บทที่ 4

วิเคราะห์แนวความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทที่น่าจะใช้สำหรับประเทศไทย

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในบทที่ 3 จะเห็นว่ายังมีหลักเกณฑ์ปฏิบัติในแต่ละรัฐที่ไม่ชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทบาทหน้าที่และความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทนั้น ยังเป็นที่ถกเถียงในเวทีระหว่างประเทศว่า ผู้ประนอมข้อพิพาทควรมีความรับผิดและความคุ้มกันเพียงใดจึงจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ในขณะที่ธุรกิจประกอบกับเทคโนโลยีทางการสื่อสาร เครือข่ายต่างๆที่ใช้ในการติดต่อค้าขายก็ยังพัฒนาต่อไปยิ่งทำให้วงการกฎหมายในส่วนของการระงับข้อพิพาทต้องพยายามสร้างกรอบที่ครอบคลุมให้ถึงเจตนาของคู่กรณีให้ได้เมื่อเกิดกรณีขัดแย้งหรือมีข้อพิพาทจึงจะไม่เกิดความล่าช้า เสียหาย และจะนำไปสู่ผลกระทบถึงการลงทุน การค้า การพาณิชย์ระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ประเทศผู้นำทางการค้า การพาณิชย์ระหว่างประเทศทั้งหลายก็หันมานิยมใช้หลักเกณฑ์ที่สะดวก รวดเร็ว และได้ผลเป็นที่พอใจของคู่กรณีพิพาท เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นหรือฝรั่งเศส ต่างก็หันมาใช้การประนอมข้อพิพาทมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากการประนอมข้อพิพาทนี้มีลักษณะมิใช่ทางตุลาการจึงไม่ต้องเคร่งครัดหลักกฎหมายอาศัยเพียงหลักทั่วไปและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อช่วยเหลือและทำข้อเสนอให้แก่คู่กรณีพิพาทอันนำไปสู่การระงับข้อพิพาทที่พอใจร่วมกัน โดยอาจถือได้ว่านับจากช่วงหลังปีค.ศ. 1980 เป็นต้นมารูปแบบของการประนอมข้อพิพาทเริ่มจะปรากฏในลักษณะของรูปแบบการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์รูปแบบใหม่ (Modern International Commercial Conciliation) จนถึงในยุคปัจจุบันซึ่งมีการพัฒนาจนเกิดการจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Conciliation) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการศึกษาและวิเคราะห์ในส่วนของบทบัญญัติต่างๆ และแนวคิดเบื้องหลังในการบัญญัติที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้ในการพิจารณาและเสนอการกำหนดบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทต่อไป

4.1 ข้อพิจารณาการกำหนดความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL

4.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] Model Law on International Commercial Conciliation [21]

เนื่องจากในสภาพสังคมปัจจุบันการพาณิชย์และการค้าระหว่างประเทศได้เจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว มีการติดต่อธุรกรรมระหว่างประเทศ ในรูปแบบการก่อตั้งบริษัทข้ามชาติในประเทศต่างๆ และการประกอบธุรกรรมทางสื่ออิเลคทรอนิกส์ที่เพิ่มมากขึ้น ประกอบกับการกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีกระบวนการพิจารณาหลายขั้นตอนทำให้เกิดความล่าช้าในการระงับข้อพิพาท และมีค่าใช้จ่ายสูง ส่งผลให้คู่พิพาทหันไปเลือกใช้การประนอมข้อเนื่องจากมีความรวดเร็ว รักษาความลับ ลดค่าใช้จ่าย และรักษาความสัมพันธ์อันดีของคู่พิพาท จึงทำให้การประนอมข้อพิพาทมีบทบาทเพิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุนี้คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติจึงได้จัดทำ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Conciliation) มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะช่วยให้แต่ละรัฐสามารถที่จะนำกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ไปใช้เป็นพื้นฐาน หรือนำไปเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นเพื่อวางรูปแบบกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการกระบวนการประนอมข้อพิพาทในฐานะเป็นวิธีหนึ่งในการระงับข้อพิพาทให้มีประสิทธิภาพและมีความแน่นอนเป็นเอกภาพ

การดำเนินการจัดทำร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทเริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 1999 จากการประชุมนานาชาติประจำปีของคณะกรรมธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติครั้งที่ 30 ได้มีการอภิปรายในประเด็นกรอบการทำงานที่มีความจำเป็นและมีความเป็นไปได้ในอนาคตเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมาธิการเห็นว่าถึงเวลาที่ควรมีการปรับปรุง เพิ่มเติม และแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ กฎข้อบังคับและหลักเกณฑ์ปฏิบัติต่างๆ ซึ่งได้แก่ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ 1985 (Model Law on International Commercial Arbitration) ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL และ ข้อบังคับว่า

---

[21] ในการศึกษานี้จะใช้คำว่า กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL

ด้วยการประนอมข้อพิพาทของ UNCITRAL โดยมีการพิจารณาสรุปได้ 3 ประเด็นหลักเพื่อกำหนดกรอบการทำงานของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ได้แก่ ความจำเป็นในการกำหนดรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ และการจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ จึงมีการจัดตั้งกลุ่มคณะทำงานเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท ทำหน้าที่ในการร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UN Doc.A/CN.9/485 , A/CN.9/487 , A/CN.9/506)

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทมีสาระสำคัญอยู่ที่การวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญ และที่จำเป็นสำหรับการดำเนินกระบวนวิธีของการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่าประเทศต่างๆที่ดำเนินธุรกิจการค้าจะได้รับประโยชน์จากการมีบทบัญญัติว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทซึ่งมีรากฐานที่มาจากกฎหมายประนอมข้อพิพาทของประเทศต่างๆ ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทั้งนี้โดยแต่ละประเทศอาจรับเอากฎหมายต้นแบบมาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติกฎหมายภายในของตนขึ้นใหม่ หรืออาจแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้เป็นไปตามกฎหมายต้นแบบก็ได้ กฎหมายต้นแบบนี้มีความยืดหยุ่นสามารถดัดแปลงให้เกิดความเหมาะสมกับกระบวนการระงับข้อพิพาทและระบบศาลภายในแต่ละประเทศ ดังนั้นองค์การสหประชาชาติจึงเสนอรูปแบบของกฎหมายต้นแบบ เพื่อให้ประเทศที่สนใจเลือกรับเอาไปเป็นตัวอย่างในการบัญญัติหรือปรับปรุงกฎหมายภายในของตนได้โดยอิสระ ทำให้เกิดความแน่นอนและความโปร่งใสของกฎหมายภายในแต่ละรัฐ ช่วยสร้างความคุ้นเคยกับคู่กรณีพิพาทต่างชาติ ผู้ประนอมข้อพิพาท และผู้ที่เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาท

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.1.2 โครงสร้างของกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL

ในร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทประกอบไปด้วยบทบัญญัติทั้งในส่วนสาระบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ทั้งหมด 15 มาตรา จัดเรียงเป็นหมวดหมู่ ใช้ภาษาที่ง่ายต่อการเข้าใจ แยกออกเป็น 3 ส่วนใหญ่ๆ คือ

ส่วนที่ 1 มาตรา 1-3 เป็นบทบัญญัติทั่วไปซึ่งจะกล่าวถึง การให้คำนิยามของการประนอม

ข้อพิพาท ขอบเขตการบังคับใช้ การตีความกฎหมายต้นแบบ และบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบในบางมาตราที่คู่สัญญาสามารถยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงได้

ส่วนที่2 มาตรา4-12 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทและความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทกับคู่พิพาท เช่น ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง และต้องรักษาความลับ ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น

ส่วนที่ 3 มาตรา 12-15 กล่าวถึงประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นหลังจากการประนอมข้อพิพาท เช่น ผู้ประนอมข้อพิพาทรับทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ การฟ้องคดีต่อศาลหรือยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท รวมทั้งการบังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาท

4.1.3 ข้อพิจารณาการกำหนดความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL

ในเรื่องการกำหนดความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ มีประเด็นที่ได้รับความสนใจและมีการวิจารณ์กันทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติ คือ ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท ซึ่งกรณีส่วนใหญ่แล้วมักได้แก่กฎหมายของประเทศซึ่งมีการประนอมข้อพิพาทเกิดขึ้น ในทางวิชาการมีการเสนอแนวคิดว่าเป็นไปได้หรือไม่ที่การดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทนั้นจะไม่ผูกติดกับกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีที่เป็นที่ยอมรับกันในสังคมธุรกิจระหว่างประเทศหรือเป็นไปตามกฎเกณฑ์ซึ่งคู่กรณีตกลงยอมรับกัน ที่เรียกว่า Non-national ส่วนในทางปฏิบัตินั้นเห็นว่าควรเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถกำหนดเลือกสถานที่สำหรับการประนอมข้อพิพาทได้ตามสะดวก และการดำเนินกระบวนการจะต้องเป็นไปตามกฎหมายท้องถิ่นของประเทศนั้นๆ ทำให้คู่กรณีต้องสืบเสาะและพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศนั้นจะเอื้ออำนวยต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งทั้งสองฝ่ายประสงค์หรือไม่ ซึ่งแน่นอนว่าประเทศใดมีกฎหมายก้าวหน้าและศาลมีทัศนะที่จะสนับสนุนและส่งเสริมระบบการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท ประเทศนั้นก็สามารถดึงดูดให้มีการ

ดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ดีกว่าประเทศอื่น และกลายเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศไปในที่สุด

เมื่อพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศในการส่งเสริมการใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาทให้เป็นที่แพร่หลายและมีประสิทธิภาพ ปัญหามาตรฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องการบังคับตามการประนอมข้อพิพาท มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ประการแรก การประนอมข้อพิพาทในแต่ละประเทศมีรูปแบบหรือลักษณะเหมือนกันหรือไม่

ประการที่สอง การประนอมข้อพิพาทมีผลบังคับต่อคู่พิพาทเพียงใด

ประการที่สาม การบังคับตามการประนอมข้อพิพาทสามารถบังคับนอกประเทศได้หรือไม่

ประการที่สี่ การบังคับตามการประนอมข้อพิพาทควรมีแนวทางปฏิบัติที่เป็นเอกภาพหรือไม่

จากปัญหาการบังคับตามการประนอมข้อพิพาทจึงส่งผลให้มาตรฐานความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในแต่ละประเทศมีลักษณะแตกต่างกันไป ผู้ศึกษาเห็นว่าความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นประเด็นที่ไม่ควรถูกมองข้าม และไม่อาจอาศัยแต่เพียงหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict-of-Laws) กล่าวคือ หากปล่อยให้กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้แตกต่างกันจะทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่แน่ใจหากตนต้องรับหน้าที่ประนอมข้อพิพาทข้อพิพาทในประเทศเหล่านั้น เนื่องจากเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรับผิดตามหลัก lex loci delictus ซึ่งเป็นหลักกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งการกระทำละเมิด โดยพิจารณาองค์ประกอบสุดท้ายที่ทำให้เกิดความรับผิดเกิดขึ้นที่ใด ให้ถือว่าที่นั้นเป็นสถานที่แห่งการกระทำความผิด ที่เรียกว่า lex loci delicit commissi ทำให้ความรับผิดขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศแตกต่างกันไป (กมล สนธิเกษตริน,2539: 191)

ดังนั้นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยความร่วมมือในระดับเวทีระหว่างประเทศจึงเป็นอีกทางหนึ่งที่ควรพิจารณา โดยผู้ศึกษามีความเห็นว่าควรมีการทบทวนเรื่องความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ในกฎหมายต้นแบบ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ประนอมข้อพิพาทได้ทราบ

ขอบเขตหน้าที่และความรับผิดของตนต่อคู่กรณี และคู่กรณีสามารถพิจารณาได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาททำเกินขอบอำนาจหน้าที่หรือประพฤติมิชอบในการประนอมข้อพิพาทอันเป็นเหตุฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ นอกจากนี้การกำหนดถึงแนวทางความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทที่แน่นอนจะสร้างความมั่นใจแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทโดยเฉพาะผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นชาวต่างชาติที่เข้ามาดำเนินการประนอมข้อพิพาทประนอมข้อพิพาทในแต่ละประเทศ

ในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ในเบื้องต้นขอบเขตการใช้กฎหมายต้นแบบนี้จำกัดเฉพาะกรณีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาทพาณิชย์[22]ระหว่างประเทศ[23]และยังเปิดโอกาสในการที่รัฐจะนำกฎหมายต้นแบบมาพิจารณาเป็นรูปแบบในการจัดทำกฎหมายบางส่วนหรือทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการประนอมข้อพิพาทภายในประเทศ ไม่ว่าในข้อพิพาททางพาณิชย์หรือมิใช่ข้อพิพาททางพาณิชย์ โดยการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายต้นแบบให้เหมาะสมกับหลักปฏิบัติหรือกระบวนการของประเทศ (UN Doc.A/CN.9/487,para. 106) ดังนั้นการเสนอประเด็นต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมข้อพิพาทจึงควรศึกษาจากบทบัญญัติกฎหมายและประเด็นปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นกับการประนอมข้อพิพาทภายในประเทศ ไม่ว่า

---

[22] หมายถึง ความสัมพันธ์ในทางพาณิชย์ไม่ว่าทางสัญญาและความสัมพันธ์ในการประกอบธุรกรรมดังต่อไปนี้ การประกอบกิจการค้าใดๆ เพื่อจำหน่ายหรือแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการ สัญญาจัดจำหน่าย งานเกี่ยวกับการก่อสร้าง การประกอบธุรกิจเช่าซื้อ การผลิตสินค้าจากโรงงาน การให้คำปรึกษา การออกใบอนุญาต การลงทุน การธนาคารพาณิชย์ การประกันภัย สัญญาให้ประโยชน์ร่วมกัน สัญญาสัมปทาน สัญญาร่วมลงทุน และการประกอบกิจการทางอุตสาหกรรมต่างๆ การขนส่งสินค้าและผู้โดยสารทางอากาศ ทางเรือและทางบก

[23] มาตรา 1 (3) การประนอมข้อพิพาทเป็นเรื่องระหว่างประเทศถ้า

(a) คู่ความที่ตกลงจะประนอมข้อพิพาทมีสถานประกอบธุรกิจต่างกัน ในเวลาที่ได้สรุปข้อตกลงกัน

(b) รัฐซึ่งคู่ความมีสถานที่ประกอบธุรกิจแตกต่างกันพิจารณาจาก

1) รัฐที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติหน้าที่ในส่วนสาระสำคัญของความสัมพันธ์ทางการค้า

2) รัฐซึ่งสาระของข้อพิพาทมีความใกล้ชิดที่สุด

ในเรื่อง การบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาท ความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท เพื่อส่งเสริมให้กระบวนการประนอมข้อพิพาทมีประสิทธิภาพและแพร่หลายมากยิ่งขึ้น

จากการศึกษากฎหมายต้นแบบของUNCITRAL พบว่ากฎหมายต้นแบบมีบทบัญญัติหลายมาตราที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์ต่อข้อพิจารณาในการกำหนดความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. แนวคิดผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่ในลักษณะเสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-arbitral Function)

2. แนวคิดในการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท

1. แนวคิดผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่ในลักษณะเสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-arbitral Function)

ร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ได้ให้นิยามการประนอมข้อพิพาทไว้ในมาตรา 1 ดังนี้ "การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) หมายถึง กระบวนการซึ่งบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลได้ใช้ความพยายามเพื่อช่วยเหลือคู่พิพาทให้สามารถบรรลุถึงข้อตกลงระงับข้อพิพาทฉันท์มิตร (Amicable Settlement) โดยข้อพิพาทนั้นอาจเกิดจากสัญญาหรือเกี่ยวกับสัญญาหรือนิติสัมพันธ์อื่น ทั้งนี้ผู้ประนอมข้อพิพาทหรือคณะประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจในการกำหนดแนวทางแก้ไขข้อพิพาทให้คู่พิพาทปฏิบัติตาม และให้ใช้บังคับกับกระบวนการซึ่งมีลักษณะวิธีการและเทคนิคตามที่กำหนดในคำนิยามไม่ว่าจะมีชื่อเรียกประการใด เช่น การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) การไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง (Mediation) หรือ การประเมินคดีโดยคนกลาง (Neutral Evaluation) และวิธีการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาล (ADR) ที่มีลักษณะรูปแบบเดียวกัน"

จากคำนิยามแม้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทหรือคณะผู้ประนอมข้อพิพาทจะไม่มีอำนาจในการให้คู่พิพาทปฏิบัติตามข้อเสนอของตน เนื่องจากการตกลงรับข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขข้อพิพาทนั้นอำนาจตัดสินใจขึ้นอยู่กับคู่พิพาท ในบางประเทศมีความเห็นว่าอย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติผู้ประนอมข้อพิพาทจำปืนต้องมีอำนาจอย่างชัดแจ้งในการทำข้อเสนอแก้ไขปัญหาที่ขัดแย้งในลักษณะที่ไม่มีผลผูกพันแก่คู่พิพาทในการระงับข้อพิพาท มิฉะนั้นจะไม่สามารถดำเนินการประนอมข้อพิพาทให้บรรลุผลตามความประสงค์ของคู่พิพาทได้ โดยปกติคู่พิพาทส่วนใหญ่จะยอมรับคำเสนอแนะนั้นตามที่ผู้ประนอมข้อพิพาทเสนอมาเนื่องจากผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นบุคคลที่ทั้ง

สองฝ่ายเกรงใจและเป็นบุคคลที่น่าเคารพนับถือ ดังนั้นจึงมีผลในทางปฏิบัติที่ผูกมัดให้คู่กรณีปฏิบัติหรือยอมรับ (UN Doc.A/CN.9/513/Add.1)

ในหลายประเทศกำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นหากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้ในสัญญาที่จะประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจถูกคัดค้านได้ ในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL มาตรา 6 (6) กล่าวถึงการแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาท (Appointment of Conciliator) โดยบัญญัติว่า "บุคคลใดได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาท บุคคลนั้นจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิระแห่งตน และนับแต่เวลาที่ได้รับแต่งตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการประนอมข้อพิพาทประนอมข้อพิพาท บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว" ตามมาตรา 6(6) แม้ไม่ได้กล่าวถึงคุณสมบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้โดยตรง แต่สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทต้องมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นผู้ศึกษาเห็นว่าในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL การที่จะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทนี้เป็นที่ยอมรับ ต้องมีการประกันถึงความเป็นกลาง ความมีอิสระ ไม่มีความอคติลำเอียง เพื่อให้คู่พิพาทเกิดความมั่นใจในกระบวนการนี้ จึงควรบัญญัติเพิ่มเติมในส่วนคุณสมบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทและการคัดค้านผู้ประนอมข้อพิพาทที่ขาดคุณสมบัติหรือไม่มีความสามารถเพียงพอในการปฏิบัติหน้าที่

นอกจากนี้ในมาตรา 7 กล่าวถึงการดำเนินการประนอมข้อพิพาท (Conduct of Conciliation) ไว้ว่า "คู่กรณีสามารถตกลงถึงหลักปฏิบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยอ้างอิงถึงข้อบังคับ (Set of Rules) [24]หรือมิฉะนั้นปฏิบัติให้สอดคล้องตามในลักษณะของกระบวนการประนอม

---

[24] ให้พิจารณาตามข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของUNCITRAL มาตรา 7 ดังต่อไปนี้

1. ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องใช้ความพยายามช่วยเหลือคู่กรณีให้บรรลุข้อตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันด้วยความเป็นอิสระและเป็นกลาง

2. ผู้ประนอมข้อพิพาทจะปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง (Objectivity) ความเท่าเทียมกัน

ข้อพิพาท และผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องคงไว้ซึ่งการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการพิจารณาและเสนอแนะทางแก้ไขข้อพิพาท โดยคำนึงถึงความต้องการของคู่พิพาทที่แสดงออกมาและคำนึงถึงความจำเป็นในการระงับข้อพิพาทโดยไม่ชักช้า และไม่ว่าระยะใดๆของการประนอมข้อพิพาทผู้ประนอมข้อพิพาทอาจทำข้อเสนอสำหรับการระงับข้อพิพาทได้" อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักกฎหมายแต่อาจใช้หลักความยุติธรรมและปฏิบัติต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน โดยพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่พิพาท ประเพณีทางการค้า และพฤติการณ์อื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งทางปฏิบัติต่อกันของคู่กรณีที่ผ่านมา เพื่อให้คู่พิพาทบรรลุข้อตกลงระงับข้อพิพาท แต่ตามปกติจะมีการทำตามข้อบังคับที่คู่กรณีกำหนด

เมื่อพิจารณาตามที่กล่าวมาข้างต้นประกอบกัน ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้ประนอมข้อพิพาทมีลักษณะคล้ายกับอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย หรืออนุญาโตตุลาการฉันท์มิตร (amiable compositeur) กล่าวคือ เป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับมอบอำนาจตัดสินข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงกฎหมาย (contra legem) ซึ่งโดยปกติจะนำหลักแห่งความเป็นธรรมและมโนธรรมอันดี (ex aequo et bono) และยังต้องคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของคู่กรณี มาใช้ในการพิจารณาและตัดสินข้อพิพาท (สถาพร มีสอาด,2540: 34) นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (Quaisi-judicial Function) ผู้ประนอมข้อพิพาทก็ทำหน้าที่เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quaisi-arbitral Function) จะมีความแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการคือ ความเห็นของผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีผลผูกมัดคู่กรณี ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกมัดให้คู่กรณีต้อง

(Fairness) และความยุติธรรม (Justice) โดยพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่พิพาท ประเพณีทางการค้า และพฤติการณ์อื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งทางปฏิบัติต่อกันของคู่กรณีที่ผ่านมา

3. ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจจะดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทตามที่ตนเห็นสมควรว่าเหมาะสม พิจารณาสถานการณ์ของข้อพิพาท ความต้องการที่แท้จริงของคู่พิพาท รวมทั้งข้อเรียกร้องใดๆ ทางวาจาจากคู่พิพาทซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับรู้ และและคำนึงถึงความจำเป็นในการระงับข้อพิพาทโดยไม่ชักช้า

4. ไม่ว่าในระยะเวลาใดของการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจทำคำเสนอประนอมข้อพิพาทแก่คู่กรณี ข้อเสนอดังกล่าวอาจทำด้วยวาจาและไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลแห่งข้อเสนอนั้น

ปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีการพัฒนาแนวคิดการบังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาทให้มีผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ [25]แทนที่การบังคับตามหลักสัญญาประนีประนอมอันเป็นหลักทั่วไป ทำให้ความเห็นของผู้ประนอมข้อพิพาทมีความสำคัญต่อสัญญาระงับข้อพิพาทแม้ไม่มีผลผูกมัดคู่กรณีโดยตรงก็ตาม

นอกจากนี้แนวคิดผู้ประนอมข้อพิพาทมีลักษณะเสมือนอนุญาโตตุลาการ ยังมีข้อพิจารณาจากเรื่องการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาท (Settlement Agreement) เป็นปัญหาสำคัญประเด็นหนึ่งที่ได้รับความสนใจอย่างมากในการจัดทำกฎหมายต้นแบบของUNCITRAL เนื่องจากประสบปัญหา ในแต่ละประเทศมีระบบกฎหมายและกระบวนวิธีพิจารณาที่แตกต่างกันสำหรับการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาท ในกฎหมายบางรัฐไม่มีบทบัญญัติพิเศษว่าด้วยการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทจึงอาศัยหลักทั่วไปในเรื่องกฎหมายลักษณะสัญญา ในบางรัฐกฎหมายภายในให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการประนอมข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดตามสัญญาประนอมข้อพิพาทนั้น โดยถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและสัญญาประนอมข้อพิพาทมีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย และมีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท [26] ในบางรัฐสถานะของสัญญาระงับข้อพิพาทขึ้นอยู่กับว่าการประนอมข้อ

---

[25] คือ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการหลังจากได้ทำการพิจารณา โดยได้เปิดโอกาสให้คู่ความนำเสนอคดีของตน การพิจารณาอาจทำโดยพิจารณาจากเอกสารหรือให้มีการเบิกความพยานหรือทำทั้งสองอย่างประกอบกันก็ได้ คำชี้ขาดนั้นถึงที่สุดและผูกมัดคู่กรณีต้องปฏิบัติตามอย่างคำพิพากษา แต่ต่างจากคำพิพากษาตรงที่มีผลผูกมัดเฉพาะคู่กรณี และตัวหรือคู่กรณีอาจตกลงยกเลิกเสียเมื่อใดก็ได้ หรือ อาจถูกทำลายโดยเหตุที่การพิจารณาไม่ชอบ ตัดสินเกินคำขอ หรือตัวอนุญาโตตุลาการบกพร่องในเรื่องความไม่เอนเอียงและความไม่มีอคติ คำชี้ขาดอาจต้องยื่นให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่รับรอง เพื่อประโยชน์ของการบังคับตามคำชี้ขาด

คำชี้ขาดอาจแบ่งเป็นคำชี้ขาดชั่วคราว(Provisional หรือ Interim) ระหว่างคดี กับคำชี้ขาดในชั้นที่สุด (Final) (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , 2540 : 26)

[26] "If conciliation leads to a settlement agreement, the arbitral tribunal shall make a written conciliation statement or make an arbitration award in accordance with the settlement agreement . A written conciliation statement and a written arbitration award

พิพาทเกิดขึ้นภายในระบบศาลยุติธรรมและกระบวนการประนอมข้อพิพาทซึ่งบังคับโดยกฎหมายหรือไม่ ยกตัวอย่างกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ยอมรับสัญญาประนอมข้อพิพาทซึ่งมีพื้นฐานมาจากโครงการประนอมข้อพิพาทของศาล แต่ปฏิเสธการบังคับสัญญาประนอมข้อพิพาทที่ทำนอกศาล โดยศาลจะมีคำสั่งตามสัญญาประนอมข้อพิพาทและคำสั่งเช่นนั้นมีสภาพบังคับตามกฎหมายทุกประการเช่นเดียวกับคำพิพากษา ในบางประเทศมีการบังคับสัญญาประนอมข้อพิพาทที่ลงนามโดยคู่กรณีให้ถือเป็นที่สิ้นสุดและมีผลผูกพันเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำตัดสินของศาล [27] (UN Doc. A/CN.9/514,para 79-80)

ในเรื่องการบังคับสัญญาประนอมข้อพิพาทบัญญัติอยู่ในมาตรา 15 โดยในร่างก่อนหน้านี้มีการเสนอหลักเกณฑ์การบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทไว้ 4 รูปแบบด้วยกัน ซึ่งปรากฏตามรายงานของคณะทำงานว่าด้วยอนุญาโตตุลาการซึ่งเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศครั้งที่ 35 (UN Doc. A/CN.9/506,para 39) ดังนี้

รูปแบบที่1 เสนอให้บังคับตามหลักสัญญา

รูปแบบที่ 2 เสนอให้บังคับตามหลักสัญญาและให้มีฐานะของสิ่งที่ได้ตัดสินแล้ว (res judicata) [28]

---

shall have equal legal validity and effect" (Arbitration Law of the People' s Republic of China , Article 51)

[27] "If the parties to an arbitration agreement which provides for the appointment of a conciliator reach agreement in settlement of their differences and sign an agreement containing the terms of settlement ....the settlement agreement shall , for purposes of its enforcement, be treated as an award on an arbitration agreement and may , by leave of the court or a judge thereof, be enforced in the seem manner as a judgement or order to the same effect." (Bermuda, Arbitration Act 1986)
"settlement agreement shall have the same status and effect as if it is an arbitral award" (India, The Arbitration and Conciliation Ordinance,1996 , article 73 and 74)

[28] หมายถึงหลักที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือศาลย่อมมีผลผูกพันนั้น นับว่าเป็นหลักพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาและตัดสินคดีอยู่แล้วโดยไม่จำต้องให้คู่กรณีตกลงกันว่าให้

รูปแบบที่ 3 เสนอให้คู่พิพาทร้องขอต่อนุญาโตตุลาการเพื่อมีคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้น

รูปแบบที่ 4 เสนอให้บังคับเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในที่สุดข้อสรุปในการบัญญัติ มาตรา15 ของร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL คือ เสนอให้รัฐเลือกที่จะกำหนดวิธีการบังคับตามกฎหมายที่มีอยู่ของประเทศตน และรับรองสถานะของสัญญาประนอมข้อพิพาทให้มีผลผูกพันและสามารถบังคับได้ ซึ่งมาตรา 15 บัญญัติไว้ดัง นี้ "ถ้าคู่กรณีสามารถตกลงประนีประนอมในข้อพิพาทและได้ลงลายมือชื่อในสัญญาดังกล่าว สัญญาประนอมข้อพิพาทนั้นให้มีผลผูกพันและสามารถบังคับใช้ได้....(ละไว้ให้รัฐใส่คำอธิบายของวิธีการในการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทหรืออ้างถึงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับเช่นนั้น)" เนื่องจากผู้ร่างพิจารณาแล้วเห็นว่ามีปัญหาความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาทในแต่ละประเทศ ดังนั้นจึงควรมีทางเลือกให้แต่ละรัฐบัญญัติตามวิธีการของกฎหมายภายในประเทศตนมากกว่าจะกำหนดเป็นแนวทางเดียวกันซึ่งเป็นไปได้ยากในการยอมรับและปฏิบัติตาม (UN.Doc.A/CN.9/514,para 77)

จากการศึกษาถึงที่มาและเหตุผลประกอบในการบัญญัติมาตรา 15 ทำให้ทราบพัฒนาการแนวความคิดของกระบวนการประนอมข้อพิพาท โดยเฉพาะในเรื่องการบังคับสัญญาประนอมข้อพิพาทให้มีความผูกพันและสามารถบังคับใช้ในฐานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) นับว่าเป็นแนวคิดแรกที่นำมาสู่การจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ แนวความคิดนี้มีที่มาจากฝ่ายปฏิบัติ ซึ่งแสดงทัศนะว่า กระบวนการประนอมข้อพิพาทจะดึงดูดและเป็นที่นิยมใช้มากขึ้นถ้าสัญญาระงับข้อพิพาทมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ[29] โดยมีเหตุผลสนับสนุนว่าเพื่อเป็นการส่งเสริมการใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพจึงควรยกระดับการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทให้พิเศษกว่าสัญญาธรรมดาทั่วไป และ เป็นการหลีกเลี่ยงสถาน

เป็นเช่นนั้น แต่ในทางปฏิบัติคู่กรณีมักจะตกลงกันไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยสนธิสัญญาว่าให้คำชี้ขาดนั้นมีผลผูกพัน

[29] เปรียบเทียบจาก Award upon consent คือคำชี้ขาดอาจเกิดจากการตกลงของคู่กรณี แต่หวังผลให้ผูกมัดยิ่งกว่าการประนีประนอม

การณ์ที่ต้องใช้ระยะเวลานานเพื่อขอให้ศาลทำคำตัดสินและบังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาท และการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทในฐานะสัญญาไม่ได้สร้างระบบกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (UN Doc.A/CN.9/506,para 42-43)

แนวคิดที่ให้ผลของการประนอมข้อพิพาทมีสถานะเป็น res judicata หรือหลักคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพัน และมีหลักเกณฑ์ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดและแจ้งให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ต่อเมื่อดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติต่อไป (UN Doc.A/CN.9/506 ,para 46) ดังนั้น เมื่อนำหลัก res judicata มาปรับใช้กับสัญญาประนอมข้อพิพาทจึงปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

ประการแรก สัญญาประนอมข้อพิพาทนั้นย่อมมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีและเฉพาะเรื่องที่พิพาทเท่านั้น แต่ถ้าได้กระทำการในฐานะตัวแทนผู้รับมอบอำนาจจากคู่กรณี ก็ต้องผูกพันตามคำชี้ขาดด้วย

ประการที่สอง สัญญาประนอมข้อพิพาทมีผลผูกพันคู่กรณีและมีผลเป็นการยุติข้อพิพาทระหว่างกัน ทำให้คู่พิพาทไม่สามารถปฏิเสธผลของสัญญาประนอมข้อพิพาทตามหลักสัญญาทั่วไป โดยอ้างเหตุแห่งสัญญาที่เป็นโมฆะหรือเสียเปล่า ดังนั้นหากคู่กรณีจะปฏิเสธสัญญาประนอมข้อพิพาทอาจจะต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักที่เรียกว่า "doctrine of nullity" เป็นต้นว่า ต่อสู้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทนั้นได้รับแต่งตั้งโดยมิชอบ มีการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทโดยมิชอบ

ประการที่สาม สัญญาประนอมข้อพิพาทอาจเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ถ้าการดำเนินกระบวนการของผู้ประนอมข้อพิพาทไม่เป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม เป็นต้นว่า ผู้ประนอมข้อพิพาทมีอคติหรือลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือรับสินบน (อนันต์ จันทรโอภากร : 27-29)

ดังนั้นเพื่อให้เป็นไปตามหลัก res judicata ในการยอมรับและบังคับใช้ผลจากการประนอมข้อพิพาทในลักษณะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงมีการเสนอให้ใช้หลัก

เกณฑ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุสัญญานครนิวยอร์ค ค.ศ 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) เจตนาของผู้เสนอแนวความคิดนี้คือ ในส่วนการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นตัวผู้ประนอมข้อพิพาทระหว่างประเทศควรอยู่ภายใต้บทบังคับตามที่คู่กรณีเป็นผู้กำหนดเท่านั้น และไม่ควรขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศใดเป็นหลัก กล่าวคือต้องการที่จะแสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วกฎหมายที่จะถูกนำมาบังคับใช้กับการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศควรเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งนั่นเอง (UN Doc.A/Cn.9/506 ,para 43) อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกลับมาของแนวความคิดแบบ jus gentium [30]ซึ่งต้องการความเป็นอิสระจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม ความเห็นในส่วนนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากตัวแทนของประเทศต่างๆ ว่าเร็วเกินไปที่จะยอมรับแนวคิดในลักษณะเช่นนี้ เนื่องจากในการระงับข้อพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาทยังมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้มาตราการซึ่งระบุไว้ในกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง ดังนั้นแนวคิดในเรื่องของ ความเป็นอิสระของกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อใช้ในการบังคับสัญญาประนอมข้อพิพาทจึงยุติลง แต่ก็ไม่ได้สูญสิ้นไปโดยสิ้นเชิง เนื่องจากยังมีการบัญญัติทางเลือกให้รัฐสามารถใช้วิธีการบังคับตามกฎหมายภายในของตน

อย่างไรก็ตามยังคงมีการถกเถียงและพิจารณาว่าควรกำหนดให้สัญญาประนอมข้อพิพาทเดินตามหลักเกณฑ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีความเหมาะสมต่อกระบวนการประนอมข้อพิพาทหรือไม่เพียงใด เนื่องจากจะต้องพิจารณาคาบเกี่ยวในกฎหมาย 2 ลักษณะด้วยกัน คือ กฎหมายทั่วไปว่าด้วยเรื่องสัญญาและกฎหมายว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงมีการตั้งข้อสังเกตว่าการนำบทบัญญัติมาตรา 5 [31]ของอนุสัญญาว่าด้วย

---

[30] กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายซึ่งทุกชนชาติใช้ในสมัยโรมัน เกิดจากการรวบรวมหลักความเป็นธรรมตามจารีตของชนเผ่าในอิตาลี ซึ่งนำมาใช้เมื่อไม่ใช้กฎหมายของเมืองหรือกฎหมายแพ่ง คือใช้เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ใช่คนโรมัน (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร,2544 : 476)

[31] "เหตุที่ศาลปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้น ซึ่งได้แก่

(1) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ตน หรือ

การยอมรับนับถือ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) หรืออนุสัญญานครนิวยอร์ค ค.ศ. 1958 สำหรับเหตุที่ศาลจะต้องปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้น และ ในมาตรา 36 ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ สำหรับการปฏิเสธการบังคับใช้ตามคำชี้ขาด และในมาตรา 34 สำหรับการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อาจจะไม่มีประสิทธิภาพและไม่เหมาะสมกับสถานการณ์เช่น การฉ้อฉล การ

สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงให้ใช้บังคับหรือตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(2) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีได้

(3) คำชี้ขาดนั้นวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อขัดแย้งซึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้ข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการหรือวินิจฉัยเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำวินิจฉัยในเรื่องที่จะต้องเสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้นสามารถแยกออกได้จากคำวินิจฉัยในเรื่องที่ไม่จำเป็นต้องเสนอต่ออนุญาโตตุลาการแล้วศาลอาจยอมรับและบังคับคำชี้ขาดในส่วนที่วินิจฉัยในเรื่องที่ต้องเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ

(4) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้ หรือไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีไม่ได้ตกลงกันไว้

(5) คำชี้ขาดนั้นยังไม่มีผลผูกพันคู่กรณี หรือได้ถูกเพิกถอนหรือระงับเสีย โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศซึ่งคำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้นหรือตามกฎหมายที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น

การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจถูกปฏิเสธได้เช่นเดียวกัน ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศซึ่งคำชี้ขาดนั้นได้ถูกขอให้ได้รับการยอมรับและบังคับเห็นว่า

(ก) กรณีแห่งข้อขัดแย้งนั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศนั้น หรือ

(ข) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศนั้น" (อนันต์ จันทรโอภากร , 2542: 59-60)

เข้าใจผิดในสาระสำคัญ การข่มขู่หรือ เหตุอื่นๆซึ่งส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญา (UN. A/CN.9/506 ,para 43)

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ในมาตรา 15 ไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่าสัญญาประนอมข้อพิพาทมีสถานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐบัญญัติตามวิธีการบังคับที่ตนเห็นว่าเหมาะสม มีข้อเสียคือมิได้ช่วยสร้างระบบในการบังคับสัญญาประนอมข้อพิพาทให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและไม่มีลักษณะพิเศษกว่าสัญญาทั่วไปทำให้สัญญาประนอมข้อพิพาทไม่มีผลเป็นการยุติข้อพิพาทอย่างแท้จริงในการระงับข้อพิพาท แต่ถ้ามองในอีกแง่หนึ่งจะเป็นการส่งผลดีเนื่องจากมีลักษณะยืดหยุ่นมากกว่าและสามารถปรับเปลี่ยนได้อันนำไปการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบเดียวกันตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบ ทั้งนี้มีข้อพิจารณาประกอบคือว่าจะต้องมีการจัดทำคู่มือแนะนำการบัญญัติกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL โดยให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาท และ ในมาตรา 15 ควรเพิ่มเติมคำว่า ให้สัญญาประนอมข้อพิพาทนั้น " เป็นที่สุด" (Final) และ " ให้มีผลผูกพัน " (Binding) เพื่อเป็นการเน้นถึงผลของสัญญาประนอมข้อพิพาทว่าจะต้องได้รับความใส่ใจและไม่สามารถถูกเปลี่ยนแปลงตามความพอใจได้ ดังนั้นการกำหนดให้ชัดเจนว่าสัญญาประนอมข้อพิพาทเป็นที่ยุติและมีผลผูกพันบังคับได้ น่าจะถือว่าเพียงพอแล้วโดยไม่ต้องพิจารณาหรืออ้างอนุสัญญานครนิวยอร์ค ค.ศ 1958 ในกฎหมายต้นแบบ UNCITRAL เนื่องจากมีความเป็นไปได้สูงที่รัฐจะไม่ยอมรับกฎหมายต้นแบบไปใช้

2. แนวคิดการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท

ในการจัดทำร่างกฎหมายต้นแบบของUNCITRAL เรื่องการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทถือเป็นประเด็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการส่งเสริมการใช้วิธีประนอมข้อพิพาทประนอมข้อพิพาท ทำให้มีบัญญัติหลายมาตราที่กล่าวไว้ บทบัญญัติที่เป็นหลักสำคัญของการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท คือมาตรา 10 ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมข้อพิพาท

[32]จะถูกรักษาเป็นความลับ เว้นแต่มีการกำหนดโดยกฎหมายให้เปิดเผยหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาท"

ตามมาตรา 10 ถือว่าเป็นหน้าที่ของการรักษาความลับทั้งผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่พิพาท หลักในการรักษาความลับถือว่าเป็นหัวใจสำคัญที่จะทำให้กระบวนการประนอมข้อพิพาทสามารถดำเนินต่อไปจนคู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันได้ การกำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่รักษาความลับจะช่วยให้คู่พิพาทมีความมั่นใจว่าข้อมูลที่ตนให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะไม่ถูกเปิดเผยต่อคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามหรือต่อบุคคลภายนอกโดยเฉพาะในกรณีการประนอมข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ คู่พิพาทอาจดำเนินกระบวนการอื่นภายหลัง หน้าที่ในการรักษาความลับนี้กฎหมายต้นแบบให้การเคารพต่ออำนาจตัดสินใจของคู่พิพาทที่จะกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปจะกำหนดไว้ในสัญญา

จากการศึกษามาตราต่างๆในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL สามารถแบ่งการรักษาความลับของการประนอมข้อพิพาทได้เป็นสามเรื่องด้วยกัน คือ การรักษาความลับโดยผู้ประนอมข้อพิพาทจะไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้กับผู้พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งฟัง การรักษาความลับโดยห้ามนำข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการประนอมข้อพิพาทไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี และ การห้ามผู้ประนอมข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

1. การรักษาความลับโดยผู้ประนอมข้อพิพาทไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้กับผู้พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งฟัง

---

[32] มีความหมายที่กว้างโดยครอบคลุมข้อมูลที่เปิดเผยระหว่างกระบวนการประนอมข้อพิพาท รวมทั้งข้อเท็จจริงต่างๆเกี่ยวกับกระบวนการประนอมข้อพิพาทซึ่งที่ได้เกิดขึ้นก่อนข้อตกลงที่จะให้มีการประนอมข้อพิพาท ยกตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความต้องการที่จะไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาท การกำหนดข้อความในสัญญาประนอมข้อพิพาท การเลือกผู้ประนอมข้อพิพาท การทำคำเสนอที่จะไกล่เกลี่ยและคำสนองหรือการปฏิเสธ ถือว่าเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมข้อพิพาท

การรักษาความลับโดยผู้ประนอมข้อพิพาทไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้กับผู้พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งฟัง ปรากฏอยู่ในมาตรา 8 เรื่องการสื่อสารระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณี (Communication between Conciliatior and Parties) และมาตรา 9 เรื่องการเปิดเผยข้อมูลระหว่างคู่กรณี (Disclosure of Information between the Parties)

ตามมาตรา 8 บัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ประนอมข้อพิพาท คณะผู้ประนอมข้อพิพาทหรือสมาชิกของคณะบุคคลนั้นอาจจะพบปะหรือสนทนากับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันหรือแยกจากกันย่อมสามารถกระทำได้"

มาตรา 9 บัญญัติว่า "เมื่อผู้ประนอมข้อพิพาท คณะผู้ประนอมข้อพิพาทหรือสมาชิกของคณะบุคคลนั้นได้รับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาทจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ผู้ประนอมข้อพิพาท คณะผู้ประนอมข้อพิพาทหรือสมาชิกของคณะบุคคลนั้นอาจจะเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงนั้นจะไม่ถูกเปิดเผยต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หากคู่กรณีฝ่ายที่ให้ข้อเท็จจริงนั้นได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษให้ข้อเท็จจริงที่เปิดเผยแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท คณะผู้ประนอมข้อพิพาทหรือสมาชิกของคณะบุคคลนั้นจะถูกเก็บรักษาเป็นความลับ"

บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้นอกจากจะมีความสำคัญในฐานที่เป็นจริยธรรมข้อหนึ่งที่ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องพึงมีแล้ว ยังส่งผลต่อคู่กรณีให้เกิดความน่าเชื่อถือในตัวผู้ประนอมข้อพิพาทและต่อวิธีประนอมข้อพิพาทว่าจะประสบความสำเร็จหรือไม่อีกด้วย การรักษาความลับในลักษณะนี้ เป็นผลมาจากทางปฏิบัติในการดำเนินการประนอมข้อพิพาทในหลายประเทศ ซึ่งบางประเทศให้ความสำคัญโดยกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท โดยมีการแบ่งการสนทนาระหว่างคู่พิพาทเป็นการประชุมฝ่ายเดียว (Caucus Session) และการประชุมร่วมกัน (Joint Session)

ในการประชุมฝ่ายเดียว(Caucus Session) นั้นเป็นการประชุมที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอยู่กับผู้ประนอมข้อพิพาทโดยลำพังไม่มีคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามร่วมประชุมอยู่ด้วย ได้เล่าข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งประสงค์ให้ผู้ประนอมข้อพิพาททราบแต่ไม่ต้องการให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามทราบด้วยเหตุผลบางประการ โดยปกติไม่ห้ามที่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะนำไปเปิดเผยต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นประสงค์จะให้เก็บรักษาเป็นความลับโดยไม่บอกให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ มีผลให้ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับประกันว่าข้อเท็จจริงที่ตนได้รับมาจะถือว่าเป็นความลับ กรณีเช่นนี้

การเปิดเผยความลับโดยไม่ทันยั้งคิดหรือไม่ตั้งใจในขณะที่มีการประชุมร่วมกัน (Joint Session) อาจทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องสูญเสียความเชื่อถือที่คู่กรณีมีต่อตน และอาจทำให้การประนอมข้อพิพาทสิ้นสุดลง

2. การรักษาความลับโดยห้ามนำข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการประนอมข้อพิพาทไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี

การรักษาความลับโดยห้ามนำข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการประนอมข้อพิพาทไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี ปรากฏอยู่ในมาตรา 11 เรื่องการยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในการประนอมข้อพิพาทในกระบวนการอื่น เป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันจากการประนอมข้อพิพาทและต่อมาภายหลังมีการนำคดีไปสู่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี คู่พิพาทไม่สามารถจะอ้างอิงถึงข้อสนทนาที่กระทำกันในการประนอมข้อพิพาทเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งผู้ประนอมข้อพิพาทก็ไม่สามารถถูกเรียกไปให้การในศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าว

มาตรา 11 บัญญัติดังนี้ "1) ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทที่เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาทหรือบุคคลที่สาม ซึ่งรวมถึงผู้ประนอมข้อพิพาท จะไม่ถูกอ้างหรือนำสิ่งต่อไปนี้เป็นพยานในกระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการหรือศาลยุติธรรมหรือกระบวนการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

(a) คำเชื้อเชิญของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาทหรือข้อเท็จจริงที่ว่าคู่กรณีเต็มใจที่จะเข้าร่วมในกระบวนพิจารณาการประนอมข้อพิพาท

(b) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะที่อาจเป็นไปได้ในการระงับข้อพิพาทซึ่งเสนอโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนพิจารณาการประนอมข้อพิพาท

(c) ข้อความหรือคำรับของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนพิจารณาประนอมข้อพิพาท

(d) ข้อเสนอซึ่งเสนอโดยผู้ประนอมข้อพิพาท

(e) ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งพร้อมที่จะยอมรับข้อเสนอสำหรับประนอมข้อพิพาทซึ่งเสนอโดยผู้ประนอมข้อพิพาท

(f) เอกสารซึ่งเตรียมไว้เฉพาะเพื่อใช้ในวัตถุประสงค์ของกระบวนพิจารณาประนอมข้อพิพาท

(2) ตามข้อ 1 ของมาตรานี้ให้ใช้กับข้อมูลหรือพยานหลักฐานซึ่งอ้างตามในมาตรานี้

(3) ข้อมูลตามข้อ 1 ของมาตรานี้จะไม่ถูกสั่งให้เปิดเผยโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ศาล หรืออำนาจของรัฐ และถ้าข้อมูลเหล่านี้ถูกเสนอเป็นพยานให้ถือว่าเป็นพยานที่ไม่สามารถรับฟังได้ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลเช่นนั้นอาจจะถูกเปิดเผยหรือยอมรับฟังเป็นพยานได้โดยความจำเป็นทางกฎหมายหรือสำหรับวัตถุประสงค์ในการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาท

(4) บทบัญญัติในข้อ (1) (2) และ(3) ของมาตรานี้ให้ใช้ไม่ว่าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการทางศาล หรือที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน จะมีประเด็นเกี่ยวเนื่องถึงข้อพิพาทอันเป็นมูลแห่งกระบวนพิจารณาประนอมข้อพิพาทหรือไม่

(5) ....."

บทบัญญัติมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสนทนาระหว่างกระบวนการประนอมข้อพิพาทที่ตรงไปตรงมาและมีการเปิดเผยอย่างแท้จริง ดังนั้นจึงต้องหาวิธีป้องกันมิให้ข้อมูลในการประนอมข้อพิพาทถูกนำไปใช้ให้เกิดความเสียหายหรือคุกคามแก่คู่พิพาทในการพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ โดยถือว่าข้อมูลนั้นไม่สามารถรับฟังเป็นพยานได้กล่าวคือ โดยปกติในกระบวนการประนอมข้อพิพาท ผู้เข้าร่วมในการประนอมข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นผู้ประนอมข้อพิพาท คู่กรณีจะต้องแสดงข้อเสนอแนะและความเห็นที่จะนำไปสู่การระงับข้อพิพาท การแสดงการยอมรับหรือการชี้ให้เห็นความต้องการของคู่กรณี ซึ่งถ้าใช้ความพยายามในการประนอมข้อพิพาทแล้วไม่ประสบผลสำเร็จ และคู่กรณีเริ่มต้นใช้การระงับข้อพิพาททางศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ความเห็น คำแนะนำ คำรับหรือข้อเท็จจริงที่ระบุความต้องการในการระงับข้อพิพาทอาจถูกนำไปใช้ในกระบวนการพิจารณานั้น ซึ่งเป็นไปได้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือสูญเสียความน่าเชื่อถือ เมื่อเป็นเช่นนั้นทำให้คู่กรณีไม่กล้าเปิดเผยข้อเท็จจริงทำให้การประนอมข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควรจะเป็น ทำให้ประเทศต่างๆมีการออกกฎหมายคุ้มครองข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในระหว่างประนอมข้อพิพาทให้รักษาเป็นความลับ

ประเทศที่จะบัญญัติกฎหมายตามกฎหมายต้นแบบในมาตรา11 นี้ อาจจะจัดทำในรูปแบบทางการคือ มีบทบัญญัติกฎหมายภายในเรื่องเอกสิทธิ์ของการประนอมข้อพิพาทที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลหรือเอกสารที่กระทำขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาท หรือ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองโดยเฉพาะคู่กรณีอาจทำข้อตกลงกันในสัญญาเกี่ยวกับการรักษาความลับ อย่างไรก็ตามจุดอ่อนของข้อตกลงที่จะไม่ให้มีการนำข้อเท็จจริงจากกระบวนการประนอมข้อพิพาทอ้างใช้เป็น

พยานต่อศาล คืออาจจะไม่สามารถใช้อ้างกับศาลได้ เนื่องจากศาลอาจจะปฏิเสธข้อตกลงเช่นนั้น หากศาลพิจารณาและมีความเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาทมีความจำเป็นในฐานะพยานหลักฐานในคดี (UN Doc.A/CN.9/514,para 65-68) ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรบัญญัติเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกสิทธิ์ที่จะไม่เปิดเผยเอกสารหรือข้อมูลจากกระบวนการประนอมข้อพิพาทจะเป็นประโยชน์ต่อการรักษาความลับของการประนอมข้อพิพาทในแง่ให้ผลคุ้มครองที่แน่นอนกว่าข้อตกลงของคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาตามข้อ 1 ของมาตรา 11 มีสาระสำคัญห้ามมิให้มีการรับฟังเป็นพยานไม่ว่าพยานเอกสารและพยานบุคคล ในส่วนพยานบุคคล ได้แก่คู่กรณี ผู้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาท และยังครอบคลุมถึงบุคคลที่สาม (Third Person) ด้วย ตามกฎหมายต้นแบบระบุให้ บุคคลที่สาม หมายถึง บุคคลที่มิใช่คู่กรณี เช่น พยาน ผู้เชี่ยวชาญ บุคคลอื่นๆ ที่เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาทเท่านั้น ทั้งนี้ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่ากฎหมายต้นแบบไม่ได้กล่าวรวมถึงบุคคลภายนอกกระบวนการประนอมข้อพิพาทซึ่งคู่กรณีหรือบุคคลที่เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาทได้เล่าข้อเท็จจริงที่ถูกห้ามเปิดเผยให้ฟัง ซึ่งทำให้มีการตรวจสอบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ในภายหลังโดยการเรียกบุคคลดังกล่าวเป็นพยานเพื่อพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อเท็จจริงเช่นนั้นในกระบวนการทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในความเป็นจริงคู่กรณีแต่ละคนยังมีอิสระที่จะเล่าข้อเท็จจริงที่ถูกรักษาเป็นความลับให้ผู้อื่นฟังตามที่ตนต้องการ ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้ทำให้การคุ้มครองการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทยังไม่สมบูรณ์เสียทีเดียว จึงควรพิจารณาขยายไปยังบุคคลที่สามซึ่งมิได้เข้าร่วมกระบวนการประนอมข้อพิพาทแต่รับทราบข้อมูลที่ถือว่าเป็นความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3. การห้ามผู้ประนอมข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

การห้ามผู้ประนอมข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ปรากฏตามมาตรา 13 ซึ่งได้บัญญัติดังนี้ "ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ประนอมข้อพิพาทจะไม่รับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ [33] เกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูลแห่งกระบวนพิจารณาประนอมข้อพิพาทหรือมี

---

[33] ในร่างก่อนหน้านี้มีการเสนอให้บัญญัติว่าผู้ประนอมข้อพิพาทนอกจากจะไม่รับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว ให้รวมถึงการไม่รับหน้าที่เป็นตัวแทน หรือทนายความของคู่กรณีฝ่าย

ความเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาเดียวกันหรือสัญญาอื่นซึ่งสัมพันธ์กับประเด็นข้อพิพาท"

มาตรา13 เป็นผลมาจากการบังคับใช้มาตรา 11 ในการห้ามรับฟังข้อเท็จจริงที่ได้จากกระบวนการประนอมข้อพิพาท จุดประสงค์ของมาตรานี้คือ เป็นการเน้นการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาทถือว่าเป็นหน้าที่สำคัญของผู้ประนอมข้อพิพาท และเป็นลักษณะเฉพาะของกระบวนการประนอมข้อพิพาทที่คู่พิพาทพิจารณาในการเลือกใช้เป็นวิธีหนึ่งในการระงับข้อพิพาท หากไม่มีกฎเกณฑ์ข้อนี้คู่พิพาทอาจจะไม่แน่ใจที่จะใช้วิธีการประนอมข้อพิพาท เนื่องจากเกรงว่าถ้าการประนอมข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในภายหลังก่อให้เกิดอคติ ขาดความเป็นกลางหรือเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เนื่องจากรับรู้ข้อมูลจากการประนอมข้อพิพาท หรืออาจกล่าวได้ว่าการยอมให้ผู้ประนอมข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการทำให้ผู้ให้ข้อเท็จจริงโดยเฉพาะตัวความกลัวว่าหอกนั้นจะย้อนมาแทงตน ในมาตรา 13 ให้เป็นอำนาจตัดสินใจของคู่พิพาทที่จะตกลงแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นอนุญาโตตุลาการในภายหลังหรือไม่ แนวคิดที่ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้รับการสนับสนุนในบางประเทศ ซึ่งแสดงความเห็นว่าการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะเป็นประโยชน์ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากมีการทราบข้อเท็จจริงในข้อพิพาทมาก่อนแล้วจะช่วยลดขั้นตอนในการพิจารณาและสืบพยานลง ทำให้กระบวนพิจารณารวดเร็วขึ้น และทำให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามเมื่อผู้ประนอมข้อพิพาทเปลี่ยนสถานะของตนเองรับหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ผู้ประนอมข้อพิพาทควรตระหนักถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการด้วย (UN Doc.A/CN.9/514,para72-74)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ใดฝ่ายหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการหรือในศาลเกี่ยวกับข้อพิพาท ในบางประเทศได้บัญญัติไว้ในกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทโดยถือว่าเป็นการผิดต่อจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาท และกระทบต่อการใช้กระบวนประนอมข้อพิพาท อย่างไรก็ตามผู้ร่างเห็นว่าควรตัดออกไป (UN Doc.A/CN.9/506,para 117)

ก. ข้อพิจารณาการกำหนดความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาท

ร่างกฎหมายต้นแบบของUNCITRAL ไม่ได้กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติทางจริยธรรมแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทและคุณสมบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้โดยชัดแจ้ง แต่ได้วางหลักกว้างๆ ให้ผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ด้วยตามความยุติธรรม ความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ และการรักษาความลับ ไว้ในบทบัญญัติหลายมาตราด้วยกัน ซึ่งในมาตรา 7 กล่าวว่าผู้ประนอมข้อพิพาทและคณะผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องดำรงไว้ซึ่งการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมต่อคู่กรณีซึ่งการกำหนดเช่นนี้ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ ดังนั้นคู่กรณีไม่สามารถกำหนดให้แตกต่างไปจากนี้มิได้ โดยปกติทั่วไปในหลายประเทศที่นิยมการใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาท คู่กรณีจะตกลงกำหนดมาตรฐานหลักปฏิบัติของผู้ประนอมข้อพาทโดยอาศัยประมวลจริยธรรม (Code of Conducts) ของผู้ประนอมข้อพิพาทระบุไว้ในสัญญา และเมื่อพิจารณาแนวคิดในการรักษาความลับที่กล่าวข้างต้น จึงเห็นว่าควรกำหนดบทบัญญัติความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาท

สำหรับเหตุผลที่ควรกำหนดความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทเนื่องจากมีข้อดีหลายประการต่อคู่พิพาทและต่อรัฐดังนี้

ประการแรก เป็นการสร้างความชัดเจน โดยทำให้ทราบว่ามีการกระทำใดบ้างที่ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถกระทำได้ และการกระทำใดบ้างที่ผู้ประนอมข้อพิพาททำไม่ได้

ประการที่สอง ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทใช้ความสามารถของตนด้วยความระมัดระวังและรับผิดชอบต่อระบบประนอมข้อพิพาทมากขึ้น ส่งผลให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มีประสิทธิภาพ ทำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเลือกใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาท

ประการที่สาม เป็นการสร้างความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท เป็นการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของการประนอมข้อพิพาท

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเหตุผลที่ผู้ร่างพยายามไม่เสนอให้บัญญัติความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในกฎหมายต้นแบบเนื่องจาก มีความกังวลว่าในช่วงแรกของการพัฒนากระบวนการประนอมข้อพิพาทอาจส่งผลต่อผู้ประนอมข้อพิพาทที่มีประสบการณ์น้อยได้หาก

กำหนดความรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทและไม่ควรขยายความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทครอบคลุมไปถึงผลของการระงับข้อพิพาทโดยตกลงทำเป็นสัญญาระงับข้อพิพาทด้วย และหากมีการกำหนดความรับผิดจะทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทขาดความอิสระและจะไม่มีผู้ใดเข้ามาทำหน้าที่ผู้ประนอมข้อพิพาทนั้น

ผู้ศึกษาเห็นว่าในกรณีการเอาโทษแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากศาลมีหน้าที่ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและเป็นกลาง อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาลและ ผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเมื่อมีที่มาจากหลักปฏิบัติเดียวกัน ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่ายในทำนองเดียวกับอนุญาโตตุลาการและศาล แต่ทั้งนี้การกำหนดโทษแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจไม่เท่ากับอนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีอำนาจที่ลดหลั่นตามลำดับ และในส่วนที่เกรงว่าการกำหนดความรับผิดทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทขาดอิสระ ผู้ศึกษามีความเห็นว่าความเป็นอิสระของผู้ประนอมข้อพิพาทยังคงมีอยู่ ถึงแม้จะมีการกำหนดความรับผิดไม่ว่าทางแพ่งหรือทางอาญา เพียงแต่ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจมีภาระมากขึ้นที่จะต้องสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้น เช่น หากผู้ประนอมข้อพิพาทมีส่วนได้เสียเกี่ยวกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องเปิดเผยถึงเหตุการณ์ที่อาจมีผลต่อความเป็นกลางและเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของตน และต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อบังคับทางจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาทให้มากขึ้น เหล่านี้เป็นหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งในความเป็นจริงต้องปฏิบัติอยู่แล้ว ดังนั้นการให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งกระทำถูกต้องตามหน้าที่ ย่อมเป็นเกราะคุ้มกันให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทให้ไม่ต้องรับผิด

ข. ข้อพิจารณาการกำหนดความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท

จากการศึกษาพบว่ามีแนวคิดความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งคุ้มกันการฟ้องร้องจากคู่พิพาทที่ไม่พอใจในผลการประนอมข้อพิพาทโดยกล่าวอ้างการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทก่อให้เกิดความเสียหาย แต่มีเงื่อนไขในการให้ความคุ้มกัน คือ ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าปฏิบัติหน้าที่อย่างตุลาการ (Judicially Act , Judicial Function) ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการประนอมข้อพิพาทโดยอาศัยหลักความเป็นกลาง ความเป็นธรรม ความเป็นอิสระ อย่างข้อจำกัดของอนุญาโตตุลาการและศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ผู้ประนอมข้อพาทต้องมีความซื่อสัตย์อันอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจและการ

รักษาเป็นความลับ ทำให้มีการพิจารณาปรับใช้ความคุ้มกันของศาลบางส่วนแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท

จากเหตุผลข้างต้นเพื่อเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และรับรองความยุติธรรม ตลอดระยะเวลาในการดำเนินการประนอมข้อพิพาท จึงไม่ควรให้มีปัจจัยภายนอกกระทบถึงการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทของคู่พิพาทร่วมกันบนหลักของความเป็นธรรม รอบคอบ และอำนวยความยุติธรรมแก่สังคม ปัจจัยภายนอกหมายถึง การที่จะต้องกังวลว่าการกระทำของตนอาจถูกคู่กรณีที่มีข้อพิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจมาฟ้องร้องเป็นคดี เพื่อบังคับให้ชดใช้ความเสียหาย ดังนั้นจึงควรพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันหรือการยกเว้นความรับผิดนี้ควรได้กล่าวถึงหรือบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เพื่อให้ประเทศต่างๆ นำไปเป็นแนวทางบัญญัติไว้ในกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับของสถาบันประนอมข้อพิพาทหรือระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาลต่างๆ

ทั้งนี้จากการศึกษาในประเทศกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานและกฎหมายความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท ข้อพิจารณาสำคัญในการบัญญัติความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท คือ ผู้ประนอมข้อพิพาทว่ามีลักษณะการกระทำกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial)หรือ อย่างตุลาการ (Judicial Act or Function) หรือไม่ ซึ่งโดยปกติมีการยอมรับผู้ประนอมข้อพิพาทที่รับหน้าที่โดยผลของการบังคับให้ประนอมข้อพิพาทโดยข้อบังคับของศาลหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความ กระทำหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการหรืออย่างตุลาการ ถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทช่วยอำนวยความยุติธรรมแก่สังคมแทนศาล จึงสมควรได้รับความคุ้มกัน

ในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL มาตรา 1 (7) ได้กล่าวถึง ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายต้นแบบว่าให้ใช้ได้กับการประนอมข้อพิพาทที่กระทำขึ้นจากข้อตกลงของคู่พิพาทที่จะระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทประนอมข้อพิพาทไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดขึ้นขณะทำสัญญาหรือเกิดขึ้นภายหลังก็ตาม โดยกฎหมายบังคับให้ประนอมข้อพิพาท หรือ คำสั่งหรือข้อแนะนำของศาล องค์คณะอนุญาโตตุลาการ หรือหน่วยงานของรัฐ ในบางประเทศให้ความสำคัญของการประนอมข้อพิพาทโดยถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีผลน่าพอใจ สามารถอำนวยความยุติธรรมแก่คู่พิพาทแทนรัฐในการระงับข้อพิพาท จึงส่งเสริมกระบวนการนี้โดยบัญญัติเป็นกฎหมายในส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความ และให้ผู้พิพากษามีคำสั่งหรือคำแนะนำในการประนอมข้อพิพาท ปรากฏในรูปโครงการของศาลในการประนอมข้อพิพาทใช้วิธี ADR หรือข้อ

บังคับของศาลว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทประนอมข้อพิพาท และ การประนอมข้อพิพาทนี้จะต้องดำเนินก่อนที่จะฟ้องร้องต่อศาลและการประนอมข้อพิพาทจะต้องไม่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาตามมาตรา1(7) ซึ่งยอมรับผู้ประนอมข้อพิพาทที่รับหน้าที่โดยผลของบทบัญญัติกฎหมายบังคับให้ประนอมข้อพิพาทก่อนฟ้องเป็นคดีต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ในเบื้องต้นเท่ากับให้ความสำคัญกับวิธีพิจารณาในแต่ละประเทศเกี่ยวกับการยอมรับผู้ประนอมข้อพิพาทมีส่วนช่วยอำนวยความยุติธรรมและแบ่งภาระของศาล แม้จะไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนเกี่ยวกับการยอมรับรองสถานะของผู้ประนอมข้อพิพาทว่ามีลักษณะการกระทำกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial)หรือ เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-arbitral Function)

ดังนั้นหากได้ข้อสรุปที่ชัดเจนและแน่นอนเกี่ยวกับการยอมรับรองสถานะของผู้ประนอมข้อพิพาทว่ามีลักษณะการกระทำกึ่งตุลาการ หรือ อย่างตุลาการ ในร่างกฎหมายต้นแบบ UNCITRAL ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการพิจารณาบทบัญญัติกำหนดความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทในร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขต่อไปนี้

1. การกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทต้องเป็นการกระทำภายในขอบอำนาจ หน้าที่และเป็นไปตามสิทธิของผู้ประนอมข้อพิพาท ไม่ว่ามีที่มาจากสัญญา กฎหมาย หรือจากการประนอมข้อพิพาทในตัวเอง และการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทต้องเป็นการกระทำในลักษณะกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial)หรือ อย่างตุลาการ (Judicial Act) คือต้องเป็นการกระทำตามปกติธรรมดาในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมข้อพิพาท

2. การกระทำที่จะได้รับการคุ้มกัน ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องการกระทำโดยสุจริต การกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องไม่ใช่การประพฤติโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หากเป็นการจงใจประพฤติผิด (Willful Misconduct) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) แล้วผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดต่อการกระทำนั้น

4.2 การระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทในประเทศไทย

ในประเทศไทยวิธีการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทได้มีการปฏิบัติมาเป็นเวลานานแล้ว ในอดีต สังคมไทยปกครองด้วยระบบสมบูรณสิทธิราช หรือระบบพระมหากษัตริย์ จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์การประนอมข้อพิพาทระดับสูงกระทำโดยพระมหากษัตริย์ ในยุคสมัยพ่อขุนรามคำแหงเรียก ระบบการปกครองว่า การปกครองแบบพ่อปกครองลูก (Paternalistic Society) ซึ่งการประนอมข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งของการปกครองตามระบบนี้ ถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้อำนวยความยุติธรรม ทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินคดีและขณะเดียวกันเป็นผู้ประนอมข้อพิพาท การสืบทอดรูปแบบนี้ยังคงดำเนินต่อกันมาโดยเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับกาลเวลา จนกระทั่งในทศวรรษที่ 19 อิทธิพลจากชาติตะวันตกเข้ามาในประเทศ มีการจำกัดเขตอำนาจศาลจากการที่ประเทศไทยและประเทศอังกฤษได้ทำสนธิสัญญาบาวริ่ง (Bowring) ค.ศ.1855 ทำให้บทบาทของพระมหากษัตริย์ในงานยุติธรรมลดน้อยลง และนำไปสู่การยกเลิกระบบสมบูรณสิทธิราช ในปีค.ศ. 1932 นอกจากนี้การประนอมข้อพิพาทในสังคมไทยยังปรากฏในในระดับหมู่บ้านหรือชุมชน คือ เมื่อประชาชนมีข้อพิพาทจะประนอมข้อพิพาทโดยพระสงฆ์ ผู้นำหมู่บ้าน บุคคลสูงอายุที่คู่กรณีเคารพนับถือ มากกว่าการระงับข้อพิพาทที่เป็นทางการโดยศาล ในเวลาต่อมาการประนอมข้อพิพาทปรากฏในรูปแบบทางการโดยการผ่านกระบวนการทางศาลซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้อำนาจผู้พิพากษาในการประนอมข้อพิพาทข้อพิพาท ดังนั้นพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้ใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาทจึงควรบัญญัติให้สอดคล้องกับประเพณีและวัฒนธรรมของประเทศไทย (Central Intellectual Property and International Trade Court Thailand, 2002 :8-9)

4.2.1 สถานการณ์ปัจจุบันของการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยการประนอมข้อพิพาทเป็นวิธีหนึ่งที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททั้งทางแพ่งและข้อพิพาททางอาญาที่ยอมความได้ มีหลักเกณฑ์และสาระสำคัญของการประนอมข้อพิพาท คือ เป็นวิธีที่คู่พิพาทตกลงให้บุคคลที่สามที่เรียกว่า " ผู้ประนอมข้อพิพาท " เข้าช่วยไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน โดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยอมผ่อนผันข้อเรียกร้องของตน และมีสิทธิใหม่ตามที่ประนอมข้อพิพาทกัน ผู้ที่ทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจบังคับให้คู่พิพาทตกลงกัน ไม่มีอำนาจให้คำตัดสินหรือกำหนดผลลัพธ์แห่งการเจรจาให้แก่คู่ความ

เหมือนอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษา แต่จะช่วยลดความตึงเครียดและสร้างบรรยากาศที่ดีในการเจรจา ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจจะแนะนำ หรือ เสนอแนวทางที่เป็นไปได้ในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทให้แก่คู่ความ เมื่อคู่กรณีตกลงกันได้ประมวลกฎหมายแพ่งก็เปิดโอกาสให้มีการทำข้อตกลงเป็นหนังสือยุติข้อพิพาทได้และมีผลบังคับใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 850 บัญญัติไว้ว่า "อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือมีขึ้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน" ส่วนสัญญาประนีประนอมยอมความจะมีผลบังคับได้เพียงใดต้องพิจารณาตามมาตรา 851 และมาตรา 852 ต้องมีหลักฐานลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดจึงจะเกิดสิทธิเรียกร้องนำข้อพิพาทเสนอเป็นคดีต่อศาล เพื่อบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่ผิดสัญญาระงับข้อพิพาทชำระหนี้ตามหลักกฎหมายเรื่องสัญญาต่อไป

จากการศึกษาการไกล่เกลี่ยในประเทศไทยสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเภท คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล ดังนี้

4.2.2 การไกล่เกลี่ยในศาล

การไกล่เกลี่ยในศาล หมายถึง การที่ผู้ประนอมข้อพิพาทไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล คือตั้งแต่ศาลรับฟ้องจนถึงก่อนมีคำพิพากษาศาลถึงที่สุดให้กับคู่ความ ผู้ประนอมข้อพิพาทจะเป็นผู้ช่วยเจรจาหาแนวทางสนอแนะให้คู่ความปรองดองตกลงกัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความ สามารถยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้โดยการตัดสินใจของคู่ความเอง (สำนักระงับข้อพิพาท , 2545 : 1)

สำหรับการไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความในศาลทั่วไปแยกพิจารณาได้เป็น 2 วิธีการ คือการประนอมข้อพิพาทในห้องพิจารณาและการประนอมข้อพิพาทตามระบบการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความในศาล ซึ่งการประนอมข้อพิพาทในห้องพิจารณาเป็นอำนาจของผู้พิพากษาที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 20 ทวิ ซึ่งบัญญัติเพิ่มเติมในพ.ศ. 2542 โดยบทบัญญัติมาตรา 20 ได้บัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ว่า

"ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาทนั้น"

และตามมาตรา 20 ทวิ บัญญัติดังนี้ "เพื่อประโยชน์ในการประนอมข้อพิพาท เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่าย

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการประนอมข้อพิพาทของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอมรวมถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอมให้เป็นไปตามกฎกระทรวง"

โดยบทบัญญัติมาตรา 19 เป็นบทบัญญัติที่ช่วยเสริมโอกาสและความสัมพันธ์ในการยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน โดยบทบัญญัตินี้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง หากศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตนเองอาจยังให้เกิดข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันได้ โดยปกติ ผู้พิพากษาจะพยายามประนอมข้อพิพาทให้คู่ความตกลงกันในวันชี้สองสถานหรือในวันสืบพยานนัดแรก เพราะเป็นวันที่ทนายคู่ความหรือคู่ความทั้งสองฝ่ายมาพบศาลเป็นครั้งแรก ซึ่งหากศาลไม่สามารถประนอมข้อพิพาทในวันนั้นสำเร็จ ก็อาจทำการประนอมข้อพิพาทในระหว่างการพิจารณาได้ ถ้าคู่ความสามารถตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ให้ศาลจดรายงานและมีคำพิพากษาตามข้อตกลงประนีประนอมนั้น ทั้งนี้ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 138 บัญญัติไว้ดังนี้ "ในคดีที่คู่ความตกลงกันได้หรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีโดยไม่ได้มีการถอนคำฟ้อง และข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้ศาลจดรายงานพิศดารแสดงข้อความแห่งข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความเหล่านั้นไว้ และพิพากษาตามนั้น"

ในส่วนระบบการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความในศาล เป็นการไกล่เกลี่ยในที่พัฒนาขึ้นมาจากการไกล่เกลี่ยในห้องพิจารณา โดยระบบการไกล่เกลี่ยนี้ได้รับอิทธิพลจากระบบการไกล่เกลี่ยโดยผู้ไกล่เกลี่ย(Mediator) ของสหรัฐอเมริกา และศาลแพ่งได้เริ่มใช้ระบบนี้เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2537 โดยประนอมข้อพิพาทเฉพาะคดีแพ่ง และมีการนำระบบนี้ไปใช้ในศาลชั้นต้นทั่วประเทศ ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาด้วย (โชติช่วง ทัพวงศ์, 2541: 269)

ศาลไทยได้มีการปรับใช้วิธีการไกล่เกลี่ยโดยผู้ไกล่เกลี่ยของสหรัฐอเมริกาให้เหมาะสมกับวัฒนธรรม ประเพณี และระบบงานศาลไทย และเท่าที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเปิดช่องให้ โดยมีแนวคิดหลักอยู่ 3 ประการ คือ

1. คู่ความทุกฝ่ายต้องสมัครใจเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ย ศาลจึงจะดำเนินการไกล่เกลี่ยให้
2. การไกล่เกลี่ยเป็นการทำให้คู่ความเกิดความพอใจและตกลงระงับข้อพิพาท
3. ระบบนี้มีพื้นฐานมาจากอำนาจการประนอมข้อพิพาทของผู้พิพากษาตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา19 และมาตรา 20 แต่ได้ลดขั้นตอนการปฏิบัติ วิธีการทำงาน และอำนาจของผู้พิพากษาลงมา เพื่อสร้างบรรยากาศในการเจรจาต่อรองของคู่ความและลดอุปสรรคต่างๆ จากระเบียบวิธีการและการใช้อำนาจของผู้พิพากษาตามปกติ (โชติช่วง ทัพวงศ์ , 2541: 269-270)

ระบบการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความในศาลนี้ เป็นกระบวนพิจารณาที่ศาลจัดบริการโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย และคงใช้ผู้พิพากษาเป็นผู้ประนอมข้อพิพาท โดยการจัดระบบไกล่เกลี่ย ได้ใช้หลักใหญ่ 3 ประการ คือ แยกคน แยกสำนวน แยกห้อง ซึ่งการแยกคน คือ ในการไกล่เกลี่ย ผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาทเป็นคนละคนกับผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน มี ความเป็นกลางไม่มีอคติสามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความทุกฝ่ายได้ถูกต้องตามความประสงค์ ผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่ในฐานะของผู้ประนอมข้อพิพาทจะมิได้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท แต่จะเป็นผู้ช่วยเจรจาหาแนวทาง เสนอแนะให้คู่ความสามารถยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นร่วมกันได้ นอกจากนี้ในบางกรณี ผู้พิพากษาอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทได้อีกด้วย แยกสำนวน คือ แยกสำนวนไกล่เกลี่ยมาตั้งเป็นสำนวนใหม่แยกจากสำนวนเดิม แยกห้อง คือ จัดให้มีห้องไกล่เกลี่ย แยกต่างหากจากห้องพิจารณาคดี เป็นการสร้างบรรยากาศให้เหมาะสมกับการประนอมข้อพิพาทในรูปแบบไม่เป็นทางการ โดยมีลักษณะเป็นห้องประชุม และผู้พิพากษาและทนายความจะไม่สวมชุดครุยในขณะประนอมข้อพิพาท (โชติช่วง ทัพวงศ์ , 2541: 270)

สำหรับวิธีการนำข้อพิพาทเข้าระบบการไกล่เกลี่ย ในศาล แบ่งเป็น 2 ช่วง คือ ในช่วงก่อนพิจารณาคดี และในช่วงคดีที่อยู่ระหว่างพิจารณา

1. สำหรับก่อนพิจารณาคดี เริ่มต้นเมื่อโจทก์ยื่นฟ้อง เจ้าหน้าที่แผนกรับฟ้องจะมีการสอบถามความสมัครใจของคู่ความ ซึ่งอาจเป็นตรายางประทับสอบถามโจทก์ว่าคดีมีทางตกลงกันได้หรือไม่ และประสงค์จะให้ศาลไกล่เกลี่ย หรือไม่ ในเวลาเดียวกันที่หมายเรียกซึ่งส่งให้แก่จำเลยพร้อมสำเนาฟ้องนั้นเจ้าหน้าที่จะประทับตรายางมีข้อความว่าโปรดยื่นคำให้การภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนด หากจำเลยประสงค์จะให้ศาลไกล่เกลี่ย ให้ติดต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาล

2. สำหรับคดีที่อยู่ระหว่างพิจารณา แยกเป็น 3 กรณี คือ ผู้พิพากษาซึ่งรับผิดชอบราชการศาลเห็นว่าสำนวนใดสมควรใช้ระบบไกล่เกลี่ยก็สั่งให้นำคดีนั้นเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ย หรือ ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนเห็นว่าสมควรใช้การไกล่เกลี่ยก็จะส่งเข้าสู่ระบบประนอมข้อพิพาท หรือคู่ความยื่นคำแถลงหรือแถลงด้วยวาจาขอใช้วิธีการไกล่เกลี่ย และผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนส่งสำนวนเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ย (สำนักระงับข้อพิพาท,2545: 3-4)

สำหรับศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เป็นศาลชำนัญพิเศษที่พิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยคดีแพ่งและคดีอาญาที่มีข้อพิพาทกับลักษณะคดีแตกต่างจากคดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไป ทั้งวิธีพิจารณาก็มีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยเฉพาะให้การไกล่เกลี่ยเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดแนวทางการดำเนินคดีซึ่งกระทำก่อนสืบพยาน ตามข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ข้อ 27 มีรูปแบบ วิธีการ แนวทางปฏิบัติแตกต่างจากศาลอื่นในสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก การไกล่เกลี่ย สามารถทำได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความได้ ประการที่สอง กำหนดขั้นตอนการไกล่เกลี่ย โดยผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนเริ่มดำเนินไกล่เกลี่ย ในห้องพิจารณา ในขั้นตอนการกำหนดแนวทางการดำเนินคดีก่อน แต่ถ้าคู่กรณีประสงค์ให้ไกล่เกลี่ย จึงจะดำเนินเข้าสู่ระบบการประนอมข้อพิพาท ที่มีการจัดระบบเช่นเดียวกันกับระบบการไกล่เกลี่ยของศาลอื่น ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มีการไกล่เกลี่ยในห้องพิจารณาและการไกล่เกลี่ยตามระบบไกล่เกลี่ยเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความ ได้จัดทำระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2543 และตามระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ.2544 (ดูในภาคผนวก)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยังถูกนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาททางการเงิน สำนักงานศาลยุติธรรมได้จัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม โดยมีวัตถุประสงค์ของการตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อเป็นหน่วยงานกลางประสานงานกับศาลและศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำศาลในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการเงิน เพื่อส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและแบ่งเบาภาระงานคดีของศาล รวมทั้งดำเนินการขึ้นทะเบียนผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ทรงคุณวุฒิ โดยอาศัยระเบียบคณะกรรมการบริการศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ 2544 และร่างระเบียบศาลว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ ..... (วิไลศรี กี่สุวรรณ , 2544: 420)

แนวทางการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการเงินโดยศาล แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะด้วยกัน คือ

1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำศาล เดิมในการดำเนินการไกล่เกลี่ยไม่มีระเบียบรวม แต่ละศาลมีแนวปฏิบัติประจำศาล ดังนั้นสำนักงานศาลยุติธรรม จึงได้ร่างระเบียบศาลว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ. ..... เพื่อให้การไกล่เกลี่ยดำเนินไปในรูปแบบเดียวกัน โดยให้ศาลทุกแห่งจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยประจำศาลขึ้นและให้ผู้พิพากษาในศาลที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ประจำศาลมีอำนาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการเงินตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามระเบียบนี้

3. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ตามระเบียบคณะกรรมการบริการศาลยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาททางการเงิน พ.ศ 2544 ในกรณีที่เป็นคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย และมูลคดีมีความเกี่ยวพันกันหลายศาล หากศาลเห็นสมควรเพื่อความสะดวกหรือคู่กรณีร้องขอ ศาลทั่วราชอาณาจักรสามารถส่งข้อพิพาททั้งหมดไปดำเนินการที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำนักระงับข้อพิพาท

4.2.3 การไกล่เกลี่ยนอกศาล

การไกล่เกลี่ยนอกศาล เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินกระบวนพิจารณาของศาล ซึ่งเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลภาย

นอกมิใช่ผู้พิพากษา คู่กรณีคาดหวังว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะใช้ความสามารถของเขาเพื่อนำไปสู่การบรรลุข้อตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกัน ทั้งนี้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการแต่งตั้งจะเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีความเห็นร่วมกันว่ามีความเหมาะสมโดยพิจารณาว่าเป็น บุคคลที่เคารพนับถือ มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เป็นผู้ทรงคุณวุฒิ หรือ แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจากบัญชีรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งจดทะเบียนไว้ณ. ศูนย์ไกล่เกลี่ย สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม การไกล่เกลี่ยนอกศาลนี้ไม่จำกัดเฉพาะการระงับข้อพิพาททางแพ่งหรือทางการเงินเท่านั้น ดังนั้นการไกล่เกลี่ยนอกศาลจึงสามารถใช้ระงับข้อพิพาทได้ทุกประเภท ปัจจุปันการไกล่เกลี่ยนอกศาลของประเทศไทยยังไม่มีวิธีการตามบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะในรูปของพระราชบัญญัติเหมือนกับต่างประเทศ ซึ่งมีการออกกฎหมายว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทโดยเฉพาะ เช่น สหรัฐอเมริกา อินเดีย ฮ่องกง เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่าในประเทศไทยการไกล่เกลี่ยที่เป็นรูปแบบสถาบัน(Institution Conciliation) [34]ได้แก่ การจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ย สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม [35]ให้บริการแก่ประชาชนที่ประสงค์ระงับข้อพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ยโดยยังไม่นำคดีขึ้นสู่ศาล สามารถขอใช้บริการจากศูนย์ไกล่เกลี่ยได้โดยเลือกผู้ไกล่เกลี่ยจากทะเบียนรายชื่อผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยของสำนักงานระงับข้อพิพาทซึ่งมีทั้งอดีตผู้พิพากษาและบุคคลที่มีความรู้ความสามารถที่มีคุณสมบัติตามที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยกำหนด และผ่านการอบรมเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยมาแล้ว ทั้งนี้สถาบันได้จัดทำ "ข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2533" ขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการประนอมข้อพิพาท (ดูในภาคผนวก)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้การดำเนินการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมนับว่าเป็นการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยการประนอมข้อพิพาทที่เป็นรูปแบบและเป็นระบบแห่งเดียวในประเทศไทย คู่กรณีจะได้รับการช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกหลาย

---

[34] หมายถึง สถาบันที่ให้บริการด้านการไกล่เกลี่ย และมีกฎข้อบังคับของสถาบันที่จะให้คู่พิพาทใช้ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย

[35]ปัจจุบันขึ้นอยู่กับสำนักงานศาลยุติธรรม สำหรับการศึกษาครั้งนี้จะไม่กล่าวถึงสำนักระงับข้อพิพาทที่อยู่ระหว่างการปรับเปลี่ยนโครงสร้างใหม่ (ดูในภาคผนวก)

ประการทั้งมีแนวทางการดำเนินการที่ชัดเจน ทำให้การประนอมข้อพิพาทเป็นไปโดยง่ายและรวดเร็ว นับเป็นการพัฒนาการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาทแนวใหม่มาใช้ให้เกิดประโยชน์ในงานบริการความยุติธรรม ควบคู่ไปกับวิธีอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการสนับสนุนและประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนได้เห็นความสำคัญและเป็นที่นิยมในการเลือกใช้ระงับข้อพิพาทนอกจากการฟ้องร้องต่อศาล

ในส่วนสถาบันประนอมข้อพิพาทภาคเอกชนที่เป็นอิสระจากการกำกับดูแลของรัฐหรือศาล ในการให้บริการประนอมข้อพิพาทในประเทศไทยยังมีจำนวนไม่มาก เนื่องจากผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทยยังไม่ได้รับการพัฒนาความสามารถในการประนอมข้อพิพาทอย่างเป็นวิชาชีพเหมือนกับต่างประเทศซึ่งมีการอบรมหรือศึกษาตามหลักสูตรการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาลโดยเฉพาะ ในปัจจุบัน มีการประนอมข้อพิพาทของภาคเอกชนที่เป็นสถาบัน ยกตัวอย่างเช่น สภาหอการค้าไทย ซึ่งมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสภาการค้าไทยกำหนดให้ใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางการค้าหรือธุรกิจอย่างอื่นเท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติแนวทางในการดำเนินการประนอมข้อพิพาทไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของกระทรวงยุติธรรม และการประนอมข้อพิพาทของสมาคมประกันวินาศภัย ซึ่งเกิดจากการรวมตัวของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจประกันภัยด้วยกัน สมาคมประกันภัยได้มีการจัดทำข้อบังคับขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางในการประนอมข้อพิพาท เรียกว่า ข้อบังคับประนอมข้อพิพาท โดยนำรูปแบบการประนอมข้อพิพาทมาใช้เป็นขั้นตอนเริ่มแรกของการระงับข้อพิพาทระหว่างบริษัทก่อนนำวิธีการอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนต่อไปหากไม่สามารถตกลงกันได้ (Central Intellectual Property and International Trade Court Thailand,2002 :24-26)

การประนอมข้อพิพาทในประเทศไทยยังปรากฏในรูปการประนอมข้อพิพาทที่ไม่ใช่สถาบัน (ad hoc Conciliation) คือ เป็นการประนอมข้อพิพาทเฉพาะกิจและไม่มีกฎข้อบังคับในการประนอมข้อพิพาทโดยเฉพาะ ยกตัวอย่าง การปรับปรุงโครงสร้างหนี้นอกศาลตามกระบวนการของคณะกรรมการเพื่อส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ (คปน.) โดยวิธีประนอมข้อพิพาท การประนอมข้อพิพาทที่ไม่ใช้สถาบันอาจเกิดความตกลงร่วมกันของคู่กรณีพิพาทในเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาท โดยทำในรูปแบบสัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจาก็ได้ และอาจกำหนดให้มีการดำเนินการตามข้อบังคับของสถาบันประนอมข้อพิพาทหรือตามข้อตกลงของคู่กรณีให้ดำเนินการประนอมข้อพิพาทตามที่ตกลงกันไว้ย่อมสามารถทำได้

การไกล่เกลี่ยในภาคเอกชนเริ่มได้รับความนิยมมากขึ้นในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ ในลักษณะการให้บริการไกล่เกลี่ยโดยทนายซึ่งผ่านการติดต่อกันระหว่างสำนักงานกฎหมายและผู้มีข้อพิพาทซึ่งเป็นชาวต่างชาติประกอบธุรกิจในประเทศไทย หรือ คนไทยที่ประกอบธุรกิจกับชาวต่างชาติ เมื่อมีข้อพิพาทไม่ต้องการดำเนินกระบวนการทางศาล เนื่องจากเกรงว่าจะประสบปัญหาในแง่ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศไทย ภาษา ตลอดจนขั้นตอนในการพิจารณาพิพากษาที่ล่าช้าของศาลไทย

4.3 วิเคราะห์แนวทางความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทยและต่างประเทศ

ตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ถึงขอบเขตเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในต่างประเทศมาแล้วนั้น ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะได้วิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งในเรื่องสัญญาและละเมิด และความรับผิดทางอาญาในเรื่องการเปิดเผยความลับและในเรื่องรับสินบนของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทย รวมทั้งในเรื่องความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศไว้ในบทนี้

จากการศึกษาความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) และซีวิลอว์ (Civil Law) ในการกำหนดความผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทที่ใช้เกณฑ์พิจารณาความรับผิดที่เกิดขึ้นอาจมาจากการผิดสัญญา และความรับผิดทางละเมิดซึ่งถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นผู้ประกอบวิชาชีพหนึ่งที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญผู้ซึ่งจะต้องรับผิดต่อการกระทำของตน โดยทั้งสองระบบตระหนักว่าในความเป็นจริงนั้น ผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำการใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ เป็นทั้งผู้เชี่ยวชาญ และ เป็นผู้ทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรม แต่ในประเทศคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญโดยเน้นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล หรือเสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นควรได้รับการปกป้องโดยการให้ความคุ้มกันทางศาล ในขณะที่ประเทศซีวิลอว์เน้นว่าผู้ประนอมข้อพิพาทควรจะต้องรับผิดในการกระทำผิด

ในกรณีที่มีสัญญาระบุความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ หากผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำบางอย่างซึ่งละเมิดข้อตกลงก็ต้องเป็นไปตามนั้น แต่ถ้าไม่มีสัญญาระบุไว้ว่าผู้ประนอมข้อ

พิพาทจะต้องรับผิดหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่ามีการกระทำผิดหรือจะต้องรับผิดหรือไม่ตามหลักกฎหมายต่างๆ ซึ่งอาจแบ่งพิจารณาในเรื่องความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญาดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.3.1 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประนอมข้อพิพาท

สำหรับในต่างประเทศ มีประเด็นความรับผิดจะมีความแตกต่างกันออกไป โดยสามารถสรุปแบ่งแยกได้ 2 กรณี

ฝ่ายแรกเห็นว่าไม่มีความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายให้ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรับผิดในทางแพ่งในกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่บกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหาย โดยมีหลักว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีพิพาทเกิดจากสัญญา ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทจึงรับผิดต่อคู่กรณีตามบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้และสัญญาซึ่งนำมาใช้บังคับกับความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทได้ กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทต้องกระทำอย่างซื่อสัตย์และยุติธรรมต่อทั้งสองฝ่าย ถ้าผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่บกพร่องทำให้คู่กรณีฝ่ายใดเสียหายแล้ว ผู้ประนอมข้อพิพาทก็ต้องรับผิดต่อคู่กรณีฝ่ายนั้นโดยถือว่าเป็นการผิดสัญญาการประนอมข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตามผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ประเทศที่ยึดถือแนวคิดนี้ได้แก่ประเทศซีวิลอว์ เช่น ญี่ปุ่น เยอรมัน เป็นต้น

ฝ่ายที่สองเห็นว่า ถ้าต้องการให้ผู้ประนอมข้อพิพาทรับผิดทางแพ่งต่อคู่กรณีควรมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ต้องรับผิด เนื่องจากมีหลักว่าผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการ จึงควรได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดใดๆ อันเกิดจากการทำตามหน้าที่ ซึ่งความคิดเรื่องความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทจากความรับผิดทางแพ่งนี้มีรากฐานมาจากหลักการขยายความคุ้มกันของผู้พิพากษา และอนุญาโตตุลาการ มายังผู้ประนอมข้อพิพาท โดยมีแนวคิดจากความสงบเรียบร้อยของประชาชนให้สามารถอำนวยความยุติธรรมแก่สังคมโดยความยุติธรรมและมีความเป็นอิสระทางความคิด ซึ่งจำเป็นต้องมีในบุคคลที่ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทของสังคม เพื่อป้องกันคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจในสัญญาประนอมข้อพิพาทฟ้องต่อศาลให้ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรับผิด อย่างไรก็ตามผู้ประนอมข้อพิพาทจะไม่ได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายที่เกิด

จากการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทประพฤติมิชอบ หรือเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่ ประเทศที่ยึดความเห็นนี้ในบางประเทศบัญญัติกฎหมายให้ต้องรับผิดทางแพ่งอย่างชัดเจน ในกรณีปฏิบัติหน้าที่บกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี เช่น ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา สิงคโปร์ และในบางประเทศไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรับผิด เช่น ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา (Huffnagle,1989:33)

สำหรับความรับผิดทางแพ่งของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทยนั้น ไม่มีกฎหมายระบุเอาผิดแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงต้องรับผิดต่อคู่กรณีตามบทบัญญัติทั่วไป ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาและละเมิด ผู้ศึกษาขอแบ่งพิจารณาความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทยออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

1. **ความรับผิดทางสัญญา** ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาประเภทหนึ่ง จึงต้องอาศัยบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาและหนี้ในการพิจารณาความรับผิดทางสัญญา อย่างไรก็ตามในกรณีที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงว่าจ้างขอรับบริการจากผู้ประนอมข้อพิพาทให้ดำเนินการประนอมข้อพิพาทโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญและคู่กรณีพิพาทตกลงจะให้สินจ้างเป็นค่าตอบแทนแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทในการตกลงให้บริการและปฏิบัติหน้าที่จนเป็นผลสำเร็จ สัญญาที่คู่กรณีตกลงกันไว้อาจเรียกได้ว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ หรือในต่างประเทศ เรียกว่า สัญญาให้บริการทางวิชาชีพประนอมข้อพิพาท เนื่องจากการประนอมข้อพิพาทได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพสาขาหนึ่ง เช่นเดียวกับทนายความ แพทย์ มีหลักกฎหมายซึ่งนำมาปรับใช้คือ หลักกฎหมายว่าด้วยจ้างทำของซึ่งจัดอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา โดยงานตามสัญญาจ้างทำของที่ต้องทำให้สำเร็จนี้ไม่จำกัดเฉพาะงานที่เป็นวัตถุอย่างเดียวเท่านั้น แต่รวมถึงงานที่ไม่ก่อให้เกิดวัตถุหรือเป็นการทำสิ่งที่มีรูปร่าง

ลักษณะของสัญญาจ้างทำของ ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ซึ่งบัญญัติว่า

"อันว่าจ้างทำของ คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น"

เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความของสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 587 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น สามารถที่จะแยกพิจารณาถึงสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของได้ดังนี้ คือ

1. วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างทำของ คือ การที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการแรงงานของผู้รับจ้างดังเช่นสัญญาจ้างแรงงาน คู่กรณีพิพาทในฐานะผู้ว่าจ้างไม่อาจบังคับบัญชาผู้ประนอมข้อพิพาทในการดำเนินการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทมีอิสระในการทำงานตามที่ได้รับมอบหมาย ตามความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญของตน คู่กรณีพิพาทเป็นเพียงผู้มอบหมายข้อพิพาทให้ประนอมข้อพิพาทเท่านั้นและหวังผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญ มีข้อสังเกตว่า คำว่า " ผลสำเร็จ" นี้ อาจเป็นที่พึงพอใจของคู่กรณีพิพาทหรือไม่ก็ได้ เช่น แต่งตั้งให้ผู้ประนอมข้อพิพาทดำเนินการประนอมข้อพิพาทจนเสร็จสมบูรณ์ ผลลัพธ์ที่ได้จากการประนอมข้อพิพาทคู่กรณีอาจจะตกลงระงับข้อพิพาทกันได้โดยทำเป็นสัญญาประนอมข้อพิพาท หรือไม่สามารถตกลงกันได้ต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการหรือทางศาลต่อไป ก็ถือว่างานที่ได้มอบหมายให้ดำเนินการเป็นผลสำเร็จแล้ว ทั้งนี้เพราะผลลัพธ์ที่ได้มิได้อยู่ภายในขอบเขตของความรู้ความสามารถของผู้ประนอมข้อพิพาทแต่เพียงอย่างเดียว แต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่คู่กรณีมอบให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทเพื่อใช้ในการวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางในการระงับข้อพิพาทร่วมกันด้วย (ไผทชิต เอกจริยกร , 2542: 111) ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทเพียงแต่ทำงานตามที่ได้รับมอบหมายด้วยความสามารถตามที่คู่กรณีคาดหวังว่าจะได้รับจากผู้ประนอมข้อพิพาท ก็ถือว่าผู้รับจ้างตกลงทำงานจนเป็นผลสำเร็จ

2. สินจ้าง ตามมาตรา 587 มีหลักเกณฑ์คือ ผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จการทำงานนั้น (เรื่องเดียวกัน:113) ผู้ประนอมข้อพิพาทส่วนใหญ่มิได้ทำงานให้แก่คู่กรณีพิพาทโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน เมื่อผู้ประนอมข้อพิพาทให้บริการประนอมข้อพิพาทแล้ว ก็จะได้รับค่าจ้างเป็นการตอบแทน จึงถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทมีฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาต้องปฏิบัติหน้าที่ให้แก่เจ้าหนี้ตามสัญญาได้แก่ คู่กรณีพิพาทให้ได้รับการชำระหนี้ตามสัญญา คือการได้รับการปฏิบัติตามสัญญาอย่างเป็นธรรม ถ้าผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำการใดๆ ที่เป็นการผิดสัญญา เช่น กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงฝ่าฝืนสิทธิของคู่กรณีพิพาทที่เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาททำให้คู่กรณีพิพาทเกิดความเสียหาย ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจจะต้องรับผิดตามสัญญาเพราะละเมิดข้อสัญญานั้น

3. สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่มีผลสมบูรณ์โดยการแสดงเจตนาเมื่อมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ การนำสืบถึงข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาอาศัยข้อเท็จจริง ทั้งนี้เพราะความสำเร็จของงานเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา คู่กรณีไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็เรียกร้องบังคับได้ (เรื่องเดียวกัน:127)

4. สัญญาจ้างทำของโดยหลักแล้วไม่ใช่สัญญาเฉพาะตัว ผู้รับจ้างจะเอาการงานที่ได้รับจ้างทั้งหมดหรือบางส่วนให้ผู้รับจ้างทำอีกทอดได้ และในกรณีที่ผู้รับจ้างตายหรือเป็นผู้ไม่สามารถทำงานได้สัญญาจ้างย่อมไม่สิ้นสุด สิทธิหน้าที่และความผูกพันตามสัญญาจ้างทำของตกสู่ทายาท อย่างไรก็ตามสัญญาจ้างทำของอาจเป็นสัญญาเฉพาะตัวได้หากสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง หากผู้รับจ้างตายหรือเป็นผู้ไม่สามารถทำงานได้สัญญาจ้างย่อมสิ้นสุด ลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 606 ผู้ศึกษาเห็นว่าการที่คู่กรณีว่าจ้างผู้ประนอมข้อพิพาทก็เนื่องจากความเชื่อถือในความรู้ความสามารถ ย่อมได้รับความไว้วางใจจากคู่กรณี และการประนอมข้อพิพาทมีผลกระทบต่อสิทธิ ทรัพย์สิน และประโยชน์อื่นๆหากมีการระงับข้อพิพาทสำเร็จ ดังนั้นคู่กรณีพิพาทจึงต้องเลือกผู้ประนอมข้อพิพาทที่มีคุณสมบัติเหมาะสมในการช่วยระงับข้อพิพาท สัญญาให้บริการประนอมข้อพิพาทจึงเป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญอยู่ที่ความรู้ความสามารถของผู้ประนอมข้อพิพาท หากผู้ประนอมข้อพิพาทตายหรือไม่สามารถทำงานได้สัญญาจ้างย่อมระงับ (เรื่องเดียวกัน: 125)

จากข้อพิจารณาดังกล่าวสรุปได้ว่าสัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นเอกเทศสัญญา และมีประเด็นพิจารณาต่อไปว่าสัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นสัญญาตัวการตัวแทนหรือไม่ ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่เข้าลักษณะสัญญาตัวแทน เพราะหากเป็นเรื่องตัวการตัวแทน ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นตัวแทนจะต้องทำตามขอบอำนาจในการแต่งตั้งและจะต้องรักษาผลประโยชน์ของตัวการ แต่สัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่ให้อิสระในการระงับข้อพิพาทของคู่กรณีพิพาท โดยผู้ประนอมข้อพิพาทมีอิสระเต็มที่ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็นและข้อเสนอแนะให้คู่กรณีโดยความเป็นธรรมในฐานะคนกลาง ทั้งนี้ประกอบกับประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ประนอมข้อพิพาทในต่างประเทศได้กำหนดชัดเจนว่าผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องไม่กระทำการในลักษณะตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะบทบาทของผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรักษาความเป็นกลางและไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

อย่างไรก็ตามแม้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ตามบทบัญญัติในสัญญาจ้างทำของแล้ว ผู้ประนอมข้อพิพาทยังมีหนี้หรือหน้าที่ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งตกอยู่ภายใต้บทบังคับว่าด้วยนิติกรรมสัญญา กล่าวคือ หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ผู้ประนอมข้อพิพาทจำต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่กรณีพิพาท ซึ่งสิทธิของคู่กรณีพิพาทในการฟ้องร้องผู้ประนอมข้อพิพาทให้รับผิดทางสัญญา อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก จากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามประสงค์แท้จริงแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 215 บัญญัติไว้ดังนี้ "เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์ที่อันแท้จริงในมูลหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายอันเกิดแก่การนั้นได้"

กรณีที่สอง คือ จากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา การเลิกสัญญามีผลให้หนี้ตามสัญญาสิ้นสุดลง หรือเป็นการระงับความผูกพันในอนาคต โดยปกติสิทธิเลิกสัญญาจะกระทำได้ต่อเมื่อคู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญา สิทธินั้นอาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งให้อำนาจแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ปรากฏตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387,388, และ 389 นอกจากนี้สิทธิเลิกสัญญาอาจเกิดจากข้อตกลงของคู่สัญญาว่าจะกำหนดเหตุแห่งการเลิกสัญญาไว้อย่างไร ผลของการเลิกสัญญาบัญญัติไว้ในมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่" ดังนั้นเจ้าหนี้หรือคู่กรณีพิพาทย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่ลูกหนี้หรือผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ชำระหนี้ (จำปี โสตถิพันธ์,2543:283)

มีปัญหาพิจารณาต่อไปว่า ในกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิเสธที่จะเข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทต่อไป ในขณะที่กระบวนการประนอมข้อพิพาทยังไม่สิ้นสุดจะถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทได้ละเมิดหน้าที่ตามสัญญาหรือไม่

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการประนอมข้อพิพาทเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความสมัครใจของคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ กล่าวคือ คู่ความอาจขอยกเลิกการประนอมข้อพิพาทเสียเมื่อใดก็ได้ ลักษณะที่ขาดสภาพบังคับให้การประนอมข้อพิพาทดำเนินไปจนเสร็จสมบูรณ์ ย่อมทำให้ผู้

ประนอมข้อพิพาทเองสามารถถอนตัวออกจากการเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทหรือสั่งยกเลิกการประนอมข้อพิพาทเสียเมื่อเวลาใดก็ได้ เมื่อผู้ประนอมข้อพิพาทเห็นว่าเรื่องที่พิพาทกันเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะแก่การประนอมข้อพิพาท หรือคู่ความมีจุดประสงค์อื่นที่แอบแฝงอยู่ในการขอให้มีการประนอมข้อพิพาท หรือคู่ความต้องการอาศัยผู้ประนอมข้อพิพาทพื่อเอาเปรียบคู่ความฝ่ายตรงกันข้าม หากผู้ประนอมข้อพิพาทมีเหตุผลดังกล่าวจึงสามารถถอนตัวหรือปฏิเสธจากการเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทได้ และไม่ควรต้องรับผิดตามสัญญาเพราะเป็นเรื่องของสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้เนื่องจากผู้รับชำระหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ หรืออีกนัยหนึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทไม่สามารถดำเนินการประนอมข้อพิพาทได้ มิใช่เกิดจากความผิดของผู้ประนอมข้อพิพาท ดังนั้นการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิเสธที่จะเข้าร่วมหรือถอนตัวไม่ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทจึงไม่น่ารับผิดตามสัญญา และคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายตามบทบัญญัติมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์ที่อันแท้จริงในมูลหนี้นั้น (โสภณ รัตนากร ,2539: 115-118)

สรุปได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งผิดสัญญาด้วยการไม่เปิดเผยส่วนได้เสียหรือการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ หรือถอนตัวไม่ปฏิบัติตามหน้าที่โดยไม่มีเหตุผลอันควรในกระบวนการประนอมข้อพิพาท รวมถึงมีการนำความลับในการประนอมข้อพิพาทไปเปิดเผย คู่กรณีพิพาทที่เสียหายสามารถที่จะเรียกร้องให้ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งกระทำผิดสัญญาไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ ชดใช้ค่าเสียหายได้โดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหายในการผิดสัญญาทั่วๆไป ในมาตรา 222 [36]และ 223 [37]

---

[36] มาตรา 222 บัญญัติดังนี้ "การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติ ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้นั้น

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษหากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว"

[37] มาตรา 223 บัญญัติดังนี้ "ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซร้ ท่านว่าหนี้อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

2. **ความรับผิดในทางละเมิด** ความรับผิดในทางละเมิดมิได้เกิดขึ้นจากนิติกรรมหรือสัญญา แต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีความรับผิดเกิดขึ้น หากบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกคนหนึ่งอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันส่งผลให้บุคคลนั้นเสียหายแก่ทรัพย์สิน และชีวิต เสรีภาพ หรือสิทธิใดๆ บุคคลผู้ก่อความเสียหายนั้นจะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย ผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาทโดยใช้ความสามารถและใช้ความระมัดระวังให้สมกับความไว้วางใจของคู่กรณีพิพาท ดังนั้นหากผู้ประนอมข้อพิพาททุจริตหรือประมาทเลินเล่อขาดความระมัดระวังก่อให้เกิดความเสียหายใดๆ แก่คู่กรณีพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายละเมิด

ความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทประการแรกคือความรับผิดทางสัญญาซึ่งกล่าวไปแล้ว อย่างไรก็ตามหากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้หรือการชำระหนี้บกพร่องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ หรือปฏิบัติหน้าที่บกพร่องโดยปราศจากซึ่งความระมัดระวังตามที่ตนพึงมีพึงใช้ในฐานะเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่คู่กรณีพิพาทได้มอบหมายความไว้วางใจจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีแล้ว การกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดอีกประการหนึ่ง โดยปกติความรับผิดทางสัญญาและละเมิดต่างอยู่คนละส่วนกัน และบางกรณีอาจมีพฤติการณ์เกิดขึ้นพร้อมกันได้เกิดเป็นสิทธิเรียกร้องของโจทก์ให้จำเลยต้องรับผิดทั้งละเมิดและผิดสัญญา ก็เป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกฟ้องร้องบังคับเอามูลใดก็ได้ แล้วแต่จะเลือก สุดแต่ว่าทางใดจะเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า หรือจะบังคับเอาทั้งสองทางก็ได้ และไม่มีกฎหมายบังคับว่าโจทก์จะต้องเลือกเอาทางใดทางหนึ่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 3814/2525)

จากการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในบทที่3 จะเห็นได้ว่าความรับผิดทางละเมิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ อเมริกา ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ "ความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ"

วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้ที่เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัดปัดป้อง หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย"

(Professional Negligence) ส่วนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประนอมข้อพิพาทตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายละเมิดเช่นเดียวกับกฎหมายไทย ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นกระทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" ความรับผิดทางละเมิดทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ ตั้งอยู่บนหลักความผิด (Fault) ซึ่งหมายถึง การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่น

การกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของละเมิด การกระทำโดยจงใจ หมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ส่วนผลเสียหายที่เกิดขึ้นจะมากจะน้อยไม่สำคัญ ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึงการกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้ รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในสภาวะเช่นนั้น จะต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ในภาวะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำพึงใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่ ซึ่งความหมายของประมาทเลินเล่อดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 แต่อาศัยเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในกฎหมายลักษณะอาญา ในการวินิจฉัยว่าผู้ประนอมข้อพิพาทจะมีความรับผิดทางละเมิดเนื่องจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ศาลมีหลักพิจารณาว่าผู้ประนอมข้อพิพาทใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนที่ให้บริการประนอมข้อพิพาทหรือไม่ ซึ่งถ้าหากผู้ประนอมข้อพิพาทใช้ความระมัดระวังสูงหรือเท่ากับมาตรฐานของวิญญูชนที่ให้บริการประนอมข้อพิพาทในสถานการณ์เช่นเดียวกันแล้ว ถือได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทใช้ความระมัดระวังในการให้บริการประนอมข้อพิพาทแก่คู่กรณีพิพาทตามสมควรแล้ว (สุษม ศุภนิตย์ , 2537:17- 18)

มาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้ในการเปรียบเทียบว่าผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ โจทก์จะต้องสร้างระดับความระมัดระวังที่สมมุติขึ้น เพื่อใช้เป็นมาตรฐานเปรียบเทียบกับบุคคลตามพฤติการณ์และตามฐานะ ความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคล ไม่แน่นอนคงที่เหมือนความรับผิดทางสัญญา เพราะความประมาท

เลินเล่อในทางสัญญานั้น พิจารณาจากความระมัดระวังของลูกหนี้โดยเทียบกับคนปกติธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนซึ่งควรมีความระมัดระวังตามสภาพของข้อผูกพันตามสัญญานั้นๆ เป็นกรณีไป หาได้เทียบกับบุคคลตามภาวะวิสัยหรือพฤติการณ์อย่างละเมิดไม่ (สุษม ศุภนิตย์ ,2537: 20)

ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประนอมข้อพิพาทของไทยอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายละเมิดตาม มาตรา 420 การที่โจทก์จะพิสูจน์ต่อศาลเพื่อให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีความรับผิดทางละเมิดเนื่องจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84ซึ่งวางหลักเกณฑ์ในเรื่องนำสืบให้ตกแก่ฝ่ายที่กล่าวอ้าง เป็นภาระพิสูจน์ที่ทำได้ยากในการเปรียบเทียบให้ศาลเห็นระดับความระมัดระวังของผู้ทำละเมิดกับวิญญูชนที่ประนอมข้อพิพาทในสถานการณ์เดียวกัน เนื่องจากในประเทศไทยระบบประนอมข้อพิพาทยังไม่มีการพัฒนาในลักษณะเป็นวิชาชีพอย่างชัดเจนและเป็นแนวทางเดียวกันเหมือนผู้ประนอมข้อพิพาทในต่างประเทศ โดยเฉพาะขาดการฝึกอบรมจนสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ดังนั้นจึงทำให้ไม่มีแนวทางในการปฏิบัติวิชาชีพประนอมข้อพิพาท และไม่มีมาตรฐานวิชาชีพซึ่งบัญญัติโดยองค์กรควบคุมวิชาชีพ สิ่งเหล่านี้ถือเป็นสิ่งสำคัญในการแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งศาลในประเทศคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่จะวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยอ้างอิงถึงมาตรฐานที่องค์กรควบคุมผู้ประนอมข้อพิพาทบัญญัติขึ้น หากผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำการหรือละเว้นกระทำการซึ่งไม่เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่การประกอบวิชาชีพ ทั้งๆ ที่กฎเกณฑ์ข้อบังคับที่บัญญัติโดยองค์กรควบคุมวิชาชีพนี้มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมมรรยาท ความประพฤติและจรรยาบรรณสำหรับผู้ประนอมข้อพิพาท และหากผู้ประนอมข้อพิพาทฝ่าฝืนก็จะได้รับการลงโทษทางวินัยตามกฎเกณฑ์ขององค์กรควบคุมวิชาชีพนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าการกำหนดมาตรฐานดังกล่าวทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจพิจารณาการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทประมาทเลินเล่อหรือไม่ได้ง่ายขึ้น

ตามมาตรา 420 ความรับผิดทางละเมิดต้องการกระทำโดยผิดกฎหมาย หลักเกณฑ์พิจารณาว่าการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้นประการหนึ่งคือ ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิด เช่น การกระทำใดที่เป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีข้อโต้แย้ง แต่มีข้อพิจารณาว่าถ้าเป็นเรื่องการเปิดเผยความลับของผู้ประนอมข้อพิพาทและเรื่องการรับสินบนของผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งไม่มีกฎหมายรองรับว่าเป็นความผิด การกระทำดังกล่าวจะเข้าเข้าบทบัญญัติของมาตรา 420 หรือไม่ ในส่วนนี้ผู้ศึกษามี

ความเห็นว่าความรับผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดเป็นการกระทำผิดกฎหมายดังเช่นกฎหมายอาญา การที่มาตรา 420 ใช้คำว่าโดยผิดกฎหมายนั้นทำให้เข้าใจว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ย่อมไม่เป็นละเมิด ซึ่งคำว่า โดยผิดกฎหมาย (Unlawfully) ตามมาตรา 420 มีต้นร่างมาจากมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า มิชอบด้วยกฎหมาย ที่ใช้ในมาตรา 421 ซึ่งบัญญัติว่า "การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย" คำว่าโดยผิดกฎหมาย จึงน่าจะเป็นการกระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิหรือกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้กระทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็เป็นละเมิด ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใด เป็นเรื่องที่จะต้องนำสืบและไม่ใช่ประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบอันเป็นละเมิด (สุษม ศุภนิตย์ , 2537 : 22)

นอกจากนี้การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายนี้ผู้กระทำต้องไม่มีอำนาจกระทำ ถ้ามีอำนาจกระทำได้ก็ไม่เป็นการกระทำผิดกฎหมาย และไม่เป็นละเมิด อำนาจที่จะกระทำได้อาจเกิดโดยมีกฎหมายให้อำนาจโดยตรง มีอำนาจตามสัญญา อาศัยอำนาจตามคำพิพากษา มีหลักกฎหมายอยู่ว่า "ความยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้เป็นละเมิด" มีความหมายว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่งหรือบุคคลที่เข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้ (ไพจิตร ปุญญพันธุ์, 2538 : 21)

4.2.3 ความรับผิดทางอาญาของผู้ประนอมข้อพิพาท

จากหลักที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า "ไม่มีความผิดและไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติ" (nullum crimen, nulla poena , sine lege) ซึ่งหมายความว่า การกำหนดความผิดทางอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด และโทษที่พึงจะมีสำหรับการกระทำผิดกฎหมายนั้น จะต้องตีความโดยเคร่งครัด หลักนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้ "บุคคลจักต้องรับผิดทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย" จะเห็นได้ว่าการจะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด และจะต้องมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด การตีความในกฎหมายนั้นจึงต้องพิจารณาตามตัว

อักษร การขยายความกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นความผิดย่อมทำไม่ได้ (แสวง บุญเฉลิมวิภาส,2539:15)

สำหรับแนวทางความรับผิดทางอาญาของผู้ประนอมข้อพิพาท ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ในส่วนความผิดฐานเปิดเผยความลับตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 323 และการรับสินบนของผู้ประนอมข้อพิพาท ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 150,201,202

1. ความรับผิดอาญาฐานเปิดเผยความลับ

สำหรับเรื่องการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท มีบทบัญญัติที่ใช้ในการวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความรับผิดในทางอาญาของผู้ประนอมข้อพิพาท ในกรณีเปิดเผยความลับของกระบวนการประนอมข้อพิพาท ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หมวดที่ 1 เรื่องความผิดฐานเปิดเผยความลับ ในมาตรา323

มาตรา 323 "ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้นแล้วเปิดเผยความลับในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...."

มาตรานี้ได้แบ่งบุคคลผู้ที่รู้ และเปิดเผยความลับออกชัดแจ้งเป็นจำพวกไป ผู้กระทำไม่ใช่คนทั่วไป แต่เป็นผู้ที่กฎหมายระบุไว้ คือ แพทย์ เภสัชกร ผู้พยาบาล นักบวช ทนายความ ผู้มีอาชีพในทางกฎหมาย เช่น ให้คำปรึกษาแนะนำ แม้ในขณะเปิดเผยความลับ มิได้เป็นผู้ประกอบอาชีพ แต่รู้ความลับมาโดยเหตุที่ได้ประกอบอาชีพนั้น ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามมาตรานี้

การล่วงรู้หรือได้มา หมายความถึง รู้ถึงความลับที่มีอยู่แล้ว มิใช่คิดค้นพบเองซึ่งสิ่งที่คนอื่นพบและปกปิดไว้ ความผิดตามมาตรานี้จึงเป็นความผิดเฉพาะตัวบุคคลที่ระบุไว้นี้ การรู้ความลับต้องรู้มาโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ หรือโดยเหตุที่ประกอบอาชีพดังกล่าว อาชีพคือ

การกระทำเป็นกิจธุระในการดำรงชีพ ไม่จำกัดว่าเพื่อประโยชน์ตอบแทน ต่างกับการค้าซึ่งกระทำเพื่อหากำไร (จิตติ ติงศภัทิย์, 2539: 2364)

ความลับของผู้อื่น หมายความถึงข้อเท็จจริงหรือวิธีการไม่ประจักษ์ของบุคคลทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ ซึ่งแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเจ้าของต้องการปกปิดหรือไม่ การปกปิดอาจกระทำเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด ถ้ารู้กันโดยทั่วไปโดยเปิดเผยแล้วก็ไม่เป็นความลับ (จิตติ ติงศภัทิย์, 2539: 2363)

จากการศึกษามาตรานี้พบว่าเป็นเรื่องของการเปิดเผยความลับที่ได้มาในหน้าที่ หรือจากอาชีพ ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้คือ การเปิดเผยความลับของผู้อื่น ที่ผู้กระทำได้ล่วงรู้ หรือได้มาโดยเหตุที่ตนเป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ มีข้อสังเกตว่า ผู้กระทำผิดตามมาตรานี้กฎหมายจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีหน้าที่หรืออาชีพหรือวิชาชีพที่กฎหมายระบุเท่านั้น ไม่รวมไปถึงผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นวิชาชีพที่จะต้องอาศัยทักษะความชำนาญด้วย และเป็นการกำหนดประเภทความลับเอาไว้กว้างให้รวมถึงความลับในทางการค้าด้วย

เมื่อพิเคราะห์ตามบทบัญญัติมาตรา 323 จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 323 ได้กำหนดตัวบุคคลผู้กระทำผิดเป็นการเฉพาะ ไม่ได้บัญญัติให้ผู้ประนอมข้อพิพาทรวมอยู่ในบุคคลที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรมีการบัญญัติเพิ่มเติมให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีความรับผิดฐานเปิดเผยความลับตามมาตรา 323 เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติความรับผิดในกรณีเปิดเผยความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท มีเพียงการรับรองตามข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมเท่านั้นเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติของผู้ประนอมข้อพิพาท

ปัญหาอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นสำหรับการเอาโทษในทางอาญาหากมีการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทในการเปิดเผยความลับในการประนอมข้อพิพาท คือ ในกรณีผู้ประนอมข้อพิพาทกับคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทตกลงยินยอมให้ผู้ประนอมข้อพิพาทเปิดเผยความลับดังกล่าวได้ ผู้ประนอมข้อพิพาทจะกระทำการดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำนั้น มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง

ฝ่ายแรกมีความเห็นว่า การให้ความยินยอมในทางอาญาไม่สามารถกระทำได้ เพราะบทบัญญัติหรือการกำหนดกฎเกณฑ์ในทางอาญาอิงอยู่กับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และไม่มีบทบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดแจ้งให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อย่างไรก็ตามการยินยอมในทางอาญา ถ้าผู้กระทำเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีสิทธิกระทำได้และความผิดดังกล่าวเป็นความผิดโดยส่วนตัวแล้ว ศาลพิเคราะห์ว่าการกระทำดังกล่าวของผู้กระทำผิด ขาดองค์ประกอบภายในเรื่องเจตนาในการกระทำความผิด จึงไม่มีความผิดไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติกฎหมายนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 2609/2522)

ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า ความยินยอมในทางอาญาเป็นเหตุให้ผู้กระทำผิดมีอำนาจกระทำได้ โดยมีเงื่อนไขว่าสำหรับความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเอกชนอันจะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุลบล้างความผิดได้นั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (กมลชัย รัตนสกาววงศ์ , 2523 : 151) อย่างไรก็ตามแม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยตรงให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยก็ยอมรับว่าความผิดบางอย่างผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมได้

ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดบางฐานเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำ เป็นหลักที่ยอมรับในทางปฏิบัติของศาล สำหรับผู้ศึกษาเห็นด้วยกับแนวความคิดฝ่ายที่สอง ในกรณีที่ความยินยอมของคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เป็นเหตุให้ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเปิดเผยความลับไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย หากเข้าลักษณะเป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์ และไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน และความยินยอมนั้นต้องมีอยู่ก่อนกระทำ และขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด นอกจากนี้ผู้ศึกษามีความเห็นว่าในทางปฏิบัติควรมีหลักฐานในการให้ความยินยอมไว้เพื่อเป็นหลักฐานใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานให้พ้นความรับผิดด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรมีการจัดทำข้อบังคับว่าด้วยจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาท ในเรื่องหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ประนอมข้อพิพาท อย่างชัดเจน แม้จะไม่มีผลผูกพันให้มีความรับผิดทางสัญญาโดยตรง แต่อย่างน้อยสามารถบังคับภายในระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาท ที่ขึ้นทะเบียนไว้กับสถาบัน เนื่องจากสถาบันย่อมมีอำนาจออกข้อบังคับใดๆ เพื่อให้ผู้ประนอมข้อ

พิพาทที่อยู่ภายใต้ความควบคุมดูแลของสถาบันสามารถยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติไปในทิศทางเดียวกัน

สำหรับการดำเนินการประนอมข้อพิพาท เพื่อให้การรักษาความลับเป็นรูปธรรม ชัดเจน ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาท ควรมีอำนาจดำเนินการเจรจาสนทนาระหว่างคู่กรณีเป็นการส่วนตัวเพื่อจำกัดการรับรู้ของคู่กรณีอีกฝ่ายได้ตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการประนอมข้อพิพาท เพราะเมื่อจำกัดการรับรู้ของผู้มีส่วนได้เสียแล้วทำให้โอกาสในการเปิดเผยความลับหรือการนำไปใช้ลดน้อยลง นอกจากนั้นบรรดาเอกสารหรือข้อมูลต่างๆที่เป็นความลับ ควรมีการระบุอย่างชัดเจน เช่น มีการประทับตรารับเอกสารด้วยว่า "ลับ" (Confidential) ไว้ที่เอกสารหรือข้อมูลที่มอบให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาท มีการจัดเก็บไว้เป็นพิเศษ ซึ่งแตกต่างจากเอกสารทั่วไป ตลอดจนเมื่อการประนอมข้อพิพาทสิ้นสุดลง เอกสารข้อมูลทั้งหมดจะต้องส่งคืนให้แก่คู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นเจ้าของความลับเมื่อดำเนินการเสร็จเรียบร้อยแล้ว

2. **ความรับผิดทางอาญาฐานรับสินบน**

จากแนวคิดในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทำให้มีการพิจารณาและกำหนดความรับผิดทางอาญาในการรับสินบนของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ หากอนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบยอมรับสินบนจากคู่กรณีเพื่อชี้ขาดคดีให้เป็นคุณเป็นโทษแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ความน่าเชื่อถือกับระบบอนุญาโตตุลาการ และถือว่าอนุญาโตตุลาการได้ฝ่าฝืนหน้าที่ที่ตนเองมีอยู่ต่อกระบวนการยุติธรรมอย่างร้ายแรง (เกรียงศักดิ์ อุรุพงศ์ไพศาล,2543:193) สำหรับกระบวนการประนอมข้อพิพาทก็อาศัยแนวคิดนี้เช่นเดียวกัน เนื่องจากให้ความสำคัญในเรื่องหลักความเสมอภาคในการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทโดยไม่ลำเอียง มีความเป็นอิสระ ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทจึงควรเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและอาจได้รับโทษเช่นเดียวกับผู้ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนยุติธรรมอื่นๆ สำหรับการประพฤติมิชอบยอมรับสินบน ซึ่งถือว่าเป็นความผิดอาญาร้ายแรงและเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se)

จากการศึกษาตามกฎหมายไทยไม่พบบทบัญญัติซึ่งกำหนดความรับผิดฐานรับสินบนของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ และตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทอยู่ในคำนิยามความหมายของเจ้าพนักงาน ซึ่งมีความผิดฐานรับสินบนตามมาตรา 150 , 201 และ 202

ประเด็นปัญหาแรกที่ต้องนำมาพิเคราะห์อันดับแรกคือเจ้าพนักงานหมายความว่าอย่างไร ผู้ประนอมข้อพิพาทอยู่ในความหมายของคำว่าเจ้าพนักงานหรือไม่ เพราะบุคคลที่เป็นเจ้าพนักงานนั้น มีฐานะนอกเหนือไปจากบุคคลธรรมดาบางประการ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ ซึ่งมีผลในทางคุ้มครองและผลในทางควบคุมผู้เป็นเจ้าพนักงานนั้นต่อเมื่อเกี่ยวเนื่องอยู่ในหน้าที่การงานของผู้นั้น ฉะนั้นการตีความคำว่าเจ้าพนักงาน อาจจะได้รับทั้งคุณและโทษจากบทบัญญัติของกฎหมาย จึงต้องคำนึงถึงอำนาจและหน้าที่ของบุคคลนั้นด้วย จะตีความในทางขยายความมิได้ เพราะอาจจะเป็นโทษแก่บุคคลที่อยู่ในฐานะเช่นนั้นและแก่บุคคลอื่นทั่วไปในขณะเดียวกัน ฉะนั้นจึงไม่ควรตีความคำว่า เจ้าพนักงานให้กว้างเกินขอบเขต และต้องพิจารณาโดยจำกัด (คำพิพากษาฎีกาที่ 253/2503, 277/2503)

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 150 บัญญัติไว้ดังนี้ "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับหรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา หมายความถึง ผู้ที่มีตำแหน่งหน้าที่ทางฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นข้าราชการการเมือง เช่น รัฐมนตรี หรือข้าราชการประจำ รวมตลอดทั้งฝ่ายตุลาการ และรัฐสภาด้วย แต่ไม่หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ เช่น สมาชิกรัฐสภา เว้นแต่ที่ระบุเฉพาะเป็นกรณีไป มีข้อสังเกตในเบื้องต้นว่า คำว่าเจ้าพนักงานหมายถึงตัวเจ้าพนักงานเองโดยเฉพาะ ไม่รวมถึงผู้ที่ไม่ใช่เจ้าพนักงานแต่เข้าช่วย หรือต้องช่วยเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่ ผู้ที่เข้าช่วยเจ้าพนักงานโดยที่ตนเองไม่ใช่เจ้าพนักงานอาจเกิดจากการถูกบังคับ เช่น ผู้ซึ่งต้องช่วยเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 138 ของประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น (จิตติ ติงศภัทิย์ , 2543: 66-68)

ในการให้คำนิยามคำว่าเจ้าพนักงาน ในกฎหมายต่างประเทศมีความคิดเห็นแตกต่างกันในแต่ละประเทศ บางประเทศถือเอาการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นกิจการของรัฐเป็นเกณฑ์ ไม่คำนึงว่ามีการแต่งตั้งตามกฎหมายหรือไม่ เช่น อเมริกา และเยอรมัน (จิตติ ติงศภัทิย์ , 2543: 71) บางประเทศต้องมีการแต่งตั้งรวมถึงเลือกตั้งด้วย บางประเทศเจ้าพนักงานให้รวมถึงลูกจ้าง กฎหมายไทยแต่ก่อนเคยถือการปฏิบัติกิจการอันเป็นข้าราชการของรัฐ เช่น ราษฎรจับผู้ร้ายโดย

กำนันผู้ใหญ่บ้านร้องขอ กฎหมายถือว่าเป็นเจ้าพนักงานแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติคุ้มครองถึงผู้ที่ช่วยเจ้าพนักงาน โดยศาลลงโทษจำเลยฐานฆ่าเจ้าพนักงานโดยอ้างเหตุผลว่า เพราะได้กระทำการในหน้าที่เจ้าพนักงานตามกฎหมาย แต่ต่อมาศาลมิได้ถือเช่นนั้น ทั้งนี้ศาลได้ตีความคำว่าเจ้าพนักงานเคร่งครัดขึ้นไม่ตีความกว้างเหมือนแต่ก่อน ในคำพิพากษาฎีกาที่ 700/2490 ได้ให้นิยามคำว่าเจ้าพนักงานตามความหมายของกฎหมายลักษณะอาญา ความหมายถึงผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยทางการของรัฐบาลไทยให้ปฏิบัติราชการ

ในเวลานี้ เจ้าพนักงานตามกฎหมายอาญาไทย หมายความถึง ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1787/2524) แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การแต่งตั้งเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานต้องเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายนั้น นอกจากกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว อาจหมายความรวมถึงกฎหมายบัญญัติไว้โดยทั่วไปก็ได้ การแต่งตั้งโดยกฎหมายระบุเฉพาะอาจเป็นกฎหมายระบุโดยตรง ให้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ปฏิบัติกิจการใดเป็นเจ้าพนักงาน เช่น เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 27 บัญญัติว่า "ผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการตามประมวลกฎหมายอาญา" และการแต่งตั้งโดยกฎหมายระบุเฉพาะโดยอ้อม กล่าวคือกฎหมายอาจระบุองค์การหรือกิจการใดให้เจ้าหน้าที่ หรือพนักงานขององค์กรหรือกิจการนั้นมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานได้ เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ 2496 มาตรา44 ให้เทศมนตรีและพนักงานเทศบาลเป็นเจ้าพนักงาน

ส่วนการแต่งตั้งตามกฎหมายทั่วไป เจ้าพนักงานตามกฎหมายทั่วไป ตามปกติเป็นการแต่งตั้งเจ้าพนักงานตามกฎหมายทั่วไป กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน อาจเป็นการบริหารราชการทั่วไป เป็นต้น (จิตติ ติงศภัทิย์ , 2543: 73)

2. การแต่งตั้งนั้นเป็นการแต่งตั้งให้ปฏิบัติกิจการอันเป็นหน้าที่ราชการ ซึ่งผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติจะมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานได้นั้น ย่อมมีกฎหมายกำหนดขึ้น ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดก็ไม่ก่อให้เกิดอำนาจและหน้าที่แก่บุคคลนั้นและผู้อื่น แต่ก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดหน้าที่ราชการโดยระบุเฉพาะเจาะจงเป็นกรณีๆไป อาจกำหนดโดยกฎหมายทั่วไปก็ได้ หรืออาจกำหนดโดยกฎหมายเฉพาะเป็นกรณีไปก็ได้เช่นเดียวกัน (จิตติ ติงศภัทิย์ , 2543: 74)

เมื่อพิจารณาตามความหมายของคำว่าเจ้าพนักงานข้างต้นแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ใช่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ

ประการแรก ไม่มีกฎหมายใดกำหนดว่าให้ผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายแต่อย่างใด

ประการที่สอง หน้าที่ในการช่วยเหลือคู่กรณีพิพาทให้ระงับข้อพิพาทร่วมกันเป็นเรื่องทางสัญญาไม่ใช่การปฏิบัติกิจการอันเป็นหน้าที่ราชการ

ประการที่สาม สำหรับค่าตอบแทนผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับค่าตอบแทนจากคู่กรณีพิพาทที่เข้ามาใช้บริการของการประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาท ในขณะที่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาจะได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 บัญญัติไว้ดังนี้ "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต"

มาตรา 202 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดซึ่งตนได้เรียกรับหรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนดำรงตำแหน่งนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต"

เหตุที่นำความผิดสองฐานตามมาตรานี้มาวิเคราะห์เนื่องจากแนวคิดในเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคม และแนวคิดการเปรียบเทียบบทบาทหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับอนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (Quasi-judicial Funtions) แม้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่ตามสัญญาหรือโดยการแต่งตั้งของศาล รัฐก็ยังคงต้องดูแลและอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะเมื่อรัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการระงับข้อพิพาท รัฐก็ควรมีหน้าที่ควบคุมมิให้มีกระบวนการที่มีการอิงผลประโยชน์ในลักษณะของการทุจริตรับสินบน เช่นเดียวกับผู้ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนยุติธรรมอื่นๆในเรื่องการ

ประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรง ในบางประเทศมีกฎหมายบัญญัติไว้สำหรับการกระทำความผิดทุจริตในหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทรับสินบน เช่น ประเทศอิตาลี ตามประมวลกฎหมายอาญาผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรับผิดตามมาตรา 318 มาตรา 320 และมาตรา 358 ประเทศอาร์เจนตินาในมาตรา 269 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น ซึ่งรายละเอียดของมาตราและเนื้อหาของความผิดผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วจึงไม่ขอกล่าวซ้ำอีก

ในกฎหมายอาญาไทยมีปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 และ 202 จะครอบคลุมไปถึงความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในการรับสินบนหรือไม่ ดังนั้นประเด็นที่นำมาวิเคราะห์ต่อไป คือผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นเจ้าพนักงานตุลาการหรือไม่ ซึ่งผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างตุลาการ และผู้ประนอมข้อพิพาท ปรากฏผลดังนี้

ตุลาการ	ผู้ประนอมข้อพิพาท
1. ตุลาการอยู่ในภาครัฐ และการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการกระทำในนามของรัฐ ตุลาการปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามกฎหมาย	1. การประนอมข้อพิพาท เป็นการระงับข้อพิพาทอยู่ในภาครัฐ และเอกชน และผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ภายในกรอบของสัญญา หรือข้อบังคับการประนอมข้อพิพาทของสถาบัน
2. ตุลาการเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ	2. ผู้ประนอมข้อพิพาท อาจจะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ข้าราชการ หรือประกอบอาชีพอื่นเป็นงานประจำอยู่แล้ว แต่เมื่อมาทำหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทถือว่าไม่ได้มาทำหน้าที่ในฐานะข้าราชการหรือเจ้าพนักงานของรัฐ
3. ตุลาการตัดสินคดีไปตามที่ได้รับมอบหมายจากผู้พิพากษาหัวหน้าศาล อธิบดีศาล หรือจากประธานศาลฎีกา โจทก์ หรือจำเลย ไม่สามารถเลือกตุลาการสำหรับตัดสินคดีของตนเองได้ และตุลาการไม่มีความสัมพันธ์กับคู่ความเลย	3. ผู้ประนอมข้อพิพาท มักจะเป็นผู้ที่คู่กรณีเลือกขึ้นมา เพื่อให้ช่วยในการจัดการให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงกันได้แต่ไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาท
4. ข้อพิพาทที่ตุลาการตัดสินได้นั้นเป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ อาญา หรือตามที่กฎหมายกำหนด	4. ข้อพิพาทที่สามารถประนอมข้อพิพาทได้ เป็นเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิพาททางอาญาในความผิดอันยอมความได้

5. การพิจารณาพิพากษาคดีจากข้อเท็จจริงเป็นสำคัญในการกำหนดความผิด หรือความรับผิดโดยอาศัยหลักเกณฑ์กฎหมายทั่วไป คำตัดสินของศาลส่งผลให้เกิดฝ่ายที่ชนะและที่แพ้คดี	5. การประนอมข้อพิพาท มุ่งพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ผลจากการประนอมข้อพิพาท เป็นการแก้ปัญหาตามที่คู่กรณีต้องการร่วมกัน ทำให้เกิดความพอใจแก่ทุกฝ่าย
6. ตุลาการรับเงินเดือนจากรัฐ	6.ผู้ประนอมข้อพิพาท คู่ความเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทน ซึ่งมีผลต่อการวางตัว และการใช้ความระมัดระวังของผู้ประนอมข้อพิพาท
7. คำพิพากษาของตุลาการสามารถอุทธรณ์ได้ตามลำดับขั้น โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อตรวจสอบคำพิพากษาของศาลชั้นต้น	7. สัญญาระงับข้อพิพาทที่เป็นผลจากการประนอมข้อพิพาทผูกพันคู่กรณีให้ปฏิบัติตามหลักสัญญา หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตาม คู่กรณีฝ่ายที่ชนะสามารถขอให้ศาลบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทได้ ส่วนคู่กรณีฝ่ายที่แพ้สามารถอ้างได้ว่าสัญญาประนอมข้อพิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการพิสูจน์ต่อศาลตามเงื่อนไขของกฎหมาย
8. การพิจารณาของตุลาการ ยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นหลักของการดำเนินกระบวนพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจราณาความ และกฎหมายลักษณะพยานโดยเคร่งครัด การพิจารณาของศาลเน้นความบริสุทธิยุติธรรม และกระบวนพิจารณาทำโดยเปิดเผย	8. การประนอมข้อพิพาทเน้นเรื่องความรวดเร็ว ความเป็นกันเองแต่ยึดถือความเป็นธรรม ในการดำเนินกระบวนการเน้นเรื่องการรักษาความลับ ไม่เคร่งครัดต่อกฎระเบียบหรือกฎหมายมากนัก

เมื่อวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างตุลาการและการประนอมข้อพิพาทตามตารางแล้ว จะเห็นได้ว่าตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาทมีความแตกต่างกัน ผลคือผู้ประนอมข้อพิพาทไม่อยู่ในความหมายของเจ้าพนักงานตุลาการ และความผิดในสองมาตราดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งกระทำผิดรับสินบนตามมาตรา 201 และ 202

ประเด็นต่อมาคือเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้รับโทษไว้ ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ทุจริตสมควรได้รับโทษทางอาญาหรือไม่ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรพิจารณาเบื้องต้นว่าลักษณะการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่น่าตำหนิหรือไม่ เป็นการกระทำที่ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมหรือไม่ ทั้ง

นี้ตามทฤษฎีทางอาชญาวิทยาการกำหนดการกระทำใดเป็นความผิดอาญามีหลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งพัฒนามาจากศีลธรรม ศาสนา จารีตประเพณีและ สังคม ในข้อที่ว่า "การกระทำที่น่าตำหนิ" (Criminal Culpability) และ "การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสงบและมั่นคงของสังคม" และยังต้องพิจารณาสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย กล่าวคือผู้กระทำจะรับผิดต่อเมื่อกระทำโดยมีเจตนาชั่วร้ายที่จะก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นมา การลงโทษทางอาญาเป็นการกำกับสำหรับการกระทำเช่นนั้น

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 และ 202 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน ต้องรับโทษทางอาญา แต่ผู้ประนอมข้อพิพาททุจริตแสวงหาประโยชน์ใดๆ จากหน้าที่ หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ไม่มีบทบัญญัติเอาผิดกับผู้ประนอมข้อพิพาท ผู้ศึกษาเห็นว่าควรกำหนดความรับผิดทางอาญา โดยมีเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก เจ้าพนักงานตุลาการ และ ผู้ประนอมข้อพิพาท ต่างต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาท และเพื่อความยุติธรรมแก่สังคม โดยต้องไม่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนมากกว่าประโยชน์ส่วนร่วมของสาธารณะ ดังนั้นกรณีที่ทำให้งานบริการด้านความยุติธรรมแก่ประชาชนต้องเสียไป รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาดูแล เพราะเป็นหน้าที่ของรัฐประการหนึ่ง ถึงแม้ว่ามีการกล่าวอ้างว่าผู้ประนอมข้อพิพาท จะเกิดจากพื้นฐานของสัญญาก็ไม่ถูกทีเดียวนัก เพราะหากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทโดยใช้วิธีประนอมข้อพิพาท มีผลทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (Public Function) หรืออาจกล่าวได้ว่าการประนอมข้อพิพาทเป็นเรื่องที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการระงับข้อพิพาท ทางหนึ่ง กรณีการทุจริตรับสินบนเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายในลักษณะของการกระทำนั้นเอง (mala in se) ถือเป็นกรณีร้ายแรงที่จะทำให้ระบบประนอมข้อพิพาทไม่ได้รับความเชื่อถือ (เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์ไพศาล,2543 :173)

เหตุผลประการที่สอง เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทไม่มีกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาความที่เป็นมาตรฐานสากลเหมือนกับศาล แต่กระบวนการประนอมข้อพิพาทมีลักษณะการใช้กฎเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นในทางปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลโดยหลักแล้วจะแตกต่างไปจากกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่กฎหมายจะเปิดช่องให้คู่ความตกลงยินยอมกัน คำพิพากษาของศาลใช้ยันต่อบุคคลภายนอกได้ มีผลให้ผู้แพ้คดีต้องปฏิบัติตามและมีผลบังคับทันที ซึ่งแตกต่างจากการประนอมข้อพิพาทที่โดยหลักมุ่งเน้นในเรื่องสัญญาและความยินยอม ดังนั้นความเป็นกลางของผู้ประนอมข้อพิพาทในการควบคุม

กระบวนการประนอมข้อพิพาทเพื่อคู่กรณีพิพาทจะตกลงทำสัญญาประนอมข้อพิพาทร่วมกันได้จึงมีความสำคัญ ดังนั้นหากผู้ประนอมข้อพิพาทมีเจตนาทุจริตหรือบกพร่องในหน้าที่โดยจงใจ เช่น รับสินบน จึงควรถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตามผู้ศึกษาเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งการป้องกันและลดปัญหาการฟ้องให้รับผิดฐานรับสินบน ควรบัญญัติความรับผิดผู้ให้สินบนแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทด้วย ผู้ศึกษาเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษโดยข่มขู่ (Deterrence) เท่านั้น ในลักษณะเป็นบทบัญญัติที่ป้องกันมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น ไม่ใช่ในลักษณะของการลงโทษให้หลาบจำ

4.3.3 ความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทย

ปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติในลักษณะที่ให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทมิให้ถูกฟ้องร้องนอกจากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นการประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรงหรือทุจริต เพื่อคุ้มครองผู้ประนอมข้อพิพาทจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน อาจกล่าวได้ว่าหลักความคุ้มกันซึ่งเป็นหลักยกเว้นความประมาทเลินเล่อของผู้ประนอมข้อพิพาท เป็นสิ่งหนึ่งที่จะช่วยให้ผู้รับหน้าที่ประนอมข้อพิพาทใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยปราศจากความกลัว และให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย หลักดังกล่าวนำมาจากแนวคิดความคุ้มกันของผู้พิพากษาและผู้ที่ทำหน้าที่คล้ายผู้พิพากษาในต่างประเทศซึ่งกล่าวไว้ในบทที่ 3

ผู้ศึกษาเห็นว่าในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของผู้ประนอมข้อพิพาทหากผู้ประนอมข้อพิพาทได้กระทำหน้าที่ของตนโดยสุจริต และเป็นการกระทำที่ถือว่ากระทำหน้าที่ลักษณะกึ่งตุลาการ (Quaisi-judicial Act) ถึงแม้จะให้คำแนะนำหรือข้อเสนอในการระงับข้อพิพาทที่ผิดพลาด ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ต้องรับผิดจากการกระทำดังกล่าว

เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ แต่ในทางปฏิบัติมีปัญหาว่า หากผู้ประนอมข้อพิพาทจะกำหนดข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในสัญญามาใช้ระหว่างคู่กรณีพิพาทและผู้ประนอมข้อพิพาท เพื่อคุ้มกันการปฏิบัติหน้าที่ที่บกพร่อง โดยความประมาทเลินเล่อธรรมดา จะสามารถยกเว้นความรับผิดดังกล่าวไว้ในสัญญาได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติเรื่องข้อตกลงยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 373 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ "ความตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้า เป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้รับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือเพื่อประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ" ถ้าวิเคราะห์ในเบื้องต้นก็น่าจะใช้บังคับได้ แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ 2540 ในมาตรา 4 บัญญัติว่า "ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

(1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากผิดสัญญา

(2) ....."

เมื่อพิจารณานิยามของผู้ประกอบวิชาชีพตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้ประกอบวิชาชีพ หมายถึง ผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด อาจถือว่าสัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นข้อตกลงในลักษณะสัญญาประกอบวิชาชีพซึ่งให้บริการประนอมข้อพิพาทแก่คู่กรณี เข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทไม่สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดทางสัญญาได้ เพราะอาจทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทละเลยการปฏิบัติหน้าที่ของตนตามสัญญาอย่างเต็มที่ได้ ส่วนการยกเว้นความรับผิดเพราะประมาทเลินเล่อธรรมดาสามารถกระทำได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายห้ามไว้

ในกรณีที่กฎหมายไม่ให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท ทางเลือกหนึ่งของการคุ้มครองผู้ประนอมข้อพิพาทจากความรับผิด อาจนำหลักการประกันทางวิชาชีพ (Professional Liability Insurance) มาใช้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ สำหรับการกำหนดเบี้ยประกันภัยของบริษัทประกันภัย คงเป็นภาระหน้าที่ของนักคณิตศาสตร์ประกันภัย แต่ข้อเสียของการนำหลักประกันภัยของวิชาชีพมาใช้ จะทำให้ค่าธรรมเนียมการระงับข้อ

พิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาทสูงขึ้น และผู้ประนอมข้อพิพาทอาจผลักภาระค่าใช้จ่ายส่วนนี้ให้แก่คู่กรณีเป็นผู้รับภาระแทน

4.4 แนวความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทที่น่าจะใช้สำหรับประเทศไทย

จากการศึกษาและวิเคราะห์ของผู้ศึกษาการประนอมข้อพิพาทและการประนอมข้อพิพาทเป็นวิธีที่ควรนำมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาททั้งทางแพ่งและทางอาญาในคดีความผิดอันยอมความได้ในประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการประนอมข้อพิพาทเป็นวิธีการที่ไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อนเหมือนการพิจารณาในศาล ค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการพิจารณาต่ำกว่าค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ สะดวกรวดเร็ว คู่กรณีพิพาทมีความพึงพอใจของผลจากการระงับข้อพิพาท การประนอมข้อพิพาทจึงเหมาะสมกับคดีที่มีความซับซ้อนและต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษ เช่น คดีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ คดีข้อพิพาททรัพย์สินทางปัญญา

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาทจะประสบผลสำเร็จและสร้างความพอใจแก่ทุกฝ่ายอย่างแท้จริง จำเป็นที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องเปิดเผยข้อมูลอันเป็นการได้เปรียบเสียเปรียบของตนอย่างตรงไปตรงมาให้แก่ผู้ประนอม เพื่อให้เกิดแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ถูกต้อง ดังนั้นหากไม่มีมาตรการบังคับหรือกฎหมายเพื่อให้อีกผู้ประนอมรักษาความลับหรือไม่เอาไปใช้ประโยชน์โดยทำให้คู่กรณีฝ่ายที่สุจริตต้องเสียหาย ย่อมทำให้คู่กรณีไม่กล้าเปิดเผยหรือแสดงข้อมูลที่แท้จริงของตนทำให้การเจรจาเป็นไปได้ยาก เนื่องจากต่างฝ่ายต่างไม่ไว้วางใจกัน จึงควรมีมาตรการในการรักษาความลับของคู่ความ หรือของพยานหลักฐานที่มอบให้แก่กระบวนการในการระงับข้อพิพาท แต่ในขณะเดียวกันต้องยอมให้เปิดเผยถ้าจำเป็นต้องรักษาประโยชน์มหาชน ดังนั้นก่อนการประนอมข้อพิพาทคู่กรณีควรตกลงกำหนดไว้ในข้อสัญญาในประเด็นการรักษาความลับของให้ชัดเจน และควรมีกฎหมายคุ้มครองความลับในการประนอมข้อพิพาท ซึ่งผู้เปิดเผยโดยไม่สมควรโดยเฉพาะผู้ที่ได้รับความลับไปในกระบวนการระงับข้อพิพาทในเวลาก่อนหรือหลังการประนอมข้อพิพาท ควรได้รับการลงโทษ เว้นแต่ เป็นเรื่องที่มีเหตุอันสมควรดังกล่าว เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่กรณีในการดำเนินคดีภายหลังในกรณีที่ต้องมีการนำคดีสู่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการเนื่องจากการประนอมข้อพิพาทล้มเหลว

จากการศึกษาสามารถเสนอแนวทางการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ UNCITRAL ควรมีประเด็นสำคัญดังนี้

1. คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในกระบวนการประนอมข้อพิพาท รวมถึงผู้ประนอมข้อพิพาท ควรมีหน้าที่ในการรักษาความลับ และจะไม่รับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือศาลผู้ชี้ขาดคดี หรือทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย หากการประนอมข้อพิพาทไม่เป็นที่ยุติและต้องมีการนำขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือศาลภายหลัง

2. คู่กรณีพิพาทจะไม่นำข้อเท็จจริง พยานหลักฐานที่อีกฝ่ายหนึ่งได้เปิดเผยหรือปรากฏในการประนอมข้อพิพาทไปอ้างหรือต่อสู้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาลภายหลัง

3. คู่กรณีพิพาทจะไม่อ้างบุคคลที่เกี่ยวข้องและรับรู้ข้อเท็จจริงการดำเนินการประนอมข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทเอง หรือบุคคลที่เป็นตัวแทน พยาน เบิกความในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือชั้นศาล

4. ในระหว่างการประนอมข้อพิพาทยังดำเนินอยู่ คู่กรณีพิพาทจะไม่นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือศาลในมูลอันเกี่ยวกับข้อพิพาทในคดีที่มีการประนอมข้อพิพาทนี้

ในประเด็นแรก ผู้ประนอมข้อพิพาทควรมีหน้าที่ในการรักษาความลับ เนื่องจากการประนอมข้อพิพาทการรักษาความลับถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการ ระบบการประนอมข้อพิพาทจะมีประสิทธิภาพได้ขึ้นอยู่กับทัศนะของคู่กรณีที่มีต่อผู้ประนอมข้อพิพาทว่าจะรักษาความลับความลับในเรื่องที่คู่กรณีได้เปิดเผยให้ผู้ประนอมข้อพิพาททราบในกระบวนการประนอมข้อพิพาท

กฎหมายอาญาของไทยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดฐานเปิดเผยความลับ ตามประมวลกฎหมายอาญา ในมาตรา 322-325 แต่บทบัญญัติเหล่านี้ไม่ได้บอกชัดเจนว่า ผู้ประนอมข้อพิพาทจะรวมอยู่ในบุคคลที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้หรือไม่ ส่วนแนวคิดเรื่องการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาทมีเพียงการรับรองตามข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมเท่านั้นเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติของผู้ประนอมข้อพิพาท ปัจจุบันยังไม่มีการจัดทำข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งโดยหลักข้อบังคับเหล่านี้ไม่มีสภาพบังคับโดยตัวมันเอง เพราะเป็นแค่หน้าที่

ทางศีลธรรม (Moral Function) เว้นแต่จะเป็นจริยธรรมที่มีบัญญัติไว้เป็นข้อกฎหมายเท่านั้น เพราะฉะนั้นจึงควรมีกฎหมายบัญญัติความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้ประนอมข้อพิพาทที่เปิดเผยความลับโดยเฉพาะอีกทางหนึ่ง นอกจากความรับผิดทางแพ่งซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาเรื่องรักษาความลับ ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าเพื่อเป็นการคุ้มครองความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท คู่กรณีจึงควรกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ประนอมข้อพิพาท หรือนำข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรมมาใช้บังคับ เพื่อให้มีผลผูกพันทางสัญญา หากผู้ประนอมข้อพิพาทฝ่าฝืนสัญญาจะมีความรับผิดทางแพ่งตามหลักสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 215 ทำให้มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 222 และ 223 และความรับผิดทางแพ่งตามหลักละเมิดในมาตรา 420 นอกจากนี้ควรมีการเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 323 ให้ผู้กระทำผิดตามมาตรานี้ รวมถึงผู้ประนอมข้อพิพาทด้วย และควรมีการกำหนดข้อยกเว้นความผิดในกรณีการเปิดเผยความลับเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีด้วย

ในประเด็นที่สองและสาม กำหนดแนวทางในการให้ความคุ้มครองตามกฎหมาย คือ ห้ามนำข้อเท็จจริง พยานหลักฐานที่อีกฝ่ายหนึ่งได้เปิดเผยหรือปรากฏในการประนอมข้อพิพาทไปอ้างหรือต่อสู้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาลภายหลัง และห้ามอ้างบุคคลที่เกี่ยวข้องและรับรู้ข้อเท็จจริงการดำเนินการประนอมข้อพิพาท เบิกความในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือชั้นศาล

การนำสืบข้อเท็จจริงเพื่อพิสูจน์ประเด็นข้อพิพาทในคดีนั้น ตามปกติคู่ความสามารถอ้างพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุใดมาสืบก็ได้ และบุคคลที่ถูกอ้างเป็นพยานหรือบุคคลที่ครอบครองเอกสารหรือวัตถุที่ถูกอ้างเป็นพยาน เมื่อได้รับหมายเรียกของศาลแล้วก็จะต้องมาเป็นพยาน หรือส่งเอกสารหรือวัตถุนั้นมาเป็นพยาน จะหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนมิได้ ในกรณีผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการประนอมข้อพิพาทจะต้องถูกบังคับให้มาเบิกความถึงข้อเท็จจริงที่ตนรู้เห็นบางอย่าง หรือถูกบังคับให้ส่งมอบเอกสารหรือวัตถุพยานบางอย่างที่เกิดขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาทอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประสิทธิภาพและความน่าเชื่อถือของกระบวนการประนอมข้อพิพาทโดยตรง เพราะการสืบพยานในศาลต้องทำโดยเปิดเผย มีผลเป็นการเปิดเผยความลับบางอย่างในกระบวนการประนอมข้อพิพาทได้ ดังนั้นกฎหมายจึงควรกำหนดเป็นข้อยกเว้น โดยให้

เอกสิทธิ์ [38](Privilege) แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ต้องมาเบิกความ หรือส่งพยานเอกสารซึ่งใช้หรือทำขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาท แม้ข้อเท็จจริงในพยานหลักฐานนั้นๆ จะเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีซึ่งคู่ความประสงค์จะสืบพยานก็ตาม

กฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ให้เอกสิทธิ์ในการประนอมข้อพิพาทโดยเฉพาะ ดังนั้นควรพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลที่ไม่ต้องเบิกความ หรือส่งเอกสารที่ตนครอบครองในกรณีต่อไปนี้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92 บัญญัติว่า " ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานชนิดใดๆ มาแสดง และคำเบิกความหรือพยานหลักฐานนั้นอาจเปิดเผย

(1) หนังสือราชการหรือข้อความอันเกี่ยวกับงานของแผ่นดินซึ่งโดยสภาพจะต้องรักษาเป็นความลับไว้ชั่วคราวหรือตลอดไป และคู่ความหรือบุคคลนั้นเป็นผู้รักษาไว้ หรือได้ทราบมาโดยตำแหน่งราชการ หรือในหน้าที่ราชการหรือกึ่งราชการ

(2) เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใดๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากลูกความในฐานะที่ตนเป็นทนายความ

(3) การประดิษฐ์ แบบ หรือการงานอื่นๆ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ให้เปิดเผย

คู่ความหรือบุคคลเช่นนั้นชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้นๆ มาแสดงได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องให้เปิดเผยได้ ..."

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 231 ซึ่งมีข้อความทำนองเดียวกัน ดังนี้ " เมื่อคู่ความหรือผู้ใดจะต้องให้การหรือส่งพยานหลักฐานอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) เอกสารหรือข้อความซึ่งยังคงเป็นความลับในราชการอยู่

(2) เอกสารหรือข้อความลับ ซึ่งได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา

---

[38]เอกสิทธิ์ในพยานหลักฐาน หมายถึง สิทธิพิเศษของคู่ความหรือบุคคลใดซึ่งจะต้องเบิกความหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล ที่จะปฏิเสธไม่ยอมเบิกความหรือนำพยานหลักฐานนั้นๆมาแสดง (พรเพชร วิชิตชลชัย ,2542:184)

(3) วิธี แบบแผนหรืองานอย่างอื่นซึ่งกฎหมายคุ้มครองไม่ยอมเปิดเผย คู่ความหรือบุคคลนั้นมีอำนาจไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐานเว้นแต่ได้รับอนุญาติจากเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความลับนั้น ...."

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังกล่าวแล้วจะเห็นว่ามีลักษณะเป็นเอกสิทธิ์ในเนื้อความแห่งพยานหลักฐาน กล่าวคือพยานหลักฐานนั้นเป็นความลับในตัวมันเอง บุคคลใดๆจะนำมาเปิดเผยไม่ได้ ใน ป.วิ.พ มาตรา 92 (2) บัญญัติเอกสิทธิ์ในลักษณะแคบกว่า ป.วิ.อ มาตรา 231 เพราะตาม ป.วิ.อ ขยายถึงความลับที่ได้มาจากการประกอบวิชาชีพหรือหน้าที่ รวมตลอดถึงเอกสารหรือข้อความลับซึ่งได้มาหรือทราบเนื่องในอาชีพหรือหน้าที่ของเขา

ตามป.วิ.พ คุ้มครองความลับที่ได้รับมอบหมายหรือบอกกล่าวจากลูกความในฐานะที่ตนเป็นทนายความเท่านั้น ไม่รวมผู้ประกอบวิชาชีพอื่น และผู้ประนอมข้อพิพาท สิ่งที่ผู้ประนอมข้อพิพาทรับทราบจากคู่กรณีพิพาทในการปฏิบัติหน้าที่ของตนจะต้องถูกรักษาเป็นความลับ ไม่ว่ามีลักษณะลับเฉพาะหรือไม่ ซึ่งต่อไปในอนาคตหากมีการจัดทำพระราชบัญญัติการประนอมข้อพิพาท และประมวลจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาทจำเป็นต้องระบุถึงหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ประนอมข้อพิพาทการเปิดเผยความลับที่ตนรับรู้จากการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างดำเนินการประนอมข้อพิพาท อาจถือว่าเป็นการประพฤติผิดจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาท เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคู่กรณีพิพาทหรือโดยอำนาจศาล ดังนั้นจึงควรบัญญัติเพิ่มเติมใน ป.วิ.พ มาตรา 92 [39]และ การกำหนดเอกสิทธิ์ในตัวบุคคล [40]ให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทหรือบุคคลที่รับทราบข้อเท็จจริงในกระบวนการประนอมข้อพิพาทมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่เบิกความเป็นพยานต่อศาล หรือที่จะไม่ส่งพยานหลักฐานต่อศาล ดังเช่น เอกสิทธิ์แก่พระภิกษุสามเณรในพุทธศาสนา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 115 เพื่อคุ้มครองความลับที่ได้มาจากการประนอมข้อ

---

[39] "เอกสารหรือข้อความที่เป็นความลับใดๆ ซึ่งตนได้รับมอบหมายหรือบอกเล่าจากคู่กรณีพิพาทในฐานะที่ตนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท"

[40] "ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท แม้มาเป็นพยาน จะไม่ยอมเบิกความหรือตอบคำถามใดๆก็ได้"

พิพาทด้วยเพื่อให้ผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีพิพาทได้เปิดเผยข้อมูลอย่างตรงไปตรงมาทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถหาทางออกแก้ไขปัญหาข้อพิพาทตามความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณีพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในประเด็นที่สี่ คือ ในระหว่างการประนอมข้อพิพาทยังดำเนินอยู่ คู่กรณีพิพาทจะไม่นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือศาลในมูลอันเกี่ยวกับข้อพิพาทในคดีที่มีการประนอมข้อพิพาทประนอมข้อพิพาทนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าเหตุผลหนึ่งที่ทำให้คู่ความตัดสินใจฟ้องคดีต่อในระหว่างมีการประนอมข้อพิพาท เพราะกระบวนการประนอมข้อพิพาทไม่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลง ส่งผลให้ถ้าไม่รีบฟ้องศาลคดีอาจขาดอายุความได้ โดยผลของบทบัญญัติเรื่องอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา 193/9 บัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องใดๆ ถ้ามิได้ใช้บังคับภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันขาดอายุความ" ดังนั้นผู้ศึกษามีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องอายุความให้ครอบคลุมถึงการประนอมข้อพิพาทด้วยเช่นเดียวกับการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา ในมาตรา 193/14(4) กล่าวคือ อายุความย่อมสะดุดหยุดลงในกรณีคู่ความได้ดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท ซึ่งจะมีผลให้คู่ความมั่นใจในการใช้ระบบประนอมข้อพิพาทมากขึ้น [41]

ในเรื่องความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทที่น่าจะเป็นสำหรับประเทศไทย จากการศึกษาพบว่ากฎหมายไทยมิได้มีบทบัญญัติเรื่องความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ ดังนั้น ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงต้องรับผิดตามสัญญาหรือข้อตกลงแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทกับคู่กรณีว่าจะต้องรับผิดมากน้อยเพียงใด โดยพิจารณาประกอบว่ามีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถตกลงกับคู่สัญญาให้มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 และข้อตกลงนั้นต้องไม่ขัดกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ 2540 เพื่อเป็น

---

[41] ร่างพระราชบัญญัติยาพ.ศ. ...ฉบับประชาชน (16 พฤษภาคม 2543) มาตรา 91 บัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากยาตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นอันขาดอายุความเมื่อพ้นสามปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการเสียหาย และผู้พึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือพ้นสามสิบปีนับแต่วันที่มีการใช้ยา ถ้ามีการเจรจาเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนที่พึงจ่ายระหว่างผู้ที่เข้าใจว่าต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทน และผู้มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน ให้อายุความสะดุดหยุดจนกว่าจะปรากฏว่าการเจรจานั้นไม่อาจตกลงกันได้"

หลักประกันระดับหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความอิสระโดยปราศจากการกระทบกระเทือนเพราะเหตุจากการอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจากฝ่ายที่ไม่พอใจในผลของการประนอมข้อพิพาทประนอมข้อพิพาท หากมีกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทถูกข่มขู่โดยคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจหรือไม่เห็นด้วยระหว่างการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท ก็อาจทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีอคติลำเอียงในการเสนอแนวทางแก้ไขข้อพิพาทแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ยังส่งผลต่อผู้ที่มีความรู้ความสามารถปฏิเสธที่จะยอมรับการแต่งตั้งเป็นผู้ประนอมข้อพิพาท เว้นแต่คู่กรณีจะยอมประกันการชดใช้ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นโดยการตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดตามสัญญา ดังนั้นหากมีการจำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้า อาจกำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทควรรับผิดเฉพาะกรณีทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีเท่านั้น ในกรณีนี้ควรพิจารณาแนวคิดความรับผิดทางอาญาของผู้ประนอมข้อพิพาทที่ทุจริตโดยการรับสินบนด้วย เพราะถือว่าเป็นเรื่องทุจริตร้ายแรงอันเป็นการทำลายระบบประนอมข้อพิพาท เมื่อไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษไว้ ก็สมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยเทียบเคียงกับโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้พิพากษาที่ประพฤติมิชอบในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 และ 202

จากการศึกษาความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในต่างประเทศ พบว่ามีพื้นฐานมาจากแนวคิดในการขยายความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการมายังผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศคอมมอนลอว์ มีหลักการว่าผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยชอบสมควรได้รับความคุ้มกัน เนื่องจากถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการ(Quasi- judicial Function) เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการ จึงสมควรได้รับความคุ้มกันอย่างจำกัด (Qualified Immunity) เป็นที่ยอมรับว่าควรให้ความคุ้มกันบางส่วนแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ปฏิบัติหน้าที่จากการแต่งตั้งของศาล โดยผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ต้องรับผิดเพราะเหตุประมาทเลินเล่อจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำแต่ยังต้องรับผิดเพื่อการฉ้อฉลที่ตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่นั้น จะมีความแตกต่างจากศาลหรืออนุญาโตตุลาการคือ ความเห็นของผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีผลผูกมัดคู่กรณี ในขณะที่คำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกมัดให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีการพัฒนาแนวคิดการบังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาทปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ในมาตรา 15 เรื่องการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาท แม้บัญญัติวิธีการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แต่มีแนวคิดที่สำคัญและถือว่าเป็นที่มาของมาตรานี้ คือ ควรกำหนดให้ผลของสัญญาประนอมข้อ

พิพาทให้มีผลผูกพันคู่กรณีเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาล แทนที่การบังคับตามหลักสัญญาทั่วไป ทำให้ความเห็นของผู้ประนอมข้อพิพาทมีความสำคัญต่อสัญญาระงับข้อพิพาทแม้ไม่มีผลผูกมัดคู่กรณีโดยตรงก็ตาม ดังนั้นจึงมีการเสนอให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งทำหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการ

เมื่อทำการศึกษาวิธีการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทในประเทศไทย พบว่ามีความแตกต่างในทางกฎหมายของการประนอมข้อพิพาทในศาลและนอกศาล ดังนี้

1. วิธีการบังคับการประนอมข้อพิพาทในศาล เป็นผลมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 138 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมกันได้ ให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนทำการพิพากษาตามยอมให้เป็นไปตามข้อตกลง และคำพิพากษาตามยอมนั้นย่อมเป็นที่สุดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 147 มีผลผูกพันคู่ความตามมาตรา 145 และต้องห้ามมิให้รื้อร้องฟ้องกันอีกตามมาตรา 148 ศาลหรือคู่ความฝ่ายใดจะอ้างว่าการประนอมข้อพิพาทไม่ชอบหาได้ไม่ เช่น อ้างว่ายอมความโดยสำคัญผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 1117/2499 และที่ 674/2519) นอกจากนี้สัญญาประนอมข้อพิพาทในศาลซึ่งศาลได้พิพากษาตามยอมไปแล้วนั้น ศาลแก้ไขไม่ได้แต่คู่ความอาจร้องขอให้ตีความแสดงเจตนาได้ ฉะนั้น ถ้าหากมีการเขียนสัญญาประนอมข้อพิพาทผิดพลาดไม่ตรงกับเจตนาอันแท้จริงของคู่ความ เมื่อไม่อาจตกลงได้ คู่ความฝ่ายที่เสียประโยชน์ก็ชอบที่จะร้องขอต่อศาลให้ตีความแสดงเจตนาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 132 และ 368 ประกอบกับ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 302 ซึ่งศาลมีอำนาจไต่สวนฟังข้อเท็จจริงประกอบการตีความแสดงเจตนาได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 525/2516) และในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายสามารถร้องขอต่อศาลในคดีเดิมให้ออกคำบังคับคดีต่อไปได้ โดยมิต้องนำสัญญาประนอมข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีใหม่เพื่อขอให้ศาลออกคำบังคับอีก

วิธีบังคับเช่นนี้ยังรวมถึงการประนอมข้อพิพาทที่กระทำโดยผู้พิพากษา โดยในข้อเท็จจริงเป็นวิธีการประนอมข้อพิพาทนอกศาล โดยหลักของการแยกคน แยกสำนวน แยกห้อง แต่เนื่องจากเป็นการประนอมข้อพิพาทเมื่อคู่ความฟ้องคดีต่อศาลแล้ว จึงยังถือว่าเป็นการประนอมข้อพิพาทในศาล และทำให้คู่ความได้รับประโยชน์ในการบังคับคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นผู้ดำเนินการประนอมข้อพิพาทจะส่งสำนวนและสัญญาประนอมข้อพิพาทไปให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนคดีเดิมเพื่อพิพากษายอมความต่อไป

2. วิธีการบังคับการประนอมข้อพิพาทนอกศาล หากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนอมข้อพิพาท คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายจะต้องฟ้องเป็นคดีใหม่โดยใช้สัญญาประนอมข้อพิพาทเป็นฐานแห่งมูลฟ้อง เพื่อให้ศาลบังคับให้ตามสัญญาประนอมข้อพิพาทเช่นเดียวกับการฟ้องคดีแพ่งทั่วไป ศาลจะต้องพิจารณาว่าสัญญาประนอมข้อพิพาทเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีและไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปคู่กรณีซึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาย่อมต่อสู้ว่า สัญญาไม่เป็นไปตามเจตนาหรือข้อตกลงไม่ครบถ้วนทุกประเด็นที่ได้เจรจาประนอมข้อพิพาทกันไว้เพื่อไม่ให้ศาลบังคับตามนั้น หรือประวิงเวลาให้ช้าออกไป เมื่อศาลเห็นว่าสัญญาประนอมข้อพิพาทถูกต้องจึงพิพากษาให้คู่กรณีชำระหนี้

จากการพิจารณาการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทจากการประนอมข้อพิพาทนอกศาลของประเทศไทยดังกล่าว อาจสรุปได้ว่าผลของการประนอมข้อพิพาทยังไม่มีผลผูกมัดคู่ความโดยตรง คู่ความคงต้องแปลงให้ข้อตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาลเพื่อสร้างความผูกมัด ผู้ศึกษาเห็นว่าหากประเทศไทยมีการพัฒนาระบบการประนอมข้อพิพาทโดยยึดถือตามกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL และปรับปรุงกฎหมายในการบังคับตามผลของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาทให้มีผลผูกพันคู่ความและเป็นที่ยุติจะช่วยสร้างประสิทธิภาพของระบบการประนอมข้อพิพาทมากยิ่งขึ้น โดยอาจกำหนดในลักษณะให้สัญญาประนอมข้อพิพาทมีผลอย่างคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาน่าจะส่งผลดีต่อระบบประนอมข้อพิพาท เพราะสามารถป้องกันการเปลี่ยนแปลงผลโดยการกระทำฝ่ายเดียวด้วยการไม่ยอมส่งเรื่องนั้นไปสู่การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือการตัดสินของศาลหรืออ้างความไม่สมบูรณ์ของสัญญา โดยพยายามต่อสู้คดีใหม่ทั้งหมด ถือว่าเป็นการฟ้องคดีโดยไม่สุจริต ทำให้ระบบการประนอมข้อพิพาทขาดความน่าเชื่อ ดังนั้นหากมีการแก้ไขปรับปรุงการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาทดังที่กล่าวมาข้างต้น จะทำให้บทบาทของผู้ประนอมข้อพิพาทมีลักษณะกึ่งตุลาการชัดเจนมากยิ่งขึ้น และพิจารณาว่าควรได้รับความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่ ในขณะเดียวกันผู้ประนอมข้อพิพาทอาจมีความรับผิดทางอาญาในฐานะเป็นเจ้าพนักงานรับสินบนด้วย

สำหรับการให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทย ในเบื้องต้นผู้ศึกษาเห็นว่าควรให้ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือศาลในกรณีการประนอมข้อพิพาทในศาล โดยปกติผู้ประนอมข้อพิพาทในศาลจะมี 2 ประเภท คือ ผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายจากอธิบดีผู้

พิพากษาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลแต่งตั้งให้เป็นผู้ประนอมข้อพิพาท และบุคคลทั่วไปที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลหรือผู้อำนวยการสำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ให้มาช่วยเหลือในการประนอมข้อพิพาทข้อพิพาท ในส่วนผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมาจากการที่ศาลหรือผู้อำนวยการสำนักระงับข้อพิพาทแต่งตั้งจากทะเบียนรายชื่อของศูนย์ประนอมข้อพิพาท นี้ไม่มีกฎหมายระบุชัดเจนรับรองสถานะของบุคคลดังกล่าวว่าเป็นเจ้าพนักงานตุลาการ ผู้ศึกษาเห็นว่าหากบุคคลดังกล่าวรับหน้าที่ประนอมข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ถ้าเขาได้กระทำหน้าที่โดยสุจริต รัฐสมควรให้ความคุ้มครองผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบเขตอำนาจหรือทำตามครรลองของการเป็นผู้ประนอมข้อพิพาท เนื่องจากผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่เสมือนเจ้าพนักงานของรัฐโดยการปฏิบัติตามข้อบังคับหรือระเบียบศาลว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท และ ตามนโยบายของรัฐที่สนับสนุนให้ใช้วิธีระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาล (ADR) ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทควรถือว่าเป็นบุคคลที่ช่วยเหลือแบ่งเบาภาระของรัฐในงานด้านกระบวนการตุลาการโดยอำนวยความยุติธรรมแก่ผู้มีข้อพิพาท หากไม่มีความคุ้มกันหรือข้อยกเว้นความรับผิดทางแพ่งแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจทำให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถปฏิเสธที่จะยอมรับการแต่งตั้งเป็นผู้ประนอมข้อพิพาท และทำให้ระบบการประนอมข้อพิพาทไม่พัฒนาเท่าที่ควร

ผู้ศึกษาเห็นว่าการกำหนดแนวทางความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศไทย ยังต้องอาศัยการพัฒนากฎหมายการประนอมข้อพิพาทที่ดำเนินการในประเทศไทยและพัฒนาสถาบันต่างๆ ที่อยู่ในการกำกับของภาครัฐและภาคเอกชนให้ได้มาตรฐานเท่าเทียมกับนานาชาติ รวมถึงการจัดทำมาตรฐานและประมวลจริยธรรมในสำหรับผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งจะทำให้สถานภาพของผู้ประนอมข้อพิพาทมีความชัดเจนยิ่งขึ้นและได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าทำหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการ ผู้ศึกษาเห็นว่ามีประเด็นเกี่ยวกับการจัดทำประมวลจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาทที่ควรได้รับความสนใจและพิจารณาต่อไปเพื่อให้กระบวนการประนอมข้อพิพาทมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น สามารถสรุปได้ 4 ประเด็น ดังนี้

1. ควรมีข้อพิจารณาห้ามบุคคลที่เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยในฐานะตัวแทนของคู่กรณีพิพาท หรือทนายความในข้อพิพาทครั้งก่อน เข้ารับหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาทเรื่องใหม่ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเดิม เนื่องจากการเป็นตัวแทนที่ต่อเนื่องจากข้อพิพาทครั้งก่อนทำให้ได้รับรู้ข้อมูลผ่านการเปิดเผยข้อเท็จจริงบางอย่างมาก่อนจากการประนอมข้อพิพาทที่ตนรับหน้าที่ในปัจจุบันจะส่งผลต่อความเป็นกลางของผู้ประนอมข้อพิพาท

2. การรักษาความลับ เป็นหลักที่สำคัญและปรากฏในประมวลจริยธรรมทุกฉบับ ซึ่งการกำหนดการรักษาความลับของผู้ประนอมข้อพิพาทควรสอดคล้องกับกฎหมายหรือกฎระเบียบของศาลเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับ

3. บทบาทของผู้ประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาท โดยทั่วไปแม้ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจบังคับให้คู่กรณีปฏิบัติตาม แต่ผู้ประนอมข้อพิพาทควรรับผิดชอบสำหรับความคาดหวังจากคู่กรณีว่าผลลัพธ์ที่ได้จากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาทมีความยุติธรรม และผู้ประนอมข้อพิพาทควรจะพิจารณาถึงผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เข้าร่วมเจรจาแต่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลงนั้นด้วย

4. ในการกำหนดค่าธรรมเนียมนี้มีผลต่อผู้ประนอมข้อพิพาทให้ใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการประนอมข้อพิพาทเนื่องจากมีค่าตอบแทน ดังนั้นการคิดค่าธรรมเนียมควรพิจารณาจากระยะเวลาของการประนอมข้อพิพาทและความยากง่ายของข้อพิพาทนั้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย