

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของต่างประเทศ

ข้อความคิดในเรื่องการไกล่เกลี่ยนั้น อาจพิจารณาได้ว่ามาจากแนวคิดสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ แนวคิดที่หนึ่ง ความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือความไม่ยุติธรรม (Justice delayed is justice denied.) แนวคิดที่สอง ชัยชนะที่ดีที่สุดคือชัยชนะที่ไม่มีผู้แพ้ (Win-Win Situation) แนวคิดประการแรกเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันของศาล คือปัญหาคดีค้างการพิจารณาในศาล ถือเป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างมาก ส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการคดี เนื่องจากโดยส่วนมากเมื่อประชาชนเกิดข้อพิพาทขึ้นและไม่สามารถยุติปัญหาที่เกิดขึ้นได้ จะนำปัญหาข้อพิพาทนั้นมายื่นฟ้องต่อศาล ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามปกติของศาลจะใช้เวลาานาน เพื่อให้ได้ข้อมูลที่ครบถ้วนและเกิดความเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายมากที่สุด จึงทำให้เกิดปัญหาจำนวนคดีค้างการพิจารณาในศาลเป็นจำนวนมาก ส่วนแนวคิดที่สองย่อมเป็นเรื่องผลที่เกิดขึ้นหลังจากการดำเนินคดีเสร็จสิ้นในเรื่องความเป็นปรปักษ์ต่อกันภายหลังจากการสิ้นสุดการฟ้องร้องคดี ศาลต่างๆจึงต้องต้องนำวิธีการอื่นมาช่วยลดปัญหาดังกล่าว โดยศึกษาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก

การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการอื่นมีหลายวิธี เช่น การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) การประนีประนอม (Conciliation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และวิธีที่นิยมนำมาใช้มากที่สุด คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งหลายประเทศยอมรับให้มีการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในศาลปกครองได้ และได้นำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้อย่างแพร่หลาย

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองที่ถูกนำมาบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในบทนี้จะศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ไกล่เกลี่ยคดีปกครองที่ถือเป็นประเด็นปัญหาดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 จึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้เกิดแนวคิดที่เป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจในเนื้อหาส่วนอื่น ๆ ได้มากยิ่งขึ้น ดังจะพิจารณาดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจัดการปัญหาความขัดแย้งและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดการปัญหาความขัดแย้ง

ด้วยเหตุที่มนุษย์มีทัศนคติความต้องการที่แตกต่างกัน การทำกิจกรรมแต่ละอย่างจึงอาจจะมีทั้งคนที่ได้ประโยชน์และคนที่เสียผลประโยชน์ ความคิดเห็นที่ไม่ตรงกันทั้งทางวาจาและอารมณ์ ความขัดแย้งจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยความขัดแย้งสามารถเกิดขึ้นได้ในความสัมพันธ์ตั้งแต่ระดับเพื่อนฝูง คนในครอบครัว ระหว่างองค์กร หรือระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือแม้กระทั่งองค์กรของรัฐด้วยกันเอง จนนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างประเทศ เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้น บุคคลที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งสามารถใช้วิธีการจัดการกับการขัดแย้งได้หลายรูปแบบตามแต่สถานการณ์ ทั้งนี้ สาเหตุของความขัดแย้งอาจมีหลายสาเหตุ¹ เช่น

ปัญหาของความขัดแย้ง (Patterson et al, 2012, pp.98-108) เกิดขึ้นจาก²

- 1) ลักษณะงานที่ต้องพึ่งพาซึ่งกันและกัน
- 2) การแบ่งงานตามความชำนาญเฉพาะด้านมีมากขึ้น
- 3) การกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของงานไม่ชัดเจน
- 4) อุปสรรคของการติดต่อสื่อสารหรือข้อความ
- 5) การแข่งขันเพื่อแย่งชิงทรัพยากรที่มีจำกัด
- 6) ความแตกต่างของบุคคลที่โดยธรรมชาติมักจะประกอบไปด้วยบุคลากรที่มีความ

ความแตกต่างกันมากมาย

กระบวนการสาเหตุความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในองค์กร³ (Ross, 1993, pp.156-158) ได้แก่ 1.ด้านข้อมูลข่าวสาร 2.ด้านผลประโยชน์ 3.ด้านโครงสร้าง 4.ด้านความสัมพันธ์ 5.ด้านค่านิยม

เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเพราะสาเหตุใด สิ่งที่สำคัญที่สุดคือ การหาหนทางระงับความขัดแย้งที่เกิดขึ้น สำหรับวิธีในการจัดการความขัดแย้ง (Conflict Resolution) นั้นอาจมีหลายวิธี โดยมีทั้งลักษณะที่ไม่เป็นทางการจนถึงลักษณะที่เป็นทางการ ได้แก่

- (1) การหลีกเลี่ยงหรือการหนีปัญหา (Avoidance)
- (2) การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

¹ธนัสถา โรจนตระกูล. (2562). การจัดการความขัดแย้งเชิงสร้างสรรค์ (Creative Conflict Management). วารสารวิชาการ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครสวรรค์, 6 (2), หน้า 72-74.

²Patterson et al, 2012, pp. 98-108 อ้างถึงใน ธนัสถา โรจนตระกูล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 . หน้า 72.

³Ross, 1993, pp. 156-158 อ้างถึงใน ธนัสถา โรจนตระกูล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 . หน้า 73.

- (3) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)
- (4) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)
- (5) การเผชิญหน้าและการประท้วงอย่างสันติ (Non-Violence confrontation)
- (6) การใช้กำลังบังคับ (Forcing)

ดังนั้นการจัดการกับความขัดแย้งอาจมีการแก้ปัญหาหลายวิธีด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในการยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะใช้วิธีการในการจัดการความขัดแย้งแบบใด ก็ย่อมส่งผล ดังนี้⁴

ประการแรก มีฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งแพ้ (Win-Lose situation) คือการจัดการความขัดแย้งที่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็ผลประโยชน์ที่เป็นรูปธรรมหรือนามธรรม ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งสูญเสียประโยชน์และฝ่ายที่เสียประโยชน์ย่อมเกิดความรู้สึกว่าตนเสียหาย ทำให้เกิดความไม่พึงพอใจและเกิดความขัดข้องใจขึ้น ซึ่งการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งเช่นนี้ ได้แก่ การใช้กำลังบังคับ การฟ้องคดีต่อศาล การอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ประการที่ 2 สถานการณ์แพ้-แพ้ (Lost-Lost situation) มักจะเกิดกับคู่ขัดแย้งที่ไม่ยอมร่วมมือร่วมใจที่จะบรรลุผลประโยชน์ร่วมกัน เป็นกรณีที่ถูกกรณีทั้งสองฝ่ายไม่อาจบรรลุความต้องการของตนเองได้ทั้งหมด แต่เป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์อย่างหนึ่งเพื่อแลกกับผลประโยชน์อีกอย่างหนึ่ง คล้ายกับการยื่นหมูยื่นแมวซึ่งการแก้ไขความขัดแย้งเช่นนี้ ได้แก่ การเจรจาต่อรอง เป็นต้น

ประการที่ 3 สถานการณ์ชนะ-ชนะ (Win-Win situation) เป็นวิธีการจัดการกับความขัดแย้งที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันในการแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ แสวงหาทางออกร่วมกันจนเป็นที่ยอมรับและพอใจของทั้งสองฝ่าย ผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายมีความสำคัญเท่าเทียมกัน โดยพยายามให้ได้ผลประโยชน์ที่สูงสุดเท่าที่ทำได้ ไม่ว่าจะเป็ผลประโยชน์ที่เป็นรูปธรรมหรือนามธรรม การแก้ปัญหาเข้าด้วยกัน ก็สามารถพบทางเลือกใหม่ที่ดีได้ ซึ่งการแก้ไขความขัดแย้งในลักษณะนี้ ได้แก่ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นต้น

⁴กรมการปกครอง. (2563). หลักพื้นฐานในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง. *บทความเผยแพร่ของกรมการปกครอง*. กรุงเทพฯ: กรมการปกครอง. หน้า 2.

2.1.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท^๕

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการแก้ไขความขัดแย้งคล้ายกับการเจรจาต่อรอง เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น วิธีในการจัดการกับความขัดแย้งเพื่อยุติข้อพิพาทจึงเป็นสิ่งสำคัญ ด้วยเหตุนี้จึงมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ดังนี้

ทฤษฎีการเจรจา

การเจรจาเป็นวิธีในการจัดการความขัดแย้งรูปแบบหนึ่งที่คู่กรณีจะต้องเผชิญหน้ากันเพื่อร่วมกันแก้ไขปัญหาหรือสถานการณ์อันไม่พึงประสงค์ ซึ่งการเจรจาเป็นวิธีที่สำคัญที่ทำให้ผู้คนสามารถกำหนดความสัมพันธ์ที่ไม่พึงพอใจให้กับตนเองหรือสร้างความสัมพันธ์ใหม่ที่ไม่ได้อยู่ก่อนที่จะเกิดความขัดแย้ง เนื่องจากการเจรจาเป็นขั้นตอนการแก้ปัญหาาร่วมกันจึงทำให้ทุกคนสนใจที่จะทำความเข้าใจกับปัญหาและสร้างความคุ้นเคยกับการเปลี่ยนแปลง

ทฤษฎีเกี่ยวกับการเจรจาที่สำคัญอยู่ 2 ประการ ได้แก่ ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive theory) และทฤษฎีการแก้ปัญหา (Theory of resolution)

1) ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive theory)

ทฤษฎีการแข่งขันนี้มีหลักการว่า ผู้เจรจาที่มีประสิทธิภาพ คือ ผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมาย และสามารถรักษาผลประโยชน์ของลูกความไว้ได้อย่างเป็นรูปธรรมซึ่งผลประโยชน์อาจจะอยู่ในลักษณะของเงินตราหรือวัตถุก็ได้ โดยผู้เจรจาตามทฤษฎีการแข่งขันมักจะเป็นผู้ที่ยื่นกรานข้อเรียกร้องอย่างแข็งกร้าวโดยการข่มขู่ โต้เถียง และพยายามให้ฝ่ายตนได้รับประโยชน์ ซึ่งทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า สังคมอยู่ภายใต้การปกครองหรือการครอบงำโดยผู้ที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัว และทฤษฎีนี้จะมีมุมมองว่าทรัพยากรล้วนมีอยู่อย่างจำกัด การตกลงเจรจาจึงเป็นการแจกจ่ายเพื่อให้มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์และอีกฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์ รูปแบบของการเจรจาตามทฤษฎีนี้จึงมีลักษณะที่ทุกฝ่ายต่างคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเป็นสำคัญ เพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์มากที่สุด ดังนั้น ผู้เจรจาภายใต้ทฤษฎีนี้ มักจะก่อให้เกิดความตึงเครียด ความอึดอัดใจ ความโกรธ ความไม่เชื่อถือนในตัวของฝ่ายตรงข้าม เพราะแต่ละฝ่ายต้องการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของตนมากที่สุด จึงต้องต่อสู้เพื่อชัยชนะเพื่อให้ตนเป็นฝ่ายได้เปรียบ

2) ทฤษฎีการแก้ปัญหา (Theory of problem resolution)

^๕สุรเชษฐ เณรบำรุง. (2552). ปัญหาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีผู้บริโภค: ศึกษาเฉพาะกรณีการไกล่เกลี่ยในชั้นของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, หน้า 32-33.

ทฤษฎีการแก้ปัญหาที่มีหลักการว่า ผู้เข้าร่วมการเจรจาทุกคนมีผลประโยชน์ร่วมกัน บางประการ เนื่องจากทุกคนอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมของสังคมเดียวกัน ทุกคนจึงต้องมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาด้วยกันเพื่อทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจ โดยทฤษฎีนี้มีแนวคิดที่ว่าทั้งสองฝ่ายต้องร่วมมือกันและช่วยกันแก้ปัญหาเพื่อประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งทฤษฎีการแก้ปัญหาที่มีหลักการสำคัญ 5 ประการ

(1) แยกปัญหา แยกความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากข้อขัดแย้งและแก้ไขแต่ละปัญหาแยกต่างหากจากกัน

(2) เน้นความสำคัญประโยชน์ได้เสียและความต้องการของกลุ่มความ ซึ่งไม่ใช่ฐานะของกลุ่มความ เนื่องจากการเน้นถึงฐานะที่ต่างกันของกลุ่มความจะทำให้การไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความยากขึ้น โดยกลุ่มความจะต้องหาทางประสานผลประโยชน์จากแต่ละฝ่ายและเน้นถึงการได้รับประโยชน์ร่วมกัน

(3) คิดหาทางเลือกหลายวิธี

(4) ยืนยันการใช้ข้อบังคับประกอบต่างๆที่ต้องนำมาใช้ในการตัดสินใจเพื่อประเมินทางเลือก

(5) เข้าใจและแสวงหาทางเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาตกลงทำสัญญา

ดังนั้น เห็นได้ว่า ทฤษฎีการแข่งขันและทฤษฎีการแก้ปัญหา ที่กล่าวมาข้างต้นมีทั้งข้อดีและข้อเสียและโดยที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องอาศัยแนวคิดทฤษฎีที่ถูกคิดค้นนี้มาเป็นพื้นฐานในการเจรจา แต่ไม่มีแนวคิดหรือทฤษฎีใดที่ดีที่สุด ผู้ไกล่เกลี่ยจึงควรพิจารณาว่าสมควรจะนำเอาทฤษฎีใดมาใช้ในการเจรจา และควรนำเฉพาะข้อดีของแต่ละทฤษฎีมาใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยต้องคำนึงถึงสภาพปัญหาและสภาพแวดล้อมของคดีนั้น ๆ ผู้ไกล่เกลี่ยควรเป็นผู้ควบคุมสร้างบรรยากาศที่ดีในการเจรจา กำหนดแนวปฏิบัติในการเจรจาและผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเข้าใจแนวคิดความต้องการที่แท้จริงของแต่ละฝ่าย พยายามโน้มน้าวเพื่อให้เกิดการตกลงกันอย่างสันติ และได้ประโยชน์ร่วมกันทั้งสองฝ่าย

2.1.3 หลักการพื้นฐานของการไกล่เกลี่ย

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution – ADR) ที่มุ่งหมายให้เกิดความตกลงเพื่อระงับข้อพิพาท โดยมีบุคคลที่สามเข้ามาไกล่เกลี่ยแทนการฟ้องร้องเป็นคดีความ โดยอาศัยความยินยอมของกลุ่มที่ 2 ฝ่ายเป็นสำคัญ ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยมีสถานะเป็นเพียงความเห็นที่ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม ผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยเหลือ การเจรจาพูดคุยหาทางแก้ปัญหาระหว่างคู่กรณี การที่คู่กรณีจะตกลงระงับข้อพิพาทหรือไม่ เป็นการตัดสินใจของคู่กรณีเอง คู่กรณีอาจจะเห็นว่าข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยยังไม่เหมาะสมและยังไม่อาจยอมรับได้

ทำให้ท้ายที่สุดคู่กรณีอาจจะต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องเป็นคดีต่อไป แต่หากคู่กรณีเห็นชอบกับข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยก็ต้องทำสัญญาในลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความขึ้นมา ซึ่งจะมีผลผูกพันข้อความให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม แต่หากว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามอีกฝ่ายก็ต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมต่อศาล⁶

ข้อดีของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคือ มีขั้นตอนยุ่งยากน้อยกว่ากระบวนการพิจารณาคดีตามปกติ ทำให้บรรยากาศในการไกล่เกลี่ยมีความเป็นกันเอง โดยจะไม่เสนอทางเลือกหรือทางออกให้แก่คู่กรณี

หลักการไกล่เกลี่ยที่มีความสำคัญเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการไกล่เกลี่ย⁷ มีดังนี้
 ประการที่ 1 หลักความสมัครใจ

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จึงจะประสบความสำเร็จ คู่กรณีที่พิพาทจะต้องแสดงออกถึงการยินยอมและเต็มใจในการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ตั้งแต่เริ่มต้นการไกล่เกลี่ยจนถึงขั้นตอนสุดท้ายของการไกล่เกลี่ย ทำให้การไกล่เกลี่ยประสบผลสำเร็จ หากปราศจากความต้องการหรือความสมัครใจที่จะไกล่เกลี่ยของคู่กรณีแล้ว การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจจะไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากขาดแรงจูงใจหรือแรงกระตุ้นที่จะปรองดองกันของฝ่ายตรงข้าม และคู่กรณีที่พิพาทมีเสรีภาพในการยกเลิกการไกล่เกลี่ยเมื่อใดก็ได้ โดยต้องแจ้งความประสงค์ให้ผู้ไกล่เกลี่ยทราบ ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงผลเสียที่จะเกิดขึ้นแก่ฝ่ายตน หากเห็นว่าการไกล่เกลี่ยนั้นมิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นกลางหรือคู่กรณีที่พิพาทมีเจตนาอื่นแอบแฝง

ประการที่ 2 หลักความไว้วางใจ

การที่คู่กรณีพิพาทจะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ คู่กรณีจะต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องและระบุถึงความต้องการที่แท้จริงของตนเอง ความสัมพันธ์ที่มีต่อฝ่ายตรงข้าม ซึ่งการจะทำได้นั้น คู่กรณีจะต้องมีความไว้วางใจว่า ข้อเท็จจริงในการไกล่เกลี่ยจะไม่ถูกนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยศาลต่อไป หากการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ ดังนั้น ในการเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยคู่กรณีที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยต้องมีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย

ประการที่ 3 หลักการเปิดกว้างในผลลัพธ์

⁶บุญตา ศ. ผาบมีชัย. (2547). *กระบวนการว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ศึกษาเปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว*. นิตยสารกรมทนายนิติ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 27.

⁷ไพรัช โดสสวัสดิ์. (2558). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง*. (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล การอบรมหลักสูตรนักบริหารการยุติธรรมทางปกครองระดับสูง รุ่นที่ 6 วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง). หน้า. 7-8.

คู่กรณีที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยจะต้องไม่ยึดติดกับผลลัพธ์และเต็มใจรับผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากผลของการไกล่เกลี่ยไม่มีฝ่ายใดแพ้หรือชนะ จบลงด้วยความพึงพอใจของทั้งสองฝ่ายที่ตนเองเป็นผู้เลือกและเจรจาเอง และเมื่อยุติข้อพิพาทได้จะเป็นการยอมรับว่าจะไม่ยึดถือสิทธิและประโยชน์ที่เคยมีอยู่ ทำให้เกิดเป็นสัญญาประนีประนอมที่คู่กรณีจะต้องยอมรับและปฏิบัติต่อกัน

ประการที่ 4 หลักการรับผิดชอบของคู่กรณีพิพาท

คู่กรณีมีอำนาจในการตัดสินใจด้วยตนเอง บนพื้นฐานความต้องการของตนเองโดยแท้ ไม่มีการนำองค์ประกอบภายนอกมาร่วมในการตัดสินใจ ความเป็นอิสระในวิธีพิจารณาดังกล่าวนำไปสู่ความพึงพอใจในผลลัพธ์ที่ได้จากการเจรจา คู่กรณีจะต้องยอมรับในผลลัพธ์นั้น จะกล่าวอ้างว่าไม่ได้เกิดจากการตัดสินใจของตนเองไม่ได้ ในการเจรจากับฝ่ายตรงข้าม คู่กรณีจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจว่าสิ่งที่อีกฝ่ายเจรจาด้วย ตนจะได้รับผลลัพธ์ที่ดีที่สุดจากการเจรจานั้น ถ้าไม่ได้ตามที่ตนต้องการ ก็อาจไม่ต้องตกลงกับข้อต่อรองของอีกฝ่ายนั้นก็ได้อีก

ประการที่ 5 หลักการคำนึงถึงอนาคต

การไกล่เกลี่ยจะไม่มีมีการพิจารณาหรือหาข้อยุติว่าใครเป็นฝ่ายถูกหรือผิดในข้อกฎหมาย เหมือนดังเช่นการดำเนินการพิจารณาตามปกติของศาล ในการไกล่เกลี่ยนั้นจะต้องไม่ให้ความสำคัญถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในอดีต แต่หากต้องมีการกล่าวถึงก็เพียงเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญมาประกอบในการตัดสินใจและหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาหารือร่วมกันเท่านั้น เนื่องจากปัญหาในอดีตนั้นนำมาซึ่งข้อขัดแย้งที่หากกล่าวถึงอาจจะเป็นการรื้อฟื้นอารมณ์ ทำให้การเจรจาไม่ประสบผลสำเร็จได้ จึงต้องพยายามแสวงหาการระงับข้อพิพาทสำหรับปัจจุบันและคำนึงถึงความสัมพันธ์ในอนาคต

ประการที่ 6 หลักการมีข้อมูลที่ครบถ้วน

คู่กรณีพิพาทจะต้องได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยไม่มีเงื่อนไข เนื่องจากบุคคลที่มีข้อมูลครบถ้วนเท่านั้น ที่จะอยู่ในสถานะที่จะสามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยได้อย่างเป็นธรรม สามารถแสวงหาทางออก ประเมินผลและยอมรับถึงข้อเสนอของคู่กรณีอีกฝ่ายได้ จึงจะสามารถระงับข้อพิพาทได้สำเร็จ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้ข้อมูลนี้ คู่กรณีพิพาทจะถูกเรียกร้องให้แสดงและอธิบายถึงประโยชน์ของตนให้ครอบคลุมครบถ้วน

2.1.4 ข้อความคิดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁸

การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยนั้น เป็นส่วนหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางเลือกมาจากภาษาอังกฤษว่า Alternative Dispute Resolution หรือตัวย่อ ADR

ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ได้รับอิทธิพลจากต้นแบบมาจากโครงการเจรจาต่อรองของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard Negotiation Project หรือตัวย่อ HNP) ซึ่งโครงการดังกล่าวเริ่มจัดทำขึ้นใน ค.ศ. 1979 ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาสตราจารย์ชาวอเมริกันสองท่าน คือ Roger Fisher และ William Ury ศาสตราจารย์ทั้งสองท่านมีจุดประสงค์ในการพัฒนาแนวคิดทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการระงับความขัดแย้ง (Conflict Resolution) และการเจรจาต่อรอง ซึ่งศาสตราจารย์ทั้งสองได้อธิบายว่า การเจรจาต่อรองที่ดีไม่ใช่แค่สามารถตกลงกันได้ระหว่างคู่กรณีเท่านั้น แต่การมีข้อตกลงที่ดีจะต้องตอบสนองความต้องการของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ อย่างมีความเป็นธรรมและยั่งยืน

ทั้งนี้ เพื่อให้มีข้อตกลงที่ดี จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การเจรจาต่อรองพื้นฐาน (Fundamental Principle of Negotiation)⁹ โดยได้อธิบายหลักสำคัญของการไกล่เกลี่ยไว้ 4 ประการ¹⁰ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้พัฒนาต่อมาเป็นข้อความคิดพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั่นเอง โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้ คือ

ประการที่ 1 การแยกกันของปัญหาข้อพิพาทและปัญหาส่วนบุคคลออกจากกัน

โดยทั่วไปหากมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท บุคคลแต่ละคนย่อมมีมุมมองเกี่ยวกับปัญหาเป็นการส่วนตัว ทำให้บุคคลนั้นปิดกั้นความเห็นของฝ่ายอื่น ดังนั้น เพื่อป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแยกระหว่างบุคคลและปัญหาออกจากกัน และการคำนึงถึงข้อเรียกร้องของตนเองและของคู่กรณีอีกฝ่ายนั้น เป็นการเปิดช่องในการมองข้อพิพาทในมุมอื่น การเริ่มต้นในการเจรจาจะสามารถเกิดขึ้นได้ หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ปิดกั้นความเห็นของคู่กรณีฝ่ายอื่นและมีความเข้าใจเบื้องต้น ย่อมนำไปสู่การอธิบายถึงความสัมพันธ์ของคู่กรณีพิพาทและการอธิบายถึงปัญหาข้อพิพาทนำไปสู่การเจรจากันในที่สุด¹¹

⁸ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. (2558). *พัฒนาการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของศาลปกครองไทยระหว่างปี พ.ศ. 2553 ถึง พ.ศ. 2558*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า. 19-23.

⁹ เทียนเงิน อุดระชัย. (2562). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ.* เผยแพร่ทาง Intranet. สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 4.

¹⁰ “Principled Negotiation – The Harvard Approach – Fisher & Ury,” Accessed February 14, 2019.

¹¹ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. *อั่งแล้วเชิงอรรถที่ 8*. หน้า. 23.

ประการที่ 2 การเจรจาต้องมุ่งเน้นไปที่ประโยชน์และความต้องการของกลุ่มพิพาท

พิจารณาถึงประโยชน์ที่แท้จริงที่อยู่เบื้องหลังของกลุ่มพิพาทว่า แท้จริงแล้วกลุ่มพิพาทมีความต้องการเช่นใด และมีความต้องการใดที่แอบแฝงอยู่ในการใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าว ในหลายกรณีปรากฏว่า ความต้องการพื้นฐานมีบทบาทต่อข้อขัดแย้ง อันได้แก่¹² ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การได้รับการยอมรับและความรู้สึกในการมีส่วนร่วมและการตัดสินใจได้ด้วยตนเอง เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วการเจรจาที่มีเป้าหมายให้ประโยชน์และความต้องการมีความสอดคล้องกันนั้นเป็นเรื่องง่ายกว่าการเจรจาให้สถานะทางกฎหมายมีความสอดคล้องกัน

ศาสตราจารย์ Roger Fisher และ ศาสตราจารย์ William เสนอความเห็นไว้¹³ หากต้องการทราบถึงความต้องการของกลุ่ม จะต้องมีการสอบถามสถานะหรือจุดยืนของกลุ่ม และกลุ่มต้องอธิบายความต้องการของตนเองอย่างชัดเจน ต่อมาจะมีการอภิปรายถึงความต้องการต่าง ๆ ของกลุ่ม โดยจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อหาทางออกของปัญหาที่เหมาะสมมากกว่าการเน้นย้ำถึงเหตุการณ์ในอดีต ทั้งนี้ แม้กลุ่มจะมีจุดยืนที่ชัดเจนถึงความต้องการของตน แต่ก็ควรเปิดกว้างถึงทางออกของปัญหาในรูปแบบอื่น ซึ่งอาจทำให้สถานะหรือจุดยืนของกลุ่มเปลี่ยนแปลงไปได้

ประการที่ 3 การแสวงหาทางเลือกและความเป็นไปได้ในการตัดสินใจเพื่อประโยชน์ของกลุ่ม

ในการระงับข้อพิพาทไม่จำกัดอยู่ที่วิธีการใดวิธีการหนึ่งเท่านั้น แต่ควรจะมีทางออก และความเป็นไปได้ในการวินิจฉัยปัญหาที่หลากหลาย โดยคำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่ม ทั้งนี้ จะต้องพึงระวังว่าในระหว่างการแสวงหาทางเลือกไขปัญหานั้น จะต้องไม่ยึดติดกับทางเลือกใดอย่างหนึ่ง หากแต่จะต้องหาทางเลือกเพื่อประโยชน์ของกลุ่มทุกฝ่ายประกอบกัน¹⁴

ประการที่ 4 หลักเกณฑ์พิจารณาที่เหมาะสมกับเรื่องที่พิพาท

เมื่อกลุ่มมีความต้องการในผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน กลุ่มควรใช้หลักเกณฑ์ทางภววิสัย (Objective Criteria) ในการแก้ไขปัญหาคำพิพาทที่แตกต่างกันนั้น โดยหลักเกณฑ์ทางภววิสัยนี้ต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่กลุ่มเห็นพ้องต้องกันว่าเหมาะสมที่จะใช้ในการแก้ไขปัญหานั้น ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องชอบด้วยกฎหมายและใช้ได้ทางปฏิบัติ เช่น วิธีทางวิทยาศาสตร์ มาตรฐานทางวิชาชีพหรือบรรทัดฐานทางกฎหมาย (Legal Precedent) อีกทั้ง กลุ่มทั้งสองฝ่ายต้องยินยอม

¹²ไพรัช โดสวัสดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 7.

¹³“Principled Negotiation – The Harvard Approach – Fisher & Ury,” p 4.

¹⁴สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า. 23.

พร้อมใจที่จะอยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย¹⁵ นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้การพิจารณาแก้ไขปัญหาเพื่อการระงับข้อพิพาทนี้ต้องไม่ก่อให้เกิดผู้แพ้หรือผู้ชนะเกิดขึ้น หากแต่จะต้องรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอันจะส่งผลดีต่อการรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันยาวนานของคู่กรณีต่อไป¹⁶

2.1.5 ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นกระบวนการที่ใช้แก้ปัญหาความขัดแย้งหรือระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคล ซึ่งมีความหมายตามความเห็นของนักวิชาการของต่างประเทศและของไทย มีดังนี้

พจนานุกรมของ Black' law ให้ความหมายของการไกล่เกลี่ยว่า คือการแทรกแซงหรือสอดแทรกของบุคคลที่สาม เพื่ออยู่ท่ามกลางบุคคลสองฝ่ายที่มีข้อพิพาท เพื่อชักจูงให้บุคคลที่มีข้อพิพาทปรับเปลี่ยนหรือตกลงในปัญหาข้อพิพาทได้ เป็นการตกลงกันในข้อพิพาทโดยการกระทำที่เป็นกลางหรือบุคคลที่เป็นกลาง

Christopher W. M.¹⁷ ให้ความเห็นว่าการไกล่เกลี่ย หมายถึง การแทรกแซงของบุคคลที่สามที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการยอมรับว่า เป็นกลางในการเจรจาหรือแก้ปัญหาความขัดแย้ง ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ เป็นผู้ช่วยเหลือคู่กรณีด้วยความสมัครใจ และสามารถตกลงกันในปัญหาความขัดแย้งร่วมกันได้

Henry J. Brown and Arthur L.¹⁸ ให้ความเห็นว่าการไกล่เกลี่ย คือ กระบวนการที่ส่งเสริมช่วยเหลือคู่กรณีด้วยบุคคลที่สามที่เป็นกลาง เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) เป็นบุคคลที่ช่วยให้คู่กรณีสามารถตกลงแก้ปัญหาข้อพิพาทของตนได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ ใดๆ ที่จะมผลผูกพันคู่กรณี แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะใช้กระบวนการ เทคนิค และความรู้ ความชำนาญต่าง ใดๆ ในการช่วยให้คู่กรณีเจรจาทกลงกันได้ข้อพิพาทที่มีอยู่โดยปราศจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาล

สำหรับประเทศไทยมีนักวิชาการหลายท่านให้ความเห็นหลากหลาย เช่น การไกล่เกลี่ย คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สาม (Third Party) ซึ่งเป็นคนกลางเข้ามาทำหน้าที่ช่วยเหลือ สนับสนุน แนะนำ เสนอแนะ เกลี่ยกล่อมคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ที่มีข้อพิพาทต่อกัน

¹⁵Principled Negotiation – The Harvard Approach – Fisher & Ury, p.6.

¹⁶ไพรัช ไตสวัสดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า. 6.

¹⁷Christopher W. Moore(1999).The Mediation Process Practice Strategies for Resolving Conflict.p15.

¹⁸Henry J. Brown and Arthur L. (1999). Marriott,ADR Principles and Practice.p.127, อ้างถึงใน สุรเชษฐ เณรบำรุง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 33. และอ้างถึงใน ชลภรณ์ เจริญรัตน์. (2558). *ปัจจัยการไกล่เกลี่ยชั้นบังคับคดี*. สารนิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 10.

เพื่อให้บรรลุข้อตกลงร่วมกันโดยสมัครใจของคู่กรณีทุกฝ่าย เป็นผลให้ข้อพิพาทนั้นเป็นอันระงับยุติไป ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่เป็นคนกลางกระตุ้นให้คู่กรณีตกลงกันง่ายขึ้น แต่ไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่กรณี และไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทเหมือนอนุญาโตตุลาการหรือตุลาการ การไกล่เกลี่ยเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งหากการไกล่เกลี่ยไม่เป็นที่พอใจคู่กรณีจะขอยกเลิกการไกล่เกลี่ยเมื่อใดก็ได้¹⁹

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) โดยทั่วไปหมายถึง กระบวนการที่คู่กรณีพิพาทระบุประเด็นข้อพิพาท แสวงหาทางเลือก พิจารณาทางเลือก และบรรลุข้อตกลงร่วมกันด้วยความช่วยเหลือของผู้ไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องไม่แสดงบทบาทเป็นที่ปรึกษาหรือเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดทั้งในส่วนเนื้อหาและผลอันเป็นการยุติข้อพิพาทและต้องไม่ให้คำแนะนำในผลยุติแห่งข้อพิพาทหรือกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อแสวงหาทางออกของปัญหา แต่ทำหน้าที่เพียงช่วยเหลือให้คู่กรณีได้พูดคุยเพื่อหาข้อยุติร่วมกัน²⁰

เมื่อพิจารณาความหมายดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า การไกล่เกลี่ย หมายถึง กระบวนการแก้ไขข้อพิพาท โดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องช่วยเหลือ เพื่อเสาะแสวงหาวิธีการ หรือแนะนำแนวทางเพื่อทำให้การเจรจาสามารถหาข้อยุติร่วมกัน โดยความสำคัญอยู่ที่ความยินยอมและความสมัครใจของคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสตกลงกันมากขึ้น เนื่องจากการมีคนกลางเข้ามาไกล่เกลี่ย จะช่วยให้การเจรจาต่อรองของคู่กรณีประสบผลสำเร็จมากยิ่งขึ้น โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ไม่มีหน้าที่ในการตัดสินว่า คู่กรณีฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูกต้องเช่นตุลาการทำให้สัมพันธภาพระหว่างคู่กรณีดีขึ้น แม้จะมีข้อขัดแย้งต่อกัน และหากการไกล่เกลี่ยไม่เป็นที่พอใจคู่กรณีจะขอยกเลิกการไกล่เกลี่ยเมื่อใดก็ได้

2.1.6 รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่วไปแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบใหญ่ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้²¹

1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในศาล (Mediation of disputes in court)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นหรือศาลที่สูงกว่าก็ได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นบุคคลภายนอกที่สมัครเป็นผู้ไกล่เกลี่ยในศาลนั้น หรืออาจเป็นผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ของศาล ซึ่งได้รับการฝึกอบรมด้านการไกล่เกลี่ย

¹⁹ ภาณุ รังสิสหัส. (2548). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมบทความการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทและความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง*. กรุงเทพฯ: สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 1-2.

²⁰ นาดาชา วศินดิลก ผลพฤกษ์. (2557). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง โดยศาลปกครอง*. นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า. 14-15.

²¹ นาดาชา วศินดิลก ผลพฤกษ์. *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 20. หน้า 17.

ข้อพิพาททำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยก็ได้ โดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ตั้งแต่ศาลมีคำสั่งประทับฟ้องหรือในเวลาใด ๆ ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ก่อนศาลมีคำพิพากษา ศาลเป็นผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยให้เมื่อศาลได้สอบถามความประสงค์ของคู่กรณีแล้ว ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำโดยผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย ผู้พิพากษาท่านนั้นไม่อาจร่วมเป็นองค์คณะตัดสินคดีนั้นได้อีก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือหรือคู่กรณีแจ้งความประสงค์ต่อศาลเพื่อขอให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงหากคู่กรณีตกลงกันได้ก็อาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันและขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมหรือคำสั่งตามที่ยอมความกันนั้น หรือคู่กรณีอาจถอนฟ้องก็ได้ ซึ่งจะทำให้ข้อพิพาทที่มีอยู่ระงับสิ้นไป แต่ในกรณีที่ไมอาจตกลงกันได้ก็จะต้องส่งสำนวนคดีกลับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีโดยศาล และศาลจะสืบพยานหลักฐานและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเฉพาะในประเด็นที่ตกลงกันไม่ได้เท่านั้น²²

2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายนอกศาล (Out of Court Mediation)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประเภทนี้อาจเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการฟ้องคดีหรือหากมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลแล้ว คู่กรณีก็ยังคงดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเองนอกศาล โดยศาลมิได้เป็นผู้ดำเนินการให้ไม่มีความเชื่อมโยงกับการพิจารณาคดีของศาล แต่เป็นการดำเนินการไกล่เกลี่ยโดยองค์กรอื่นภายนอกศาล และองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นอาจเป็นองค์กรภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ได้ ซึ่งคู่กรณีที่พิพาทจะตกลงให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลางช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาท โดยอาจดำเนินการเจรจาตกลงกันเองหรือมอบข้อพิพาทให้สำนักงานหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ก็ได้ เช่น ยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรมให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยให้ก็ได้

ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลประสบความสำเร็จ โดยทั่วไปคู่กรณีจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกัน ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่เดิมและผูกพันตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นใหม่หากเป็นการไกล่เกลี่ยก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล ถ้าคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความก็สามารถนำสัญญาดังกล่าวมาฟ้องร้องต่อศาลได้ แต่หากเป็นกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว หากคู่กรณีดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยกันเองนอกศาล ก็สามารถนำสัญญาประนีประนอม

²²รัตนลักษณ์ นาดินธิดา. (2551). *การไกล่เกลี่ยคดีปกครองโดยศาลปกครอง*. นิตยสารกรมทนายคดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 11.

ยอมความมาให้ศาลพิพากษาตามยอมหรืออาจถอนฟ้องก็ได้ ส่วนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลที่ไม่ประสบความสำเร็จนั้น คู่กรณีอาจต้องระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินคดีในศาล²³

ประเภทของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท²⁴

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการหรือเครื่องมือในการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยทั่วไปมีการแบ่งรูปแบบหลักของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออกเป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยแบบประเมินผล (Evaluative Mediation) มุ่งหมายไปที่การวิเคราะห์จุดแข็งและจุดอ่อนของข้อพิพาท ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทวิธีการนี้จะถูกใช้โดยผู้พิพากษา การไกล่เกลี่ยแบบประเมินผลนี้ บ่อยครั้งจะเริ่มจากการที่ผู้ไกล่เกลี่ยวิเคราะห์จุดแข็งและจุดอ่อนของข้อพิพาทหรือคดีของคู่กรณีแต่ละฝ่าย โดยไม่นิยมนำมาใช้ในกรณีของการระงับข้อพิพาทแบบกลุ่ม การประเมินผลในกรณีนี้ ในบางกรณีอาจรวมถึงการคาดการณ์ถึงผลของคดีหรือข้อพิพาท และบ่อยครั้งถึงขนาดมีการระบุอัตราร้อยละของโอกาสของความสำเร็จ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประเมินผลของความเสียหายของคดีในส่วนของผลที่จะเกิดขึ้น หากมีการดำเนินคดี การประเมินผลและการคาดการณ์จะถูกนำมาใช้เพื่อกระตุ้นคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายให้สามารถประนีประนอมและมีความใกล้ชิดกับสถานะของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมากขึ้น และในบางครั้งด้วยการประเมินผลและการคาดการณ์ของผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการยอมรับ อาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสถานะของคู่กรณีในการระงับข้อพิพาทได้

อย่างไรก็ดี ผลที่เกิดขึ้นของการไกล่เกลี่ยด้วยวิธีการนี้อาจปรากฏได้ ดังนี้

ประการแรก คู่กรณีไม่ยอมรับการประเมินผลของผู้ไกล่เกลี่ยและเชื่อว่าตนสามารถประสบความสำเร็จมากกว่าในการดำเนินคดี ประการที่สอง การให้คำปรึกษาในกรณีนี้อาจไม่ประสบความสำเร็จหากเทียบกับทักษะในการดำเนินคดีของทนายความ ประการสุดท้าย การมุ่งหมายในความสำเร็จที่อาจเกิดขึ้นในการดำเนินคดี อาจไม่ครอบคลุมถึงการแก้ไขปัญหาที่มากไปกว่าข้อเรียกร้องในทางกฎหมาย

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบอำนวยความสะดวก (Facilitative Mediation) เป็นการดำเนินการไกล่เกลี่ยที่แตกต่างจากการประเมิน โอกาสที่จะประสบผลสำเร็จในการดำเนินคดีโดยมุ่งหมายไปที่ผลประโยชน์ของคู่กรณีและไม่จำกัดเฉพาะความเป็นไปได้ในการระงับข้อพิพาท

²³รัตนลักษณ์ นาดนิตธาตา. อ่างแล้วจึงอรรดที่ 22. หน้า 12.

²⁴นรินทร์ อิศาร. (2558). *การสร้างระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย*. เผยแพร่ในระบบ Intranet สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 5.

ตามความเห็นของกลุ่มที่เท่ากันและมีลักษณะที่กว้างกว่า ในกรณีของการไกล่เกลี่ยแบบอำนาจการเจรจา ผู้ไกล่เกลี่ยจะเริ่มต้นด้วยการแสวงหาและทำความเข้าใจความต้องการของกลุ่มแต่ละฝ่าย

อย่างไรก็ดี การไกล่เกลี่ยแบบอำนาจการเจรจา ไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของทนายความหรือผู้พิพากษาส่วนใหญ่ที่คุ้นเคยกับการดำเนินคดี ด้วยการมุ่งเน้นในเรื่องของผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องมากกว่า ความถูกต้องตามกฎหมาย ผู้ไกล่เกลี่ยแบบอำนาจการเจรจาสามารถช่วยให้เกิดการแก้ไขปัญหาโดยสอดคล้องกับผลประโยชน์ของกลุ่มมากที่สุด

(3) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบฟื้นฟูความสัมพันธ์ (Transformative Mediation) มุ่งเน้นในเรื่องของความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างคู่กรณี แม้ว่าการไกล่เกลี่ยตามแบบนี้จะเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคล แต่ก็เหมาะสมกับการใช้เป็นเครื่องมือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับอารมณ์และความรู้สึกเป็นอย่างมาก ซึ่งโดยแท้จริงแล้วข้อพิพาทส่วนใหญ่ก็มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับอารมณ์และความรู้สึกของกลุ่มแต่ละฝ่ายที่เชื่อว่า คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ผิดและความรู้สึกหรืออารมณ์ดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการทำงานทางออกของข้อพิพาท การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบฟื้นฟูความสัมพันธ์นี้ ดำเนินการโดยการพูดคุยเจรจาโดยตรงระหว่างคู่กรณี โดยผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการสนับสนุนและให้ความช่วยเหลือในส่วนที่เกี่ยวกับความรู้สึกและการรับรู้ของกลุ่มในการพูดคุยเจรจากัน หากอารมณ์ความรู้สึกสูง กรณีย่อมเป็นไปได้ที่จะยุติปัญหาดังกล่าวได้ จนกว่าอารมณ์และความรู้สึกของกลุ่มจะลดลง การไกล่เกลี่ยแบบนี้จะเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่าย สามารถอธิบายตัวเองให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง และเมื่อแต่ละฝ่ายมีความสงบด้านอารมณ์และความรู้สึกแล้ว คู่กรณีอาจจะสามารถมุ่งเน้นเพื่อหาทางออกของปัญหาได้ดีกว่า ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องดำเนินการกับอารมณ์และความรู้สึกของกลุ่มเป็นลำดับแรก และเมื่อจัดการกับอารมณ์และความรู้สึกดังกล่าวเรียบร้อยแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยก็สามารถมาดำเนินการโดยมุ่งเน้นที่ผลประโยชน์ของกลุ่มต่อไปได้ ซึ่งในบางกรณีก็อาจสามารถตกลงแก้ไขปัญหาระหว่างคู่กรณีได้โดยง่าย

นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังแบ่งออกเป็นรูปแบบย่อยได้อีกหลายประเภทตามลักษณะการดำเนินการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท²⁵ ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบเอื้อกระบวนการ (Facilitative Mediation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามคำสั่งของศาล (Court-Ordered Mediation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อการเปลี่ยนแปลง (Transformative Mediation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทผสมกับอนุญาโตตุลาการ (Mediation-Arbitration) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mediation)

²⁵Katie Shonk, "Types of Mediation: Choose the Type Best Suited to Your Conflict", p.4.

ลักษณะของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่มีรูปแบบที่ตายตัว ขึ้นอยู่กับลักษณะการดำเนินงานของผู้ไกล่เกลี่ย รูปแบบของข้อพิพาทและความประสงค์ของคู่กรณี ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีลักษณะหลากหลายตามรูปแบบของการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ มีลักษณะสำคัญร่วมกัน (Common Core Feature) 4 ประการ²⁶ ดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีลักษณะเป็นกระบวนการตัดสินใจ (Mediation of Decision-Making Process)

เหตุที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีลักษณะเป็นกระบวนการตัดสินใจ เนื่องจากกระบวนการตัดสินใจมีความหมายกว้างกว่า “การระงับข้อพิพาท” หรือ “การยุติความขัดแย้ง” ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว จะเห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ได้ใช้ในการระงับข้อพิพาทเสมอไป ในบางครั้งอาจใช้การไกล่เกลี่ยเพื่อการป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาความขัดแย้งขึ้นก็ได้ อีกทั้งผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ไม่สามารถทำให้ข้อพิพาทยุติหรือระงับลงได้ทุกกรณี โดยในกระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีมีสิทธิที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นการตกลงที่จะระงับข้อพิพาทหรือการดำเนินการอื่นใดอันเกี่ยวกับข้อพิพาท เช่น อาจนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการทางศาลหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการต่อไปก็ได้ ฉะนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีลักษณะเป็นกระบวนการตัดสินใจเกี่ยวกับข้อพิพาทมากกว่าจะมีลักษณะเป็นเพียงกระบวนการระงับข้อพิพาทเท่านั้น

(2) มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องและช่วยเหลือคู่กรณีในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ลักษณะที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ จะต้อง มีบุคคลภายนอกเข้ามาช่วยเหลือคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยบุคคลภายนอกที่เข้ามาในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ จะเรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) ซึ่งบุคคลดังกล่าวต้องมีความเป็นกลางเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ปราศจากอคติต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การมีผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาช่วยกระตุ้นให้คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ นี้ ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแตกต่างจากการเจรจาต่อรอง (Negotiation) ซึ่งกรณีการเจรจาต่อรองนั้น คู่กรณีจะดำเนินการเจรจาต่อรองกันด้วยตนเอง โดยไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ การมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในลักษณะของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังมีความแตกต่างจากการประนอมข้อพิพาท (Conciliation) เนื่องจากผู้ประนอมจะมีบทบาทมากกว่าผู้ไกล่เกลี่ยในการช่วยเหลือให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลงร่วมกัน

²⁶Laurence Boulle AM, Mediation Principle, Process, Practice, 3rd Edition, (Chatswood: LexisNexis Butterworths, 2011), pp. 26-27.

โดยผู้ประνομมีบทบาทเป็นที่ปรึกษาให้แก่คู่กรณี กำหนดประเด็นให้แก่คู่กรณี รวมทั้งมีบทบาทสนับสนุนให้คู่กรณีสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยผู้ประโนมจะให้คำแนะนำในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญในประเด็นพิพาทแห่งคดี

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทในการไกล่เกลี่ยได้

ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือ แนะนำ และชี้แนะหาหนทางแก้ไขปัญหาให้แก่คู่กรณี เพื่อให้คู่กรณีสามารถเจรจาตกลงและตัดสินใจเกี่ยวกับข้อพิพาทได้ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ ดังเช่นตุลาการผู้พิพากษาหรือนุญาโตตุลาการ ความเห็นและคำแนะนำของผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีผลผูกพันคู่กรณี ให้ต้องปฏิบัติตาม การที่คู่กรณีตกลงตัดสินใจระงับข้อพิพาทหรือไม่ขึ้นอยู่กับความตกลงกันระหว่างคู่กรณีเอง

(4) ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นไปตามความตกลงร่วมกันของคู่กรณี

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความแตกต่างจากการประνομข้อพิพาท การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีทางอนุญาโตตุลาการ และการพิจารณาคดีโดยศาล ในลักษณะที่คู่กรณีจะต้องมีความรับผิดชอบในการเจรจาปัญหาในข้อพิพาท โดยคู่กรณีเปรียบเสมือนผู้มีอำนาจควบคุมกระบวนการพิจารณาและมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับผลของกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง ซึ่งหมายความว่า ผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นไปตามความพึงพอใจร่วมกันของคู่กรณีและคู่กรณีต้องยอมรับผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยด้วย²⁷

2.1.7 ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่มีขั้นตอนที่แน่นอนชัดเจน โดยขั้นตอนต่าง ๆ สามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความต้องการของคู่กรณีและความเหมาะสมของข้อพิพาท²⁸ อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่วไปจะดำเนินการตามขั้นตอน²⁹ ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนที่ 1 ขั้นตอนการเตรียมการ

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนก่อนที่จะเริ่มมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สารสำคัญของขั้นตอนนี้อยู่ที่ความสมัครใจของคู่กรณี (Mutual Consent) ไม่ว่าจะเป็นความสมัครใจในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือความสมัครใจที่จะยอมรับผลของการไกล่เกลี่ย โดยเบื้องต้นนั้นก่อนจะเริ่มมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ต้องมั่นใจว่าคู่กรณีตกลงกันให้มีการไกล่เกลี่ย และเมื่อมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยต้องเตรียมการอันเกี่ยวข้องกับและสอดคล้องกับข้อพิพาทพิจารณาและประเมินว่าข้อขัดแย้งดังกล่าวนั้นสามารถระงับหรือแก้ไขด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่

²⁷ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า. 24.

²⁸ Dwight Golann and Jay Folberg, supra note 7, p.90.

²⁹ ไพรซ์ โดสวัสดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 8-14.

โดยพิจารณาจากสำนวนและเอกสารอื่น ๆ ประกอบกัน รวมถึงข้อมูลที่ได้จากการสอบถามคู่กรณี นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยยังต้องดำเนินการเตรียมการไกล่เกลี่ยในเรื่องต่าง ๆ เช่น เวลา สถานที่ รวมไปถึง ผู้ไกล่เกลี่ยควรทำความเข้าใจกับคู่กรณีล่วงหน้าในบางประเด็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ไกล่เกลี่ยควรชี้แจงและให้ความรู้เบื้องต้นแก่คู่กรณีเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้น รวมทั้งควรชี้แจง ปัญหาและอุปสรรคในกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อให้คู่กรณีหลีกเลี่ยงการดำเนินการเช่นนั้น³⁰

ขั้นตอนที่ 2 ขั้นตอนการเริ่มกระบวนการและจัดทำข้อตกลงร่วมกัน

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนการวางแผนและกำหนดกฎกติกา (Protocol) ร่วมกัน ผู้ไกล่เกลี่ยจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทพูดคุยกับผู้ไกล่เกลี่ยก่อนเริ่มกระบวนการเพื่อตกลงกำหนดกติกาในการไกล่เกลี่ยว่าจะดำเนินขั้นตอนการไกล่เกลี่ยอย่างไร ให้เหมาะสมกับข้อพิพาทแต่ละเรื่อง กรอบระยะเวลาของการไกล่เกลี่ย สถานที่ที่ใช้ในการไกล่เกลี่ย ผู้เข้าร่วมไกล่เกลี่ย ข้อมูลใดที่สมควรเปิดเผยได้ รวมทั้งประเด็นที่ผู้ไกล่เกลี่ยควรระมัดระวังซึ่งไม่ได้กล่าวไว้ในเอกสารข้อมูลคดีที่ส่งมาให้ผู้ไกล่เกลี่ยก่อนหน้านี้³¹ นอกจากนี้ ยังสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะใช้ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยร่วมกัน เช่น การวางตัวของคู่กรณี การสนทนาระหว่างคู่กรณี การให้ข้อมูลของคู่กรณี และข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย และในการกำหนดการประชุมนั้น³² ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถประชุมกับคู่กรณีแต่ละฝ่ายแยกจากกัน (Private Session) หรือผู้ไกล่เกลี่ยอาจประชุมกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งเรียกว่า Caucusing หรือการประชุมร่วมกัน (Joint Session) และการที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะเลือกใช้วิธีการประชุมแบบใดในการไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องพิจารณาตามความเหมาะสมว่าจะดำเนินการประชุมแบบใด เมื่อใด และการที่คู่กรณีมาประชุมด้วยตนเองทุกครั้งย่อมเป็นปัจจัยสำคัญที่จะช่วยให้กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นไปได้อย่างกระชับและตรงประเด็น

ทั้งนี้ เนื่องจากขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนแรกที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้พบคู่กรณี ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยต้องแสดงให้คู่กรณีเห็นถึงความเป็นกลางเพื่อทำให้คู่กรณีเกิดเชื่อมั่นและไว้วางใจต่อผู้ไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ในขั้นตอนนี้ผู้ไกล่เกลี่ยควรให้ความสำคัญถึงการแสดงข้อความคิดของคู่กรณีที่มีต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อีกทั้งควรพึงระวังว่าขั้นตอนนี้ไม่ใช่ขั้นตอนในการพิจารณาถึงเนื้อหาของข้อพิพาทแต่อย่างใด ในท้ายที่สุดของขั้นตอนนี้จะมีการจัดทำข้อตกลงหรือสัญญาว่าด้วยกฎกติกาที่ใช้ในการดำเนินการไกล่เกลี่ย โดยต้องมีข้อความที่ระบุเจตนาของคู่กรณีที่ประสงค์จะระงับ

³⁰ Dwight Golann and Jay Folberg, *supra* note 7, p.90.

³¹ Jessica A. Stepp, "How Does The Mediation Process Work?," Accessed February 27, 2019,

³² สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2559). *การไกล่เกลี่ยสโตร์เปปเปอร์ไอนด์ Straus Institute for Dispute Resolution Pepperdine University School of Law*. กรุงเทพฯ: ธนาพรส. หน้า.115-118.

ข้อพิพาทระหว่างกันและยังระบุสิทธิหน้าที่ระหว่างกันของคู่กรณีด้วย³³

ขั้นตอนที่ 3 ขั้นตอนการรวบรวมประเด็น

ในขั้นตอนนี้เป็นการรวบรวมประเด็นข้อพิพาทที่จะนำมาพิจารณา โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วยเหลือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้เข้าใจประเด็นความคิดทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท ว่ามีเรื่องใดบ้าง ผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามให้คู่กรณีกล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทของฝ่ายตนให้ได้มากที่สุด คู่กรณีจะได้รับโอกาสในการอธิบายหรือหยิบยกประเด็นที่เห็นว่าควรนำมาพิจารณาร่วมกัน ซึ่งคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะมีเวลาในการพูดที่เท่าเทียมกัน เพื่อป้องกันช่องว่างของข้อมูลและความเข้าใจผิด

หน้าที่สำคัญของผู้ไกล่เกลี่ยในขั้นตอนนี้คือ การเรียบเรียงข้อมูลที่คู่กรณีได้ยกขึ้นมาเป็นประเด็น โดยเขียนรวบรวมไว้บนกระดานและในตอนท้ายของขั้นตอนนี้คู่พิพาทจะต้องตกลงกันว่าประเด็นใดที่จะถูกนำมาไกล่เกลี่ยเป็นลำดับแรกและลำดับถัดไปจนถึงลำดับสุดท้าย

ขั้นตอนที่ 4 ขั้นตอนการแสดงผลประโยชน์

ขั้นตอนนี้ถือเป็นหัวใจของการไกล่เกลี่ย โดยในขั้นตอนนี้จะเป็นการค้นหาผลประโยชน์ ความต้องการ แรงจูงใจ และความประสงค์ที่แท้จริงของคู่กรณีที่อยู่เบื้องหลังสถานะในทางกฎหมายของคู่กรณี โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะนำข้อมูลที่ได้จากขั้นตอนที่ 3 มาพูดคุยสอบถามถึงความต้องการที่แท้จริงซึ่งอยู่เบื้องหลังข้อพิพาทและประเด็นต่าง ๆ เมื่อคู่กรณีได้รับการสอบถามแล้ว คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะได้รับโอกาสทบทวนและทำความเข้าใจความต้องการที่แท้จริงของตนเอง หรือสิ่งที่ยังต้องแก้ไข โดยคู่กรณีต้องแสดงหรือเปิดเผยถึงผลประโยชน์หรือความต้องการของตนเอง หรือสิ่งที่ต้องการให้อีกฝ่ายยอมรับ ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีหน้าที่สำคัญในการสนับสนุนการค้นหาประโยชน์ของคู่กรณีให้บรรลุผลโดยใช้เทคนิคในการติดต่อสื่อสารและการตั้งคำถาม ขั้นตอนนี้จะช่วยทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบและเข้าใจความต้องการของคู่กรณีอีกฝ่ายได้³⁴

ขั้นตอนที่ 5 ขั้นตอนการเสนอและรวบรวมทางเลือก

การแสวงหาทางเลือกของการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยต้องแสดงให้เห็นว่ามีทางเลือกในการระงับข้อพิพาทที่หลากหลาย ซึ่งคู่กรณีสามารถเลือกผลลัพธ์ที่จะนำสู่การระงับข้อพิพาทร่วมกันและอาจใช้ในการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีเพื่อทำสัญญาระงับข้อพิพาทต่อไป ผู้ไกล่เกลี่ยจะดำเนินการในขั้นตอนนี้โดยใช้การระดมความคิด (Brainstorming) จากคู่กรณีทุกฝ่ายเพื่อแสวงหาทางเลือกที่เป็นไปได้³⁵ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องแสดงบทบาทในลักษณะกระตุ้นให้คู่กรณีเสนอทางเลือกที่

³³ไพรัช โดสวัสดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า. 10.

³⁴ไพรัช โดสวัสดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 11.

³⁵Jessica A. Stepp, supra note 34. อ้างถึงใน เทียนเงิน อุดระชัย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 8.

คิดว่าสามารถตอบสนองความต้องการของตนได้ เมื่อรวบรวมทางออกของทั้งสองฝ่ายแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจะให้คู่กรณีพิจารณาทางออกของอีกฝ่ายว่าตนสามารถยอมรับได้มากน้อยเพียงใด เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ทราบความเห็นที่คู่กรณีอีกฝ่ายมีต่อทางออกของตนแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถนำข้อมูลที่ได้ไปใช้เป็นกรอบในการดำเนินการหาทางออกร่วมกันระหว่างคู่กรณีได้³⁶

ขั้นตอนที่ 6 ขั้นตอนการเจรจาต่อรองและทำข้อตกลง

ในขั้นตอนนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องวางตนเป็นกลางจะทำหน้าที่เพียงชี้แนะให้เห็นถึงทางเลือกหรือทางออกของแต่ละฝ่าย และเปิดโอกาสให้คู่กรณีเป็นผู้เจรจาต่อรองกันให้มากที่สุด พร้อมทั้งชี้ให้เห็นความเห็นของฝ่ายตรงข้ามที่ปรากฏในขั้นตอนที่ผ่านมา และเมื่อคู่กรณีสามารถตกลงกันเกี่ยวกับข้อพิพาทได้ ไม่ว่าจะสามารถระงับข้อพิพาทได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้ไกล่เกลี่ยจะจัดทำข้อตกลงระหว่างคู่กรณีที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ข้อตกลงระหว่างคู่กรณีนั้นต้องมีความชัดเจน มีกรอบระยะเวลาที่แน่นอนในการดำเนินการตามข้อตกลงสามารถเกิดขึ้นได้จริง รวมทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องยอมรับที่จะนำไปปฏิบัติตามด้วย เมื่อการเจรจาลิ้นสุดไม่ว่าด้วยเหตุใด ผู้ไกล่เกลี่ยต้องจัดให้มีการประชุมทุกฝ่ายร่วมกันเพื่อยุติกระบวนการไกล่เกลี่ย ในบางกรณีการที่คู่กรณีไม่อาจบรรลุข้อตกลงเพื่อประนีประนอมยอมความกันได้ ไม่ได้หมายความว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยที่ทำมานั้นจะล้มเหลวเพราะเป้าหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็เพื่อทำให้เกิดข้อตกลงประนีประนอมยอมความที่สมเหตุสมผล หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งวิเคราะห์ด้วยเหตุผลแล้วว่า ข้อเสนอต่าง ๆ ไม่ได้ทำให้ตนได้รับประโยชน์ดีไปกว่าการไม่มีข้อตกลงเลย (BATNA³⁷ หรือ EATNA³⁸) ผู้ที่เกี่ยวข้องควรเคารพในการตัดสินใจของคู่กรณีฝ่ายนั้น โดยไม่ควรตำหนิกล่าวร้ายหรือมีทัศนคติที่ไม่ดีต่อกัน ทั้งนี้ ในกรณีที่คู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ทั้งหมดแต่อาจตกลงกันได้บางส่วน มีผลให้ความแตกต่างระหว่างคู่กรณีแคบเข้าหากันมากขึ้น และนำข้อพิพาทไปประนีประนอมด้วยกระบวนการ

³⁶ไพรัช โดสวัสถ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า. 12-13.

³⁷BATNA ย่อมาจาก Best Alternative to a Negotiated Agreement หมายถึง ทางเลือกที่ดีที่สุดที่คนผู้นั้นจะได้รับ หากไม่มีการเจรจา หรือเจรจาแล้วไม่อาจตกลงกันได้ ปรากฏในหนังสือที่ขายดีที่สุดในปี ค.ศ. 1981 ที่ชื่อว่า Getting to Yes: Negotiating Without Giving In ของ Roger Fisher and William Ury , สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33, หน้า.115-118.

³⁸EATNA ย่อมาจาก Estimated Alternative to a Negotiated Agreement หมายถึง ในความเป็นจริงนั้นคู่เจรจาแต่ละฝ่ายอาจไม่มีทางเลือกอื่นที่ดีที่สุดอยู่จริง แต่เขาเชื่อว่ามี อันเป็นเรื่องของการประเมินว่ามีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าการเจรจาตกลงกันหรือไม่, อนันต์ จันทโรภากร, (2558). *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า. 9-10.

อย่างอื่นได้ ดังนั้น ไม่ว่าคู่กรณีจะสามารถตกลงกันได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ควรมีการจัดทำ ความตกลงดังกล่าวเป็นหนังสือเพื่อยินยอมผูกพันตามที่ได้ตกลงกันได้

ภายหลังการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะยังมีบทบาทต่อไปอย่างไม่เป็นทางการใน การเป็นคนกลางที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะได้อาศัยเป็นช่องทางในการติดต่อสื่อสารถึงกันหรืออาจจะ เป็นผู้ประสานให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีแรงบันดาลใจที่จะยุติข้อพิพาทได้ในท้ายที่สุดในการที่ การไกล่เกลี่ยไม่สามารถทำให้คู่กรณียุติข้อพิพาทระหว่างกันได้ทั้งหมด

ทั้งนี้ ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยของผู้ไกล่เกลี่ยผู้ไกล่เกลี่ยสามารถใช้เทคนิค และวิธีการในการไกล่เกลี่ย เช่น การซักถาม (Questions) การฟังอย่างตั้งใจและการใช้ภาษาภายใน การสื่อสาร (Active Listening and Forms of Non-Verbal Communication) การควบคุมกระบวนการ ไกล่เกลี่ย (Control of Mediation Process) การวิเคราะห์จำนวนเงินที่เรียกร้อย (Quantitative Analysis) การมีผู้ไกล่เกลี่ยหลายคน (Co-Mediators) การจัดทำข้อเสนอเพื่อการยุติข้อพิพาท (Substantive Proposal) การโน้มน้าวคู่กรณี (Persuasion) เป็นต้น³⁹

2.1.8 ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีบุคคลที่สามที่ทำหน้าที่เป็นคนกลาง เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย อาจเป็นบุคคลที่ศาลแต่งตั้ง เจ้าหน้าที่ศาลหรือตุลาการก็ได้ มีรายละเอียด ดังนี้

ความหมายของผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator)

ผู้ไกล่เกลี่ย⁴⁰ หมายถึง บุคคลที่สามที่เป็นคนกลาง มีความอิสระและไม่มีอำนาจในการตัดสิน หรือวินิจฉัยข้อพิพาท โดยบุคคลดังกล่าวเป็นผู้นำคู่กรณีในกระบวนการไกล่เกลี่ย เนื่องจากในการเจรจา ต่อรองกันระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย มักจะเกิดปัญหาเข้ามาแทรกแซง ทำให้เกิดการสื่อสารกัน ไม่เข้าใจ ความไม่เชื่อถือ ไม่ไว้วางใจต่อกันหรือความไม่เข้าใจกฎหมาย หรือไม่เข้าใจประเด็น ปัญหาที่ต่างฝ่ายต่างต้องการ หรือเกิดความไม่พอใจต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งล้วนแล้วทำให้เกิด อุปสรรคในการเจรจาต่อรอง ทำให้ทั้งสองฝ่ายเจรจากันไม่ประสบผลสำเร็จ ก่อให้เกิดข้อพิพาทขึ้น การมีคนกลางเป็นบุคคลที่สามเข้ามาทำหน้าที่ในการติดต่อสื่อสารจะทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ตกลงกันได้ ซึ่งหากไม่มีคนกลางเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว ก็อาจเป็นการยากที่คู่กรณีจะสามารถ เจรจาทกลงกันได้ โดยคนกลางมีหน้าที่เพียงแปลข้อความ แนะนำ เสนอแนะ หรือชี้ให้เห็นถึง เรื่องราวที่พิพาทในกรณีที่ไม่มีความคืบหน้าในการเจรจา แต่ไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทและ ช่วยให้ผู้กรณีมองเห็นทางออกของปัญหา เพื่อกระตุ้นให้เกิดการแก้ไขข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว

³⁹อนันต์ จันทร์ โอภากร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า. 35-37.

⁴⁰ภาณุ รังสีสหัส. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 28.

มากยิ่งขึ้น ซึ่งคนกลางที่เข้ามาทำหน้าที่นี้ เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่ช่วยลดข้อขัดแย้ง ช่วยแก้ไขปัญหาให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย และช่วยให้ข้อพิพาทยุติลงอย่างฉันทามติภาพ

บทบาทและหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย⁴¹

เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีพื้นฐานอยู่ที่ความสมัครใจของคู่กรณีเป็นสำคัญ การที่จะชักจูงให้คู่กรณีตกลงที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไว้วางใจตน โดยสร้างความน่าเชื่อถือ อธิบายบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีเข้าใจ แสดงให้คู่กรณีเห็นจุดมุ่งหมายของการไกล่เกลี่ยและแสดงออกถึงความเป็นกลาง ความตั้งใจในการจัดการข้อพิพาท และเคารพในความคิดเห็นของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ให้ความเสมอภาคระหว่างคู่กรณี และทำความเข้าใจในเรื่องต่างๆที่เกิดขึ้นของคู่กรณี การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยนั้นจะขึ้นอยู่กับประเด็นปัญหาข้อพิพาทและสภาพของความขัดแย้ง หากมองภาพรวมของการปฏิบัติแล้วสามารถแบ่งออกได้ 3 ลักษณะ คือ

(1) หน้าที่ในการกำหนดการประชุม การควบคุมการประชุม ชักจูงสร้างบรรยากาศในการประชุมให้เป็นไปอย่างราบรื่น

(2) หน้าที่ในการประสานการเจรจาระหว่างคู่กรณี เพื่อให้การเจรจาในเรื่องนั้นดำเนินการต่อไป ขจัดการเจรจาที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทต่อไป รักษาการเจรจาให้เป็นไปอย่างเปิดเผยและชัดเจน ช่วยให้คู่กรณีเข้าใจตรงกันในเรื่องที่ต้องการสื่อสาร

(3) หน้าที่ในเนื้อหาของเรื่องที่ไกล่เกลี่ย กำหนดความสำคัญของประเด็นข้อพิพาท กำหนดลำดับการเจรจาในแต่ละประเด็น ทำหน้าที่ในการควบคุมการเจรจาช่วยส่งเสริมให้คู่กรณีแสวงหาทางออกร่วมกันเพื่อให้สามารถดำเนินการเจรจาดตกลงกันได้โดยสำเร็จ

นอกจากนั้น Christia Bühring-Uhle เห็นว่า บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีบทบาทอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายประการขึ้นอยู่กับพฤติกรรมแห่งข้อพิพาทแต่ละกรณี ซึ่งบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีดังนี้⁴²

(1) เป็นผู้จัดเวทีในการเจรจาให้กับคู่กรณี (Forum for Discussion)

ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้อำนวยความสะดวกและดูแลในเรื่องสถานที่ให้คู่พิพาทได้มีโอกาสเจรจากันในเวทีที่เป็นกลางเพื่อหาทางยุติข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ทั้งนี้ เพราะในบางกรณีเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่พิพาทแต่ละฝ่ายอาจจะไม่ประสงค์ที่จะเป็นผู้เริ่มต้นในการเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่ง และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะมีบรรยากาศตึงเครียดระหว่างคู่พิพาท ทำให้คู่พิพาทไม่สามารถเจรจาได้เองโดยตรงแม้แต่เรื่องเล็กน้อยๆ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีคนกลางเข้ามาทำหน้าที่ในเบื้องต้น

⁴¹อนันต์ จันทโรภากร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 30

⁴²อนันต์ จันทโรภากร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 31-35.

เพื่อช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกให้แก่คู่พิพาท

(2) เป็นผู้ดำเนินการประชุมเพื่อการศึกษาหารือกัน (Moderator of Discussion)

ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ลดความตึงเครียดระหว่างคู่พิพาทและคอยดูแลไม่ให้ข้อพิพาทนั้นลุกลามขยายกว้างไปจากที่เป็นอยู่ นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยยังเป็นผู้คอยดูแลรักษายบรรยากาศให้อบอุ่นและเป็นมิตรแก่คู่พิพาท หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของการเป็นผู้ดำเนินการประชุมให้กับคู่พิพาท คือ การทำให้เกิดความชัดเจนในข้อเท็จจริงและประเด็นต่างๆ ที่จะต้องเตรียมเจรจาต่อกัน พร้อมทั้งจัดลำดับประเด็นเหล่านั้นให้กับคู่พิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยจึงจำเป็นที่จะต้องดูแลไม่ให้คู่พิพาทก่อความสับสนหรือออกนอกประเด็นที่จะต้องเจรจากัน นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยยังสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงมุมมองของคู่พิพาทจากที่มักจะมองแต่ภูมิหลังและความเป็นมาของข้อพิพาทเป็นหลัก ให้หันมามองข้างหน้ามองอนาคตของความสัมพันธ์อันดีของทั้งสองฝ่ายและหาทางออกในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นร่วมกันแทนที่จะผูกติดอยู่กับเรื่องราวในอดีต

(3) เป็นสื่อในการระบายออกของการแสดงความรู้สึกทางอารมณ์และความกดดันของคู่พิพาท (Lightning rod of Emotion)

ผู้ไกล่เกลี่ยต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายได้พูดถึงความรู้สึกของตนที่มีอยู่ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งออกมา โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะคอยควบคุมไม่ให้มีการใช้ถ้อยคำที่ไม่เหมาะสม รุนแรง เสียดสีหรือเหยียดหยามซึ่งกันและกัน ซึ่งจะทำให้เสียบรรยากาศที่เป็นมิตร ผู้ไกล่เกลี่ยต้องคอยระมัดระวังไม่ให้เกิดการใช้อารมณ์เข้าหากันหรือเกิดการโต้เถียงที่รุนแรง มิฉะนั้นข้อพิพาทจะบานปลายและลุกลามมากขึ้นยากต่อการแก้ไข ถ้ามีแนวโน้มว่าจะเกิดกรณีเช่นนี้นั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเข้าแทรกแซงและอาจจะให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสระบายความในใจออกมาโดยใช้การประชุมแบบ Caucusing

(4) เป็นช่องทางในการสื่อสารหรือเป็นล่ามแปลความให้แก่ทั้งสองฝ่าย

(Communication Channel or Translator)

บทบาทที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ไกล่เกลี่ยคือการเป็นสื่อกลางหรือช่องทางการประสานให้แก่ทั้งสองฝ่ายได้เข้าใจซึ่งกันและกันโดยผ่านผู้ไกล่เกลี่ย รวมทั้งอาจจะเสนอความคิดเห็นหรือจัดทำข้อเสนอเพื่อการยุติข้อพิพาทโดยผ่านผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าซึ่งกันและกัน

(5) เป็นผู้เร่งปฏิกิริยาให้คู่พิพาทยุติข้อพิพาท (Catalyst)

ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถที่จะทำให้คู่พิพาทได้เข้าถึงต้นตอของปัญหาข้อพิพาทและผลประโยชน์อันพึงมีร่วมกันของทั้งสองฝ่าย การเน้นที่การแก้ปัญหาก็จะทำให้คู่พิพาทมองไปในอนาคตมากกว่าที่จะจมปลักอยู่กับอดีตที่ขัดแย้งกันและจะทำให้เกิดแรงบันดาลใจแก่คู่พิพาทที่จะ

หาทางออกเพื่อประโยชน์ร่วมกันทั้งสองฝ่าย

(6) เป็นที่ปรึกษาแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย (Advisor)

ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะเข้าใจจุดยืนและผลประโยชน์อันแท้จริงของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถมองเห็นขอบเขตที่เป็นไปได้ที่จะนำไปสู่ความตกลงกันของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

(7) เป็นผู้สะท้อนสภาพความเป็นจริงให้แก่คู่พิพาท (Agent of Reality)

เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลภายนอกข้อพิพาท ดังนั้นผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีมุมมองที่กว้างกว่าคู่กรณี บางครั้งคู่พิพาทอาจเรียกร่องเกินไปจากสภาพความเป็นจริง ผู้ไกล่เกลี่ยอาจชักนำให้คู่พิพาทวิเคราะห์และประเมินข้อเรียกร้องของตนให้สอดคล้องกับความเป็นจริงและสมเหตุสมผล

(8) เป็นหน้าพนักไฟให้แก่คู่พิพาท (Scapegoat)

จิตวิทยาประการหนึ่งของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคือการรักษาหน้าให้แก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย บางครั้งคู่พิพาทอาจจะรู้สึกเสียหน้าที่จะต้องยอมลดความต้องการให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง .กรณีนี้อาจมอบหมายให้ผู้ไกล่เกลี่ยจัดทำข้อเสนอเพื่อยุติข้อพิพาท เพื่อจะได้อ้างว่าตกลงยอมรับข้อเสนอตามที่ผู้ไกล่เกลี่ยจัดทำไม่ใช่เพราะตนเองอ่อนข้อให้แก่อีกฝ่าย

(9) เป็นผู้ยกร่างความตกลงให้แก่คู่พิพาท (Draftsman)

เมื่อคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันได้เพื่อยุติข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นผู้ทำการยกร่างความตกลงดังกล่าวให้แก่คู่กรณี เพื่อมิให้มีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายซ่อนเร้นทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบ

(10) ติดตามว่ามีการปฏิบัติตามข้อตกลงหรือไม่ (Compliance Monitor)

คู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงกันได้แล้ว คู่กรณีอาจร้องขอให้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ติดตามว่าคู่กรณีต่างปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ตกลงทำไว้ได้ถูกต้องครบถ้วนแล้วหรือไม่

คุณสมบัติและจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การกำหนดคุณสมบัติและความสามารถของบุคคลที่สมควรจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยนั้นยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ เพราะข้อพิพาทแต่ละคดีมีข้อเท็จจริงแตกต่างกัน ข้อกฎหมายแตกต่างกัน พื้นฐานและความเป็นมาของข้อพิพาทต่างกัน ดังนั้นหน้าที่สำคัญของผู้ไกล่เกลี่ยคือช่วยเหลือสนับสนุนการเจรจาระหว่างคู่กรณีเพื่อให้เห็นแนวทางในการแก้ไขปัญหานำไปสู่การระงับข้อพิพาท

การทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการระงับข้อพิพาททางเลือก เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณียังคงสมานฉันท์ต่อกัน ผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องตระหนักถึงบทบาทและหน้าที่ของตนเอง ต้องระมัดระวังตนไม่ทำตนเป็นตัวแทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง

และปราศจากอคติต่อคู่กรณี มีความเมตตาต่อคู่กรณี⁴³ เป็นคุณสมบัติสำคัญที่ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีก่อนเป็นอันดับแรก ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีความเมตตาต่อคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่าย ไม่เลือกข้างเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ขัดหรือตัดบทเรื่องที่คู่กรณีพิพาทกำลังพูดทำนองวิจารณ์คำหาญ เนื่องจากหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยคือต้องโน้มน้าวให้คู่กรณีพิพาทเล่าเรื่องราวของฝ่ายตน โดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องใช้หลักของหัวใจไม่ใช่กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ ความเมตตาที่หวังจะให้คู่กรณีกลับมาสมานฉันท์กัน ปลอดภัยทุกซ์ที่เกิดจากข้อพิพาทได้

ผลเสียของการไม่มีจริยธรรม คือ คู่กรณีพิพาทจะไม่ให้ความไว้วางใจในกระบวนการไกล่เกลี่ย และทำให้การไกล่เกลี่ยไม่ได้รับความนิยม ทั้งนี้หากคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันได้จะเป็นผลดีแก่คู่กรณีมากกว่าการดำเนินคดีในศาล

คุณสมบัติที่สำคัญของผู้ที่จะมาทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยจึงควรเป็นประโยชน์และช่วยให้การไกล่เกลี่ยประสบผลสำเร็จ โดยมีคุณสมบัติที่สำคัญ ดังนี้

1) มีความเป็นกลาง⁴⁴

ความเป็นกลางเป็นหัวใจสำคัญอีกประการหนึ่ง ของการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วคู่กรณีพิพาทย่อมต้องการบุคคลที่เป็นกลาง มารับฟังปัญหาและแก้ไขข้อขัดแย้งของตนเอง ความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยจะแตกต่างจากความเป็นกลางของผู้พิพากษา

สำหรับผู้พิพากษานั้นจะยึดถือด้วยทฤษฎีความเป็นที่ตั้งในการดำรงความเป็นกลาง โดยไม่สนใจความพึงพอใจของคู่กรณี ซึ่งผู้พิพากษาจะต้องตัดสินใจไปตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ปรากฏในคดี การตัดสินใจจะต้องมีผู้แพ้คดี - ผู้ชนะคดี แต่สำหรับการไกล่เกลี่ยนั้น จะไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้คดีจะมีแต่ผู้ได้รับประโยชน์ ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่มีอำนาจชี้ขาดตัดสินคดี โดยจะต้องทำหน้าที่เป็นกลาง รับฟังความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณี ต้องไม่เป็นผู้ได้รับผลกระทบรวมถึงไม่มีประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งดังกล่าว และจะต้องช่วยหาข้อสรุปที่ทั้งสองฝ่ายพอใจจนสามารถตกลงกันได้ ไม่ได้ยึดข้อเท็จจริงในคดีเป็นสิ่งสำคัญหรือข้อกฎหมายก็ใช้อ้างอิงเพียงประกอบการตัดสินใจของคู่กรณีเท่านั้น ปราศจากอคติ ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ข้อเสนอในการที่จะแนะนำให้ตกลงกันต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์ทั้งสองฝ่ายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องความเป็นกลางนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเข้าใจถึงความต้องการของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เมื่อคู่กรณีรับรู้ได้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยเข้าใจความต้องการบรรยากาศของความขัดแย้งก็จะเข้าไปในทางที่ดีขึ้น

⁴³ กรมคุมประพฤติ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. (ม.ป.ป.). *การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและงานคุมประพฤติกับชุมชน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 8.

⁴⁴ อนันต์ จันทโรภากร. *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 39. หน้า 24.

ความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะส่งผลต่อความสมัครใจและความไว้วางใจของคู่กรณี ด้วย โดยสามารถแบ่งลักษณะความเป็นกลาง เป็น 2 ประการ ดังนี้⁴⁵

(1) ความเป็นกลางส่วนบุคคลของผู้ไกล่เกลี่ย คือ การที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์นั้น และไม่ใช่ว่าผู้ที่ไม่ได้รับผลกระทบและไม่มีประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งดังกล่าว และ

(2) ความเป็นกลางในการพิจารณาของผู้ไกล่เกลี่ย คือ การที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องวางตนไม่ให้เกิดข้อสงสัยว่ากระทำเพื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากแต่ต้องกระทำเพื่อคู่กรณีโดยรวม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นผู้ไกล่เกลี่ยสำหรับคู่กรณีทุกฝ่าย ไม่เอนเอียงเข้าหาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะฉะนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่ได้รับอิทธิพลหรือเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในขณะปฏิบัติหน้าที่ของตน

ความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย มีข้อยกเว้นอยู่ 2 ประการ คือ

(1) กรณีข้อตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมาก และ

(2) กรณีที่ข้อตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย หากให้ศาลพิจารณาพิพากษา ศาลอาจวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องผิดข้อบัญญัติตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หากผู้ไกล่เกลี่ยทราบว่าตนไม่มีความเป็นกลาง จะต้องเปิดเผยสิ่งที่ทำให้เกิดความไม่เป็นกลางนั้น เช่น จะต้องเปิดเผยความขัดแย้งในผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ย และผู้ไกล่เกลี่ยควรถอนตัวออกจากการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย

นอกจากนี้ ในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยต้องไม่รับทำงานใด ๆ ของคู่กรณี รวมทั้งต้องไม่กระทำการใด ๆ ให้กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ภายหลังจากการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยด้วย⁴⁶

2) รักษาความลับของคู่กรณี

องค์ประกอบสำคัญของการประสบความสำเร็จในการไกล่เกลี่ย คือ จริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยในการรักษาความลับ (Confidentiality) กระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องมีการดำเนินการที่เป็นความลับ ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรักษาความลับของคู่กรณีที่พิพาทที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยเคร่งครัด ไม่เปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบ อันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี

⁴⁵ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า.25-26.

⁴⁶ ยุทธการ หัวหาญ. (2560). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกรณีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร*. รายงานการศึกษาส่วนบุคคล การฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่นที่ 12 สำนักงานศาลปกครอง. หน้า. 5-6.

พิพาทและตามมาซึ่งความรับผิดชอบ

โดยทั่วไปแล้วในการไกล่เกลี่ย คู่กรณีอาจต้องเปิดเผยข้อมูลความลับ จุดยืน จุดอ่อน แห่งคดี รวมไปถึงกลยุทธ์ในการดำเนินคดีแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ดังนั้น คู่กรณีจึงต้องมีหลักประกันว่า ตนสามารถไว้วางใจผู้ไกล่เกลี่ยในการรักษาความลับดังกล่าวได้ ซึ่งหากไม่มีหลักการเรื่องการรักษา ความลับในการไกล่เกลี่ย คู่กรณีอาจจะไม่กล้าที่จะเปิดเผยข้อมูลสำคัญที่ทำให้การไกล่เกลี่ยประสบ ผลสำเร็จ

หลักเรื่องการรักษาความลับ การจัดการกับความลับที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย⁴⁷ ความลับที่ เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยมีข้อพึงปฏิบัติ คือ ห้ามคู่กรณีนำข้อมูลที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ ประโยชน์ในการดำเนินคดีและผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไป ถ่ายทอดให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งฟัง ซึ่งแบ่งได้เป็น 3 ประเภท⁴⁸ ดังนี้

(1) การรักษาความลับระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องในการไกล่เกลี่ยกับบุคคลภายนอก

โดยห้ามมิให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย ล่าม พยานผู้เชี่ยวชาญ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือทนายความ เปิดเผยข้อมูลแก่บุคคลภายนอก

(2) การรักษาความลับระหว่างคู่กรณีพิพาท

หน้าที่การรักษาความลับประเภทนี้จะเกิดขึ้นกับข้อมูลที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับจากคู่กรณี พิพาทฝ่ายหนึ่งในการประชุมแยกฝ่าย (Separate meeting) ผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถแจ้งข้อมูลดังกล่าว แก่คู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอม

ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อห้ามดังกล่าวถือเป็นจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย ทั้งยังส่งผลต่อคู่กรณีให้เกิดความเชื่อถือ ในตัวผู้ไกล่เกลี่ย เมื่อจำเป็นต้องทำการประชุมฝ่ายเดียว โดยไม่มีคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามร่วมประชุมด้วย ซึ่งคู่กรณีที่อยู่ในห้องประชุมอาจบอกเล่าข้อเท็จจริงบางอย่าง ซึ่งต้องการให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้เข้าใจถึง ความต้องการของตน แต่ไม่ต้องการให้คู่กรณีอีกฝ่ายรู้ด้วยเหตุผลบางประการ ผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้อง ระมัดระวัง โดยสอบถามในตอนท้ายของการประชุมฝ่ายเดียวว่า มีข้อความใดที่ประสงค์จะให้รักษา ไว้เป็นความลับ ไม่ต้องการบอกกล่าวแก่คู่กรณีอีกฝ่ายทราบหรือไม่

(3) การรักษาความลับที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยจากกระบวนการพิจารณาของศาล

ในกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ ข้อมูลหรือบุคคลในกระบวนการไกล่เกลี่ย จะได้รับความคุ้มครอง จากการถูกนำสืบเป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาคดีของศาล ห้ามคู่กรณี นำข้อมูลที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี หมายความว่า ในกรณีคู่กรณี

⁴⁷ กรมคุมประพฤติ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 44. หน้า 14-15.

⁴⁸ สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า.12-13.

ไม่สามารถตกลงกันได้ ทำให้การไกล่เกลี่ยล้มเหลว ต่อมามีการนำคดีไปสู่ศาลหรือส่งสำนวนกลับสู่ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามปกติของศาล ขอให้ศาลพิจารณาคดีต่อไป แล้วแต่กรณี คู่กรณีไม่สามารถจะอ้างถึงข้อสนทนาที่กระทำกันในการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานในศาล และผู้ไกล่เกลี่ยก็ไม่สามารถจะถูกรื้อฟื้นไปให้การในศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าว

ข้อยกเว้นของหลักการรักษาความลับ⁴⁹ สามารถแบ่งประเภทได้ ดังนี้

(1) ข้อมูลที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว (Pre-existing information)

(2) ข้อมูลข่าวสารที่เป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณะ (Information open to public)

(3) การกระทำผิดต่อหน้าที่หรือจริยธรรม (Breach of duty or ethics)

(4) การกระทำที่จะก่อให้เกิดการคุกคามหรือจะก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่น การวางแผนก่ออาชญากรรมหรือการกระทำที่เป็นการปกปิดอาชญากรรมต่อสิ่งที่กำลังดำเนินอยู่ (Threat of future violence or harm to others and communications to plan or attempt crimes or to conceal ongoing criminal activity)

(5) การกระทำทารุณต่อเด็กหรือผู้ที่บกพร่องทางจิตใจหรือร่างกาย (Abuse of a child or vulnerable party)

(6) การเปิดเผยข้อมูลเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลง (To prove the existence of a settlement agreement)

3) มีความอดทน

ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีความอดทนอดกลั้น มีจิตใจเยือกเย็น ตลอดจนมีความเมตตากรุณาต่อคู่กรณีพิพาท พร้อมทั้งจะรับฟังปัญหาโดยเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายได้ชี้แจงและแสดงเหตุผลได้อย่างเท่าเทียมตามสมควร ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องอยู่เหนือความขัดแย้งไม่เข้าไปโต้เถียงกับคู่กรณีพิพาท

4) ซื่อสัตย์สุจริต

ผู้ไกล่เกลี่ยต้องเป็นผู้ที่มีจริยธรรม คุณธรรม มีความซื่อสัตย์สุจริต ทำตัวให้เกิดความน่าเชื่อถือ น่าศรัทธา รู้จักการวางตัว ไม่แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากคู่กรณีพิพาท อันจะทำให้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เป็นกลางและไม่อิสระ หากคู่กรณีมีความศรัทธาในตัวผู้ไกล่เกลี่ย จะทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดำเนินไปได้อย่างราบรื่น

5) มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท

ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อพิพาท แต่ควรศึกษาข้อเท็จจริงในคดี ความรู้ในเรื่องที่พิพาทโดยละเอียด เพื่อที่สามารถรับฟังปัญหาได้อย่างเข้าใจและหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาคือ

⁴⁹ สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า.13.

อย่างถูกต้อง การปฏิบัติดังกล่าวจะทำให้ได้รับความไว้วางใจและเชื่อมั่นจากคู่กรณี และผู้ใกล้ชิด จะต้องเข้าใจความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณี โดยพิจารณาถึงแรงจูงใจ (Motives) ความรู้สึก (Feelings) หลักการ (Principles) มूलค่า (Values) ความกลัว (Fears) ความต้องการ (Needs) และเป้าหมาย (Goals)⁵⁰ของคู่กรณี

6) มีความรู้และประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยที่ดีควรจะต้องมีความรอบรู้ในหลาย ๆ ด้าน เข้าใจถึงสภาพปัญหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความรู้ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท เพื่อนำข้อมูลเหล่านั้นมาชักจูงใจให้คู่กรณีเจรจาตกลงกัน และเข้าใจหลักจิตวิทยาการไกล่เกลี่ย ไม่ทำให้คู่กรณีรู้สึกว่าถูกบีบบังคับให้ต้องยอมรับข้อเสนอที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ทำขึ้น ตลอดจนผ่านประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยมายาวนานจะทำให้มีความเชี่ยวชาญสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้เป็นอย่างดี

7) มีความสามารถในการเจรจาติดต่อสื่อสาร

ในการดำเนินการไกล่เกลี่ย จำเป็นต้องใช้ศิลปะการเจรจาของผู้ไกล่เกลี่ยเข้าช่วย เพื่อให้บรรยากาศในการไกล่เกลี่ยเป็นไปอย่างเป็นกันเองและราบรื่น โน้มน้าวให้ผู้กรณีคล้อยตาม ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีมนุษยสัมพันธ์ที่ดี มีความอ่อนโยนในการเจรจา แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องมีความเข้มแข็งในบางประเด็นไม่ปล่อยให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งครอบงำ จนเสียความเป็นธรรมและความเป็นกลางได้ สังเกตคำพูดและกริยาท่าทางความกังวลใจของคู่กรณีและหาหนทางขจัดความกังวลของคู่กรณีออกไป รู้ว่าในช่วงเวลาใดควรพูดหรือไม่ควรพูดเปิดโอกาสให้ผู้กรณีพิพาทได้พูดคุยกัน ผู้ไกล่เกลี่ยควรเป็นผู้รับฟังที่ดี รู้ว่าขั้นตอนใดควรหยุดพักหรือตัดบทหรือมีการเลื่อนการเจรจาออกไป เนื่องจากเห็นว่าทั้งสองฝ่ายต่างมีอารมณ์รุนแรงเข้าหากันอันอาจนำไปสู่การทะเลาะวิวาทได้ก็ควรเลื่อนการเจรจาออกไปก่อน⁵¹

พิจารณาแล้วจึงสรุปได้ว่า คุณสมบัติที่สำคัญของผู้ไกล่เกลี่ย คือ การรักษาความเป็นกลาง และการรักษาความลับของคู่กรณี รวมทั้งจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทและในด้านของกฎหมายอีกด้วย ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่กรณี การตกลงหรือการตัดสินใจใด ๆ ขึ้นอยู่กับคู่กรณี ซึ่งวัตถุประสงค์ของการไกล่เกลี่ยก็เพื่อช่วยให้คู่กรณีเจรจาตกลงกันง่ายขึ้น สร้างบรรยากาศแห่งความเป็นมิตรในการเจรจาจนกระทั่งคู่กรณีบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้หรือมองเห็นทางออกของปัญหาจนตกลงร่วมกันได้

⁵⁰ สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า.40.

⁵¹ วันเพ็ญ นนทศิลา.(2560). *ปัญหาในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีเกี่ยวกับการเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539*. รายงานการศึกษาส่วนบุคคล การฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่น 12. หน้า 8-9.

การไต่เถียงข้อพิพาททางปกครองในระบบกฎหมายของต่างประเทศ

กระบวนการในการไต่เถียงข้อพิพาทของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศนั้นๆ เมื่อมีการนำวิธีการไต่เถียงมาใช้กับคดีปกครองของไทย ศาลปกครองจึงได้มีการศึกษาการไต่เถียงข้อพิพาทคดีปกครองของต่างประเทศในหลายประเทศ และหลายระบบกฎหมาย สำหรับกฎหมายของต่างประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือเป็นแม่แบบที่สำคัญของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย จึงมีอิทธิพลต่อแนวความคิดของประเทศไทยมากที่สุด

ในบทนี้ ผู้เขียนจึงศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการไต่เถียงข้อพิพาทและผู้ไต่เถียงข้อพิพาทของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อนำมาศึกษาว่าศาลปกครองไทยควรนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ไต่เถียงข้อพิพาทมาบัญญัติเพิ่มเติมหรือไม่ ซึ่งได้ศึกษาดังต่อไปนี้

2.2 การไต่เถียงข้อพิพาททางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

วัฒนธรรมทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกระบบกฎหมายปกครองออกจากระบบกฎหมายของศาลยุติธรรม ซึ่งก็คือกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา การแบ่งแยกระบบกฎหมายออกจากกัน ส่งผลให้แต่ละระบบกฎหมายมีพัฒนาการเป็นของตนเอง โดยการระงับข้อพิพาททางปกครองก็มีการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อเป็นองค์กรระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะ และกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาคดีปกครองก็มีแนวความคิดและลักษณะที่แตกต่างหากออกจากระบบกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา การแบ่งแยกกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวยังปรากฏในการกำหนดภาระหน้าที่ของการระงับข้อพิพาททางเลือกในข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเช่นเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มีการจัดตั้งองค์กรเป็นการเฉพาะเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวเป็นการแยกต่างหากจากการระงับข้อพิพาทในทางแพ่ง⁵² โดยมีสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายแก่ฝ่ายบริหารและเป็นศาลสูงสุดสำหรับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

⁵²เอกสิทธิ์ วินิจกุล. (2562). *การไต่เถียงข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในประเทศฝรั่งเศส: ศึกษาการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรไต่เถียงข้อพิพาทนอกศาล*. เอกสารเผยแพร่ทางวิชาการของสำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 2.

2.2.1 ความเป็นมาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative dispute resolution, ADR) ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีมานานกว่า 200 ปีแล้ว โดยปรากฏจากงานเขียนของ Emmanuel Gaillard และ Jenny Edelstein⁵³ ในช่วงเริ่มต้นวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสาธารณรัฐฝรั่งเศสพัฒนามาจากการระงับข้อพิพาทในกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายครอบครัว (le droit de la famille) ซึ่งเป็นข้อพิพาททางแพ่ง รวมทั้งในคดีพาณิชย์ คดีแรงงานและคดีผู้บริโภค ขณะที่ในคดีปกครองมีการนำมาใช้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁵⁴

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีความพยายามที่จะนำการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีปกครอง เพื่อยุติข้อพิพาททางปกครองมาตั้งแต่อดีต แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จมากนัก⁵⁵ เหตุผลว่าในทางปฏิบัติ เหตุใดจึงไม่มีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางปกครอง ประการแรก คือ เป็นผลมาจากหลักที่ว่า การฟ้องคดีปกครองนั้นจะต้องมีคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีเสียก่อน (la decision administrative préalable) ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักการที่สำคัญในการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองรับผิดชอบละเมิด โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ถูกทำละเมิดมีหน้าที่ต้องร้องขอให้หน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงเป็นหลักการที่ช่วยให้คู่กรณีระงับข้อพิพาทกันได้ง่ายและเป็นหลักการที่มีอยู่แล้ว ประการที่สอง คือ มีการกำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ให้ผู้ฟ้องคดีต้องอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองเพื่อแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายในชั้นฝ่ายปกครองเสียก่อนที่จะมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง (le recours administratif préalable obligatoire) ซึ่งเงื่อนไขนี้เป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองที่บังคับใช้อยู่แล้วเช่นกัน จากเหตุผลข้างต้นทำให้เกิดการประวิงเวลา (les atermoiement) ในการนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีปกครอง⁵⁶

⁵³คม บูรณวรศิลป์. (2548). *การประนีประนอมยอมความและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง: ศึกษาเฉพาะกรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดและความรับผิดชอบอื่นและสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) (4)*. สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 23.

⁵⁴บรรยายโดย อาจารย์ Virginie Donier แห่งมหาวิทยาลัย Toulon สาธารณรัฐฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2562 ณ ห้องสัมมนา ชั้น B 1 สำนักงานศาลปกครอง, ถอดความและเรียบเรียงโดย นายวิสูตร คิตติ พนักงานคดีปกครอง ปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 1 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 1-2.

⁵⁵กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์ และคณะ. (2554). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: พี เพรส . หน้า 66.

⁵⁶Virginie Donier. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 2.

ก่อนการปฏิรูปใน ค.ศ. 2016 มีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1986 ซึ่งให้นำวิธีการระงับข้อพิพาทที่เรียกว่า “la conciliation”⁵⁷ มาใช้ในศาลปกครองชั้นต้นและขยายไปศาลปกครองสูงสุด⁵⁸ แต่มีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้น้อยมาก

ภายหลังรัฐบัญญัติ เลขที่ 95-125 มีผลใช้บังคับเมื่อ ค.ศ. 1995 เป็นเวลากว่ายี่สิบปี สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงได้มีการตรากฎหมายฉบับ เพื่อนำกระบวนการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีปกครองใน ค.ศ. 2016⁵⁹ ต่อมา มีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ หมายเลข 2016-1547 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ว่าด้วยการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้ทันสมัยแห่งศตวรรษที่ 21 (LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016⁶⁰ ทำให้การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีมีความยืดหยุ่นอย่างมาก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงได้รับการตอบรับอย่างดี มีการนำมาใช้ในคดีปกครองอย่างจริงจัง⁶¹

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองเป็นวิธีพิจารณาคดีทางเลือก⁶² (Un mode alternative de règlement des différends) ที่เกิดขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมแห่งศตวรรษที่ 21 ฉบับที่ 2016-1547 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ซึ่งนำมาสู่การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice

⁵⁷ ก่อนปี ค.ศ. 2016 สาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เรียกว่า La conciliation ซึ่งเป็น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบประนีประนอมข้อพิพาท La conciliation มีลักษณะคล้ายคลึงกับ La médiation เพียงแต่ บทบาทของบุคคลที่สามที่เรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาท” (Le conciliateur) จะมีมากกว่าผู้ไกล่เกลี่ย (Le médiateur) เนื่องจากผู้ไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทสามารถเสนอทางเลือกในการยุติข้อพิพาทแก่คู่กรณีได้ ซึ่งคู่กรณีมีอิสระที่จะยอมรับหรือปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าว

⁵⁸ คุชฎี อาลีเอ. (2560). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการไกล่เกลี่ยในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองของ ศาลปกครอง*. สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, หน้า 32.

⁵⁹ วิสสุต คิตดี. (2563). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับก่อนการฟ้องคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส*. เอกสาร เผยแพร่ทางวิชาการของสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 3

⁶⁰ คุชฎี อาลีเอ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 2.

⁶¹ วิสสุต คิตดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 3.

⁶² อภิญา แก้วกำเนิด. (2561). *ประเทศฝรั่งเศสประกาศใช้กฎหมายนำร่องให้มีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาททางปกครองแบบบังคับมาทดลองใช้สำหรับคดีบางประเภท*. เอกสารเผยแพร่ทางวิชาการ สำนักวิจัยและ วิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 5.

administrative)⁶³ เพื่อบัญญัติกรอบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองไว้ในมาตรา L. 213-1 ถึงมาตรา L. 213-10 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) และมาตรา R. 213-1 ถึงมาตรา R. 213-9 รัฐธรรมนูญที่ 2017-566 ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง

ในปัจจุบันระบบกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบสมัครใจ และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองแบบบังคับ⁶⁴ โดยแบ่งได้ออกเป็น 3 รูปแบบ

รูปแบบแรก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยคู่กรณี (mediation à l'initiative des parties) การไกล่เกลี่ยรูปแบบนี้เกิดขึ้นนอกขั้นตอนการพิจารณาคดี โดยคู่กรณีสามารถร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีให้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากบุคคลภายนอกศาล หรืออาจมีการมอบอำนาจให้ตุลาการศาลปกครองคนใดดำเนินการไกล่เกลี่ยก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา L. 213-5 ถึงมาตรา L. 213-6 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative)

รูปแบบที่สอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยศาล (médiation à l'initiative du juge) ซึ่งจะดำเนินการได้นับตั้งแต่มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลและภายใต้ความยินยอมของคู่กรณีทุกฝ่าย ตุลาการหัวหน้าคณะ (le président de la formation de jugement) อาจสั่งให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรา L. 213-7 ถึงมาตรา L. 213-10 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน และ

รูปแบบที่สาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับก่อนการฟ้องคดี⁶⁵

2.2.2 ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดคำนิยามของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองไว้ตามบทบัญญัติมาตรา L. 213-1⁶⁶ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) ซึ่งบัญญัติว่า

⁶³ รัฐบัญญัติฉบับนี้มีชื่อเต็มว่า “รัฐบัญญัติ หมายเลข 2016-1547 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ว่าด้วยการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้ทันสมัยแห่งศตวรรษที่ 21 (LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle)

⁶⁴ วิสสุต คิตตี. อังแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 3.

⁶⁵ วิสสุต คิตตี. อังแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 2.

⁶⁶ Article L. 213-1 alinéa 2 du Code de justice administrative

“La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution

“การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง กระบวนการใด ๆ ไม่ว่าจะรูปแบบอย่างไร และไม่ว่าจะใช้ชื่อใด ซึ่งคู่กรณีทั้งฝ่ายสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ดำเนินการเพื่อที่จะให้บรรลุข้อตกลง ในการแก้ไขความขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างสมานฉันท์ ด้วยความช่วยเหลือของบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นคนกลางที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย โดยคู่กรณีเป็นผู้ร่วมกันคัดเลือกและแต่งตั้งหรือผู้ไกล่เกลี่ยที่ศาลแต่งตั้งด้วยความตกลงยินยอมของคู่กรณี”

ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกแบบให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความดึงดูดใจ (attractive) ต่อคู่กรณี รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงค่อนข้างเปิดกว้าง ไม่เคร่งครัดตายตัว (la souplesse) และมีความยืดหยุ่น (la flexibilité)⁶⁷ ให้ความสำคัญแก่คู่กรณีในคดีที่จะตกลงยินยอมและสมัครใจระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลที่สามที่คู่กรณีแต่งตั้งหรือศาลปกครองแต่งตั้งตามความยินยอมของคู่กรณี ทั้งนี้คู่กรณียังสามารถที่จะระงับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ทุกเวลาบนพื้นฐานความยินยอมโดยอิสระและเจตจำนงของคู่กรณี (le libre consentement et la volonté des parties)

2.2.3 ประเภทคดีที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

รัฐกฤษฎีกาที่ 2017-566 ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองตามมาตรา R. 213-1 บัญญัติไว้ว่า “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจนำมาใช้กับคดีพิพาททั้งคดีหรือเพียงบางส่วนของคดีก็ได้”⁶⁸ ดังนั้น จึงอาจนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ได้กับคดีทุกประเภท และจะนำมาใช้เพื่อให้คดีพิพาทยุติไปทั้งคดีหรือเพียงบางส่วนก็ได้ คดีที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางเลือกลักษณะมากที่สุด ได้แก่ คดีปกครองเกี่ยวกับการพัสดุ (les marchés publics)⁶⁹ คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ และคดีปกครองเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม นอกจากนี้ ยังปรากฏว่า การนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้อาจมีความเหมาะสมกับคดีที่มีข้อเท็จจริงซับซ้อนหรือคดีที่มีผลกระทบที่รุนแรงต่ออารมณ์

amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction”. คำแปลโดยอภิญญา แก้วกำเนิด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 6.

⁶⁷ Virginie Donier. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 3.

⁶⁸ Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif

R.213-1 du Code de justice administrative “La médiation porte sur tout ou partie d'un litige”. คำแปลโดยอภิญญา แก้วกำเนิด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 6.

⁶⁹ Virginie DONIER. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 3.

ความรู้สึก (une forte charge émotionnelle)⁷⁰ เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการไกล่เกลี่ย คือ การที่มีบุคคลที่สามเข้ามามีส่วนร่วมให้คู่กรณีเจรจาตกลงกันเพื่อหาข้อยุติให้ได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากกรณีประนีประนอมยอมความที่คู่กรณีเจรจากันเองเพื่อหาข้อยุติก่อนขึ้นสู่ศาล ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้มีผลทำให้ลดจำนวนคดีขึ้นสู่ศาลได้เป็นจำนวนมากและในขณะเดียวกันก็เป็นที่น่าพอใจของคู่กรณีด้วย⁷¹

2.2.4 ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทบุคคลที่มีความสำคัญมากที่สุด นอกจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย นั่นคือ ผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งจะต้องเป็นผู้มีความรู้ในเรื่องที่ตนทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยได้อย่างดี ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่พิจารณาเพื่อชี้แนะเกี่ยวกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี และในทางปฏิบัติจะไม่มี การจำกัดจำนวนครั้งสำหรับการพบปะระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณี โดยในขั้นตอนนี้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถที่จะพบคู่กรณีแต่ละฝ่ายพร้อมกันหรือไม่ก็ได้ ตลอดขั้นตอนของการดำเนินการไกล่เกลี่ย คู่กรณีสามารถเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยเพียงลำพังหรือจะแต่งตั้งผู้แทนก็ได้ และยังสามารถมีบุคคลอื่นเข้าร่วมเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินการไกล่เกลี่ย อย่างเช่น ผู้ให้คำปรึกษาทางกฎหมายหรือทนายความเข้าร่วมด้วยก็ได้ ทั้งนี้ โดยจะต้องรายงานต่อผู้ไกล่เกลี่ยให้ทราบล่วงหน้า

อย่างไรก็ตาม ผู้ไกล่เกลี่ยไม่ได้มีหน้าที่เสมือนผู้พิพากษา (le juge) หรือกรรมการตัดสิน (l'arbitre) ไม่มีหน้าที่ต้องทำให้การไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จตรงกันข้ามกับการทำหน้าที่ของตุลาการ หากตุลาการไม่สามารถหาข้อยุติในคดีได้ก็จะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (un déni de justice)⁷² แต่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่จำเป็นต้องทำให้การเจรจาไกล่เกลี่ยสามารถหาข้อยุติได้ทุกกรณี เป็นแต่เพียงแค่ผู้ทำหน้าที่ให้มีบรรยากาศที่เอื้ออำนวยสำหรับการเจรจา (un climat propice au dialogue) เท่านั้น เพื่อให้คู่กรณีสามารถหาทางออกร่วมกันได้ด้วยตนเอง ข้อสำคัญคือผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องป้องกันและตรวจสอบมิให้ข้อตกลงที่ได้จากการเจรจาขัดกับกฎหมาย

กรณีตัวอย่างที่มักจะเกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกรณีส่วนใหญ่⁷³ คือ บุคลากรภาครัฐกับหน่วยงานทางปกครอง เช่น หน่วยงานทางปกครองได้มีคำสั่ง

⁷⁰ เทียนเงิน อุดระชัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 5.

⁷¹ เพียงพิศ ผลดาล. (2549). *การระงับข้อพิพาทในคดีปกครองโดยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 56.

⁷² Virginie Donier. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 3.

⁷³ Virginie Donier. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 5.

ทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่พบว่ามีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย แต่เจ้าหน้าที่ไม่สามารถยอมรับในเนื้อหาของคำสั่งนั้น กระบวนการที่เกิดขึ้นจะเป็นการเจรจาทำความเข้าใจระหว่างหน่วยงานกับเจ้าหน้าที่ผู้อยู่ภายใต้คำสั่งดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเข้าใจในคำสั่งดียิ่งขึ้น โดยท้ายที่สุดก็อาจนำไปสู่การแก้ไขคำสั่ง เพื่อให้เป็นที่ยอมรับของทั้งสองฝ่าย ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่พิจารณาเพื่อชี้แนะเกี่ยวกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี

การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย⁷⁴

ผู้ไกล่เกลี่ย คือ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นบุคคลธรรมดา (Une personne physique) เพียงคนเดียวหรือหลายคนหรือเป็นนิติบุคคล (Une personne morale) ก็ได้

กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นนิติบุคคล ผู้แทนของนิติบุคคลดังกล่าวมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลธรรมดาคนเดียวหรือหลายคนเพื่อเป็นผู้ทำการแทนนิติบุคคลในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยก็ได้ ตามรัฐกฤษฎีกา 2017-566 วันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง มาตรา R. 213-2⁷⁵ และ

ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลธรรมดา ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทนั้น ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากกิจการงานในอดีตหรือปัจจุบันของบุคคลผู้นั้น เช่น เคยผ่านการฝึกอบรมหรือมีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรา R. 213-3⁷⁶

เมื่อมีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญปี 2016-1547 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 มีการแบ่งการไกล่เกลี่ยออกเป็นสองกรณี คือ⁷⁷

⁷⁴ เทียนเงิน อุดระชัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 4.

⁷⁵ Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administrative R. 213-2.-La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale. Si le médiateur désigné est une personne morale, son représentant légal désigne la ou les personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mission.

⁷⁶ R. 213-3.-La personne physique qui assure la mission de médiation doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige. Elle doit en outre justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation .

⁷⁷ พัทธมา จิตรมหีมา. (2560). *แนวคิดและหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศสที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ค.ศ. 2016*. เอกสารเสนอกณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เพื่อประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ...) พ.ศ.... กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 5.

(1) การไกล่เกลี่ยที่ริเริ่มโดยคู่กรณี (médiation à l'initiative des parties) ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา L. 213-5 ถึงมาตรา L. 213-6 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative)

(2) การไกล่เกลี่ยที่ริเริ่มโดยตุลาการศาลปกครอง (mediation à l'initiative du juge) ซึ่ง บัญญัติไว้ในมาตรา L. 213-7 ถึง มาตรา L. 213-10 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการ ยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative)

1) คู่กรณีเป็นผู้ริเริ่มให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง (La médiation à l'initiative des parties)

คู่กรณีเป็นหัวใจสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย โดยคู่กรณีจะเป็น ผู้แสวงหาข้อตกลงร่วมกัน ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เพียงนำพาคู่กรณีให้ไปถึงหนทางใน การแก้ปัญหา การที่คู่กรณีเป็นผู้ริเริ่มในการกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยนั้น แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

1.1) คู่กรณีเป็นผู้ริเริ่มและแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง

ในกรณีที่มีข้อพิพาททางปกครองเกิดขึ้น แม้คู่กรณีจะยังไม่นำคดีมาสู่ศาล หรือกรณี ที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครอง คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจเจรจากันนอกศาล (En dehors de toute procédure juridictionnelle) เพื่อริเริ่มให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจ ตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L. 213-5 วรรคหนึ่ง⁷⁸ ของประมวล กฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) ที่บัญญัติว่า “นอกเหนือจากการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยศาลแล้ว คู่กรณีอาจดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท และดำเนินการแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย ก็ได้”

การไกล่เกลี่ยตามมาตรา L. 213-5 วรรคหนึ่งนี้ คู่กรณีสามารถดำเนินการตามข้อปฏิบัติ ของการไกล่เกลี่ยและอาจมอบหมายการปฏิบัติดังกล่าวให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด (บุคคลหนึ่งคน หรือบุคคลหลายคน) เพื่อให้ทำหน้าที่ดังกล่าวได้

1.2) คู่กรณีเป็นผู้ริเริ่มให้มีการไกล่เกลี่ยโดยการร้องขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย

นอกจากนี้ คู่กรณียังอาจร้องขอต่อประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือร้องขอต่อประธาน ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีอำนาจในการพิจารณาคดี โดยขอให้จัดดำเนินการไกล่เกลี่ย และขอให้ แต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดเข้าปฏิบัติหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยให้แก่คู่กรณีได้หรือคู่กรณีอาจร้องขอ

⁷⁸L'article L. 213-5 alinéa 1 du Code de justice administrative

“Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées”. คำแปลโดยอภิญา แก้วกำหนด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 7.

ให้ศาลแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ย ซึ่งคู่กรณีได้จัดให้มีการไกล่เกลี่ยด้วยตนเองได้ โดยประธานศาลปกครองชั้นต้น หรือประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (แล้วแต่กรณี) ว่าคดีพิพาทอยู่ในศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นอุทธรณ์) อาจมอบอำนาจให้ตุลาการศาลปกครองคนใดดำเนินการไกล่เกลี่ยก็ได้ ตามมาตรา L. 213-5 วรรคสอง⁷⁹ และวรรคสาม⁸⁰ ที่บัญญัติไว้ว่า

“นอกเหนือจากการดำเนินการระบวนวิธีพิจารณาคดีโดยศาลแล้ว คู่ความอาจร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจ เพื่อจัดให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และให้ศาลแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งคนเดียว หรือหลายคนปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือคู่ความอาจร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งบุคคลใด บุคคลหนึ่งคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่คู่ความจัดให้มีขึ้นโดยความตกลงของคู่ความทั้งสองฝ่ายเอง

การดำเนินการตามวรรคสองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจอาจมอบอำนาจให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งทำการแทนได้”

1.3) ศาลตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจากบุคคลภายนอก

ในกรณีอธิบดีศาลปกครองเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ให้แต่งตั้งจากบุคคลที่เหมาะสมซึ่งมิใช่ตุลาการ (Un médiateur extérieur à la juridiction) เป็นผู้ไกล่เกลี่ย⁸¹ เมื่อประธานศาลปกครองชั้นต้น หรือประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (แล้วแต่กรณี) หรือตุลาการผู้รับมอบอำนาจจากประธานศาลดังกล่าวให้ทำหน้าที่จัดให้มีการไกล่เกลี่ยได้รับรองโดยเลขาธิการศาลปกครองให้เข้าทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยแล้วถ้าต้องมีการกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินในการดำเนินการของบุคคลภายนอกแล้ว ให้ประธานศาลดังกล่าวหรือตุลาการศาลปกครองผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้กำหนดจำนวนเงินเช่นว่านั้น และคำวินิจฉัยของประธานศาลหรือตุลาการที่ได้รับมอบอำนาจในการไกล่เกลี่ยให้เป็นที่สุด ไม่อาจคัดค้านหรืออุทธรณ์หรือยื่นฟ้องคดียังศาลใดได้อีกต่อไป ทั้งนี้

⁷⁹L'article L. 213-5 alinéa 2 du Code de justice administrative

“Elles peuvent également, en dehors de toute procédure juridictionnelle, demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou les personnes qui en sont chargées, ou lui demander de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont elles-mêmes organisée”. คำแปลโดยอภิญา แก้วกำเนิด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 7.

⁸⁰L'article L.213-5 alinéa 3 du Code de justice administrative

“Le président de la juridiction peut déléguer sa compétence à un magistrat de la juridiction” คำแปลโดยอภิญา แก้วกำเนิด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 7.

⁸¹พัชมา จิตรมหีมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 5.

เป็นไปตามมาตรา L. 213-5 วรรคสี่⁸²ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) ที่บัญญัติว่า “เมื่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจ หรือตุลาการที่ได้รับมอบหมาย มีหน้าที่จัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับรองและคัดเลือกบุคคลภายในมิใช่ตุลาการ ให้เข้าทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถ้ามีการกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินค่าตอบแทนการดำเนินการของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ไกล่เกลี่ย ให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้กำหนดจำนวนเงินค่าตอบแทนดังกล่าว วรรคสอง คำสั่งของอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยตามบทบัญญัติมาตรานี้ ให้เป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งได้” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L. 213-5 วรรคห้า⁸³ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative)

2. ศาลปกครองเป็นผู้ริเริ่มให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง (La médiation à l’initiative du juge administratif)

การไกล่เกลี่ยในลักษณะนี้เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนที่ 3 (Section 3) หมวด 3 การไกล่เกลี่ย ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง 4 มาตรา คือ มาตรา L. 213-7 มาตรา L. 213-8 มาตรา L. 213-9 และ มาตรา L. 213-10 เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองมีอำนาจริเริ่มให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ตลอดเวลา โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ความทั้งสองฝ่าย เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ความยินยอมของคู่ความถือว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L.213-7⁸⁴ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) ที่บัญญัติว่า

⁸²L’article L.213-5 alinéa 4 du Code de justice administrative

“Lorsque le président de la juridiction ou son délégué est chargé d’organiser la médiation et qu’il choisit de la confier à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s’il y a lieu d’en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci”. คำแปลโดยอภิญา แก้วกำหนด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 7.

⁸³L’article L.213-5 alinéa 5 du Code de justice administrative

“Les décisions prises par le président de la juridiction ou son délégué en application du présent article ne sont pas susceptibles de recours” คำแปลโดยอภิญา แก้วกำหนด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 8.

⁸⁴L’article L.213-7 alinéa 2 du Code de justice administrative

“Lorsqu’un tribunal administratif ou une cour administrative d’appel est saisi d’un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l’accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci”. คำแปลโดยอภิญา แก้วกำหนด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 9.

“เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่พิจารณาคดีนั้นอาจมีคำสั่งให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ความทั้งสองฝ่าย และจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงของคู่ความ”

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหมดอยู่ภายใต้ความเห็นชอบระหว่างคู่กรณี (Dépendance de l'Accord des Parties) กล่าวคือ ความสมัครใจของคู่กรณีนำมาสู่ผลบังคับของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การระงับข้อพิพาทโดยสมานฉันท์ไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยินยอมแม้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นจะเป็นการริเริ่มโดยศาลก็ตาม นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจยกเลิกได้ด้วยความยินยอมของคู่กรณี ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีโอกาสที่จะได้รับการนำมาใช้มากยิ่งขึ้น และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจสิ้นสุดโดยผู้ไกล่เกลี่ย หากผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากนี้ คู่กรณีอาจยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ แต่หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นเป็นกรณีที่ศาลเป็นผู้ริเริ่ม กฎหมายก็กำหนดให้ศาลต้องระบุระยะเวลาในการดำเนินการไกล่เกลี่ยด้วย ความดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าคู่กรณีและผู้ไกล่เกลี่ยอาจปรับเปลี่ยนระยะเวลาในการดำเนินการไกล่เกลี่ยได้เสมอ ซึ่งการปรับเปลี่ยนระยะเวลาแล้วเสร็จดังกล่าวกลายเป็นภาระหน้าที่ของศาล เนื่องจากศาลต้องกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จไว้ตั้งแต่แรกที่ตนเริ่มต้นกระบวนการ

2.2.5 คุณสมบัติและจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย

บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยไม่ว่าจะคนเดียวหรือหลายคนจะต้องเป็นผู้ที่สามารถปฏิบัติภารกิจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้และจะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติกับการทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย ในการไกล่เกลี่ยนั้นจะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หลักการรักษาความลับ (Principe de Confidentialité) หลักความเป็นกลาง (Impartialité) และต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในการทำหน้าที่ (Compétence) รวมทั้งปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ (Diligence) ภาระหน้าที่ทางจรรยาบรรณของผู้ไกล่เกลี่ยถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา L. 213-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งบัญญัติให้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องทำหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่ เป็นกลาง และปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ ตามบทบัญญัติมาตรา L. 213-2 วรรคหนึ่งและวรรคสอง⁸⁵ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

⁸⁵ Article L213-2 alinéa 1 du Code de justice administrative

“ผู้ไกล่เกลี่ยต้องปฏิบัติหน้าที่ให้สำเร็จลุล่วงภายใต้หลักความเป็นกลาง ด้วยความรู้ความสามารถและด้วยความรอบคอบ

เว้นแต่จะมีข้อตกลงระหว่างคู่ความเป็นอื่น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยภายใต้หลักการรักษาความลับ บรรดาข้อสังเกตของผู้ไกล่เกลี่ยและคำแถลงการณ์ต่าง ๆ ที่ได้มา ระหว่างดำเนินการไกล่เกลี่ย ไม่อาจเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก ไม่อาจยกขึ้นอ้างและไม่อาจจัดทำขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลหรือของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่ความ”

การปฏิบัติด้วยความเอาใจใส่ หมายถึง การที่ผู้ไกล่เกลี่ยต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มประสิทธิภาพ และมีประสิทธิผล กล่าวคือ หน้าที่นี้จะต้องถูกนำไปปรับใช้เพื่อให้เกิดการเจรจาที่เหมาะสมระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอันเอื้อต่อการระงับข้อพิพาทที่เป็นมิตร ผู้ไกล่เกลี่ยต้องใช้ความพยายามในทุกวิถีทางเพื่อให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลง หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยพิสูจน์ถึงความ เป็นมืออาชีพกับทั้งยังแสดงให้เห็นถึงความเหมาะสมที่บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การปฏิบัติด้วยความเป็นกลาง อันอาจจะเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย นั้น หน้าที่ดังกล่าวเรียกร้องให้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องวางตัวเป็นกลางระหว่างคู่กรณี ความเป็นกลางถือเป็นหลักประกันถึงความราบรื่นในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ด้วยเหตุผลที่ว่าความเป็นกลางนำมาซึ่งบรรยากาศของความไว้วางใจ

หน้าที่ทั้งสามประการนี้เป็นผลมาจากกฎเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาความของกฎหมายยุโรป ดังที่ปรากฏในความตามมาตรา 6(1) ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (la convention européenne des droits de l’homme)⁸⁶ มีข้อสังเกตว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ที่จะต้องมีความเป็นอิสระอันเป็นหน้าที่ซึ่งอาจแยกจากหน้าที่ที่จะต้องมีความเป็นกลาง ซึ่งความอิสระหมายความว่า หากพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับฝ่ายปกครองแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีความอิสระจากฝ่ายปกครองและไม่ได้เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครองไม่ว่าจะทางใด อนึ่ง กฎหมายปกครองยอมรับ

“Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence”.

Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. 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 juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties . คำแปลโดยอภิญา แก้วกำหนด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 4.

⁸⁶Virginie Donier. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 10.

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งก็คือบทบาทของเจ้าหน้าที่ภายใต้สังกัดของหน่วยงานทางปกครองนั้น

สำหรับหน้าที่ในการรักษาความลับ มีข้อยกเว้นให้เปิดเผยความลับได้ในกรณีมีเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อปกป้องประโยชน์สูงสุดของเด็ก (l'intérêt supérieur de l'enfant) หรือเหตุอันเกี่ยวกับร่างกายหรือจิตใจของบุคคล (l'intégrité physique ou psychologique d'une personne) รวมทั้งกรณีที่มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือการเปิดเผยเนื้อหาของข้อตกลงของการไกล่เกลี่ยเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินการของผู้ไกล่เกลี่ย ตามบทบัญญัติมาตรา L. 213-2 วรรคสาม⁸⁷ ซึ่งบัญญัติว่า

“บทบัญญัติในวรรคสองมีข้อยกเว้น ดังนี้

(1) เมื่อมีเหตุอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือเหตุที่เกี่ยวกับความคุ้มครองประโยชน์สูงสุดแก่เด็กหรือเหตุอันเกี่ยวกับร่างกายหรือจิตใจของบุคคล

(2) เมื่อการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือการเปิดเผยเนื้อหาของข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยนั้น เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อนำไปสู่การดำเนินการของผู้ไกล่เกลี่ยต่อไป”

ความในมาตรา L. 213-2 เป็นหลักประกันว่าการเจรจาระหว่างคู่กรณีในขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นไปโดยเสรีอันจะนำไปสู่การระงับข้อพิพาทอย่างสันติในท้ายที่สุด ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้กำหนดให้คู่กรณีต้องดำเนินการเจรจาโดยลับ (à huit-clos) ผู้ไกล่เกลี่ยยังมีหน้าที่รักษาความลับที่ได้รับรู้มาในกระบวนการไกล่เกลี่ย ตลอดจนข้อมูลทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณี โดยไม่สามารถเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก รวมทั้งไม่สามารถเปิดเผยในการพิจารณาคดีของศาลอีกด้วย เว้นแต่ ได้รับอนุญาตจากคู่กรณีโดยชัดแจ้ง ซึ่งสอดคล้องกับจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการกำหนดไว้ใน “กฎบัตรจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย” (Charte de Déontologie) ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องผูกพันต่อหลักประกันความซื่อสัตย์และความมีเกียรติ (des garanties de probité et d'honorabilité) เนื่องจากหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยคือการชี้แนะแนวทางในการเจรจาหาทางแก้ปัญหาให้คู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ยจึงจำเป็นต้องมีความซื่อสัตย์กับคู่กรณีทุกฝ่าย

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการแสวงหาหนทางแก้ปัญหาที่เป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับกันได้ระหว่างคู่กรณี อันเป็นการให้หลักประกันว่าจะสามารถนำหนทางที่ได้จากการแก้ปัญหามาปรับ

⁸⁷ Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants :

1° 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 d'une personne

2° 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” คำแปล โดย อภิญา แก้วกานิต. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 4.

ใช้ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากทางออกของปัญหาที่ได้มาย่อมผ่านการเจรจาต่อรองกันมาแล้ว และเพื่อให้ได้มาซึ่งการเจรจาอย่างไม่มีความบาดหมาง (Discussions Apaisées) กฎหมายกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการชี้แนะการสนทนาเพื่อให้คู่กรณีสามารถหาข้อยุติร่วมกันได้เท่านั้น แต่ไม่ได้มีอำนาจบังคับตามข้อตกลงนั้น บทบัญญัติของกฎหมายให้เสรีภาพทางปฏิบัติบางประการแก่ผู้ไกล่เกลี่ย โดยไม่ได้กำหนดบทบาทที่ชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประสบผลสำเร็จมากที่สุด

2.2.6 กฎบัตรจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมายและเคารพต่อสิทธิของประชาชน โดยจะต้องทำหน้าที่ในฐานะผู้ไกล่เกลี่ยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางจริยธรรม ตลอดจนกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเข้ารับการฝึกอบรม (La formation) เพื่อให้มีคุณสมบัติเฉพาะที่เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และทำงานได้ตามมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์เฉพาะที่แต่ละองค์กรกำหนดขึ้น ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเข้าร่วมโครงการวิเคราะห์ผลจากการปฏิบัติงาน และต้องพัฒนาความรู้ในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติโดยผ่านหลักสูตรการฝึกอบรมอย่างต่อเนื่อง เช่น การสัมมนา การอบรมทางด้านวิชาชีพ เป็นต้น

สำหรับหน้าที่ประการอื่น เพื่อที่จะได้รับการตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ย นั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2017 โดยจะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติอันมีที่มาจากประสบการณ์ของตน อันเป็นคุณสมบัติที่สัมพันธ์กับลักษณะคดีพิพาท นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้ผ่านการฝึกอบรมหรือมีประสบการณ์ที่เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กฎบัตรจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเครื่องมือที่ชี้แนะแนวทางปฏิบัติในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ง่ายหรือ soft law (สภาแห่งรัฐเป็นผู้ประกาศใช้กฎบัตรนี้ เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 2017) อย่างไรก็ตาม กฎบัตรนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะนำไปปรับใช้กับกรณีของผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาลเท่านั้น

กฎบัตรว่าด้วยจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในข้อพิพาททางปกครอง(CHARTE ÉTHIQUE DES MEDIATEURS DANS LES LITIGES ADMINISTRATIFS)⁸⁸

⁸⁸Conseil d'Etat, Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs."Accessed May 10, 2019. <http://www.conseiletat.fr/content/download/124266/1257319/version/2/file/charte%20%C3%A9thique%20m%C3%A9diateurs%20131217.pdf>. คำแปลโดย สำนักวิจัยและวิชาการ. (2562). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองก่อนฟ้องคดี*.เอกสารเผยแพร่ทางวิชาการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง . หน้า 43-46.

จากการที่มาตรา L. 213-1 และอีกหลายมาตราที่เกี่ยวข้องแห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรมทางปกครองที่แก้ไขเพิ่มเติมตามบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้ทันสมัย สำหรับศตวรรษที่ 21 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ประกอบกับมาตรา R. 213-1 และอีกหลายมาตราที่เกี่ยวข้องของรัฐกฤษฎีกาที่ 2017-566 ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2017 ที่ให้ใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับข้อพิพาททางปกครอง โดยผู้ริเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจจะเป็นคู่กรณีพิพาทหรือศาลก็ได้

ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองกำหนดโครงสร้างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ โดยกำหนดรายละเอียดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้บรรลุข้อตกลงร่วมกันอย่างเป็นมิตร การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเข้ามาช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาทที่อาจได้รับเลือกจากคู่กรณีหรือได้รับเลือกจากศาล โดยการยินยอมของคู่กรณีก็ได้ บทบาทและหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สามารถเสนอให้คู่กรณีดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บรรลุข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทได้

ในการดำเนินการตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้มีการจัดทำกฎบัตรว่าด้วยจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในข้อพิพาททางปกครอง (CHARTE ÉTHIQUE DES MEDIATEURS DANS LES LITIGES ADMINISTRATIFS) เพื่อให้เป็นกรอบกำหนดหลักการสำคัญ เพื่อรับประกันคุณภาพของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและกระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เป็นไปอย่างโปร่งใส ยุติธรรมและเป็นไปตามมาตรฐาน ดังนั้น บุคคลใดก็ตามที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องทำหน้าที่โดยเคารพกฎบัตรฉบับนี้ สาระสำคัญของกฎบัตรฉบับนี้ประกอบด้วย

1) หลักในการคุ้มครองคุณภาพของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1.1) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องรับประกันถึงความน่าเชื่อถือและชื่อเสียงของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท บุคคลธรรมดาที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

ก) ไม่เคยได้รับการดำเนินหรือตัดสินว่าไร้ความสามารถหรืออยู่ในสถานะล้มเหลว ตามที่กำหนดในบันทึกเล่มที่ 2 ของบันทึกความผิดทางอาญา

ข) ไม่เคยเป็นผู้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการขัดต่อเกียรติยศ ความน่าเชื่อถือหรือศีลธรรมอันดีที่มีการลงโทษทางวินัยหรือการลงโทษทางปกครองหรือการเพิกถอนการอนุญาตหรือการเพิกถอนสิทธิใด ๆ กรณีที่เคยมีการฟ้องร้องหรือดำเนินคดีทางศาลอันเป็นการกระทบกับความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องแจ้งต่อศาลก่อนได้รับการแต่งตั้งและหากมีการดำเนินการตามกฎหมาย หรือการดำเนินการใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังจากได้รับการแต่งตั้งแล้ว และมีผลกระทบกับความเป็นกลางของการทำภารกิจไกล่เกลี่ย

ข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องแจ้งต่อศาลและคู่กรณี ซึ่งศาลหรือคู่กรณีหรือผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจยุติกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ทุกเมื่อ

1.2) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

ก) มีประสบการณ์ทางด้านวิชาชีพอย่างน้อยห้าปีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท

ข) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีคุณสมบัติทางเทคนิคในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยได้รับการฝึกอบรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือมีประสบการณ์ที่สำคัญในสาขาที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคุณภาพของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องได้รับการประเมินจากศาล

ค) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องได้รับการฝึกอบรมเพื่อพัฒนาความรู้ทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติที่ทันสมัยและสมบูรณ์ที่สุด ต้องมีการพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายในด้านความเชี่ยวชาญของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ทันสมัยอยู่เสมอ รวมถึงการพัฒนาวิธีการเจรจาและวิวัฒนาการระงับข้อพิพาททางเลือก เข้าร่วมกิจกรรมในงานที่เกี่ยวข้องกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกต่าง ๆ (การประชุมเชิงปฏิบัติการ การอภิปราย การเสวนา เป็นต้น) หรือเข้าร่วมการฝึกอบรมในหัวข้อที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท

1.3) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีความเป็นอิสระ ซื่อสัตย์ เป็นกลาง และไม่มีอคติ

ก) ความเป็นอิสระ หากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ในสถานการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระหรือนำไปสู่ผลประโยชน์ทับซ้อน หรือสถานการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะเดียวกัน ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องไม่เข้าร่วมหรือดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากยังไม่แจ้งต่อศาลและต่อคู่กรณี สถานการณ์เหล่านี้หมายความรวมถึงความสัมพันธ์ส่วนตัวหรือความสัมพันธ์ทางวิชาชีพกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นจากผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ข้อเท็จจริงของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือสมาคมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือผู้ทำงานร่วมกันกับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีความสัมพันธ์ต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ที่อยู่นอกเหนือจากการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรณีข้างต้นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไปได้ หากคู่กรณีให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง

ข) ความซื่อสัตย์ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่รับผิดชอบในการอำนวยความสะดวก ให้มีการเจรจาระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อช่วยให้บรรลุทางออกร่วมกัน ซึ่งโดยจรรยาบรรณแล้วผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกห้ามการทำหน้าที่ในฐานะของตัวแทนหรือที่ปรึกษาของผู้เข้าร่วม (ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด) ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ค) ความเป็นกลางและไม่มีอคติ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องปฏิบัติกับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายในทุกสถานการณ์อย่างไม่มีอคติ และทำให้เชื่อมั่นได้ว่าทัศนคติของผู้ไกล่เกลี่ย

ข้อพิพาทก็มีลักษณะที่ไม่มีอคติเช่นเดียวกัน การทำงานของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเป็นธรรมกับทุกฝ่ายและพร้อมที่จะทำการรับฟังตลอดระยะเวลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1.4) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องทำงานด้วยความกระตือรือร้น ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องติดต่อกับคู่กรณีฝ่ายต่าง ๆ ด้วยความรวดเร็วและติดตามทวงถามเพื่อให้คู่กรณีตอบรับอย่างรวดเร็วเกี่ยวกับการจัดการประชุมที่เปิดโอกาสให้พบกันทุกฝ่าย ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจร้องขอเอกสารจากคู่กรณี หากเห็นว่าเป็นประโยชน์สำหรับการทำความเข้าใจข้อพิพาทได้ดีขึ้นและเพื่อประโยชน์ในการเจรจาหาทางออกร่วมกันได้ดีขึ้น ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องปฏิบัติภารกิจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามระยะเวลาที่กำหนดโดยศาล ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องแจ้งต่อศาลถึงผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ดำเนินการแล้วเสร็จ ไม่ว่าคู่กรณีทุกฝ่ายจะบรรลุข้อตกลงร่วมกันหรือไม่ก็ตาม

1.5) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องไม่มีผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับจากผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำหน้าที่เพียงหาข้อตกลงร่วมกันของคู่กรณีเท่านั้นและจะไม่ได้รับผลตอบแทนเป็นร้อยละจากผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2) หลักประกันคุณภาพของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.1) ข้อมูลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ก) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องให้ข้อมูลอย่างถูกต้องและชัดเจนแก่คู่กรณีทุกฝ่าย ก่อนที่จะเริ่มการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้ทราบถึงวิธีการเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อาทิ การรักษาความลับ การปฏิบัติต่อกันด้วยความสุภาพ ความเป็นไปได้ของการพูดคุยกับคู่กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจแยกต่างหากจากกันหรือทำร่วมกันก็ได้ ความเป็นไปได้ของการยุติกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เงื่อนไขในการให้คำตอบแทนของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรับประกันว่าคู่กรณีทุกฝ่ายต้องตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ ในการให้ความยินยอมเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและต้องรับประกันว่าได้ตัดสินใจบนความเข้าใจข้อมูลที่ต้องการ

ค) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรับประกันว่าเงื่อนไขในการเจรจาต่อรองมีความเป็นธรรม ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยและสุภาพ มีประสิทธิภาพและมีความสมดุล

ง) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแจ้งบุคคลที่เกี่ยวข้องว่ามีสิทธิที่จะได้รับคำแนะนำหรือขอคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญที่มีความสามารถในเรื่องนั้น ๆ ตลอดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.2) การรักษาความลับ

ก) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีหน้าที่ในการรักษาความลับ เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือเพื่อเหตุผลที่สำคัญต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือ

เพื่อเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กหรือความสมบูรณ์ทางร่างกายหรือทางจิตใจของบุคคลหนึ่งบุคคลใด

ข) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเคารพหลักการรักษาความลับระหว่างคู่กรณีในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในกรณีของการพูดคุยกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียวหรือกับที่ปรึกษาของคู่กรณีแต่เพียงฝ่ายเดียว ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องไม่นำข้อมูลไปเผยแพร่ต่อให้กับบุคคลอื่น โดยปราศจากความยินยอมอย่างละเอียดและโดยชัดแจ้ง

ค) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องปฏิบัติตามกฎหมายและมีหน้าที่เตือนให้กรณีทุกฝ่ายทราบว่าข้อเสนอใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือประโยชน์ของบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องอันอาจนำมาสู่การระงับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

ง) ภายหลังจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทพิจารณาหน้าที่ในการรักษาความลับในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ก็ต่อเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายตกลงหรือยินยอมร่วมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เห็นว่าการเปิดเผยข้อมูลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการทำงานหรือการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

2.3) การเคารพเสรีภาพของคู่กรณี

ก) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเคารพเสรีภาพของคู่กรณีทุกฝ่ายในการตัดสินใจเลือกหรือยอมรับหรือระงับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรับประกันว่าผลจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาจากการที่คู่กรณีทุกฝ่ายตกลงกันอย่างเสรี

ค) คู่กรณีทุกฝ่ายตัดสินใจร่วมกันว่าจะให้ศาลให้ความเห็นชอบข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่ก็ได้

ง) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ทันที เมื่อปรากฏสภาพการณ์ดังต่อไปนี้อย่างชัดแจ้ง ความสมดุลของอำนาจที่อาจนำไปสู่ข้อตกลงที่ไม่สมดุลอย่างมีนัยสำคัญ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายอย่างร้ายแรงและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้ประโยชน์จากความไม่รู้กฎหมายนั้น การละเมิดหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่มีการลงโทษทางอาญาปัจจัยประกอบอื่นใดที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและนำมาสู่การทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่มีความเป็นกลางหรือมีอคติ

3) การลงโทษ กรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดำเนินการฝ่าฝืนกฎบัตรฉบับนี้และไม่มี ความเสียหายที่เป็นเหตุให้มีการดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญา ศาลอาจยุติการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้และตัดสินใจว่าไม่ให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรายนั้นทำหน้าที่ต่อไป

การศึกษากฎบัตรนี้แสดงให้เห็นว่า สภาแห่งรัฐต้องการอุดช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ หากเปรียบเทียบกับหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแล้ว พบว่ากฎบัตรนี้มีเนื้อหาสาระเพิ่มเติม ดังที่พบในหน้าที่ที่ต้องซื้อสัตย์และรักษาไว้ซึ่งชื่อเสียง กฎบัตรเดียวกันยังกล่าวถึงหน้าที่ที่จะต้องมีความเป็นอิสระ อันเป็นหน้าที่ซึ่งจะต้องนำไปปรับใช้ในลักษณะเดียวกับหน้าที่ที่จะต้องมีความเป็นกลาง หน้าที่ที่ต้องซื้อสัตย์และไม่มีส่วนได้เสียนี้ถือเป็นหน้าที่ถือเป็นหน้าที่ซึ่งเดิมเติมหน้าที่อื่นที่เคยปรากฏในกฎหมาย

นอกจากนั้น กฎบัตรจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยยังได้กำหนดบทลงโทษในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่เคารพความในกฎบัตร ซึ่งหากเกิดกรณีดังกล่าว ศาลอาจมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการไกล่เกลี่ย และไม่มอบหมายให้ผู้ไกล่เกลี่ยรายดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ในอนาคต อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎบัตรจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยจะกำหนดโทษกรณีฝ่าฝืนก็ตาม แต่คุณค่าทางกฎหมายของกฎบัตรยังมีลักษณะที่จำกัด เนื่องจากกฎบัตรนี้มีลักษณะเป็นเพียงเครื่องมือทางกฎหมายที่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ง่ายหรือเป็น soft law เท่านั้น อันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎบัตรที่เป็นไปเพื่อสร้างเสริมสภาพบังคับในทางความรู้สึก (une dimension morale) ของกฎระเบียบทั้งหลายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงเป็นที่มาว่ากฎบัตรจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยยังไม่มีสภาพบังคับหรือคุณค่าทางกฎหมายที่ชัดเจน กฎบัตรฉบับนี้จึงไม่มีผลผูกพันใด อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าแนวปฏิบัติด้านจริยธรรมและศีลธรรมที่ปรากฏในกฎบัตร มีวัตถุประสงค์อย่างน้อยที่สุดก็เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการของผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อประกันคุณภาพของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กฎบัตรข้างต้นเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในศาลหากเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมีหน่วยงานหรือองค์กรที่มีศาลทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁸⁹ โดยได้มีการจัดทำประมวลจริยธรรมแห่งชาติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจัดทำโดยองค์กรหรือหน่วยงานที่เป็นการรวมกลุ่มกันของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (le Rassemblement des Organisations de la Médiation หรือ R.O.M.) จัดทำ “ประมวลจริยธรรมแห่งชาติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” ขึ้นมา เพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันที่มีมาตรฐานและลักษณะร่วมกันของกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหมดของประเทศฝรั่งเศส การจัดทำประมวลจริยธรรมแห่งชาติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังมี ความสอดคล้องกับเนื้อหาของ Directive ของสภายุโรปและคณะมนตรียุโรปที่ 2008/52 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 (Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du

⁸⁹ เอกสิทธิ์ วินิจกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 1-8.

conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale) และประมวลการปฏิบัติงานของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในยุโรป (Code de conduite européen pour les médiateurs de 2004)

สำหรับกฎบัตรของชมรมผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในบริการที่ให้กับสาธารณชน (Charte du Club des Mediateurs de Services au Public)⁹⁰ ที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องยึดถือหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นการรับประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางในมาตรฐานเดียวกันของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีดังนี้⁹¹ 1. ความเป็นกลาง (La neutralité) ปราศจากอคติ (L'impartialité) 2. ความเป็นอิสระ (L'indépendance) 3. ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่มีผลประโยชน์ (désintéressé) 4. ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นผู้มีความสามารถและมีประสบการณ์ทางวิชาชีพ (une expérience professionnelle) 5. ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความพากเพียร (La diligence) 6. ความเป็นธรรม (L'équité) 7. ความซื่อสัตย์ (La loyauté) 8. ความโปร่งใส (La transparence) 9. การรักษาความลับ (La confidentialité) 10. ประสิทธิภาพ (L'efficacité)

ประมวลจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่จัดทำขึ้นนี้ เป็นแนวทางหลักสำหรับการปฏิบัติงานของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในปัจจุบันและได้รับการยอมรับโดยสมาชิกที่ให้ความร่วมมือในการนำประมวลจริยธรรมดังกล่าวไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ

2.2.7 หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

การปฏิบัติตามข้อตกลงของการไกล่เกลี่ยถือเป็นสิ่งสำคัญ ต้องมีหลักประกันหรือวิธีการที่ทำให้คู่กรณีซึ่งเข้าทำการไกล่เกลี่ยเกิดความมั่นใจว่าเมื่อทำการไกล่เกลี่ยแล้วจะได้รับการปฏิบัติตามที่ได้ตกลงไกล่เกลี่ยกันไว้ ซึ่งมีการกำหนดผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ตรวจสอบว่าคู่กรณีได้ปฏิบัติตามที่ตกลงไกล่เกลี่ยกันไว้หรือไม่ เพียงไรและให้มีการรายงานต่อตุลาการศาลปกครองตามมาตรา L. 213-9⁹² ที่บัญญัติว่า “ให้ผู้ไกล่เกลี่ย (médiateur) รายงานต่อตุลาการศาลปกครอง (informe le juge) ว่าคู่กรณีได้ดำเนินการเป็นไปตามข้อตกลงหรือไม่”

2.2.8 การกำหนดค่าตอบแทนแก่ผู้ไกล่เกลี่ย

บุคคลภายนอกที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ย มีสิทธิได้รับค่าตอบแทน ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา L. 213-8 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) ในการกำหนดค่าตอบแทน กรณีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็น

⁹⁰วิสรุต ทิดดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 13-14.

⁹¹เอกสิทธิ์ วินิจกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 1-8.

⁹²Article L. 213-9. -Le médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord. คำแปลโดย พชญา จิตรมหีมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 18.

บุคคลภายนอก ตุลาการอาจกำหนดค่าตอบแทนเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนให้กับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ และหากมีการร้องขอจากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อธิบดีศาลนั้นสามารถที่จะกำหนดค่าตอบแทนโดยคำนวณตามชั่วโมงการทำงานของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ค่าธรรมเนียมในการใช้บริการผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตกเป็นภาระของคู่กรณี โดยให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าว และหากไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ หรือไม่มีการตกลงร่วมกัน ให้ค่าธรรมเนียมศาลเป็นภาระของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน เว้นแต่ศาลเห็นว่า คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งควรจะได้รับผิดชอบมากกว่าโดยพิจารณาถึงสถานะทางเศรษฐกิจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นเกณฑ์ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีคำร้องขอความช่วยเหลือทางด้านกระบวนการยุติธรรมกรณี ค่าธรรมเนียมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เป็นภาระระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน หรือกรณีศาลเห็นว่าคู่กรณีควรจะได้รับภาระอย่างแตกต่างกันให้รัฐเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายของคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความช่วยเหลือทางด้านกระบวนการยุติธรรมตามมาตรา L. 213-8⁹³ ที่บัญญัติว่า

“หากการปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยได้มีการมอบหมายให้บุคคลภายนอกศาลเป็นผู้ดำเนินการ ตุลาการศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินดังกล่าวได้

หากการไกล่เกลี่ยมีค่าใช้จ่ายที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวถือเป็นเสรีภาพในการทำความตกลงที่จะแบ่งความรับผิดชอบระหว่างคู่กรณี

หากไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย คู่กรณีจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ยโดยแบ่งส่วนเท่า ๆ กัน ทั้งนี้ ตุลาการศาลปกครองอาจกำหนดความรับผิดชอบในการออกค่าใช้จ่ายที่

⁹³Article L. 213-8. -Lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, le juge détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition.

A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues au troisième alinéa du présent article. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'État, sous réserve de l'article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis. L'instance est alors poursuivie.

คำแปลโดย พัชณา จิตรมหีมา. อังแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 19.

ไม่เท่าเทียมกันได้โดยคำนึงถึงสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจของกลุ่ม (Situation Economique des Parties)

ในกรณีที่มีการช่วยเหลือด้านความยุติธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การแบ่งค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในวรรคสามแห่งมาตรานี้ โดยค่าใช้จ่ายที่เป็นของกลุ่มซึ่งได้รับความช่วยเหลือด้านความยุติธรรมจะตกเป็นความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 50 แห่งรัฐบัญญัติ หมายเลข 91-647 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1991 ที่เกี่ยวกับการช่วยเหลือทางกฎหมาย (loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique)

ให้ศาลปกครองกำหนดจำนวนเงินเพื่อประกันค่าตอบแทนของผู้ไกล่เกลี่ยและกำหนดให้คู่กรณีคนหนึ่งคนใดเป็นผู้วางเงินประกันดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ หากไม่มีการวางเงินประกันตามระยะเวลาและตามจำนวนที่ศาลกำหนดไว้ การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจะสิ้นสุดลงและให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เมื่อมีการฟ้องคดีจะมีการช่วยเหลือทางกฎหมายเกี่ยวกับการสนับสนุนค่าใช้จ่ายทั้งหมดหรือบางส่วนเกี่ยวกับทนายความ แต่การช่วยเหลือดังกล่าวย่อมสงวนไว้สำหรับผู้ฟ้องคดีที่มีรายได้น้อยเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางปกครองยังคงมีค่าใช้จ่าย เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการไกล่เกลี่ยจึงพบว่า⁹⁴ การไกล่เกลี่ยมีค่าใช้จ่ายที่น้อย ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะได้รับค่าตอบแทน (La rémunération) จากคู่กรณี (หากไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับค่าตอบแทนไว้โดยเฉพาะศาลก็อาจกำหนดให้ได้) ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีทรัพย์สินเพียงพอก็สามารถขอความช่วยเหลือทางกฎหมายสำหรับการจ่ายค่าตอบแทนผู้ไกล่เกลี่ยได้เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามความในรัฐบัญญัติลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ได้กำหนดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยแบบบังคับก่อนการฟ้องคดี (ปัจจุบันการไกล่เกลี่ยแบบบังคับก่อนการฟ้องคดีอยู่ในระหว่างการทดลองใช้ตามโครงการนำร่อง) ก็ได้กำหนดให้คู่กรณีดำเนินกระบวนการดังกล่าวโดยปราศจากค่าใช้จ่าย

2.2.9 อายุความฟ้องคดีกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงเห็นชอบร่วมกันที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยศาลต่อไป กฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความไว้ 2 กรณี คือ ให้อายุความฟ้องคดีสะดุดหยุดลง (L'interruption des délais de recours

⁹⁴Virginie Donier. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 6.

contentieux) และกรณีที่มีผลให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ (La suspension des prescriptions) เป็นไปตามมาตรา L. 213-6⁹⁵ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ที่บัญญัติว่า

“อายุความในการฟ้องคดียอมสะดุดหยุดลง (interrompus) หรือสะดุดหยุดอยู่ (suspendues) นับแต่วันภายหลังจากเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันที่จะใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือในกรณีที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ให้นับแต่วันที่มีการประชุมครั้งแรก เพื่อดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ระยะเวลาในการฟ้องคดีและอายุความดังที่กล่าวมาจะเริ่มขึ้นใหม่นับแต่วันที่คู่กรณีฝ่ายใดหรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือผู้ไกล่เกลี่ยได้ประกาศสิ้นสุดการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ หากระยะเวลาและอายุความเช่นนี้จะเริ่มต้นนับใหม่อีกครั้งหนึ่งนั้นต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือน”⁹⁶

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นการให้หลักประกันแก่ผู้ฟ้องคดีว่าคดีข้อพิพาท จะไม่ขาดอายุความหากมีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปแล้ว และภายหลังการไกล่เกลี่ยไม่เป็นผลสำเร็จ (en cas d'échec de la médiation) ทำให้ต้องมีการฟ้องร้องดำเนินคดีในภายหลัง อายุความการฟ้องคดีจะเริ่มนับใหม่ นับแต่วันที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายหรือผู้ไกล่เกลี่ยได้ประกาศยุติการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ อายุความที่เริ่มนับใหม่นี้จะต้องไม่น้อยกว่าหกเดือน

2.2.10 ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบ่งได้เป็น 2 กรณี⁹⁷ คือ

(1) กรณีการไกล่เกลี่ยสำเร็จ เมื่อศาลได้รับการเสนอข้อยุติเช่นนั้น ซึ่งกระทำโดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามความในส่วนี้ศาลมีอำนาจที่จะรับรองและกำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับได้ (การพิพาทตามยอม) ตามรัฐกฤษฎีกาที่ 2017-566 ลงวันที่ 28

⁹⁵L'article L.213-6 du Code de justice administrative

Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation.

Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. คำแปลโดย อภิญา แก้วกำเนิด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 8.

⁹⁶คำแปลโดย พัชณา จิตรมหีมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 77. หน้า 18.

⁹⁷ชุดิมา ฎนญเต็ม. (2562). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครอง ศึกษากรณีการขอใช้คำสั่งใหม่ทดแทนเกี่ยวกับความรับผิดชอบแก่หน่วยงานทางปกครอง*. สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, หน้า 40.

เมษายน ค.ศ. 2017 เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง
มาตรา R. 213-4

(2) กรณีการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ กำหนดให้เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือผู้ไกล่เกลี่ย
ข้อพิพาท ร้องขอให้ยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือในกรณีที่ศาลเห็นเองว่า การดำเนินการไกล่เกลี่ย
ข้อพิพาทนั้น ไม่อาจดำเนินการไปได้ด้วยดีและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คดีให้ศาลสั่งยุติ
การไกล่เกลี่ย ตามมาตรา R. 213-9 แห่งรัฐกฤษฎีกาเดียวกัน

2.3 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ระบบกฎหมายของเยอรมันเป็นกฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)
โดยมีการแยกกฎหมายเอกชนและมหาชนออกจากกันเช่นกัน

2.3.1 ความเป็นมาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี

การไกล่เกลี่ยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีกฎหมายในระดับสหพันธรัฐที่ใช้เป็นฐาน
ในการไกล่เกลี่ย คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) รัฐบัญญัตินี้
ตราขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2012 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 26 กรกฎาคม
ค.ศ. 2012 ซึ่งเป็นผลมาจากแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป ที่ออกระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์บาง
ประการเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งและการพาณิชย์ (DIRECTIVE 2008/52/EC on
certain aspects of mediation in civil and commercial matters) ใน ค.ศ. 2008 เพื่อส่งเสริมและ
สนับสนุนการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทและยังเป็นผลจากการทดลองนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็น
โครงการนำร่องในระดับมลรัฐ⁹⁸

ก่อนที่จะมีการตราบัญญัติข้างต้น⁹⁹ พบว่าในทางปฏิบัติสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้
ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีอย่างแพร่หลายอยู่แล้ว แต่หลังจากมีการบังคับใช้
รัฐบัญญัตินี้ ทำให้การไกล่เกลี่ยมีความชัดเจนขึ้นและมีกรอบกระบวนการพิจารณาที่อาจนำมาปรับใช้
กับการไกล่เกลี่ยในแต่ละกรณีได้ สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

⁹⁸ นฤมล ขณะรัตน์. (2562). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในระบบกฎหมายเยอรมัน*. เอกสารเผยแพร่
ทางวิชาการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 1-2.

⁹⁹ วารรัตน์ ไคขุนทด. (2554). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง: สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. *วารสารวิชาการ
ศาลปกครอง*, 11(4), หน้า 55-67.

นั้น มิได้มุ่งหมายเพื่อลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี¹⁰⁰ แต่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมุ่งที่จะให้คู่กรณีได้รับผลคำวินิจฉัยที่ตรงกับความต้องการและมีความเป็นธรรม การไกล่เกลี่ยที่ถือว่าประสบความสำเร็จ คือ การค้นพบทางออกที่ทำให้ทุกฝ่ายต่างก็เป็นผู้ชนะ ซึ่งเรียกว่า “Win-Win-Lösung” กล่าวคือ ทางออกที่ทุกฝ่ายต่างก็ได้รับประโยชน์หรือเป็นทางออกที่ทำให้ทุกฝ่ายมีความรู้สึกว่าเป็นผู้ชนะ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นระยะเวลานานแล้ว แม้ในระยะแรกเริ่มจะยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายแห่งสหพันธ์ที่บัญญัติเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ ศาลปกครองบางแห่งก็ได้นำมาปรับใช้โดยมีลักษณะเป็นโครงการนำร่อง¹⁰¹ ดังนั้น จึงได้มีการพัฒนาการไกล่เกลี่ยทั้งในด้านบทบัญญัติของกฎหมาย ระบบบริหารจัดการคดี การฝึกอบรม และการส่งเสริมประสบการณ์ของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งในบรรดาองค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านี้ การถ่ายทอดประสบการณ์ของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย¹⁰² ถือเป็นข้อมูลที่สำคัญยิ่งแต่กลับมีจำนวนน้อยที่สุด ทั้งนี้ ก็เพราะหลักการสำคัญประการหนึ่งของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคือ หลักการรักษาความลับ ที่ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยทุกฝ่ายรวมทั้งผู้ไกล่เกลี่ย จะต้องไม่นำข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดใดๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปเปิดเผย จึงทำให้การถ่ายทอดประสบการณ์ของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยมีความยุ่งยากกว่าการถ่ายทอดประสบการณ์ของตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี แต่ศาลในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างยอมรับให้ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยสามารถหยิบยกคดีขึ้นมาถ่ายทอดเพื่อเผยแพร่ประสบการณ์ได้ แต่จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง ไม่แสดงข้อเท็จจริงที่อาจแสดงตัวตนของคู่กรณีหรือที่จะเกิดผลกระทบต่อคู่กรณี โดยใช้วิธีการต่างๆ เช่น การแสดงข้อเท็จจริงแต่เพียงสั้น ๆ หรือการใช้อักษรย่อหรือสัญลักษณ์แทนชื่อหรือการไม่กล่าวถึงรายละเอียดที่มีความเฉพาะเจาะจง

ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความพิพาทของศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ใน ค.ศ. 2012 เพื่อให้มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ยอมรับให้ตุลาการ

¹⁰⁰ วารรัตน์ ไคขุนทด. (2558). *สถานการณ์ปัจจุบันของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาลปกครองเยอรมันและการระงับข้อพิพาทโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลปกครองเยอรมัน อันเป็นการยุติข้อพิพาทอย่างมีผลผูกพัน*. เอกสารเผยแพร่ทางวิชาการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 1-2.

¹⁰¹ กรรณิการ์ สุทธิประสิทธิ์ และคณะ. (2554). *โครงการพัฒนาความรู้ตุลาการศาลปกครอง เรื่อง การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้กับคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 40.

¹⁰² วารรัตน์ ไคขุนทด. (2562). คุณค่าของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีในทฤษฎีของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 19 (3), หน้า 48-55.

ศาลปกครองทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลมาได้ระยะหนึ่งแล้ว และเรียกตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยดังกล่าวในภาษาเยอรมันว่า “Gerichtsmediator” หรือ “Mediationsrichter” เพราะได้รับอนุญาตให้ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยแบบ Mediation แต่เพียงอย่างเดียว ต่อมา เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศติปกครองมีผลใช้บังคับ ตุลาการนอกองค์คณะจะเป็นผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล ดังนั้นจึงเปลี่ยนมาเรียกตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยในยุคหลังว่า “Güterichter”¹⁰³ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่กว้างขวางกว่า สามารถชี้แจงข้อกฎหมายให้คู่กรณีเข้าใจและยังสามารถเสนอแนะทางออกให้คู่กรณีได้อีกด้วย และที่สำคัญยังมีอำนาจจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อหน้าศาล (Gerichtlicher/Vergleich) ด้วยตนเองได้ ซึ่งจะแตกต่างจากเดิมที่มีอำนาจเพียงจัดทำบันทึกข้อตกลงระหว่างคู่กรณีได้เท่านั้น ซึ่งคู่กรณีจะต้องนำบันทึกข้อตกลงดังกล่าวไปยื่นขอให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาตุลาการเจ้าของสำนวนหรือตุลาการที่ได้รับมอบหมายจัดทำเป็นสัญญาประนีประนอมต่อหน้าศาลในภายหลัง

ในส่วนขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ เพื่อยอมรับการใช้อำนาจไกล่เกลี่ยของผู้พิพากษาหรือตุลาการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ดำเนินการโดยการปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แล้วกำหนดให้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาอนุโลมใช้บังคับกับการพิจารณาความในคดีของศาลระบบอื่น เช่น ศาลปกครอง ซึ่งการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นนอกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามปกติของศาล ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งที่ได้มีการปรับปรุง แบ่งเป็น 2 กรณี¹⁰⁴

1) การระงับข้อพิพาทโดยศาลตามมาตรา 278 วรรคห้า (Güterichterverfahren) ซึ่งบัญญัติให้อำนาจศาลมีดุลพินิจที่จะออกคำสั่ง (Verweisungsbeschluss) ให้คู่กรณีไปดำเนินการระงับข้อพิพาทเพื่อหาทางออกที่ไม่มีความขัดแย้ง โดยผู้พิพากษาผู้ระงับข้อพิพาท (Güterichter) ซึ่งไม่ใช่ผู้พิพากษา ผู้รับผิดชอบในการพิจารณาวินิจฉัยคดี แต่เป็นผู้พิพากษาที่อยู่ในสังกัดศาลเดียวกัน การดำเนินวิธีการระงับข้อพิพาทในกรณีนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีในศาลและจะกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เท่าที่เหมาะสมแก่สภาพข้อเท็จจริง เช่น การกำหนดนัดพิจารณาตามมาตรา 272 ประกอบกับมาตรา 216 (Bestimmung des Termins zur Güteverhandlung) ที่คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม เป็นต้น

นอกจากนี้ การปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการระงับข้อพิพาทของผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เป็นผู้ระงับข้อพิพาทถือเป็นการใช้อำนาจในฐานะผู้พิพากษา (gesetzlicher

¹⁰³ วรรัตน์ ไคขุนทด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 102. หน้า 57.

¹⁰⁴ ชาญพล สกุลเมฆา. (2561). *ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองเยอรมัน*. ฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง กองกฎหมายปกครอง .กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 2-4

Richter) ตามมาตรา 16 แห่งกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล (Gerichtsverfassungsgesetz) ที่ต้องผูกพันกับหลักความเป็นอิสระของการใช้อำนาจตุลาการโดยเคร่งครัด และเนื่องจากเป็นการระงับข้อพิพาทโดยคำสั่งศาล ผู้พิพากษาผู้ระงับข้อพิพาทจึงมีสิทธิตรวจดูเพิ่มสำนวนคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี (Recht auf Einsicht in Prozessakten) และยังสามารถบันทึกหลักฐานการตกลงประนีประนอม (den Vergleich protokollieren) รวมถึงกำหนดจำนวนทุนทรัพย์ของคดีได้ (den Streitwert festsetzen)

2) การระงับข้อพิพาทโดยผู้พิพากษาผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรา 278 a (Mediationsverfahren) เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลเสนอให้คู่กรณีไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นด้วยความยินยอมของคู่กรณี โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นผู้พิพากษาซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในศาลนั้นก็ได้ (gerichtsnahе Mediation) และในกรณีที่คู่กรณียินยอมเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ศาลจะมีคำสั่งพักการพิจารณาคดีไว้ก่อน (Anordnung der Verfahrensruhe) ตามมาตรา 278 a ประกอบกับมาตรา 251 เพื่อรอผลการไกล่เกลี่ย หลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในกรณีนี้จะอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz) ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย (มาตรา 2) หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยในการแจ้งข้อมูลที่มีผลกระทบต่อความมีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะทำการพิจารณาให้คู่กรณีทราบ (มาตรา 3) และการรักษาความลับหากการไกล่เกลี่ยไม่บรรลุผล (มาตรา 4)

แม้ว่าสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) จะเป็นกรณีของบทบัญญัติที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยนอกศาล แต่ด้วยผลของบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า ประโยคที่สอง¹⁰⁵ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ศาลใช้

¹⁰⁵Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 278 Gütliche 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.

(6) Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. § 164 gilt entsprechend. คำแปลโดย นรินทร์ อธิสาร. (2558). *การสร้างระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย*. เอกสารเผยแพร่ทางวิชาการ สำนักวิจัยและวิชาการ. สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 4-5.

เป็นฐานในการดำเนินการไกล่เกลี่ยในศาล กำหนดให้การไกล่เกลี่ยโดยผู้พิพากษาสามารถนำเอาวิธีการทั้งหลายของการระงับข้อพิพาท รวมถึงการไกล่เกลี่ยมาใช้ได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีผลต่อการระงับข้อพิพาทในคดีปกครองในแง่ที่ว่า ศาลปกครองสามารถนำเอาหลักการดังกล่าวไปปรับใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในศาลปกครองได้ เนื่องจากมาตรา 173 ประโยคที่หนึ่ง¹⁰⁶ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติให้นำบทบัญญัติของพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung – ZPO) รวมทั้งบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า และ 278 a ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung – ZPO) มาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁰⁷

ด้วยเหตุนี้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นในคดีปกครองจึงต้องคำนึงหลักการต่าง ๆ ที่เป็นสาระสำคัญของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐประกอบด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการกระทำทางปกครองของรัฐต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)

ปัจจุบันขอบเขตของการไกล่เกลี่ยคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถูกกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ซึ่งสามารถนำมาใช้กับการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี กล่าวคือ

กรณีแรก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะมีการฟ้องคดี (außergerichtliche Mediation) การไกล่เกลี่ยกรณีนี้จะไม่ขึ้นกับกระบวนการในชั้นศาล (unabhängig von einem Gerichtsverfahren)

กรณีที่สอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายหลังการฟ้องคดีแล้ว สำหรับการไกล่เกลี่ยหลังการฟ้องคดีโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยภายในศาลนี้ เป็นการอาศัยฐานตามมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มีสาระสำคัญ กำหนดให้นำเอาบทบัญญัติมาตรา 275 วรรคห้า

¹⁰⁶Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)

§ 173 Soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozessordnung einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a entsprechend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Die Vorschriften des Siebzehnten Titels des Gerichtsverfassungsgesetzes sind mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle des Oberlandesgerichts das Oberverwaltungsgericht, an die Stelle des Bundesgerichtshofs das Bundesverwaltungsgericht und an die Stelle der Zivilprozessordnung die Verwaltungsgerichtsordnung tritt. Gericht im Sinne des § 1062 der Zivilprozessordnung ist das zuständige Verwaltungsgericht, Gericht im Sinne des § 1065 der Zivilprozessordnung das zuständige Oberverwaltungsgericht.. คำแปลโดย นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 14.

¹⁰⁷ ฎีกาฎีกา สกฤตเมฆา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 104. หน้า 3.

แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับกับวิธีพิจารณาคดีปกครองตราว่าที่ไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาคดีปกครอง

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายหลังการฟ้องคดี สามารถแบ่งได้อีก 2 ประเภท ได้แก่

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล เกิดขึ้นในกรณีที่มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล และคู่กรณีต้องการให้มีการไกล่เกลี่ย ศาลจะยุติการพิจารณาและให้ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ภายนอกศาลที่ผ่านการอบรมหลักสูตรผู้ไกล่เกลี่ย (gerichtsinterne Mediation) ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาท เช่น นักจิตวิทยาหรือวิศวกร เป็นต้น¹⁰⁸ ซึ่งการไกล่เกลี่ยนอกศาลทั้งในกรณีก่อนฟ้องคดีและหลังฟ้องคดี โดยให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตุลาการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยนั้น เป็นการบังคับใช้ตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยโดยตรง¹⁰⁹

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล โดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย (gerichtsnahe Mediation) ซึ่งเป็นตุลาการนอกองค์คณะที่ผ่านการอบรมหลักสูตรตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย

รัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) นี้มุ่งหมายใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยนอกศาล¹¹⁰ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้มีความหมายว่าจะไม่มีการใช้ไกล่เกลี่ยภายในศาล

2.3.2 หลักการพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹¹¹

การแบ่งกลุ่มของหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จากการสำรวจข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว เห็นได้ว่า มีการแบ่งกลุ่มของหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่หลากหลาย เช่น

1) หลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 4 ข้อ ได้แก่ หลักความสมัครใจ (Freiwilligkeit) หลักความไว้วางใจ (Vertraulichkeit) หลักการดำเนินการไกล่เกลี่ยเพื่อคู่กรณีทุกฝ่าย (Allparteilichkeit) และหลักการเปิดกว้างผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ย (Ergebnisoffenheit)

2) หลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 5 ข้อ ได้แก่ หลักความรับผิดชอบของคู่กรณี (Eigenverantwortlichkeit) หลักความสมัครใจ (Freiwilligkeit) หลักความไว้วางใจ (Vertraulichkeit) หลักความครบถ้วนของข้อมูล (Informiertheit) และหลักการดำเนินการไกล่เกลี่ยเพื่อคู่กรณีทุกฝ่าย (Allparteilichkeit)

¹⁰⁸Karsten-Michael Ortloff, Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses, NVwZ 2004, Heft 4, p 387.

¹⁰⁹สำนักวิจัยและวิชาการ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 61-63.

¹¹⁰วันรัฐ งามนิยม. (2563). *การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายเยอรมัน*. เอกสารเผยแพร่ทางวิชาการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 9.

¹¹¹นรินทร์ อธิสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 23.

3) หลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 6 ข้อ ได้แก่ หลักความไว้วางใจ (Vertraulichkeit) หลักความสมัครใจ (Freiwilligkeit) หลักความเป็นกลาง (Neutralität) หลักความรับผิดชอบของคู่กรณี (Eigenverantwortlichkeit) หลักความครบถ้วนของข้อมูล (Informiertheit) และหลักการเปิดกว้างซึ่งผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ย (Ergebnisoffenheit) เป็นต้น¹¹²

อย่างไรก็ตาม ลักษณะเฉพาะของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สำคัญประการหนึ่งที่ต้องคำนึงถึง คือ ความยืดหยุ่น (Flexibilität) ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ด้วยเหตุที่ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความยืดหยุ่นสูง การยุติข้อพิพาทจึงไม่อยู่ในกรอบของบทบัญญัติกฎหมาย คู่กรณีจึงสามารถกำหนดข้อพิพาทของตนเอง ด้วยการขยายหรือจำกัดข้อพิพาทดังกล่าวได้ ดังนั้น กรณีจึงมีความเป็นไปได้ที่ประเด็นที่ไม่มีความสำคัญในการดำเนินคดีในศาลจะถูกนำมาพิจารณาตกลงกันได้

2.3.3 รูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล (Außergerichtliche Mediation)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ที่ดำเนินการโดยผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางและไม่มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว มิได้ทั้งในกรณีก่อนฟ้องคดีและหลังการฟ้องคดี ตัวอย่างของการไกล่เกลี่ยประเภทนี้ ได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลหลังฟ้องคดี (gerichtsnahe Mediation) กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังฟ้องคดี ซึ่งตุลาการที่รับผิดชอบคดีจะมีข้อเสนอแนะ ต่อคู่กรณีในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยการไกล่เกลี่ย โดยศาลจะมีคำสั่งพักการพิจารณาคดีเอาไว้ก่อน ตามมาตรา 278 a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การดำเนินการไกล่เกลี่ยในกรณีนี้ไม่ได้ทำในรูปแบบของคำสั่งของศาล หากแต่คู่กรณีจะต้องแสดงให้เห็นถึงความพร้อมของตนในการพยายามที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างกัน

2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล (Gerichtsinterne Mediation)

การไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการโดยศาลและไม่ใช่การไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการโดยบุคคลที่สามที่เป็นบุคคลภายนอก ในที่นี้ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีจะถูกโอนไปยังตุลาการผู้ระงับข้อพิพาท (Güterichter) ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น และกรณียอมอยู่ในดุลพินิจของตุลาการระงับข้อพิพาทว่า จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทใดในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว ทั้งนี้

¹¹²Die sechs Grundprinzipien der Mediation, accessed May 1, 2019, <https://www.mediationskanzlei-plassmann.de/mediationskanzlei/grundregeln.htm>; Die sechs Grundprinzipien der Mediation, accessed May 1, 2019. อ้างถึงใน นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 30.

ตามมาตรา 278 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และด้วยผลของการมีผลใช้บังคับของรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) นับแต่วันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 2013 เป็นต้นมา ตุลาการหรือผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลจะถูกเรียกอย่างเป็นทางการว่า “ตุลาการ (ผู้พิพากษา) ผู้ระงับข้อพิพาท” (Güterichter)

2.3.4 ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มีกฎหมายในระดับสหพันธ์รัฐที่ใช้เป็นฐานในการไกล่เกลี่ย คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) โดยตราขึ้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ในภาพรวมเอาไว้ ทำให้เรื่องไกล่เกลี่ยมีความชัดเจนขึ้นและมีกรอบกระบวนการพิจารณาที่นำมาปรับใช้กับการไกล่เกลี่ยแต่ละกรณีได้ โดยมีขอบเขตในการบังคับใช้ ดังนี้

รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ได้บัญญัตินิยามของการไกล่เกลี่ยไว้ ดังนี้ มาตรา 1 วรรคหนึ่ง¹¹³ บัญญัติว่า

“(1) การไกล่เกลี่ย คือ วิธีพิจารณาที่มีการกำหนดโครงสร้างขั้นตอน อยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจของกลุ่มพิพาท โดยคู่กรณีตกลงร่วมกันเพื่อแสวงหาทางระงับข้อพิพาทระหว่างกัน โดยความสมัครใจและความรับผิดชอบของกลุ่มพิพาทนั่นเอง ด้วยความช่วยเหลือของผู้ไกล่เกลี่ยคนหนึ่งหรือหลายคน”

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรา 1 ดังกล่าว เป็นผลมาจากการบัญญัติให้สอดคล้องกับนิยามตามข้อ 3 วรรค 6 ของแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป¹¹⁴ จากนิยามของการไกล่เกลี่ยข้างต้น มีหลักการที่ควรพิจารณา ดังนี้¹¹⁵

1) ความไว้วางใจของกลุ่มกรณีในการไกล่เกลี่ย (Vertraulichkeit in der Mediaion) ความไว้วางใจถือเป็นพื้นฐานสำคัญของการไกล่เกลี่ยที่จะต้องมีและคงอยู่ตลอดเวลาของการไกล่เกลี่ย

¹¹³Mediationsgesetz (MediationsG)

§ 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 Entscheidungs- befugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. คำแปล โดย นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 22.

¹¹⁴นฤมล ฆณะรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98. หน้า 4.

¹¹⁵นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 5.

ซึ่งปรากฏผ่านทั้งขั้นตอนการเลือกผู้ไกล่เกลี่ย การกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงการกำหนดผลของการไกล่เกลี่ย

2) คู่กรณี (Parteien)

มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย กำหนดเรื่องคู่กรณีพิพาทไว้ คู่กรณีในที่นี้จะ เป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลในทางกฎหมายแพ่งหรือตามกฎหมายมหาชน รวมถึงบรรดาบุคคลที่ รวมกลุ่มกัน ก็สามารถเข้าเป็นคู่กรณีได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้ โดยสภาพของการเป็นข้อพิพาทจะประกอบไปด้วยคู่กรณีสองฝ่ายเป็นอย่างน้อย ส่วนจำนวนในแต่ละฝ่ายจะเป็นเท่าไรนั้นไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใด ซึ่งในอดีตพบว่าคู่กรณีที่แต่ละฝ่าย ประกอบไปด้วยบุคคลจำนวนมาก

3) ผู้ไกล่เกลี่ยหลายคนและผู้ช่วยผู้ไกล่เกลี่ย (Mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren)

มาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยได้รองรับผู้ไกล่เกลี่ยหลายคน และผู้ช่วยผู้ไกล่เกลี่ยไว้ ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติพบว่า มีข้อพิพาทที่ใช้การไกล่เกลี่ยร่วม (Co-Mediationen) โดยการไกล่เกลี่ยในรูปแบบนี้ จะช่วยหาทางออกให้กับข้อพิพาทที่มีรายละเอียด ภายในเพื่อหาข้อยุติที่แตกต่างกัน เช่น หากเป็นเรื่องเทคนิค อาจใช้ผู้ไกล่เกลี่ยท่านหนึ่ง หากเป็น เรื่องทางด้านกฎหมายอาจใช้ผู้ไกล่เกลี่ยอีกท่านหนึ่ง อย่างไรก็ตามสามารถใช้ผู้ไกล่เกลี่ยเดียว และใช้การสอบถามความคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญแต่ละท่านได้ ทั้งนี้ รูปแบบหรือวิธีการเป็นเรื่องที่ ยืดหยุ่นขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ¹¹⁶

4) ความสมัครใจ (Freiwilligkeit) และความรับผิดชอบด้วยตนเอง (Selbstverantwortlichkeit)¹¹⁷

ความสมัครใจในที่นี้ หมายถึง ความสมัครใจในการเข้าร่วมแก้ปัญหาของคู่กรณีโดยไม่ ถูกบังคับที่จะต้องตัดสินใจว่าจะดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือไม่ หรือจะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยเมื่อใด ลักษณะเฉพาะข้างต้นของการไกล่เกลี่ยนี้ ถือเป็นเรื่องที่แตกต่างกันจากการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยศาล กล่าวคือ การไกล่เกลี่ยเป็นเรื่องของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ในขณะที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาล ผู้ถูกฟ้องคดีจะไม่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการ เริ่มต้นการดำเนินคดีได้ หรือในกรณีที่คู่กรณีสามารถยุติการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลา ในขณะที่ การยุติข้อพิพาทในศาลไม่อาจกระทำได้ โดยง่ายด้วยการตกลงกันเช่นการไกล่เกลี่ยแต่อย่างใด¹¹⁸

¹¹⁶Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla, Mediationsgesetz : Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden : Nomos 2018, § 1, Rn. 13.

¹¹⁷นรินทร์ อธิสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 5

¹¹⁸Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla, Mediationsgesetz : Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden : Nomos 2018, § 1, Rn. 1.

คู่กรณีจะเป็นผู้ที่ตัดสินใจว่าประเด็นปัญหาและผลประโยชน์หรือความต้องการใดของตนที่จะต้องนำมาพิจารณาในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับเนื้อหาของข้อพิพาท หากแต่มีบทบาทในการดำเนินการไกล่เกลี่ยเท่านั้น ดังนั้น ในการไกล่เกลี่ย คู่กรณีจึงถือเป็น “นายของวิธีพิจารณา”¹¹⁹ (Herren des Verfahrens) และเป็นผู้กำหนดความเป็นไปของการดำเนินการไกล่เกลี่ย

สำหรับความรับผิดชอบของคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยนั้น นอกจากคู่กรณีจะเลือกผู้ไกล่เกลี่ยได้เองแล้ว ยังสามารถเลือกกระบวนการหรือวิธีการที่ใช้ในการไกล่เกลี่ยได้อีกด้วย รวมทั้งยังสามารถร่วมกันพัฒนาทางเลือกสำหรับการแก้ปัญหาเพื่อนำไปสู่การยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้ ในที่สุด ความรับผิดชอบของคู่กรณีนี้ สะท้อนให้เห็นถึงความยืดหยุ่นของกระบวนการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีสามารถเลือกกระบวนการที่เหมาะสมกับข้อพิพาทของตนและมีวิธีการแก้ปัญหาที่มุ่งไปที่การรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีได้มากกว่าการชี้ถูกชี้ผิด เช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาลด้วย¹²⁰

5) การแก้ปัญหาให้สอดคล้องกับความต้องการของคู่กรณี (Einvernehmlichkeit der Lösung)

เป้าหมายของการไกล่เกลี่ย คือ การร่วมหาทางออกให้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และด้วยเหตุที่การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นจากความสมัครใจ การแก้ปัญหาจึงต้องเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของคู่กรณีให้มากที่สุด และวิธีการที่นำมาใช้สำหรับแก้ปัญหานั้น ต้องเป็นวิธีการที่สามารถปฏิบัติได้จริงและต้องไม่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด¹²¹

2.3.5 ประเภทคดีพิพาทที่เหมาะสมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

สิ่งที่ศาลต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก คือคดีพิพาทนั้นมีความเหมาะสมที่จะนำเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือไม่ โดยพิจารณาว่า¹²² เมื่อไกล่เกลี่ยแล้วคดีพิพาทมีแนวโน้มจะยุติลงในเวลาอันสั้น ไม่ยืดเยื้อ ประหยัดเวลา ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประโยชน์กว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติของศาล

นอกจากนี้ มีประเด็นอื่นที่ต้องพิจารณา เช่น คู่พิพาทมีความสัมพันธ์กันมาอย่างยาวนาน และยังคงต้องการรักษาความสัมพันธ์อันดีกันไว้ คดีที่มีข้อเท็จจริงมีความรู้ลึกเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีที่คู่กรณีไม่ต้องการเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ คดีที่คาดหมายได้ว่าวิธีพิจารณาคดีของศาลจะ

¹¹⁹ นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 5.

¹²⁰ Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla, Mediationsgesetz : Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden : Nomos 2018, § 1, Rn. 15.

¹²¹ Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla, Mediationsgesetz : Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden : Nomos 2018, § 1, Rn. 17.

¹²² วารัตน์ ไคขุนทด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 1.

ไม่นำมาซึ่งการแก้ปัญหา สิ่งที่ศาลต้องพิจารณาเป็นลำดับต่อไป คือ คดีพิพาทนั้นสามารถที่จะนำเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยหรือไม่ โดยพิจารณาว่าเป็นคดีพิพาทที่มีหลักกฎหมายเปิดช่องให้สามารถดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยกันได้หรือไม่ อันได้แก่

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) มาตรา 40 กำหนดเรื่อง การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยไม่ได้ให้นิยามและเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจไว้ แต่ได้กำหนดขอบเขตของการใช้ดุลพินิจไว้ในมาตรา 114 แห่งรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าว โดยให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติของกฎหมาย การที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ฝ่ายปกครองจึงจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจกระทำการหรือไม่กระทำการหรือใช้ดุลพินิจในการเลือกรูปแบบกระทำการ ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ ฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้ดุลพินิจได้หลายอย่าง

แต่อย่างไรก็ดี ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบและศาลปกครองมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าว ในกรณีที่ปรากฏในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลว่า ข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองใช้ไม่ถูกต้องนั้นเสียในชั้นนี้ซึ่งจะมีผลให้ข้อพิพาทยุติลงได้

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการตีความถ้อยคำของกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่ชัดเจน (Ausegung unbestimmter Rechtsegriffe)

3) คดีพิพาทเกี่ยวกับดุลพินิจในเรื่องผังเมือง (Planungsermessen) การที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจในการวางผังเมืองก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติข้อพิพาทในลักษณะนี้จะมีการไกล่เกลี่ยในชั้นก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินการก่อสร้างได้

4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง มาตรา 54 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กำหนดให้ฝ่ายปกครองดำเนินการทางปกครองในรูปแบบของสัญญาทางปกครองได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองยังจะต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของสัญญาซึ่งเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชนด้วย

การริเริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ย¹²³

โดยหลักแล้วตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะผู้พิจารณาพิพากษา จะเป็นผู้พิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เหมาะสมและสามารถนำเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยในศาลหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นได้หรือไม่ ทั้งนี้ คู่กรณีจะต้องมีความเห็นตรงกันว่า ควรจัดให้มี

¹²³ วรรัตน์ ไคขุนทด. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 3.

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในกรณีนี้ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีจะหยุดกระบวนการพิจารณาคดีเอาไว้จนกว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะสิ้นสุดลงและร้องขอไปยังตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

คู่กรณีจะเลือกตุลาการที่จะทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจากบัญชีรายชื่อที่แต่ละศาลได้จัดทำไว้ โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอหรือโดยศาล โดยความยินยอมของคู่กรณี

รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ใช้อธิบายขั้นตอนวิธีพิจารณาและหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ตามมาตรา 2¹²⁴ ซึ่งบัญญัติว่า

- (1) คู่กรณีเป็นผู้เลือกผู้ไกล่เกลี่ย
- (2) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องแน่ใจว่าคู่กรณีมีความเข้าใจหลักการพื้นฐานและขั้นตอนของวิธีการไกล่เกลี่ยและเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยโดยความสมัครใจ
- (3) ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต่อคู่กรณีทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ในการที่จะสนับสนุนและทำให้มีการสื่อสารระหว่างคู่กรณี โดยคู่กรณีจะผูกพันอยู่กับวิธีการที่เหมาะสมและเป็นธรรมในการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินการพูดคุยอยู่กับคู่กรณีแต่ละฝ่ายโดยแยกกันได้ ทั้งนี้ โดยความยินยอมของคู่กรณี

¹²⁴§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators

(1) Die Parteien wählen den Mediator aus.

(2) Der Mediator vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen.

(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.

(4) Dritte können nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden.

(5) Die Parteien können die Mediation jederzeit beenden. Der Mediator kann die Mediation beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.

(6) Der Mediator wirkt im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden.

(4) บุคคลที่สามจะสามารถเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจาก คู่กรณี

(5) คู่กรณีสามารถยุติการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลา ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถยุติการไกล่เกลี่ยได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าการสื่อสารด้วยความรับผิดชอบของคู่กรณีหรือ ข้อตกลงร่วมกันของคู่กรณีไม่อาจเกิดขึ้นได้

(6) ผู้ไกล่เกลี่ยมีบทบาทต่อข้อตกลงร่วมกันของคู่กรณี โดยการทำให้คู่กรณีเข้าใจถึง เนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าว ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องแจ้งให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องการไกล่เกลี่ยโดยไม่มี การให้ คำปรึกษาถึงความเป็นไปได้ในการที่คู่กรณีจะสามารถให้มีที่ปรึกษาภายนอกเป็นผู้ตรวจสอบของ ตนได้หากมีความประสงค์ดังกล่าว ด้วยความยินยอมของคู่กรณีข้อตกลงสามารถจัดทำเป็นบันทึก ข้อตกลงในท้ายที่สุดได้

2.3.6 ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ด้วยเหตุที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองต้องพิจารณาหลายด้านและมีผลประโยชน์ ของคู่กรณีมากมายหลายฝ่าย ผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญหลายด้าน ทั้งเข้าใจกระบวนการไกล่เกลี่ย การจับประเด็น ประสานเรื่องที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในวิธีพิจารณา เรื่องทางปกครองได้ และการควบคุมการไกล่เกลี่ยให้ตรงตามวัตถุประสงค์ของคู่กรณี การดำเนิน กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลปกครองเยอรมัน จึงกระทำโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่จะต้อง ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นตุลาการที่คู่กรณีพิจารณาคัดเลือกร่วมกัน จากบัญชีรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยคดีของศาล ซึ่งต้องผ่านการอบรมหลักสูตรตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่กฎหมาย รับรอง ในบางกรณีอาจแต่งตั้งตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยหลายคนได้ โดยดำเนินการในลักษณะการไกล่เกลี่ย ร่วม เช่น คดีพิพาทที่มีผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยจำนวนมาก

ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย แบ่งออกเป็น 2 ประเภท¹²⁵ คือ

- 1) ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่ประจำอยู่ศาลปกครองอื่น
- 2) ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่ประจำอยู่ในองค์คณะอื่นภายในศาลปกครองเดียวกัน ซึ่งในทาง ปฏิบัติมักจะใช้วิธีโอนคดีไปยังตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่อยู่ภายในศาลเดียวกัน

รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ได้บัญญัตินิยามของ ผู้ไกล่เกลี่ยไว้ในมาตรา 1 วรรคสอง บัญญัติว่า (2) ผู้ไกล่เกลี่ยคือบุคคลที่มีความเป็นกลาง มีความ อิสระและไม่มีอำนาจในการตัดสิน โดยเป็นผู้นำคู่กรณีในการไกล่เกลี่ย¹²⁶

¹²⁵ วารรัตน์ ไกขุนทด. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 2.

¹²⁶ Mediationsgesetz (MediationsG)

นอกจากที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่ง 2 ประการ คือ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลาง

ความเป็นกลาง (Neutralität) หมายถึง ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน (Gleichbehandlung) กล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องสนับสนุนให้มีการสื่อสารพูดคุยกันระหว่างคู่กรณีและต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยด้วยวิธีการที่เหมาะสมและเป็นธรรมกับทุกฝ่าย ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินการเจรจากับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการเฉพาะได้ โดยความยินยอมของคู่กรณีทุกฝ่าย¹²⁷ ตามมาตรา 2(3) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ที่บัญญัติว่า “(3) ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต่อคู่กรณีทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ในการที่จะสนับสนุนและทำให้มีการสื่อสารระหว่างคู่กรณี โดยคู่กรณีจะผูกพันอยู่กับวิธีการที่เหมาะสมและเป็นธรรมในการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถดำเนินการพูดคุยอยู่กับคู่กรณีแต่ละฝ่ายโดยแยกกันได้ ทั้งนี้ โดยความยินยอมของคู่กรณี”

จะเห็นได้ว่าความเป็นกลางจะมุ่งพิจารณาขั้นตอนกระบวนการที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยในกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยถือเป็นคนกลางที่มีความสำคัญมาก เพราะจะเป็นผู้ช่วยให้การเจรจาไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะยุติลงได้ ดังนั้น ในการไกล่เกลี่ยจึงต้องการผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความเชี่ยวชาญ มีความรู้ความสามารถทั้งในข้อพิพาทที่อยู่ในกระบวนการไกล่เกลี่ย และความรู้ความสามารถในการควบคุมสถานการณ์หรือแก้ปัญหาเฉพาะหน้าได้อย่างมืออาชีพ ทั้งนี้ คู่กรณีจะเป็นผู้เลือกผู้ไกล่เกลี่ยเองและเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ในกรณีที่จะมีการเปลี่ยนแปลงผู้ไกล่เกลี่ยต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีก่อนการเปลี่ยนแปลงโดยปราศจากความยินยอมของคู่กรณีทั้งหลายจึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจทำได้¹²⁸

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungs- befugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. คำแปลโดย นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105.หน้า 3.

¹²⁷Mediationsgesetz : MediationsG

§ 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. .คำแปลโดย นฤมล ฆณะรัตน์.

อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98.หน้า 5

¹²⁸Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla, Mediationsgesetz : Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden : Nomos 2018, § 1, Rn.24-25.

ความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

1) ความเป็นกลางในทางบุคคล (Die persönliche Neutralität) ได้แก่ การที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทดังกล่าวไม่ว่าในทางใด

2) ความเป็นกลางในทางวิธีพิจารณา (Die Verfahrens neutralität) ได้แก่ ความเป็นกลางในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เช่น การมีพฤติกรรมที่ไม่แสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลาง และต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อคู่กรณีทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน การให้ข้อมูลแก่คู่กรณีทุกฝ่ายต้องมีความเท่าเทียมหรือเหมือนกัน เป็นต้น

สำหรับในเรื่องความเป็นอิสระจะมุ่งพิจารณาจากตัวผู้ไกล่เกลี่ยเอง โดยหมายถึงการเป็นอิสระจากคู่กรณี ทั้งความสัมพันธ์ส่วนตัว ทางเศรษฐกิจ และการบังคับบัญชาทั้งหลายหรือหากผู้ไกล่เกลี่ยเคยดำเนินการเกี่ยวกับกรณีพิพาทมาก่อนไม่ว่าจะเป็นในการประกอบอาชีพหรือการทำงานร่วมกันหรือมีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณี ผู้นั้นไม่อาจเป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้

อย่างไรก็ดี หากในภายหลังคู่กรณีได้รับข้อมูลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ดังกล่าวครบถ้วนแล้วและได้แสดงความยินยอมของตนไว้รวมทั้งเป็นกรณีที่ไม่ขัดต่อหลักการให้ความคุ้มครองทางกฎหมาย ผู้นั้นก็สามารถดำเนินการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยต่อไปได้¹²⁹ ตามมาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG)

ความเป็นอิสระ (Unabhängigkeit) ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สามารถพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) ความเป็นอิสระในทางบุคคล (Das personale Element) ได้แก่ ความเป็นอิสระจากคู่กรณี แม้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะถูกกำหนดโดยคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้คำสั่งของคู่กรณีดังกล่าว (weisungsfrei) ด้วยความเป็นอิสระในทางบุคคลนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีสิทธิที่จะยกเลิกการไกล่เกลี่ยได้หากเห็นว่า ความเป็นอิสระของตนเองถูกละเมิด

¹²⁹ § 3 Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen

(3) Eine Person darf nicht als Mediator tätig werden, wenn eine mit ihr in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Eine solche andere Person darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

(4) Die Beschränkungen des Absatzes 3 gelten nicht, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen คำแปลโดย นฤมล ขณะรัตน์.อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 98, หน้า 5

(2) ความเป็นอิสระในทางเนื้อหา (Das sachbezogene Element) พิจารณาได้จากขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในส่วนที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ในการรักษาความลับ การมีส่วนร่วมของบุคคลที่สามหรือสถานที่ เวลาและสภาพแวดล้อมของการดำเนินการไกล่เกลี่ย ในที่นี้ต้องคำนึงถึงการดำเนินการดังกล่าวของผู้ไกล่เกลี่ยนั้นได้กระทำไปโดยการได้รับมอบหมายจากคู่กรณี ซึ่งสามารถเกิดขึ้นนับแต่ขั้นตอนแรกของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยการอธิบายหรือตกลงกับคู่กรณีว่า ในกรณีดังกล่าวผู้ไกล่เกลี่ยสามารถกระทำการหรือไม่กระทำการ ทั้งนี้ ในการดำเนินการดังกล่าวผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีความเป็นอิสระในการที่จะตัดสินใจว่าจะยอมรับและกระทำการใดหรือไม่เพียงใด

2.3.7 ลักษณะและหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

มาตรา 4¹³⁰ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ได้กำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ว่า

“ผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ในการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การรักษาความลับนี้รวมถึงสิ่งที่ได้รับรู้รับทราบมาในการดำเนินการไกล่เกลี่ยด้วย”

หลักเรื่องการรักษาความลับ การจัดการกับความลับที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ในการรักษาความลับ เมื่อพิจารณามาตราดังกล่าว หน้าที่ในการรักษาความลับจะจำกัดอยู่แต่เพียงผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลที่ผูกพันกับการดำเนินการไกล่เกลี่ยเท่านั้น ไม่รวมถึงคู่กรณีแต่อย่างใด¹³¹ การกำหนดดังกล่าวก็เพื่อเป็นหลักให้คู่กรณีไว้วางใจว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งฟัง

เว้นแต่ในเรื่องกรณีดังต่อไปนี้เท่านั้นที่สามารถเปิดเผยได้ คือ มีความจำเป็นเพื่อที่จะดำเนินการปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงและเพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะ โดยเฉพาะการป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นกับเด็กหรือผลกระทบอย่างร้ายแรงที่มีต่อกายภาพและจิตใจของบุคคลตามมาตรา 4¹³² ซึ่งบัญญัติว่า

¹³⁰ § 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. คำแปลโดย นรินทร์ อิธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 14.

¹³¹ นฤมล ชนะรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98. หน้า 4

¹³² Mediationsgesetz : MediationsG

“เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นเรื่องที่สามารถเปิดเผยได้

กรณีที่หนึ่ง การเปิดเผยเนื้อหาของข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยมีความจำเป็นเพื่อที่จะดำเนินการปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงดังกล่าว

กรณีที่สอง การเปิดเผยนั้นมีขึ้นเพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของการป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก หรือป้องกันผลกระทบอย่างร้ายแรงที่มี ต่อความสมบูรณ์ในด้านกายภาพและจิตใจของบุคคล

และกรณีที่สาม ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เป็นที่เปิดเผยอยู่แล้วหรือไม่มี ความสำคัญในการรักษาไว้เป็นความลับ ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการที่จะแจ้งให้แก่ คู่กรณีทราบ ถึงขอบเขตของหน้าที่ในการรักษาความลับของตน”

หน้าที่ประการต่อมาของผู้ไกล่เกลี่ย คือ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาท ซึ่งจะทำการไกล่เกลี่ยแตกต่างการตัดสินคดีของศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่จะเป็นผู้ตัดสิน สดท้ายเพื่อหาทางออกในความขัดแย้งที่เกิดขึ้น ในขณะที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นแต่เพียงผู้ช่วยให้ การขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยเป็นไปอย่างราบรื่น ประเด็นข้อพิพาทยุติลง ได้ตามที่คู่กรณีประสงค์ เท่านั้น

นอกจากความรู้ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการสื่อสารเป็นอย่างดี ด้วยเหตุที่ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการสนับสนุน ของบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางเพื่อให้เกิดการเจรจาระหว่างคู่กรณี ดังนั้น คุณสมบัติหรือ ความสามารถในการสื่อสารจึงถือเป็นเครื่องมือพื้นฐานของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกจากนั้น สิ่ง ที่ถือเป็นปัจจัยหนึ่งของความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คือ ท่าทางหรือการวางตัวของ

§ 4 Verschwiegenheitspflicht

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. คำแปล โดย นรินทร์ อธิสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 14.

ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งการวางตัวของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ แสดงถึง พฤติกรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่แสดงออกในการไกล่เกลี่ย การวางตัวหรือพฤติกรรมที่จะส่งผลให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประสบความสำเร็จได้ เช่น การเอาใจใส่ในความต้องการและความรู้สึกร่วมกัน การเป็นมิตรกับเพื่อนมนุษย์ และการเปิดกว้างและความอยากรู้

ทั้งนี้ นอกจากคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว โดยทั่วไปในส่วนของ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย นั้น จะมีการกำหนดหรือเรียกร้องให้ผู้ไกล่เกลี่ยปฏิบัติตนหรือดำรงตนให้สอดคล้องกับจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยอีกด้วย

สำหรับหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลของผู้ไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเปิดเผยข้อมูลที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางต่อคู่กรณี แต่หากคู่กรณียินยอมภายหลังจากที่ได้รับทราบข้อมูล และไม่ขัดต่อประโยชน์ในการรักษาความยุติธรรม ผู้ไกล่เกลี่ยจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ การกำหนดดังกล่าว ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 3¹³³ รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ซึ่งบัญญัติว่า

¹³³ § 3 Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen

(1) Der Mediator hat den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Er darf bei Vorliegen solcher Umstände nur als Mediator tätig werden, wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen.

(2) Als Mediator darf nicht tätig werden, wer vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Der Mediator darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

(3) Eine Person darf nicht als Mediator tätig werden, wenn eine mit ihr in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Eine solche andere Person darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden.

(4) Die Beschränkungen des Absatzes 3 gelten nicht, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen.

(5) Der Mediator ist verpflichtet, die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren. คำแปลโดย นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 14.

“(1) ผู้ไกล่เกลี่ยต้องเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงทั้งหลายที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตนต่อคู่กรณี ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงดังกล่าว ผู้ไกล่เกลี่ยจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ ผู้ไกล่เกลี่ยได้ต่อเมื่อคู่กรณีได้ให้ความยินยอมไว้อย่างชัดเจน

(2) บุคคลที่เคยปฏิบัติหน้าที่ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อนในเรื่องที่นำมาไกล่เกลี่ยไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในฐานะของผู้ไกล่เกลี่ยในกรณีนี้ได้ และในระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือภายหลังการไกล่เกลี่ยผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเรื่องที่นำมาไกล่เกลี่ยได้

(3) บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่เคยปฏิบัติหน้าที่ให้แก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อนในเรื่องที่นำมาไกล่เกลี่ยไม่ว่าจะโดยอาชีพหรือโดยที่ทำงานเดียวกัน ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ไกล่เกลี่ยในกรณีนี้ได้ และในระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือภายหลังการไกล่เกลี่ย บุคคลดังกล่าวนั้นไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเรื่องที่นำมาไกล่เกลี่ยได้

(4) ข้อจำกัดตามวรรคสามไม่นำมาใช้บังคับหากคู่กรณีในกรณีนั้นๆ ได้แสดงถึงความยินยอมภายหลังจากที่ได้รับข้อมูลดังกล่าวครบถ้วนแล้ว และเป็นกรณีที่ไม่ขัดต่อประโยชน์ในการรักษาความยุติธรรม

(5) ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับความรู้ความเข้าใจ การศึกษาอบรมและประสบการณ์ของตนเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยแก่คู่กรณีหากคู่กรณีได้ร้องขอ”

2.3.8 การฝึกอบรมวิชาชีพผู้ไกล่เกลี่ย¹³⁴

การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของผู้ไกล่เกลี่ยในฐานะที่เป็นคนกลาง ในการทำให้การไกล่เกลี่ยราบรื่นและช่วยให้ข้อพิพาทของคู่กรณีระงับลงได้ในเวลาอันรวดเร็วเช่นนี้แล้ว รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฝึกอบรมการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยไว้เพื่อเป็นทางเลือกให้กับคู่กรณีว่า หากท่านใดผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดและได้รับใบรับรอง การเป็นผู้ไกล่เกลี่ยแล้วจะเป็นผู้เชี่ยวชาญตามที่คู่กรณีต้องการได้ตามมาตรา 5¹³⁵ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ที่บัญญัติว่า

¹³⁴ นฤมล ขณะรัตน์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 98, หน้า 7.

¹³⁵ Mediationsgesetz : MediationsG

§ 5 Aus- und Fortbildung des Mediators; zertifizierter Mediator

1. Der Mediator stellt in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmäßige Fortbildung sicher, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien

“(1) ผู้ไกล่เกลี่ยต้องผ่านการอบรมวิชาชีพที่มีความเหมาะสม (eine geeignete Ausbildung) และได้รับการฝึกอบรมวิชาชีพขั้นสูงอย่างต่อเนื่อง (eine regelmäßige Fortbildung) เพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ในทางทฤษฎีและมีประสบการณ์ในการปฏิบัติ (theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrung) เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้นำในการไกล่เกลี่ยที่มีความเชี่ยวชาญได้

การอบรมวิชาชีพที่มีความเหมาะสม ควรจะประกอบไปด้วย

1. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย ขั้นตอนและกรอบเงื่อนไขที่ใช้สำหรับการไกล่เกลี่ย

2. เทคนิคการเจรจาต่อรองและเทคนิคการสื่อสารระหว่างกัน

3. ความสามารถในการจัดการความขัดแย้ง

4. ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยและบทบาทในกฎหมายไกล่เกลี่ย รวมถึง

5. การฝึกภาคปฏิบัติ การทดลองสวมบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยและการอยู่ภายใต้การดูแลและตรวจสอบจากผู้เชี่ยวชาญด้านการไกล่เกลี่ย

(2) ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการรับรอง ได้แก่ บุคคลซึ่งได้รับการศึกษาเพื่อเป็นผู้ไกล่เกลี่ยตามกฎหมายลำดับรองที่ออกตามความในมาตรา 6 กำหนดไว้

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการรับรองจะต้องเข้ารับการศึกษเพิ่มเติมตามที่กฎหมายลำดับรองได้กำหนดไว้ในมาตรา 6”

รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยได้กำหนดแต่เพียงกรอบของหลักสูตรการฝึกอบรมวิชาชีพไว้ ซึ่งหลักสูตรการฝึกอบรมข้างต้นนี้ต้องมีเนื้อหาที่มีความรู้ในทางทฤษฎีและมีการฝึกภาคปฏิบัติควบคู่กัน กรณีการเรียนผ่านทางไกลโดยไม่มีภาคปฏิบัติหรือมีแต่การฝึกภาคปฏิบัติแต่ไม่มีเนื้อหาในทางทฤษฎีกำกับ ถือว่าเป็นการฝึกอบรมการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่เหมาะสม นอกจากนี้ ในทางวิชาการได้อธิบายลักษณะการฝึกอบรมเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่เหมาะสมว่า ควรตั้งอยู่บนพื้นฐานสามเสาหลักสำคัญกล่าวคือ ความรู้ (Wissen) วิธีการหรือกลยุทธ์ (Methodik) และการวางตัว (Haltung) ที่จะส่งผลในทางปฏิบัติให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ดี ด้วยการเข้าใจผู้อื่น

in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können. Eine geeignete Ausbildung soll insbesondere vermitteln: 1. Kenntnisse über Grundlagen der Mediation sowie deren Ablauf und Rahmenbedingungen,

2. Verhandlungs- und Kommunikationstechniken, 3. Konfliktkompetenz, 4. Kenntnisse über das Recht der Mediation sowie über die Rolle des Rechts in der Mediation sowie 5. praktische Übungen, Rollenspiele und Supervisio. คำแปลโดย นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 14.

อย่างเห็นอกเห็นใจกัน มีทักษะในการบริหารจัดการ มีทักษะในการเข้าสังคม มีความสามารถในการไตร่ตรองและมีความเป็นมืออาชีพได้

ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม ค.ศ. 2016 มีการออกระเบียบว่าด้วยการฝึกอบรมการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการรับรอง (Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungsverordnung: ZMediatAusbV) โดยในระเบียบฉบับนี้ได้กำหนดรายละเอียดของหลักสูตรการฝึกอบรมวิชาชีพและการฝึกอบรมวิชาชีพการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยขั้นสูงไว้ เช่น สำหรับหลักสูตรการฝึกอบรมการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยควรจะต้องมีจำนวนอย่างน้อย 120 ชั่วโมง จึงจะได้รับใบรับรองการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย และภายในสี่ปีหลังจากได้ใบรับรองการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยแล้วจะต้องมีการฝึกอบรมวิชาชีพการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยขั้นสูงต่ออย่างน้อยอีก 40 ชั่วโมง จึงจะได้รับใบรับรองการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยขั้นสูง สำหรับเนื้อหาและจำนวนชั่วโมงจะมีตารางแนบท้ายระเบียบกำหนดรายละเอียดไว้

ข้อดีของการไกล่เกลี่ยโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยในศาลปกครองเยอรมัน (gerichtliche Mediation am Verwaltungsgericht)

ศาลปกครองเยอรมันได้พัฒนาระบบการไกล่เกลี่ยในศาลจนมีลักษณะเฉพาะ ซึ่งจะแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยนอกศาลที่กระทำโดยนักกฎหมายและนักจิตวิทยา โดยการไกล่เกลี่ยโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยในศาลปกครองเยอรมันมีลักษณะเด่นหลายประการ ดังนี้

1) เป็นการระงับข้อพิพาทถึงรากฐานของปัญหา

กระบวนการไกล่เกลี่ยจะทำให้ประชาชนได้รับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่แท้จริง ส่วนหน่วยงานทางปกครองก็จะดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองอื่น ๆ โดยความสมัครใจ ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยไม่ได้มุ่งหมายที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่เป็นการร่วมกันหาข้อเท็จจริงและข้อยุติในปัญหาระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายซึ่งเมื่อได้ข้อยุติจากกระบวนการไกล่เกลี่ยที่มีขั้นตอนต่าง ๆ โดยละเอียดแล้ว คู่กรณีจะเห็นถึงหนทางในการระงับข้อพิพาทร่วมกัน โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพราะความพึงพอใจของคู่กรณีเป็นความยุติธรรมอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีความลึกซึ้งมากกว่าความยุติธรรมทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตามต้องหมายความว่าข้อตกลงที่คู่กรณีจะต้องบันทึกลงไปในสัญญาประนีประนอมยอมความกัน เมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นข้อสัญญาที่ฝ่ายปกครองในฐานะคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามได้ตามขอบเขตอำนาจของตนตามกฎหมายเท่านั้น

2) เป็นการระงับข้อพิพาทอย่างยั่งยืน

การที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแพ้คดีนั้นหมายความว่าฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องจำยอมที่จะรับผลของคำพิพากษาและต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาลส่วนฝ่ายที่

ชนะคดี แม้จะได้รับผลดี เช่น ค่าสินไหมทดแทน หรือการแก้ไขเยียวยาในประการอื่น แต่ก็อาจได้รับการทดแทนได้ไม่เต็มที่ตามความต้องการของตน ดังนั้น คดีส่วนใหญ่ความสัมพันธ์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในทางอื่น ก็จะไม่ราบรื่นและอาจเกิดความขัดแย้งต่อมาภายหลังได้และหากมีความกระทบกระทั่งกันหรือมีปัญหากันแม้แต่เพียงเล็กน้อย คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างก็พยายามจะเอาชนะกันทั้งในทางคดีและที่ไม่ใช่ทางคดี แต่หากคู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยที่มุ่งเน้นถึงความถ้อยทีถ้อยอาศัย และสามารถยุติข้อพิพาทลงได้ด้วยความสมัครใจ ความสัมพันธ์ของคู่กรณีย่อมฟื้นคืนดีขึ้นมาดังเดิม ซึ่งตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือ กรณีความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและประชาชนในท้องถิ่น เป็นต้น และเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นตามมาในภายหลังในกรณีอื่น ๆ คู่กรณีก็มักจะมีแนวโน้มที่จะแก้ปัญหาโดยการถ้อยทีถ้อยอาศัยกันโดยไม่ต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาล

3) เป็นการระงับข้อพิพาทอย่างรวดเร็ว

ศาลปกครองเยอรมัน ได้พัฒนารูปแบบเฉพาะของการไกล่เกลี่ยในศาล โดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่เรียกว่า การไกล่เกลี่ยโดยย่อหรือโดยใช้ระยะเวลาอันสั้น (Kurz-Zeit-Mediation) ที่ทำโดยกระบวนการที่ชัดเจนแน่นอน มีระยะเวลาที่เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยแต่ละเรื่องแต่ละประเภท ซึ่งคดีที่ใช้เวลาไกล่เกลี่ยสั้นที่สุดใช้เวลาประมาณ 3 ชั่วโมง ส่วนคดีที่ใช้เวลานานที่สุดแม้จะไม่มีระยะเวลาที่ชัดเจนแต่ไม่น่าจะเกิน 3 เดือน

ดังที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า คู่กรณีสามารถได้รับความยุติธรรมและผลของความยุติธรรมโดยเร็วกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลตามปกติ ซึ่งอาจจะต้องใช้เวลานานในศาลปกครองชั้นต้นและในศาลปกครองสูงสุดรวมกัน ดังนั้น ความรวดเร็วจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้คู่กรณีสมัครใจที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย

4) เป็นการระงับข้อพิพาทโดยไม่กระทบหรือเป็นอุปสรรคต่อกระบวนการพิจารณาตามปกติ

เมื่อคู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย กระบวนการพิจารณาก็จะสะดุดหยุดอยู่ หากคู่กรณีตกลงกันได้ คดีก็จะถูกจำหน่ายออกจากสารบบความและคู่กรณีจะถือเอาสัญญาประนีประนอมยอมความเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นฐานแห่งสิทธิในการเรียกร้องระหว่างกันในลักษณะของการบังคับคดี ตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ตกลงกันต่อหน้าศาลโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ ส่วนกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ คู่กรณีก็สามารถกลับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาที่สะดุดหยุดอยู่นั้นได้ ซึ่งศาลจะได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้ตุลาการซึ่ง

รับผิดชอบในสำนวนคดีนั้นย่อมสามารถใช้เวลาในระหว่างที่รอผลของการไกล่เกลี่ยที่กระทำโดย
ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยไปดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีอื่นได้

5) เป็นการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีปัญหาเรื่องความไม่เป็นกลาง

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเมื่อตัดสินตามปกติ ตุลาการอาจถูกร้องเรียนหรือ
ฟ้องร้องเรื่องความเป็นกลางเพราะคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเห็นว่าตุลาการ โอนเอียงไปทางคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง
และการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีการอื่น เช่น วิธีการเจรจาต่อรอง ผู้เจรจาต่อรองจำนวนมาก
ที่ถูกกล่าวหาว่ามีความไม่เป็นกลาง แต่การไกล่เกลี่ยในศาลปกครองเยอรมันไม่มีปัญหาเช่นนั้น
เพราะผู้พัฒนาระบบการไกล่เกลี่ยในศาลปกครองเยอรมันเห็นว่า การแยกตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย
ออกจากองค์คณะที่พิจารณาพิพากษายังไม่ใช่วิธีที่เพียงพอ แต่การแสดงให้เห็นถึงความเป็นกลาง
อย่างชัดเจนต่างหากจึงจะเป็นหลักประกันในการที่จะไม่ถูกฟ้องร้องคดี เมื่อเป็นเช่นนั้น กระบวนการ
ทุกขั้นตอนจึงเป็นกระบวนการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องให้ความยินยอมและร่วมกันตกลงโดยไม่
มีส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นความเห็นของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย เพียงแต่ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยจะใช้เทคนิค
ทางจิตวิทยา การสื่อสาร และองค์ความรู้ทางกฎหมาย เพื่อให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายพยายามค้นหา
ทางออกของปัญหาในมุมมองของแต่ละฝ่าย จากนั้นจึงร่วมกันหาทางออกสำหรับปัญหานั้นที่
เป็นไปได้ ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยจะใช้ความรู้ทางกฎหมายในขั้นตอนสุดท้ายคือ ตรวจสอบดูว่า
ข้อตกลงของคู่กรณีนั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถปฏิบัติได้หรือไม่ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ยากที่
ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยจะถูกพิจารณาและประเมินจากคู่กรณีว่ามีความไม่เป็นกลางโดยเข้าข้างฝ่ายใด
ฝ่ายหนึ่ง ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องได้รับการอบรมและฝึกฝนในเรื่องการวางตัวเป็นกลางมาแล้ว
อย่างดี

2.3.9 ขั้นตอนการไกล่เกลี่ย (Strukturiertes Verfahren)¹³⁶

จากนิยามตามมาตรา 1 ประกอบกับมาตรา 2¹³⁷ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย
กำหนดให้การไกล่เกลี่ยมีโครงสร้างขั้นตอนการไกล่เกลี่ยไว้ แต่ก็ยังเป็นเพียงขั้นตอนที่กำหนดกรอบ

¹³⁶ นฤมล ชณะรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 98. หน้า 10-12.

¹³⁷ Mediationsgesetz : MediationsG

§ 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators

(1) Die Parteien wählen den Mediator aus.

(2) Der Mediator vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des
Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen.

วิธีการทั่วไปเพื่อเป็นแนวทางเท่านั้น หากได้เป็นบทบังคับให้การไกล่เกลี่ยในทุกกรณีต้องดำเนินการ หรือผูกพันวิธีการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม¹³⁸ มีการเสนอขั้นตอน การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในทางมหาชนไว้ ซึ่งปรับมาจากแนวคิดของ Harvard – Konzept ดังต่อไปนี้

- 1) การเปิดการไกล่เกลี่ยหรือการประชุมครั้งแรก (Eröffnungsphase)
- 2) การรวบรวมประเด็นข้อพิพาท (Themensammlung)
- 3) การแสวงหาความต้องการที่แท้จริง (Interessenklärung)
- 4) การหาทางออกในการแก้ปัญหา (Lösungsoptionen)
- 5) การชั่งน้ำหนักวิธีการที่จะนำไปสู่การแก้ปัญหา (Bewertung und Verhandlung

derLösungsoptionen)

- 6) การจัดทำข้อตกลง (Abschlussvereinbarung)

2.3.10 ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹³⁹

1.กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำเร็จ

ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยอาจตกลงให้ผู้ฟ้องคดีถอนฟ้อง ทำหนังสือตกลงให้ประเด็น ข้อพิพาทแห่งคดีเป็นอันระงับไป หรือทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันต่อหน้าศาลตามมาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง

2.กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จ

(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.

(4) Dritte können nur mit Zustimmung aller Parteien in die Mediation einbezogen werden.

(5) Die Parteien können die Mediation jederzeit beenden. Der Mediator kann die Mediation beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.

(6) Der Mediator wirkt im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden. คำแปลโดย นรินทร์ อธิสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 105. หน้า 14.

¹³⁸ วรรธนัฐ งามนิยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 110. หน้า 10-11.

¹³⁹ วรารัตน์ ไกขุนทด. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 4.

ผู้เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยสามารถยุติกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลา หากการไกล่เกลี่ยดำเนินการมาถึงขั้นตอนสุดท้ายแล้วไม่อาจตกลงกันได้ ให้ถือว่าการไกล่เกลี่ยนั้นไม่สำเร็จ ในห้องคณะหรือตุลาการเจ้าของสำนวนดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลต่อไป

ประโยชน์ที่คู่กรณีจะได้รับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹⁴⁰

- (1) ปกป้องชนเกิดความเข้มแข็งในการยุติข้อขัดแย้ง (Stärkung der Privatautonomie)
 - (2) ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีอาจจะจบลงได้ภายในระยะเวลาที่รวดเร็วขึ้นโดยที่คู่กรณีไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่ม (Kostenneutralität)
 - (3) คู่กรณีอาจลดค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายลงได้ (Kostenreduzierung)
 - (4) คู่กรณีได้รับโอกาสที่จะเสนอข้อเท็จจริงและทางออกอย่างเปิดกว้าง (Flexible Gestaltungsmöglichkeiten für die Lösung des Konfliktes)
 - (5) ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีอาจจะจบลงได้จากการค้นพบทางออกอย่างเปิดกว้างและตรงตามความต้องการของทุกฝ่าย (Grundsatz der Ergebnisoffenheit und Wille zur konsensualen Lösung)
 - (6) ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีจะถูกระงับอย่างยั่งยืน (Nachhaltige Befriedung)
 - (7) คู่กรณียังสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีต่อกันเอาไว้ได้ (Erhalt der Pateibeziehungen)
- เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเกี่ยวกับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีมุ่งศึกษาถึงผู้มีอำนาจในการทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกเหนือจากตุลาการศาลปกครอง เพื่อนำมาเป็นต้นแบบในการปรับใช้กับศาลปกครองไทย เพื่อศึกษานุคคลภายนอกที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง ซึ่งจะศึกษาในบทต่อไป

¹⁴⁰ วรรัตน์ ไกขุนทด. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 102. หน้า 48-63.