

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ



การระงับข้อพิพาทในปัจจุบัน นอกจากการระงับข้อพิพาทโดยศาลและการอนุญาโตตุลาการแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่คู่กรณีนิยมใช้ในการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ตั้งแต่ศตวรรษที่ 1970 เป็นต้นมา การประนอมข้อพิพาทได้รับความนิยมอย่างรวดเร็วในหลายภูมิภาคทั่วโลกไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการยังมีลักษณะของกระบวนการในการวินิจฉัยข้อพิพาทอยู่ด้วย (Judicial Character) ซึ่งเหมือนกับศาล ทำให้เกิดความล่าช้าในการระงับข้อพิพาทและมีค่าใช้จ่ายที่สูง ในขณะที่การประนอมข้อพิพาท มีความรวดเร็ว รักษาชื่อเสียง รักษาความลับทางธุรกิจได้ดีกว่า เสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า และผลลัพธ์ที่ได้สร้างความพอใจแก่ทุกฝ่าย จึงทำให้บทบาทของการประนอมข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ

อย่างไรก็ตามการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการก็มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ต่างก็เป็นกระบวนการหนึ่งที่มีส่วนช่วยอำนวยความสะดวกแทนรัฐซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจและเป็นวิธีการในการหาข้อเท็จจริงโดยการปฏิบัติที่ชอบธรรม ในการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมไม่จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายแต่อาจใช้หลักความยุติธรรม คล้ายกับกรณี amiable composition หรือ การประนอมข้อพิพาทที่มีผู้ประนอมข้อพิพาทที่เป็นเพื่อน ซึ่งเป็นวิธีการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย แต่ทั้งนี้ยังต้องให้เหตุผลในการตัดสิน โดยปกติจะใช้หลักความเป็นธรรมและมโนธรรมอันดี (ex aequo et bono) ของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนั่นเอง (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540 :12) แต่ในการประนอมข้อพิพาทผู้ประนอมไม่ต้องให้เหตุผลและมีความแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการอีกประการหนึ่งคือความเห็นของผู้ประนอมไม่ผูกมัดคู่กรณี ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผูกมัดคู่กรณี แต่ในทางปฏิบัติผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทนั้นเป็นบุคคลที่ทั้งสองฝ่ายเกรงใจดังนั้นจึงมีผลในทางปฏิบัติที่ผูกมัดให้คู่กรณีปฏิบัติตาม ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (Quasi-Judicial Functions) การประนอมข้อพิพาทก็ทำหน้าที่เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-Arbitral Function) คือในการเสนอผลหากแต่ไม่ผูกมัดคู่กรณี

บุคคลที่รับเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทอาจจะไม่ใช่ นักกฎหมาย แต่เป็นบุคคลที่น่าเชื่อถือหรือเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในวิชาชีพต่างๆ ซึ่งบุคคลเหล่านี้ต้องมีจริยธรรมของตนในการทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาท คือผู้ประนอมข้อพิพาทต้องมีความเป็นกลาง ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดำเนินกระบวนการด้วยความเป็นธรรม ถึงแม้การประนอมข้อพิพาทเป็นเรื่องของความสมัครใจที่จะตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท แต่ดำเนินกระบวนการและการทำข้อเสนอให้ระงับข้อพิพาทจะต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อรัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการระงับข้อพิพาทแล้ว รัฐควรมีหน้าที่ควบคุมกระบวนการไม่ให้มีการอิงผลประโยชน์หรือทุจริต อันกระทบต่องานบริการด้านความยุติธรรมแก่ประชาชน และสร้างความน่าเชื่อถือของกระบวนการนี้ ดังนั้นการกำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะช่วยให้คู่กรณีและผู้ประนอมข้อพิพาทรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ของตนจากการเข้าร่วมการประนอมข้อพิพาท ทำให้กระบวนการนี้มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับในการระงับข้อพิพาทมากยิ่งขึ้น

ส่วนผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดชอบเพียงใดนั้น จากการศึกษาแนวความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทในต่างประเทศและประเทศไทย สามารถสรุปผลได้ดังนี้

1. ความรับผิดชอบทางแพ่ง พื้นฐานความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยทั่วไปคือ ความรับผิดชอบทางสัญญา ซึ่งเป็นความรับผิดชอบหลักของผู้ประนอมข้อพิพาทในทุกระบบกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์ สิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นได้แก่ การฝ่าฝืนหรือไม่กระทำการตามหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทในการให้บริการประนอมข้อพิพาท ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ถูกกำหนดโดยสัญญาหรือโดยกฎหมาย นอกจากความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประนอมข้อพิพาทแล้ว ยังมีความรับผิดชอบที่สำคัญในทุกระบบกฎหมาย คือ ความรับผิดชอบทางละเมิด ในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอย่างหนึ่ง จึงมีความรับผิดชอบในทางละเมิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดชอบในการที่ตนฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้ง และมีความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่ออันเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายและขณะเดียวกันทำให้มีความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย ในประเทศเยอรมัน ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีความผิดคือ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งหลักความรับผิดชอบในสัญญาเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบในทางละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเช่นกัน

ในประเทศไทยความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประนอมข้อพิพาทเกิดจากการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 215 ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญาตามมาตรา 222 และ 223 และอาจมีความรับผิดชอบในทางละเมิดหากฝ่าฝืนไม่ชำระหนี้ตามสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิใดๆของคู่กรณีพิพาท อันเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทเข้าองค์ประกอบความรับผิดมาตราดังกล่าว

หากไม่คำนึงความแตกต่างของระบบกฎหมายแล้ว ความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทจะมีพื้นฐานความรับผิดทางแพ่งจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้งและหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง ในการกำหนดความรับผิดเนื่องจากขาดความระมัดระวังของผู้ประนอมข้อพิพาท ในการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท ศาลพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนพึงปฏิบัติ ในสถานการณ์เช่นเดียวกับที่ผู้ประนอมประสบ ประกอบกับแนวการปฏิบัติทางวิชาชีพของผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งได้แก่มาตรฐานวิชาชีพประนอมข้อพิพาทซึ่งบัญญัติโดยองค์กรควบคุมของรัฐหรือสถาบันเอกชนที่ให้บริการประนอมข้อพิพาท เช่น ข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท หรือประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ประนอมข้อพิพาท ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการจัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ประนอมข้อพิพาท ขณะที่ศาลในประเทศคอมมอนลอว์จะวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยอ้างอิงถึงมาตรฐานที่องค์กรควบคุมผู้ประนอมข้อพิพาทหรือสถาบันให้บริการระงับข้อพิพาทโดยประนอมข้อพิพาทบัญญัติไว้ ซึ่งหากผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำการหรือละเว้นกระทำการซึ่งไม่เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่การปฏิบัติหน้าที่ ทั้งๆ ที่ข้อบังคับขององค์กรหรือสถาบันไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย มีเพียงแต่รับโทษทางวินัยหรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตให้ประนอมข้อพิพาทเท่านั้น ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าการกำหนดมาตรฐานดังกล่าวจะช่วยให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจพิจารณาการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทประมาทเลินเล่อหรือไม่ได้ง่ายขึ้น

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการประนอมข้อพิพาทในประเทศไทยควรมีการส่งเสริมพัฒนาการประนอมข้อพิพาทให้เป็นวิชาชีพและส่งเสริมให้จัดตั้งองค์กรหรือสถาบันอิสระจากศาล ควรมีการจัดอบรมหรือเผยแพร่ให้ความรู้และเทคนิคเกี่ยวกับการประนอมข้อพิพาทแก่นักกฎหมาย วิศวกร สถาปนิก นักวิทยาศาสตร์ ผู้มีอาชีพด้านเทคนิคที่มีความสนใจจะเป็นผู้ประนอมข้อ

พิพาท รวมทั้งควรมีการขึ้นทะเบียนรายชื่อผู้ประνομข้อพิพาทและจัดทำใบอนุญาตการเป็นผู้ประνομข้อพิพาทด้วย

2. **ความรับผิดชอบทางอาญา** จากการศึกษาพบว่ามีแนวคิดการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาฐานเปิดเผยความลับและรับสินบนของผู้ประνομข้อพิพาทในต่างประเทศ แต่ไม่พบว่ามีกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ประνομข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้เนื่องจากผู้ประνομข้อพิพาทไม่มีอำนาจในการตัดสินหรือบังคับให้คู่กรณีต้องยอมรับข้อเสนองของตน ทำให้ไม่มีผลผูกมัดต่อคู่กรณีโดยตรง อย่างไรก็ตามพบว่าในประเทศซึ่งถือว่าผู้ประνομข้อพิพาทมีสถานะทางกฎหมายเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐหรือข้าราชการผู้ประνομข้อพิพาทอาจมีความรับผิดชอบฐานเจ้าพนักงานรับสินบนได้ ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าหากมีความชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับผลของการประνομข้อพิพาทให้ผูกพันคู่กรณีพิพาทเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะทำให้บทบาทและสถานะของผู้ประνομข้อพิพาทมีความสำคัญเทียบเท่ากับอนุญาโตตุลาการ จึงมีความเป็นไปได้ในอนาคตสำหรับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ประνομข้อพิพาท

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาฐานเปิดเผยความลับ ทั้งในประเทศคอมมอนลอร์และซีวิลลอร์มีหลักปฏิบัติและมาตรการทางกฎหมายสำหรับการคุ้มครองความลับในการประνομข้อพิพาทหลายอย่างด้วยกัน มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งคือ การกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ประνομข้อพิพาทและผู้เข้าร่วมประνομข้อพิพาท โดยมีแนวคิดจาก “หลักการรักษาความลับ” เพราะหากปราศจากหลักการดังกล่าว จะส่งผลให้คู่กรณีขาดความเชื่อถือ เกิดความระแวงไม่มั่นใจในการเปิดเผยข้อมูลให้แก่ผู้ประνομข้อพิพาทเพราะเกรงว่าจะถูกนำไปเปิดเผยภายหลังในกรณีที่การประνομข้อพิพาทล้มเหลว ทำให้เป็นอุปสรรคต่อผู้ประνομข้อพิพาทในการเสนอความเห็นหรือข้อเสนอแนะเพื่อนำไปสู่การระงับข้อพิพาท

ในประเทศไทย กฎหมายที่ให้การคุ้มครองความลับในการประνομข้อพิพาท โดยกำหนดความรับผิดชอบฐานเปิดเผยความลับ ได้แก่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 จากการศึกษาวิเคราะห์พบว่าความผิดตามมาตรา 323 ได้กำหนดตัวผู้กระทำผิดไว้เป็นการเฉพาะ ไม่หมายรวมถึงผู้ประνομข้อพิพาท ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการบัญญัติให้ผู้ประνομข้อพิพาทเป็นผู้กระทำผิดตามมาตรา 323 นอกจากนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าการคุ้มครองการรักษาความลับในกระบวนการประνομข้อพิพาท ควรพิจารณาขยายไปยังบุคคลที่สามซึ่งมิได้เข้าร่วมกระบวนการประνομ

ข้อพิพาทแต่รับทราบข้อมูลที่ดีถือว่าเป็นความลับในกระบวนการระงอมข้อพิพาทด้วย โดยความลับจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่สามเปิดเผยความลับที่ตนรับทราบมาและสร้างความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้น นอกจากนี้ควรกำหนดความรับผิดชอบกรณีเปิดเผยความลับและกำหนดโทษแก่ผู้ระงอมข้อพิพาทสูงกว่าอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากผู้ระงอมข้อพิพาทล่วงรู้ความลับในเชิงลึกจากการทำหน้าที่เป็นผู้ระงอมข้อพิพาทมากกว่าอนุญาโตตุลาการหรือศาล

สำหรับความรับผิดทางอาญาฐานรับสินบน ในประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์ เช่น สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ และในประเทศกลุ่มซีวิลลอร์ เช่น อิตาลี อาร์เจนตินา ญี่ปุ่น มีแนวความคิดกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้ระงอมข้อพิพาทที่ประพฤติมิชอบ ไม่ว่าผู้ระงอมข้อพิพาทซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากศาลหรือผู้ระงอมข้อพิพาทที่แต่งตั้งตามสัญญา ถือว่า มีฐานะเช่นเดียวกับผู้ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอื่นๆ ในลักษณะกระทำหน้าที่เสมือนกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial Function) หรือกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-arbitral Function) ดังนั้น หากผู้ระงอมข้อพิพาทประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรง อาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของกระบวนการระงอมข้อพิพาท และถือว่าผู้ระงอมข้อพิพาทได้ฝ่าฝืนหน้าที่ที่ตนเองมีอยู่ต่อกระบวนการยุติธรรม จึงมีความจำเป็นที่รัฐต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางแก้ไขในกรณีผู้ระงอมข้อพิพาทประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรงรับสินบน

ในกรณีของประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามมาตรา 150 , 201 และ มาตรา 202 ของประมวลกฎหมายอาญา กำหนดความรับผิดฐานเจ้าพนักงานรับสินบน โดยถือว่าผู้รับสินบนก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอย่างมากเนื่องจากการกระทำอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามความหมายของคำว่าเจ้าพนักงานตามมาตรา 150 ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้ระงอมข้อพิพาทไม่ใช่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา ด้วยเหตุผล 3 ประการ คือประการแรก ไม่มีกฎหมายใดกำหนดว่าให้ผู้ระงอมข้อพิพาทเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ประการที่สอง หน้าที่ในการช่วยเหลือคู่กรณีพิพาทให้ระงับข้อพิพาทร่วมกันเป็นเรื่องการปฏิบัติตามคำสั่งศาลและทางสัญญาไม่ใช่การปฏิบัติกิจการอันเป็นหน้าที่ราชการ ประการที่สาม ผู้ระงอมข้อพิพาทได้รับค่าตอบแทนจากคู่กรณีพิพาทที่เข้ามาใช้บริการของการระงอมข้อพิพาท ในขณะที่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาจะได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน และผู้ระงอมข้อพิพาทไม่ใช่เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด ตามมาตรา 201 และ 202 เนื่องจากเจ้าพนักงานตามตำแหน่งตุลาการ ถือเอาตำแหน่งตุลาการเป็นสำคัญ หมายถึงผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจพิพากษาคดีในศาล

ยุติธรรมเท่านั้น ในกรณีที่ผู้พิพากษามีอำนาจแต่งตั้งผู้ประνομข้อพิพาทให้ดำเนินการประνομข้อพิพาทตามมาตรา 20 ทวิแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ถือว่าการนั้นกระทำในทางตุลาการ การให้ดำเนินการประνομข้อพิพาทเป็นเพียงกฎหมายให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการแต่งตั้งผู้ประνομข้อพิพาทดำเนินการแทนศาลเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามกฎหมาย ดังนั้นผู้ประνομข้อพิพาทจึงไม่อาจรับโทษทางอาญาในความผิดฐานรับสินบนตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย ผู้ศึกษาจึงอยากเสนอให้กำหนดว่าผู้ประνομข้อพิพาทเป็นเจ้าพนักงานในกฎหมายว่าด้วยการประνομข้อพิพาทหรือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ และแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้มีบทลงโทษแก่ผู้ประνομข้อพิพาทที่ทุจริตผิดหน้าที่อย่างร้ายแรงโดยการรับสินบนเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งควรบัญญัติความรับผิดผู้ให้สินบนแก่ผู้ประνομข้อพิพาทด้วย

ในเรื่องการให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประνομข้อพิพาท มีการยอมรับในระบบประเทศคอมมอนลอว์ ผ่านทางคำพิพากษาในคดีต่างๆ ที่วางเป็นบรรทัดฐาน และ กฎหมายบัญญัติโดยเฉพาะ ในการให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องคดี เนื่องจากผู้ประνομข้อพิพาทกระทำหน้าที่ถึงตุลาการ ย่อมได้รับความคุ้มกันจากฝ่ายที่ไม่พอใจในผลของการระงับข้อพิพาท ซึ่งความคุ้มกันนี้มีลักษณะที่จำกัดและมีเงื่อนไขในการให้ความคุ้มกัน (Qualified Immunity) เช่น โดยข้อเท็จจริงต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างตุลาการ ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างสมบูรณ์และยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย ให้ความระมัดระวังตามสมควรในการดำเนินกระบวนการประνομข้อพิพาทต่อคู่ความ ในขณะที่ประเทศซีวิลลอว์ไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันเอาไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถกำหนดข้อตกลงยกเว้นความรับผิดโดยสัญญามาใช้ระหว่างคู่กรณีและผู้ประνομข้อพิพาทได้

สำหรับประเทศไทยไม่มีหลักการให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประνομข้อพิพาท การทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิดทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ไม่น่าจะทำได้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แล้ว ข้อตกลงดังกล่าวเข้าลักษณะข้อตกลงในทางการประกอบวิชาชีพ เข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 ดังนั้นผู้ประνομข้อพิพาทไม่สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดทางสัญญาได้ ส่วนการยกเว้นความรับผิดเพราะประมาทเลินเล่อธรรมดาสามารถกระทำได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายห้ามไว้

ในปัจจุบัน คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้จัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประνομข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ

(Model Law on International Commercial Conciliation) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและพัฒนากการประนอมข้อพิพาทให้มีประสิทธิภาพและนิยมใช้ในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ในลักษณะบทบัญญัติทางกฎหมายที่เป็นรูปแบบเดียวกันและที่สอดคล้องกัน (Harmonized Legislative Model Provisions) ซึ่งในร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNCITRAL ไม่ได้กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติทางจริยธรรมแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทและคุณสมบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้โดยชัดแจ้ง แต่ได้วางหลักกว้างๆ ให้ผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ด้วยตามความยุติธรรม ความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ และมีหน้าที่รักษาความลับ ไว้ในบทบัญญัติหลายมาตราด้วยกัน ทำให้ขาดความชัดเจนในเรื่องขอบเขตอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาท ดังนั้นจึงควรกำหนดบทบัญญัติความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาท สำหรับเหตุผลที่ควรกำหนดความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทเนื่องจากมีข้อดีหลายประการต่อคู่พิพาทและต่อรัฐดังนี้

ประการแรก เป็นการสร้างความชัดเจน โดยทำให้ทราบว่ามีภาระกระทำใดบ้างที่ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถกระทำได้ และการกระทำใดบ้างที่ผู้ประนอมข้อพิพาททำไม่ได้

ประการที่สอง ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทใช้ความสามารถของตนด้วยความระมัดระวัง และรับผิดชอบต่อระบบประนอมข้อพิพาทมากขึ้น ส่งผลให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มีประสิทธิภาพ ทำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเลือกใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาท

ประการที่สาม เป็นการสร้างความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท เป็นการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของการประนอมข้อพิพาท

ผู้ศึกษามีความเห็น bahwaเหตุผลที่ผู้ร่างพยายามไม่เสนอให้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทในกฎหมายต้นแบบเนื่องจาก มีความกังวลว่าในช่วงแรกของการพัฒนากระบวนการประนอมข้อพิพาทอาจส่งผลต่อผู้ประนอมข้อพิพาทที่มีประสบการณ์น้อยได้หากกำหนดความรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทและไม่ควรขยายความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทครอบคลุมไปถึงผลของการระงับข้อพิพาทโดยตกลงทำเป็นสัญญา ระงับข้อพิพาทด้วย และหากมีการกำหนดความรับผิดชอบจะทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทขาดความอิสระและจะไม่มีผู้ใดเข้ามาทำหน้าที่ผู้ประนอมข้อพิพาทนั้น

ผู้ศึกษาเห็นว่าในกรณีการเอาโทษแก่ผู้ประνομข้อพิพาทอาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากศาลมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและเป็นกลาง อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาลและ ผู้ประνομข้อพิพาททำหน้าที่เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเมื่อมีที่มาจากหลักปฏิบัติเดียวกัน ผู้ประνομข้อพิพาทจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่ายในทำนองเดียวกับอนุญาโตตุลาการและศาล แต่ทั้งนี้การกำหนดโทษแก่ผู้ประνομข้อพิพาทอาจไม่เท่ากับอนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีอำนาจที่ลดหลั่นตามลำดับ และในส่วนของเกรงว่าการกำหนดความรับผิดชอบทำให้ผู้ประνομข้อพิพาทขาดอิสระ ผู้ศึกษามีความเห็นว่าความเป็นอิสระของผู้ประνομข้อพิพาทยังคงมีอยู่ ถึงแม้จะมีการกำหนดความรับผิดชอบไม่ว่าทางแพ่งหรือทางอาญา เพียงแต่ผู้ประνομข้อพิพาทอาจมีภาระมากขึ้นที่จะต้องสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้น เช่น หากผู้ประνομข้อพิพาทมีส่วนได้เสียเกี่ยวกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผู้ประνομข้อพิพาทจะต้องเปิดเผยถึงเหตุการณ์ที่อาจมีผลต่อความเป็นกลางและเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของตน และต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อบังคับทางจริยธรรมของผู้ประνομข้อพิพาทให้มากขึ้น เหล่านี้เป็นหน้าที่ของผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งในความเป็นจริงต้องปฏิบัติอยู่แล้ว ดังนั้นการให้ความคุ้มกัน (Immunity) แก่ผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งกระทำถูกต้องตามหน้าที่ ย่อมเป็นเกราะคุ้มกันให้แก่ผู้ประνομข้อพิพาทให้ไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งจะช่วยให้ผู้ประνομข้อพิพาทใช้ความสามารถและการใช้ดุลยพินิจของตนอย่างเต็มที่ในการเสนอข้อแนะนำหรือข้อเท็จจริงใดๆ แก่คู่กรณีพิพาทอันนำไปสู่ข้อตกลงประνομข้อพิพาทโดยปราศจากความกลัวว่าจะถูกคู่กรณีฟ้องเป็นคดีต่อศาลภายหลัง

อย่างไรก็ตามแม้ในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ไม่ได้บัญญัติในส่วนความรับผิดชอบและความคุ้มกันแก่ผู้ประνομข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจน แต่พบว่ามีบทบัญญัติหลายมาตราในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ซึ่งมีแนวคิดที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์ในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประνομข้อพิพาทอยู่ 2 แนวคิด ได้แก่

1. แนวคิดเรื่องการทำหน้าที่ในลักษณะเสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-arbitral Function) ของผู้ประνομข้อพิพาท ในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ผู้ประνομข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายแต่อาจใช้หลักความยุติธรรมและปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน การดำเนินการประνομข้อพิพาทต้องมีหลักประกันถึงความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ ไม่มีอคติและปราศจากการลำเอียง เช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการ จะมีความแตกต่างตรงที่ความเห็นของผู้ประνομข้อพิพาทไม่มีผลผูกมัดคู่กรณี แต่โดยปกติคู่กรณีส่วนใหญ่จะยอม

รับคำเสนอแนะตามและผู้ประนอมข้อพิพาทเสนอมาเนื่องจากเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเกรงใจ และเคารพนับถือ ดังนั้นจึงมีผลในทางปฏิบัติที่ผู้มัดให้คู่กรณีปฏิบัติหรือยอมรับ ทำให้มีลักษณะ คล้ายกับการอนุญาโตตุลาการแบบ amiable composition อยู่มาก ประกอบกับบทบัญญัติเรื่อง การบังคับตามผลที่สุดของสัญญาประนอมข้อพิพาทให้มีสถานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ หรือคำพิพากษาของศาล ทำให้สถานะของผู้ประนอมข้อพิพาทมีลักษณะ เหมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

2. แนวคิดการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท หลักในการรักษาความลับถือว่าเป็นหัวใจสำคัญที่จะทำให้กระบวนการประนอมข้อพิพาทสามารถดำเนินต่อไปจนคู่พิพาทตกลง ระบุข้อพิพาทร่วมกันได้ ดังนั้นในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL จึงกำหนดให้ผู้ประนอม ข้อพิพาทมีหน้าที่รักษาความลับ ซึ่งจะช่วยให้คู่พิพาทมีความมั่นใจว่าข้อมูลที่ตนให้แก่ผู้ประนอม ข้อพิพาทจะไม่ถูกเปิดเผยแก่คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามหรือบุคคลภายนอก หากการประนอมข้อพิพาทไม่ ประสบผลสำเร็จ และในกฎหมายต้นแบบยังกำหนดมาตรการในการรักษาความลับในการ ประนอมข้อพิพาทไว้สามเรื่องด้วยกัน คือ การรักษาความลับโดยผู้ประนอมข้อพิพาทไม่นำข้อมูล ที่ได้จากคู่พิพาทไปเปิดเผยแก่บุคคลภายนอก การรักษาความลับโดยห้ามนำข้อมูลที่เกิดขึ้นจาก การประนอมข้อพิพาทไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดีไม่ว่ากระบวนการทางศาลหรือการ อนุญาโตตุลาการ และการห้ามผู้ประนอมข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

ผู้ศึกษาเห็นว่าในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ยังไม่มีข้อสรุปหรือบทบัญญัติที่ชัดเจน และแน่นอนเกี่ยวกับการยอมรับสถานะของผู้ประนอมข้อพิพาทว่ามีลักษณะการกระทำกึ่งตุลาการ หรืออย่างตุลาการ มีเพียงแนวคิดที่ต้องอาศัยการพัฒนาต่อไปในอนาคต ดังนั้นทำให้การบัญญัติ เพิ่มเติมประเด็นความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในกฎหมายต้นแบบอาจทำได้ ยากและมีความเป็นไปได้น้อยที่จะยอมรับจากประเทศต่างๆ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรกำหนดความ รับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทผ่านช่องทางอื่นจะมีความเหมาะสมมากกว่า โดย อาจกล่าวประเด็นนี้ไว้ในคู่มือและแนวทางการบัญญัติกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เพื่อให้ ประเทศต่างๆนำไปพิจารณาประกอบเป็นแนวทางในการจัดทำกฎหมายภายในของตนให้มีประ สติภาพ อันส่งผลโดยรวมต่อการค้าระหว่างประเทศให้สามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่นและเป็น ไปตามหลักเศรษฐศาสตร์

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษามีประเด็นที่ควรพิจารณาแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายไทยให้มีลักษณะหรือมีผลใช้บังคับได้ตามหลักสากล ดังต่อไปนี้

1. ควรมีมาตรการในการรักษาความลับของคู่กรณีพิพาทหรือของพยานที่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงในกระบวนการประนอมข้อพิพาท ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 ให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีความรับผิดชอบตามมาตรา นี้ นอกจากนั้นการเปิดเผยความลับในการประนอมข้อพิพาทไม่ใช่ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด จึงควรพิจารณาข้อยกเว้นที่สามารถเปิดเผยความลับได้ ดังนี้

ประการแรก การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้

ประการที่สอง การเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล

ประการที่สาม การเปิดเผยความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี

ประการที่สี่ การเปิดเผยความลับโดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์มหาชน

ประการที่ห้า การเปิดเผยความลับเพื่อพิสูจน์ความสมบูรณ์ของสัญญาประนอมข้อ

พิพาทและเพื่อให้สามารถบังคับตามข้อตกลงที่เป็นผลมาจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท

ผู้ศึกษาเห็นว่าในการเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาลและโดยความจำเป็นเพื่อประโยชน์มหาชนควรมีกฎหมายบัญญัติรองรับให้ชัดเจนว่ากรณีใดสามารถเปิดเผยได้ด้วย

2. ควรมีการปรับปรุงกฎหมายลักษณะพยานให้สอดคล้องกับหลักการรักษาความลับของกระบวนการประนอมข้อพิพาท โดยกำหนดให้มีข้อยกเว้นการอ้างพยานหลักฐานที่ได้เปิดเผยหรือใช้ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทจะไม่ถูกนำมาใช้เป็นพยานต่อศาล และ ผู้ประนอมข้อพิพาทหรือบุคคลที่รับทราบข้อเท็จจริงในกระบวนการประนอมข้อพิพาทควรมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่เปิดเผยความเป็นพยานต่อศาล หรือที่จะปฏิเสธไม่ส่งพยานหลักฐานต่อศาล จึงควรบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92,98,99 และ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231,226,239,243 นอกจากนี้ควรกำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับเอกสิทธิ์ดังเช่น เอกสิทธิ์แก่พระภิกษุสามเณรในพุทธศาสนา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 115 เพื่อคุ้มครองความลับในการประนอมข้อพิพาท

3. ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีกฎหมายกำหนดให้สัญญาประνομข้อพิพาทมีผลผูกพันและสามารถบังคับได้เหมือนคำพิพากษาของศาล เพื่อให้คู่กรณีไม่ต้องฟ้องสัญญาประνομข้อพิพาทเป็นคดีใหม่เพื่อให้มีผลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาล ทำให้กระบวนการประνομข้อพิพาทนั้นไม่สามารถแยกเด็ดขาดจากศาล ก่อให้เกิดความล่าช้าและส่งผลกระทบต่อกระบวนกรดำเนินธุรกิจ การให้สัญญาประνομข้อพิพาทมีผลบังคับใช้เหมือนคำพิพากษาของศาลจะส่งผลดีต่อคู่กรณี เพราะสามารถป้องกันการเปลี่ยนแปลงผลของการระงับข้อพิพาทโดยการกระทำฝ่ายเดียวของคู่กรณีที่ไม่สุจริต คืออาศัยการประνομข้อพิพาทเป็นเครื่องมือจูงใจให้คู่กรณีอีกฝ่ายยอมรับข้อตกลงระงับข้อพิพาทเพื่อถ่วงระยะเวลาไว้ โดยตนไม่มีความต้องการอย่างแท้จริงในการระงับข้อพิพาทโดยการประνομข้อพิพาท นอกจากนี้การให้มีผลบังคับเหมือนคำพิพากษายังทำให้การประνομข้อพิพาทมีประสิทธิภาพมากขึ้นเนื่องจากมีผลบังคับได้ทันทีให้คู่กรณีทุกฝ่ายต้องปฏิบัติตาม ทำให้มีความรวดเร็วและลดความยุ่งยากในการพิจารณาคดีของศาล จึงมีความเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

4. ควรมีกฎหมายกำหนดให้ผู้ประνομข้อพิพาทมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานอย่างชัดเจนเพื่อให้สามารถเอาผิดฐานทุจริตรับสินบน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 150 ทั้งนี้รัฐควรมีหน้าที่ควบคุมมิให้ผู้ประνομข้อพิพาทประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรงโดยการรับสินบน เพราะนอกจากจะเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือในกระบวนการประνομข้อพิพาทแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมแก่ประชาชนด้วย ดังนั้นเมื่อไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา กำหนดโทษไว้ จึงควรเพิ่มเติมบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาในกรณีผู้ประνομข้อพิพาทรับสินบน โดยเทียบเคียงโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้พิพากษาที่ประพฤติมิชอบในประมวลกฎหมายอาญา ตามมาตรา 201 และ 202

5. ผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่หรือทำตามครรลองของการเป็นผู้ประνομข้อพิพาทโดยสุจริต ควรจะได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดต่อคู่กรณีพิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการใดๆเพื่อประνομข้อพิพาท เว้นแต่การกระทำหรือละเว้นกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำโดยทุจริตในทางอาญา เช่น การรับสินบน