

## บทที่ 4

### บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลที่มีหน้าที่ในการไถ่เกี้ยซื้อพิพาท ในคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

การไถ่เกี้ยซื้อพิพาทเป็นตัวแปรที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้จำนวนคดีที่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาแบบมีข้อพิพาทลดปริมาณลง และส่งผลต่อปริมาณคดีที่รอการพิจารณาอยู่ในศาล ซึ่งการไถ่เกี้ยซื้อพิพาทภายหลังการฟ้องคดีที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562) ให้อำนาจศาลปกครองไถ่เกี้ยซื้อพิพาทในคดีปกครองบางประเภทได้ การปรับปรุงการพิจารณาพิพาทภาคีและการบริหารจัดการคดีของศาลปกครอง ในการสร้างระบบการไถ่เกี้ยซื้อดังกล่าว เมื่อคู่กรณีสามารถตกลงไถ่เกี้ยซื้อพิพาทในคดีปกครอง ถือเป็นทางเลือกที่เพิ่มขึ้นให้แก่คู่กรณีในการยุติข้อพิพาทในคดีปกครอง

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ทำหน้าที่ไถ่เกี้ยซื้อพิพาท การกำหนดดังกล่าวช่วยส่งผลให้ตุลาการศาลปกครองรับภาระหน้าที่เพิ่มมากขึ้น ดังนั้น แม้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติในเรื่องการไถ่เกี้ยซื้อพิพาททางปกครองไว้ แต่ก็ยังมีข้อสงสัยว่าการบัญญัติให้ตุลาการศาลปกครองเท่านั้นทำหน้าที่เป็นผู้ไถ่เกี้ยซื้อพิพาทในคดีปกครอง จะมีผลทำให้คดีที่ค้างการพิจารณาอยู่ในศาลเสร็จสิ้นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้หรือไม่

ในส่วนของบทวิเคราะห์นี้ เพื่อให้การวิเคราะห์มีความสอดคล้องกับประเด็นปัญหาและสมมุติฐานของการวิจัย ผู้เขียนจึงได้ทำการวิเคราะห์ตามประเด็นปัญหาที่กำหนดไว้ ซึ่งประกอบไปด้วยประเด็นปัญหา 3 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง วิเคราะห์เปรียบเทียบผู้ไถ่เกี้ยซื้อพิพาททางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย ประการที่สอง วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขการดำเนินการของบุคคลภายนอกผู้ไถ่เกี้ยซื้อพิพาททางปกครอง ประการที่สาม วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเหมาะสมของการกำหนดให้บุคคลที่ไม่ใช่ตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่ในการไถ่เกี้ยซื้อพิพาทในคดีปกครองดังนี้

#### 4.1. วิเคราะห์เปรียบเทียบผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย

แม้ลักษณะการไกล่เกลี่ยคดีจะมีมาเป็นระยะเวลาช้านานแล้ว แต่การไกล่เกลี่ยในคดีปกครองในแง่ของตัวบทกฎหมายเพิ่งจะมีการกำหนดบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในปี พ.ศ. 2562 บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยในส่วนของบทพิจารณา เรื่อง ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยที่กฎหมายบัญญัติให้ตุลาการศาลปกครองเท่านั้นที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

ทั้งนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของประเทศไทยยังอยู่ในช่วงระยะเวลาเริ่มต้น แต่เมื่อแนวความคิดการพิจารณาคดีปกครองประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักการจากกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในส่วนของ “ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” เพื่อนำมาพัฒนาปรับใช้กับศาลปกครองของไทย

ในส่วนนี้จึงทำการศึกษาวิเคราะห์ความแตกต่างของทั้งสามประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ไกล่เกลี่ย ดังต่อไปนี้

##### การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่กล่าวได้ว่าได้ว่าเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชนที่สำคัญประเทศอีกประเทศหนึ่ง โดยมีมุมมองต่อการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองว่า เป็นการระงับข้อพิพาทของคู่กรณี โดยให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่ตุลาการศาล และเป็นตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ระงับข้อพิพาทได้ โดยมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง (Code de Justice Administrative) ที่ให้ศาลปกครองมีอำนาจไกล่เกลี่ยคดีพิพาทที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครอง

จากการศึกษาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) สำหรับในส่วนของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น พบว่า ในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยถูกบัญญัติไว้ใน นิยามตามมาตรา L. 213-1 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) บัญญัติว่า “...คู่กรณีเป็นผู้ร่วมกันคัดเลือกและแต่งตั้งหรือผู้ไกล่เกลี่ยที่ศาลแต่งตั้งด้วยความตกลงยินยอมของคู่กรณี” พิจารณาได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสาธารณรัฐฝรั่งเศสริเริ่มการไกล่เกลี่ยได้ใน 2 กรณี คือ กรณีที่หนึ่งเป็นการริเริ่มโดยศาล กรณีที่ศาลเห็นสมควรให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังจากที่มีการยื่นฟ้องคดี โดยตุลาการหัวหน้าคณะอาจสั่งให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามมาตรา L. 213-7 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรม

ทางปกครอง (Le code de justice administrative) และกรณีที่สอง การไต่สวนข้อพิพาทที่ริเริ่มโดยคู่กรณี การดำเนินกระบวนการโดยวิธีนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา L. 213-5 และมีวิธีการต่าง ๆ คือ 1. หากคู่กรณีเป็นผู้ริเริ่มให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการไต่สวน คู่กรณีอาจเลือกที่จะจัดให้มีการไต่สวนเองภายนอกศาลโดยอาจจะแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเพื่อทำหน้าที่ผู้ไต่สวนคดีก็ได้ ซึ่งการดำเนินการในลักษณะนี้จะเป็นในส่วนของ การไต่สวนก่อนฟ้องคดีของศาลหรือหลังการฟ้องคดีก็ได้ คู่กรณีมีอำนาจตกลงแต่งตั้งผู้ไต่สวนกันเอง ตามมาตรา L. 213-5 วรรคหนึ่ง หรือ 2. คู่กรณีอาจร้องขอให้ศาลทำการแต่งตั้งผู้ไต่สวนให้ก็ได้ โดยคู่กรณีอาจร้องขอต่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (ขึ้นอยู่กับว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลใด) เพื่อจัดให้มีการดำเนินการไต่สวนข้อพิพาทและให้ศาลแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไต่สวนข้อพิพาท หรือคู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้ไต่สวนในกระบวนการไต่สวนที่คู่กรณีจัดให้มีขึ้น โดยความตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเองหรือประธานศาลปกครองชั้นต้น ในกรณีนี้ประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจมอบอำนาจให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นผู้ไต่สวนก็ได้ ตามมาตรา L. 213-5 วรรคสองและวรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative)

ในบทบัญญัติในมาตรา L. 213-5 วรรคสี่ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Le code de justice administrative) ยังบัญญัติให้ หากมีการไต่สวนข้อพิพาท ศาลปกครองมีอำนาจในการคัดเลือกบุคคลภายนอกทำหน้าที่เป็นผู้ไต่สวนข้อพิพาทได้ ในส่วนของ การแต่งตั้งบุคคลภายนอกศาลเป็นผู้ไต่สวน มาตรา L. 213-5 วรรคสี่ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ให้อธิบดีศาลปกครองเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไต่สวนให้แต่งตั้งจากบุคคลที่เหมาะสมซึ่งมิใช่ตุลาการ (Un médiateur extérieur à la juridiction) เป็นผู้ไต่สวน<sup>1</sup> เมื่อประธานศาลปกครองชั้นต้น หรือประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (แล้วแต่กรณี) หรือตุลาการผู้รับมอบอำนาจจากประธานศาลดังกล่าวให้ทำหน้าที่จัดให้มีการไต่สวนได้รับรองโดยเลือกบุคคลภายนอกศาลให้เข้าทำหน้าที่ในการไต่สวนแล้ว ถ้าต้องมีการกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินในการดำเนินการของบุคคลภายนอก ให้ประธานศาลดังกล่าว หรือตุลาการศาลปกครองผู้รับมอบอำนาจ เป็นผู้กำหนดจำนวนเงินเช่นว่านั้น

<sup>1</sup> พัทธมา จิตรมัทธมา, (2560). *แนวคิดและหลักการไต่สวนข้อพิพาทในศาลปกครองฝรั่งเศสที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ค.ศ. 2016*. เอกสารเสนอกณะกรรมกรกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เพื่อประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ.... กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 5.

วิเคราะห์แล้วเห็นว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหมดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็นการริเริ่มเองโดยคู่กรณีหรือเป็นการริเริ่มโดยศาล ล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้ความเห็นชอบของคู่กรณี การระงับข้อพิพาทโดยสมานฉันท์ไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยินยอม แม้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นจะเป็นการริเริ่มโดยศาลก็ตาม ความสมัครใจของคู่กรณีย่อมนำมาสู่ผลบังคับของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกจากนี้ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส นอกจากจะบัญญัติให้อำนาจตุลาการศาลในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว กฎหมายดังกล่าวยังบัญญัติให้อำนาจบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยคดีปกครองได้อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีหรือเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังการฟ้องคดีก็ตาม

สำหรับการกำหนดบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับผู้ไกล่เกลี่ยเมื่อพิจารณาจากมาตรา L. 213-5 แม้คู่กรณีจะเป็นฝ่ายร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ย หรือร้องขอให้แต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ แต่อำนาจในการมอบอำนาจตุลาการหรือคัดเลือกบุคคลภายนอกศาลเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ยังคงเป็นอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดตัวผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีไม่มีอำนาจในการกำหนดตัวผู้ไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะเจาะจงได้ และเพื่อให้เกิดความชัดเจน หากคู่กรณีไม่พอใจในการกำหนดตัวบุคคลภายนอกดังกล่าว ตามมาตรา L. 213-5 วรรคห้า ยังได้บัญญัติให้คำวินิจฉัยของประธานศาลหรือตุลาการที่ได้รับมอบอำนาจในการไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นไปตามบทบาทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นที่สุด ไม่อาจคัดค้านหรืออุทธรณ์หรือยื่นฟ้องคดียังศาลใดได้อีกต่อไป

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น จากการศึกษา พบว่า การไกล่เกลี่ยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีกฎหมายในระดับสหพันธ์รัฐที่ใช้เป็นฐานในการไกล่เกลี่ย คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) แม้ว่าสาระสำคัญของรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยดังกล่าว จะเป็นกรณีของบทบาทบัญญัติที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยนอกศาล แต่ด้วยผลของบทบาทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า ประโยคที่สอง<sup>2</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นบทบาทบัญญัติที่ศาลใช้เป็นฐานในการดำเนินการไกล่เกลี่ยในศาล กำหนดให้การไกล่เกลี่ยโดยตุลาการสามารถนำเอาวิธีการทั้งหลายของการระงับข้อพิพาท รวมถึงการไกล่เกลี่ยมาใช้ได้ ซึ่งบทบาทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีผลต่อการระงับข้อพิพาทในคดีปกครองในแง่ที่ว่า ศาลปกครองสามารถนำเอาหลักการดังกล่าวไปปรับใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในศาลปกครองได้ เนื่องจากมาตรา 173 ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติให้นำบทบัญญัติของพระราชธรรมนูญศาลยุติธรรม (Gerichtsverfassungsgesetz –

<sup>2</sup>นรินทร์ อิศาร. (2558). *การสร้างระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย*. เผยแพร่ในระบบ Intranet สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 3.

GVG) รวมทั้งบทบัญญัติมาตรา 278 วรรคห้า และ 278 a ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung – ZPO) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ขอบเขตของการไกล่เกลี่ยคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) เกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ กรณีแรก การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะมีการฟ้องคดี กรณีที่สอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายหลังการฟ้องคดีแล้ว กรณีที่สองนี้ สามารถแบ่งได้อีก 2 ประเภท ได้แก่ 1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล โดยให้ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ภายนอกศาล ที่ผ่านการอบรมหลักสูตรผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาท 2. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล โดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นตุลาการนอกองค์คณะที่ผ่านการอบรมหลักสูตรตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย

จากการศึกษาการดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่าการริเริ่มให้มีการไกล่เกลี่ย เริ่มต้นโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอหรือโดยตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะผู้พิจารณาพิพากษาจะเป็นผู้พิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เหมาะสมและสามารถนำเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยในศาลหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นได้หรือไม่ เช่น ข้อพิพาทของคู่กรณีที่มีความสัมพันธ์กันอย่างยาวนาน และต้องการหรือยังคงต้องการรักษาความสัมพันธ์อันดีต่อกันไว้ ทั้งนี้ คู่กรณีจะต้องมีความเห็นตรงกันว่า ควรจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีจะหยุดกระบวนการพิจารณาคดีเอาไว้จนกว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะสิ้นสุดลงและร้องขอไปยังตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยในศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกระทำโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งต้องผ่านการอบรมหลักสูตรตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่กฎหมายรับรอง โดยแบ่งเป็น 2 ประเภท<sup>3</sup> คือ 1. ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่ประจำอยู่ศาลปกครองอื่น 2. ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่ประจำอยู่ในองค์คณะอื่นภายในศาลปกครองเดียวกัน ซึ่งในทางปฏิบัติมักจะใช้วิธีโอนคดีไปยังตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยที่อยู่ภายในศาลเดียวกัน และตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ได้รองรับผู้ไกล่เกลี่ยหลายคนและผู้ช่วยผู้ไกล่เกลี่ยไว้ ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติพบว่ามีข้อพิพาทที่ใช้การไกล่เกลี่ยร่วม (Co-Mediationen) โดยการไกล่เกลี่ยในรูปแบบนี้จะช่วยหาทางออกให้กับข้อพิพาทที่มีรายละเอียดภายในเพื่อหาข้อยุติที่แตกต่างกัน เช่น หากเป็นเรื่องเทคนิคอาจใช้ผู้ไกล่เกลี่ยท่านหนึ่ง หากเป็นเรื่องทางด้านกฎหมายอาจใช้ผู้ไกล่เกลี่ยอีกท่านหนึ่ง อย่างไรก็ตามก็สามารถที่จะใช้ผู้ไกล่เกลี่ยคนเดียวและใช้การสอบถามความคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญแต่ละท่านได้

<sup>3</sup>วรารัตน์ ไคขุนทด. (2558). *สถานการณ์ปัจจุบันของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาลปกครองเยอรมันและการระงับข้อพิพาทโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลปกครองเยอรมัน อันเป็นการยุติข้อพิพาทอย่างมีผลผูกพัน*. เอกสารเผยแพร่ทางวิชาการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 4.

ทั้งนี้ รูปแบบหรือวิธีการเป็นเรื่องที่ยืดหยุ่นขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือความยินยอมของกลุ่มทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากเป็นกรณีใกล้เคียงภายในศาลภายหลังจากการฟ้องคดี ผู้ใกล้เคียงข้อพิพาทจะต้องกระทำโดยตุลาการ ผู้ใกล้เคียงที่จะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีและเป็นตุลาการที่คู่กรณีพิจารณาคัดเลือกร่วมกันจากบัญชีรายชื่อผู้ใกล้เคียงคดีของศาล ซึ่งนอกจากศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะให้อำนาจคู่กรณีเลือกผู้ใกล้เคียงได้เองแล้ว คู่กรณียังสามารถเลือกกระบวนการหรือวิธีการที่ใช้ในการใกล้เคียงได้อีกด้วย

#### การใกล้เคียงข้อพิพาททางปกครองของประเทศไทย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 66/4<sup>4</sup> วรรคหนึ่งและวรรคสอง ได้บัญญัติการเริ่มต้นกระบวนการใกล้เคียงไว้ 2 กรณี คือ 1.ริเริ่มได้โดยทั้งคู่กรณียื่นคำขอและคู่กรณีฝ่ายอื่นตกลงให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาทหรือ 2.ริเริ่มโดยองค์คณะพิจารณาพิพากษาเห็นสมควร ในกรณีแรกคู่กรณีอาจร่วมกันยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้ดำเนินการใกล้เคียงข้อพิพาทหรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำขอและคู่กรณีฝ่ายอื่นตกลงให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาท ถ้าองค์คณะที่รับผิดชอบพิจารณาพิพากษานั้นเห็นสมควรและประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลชั้นต้นแล้วแต่กรณี เห็นชอบให้ศาลดำเนินการใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นได้ กรณีที่สอง การริเริ่มโดยองค์คณะพิจารณาพิพากษา เมื่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาเห็นสมควรให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาทแล้ว ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลชั้นต้นแล้วแต่กรณีจะต้องให้ความเห็นชอบด้วย อีกทั้งยังต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีให้มีการดำเนินการใกล้เคียงข้อพิพาท ศาลจึงจะสามารถดำเนินการใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีได้

---

<sup>4</sup>มาตรา 66/4 ในเวลาใด ๆ นับแต่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองจนถึงวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง คู่กรณีอาจร่วมกันยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาท หรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำขอและคู่กรณีฝ่ายอื่นตกลงให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาท ในกรณีเช่นนี้ ถ้าองค์คณะพิจารณาพิพากษาเห็นสมควรและประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น แล้วแต่กรณี เห็นชอบให้ศาลดำเนินการใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นได้ สำหรับคู่กรณีที่ไม่ได้ตกลงให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาท ศาลอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปก็ได้

เมื่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาเห็นสมควรให้มีการใกล้เคียงข้อพิพาทและคู่กรณียินยอมให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น แล้วแต่กรณี แต่งตั้งตุลาการศาลปกครองซึ่งไม่มีหน้าที่รับผิดชอบคดีในสำนวนคดีนั้น ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ใกล้เคียงข้อพิพาท โดยคำนึงถึงความรู้ความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมของตุลาการศาลปกครองผู้นั้น

จากการศึกษา พบว่า การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองของศาลปกครองไทยนั้น ต้องกระทำโดยตุลาการที่ไม่มีหน้าที่รับผิดชอบสำนวนคดี โดยคำนึงถึงความรู้ความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมของตุลาการ ตามมาตรา 66/4 วรรคสาม และกำหนดไว้ในข้อ 18<sup>5</sup> แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ๆ เมื่อผู้รับผิดชอบราชการศาล<sup>6</sup> เห็นชอบให้มีการไถ่เกลี่ยแล้ว ผู้รับผิดชอบราชการศาลจะแต่งตั้งผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งอาจเป็นตุลาการคนหนึ่งหรือหลายคนให้ปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีนั้น โดยคำนึงถึงความรู้ความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมของตุลาการของผู้นั้นเป็นสำคัญ โดยผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทต้องไม่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับสำนวนคดีนั้น ผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นผู้กำหนดแนวทาง ขั้นตอน และระยะเวลาในการไถ่เกลี่ย ซึ่งจะไม่มียุทธวิธี พิธีการ หรือขั้นตอนที่เคร่งครัดจนเกินไป เพื่อช่วยให้คู่กรณีสามารถสื่อสารความต้องการและข้อจำกัดของทุกฝ่ายได้อย่างเต็มที่และเปิดใจรับฟังซึ่งกันและกัน เห็นได้ว่าคดีปกครองของประเทศไทย กฎหมายบัญญัติให้หน้าที่ในการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นของตุลาการศาลปกครองเท่านั้น และมีการกำหนดให้มีการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทเฉพาะการไถ่เกลี่ยภายในศาล ภายหลังจากการฟ้องคดี สำหรับการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลที่ไถ่เกลี่ยโดยบุคคลภายนอก หรือการคัดเลือกบุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทภายในศาล ยังไม่สามารถกระทำได้

จากการศึกษาการไถ่เกลี่ยข้อพิพาทของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย ผู้เขียนสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบ โดยสรุปได้ว่า ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส หากเป็นการไถ่เกลี่ยภายหลังจากการฟ้องคดี สาธารณรัฐฝรั่งเศสอาจมอบอำนาจให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งหรือคัดเลือกบุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่ไถ่เกลี่ยคดีปกครองได้ โดยการร้องขอของกลุ่มหรือศาลแต่งตั้งเอง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลในการเรียบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ไถ่เกลี่ย ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากเป็นการไถ่เกลี่ยภายหลังจากการฟ้องคดี กฎหมายให้อำนาจเฉพาะตุลาการศาลปกครองเท่านั้น เป็นผู้ไถ่เกลี่ย ส่วนการกำหนดให้บุคคลภายนอกไถ่เกลี่ยคดีพบเฉพาะแต่การไถ่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล ทั้งก่อนฟ้องคดีหรือหลังการฟ้องคดี

<sup>5</sup>ข้อ 18 ผู้รับผิดชอบราชการศาลอาจแต่งตั้งผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทคนหนึ่งหรือหลายคน ให้ปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันเป็นผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีนั้นได้

ในการแต่งตั้งผู้ไถ่เกลี่ยข้อพิพาท ให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลคำนึงถึงความรู้ความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมของผู้นั้น

<sup>6</sup>ผู้รับผิดชอบราชการศาลตามระเบียบนี้ หมายถึงประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุดหรือประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุดซึ่งประธานศาลปกครองสูงสุดมอบหมาย อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น หรือรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นซึ่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมอบหมาย

สำหรับของประเทศไทยนั้น จากการศึกษาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาทในคดีปกครอง พ.ศ. 2562 พบว่า ในส่วนของผู้ไต่ถามข้อพิพาท ศาลปกครองไทยได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ไต่ถามข้อพิพาทเพียงแต่อย่างเดียว โดยไม่ได้มีมาตราใดที่บัญญัติให้ศาลคัดเลือกบุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่ในการไต่ถามข้อพิพาทได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำระบบวิธีการไต่ถาม ในส่วนของผู้ไต่ถามของทั้งสองประเทศมาปรับใช้กับศาลปกครองไทยจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของศาลมากยิ่งขึ้น ส่วนประเทศที่เหมาะสมที่จะนำระบบผู้ไต่ถามมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพดังกล่าว คือ ระบบผู้ไต่ถามของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้ปัจจุบันในส่วนของผู้ไต่ถามคดีปกครอง ศาลปกครองไทยจะมีผู้ไต่ถามคดีภายหลังการฟ้องคดีเช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในการกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่เป็นผู้ไต่ถามคดีก็ตาม แต่ประเทศไทยก็ได้ใช้วิธีการพิจารณาพิพากษาคดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นระบบการพิจารณาคดีในศาลปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ไต่ถามข้อพิพาทแบบสาธารณรัฐฝรั่งเศส ย่อมนำมาใช้เป็นแบบอย่างของประเทศไทยได้ และสอดคล้องตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่เป็นลักษณะการไต่ถามภายหลังจากการฟ้องคดี เพื่อให้คู่กรณีในข้อพิพาททางปกครองสามารถที่จะมี “ทางเลือก” ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน อันจะเป็นการสร้างสันติและความสงบเรียบร้อยในทางกฎหมายให้เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างแท้จริงต่อไป

#### 4.2 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขการดำเนินการของบุคคลภายนอกผู้ไต่ถามข้อพิพาททางปกครอง

การไต่ถามข้อพิพาทเป็นวิธีการหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มุ่งหมายให้เกิดความตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามเข้ามาไต่ถามแทนที่การฟ้องร้องเป็นคดีความ การไต่ถามจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้เพื่อระงับข้อพิพาท ให้คู่กรณียังคงความสัมพันธ์ระหว่างกันได้ มีความยืดหยุ่น ไม่เคร่งครัดในเรื่องแบบวิธีพิจารณา และไม่มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาที่ค่อนข้างมากเหมือนวิธีพิจารณาคดีของศาล

การกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ไต่ถามคดีปกครองนั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาปัญหาในหลายๆด้าน เนื่องจากการไต่ถามคดีปกครองมีลักษณะที่แตกต่างจากการไต่ถามคดีแพ่ง และการไต่ถามยังคงเป็นเรื่องใหม่สำหรับศาลปกครองไทย จึงแยกประเด็นการพิจารณา ดังนี้



#### 4.2.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีทบบัญญัติให้อำนาจบุคคลภายนอกทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 มาตรา 66/4 กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งในการกำหนดดังกล่าว เป็นผลจากการมองว่าที่ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยคดีปกครองในศาล จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่เหมาะสม มีความเชี่ยวชาญ สามารถให้คำแนะนำเจรจา ให้ความรู้แก่คู่กรณีเพื่อให้คู่กรณีสามารถทำความเข้าใจและหาทางออกร่วมกันได้ ซึ่งบุคคลที่มีความเหมาะสมจะทำหน้าที่ดังกล่าวคือ ตุลาการศาลปกครอง ไม่ได้จำกัดว่าตุลาการดังกล่าวเป็นองค์คณะพิจารณาคดีหรือตุลาการผู้แถลง หรือไม่ โดยให้เป็นไปตามที่อธิบดีศาลปกครองหรือประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นชอบและมีคำสั่งแต่งตั้ง ซึ่งแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลโดยทั่วไปที่อาจอนุญาตให้บุคคลภายนอกสามารถสมัครเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะข้อพิพาทในคดีปกครองเป็นข้อพิพาทที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ต่อส่วนรวม ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญ โดยเฉพาะเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง แต่มีปัญหว่าตุลาการศาลปกครองในปัจจุบันมีจำนวนไม่เพียงพอในการพิจารณาคดีอยู่แล้ว หากรับผิดชอบหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย จะทำงานปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลลดลงได้เพียงเล็กน้อย ซึ่งไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของการนำการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีปกครอง อาจมีผลทำให้ตุลาการศาลไม่มีเวลาดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติ ส่งผลให้ประสิทธิภาพของการวินิจฉัยคดีให้เสร็จสิ้นไปจากศาลลดลง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองจึงไม่อาจช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดการการบริหารคดีของศาลครองได้

จากการศึกษาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในส่วนของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลต่างประเทศ ทั้งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่า มีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจในการคัดเลือกบุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และเมื่อได้วิเคราะห์แล้วพบว่า บุคคลภายนอกมีความเหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยคดีปกครองของศาลปกครองด้วยเช่นกัน แต่เมื่อพิจารณาการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ยังคงมีปัญหว่า มิได้มีการกำหนดอำนาจให้คู่กรณีหรือตุลาการศาลปกครองในการแต่งตั้งบุคคลภายนอกผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สมควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ในส่วนของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพิ่มเติม ส่วนหลักเกณฑ์และวิธีการรายละเอียดเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยโดยบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตุลาการควรกำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง สูงสุดว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง พ.ศ. 2562 เพื่อให้การจัดการบริหารคดีของศาล

มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ช่วยเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของคู่กรณีได้อย่างรวดเร็วเป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย

#### 4.2.2. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ตามที่ได้วิเคราะห์แล้วว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง สมควรมีการกำหนดบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตุลาการศาลทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยคดีปกครองได้ จึงมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ศาลปกครองควรมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยดังกล่าวอย่างไร

จากการศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ไกล่เกลี่ยของต่างประเทศ ในกระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยถือเป็นคนกลางที่มีความสำคัญมาก เพราะจะเป็นผู้ช่วยให้การเจรจาไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะยุติลงได้ ดังนั้น ในการไกล่เกลี่ยจึงต้องการผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความรู้และทักษะในการเจรจาไกล่เกลี่ยของผู้ไกล่เกลี่ย เช่น ทักษะความสามารถในการสร้างบรรยากาศแห่งความร่วมมือ ทักษะความสามารถในการฟังและแสดงความคิดเห็น ทักษะความสามารถในการแสดงออกซึ่งความเป็นกลาง และทักษะความสามารถในการประสานประโยชน์ที่มีความสำคัญต่อความสำเร็จในการเจรจาไกล่เกลี่ยมีความรู้ความสามารถในการควบคุมสถานการณ์หรือแก้ปัญหาเฉพาะหน้าได้อย่างมีอาชีพ และจากการศึกษากฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของต่างประเทศได้มีการกำหนดคุณสมบัติผู้ไกล่เกลี่ย ดังนี้

การกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

จากการศึกษาพบว่า หน้าที่ทางจรรยาบรรณของผู้ไกล่เกลี่ยถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา L. 213-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งบัญญัติให้ผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่ เป็นกลางและตามอำนาจหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ บทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายได้ให้เสรีภาพทางปฏิบัติบางประการแก่ผู้ไกล่เกลี่ย โดยไม่ได้กำหนดบทบาทที่ชัดเจน จึงมีหลักการอื่นๆที่กำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยได้ เช่น หลักการรักษาความลับ (Le principe de confidentialité) มีความเป็นอิสระ (L'indépendance)

สำหรับหน้าที่ประการอื่นเพื่อที่จะได้รับการตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ย นั้น กฎบัตรว่าด้วยจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในข้อพิพาททางปกครอง สำหรับผู้ไกล่เกลี่ยบุคคลภายนอกที่แต่งตั้งโดยศาล ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติอันมีที่มาจากประสบการณ์ของตนอันเป็นคุณสมบัติที่สัมพันธ์กับลักษณะคดีพิพาท นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้ผ่านการฝึกอบรมหรือมีประสบการณ์ที่เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยจะต้องเข้ารับการฝึกอบรม (La formation) เพื่อให้มีคุณสมบัติเฉพาะที่เหมาะสมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และทำงานได้ตามมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์เฉพาะที่แต่ละองค์กรกำหนดขึ้น จะต้องมีความรู้ในเรื่องที่

ไกล่เกลี่ยอย่างน้อยเป็นระยะเวลา 5 ปี ทั้งยังจะต้องรู้เทคนิควิธีในการไกล่เกลี่ยเป็นอย่างดี ซึ่งประสบการณ์และความเชี่ยวชาญอาจจะได้มาจากหลายช่องทาง อาทิ การฝึกอบรม การเข้าร่วมสัมมนา ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องเข้าร่วมโครงการวิเคราะห์ผลจากการปฏิบัติงาน และต้องพัฒนาความรู้ในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ โดยผ่านหลักสูตรการฝึกอบรมอย่างต่อเนื่อง เช่น การสัมมนา การอบรม ทางด้านวิชาชีพ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎบัตรจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยยังได้กำหนดบทลงโทษในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่เคารพความในกฎบัตร ซึ่งหากเกิดกรณีดังกล่าว ศาลอาจมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการไกล่เกลี่ยและไม่มอบหมายให้ผู้ไกล่เกลี่ยรายดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ในอนาคต

#### การกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาพบว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการตราบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย โดยบัญญัติเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งเรื่องมาตรฐานอาชีพผู้ไกล่เกลี่ย หากบุคคลใดผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดและได้รับใบรับรองการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยแล้วจะเป็นผู้เชี่ยวชาญตามที่คูกรณีต้องการได้ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติไว้ในมาตรา 5<sup>7</sup> แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz – MediationsG) ซึ่งหลักสูตรการฝึกอบรมข้างต้นนี้ต้องมีเนื้อหาที่มีความรู้ในทางทฤษฎีและมีการฝึกในภาคปฏิบัติควบคู่กัน นอกจากนี้ ในทางวิชาการได้อธิบายลักษณะการฝึกอบรมเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่เหมาะสมว่าควรตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เป็นหลักสำคัญ คือ ความรู้ (Wissen) วิธีการหรือกลยุทธ์ (Methodik) และการวางตัว (Haltung) ที่จะส่งผลในทางปฏิบัติให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ดี ด้วยการเข้าใจผู้อื่น อย่างเห็นอกเห็นใจกัน มีทักษะในการบริหารจัดการ มีทักษะในการเข้าสังคม มีความสามารถในการไตร่ตรองและมีความเป็นมืออาชีพได้

สรุปได้ว่า คุณสมบัติและจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลต่างประเทศที่จะทำให้การไกล่เกลี่ยประสบผลสำเร็จ คือ ความเป็นอิสระ ความเป็นกลาง การป้องกันความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ การรักษาความลับ และการวางตน เป็นต้น และคุณสมบัติประการอื่น เช่น

---

มาตรา 5 ผู้ไกล่เกลี่ยต้องผ่านการอบรมวิชาชีพที่มีความเหมาะสม และได้รับการฝึกอบรมวิชาชีพขั้นสูงอย่างต่อเนื่อง ซึ่งต้องมีความรู้ในทางทฤษฎีและมีการฝึกในภาคปฏิบัติ เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้นำในการไกล่เกลี่ยที่มีความเชี่ยวชาญได้

การอบรมวิชาชีพที่มีความเหมาะสม ควรจะประกอบไปด้วย

1. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย ขั้นตอนและกรอบเงื่อนไขที่ใช้สำหรับการไกล่เกลี่ย
2. เทคนิคการเจรจาต่อรองและการสื่อสารระหว่างกัน
3. ความสามารถในการจัดการความขัดแย้ง
4. ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยและบทบาทในกฎหมายไกล่เกลี่ย รวมถึง
5. การฝึกภาคปฏิบัติ การทดลองสวมบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยและการอยู่ภายใต้การดูแลและตรวจสอบ

จากผู้เชี่ยวชาญด้านการไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความชำนาญในการไกล่เกลี่ย มีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยมาพอสมควร เพื่อที่จะสามารถนำประสบการณ์มาวิเคราะห์ประเด็นข้อพิพาทและเสนอแนะทางออกให้ผู้คู่ความได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีทักษะในการสื่อสารที่ดีในการกระตุ้น แนะนำ โน้มน้าว แปรความ หรือชี้แนะหนทางที่เป็นไปได้ในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทให้กับคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความรู้และประสบการณ์ในขั้นตอนด้านการบังคับคดีและความรู้เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาท เพราะความรู้เหล่านี้จะทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถชี้แนะประเด็นที่คู่ความยังมองไม่เห็น จนทำให้เกิดเป็นทางออกใหม่ ๆ ที่จะสามารถเป็นการยุติปัญหาข้อพิพาท

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้บุคคลภายนอกมีความรู้ความเชี่ยวชาญเพื่อความเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง ศาลปกครองควรมีการกำหนดคุณสมบัติในเรื่องอายุ การศึกษา ความประพฤติ เป็นต้น และควรร่วมกับสถานศึกษาหรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องในการพัฒนาหลักสูตรที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อสร้างนักไกล่เกลี่ยคดีปกครองมืออาชีพที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายและความเชี่ยวชาญด้านอื่น เพื่อผลสำเร็จของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

#### 4.2.3. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนให้แก่บุคคลภายนอก

เมื่อได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว จึงมีปัญหาค่าตอบแทนที่ต้องพิจารณาอีกว่า การให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่บุคลากรภายในศาลเข้ามาไกล่เกลี่ยคดีปกครอง จะต้องมีการกำหนดค่าตอบแทนอย่างไร

จากการศึกษาเรื่องค่าตอบแทนตามประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา L. 213-5 กำหนดให้ ประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (แล้วแต่กรณี) อาจมอบอำนาจให้ตุลาการศาลปกครองคนใด ดำเนินการไกล่เกลี่ยก็ได้ เมื่อประธานศาลดังกล่าวหรือตุลาการผู้รับมอบอำนาจให้ทำหน้าที่จัดให้มีการไกล่เกลี่ยได้รับรองโดยเลือกบุคคลภายนอกศาลให้เข้าทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย ถ้ามีการกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินในการดำเนินการของบุคคลภายนอก ให้ประธานศาลดังกล่าว หรือตุลาการศาลปกครองผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้กำหนดจำนวนเงินดังกล่าว และตามมาตรา L. 213-8<sup>8</sup> ในการกำหนดค่าตอบแทน กรณีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นบุคคลภายนอก ตุลาการ

<sup>8</sup> มาตรา L.213-8 หากการปฏิบัติหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้มีการมอบหมายให้บุคคลภายนอกศาลเป็นผู้ดำเนินการ ตุลาการศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดค่าตอบแทนและจำนวนเงินดังกล่าวได้

หากการไกล่เกลี่ยมีค่าใช้จ่ายที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบ ค่าใช้จ่ายดังกล่าวถือเป็นเสรีภาพในการทำความตกลงที่จะแบ่งความรับผิดชอบระหว่างคู่กรณี

อาจกำหนดค่าตอบแทน เป็นจำนวนเงินที่แน่นอนให้กับผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ และหากมีการร้องขอจากผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อธิบดีศาลนั้นสามารถที่จะกำหนดค่าตอบแทน โดยคำนวณตามชั่วโมงการทำงานของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ค่าธรรมเนียมในการใช้บริการผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตกเป็นภาระของคู่กรณี โดยให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันถึงภาระค่าธรรมเนียมดังกล่าว และหากไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ หรือไม่มีการตกลงร่วมกัน ให้ค่าธรรมเนียมฯ เป็นภาระของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน เว้นแต่ศาลเห็นว่า คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งควรจะรับผิดชอบมากกว่า โดยพิจารณาถึงสถานะทางเศรษฐกิจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นเกณฑ์ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีคำร้องขอความช่วยเหลือทางด้านกระบวนการยุติธรรม กรณีที่ค่าธรรมเนียมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เป็นภาระระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน หรือกรณีศาลเห็นว่าคู่กรณีควรจะรับภาระอย่างแตกต่างกันให้รัฐเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายของคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความช่วยเหลือทางด้านกระบวนการยุติธรรม

พิเคราะห์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้บุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว ในการจ่ายค่าตอบแทนบุคคลภายนอก สมควรกำหนดค่าตอบแทนให้ชัดเจน เพื่อให้เป็นมาตรฐานในการจ่ายค่าตอบแทนต่อไป

---

หากไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย คู่กรณีจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ยโดยแบ่งส่วนเท่า ๆ กัน ทั้งนี้ ตุลาการศาลปกครองอาจกำหนดความรับผิดชอบในการออกค่าใช้จ่ายที่ไม่เท่าเทียมกันได้โดยคำนึงถึงสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจของคู่กรณี

ในกรณีที่มีการช่วยเหลือด้านความยุติธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การแบ่งค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในวรรคสามแห่งมาตรานี้ โดยค่าใช้จ่ายที่เป็นของคู่กรณีซึ่งได้รับความช่วยเหลือด้านความยุติธรรมจะตกเป็นความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 50 แห่งรัฐธรรมนูญ หมายเลข 91-647 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1991 ที่เกี่ยวกับการช่วยเหลือทางกฎหมาย

ให้ศาลปกครองกำหนดจำนวนเงินเพื่อประกันค่าตอบแทนของผู้ไกล่เกลี่ยและกำหนดให้คู่กรณีคนหนึ่งคนใดเป็นผู้วางเงินประกันดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ หากไม่มีการวางเงินประกันตามระยะเวลาและตามจำนวนที่ศาลกำหนดไว้ การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจะสิ้นผลลง และให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป

#### 4.3. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเหมาะสมของการกำหนดให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของคดีปกครอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562 มีการกำหนดให้ตุลาการที่ไม่ใช่ตุลาการเจ้าของสำนวนทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ไกล่เกลี่ยย่อมมีความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง จึงมีปัญหาคือต้องวิเคราะห์ว่า บุคคลภายนอกมีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยคดีปกครองหรือไม่ เพื่อให้การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาในเรื่องความเหมาะสมของการแต่งตั้งบุคคลภายนอกเป็นผู้ไกล่เกลี่ยคดีมาใช้กับคดีปกครองของประเทศไทยนั้นสมบูรณ์ ในการศึกษาจึงต้องเปรียบเทียบผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาสาธารณรัฐฝรั่งเศส พบว่า แม้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยบุคคลภายนอก จะยังคงมีจุดด้อยหลายประการ ประกอบกับบุคคลภายนอกขาดความรู้ความเชี่ยวชาญด้านคดีปกครอง แต่ก็ยังนำมาสู่ข้อสรุปในภาพรวมที่ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยบุคคลภายนอก มีประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน และรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ดังจะเห็นได้จาก การที่ศาลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งริเริ่มโดยคู่กรณีหรือโดยศาลเองก็ตาม และสถานศึกษาในสาธารณรัฐฝรั่งเศสทั้งของรัฐและเอกชนต่างก็มีการพัฒนาหลักสูตรผู้ไกล่เกลี่ยอย่างเป็นระบบ ขณะที่หลักสูตรการศึกษาต่อเนื่อง (la formation continue) ประกาศนียบัตรของมหาวิทยาลัยทางการไกล่เกลี่ย (la diplomé d'université médiation) เพื่อสร้างผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความเชี่ยวชาญสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในหลายด้าน เช่น ข้อพิพาททางธุรกิจ ครอบครัว สังคม บุคคลภายนอกจึงมีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยในคดีปกครอง

จากการศึกษาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการซึ่งมีประสบการณ์และความชำนาญในเรื่องปัญหาที่พิพาท ตุลาการศาลจะสามารถแสดงความเห็นในมุมมองของผู้มีประสบการณ์ในด้านกฎหมายและงานคดี ดังนั้น คู่กรณีที่มาใช้บริการด้วยวิธีนี้จึงเกิดความศรัทธา ความเชื่อถือ และมีแนวโน้มที่จะให้ความร่วมมือในการไกล่เกลี่ยหรือตกลงยุติข้อพิพาทด้วยความมั่นใจ เพราะได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนจากผู้ไกล่เกลี่ยผู้ทรงคุณวุฒิ แม้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศาลเป็นกระบวนการพิจารณาที่ศาลต้องลงทุนและมีค่าใช้จ่ายมาก อาทิเช่น ค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมเพื่อพัฒนาความเชี่ยวชาญของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย และค่าใช้จ่ายในการจัดสัมมนาเพื่อรวบรวมปัญหา แนวทางการแก้ไขปัญหา และความคิดเห็นต่าง ๆ อันเกิดจากประสบการณ์ในการทำหน้าที่ตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย จนศาลต่าง ๆ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยพิจารณาว่าจะเก็บ

ค่าธรรมเนียมจากคู่มือเพิ่มขึ้นจากค่าธรรมเนียมศาลตามปกติ แต่ในที่สุดก็ไม่เก็บค่าธรรมเนียม เพราะศาลต้องการส่งเสริมให้คู่มือใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น ศาลต่าง ๆ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงยอมรับภาระดังกล่าวไว้เอง

อย่างไรก็ตาม หากมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เป็นพิเศษนอกเหนือจากค่าใช้จ่ายตามปกติ คู่มือจะต้องตกลงกันไว้ก่อนล่วงหน้าว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ดำเนินการหรือออกค่าใช้จ่าย เมื่อเป็นเช่นนี้จึงต้องถือว่าคู่มือได้รับประโยชน์อย่างเห็นได้ชัด เพราะไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ เพิ่มขึ้น

การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 66/4 วรรคสาม ให้ตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยคดีปกครอง โดยประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น แต่งตั้งตุลาการศาลปกครองซึ่งไม่มีหน้าที่รับผิดชอบคดีในจำนวนคดีปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และคำนึงถึงความรู้ ความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมของตุลาการศาลปกครองผู้นั้น แต่เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของศาลปกครองให้ดียิ่งขึ้น จึงสมควรกำหนดให้ศาลปกครองมีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทบุคคลภายนอก โดยเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับคดีปกครองในด้านต่างๆ เช่น ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านการบริหารงานบุคคล ทั้งนี้ เพื่อให้การไกล่เกลี่ยเป็นที่ยอมรับของคู่มือทุกฝ่ายว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีประสบการณ์และมีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นโดยตรง การเตรียมความพร้อมให้กับบุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งในส่วนผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและบุคลากรในศาลที่เกี่ยวข้องจึงเป็นสิ่งสำคัญ

#### ด้านการฝึกอบรม

ด้วยเหตุว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครอง เป็นเรื่องที่อยู่ในขั้นเริ่มต้น อีกทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นถือเป็นศาสตร์และศิลป์ที่ต้องอาศัยความรู้ ความสามารถจากหลายสาขาวิชา ผู้ที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยคดีปกครองได้จะต้องมีการฝึกอบรมเพื่อให้ดำเนินการไปโดยมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ก่อนที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองจะปฏิบัติหน้าที่สำนักงานศาลปกครองควรดำเนินการจัดทำหลักสูตรและดำเนินการอบรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองให้แก่ ตุลาการศาลปกครองหรือบุคคลภายนอกผู้ที่ประสงค์จะขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยประจำสำนักงานศาลปกครอง ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องได้รับการฝึกอบรมพื้นฐานทางด้านทฤษฎีทางด้านความขัดแย้ง และแนวคิดหลักทางการเจรจา และควรศึกษาหลักเกณฑ์ วิธีการ และเทคนิคการไกล่เกลี่ยรูปแบบต่างๆ เพื่อให้เกิดความรู้ ความเชี่ยวชาญ และสามารถนำมาใช้ปฏิบัติงานได้จริง เนื่องจากหน้าที่ที่สำคัญของผู้ไกล่เกลี่ย คือ การควบคุมการเจรจาให้เป็นไปโดยสะดวกเรียบร้อย สามารถเสนอทางแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งให้คู่มือได้ มิฉะนั้นการไกล่เกลี่ยจะไม่สามารถหาทางออกและอาจถึงทางตันได้

### ด้านการฝึกปฏิบัติ

หากมีการอบรมครบหลักสูตรแล้ว ควรกำหนดให้บุคคลภายนอกผู้ไกล่เกลี่ยฝึกปฏิบัติในศาล โดยมีผู้เชี่ยวชาญด้านการไกล่เกลี่ยในศาลคอยควบคุมดูแล

ข้อเปรียบเทียบจุดเด่น-จุดด้อยของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลภายนอกผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

คดีปกครองอยู่ภายใต้หลักนิติสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นคดีพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน ฝ่ายปกครองจึงมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงกรณีต่าง ๆ ทางกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายเอกชนที่เกี่ยวข้อง แต่การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ยังเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลักสำคัญ แต่สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นคนกลางในการทำหน้าที่ช่วยเหลือ เสนอแนะแนวทาง และหาทางออกที่คู่พิพาทน่าจะยอมรับและพึงพอใจ หากตกลงเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอก็จะนำไปสู่การตกลงประนีประนอมยอมความกัน

จากการศึกษาผู้ไกล่เกลี่ยของต่างประเทศ ทั้งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่า ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะเป็นตุลาการศาลปกครองหรือบุคคลภายนอกศาลก็ได้ แม้จะมีการศึกษาแล้วว่า การไกล่เกลี่ยสามารถกระทำโดยบุคคลภายนอกได้ แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เห็นความชัดเจน ดังนั้น ก่อนที่จะมีการนำผู้ไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีปกครองของศาลไทย จึงต้องมาวิเคราะห์ข้อดี ข้อเสียของผู้ไกล่เกลี่ยทั้งสองประเภท ดังนี้

#### 1) ตุลาการศาลปกครองกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

โดยหลักตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับนับถือจากคู่กรณีว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ มีประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมาย การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการจึงย่อมได้รับความเชื่อมั่นจากคู่กรณี โดยกำหนดอย่างชัดเจนว่าตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่ใช่ตุลาการเจ้าของสำนวน

##### (1.1) ข้อดีของการไกล่เกลี่ยคดีโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย

โดยทั่วไปแล้วตุลาการจะมีอำนาจต่อคู่กรณีพิพาทและได้รับความเคารพเชื่อฟังได้รับการยอมรับนับถือและไว้วางใจจากคู่กรณีในด้านกฎหมายจากคู่กรณีพิพาทมากกว่าผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นบุคคลภายนอก เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ มีประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการบริหารราชการและหลักกฎหมายมหาชน และตุลาการศาลปกครองสามารถเรียกบุคคลให้เข้าไกล่เกลี่ยได้ด้วยอำนาจที่มากกว่าผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นคนธรรมดา อีกทั้งด้วยคุณสมบัติที่



เหมาะสมของตุลาการศาลจะทำให้การระงับข้อพิพาทคดีที่เป็นเรื่องยากมีความเป็นไปได้สูง ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประสบความสำเร็จมากขึ้น

วิเคราะห์แล้วจึงเห็นว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการเป็นการคัดเลือกบุคคลากรอย่างเหมาะสม เมื่อกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองไกล่เกลี่ยคดีปกครองได้ นอกเหนือจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลย่อมเป็นการสร้างไว้ซึ่งหลักนิติธรรม และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการเป็นการประหยัดเวลาของศาล ศาลสามารถกำหนดและมอบหมายหน้าที่ให้ตุลาการได้เลย รวมถึงในกรณีที่ตุลาการได้รับการอบรมที่เหมาะสมจะเป็นการเพิ่มพูนทักษะในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการพิจารณาคดีช่วยให้ตุลาการมีทักษะเพิ่มขึ้นในการกำหนดประเด็นข้อพิพาทอีกด้วย

#### (1.2) ข้อเสียของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ย

หลักของการทำหน้าที่เป็นตุลาการนั้นอาจขัดกับหลักของการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยอยู่แล้ว ในเรื่องของหลักการพิจารณาอย่างเปิดเผย ด้วยหน้าที่ของตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการอาจเป็นการไม่เหมาะสมที่ศาลจะพิจารณาคดีโดยไม่เปิดเผยและเป็นการลับ ดังนั้น อาจเป็นการไม่เหมาะสมหากจะกำหนดให้ตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อีกทั้งบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแตกต่างจากบทบาทของตุลาการศาลปกครอง การกำหนดให้ตุลาการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยอาจสร้างความกังขาให้แก่ประชาชนในเรื่องของความโปร่งใสและความเป็นกลาง คู่กรณีอาจเกิดความไม่ไว้วางใจว่าการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของตุลาการ จะถือเป็นการใช้อำนาจของตุลาการหรือไม่ คู่กรณีไม่อาจแยกแยะความแตกต่างระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลได้ แม้กระบวนการไกล่เกลี่ยจะมีใช้การวินิจฉัยตัดสินคดี และต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี คู่กรณีก็อาจเกิดความไม่ไว้วางใจในตัวตุลาการได้ อย่างเช่น ในกรณีเมื่อการไกล่เกลี่ยประสบผลสำเร็จหากข้อตกลงนั้น จะเป็นผลให้เกิดอันตรายต่อสาธารณะ ในมุมมองของตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องพิจารณาว่า ควรให้ข้อตกลงนั้นสัมฤทธิ์ผลหรือไม่ ในฐานะผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นตุลาการจึงต้องมีความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้นไปด้วย เมื่อพิจารณาในแง่ความเหมาะสมแล้ว การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยตุลาการอาจเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการโดยมิชอบ เพราะตุลาการมีหน้าที่ตัดสินคดีและไม่ยุ่งเกี่ยวกับการเมืองและการปกครองอันจะทำให้เป็นการเคลื่อนกลืนบทบาทของตุลาการไป

ในทางทฤษฎีตุลาการศาลปกครองเป็นผู้มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ที่จะช่วยในการดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีการไกล่เกลี่ย แต่ลักษณะการทำงานของตุลาการอาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกได้ เนื่องจากตุลาการมีแนวโน้ม

ที่จะตัดสินข้อพิพาทด้วยตนเอง โดยไม่มีส่วนร่วมของคู่กรณีและไม่นำข้อตกลงร่วมกันของคู่กรณีมาใช้ในการพิจารณาและด้วยทัศนคติของตุลาการศาลปกครองที่มีต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเนื่องจากตุลาการศาลปกครองคุ้นเคยกับบทบาทการเป็นผู้ตัดสินซึ่งขาดสติมากกว่าการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และยังอาจยึดติดกับการตัดสินชี้ขาดโดยพิจารณาจากเอกสารเป็นสำคัญ ดังนั้นการไกล่เกลี่ยโดยตุลาการผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งทำหน้าที่เป็นเพียงคนกลางโดยไม่เสนอทางออกใดให้แก่คู่กรณีนั้นจะทำให้การไกล่เกลี่ยดำเนินต่อไปจนคู่กรณีสามารถค้นพบทางออกด้วยตนเองได้จริงหรือไม่ และเมื่อพิจารณาความรับผิดชอบของตุลาการฐานะเป็นผู้ไกล่เกลี่ย หากตุลาการปฏิบัติผิดจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย เช่น การไม่วางตัวเป็นกลาง ความเป็นอคติ ตุลาการจะต้องรับผิดชอบทางโทษเช่นเดียวกับบุคคลภายนอกได้หรือไม่ เพราะตุลาการย่อมได้รับความคุ้มครองจากรัฐในบทบาทการเป็นตุลาการ

## 2) บุคคลภายนอกกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

กระบวนการไกล่เกลี่ยคดีมีความแตกต่างจากการวินิจฉัยชี้ขาดของศาล หัวใจหลักของการไกล่เกลี่ยคือ การที่คู่กรณีตัดสินใจด้วยตัวเองโดยสมัครใจเพื่อหาข้อยุติร่วมกัน โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เป็นบุคคลที่สาม ดูแลกระบวนการสร้างความเข้าใจระหว่างคู่กรณี มิได้เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ดังนั้น จึงมีความเห็นว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเป็นตุลาการเสมอไป

### (2.1) ข้อดีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยบุคคลภายนอก

การกำหนดให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตุลาการทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย สามารถช่วยป้องกันภาพลักษณ์ความเป็นกลางของตุลาการ ผู้ที่มาทำหน้าที่จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นที่ยอมรับของคู่กรณี ข้อดีของการไกล่เกลี่ยโดยบุคคลภายนอก คือ เป็นการลดลักษณะอย่างเป็นทางการของศาล ช่วยให้คู่กรณีลดความเกรงกลัว ทำให้กล้าเปิดเผยข้อมูลสร้างบรรยากาศที่เป็นมิตรระหว่างคู่กรณี ทำให้คู่กรณีมีแนวโน้มที่จะเปิดเผยความจริงใจหรือพูดคุยกันได้มากกว่าการให้ตุลาการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยอันอาจทำให้การเจรจาประสบความสำเร็จมากยิ่งขึ้น รวมทั้ง บุคคลภายนอกมีประสบการณ์ในด้านอาชีพ มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมากกว่าตุลาการ และเหตุผลที่สำคัญของการกำหนดให้มีบุคคลภายนอกไกล่เกลี่ยคดี คือ จะช่วยแบ่งเบาภาระของตุลาการ ทำให้ตุลาการสามารถทุ่มเทความรู้ความเชี่ยวชาญสำหรับการพิจารณาคดีที่ยังคงมีข้อพิพาทกันอยู่ได้มากยิ่งขึ้น ทำให้คดีเสร็จสิ้นไปจากศาลได้โดยเร็ว

### (2.2) ข้อเสียของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยบุคคลภายนอก

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยบุคคลภายนอกมีข้อด้อยอยู่หลายประการ อาทิ ประสิทธิภาพของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นสิ่งสำคัญที่สร้างความน่าเชื่อถือให้แก่คู่กรณี ดังนั้น

คู่กรณีอาจเกิดความสงสัยในความสามารถของผู้ใกล้เคียงว่าจะปฏิบัติหน้าที่ในคดีของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่

วิเคราะห์แล้วจึงสรุปได้ว่า จากการวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียแล้ว การกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ใกล้เคียงอาจเป็นผลดีต่อศาลปกครอง คือ

(1) พิจารณาในด้านวิธีพิจารณาคดี

การกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ใกล้เคียงได้อีกทางหนึ่งด้วย นับเป็นการเพิ่มทางเลือกและอำนวยความสะดวกในด้านการดำเนินกระบวนการให้กับคู่กรณี เพื่อให้การดำเนินการใกล้เคียงคดีปกครองเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น

(2) พิจารณาในด้านคู่กรณี

การกำหนดให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตุลาการศาลเข้ามาใกล้เคียงคดีปกครอง จะทำให้คู่กรณีลดความประหม่า ลดความเกรงกลัวต่อบรรยากาศของศาล ทำให้บรรยากาศของการพูดคุยเป็นกันเอง คู่กรณีกล้าจะเปิดเผยความในใจ ลดความกดดันต่อทั้งบรรยากาศในห้องและต่อทั้งตัวของคู่กรณีเอง

ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้บุคคลภายนอกจะยังคงมีข้อเสียอยู่บ้างบางประการ แต่ก็มี ความเหมาะสมในการทำหน้าที่เป็นผู้ใกล้เคียงคดีปกครองของประเทศไทย และช่วยแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันของศาลปกครองได้ ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ การใกล้เคียงข้อพิพาททางปกครองในต่างประเทศ ซึ่งมีการกำหนดให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ตุลาการทำหน้าที่ในการใกล้เคียงข้อพิพาทได้ เห็นได้ว่า การที่ศาลต่างประเทศเลือกที่จะใช้ผู้ใกล้เคียงซึ่งเป็นบุคคลภายนอกศาลก็เพื่อลดลักษณะที่เป็นทางการของศาลและสร้างบรรยากาศที่เป็นมิตรต่อคู่กรณี และป้องกันเรื่อง ภาพลักษณ์ด้านความเป็นกลางของตุลาการ เพื่อให้การใกล้เคียงข้อพิพาททางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล จึงสมควรกำหนดให้มีบุคคลภายนอกทำหน้าที่ในการใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีปกครอง

เมื่อพิจารณาแนวทางการใกล้เคียงในคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศโดยเฉพาะ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประกอบกับวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทย ดังกล่าวข้างต้นแล้ว เห็นว่า การกำหนดให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ใกล้เคียงข้อพิพาททางปกครอง เพื่อแบ่งเบาภาระของตุลาการศาลและเพิ่มทางเลือกให้แก่คู่กรณีพิพาทเป็นทางออกหนึ่งของปัญหาการบริหารจัดการคดีที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องของศาลปกครอง แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติให้คู่กรณีร้องขอหรือศาลมีอำนาจเรียกบุคคลภายนอกศาลเข้ามาใกล้เคียงได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองให้

สามารถแต่งตั้งบุคคลภายนอกผู้ใกล้ชิดมาทำหน้าที่ในการใกล้ชิดซื้อพิพาททางปกครองด้วย โดยการกำหนดที่มีความเหมาะสมซึ่งจะได้กล่าวในบทต่อไป