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการเปิดเผยความลับ</p>	<p>- ข้อมูลที่เป็นความลับนั้นไม่จำกัดแต่เพียงเฉพาะข้อมูล ที่มีมูลค่าในเชิงพาณิชย์ แต่รวมถึงข้อมูลข้อเท็จจริงใด ๆ ที่สามารถครอบคลุมถึงผู้มีส่วนได้เสียในข้อมูล ข้อเท็จจริงที่เป็นความลับนั้น</p> <p>- การละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ ถือว่าเป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย (breach of implied contract) ถือว่าเมื่อคู่กรณี ฝ่ายหนึ่งได้กำหนดว่าข้อมูลที่ตนเองเปิดเผยนั้นเป็นความลับ ย่อมเป็นการกำหนดให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับข้อมูลที่เปิดเผยนั้น มีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้ และให้ฝ่ายที่ได้รับข้อมูลนั้นไม่ให้เปิดเผยความลับดังกล่าวแก่บุคคลภายนอกกรับรู้ หากคู่กรณี รายดังกล่าวได้เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการผิดสัญญาโดยนัยไปด้วย และก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายที่เปิดเผยข้อมูลมีหน้าที่ต้อง</p>	<p>- การกระทำอันเป็นการผิดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยสืบเนื่องมาจากกฎหมายแพ่งของเยอรมนีมีหลักว่าในการปฏิบัติราชการระหัดกรณีเกิดจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญา ย่อมมีทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้ และหน้าที่ในการค้ำประกันสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย ซึ่งเป็นหน้าที่ นอกเหนือจากหน้าที่ตามสัญญา หากผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่อันเกิดจากข้อตกลงการไกล่เกลี่ยได้กระทำการอันเป็นการผิดหน้าที่แล้ว เป็นการผิดหน้าที่ทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้และผิดหน้าที่ในการค้ำประกันสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมาย โดยถือว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการเปิดเผยความลับเป็นลูกหนี้ และผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเจ้าหนี้ในหนี้ (หน้าที่) ในการรักษาความลับ ขณะเดียวกัน ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นลูกหนี้ในการทำหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยและมีหน้าที่</p>	<p>- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ของตนเองเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากฝ่ายไกล่เกลี่ยในการปฏิบัติหน้าที่ ของตน ตามกฎหมายลักษณะละเมิด</p> <p>- ส่วนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากรายจ่ายของคู่กรณี บุคคลที่ฝ่าฝืนหน้าที่อาจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายนั้น เช่น ค่าธรรมเนียมคนกลาง ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียม การเบิกจ่าย และ ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ คำนวณได้ง่าย รวมถึงค่าเสียหายเชิงกึ่งกำไร เช่น ความสูญเสียที่ได้รับจากการตกลงกัน เนื่องจากการบังคับคนกลาง</p>

<p>ทั้งนี้ การร้องขอค่าเสียหายดังกล่าว คู่กรณีพิพาทร้องขอได้ภายใน 2 ปีนับแต่คู่กรณีพิพาทรู้หรือควรรู้การกระทำอันเป็นการละเมิดการรักษาความลับ แต่ไม่เกิน 4 ปี นับแต่วันที่การกระทำดังกล่าวนั้นเกิดขึ้น</p>	<p>ชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว</p> <p>- การประเมินค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น คดี <i>Seager v Copydex Ltd. (No.2) (1969)</i> วางหลักไว้ว่าให้อ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ ที่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับพึงจะได้รับหากสามารถใช้ข้อมูลนั้น เพื่อหาประโยชน์แก่ตนเอง ส่วนการชดใช้ความเสียหายที่เหมาะสมจะเพียงใดนั้น คดี <i>General Tire and Rubber Co. v Firestone Tyre &amp; Rubber Co. Ltd (1975)</i> ได้วางหลักไว้ว่าค่าเสียหายนั้นต้องเป็นจำนวนเงินเท่าที่จะเป็นไปได้ สอดคล้องและเหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้เสียหายพึงจะได้รับ</p> <p>- วิธีการพิสูจน์นั้น คดี <i>Coco &amp; A.N. Clark (Engineers) Ltd. (1969)</i> วางหลักว่าคู่กรณีฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เข้าองค์ประกอบ 3 ข้อดังต่อไปนี้ จึงจะสามารถฟ้องร้องชนะจำเลยในคดีนี้ได้ ได้แก่ คู่กรณีฝ่ายเจ้าของข้อมูลต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าข้อมูลอีกฝ่ายได้รับมานั้นมีลักษณะเป็นความลับ ข้อมูลที่ได้มีการเปิดเผยมา</p>	<p>ในการรักษาผลประโยชน์ตามกฎหมายแก่บุคคลที่เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ และอีกฝ่ายเป็นเจ้าหน้าที่เรียกให้รับผิดชอบอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทั้งสองดังกล่าว ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี เจ้าหน้าที่อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ และยังสามารถเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย</p>	
---	--	--	--

	<p>ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น ฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้รับมาในลักษณะที่ต้องผูกพันว่าตนเองมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับ และคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้มีการนำข้อมูลไปใช้โดยปราศจากอำนาจเป็นเหตุทำให้เจ้าของข้อมูลเสียหาย (คดี <i>X Pte Ltd &amp; Anor v. CDE (1992)</i> ของประเทศสิงคโปร์วินิจฉัยทำนองเดียวกัน)</p>		
--	--	--	--

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดในการไม่ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิด

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า แม้ว่าปัจจุบันพระราชบัญญัติการใกล้ชิดข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ใกล้ชิด อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ แต่หากข้อเท็จจริงที่เกิดจากการใกล้ชิดซึ่งไม่ประสงค์ให้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และเป็นข้อมูลการค้าที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือที่เรียกว่าความลับทางการค้า กรณีดังกล่าวมีพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กำหนดความรับผิดและการกำหนดหน้าที่ความรับผิดในค่าสินไหมทดแทนไว้แล้ว จึงสามารถใช้บทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าวได้

ทั้งนี้ ผู้ใกล้ชิดจะต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับเพียงใดนั้น อาจต้องเป็นไปตามลักษณะของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่ง และการกำหนดในลักษณะดังกล่าวเห็นว่าไม่อาจนำแนวคิดเรื่องความผูกพันในลักษณะเป็นหนี้ระหว่างกันมาปรับใช้ได้ เนื่องจากกรณีการใกล้ชิดตามพระราชบัญญัติการใกล้ชิดข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เป็นกรณีที่ผู้ใกล้ชิดเข้ามาทำหน้าที่ได้โดยผลของการที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย มิได้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ใกล้ชิดกับคู่กรณีพิพาทในรูปแบบของสัญญาให้มาทำหน้าที่ใกล้ชิด จึงเห็นว่าไม่อาจนำแนวคิดในลักษณะความสัมพันธ์ทางหนี้มาปรับใช้ได้ และมีข้อสังเกตว่าหากเป็นกรณีที่ดำเนินกระบวนการใกล้ชิดที่มีมูลค่าทุนทรัพย์ที่ไม่สูงมาก กล่าวคือเป็นลักษณะข้อพิพาทอย่างคดีมโนสาเร่ การกำหนดให้ผู้ใกล้ชิดที่อาจพลั้งเผลอปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทเล็กน้อย แล้วจะต้องรับผิดทางแพ่งในความเสียหายที่เกิดขึ้น อาจส่งผลทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว เกิดข้อกังวลสำหรับผู้ที่จะมาเป็นผู้ใกล้ชิด และอาจไม่มีประชาชนเข้ามาร่วมอาสาเป็นผู้ใกล้ชิด เพราะพิจารณาแล้วไม่คุ้มค่าที่จะอาสาเข้ามาทำหน้าที่

เนื่องจากต้องแบกรับความเสี่ยงที่ตนเองอาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่งที่เกิดขึ้นโดยที่ตนเองไม่เจตนา ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักคิดของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ประสงค์เพื่อสร้างให้ภาคประชาชนมีความเข้มแข็งและส่งเสริมให้ภาคประชาชนสามารถแก้ไขและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงโดยเร็ว<sup>623</sup> จึงไม่เหมาะสมที่จะกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างคดีมโนสาเร่ หรือข้อพิพาทเล็ก ๆ น้อย ๆ ในชุมชน จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่งด้วย เพราะฉะนั้น ข้อพิพาทที่เหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบเนื่องมาจากการทำหน้าที่ในการรักษาความลับ จะต้องเป็นข้อพิพาทที่ปรากฏข้อเท็จจริงที่อาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับอย่างมาก ถึงขนาดเป็นประโยชน์ที่สามารถสร้างผลตอบแทนอันมีมูลค่าสูงแก่เจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งข้อเท็จจริงในลักษณะเช่นว่านั้นย่อมเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นความลับที่เป็นข้อมูลการค้าเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งประเทศไทยมีพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และที่แก้ไขเพิ่มเติมรองรับแล้ว

#### 4.5 บทสรุป

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยได้นำเสนอให้เห็นว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับนั้น ยังมีประเด็นที่สมควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้กฎหมายมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวยังมีรายละเอียดบางอย่างที่ยังไม่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งอาจมีผลว่าหากมีการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นดังเช่นที่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายต่างประเทศ อาจส่งผลกระทบต่อปัญหาในการตีความการใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้ ดังนั้น ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้วิจัยจึงได้นำเสนอความเห็นในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เพื่อให้กฎหมายดังกล่าวมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป

<sup>623</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 12.



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นับได้ว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีบุคคลคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” ทำหน้าที่ในการช่วยสนับสนุน เพื่อให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายสามารถหาทางออกของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นร่วมกันได้อย่างเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย โดยคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายต่างไม่มีฝ่ายใดรู้สึกรู้ว่าตนเองเป็นผู้แพ้หรือเสียเปรียบในข้อพิพาทแต่อย่างใด เกิดสถานการณ์ที่ทุกฝ่ายต่างเป็นผู้ชนะในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น (win – win situation) โดยในปัจจุบันการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกำลังมีบทบาทและมีความสำคัญในฐานะเป็นเครื่องมือในการช่วยระงับข้อพิพาท เนื่องจากคุณลักษณะเด่นที่สำคัญประการหนึ่งของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ การไกล่เกลี่ยช่วยรักษาความลับของคู่กรณีพิพาท เนื่องจากหลักการรักษาความลับมีส่วนสำคัญในการสร้างความเชื่อมั่นและไว้วางใจให้แก่คู่กรณีพิพาทว่าตนเองจะได้รับประกันว่าจะไม่เกิดผลร้ายแก่ตนเอง หากได้ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเองระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และความกล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเองดังกล่าวนี้ จะส่งผลทำให้ข้อมูลที่สำคัญอันจะส่งผลให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ยุติลงได้ปรากฏขึ้น จนนำไปสู่การค้นพบหนทางเพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างกัน ดังนั้น หลักการรักษาความลับจึงได้รับการพิจารณาว่าเป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ย

ความหมายของความลับ หรือ confidential หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่เป็นที่ปรากฏให้เห็นกันโดยทั่วไป เป็นข้อเท็จจริงที่เจ้าของมีความประสงค์ปกปิดไว้ และไม่ประสงค์ให้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป เพราะฉะนั้น การรักษาความลับ จึงหมายถึง การกระทำการใดๆ เพื่อให้ข้อเท็จจริงหรือวิธีการนั้นไม่เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปตามความประสงค์ของเจ้าของ โดยมีขอบเขตของการรักษาความลับไว้ว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องจะต้องรับรู้เพียงแต่เฉพาะผู้ที่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีพิพาท รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือได้รับผลกระทบโดยตรง ดังนั้น การพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ของหน้าที่ในการรักษาความลับย่อมจะเกี่ยวข้องกับเรื่องความเป็นส่วนตัว เนื่องจากการรักษาความลับมีที่มาจากหน้าที่เจ้าของข้อเท็จจริงในเรื่องหนึ่ง ๆ มีความประสงค์มิให้ข้อเท็จจริงของฝ่ายตนถูกเปิดเผยออกไปให้ปรากฏแก่บุคคลอื่น ดังนั้น การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจึงมีส่วนสำคัญ เนื่องจากเมื่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยได้รับรู้ข้อเท็จจริงที่เจ้าของข้อเท็จจริงได้เปิดเผยโดยกำหนดให้รับรู้แต่เฉพาะระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยแล้ว ย่อมทำให้เกิดหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยในการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของตนเองให้เป็นที่รับรู้แก่บุคคลภายนอก หรือรับรู้เป็นการทั่วไป เหตุผลของการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับ เนื่องจากความพยายามในการคุ้มครอง “ความเป็นส่วนตัว (privacy)” ของฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อเท็จจริง การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวเสมือนเป็นการสร้างเกราะคุ้มกันมิให้

เจ้าของข้อเท็จจริงที่ประสงค์ให้เป็นความลับถูกคุกคามความเป็นส่วนตัว โดยการนำข้อเท็จจริงดังกล่าวไปเปิดเผย เมื่อความลับเป็นข้อเท็จจริงที่เจ้าของประสงค์ปกปิดไว้ อาจชี้ให้เห็นได้ว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีคุณค่าที่ส่งผลให้เกิดการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใกล้เคียง พึงจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเหตุผลซึ่งปรากฏจากคำอธิบายของลอร์ด Upjohn และความเห็นของผู้พิพากษา Bowen ที่ได้ให้คำอธิบายและความเห็นโดยสรุปรวมกันว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวโดยสภาพสามารถนำไปใช้ให้เกิดเป็นประโยชน์แก่บุคคลผู้ที่ได้รับรู้ข้อมูลดังกล่าวได้ ดังนั้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงมีมูลค่า (value) ในตัวเอง ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดความจำเป็นของการรักษา ข้อเท็จจริงนั้นให้เป็นความลับมิให้ปรากฏเป็นที่รับรู้แก่บุคคลทั่วไป เพราะหากข้อเท็จจริงที่เจ้าของ ข้อเท็จจริงกำหนดให้เป็นความลับได้ถูกเปิดเผยแล้ว อาจสร้างความเสียหายและก่อให้เกิดผลกระทบ แก่เจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้<sup>624</sup> ภาพของการรักษาความลับจะประกอบด้วย ความจำเป็นใน 2 ส่วน คือ ความจำเป็นเพื่อป้องกันและคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (individual right) ที่สมควรให้ได้รับการคุ้มครองการดำรงชีพอย่างเป็นอิสระ และความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิในสังคม (social right) เพื่อบรรลุเป้าหมายของสังคม คือ การรักษาความสงบเรียบร้อย ความสงบสุข ความปลอดภัยของประชาชน<sup>625</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าวเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับจึงได้รับเอกสิทธิ์ (privilege) ที่จะกำหนดมิให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่ตนเองประสงค์ให้เป็นความลับได้ โดยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงมีหลักอยู่ 2 ประการ ได้แก่ การห้าม คู่กรณีพิพาทนำเอาข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือพยานหลักฐานที่มีการเปิดเผยในระหว่างการดำเนิน กระบวนการใกล้เคียงไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดีในภายหลัง หากการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงไม่ประสบความสำเร็จ ไม่ว่าจะข้อเท็จจริงดังกล่าวจะอยู่ในรูปแบบใด และการไม่นำข้อเท็จจริงที่ เจ้าของข้อเท็จจริงประสงค์ให้เป็นความลับที่ได้มาจากคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งไปเปิดเผยให้แก่คู่กรณี พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเปิดเผยแก่บุคคลภายนอกโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของ ข้อเท็จจริงนั้น<sup>626</sup> ซึ่งผู้วิจัยได้ทำการศึกษาต่อมาว่าการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงมี ความสัมพันธ์กับการจัดรูปแบบของการรักษาความลับ ซึ่งอาจจำแนกได้ออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่<sup>627</sup>

(1) การรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการใกล้เคียงต่อ บุคคลภายนอก (Insider/Outsider Confidentiality) ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการใกล้เคียง ทุกคนมีหน้าที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดห้ามมิให้เปิดเผยให้แก่บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เกี่ยวข้อง กับกระบวนการใกล้เคียง

<sup>624</sup> R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality*, pp. 20 - 21.

<sup>625</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 9, หน้า 11 - 13.

<sup>626</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 10, หน้า 21 - 22.

<sup>627</sup> Alexander, N., *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, pp. 248 - 250.

(2) การรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง (Insider/Insider Confidentiality) เป็นการควบคุมให้ข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในระหว่างการไกล่เกลี่ยยังคงอยู่ภายในกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งหากเป็นการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีพิพาทได้มีโอกาสพบปะกัน คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายมีหน้าที่รักษาและไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับมาแก่บุคคลภายนอก แต่หากเป็นกรณีการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีพิพาทไม่ได้พบปะกัน ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงจากคู่กรณีพิพาทมีหน้าที่ในการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นความลับตามที่เจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้แสดงความประสงค์ไว้ เว้นแต่มีข้อยกเว้นประการอื่นที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการเปิดเผย และการเปิดเผยดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าการรักษาความลับของข้อเท็จจริงนั้น

(3) การรักษาความลับโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อศาล (Insider/Court Confidentiality) เป็นกรณีการรักษาความลับตามความประสงค์ของบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ โดยการที่บุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไม่นำเอาข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวไปใช้ประโยชน์จนเป็นที่เสียหายแก่เจ้าของข้อเท็จจริงนั้น ด้วยการไม่นำเอาข้อเท็จจริงไปใช้ในการสืบพยาน

อย่างไรก็ตาม การที่จะบังคับให้เป็นไปตามหลักการรักษาความลับ พบว่ามีหลักเกณฑ์อยู่ 2 ประการที่ส่งผลต่อการปรับใช้หลักการรักษาความลับด้วย คือ การทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพ และการเปิดให้พยานหลักฐานสามารถนำเสนอขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้<sup>628</sup> ซึ่งการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยพึงจะต้องปฏิบัติให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการยุติข้อพิพาทอันเป็นเป้าหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย กล่าวคือ ประการที่หนึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องดำเนินการอย่างตรงไปตรงมา โดยผู้ไกล่เกลี่ยพึงมีหน้าที่ช่วยให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายเอื้อประโยชน์แก่กัน จึงจำเป็นต้องมีการเปิดเผยถึงสาเหตุของความขัดแย้งซึ่งมักเป็นประเด็นที่เป็นความลับ<sup>629</sup> ประการที่สอง จะต้องมีการกำหนดตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับ รวมถึงประเภทของข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในชั้นการไกล่เกลี่ยที่จะเป็นความลับ<sup>630</sup> และประการที่สาม การไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินบนพื้นฐานของการรักษาความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีพิพาท ไม่ทำให้คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรู้สึกเสียเปรียบ รวมถึงยังต้องรักษาความเป็นกลางและรับฟังคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายอย่างรอบด้าน<sup>631</sup>

<sup>628</sup> Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, p. 670.

<sup>629</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 1 - 3.

<sup>630</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, p. 149.

<sup>631</sup> Prigoff, M. L., "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation," *Seton Hall Legislative Journal*: 1 - 3.

ผู้วิจัยได้นำเสนอเงื่อนไขที่ส่งผลให้ข้อเท็จจริงจะได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครองตามหลักการรักษาความลับ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวเสนอขึ้นโดย John H. Wigmore หรือที่เรียกว่า Wigmore Test ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่เป็นการสร้างความสมดุลระหว่างความต้องการข้อมูลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้อย่างชัดเจนกับการปกป้องรักษาความลับและการอ้างให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผล โดยเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องจัดการเพื่อให้การสร้างประโยชน์แห่งความยุติธรรมพร้อมกับการยุติข้อพิพาทสามารถดำเนินต่อไปด้วยกันได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้<sup>632</sup>

- (1) การสื่อสารต้องเกิดขึ้นโดยเป็นความลับและจะไม่ถูกเปิดเผย
- (2) การรักษาความลับจะต้องมีส่วนสำคัญต่อการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท
- (3) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาทที่ประสงค์จะรักษาให้ยังคงสัมพันธ์ภาพที่ดีระหว่างกัน จะต้องได้รับการเห็นพ้องต้องกันจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายว่าสมควรให้คงรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างกัน
- (4) ความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีพิพาท หากมีการเปิดเผยการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ย จะต้องมึผลกระทบต่อร้ายแรงเป็นอย่างมากยิ่งกว่าผลที่เกิดขึ้นหากมีการเปิดเผยการสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

หลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ถูกนำมาปรับใช้กับการกำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรือในชั้นอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงการนำหลักการรักษาความลับไปใช้กับกรณีห้ามมิให้เรียกผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยานในคดี ซึ่งถือว่าเป็นการห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในอีกกรณีหนึ่ง หรือนำไปใช้กับการกำหนดสิทธิของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะไม่ไปให้การในฐานะพยาน อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยได้นำเสนอว่าข้อเท็จจริงอันเป็นความลับในการไกล่เกลี่ยสามารถได้รับการยกเว้นจากหลักการรักษาความลับได้ เนื่องจากหากกำหนดขอบเขตของการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีลักษณะที่กว้างขวางมากเกินไป อาจเป็นช่องว่างทำให้ไม่สามารถตรวจสอบการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยได้จนอาจนำไปสู่การประพฤติในทางที่ไม่ชอบธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยได้ รวมไปถึงอาจใช้ขอบเขตของการรักษาความลับเพื่อวัตถุประสงค์ในการไกล่เกลี่ยโดยไม่สุจริตและไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาท กล่าวคือ ถ้ายังทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยต้องยึดถือหลักการรักษาความลับโดยเคร่งครัด ย่อมส่งผลต่อคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจในผลลัพธ์ในการไกล่เกลี่ยไม่สามารถโต้แย้งประเด็นพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะเมื่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ โดยเฉพาะประเด็นพิพาทที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยที่ได้ดำเนินการไปโดยไม่ชอบจึงอาจมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อเป็นประโยชน์ โดยเฉพาะประโยชน์ต่อสาธารณะ ซึ่งถ้าหากไม่มีแล้ว จะเกิดความเดือดร้อนที่ไม่สามารถแก้ไขบรรเทาได้ หรือบางกรณีการ

<sup>632</sup> Kimberlee K. Kovach, *Mediation : Principles and Practice*, pp. 145 - 146.

รักษาความลับอาจขัดต่อนโยบายสาธารณะ เพราะฉะนั้นในบางเรื่องจะมีการใช้ดุลยพินิจซึ่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงไปใช้ประโยชน์เป็นพยานหลักฐานเทียบกับคุณค่าของการรักษาความลับด้วย เนื่องจากความจำเป็นบางประการต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงอาจส่งผลกระทบต่อในทางเสียหายแก่เรื่องอื่น ๆ มากเกินไปกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการนำเอาข้อเท็จจริงจากการไต่ถามมาใช้ด้วย<sup>633</sup>

นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาในประเด็นเรื่องความเสียหายอันเกิดจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการไต่ถาม เนื่องจาก การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับย่อมถือได้ว่าเป็นการมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ในการรักษาความลับ จึงอาจมีความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยหน้าที่ในการรักษาความลับอาจมีได้ทั้งหน้าที่ตามกฎหมายและหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งจากการศึกษาตัวอย่างของประเทศอังกฤษ พบว่าการกระทำผิดต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ ศาลมักพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสัญญาโดยนัย (breach of implied contract) เนื่องจากเมื่อมีการทำสัญญาขึ้นระหว่างกันแล้ว แม้ว่าจะไม่ได้มีการตกลงระหว่างกันโดยชัดแจ้ง แต่ย่อมมีลักษณะเป็นการตกลงโดยนัยระหว่างกันแล้วว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาโดยการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ได้รับมาเพื่อให้บุคคลภายนอกรับรู้ พร้อมทั้งผูกพันว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่ตนเองผูกพันด้วยความสุจริต ดังนั้น หากบุคคลดังกล่าวเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับรู้ทั้งที่ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องเก็บเป็นความลับ ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผิดสัญญาโดยนัย<sup>634</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาด้วย โดยในการกำหนดค่าเสียหายที่พึงจะต้องชดใช้พิจารณาจากการที่เจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวต้องสูญเสียความสามารถในการหาผลประโยชน์จากข้อมูลที่ตนมีหน้าที่เก็บรักษาเป็นความลับ การประเมินมูลค่าความเสียหายให้อ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ ที่เจ้าของข้อเท็จจริงพึงจะได้รับหากยังคงสามารถเก็บรักษาให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวยังคงเป็นความลับอยู่<sup>635</sup> ทั้งนี้ ค่าเสียหายที่จะกำหนดควรจะต้องเป็นจำนวนเงินในมูลค่าเท่าที่จะเป็นไปได้ และจะต้องเหมาะสมแก่การที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับด้วย<sup>636</sup>

เมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติว่าด้วยประเด็นการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถามของประเทศไทย พบว่าพระราชบัญญัติการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กำหนดประเด็นว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม ซึ่งสามารถตีความได้จากมาตรา

<sup>633</sup> Ibid., 142 - 143.

<sup>634</sup> R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality*, pp. 22 - 24.

<sup>635</sup> Ibid., 24.

<sup>636</sup> Ibid., 25.

12 (6) กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย โดยรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หน้าที่ในการรักษาความลับดังกล่าวยังนำมาปรับใช้กับการรับฟังข้อเท็จจริง อันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ตามมาตรา 29 กำหนดห้ามให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นเจตนาารมณ์หรือเป็นข้อเสนอแนะอย่างใด ๆ ของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายที่แสดงถึงการสมัครใจยอมรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกจากนี้ มาตรา 33 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท โดยให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท เว้นแต่พบข้อบกพร่องเกิดขึ้นระหว่างการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งความบกพร่องดังกล่าวได้ปรากฏแก่ศาล หรือคู่กรณีที่ต้องถูกบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ ซึ่งมีอยู่ 4 กรณี ได้แก่

(1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งหากคู่กรณีเป็นผู้บกพร่องในความสามารถแล้ว ย่อมส่งผลทำให้การจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทไม่สมบูรณ์

(2) มูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระงับข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งจะพิจารณาเฉพาะประเด็นที่เกิดขึ้นระหว่างดำเนินการไกล่เกลี่ย และประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมาก แต่คู่กรณีพิพาทซึ่งได้ทำข้อตกลงการไกล่เกลี่ยกลับไม่ทราบมาก่อน มาทราบในภายหลังเมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลแล้ว<sup>637</sup>

(3) ข้อตกลงระงับข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ เพราะถือว่าข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวย่อมกระทำขึ้นโดยเจตนาที่มีความบกพร่อง การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงมีผลเป็นโมฆียะ สามารถถูกบอกล้างผลของการแสดงเจตนาดังกล่าวให้มีผลเป็นโมฆะตามมาในภายหลัง และศาลไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงที่กระทำขึ้นดังกล่าวได้

(4) มีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ย หรือเป็นการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลต่อการจัดทำข้อตกลงการไกล่เกลี่ยอย่างมีนัยสำคัญ

ดังนั้น จากกรณีดังกล่าวข้างต้น เป็นหน้าที่ของคู่กรณีร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท โดยเมื่อมีคำร้องแล้ว ศาลจะสั่งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำคัดค้าน แล้ว

<sup>637</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 8, หน้า 13.

ดำเนินการสืบพยานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง โดยคู่กรณีเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ โดยให้คู่กรณีอีกฝ่าย หรือนำผู้ไกล่เกลี่ยมานำสืบเป็นพยานต่อศาล<sup>638</sup> จากนั้นศาลมีคำสั่งชี้ขาดในภายหลังต่อไป

ส่วนกรณีความรับผิดอันเกิดจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับจากการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท ปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย อันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับจากการไกล่เกลี่ย

สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จึงพบ ปัญหาที่เกิดขึ้น ดังต่อไปนี้

(1) ตามมาตรา 12 (6) วางหลักว่าผู้ไกล่เกลี่ยต้องถือปฏิบัติตามหลักจริยธรรม โดยรักษา ความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยผู้ไกล่เกลี่ย ตามมาตรา 3 หมายความว่าบุคคลซึ่ง ได้รับการขึ้นทะเบียนและได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายความว่า เฉพาะ บุคคลที่ได้รับการขึ้นทะเบียนและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยเท่านั้น ที่มีหน้าที่ต้องถือปฏิบัติโดย รักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพราะฉะนั้น ตามบทบัญญัติข้างต้น จึงมีประเด็น ปัญหาว่า บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย เช่น คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย ล่าม หรือเจ้าหน้าที่สนับสนุนการปฏิบัติงานของผู้ไกล่เกลี่ย ถูกผูกพันว่ามีหน้าที่ในการรักษาความลับ ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเช่นเดียวกันกับผู้ไกล่เกลี่ยหรือไม่

นอกจากนี้ ผู้วิจัยพบว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการ บัญญัติถึงข้อยกเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย โดย กรณีดังกล่าวผู้วิจัยพบว่า เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับอัน เกิดจากการไกล่เกลี่ยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฉบับอื่นอันเป็นที่ฐานที่มาของการ นำมาใช้ร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ได้แก่ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วย การไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ข้อ 32 และประมวลจริยธรรมผู้ประนีประนอมของสำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 10 พบว่าการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับมีลักษณะเป็นการกำหนดโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยโดยเคร่งครัด โดย ข้อยกเว้นที่สามารถยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ เป็นกรณีจำเป็นเพื่อบังคับให้เป็นไปตาม ข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับดังกล่าว คือ การเปิดให้ศาลยอมรับ ฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามประเด็นที่มีการร้อง ขอจากคู่กรณีพิพาทไม่ว่าฝ่ายใด ๆ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการให้เป็นไป ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือเพื่อพิสูจน์ให้ศาลพบถึงข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นในการจัดทำข้อตกลง ระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กลับไม่มีการกำหนด ข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับดังกล่าว จึงมีประเด็นปัญหาว่าหากมีกรณีจำเป็นในการรับฟัง

<sup>638</sup> อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 229, หน้า 70.

ข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเป็นความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย จะสามารถปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่

(2) ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใดนั้น ผู้วิจัยพบว่าเมื่อได้นำมาเปรียบเทียบกับ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation มาตรา 11 เห็นได้ว่ามีเนื้อหาสาระสำคัญอย่างเดียวกัน แต่ไม่ได้นำ ข้อยกเว้นเหตุห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งใน UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation มาตรา 11 กำหนดไว้โดยมีใจความว่า การเปิดเผยหรือการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้กระทำขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท<sup>639</sup> ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจมีเจตนารมณ์มุ่งหมายมิให้มีการนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ เว้นแต่เฉพาะกรณีเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทเท่านั้น ทำให้กรณีอื่น ๆ นอกเหนือจากการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท อาจจะไม่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

(3) แม้ว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้มีการบัญญัติถึงบทกำหนดโทษของผู้ไกล่เกลี่ย โดยจำแนกได้ 2 กรณี คือ กรณีผู้ไกล่เกลี่ยเรียก รับ หรือจะยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการในหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นการชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ตามมาตรา 71 และกรณีบุคคลใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อจูงใจให้กระทำ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ ตามมาตรา 72 ซึ่งทั้งสองดังกล่าวมีบทกำหนดโทษไว้ แต่ไม่ได้มีการบัญญัติถึงความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ

ทั้งนี้ การยกเว้นมาตรา 71 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้มีการนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาเป็นแบบอย่างซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในทางแพ่ง หากความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากการกระทำตามฐานะหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาท

<sup>639</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation article 11

3. ...Nevertheless, such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement...



เลนเล่ออย่างร้ายแรง อันเป็นเหตุให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย แต่กลับไม่มีการกำหนดมาตรการ อย่างไรก็ดี ๑ ให้ชัดเจนว่า หากมีกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ไปกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหาย ในทางแพ่งอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับแล้ว จะดำเนินการในกรณีดังกล่าว อย่างไร

ด้วยสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นข้างต้น ผู้วิจัยจึงมีสมมติฐานว่า “กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทยทั้งปวงมีการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่ชัดเจน จึงสมควรที่จะกำหนดมาตรการที่ใช้กับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ในทุกกรณี”

ผู้วิจัยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีศึกษาของต่างประเทศใน 3 ประเด็น ได้แก่ การกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับ การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดชอบเนื่องจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยจากการศึกษาเปรียบเทียบทั้งสามประเด็นดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นตามประเด็นปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดหน้าที่แต่เพียงเฉพาะผู้ไกล่เกลี่ยให้มีหน้าที่รักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เห็นว่ากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของไทย เช่น มาตรา 12 (6) ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ เพราะไม่ได้มีการกำหนดให้บุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย (ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย) มีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ มาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2012 ของประเทศเยอรมนี ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่านอกจากผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว บุคคลทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย (die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen) ซึ่งย่อมมีความหมายรวมถึงคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ที่ปรึกษาและทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย รวมทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งรับผิดชอบสนับสนุนการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยด้วย<sup>640</sup> ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 โดยเพิ่มให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย ทั้งนี้ กฎหมายอื่น ๆ ของประเทศไทยที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็สมควรมีการกำหนดให้

<sup>640</sup> Mediationsgesetz § 4 Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit ...

บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วย

ส่วนกรณีที่พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นเหตุยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับไว้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวยังไม่ชัดเจนและไม่ครอบคลุมข้อเท็จจริงเพียงพอ เพราะอาจเกิดปัญหาขึ้นในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย แต่ยังมีกรณีข้อพิพาทในเรื่องอื่น ๆ ที่จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องใช้ข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมาพิสูจน์ความจริงตามข้อพิพาทนั้น ๆ ซึ่งผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* โดยศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษและเวลส์ได้วางหลักว่าแม้ข้อเท็จจริงใดที่ถูกกำหนดมิให้เปิดเผย หรือเป็น without prejudice การกำหนดดังกล่าวไม่ได้เป็นหลักที่ปฏิเสธมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน แต่ข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดให้เป็น without prejudice เพื่อปิดกั้นไม่ให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม หากยังคงมีประเด็นที่เชื่อได้ว่ามีการกระทำอย่างใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด มีการกระทำอันเป็นการฉ้อฉล การใช้อิทธิพลอำนาจเหนืออย่างไม่เหมาะสม หรือการปิดปาก (estoppel) เพื่อทำให้การไกล่เกลี่ยนั้นไม่บรรลุผล การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นสิ่งที่สมควรให้กระทำได้<sup>641</sup> เพราะฉะนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าการกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติมบทบัญญัติกำหนดเหตุยกเว้นให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ โดยผู้วิจัยจะได้กล่าวเพิ่มเติมต่อไปเมื่อกล่าวถึงในประเด็นว่าด้วยการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน เนื่องจากเป็นประเด็นที่สัมพันธ์กัน

(2) ประเด็นว่าด้วยการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาในเบื้องต้นแล้วว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจมีเจตนารมณ์มุ่งหมายมิให้มีการนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ เว้นแต่การบังคับเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีการกำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งการกำหนดหน้าที่ของคู่กรณีที่ไม่ให้นำเสนอข้อเท็จจริงอันเป็นความลับต่อศาล อนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด รวมถึงกำหนดหน้าที่แก่ศาล อนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน หรือห้ามองค์กรดังกล่าวสั่งให้มีการเปิดเผย

<sup>641</sup> Andrew Agapiou and Bryan Clark, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation."

ข้อเท็จจริงอันเป็นความลับด้วย แต่หากเป็นกรณีที่ต้องวินิจฉัยปัญหาที่กระทบต่อหรือเกี่ยวข้องกับ ประเด็นว่าด้วยประโยชน์สาธารณะ และเหตุผลของเรื่องประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่า ความจำเป็นในการรักษาความลับ ซึ่งจะเป็นเหตุผลที่สามารถยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ เพื่อให้สามารถพิจารณารับฟังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใกล้เคียงเป็นพยานหลักฐานได้ หากนำมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เปรียบเทียบกับบทบัญญัติตามข้อกำหนด ของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการใกล้เคียง พ.ศ. 2554 พบว่ากลไกการรักษาความลับอันเกิดจากการ ใกล้เคียงข้อพิพาท ไม่มีการบันทึกรายละเอียดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใกล้เคียงข้อพิพาทไว้ เพราะฉะนั้น การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการ ใกล้เคียงได้นำเอาข้อเท็จจริงที่ตนได้รับรู้มาเปิดเผย หากเป็นกรณีผู้ที่เกี่ยวข้องกับการใกล้เคียงไป ให้การต่อศาลในฐานะพยานบุคคลระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล การเปิดเผย ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงเพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล

ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้นำเสนอแล้วว่าข้อเท็จจริงที่เปิดเผยระหว่างการใกล้เคียงดังกล่าวควรเป็น เรื่องที่อาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยศาล อนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรที่ทำหน้าที่ ในการวินิจฉัยชี้ขาดควรพิจารณาโดยใช้ดุลยพินิจเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์ที่สาธารณะพึงจะ ได้รับจากการนำข้อเท็จจริงที่เป็นความลับดังกล่าวมาใช้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีกับประโยชน์ที่พึงจะ ได้จากการรักษาความลับให้เป็นไปตามเจตนาของเจ้าของข้อเท็จจริงดังกล่าว สิ่งใดเป็นสิ่งที่สมควรให้ คุณค่ามากกว่ากัน หากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับจะเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครอง ประโยชน์สาธารณะมากกว่า ย่อมสมควรเป็นกรณีที่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียง เพื่อนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์คดีได้

ในส่วนของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการใกล้เคียง ซึ่งได้รับข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นความลับ บทบัญญัติกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของประเทศไทย ตามมาตรา 92 (2) แห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พบว่าบทบัญญัติทั้งสองมีสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือเป็นสิทธิของบุคคลที่ได้ข้อเท็จจริงอัน เป็นความลับที่จะปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนได้รับมา การอ้างสิทธิดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการให้ เอกสิทธิ์แก่บุคคลผู้ที่ได้รับข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ เมื่อบุคคลดังกล่าวได้อ้างเอกสิทธิ์ที่จะ ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาเหตุผลแห่งการอ้างเอกสิทธิ์ดังกล่าวด้วยว่าเป็นการ ชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ด้วย หากไม่ชอบด้วยเหตุผล ศาลย่อมมีอำนาจบังคับให้เบิกความหรือนำ พยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลได้ ประกอบกับแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ยืนยันมาโดยตลอด ว่า หากพยานหลักฐานใดที่ศาลต้องใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปด้วยความ เทียบธรรม ศาลนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่จะมีน้ำหนักให้เชื่อถือได้มากเพียงใดนั้นเป็นอีก

เรื่องหนึ่ง<sup>642</sup> แต่หากเป็นข้อเท็จจริงที่ได้ความจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะนำมาพิจารณาในชั้นดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลได้หรือไม่ หากเป็นเรื่องที่คู่กรณีประสงค์ให้เป็นข้อพิจารณาโดยแท้ในชั้นไกล่เกลี่ย กรณีดังกล่าวต้องอาศัยความจริงใจของคู่กรณีที่ได้แลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันเพื่อหาทางระงับข้อพิพาท จึงเป็นกรณีที่ไม่อาจเปิดเผยข้อมูลให้แก่กันได้เพื่อระงับคดี เว้นแต่เป็นกรณีที่เป็นข้อมูลที่คู่กรณีทราบที่อยู่แล้ว หรือเป็นข้อมูลที่คู่กรณีมีความประสงค์ร่วมกันให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา หากการไกล่เกลี่ยไม่อาจตกลงกันได้ ศาลจึงจะรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานได้<sup>643</sup> แสดงให้เห็นถึงการวินิจฉัยของศาลฎีกาได้ว่า ข้อเท็จจริงที่ได้ความจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์ให้เป็นข้อเท็จจริงที่เปิดเผยได้เฉพาะในระหว่างพิจารณาคดีของศาล เช่นนี้ก็ย่อมเป็นข้อมูลที่ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังได้ แต่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีเป็นข้อมูลที่ทราบของคู่กรณีอยู่แล้ว หรือคู่กรณีตกลงร่วมกันให้นำมาใช้ประโยชน์ร่วมกันในชั้นพิจารณา ย่อมรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นได้

ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นเหตุห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานของกฎหมายอื่น ๆ ในต่างประเทศ พบว่ากรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการยกร่าง Uniform Mediation Act หรือ UMA ใน section 6 เป็นการกำหนดข้อยกเว้น โดยห้ามมิให้อ้างเอกลีทิส์ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และให้เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว โดยมีประเด็นที่เป็นข้อยกเว้นให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจจัดกลุ่มได้ ดังนี้

1) คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ เพื่อให้สามารถพิสูจน์ได้ถึงการมีอยู่ของข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือเพื่อให้บังคับเป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

2) เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะ

3) ระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย มีการกล่าวถึงการข่มขู่ การทำร้ายร่างกาย หรือการวางแผน การก่ออาชญากรรมรุนแรง หรือปกปิดการก่ออาชญากรรม

4) เพื่อเป็นการแสวงหา พิสูจน์ หรือหักล้าง เรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทางจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย หรือเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

ส่วนกรณีของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีการยกร่าง Uniform Evidence Act หรือ UEA โดยมาตรา 131 กำหนดข้อยกเว้นที่อาจนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งอาจจัดกลุ่มได้ ดังนี้

<sup>642</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2514

<sup>643</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557

1) คู่กรณีพิพาทตกลงยินยอมให้นำเสนอเปิดเผยในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ไม่ว่าจะด้วยความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยเป็นการเปิดเผยตามสมควรเพื่อให้เข้าใจข้อเท็จจริงได้ดี

2) ข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในระหว่างการไกล่เกลี่ยมีการตกลงอย่างชัดแจ้งว่าเป็นข้อเท็จจริงว่ามีให้เป็นความลับ

3) อยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีการร้องขอให้แสดงพยานหลักฐาน เพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างข้อพิพาท

4) การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น

5) การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยกระทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าข้อยกเว้นเหตุห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานที่กำหนดยกเว้นเฉพาะกรณีเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เป็นการกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่เหมาะสม เพราะเป็นการกำหนดข้อยกเว้นที่จำกัดเหตุที่รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน เห็นได้จากกรณีที่มีความจำเป็นต้องนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยนำไปใช้ในกรณีอื่นไม่สามารถกระทำได้ เช่น มีข้อเท็จจริงที่ควรเชื่อได้ว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีขึ้นด้วยความเข้าใจผิด มีการกระทำเป็นการฉ้อฉล หรือมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือหรือเป็นการปิดปาก ซึ่งข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าว ได้มีการวางแนวทางในการวินิจฉัยชี้ขาด ดังที่ปรากฏในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ว่าหากเป็นการจำเป็นเพื่อพิสูจน์ถึงความบกพร่องที่เกิดขึ้นระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ย่อมเป็นกรณีที่สามารัรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ รวมทั้งพยานหลักฐานดังกล่าวต้องไม่ถูกกำหนดห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานด้วย ดังนั้น จึงควรเพิ่มเหตุที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานเพิ่มเติม โดยผู้วิจัยเสนอให้นำแนวคิดการกำหนดข้อยกเว้นของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียมาปรับใช้ โดยเพิ่มข้อยกเว้นที่รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ได้แก่ เพื่อพิสูจน์ตามข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการผิดหน้าที่ หรือกระทำผิดทางจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย และกรณีการไกล่เกลี่ยนั้นมีการเตรียม เป็นการพยายาม หรือเป็นกระทำความผิดทางอาญา เพิ่มเป็นเหตุยกเว้นที่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้

(3) ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย อันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ พบว่า

1) กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่ามลรัฐฟลอริดา มีบทบัญญัติกำหนดให้บุคคลใด ๆ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่ แต่ไปล่วงรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นความลับซึ่งเกิดระหว่างดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ที่จงใจเปิดเผยข้อเท็จจริงโดยรู้ถือว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นความลับ ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเป็นผลเกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นความลับดังกล่าว รวมถึงรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมตามสมควรให้แก่ทนายความ ผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึงรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่ต้องเสียหายสามารถร้องขอค่าเสียหายดังกล่าวได้ ภายใน 2 ปี นับแต่คู่กรณีพิพาทฝ่ายดังกล่าวได้รู้หรือควรได้รู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดดังกล่าว แต่ต้องไม่เกิน 4 ปี นับแต่วันที่เหตุอันเป็นการละเมิดได้เกิดขึ้น

2) กรณีของประเทศอังกฤษ พบว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการไม่ปฏิบัติต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ ถือว่าเป็นการผิดหน้าที่สัญญาโดยนัย (breach of implied contract) หากมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายที่เปิดเผยข้อมูลโดยต้องชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้น คดี *Seager v Copydex Ltd. (No.2) (1969)* วางเป็นบรรทัดฐานไว้ว่าให้อ้างอิงจากมูลค่าของราคาตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ ที่เจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวพึงจะได้รับ ส่วนการชดใช้ค่าเสียหายที่เหมาะสมจะเป็นจำนวนเพียงใดนั้น คดี *General Tire and Rubber Co. v Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd (1975)* วางหลักว่า จำนวนเงินดังกล่าวจะต้องเป็นจำนวนเท่าที่จะเป็นไปได้ สอดคล้อง และเหมาะสมกับที่ผู้เสียหายพึงจะได้รับ<sup>644</sup>

ส่วนวิธีการพิสูจน์ คดี *Coco & A.N. Clark (Engineers) Ltd. (1969)* วางหลักว่า คู่กรณีฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เข้าองค์ประกอบ 3 ข้อดังต่อไปนี้ จึงจะสามารถฟ้องร้องชนะจำเลยในคดีนี้ได้ ได้แก่ คู่กรณีฝ่ายเจ้าของข้อมูลต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าข้อมูลที่อีกฝ่ายได้รับมานั้น มีลักษณะเป็นความลับ ข้อมูลที่ได้มีการเปิดเผยมาให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น ฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้รับมาในลักษณะที่ต้องผูกพันว่าตนเองมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับ และคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้มีการนำข้อมูลไปใช้โดยปราศจากอำนาจ เป็นเหตุทำให้เจ้าของข้อมูลเสียหาย<sup>645</sup>

3) กรณีของประเทศเยอรมนี พบว่าหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เป็นหน้าที่ของผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับในการมีหน้าที่ชำระหนี้ ประกอบด้วยหน้าที่ในการชำระหนี้ และหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญา ตามมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี ดังนั้น หากบุคคลที่มีหน้าที่ในการรักษาความลับไม่ทำหน้าที่ดังกล่าว

<sup>644</sup> R.G. Toulson and C.M. Phipps *Confidentiality*, pp. 23 - 26.

<sup>645</sup> อ้างแล้ว, เซ็จเจอร์ที่ 183, หน้า 93 - 94.

ถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้ ผู้ต้องเสียหายจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับจะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ตามมาตรา 280 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี<sup>646</sup>

4) กรณีของประเทศฝรั่งเศส พบว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ไม่ได้กำหนดบทลงโทษ กรณีผู้ใกล้ชิดที่กระทำการผิดหน้าที่ของตนเองเป็นการเฉพาะ ผู้ใกล้ชิด อาจต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากฝ่ายใกล้ชิดในการปฏิบัติหน้าที่ของตนตามกฎหมาย ลักษณะละเมิด โดยการกำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ก็เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะแพ่ง ซึ่งจะต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว<sup>647</sup>

ดังนั้น อาจเห็นได้ว่า ปัจจุบันพระราชบัญญัติการใกล้ชิดข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ใกล้ชิด อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใกล้ชิดไว้ แม้ว่าจากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นจะพบว่าในต่างประเทศมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่และความรับผิดของบุคคลที่เป็นผู้ใกล้ชิดซึ่งมิได้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักการรักษาความลับ รวมถึงการกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีที่เจ้าของข้อเท็จจริงได้รับความเสียหายอันเกิดจากการที่ข้อเท็จจริงของตนเองถูกเปิดเผย แต่พระราชบัญญัติการใกล้ชิดข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีเจตนารมณ์เพื่อสร้างให้ภาคประชาชนมีความเข้มแข็งและส่งเสริมให้ภาคประชาชนสามารถแก้ไขและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน การกำหนดให้ผู้ใกล้ชิดที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทอย่างคดีมโนสารจะต้องรับผิดในความเสียหาย อาจส่งผลทำให้บุคคลที่อาสาเข้ามาทำหน้าที่ผู้ใกล้ชิดไม่มีความกล้าที่จะรับเข้ามาทำหน้าที่เสมือนเป็นคนกลางเพื่อระงับข้อพิพาท และอาจทำให้การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยง่ายเป็นไปได้ยาก ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของการส่งเสริมระงับข้อพิพาททางเลือก แต่หากเป็นการใกล้ชิดข้อพิพาทตามกฎหมายว่าด้วยการใกล้ชิดข้อพิพาทของไทยฉบับอื่น ๆ ที่อาจมีทุนทรัพย์พิพาทที่มีมูลค่าสูง และอาจเป็นข้อพิพาททางธุรกิจ ข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยอาจเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นความลับทางการค้า กรณีดังกล่าวประเทศไทยมีพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และที่แก้ไขเพิ่มเติมรองรับไว้แล้ว

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

การศึกษาของผู้วิจัยในประเด็นสำคัญว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดข้อพิพาท ผู้วิจัยได้นำเสนอถึงความเชื่อมโยงว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับกับการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ทำ

<sup>646</sup> Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, "Chapter 13: Germany," in *Eu Mediation Law Handbook*, p. 380.

<sup>647</sup> Delphine Wietek, "Chapter 12: France," in *Eu Mediation Law Handbook*, pp. 344 - 345.

หน้าที่รักษาความลับ ซึ่งเห็นได้ว่าภายใต้บทบัญญัติกฎหมายของไทยยังขาดความชัดเจน ซึ่งจากสมมติฐานที่ผู้วิจัยได้กำหนดไว้ว่า “กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทยทั้งปวงมีการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่ชัดเจน จึงสมควรที่จะกำหนดมาตรการที่ใช้กับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ในทุกกรณี” สมมติฐานดังกล่าวเป็นสมมติฐานที่ถูกต้อง เพราะกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังมีความไม่ชัดเจน กล่าวคือยังไม่ครอบคลุมถึงการกำหนดหน้าที่ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไว้อย่างเพียงพอ โดยเฉพาะบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีการใช้ถ้อยคำที่สามารถตีความได้อย่างจำกัด ซึ่งอาจส่งผลทำให้การปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาความไม่ชัดเจนดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม เพราะอาจส่งผลทำให้การคุ้มครองข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวย่อมไม่สามารถกระทำได้ และอาจส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ของสังคมอีกด้วย หากไม่กำหนดให้มีความชัดเจนแล้ว ย่อมไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจ และประโยชน์ของประชาชนได้<sup>648</sup>

ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้พิจารณาแล้วเห็นว่าควรมีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พร้อมด้วยเหตุผลสนับสนุนดังต่อไปนี้

5.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดบุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

เนื่องจากพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ได้กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับเป็นหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยโดยเคร่งครัด ตามมาตรา 12 (6) ประกอบกับมาตรา 3 ของบทบัญญัติดังกล่าว ที่กำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งหมายถึง บุคคลที่ได้รับการขึ้นทะเบียนและได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรม โดยรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งจะพบได้ว่าในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย มิได้จำกัดเฉพาะผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือรับรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ แต่คู่กรณีพิพาทด้วยกันก็ดี บุคคลอื่น ๆ ที่คู่กรณีพิพาทตกลงยินยอมให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ดี เช่น ทนายความ ที่ปรึกษาของคู่กรณีพิพาทฝ่ายต่าง ๆ รวมไปถึงบุคคลที่ทำหน้าที่ในการสนับสนุนการ

<sup>648</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์, "หน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," ใน ชุดวิชา 40701 กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา ลักษณะละเมิด และลักษณะหุ้นส่วนบริษัทชั้นสูง, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ), หน้า 2 - 10.



ปฏิบัติงานของผู้ใกล้เคียง บุคคลดังกล่าวก็เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและมีโอกาสในการรับรู้ข้อเท็จจริง อันมีลักษณะเป็นความลับที่เกิดขึ้นระหว่างการใกล้เคียง แต่ไม่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติการใกล้เคียง ข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงให้แก่บุคคล ดังกล่าวไว้ เพราะฉะนั้น การกำหนดแต่เพียงเฉพาะให้ผู้ใกล้เคียงต้องถือปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษา ความลับจึงไม่เพียงพอ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้พระราชบัญญัติการใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ควรมีการกำหนดขอบเขตหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียงข้อพิพาท ครอบคลุมถึง บุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใกล้เคียงข้อพิพาทด้วย โดยเสนอให้นำบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่า ด้วยการใกล้เคียง ค.ศ. 2012 มาตรา 4 ของประเทศเยอรมนีมาเป็นแบบอย่างในการปรับปรุงแก้ไข ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไป

5.2.2 ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงเพิ่มเติมเหตุยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ และเหตุที่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงเป็นพยานหลักฐานได้

การกำหนดเหตุยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ ผู้วิจัยได้นำเสนอว่าพระราชบัญญัติการ ใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลทุกคน ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระบวนการใกล้เคียง จึงอาจมีปัญหาในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอาศัย ข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยระหว่างการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงมาใช้ประโยชน์เพื่อพิสูจน์ ข้อเท็จจริง แม้ว่าพระราชบัญญัติการใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กำหนดให้คู่กรณีพิพาทที่ถูก บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทสามารถพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริง อันจะส่งผลให้ศาลมีคำสั่งไม่บังคับให้ เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวมีข้อจำกัดที่ส่งผลทำให้การนำ ข้อเท็จจริงไปใช้ประโยชน์ในกรณีอื่นนอกเหนือไปจากการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทไม่ สามารถกระทำได้ ซึ่งผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* แสดงให้เห็นว่า หากเป็นการจำเป็นเพื่อพิสูจน์ถึงความ บกพร่องของการดำเนินกระบวนการใกล้เคียงที่เกิดขึ้น ย่อมเป็นกรณีที่สามารถยกเว้นหน้าที่ในการ รักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียง โดยศาลสามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงเป็น พยานหลักฐานได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เป็นคนละกรณีกันกับการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงในการ ใกล้เคียง เพราะฉะนั้น สมควรมีการปรับปรุงบทบัญญัติเพื่อขยายความให้สามารถนำข้อเท็จจริงอัน เกิดจากการใกล้เคียงไปใช้ประโยชน์นอกเหนือจากการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับ ข้อพิพาท

ส่วนการกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียง เนื่องจาก มีลักษณะสัมพันธ์กับการรับฟังพยานหลักฐาน เพราะประเด็นว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน

กำหนดว่าห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานใด เว้นแต่พยานหลักฐานที่ศาลจะยอมรับฟังได้เป็นพยานหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี<sup>649</sup> ดังนั้น เจตนารมณ์ของการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย คือ การเปิดโอกาสให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกรณีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยให้ได้มากที่สุด ผู้วิจัยได้นำเสนอว่าคณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ได้กล่าวถึงเหตุยกเว้นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งสอดคล้องกับเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีความเปราะบางทางร่างกายและจิตใจ โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการกำหนดไว้เป็นกฎหมาย นอกจากนี้ กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและกฎหมายของประเทศออสเตรเลียได้ปรากฏถึงแนวความคิดการกำหนดข้อยกเว้นให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้ หากเป็นข้อเท็จจริงที่อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะฉะนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีลักษณะเป็นการบัญญัติกำหนดหน้าที่โดยเคร่งครัด กล่าวคือไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยดังกล่าว ซึ่งไม่เป็นการสอดคล้องกับเหตุผลสำคัญเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพราะฉะนั้น ควรมีการกำหนดให้มีข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยจะมีส่วนสัมพันธ์กับการกำหนดเหตุในการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน

บทบัญญัติว่าด้วยเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 ผู้วิจัยได้นำเสนอว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวคล้ายคลึงกับ article 11 แห่ง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation แต่พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 กลับไม่นำเอาข้อยกเว้นเหตุในการห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานมากำหนดไว้ด้วย ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวจะยกเว้นเหตุในการห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน หากเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นกำหนดบังคับไว้ อย่างไรก็ตาม หากนำถ้อยคำตาม article 11 แห่ง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation ที่กำหนดข้อยกเว้นเหตุในการห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ในกรณีที่การเปิดเผยหรือการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้กระทำขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (...such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under

<sup>649</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87

the law...) อาจเกิดความไม่ชัดเจนว่าสิ่งใดเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้น ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรนำเอาเหตุผลเบื้องหลังที่เป็นความมุ่งหมายของข้อยกเว้นเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานตามที่คณะกรรมการการยกร่าง UNCITRAL Model Law on Mediation ได้ยกตัวอย่างไว้ว่าข้อยกเว้นเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานเพื่อความมุ่งหมายคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ มากำหนดเป็นข้อยกเว้นดังกล่าว

ดังนั้น ตามข้อเสนอแนะข้อ 5.2.1 และข้อ 5.2.2 ผู้วิจัยขอเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 โดยควรมีการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยควรมีการบัญญัติประเด็นว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เช่น

*“บุคคลทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีหน้าที่ในการรักษาความลับของข้อเท็จจริงที่ตนได้รับรู้มาระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นต้องมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง”*

นอกจากนี้ ควรมีการบัญญัติให้การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับสัมพันธ์กับการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน โดยกำหนดเหตุที่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ เช่น

*“การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดให้เปิดเผยหรือข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับให้พิจารณาถึงประโยชน์ของคู่กรณีแต่ละฝ่ายประกอบกันด้วย”*

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยของประเทศไทย ฉบับอื่น ๆ ควรมีการบัญญัติในประเด็นว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย รวมทั้งการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในลักษณะเดียวกันด้วย เพื่อให้กรณีดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน

5.2.3 ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกำหนดความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยอันเนื่องจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ

จากการศึกษาประเด็นว่าด้วยการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ ผู้วิจัยพบว่าแม้ว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการบัญญัติในประเด็นดังกล่าวไว้ ซึ่งสอดคล้องกับความมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมให้

ประชาชนมีความกล้าที่จะเข้าถึงกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอย่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีเป็นข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ที่ไม่สูงมาก การมิได้กำหนดให้มีความรับผิดชอบทางแพ่งอาจทำให้บุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่เกิดความกลัวในการเข้ามาทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย แต่ในทางกลับกันกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ที่สูงมาก ๆ เช่น ข้อพิพาททางธุรกิจ ผู้วิจัยยังมีความเห็นว่าควรจะต้องมีการสร้างหลักประกันให้แก่เจ้าของข้อเท็จจริงว่าข้อมูลของตนเองจะได้รับการคุ้มครอง และหากเกิดกรณีที่ข้อเท็จจริงดังกล่าวถูกเปิดเผยและส่งผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจของตนเอง ข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจเข้าข่ายเป็นข้อมูลการค้าที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เพราะการเป็นความลับ ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นความลับทางการค้า ซึ่งมีพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และที่แก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติรองรับกำหนดการกระทำอันมีลักษณะเป็นความผิดในการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและการกำหนดการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าไว้แล้ว ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าอาจมีข้อเท็จจริงประเภทอื่นที่มีได้เป็นความลับทางการค้า แต่เป็นข้อเท็จจริงที่อาจกระทบต่อสิทธิหน้าที่ประการใด ๆ ของเจ้าของข้อเท็จจริงอันเป็นความลับนั้น กรณีดังกล่าวหากมีการกระทำโดยการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเจ้าของข้อเท็จจริงนั้น จะมีมาตรการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายต่อสิทธิดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งเป็นกรณีที่อาจจะมีการศึกษาถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นรวมถึงมาตรการที่จะรับมือกับกรณีดังกล่าวในอนาคตต่อไป

การให้ความสำคัญกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากการรักษาความลับถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ย และเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอันจะส่งผลทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จจนนำไปสู่การบรรลุผลในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพราะฉะนั้น ในการศึกษาดังกล่าวนี้อาจส่งผลทำให้เกิดการสร้างความรู้ ความเข้าใจ และตระหนักถึงความสำคัญของการรักษาความลับ เพื่อทำให้การรักษาความลับเป็นเหตุผลสำคัญที่จะทำให้เกิดความนิยมในการเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นเครื่องมือเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันให้มากยิ่งขึ้น ประกอบกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว อันจะส่งผลดีต่อการระงับข้อพิพาทที่จะสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงเป็นการส่งเสริมเพื่อสร้างความผาสุกในสังคมต่อไป

## บรรณานุกรม

- A.K.C. Koo. Confidentiality of Mediation Communications. Civil Justice Quarterly 30, 2 (2011): 12.
- Alexander, N. International and Comparative Mediation Legal Perspectives. Edited by Alexander, N. Bedfordshire Kluwer Law International, 2009.
- Anderson, D. Q. A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016. Singapore Academy of Law Journal 29, 1 (2017): 19.
- Andrew Agapiou and Bryan Clark. The Practical Significance of Confidentiality in Mediation [Online]. 2021. Available from: <https://www.researchgate.net/publication/348686433> [26 May 2022. 22 January 2021]
- Australasian Legal Information Institute. Victorian Current Acts [Online]. Available from: [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol\\_act/ca195882/s326.html](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/ca195882/s326.html) [5 Dec 2022.
- Bill Marsh, A. O., and Jan O'Neill,. Chapter 9: England and Wales. In Edited by Nadja Alexander, S. W., and Martin Svato,, Eu Mediation Law Handbook. Kluwer Law International, 2017.
- Black, C. Without Prejudice Privilege, Confidentiality and Mediation: Cumbria Waste Management Ltd V Baines Wilson [2008] Ewhc 786 (Ob) [Online]. Available from: [http://www.pla.org.uk/images/uploads/library\\_documents/Without\\_Prejudice\\_Privilege,\\_Confidentiality\\_and\\_Mediation\\_-\\_Charlotte\\_Black.pdf](http://www.pla.org.uk/images/uploads/library_documents/Without_Prejudice_Privilege,_Confidentiality_and_Mediation_-_Charlotte_Black.pdf) [24 May 2022.
- Black's Law Dictionary*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1971.
- Black's Law Dictionary*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1971.
- Black's Law Dictionary*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1971.
- The dictionary of essential legal terms*. 1st ed. Naperville, Illinois: Sphinx® Publishing, 2008.
- The dictionary of essential legal terms*. 1st ed. Naperville, Illinois: Sphinx® Publishing, 2008.
- The dictionary of essential legal terms*. 1st ed. Naperville, Illinois: Sphinx® Publishing,

2008.

- Born, G. B. International Arbitration: Law and Practice. second ed. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.
- Brogan, D. S. a. M. Mediation Law and Practice. Cambridge University Press, 2006.
- Callahan, R. Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality Be a Function of the Court in Which the Litigation Is Pending? Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 12, 1 (2013).
- Christian Bühring-Uhle, L. K., and Gabriele Scherer. Arbitration and Mediation in International Business. second ed. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- "Code De Procédure Civile."
- Cornell Law School Legal Information Institute. Federal Rules of Civil Procedure [Online]. Available from: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_11](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_11) [30 May 2022]
- "Cutts V. Head." 291, 1984.
- David Nicholls. "Without Prejudice: Dos and Don'ts." Landmark Chambers.
- Dean J. Champion. The Juvenile Justice System : Delinquency, Processing and the Law. Pearson Education Limited, 2001.
- Deborah Macfarlane. Global Trends in Mediation. Edited by Nadja Alexander. second ed.: Kluwer Law, 2006.
- Delessegues, C. Mediation Confidentiality: Has It Gone Too Far? University of La Verne Law Review 33 (2011).
- Delphine Wietek. Chapter 12: France. In Edited by Nadja Alexander, S. W., and Martin Svato,, Eu Mediation Law Handbook. Kluwer Law International, 2017.
- Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz. Ch. 03 Mediation [Online]. Available from: <https://www.singaporelawwatch.sg/About-Singapore-Law/Overview/ch-03-mediation> [6 Jan 2023. 30 Dec 2018]
- Dostál, J. Theory of Problem Solving. Procedia - Social and Behavioral Sciences 174 (2015).
- Effective Dispute Solutions Limited. Are Mediations Confidential? [Online]. 2016. Available from: <https://effectivedisputesolutions.co.uk/news/are-mediations->

[confidential/](#) [9 June 2022. 25 November 2019]

Ellen E. Deason. Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide. Notre Dame Law Review 80, 2 (2005).

Eric Wagner and Britta Kamp. Mediation in Germany. In Edited by Christian Campbell, Comparative Law Yearbook of International Business : International Mediation. Kluwer Law International, 2020.

European Judicial Network. Taking of Evidence [Online]. Available from: [https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_of\\_evidence-76-de-en.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_taking_of_evidence-76-de-en.do?member=1) [31 Jan 2023].

"Farm Assist Ltd. V Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No2)". England and Wales High Court (Technology & Construction Court), 2009.

Federal Ministry of Justice. Mediation Act (Mediationsg) [Online]. Available from: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html#p0028](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html#p0028) [21 Feb 2023. 31 Aug 2015]

Gibson, K. Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment Journal of Dispute Resolution 1992, 1 (1992): 42.

J. Brad Reich. A Call for Intellectual Honesty: A Response to the Uniform Mediation Act's Privilege against Disclosure. JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION 2001, 2 (2001).

John Henry Wigmore, P. T., James H. Chadbourn and John T. McNaughton,. Evidence in Trials at Common Law. Boston: Little Brown, 1961.

"Jumaiah Bte Amir and Another V Salim Bin Abdul Rashid." THE HIGH COURT OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE, 2019.

Kent L. Brown. Comment Confidentiality in Mediation: Status and Implications. JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION, 2 (1991): 28.

Kimberlee K. Kovach. Mediation : Principles and Practice. Minnesota: West Publishing CO., 1994.

Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco. Chapter 13: Germany. In Edited by Nadja Alexander, S. W., and Martin Svato,, Eu Mediation Law Handbook. Kluwer Law International, 2017.

- Laurence Boulle. Mediation Principle, Process, Practice. 3rd ed. New Southwales: LexisNexis, 2011.
- Legislature, T. F. The 2021 Florida Statutes [Online]. Available from: [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&Search\\_String=&URL=0000-0099/0044/Sections/0044.406.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0000-0099/0044/Sections/0044.406.html) [30 May 2022].
- Lim, G. International Commercial Mediation: The Singapore Model. Singapore Academy of Law Journal 31, special (2019): 28.
- Macturk, C. H. Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions. American Journal of Trial Advocacy 19 (1995).
- "Malmesbury (James Carleton, Seventh Earl of Malmesbury) and Others V Strutt & Parker (a Partnership)." High Court of Justice, Queen's Bench Division, 2008.
- Max, E. R. Confidentiality in Environmental Mediation. New York University Environmental Law Journal 2, 2 (1993): 14.
- Michael Hwang, L. B., and Eugene Thong,. "National Report for Singapore (2018 through 2022)." In ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, edited by Lise Bosman, 2021.
- Michael O'Shea. The Basics: What Does "without Prejudice" Mean and When Do I Need to Use It? [Online]. 2019. Available from: <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2019/without-prejudice-meaning-and-when-to-use-it/> 25 June 2019]
- Mohammed Reza and Azri Tan. "Old Fashioned" Breach of Confidence: The Singapore Approach to Privacy Law [Online]. 2013. Available from: <https://v1.lawgazette.com.sg/2013-08/823.htm>
- Mrinal Vijay. The Dilemma of Balancing the Administration of Justice and the Preservation of Confidentiality in the Mediation Process. LSE Law Review 1 (2016): 22.
- Nadja Alexander and Shouyu Chong. Mediation and Appropriate Dispute Resolution. Singapore Academy of Law Annual Review of Singapore Cases (2019): 28.
- "National Labor Relations Board V. Joseph Macaluso, Inc." U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 1980.
- "Ng Chee Weng V Lim Jit Ming Bryan." THE HIGH COURT OF THE REPUBLIC OF



SINGAPORE, 2010.

NSW Government. Civil Procedure Act 2005 No 28 [Online]. Available from:  
<https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-2005-028#sec.31> [5  
 Dec 2022.

NSW Government. Community Justice Centres Act 1983 No 127 [Online]. Available  
 from: [https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-1983-  
 127#sec.28](https://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-1983-127#sec.28) [25 November 2022.

Owen V. Gray. Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation.  
Osgoode Hall Law Journal 36, 4 (1998).

Prigoff, M. L. Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation. Seton  
 Hall Legislative Journal 12 (1988): 16.

Protecting Confidentiality in Mediation. Harvard Law Review 98 (1984): 19.

R.G. Toulson and C.M. Phipps Confidentiality. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Resolution Institute. About Resolution Institute [Online]. Available from:  
<https://www.resolution.institute/about-us>

Sarah Rudolph Cole. Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled.  
Kansas Law Review 54, 5 (2006): 38.

Shaun Wong. Singapore: Singapore Convention on Mediation 101 [Online]. 2019.  
 Available from: [https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-  
 resolution/844098/singapore-convention-on-mediation-101](https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/844098/singapore-convention-on-mediation-101) [28 December 2022.  
 11 September 2019]

"Smith Kline & French Laboratories (Aust) Ltd V Secretary, Department of Community  
 Services and Health." HIGH COURT OF AUSTRALIA, 1991.

Steven & Bolton LLP. The "without Prejudice" Rule and the Court's Approach to  
 Admissibility [Online]. 2020. Available from: [https://www.stevens-  
 bolton.com/site/insights/articles/the-without-prejudice-rule](https://www.stevens-bolton.com/site/insights/articles/the-without-prejudice-rule) [24 May 2022.

Tasmanian Government. Criminal Code Act 1924 [Online]. Available from:  
<https://www.legislation.tas.gov.au/view/html/inforce/current/act-1924-069> [5  
 Dec 2022.

Thomson Reuters Practical Law. Without Prejudice [Online]. Available from:  
<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107->

[7511?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://www.uncitral.org/uncitral/index.php?id=7511?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) 19 Oct. 2022]

Uniform Law Commission NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. "The Uniform Mediation Act - a Summary -."

Union Internationale des Avocats. "International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege." 2019.

UNITED NATIONS. "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)." 2022.

———. "Uncitral Notes on Mediation (2021)." Vienna, 2021.

United Nations Commission On International Trade Law. Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 [Online]. Available from: [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation) [3 July 2022.

United Nations General Assembly. "A/Cn.9/468 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session (Vienna, 20 – 31 March 2000)." edited by United Nations Commission on International Trade Law, 2000.

———. "A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001) ", edited by United Nations Commission on International Trade Law, 2001.

———. "A/Cn.9/986 Settlement of Commercial Disputes International Commercial Mediation: Draft Uncitral Mediation Rules Note by the Secretariat (Vienna, 8 - 26 July 2019)." 2019.

———. "A/Cn.9/Wg.II/Wp.108 Settlement of Commercial Disputes Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement Report of the Secretary General ", edited by UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, 2000.

Victorian Legislation. Evidence (Miscellaneous Provisions) Act 1958 [Online]. Available from: <https://www.legislation.vic.gov.au/in-force/acts/evidence-miscellaneous->

[provisions-act-1958/196](#) [21 November 2022].

"Walker V. Wilsher ". 335, 1889.

Wolski, B. Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation. *UNSW Law Journal* 43, 4 (2020): 43.

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. คู่มือปฏิบัติงานไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของเจ้าหน้าที่หน่วยงานภาครัฐ ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: 2562.

เชมจุชา สุวรรณจินดา. การระงับข้อพิพาททางสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

จรัญ ภัคศิธนากุล. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560.

จันทร์เพ็ญ งามวิไลวงศ์. แนวทางกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย : ข้อพิจารณาจากกฎหมายแม่แบบของ Uncitral. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2549.

นพพร โพธิ์รังสิยากร. เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรการป้องกันและการไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยสันติวิธี. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ศูนย์ป้องกันและไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทด้านสิ่งแวดล้อม สำนักส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2548.

นภนาง เอกอัคร. 'วิกฤตสาธารณสุข' สู่ 'วิกฤตเศรษฐกิจ' การไกล่เกลี่ยแก้วิกฤตชาติ (ตอนที่ 2) [ออนไลน์]. 2564. แหล่งที่มา:

[https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article\\_24Jan2021.aspx](https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article_24Jan2021.aspx) [เข้าถึงเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2565 ]

นฤมล มีชูกร. การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษา การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2562.

นิภาพัฒน์ วงศ์วัฒนเดชะ. การนำหลัก Fiduciary Duty มาใช้เพื่อเสริมกลไกการคุ้มครองนักลงทุนหรือลูกค้าที่ใช้บริการนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศไทย. วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 มิถุนายน 2558 (2558).

นุสนธิ์ กลัดเจริญ. Cimetidine ในการรักษาแผลดูโอติ้นม. จุฬาลงกรณ์เวชสาร 26, 6 (2525): 8.

เนติ กิจโกศล. ปัญหาการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในศาล: ศึกษาเฉพาะกรณีการ

- ใกล้เคียงข้อพิพาททางแพ่ง วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.
- บรรหาร กำลา. สรุปสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "การใกล้เคียงข้อพิพาท : ทางเลือกของสังคมไทย".  
กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.
- ปกรณ นิลประพันธ์. "รายงานการศึกษา เรื่อง การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการตรากฎหมาย  
และการดำเนินการตามกฎหมายในระดับเครือข่ายของเครือข่ายออสเตรเลีย."  
ปรัชญา อยู่ประเสริฐ. ขั้นตอนกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาท. ใน ญัตินันท์ คุณเงิน (บรรณาธิการ),  
เทคนิคจิตวิทยาสำหรับการใกล้เคียง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ  
สำนักงานศาลยุติธรรม, 2560.
- ปรีดี เกษมทรัพย์ แก้วไขเพิ่มเติมโดยกิตติศักดิ์ ปกรติ. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ: โครงการ  
ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- วิณี ไพรทอง. การใกล้เคียงข้อพิพาทภายใต้พระราชบัญญัติการใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ.2562 พิมพ์  
ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอส. ออฟเซ็ท กราฟฟิคดีไซน์, 2564.
- พงศวัฒน์ บุญญาทิพย์ และคณะ. บทความเกี่ยวกับการฝึกอบรม หลักสูตร "การบริหารจัดการ เน้นการ  
พัฒนาทรัพยากรมนุษย์" ณ มหาวิทยาลัยนิวเซาท์เวลส์ ประเทศออสเตรเลีย. สำนักงานการ  
ต่างประเทศ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558.
- พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. หลักสุจริตในระบบกฎหมาย. จลนिति, พทศจิกายน - ธันวาคม 56 (2556).
- พัศกร จรรยากุล. การระงับข้อพิพาททางเลือกในคดีผู้บริโภคโดยวิธีการใกล้เคียงในระบบออนไลน์.  
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2560.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และญัตินันท์ อศวเลิศศักดิ์. หน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี  
ของประชาชน. ใน ชุดวิชา 40701 กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา ลักษณะละเมิด และ  
ลักษณะหุ้นส่วนบริษัทขั้นสูง. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
- พิธินัย ไชยแสงสุขกุล และอรุณรัตน์ วิเชียรเขียว. วิจัยพื้นฐาน เรื่อง กฎหมายล้านนาโบราณ : วิเคราะห์  
ระบบโครงสร้างและเนื้อหาบทบัญญัติที่จารในใบลาน. กรุงเทพฯ โรงพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต. การบริหารความขัดแย้ง. ใน ญัตินันท์ คุณเงิน (บรรณาธิการ), การจัดการ  
ความขัดแย้ง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม,  
2560.
- วรรณชัย บุญบำรุง. ระบบไตสวน [ออนไลน์]. 2565. แหล่งที่มา:  
<https://www.facebook.com/wannachai.boonbumrung.5/posts/pfbid0hbE2ODy9c>

[F1rHk1Ku9677S1vWuCZZJenpbfAtX1VN7B2UahEAAJs6sXcZGYLnunl](https://www.facebook.com/wannachai.boonbumrung.5/posts/pfbid0FwtmRKsbyzH6DLppLgufbCEtFGTMKE6hkKRdhPz2eDtNyyiSKoS3njLc2qD7UTZel) [เข้าถึงเมื่อ 30 Jan 2023 วันที่ 25 Dec 2022]

----- . ระบบกล่าวหา [ออนไลน์]. 2566. แหล่งที่มา:

<https://www.facebook.com/wannachai.boonbumrung.5/posts/pfbid0FwtmRKsbyzH6DLppLgufbCEtFGTMKE6hkKRdhPz2eDtNyyiSKoS3njLc2qD7UTZel> [เข้าถึงเมื่อ 30 Jan 2023 วันที่ 29 Jan 2023]

วราฐินี วงษ์วิฑิต. การเปิดเผยความลับ : กรณีศึกษาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2536.

วิชัย อริยะนันท์ทกะ. "วงการกฎหมายทั่วไป " In ตุลพาห, 2528.

วีระวัฒน์ ภัทรศักดิ์กำจร. ระบบการจัดสรรทรัพยากร [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา:

<http://www.setthasarn.econ.tu.ac.th/blog/detail/542> [เข้าถึงเมื่อ 14 เมษายน 2565  
วันที่ 26 พฤษภาคม 2562]

ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564.

ศาลแพ่ง. เทคนิคการไกล่เกลี่ย. กรุงเทพฯ: อทตยา, 2539.

ศิริกุล ภูพันธ์. ข้อคิดว่าด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2548.

ศุภวิชัย อธิจันทรวงศ์. หน้ในการให้ความร่วมมือในการชำระหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต,  
สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2563.

ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หลักความเป็นกลางในการ  
พิจารณาทางปกครอง. ใน ศาลปกครองแห่งความเชื่อมั่น.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ. อนุสัญญาสิงคโปร์ : กลไกส่งเสริมการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ  
[ออนไลน์]. 2564. แหล่งที่มา:

<https://thac.or.th/th/%e0%b8%ad%e0%b8%99%e0%b8%b8%e0%b8%aa%e0%b8%b1%e0%b8%8d%e0%b8%8d%e0%b8%b2%e0%b8%aa%e0%b8%b4%e0%b8%87%e0%b8%84%e0%b9%82%e0%b8%9b%e0%b8%a3%e0%b9%8c-%e0%b8%81%e0%b8%a5%e0%b9%84%e0%b8%81%e0%b8%aa/> วันที่ 8  
เมษายน 2564]

----- . รายงานสถานการณ์การระงับข้อพิพาท พ.ศ.2563

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการ  
ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 4. 2561.

----- . บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อ

- พิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 5. 2561.
- . บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 7. 2561.
- . บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 8. 2561.
- . บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. .... ครั้งที่ 11. 2562.
- สฤณี อาชวานันทกุล. ชัยบ์ ปรับ เปลี่ยน: มองกฎหมายในโลกพลิกผัน CMU Journal of Law and Social Sciences 13, 2 (2563).
- สำนักกรงรับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. Uniform Mediation Act.
- . ประมวลจริยธรรมผู้ประนีประนอม. กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2555.
- สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. การไกล่เกลี่ยสไตล์เปปเปอร์โดน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2559.
- . คู่มือการจัดระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล ตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554. ญรัณันท์ คุณเงิน, บรรณาธิการ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: เพรสโซซิเอท, 2559.
- สุธาสนี สุภา. ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนีประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545.
- เสาวนีย์ อัครวิจารณ์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- เสาวนีย์ อัครวิจารณ์ สรพลจ์ สุขทรศนีย์ มานพ นาคทัต และสิทธิโชค ศรีเจริญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย ประนีประนอมยอมความ การพนันและขั้นตอนบัญชีเดินสะพัด ประกันภัย (มาตรา 850 ถึง 897). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- โสภณ รัตนगर. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564.
- อนันต์ จันทรโอภากร. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- อรดา วงศ์อำไพวิทย์. ความลับของการอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชา

นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546.  
อุดม รัฐอมฤต. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: โครงการตำรา  
และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ภุริณัฐ อุจนจะนำ
วัน เดือน ปี เกิด	19 มีนาคม 2540
สถานที่เกิด	จังหวัดลำปาง
วุฒิการศึกษา	พ.ศ. 2557 มัธยมศึกษาปีที่ 6 โรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ พ.ศ. 2561 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2562 รัฐศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์ แผนกการศึกษาเน้นทางด้านบริหาร รัฐกิจ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2563 หลักสูตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 55 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่ง สภานายความ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY