

บทที่ 2

หลักการ ทฤษฎี วิธีการ ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งในเชิงธุรกิจ และบทบาทศาลในการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาท

ในการดำเนินการเชิงธุรกิจนั้นแต่ละฝ่ายต่างก็ผูกนิติสัมพันธ์กันในรูปแบบที่แตกต่างกันไป แต่พื้นฐานของการติดต่อสัมพันธ์กันของคนในสังคมต่างก็มีพื้นฐานมาจากการทำนิติกรรม สัญญา ด้วยกันทั้งสิ้น การติดต่อสัมพันธ์กันในเชิงธุรกิจนี้แม้ทั้งสองฝ่ายจะต้องการให้การติดต่อสัมพันธ์กันเป็นไปอย่างราบรื่นมากเพียงใดก็ตาม แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าปัญหาและความขัดแย้งจนกลายเป็นข้อพิพาทย่อมอาจจะเกิดขึ้นได้ ยิ่งการผูกพันกันในรูปแบบของสัญญาที่มีความซับซ้อนมากเพียงใด ปัญหาหรือความขัดแย้งก็ยิ่งมีความยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้นเพียงนั้น แม้ในขณะที่ตกลงทำสัญญากัน จะได้มีความพยายามอุดช่องว่างที่คาดว่ามันจะเกิดขึ้นแล้วก็ตาม ข้อพิพาทก็ยังสามารถเกิดขึ้นได้ ซึ่งอาจจะเนื่องมาจากปัญหาใหม่ที่คาดคะเนไม่ถึงเพราะสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หรือ เป็นปัญหาเดิมแต่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น หรือเกิดจากความไม่เข้าใจ หรือการตีความผิด

การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนี้ต่างก็มีหลากหลายวิธี แต่วิธีหนึ่งถือว่าเป็นที่ยอมรับกัน ในสังคมมาช้านาน นั่นก็คือการนำคดีความขึ้นสู่ศาลให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทว่าฝ่ายใดถูก ฝ่ายใดผิด เมื่อศาลมีคำพิพากษาและเมื่อต่อสู้กันจนถึงที่สุดแล้ว คู่ความต่างก็ต้องยอมรับตาม คำพิพากษาของศาลนั้น โดยผู้แพ้คดีจำต้องชดใช้ตามที่ศาลกำหนด ถ้าไม่ปฏิบัติตามก็สามารถบังคับ คดีได้ต่อไป

วิธีการทางศาลนี้ตามที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าเป็นวิธีการที่เก่าแก่ และใช้กันมาช้านาน แม้คนในสังคมปัจจุบันจะถือว่าเป็นวิธีการสุดท้ายเพื่อให้ได้รับความยุติธรรมมากที่สุดแล้วก็ตาม แต่ปัจจุบันเรากลับพบว่า วิธีการที่ระงับข้อพิพาทแบบนี้มีปัญหาที่ไม่เอื้ออำนวยในเชิงธุรกิจมากมาย หลายประการ โดยสามารถสรุปอย่างคร่าวๆ ได้ ดังนี้¹

(1) ความล่าช้าในการวินิจฉัยข้อพิพาท

ก่อนที่ศาลจะสามารถวินิจฉัยข้อพิพาทได้นั้น ต้องมีการนำสืบพยานหลักฐานต่างๆ เสียก่อน การสืบพยานต้องอาศัยระยะเวลาอันพอสมควรเนื่องจากคดีความมากขึ้น แต่ผู้พิพากษา ยังไม่สามารถเพิ่มจำนวนให้มีความสอดคล้องกับจำนวนคดีที่เพิ่มขึ้นได้ ทำให้ผู้พิพากษาต้อง

¹ สรวิศ ลิ้มปรั้งยี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่น นอกจากศาล พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: นิติรัฐ, 2545), หน้า 2.

รับผิดชอบคดีจำนวนมาก การสืบพยานจำเป็นต้องทำแบบกระจายออกไปโดยพยายามให้สามารถสืบพยานให้ครบทุกคดีมากบ้างน้อยบ้าง ตามแต่ความพร้อมและความสมบูรณ์ของแต่ละคดี และในคดีที่มีความซับซ้อนมากอาจจะต้องใช้ระยะเวลาในการสืบพยานนานมากยิ่งขึ้น แม้จะมีการแก้ไขปัญหาโดยนำระบบการพิจารณาคดีแบบต่อเนื่องมาใช้ก็ตาม โดยศาลพยายามที่จะสืบพยานเรียงคดีไปให้แล้วเสร็จเป็นคดีไป แต่ก็ยังมีปัญหาเกิดขึ้นว่ากว่าจะเริ่มพิจารณาคดีก็ต้องรอนานหลายเดือน หรืออาจจะเป็นปีก็ได้ เนื่องจากมีคดีรอที่จะทำการพิจารณาอยู่มาก

นอกจากปัญหาในเรื่องระยะเวลาในการสืบพยานแล้วความล่าช้ายังเกิดระบบในการอุทธรณ์หรือฎีกาอีกด้วย ซึ่งโดยปกติสัญญาที่มีความซับซ้อนหรือมีจำนวนทุนทรัพย์สูง คู่ความย่อมดำเนินคดีต่อไปจนถึงชั้นฎีกา ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องดำเนินกันถึง 3 ชั้น ซึ่งจะใช้เวลาในการพิจารณาเพิ่มขึ้นกว่าคดีจะมีข้อยุติ

(2) ความซับซ้อนของกระบวนการ

เนื่องจากกระบวนการพิจารณามีขั้นตอนและกระบวนการต่างๆ ที่ต้องดำเนินการตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายอื่นต่างๆ ว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลที่ถูกกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ตั้งแต่การยื่นฟ้อง การยื่นคำให้การ บัญชีระบุพยาน การนำพยานเข้าสืบต่างๆ ทำให้บางครั้งการที่คู่ความต่อสู้กันในศาลจะแพ้หรือชนะกันด้วยประเด็นทางเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณา

(3) ค่าใช้จ่าย

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลนั้น มีค่าฤชาธรรมเนียมที่ต้องเสียเมื่อยื่นฟ้อง และนอกจากนั้น คู่ความอาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอีก เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของทนายความ ดังนั้นหากกระบวนการในการพิจารณาคดียาวนานออกไปเท่าใด ย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเพิ่มมากยิ่งขึ้นเท่านั้น

(4) ปัญหาข้อพิพาทในเชิงเทคนิค

ปัญหาข้อพิพาทที่เป็นเรื่องทางเทคนิคที่มีความสลับซับซ้อนมาก ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ชี้ขาดอาจจะไม่มีความรู้หรือความชำนาญการในเรื่องที่พิพาทมากนัก เนื่องจากผู้พิพากษาต้องทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาททุกประเภทที่ขึ้นสู่ศาล แม้คู่ความจะสามารถนำพยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความได้ก็ตาม แต่การสื่อความให้ผู้พิพากษาที่ไม่คุ้นเคยกับปัญหาทางเทคนิคเหล่านั้นอาจจะต้องใช้ระยะเวลาพอสมควร และไม่สามารถรับรองได้ว่าความเข้าใจที่ได้นั้นจะตรงกับสิ่งที่พยานผู้เชี่ยวชาญต้องการจะสื่อมากน้อยเพียงใด และหากคู่ความแต่ละฝ่ายต่างนำพยานผู้เชี่ยวชาญของตนมาเบิกความกันคนละทาง ก็ทำให้เกิดปัญหาความสับสนในการตัดสินใจของผู้พิพากษาได้

(5) การรักษาความลับของคู่ความ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลตามปกติต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผยให้สาธารณชนรับรู้ได้ คำพิพากษาของศาลก็พิมพ์เผยแพร่ได้เช่นกัน ดังนั้น หากข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

เกี่ยวข้องกับความลับทางธุรกิจของคุณแล้ว คู่แข่งทางการค้าอาจจะสามารถเข้าถึงข้อมูลต่างๆ เหล่านั้นได้โดยง่าย นอกจากนี้สื่อมวลชนก็เป็นอีกตัวแปรหนึ่งที่สามารถทำให้ข้อมูลต่างๆ สามารถเผยแพร่ออกสู่สาธารณชน ซึ่งอาจจะทำให้เกิดผลเสียต่อภาพลักษณ์ทางธุรกิจของคุณพิพาท แม้ว่าในท้ายที่สุดไม่ว่าผลของคดีจะออกมาในรูปแบบใด สาธารณชนก็อาจจะเสียความรู้สึก และมีภาพในเชิงลบกับธุรกิจของคุณพิพาทนั้นไปแล้ว การแก้ไขให้ภาพลักษณ์ดีขึ้นอาจจะต้องใช้ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก และในช่วงเวลานั้นคู่แข่งทางธุรกิจอาจจะอาศัยจังหวะนี้ฉกฉวยเอาผลประโยชน์ และส่วนแบ่งทางการตลาดจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไปได้

(6) การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท

ปัญหานี้เป็นปัญหาข้อสุดท้ายที่อาจจะเกิดขึ้นได้มาก นั่นก็คือ สัมพันธภาพของคุณพิพาท เนื่องจากกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นลักษณะของการเผชิญหน้า คู่ความจะต้องทำทุกวิถีทางในการเอาชนะกัน เมื่อมีผู้ชนะและผู้แพ้ ความเป็นปฏิปักษ์ของคุณพิพาทก็ยังคงอยู่ ไม่ได้ยุติไปพร้อมกับคดีนั้น การหวนกลับมาเป็นคู่ค้ากันดั้งเดิมแทบจะไม่มีโอกาสเป็นไปได้อีกต่อไป ปัญหาดังกล่าวจะส่งผลกระทบมากยิ่งขึ้น หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาหรือความสัมพันธ์ที่ต้องดำเนินต่อไปอีกเป็นเวลานาน เช่น ในสัญญาร่วมทุน ซึ่งปรกติจะต้องดำเนินการร่วมกันเป็นเวลานานหลายปี หากผู้ร่วมทุนมีความรู้สึกเป็นปรปักษ์กันแล้วความอยู่รอดของกิจการที่ร่วมทุนกันนั้นก็มีความเป็นไปได้สูงว่าจะไม่มีทางรอดในอนาคต

ด้วยปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทางศาลนี้เอง จึงเกิดแนวความคิดในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากศาลเกิดขึ้น หรือ Alternative Dispute Resolution (ADR) ด้วยวัตถุประสงค์ดังนี้²

- (1) เป็นธรรม (fair)
- (2) รวดเร็ว (speedy)
- (3) ประหยัด (cheap)
- (4) มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (effective enforcement mechanism)
- (5) การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท
(measure against bad publicity)
- (6) การรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่ความ (preservation of relationship)

² วิชัย อริษะนันทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” เอกสารประกอบคำบรรยายหลักกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ, หน้า 1.

ในความเป็นจริงแล้ว การระงับข้อพิพาทแบบ ADR มีใช้ของใหม่แต่ประการใด แต่เป็นสิ่งที่ใช้กันมานานแล้ว³ พ่อค้าสมัยกลางตัดสินคดีกันเองเมื่อตลาดวายที่เรียกว่า “ศาลเท้าเป็อนฝุ่น” (Pied Poudre) และปรกติเมื่อคนเรามีข้อพิพาทกันก็ต้องเจรจากันเองก่อน เมื่อเจรจาไม่สำเร็จก็จึงต้องมีคนที่สามเข้ามาไกล่เกลี่ย (Mediate) หรือเสนอทางออกให้ ซึ่งเรียกว่าการประนอมข้อพิพาท (Conciliation) และในเรื่องของการเจรจากับการประนอมข้อพิพาท หรือการอนุญาโตตุลาการ อาจมีกระบวนการเกี่ยวกับการค้นหาข้อเท็จจริง (Fact finding) หรือการประเมินราคา (Evaluation) เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ทั้งหลายเหล่านี้ล้วนทำโดยคนที่คู่กรณียินยอมให้ทำและถูกคนที่คู่กรณียินยอมให้ทำ ซึ่งโดยปรกติแล้วคนที่ทำมักเป็นคนกลาง (Neutral) คือทำโดยไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Impartial) และทำโดยไม่มีอคติ (Non-biased)

รูปแบบและวิธีการในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากศาล มีหลากหลายวิธี ซึ่งแต่ละวิธีมีข้อดี ข้อเสีย แตกต่างกันไป บางวิธีก็มีความเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทเฉพาะกับข้อพิพาทบางประเภทเท่านั้น วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นนอกจากศาลมีรูปแบบใหญ่ๆ 3 รูปแบบ ได้แก่ การเจรจาดำเนินการ (Negotiation) การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (Mediation or Conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

2.1 การเจรจาดำเนินการ (Negotiation)

2.1.1 ความหมายและหลักการของการเจรจาดำเนินการ

การเจรจาดำเนินการเป็นการระงับข้อพิพาทขั้นพื้นฐานที่สุด⁴ และถือว่าเป็นกิจกรรมของมนุษย์เบื้องต้นที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป ซึ่งเป็นวิธีการที่มักจะใช้กับความสัมพันธ์กันระหว่างการจ้างงาน การตกลงหรือต่อรองกับทางธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงเพื่อทำกิจการร่วมกันหรือจะเป็นการตกลงเพื่อการซื้อขาย ความสัมพันธ์ในระดับระหว่างประเทศ รวมถึงกิจกรรมอื่นๆ ในชีวิตประจำวันโดยทั่วไปของมนุษย์⁵

³ ชนพงษ์ กุลนพฤกษ์, “อนุญาโตตุลาการในศาล,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, ปีการศึกษา 2545), หน้า 49.

⁴ สรวิต ลิ้มปริงยี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่น นอกจากศาล, หน้า 5.

⁵ Roy J. Lewicki et al., Negotiation, Second Edition (Boston: The McGraw-Hill Companies, 1985 and 1994), p. 1.

2.1.1.1 ความหมายของการเจรจาต่อรอง

การเจรจาต่อรองมีความหมายกว้างและครอบคลุมถึงกิจกรรมหลายๆ อย่าง ซึ่งยากที่จะให้คำนิยามเพียงคำเดียวให้มีความครอบคลุมถึงลักษณะของการเจรจาต่อรองทั้งหมด แต่ก็มีผู้พยายามให้ความหมายของการเจรจาต่อรองไว้ ดังนี้⁶

(1) The Concise Oxford Dictionary ให้คำนิยามว่า การเจรจาต่อรองหมายถึง การปรึกษาหารือ (กับอีกฝ่าย) เพื่อหาจุดที่ประนีประนอมหรือที่ตกลงกันได้

(2) Donald G. Gifford เขียนไว้ในหนังสือของเขาที่ชื่อ Legal Negotiation Theory and Applications ว่า การเจรจาต่อรองในความหมายเบื้องต้นนั้น ก็คือ วิธีการที่ผู้เกี่ยวข้อง 2 ฝ่าย ขึ้นไปพยายามที่จะหาข้อตกลงร่วมกันในเรื่องใดๆ ที่ผู้เกี่ยวข้องต่างก็เห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่ต่างฝ่ายต่างอาจจะไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องนั้นหรือเป็นเรื่องที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกัน

(3) Roger Fisher and William Ury ซึ่งร่วมกันทำ โครงการ Harvard Negotiation Project เขียนไว้ในหนังสือ Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In. ว่า การเจรจาต่อรองเป็นวิธีการพื้นฐานที่เราใช้เมื่อต้องการสิ่งใดจากผู้อื่น การเจรจาต่อรองจึงเป็นการสื่อสารโต้ตอบกันไปมาเพื่อประสงค์จะหาข้อตกลงที่เราและอีกฝ่ายต่างก็จะแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ ซึ่งในขณะที่ฝ่ายหนึ่งได้และอีกฝ่ายก็ต้องเสียไป

การเจรจาต่อรองจึงเป็นการสื่อสารระหว่างกันและเป็นการประนีประนอมซึ่งกันและกัน การเจรจาต่อรองอาจจะเป็นลักษณะง่ายๆ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือ การต่อรองราคาซื้อขายสินค้าตามตลาด⁷ ตลอดจนถึงการเจรจาต่อรองที่ใช้กลยุทธ์และทักษะในการเจรจาต่อรองที่มีความยากและซับซ้อนมากยิ่งขึ้น การที่เราสามารถแยกประเภทของการเจรจาต่อรองได้นั้น ทำให้เราสามารถใช่วิธีการที่ถูกต้องและเหมาะสมกับลักษณะการเจรจาต่อรองที่มีรูปแบบที่แตกต่างกัน และมีความซับซ้อนยุ่งยากแตกต่างกันออกไป

2.1.1.2 หลักการของการเจรจาต่อรอง

จากความหมายของการเจรจาต่อรอง สามารถสรุปหลักการของการเจรจาต่อรองได้ดังนี้

(1) การเจรจาต่อรองเป็นการประนีประนอมและหาข้อยุติสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น (Compromise and Concessions) การเจรจาต่อรองเป็นการสื่อสารเพื่อให้เกิดการเจรจา

⁶ Margot Taylor et al., Negotiation, (Oxford : Oxford University Press, 2002), p. 7.

⁷ Ibid., p. 7.

⁸ Ibid., pp. 7-8.

ประนีประนอมข้อพิพาทกันตั้งแต่ระดับง่าย ๆ ที่มีประเด็นข้อพิพาทเพียงประเด็นเดียว ไปจนถึง การเจรจาต่อรองที่มีประเด็นที่ยุ่งยากและซับซ้อน เช่น การเจรจาหย่าร้างของสามี-ภรรยา หรือการเจรจาต่อรองในระดับระหว่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งต้องอาศัยทักษะและวิธีการที่ซับซ้อนมากขึ้น

(2) การเจรจาต่อรองเป็นการแบ่งปัน สร้างความสัมพันธ์อันดีระหว่างกัน และเป็น เรื่องของผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน (Shared, Compatible and Conflicting interests) การเจรจา ต่อรองอาจมีประเด็นต่างๆ ซึ่งไม่สามารถจำกัดขอบเขตประเด็นได้ นั่นอาจจะรวมถึงการแบ่งปัน ผลประโยชน์ซึ่งตกลงกันไม่ได้ มีผลประโยชน์ตรงข้ามและขัดแย้งกัน

(3) การเจรจาต่อรองเป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูล (Exchange of Information) วัตถุประสงค์ของการเจรจาต่อรองเป็นการยอมรับข้อเสนอสองซึ่งแตกต่างกันไปจากที่เราต้องการในตอนแรก การยอมรับข้อเสนอนี้เป็นไปเพื่อที่จะไปถึงสิ่งที่คู่กรณีตกลงกันที่ต่างฝ่ายต้องการการเจรจาต่อรอง จึงต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งกันและกันในหลากหลายหัวข้อ ซึ่งรวมถึงสิ่งซึ่งที่คู่กรณีต้องการ ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีกล่าวอ้าง หลักฐานที่คู่กรณีมี และอื่นๆ

(4) การเจรจาต่อรองเป็นการชักจูงใจโดยให้มีการโต้แย้งกัน (Persuading by Argument) แม้ว่าการเจรจาต่อรองจะไม่ใช้การทะเลาะวิวาทหรือว่าโต้แย้งกันในลักษณะของการ แลกเปลี่ยนวาทีลปี่ก็ตาม แต่เราก็ถือว่า การโต้แย้ง เป็นส่วนหนึ่งของมูลฐานที่ทำให้เกิดการเจรจา ต่อรอง การเจรจาต่อรองจึงเป็นการชักจูงใจให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาโต้แย้งกันอย่างมีเหตุผลและอยู่บน พื้นฐานของการวิเคราะห์เหตุและผล การโต้แย้งที่ดีจึงหมายถึงการพูดคุยกันด้วยเหตุและผลเพื่อที่จะ ชักจูงใจให้เข้ามาสู่การเจรจาต่อรองกัน หาใช่การต่อสู้หรือแข่งขัน หรือการบีบบังคับแต่อย่างใดไม่

(5) การเจรจาเป็นกระบวนการ ได้ตอบระหว่างกันอย่างเป็นพลวัต (Dynamic interactive process) การเจรจาต่อรองย่อมมีลักษณะพลวัตซึ่งเป็นวิธีการที่ได้ตอบอย่างต่อเนื่องกันไป ผู้ที่จะทำการเจรจาต่อรองจะต้องมีความสามารถวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการเจรจา โดยใช้ วิธีการที่เหมาะสม และดูทิศทางของผู้เจรจาฝ่ายตรงข้ามด้วย ในระหว่างการเจรจากันนั้นจะต้องมี การแลกเปลี่ยนความเข้าใจซึ่งกันและกัน การชี้ขาด กลยุทธ์และกลวิธี การเจรจาต่อรองจึงเหมือน การเล่นเกมรุก ซึ่งการเล่นหมากแต่ละตัวจะมีผลต่อการเล่นหมากของฝ่ายตรงข้าม

(6) การเจรจาเป็นการแสดงออกว่าเราต้องการอะไร (Getting what you want) หลักการนี้เป็นหลักการที่สำคัญที่สุดของการเจรจาต่อรอง เพราะเมื่อถึงที่สุดแล้วการเจรจาต่อรอง จะเป็นการแสดงออกซึ่งสิ่งที่แต่ละฝ่ายต้องการ ในกรณีของทนายความการแสดงออกซึ่งสิ่งที่ ต้องการให้ได้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ นั่น ถือเป็นสิ่งที่ถูกความถือเป็นผลสำเร็จของการเจรจา ซึ่งการเจรจาต่อรองจะเกี่ยวข้องกับประเด็นที่หลากหลาย การแบ่งปัน ความขัดแย้ง การแลกเปลี่ยน ข้อมูล การใช้วิธีในการเจรจาและการพูดคุยกันอย่างมีเหตุผล ทุกหลักการนี้ก็เพื่อที่จะนำไปสู่ ผลสำเร็จในการเจรจาต่อรองให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

2.1.2 ทฤษฎีที่นำมาอธิบายหลักในการเจรจาต่อรอง

การเจรจาต่อรอง มีทฤษฎีพื้นฐานที่จะนำมาอธิบายถึงหลักการเจรจาต่อรอง ได้ 2 ทฤษฎี ดังนี้

2.1.2.1 ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive Theory)

คนส่วนใหญ่มักจะเข้าใจว่านักกฎหมายที่มีประสิทธิภาพจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมาย และสามารถรักษาผลประโยชน์ของลูกค้าออกมาอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งอาจจะเป็นในลักษณะของเงินทอง วัตถุ ฯลฯ ซึ่งเป็นยุทธวิธีของการแข่งขัน ผู้เจรจาหรือนักกฎหมายตามทฤษฎีการแข่งขันจะต้องเป็นผู้แข็งแกร่ง ยึดอยู่ในจุดยืนของตนและเรียกร้องและพยายามให้ฝ่ายตนได้รับชัยชนะจากการเจรจา ตามหลักที่ว่า ผู้เข้มแข็งกว่าย่อมสามารถคงอยู่ในสังคมโลกที่แท้จริงได้

ข้อสมมุติฐานเบื้องต้นของทฤษฎีการแข่งขัน คือ สังคมอยู่ภายใต้การปกครองหรือครอบงำ โดยผู้ที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวในสถานการณ์ของการเจรจาต่อรอง แต่ละฝ่ายทั้งนักกฎหมายและลูกค้าต่างก็มีความประสงค์จะให้บรรลุถึงความต้องการของตนมากที่สุด ทฤษฎีการแข่งขันชี้ให้เราเห็นว่าเนื่องจากทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัด ซึ่งการได้มานั้นจะต้องเกิดจากการแข่งขันเพื่อให้ประสบความสำเร็จในแต่ละเรื่องทำให้มนุษย์กลายเป็นศัตรูกัน ระบบการแบ่งปันทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดนี้ได้แก่การแจกจ่ายโดยมีฝ่ายหนึ่งได้และอีกฝ่ายหนึ่งสูญเสีย อีกทั้งข้อตกลงในวันนี้จะไม่มีผลกระทบต่อทางเลือกที่มีอยู่ในวันพรุ่งนี้

ทฤษฎีการแข่งขัน เป็นยอมรับว่านักกฎหมายบางคนมีความประสงค์ให้ลูกค้าของตนได้รับความยุติธรรม ความชอบธรรม ความหวังดี ความไว้วางใจจากผู้อื่น และการตอบสนองที่มีจริยธรรม ตามทฤษฎีนี้ รูปแบบการเจรจาต่อรองกำหนดขึ้นโดยผลประโยชน์ของตนเป็นสำคัญ เพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์มากที่สุดและอีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสีย ยุทธศาสตร์นี้จึงเป็นรูปแบบคล้ายยุทธศาสตร์ทางการทหาร ซึ่งเป็นกลยุทธ์เพื่อมุ่งเป้าหมายให้ได้รับชัยชนะ

ภายใต้ทฤษฎีการแข่งขัน วัตถุประสงค์เบื้องต้นของนักกฎหมายคือการควบคุมขั้นตอนการเจรจาข้อขัดแย้ง ในการเผชิญหน้ากันระหว่างนักกฎหมายผู้ซึ่งเข้าใจระบบการแข่งขันกับผู้ที่ไม่เข้าใจระบบนี้ นักกฎหมายผู้ซึ่งเข้าใจระบบการแข่งขันจะได้เปรียบในการกำหนดรูปแบบและขั้นตอนการเจรจา การต่อรองที่แข็งแกร่งจะเหนือกว่าฝ่ายที่ด้อยกว่า ดังนั้นข้อขัดแย้งจึงยุติลงได้ แต่ผลของการเจรจาจะคาดหมายได้ยากขึ้น เมื่อนักกฎหมายที่ใช้ทฤษฎีแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกัน นักกฎหมายยอมรับความเสี่ยงในการนำยุทธศาสตร์ของทฤษฎีการแข่งขันมาใช้ ดังนี้

⁹ สราวุธ เบญจกุล, “ยุทธศาสตร์และทฤษฎีการเจรจา(Negotiation Theory and Strategy),” ใน เทคนิคการไกล่เกลี่ย. (กรุงเทพมหานคร: ศาลแพ่ง, 2539), หน้า 73.

- (1) บุทธศาสตร์ดังกล่าวจะทำให้เกิดอคติที่จะเผชิญหน้า เมื่อนักกฎหมายผู้นั้นขาดข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับข้อขัดแย้ง เนื่องจากทฤษฎีการแข่งขันเน้นถึงการเจรจาที่เป็นปฏิปักษ์
- (2) ทฤษฎีการแข่งขัน ผู้เจรจาไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์เนื้อหาของข้อขัดแย้งหรือองค์ประกอบที่สำคัญในการแก้ไขปัญหานั้น แต่เป็นเรื่องเทคนิคการขึ้นกรานเสนอข้อเรียกร้องที่สูงกว่าความคุ้มค่าส่วนตัวผลประโยชน์ของตน ใช้การข่มขู่หรือข้อโต้เถียงเป็นสำคัญ
- (3) นักกฎหมายภายใต้ทฤษฎีการแข่งขัน ไม่อาจจะให้ความสำคัญแก่ผลประโยชน์พื้นฐานของฝ่ายตรงข้าม แนวทางเช่นนี้ปิดกั้นโอกาสของนักกฎหมายที่จะได้รับผลประโยชน์ร่วมกันกับฝ่ายตรงข้ามซึ่งจะกระทำได้โดยรับฟังความเห็นของอีกฝ่ายและทำความเข้าใจร่วมกัน
- (4) นักกฎหมายภายใต้ทฤษฎีการแข่งขันก่อให้เกิดความตึงเครียด ความกลัวในการเจรจา ความไม่เชื่อถือซึ่งกันและกัน ความโกรธและความอึดอัด ซึ่งเป็นผลที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งจากการเจรจา
- (5) ผลจากบรรยากาศการเจรจาแบบแข่งขันที่มีความตึงเครียด ทำให้การสื่อสารของกลุ่มความบิดเบือนไปในลักษณะที่กระทบต่อผลการเจรจา ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย ความโกรธและความกลัวเป็นอุปสรรคในการแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน การสื่อสารกันในลักษณะบิดเบือนเพิ่มโอกาสให้มีการตีความและการตัดสินใจที่ผิดพลาด
- (6) ทฤษฎีการแข่งขัน นิยมใช้ยุทธศาสตร์ซึ่งส่งเสริมผู้ที่ขี้อึดมั่นในจุดยืนของตน ดังนั้นหากการเจรจาไม่เป็นผลสำเร็จ มักจะจบลงด้วยคำพูดว่าจะนำคดีขึ้นสู่ศาล

2.1.2.2 ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา (Problem-Solving Theory)

คู่กรณีที่เข้ามาเจรจาดูตรงกัน ย่อมมีผลประโยชน์บางประการที่ชักจูงให้เข้ามา ร่วมเจรจาดูตรงและร่วมกันแก้ไขปัญหาเพื่อทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจ ภายใต้ทฤษฎีนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคู่กรณีต่างต้องช่วยกันในการแก้ไขปัญหาเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันจึงต้องเข้ามาทำงานร่วมกัน และช่วยเหลือกัน ซึ่งจะแตกต่างจากทฤษฎีการแข่งขันที่จะเน้นถึงการเผชิญหน้า เพื่อให้เกิดชัยชนะในข้อตกลงที่ฝ่ายตนได้เปรียบ

หลักการในการเจรจาโดยเสนอการทำงานและแก้ไขปัญหาพร้อมกันนี้ การเจรจาดูตรงจะมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นหากการทำงานร่วมกันเป็นไปอย่างมีเหตุผล สามารถควบคุมอารมณ์ได้ โดยที่คู่กรณีจะต้องพยายามทำความเข้าใจเหตุผลของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการสื่อสารจะต้องเข้าใจ ถูกต้องตรงกันและมีประสิทธิภาพ ซึ่งทั้งหมดนี้จะต้องอยู่บนพื้นฐานของการไว้นใจเชื่อใจกัน และการเจรจาดูตรงอย่างมีประสิทธิภาพ จะต้องเป็นการชักจูงใจให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามเห็นคล้อยตาม โดยไม่เป็นการขู่บังคับ ทั้งยังต้องเปิดกว้างยอมรับข้อเสนอของอีกฝ่ายและเอาความถูกต้องและชอบธรรมเป็นที่ตั้ง

ทฤษฎีทั้งสองทฤษฎีนี้ ช่วยให้นักกฎหมายเข้าใจถึง ธรรมชาติของกระบวนการเจรจาต่อรอง โดยเลือกรูปแบบและยุทธศาสตร์ที่ดีที่สุดเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่ต้องการ ทฤษฎีนั้นจึงเป็นสิ่งสำคัญในการเลือกรูปแบบและยุทธศาสตร์ที่ดีที่สุด แต่ทฤษฎีทั้งสองยังมีข้อสมมุติฐานหลายประการที่มีความขัดแย้งกัน ดังนี้

(1) ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการรักษาผลประโยชน์ของตนเองจะมีผลต่อพฤติกรรมของมนุษย์ ภายใต้อทฤษฎีนี้ นักกฎหมายเจรจากันเสมือนอยู่ในบรรยากาศแห่งการเข้าร่วมแก้ไขปัญหาร่วมกัน ไม่ใช่การแก้ไขปัญหาลักษณะของความเป็นศัตรู แม้ทรัพยากรจะมีอยู่อย่างจำกัดก็จริง แต่ผู้แก้ไขปัญหาก็คำนึงถึงความหลากหลายของทางเลือกของแต่ละฝ่ายที่ไม่จำกัดในทรัพยากรที่มีอยู่นั้น แต่ละฝ่ายจะให้ความสำคัญสิ่งเดียวกันแตกต่างกันไป ดังนั้นระบบการแบ่งปันจึงเป็นพื้นฐานที่จะมีการแยกส่วนมากกว่าการแบ่งให้ทั้งหมด ระบบนี้ฝ่ายหนึ่งอาจจะได้ประโยชน์โดยไม่จำเป็นต้องสูญเสียสิ่งใด หรือที่เรียกว่า “expending the pie”

(2) ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผลประโยชน์ร่วมกัน เกิดขึ้นทั้งระหว่างที่มีการเจรจาแบบเป็นปฏิปักษ์และความกดดันตามธรรมชาติ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถเอาชนะปัญหากันได้ด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน มากกว่าที่จะเน้นถึงเรื่องของความคิดที่แตกต่างกัน

(3) เป้าหมายของการแก้ไขปัญหา กำหนดขึ้นในลักษณะของการได้รับคุณค่าและประโยชน์ เช่น ความต้องการที่จะได้ข้อตกลงที่ดี ยุติธรรม มีประสิทธิภาพ และใช้บังคับได้ตลอดไป จุดมุ่งหมายของความยุติธรรมคือความสำเร็จและการได้รับประโยชน์ในระยะยาว อีกทั้งยังคงรักษาสัมพันธภาพอันดีระหว่างกันไว้ได้ เปรียบเทียบกับผลประโยชน์ด้านการเงินในระยะสั้นที่จะได้รับ ในทางตรงกันข้ามกับจุดมุ่งหมายตามทฤษฎีการแข่งขันกำหนดจากผลประโยชน์โดยตรงตามปรกติจะอยู่ในรูปแบบการเงินในขณะนั้น และความสุขเสียของฝ่ายตรงข้าม

(4) ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา คำนึงถึงความชอบธรรมของฐานะ ประโยชน์ และความประสงค์ของอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่เพียงแต่สิ่งเหล่านี้จะมีความสำคัญต่อขั้นตอนการเจรจา แต่ นักกฎหมายควรที่จะเปิดโอกาสยอมรับข้อเสนอของอีกฝ่ายในการเจรจาด้วย

(5) ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการเจรจาส่วนใหญ่จะมีหลายประเด็น ดังนั้น การเจรจาเป็นการรวบรวมข้อโต้แย้งในหลายประเด็น เพื่อหาข้อยุติและแก้ไขปัญหานั้นเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ผู้ที่ทำการเจรจาต่อรองจะต้องค้นหาผลประโยชน์และความต้องการร่วมกันของคู่กรณีโดยพยายามถ่วงดุล (Balancing) ข้อแตกต่างของความต้องการของแต่ละฝ่าย

ทฤษฎีการแข่งขันและทฤษฎีการแก้ไขปัญหามีทั้งข้อดีและข้อเสีย การนำทฤษฎีใดมาใช้ จึงขึ้นอยู่กับรูปแบบการเจรจาแต่ละประเภทที่ผู้เจรจาต่อรองจะต้องเลือกและดัดแปลงเพื่อใช้

ตามความเหมาะสมกับการเจรจาต่อรอง ตามสภาพปัญหาและสภาพแวดล้อมของแต่ละสังคมที่แตกต่างกัน ซึ่งทั้งสองทฤษฎีนี้ก็ยังสามารถนำมาอธิบายถึงการระงับข้อพิพาทในรูปแบบการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท ซึ่งเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทอีกรูปแบบหนึ่งที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

2.1.3 วิธีการในการเจรจาต่อรอง

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ย่อมเป็นปรกติที่คู่กรณีมักจะต้องพยายามที่จะต้องพูดคุยกันในเบื้องต้นเสียก่อน ที่จะเข้าไปยังการระงับข้อพิพาทในวิธีอื่นๆ ที่จะกล่าวต่อไป ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและคู่กรณีหาข้อยุติหรือจุดที่เห็นพ้องต้องกันได้ปัญหาที่เกิดขึ้นก็จบ และถือว่าข้อพิพาทได้ถูกระงับลงแล้ว วิธีการนี้ถือว่าเป็นวิธีการที่สามารถทำได้ง่ายที่สุด ไม่มีพิธีรีตองอะไรมากมาย สามารถทำที่ไหนและเมื่อใดก็ได้ อาจจะเป็นการพูดคุยกันระหว่างรับประทานอาหารเช้าหรือในระหว่างคู่กรณีออกรอรถเล่นกีฬาร่วมกัน หรือพูดคุยกันทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใดก็ได้แล้วแต่คู่กรณีจะพอใจ โดยไม่จำเป็นต้องมีคนกลางเพียงแต่คู่กรณีทุกฝ่ายร่วมพูดคุยกันก็เพียงพอ

2.1.3.1 รูปแบบและขั้นตอนในการเจรจา (Negotiation pattern and Process)

แม้ว่าวิธีการในการเจรจาต่อรองจะไม่มีกฎเกณฑ์ใดๆ ตายตัวที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติตามเป็นขั้นเป็นตอนก็ตาม แต่ก็มีหลายคนที่ศึกษาถึงวิธีการเจรจาต่อรองอย่างเป็นจริงเป็นจัง ซึ่งบุคคลเหล่านั้นพบว่าการเจรจาต่อรองมีรูปแบบ (pattern) ที่ผู้ที่จะดำเนินการเจรจาต่อรองจะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น จึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำความเข้าใจถึง 4 ขั้นตอนเบื้องต้น ซึ่งอธิบายถึงรูปแบบโดยทั่วไปที่ทำให้ผู้ที่จะดำเนินการเจรจาต่อรองจะต้องตระหนักถึงและจำเป็นจะต้องปฏิบัติตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่านี่คือรูปแบบที่ตายตัว เพราะการเจรจาต่อรองแต่ละครั้งก็จะมีลักษณะเฉพาะของการเจรจาต่อรองเป็นครั้งๆ ไป เพราะหัวข้อในการเจรจาต่อรองแต่ละครั้งอาจจะมากกว่าหนึ่งประเด็นและประเด็นในการเจรจาต่อรองแต่ละครั้งก็มีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป การเข้าใจวิธีการในการเจรจาต่อรองในเบื้องต้นนี้จะเป็นการช่วยให้ผู้เจรจาเข้าใจถึงสิ่งที่สามารถจะเกิดขึ้นได้ในการเจรจาต่อรองในครั้งนั้นๆ ขั้นตอนการเจรจาต่อรอง มี 4 ขั้นตอนดังนี้¹⁰

(1) การเปิดรับ การปรับตัว และกำหนดเงื่อนไขที่ผู้เจรจาต้องการ (opening, orientation, positioning) ในการเจรจาต่อรองผู้เจรจจะเป็นผู้กำหนดรูปแบบเอง ผู้เจรจาจะต้องประเมินรูปแบบของผู้ร่วมเจรจา โดยผู้เจรจจะต้องใช้หลักทั้ง 3 ข้อนี้ เพื่อให้เข้าถึงท่วงทีและกลยุทธ์ของผู้ร่วมเจรจาฝ่ายตรงข้าม ในการเจรจาผู้เจรจาทั้งสองฝ่ายจะเป็นผู้กำหนดรูปแบบในการเจรจาว่าจะให้การเจรจจะเป็นไปในแนวทางใด โดยจะต้องเปิดรับและปรับตัวเข้าหาผู้เจรจาฝ่าย

¹⁰ Margot Taylor et al., *Negotiation*, pp. 13-14.

ตรงข้าม การเปิดรับและปรับตัวเข้าหากันนี้ จะทำให้ผู้เจรจาทั้งสองฝ่ายเรียนรู้ถึงลักษณะและท่าทีของฝ่ายตรงข้าม และสามารถตีความสิ่งที่ฝ่ายตรงข้ามแสดงออกทั้งในรูปแบบของวัจนภาษาและอวัจนภาษา ก่อนที่การเจรจาจะเริ่มตั้งเครียดมากขึ้นผู้เจรจาจะต้องแสดงออกถึงเงื่อนไขที่ตนเองต้องการ ซึ่งจะแสดงออกในทางใดขึ้นอยู่กับกลยุทธ์ที่ผู้เจรจានำมาประยุกต์ใช้ ในขั้นตอนนี้ผู้เจรจาอาจจะเริ่มต้นด้วยการแสดงออกถึงการแข่งขัน และปกป้องผลประโยชน์ของตนไว้ก่อนมากกว่าที่จะเข้าร่วมมือกันเสียทีเดียว เว้นเสียแต่ว่าผู้ร่วมเจรจาจะต้องการแสดงออกถึงความร่วมมือในการเจรจาตั้งแต่แรก

(2) การวินิจฉัยปัญหาและการโต้แย้งกันอย่างมีเหตุผล (Exploration and Discussion) ในขั้นตอนนี้ ผู้เจรจาจะเริ่มมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทั้งการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ผู้เจรจาจะต้องพยายามหาจุดเด่นและจุดด้อยของทั้งสองฝ่ายและหาความแตกต่างของสิ่งที่ทั้งสองฝ่ายเรียกร้องเพื่อที่จะหาหนทางในการแก้ไข แต่ทั้งนี้ ผู้เจรจาจะต้องระมัดระวังในการแสดงออกถึงท่าทีของตน ผู้เจรจาจะต้องรู้จักที่จะเลือกแสดงข้อมูลและยอมรับในสิ่งที่ฝ่ายตรงข้ามเรียกร้อง ในขั้นตอนนี้ ผู้เจรจาจะต้องพยายามดึงข้อมูลที่สำคัญให้ได้มากที่สุดเพื่อที่จะประเมินสถานการณ์ได้อย่างถูกต้อง

(3) การต่อรองและการหาผลประโยชน์ร่วมกัน (Bargaining and Convergence) ในขั้นตอนนี้ผู้เจรจาจะต้องตระหนักว่า ความเคลื่อนไหวเป็นสิ่งสำคัญเพื่อที่ผู้เจรจาจะไปถึงจุดที่ตกลงกันได้ และความเคลื่อนไหวนี้เองก็จะเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการพยายามแก้ไขความแตกต่างกันของทั้งสองฝ่าย ในขั้นตอนนี้ผู้เจรจาจะต้องมีความร่วมมือกันมากกว่าใน 2 ขั้นตอนแรก จากหลายตัวอย่างที่เกิดขึ้นบ่งชี้ว่าการเจรจาจะประสบความสำเร็จในขั้นตอนนี้

(4) การแก้ไขปัญหาและความล้มเหลว (Settlement or Breakdown) ขั้นตอนนี้ เป็นขั้นตอนสุดท้ายที่ผู้เจรจาจะสามารถแก้ไขปัญหาและจบการเจรจาต่อรอง ถ้าผู้เจรจาสามารถตกลงกันได้ประเด็นทุกข้อจะถูกตกลงกัน แต่ถ้าในทางตรงกันข้ามการเจรจาที่ล้มเหลวก็อาจจะเกิดขึ้นได้จากหลากหลายสาเหตุ เช่น มีปัญหาข้อกฎหมายที่จำเป็นจะต้องนำไปสู่ศาล เป็นต้น

จากขั้นตอนทั้งสี่ จะเห็นได้ว่าการเจรจาจะเริ่มจากการแข่งขันในขั้นตอนแรก และลงท้ายด้วยความร่วมมือ การเข้าใจถึง 4 ขั้นตอนนี้จะช่วยให้ผู้เจรจาเข้าใจถึงท่วงท่าที่ฝ่ายตรงข้ามจะแสดงออกเพื่อให้ผู้เจรจาทำมาประยุกต์ใช้ แต่สิ่งสำคัญที่ผู้เจรจาจะต้องตระหนักถึงก็คือการเจรจาอาจจะไม่ได้ดำเนินไปตามขั้นตอน 4 ขั้นตอนที่กล่าวไว้ข้างต้นเสมอไป ในขณะที่การเจรจาบางครั้งจะเริ่มจากการแข่งขันกันก่อนในเริ่มแรก และค่อยๆ หันหน้าเข้ามาร่วมมือกันทีละน้อยในที่สุด แต่ก็ไม่ได้เสมอไปอีกเช่นกัน เราจึงไม่สามารถจะสันนิษฐานไว้ก่อนได้เลยว่าการเจรจาจะเป็นไปในรูปแบบใด

2.1.3.2 การวางแผนการเจรจา (Negotiation Planning)

การวางแผนการเจรจาถือเป็นสิ่งสำคัญ แต่การวางแผนที่ี้อาจจะยังไม่เพียงพอ เพราะจะต้องเกิดจากการทำงานอย่างหนักควบคู่กันไปด้วย การวางแผนที่ดีมีขั้นตอนดังนี้¹¹

(1) *กำหนดประเด็น* (Defining issues) การกำหนดประเด็นถือเป็นขั้นตอนแรกของการวางแผนการเจรจาที่จะต้องทำด้วยความระมัดระวัง การวิเคราะห์สถานการณ์ที่มีความขัดแย้งกันจึงเป็นหลักในการกำหนดประเด็น รายการที่เจรจาดำเนินการที่สมบูรณ์จะต้องเกิดจากแหล่งข้อมูลที่จำเป็น อันได้แก่

(1.1) การวิเคราะห์ปัญหาที่ขัดแย้งกัน (An analysis of the conflict problem)

(1.2) ประสบการณ์ที่แล้วมาจากข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นคล้ายๆ กัน (Our own past experience in similar conflicts)

(1.3) การรวบรวมข้อมูล โดยผ่านการวิจัย (Gathering information through research)

(1.4) ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญ (Consultation with experts)

(2) *รวบรวมประเด็นและกำหนดวาระการประชุม* (Assembling issues and defining agendas) ขั้นตอนต่อไปของการวางแผนการเจรจาดำเนินการคือการรวบรวมประเด็นทั้งหมดที่เราได้กำหนดประเด็นไว้ การผสมรายการที่กำหนดไว้ของผู้เจรจาแต่ละฝ่ายเรียกว่า “Bargaining Mix” ในขั้นเริ่มแรก จะมีประเด็นมากมายที่ถูกหยิบยกขึ้น ยิ่งถ้าผู้เจรจาไม่เคยพูดคุยกันมาก่อนจะทำให้เกิดประเด็นมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามประเด็นที่หยิบยกขึ้นมากก็อาจจะทำให้ประสบความสำเร็จในการเจรจามากกว่าการกำหนดประเด็นน้อยๆ แต่นั่นก็หมายความว่าจะทำให้การเจรจายืดเยื้อมากยิ่งขึ้นเช่นกัน ดังนั้นในระหว่างการรวบรวมประเด็นผู้เจรจาจะต้องจัดความสำคัญก่อนหลังของแต่ละประเด็น โดยผู้เจรจาจะต้องจัดการ ประเด็นทั้งหลาย ดังนี้

(2.1) กำหนดประเด็นที่มีความสำคัญมากกว่าก่อนประเด็นที่มีความสำคัญรองลงไป

(2.2) กำหนดประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกันหรือประเด็นที่ผุดแปลกออกไป

(3) *กำหนดผลประโยชน์* (Defining interests) หลังจากการกำหนดประเด็นแล้วผู้เจรจาจะต้องมากำหนดผลประโยชน์และความต้องการของฝ่ายตน แม้ว่าการกำหนดผลประโยชน์เป็นสิ่งสำคัญในการเข้าร่วมเจรจามากกว่าการต่อรองเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ แต่การเจรจาเพื่อแบ่งปันกลับเป็นประโยชน์ในการเข้าถึงผลประโยชน์ของแต่ละฝ่าย ถ้าประเด็นจะเป็นตัวช่วยให้ทราบถึงสิ่งที่คู่เจรจาต้องการ เราก็จะทราบว่าทำไมคู่เจรจาถึงต้องการสิ่งนั้น การใช้คำถามว่า “ทำไม” จะเป็นประโยชน์ในการเจรจา และ ทราบถึง ผลประโยชน์ที่คู่เจรจาต้องการ

¹¹ Roy J. Lewicki et al., *Negotiation*, p. 128.

(4) *ปรึกษารือกับผู้อื่น* (Consulting with others) ผู้เจรจาจำเป็นต้องปรึกษาผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เจรจาที่เป็นตัวแทนขององค์กรซึ่งสิ่งนี้อาจจะดูเร็วเกินไปสำหรับผู้เจรจาที่มีใหม่ แต่สำหรับผู้เจรจาที่มีอาชีพแล้วจะทราบว่าผู้เจรจาเพียงคนเดียวไม่สามารถที่จะตัดสินใจในประเด็นทั้งหมดที่กำหนดขึ้นได้ การปรึกษาจะต้องทำกันบ่อยครั้งทั้งการเจรจาระหว่างผู้เจรจากับกลุ่มองค์กร และผู้เจรจากับผู้เจรจาฝ่ายตรงข้ามก่อนที่จะทำการปรึกษารืออย่างเป็นทางการ

(5) *จัดการวางแผนเป้าหมาย* (Managing goal-setting) เมื่อประเด็นถูกกำหนดขึ้น และมีการรวบรวมประเด็นแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือการกำหนดเป้าหมาย ซึ่งเป็นหัวใจของประเด็นพิพาท ในการกำหนดประเด็นเราจะพิจารณาใน 4 เรื่อง ได้แก่

(5.1) กำหนดเป้าหมาย (target point) ซึ่งเป็นสิ่งที่คาดหวังว่าจะประสบความสำเร็จในการยุติข้อพิพาท

(5.2) กำหนดข้อโต้แย้ง (resistance point) ซึ่งอย่างน้อยจะต้องกำหนดประเด็นที่คู่กรณียอมรับถึงการยุติข้อพิพาทนั้นๆ ได้

(5.3) กำหนดทางเลือก (alternative settlement) กำหนดทางเลือกในการระงับข้อพิพาทระหว่างมีผู้ช่วยในการเจรจาหรือจะเจรจาโดยลำพัง

(5.4) สอบถามราคาหรือการเปิดประมูล (asking price or opening bid) ซึ่งเป็นการแสดงข้อเสนอที่ดีที่สุดที่สามารถยอมรับเพื่อให้เกิดการยุติข้อพิพาทได้

การกำหนดเป้าหมาย จะทำให้ผู้เจรจามีทัศนคติที่ดี ในการเจรจา, ทำให้เกิดความร่วมมือในหาทางออกให้กับประเด็นพิพาท และ ทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกัน

(6) *บ่งบอกถึงขีดจำกัดของตัวเอง* (Identifying your own limits) จะเกิดอะไรขึ้นถ้าคู่กรณีในการเจรจาปฏิเสธที่จะยอมรับประเด็นบางข้อ ในวาระการประชุมที่เกินไปกว่าจุดที่เขาจะรับได้ ผู้เจรจาจะต้องกำหนดประเด็นใหม่อีกครั้งและตัดสินใจว่าประเด็นใดมีความสำคัญมากกว่าที่ตัดออกไปได้ ผู้เจรจาจะสามารถ “หยุด” การเจรจา หรือ “เลื่อน” การเจรจาออกไปก่อนได้หรือไม่ ถ้าไม่ ผู้เจรจาฝ่ายตรงข้ามจะต้องพิจารณาว่าจะทำอะไรต่อไป การวางแผนการเจรจาจะต้องแสดงข้อเท็จจริงที่มีอยู่ ซึ่งผู้เจรจาจะต้องมาวิเคราะห์ว่าความต้องการของฝ่ายเรามีมากพอที่จะทำการเจรจาต่อไปหรือไม่ หรือหากมีการเจรจาต่อไปเราจะสูญเสียค่าใช้จ่ายรวมถึงเวลามากเกินไปหรือไม่ และมีความเหมาะสมเพียงใดในการดำเนินการเจรจาดังกล่าวต่อไป

(7) *ความสามารถในการเสริมข้อโต้แย้ง* (Developing supporting arguments) สิ่งสำคัญของผู้เจรจาอย่างหนึ่งคือสามารถแสดงออกอย่างชัดเจน สนับสนุนข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้งได้อย่างเพียงพอ นอกจากนี้ผู้เจรจายังต้องมีความสามารถในการต่อสู้หักล้างข้อโต้แย้งของฝ่ายตรงข้ามเพื่อหักล้างข้อโต้แย้งนั้นได้ และสิ่งที่ทำให้ผู้เจรจาประสบความสำเร็จนั้นก็คือความสามารถในการติดต่อสื่อสารและความสามารถในการชักจูงใจ

(8) การวิเคราะห์ผู้เจรจาฝ่ายตรงข้าม (Analyzing the other party) ในกระบวนการการวางแผนเพื่อการเจรจาต่อรอง เรามักจะเข้าถึงคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามอย่างสม่ำเสมอ การทราบถึงประวัติและข้อมูลเบื้องต้นของคู่กรณีจะทำให้เราสามารถวิเคราะห์และเตรียมตัวเจรจาได้อย่างดียิ่งขึ้น ข้อมูลที่จะเป็นประโยชน์ต่อการเจรจา เพื่อช่วยให้การเจรจามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นได้แก่

(8.1) สิ่งที่คู่กรณีมีอยู่ในมือ ผลประโยชน์และความต้องการ (The other party's current resources, interests and needs)

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

(8.3) ความมีชื่อเสียงของคู่กรณีและลักษณะของการเจรจาของคู่กรณี (The other party's reputation and negotiation style)

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

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

(8.6) กลยุทธ์และกลวิธีของคู่กรณี (The other party's likely strategy and tactics)

ดังนั้นการวางแผนการเจรจาจึงเป็นสิ่งสำคัญและการเจรจาที่จะประสบความสำเร็จจะต้องเกิดจากการวางแผนด้วยความระมัดระวัง ผู้เจรจาที่มีความระมัดระวังในการวางแผนจะต้องปฏิบัติดังนี้

(1) เข้าใจถึงสถานการณ์ในการเจรจาต่อรองที่แตกต่างกัน ซึ่งจะต้องใช้กลยุทธ์ที่แตกต่างกันออกไปด้วย

(2) แสดงออกอย่างชัดเจนถึงเป้าหมายและวัตถุประสงค์ที่ต้องการ

(3) เข้าใจและกำหนดประเด็นและผลประโยชน์ในการเจรจาต่อรอง และสามารถที่จะ กำหนดความสำคัญได้

(4) ประกักร่วมกันคนอื่นทั้งการปรึกษาผู้ที่อยู่ในองค์กรที่ผู้เจรจาทำการเจรจาแทนและผู้เจรจาฝ่ายตรงข้ามเพื่อที่จะสรุปและขัดเกลาประเด็นที่กำหนดในวาระการประชุม ผลประโยชน์และเป้าหมาย

(5) เข้าใจกระบวนการเบื้องต้นของการเจรจาเท่าที่สามารถคาดหมายได้ เพื่อที่จะสามารถวางแผนการเจรจา เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป้าหมายที่วางไว้

(6) เข้าใจคู่กรณี บุคลิกลักษณะของคู่กรณี ประวัติ และรูปแบบในการเจรจาต่อรองของคู่กรณีที่จะมีผลต่อการเลือกกลยุทธ์ในการเจรจา

(7) ความสามารถในการเสริมข้อโต้แย้ง เพื่อชักจูงให้การเจรจาประสบความสำเร็จ

Roger Fisher and William Ury ซึ่งร่วมกันทำโครงการ Harvard Negotiation Project โดยเขียนไว้ในหนังสือ *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. ว่า ยุทธศาสตร์ในการเจรจาต่อรองนั้นผู้เจรจาไม่ควรเจรจาต่อรองโดยเปิดเผยถึงจุดยืนหรือท่าทีไว้ล่วงหน้า แต่ควรจะแยกปัญหาที่เกิดขึ้นกับความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างคู่เจรจา และพยายามหาจุดยืนหรือทางเลือกซึ่งเป็นประโยชน์ร่วมกันให้มากที่สุด วิธีการในการเจรจาจึงสามารถแยกออกได้ดังนี้¹²

(1) แยกปัญหาความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากข้อขัดแย้ง และแก้ไขปัญหาในแต่ละปัญหาแยกต่างหากจากกันอย่ารวมปัญหาทั้งสองเข้าด้วยกัน (Separate the people from the problem)

(2) เน้นความสำคัญ ประโยชน์ได้เสีย และความต้องการของคู่กรณีไม่ใช่ฐานะของคู่กรณี การเน้นถึงฐานะของคู่กรณีจะทำให้เกิดการประนีประนอมยอมความที่ยากขึ้น คู่กรณีจะต้องหาทางประสานผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายและเน้นถึงผลประโยชน์ร่วมกัน โดยไม่เน้นเงื่อนไขของตน (Focus on interests, not positions)

(3) คิดหาทางเลือกหลายวิธี ซึ่งคู่ความจะได้รับประโยชน์ร่วมกัน จึงควรแยกการระดมความคิดหาทางแก้ไขปัญหา (Brainstorming) ออกจากการประเมินปัญหา (evaluation) เพื่อหาทางแก้ไขที่เป็นประโยชน์กับคู่กรณีทุกฝ่าย (Invent options for mutual gains)

(4) ยืนยันการใช้ข้อบังคับประกอบต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้ในการตัดสินใจเพื่อประเมินทางเลือก โดยจะต้องเน้นข้อเท็จจริงที่เป็นกลาง (Insist on objective criteria)

(5) เข้าใจและปรับปรุงทางเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาดกลงทำสัญญา ซึ่งเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการประเมินข้อเสนอเพื่อจะตกลงกัน ผู้เจรจาควรยอมรับข้อเสนอของอีกฝ่ายหากข้อเสนอที่ดีกว่าทางเลือกตามข้อเสนอของตน โดยอย่าเข้าเจรจาโดยมีการตั้งเงื่อนไขไว้ก่อน (Do not bargain over position) เพราะเมื่อถ้าตั้งเงื่อนไขแล้วจะทำให้เป็นการยากแก่การเปลี่ยนท่าทีในการเจรจานักเจรจาที่แข็งกร้าวมักจะตั้งเงื่อนไขในการเจรจาที่ค่อนข้างแข็งกระด้าง ท่าทีดังกล่าวจะขั้วยุให้อีกฝ่ายหนึ่งตอบได้ในลักษณะเดียวกัน การเจรจาโดยตั้งเงื่อนไขไว้ก่อนจะทำให้ตนเองมีหน้าในการปกป้องเงื่อนไขของตนทำให้เกิดความไม่คล่องตัว นักเจรจาที่อ่อนโยนมากเกินไปจะหลีกเลี่ยงการกระทบกระทั่งกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและอาจยอมผ่อนปรนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อตกลง ซึ่งจะ使自己ตนเองถูกเอาเปรียบ ดังนั้นนักเจรจาที่ดีจะต้องแข็งในประเด็นแต่อ่อนโยนกับคู่พิพาท

จะเห็นได้ว่าหากข้อพิพาทสามารถที่จะยุติโดยการเจรจาต่อรองได้นั้น คู่กรณีจะสามารถประหยัดเวลาและสามารถดำเนินธุรกิจร่วมกันต่อไปได้อย่างรวดเร็ว ทั้งยังไม่สร้างรอยแผลและความขุ่นข้องหมองใจระหว่างคู่กรณีมากนัก จึงสามารถสร้างสัมพันธ์อันดีระหว่าง

¹² วิชัย อริษะนันท์ทกะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ, เอกสารประกอบคำบรรยายหลักสูตรกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หน้า 4.

คู่กรณีได้ การเจรจาต่อรองนี้ถือว่าเป็นวิธีที่เป็นธรรมมากที่สุดด้วย เพราะคู่กรณีเป็นผู้เจรจาต่อรองกันเองและเป็นผู้เลือกผลแห่งการเจรจาเอง¹³ ทำให้มีความรู้สึกว่าคุณคู่กรณีทั้งสองฝ่ายชนะทั้งคู่ (win-win game) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งแพ้ ฝ่ายหนึ่งชนะอย่างการพิจารณาคดีของศาล หรือการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ การเจรจาต่อรองยังมีข้อดีตรงที่สามารถประหยัดค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทน้อยมากเมื่อเทียบกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นๆ ซึ่งยิ่งไปกว่านั้นก็ยังสามารถรักษาความลับทางการค้าของคู่กรณีได้ด้วย เนื่องจากไม่มีตัวกลางในการเจรจา

2.1.4 ปัญหาและอุปสรรคในการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาต่อรอง

การเจรจาต่อรอง อยู่บนพื้นฐานของความร่วมมือระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมในการเจรจา อีกฝ่ายก็ไม่สามารถที่จะบีบบังคับให้มีการเจรจาต่อรองได้หรือแม้จะเข้ามาร่วมเจรจาก็ตาม จึงไม่สามารถรับประกันได้ว่าทั้งสองฝ่ายจะสามารถหาข้อยุติร่วมกันได้ เนื่องจากในการเจรจาจำเป็นต้องใช้วาทศิลป์ในการพูดจาโน้มน้าวความคิดเห็นของอีกฝ่ายมากพอสมควร หากจะให้อีกฝ่ายเข้าใจและยินยอม จนถึงยอมรับข้อเสนอนในการระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องมีเหตุผลมาสนับสนุนเพื่อให้อีกฝ่ายคล้อยตามซึ่งอาจจะมีความเป็นไปได้บ้าง เนื่องจากเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ย่อมมีความหมายในเบื้องต้นว่าต่างฝ่ายต่างก็ไม่ยอมรับเหตุผลของอีกฝ่ายอยู่ในตัวอยู่แล้ว ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้คู่กรณีไม่ยอมอ่อนข้อให้แก่กัน ทั้งเกิดจากทิฐิและความต้องการเอาชนะหรือในกรณีระหว่างประเทศอาจมีความขัดแย้งเรื่องวัฒนธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย¹⁴ หรือว่าในท้ายที่สุดนั้นหากหาข้อยุติได้ ก็มีได้หมายความว่าคู่กรณีจะบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามนั้นได้เสมอไป เนื่องจากการเจรจาไม่มีผลบังคับที่แน่นอน อย่างการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น (no enforcement) ไปถึงที่ทำให้การเจรจาต่อรองไม่สามารถประสบความสำเร็จอาจเกิดขึ้นจากหลากหลายสาเหตุ เช่น¹⁵

(1) อารมณ์โกรธที่เกิดจากการโต้แย้งกัน จนไม่เกิดความเชื่อถือหรือไว้วางใจต่อกัน ความไม่อยากพูด ไม่อยากเห็นหน้า เป็นต้น

(2) ความไม่เข้าใจ และ ความไม่สามารถถ่ายทอดอธิบายให้ฝ่ายตรงข้ามเข้าใจได้

(3) ข้อพิพาทบางครั้งอาจประกอบด้วยปัญหาหลายข้อ และบางข้ออาจมีความยุ่งยากเกินกว่าจะทำความเข้าใจได้โดยเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องตีความ

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

¹⁵ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์(ร.ส.พ.)), หน้า 3.

- (4) คู่กรณีแต่ละฝ่าย ไม่เข้าใจจุดยืนหรือต้องการที่แท้จริงของฝ่ายตรงข้ามเพราะไม่เปิดใจเจรจาค่อกัน
 - (5) คู่กรณีแต่ละฝ่ายอาจจะคาดหวังจากฝ่ายตรงข้ามมากจนเกินไป ขณะที่อีกฝ่ายก็แข็งกร้าวไม่ยอมยืดหยุ่นให้
 - (6) ความลับที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายไม่อยากจะบอกโดยตรงแก่ฝ่ายตรงข้าม ทำให้การเจรจาสะดวกไม่สามารถก้าวไปข้างหน้าต่อไปได้
 - (7) ปัญหาอื่นๆ
- ดังนั้นหากการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาต่อรองไม่สามารถหาข้อยุติได้คู่กรณีจำเป็นต้องเปลี่ยนการระงับข้อพิพาทไปเป็นรูปแบบอื่นๆแทน

2.2 การไกล่เกลี่ย หรือประนอมข้อพิพาท (Mediation or Conciliation)

2.2.1 ความหมายและหลักการในการไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาท

ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจว่า “การไกล่เกลี่ย” หรือ “การประนอมข้อพิพาท” ถือว่ามีความหมายเหมือนกัน ไม่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ จะต่างกันเฉพาะชื่อแล้วแต่ว่าผู้ใดจะเรียกว่าเป็น conciliation หรือ mediation นั่นคือเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลภายนอกหรือฝ่ายที่สามเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจ ถ้าพิจารณาความหมายอย่างแท้จริงตามรากศัพท์เดิมแล้วสองคำนี้มีความหมายแตกต่างกันกล่าวคือ การไกล่เกลี่ยจะจำกัดอยู่เพียงการช่วยให้สองฝ่ายเจรจาข้อขัดแย้งและช่วยหาทางแก้ไขกันเอง แต่ในส่วนของ การประนอมข้อพิพาทจะหมายถึงรูปแบบของการแทรกแซงที่มีน้ำหนักมากกว่า และผู้ทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาทจะได้รับอนุญาตให้เสนอข้อพิพาทแก่ทั้งสองฝ่ายได้ แต่ความแตกต่างนี้หมดสิ้นไปในทางปฏิบัติและไม่มีกฎเกณฑ์ตายตัวในการใช้คำทั้งสองคำนี้ ในต่างประเทศมักมีการใช้คำทั้งสองคำนี้สลับเปลี่ยนกันไปมาเพื่อแสดงถึงกระบวนการ การเข้ามามีบทบาทของบุคคลที่สามหรือถ้าจะมีข้อแตกต่างกันบ้างก็เฉพาะในกรณีที่ผู้ร่างกฎข้อบังคับหรือออกกฎเกณฑ์ กำหนดวิธีการปฏิบัติไว้แตกต่างกันไปบ้างตามเห็นสมควรในส่วนของขั้นตอนและวิธีการ¹⁶

2.2.1.1 ความหมายของการไกล่เกลี่ย หรือ การประนอมข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาท ถือเป็นการเจรจาที่เกิดจากการช่วยเหลือของบุคคลภายนอกในลักษณะที่เป็นความสมัครใจของคู่กรณี (Voluntary) ไม่มีผลผูกพัน (Non-binding)

¹⁶ สม อินทร์พุง. “หลักเกณฑ์การประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความหมายของการประนอมและการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท”. วารสารสภาพนายความ 10, 38 (มิถุนายน-กรกฎาคม 2545): 54.

และดำเนินการ โดยไม่มีอคติ (Without prejudice) ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ หรือให้ความเห็นทางกฎหมาย บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีเพียงพยายามให้คู่กรณีหันหน้าเข้าหากัน และช่วยคู่กรณีให้ตกลงกันได้ เทคนิคหรือกลยุทธ์ที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะนำมาใช้ก็ขึ้นอยู่กับประเภทของ ประเด็นข้อพิพาท รวมทั้งปรัชญาในการดำเนินงานของผู้ไกล่เกลี่ยเองหรือองค์กรที่ผู้ไกล่เกลี่ยสังกัด ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นผู้สร้างสรรค์ มีความสามารถในการประเมินสถานการณ์และกำหนดให้เกิด การตกลงอย่างระมัดระวัง ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้ดำเนินการในการตั้งประเด็นข้อพิพาท โดยจะต้อง ทั้งเสนอแนะและให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องมีบทบาทสำคัญในการ ช่วยให้คู่กรณีหาประเด็นข้อพิพาทและทำความเข้าใจกันได้ในเรื่องข้อพิพาทนั้น¹⁷

มีผู้ให้ความหมายของการไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมข้อพิพาทไว้มากมาย ดังนี้

(1) รายงานของกรรมการเฉพาะกิจเกี่ยวกับ ADR ของสมาคมเนติบัณฑิตยสภา ของประเทศแคนาดา ซึ่งจัดพิมพ์เมื่อ ค.ศ. 1989 ให้คำจำกัดความคำว่า การไกล่เกลี่ย (Mediation) ว่า “การไกล่เกลี่ยคือ การที่บุคคลภายนอก (third party) ซึ่งเป็นที่ยอมรับ เป็นอิสระ เป็นกลาง และ ไม่มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาด (no decision making power) เข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท หรือเกี่ยวข้องกับ การเจรจาต่อรอง (negotiation) เพื่อช่วยคู่พิพาทให้บรรลุข้อตกลงในการระงับประเด็นต่างๆ ของ ข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของตนเอง การไกล่เกลี่ยที่สำเร็จผลคือการที่คู่พิพาทเซ็นข้อตกลงหรือ สัญญาเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติต่อไปในภายหน้า ข้อตกลงดังกล่าวกระทำในรูปของ สัญญา ซึ่งเมื่อมีการลงนามแล้วก็มีผลผูกพันและบังคับกันได้”¹⁸

(2) ประมวลกฎหมายของรัฐเวอร์จิเนีย สหรัฐอเมริกา (Code of Virginia) หมวด ที่ 21.2 (Chapter 21.2) ให้คำจำกัดความของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่า “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) คือวิธีการ (Process) ที่ผู้ไกล่เกลี่ยช่วยเหลือเกื้อกูล (facilitate) คู่พิพาทสองฝ่ายหรือ หลายฝ่ายให้บรรลุข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท รวมทั้งช่วยติดต่อในเรื่องต่างๆ ระหว่างผู้ไกล่เกลี่ย กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายจนกระทั่งถึงเวลาที่คู่พิพาทสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายสามารถ ตกลงกันได้โดยหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยก็จะสิ้นสุดลง”¹⁹

(3) Mr.Derrill T. Warren, Q.C. ผู้อำนวยการบริหาร (Executive Director) ของศูนย์ อนุญาโตตุลาการของ บริติช-โคลัมเบีย ของแคนาดาอธิบายขอบเขตและบทบาทของการไกล่เกลี่ย

¹⁷ Margot Taylor et al., *Negotiation*, p. 161.

¹⁸ สม อินทร์พยุง. “หลักเกณฑ์การประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความหมายของการ ประนีประนอมและการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท”, *วารสารสหภาพทนายความ* 10, 38 : 53.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน : 53.

ข้อพิพาทว่า “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) มีพื้นฐานหรือหลักเกณฑ์แตกต่างจากวิธีอนุญาโตตุลาการ ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำการในฐานะเป็นคนกลาง เป็นผู้ช่วยเหลือเกื้อกูล (facilitator) ในระหว่างที่มีการเจรจาต่อรองต่างๆ ระหว่างคู่พิพาท จุดประสงค์ของการช่วยเหลือเกื้อกูลก็เพื่อให้ข้อพิพาทระงับไปด้วยความสมัครใจเป็นชัยชนะของทั้งสองฝ่าย (win-win situation) โดยคู่พิพาทยอมรับว่าเป็นการตกลงที่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าจะไม่มีฝ่ายใดได้ประโยชน์ครบถ้วนตามที่เรียกร้องมาในตอนเริ่มต้นข้อพิพาทก็ตาม การเจรจาต่อรองกันโดยสุจริตถือเป็นหัวใจสำคัญ แม้ตามหลักปฏิบัติโดยทั่วไปผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ให้คำแนะนำหรือให้คำตัดสินหรือออกความเห็นว่าคุณพิพาทควรตกลงกันอย่างไร แต่ผู้ไกล่เกลี่ยมักเสนอแนวคิดริเริ่ม (creativity) โดยใช้การสอบถามที่มีความชำนาญ (through the skillful use of questions) ผู้ไกล่เกลี่ยจะแยกข้อเท็จจริงสำคัญๆ ออกจากข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องโดยเร็ว และมุ่งคำนึงถึงประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคู่พิพาทยิ่งกว่าประเด็นบางประการของการเจรจาของคู่พิพาทที่มีการใช้อารมณ์จะหมดไปด้วยความอดทนและตั้งใจฟังอย่างขำขันชำนาญของผู้ไกล่เกลี่ย ในข้อพิพาทที่เป็นปัญหาทางเทคนิคผู้ไกล่เกลี่ยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับเทคนิคนั้น โดยตรงเพราะผู้ไกล่เกลี่ยไม่ใช่ผู้ตัดสินข้อพิพาท ถ้ามีความจำเป็นคู่พิพาทจะเป็นผู้จัดหาผู้เชี่ยวชาญเอง แต่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรเป็นผู้ช่วยเหลือเกื้อกูลที่ได้รับการฝึกอบรมมาระดับมืออาชีพ (highly trained professional facilitator) โดยทำหน้าที่ของตนเหมือนผู้ควบคุมวงดนตรี (conductor of an orchestra) แม้ว่าผู้ควบคุมวงจะไม่สามารถเล่นดนตรีชิ้นใดได้ แต่ความรู้ความชำนาญในการควบคุมวงดนตรีของเขาช่วยช่วยเหลือเกื้อกูลให้นักดนตรีเล่น ได้อย่างไพเราะ”²⁰

การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท จึงเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบหนึ่งที่คู่กรณีตกลงให้คนกลางซึ่งเป็นผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเข้ามาช่วยในการเจรจาเข้ามาทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยนี้จะไม่เข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท แต่อาจจะเข้าร่วมเจรจาด้วยหรือให้ข้อเสนอแนะ เสนอแนวทาง หรือข้อตกลงใดๆ เพื่อจะให้ข้อพิพาทกลับมาสู่ความเข้าใจกันระหว่างคู่กรณี ส่วนการตัดสินใจในการระงับข้อพิพาทเป็นของคู่กรณีเอง

2.2.1.2 หลักการของการไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ย หรือประนอมข้อพิพาท สามารถสรุปหลักการได้ดังนี้²¹

²⁰ เรื่องเดียวกัน : 53.

²¹ คณีย์ อนันติโย, “ระงับข้อพิพาท ด้วยไกล่เกลี่ย”, วารสารสหภาพนายความ 10,39

(1) คู่กรณีตกลงให้บุคคลที่สามในฐานะเป็นคนกลาง เรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” เข้ามาช่วยเหลือให้คู่กรณีเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ ผู้ไกล่เกลี่ยควรจะเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายรู้จักดี หรือเป็นบุคคลที่ได้รับความเคารพนับถือ

(2) ผู้ไกล่เกลี่ย ไม่มีอำนาจกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่กรณีแต่อย่างใด

(3) การตกลงหรือไม่เป็นการตัดสินใจของคู่กรณี โดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย เป็นสำคัญ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทเหมือนอย่างอนุญาโตตุลาการ หรือผู้พิพากษา

(4) ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้พยายามลดความตึงเครียด และสร้างบรรยากาศที่ดี เพื่อนำทางไปสู่ทางออกของปัญหาที่เป็นที่พอใจของทุกฝ่าย โดยไม่มีการกล่าวหาว่าฝ่ายใดผิดหรือถูก

จากความหมายและหลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่กล่าวไว้ในเบื้องต้นนี้ จะเห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทนี้ เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการระงับข้อพิพาทซึ่งมีความซับซ้อนขึ้นมาอีกระดับหนึ่งจากการเจรจาต่อรองในรูปแบบแรก เนื่องจากการไกล่เกลี่ยจะมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องในฐานะ “ผู้ไกล่เกลี่ย” (Mediator)

2.2.2 หน้าที่ บทบาท และคุณสมบัติ ของผู้ไกล่เกลี่ย

2.2.2.1 หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ย ถือว่ามีบทบาทสำคัญในการระงับข้อพิพาทในวิธีการนี้ ตามกฎข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของสภาของการค้าไทย ข้อ 9 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย หรือผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ 3 ประการดังนี้²²

(1) ในการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องดำเนินการประนอมข้อพิพาท ให้เป็นไปตามที่เห็นว่าเหมาะสม และคำนึงถึงหลักแห่งการปราศจากความลำเอียง

(2) หากเห็นว่าจำเป็นและคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจให้คู่กรณีนำพยานบุคคลมาเข้าสืบ แต่ทั้งนี้ให้คำนึงถึงหลักการที่ให้ผู้ประนอมข้อพิพาทเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว

(3) ไม่ว่าในระยะเวลาของการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจทำข้อเสนอประนอมข้อพิพาทแก่คู่กรณี ข้อเสนอดังกล่าวจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลแห่งข้อเสนอแนะ

หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยคือ ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นคนกลางและจะเป็นคนประสานความเข้าใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ในขณะเดียวกัน จะต้องเสาะแสวงหาหนทางในการแก้ไขปัญหา

²² สม อินทร์พุง, “หลักเกณฑ์การประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความหมายของการประนอมและการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท”, วารสารสภาพนายความ 10, 38 : 52.

ที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับได้มาเสนอ บ่อยครั้งที่สาเหตุของปัญหาเกิดขึ้นเพียงเพราะเรื่องเล็กน้อย แต่เนื่องจากในระหว่างที่เกิดปัญหาอยู่นั้น คู่กรณีอาจจะมีความรู้สึกและอารมณ์ร่วมไปกับสถานการณ์ เรื่องราวเล็กน้อยจึงบานปลายลุกลามเป็นเรื่องใหญ่โต จนไม่สามารถมองเห็นวิธีการแก้ไขปัญหาได้ แต่สำหรับผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นคนกลางและไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท ย่อมสามารถมองเห็นปัญหาได้ทะลุปรุโปร่งมากกว่า ซึ่งบางครั้งวิธีการแก้ไขปัญหาอาจจะเป็นเรื่องง่ายๆ เหมือนเส้นผมบังภูเขา เท่านั้นแต่คู่กรณีลืมนึกถึงไป นอกจากนี้ผลที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท ยังทำให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายคลายความกังวลและความเคลือบแคลง สงสัยถึงความไม่โปร่งใส ความไม่เป็นธรรมในวิธีการระงับข้อพิพาทที่ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนเสนอว่าจะมีนัยยะแอบแฝงใดๆ หรือไม่ ดังนั้นโอกาสที่คู่กรณีจะยอมรับข้อเสนอจึงมีมากกว่า แต่ทั้งนี้ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีความสมเหตุสมผลและเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วย²³

ดังนั้น จะเห็นว่า ผู้ไกล่เกลี่ยจะเข้ามาช่วยในการเจรจาต่อรองดังนี้²⁴

- (1) ลดช่องว่างระหว่างคู่กรณี เพื่อให้คู่กรณีโอนอ่อนเข้าหากัน ขอมลจุดยืนของตนลงจนสามารถตกลงกันได้
- (2) เป็นคนกลางรับความคิดของแต่ละฝ่าย แล้วนำความคิดนั้นไปสู่การพิจารณาอย่างเป็นเรื่องเป็นราว
- (3) บรรเทาวิกฤตการณ์ทางด้านอารมณ์ของคู่ความระหว่างการเจรจา อันจะทำให้การคัดค้านข้อตกลงชั่วคราวที่ทำขึ้นลดน้อยลง
- (4) เปิดโอกาสให้คู่ความได้มองเห็นภาพที่แท้จริงของปัญหา มองเห็นข้อเรียกร้องทั้งหลายได้อย่างชัดเจน ซึ่งรวมทั้งโอกาสที่จะได้มาตามข้อเรียกร้องนั้น
- (5) สร้างแรงกดดันในระดับต่างๆ กันแก่คู่ความเพื่อให้ทำการตัดสินใจ โดยไม่ขัดต่อความเป็นกลาง
- (6) ช่วยให้คู่ความได้เข้าใจว่าบุคคลภายนอก คิดเห็นอย่างไรในเรื่องของตน
- (7) ช่วยเป็นสะพานเชื่อมระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่าย ให้สามารถถ่ายทอด สิ่งที่เป็นความลับระหว่างกัน
- (8) ช่วยแนะนำทางด้านกฎหมายแก่คู่ความ
- (9) สร้างบรรยากาศแห่งความเป็นมิตร โดยช่วยให้การพิพาทระงับลงด้วยมิตรภาพ

²³ สรวิศ ลิ้มปริงยี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่น นอกจากศาล , หน้า 5.

²⁴ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย, หน้า 4-5.

2.2.2.2 บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ย

บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยในการไกล่เกลี่ย หรือประนอมข้อพิพาท ถือว่าเป็นสิ่งสำคัญในการระงับข้อพิพาทในวิธีนี้ ICC Rule of Optional Conciliation ซึ่งถูกยกเลิกเมื่อ 1 กรกฎาคม 2544 ในข้อ 5 ระบุว่า ผู้ไกล่เกลี่ย หรือผู้ประนอมข้อพิพาท จะต้องทำการประนีประนอมตามวิธีการที่ตนเห็นว่าเหมาะสมโดยยึดหลักความเป็นกลางและความยุติธรรม²⁵ (The conciliator shall conduct the conciliation process as he thinks fit, guided by the principles of impartiality, equity and justice) ดังนั้น บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ย จึงสามารถสรุปได้ ดังนี้²⁶

- (1) ให้ความรู้แก่คู่กรณีเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ย
- (2) กำหนดแนวทางของพฤติกรรมในการเจรจา
- (3) ควบคุมการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยและทำให้การเจรจาระหว่างคู่กรณีดำเนินต่อไปได้ อย่างต่อเนื่อง
- (4) ส่งเสริมทัศนคติและความเข้าใจของคู่กรณีแต่ละฝ่ายที่มีต่อกันให้ดีขึ้น
- (5) ส่งเสริมการติดต่อเจรจาระหว่างคู่กรณี เพื่อให้ประเด็นข้อพิพาทกันนั้นเกิดความกระจ่างสิ้นสงสัย และทำให้คู่กรณียอมเผยข้อข้องใจ
- (6) สนับสนุนให้มีการมองหาทางเลือกและข้อเสนออื่นๆ ที่จะทำให้เกิดตกลงกันได้
- (7) ตรวจสอบความสมบูรณ์ของข้อตกลงที่คู่กรณีเสนอให้แก้กัน
- (8) ทำให้คู่กรณีขัดแย้งกันน้อยลง
- (9) ทำความเข้าใจในแง่คิดของคู่กรณีทุกฝ่ายเกี่ยวกับประเด็นที่พิพาท ข้อเท็จจริง จุดยืน พฤติการณ์ที่รองรับและประเมินค่าของคู่กรณี
- (10) ช่วยลดทอนจำนวนเรื่องที่จะต้องตัดสินใจและทำให้การตัดสินใจของคู่กรณีง่ายเข้า บันทึกและเสนอให้เห็นถึงเรื่องที่เจรจากันและข้อตกลงที่ได้เสนอไว้
- (11) ช่วยสร้างความคิดเห็นใหม่ๆ เพื่อที่จะเจรจากันต่อไปได้และสร้างหนทางอื่นของปัญหาที่มีอยู่
- (12) ช่วยรวบรวมเรื่องราวเพื่อให้มีการเจรจาต่อไปได้สะดวกยิ่งขึ้น
- (13) ช่วยทำข้อเสนอแนะของคู่กรณีเป็นลายลักษณ์อักษร ให้เป็นภาษาที่ง่ายและสะดวกแก่การพิจารณาตกลงกัน

²⁵ สม อินทร์พุง, “หลักเกณฑ์การประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความหมายของการประนอมและการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท”, วารสารสภาพนาขความ 10,38 : 52.

²⁶ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย, หน้า 7-8.

2.2.2.3 คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย

คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย จึงสามารถสรุปได้ดังนี้²⁷

- (1) เป็นผู้ที่มีประสบการณ์มาก
- (2) มีความเป็นกลางและสามารถรักษาความเป็นกลางได้อย่างสม่ำเสมอ รับความเห็นของกลุ่มแต่ละฝ่าย แล้วสามารถนำความคิดเห็นนั้นไปประมวล เพื่อพิจารณาอย่างเป็นเรื่องเป็นราว
- (3) ถดช่องว่างระหว่างคู่กรณีเพื่อให้แต่ละฝ่ายโอนอ่อนผ่อนตามเข้าหากัน ขอมลจุดยืนของตนลงจนสามารถตกลงกันได้ เป็นการสร้างบรรยากาศแห่งความเป็นมิตร ทำให้ข้อพิพาทระงับลงโดยมิตรภาพ
- (4) มีความรู้ทางด้านกฎหมายและมีความเข้าใจและสามารถอธิบายให้คู่กรณีฟังได้ ทั้งความยุติธรรมในเชิงกฎหมาย และ ความยุติธรรมตามธรรมชาติ
- (5) เข้าใจกระบวนการของการระงับข้อพิพาทและมีความรู้ในเนื้อหาหรือสาขาวิชา หรือความรู้ทางด้านเทคนิคในเรื่องที่พิพาทกัน
- (6) มีความอดทน มีความสามารถในการรวบรวมความคิดติดต่อกันเป็นระยะเวลา ยาวนานได้
- (7) บรรเทาวิกฤติทางด้านอารมณ์ของผู้กรณีในระหว่างเจรจา อันจะทำให้การคัดค้านข้อตกลงที่จะทำขึ้นลดน้อยลง
- (8) เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้มองเห็นภาพที่แท้จริงของปัญหา มองเห็นข้อเรียกร้องทั้งหลาย ได้อย่างชัดเจนซึ่งรวมทั้ง โอกาสของคู่พิพาท
- (9) สร้างแรงกดดันในระดับต่างๆ กันแก่คู่กรณี เพื่อให้ทำการตัดสินใจโดยไม่ขัดต่อความเป็นกลางและโดยความสมัครใจของคู่กรณี
- (10) ช่วยให้ผู้กรณีเข้าใจว่าบุคคลภายนอกซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น มีความคิดเห็น หรือรู้สึกอย่างไรกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น
- (11) ช่วยเป็นสะพานเชื่อมต่อระหว่างคู่กรณีให้สามารถถ่ายทอดสิ่งที่เป็นความลับระหว่างกันได้
- (12) มีทักษะในการติดต่อสื่อสารที่ดี มีความสามารถในการเจรจาแบบการพูด มีความสามารถในการรับฟังที่ดี ถูกต้อง ว่องไว ประกอบด้วยเขาวนปัญญา
- (13) มีความสามารถในการรักษาความลับ

²⁷ คณัย อนันติโย, “ระงับข้อพิพาท ด้วยไกล่เกลี่ย”,วารสารสภาทนายความ 10,39 : 41.

(14) มีความกระตือรือร้นที่จะแสดงบทบาทของการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย

(15) มีความเมตตาซึ่งเป็นคุณสมบัติที่สำคัญที่สุดโดยหวังจะให้คู่กรณีกลับมาคืนดีกัน ปลดปล่อยทุกข์อันเกิดจากกรณีพิพาทกันนั้นได้

2.2.3 วิธีการของการไกล่เกลี่ย หรือประนอมข้อพิพาท

ดังที่กล่าวข้างต้น ผู้ไกล่เกลี่ยถือว่าเป็นบทบาทสำคัญมากในการระงับข้อพิพาท โดยวิธีนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีการวางแผนและวางขั้นตอน เพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประสบความสำเร็จ ขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท จึงอาจจะแบ่งขั้นตอนได้ดังนี้²⁸

(1) การกล่าวประชุมเพื่อการไกล่เกลี่ยขั้นแรก ในขั้นตอนนี้ปรกติแล้วจะเป็นการประชุมร่วมกันระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่ความทั้งสองฝ่าย การกล่าวประชุมเพื่อไกล่เกลี่ยขั้นแรกจะเป็นการเปิดการไกล่เกลี่ยเพื่อสร้างความเชื่อถือ และควบคุมการดำเนินการไกล่เกลี่ยที่จะมีขึ้นต่อไป เป็นการสร้างบรรยากาศให้เกิดความไว้วางใจ ผู้ไกล่เกลี่ยจะใช้โอกาสนี้ในการอธิบายกระบวนการไกล่เกลี่ยและบอกให้คู่ความรู้ว่าจะต้องปฏิบัติตัวอย่างไรบ้าง เพื่อกำหนดลักษณะการไกล่เกลี่ยที่ถูกต้องและเป็นไปในทางบวก

(2) การหาความหมายของประเด็นข้อพิพาทและความต้องการที่แท้จริงของคู่ความ ในขั้นตอนนี้คู่กรณีจะแสดงและอธิบายปัญหาที่เกิดขึ้น รวมทั้งมีการซักถามกันระหว่างคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเข้ามา จำแนกความต้องการของคู่กรณีแต่ละฝ่าย จับความต้องการของแต่ละฝ่ายเข้าด้วยกัน โดยจัดลำดับความสำคัญ ทั้งผู้ไกล่เกลี่ยจะคอยดูแลจัดการเกี่ยวกับการเจรจาระหว่างคู่ความ รวบรวมข้อเท็จจริง โดยจะต้องเข้าประสานประโยชน์ เชื่อมโยง อธิบาย และจัดการความต้องการของแต่ละฝ่ายเข้าหากันจนพบกัน ณ จุดที่สมประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่าย

(3) การดำเนินการและการสำรวจตรวจสอบประเด็นข้อพิพาทในการประชุมฝ่ายเดียว ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะต้องจัดให้มีการประชุมคู่กรณีทีละฝ่ายแยกกัน หลังจากที่มีการประชุมร่วมกันครั้งแรก โดยผ่านขั้นตอนที่ 1 และ 2 มาแล้ว การประชุมคู่ความแยกกันเช่นนี้ เรียกว่า การประชุมฝ่ายเดียว (Caucus Session) ซึ่งเป็นประโยชน์มากในการไกล่เกลี่ย เทคนิคการไกล่เกลี่ยหลายประการต้องอาศัยวิธีการประชุมเช่นนี้จึงจะประสบความสำเร็จ

(4) การแก้ปัญหาข้อขัดแย้งในประเด็นที่พิพาท ขั้นตอนนี้จะเกิดขึ้นทั้งในการประชุมฝ่ายเดียวและการประชุมร่วมกันต่อเนื่องกัน ในขั้นตอนนี้จะต้องสร้างบรรทัดฐานของความต้องการของคู่กรณีแต่ละฝ่าย และสรุปรวมให้ได้ขอบเขตของข้อเสนอที่เกี่ยวกับข้อเรียกร้องหรือจุดยืนในแต่ละเรื่อง ในขั้นตอนนี้เองจะเห็นว่าข้อเรียกร้องใดที่สามารถตกลงกันได้ และข้อเรียกร้องใด

²⁸ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย, หน้า 24.

ไม่อาจเป็นจริงได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องค้นหาส่วนที่เหลื่อมกันของข้อเรียกร้องหรือจุดยืนของคู่กรณี และหาทางแก้ไขปัญหา ในขั้นตอนนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องพยายามอย่าปล่อยให้เหตุการณ์ ดึงเครียด มากจนเกินไปจนทำให้คู่กรณีไม่สามารถเข้ามาเจรจากันต่อไปได้

(5) การจัดทำข้อตกลงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอน สุดท้ายของการไกล่เกลี่ยที่ประสบความสำเร็จเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ซึ่งในทางปฏิบัติก็จะทำ เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความกัน

จะเห็นได้ว่ารูปแบบและวิธีการไกล่เกลี่ยแม้จะมีรูปแบบที่ซับซ้อนมากกว่าการเจรจา ต่อรองในรูปแบบแรกตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้นแต่ก็ยังคงมีความยุ่งยากน้อยกว่า วิธีการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการหรือผ่านกระบวนการทางศาล ทั้งบรรยากาศในการไกล่เกลี่ยยังมีความเป็น กันเองและไม่มียกฐานะเป็นการเผชิญหน้าเป็นปรปักษ์กัน ทำให้โอกาสที่จะรักษาความสัมพันธ์ ระหว่างคู่กรณีมีความเป็นไปได้ ในกรณีที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการ ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นแล้วจะใช้ระยะเวลาสั้นกว่า บางครั้งก็อาจจะสามารถตกลงกันได้ ตั้งแต่การไกล่เกลี่ยครั้งแรก หรืออาจจะมากกว่านั้นเล็กน้อยตามระดับความซับซ้อนของข้อพิพาท ทั้งค่าใช้จ่าย ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ยังไม่สูงมาก ซึ่งคู่กรณีอาจจะต้องเสียค่าตอบแทนให้กับ ผู้ไกล่เกลี่ยบ้างในกรณีที่เป็นการใช้บริการของสถาบัน (institution) หรือผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลที่ ทำหน้าที่ให้บริการในด้านนั้นโดยตรง แม้ว่ากระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีบุคคล นอกเหนือจากคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ก็ยังถือว่าสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี ในระดับหนึ่ง เนื่องจากส่วนใหญ่ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงไม่ว่าจะเป็นทางใดทางหนึ่ง กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดยจรรยาบรรณแล้วจะไม่เปิดเผยเรื่องราวที่รู้เห็นในระหว่าง ไกล่เกลี่ยต่อบุคคลภายนอก ยิ่งในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นตัวแทนของสถาบัน หรือมีหน้าที่ให้บริการ ในด้านนี้โดยตรงแล้ว ย่อมเป็นที่วางใจแก่คู่กรณีว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะมีความรู้ความสามารถ และ ประสบการณ์เกี่ยวกับข้อพิพาทโดยตรง ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถมองเห็นปัญหาได้อย่างรวดเร็ว และสามารถมองเห็นถึงวิธีการแก้ไขปัญหได้ง่ายและชัดเจนยิ่งขึ้น แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดและถือเป็น ขั้นตอนสุดท้ายของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ นั่นก็คือ “การยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาทของ คู่กรณี” แม้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามอย่างสุดความสามารถในการหาวิธีการในการระงับข้อพิพาท แล้วก็ตาม แต่การตัดสินใจว่าจะดำเนินตามวิธีการระงับข้อพิพาทนั้นๆ หรือไม่ก็ยังขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของคู่กรณี แนวทางที่ผู้ไกล่เกลี่ยเสนอว่าข้อพิพาทนั้นๆ จะยุติโดยวิธีใด หรือหนทางออก ที่เหมาะสมที่สุดแห่งปัญหาที่เกิดขึ้นจะออกมาในรูปแบบใดก็ยังคงไม่มีความผูกพันกับคู่กรณีให้ต้อง ปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่าย จึงมีสิทธิไม่ยอมรับความเห็นและแนวทางในการ ระงับข้อพิพาทของผู้ไกล่เกลี่ยได้ หรือแล้วแต่กรณีที่คู่กรณีจะเห็นชอบในแนวทางที่ผู้ไกล่เกลี่ย เสนอก็ตาม หากต้องการให้มีผลผูกพันกันคู่กรณีก็ยังคงต้องตกลงทำสัญญาในลักษณะของสัญญา

ประนีประนอมยอมความขึ้นอีกต่างหาก สัญญาที่ทำขึ้นภายหลังนี้จึงจะมีผลผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติ ตามและหากมีการผิดสัญญาประนีประนอมยอมความนี้ อีก ก็ยังคงต้องฟ้องร้องดำเนินคดีโดยใช้ สิทธิทางศาลต่อไปเหมือนการดำเนินคดีปกติ²⁹

รูปแบบในการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาท ถือว่าเป็นวิธีในการระงับข้อพิพาท อย่างหนึ่งที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ดังที่จะเห็นได้จาก The International Chamber of Commerce (ICC) หรือองค์การการค้านานาชาติ ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ เป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาท มาตั้งแต่ ค.ศ. 1988 (Rule of Optional Conciliation) และได้ถูก ยกเลิกเมื่อ 1 กรกฎาคม 2544 และใช้ ADR Rule แทน กฎเกณฑ์นี้ช่วยให้มีการพยายามที่จะใช้ มาตรการไกล่เกลี่ยโดยไม่ต้องถูกผูกมัดให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในภายหลังแม้ว่าการไกล่เกลี่ย จะไม่ประสบความสำเร็จ³⁰ คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การ สหประชาชาติ (UNCITRAL) ก็เช่นกัน ภายหลังจากประสบความสำเร็จในการออกกฎเกณฑ์ เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 1976 ก็ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการไกล่เกลี่ยในปี ค.ศ. 1980 โดย ทั้งสองกฎเกณฑ์ กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องดำเนินการโดยยึดหลักความเป็นกลาง ความเท่าเทียม และความยุติธรรม โดยได้แยกความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกัน อย่างชัดเจน ซึ่งกำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในภายหลังเว้นแต่คู่กรณี จะได้ตกลงกัน และยังกำหนดว่าผลของการดำเนินการไกล่เกลี่ยคู่กรณีจะไม่อ้างหรือเสนอความคิดเห็น หรือข้อเสนอแนะที่คู่กรณีอีกฝ่ายได้ทำขึ้นเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือการที่คู่กรณีได้ยอมรับข้อเสนอ ของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน³¹

ขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทตาม ADR Rule และ UNCITRAL สามารถสรุปได้ดังนี้³²

(1) เริ่มต้นด้วยการที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งส่งคำเชิญไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง จะเป็นการ เชิญด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตามแล้วแต่จะเห็นสมควร ในคำเชิญเชิญควรกล่าวสรุปเกี่ยวกับ

²⁹ สรวิศ ลิ้มปริงยี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่น นอกจากศาล, หน้า 5-6.

³⁰ วรณชัย บุญบำรุง, การระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล (Alternative Dispute Resolution), เอกสารประกอบการบรรยาย, หน้า 3.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

³² สม อินทร์พยุง, “หลักเกณฑ์การประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความหมายของการ ประนีประนอมและการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท”, วารสารสหภาพทนายความ 10, 38 : 54-55.

ข้อพิพาทที่จะปรึกษาหาทางแก้ไขร่วมกัน ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับเชิญภายในเวลาที่กำหนด หรือตอบปฏิเสธก็ถือว่าไม่มีการประนอมหรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป

(2) ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท อาจมีคนเดียวหรือหลายคน ถ้ามีหลายคนก็ควรปฏิบัติงานร่วมคู่พิพาท จะร่วมกันแต่งตั้งผู้ประนอมหรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือจะขอให้ผู้อำนวยการของสำนักงานระงับข้อพิพาทแนะนำหรือแต่งตั้งก็ได้ ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งต้องเป็นอิสระและเป็นกลาง (independent and impartial)

(3) เมื่อแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทแล้ว คู่กรณีจะเสนอข้อพิพาทโดยแสดงลักษณะและประเด็นข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทจะดำเนินวิธีการหรือขั้นตอนต่อไปตามที่เห็นว่าเหมาะสม โดยได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณี เช่น การประชุมกับคู่กรณีพร้อมกันหรือประชุมแยกกันคนละครั้ง รวมทั้งจะขอเอกสารหรือรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีอย่างไรก็ได้ตามที่เห็นสมควร เพื่อให้การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทเสร็จไปโดยเร็ว โดยผู้ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทจะต้องดำเนินการตามที่เห็นสมควร โดยต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรม ไม่ลำเอียง และตามความประสงค์ของข้อพิพาท (The Neutral shall conduct the procedure in such manner as the neutral sees fit in all cases, the neutral shall be guided by the principles of fairness and impartiality and by the wishes of the parties)

(4) ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ผู้ประนอมและผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จะแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ได้รับจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพื่อให้ฝ่ายหลังนี้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริง หรืออธิบายเหตุผลต่างๆ ก็ได้ เว้นแต่ฝ่ายแรกซึ่งเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริงได้แจ้งความประสงค์ไม่ให้เปิดเผย ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทก็จะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว

(5) ถ้าคู่พิพาทตกลงกันได้ก็จะมีการร่างสัญญาประนีประนอมยอมความ ร่วมกันตรวจแก้ แล้วคู่พิพาทก็จะลงนาม คู่พิพาทควรพิจารณาด้วยว่าถ้าต่อไปภายหน้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นอีกสมควรจะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ถ้าเห็นสมควรก็ให้ระบุข้อความที่เรียกว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ลงในสัญญาประนีประนอมยอมความด้วย

(6) ข้อเท็จจริงและขั้นตอนทั้งหลายที่เกิดขึ้น ในระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทต้องเก็บไว้เป็นความลับ แม้สัญญาประนีประนอมยอมความก็จะต้องไม่เปิดเผยต่อผู้อื่น เว้นแต่การเปิดเผยในชั้นปฏิบัติงาน หรือการบังคับตามสัญญา

(7) ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท เรื่องใดก็ไม่อาจได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ หรือคดีในศาลสำหรับข้อพิพาทที่มีการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทมาแล้ว และคู่กรณีจะไม่อ้างผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นพยานในชั้นกระบวนการพิจารณา

(8) คู่กรณีจะต้องไม่อ้างความเห็น ข้อเสนอนะ คำรับ หรือคำยินยอมใดๆ ซึ่งเกิดในระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท เป็นพยานหลักฐานในคดีอนุญาโตตุลาการหรือคดีในศาล ไม่ว่าคดีดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่มีการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทหรือไม่ จากรูปแบบและขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท ทำให้เห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท มีประโยชน์ต่อคู่กรณีดังนี้³³

(1) ประหยัดเวลาค่าใช้จ่ายด้านกฎหมาย (Saving in Legal Costs) เนื่องจากไม่ต้องยื่นคำคู่ความหรือข้อเรียกร้อง หรือจัดเตรียมพยานหลักฐานมากมายเหมือนการดำเนินคดีในศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ

(2) ดำเนินการได้รวดเร็วตามความประสงค์ของคู่กรณี (Expedition) เนื่องจากไม่ต้องมีพิธีการ หรือ กฎเกณฑ์มากมาย

(3) ถ้าสามารถระงับข้อพิพาทได้ก็มีส่วนช่วยสงวนสายสัมพันธ์ทางธุรกิจของคู่กรณีไว้ได้ (Preservation of business relationship) เนื่องจากการระงับข้อพิพาทเป็นผลมาจากความสมัครใจทำการประนีประนอมกันระหว่างคู่กรณี ไม่ได้รับผลกระทบมากจากการแพ้หรือชนะกันเหมือนการเป็นความในศาลหรือการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ

(4) มีส่วนช่วยแก้ปัญหาให้ธุรกิจดำเนินต่อไปโดยไม่หยุดยั้ง (Business solution) เนื่องจากการตกลงหรือประนีประนอมสามารถกระทำได้อย่างกว้างขวาง คู่กรณีอาจตกลงกันกำหนดโครงสร้างการบริหารหรือการดำเนินธุรกิจกันใหม่ หรือถ้าฝ่ายใดยอมชำระเงินหรือค่าใช้จ่ายใดแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ก็สามารถกำหนดเวลาหรือเงื่อนไขที่ยืดหยุ่นเพื่อการจ่ายในภายหน้าได้ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน

(5) ใช้ได้ดีกับการระงับข้อพิพาททางเทคนิค (Suitability for technical disputes) เนื่องจากคู่กรณีมีสิทธิที่จะร่วมกันสรรหาผู้ชำนาญพิเศษที่เป็นกลางให้ช่วยแก้ไขหรือระงับข้อพิพาททางเทคนิคต่างๆ

(6) คู่พิพาทเป็นผู้ควบคุมการระงับข้อพิพาทได้ด้วยตนเอง (Control by the Parties) กล่าวคือ การดำเนินคดีในศาลหรือต่อคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทส่วนใหญ่ไม่ใช่ นักกฎหมายจึงดำเนินการเองไม่ได้ ต้องพึ่งทนายความหรือผู้แทน แต่ตามวิธีการของ ADR คู่พิพาทเป็นผู้มีส่วนดำเนินการและตัดสินใจเอง แม้ในบางกรณีจะมอบให้ทนายความหรือผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้เจรจาต่อรอง แต่คู่พิพาทก็มีส่วนร่วมด้วยเสมอ

³³ สม อินทร์พุง, “ทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางการค้านอกศาล(ตอน1)”, วารสารสหราชอาณาจักร 10,37 (เมษายน-พฤษภาคม 2545) : 48-49.

- (7) เป็นวิธีการที่ยืดหยุ่นได้ (Flexibility) ตามความเหมาะสมแก่ข้อพิพาทแต่ละเรื่อง
- (8) ช่วยกันรักษาน้ำตา (Face saving) ของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ถ้าคู่กรณีตกลงได้ ก็ชื่อว่า “เป็นผู้ชนะทั้งสองฝ่าย” (Win-win solution) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งแพ้ (Win-Lose solution) เหมือนกับการตัดสินของศาลหรือการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ
- (9) เป็นการดำเนินกระบวนการอย่างไม่มี “พิธีรีตอง” เครื่องครัด (Informality) และไม่ใช่วิธีที่มีฝ่ายปฏิบัติ (Non-adversarial Approach) แต่มีการสร้างบรรยากาศของความร่วมมือเพื่อน้อมนำไปสู่การตกลงกัน
- (10) เป็นประโยชน์ในการใช้การระงับข้อพิพาทที่มีคู่กรณีหลายฝ่าย (Suitability for Multi-parties disputes) เช่น ในคดีละเมิดหรือคดีผิดสัญญา ซึ่งมีผู้ที่ได้รับความเสียหายมากมาย และเรียกร้องค่าเสียหายต่างๆ กัน

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่าการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทเป็นการเสนอข้อพิพาทให้แก่บุคคลอื่น (ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือในลักษณะของผู้แทนของสถาบันหรือองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะ) โดยผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทจะเป็นผู้เสนอแนวทางในการระงับข้อพิพาทให้คู่กรณียอมรับโดยความสมัครใจของคู่กรณีเอง

2.2.4 ปัญหาและอุปสรรคในการไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาท

ปัญหาและอุปสรรคที่ทำให้การไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จนั้นไม่แตกต่างจากปัญหาและอุปสรรคของการเจรจาต่อรองมากนัก ก็เพราะผลบังคับ (enforcement) ของการระงับข้อพิพาททั้งในรูปแบบการเจรจาต่อรองและไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่มีผลบังคับที่แน่นอนนัก ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความพร้อมรับและความพึงพอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจริงๆ ปัญหาและอุปสรรคของการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) ความแข็งกร้าวของคู่กรณี กล่าวคือคู่กรณีต่างฝ่ายต่างเน้นในจุดยืนของตนโดยไม่สนใจถึงความต้องการที่แท้จริงของฝ่ายตรงข้าม ทำให้ไม่เปิดใจที่จะเจรจาค่อยกันจนอาจเกิดความเข้าใจผิดเกิดขึ้น

(2) อารมณ์ของคู่กรณี หมายถึงอารมณ์โกรธที่เกิดจากการได้เปรียบในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ก่อให้เกิดความไม่ไว้วางใจ หรือไม่ไว้วางใจกันและกัน อารมณ์โกรธเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการหันหน้าเข้าเจรจาค่อยกัน หากคู่กรณียังคงยึดถืออารมณ์นี้เป็นอาณัติอยู่แล้ว การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทก็ยากที่จะประสบความสำเร็จลุล่วงไปได้

(3) ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดจากข้อพิพาท บางครั้งหากได้ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทที่ไม่มีความชำนาญในข้อกฎหมายของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว การตีความข้อกฎหมายของปัญหานั้น อาจทำได้ไม่ชัดเจนและทำให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนในปัญหานั้นเกินไวกว่าเดิม

(4) คู่กรณีต่างฝ่ายต่างต้องการปกป้องความลับของตนเอาไว้ บางครั้งความลับบางเรื่อง คู่กรณีแต่ละฝ่ายก็ไม่ต้องการที่จะเผยแพร่หรือแพร่หลายให้แก่คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้รับรู้ การปกป้องความลับดังกล่าวของคู่กรณีอาจทำให้เกิดอุปสรรคต่อการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เนื่องจากต่างฝ่ายต่างไม่รู้ถึงปัญหาที่แท้จริงของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ทำให้การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทจะต้อง สะดุดคุดคุด

(5) ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท ต้องใช้ความพยายามอย่างหนักในการทำให้ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเกิดความรู้สึกว่าตนเป็นผู้ชนะทั้งคู่ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความรู้สึกว่าการไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาทไม่ได้แตกต่างไปจากการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล และคู่กรณีจะไม่เห็น ความสำคัญของการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทนั้นๆ ดังนั้นถือเป็นภารกิจสำคัญของ ผู้ไกล่เกลี่ย หรือผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรับผิดชอบ

(6) การวางตัวเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย หรือผู้ประนอมข้อพิพาท หากผู้ไกล่เกลี่ยหรือ ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่วางตัวเป็นกลาง จะทำให้คู่กรณีขาดความเชื่อถือและศรัทธาในตัวผู้ทำหน้าที่ คนกลางนั้นทำให้คู่กรณีไม่มีความต้องการที่จะดำเนินการเจรจาต่อไป เพราะความไม่ไว้เนื้อเชื่อใจ ในตัวผู้ไกล่เกลี่ย หรือ ผู้ประนอมข้อพิพาทแล้วนั่นเอง

2.3 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

เป็นกระบวนการในการระงับข้อพิพาท ที่ได้รับการยอมรับมากในปัจจุบัน เพราะ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้จะทำให้ข้อพิพาทเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่าย ทั้งสามารถรักษาความลับของคู่กรณีไว้ได้ ข้อพิพาทส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับ เศรษฐกิจ การค้า การลงทุน และการอุตสาหกรรม ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขา เป็นผู้พิจารณาตัดสินชี้ขาดจึงจะเข้าใจถึงปัญหาได้อย่างถ่องแท้ เพื่อที่จะได้คำวินิจฉัยที่เหมาะสม ยุติธรรม และตรงกับธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า การตกลงระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการนี้ จะต้องทำในรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเมื่อคู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทโดยวิธี อนุญาโตตุลาการแล้ว เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวด้วยการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการขึ้นพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ไม่อาจนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาลได้³⁴

2.3.1 ความเป็นมา ความหมายและหลักการในการอนุญาโตตุลาการ

2.3.1.1 ความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

³⁴ ฉัชชา น้อยเชื้อเวียง, “ปัญหาอำนาจศาลที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์รามคำแหง, ปีการศึกษา 2541), หน้า 9.

2.3.1.1.1

ความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทโดย

อนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

(1) สมัยกรีกและโรมัน ในส่วนของความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่สามารถหาหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาขึ้นยืนยันแน่นอนได้ สังคมแรกที่มีการยืนยันว่ามีการใช้การอนุญาโตตุลาการคือสังคมชาวกรีก ตั้งแต่ศตวรรษที่ 6 ก่อนคริสตกาล มีการใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประชาชนในนครรัฐเดียวกัน และต่างนครรัฐ³⁵ และยังมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการประนอมข้อพิพาทในหมู่ชาวกรีกด้วยกัน ซึ่งในยุคนั้นยังไม่มีแบ่งแยกระหว่างการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนเหมือนในปัจจุบัน³⁶ ในสังคมชาวกรีกนี้ข้อพิพาทที่ชาวกรีกนิยมใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีมากมายหลายรูปแบบ เช่น การศาสนา การพาณิชย์ หนี้ บุกรุก ฯลฯ สำหรับข้อพิพาทระหว่างนครรัฐก็มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเช่นกัน โดยจะเป็นการระงับข้อพิพาทในเรื่อง การศาสนา การปักปันเขตแดน อาณานิคม และการชำระหนี้ ฯลฯ³⁷ ในยุคต่อมาคือยุคโรมัน มีการนำการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ซึ่งจะเห็นได้จากการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการไว้ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 5 โต๊ะที่ 7 ซึ่งบัญญัติกำหนดให้มีบุคคลที่เป็นกลางสามคนทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างที่ดินข้างเคียง³⁸ ซึ่งเป็นเรื่องการจัดอนุญาโตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาทโดยความสมัครใจของกลุ่ม แต่กฎหมายในยุคโรมันฉบับหลังๆ ได้บัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการโดยเปลี่ยนแนวความคิดจากความสมัครใจ เป็นการบังคับให้กลุ่มผู้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอยู่ภายใต้การแนะนำดูแลของเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่น ทั้งนี้ เพราะรัฐใช้อนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่ง ในการเข้าควบคุมกิจการค้าและกิจการของประชาชน อย่างไรก็ตามไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจหรือโดยมีกฎหมายบังคับ ก็

³⁵ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 21.

³⁶ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 2.

³⁷ ดิเรก ชัยนาม, ประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), หน้า 10.

³⁸ หลวงสุทริวาทนฤพุมิ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 73.

มีลักษณะบางประการเหมือนกันคือถือว่าการอนุญาตตุลาการ เป็นเรื่องของสถาบันระงับข้อพิพาท หรือเป็นวิธีพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการย่อมมีผลผูกพันคู่กรณี เว้นแต่ในกรณีที่มี ความไม่ยุติธรรมเกิดขึ้นซึ่งศาลสั่งยกเลิกได้³⁹

(2)ภาคพื้นยุโรป หลังจากสมัยกรีกและโรมัน ประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปต่างมีอคติกับการอนุญาตตุลาการ โดยมีความคิดว่ารัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทและบริหารงานยุติธรรม ดังนั้นศาลของประเทศส่วนใหญ่จึงถือทัศนคติว่า ข้อตกลงเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดนั้น เป็นการริรอนอำนาจศาล สัญญาอนุญาตตุลาการจึงใช้บังคับไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีความสำคัญในทางการค้าและความนิยมของพ่อค้าที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมากกว่าการนำคดีไปสู่ศาล ทำให้สามารถผลักดันให้มีการออกกฎหมายในประเทศต่างๆ เพื่อให้มีการยอมรับและสนับสนุนการอนุญาตตุลาการ ทัศนคติของศาลต่อการอนุญาตตุลาการก็ค่อยๆเปลี่ยนแปลงไป ยิ่งในภาวะปัจจุบันที่ศาลของหลายๆประเทศต่างประสบปัญหา ความขาดแคลนผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่จะมาทำการพิจารณาคดีและ ปัญหาคดีค้างศาลเป็นจำนวนมาก อนุญาตตุลาการจึงเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะช่วยผ่อนคลายนโยบายดังกล่าว⁴⁰

ประเทศฝรั่งเศส ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1006 ซึ่งใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงปี ค.ศ. 1925 และเป็นกฎหมายที่อีกหลายๆประเทศยึดถือเป็นแบบอย่าง ตามกฎหมายฉบับนี้ประเทศฝรั่งเศสยอมรับเฉพาะแต่สัญญาอนุญาตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนสัญญาอนุญาตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในอนาคตนั้น กฎหมายฉบับวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1925 กำหนดว่าจะต้องเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างพ่อค้าและเป็นเรื่องทางพาณิชย์เท่านั้น ต่อมาในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1980 ประเทศฝรั่งเศสได้ทำการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยยกเลิก มาตรา 1005-1028 นับแต่นั้นมา การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการก็ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายของฝรั่งเศสโดยสมบูรณ์ จนกล่าวได้ว่ากฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศฝรั่งเศสได้เจริญก้าวหน้ากว่าประเทศอื่นๆ มาก ทั้งกรุงปารีสยังเป็นที่ตั้งของหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber

³⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ, หน้า 22.

⁴⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 2.

of Commerce หรือ ICC) อันเป็นสถาบันของเอกชนที่ให้บริการทางด้านการระงับข้อพิพาททางธุรกิจด้านต่างๆ และเป็นศูนย์การอนุญาโตตุลาการที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลกด้วย⁴¹

(3) ประเทศอังกฤษ ในยุคที่มีการจัดตั้งสมาคมพ่อค้าต่างๆที่เรียกว่า “guilds” มีปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าบรรดาพ่อค้านิยมการอนุญาโตตุลาการมากกว่าที่จะดำเนินคดีฟ้องร้องกันในศาลในสมัยสมาคมพ่อค้ามีอำนาจมาก เป็นค้ำว่าการผูกขาดกิจการค้าไว้ให้แก่สมาชิกของสมาคมเท่านั้น การปกป้องผลประโยชน์ให้กับพ่อค้าที่ประกอบกิจการในเมือง และที่ส่งสินค้าไปขายต่างเมือง ตลอดจนการเข้าไปมีบทบาทในการบริหารและการปกครอง และบ่อยครั้งก็ได้เข้าไปมีบทบาทในข้อพิพาททางการค้าระหว่างเมือง จนสมาคมพ่อค้าหลายแห่งได้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้สร้างปัญหาขึ้นเองอยู่เป็นประจำ ในช่วงศตวรรษที่ 12 และ 13 สมาคมพ่อค้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาลท้องถิ่น (borough government) มีหน้าที่ในการดูแลและควบคุมการผูกขาดทางการค้า ผู้ที่จะเข้ามาเป็นสมาชิกของสมาคมจะต้องเสียค่าบำรุง จัดหาผู้ค้าประกัน และต้องปฏิบัติตามกฎของสมาคม สมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามกฎของสมาคมจะถูกขับออกจากสมาชิกภาพ ซึ่งเท่ากับว่าถูกจำกัดสิทธิในการประกอบกิจการค้าไปด้วย สมาคมเหล่านี้ ได้จัดทำกฎเกณฑ์และข้อบังคับเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างสมาชิกด้วย ซึ่งนักวิชาการอังกฤษถือว่าวิธีการระงับข้อพิพาทตามกฎของสมาคมต่างๆ ในยุคนั้นก็คือการอนุญาโตตุลาการ นั่นเอง อย่างไรก็ตามแม้ว่าในหมู่พ่อค้าจะมีวิธีการระงับข้อพิพาทเป็นของตนเอง แต่กฎหมาย คอมมอน ลอว์ ของอังกฤษ ก็ถือเป็นหลักทั่วไปว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นยกเลิกเมื่อใดก็ได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายใด นำข้อพิพาทมาสู่ศาล จึงมีผลเท่ากับประสงฆ์ที่จะยกเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายก็ไม่สามารถที่จะหยิบขกสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้นอ้างต่อศาล เพื่อให้ศาลจำหน่ายคดีหรืองดการพิจารณาคดีได้ หรือสั่งให้ไปอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือแม้กฎหมายจะไม่ได้ห้ามมอบข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ก็ไม่ได้สนับสนุน และเห็นว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจของคู่กรณีทุกฝ่าย ซึ่งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยกเลิกเสียเมื่อใดก็ได้ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะขอให้ศาลบังคับฝ่ายที่เปลี่ยนใจนั้นไปทำการอนุญาโตตุลาการไม่ได้ จึงเท่ากับว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นอันสิ้นสุดไปทันที ต่อมาในปี ค.ศ. 1746 ศาลอังกฤษเริ่มที่จะมีทัศนะว่าการตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนั้นเป็นการริดรอนอำนาจศาล ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาของอังกฤษไม่มีเงินเดือนประจำ แต่มีรายได้จากค่าธรรมเนียมความจึงไม่อยากสูญเสียรายได้ ดังนั้นสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีผลแต่เพียงเป็นเงื่อนไขว่าคู่กรณีจะฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลได้ก็ต่อเมื่อได้ผ่านการพิจารณาของ

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

อนุญาโตตุลาการมาก่อนเท่านั้น ซึ่งก็เท่ากับว่าในทางปฏิบัตินั้นอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจแต่เพียงชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง ส่วนปัญหาข้อกฎหมายนั้นยังคงเป็นอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยและตัดสิน แม้ในปัจจุบันอังกฤษจะได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายของอังกฤษ ก็ยังให้อำนาจศาลในการเข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวาง⁴²

(4) ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายในระยะแรกๆ ของสหรัฐอเมริกาก็เดินตามแนวของกฎหมายอังกฤษ คือมีทัศนะว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลเป็นการรื้อถอนอำนาจของศาลและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง สามารถยกเลิกได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในระยะต่อมาทัศนียะนี้ก็เริ่มเปลี่ยนแปลงไปมลรัฐต่างๆ ได้ตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลบังคับได้ และจะยกเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อ ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีทุกฝ่าย กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจึงมีลักษณะที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ แม้ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1920 กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่จำกัดอยู่เพียงว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ศาลจะบังคับได้จะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น คงมีแต่มลรัฐเพนซิลเวเนียที่ยอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในอนาคตด้วย ซึ่งต่อมากฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กก็เดินตามแนวนี้และมลรัฐอื่นๆ ก็ลอกเลียนแบบอย่างกฎหมายนิวยอร์ก และในที่สุดรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาก็ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นฉบับหนึ่ง คือ The United States Arbitration Act 1926 ซึ่งเดินตามกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก⁴³

2.3.1.1.2 ความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรในประเทศไทยฉบับแรกคือ “พระโอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068” ซึ่งได้บัญญัติขึ้นใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายมนูธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย และได้มีการนำกฎหมายนี้มาคัดลอกไว้ในกฎหมายตราสามดวงที่ไ้ใช้กันมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น กฎหมายตราสามดวงได้บัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ โดยเรียก “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของตุลาการ (กระลาการ) คือเป็นตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น และจะตัดสินความผิดถูกอย่างไร ก็ไม่มีโทษ ซึ่งต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง เมื่อ “อนุญาโตตุลาการ” ตัดสินอย่างไร

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้⁴⁴ กฎหมายตราสามดวงใช้บังคับเรื่อยมาจนถึง สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้กฎหมายไทย นั้นทัดเทียมกับอารยประเทศในตะวันตก โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั้นได้นำไป บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 115 หมวดที่ 16 มาตรา 116-121 โดยจำกัดบทบาทของอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างเคร่งครัด เช่นเดียวกับ กฎหมายอังกฤษในช่วง ศตวรรษที่ 17-18 นอกจากนั้นศาลไทยยังมักมองว่าอนุญาโตตุลาการเป็นคู่แข่งที่ไม่ยอมรับง่าย ๆ ต่อมา ร.ศ.127 (พ.ศ. 2451) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 127 โดยไม่ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 115 แต่ก็มีการบัญญัติเรื่อง อนุญาโตตุลาการไว้ในหมวด 15 มาตรา 108-114 ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติกระบวน วิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 115 เพียงแต่เพิ่มเติมเล็กน้อยในส่วนเหตุที่จะอุทธรณ์คำพิพากษา หลังจากมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่ง พ.ศ. 2477 เมื่อ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 115 และ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 127 ไป โดยบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 210-222 ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลและการอุทธรณ์ คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล แต่ก็ไม่ได้มีการบัญญัติอย่างละเอียดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ นอกศาล⁴⁵

ปัจจุบันความนิยมในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในทางธุรกิจ มีมากยิ่งขึ้น กอปรกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกในสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ หลายฉบับ เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการบังคับใช้และความมั่นใจในทางปฏิบัติ จึงมีการตรา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยมีผลบังคับตั้งแต่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530⁴⁶ และ มี การแก้ไขล่าสุดเมื่อ 23 เมษายน พ.ศ. 2545 เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโต- ตตุลาการของประเทศอื่น โดยนำกฎหมายแม่บทว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมาย การค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) มาเป็นหลักในการแก้ไข พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

⁴⁴ อนันต์ จันทร โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 6-7.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-9.

โดย มาตรา 221 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “การเสนอข้อพิพาท ให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนอกศาล ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ” ซึ่งปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้นนั่นเอง

2.3.1.2 ความหมายของอนุญาตตุลาการ

คำว่า “อนุญาตตุลาการ” มีผู้ให้ความหมายดังนี้

(1) พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2493 ให้ความหมายว่า “ผู้ชำระตัดสินในข้อพิพาท ซึ่งทั้งโจทก์และจำเลย ยินยอมพร้อมใจกัน ตั้งให้ว่ากล่าว”

(2) พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2525 ให้ความหมายว่า “บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งเพื่อตัดสินข้อพิพาท”

(3) พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2542 ให้ความหมายว่า “บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินในข้อพิพาท หรือบุคคลคนเดียวหรือหลายคน ที่คู่กรณีในสัญญาอนุญาตตุลาการตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้ชี้ขาด”⁴⁷

(4) Black’s Law Dictionary (5th ed.) อธิบายศัพท์คำนี้ว่า “อนุญาตตุลาการเป็นการเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นกลาง และได้รับคัดเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาทโดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อได้มีการพิจารณาคดีโดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน”⁴⁸

(5) Encyclopedia of Laws of England (พจนานุกรมกฎหมายอังกฤษ) ให้ความหมายของ อนุญาตตุลาการไว้ว่า “การอนุญาตตุลาการ (Arbitration) เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาท โดยการตัดสินใจของคนคนหนึ่ง หรือ มากกว่า ที่เรียกว่า อนุญาตตุลาการ (Arbitrator) ที่ไม่ใช่การตัดสินของศาลโดยปรกติ”⁴⁹

⁴⁷ ณิชชา น้อยเชื้อเวียง, “ปัญหาอำนาจศาลที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาของ อนุญาตตุลาการ”, หน้า 10.

⁴⁸ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 10.

⁴⁹ เอนก ศรีสนธิ, “การตั้งอนุญาตตุลาการ”.รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่าง ประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกา เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 31.

(6) Rene David (Arbitration in International Trade ; 1985) ได้ให้คำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคนให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐและจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณา วินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น⁵⁰

(7) Cameron K. Wehringer ให้ความหมายว่า “การอนุญาโตตุลาการหมายถึง การระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันโดยสมัครใจเป็นการล่วงหน้า เพื่อยื่นข้อพิพาทให้บุคคลที่เป็นกลางทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยที่คู่กรณียอมรับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีทุกฝ่าย⁵¹

(8) ศ.เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ให้ความหมายว่า “การอนุญาโตตุลาการหมายถึง การระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด”⁵²

(9) ร.ศ.พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร ให้ความหมายคำว่า การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ว่า “เป็นกระบวนการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจจะมีมากกว่าสองฝ่ายด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายประเทศนั้นๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้า หรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้ เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้น ย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้เกิดขึ้น ในประเทศนั้นๆก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การ

⁵⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 10.

⁵¹ Cameron K. Wehringer, Arbitration Precepts and Principles (New York: Oceana Publications, 1969), p. 3.

⁵² เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 10.

อนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมาย แต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา เรื่องที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตัดสิน อาจเป็นเรื่องข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงหรือทั้งสองอย่าง ข้อสำคัญคือ ต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว กระทำการใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาท เพียงเพื่อประเมินราคา ประเมินคุณภาพ หรือรับรองคุณภาพนั้น ไม่ใช่อนุญาโตตุลาการ”⁵³

2.3.1.3 หลักการของอนุญาโตตุลาการ

จากความหมายทั้งหมดนี้ สามารถสรุปหลักการของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ดังนี้⁵⁴

(1) อนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้นๆ

(2) บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องไม่ใช่เป็นบุคคลใดของคู่กรณีแต่ละฝ่าย ดังนั้นบุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ จึงจะต้องเป็นบุคคลนอกซึ่งเป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งท่าน หรือ มากกว่าก็ได้ โดยได้รับคัดเลือกจากคู่กรณี หรือ ได้รับการแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีตกลงกันได้ หรือ ตามที่กฎหมายกำหนด ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดๆ โดยเฉพาะ

(3) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจะกระทำเกินขอบอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่กรณีในสัญญาจะมีเสรีภาพในการตกลงกันมากน้อยเพียงใดเป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศ

(4) อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณา (Judicial way) แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องผูกติดกับตัวบทกฎหมาย วิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการคือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาล อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณา

⁵³ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545 พิมพ์ครั้งที่ 4), หน้า 19.

⁵⁴ เอนก ศรีสนิท. “การตั้งอนุญาโตตุลาการ”, รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และ คำพิพากษาศาลฎีกา เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1, หน้า 31-33.

และชี้ขาดไปตามหลักแห่งความยุติธรรม เป็นต้นว่าให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และจะต้องชี้ขาดโดยการรับฟังน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่กรณีทุกฝ่าย

(5) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท อันเป็นระบบเอกชน ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่างๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนให้มากที่สุด เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณา การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วจะถือว่าถึงที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์กรของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือศาล ให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

(7) การพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปรกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับเพียงกรณีที่จำเป็น เพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญา เพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีและเพื่อจะบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ และเมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่ส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยในทางปฏิบัติแล้ว การนำคำชี้ขาดไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับ จึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศบังคับ

2.3.2 ทฤษฎีที่นำมาอธิบายหลักในการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ มีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และอำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด (Award) ตลอดจนจนถึงการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมี 4 ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องดังนี้⁵⁵

2.3.2.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory) ทฤษฎีนี้ถือว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่จะควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ถึงแม้ว่า อนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นจากความสมัครใจของคู่กรณีก็ตาม แต่ทฤษฎีนี้ถือว่าการใดๆ ของอนุญาโตตุลาการ ล้วนขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามคำชี้ขาด ดังนั้นหากไม่มี

⁵⁵ อนันต์ จันทโรภากร, “ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ”, รวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และ คำพิพากษาศาลฎีกา เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 21-26.

กฎหมายของรัฐใดที่จะนำมาใช้บังคับในฐานะที่เป็น “applicable law” อนุญาโตตุลาการก็จะไม่มี ความหมายและไม่มีผลบังคับตามกฎหมายแต่ประการใด เพราะโดยหลักการระงับข้อพิพาท เป็น หน้าทีของรัฐ ซึ่งมีองค์กรของรัฐคือศาล และมีระบบงานยุติธรรมที่จะเอื้ออำนวยแก่ประชาชนทุก คน ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งอยู่แล้ว การที่ประชาชนจะนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการซึ่ง ขาคานั้นจึงเป็นไปภายในขอบเขตที่กฎหมายรับรองเท่านั้น

ทฤษฎีนี้ชี้ให้เห็นว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยลำพังไม่สามารถบังคับได้ แต่จะต้องอาศัยอำนาจรัฐ ซึ่งได้แก่ ศาล ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามคำชี้ขาดนั้นประเทศที่ ยึดถือทฤษฎีนี้ได้แก่ ประเทศสังคมนิยมซึ่งอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านี้ผู้คิดค้นหลักการคำ ขของรัฐบาล และมีลักษณะเป็นสถาบันรัฐไม่ใช่สถาบันเอกชน

2.3.2.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ทฤษฎีนี้ถือว่าอนุญาโตตุลาการเป็น เรื่องของสัญญา เกิดขึ้นโดยอาศัยความตกลงของคู่กรณี คู่กรณีมีสิทธิเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการเลือก รูปแบบ กำหนดเวลา สถานที่ วิธีพิจารณา และยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพัน ในทางสัญญา (binding contractual force) และสมัครใจที่จะปฏิบัติตามขอบเขต อำนาจและหน้าที่ ของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี โดยปฏิเสธอำนาจรัฐในการแทรกแซง อนุญาโตตุลาการ โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาของคู่กรณีและเป็นความสมัครใจ ไม่ใช่เรื่องของรัฐในการให้อำนาจ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ในสถานะ เดียวกับสัญญา ซึ่งคู่กรณีมีเสรีภาพในการตกลงกันได้ตามความสมัครใจ โดยที่กฎหมายลักษณะ นิติกรรมและสัญญาก็ยอมรับในหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา อยู่แล้ว แม้ทฤษฎีนี้จะไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง เนื่องจากศาลอาจจะไม่ยอมรับหรือ บังคับตามคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นเดียวกับนิติกรรม สัญญาโดยทั่วไปได้ แต่ก็ถือว่าศาลไม่มีสิทธิแทรกแซง แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการได้

2.3.2.3 ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory) ทฤษฎีนี้พัฒนาขึ้นโดย ศาสตราจารย์ซอเซอร์ ฮอลล์ (Professor Sauser Hall) โดยท่านอธิบายว่า อนุญาโตตุลาการ ไม่สามารถที่จะตัดขาดออกจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศที่จะต้องอิงอยู่กับกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่ง เพื่อพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของ อนุญาโตตุลาการและผลบังคับของคำชี้ขาด ในขณะที่เดียวกันก็ยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่อง ของสัญญาซึ่งเกิดจากความตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีก็มีสิทธิในการกำหนด บุคคลที่จะทำหน้าที่ เป็นอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี โดยถือว่า 2 ทฤษฎีแรกไม่ได้มีความขัดแย้งกัน เพราะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายเอกชนและมหาชน ซึ่งมีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณา และเป็นสัญญา (Procedural and Contractual Features)

2.3.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory) ทฤษฎีนี้นำเสนอโดย Madame Rubellin Devichi ท่านเชื่อว่าอนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นมาจากบรรดานักธุรกิจที่ต่างก็เห็นว่าเป็นวิธีการที่สะดวกและเหมาะสมที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาท โดยการดำเนินการทางธุรกิจเกิดขึ้นก่อนกฎหมาย กฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่ตามมาทีหลังเพื่อรองรับแนวปฏิบัติที่มีอยู่แต่เดิมแล้ว เสรีภาพของคู่กรณีที่จะตกลงกันเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับปัญหาข้อพิพาทและวิธีพิจารณาเป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับใช้นั้นไม่ใช่เพราะสถานะทางสัญญาหรือการมอบอำนาจของรัฐแต่เกิดจากความจำเป็นที่จะให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ ดังนั้นลักษณะของอนุญาโตตุลาการจะต้องดูจากวัตถุประสงค์ของการใช้ทฤษฎีความเป็นเอกเทศมองอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของมันเองว่า อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่อะไร มีเป้าหมายอย่างไร ส่วนกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องเป็นแต่เพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือให้อนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างดี ผลจากทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง (Denationalized Arbitration) และยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ทั้งในเรื่องของกฎหมายที่จะบังคับใช้ วิธีพิจารณา ตลอดจนรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ ทั้งยังไม่ถูกผูกมัดกับหลักกฎหมายขัดกัน

2.3.3 วิธีการและรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

2.3.3.1 วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา และเรื่องของกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจาก การอนุญาโตตุลาการ เกิดขึ้นโดยอาศัยความสมัครใจของคู่กรณี ทุกฝ่ายทำการตกลงกันว่าจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ ซึ่งอาจจะตกลงกันได้แต่ต้นพร้อมกับการทำนิติกรรมสัญญาอันเป็นมูลเหตุแห่งข้อพิพาทนั้น โดยทำเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) บรรจุไว้ในสัญญาหลัก (principle contract) หรืออาจจะตกลงกันในภายหลัง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ได้⁵⁶

ในเรื่องของสัญญานี้ เดิมมีแนวความคิดว่าแม้จะได้มีการตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ต่อมาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนใจประสงค์จะยกเลิกข้อตกลงดังกล่าว โดยไม่ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว และกลับนำคดีมาฟ้องศาลก็ถือเป็นสิทธิของคู่กรณีฝ่ายนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายจะขอให้ศาลบังคับให้กลับไประงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก่อนไม่ได้

⁵⁶ อนันต์ จันทร โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 12.

หรือทำได้มากที่สุดเพียงการฟ้องร้องต่อศาลว่าคู่กรณีอีกฝ่ายผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการ แล้วเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญา ในระยะต่อมาแนวความคิดแบบเดิมนี้อาจเปลี่ยนไปเนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ มักจะเป็นเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการค้าและธุรกิจ ซึ่งต้องการความรวดเร็วและแน่นอนในการระงับข้อพิพาท การที่คู่กรณีตกลงจะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีก็มักจะหวังว่าจะมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้กันจริง โดยอาศัยความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ แนวความคิดจึงเปลี่ยนแปลงไปเป็นว่าเมื่อคู่กรณีตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีจะเปลี่ยนแปลงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายไม่ได้ หากมีการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล ศาลก็จะจำหน่ายคดี หรือบังคับให้ไปอนุญาโตตุลาการกันก่อน ดังที่จะเห็นได้ว่ามีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958)⁵⁷

ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องกระบวนการในการวินิจฉัยและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท (Judiciary character) กระบวนพิจารณาในทางอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถแยกเด็ดขาดออกจากศาลได้ ยังต้องอาศัยความช่วยเหลือจากศาลในเรื่องต่างๆ เช่น การออกหมายเรียกพยาน การคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณา การบังคับตามคำชี้ขาด เป็นต้น อนุญาโตตุลาการจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ จึงมีหลักว่าศาลจะไม่รื้อฟื้น หรือทบทวน (review) สารของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง หรือปัญหาข้อกฎหมายอันเป็นประเด็นแห่งคดี ศาลเพียงมีหน้าที่ในการตรวจสอบว่าชอบด้วยกระบวนการพิจารณา หรือความชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น⁵⁸

ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น การตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นเรื่องของความสมัครใจของคู่กรณีตามทฤษฎีว่าด้วยสัญญา วิธีการระงับข้อพิพาทจึงเป็นเรื่องของความตกลงกันว่าจะให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยวิธีการใด โดยอาจจะเป็นวิธีการที่คู่กรณีกำหนดขึ้นเอง หรืออ้างอิงวิธีการระงับข้อพิพาทของสถาบันที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการสถาบันใดสถาบันหนึ่ง หรืออ้างอิงตามกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายแม่แบบ (Model law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) แล้วแต่คู่กรณีจะตกลงกัน

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13-14.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

ณ ที่นี้ ผู้เขียนขอแนะนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตาม ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ และวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อให้ทราบถึงวิธีการหลักๆ ของการระงับข้อพิพาท โดยวิธีนี้

2.3.3.1.1 ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC) เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ถือว่าเป็นข้อบังคับที่ได้รับความนิยมมากที่สุด และมักจะถูกอ้างอิงในสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีมากกว่าข้อกำหนดของสถาบันอื่นที่เกิดขึ้นภายหลัง เนื่องจาก ICC เป็นสถาบันที่ก่อตั้งขึ้นโดยนักธุรกิจโดยตรง จากกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรป ตั้งแต่ปี ค.ศ.1919 โดย ICC ทำหน้าที่สนับสนุนช่วยเหลือให้กิจการค้าขายของโลก ขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวาง และรวดเร็ว ช่วยลดทอนความเสี่ยงในทางการค้าตามข้อบังคับของ หอการค้านานาชาติ จะมียุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการอยู่ 2 องค์ด้วยกัน ได้แก่

(1) ศาลอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) ซึ่งประกอบไปด้วย อนุญาโตตุลาการ 1 หรือ 3 คน แล้วแต่คู่กรณี หรือ ศาลอนุญาโตตุลาการ เลือก โดยจะทำหน้าที่ พิจารณาชี้ขาดว่า คู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหา นั้น ถูกหรือผิดตามข้อกล่าวหาหรือไม่

(2) ศาลอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce Court of Arbitration) ซึ่งจะทำหน้าที่กำกับดูแลเพื่อให้อนุญาโตตุลาการของสภา อนุญาโตตุลาการนำข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ ไปปรับกับข้อพิพาทในแต่ละเรื่องให้ถูกต้อง และยุติธรรมตามสมควรแก่เรื่อง นอกจากนี้ยังทำหน้าที่ในการจัดหาหรือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การคัดเลือกอนุญาโตตุลาการ การกำหนดสถานที่พิจารณา รวมทั้งพิจารณาว่าคำชี้ขาดที่ อนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นนั้นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ทั้งนี้หน้าที่ของศาลจะต้องไม่กระทบต่อ ความเป็นอิสระในการพิจารณาและชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยศาลจะไม่มีหน้าที่ในการชี้ขาด ข้อพิพาทแต่อย่างใด⁵⁹

⁵⁹ สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล, “ข้อนำรู้บางประการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทตามข้อบังคับ ของหอการค้านานาชาติ”, รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และ คำ พิพากษาศาลฎีกา เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1 , (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535), หน้า 140-142.

ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ ได้วางหลักเกณฑ์ไว้หลายประการด้วยกันเกี่ยวกับวิธีการในการพิจารณาและทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้⁶⁰

(1) คู่กรณีที่ประสงค์จะให้หอการค้านานาชาติ เป็นผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหนังสือร้องขอผ่านสำนักเลขานุการศาลอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ โดยคำร้องขอนั้นต้องระบุการเรียกร้องของผู้ร้องขอและจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย

(2) สำนักเลขานุการศาลอนุญาโตตุลาการ จะส่งสำเนาคำร้องขอนั้นไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ทำคำโต้แย้ง ตลอดจนแต่งตั้งหรือกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับจากวันที่ได้รับสำเนาคำร้องขอนั้น ในกรณีที่ไม่มียื่นคำให้การโต้แย้งภายในกำหนด ศาลอนุญาโตตุลาการอาจให้ดำเนินการพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียว

(3) เมื่อสำนักเลขานุการศาลอนุญาโตตุลาการ ได้รับคำให้การจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็จะจัดส่งเอกสารทั้งหมดให้แก่สภาอนุญาโตตุลาการ

(4) เมื่อสภาอนุญาโตตุลาการ ได้รับเอกสารจากศาลอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะต้องทำรายงานอ้างอิง (Terms of Reference) ขึ้น โดยระบุรายละเอียดที่จำเป็นต่างๆ เกี่ยวกับชื่อและที่อยู่ของคู่กรณี ข้อเรียกร้อง และประเด็นข้อพิพาท สถานที่พิจารณาและรายละเอียดอื่นที่เห็นว่าเกี่ยวข้องหรือจำเป็นในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

(5) อนุญาโตตุลาการ จะต้องพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่ลงชื่อในรายงานอ้างอิง

(6) กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ ให้ถือเจตนาของคู่กรณีเป็นหลัก หรือหากไม่ได้ระบุไว้ หรือมีความขัดแย้งกัน ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ค้นหากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องของกฎหมายขัดกัน แต่การใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะอาจจะส่งผลให้ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้

(7) ในกรณีที่คู่กรณีสามารถทำความตกลงกันได้ ภายหลังจากที่ได้เสนอเรื่องไปยังอนุญาโตตุลาการแล้ว ข้อตกลงนั้นจะทำในรูปของคำชี้ขาดโดยความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ได้

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 143-144.

(8) ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการนั้นมี 3 คน และคะแนนเสียงนั้นไม่เป็นเอกฉันท์ คำชี้ขาดนั้นจะต้องถือตามเสียงข้างมาก แต่ในกรณีที่ไม่สามารถชี้ขาดตามเสียงข้างมากได้ ก็จะถือตามคำชี้ขาดของประธานสภาอนุญาโตตุลาการ

(9) คำชี้ขาดจะต้องระบุค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นค่าปฎิการของอนุญาโตตุลาการเอง หรือ ค่าใช้จ่ายในการพิจารณาและทำคำชี้ขาด รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นๆ ทั้งต้องระบุลงไปให้ชัดเจนด้วยว่าคู่กรณีฝ่ายใดจะต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายเหล่านั้น โดยลำพังผู้เดียวหรือเป็นสัดส่วน ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการจะแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายนั้นๆ ทราบก่อนที่จะแจ้งเกี่ยวกับรายละเอียดของคำชี้ขาดให้แก่คู่กรณีนั้นๆ

(10) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตามข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ นั้น ถือว่าเป็นที่สุด ไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปได้

3.3.1.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เกิดขึ้นจากการนำเอากฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nation on International Trade Law หรือ UNCITRAL) มาเป็นต้นแบบในการยกร่างและปรับเปลี่ยนบางส่วนให้สอดคล้องกับกฎหมายไทย แต่โดยหลักการสำคัญพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ยังคงได้รับแนวความคิดและอิทธิพลจากกฎหมายแม่แบบอย่างครบถ้วน⁶¹

ดังที่กล่าวข้างต้น วิธีการการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นสิทธิอย่างเต็มที่ของคู่กรณีในอันที่จะตกลงกัน กำหนดกระบวนการพิจารณาที่จะทำในแต่ละขั้นตอน หรือหากต้องการให้คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการอย่างไรก็สามารถกระทำได้ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หมวดที่ 4 ว่าด้วยวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ก็ได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระของคู่กรณีไว้อย่างชัดเจน โดยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลง หากในกรณีใดที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ หรือไม่สามารถหาข้อสรุปร่วมกันได้ จึงจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดวิธีการ หรือหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 สามารถสรุปได้ดังนี้⁶²

(1) การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องให้คู่กรณี ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และต้องให้โอกาสคู่กรณีนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของตนได้

⁶¹ สรวิส ลิมปรั้งยี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่น นอกจากศาล, หน้า 35.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาท โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสคู่กรณีนำเสนอ พยานหลักฐานได้เท่าที่จำเป็นเมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งข้อพิพาท (มาตรา 25 พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

(2) คู่กรณีย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาไปอย่างไรก็ได้ โดย คู่พิพาทอาจจะมอบหมายให้บุคคลที่สาม หรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง เช่น สถาบัน อนุญาโตตุลาการ เป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาแทน ซึ่งการตกลงกำหนด กระบวนการพิจารณาโดยคู่กรณี รวมถึงการที่คู่กรณีตกลงกำหนดให้ดำเนินการตามข้อบังคับอนุญาโต- ตุลาการด้วย ในกรณีนี้ต้องถือว่าข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงระหว่าง คู่กรณี และต้องดำเนินการตามที่ข้อบังคับกำหนด (มาตรา 6 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

(3) การกำหนดสถานที่ อาจจะตกลงไว้ในสัญญาแต่แรก หรือตกลงกันใน ภายหลังเมื่อเกิดข้อพิพาทก็ได้ แต่หากไม่ได้ตกลงกันคณะอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดสถานที่ ที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาเองได้ โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่กรณี (มาตรา 26 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

(4) การกำหนดภาษา คู่กรณีอาจจะตกลงกำหนดภาษาที่ใช้ในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ได้ แต่หากไม่ได้ตกลงกันคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็น ผู้กำหนด (มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

(5) การที่คณะอนุญาโตตุลาการ จะสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณา จนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้จำเป็นต้องมีการแสดงประเด็นที่พิพาทกันให้ชัดเจน เพื่อคณะอนุญาโตตุลาการ จะสามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้อย่างถูกต้องตรงตามประเด็นพิพาท ฝ่ายที่เรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการ กำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องทำการอย่างหนึ่งอย่างใด จะต้องยื่นเอกสารที่เรียกว่า “ข้อเรียกร้อง หรือ คำเสนอข้อพิพาท” (statement of claims) ต่ออนุญาโตตุลาการ (มาตรา 29 พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545) ส่วนอีกฝ่ายจะต้องยื่นเอกสารที่เรียกว่า “คำคัดค้าน” (statement of defense) คล้ายการยื่นคำฟ้อง และทำให้การในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล โดยคู่กรณี จะยื่นข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านพร้อมบัญชีระบุพยานที่ประสงค์จะอ้างไปด้วยกันได้

(6) การสืบพยานในชั้นอนุญาโตตุลาการนี้ ไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้อง ทำในรูปแบบหนึ่งรูปแบบใด หากคู่กรณีไม่ได้กำหนดวิธีการสืบพยานไว้เป็นการเฉพาะแล้ว อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจกำหนดรูปแบบการสืบพยานขึ้นเองได้ (มาตรา 30 พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

(7) การเลือกกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการ นำมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาท อาจแบ่งเป็น 2 กรณี หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration)

ซึ่งคู่กรณีเป็นคนสัญชาติไทยด้วยกัน และเรื่องที่พิพาทเกี่ยวพันเฉพาะประเทศไทยพึงใช้กฎหมายไทยในการบังคับใช้ แต่หากเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งคู่กรณีอาจจะมีสัญชาติแตกต่างกัน หรือ เรื่องที่พิพาทเกี่ยวพันกับหลายประเทศ ให้อนุญาโตตุลาการต้องเลือกกฎหมายของประเทศต่างๆ ตามหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws) (มาตรา 34 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

(8) คู่กรณีอาจจะตกลงกันกำหนดให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตาม “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม” (Ex aequo et bono or As Amiable Compositeur) (มาตรา 34 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545) หลักดังกล่าวให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท โดยไม่ต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยเฉพาะและสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ตนเห็นว่า เป็นธรรมต่อคู่พิพาทมากที่สุดเมื่อคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่แวดล้อมข้อพิพาทนั้น⁶³

(9) การลงมติทำคำชี้ขาด ต้องเป็นไปตามเสียงข้างมากของคณะอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 35 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

(10) กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง เมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดในข้อพิพาทที่เสนอ หรือด้วยเหตุอื่น ได้แก่

(10.1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้อง ขอลอนข้อเรียกร้อง

(10.2) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา

(10.3) คณะอนุญาโตตุลาการ เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ (มาตรา 38 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

จากวิธีการและขั้นตอนของอนุญาโตตุลาการที่กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการถือว่ามีความสลับซับซ้อนมากกว่าบรรดากระบวนการระงับข้อพิพาทที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และมีลักษณะหลายประการใกล้เคียงกับการดำเนินคดีในศาล แต่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็มีความยืดหยุ่นมากกว่า และเปิดโอกาสให้คู่กรณีเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทได้ด้วยความสมัครใจ และแม้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคนกลางคล้ายกับกรณีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ย หรือประนอมข้อพิพาทก็ตาม แต่ภาระหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกับผู้ไกล่เกลี่ยมาก เพราะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหาใช่เพียงความเห็นที่คู่กรณีจะปฏิบัติตาม

⁶³ สรวิศ ลิ้มปริงยี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล, หน้า 101.

หรือไม่ก็ได้ด้วยการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยไม่ แต่กลับมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม⁶⁴

2.3.3.2 รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการอาจทำได้ 2 รูปแบบ ดังนี้⁶⁵

2.3.3.2.1 การอนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน (Institutional Arbitration)

ปัจจุบัน มีสถาบันที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการมากมาย ตั้งแต่ข้อพิพาททางธุรกิจภายในประเทศจนถึงระดับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ ทั้งในองค์กรที่ให้บริการระงับข้อพิพาททั่วไปและข้อพิพาทเฉพาะด้านการค้าและธุรกิจประเภทนั้นๆ สถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ไม่ได้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการคือพิจารณาข้อพิพาทโดยตรง แต่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะทางด้านการบริหารงาน โดยสถาบันแต่ละแห่งจะมีรายชื่อของบุคคลที่ยินดีจะทำหน้าที่ดังกล่าว และเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถและมีเชี่ยวชาญทางด้านต่างๆ ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ไว้ให้คู่กรณีเลือก โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่สถาบันร่างขึ้นเองหรือนำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมาใช้ ข้อบังคับดังกล่าวจะช่วยอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีได้เป็นอย่างดี ข้อบังคับจะมีรายละเอียดต่างๆ ที่จำเป็นตั้งแต่เริ่มเสนอข้อพิพาท เวลาสถานที่ในการพิจารณา วิธีพิจารณา สิทธิของคู่กรณี อำนาจของอนุญาโตตุลาการ การทำคำชี้ขาด รูปแบบคำชี้ขาด กฎหมายที่ใช้บังคับกับการพิจารณาและคำชี้ขาด ฯลฯ นอกจากนั้นสถาบันอนุญาโตตุลาการก็จะมีเจ้าหน้าที่บริหารเพื่อคอยอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีที่ใช้บริการ เช่น การจัดหาสถานที่อำนวยความสะดวกในการเป็นตัวกลางติดต่อระหว่างคู่กรณี ออกเอกสาร และส่งเอกสารเพื่อความสะดวกในการชี้ขาดข้อพิพาท⁶⁶

สถาบันอนุญาโตตุลาการ มีหลายประเภทดังนี้⁶⁷

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-7.

⁶⁵ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 25-31.

⁶⁶ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 38-39.

⁶⁷ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 25-31.

2.3.3.2.1.1 สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยทั่วไป ก่อตั้งโดยความร่วมมือระหว่างรัฐ องค์กรระหว่างประเทศ หรือจากภาคเอกชนจากประเทศต่างๆ เพื่ออำนวยความสะดวกในทางการค้าและการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ สถาบันต่างๆ เหล่านี้จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐใดรัฐหนึ่ง แม้ว่าจะมีสำนักงานใหญ่อยู่ ณ ประเทศใด ก็ไม่ได้หมายความว่า จะมีความสัมพันธ์กับประเทศนั้นเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ตามจะต้องเคารพกฎหมาย รวมทั้งความสงบเรียบร้อยของประชาชนของรัฐที่สถาบันนั้นตั้งอยู่ในดินแดนในส่วนที่เกี่ยวข้อง

สถาบันอนุญาโตตุลาการ อาจจะเป็นสถาบันที่ก่อตั้งโดยกฎหมายระหว่างประเทศ หรืออาจเป็นสถาบันที่ไม่ได้ก่อตั้งตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ที่จัดว่าเป็นสถาบันระหว่างประเทศก็เพราะลักษณะโครงสร้างทางองค์กร สมาชิกภาพ และบทบาทที่มีต่อธุรกิจระหว่างประเทศ หรืออาจเป็นสถาบันที่มีเครือข่ายในด้านบริการในหลายๆ ประเทศ ทั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการ อาจจะถูกจัดเป็นหลายระดับทั้งในระดับโลก ระดับภูมิภาค หรือระดับความร่วมมือแบบทวิภาคี (bilateral agreement) ตัวอย่างของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น

(1) สถาบันที่ก่อตั้งโดยกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for the Settlement of Investment Disputes หรือ ICSID) ก่อตั้งเมื่อ ค.ศ. 1965 โดยอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States)

(2) สถาบันที่ไม่ได้ก่อตั้งตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ที่จัดว่าเป็นสถาบันระหว่างประเทศก็เพราะลักษณะโครงสร้างทางองค์กร สมาชิกภาพ และบทบาทที่มีต่อธุรกิจระหว่างประเทศ เช่น หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC) ก่อตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1919 โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการค้าและความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อส่งเสริมบทบาทของวิสาหกิจเอกชน (Private Enterprise) และเพื่อพัฒนาและปรับปรุงสภาพแวดล้อมให้เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ หรือองค์กรผลิตภัณฑ์ผ้าขนสัตว์ระหว่างประเทศ (International Wool Textile Organization) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองเบรดฟอร์ด สหราชอาณาจักร โดยให้บริการอนุญาโตตุลาการทางก้านการค้าผ้าขนสัตว์

(3) สถาบันอนุญาโตตุลาการในระดับภูมิภาค เช่น คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการของสแกนดิเนเวียสำหรับการค้าหนังสัตว์ (The Scandinavian Arbitration Board for Hides and Skins) ใช้ในกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ

ระหว่างอเมริกัน (The Inter-American Commercial Arbitration Commission) ซึ่งมีเขตอำนาจในระหว่างทวีปอเมริกาเหนือ กลาง และใต้ ศูนย์อนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ของคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายแห่งเอเชียและแอฟริกา (Centre for Commercial Arbitration of the Asian and Africa Legal Consultative Committee) เป็นต้น

(4) สถาบันระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความร่วมมือแบบทวิภาคี เช่น ข้อตกลงระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างไทยกับญี่ปุ่น โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Thai-Japanese Arbitration Agreement) ซึ่งได้ทำการตกลงเมื่อ วันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2518 (ค.ศ. 1975) โดยให้การระงับข้อพิพาททำขึ้น ณ สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย หรือที่สมาคมอนุญาโตตุลาการการค้าญี่ปุ่น ขึ้นอยู่กับว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นวิสาหกิจในประเทศใด⁶⁸

2.3.3.2.1.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ซึ่งในแต่ละประเทศมักจะมีสถาบันอย่างน้อยหนึ่งแห่งให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการ โดยสถาบันเหล่านี้ อาจเป็นสถาบันที่ให้บริการทางด้านนี้โดยเฉพาะ และให้บริการสำหรับข้อพิพาททางธุรกิจทั่วไป ทั้งภายในประเทศและที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ โดยอาจจะเป็นหน่วยงานของรัฐหรืออาจก่อตั้งขึ้นโดยเอกชน ในประเทศไทยสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม เป็นหน่วยงานของรัฐ และมีสภาหอการค้าไทยเป็นหน่วยงานของเอกชน ในต่างประเทศ เช่น American Arbitration Association (AAA) ของ สหรัฐอเมริกา, Chamber Arbitration de Paris ของประเทศฝรั่งเศส, London Court of International Arbitration ของสหราชอาณาจักร หรือ Japan Commercial Arbitration ของประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ เหล่านี้ มีหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับเป็นของตนเอง เมื่อคู่กรณีตกลงใช้บริการของสถาบันใดก็จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของสถาบันนั้น โดยปรกติแล้วสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทของสถาบันก็มักจะร่างขึ้นภายในกรอบของกฎหมายของแต่ละประเทศ

2.3.3.2.2 การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่สถาบัน (Ad hoc Arbitration) คู่กรณีสามารถจัดตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นเองโดยไม่พึ่งพาการระงับข้อพิพาท โดยผ่านสถาบันหรือองค์กรใดๆ ก็ได้ คู่กรณีจะตั้งอนุญาโตตุลาการ กำหนดขั้นตอนและรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ และ ให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน เมื่อคู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจะพิจารณาข้อพิพาทตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอ

⁶⁸ กิจจา วัฒนสินธุ์, อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ วันที่ 17 มีนาคม 2523 (กรุงเทพมหานคร), หน้า 272.

โดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่คู่กรณีกำหนด หรือคู่กรณีอาจจะระบุให้ใช้กฎข้อบังคับ อนุญาโตตุลาการของสถาบันใด หรืออาจจะเป็นไปตามดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการเอง แต่จะต้อง ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการและต้องให้ความยุติธรรมทั้งยังต้อง ให้โอกาสแก่คู่กรณีทุกฝ่ายในการเข้าร่วมการพิจารณา และหลังจากอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนี้มีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม⁶⁹

การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่สถาบัน (ad hoc Arbitration) เหมาะสำหรับ กรณีที่คู่กรณีพิพาทเต็มใจเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการและมีการให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ และ มักจะนิยมใช้กับการระงับข้อพิพาทที่ฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน (พ่อค้าหรือนักลงทุน ระหว่างประเทศ) ปัญหาที่มักจะเกิดขึ้นคือความไม่รัดกุมของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีจัดทำขึ้น ทำให้เกิดปัญหาในชั้นพิจารณา โดยคู่กรณีอาจจะหาทางแก้ไขโดยการร่างสัญญาโดยอิงกฎเกณฑ์ ของ UNCITRAL Rules of Arbitration ซึ่งองค์การสหประชาชาติจัดทำกฎเกณฑ์นี้ขึ้น เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยสหประชาชาติ ไม่ได้เป็นสถาบัน ระงับข้อพิพาทเหมือนสถาบันต่างๆที่กล่าวมาแต่อย่างใด⁷⁰ รวมทั้งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ร่างขึ้นตามกฎเกณฑ์นี้เช่นกัน

2.3.4 ปัญหาและอุปสรรคของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมและแพร่หลาย มากกว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นๆ ก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาท โดยวิธีนี้ยังมีปัญหาและอุปสรรคอยู่บางประการ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้⁷¹

(1) ค่าใช้จ่าย ซึ่งจะต้องเสียค่าป่วงการให้แก่ผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ และหากมีการ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหลายคนก็จะทำให้มีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงมากหรือในปัญหาที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน ค่าป่วงการก็จะยิ่งมาก ขึ้นเป็นพิเศษ ในขณะที่การฟ้องร้องคดีต่อศาลคู่ความจะเสียแค่ค่าธรรมเนียมศาลแต่ไม่เสียค่าตอบแทน ให้แก่ผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นพิเศษ ทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสถานที่และการอำนวยความสะดวกตามความจำเป็น เพื่อแลกกับ

⁶⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 36-37.

⁷⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 31.

⁷¹ สรวิศ ลิ้มปรั้งยี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาล, หน้า 8-9.

ความสะดวกรวดเร็วและระยะเวลาให้การระงับข้อพิพาทที่สั้นลง แต่การฟ้องร้องคดีต่อศาลไม่เสียค่าใช้จ่ายต่างๆ เหล่านี้

(2) การบังคับตามคำชี้ขาด เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดได้เอง แต่ต้องใช้กลไกของศาลทำให้ต้องไปดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลต่อภายหลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจจะเป็นการเพิ่มขึ้นตอนเข้าไปอีก แม้ศาลจะไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงกับขั้นตอนของการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอีกก็ตาม

(3) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด ณ ชั้นเดียว ในขณะที่คำพิพากษาของศาลสามารถอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไป หากอยู่ในหลักเกณฑ์ที่สามารถอุทธรณ์ หรือฎีกาได้ แต่ในกรณีของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีสงสัยในความถูกต้องของคำชี้ขาดซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ คู่กรณีไม่สามารถขอให้มีการทบทวนหรือตรวจสอบคำวินิจฉัยอีกครั้งได้ การอนุญาโตตุลาการจึงขึ้นอยู่กับความไว้วางใจ และความศรัทธาต่อความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกว่าจะมีความเที่ยงธรรมในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยมีความผิดพลาดน้อยที่สุด

2.4 เปรียบเทียบข้อดี ข้อเสียของการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่างๆ

จากความหมาย หลักการ ทฤษฎีที่นำมาอธิบาย รวมทั้งวิธีการระงับข้อพิพาท ในรูปแบบต่างๆ ที่นำเสนอไปแล้ว สามารถสรุปข้อดี ข้อเสียของการระงับข้อพิพาท แต่ละรูปแบบได้ ดังนี้

2.4.1 ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจา⁷²

ข้อดี

(1) ช่วยรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีได้เด็ดขาด เนื่องจากไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามารับรู้ด้วยเลย

(2) ประหยัดค่าใช้จ่าย เนื่องจากคู่กรณีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่บุคคลภายนอก เช่น ทนายความ หรืออนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในขั้นที่สุดของการเจรจา ที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามที่ตกลงกัน หรือให้ศาลพิพากษาตามที่คู่กรณีตกลงกัน

(3) ทำให้เกิดความรวดเร็ว เพราะการเจรจาชั้นอยู่กับคู่กรณีที่มีข้อพิพาทกันเท่านั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความว่องไวหรือไม่ของบุคคลภายนอก ดังเช่นผู้ประนอมข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย

⁷² รศ. พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า,

อนุญาตตุลาการ ผู้พิพากษา หรือทนายความที่เข้ามาช่วยดำเนินคดี เว้นแต่จะมีการใช้วิธีการให้ อนุญาตตุลาการชี้ขาดหรือผู้พิพากษาคัดสินตามที่ตกลงประนีประนอมกัน

ข้อเสีย

(1) การเจรจาอาจจะกินเวลานานมาก หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย จงใจไม่ร่วมมือในการระงับข้อพิพาท เว้นแต่จะมีการกำหนดเวลาให้ชัดเจนเลยว่าต้องเจรจาให้แล้ว เสร็จภายในเวลาเท่าใด แต่การกำหนดเวลาแบบนี้อาจไม่เหมาะสมเพราะต้องกำหนดไว้ล่วงหน้าซึ่ง อาจไม่สมกับขนาดของข้อพิพาทซึ่งน่าจะใช้เวลาสั้นกว่าหรือยาวกว่านั้นในการระงับข้อพิพาท

(2) ผลของการเจรจาไม่ผูกมัดคู่กรณี เว้นแต่จะมีการชี้ขาดโดยอนุญาตตุลาการ หรือมีการตัดสินโดยผู้พิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งก็จะเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่าย และจะไม่เป็นความลับอีกต่อไป

2.4.2 ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อ พิพาท⁷³

ข้อดี

(1) สามารถแก้ปัญหาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเจรจา เพราะความเกรงใจ บุคคลที่สามที่เข้ามาชักจูง

(2) ทำให้การระงับข้อพิพาทเร็วขึ้นกว่าการเจรจาโดยไม่มีคนชักจูง

ข้อเสีย

(1) ไม่สามารถรักษาความลับ เพราะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งการ ประนอมข้อพิพาทนี้มีผลเสียในเรื่องนี้รุนแรงมาก เพราะในชั้นของการประนอมข้อพิพาทนั้นเป็น ธรรมชาติอยู่เองที่คู่กรณีต้องเปิดเผยท่าทีของตนในเรื่องการระงับข้อพิพาท รวมทั้งรายละเอียดแห่ง การพิพาทแก่ผู้ประนอมด้วย

(2) เสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เพราะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง และอาจต้องให้ ค่าตอบแทนแก่บุคคลภายนอกนั้นๆ

(3) การประนอมข้อพิพาทยังไม่มีผลผูกพันคู่กรณี

(4) ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้มีคำพิพากษาตามที่จะได้ประนีประนอมกัน

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-11.

2.4.3 ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ⁷⁴

ข้อดี

(1) รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด และไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก และอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย เสนอพยานหลักฐานของคนต่ออนุญาโตตุลาการได้อย่างเท่าเทียม ทั้งอนุญาโตตุลาการอาจเป็นผู้ชำนาญในปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทำให้สามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว และเมื่อมีคำชี้ขาดออกมาแล้วก็มีผลบังคับทันที และไม่มีการอุทธรณ์หรือฎีกา

(2) ค่าใช้จ่าย ในกรณีที่คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการกันเองโดยไม่ได้ใช้บริการผ่านสถาบันอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการไม่ได้เก็บค่าช่วยการในอัตราที่สูงแล้ว ก็ค่อนข้างที่จะประหยัดค่าใช้จ่าย ทั้งคู่กรณียังไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจ้างทนายความ เพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่มีขั้นตอนเช่นการพิจารณาคดีของศาล คู่กรณีสามารถดำเนินการได้เองโดยความช่วยเหลือของอนุญาโตตุลาการ

(3) รักษาชื่อเสียงของคู่กรณีและความลับทางธุรกิจได้ดี เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำเป็นความลับไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคือคู่กรณีและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ หรือพยานเท่านั้น

(4) รักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี เพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีเข้าพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทโดยตรง และบรรยากาศในการพิจารณาค่อนข้างยืดหยุ่น ไม่เคร่งเครียด และเป็นกันเองมากกว่าการพิจารณาคดีในศาล ไม่มีระบบที่ได้แย้งกันอย่างเอาแพ้เอาชนะอย่างดุเดือด คู่กรณีจึงไม่รู้สึกเป็นปรปักษ์หรือเสียน้ำแต่อย่างใด จึงเหมาะสมสำหรับคู่กรณีในวงธุรกิจ ที่จะต้องทำธุรกิจระหว่างกันต่อไป

(5) เหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและซับซ้อน ในปัญหาข้อโต้แย้งที่ต้องอาศัยความรู้และความสามารถในเชิงเทคนิคค่อนข้างสูง เช่น ข้อพิพาท ในการก่อสร้าง การลงทุน การอุตสาหกรรม และการพาณิชย์บางประเภท ซึ่งมักจะมีปัญหาในทางปฏิบัติเข้ามาเกี่ยวข้องกับ คู่กรณีสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในแวดวงเหล่านั้นมาพิจารณาคดีให้ตนได้ ทำให้ปัญหาข้อพิพาทตัดสินได้อย่างรวดเร็ว และมีความผิดพลาดน้อยที่สุด

(6) สมประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท การที่คู่กรณีสามารถเลือกกำหนดรายละเอียดในการอนุญาโตตุลาการได้เอง ตั้งแต่การเลือกบุคคลที่มาเป็นอนุญาโตตุลาการ สถานที่ที่จะมีการ

⁷⁴เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 12-15.

ชี้ขาดข้อพิพาท ภาษาที่ใช้ วิธีพิจารณา ตลอดจนรายละเอียดอื่นๆ จะทำให้คู่กรณีสบายใจและให้ความร่วมมือในการระงับข้อพิพาท และสมประโยชน์ของคู่กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

(7) แบ่งเบาภาระของศาล เพราะโดยหลักศาลควรจะพิจารณาคดีเฉพาะคดีที่สำคัญ ไม่ใช่คดีที่มีปัญหาข้อกฎหมายเล็กน้อย และเป็นเรื่องในทางปฏิบัติ ซึ่งสามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้

ข้อเสีย

(1) ความถูกต้องและเป็นธรรม เนื่องจากตัวอนุญาโตตุลาการจะเป็นบุคคลที่คู่กรณีเลือก จึงไม่มีหลักประกันได้ว่า บุคคลนั้น จะเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญที่ต่อแก่ ในปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น รวมทั้งปัญหาในการควบคุม หากเป็นกรณีที่คู่กรณีเลือกอนุญาโตตุลาการเอง

(2) ค่าใช้จ่าย หากเป็นกรณีการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีมักจะต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง

(3) การบังคับคดี หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก็ไม่สามารถบังคับได้เอง แต่จะต้องกลับมาใช้กระบวนการทางศาลโดยอาศัยคำชี้ขาด ซึ่งทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น

2.5 บทบาทของศาลในการส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาท

แม้ว่ารูปแบบการระงับข้อพิพาทที่กล่าวมาทั้งหมด จะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน โดยความสมัครใจของคู่กรณีและไม่มีแทรกแซงของรัฐ (ในประเทศเสรีนิยมซึ่งรวมทั้งประเทศไทย) โดยผ่านหน่วยงานของรัฐที่เรียกว่า “ศาล” หรือหากมีก็มักจะเป็นเรื่องของการบังคับตามข้อตกลงในรูปแบบของสัญญาประนีประนอมยอมความ หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นตอนท้ายของการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้นๆ (enforcement) การระงับข้อพิพาทโดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล จึงเหมือนเป็นหนทางสุดท้ายหลังจากที่ผ่านการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นๆ มาแล้ว แต่อย่างไรก็ตามแม้ในกรณีที่ข้อพิพาท เข้าสู่กระบวนการศาลแล้ว ศาลเองก็ยังมีบทบาทในการส่งเสริมให้มีใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยคนกลาง เช่น การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท รวมทั้งการอนุญาโตตุลาการในศาล ได้ โดยมีรูปแบบและวิธีการตามที่จะกล่าวไปบทต่อไป

ทั้งนี้สอดคล้องกับการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมของไทย โดยคณะอนุกรรมการจัดทำแผนแม่บทกระบวนการยุติธรรมแห่งชาติ ซึ่งได้ประชุมกันเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2545 ณ ห้องประชุมกระทรวงยุติธรรม เพื่อกำหนดขอบเขตของการจัดทำและวางทิศทางในการจัดทำแผนแม่บทกระบวนการยุติธรรมแห่งชาติ โดยในเรื่องของระบบการดำเนินงานยุติธรรม มีการเสนอ

ยุทธวิธี ส่งเสริมให้มีการลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่ระบบงานยุติธรรม เพื่อเป็นการลดจำนวนคดี ซึ่ง คณะอนุกรรมการฯ เสนอให้มีการหามาตรการอื่นเข้ามาประยุกต์ใช้ในกระบวนการยุติธรรม เช่น มาตรการการไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาทมาใช้แทนการฟ้องร้องคดีต่อศาล เป็นต้น⁷⁵

ในปัจจุบันจึงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะข้อพิพาทในทางธุรกิจ จึงไม่ได้จำกัดอยู่กับเฉพาะการดำเนินคดีในศาลเท่านั้น ยังมีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น ที่เหมาะสมกับข้อพิพาทที่มีความหลากหลายและแตกต่างกันไป โดยศาลเองนอกจากจะมีบทบาท ในการบังคับตามข้อตกลงที่คู่กรณีได้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบต่างๆ มาแล้ว ศาลยังอาจจะ ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทแบบเดียวกันนั้นนอกศาล กลับเข้ามาประยุกต์ใช้ในศาลได้ แม้คดีจะเข้ามาสู่ ศาลแล้ว ทั้งนี้ก็จะเกิดประโยชน์เพราะทำให้ข้อพิพาทระงับไปได้อย่างรวดเร็วแล้ว ยังทำให้ สามารถบังคับตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นได้ง่ายขึ้นอีกด้วย เพราะท้ายที่สุดเอกชนก็ยังคงมีความเชื่อมั่นใน ประสิทธิภาพในการบังคับข้อพิพาทของศาลมากกว่าเอกชนด้วยกัน โดยศาลจะสามารถประยุกต์ การระงับข้อพิพาทในรูปแบบต่างๆเหล่านี้มาใช้ในศาลได้ดีเพียงใด ก็ขึ้นอยู่กับกลไกที่ศาลสร้าง มารองรับต่อกระบวนการเหล่านี้ รวมทั้งความสามารถในการบริหารงานคดีของศาล

⁷⁵ กิตติบดี ไชยกุล, “การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมไทย ทิศทางของการจัดทำแผนแม่บท กระบวนการยุติธรรมแห่งชาติ”, สภานายความ 10,40 (ตุลาคม-พฤศจิกายน 2545) : 64.