

บทความวิจัย (Research Article)

หน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท*

Duty of Confidentiality in Mediation

ภุรินทร์ อุนจะนำ**

นิสิตปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Bhurinat Ounchanum

Master Student in Private and Business Law,
Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 27 เมษายน 2566; วันที่แก้ไขบทความ 8 มิถุนายน 2566; วันที่ตอบรับบทความ 14 มิถุนายน 2566

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยและการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ pounchanum@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาในประเด็นเรื่องการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยซึ่งครอบคลุมถึงเรื่องหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยพบว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับเป็นหน้าที่โดยเคร่งครัด โดยกำหนดเฉพาะกรณีที่พิสูจน์ได้ถึงความบกพร่องที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย ศาลจึงมีคำสั่งไม่บังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ผู้เขียนเห็นความไม่ชัดเจนว่าหากเป็นกรณีอื่น ๆ จะได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ และกรณีไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับจนเกิดความเสียหายแล้ว จะกำหนดความรับผิดชอบอย่างไร เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศแล้ว พบว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยย่อมเป็นความลับ ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่กระทบต่อสิทธิของฝ่ายเจ้าของข้อเท็จจริงหรือ “without prejudice” เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น เพื่อป้องกันภัยอันตรายแก่สาธารณะ เป็นต้น หรือเป็นกรณีบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท โดยข้อยกเว้นดังกล่าวส่งผลให้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ โดยการพิจารณาว่ารับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน พิจารณาจากความจำเป็นในการรับฟังเปรียบเทียบกับคุณค่าของการรักษาความลับว่าสมควรให้คุณค่ากับสิ่งใดมากกว่ากัน หากความจำเป็นในการรับฟังมีมากกว่า ย่อมเป็นเหตุยกเว้นข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ ซึ่งในส่วนดังกล่าวกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีกำหนดข้อยกเว้นข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงเป็นพยานหลักฐาน เพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีจำเป็นอื่น ๆ ได้ และยังไม่มียกเว้นที่กำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย อันเนื่องมาจากการไม่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ หากเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงควรให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งส่วนท้ายผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ให้มีความเหมาะสมมากขึ้น

คำสำคัญ: การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท; ความลับ; ไม่เป็นการกระทบสิทธิ

Abstract

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

Keywords: Mediation; Confidentiality; Without Prejudice

1. บทนำ

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่มีคุณลักษณะเด่นด้วยการให้คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายสามารถกำหนดเลือกทางออกของข้อพิพาท จนนำไปสู่การยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกัน โดยคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายเป็นผู้ชนะ (win - win situation) และทุกฝ่ายต่างรู้สึกว่าคุณเองได้รับประโยชน์ ซึ่งส่งผลทำให้คู่กรณีพิพาทดังกล่าวยังคงรักษาสัมพันธภาพที่ดีระหว่างกันได้ นำไปสู่การเสริมสร้างสังคมให้ยังคงสามารถดำรงต่อไปได้อย่างสงบสุข สร้างความสมานฉันท์ให้เกิดขึ้นได้ในสังคม ประกอบกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็วโดยมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่ไม่สูง ต้นทุนที่ใช้จึงต่ำ นอกจากนี้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีจุดเด่นที่ช่วยในการรักษาความลับของคู่กรณีพิพาทได้ดี สร้างความเชื่อมั่นแก่คู่กรณีพิพาทว่าเมื่อตนเองได้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นความลับบางอย่าง จะส่งผลทำให้ข้อพิพาทสามารถระงับยับยั้งได้โดยเร็ว และจะไม่ส่งผลร้ายแก่คู่กรณีพิพาทย้อนกลับคืนมาในภายหลัง รวมถึงยังคงเป็นการรักษาความน่าเชื่อถือของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย ด้วยเหตุนี้ทำให้แนวโน้มของการนำเอาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้จึงเพิ่มสูงขึ้น โดยเฉพาะในภาคเอกชนที่ประกอบธุรกิจต้องการความรวดเร็ว ใช้ต้นทุนทั้งด้านทรัพยากรและด้านเวลาดำเนินการที่คุ้มค่า เห็นได้จากสถิติการนำคดีเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบออนไลน์ของสำนักงานศาลยุติธรรมเทียบระหว่างปีงบประมาณ 2564 ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 43,056 คดี และปีงบประมาณ 2565 มีจำนวนทั้งสิ้น 84,483 คดี เพิ่มขึ้นถึง 41,427 คดี¹

การรักษาความลับเป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนที่ เป็นผู้เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ในการไม่นำข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยออกไปยังบุคคลภายนอก การรักษาความลับยังรวมถึงการกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครองมิให้ถูกเรียกเพื่อไปให้การในฐานะพยาน และคู่กรณีพิพาทต้องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ย รวมถึงข้อเรียกร้องของคู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย² ทำให้การรักษาความลับเป็นการสร้าง

¹ สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, ผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบออนไลน์ ปีงบประมาณ 2564 เทียบปีงบประมาณ 2565 [ออนไลน์], 5 ธันวาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://oja.coj.go.th/th/content/category/detail/id/10/cid/21/iid/323673>

² ปวีณี ไพรทอง, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอส ออฟเซ็ท กราฟฟิคดีไซน์, 2564), หน้า 16.

ความเชื่อมั่นให้แก่คู่กรณีพิพาทว่าการไกล่เกลี่ยจะเป็นหนทางที่ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับตนเองได้ยุติลง จึงเกิดความมั่นใจและกล้าที่จะเปิดเผยถึงข้อเท็จจริง ความต้องการของฝ่ายตนเอง นอกจากนี้ความลับที่มีการเปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ย เป็นข้อเท็จจริงที่อาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือ ความสามารถในการแข่งขัน หรือต่อวิถีชีวิต ความเป็นอยู่ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของข้อมูลได้ เพราะฉะนั้น กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงได้กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับถือเป็นหลักสำคัญในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศไทย ได้แก่พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กลับมีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับโดยเคร่งครัด โดยมีข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับเพียงเฉพาะกรณีเพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในการจัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งจะส่งผลทำให้ไม่ต้องบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้จัดทำขึ้นเท่านั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าหากมีกรณีที่จำเป็นประการอื่น โดยเฉพาะกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นกรณีมีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เช่น การรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพื่อเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความจริง ไม่มีการกำหนดเป็นบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าจะได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ และกรณีผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไม่ทำหน้าที่ตามหลักการรักษาความลับ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เจ้าของข้อเท็จจริงแล้ว เป็นการยากต่อการพิสูจน์ความเสียหาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่ได้กล่าวถึงหน้าที่ในการรักษาความลับ และความรับผิดจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยไว้อย่างชัดเจน โดยในบทความนี้จะได้นำเสนอเปรียบเทียบบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดหน้าที่และความรับผิดในการรักษาความลับเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยของประเทศไทยเทียบกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย สิงคโปร์ เยอรมนี และฝรั่งเศส เพื่อวิเคราะห์และนำเสนอแนวทางการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาการกำหนดเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย รวมถึงการกำหนดเหตุยกเว้นการต้องห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

(2) เพื่อศึกษาการกำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(3) เพื่อศึกษาความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

3. สมมติฐานของการวิจัย

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มิได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไว้อย่างชัดเจน โดยมีได้กำหนดให้เป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงควรมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยโดยเป็นไปตามหลักดังกล่าว เพื่อให้หน้าที่และความรับผิดชอบในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

4. ระเบียบวิธีวิจัย

ศึกษาวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ย รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ ประกอบกับการค้นคว้าจากตำรา หนังสือ วารสารทางวิชาการ แนวคำวินิจฉัยขององค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย ผลงานทางวิชาการ นิตยสาร บทความ ข่าวสาร บทวิเคราะห์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ เอกสารทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

5. การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

การรักษาความลับเป็นการกระทำอย่างไร้ ใดๆ เพื่อให้ข้อเท็จจริงหรือวิธีการนั้นไม่เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปตามความประสงค์ของเจ้าของข้อเท็จจริงหรือวิธีการนั้น ใดๆ เหตุผลของการรักษาความลับมาจากการเกิดขึ้นของแนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว เพื่อไม่ให้มีบุคคลอื่นใดเข้ามาล่วงรู้ในสิ่งที่ปัจเจกชนไม่ประสงค์ให้บุคคลอื่นใดได้รับรู้ กล่าวคือเปรียบการรักษา

ความลับเสมือนเป็นเกราะป้องกันคู่กรณีพิพาทไม่ให้คุณคนที่สามเข้ามาคุกคาม³ โดยเฉพาะในการไกล่เกลี่ยนั้น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทเป็นสิ่งที่ประสงค์ให้มีการรับรู้เฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย หรือบุคคลที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เพราะความลับเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในตัวของมันเอง และสามารถนำไปสร้างประโยชน์หรือโทษได้ หากความลับถูกเปิดเผย อาจสร้างความเสียหายและก่อให้เกิดผลกระทบแก่เจ้าของข้อเท็จจริง⁴ ดังนั้น การรักษาความลับจึงเป็นหลักที่ช่วยสร้างความน่าเชื่อถือ และก่อให้เกิดการสร้างควมไว้วางใจแก่คู่กรณีพิพาทที่จะยินยอมเปิดเผยข้อเท็จจริง ความรู้สึกนึกคิดของคู่กรณีพิพาท รวมไปถึงข้อเท็จจริงที่มีความละเอียดอ่อน อันอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ได้เสียของคู่กรณีพิพาทด้วย⁵ การเปิดเผยข้อเท็จจริงเป็นความจำเป็นเพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าใจถึงปัญหานั้นไปสู่การหาหนทางเพื่อระงับข้อพิพาทได้ตรงประเด็นตอบสนองต่อความต้องการและประโยชน์ของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ครอบคลุมการไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาจากการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นการให้ข้อเท็จจริง หรือการเปิดเผยพยานหลักฐานให้ปรากฏขึ้นในชั้นดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมถึงห้ามบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยเข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี⁶ อย่างไรก็ตาม การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะต้องทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ พร้อมกับเปิดโอกาสให้เกิดการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้โดยการกำหนดให้ข้อเท็จจริงที่เป็นความลับดังกล่าวสามารถถูกนำมาเป็นพยาน

³ Kimberlee K. Kovach, **Mediation: Principles and Practice**, (Minnesota: West Publishing CO., 1994), p. 141.

⁴ R.G. Toulson and C.M. Phipps, **Confidentiality**, (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 117.

⁵ Rebecca Callahan, **Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality Be a Function of the Court in Which the Litigation Is Pending?**, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 12 Issue 1 (August 2013), p. 65.

⁶ Gary B. Born, **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd ed. (AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), p. 201.

หลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงได้⁷ หากกำหนดให้ข้อเท็จจริงทุกอย่างที่มีการเปิดเผยในการไกล่เกลี่ย เป็นความลับโดยเด็ดขาด อาจเป็นช่องว่างที่ทำให้เกิดการกระทำที่ไม่ชอบเพราะเหตุเกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ย รวมถึงเป็นการปิดโอกาสในการโต้แย้งว่าการไกล่เกลี่ยดำเนินการไปโดยไม่ชอบ⁸ เนื่องจากในบางกรณีการไกล่เกลี่ยอาจมีการเปิดเผยความเท็จที่เป็นการฉ้อฉลแก่คู่กรณีพิพาท หรือมีการข่มขู่เกิดขึ้น หรือมีการกระทำอันเป็นการประพฤติปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม ผิดหน้าที่ ผิดจริยธรรม หรือผิดกฎหมาย ซึ่งได้เกิดขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ย อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น หากบังคับว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นความลับแล้ว ย่อมส่งผลทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท หรือเป็นการบั่นทอนความน่าเชื่อถือเชื่อมั่น ต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วย จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการยกเว้นให้ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในบางกรณีให้สามารถเปิดเผยได้

กรณีที่มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปยังบุคคลภายนอก อาจมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการนำเอาข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ ความเสียหายดังกล่าว นับได้ว่าเกิดขึ้นจากการละเมิดต่อหน้าที่ในการรักษาความลับ โดยการพิจารณาว่ามูลค่าความเสียหายจะกำหนดได้เป็นจำนวนเท่าใดนั้น ได้มีการวางแนวทางการพิจารณาไว้ว่าให้พิจารณาจากการที่เจ้าของข้อเท็จจริงได้สูญเสียความสามารถในการหาผลประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ประสงค์ให้เป็นความลับ โดยอ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ที่เจ้าของข้อเท็จจริงพึงจะได้รับหากยังคงสามารถรักษาข้อเท็จจริงให้เป็นความลับได้ นอกจากนี้ ยังพบว่าในคดี *General Tire and Rubber Co. v Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd (1975)* ซึ่งมีผู้พิพากษา ลอร์ด Wilberforce ได้วางหลักเกณฑ์เสริมไว้ว่า “หลักการกำหนดค่าเสียหายควรจะต้อง กำหนดเป็นจำนวนเงิน โดยมูลค่าจะต้องสอดคล้องตรงกันกับการชดเชยเยียวยาให้แก่ผู้เสียหาย ที่เหมาะสมแก่การที่บุคคลนั้นพึงจะได้รับ”⁹

⁷ Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, 3rd ed. (New South Wales: LexisNexis, 2011), p. 670.

⁸ Kimberlee K. Kovach, *Mediation: Principles and Practice*, p. 142.

⁹ R.G. Toulson and C.M. Phipps, *Confidentiality*, pp. 24-25.

6. บทบัญญัติว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดของประเทศไทย

เดิมประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการใกล้ชิดข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ แต่มีการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการใกล้ชิดข้อพิพาทสอดแทรกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 20 ทวิ และมาตรา 20 ตริ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 61/1 ประกอบกับมาตรา 61/2 และมาตรา 61/3 นอกจากนี้ ในกฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231 ซึ่งบทบัญญัติทั้งสองมีลักษณะเป็นการกำหนดเอกสิทธิ์ (privilege) ของบุคคลที่จะเป็นพยาน โดยมีสิทธิไม่เป็นพยานก็ได้¹⁰ โดยบทบัญญัติทั้งสองมีลักษณะในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ กำหนดให้คู่ความหรือบุคคลที่ถูกกำหนดให้ต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล เป็นผู้มีเอกสิทธิ์ที่จะไม่เบิกความต่อศาลหรือไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือเสนอพยานหลักฐานที่เป็นความลับ โดยหากมีการอ้างเอกสิทธิ์เช่นว่านี้แล้วให้ศาลมีอำนาจหมายเรียกพนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้การต่อศาลเพื่อชี้แจงและรับฟังว่าการอ้างเอกสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการอ้างที่ชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ ซึ่งถ้าหากไม่ชอบด้วยเหตุผลก็ให้ศาลมีอำนาจบังคับให้เบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงได้¹¹ โดยเฉพาะในมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วางหลักว่า ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานชนิดใด ๆ มาแสดง และคำเบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจเปิดเผยเอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใด ๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่ตนเป็นทนายความ คู่ความหรือบุคคลเช่นว่านั้นชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้น ๆ มาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิดเผยได้ และมาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วางหลักว่า เมื่อคู่ความหรือผู้ใดจะต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐานซึ่งเป็นเอกสารหรือข้อความลับที่ได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา คู่ความหรือบุคคลนั้นมีอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐาน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรือ

¹⁰ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 354.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 362.

บุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น ทั้งนี้ ยังไม่มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นว่า ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดข้อพิพาทจะสามารถถูกนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้หรือไม่ เพียงแต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำมาเทียบเคียงได้ว่า ศาลฎีกายอมรับในเรื่องของการรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับว่าศาลฎีกาไม่ได้ปิดกั้นและไม่ได้กำหนดว่าข้อเท็จจริงอันเป็นความลับที่นายความได้รับมาจากลูกความจะต้องเป็นความลับตลอดไป ไม่สามารถเปิดเผยได้ และไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ศาลสามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487¹² และมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยว่าหากพยานหลักฐานนั้นมีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ส่งพยานหลักฐานนั้นได้ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2514¹³ จนกระทั่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557¹⁴ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่ได้จากการดำเนินกระบวนการใกล้ชิดประนีประนอมยอมความ หากเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์ให้เป็นข้อที่นำมาใช้ในชั้นใกล้ชิดโดยเฉพาะ ก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังการดำเนินกระบวนการใกล้ชิดได้ เพราะกระบวนการใกล้ชิดอาศัยความจริงใจ

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487 คำเบิกความของทนายที่เปิดเผยความลับของลูกความอันเป็นการผิดมารยาททนายความนั้น รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ส่วนจะมีน้ำหนักเพียงไรเป็นอีกเรื่องหนึ่ง

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1171/2514 เมื่อศาลเห็นว่าสำนวนการสอบสวนนั้นเป็นหลักฐานที่ศาลจะต้องใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดดำเนินไปด้วยความเที่ยงธรรม ศาลย่อมไม่ฟังคำปฏิเสธของพนักงานอัยการและสั่งให้ส่งสำเนาสำนวนการสอบสวนได้

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9653/2557 ข้อเท็จจริงที่ได้ความจากการใกล้ชิดประนีประนอมยอมความจะนำมาพิจารณาในชั้นพิจารณาของศาลได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของข้อเท็จจริงแต่ละราย หากข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่องที่คู่ความประสงค์จะเป็นข้อพิจารณาโดยแท้ในชั้นใกล้ชิด ซึ่งเป็นกระบวนการที่อาศัยความจริงใจของคู่กรณีที่ทำเลยแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจที่จะหาทางระงับข้อพิพาทด้วยการตกลงกัน ข้อมูลบางอย่างอาจเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูล ข้อมูลเช่นนี้ก็ไม่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ในภายหลังได้ มิฉะนั้นจะเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อระบบการใกล้ชิดระงับข้อพิพาทที่ต่อไปคู่กรณีอาจไม่เปิดเผยข้อมูลแก่กันเพื่อหาทางระงับคดี แต่ข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดที่ไม่ได้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในชั้นใกล้ชิดกันหรือไม่ ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีอยู่แล้วก็ดี หรือข้อมูลใดคู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา เมื่อการใกล้ชิดไม่อาจตกลงกันได้ก็ดี ศาลย่อมรับฟังข้อเท็จจริงนั้นได้

ระหว่างคู่กรณีพิพาทเป็นสำคัญ เนื่องจากต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันเพื่อหาทางยุติข้อพิพาทระหว่างกัน ดังนั้น หากข้อมูลข้อเท็จจริงบางอย่างเป็นคุณเป็นโทษต่อเจ้าของข้อมูลแล้ว หากนำมาใช้ก็อาจเป็นการทำลายความเชื่อมั่นของคู่กรณีต่อไปในอนาคตแต่ละฝ่ายต่างอาจไม่เปิดเผยข้อมูลของตนเองให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายเพื่อหาทางระงับข้อพิพาท เว้นแต่ข้อมูลข้อเท็จจริงใดที่ไม่ว่าจะมีการเปิดเผยแลกเปลี่ยนกันในชั้นใกล้เคียง ก็เป็นที่ทราบของคู่กรณีพิพาทอยู่แล้ว หรือเป็นข้อมูลที่คู่ความประสงค์ให้นำมาเป็นประโยชน์ในชั้นพิจารณา ศาลก็ย่อมรับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการใกล้เคียงนั้นได้

ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ โดยมาตรา 11 วรรคท้าย วางหลักว่า ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำการตามหน้าที่โดยสุจริต ย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา มาตรา 12 (6) วางหลักว่า ผู้ไกล่เกลี่ยต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรม โดยรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มาตรา 29 วางหลักว่า ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังต่อไปนี้ เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

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

ทั้งนี้ พยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใดที่มีอยู่และนำสืบได้อยู่แล้วในกระบวนการพิจารณาของศาล กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่งด้วยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำไปใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

และมาตรา 33 วางหลักว่า ให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท เว้นแต่ความปรากฏแก่ศาล หรือคู่กรณีซึ่งถูกบังคับตามข้อตกลงนั้นพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า

(1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถที่จะเข้าทำข้อตกลง ระบุข้อพิพาท

(2) มูลเหตุแห่งข้อพิพาทหรือข้อตกลงระบุข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดเจน โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน

(3) ข้อตกลงระบุข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบ ด้วยประการใด ๆ

(4) มีเหตุเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยที่มีผลต่อการทำบันทึกข้อตกลงอย่างมีนัยสำคัญ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 92 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 231 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 29 และมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ข้างต้น จึงมีข้อสังเกตว่า ในกรณีจำเป็น ที่จะต้องใช้ข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการ พิเคราะห์คดีจะสามารถกระทำหรือไม่ ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับประเด็นดังกล่าว เพราะการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมีความมุ่งหมาย แต่เพียงเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่อาจนำไปสู่ การจัดทำข้อตกลงระหว่างกันได้ และความมุ่งหมายเพียงแต่เพื่อให้บังคับเป็นไปตามข้อตกลง ระบุข้อพิพาทเท่านั้น ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวรวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลเท่าที่ปรากฏยังไม่มี การตีความบทบัญญัติที่ครอบคลุมกรณีจำเป็นที่จะต้องใช้ข้อเท็จจริงจากการดำเนินกระบวนการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิเคราะห์คดี

ส่วนประเด็นเรื่องความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่รักษาความลับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะโดยผู้ไกล่เกลี่ย คู่กรณีพิพาท หรือบุคคลที่เข้าไปมี ส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้เป็นการเฉพาะ

7. กรณีศึกษาการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยของกฎหมายอื่น ๆ

7.1 กรณีศึกษากฎหมายของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)

คณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศหรือ UNCITRAL ได้มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้น 2 ฉบับ ได้แก่ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นการสร้างแบบมาตรฐานทางกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของแต่ละประเทศให้เกิดความเป็นหนึ่งเดียวกันเพื่อลดอุปสรรคหรือข้อจำกัดในเรื่องความแตกต่างกันของกฎหมายในแต่ละประเทศ¹⁵ และ UNCITRAL Mediation Rules อันเป็นกฎที่จัดทำขึ้น เพื่อให้คู่สัญญาได้พิจารณาเป็นทางเลือกสำหรับการเลือกใช้การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท และแก้ปัญหาความแตกต่างเรื่องเขตอำนาจศาลหรือบทบัญญัติที่นำมาปรับใช้กับข้อพิพาท บทบัญญัติทั้งสองกล่าวถึงการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยมีความเกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่กรณีพิพาท การเปิดเผยข้อมูล และการรักษาความลับ

7.1.1 การติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่กรณีพิพาท ตามมาตรา 8 แห่ง UNCITRAL Model Law และมาตรา 5 แห่ง UNCITRAL Mediation Rules ได้ถูกกำหนดในแนวทางเดียวกันว่าผู้ไกล่เกลี่ยอาจพบหรือติดต่อสื่อสารกับคู่กรณีพิพาทโดยพร้อมเพียงกันทุกฝ่าย หรือโดยแยกกับคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายต่างหากจากกัน บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้พิจารณากำหนดกระบวนการติดต่อสื่อสารกับคู่กรณีพิพาท โดยอาจกำหนดให้คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายอาจพบปะกันหรือแยกจากกัน โดยประเมินจากสถานการณ์การไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ผู้ไกล่เกลี่ยเกิดการสร้างปฏิสัมพันธ์จนเป็นการโน้มเอียงไปสนับสนุนกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป¹⁶ ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีอำนาจในการจัดรูปแบบการไกล่เกลี่ย ด้วยการให้คู่กรณีพิพาทได้พบปะกันหรือแยกจากกัน โดยคำนึงถึงความเหมาะสม

¹⁵ จันท์เพ็ญ งามวิไลวงศ์, แนวทางกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย : ข้อพิจารณาจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2549), หน้า 43.

¹⁶ United Nations General Assembly, *A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2001), p. 21. para. 56.

กับบริบทกับสถานการณ์ขณะนั้น รวมถึงให้คำนึงตามความประสงค์ของคู่กรณีพิพาท ไม่ว่าจะเป็นการประสงค์ที่จะพบกับคู่กรณีพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือประสงค์ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยแยกจากกัน

7.1.2 ประเด็นว่าด้วยเรื่องของความลับ ตามมาตรา 10 แห่ง UNCITRAL Model Law และมาตรา 6 แห่ง UNCITRAL Mediation Rules กำหนดไว้เป็นแนวทางเดียวกันว่า ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องเป็นความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายจะได้ตกลงยกเว้นไว้ว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นการกระทำภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท โดยการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นหน้าที่ เพื่อเป็นประกันว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจะดำเนินการไปอย่างตรงไปตรงมา อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติโดยเคร่งครัด เพราะคู่กรณีพิพาทอาจตกลงให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ หรือประเทศต่าง ๆ อาจมีการกำหนดกฎหมายไว้เป็นอย่างอื่น ให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้ หรือเป็นการยกเว้นให้เปิดเผยเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท โดยกรณีที่มีกฎหมายกำหนดบังคับให้เปิดเผยข้อเท็จจริง ยกตัวอย่างเช่น การเปิดเผยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดอาญา การคุกคามบุคคลเพื่อให้ได้รับอันตรายแก่กายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือเพื่อแจ้งเตือนประชาชนเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยด้านสุขภาพ สิ่งแวดล้อม หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการฝ่าฝืนหลักการรักษาความลับ¹⁷

7.1.3 การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ตามมาตรา 11 แห่ง UNCITRAL Model Law และมาตรา 7 แห่ง UNCITRAL Mediation Rules โดยบทบัญญัติทั้งสองดังกล่าวมีการกำหนดคล้ายคลึงกัน กล่าวคือหากคู่กรณีพิพาทได้เสนอข้อเท็จจริงหรือเสนอแนะแนวทางการยุติข้อพิพาทขึ้น ไม่ว่าจะโดยคู่กรณีพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ย หรือเป็นข้อเท็จจริงว่าคู่กรณีพิพาทได้สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ปรากฏว่าการไกล่เกลี่ยไม่ประสบ

¹⁷ United Nations, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2022), p. 55. para. 71.

ความสำเร็จจนเป็นประเด็นข้อพิพาทเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ จึงกำหนดให้บรรดาข้อเท็จจริงที่มีการเปิดเผยในกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าว ให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีคำสั่งไม่ให้ยอมรับฟัง¹⁸ ไม่ว่าจะโดยการออกคำสั่งจำกัดไม่ให้แสดงพยานหลักฐานนั้น หรือให้ศาลมีคำสั่งให้ยกฟ้อง โดยมุ่งหวังเพื่อมิให้กระทบต่อสาระสำคัญของคดี¹⁹ บทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน ได้แก่

(1) ห้ามนำเอาข้อเท็จจริงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ดำเนินกระบวนการอื่น ๆ และห้ามเปิดเผยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยหลักให้ถือว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยกำหนดต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ความดังกล่าวให้รวมถึงคู่กรณีพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึงบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันมิใช่คู่กรณีพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ย เช่น หน่วยงานของคู่กรณีพิพาทที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หรือเป็นผู้ช่วยของผู้ไกล่เกลี่ยในการทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย ต้องห้ามมิให้เป็นพยาน หรือมอบพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยผูกพันว่าต้องไม่ใช้หรือฟังพยานหลักฐานดังต่อไปนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

- 1) คำเชื่อเชิญคู่กรณีพิพาทเพื่อเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หรือข้อเท็จจริงที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- 2) ความคิดเห็นหรือทัศนคติของคู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยที่มีความเป็นไปได้ให้นำไปสู่การยุติข้อพิพาท
- 3) คำแถลง คำรับของคู่กรณีพิพาทที่สร้างขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ย
- 4) ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ย

¹⁸ United Nations General Assembly, *A/Cn.9/468 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session (Vienna, 20 - 31 March 2000)*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2000), p. 7. para. 27.

¹⁹ United Nations General Assembly, *A/Cn.9/Wg.II/Wp.108 Settlement of Commercial Disputes Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement Report of the Secretary General*, ed. United Nations Commission on International Trade Law (2000), p. 7. para. 26.

5) ข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ว่าคู่กรณีพิพาทเต็มใจยอมรับข้อเสนอยุติข้อพิพาทที่จัดทำขึ้นโดยผู้ไกล่เกลี่ย

6) เอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

นอกจากนี้ ศาล อนุญาโตตุลาการ และองค์กรอื่น ๆ ที่มีอำนาจตุลาการต้องถูกผูกพันว่ามีหน้าที่จะไม่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย²⁰ โดยครอบคลุมไปถึงการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในภายหลังซึ่งอาจไม่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

ทั้งนี้ พยานหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่และสามารถนำเสนอได้ ไม่ต้องห้ามที่นำมาใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี แต่เฉพาะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐาน²¹

(2) ข้อยกเว้นการห้ามนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในการดำเนินกระบวนการอื่น และข้อยกเว้นการห้ามเปิดเผยพยานหลักฐานอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย อาจได้รับการยกเว้นให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สามารถยกเว้นได้ ซึ่งเหตุแห่งการยกเว้น ได้แก่ การยกเว้นให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริง เพื่อนำไปใช้พิสูจน์และบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท และการยกเว้นเนื่องจากคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยได้²² มีข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นที่ให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงเมื่อคู่กรณีพิพาทได้ตกลงยกเว้นไว้ ส่งผลให้หลักห้ามนับรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานอาจไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง และในกรณีที่ศาลอาจพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

²⁰ United Nations, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)*, pp. 47-48. para. 72-75.

²¹ *Ibid.*, pp. 49-50. para. 78-79, 82.

²² สุธาสินี สุภา, ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 140.

มีความจำเป็นในฐานะเป็นพยานหลักฐานแห่งคดี ก็ไม่อาจใช้หลักห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามอย่างลับๆได้²³

(3) การร้องขอให้เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามเป็นพยานหลักฐาน เนื่องจากในบางสถานการณ์ กฎหมายกำหนดให้สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามได้ โดยเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อการพิสูจน์หักล้างเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการทุจริตต่อหน้าที่หรือจริยธรรมของผู้ไต่ถาม หรือเพราะมีเหตุผลจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากจำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายสาธารณะ ซึ่งอาจยกตัวอย่างได้ ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่มีความจำเป็น เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่ามีการข่มขู่ทำร้ายร่างกาย หรือจะกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือเพื่อจะกระทำการที่ผิดกฎหมายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถาม

2) กรณีที่มีข้อเท็จจริงว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไต่ถามพยายามใช้การไต่ถามเพื่อวางแผนกระทำความผิดทางอาญา

3) กรณีจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานเพื่อใช้พิสูจน์หรือหักล้างเกี่ยวกับข้อกล่าวหาว่า มีการประพฤติผิดไปจากหลักวิชาชีพหรือจริยธรรมของผู้ไต่ถาม

4) กรณีจำเป็น เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าการไต่ถามได้มีการหลอกลวง หรือข่มขู่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากการไต่ถามได้ดำเนินการอย่างเที่ยงตรง หรือข้อตกลงที่จัดทำขึ้นระหว่างไต่ถามได้แสดงให้เห็นถึงการกระทำอันเป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของประชาชน

7.2 กรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการวางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการรักษาความลับอันเกิดจากการไต่ถาม ที่กำหนดข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามโดยให้ถือว่าเป็นหน้าที่ในการรักษาความลับประการหนึ่ง จึงทำให้หน้าที่ในการรักษาความลับกับข้อห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไต่ถามมิได้มีการแบ่งแยกจากกันอย่างมีนัยสำคัญ

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

7.2.1 การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานภายใต้หลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย พิจารณาจากข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยว่าเป็นกรณีที่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า The Federal Rules of Evidence Rule 408 กำหนดว่าพยานหลักฐานหรือถ้อยคำอันเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย ไม่เป็นที่ยอมรับเพื่อนำมาพิสูจน์ความผิดตามที่เรียกร้องได้²⁴ กล่าวคือไม่ให้นำพยานหลักฐานที่ได้มาจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อพิสูจน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่ว่าเป็นการเสนอให้หรือจะให้ผลประโยชน์ หรือเป็นการแสดงถึงการยอมรับในกระบวนการไกล่เกลี่ย²⁵ ส่วนพยานหลักฐานอื่น ๆ เมื่อมีการเปิดเผยแล้วสามารถรับฟังได้ ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงบางอย่างแม้เป็นข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย แต่ Rule 408 กำหนดให้ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เช่น เป็นข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ถึงการไกล่เกลี่ยที่ดำเนินการไปด้วยความลำเอียง หรือการพิสูจน์ว่าการไกล่เกลี่ยได้ดำเนินการโดยมิได้ล่าช้าเกินสมควร²⁶ อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ Rule 408 จะมีผลบังคับเป็นการเฉพาะกับคดีที่เกิดขึ้นภายหลังการไกล่เกลี่ย และคดีดังกล่าวมีการอ้างข้อเท็จจริงอันเกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นพยานหลักฐาน จึงทำให้ Rule 408 ไม่คุ้มครองการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนการสืบพยานในชั้นศาล²⁷

²⁴ Federal Rule of Evidence 408

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

²⁵ Christopher H. Macturk, **Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions**, American Journal of Trial Advocacy, Volume 19 (1995), p. 418.

²⁶ Owen V. Gray, **Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation**, Osgoode Hall Law Journal, Volume 36 Issue 4 (1998), p. 676.

²⁷ Christopher H. Macturk, **Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions**, American Journal of Trial Advocacy, Volume 19 (1995), pp. 419-420.

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยในกรณีใดที่เป็นข้อเท็จจริงเปิดเผยเพื่อนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ พบว่าศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาจากประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ (public interest) ว่า “การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับเพื่อนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานเปรียบเทียบกับความจำเป็นที่ประโยชน์สาธารณะพึงจะได้รับจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว สิ่งใดเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีคุณค่ามากกว่ากัน” ดังนั้น หากประเด็นที่กำลังพิจารณาอยู่ เมื่อเปรียบเทียบแล้วน้ำหนักของการรักษาประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าความจำเป็นในการรักษาความลับ กรณีดังกล่าวย่อมเป็นเหตุที่ควรยกเว้นการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เช่น คดี *United States v Exxon Corp. (1991)* ซึ่งในคดีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเด็นเรื่องการเยียวยาความเสียหายจากน้ำมันรั่วไหลลงในแม่น้ำ และเกิดความเสียหายแก่ประชาชน รวมทั้งสัตว์ป่าที่อาศัยอยู่ริมฝั่งแม่น้ำ กรณีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ได้เสียของประชาชนอันเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ ศาลจึงวินิจฉัยว่าไม่สมควรที่จะปกปิดความลับในเรื่องที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชน ทำให้พยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยดังกล่าวจึงอาจถูกขอให้เปิดเผยเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ตามข้อยกเว้นนั้น²⁸ หรือคดี *National Labor Relations Board (NLRB) v Joseph Macaluso, Inc. (1980)* ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายนายจ้างและฝ่ายสหภาพแรงงาน (ลูกจ้าง) จนได้มีการไกล่เกลี่ยระหว่างกันแล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จจนเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ฝ่ายนายจ้างจึงมีคำร้องขอต่อศาลให้หมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาเพื่อให้การที่สามารถแก้ไขข้อพิพาทได้ และยกเหตุผลว่าการให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวสามารถกระทำได้ ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย เพราะข้อพิพาทระหว่างฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างที่เกิดขึ้นไม่เป็นความลับ จึงไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการรักษาความลับ ศาลจึงได้วินิจฉัยว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแรงงานมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องรักษาความมั่นคงทางอุตสาหกรรม ประโยชน์สาธารณะ และรักษาความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย การร้องขอให้หมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยมาเป็นพยานเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงจะเป็นผลร้ายและเป็น

²⁸ Eric R. Max, *Confidentiality in Environmental Mediation*, New York University Environmental Law Journal, Volume 2 Issue 2 (1993), p. 215.

อันตรายมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการรับฟังข้อเท็จจริงจากพยานที่เป็นผู้ใกล้ชิด²⁹ จึงไม่สมควรที่รับฟังพยานซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิดตามที่มีการร้องขอ

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการตรา Uniform Mediation Act (UMA) ขึ้นในปี ค.ศ. 2001 เพื่อเป็นแนวปฏิบัติสำหรับผู้ใกล้ชิด และสร้างความเชื่อมั่นว่าการใกล้ชิดเป็นกระบวนการที่สามารถยุติข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีคุณภาพ โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้ชิดว่า การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดซึ่งเป็นความลับนั้น เป็นเอกสิทธิ์ (privilege) ของบุคคลผู้มีหน้าที่ในการรักษาความลับที่สามารถยกอ้างขึ้นเพื่อไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจได้รับอนุญาตให้มีการเปิดเผยได้ หากเป็นกรณีที่เหตุผลความจำเป็นในการเปิดเผยเมื่อเปรียบเทียบแล้วมีคุณค่ามากกว่าเหตุผลของการรักษาความลับ³⁰ โดยมีการกำหนดขอบเขตที่เป็นเหตุยกเว้นให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดเป็นพยานหลักฐานโดยห้ามมิให้อ้างเอกสิทธิ์ในการปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้ชิดเพื่อรับฟังเป็นพยานหลักฐาน ซึ่งสามารถจัดจำแนกออกเป็นกลุ่มได้ ดังนี้³¹

(1) กรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันให้เปิดเผยได้

(2) กรณีบังคับให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อสาธารณะ

(3) กรณีที่การใกล้ชิดเกิดขึ้นโดยบกพร่อง เช่น มีการข่มขู่ การทำให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ มีการวางแผนเพื่อกระทำผิดทางอาญา หรือมีการกระทำหรือพยายามกระทำการปกปิดความผิดทางอาญา

(4) กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการแสวงหาหรือเพื่อพิสูจน์การกระทำผิดต่อหน้าที่ หรือผิดต่อจริยธรรม ทั้งของผู้ใกล้ชิด บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใกล้ชิด หรือที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพของกลุ่มผู้เปราะบาง

²⁹ Kimberlee K. Kovach, *Mediation: Principles and Practice*, pp. 152-153.

³⁰ Ellen E. Deason, *Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide*, *Notre Dame Law Review*, Volume 80 Issue 2 (2005), p. 568.

³¹ Uniform Mediation Act (UMA) section 6

7.2.2 การใช้มาตรการทางกฎหมายลงโทษกรณีนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ในทางที่ผิด

การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษบุคคลที่นำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ประโยชน์ในทางที่ผิด มีที่มาจากศาลมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยจากความพยายามบ่อนทำลายกระบวนการทำงานของระบบตุลาการ โดยหากไม่ดำเนินการด้วยความจริงจังต่อการกำหนดโทษแก่ผู้ที่ไม่รักษาความลับในการไกล่เกลี่ยแล้ว ย่อมทำให้การไกล่เกลี่ยขาดความน่าเชื่อถือ และการการระงับข้อพิพาทด้วยความจริงจังและมุ่งมั่นเพื่อยุติข้อพิพาทจะลดน้อยถอยลง³² โดยจากการศึกษาพบว่า มลรัฐฟลอริดามีการตรากฎหมายเพื่อควบคุมและกำกับกรณีดังกล่าว โดยผู้ที่เปิดเผยความลับในการไกล่เกลี่ย โดยรู้และจงใจเปิดเผย (any mediation participant who knowingly and willfully discloses a mediation communication) ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบทั้งค่าเสียหายเพื่อชดเชยผลจากการเปิดเผยความลับ รวมถึงค่าค่าธรรมเนียมทั้งส่วนที่ให้แก่นายความตามสมควรแก่กรณี ค่าธรรมเนียมแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เพื่อบรรเทาเยียวยาความเสียหาย ทั้งนี้ การร้องขอค่าเสียหายดังกล่าว คู่กรณีพิพาทร้องขอได้ภายใน 2 ปีนับแต่คู่กรณีพิพาทรู้หรือควรรู้การกระทำอันเป็นการละเมิดการรักษาความลับ แต่ไม่เกิน 4 ปีนับแต่วันที่การกระทำดังกล่าวนั้นเกิดขึ้น³³

³² Sarah Rudolph Cole, *Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled*, Kansas Law Review, Volume 54 Issue 5 (2006), pp. 1444-1445.

³³ The 2021 Florida Statutes Title V JUDICIAL BRANCH CHAPTER 44 MEDIATION ALTERNATIVES TO JUDICIAL ACTION 44.406 Confidentiality; civil remedies.—

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

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

7.3 กรณีศึกษาของประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์

กลุ่มของประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสิงคโปร์ ต่างเป็นประเทศที่มีการใช้ระบบกฎหมาย Common Law แต่อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันบ้างเล็กน้อย โดยในกลุ่มประเทศตามกรณีศึกษาดังกล่าวได้ยึดถือหลักที่สร้างขึ้น เพื่อใช้ในการพิจารณารับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย เรียกว่าหลัก “without prejudice” อันเป็นหลักว่าด้วยการคุ้มครองมิให้ถ้อยคำหรือถ้อยแถลงที่เกิดขึ้นจากความพยายามเพื่อระงับข้อพิพาท ถูกนำไปใช้เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล โดยมีขึ้นเพื่อมิให้เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท หลัก without prejudice เป็นนโยบายสาธารณะเพื่อส่งเสริมให้คู่กรณีพิพาทสามารถค้นพบหนทางนำไปสู่การยุติข้อพิพาทระหว่างกันได้สำเร็จ และได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกเปิดเผยและทำให้เป็นความลับเสมอ ไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์เป็นที่เสียหาย³⁴ ทำให้การสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทไม่มีผู้ใดจะเข้ามาแทรกแซงสิทธิในความลับของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ โดยเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลในการไกล่เกลี่ย³⁵ โดยยกตัวอย่างจากคดี *Cutts v Head (1984)* ศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษและเวลส์ (Court of Appeal) ได้มีการอธิบายว่าหลัก without prejudice กำหนดให้การสื่อสารระหว่างกันจะต้องไม่มีสิ่งใดที่มีการเปิดเผยออกไป โดยเป็นการรบกวนขัดสิทธิต่ออีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือไม่เป็นการกระทบสิทธิของบุคคลอื่น หากคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้แล้วว่าสิ่งใดที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผย ศาลจะถูกผูกพันว่าไม่มีอำนาจดูเนื้อความของข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดห้ามมิให้เปิดเผย ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีที่จะได้รับการคุ้มครองประโยชน์ของตน โดยเฉพาะกรณีที่การไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ³⁶

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

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

³⁴ Nadja Alexander, *International and Comparative Mediation Legal Perspectives*, (Bedfordshire Kluwer Law International, 2009), p. 267.

³⁵ “*Cutts V. Head*,” (1984), p. 293.

³⁶ *Ibid.*, pp. 313-314.

อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาจากเหตุผลความจำเป็นภายใต้หลักการของนโยบายสาธารณะด้วยว่า กรณีดังกล่าวมีความจำเป็นจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือไม่ เพราะถ้าหากการเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีพิพาทมากกว่า ย่อมเป็นเหตุสมควรที่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ ทั้งนี้ เหตุที่สามารถยกเว้นหลัก without prejudice อาจยกตัวอย่างได้ดังต่อไปนี้³⁷

(1) กรณีพบข้อเท็จจริงว่าไม่ได้ทำขึ้นด้วยความเป็นกลาง หรือเนื้อหาประกอบด้วยเรื่องที่ไม่สำคัญ

(2) กรณีที่เนื้อหาในหลักฐานเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่น่าเชื่อถือ

(3) กรณีที่ไม่ได้กำหนดระดับประเด็นที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย

(4) กรณีที่คู่กรณีพิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วยความเข้าใจผิด ถูกหลอกลวง หรือเป็นการไกล่เกลี่ยที่ขัดต่อกฎหมาย หลักปฏิบัติทางการค้า

(5) กรณีมีข้อเท็จจริงที่เป็นการเรียกร้องหรือยินยอมว่าเป็นสัญญาระหว่างกันทำให้เปิดเผยได้

(6) กรณีที่คู่กรณีพิพาทได้สื่อสารกันว่าจะกระทำผิดอาญา

(7) กรณีที่หากมีการเปิดเผยแล้ว จะป้องกันคู่กรณีจากการพิจารณาโดยศาลเคลื่อนของศาล

(8) กรณีที่คู่กรณีพิพาทสื่อสารกันโดยจะนำไปสู่การกระทำอันเป็นการละเมิด

เหตุยกเว้นดังกล่าวทั้ง 8 กรณีข้างต้น Uniform Evidence Act (UEA) มาตรา 131 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศออสเตรเลีย รวมถึงกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017 ของประเทศสิงคโปร์ (The Singapore Mediation Act 2017) มาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 ได้มีการยกเว้นโดยกำหนดข้อยกเว้นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการจัดกลุ่มข้อยกเว้นดังกล่าว

ข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อกำจัดการใช้เอกสิทธิ์ตามหลัก without prejudice เพื่อให้ครอบคลุมบรรดาพฤติกรรมที่ไม่สมควรและเป็นการเสียเปรียบต่อคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การฉ้อโกง การเล็งงาชิ การกระทำผิดทางอาญา เป็นต้น การยกเว้นหลัก without prejudice ปรากฏในคดี *Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)* โดยศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษ

³⁷ Laurence Boulle, *Mediation Principle, Process, Practice*, pp. 675-676.

และเวลส์ (Court of Appeal) ได้วางหลักว่า without prejudice ไม่ได้เป็นหลักการที่ปฏิเสธการยอมรับฟังพยานหลักฐาน แต่มีเจตนารมณ์เพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจปิดกั้นไม่ให้รับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ย เพราะการรับฟังข้อเท็จจริงจากการไกล่เกลี่ยอาจสร้างอุปสรรคต่อการบรรลุผลของการระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นอย่างปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่คดีนี้ผู้พิพากษา Robert Walker ได้วินิจฉัยวางหลักว่า คดีนี้เป็นกรณีเกี่ยวกับการนัดหยุดงาน ซึ่งมีผู้ได้รับผลกระทบจำนวนมาก และยังคงมีประเด็นน่าสงสัยว่า การไกล่เกลี่ยได้บรรลุผลแล้วหรือไม่ เมื่อพบข้อเท็จจริงที่ควรเชื่อได้ว่าในระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยเกิดความเข้าใจผิด หรือมีการกระทำอันเป็นการฉ้อฉล การใช้อิทธิพลอำนาจเหนืออย่างไม่เหมาะสม หรือการปิดปากนั้น แม้การเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะเป็นการบ่อนทำลายหลักการรักษาความลับ อันเป็นสาระสำคัญเพื่อให้การระงับข้อพิพาทบรรลุผล แต่ศาลก็มีความมุ่งหมายไม่ต้องการให้คู่กรณีใช้กฎหมายเพื่อนำมาส่งเสริมการกระทำผิดของตนเอง³⁸ ดังนั้นการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นสิ่งที่สมควรให้กระทำได้ จึงไม่สมควรนำหลัก without prejudice มาอ้างเพื่อปิดกั้นมิให้รับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าว³⁹ นอกจากนี้คดี *Farm Assist Ltd. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (N^o2) (2009)* ศาลสูง (High Court Queen's Bench Division) ได้มีคำวินิจฉัยโดยยอมรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ไกล่เกลี่ย แม้ว่าจะเป็นการขัดต่อข้อตกลงการไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีพิพาทมีความประสงค์ให้มีการรักษาความลับ แต่เมื่อประเด็นตามข้อพิพาทเป็นกรณีอันมีเหตุผลสมควรประกอบกับความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากกว่าเป้าหมายของการรักษาความลับตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ย การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำและไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดที่สามารถนำมาพิสูจน์ความจริงได้อีก จึงจำเป็นต้องรับฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวอันเป็นการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามหลัก without prejudice⁴⁰ แนวบรรทัดฐานตามคดี *Farm Assist*

³⁸ Andrew Agapiou and Bryan Clark, **The Practical Significance of Confidentiality in Mediation** [Online], 26 May 2022. Source: <https://www.researchgate.net/publication/348686433>

³⁹ "Unilever Plc. V the Procter & Gamble Co.," (2000), pp. 357-359.

⁴⁰ Dorcas Quek Anderson, **A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016**, Singapore Academy of Law Journal, Volume 29 Issue 1 (2017), pp. 278-280.

Ltd. ประเทศสิงคโปร์ก็ได้นำมากำหนดเป็นข้อยกเว้นให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียง เป็นพยานหลักฐานได้ ตาม The Singapore Mediation Act 2017⁴¹

ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการที่ข้อเท็จจริงอันเกิดจากการใกล้เคียงถูกเปิดเผย ในประเทศอังกฤษถือว่าเป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญาโดยนัย (breach of implied contract) หากได้มีการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับแก่บุคคลภายนอก ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายที่เปิดเผย ข้อมูลต้องชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเป็นความเสียหายที่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับ ได้สูญเสียความสามารถในการหาผลประโยชน์แก่ตนเองจากข้อมูลอันเป็นความลับ โดยอ้างอิง จากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ โดยการกำหนดค่าเสียหายนั้นต้องเป็นจำนวนเงิน เท่าที่จะเป็นไปได้ สอดคล้องและเหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ⁴² ทั้งนี้ การพิสูจน์ ค่าเสียหาย คดี *Coco & A.N. Clark (Engineers) Ltd. (1969)* มีการกำหนดเป็นบรรทัดฐาน ไว้ว่า คู่กรณีต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริง 3 ข้อดังต่อไปนี้⁴³ จึงจะสามารถฟ้องร้องชนะคดีนี้ได้

(1) คู่กรณีฝ่ายเจ้าของข้อมูลต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าข้อมูลที่อีกฝ่ายได้รับมานั้น มีลักษณะเป็นความลับ

(2) ข้อมูลที่ได้มีการเปิดเผยมาให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น ฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้รับมาใน ลักษณะที่ต้องผูกพันว่าตนเองมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับ

(3) คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลได้มีการนำข้อมูลไปใช้โดยปราศจากอำนาจ เป็นเหตุทำให้ เจ้าของข้อมูลเสียหาย

ทั้งนี้ ในการนำสืบพิสูจน์ ผู้เสียหายสามารถนำสืบได้ว่าอีกฝ่ายมีหน้าที่ต่อผู้เสียหาย ในการรักษาข้อมูลที่ตนได้รับมา แต่กลับจงใจละเลยต่อหน้าที่จนเป็นที่เสียหายแก่ตน กรณีนี้ จึงสามารถฟ้องร้องเป็นคดีละเมิดได้

อนึ่ง คดี *Coco & A.N. Clark (Engineers) Ltd. (1969)* ประเทศสิงคโปร์ได้รับนำเอามา เป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีเช่นกัน ปรากฏตามคดี *X Pte Ltd & Anor v. CDE (1992)*⁴⁴

⁴¹ The Singapore Mediation Act 2017 article 11 (2) (b)

⁴² R.G. Toulson and C.M. Phipps, *Confidentiality*, pp. 22-26.

⁴³ วิชัย อริยะนันทกะ, *วงการกฎหมายทั่วไป*, ตุลาคม, ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2528), หน้า 93-95.

⁴⁴ Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, **Ch. 03 Mediation** [Online], 6 January 2023. Source: <https://www.singaporelawwatch.sg/About-Singapore-Law/Overview/ch-03-mediation>

7.4 กรณีศึกษาของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส

การรักษาความลับมีความสัมพันธ์กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยการนำมาปรับใช้กับการรับฟังพยานหลักฐาน กล่าวคือหากพยานหลักฐานใดถูกกำหนดให้เป็นความลับ จะถูกห้ามมิให้รับฟังเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี อย่างไรก็ตาม หากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ซึ่งใช้ระบบการค้นหาข้อเท็จจริงแบบไต่สวน (inquisitorial system) ทำให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการร่วมค้นหาข้อเท็จจริงกับคู่ความในคดี ศาลจึงย่อมสามารถรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างอิสระและไม่มีข้อจำกัด ด้วยเหตุนี้การรับฟังข้อเท็จจริงเป็นพยานหลักฐานของศาลจึงจะต้องกระทำด้วยความรอบคอบระมัดระวัง ดังนั้น หากกำหนดว่าข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใดที่ไม่ให้เปิดเผย จะมีลักษณะเป็นบทตัดพยานจำกัดบทบาทของศาลในการรับฟังข้อเท็จจริง หากนำมาใช้กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law แล้วทำให้ศาลขาดอิสระในการรับฟังพยานหลักฐาน และถูกจำกัดพยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาชี้ขาดตัดสิน

7.4.1 หน้าที่ในการรักษาความลับ

ประเทศเยอรมนีมีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย โดยมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Mediationsgesetz § 4 Verschwiegenheitspflicht) กำหนดว่าผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึงบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ในการรักษาความลับเกี่ยวกับข้อมูลที่ได้รับรู้มาในระหว่างการไกล่เกลี่ย⁴⁵ เหตุผลในการรักษาความลับเพราะการกำหนด

⁴⁵ Mediationsgesetz § 4 Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,

2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder

สภาพแวดล้อมของการไกล่เกลี่ยให้มีสภาพเป็นความลับ มีส่วนสำคัญที่ทำให้คู่กรณีพิพาทสามารถสร้างความเข้าใจระหว่างกันอย่างชัดเจนและเกิดการสร้างบรรยากาศที่สามารถบรรลุผลได้ตามเป้าหมาย ดังนั้น หน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจึงครอบคลุมในทุกขั้นตอนของการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะเป็นการเตรียมดำเนินการไกล่เกลี่ย การเปิดเผยเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย หรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ได้มีการเปิดเผยระหว่างกัน และครอบคลุมบุคคลทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เว้นแต่คู่กรณีพิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับมีขึ้นเนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงด้วยเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะ โดยเฉพาะในประเทศเยอรมนีมีการกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นกับสวัสดิภาพของเด็ก หรือเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจของบุคคล หรือโดยสภาพของข้อเท็จจริงนั้นเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปหรือไม่มีความสำคัญเพียงพอต่อความจำเป็นในการรักษาความลับ⁴⁶

ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส ปรากฏตามมาตรา 21-3 ของรัฐบัญญัติฉบับที่ 95-125 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 ว่าด้วยการจัดองค์กรศาลยุติธรรม และวิธีพิจารณาความแพ่งอาญา และคดีปกครอง (Loi n° 95-125 du 8 février 1995 Article 21-3)⁴⁷ โดยวรรคหนึ่ง

3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

⁴⁶ Eric Wagner and Britta Kamp, *Mediation in Germany in Comparative Law Yearbook of International Business: International Mediation*, ed. Christian Campbell (Kluwer Law International, 2020), pp. 177-178.

⁴⁷ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Article 21-3 Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

กำหนดว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยอยู่ภายใต้หลักการรักษาความลับ เว้นแต่คู่กรณีพิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น นับได้ว่าเป็นการให้อิสระแก่คู่กรณีพิพาทในการกำหนดให้มีการยกเว้นหลักการรักษาความลับ และในวรรคสามมีข้อยกเว้นที่มีให้อ้างหลักการรักษาความลับ หากเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะ เป็นเรื่องที่กระทบกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็นเรื่องกระทบต่อสุขภาพร่างกายและจิตใจของบุคคล หรือเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการไกล่เกลี่ยหรือพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย⁴⁸

7.4.2 การรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน

การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน สืบเนื่องมาจากความจำเป็นในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะในกรณีที่การไกล่เกลี่ยดำเนินการโดยไม่ประสบความสำเร็จ ไม่สามารถบรรลุผลในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศเยอรมนี พบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี มาตรา 383 (1)⁴⁹ กำหนดว่าบุคคลที่ได้รับข้อเท็จจริงที่กำหนดให้เป็นความลับ เพราะโดยตำแหน่ง งาน อาชีพ หรือสถานภาพ หรือได้รับความลับมาโดยกฎหมายกำหนด มีสิทธิปฏิเสธที่จะให้การเป็นพยาน บทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงผู้ไกล่เกลี่ย รวมถึง

a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;

b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

⁴⁸ Delphine Wietek, **Chapter 12: France in EU Mediation Law Handbook**, ed. Sabine Walsh Nadja Alexander and Martin Svato, (Kluwer Law International, 2017), pp. 339-341.

⁴⁹ Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 383 Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen

(1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt: ...

6. Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. ...

ผู้พิพากษาทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย (Güterichter) ด้วย แต่หากพ้นจากหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว จึงจะสามารถเป็นพยานได้⁵⁰

7.4.3 ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

การที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลใด บุคคลนั้นอาจต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว โดยฝ่ายที่ต้องเสียหายเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ถึงความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดที่เป็นผลเกิดขึ้นแก่ตน กรณีของประเทศเยอรมนีพิจารณาได้ว่า หากผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่อันเกิดจากข้อตกลงการไกล่เกลี่ยที่มีลักษณะเป็นสัญญา แล้วได้กระทำการอันเป็นการผิดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว เป็นการผิดหน้าที่ทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้และผิดหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญา บุคคลที่กระทำการผิดหน้าที่ซึ่งถือเป็นลูกหนี้ย่อมได้รับผลร้าย โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายมีฐานะถือเป็นเจ้าหนี้ อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ อันเป็นการบังคับตามหน้าที่ในการชำระหนี้ นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังอาจเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย อันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 280 (1) และมาตรา 282 ประกอบกับมาตรา 241 (2)⁵¹

⁵⁰ Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, **Chapter 13: Germany in EU Mediation Law Handbook**, ed. Sabine Walsh Nadja Alexander and Martin Svato, (Kluwer Law International, 2017), p. 375.

⁵¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. ...

§ 282 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2

ทั้งนี้ ความเสียหายดังกล่าวเป็นการยากที่จะพิสูจน์ จึงมีข้อเสนอแนะว่าเมื่อมีการทำข้อตกลง การไกล่เกลี่ยอาจจัดให้มีการทำประกันความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ได้⁵²

ส่วนกรณีของประเทศฝรั่งเศส พบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของ ฝรั่งเศสไม่ได้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่กระทำการผิดหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนตามกฎหมายลักษณะละเมิด และอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย โดยค่าเสียหายดังกล่าวจะเป็น รายจ่ายที่เกิดขึ้นของคู่กรณีพิพาท เพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น ค่าธรรมเนียม คนกลาง ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมการเตรียมการและการมีส่วนร่วม การเบิกจ่าย และ ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่สามารถคำนวณได้โดยง่าย⁵³ ส่วนมาตรการในการลงโทษผู้มีวิชาชีพที่ดำเนินการ ไม่เป็นไปตามหน้าที่ มีการกำหนดลงโทษทางอาญา และทางวินัยไว้ด้วย กล่าวคือในประมวล กฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 434-9⁵⁴ ได้มีการกำหนดห้ามผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งทำหน้าที่เป็น

Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

⁵² Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, **Chapter 13: Germany in EU Mediation Law Handbook**, pp. 380-381.

⁵³ Delphine Wietek, **Chapter 12: France in EU Mediation Law Handbook**, pp. 338-345.

⁵⁴ Code Pénal

Article 434-9 Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par :

...

4° Une personne chargée par l'autorité judiciaire ou par une juridiction administrative d'une mission de conciliation ou de médiation ;

...

de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. ...

ผู้ไกล่เกลี่ยในศาลกระทำการเรียกร้อง หรือรับข้อเสนอ ของก้านัล หรือประโยชน์ใด ๆ เพื่อละเว้นจากการปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และปรับ 1,000,000 ยูโร⁵⁵

8. วิเคราะห์การรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย และความรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่รักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยของต่างประเทศ พบว่าหน้าที่ในการรักษาความลับถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญ เพราะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการสร้างความไว้วางใจ และก่อให้เกิดความเชื่อมั่นต่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยว่าจะสามารถบรรลุผลต่อการยุติข้อพิพาท เพราะคู่กรณีพิพาทมีความกล้าที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงของฝ่ายตนเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น พบว่าหน้าที่ในการรักษาความลับมิได้เป็นบทบังคับโดยเคร่งครัดกับบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ส่งผลให้บางกรณีไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับ

8.1 การกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย
หน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ ดังนี้⁵⁶

⁵⁵ Union Internationale des Avocats, *International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege*, (2019), p. 19.

ประเทศไทย	UNCITRAL Model Law	UNCITRAL Mediation Rules	ประเทศเยอรมนี
พระราชบัญญัติ การไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ประกอบ กับมาตรา 12 (6) 1. ผู้ไกล่เกลี่ย หมายถึง บุคคลที่ ทำหน้าที่ในการ ไกล่เกลี่ยเท่านั้น 2. เฉพาะผู้ไกล่เกลี่ย เท่านั้นที่มีหน้าที่ ในการรักษา ความลับที่เกี่ยวข้อง กับการไกล่เกลี่ย	Article 10: ข้อเท็จจริงที่ เกี่ยวข้องกับการ ไกล่เกลี่ยจะต้องเป็น ความลับ เว้นแต่ การเปิดเผยเป็นไป ตามกฎหมาย หรือเพื่อบังคับ ให้เป็นไปตาม ข้อตกลงยุติข้อพิพาท	Article 6 และ Article 8: ข้อเท็จจริงที่ เกี่ยวข้องกับการ ไกล่เกลี่ยจะต้อง ถูกเก็บเป็นความลับ โดยบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับการ ไกล่เกลี่ย เว้นแต่ เป็นกรณีที่มี กฎหมายกำหนดไว้ หรือเพื่อพิสูจน์ เกี่ยวกับข้อตกลง ยุติข้อพิพาท	Mediationsgesetz § 4: ผู้ไกล่เกลี่ย และบุคคลที่มี ส่วนเกี่ยวข้อง กับการไกล่เกลี่ย เป็นผู้มีหน้าที่ในการ รักษาความลับ หากไม่ได้มีกฎหมาย กำหนดไว้เป็นอย่าง อื่น หน้าที่ดังกล่าว เกี่ยวข้องกับบุคคล ทุกคนที่ได้รับรู้ ข้อเท็จจริงมา ระหว่างการ ไกล่เกลี่ย

กรณีดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติตามกฎหมายของไทยยังไม่มี ความชัดเจน เพียงพอ เพราะไม่ได้มีการกำหนดว่าบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย โดยจะพบว่าบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิด จากการไกล่เกลี่ยด้วย ทำให้การปรับใช้กรณีที่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยได้นำเอาข้อเท็จจริง ที่เป็นความลับนำไปใช้ อาจมีข้ออ้างได้ว่าไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย ให้ทำหน้าที่ในการรักษาความลับ บุคคลดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับว่ามีหน้าที่ในการรักษา ความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจส่งผลเป็นโอกาสให้บุคคลดังกล่าวนำเอาข้อเท็จจริง

⁵⁶ ผู้เขียนยกตัวอย่างแต่เฉพาะกรณีศึกษาที่มีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของบุคคลที่มี ส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยไว้โดยชัดเจนเท่านั้น

หรือข้อมูลอันเป็นความลับไปเปิดเผยได้ ดังนั้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย

8.2 ข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จะเห็นได้ว่าไม่มีการกำหนดประเด็นเรื่องข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับไว้ ส่วนข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 เห็นได้ว่าข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยจะจำกัดเฉพาะเพียงเพื่อให้สามารถปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ สามารถนำมาเปรียบเทียบได้ ดังนี้

กรณีศึกษา	การกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย
ไทย	<ol style="list-style-type: none">พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ แต่มีมาตรา 33 กำหนดให้คู่กรณีที่ถูกบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสามารถของคู่กรณีอีกฝ่าย หรือเป็นข้อบังคับมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเกิดจากกลฉ้อฉล บังคับ ชูเชื้อ หรือกระทำการโดยมิชอบด้วยประการใด ๆ หรือมีความบกพร่องเกี่ยวกับความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ยกเว้นเฉพาะกรณีจำเป็นเพื่อปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ
UNCITRAL	UNCITRAL Model Law article 10 กำหนดยกเว้น หากเป็นการเปิดเผยภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยคณะผู้ยกร่าง UNCITRAL Model Law ได้ยกตัวอย่างกรณีที่เป็นเหตุยกเว้นเช่น หากไม่เปิดเผยแล้ว จะทำให้บุคคล

	<p>ได้รับอันตรายแก่กายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือเป็นการเปิดเผยเพื่อแจ้งเตือนประชาชนเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยด้านสุขภาพ สิ่งแวดล้อม หรือความปลอดภัยสาธารณะ เป็นต้น หรือเป็นกรณีเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท</p>
ฝรั่งเศส	<p>รัฐบัญญัติฉบับที่ 95-125 มาตรา 21-3 กำหนดข้อยกเว้น หากเป็นกรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ให้แตกต่างกันไว้อย่างอื่น</p>
อังกฤษ	<p>หลัก without prejudice โดยกำหนดว่าข้อเท็จจริงใดสมควรเปิดเผยได้ให้พิจารณาจากประเด็นนโยบายสาธารณะ และข้อตกลงระหว่างคู่กรณีพิพาท (คดี <i>Rush & Tompkins Ltd. v Greater London Council (1988)</i> วินิจฉัยไว้) กล่าวคือ หากเป็นข้อเท็จจริงที่ถูกกำหนดไม่ให้เปิดเผย แต่เมื่อได้พิจารณาแล้วพบว่ามีเหตุอันควรสงสัยว่าการใกล้เคียงได้ดำเนินไปโดยเป็นไปในทางที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และหากการเปิดเผยจะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายยิ่งกว่า ย่อมเป็นกรณีที่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับดังกล่าวได้ (คดี <i>Cutts v Head (1984)</i> คดี <i>Unilever plc. v The Procter & Gamble Co. (2000)</i> และคดี <i>Farm Assist Ltd. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (N^o2) (2009)</i> วินิจฉัยไว้)</p>
สิงคโปร์	<p>กฎหมายว่าด้วยการใกล้เคียง ค.ศ. 2017 มาตรา 9 (2) และมาตรา 11 กำหนดเหตุยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการใกล้เคียง โดยอาจจัดกลุ่มได้ ดังนี้</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายได้ตกลงยินยอมระหว่างกัน หรือเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงอันเกิดจากการใกล้เคียง 2. เป็นข้อเท็จจริงที่รับรู้กันโดยทั่วไปอยู่แล้ว 3. การเปิดเผยจะป้องกันหรือลดภัยอันตรายที่เกิดขึ้นแก่บุคคล 4. เพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย หรือเพื่อการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย

	5. เพื่อตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย หรือการไกล่เกลี่ยมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
สหรัฐอเมริกา	การสื่อสารระหว่างการไกล่เกลี่ยถือเป็นความลับ แต่อาจจะเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับได้ โดยการพิจารณาว่าจะเปิดเผยหรือไม่ ศาลจะพิจารณายึดจากเรื่องของประโยชน์สาธารณะ โดยจะเปรียบเทียบและชั่งน้ำหนักระหว่างประเด็นข้อพิพาทที่ต้องวินิจฉัยเทียบกับความจำเป็นในการเปิดเผย

ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย แม้ว่ามาตรา 33 ของบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเหตุที่ทำให้สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความบกพร่องที่เกิดขึ้นในการไกล่เกลี่ย แต่ก็อาจส่งผลว่าไม่มีช่องทางที่จะนำไปปรับใช้กับกรณีที่จำเป็นอื่นเพื่อนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นความลับนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรืออนุญาโตตุลาการ จึงควรมีการเพิ่มข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับ

8.3 เหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน

บทบัญญัติกำหนดว่าด้วยเหตุต้องห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันเหตุ หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ โดยไม่ให้นำข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปิดเผยในการไกล่เกลี่ยมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 มีบทบัญญัติคล้ายคลึงกับ Article 11 แห่ง UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation โดยมีสาระสำคัญเดียวกันที่ได้กำหนดไว้คือ ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐาน แต่กลับไม่ได้นำข้อยกเว้นใน UNCITRAL Model Law ที่กำหนดว่าการเปิดเผยหรือการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้กระทำขึ้นภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้หรือบังคับตามข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทมาบัญญัติไว้ ประกอบกับเมื่อพิจารณาร่วมกันกับมาตรา 33 พบว่าอาจมีเพียงเฉพาะกรณีเพื่อพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อบกพร่อง

ที่เกิดขึ้นกับการจัดทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้นที่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ได้ จึงทำให้เหตุยกเว้นเป็นไปอย่างจำกัดและแคบ จึงควรเพิ่มเหตุที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องห้ามรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานเพิ่มเติม ซึ่งอาจนำกรณีของประเทศออสเตรเลียมาพิจารณาเปรียบเทียบได้ ดังต่อไปนี้

ไทย	ออสเตรเลีย
<p>พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 29 กำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท และมาตรา 33 กำหนดเหตุที่ทำให้ศาลไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้</p>	<p>Uniform Evidence Act มาตรา 131 กำหนดข้อยกเว้นที่เป็นเหตุให้สามารถนำเอาข้อเท็จจริงจากการระงับข้อพิพาทมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ โดยอาจจัดกลุ่มได้ ดังต่อไปนี้</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) พบว่าการไกล่เกลี่ยไม่ได้ทำขึ้นด้วยความเป็นกลาง หรือเนื้อหาประกอบด้วยเรื่องที่ไม่สำคัญ (2) เนื้อหาในหลักฐานเป็นข้อเท็จจริงที่น่าเชื่อถือ (3) ไม่ได้กำหนดระบุดังประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย (4) คู่กรณีพิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วยความเข้าใจผิด ถูกหลอกลวง หรือเป็นการไกล่เกลี่ยที่ขัดต่อกฎหมายหลักปฏิบัติทางการค้า (5) มีข้อเท็จจริงที่เป็นการเรียกร้องหรือยินยอมว่าเป็นสัญญาระหว่างกัน ว่าจะเปิดเผยได้ (6) คู่กรณีพิพาทได้สื่อสารกันว่า จะกระทำผิดอาญา (7) หากมีการเปิดเผยแล้ว จะป้องกันคู่กรณี

	จากการพิจารณาโดยศาลเคลื่อนของศาล (8) คู่กรณีพิพาทสื่อสารกันโดยจะนำไปสู่การกระทำอันเป็นการละเมิด
--	---

ผู้เขียนเห็นควรนำแนวคิดการกำหนดให้เหตุเพื่อพิสูจน์เกี่ยวกับกรณีการไกล่เกลี่ยนั้น มีการเตรียม เป็นการพยายาม หรือเป็นกระทำความผิดทางอาญา เป็นข้อยกเว้นที่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะเหตุดังกล่าวเป็นกรณีที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สุขและความปลอดภัยของสังคม ซึ่งหากให้ความคุ้มครองแล้วจะเกิดเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ รวมไปถึงสอดคล้องกับความเห็นของคณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law ที่เห็นว่าควรเป็นข้อยกเว้นหลักการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยด้วย⁵⁷

8.4 ความรับผิดชอบของผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดมาตรการอย่างใด ๆ ให้ชัดเจนว่า หากมีกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้ไปกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายในทางแพ่งอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับแล้ว จะดำเนินการในกรณีดังกล่าวอย่างไร ผู้เขียนจึงได้พิจารณาเปรียบเทียบกรณีดังกล่าว ดังต่อไปนี้

ประเทศ	การกำหนดความรับผิดทางแพ่ง
สหรัฐอเมริกา	ผู้ที่เปิดเผยต้องรู้และจงใจเปิดเผย และต้องรับผิดทั้งค่าเสียหายเพื่อชดเชยผลอันเกิดจากการเปิดเผยความลับ ค่าฤชาธรรมเนียมที่ให้แก่นายความตามสมควร ค่าธรรมเนียมแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เพื่อบรรเทาเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการเปิดเผยความลับ
อังกฤษ	การละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ ถือว่าเป็นการผิดสัญญาโดยนัย ก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีฝ่ายที่เปิดเผยข้อมูลมีหน้าที่ต้องชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว การประเมินค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น

⁵⁷ United Nations, UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018), p. 55. para. 71.

	<p>มีคดี <i>Seager v Copydex Ltd. (No.2) (1969)</i> วางหลักไว้ว่าให้อ้างอิงจากมูลค่าตลาด (market value) ของงานนั้น ๆ ที่เจ้าของข้อมูลอันเป็นความลับพึงจะได้รับหากสามารถใช้ข้อมูลนั้น</p>
เยอรมนี	<p>การละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ เป็นการผิดหน้าที่ทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้และผิดหน้าที่ในการค้ำประกันถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 241 (2) บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการเปิดเผยความลับเป็นเจ้าของหนี้ และผู้ใกล้ชิดเป็นลูกหนี้ในหนี้ (หน้าที่) ในการรักษาความลับ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 280 (1) เจ้าหนี้อาจเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ และโดยมาตรา 282 ยังอาจเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ในการค้ำประกันถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาด้วย</p>
ฝรั่งเศส	<p>ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้เป็นการเฉพาะ จึงอาจเรียกร้องให้รับผิดชอบได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด ส่วนการกำหนดค่าเสียหายที่ต้องรับผิดชอบ อาจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายอันเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น ค่าธรรมเนียมคนกลาง ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมการเตรียมการ เป็นต้น</p>

ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ย อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับ ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดให้ ผู้ไกล่เกลี่ยมีความรับผิดทางแพ่งสำหรับกรณีดังกล่าวด้วย หากผู้ไกล่เกลี่ยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เนื่องจากกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความลับโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเช่นอย่างผู้มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยพึงกระทำ ซึ่งหน้าที่ในการรักษาความลับเป็นเป็นหัวใจของการทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยบรรลุผลไปสู่การยุติข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม หากกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่เพียงจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ยังจะต้องรับผิดทางแพ่งในความเสียหาย

ที่เกิดขึ้น อาจส่งผลทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว เกิดข้อกังวลสำหรับผู้ที่จะมาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย และอาจไม่มีประชาชนเข้ามาร่วมอาสาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งจะไม่สอดคล้องกับหลักคิดของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ประสงค์เพื่อสร้างให้ภาคประชาชนมีความเข้มแข็งและส่งเสริมให้ภาคประชาชนสามารถแก้ไขและระงับยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันโดยเร็ว⁵⁸ ทั้งนี้ การกำหนดในลักษณะดังกล่าวเห็นว่าไม่อาจนำแนวคิดเรื่องความผูกพันในลักษณะเป็นหนี้ระหว่างกันมาปรับใช้ได้ เนื่องจากกรณีการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เป็นกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาทำหน้าที่ได้โดยผลของการที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย มิได้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่กรณีพิพาทในรูปแบบของสัญญาให้มาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย จึงเห็นว่าไม่อาจนำแนวคิดในลักษณะความสัมพันธ์ทางหนี้ตามแบบของประเทศเยอรมนีมาปรับใช้ได้

9. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การศึกษาในประเด็นว่าด้วยหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งรวมไปถึงการห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน และความรับผิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยอันเกิดจากการไม่รักษาความลับ เห็นได้ว่าปัจจุบันพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่มีความชัดเจนในประเด็นว่าด้วยการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับ เพราะไม่ได้มีการกำหนดว่าบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยนอกเหนือจากผู้ไกล่เกลี่ย อาจมีข้ออ้างได้ว่าไม่อยู่ภายใต้บังคับว่ามีหน้าที่ในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจส่งผลเป็นโอกาสให้บุคคลดังกล่าวนำเอาข้อเท็จจริงหรือข้อมูลอันเป็นความลับไปเปิดเผยได้ ส่วนข้อยกเว้นการกำหนดเหตุห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐาน เห็นว่ายังกำหนดเหตุยกเว้นโดยยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่จะเป็นการคุ้มครองต่อประโยชน์สุขและความปลอดภัยของสังคม อันเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะรวมถึงยังไม่มีกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งจากการศึกษาจะพบว่าความไม่ชัดเจนดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดในรายละเอียด

⁵⁸ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ครั้งที่ 11, (2562), หน้า 12.

เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับและช้อยกเว้นไว้ ส่วนการกำหนดห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานมีการกำหนดเหตุยกเว้นไว้แต่เพียงเพื่อพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นกับการจัดทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่านั้นที่สามารถนำเอาข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ได้ ซึ่งเป็นการกำหนดโดยมีลักษณะจำกัด ส่วนความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ไกล่เกลี่ย ก็ไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดในกรณีดังกล่าวเพื่อให้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังต่อไปนี้

(1) เพิ่มบทบัญญัติให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาความลับด้วย เพื่อให้ขอบเขตหน้าที่ในการรักษาความลับครอบคลุมไปถึงบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย เช่น ให้ขยายความไปถึงทนายความของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่าย รวมถึงบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ย เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดปัญหาว่าบุคคลอื่นที่มีไม่ใช่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาความลับ อันจะเป็นการประกันว่าบุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการรักษาข้อเท็จจริงที่ตนเองได้รับมานั้นเป็นความลับตามความประสงค์ของเจ้าของข้อเท็จจริง

(2) เพิ่มบทบัญญัติโดยกำหนดให้มีช้อยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ หากเป็นกรณีที่มีการเปิดเผยดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัย หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อมิให้หน้าที่ในการรักษาความลับเป็นหน้าที่โดยเด็ดขาดจนส่งผลทำให้เกิดปัญหาที่ไม่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างการไกล่เกลี่ยได้ เนื่องจากบางกรณีถือได้ว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยมาใช้เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง ทั้งนี้ การพิจารณาว่ากรณีใดสมควรได้รับการยกเว้นหน้าที่ในการรักษาความลับ ควรจะต้องพิจารณาโดยใช้ดุลยพินิจเปรียบเทียบกันระหว่างความจำเป็นในการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเทียบกับความจำเป็นหรือประโยชน์ที่จะได้รับจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นความลับ

(3) เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยเหตุที่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ หากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อพิสูจน์กรณีการไกล่เกลี่ยนั้นมีการตระเตรียม เป็นการพยายาม หรือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา เพราะการกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สุขและความปลอดภัยของสังคม อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงสมควรเป็นกรณีที่ได้รับการยกเว้นให้สามารถ

รับฟังข้อเท็จจริงอันเกิดจากการไกล่เกลี่ยเป็นพยานหลักฐานได้ ทั้งเป็นการสอดคล้องกับความเห็นของคณะทำงานยกร่าง UNCITRAL Model Law อีกด้วย

(4) เพิ่มบทบัญญัติกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่และจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง หากเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เนื่องจากถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเช่นอย่างผู้มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยพึงกระทำ โดยการกำหนดในลักษณะดังกล่าวเพื่อไม่ให้ส่งผลกระทบต่อประชาชนเกิดความหวาดกลัว หรือเกิดความกังวลในการปฏิบัติหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย

การให้ความสำคัญกับการรักษาความลับอันเกิดจากการไกล่เกลี่ย ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากการรักษาความลับถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ย และเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอันจะส่งผลทำให้การดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จจนนำไปสู่การบรรลุผลในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เพราะฉะนั้น ในการศึกษาดังกล่าวนี้อาจส่งผลทำให้เกิดการสร้างความรู้ ความเข้าใจ และตระหนักถึงความสำคัญของการรักษาความลับ เพื่อให้การรักษาความลับเป็นเหตุผลสำคัญที่จะทำให้เกิดความนิยมในการเลือกใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นเครื่องมือเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันให้มากยิ่งขึ้น ประกอบกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว อันจะส่งผลดีต่อการระงับข้อพิพาทที่จะสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงเป็นการส่งเสริมเพื่อสร้างความผาสุกในสังคมต่อไป

บรรณานุกรม

- จันทร์เพ็ญ งามวิไลวงศ์, **แนวทางกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย: ข้อพิจารณาจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549).
- ปวีณี ไพรทอง, **การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562**, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอส ออฟเซ็ท กราฟฟิคดีไซน์, 2564).
- วิชัย อริยะนันท์ทกะ, **วงการกฎหมายทั่วไป**, ดุลพาห, ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2528).
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, **บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ครั้งที่ 11**, (2562).
- สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, **ผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบออนไลน์ ปีงบประมาณ 2564 เทียบปีงบประมาณ 2565 [ออนไลน์]**, แหล่งที่มา: <https://oja.coj.go.th/th/content/category/detail/id/10/cid/21/iid/323673>
- สุชาสินี สุภา, **ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545).
- โสภณ รัตนากร, **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน**, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- Andrew Agapiou and Bryan Clark, **The Practical Significance of Confidentiality in Mediation** [Online], Source: <https://www.researchgate.net/publication/348686433>
- Christopher H. Macturk, **Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions**, American Journal of Trial Advocacy, Volume 19 (1995).
- Delphine Wietek, **Chapter 12: France in EU Mediation Law Handbook**, (Kluwer Law International, 2017).
- Dorcas Quek Anderson, **A Coming of Age for Mediation in Singapore? - Mediation Act 2016**, Singapore Academy of Law Journal, Volume 29 Issue 1 (2017).

- Dorcas Quek Anderson and Sabiha Shiraz, **Ch. 03 Mediation** [Online], Source: <https://www.singaporelawwatch.sg/About-Singapore-Law/Overview/ch-03-mediation>
- Ellen E. Deason, **Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide**, Notre Dame Law Review, Volume 80 Issue 2 (2005).
- Eric R. Max, **Confidentiality in Environmental Mediation**, New York University Environmental Law Journal, Volume 2 Issue 2 (1993).
- Eric Wagner and Britta Kamp, **Mediation in Germany in Comparative Law Yearbook of International Business: International Mediation**, (Kluwer Law International, 2020).
- Gary B. Born, **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016).
- Kimberlee K. Kovach, **Mediation: Principles and Practice**, (Minnesota: West Publishing CO., 1994).
- Kristina Osswald and Gustav Flecke-Giammarco, **Chapter 13: Germany**, In **EU Mediation Law Handbook**, (Kluwer Law International, 2017).
- Laurence Boulle, **Mediation Principle, Process, Practice**, 3rd ed. (New Southwales: LexisNexis, 2011).
- Nadja Alexander, **International and Comparative Mediation Legal Perspectives**, (Bedfordshire Kluwer Law International, 2009).
- Owen V. Gray, **Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation**, Osgoode Hall Law Journal, Volume 36 Issue 4 (1998).
- R.G. Toulson and C.M. Phipps, **Confidentiality**, (London: Sweet & Maxwell, 1996).
- Rebecca Callahan, **Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality Be a Function of the Court in Which the Litigation Is Pending?**, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Volume 12 Issue 1 (2013).

- Sarah Rudolph Cole, **Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled**, Kansas Law Review, Volume 54 Issue 5 (2006).

- Union Internationale des Avocats, **International Report on Professional Secrecy and Legal Privilege**, (2019).

- United Nations, **UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)**, (2022).

- United Nations General Assembly, **A/Cn.9/468 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Second Session (Vienna, 20 - 31 March 2000)**, edited by United Nations Commission on International Trade Law, (2000).

- United Nations General Assembly, **A/Cn.9/506 Report of the Working Group on Arbitration on the Work of Its Thirty-Fifth Session (Vienna, 19-30 November 2001)**, edited by United Nations Commission on International Trade Law, (2001).

- United Nations General Assembly, **A/Cn.9/Wg.li/Wp.108 Settlement of Commercial Disputes Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement Report of the Secretary General**, edited by United Nations Commission on International Trade Law, (2000).