



บทที่ 3

แนวคิดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประνομข้อพิพาทในต่างประเทศ

ในปัจจุบันมีการยอมรับวิธีการประνομข้อพิพาทเป็นทางเลือกหนึ่งของการระงับข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะข้อพิพาททางแพ่งที่มีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศรวมอยู่ด้วย ทำให้มีผู้ประνομข้อพิพาทโดยวิชาชีพ (Profession) ที่ได้รับการฝึกอบรมจากสถาบันประνομข้อพิพาท และผู้ประกอบวิชาชีพอื่นที่ยอมรับทำหน้าที่เป็นผู้ประνομข้อพิพาท (Profession of Origin) มีจำนวนเพิ่มขึ้นตามลำดับ ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประνομข้อพิพาทเหล่านี้อาจมีลักษณะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับบริการประνομข้อพิพาทไม่ว่าในขณะดำเนินการ หรือ ภายหลังที่มีการบรรลุข้อตกลงร่วมกันของคู่กรณีพิพาท จึงมีปัญหว่าผู้ประνομข้อพิพาทควรมีขอบเขตความรับผิดชอบเพียงใด

3.1 แนวคิดความรับผิดชอบของผู้ประνομข้อพิพาท

ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ เป็นต้นว่า สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ได้วางแนวคิดความรับผิดชอบพื้นฐานของผู้ประνομข้อพิพาทว่าผู้ประνομข้อพิพาทควรรับผิดชอบในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพ เนื่องจากผู้ประνομข้อพิพาทมีลักษณะวิชาชีพเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพสาขาอื่นๆ

Arthur A. Chaykin (1987) ได้กำหนดพื้นฐานความรับผิดชอบของผู้ประνομข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น โดยแยกเป็นความรับผิดชอบออกเป็น 4 กลุ่มด้วยกัน ได้แก่

1. ความรับผิดชอบซึ่งผู้ประνομข้อพิพาทอาจจะต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพอื่นๆ
2. ความรับผิดชอบซึ่งเป็นผลโดยตรงจากกระบวนการประνομข้อพิพาทที่มีลักษณะและความเสียหายไม่เป็นอุปสรรคต่อการฟ้องคดี
3. ความรับผิดชอบซึ่งเป็นผลโดยตรงจากกระบวนการประνομข้อพิพาทที่มีลักษณะและความเสียหายก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการฟ้องคดี
4. ความรับผิดชอบของผู้ประνομข้อพิพาทต่อบุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากการดำเนินกระบวนการประνομข้อพิพาท

ความรับผิดของผู้ประνομข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การโฆษณาที่ผิดไปจากความจริง (False Advertising) การกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation) การผิดสัญญา (Breach of Contract) การละเมิดที่สืบเนื่องมาจากสัญญา หรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจ การฉ้อโกงหรือกลฉ้อฉล (Fraud) การละเมิดต่อความเป็นส่วนตัว (Invasion of Privacy) การทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง (Defamation) การละเมิดต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Breach of Fiduciary Duty) การประพฤติมิชอบ (Misconduct) หรือ ประมาทเลินเล่อในวิชาชีพ (Professional Negligence) เป็นต้น (Osgoode Hall law School ,1998: <http://www.mediate.ca/mediation.htm>)

ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ประνομข้อพิพาทดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานทฤษฎีความรับผิด (Theories of Liability) ดังนี้

1) การกระทำ ผู้ประνομข้อพิพาทจะเกิดความรับผิดเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการประνομข้อพิพาทโดยมิชอบซึ่งสามารถเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ ขึ้นอยู่กับการกระทำนั้นมีลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาการประνομข้อพิพาทหรือ ตามบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมทั้งพิจารณาตามมาตรฐานการปฏิบัติและจริยธรรมของผู้ประνομข้อพิพาท ในสหรัฐอเมริกาพิจารณาการกระทำของผู้ประνομข้อพิพาทนอกจากสัญญาแต่งตั้งผู้ประνομข้อพิพาทแล้ว ยังพิจารณาจาก Deceptive Trade and Practices Act หรือ DTPA และประมวลจริยธรรมของผู้ประνομข้อพิพาท (Kovach ,1994 :218-220)

2) ความเสียหาย แม้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการละเมิดต่อหน้าที่ของผู้ประνομข้อพิพาท แต่คู่สัญญายังมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นว่ามีความสัมพันธ์เนื่องจากการกระทำของผู้ประνομข้อพิพาท โดยจะคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นภายในกระบวนการประνομข้อพิพาทมากกว่าความเสียหายที่ปรากฏภายนอกกระบวนการประνομข้อพิพาท ยกตัวอย่างเช่น การพูดให้ร้ายเป็นเหตุให้คู่กรณีพิพาทเสื่อมเสีย หรือในลักษณะละเมิดที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจ เป็นประเด็นความเสียหายภายนอกกระบวนการประνομข้อพิพาท เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีผู้ประνομข้อพิพาทให้คำแนะนำที่ผิดไปจากความจริงทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายได้รับข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง ถ้าคู่กรณีที่เสียหายพิสูจน์ให้เห็นว่าเขามีความเชื่อโดยสุจริตในคำแนะนำเช่นนั้นและใช้ในการตัดสินใจ ก็สามารถเรียกผู้ประνομข้อพิพาทให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ (Kovach ,1994 :220-222)

3.1.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประนอมข้อพิพาท

ในประเทศคอมมอนลอว์มีการพัฒนาความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทจากแนวคิดความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ เริ่มตั้งแต่การที่ผู้ประนอมข้อพิพาทโดยวิชาชีพ ต้องมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีพิพาทในความเสียหายอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาที่ตกลงกันได้ ซึ่งถือเป็นหน้าที่โดยชัดแจ้งในสัญญา (Express Duties) และอาจรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากหน้าที่โดยปริยาย (Implied Duty) ในการคาดหมายว่าผู้ประนอมข้อพิพาทจะใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามสมควร หากผู้ประนอมข้อพิพาทฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติให้เป็นไปด้วยความระมัดระวัง ย่อมถือว่ามี ความผิดฐานประมาทเลินเล่อ จะเป็นการขยายหลักความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทรวมถึงความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย ในการพิจารณาหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty to Care) อันเป็นหน้าที่ที่ต้องมีต่อทุกคนที่มีความใกล้ชิดอย่างเพียงพอ (Sufficient Proximity) และเป็นหน้าที่อิสระจากสัญญา โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีพิพาทและผู้ประนอมข้อพิพาทมีความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่อย่างไร หากผู้ประนอมข้อพิพาทฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังแล้ว ย่อมถือได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทมีความรับผิดชอบทางละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ แนวคิดในปัจจุบันต่างยอมรับว่าผู้ประนอมข้อพิพาทย่อมมีความรับผิดชอบทางสัญญาและทางละเมิดร่วมกัน (Concurrent Liability) (Huffnagle, Gracine. 1989:33-34)

นอกจากหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น ในประเทศคอมมอนลอว์ยังกำหนดหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทจำต้องปฏิบัติอีกประการคือ หน้าที่ที่กำหนดขึ้นเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่ความอันเป็นหน้าที่ตามหลักอิกิวิตี้ (Equity Rule)⁵ เรียกว่า หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ

⁵ หลักอิกิวิตี้เดิมเป็นหลักกฎหมายที่แยกต่างหากจากหลักคอมมอนลอว์ แต่ปัจจุบันความแตกต่างของหลักกฎหมายสองหลักนี้มีน้อยมาก เช่น ในประเทศอังกฤษมีการรวมกันของศาลซึ่งพิจารณาคดีตามหลักอิกิวิตี้และตามกฎหมายคอมมอนลอว์เข้าด้วยกัน ทำให้ศาลเดียวกันนำหลักทั้งสองไปพิจารณา หลักอิกิวิตี้มิได้แยกจากกฎหมายคอมมอนลอว์โดยสมบูรณ์ แต่ใช้เป็นการอุดช่องว่างของระบบกฎหมายในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ เป็นหลักที่ใช้เพื่อความเป็นธรรมแก่คดีในกรณีที่กฎหมายคอมมอนลอว์ไม่อาจบังคับใช้หรือก่อให้เกิดความเป็นธรรมได้ เห็นได้จากแนวคิดใหม่ในระบบกฎหมายของอังกฤษหรือประเทศในเครือจักรภพ เช่น การยอมรับสิทธิประเภท

(Fiduciary Duties) เพราะลักษณะของกระบวนการประนอมข้อพิพาท เกิดจากความช่วยเหลือของบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางทำหน้าที่จัดการให้คู่กรณีพิพาทสามารถแก้ปัญหาและทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง โดยไม่มีอำนาจตัดสินใจหรือกำหนดผลที่ได้หลังจากการประนอมข้อพิพาท ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่สัญญาประนอมข้อพิพาทต้องอาศัยความสุจริตอย่างยิ่งและความไว้วางใจเป็นสำคัญ (Dobbs,1973:680)

3.1.1.1 ความรับผิดชอบตามหลักสัญญา

โดยปกติหลักในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญาตามกฎหมายของประเทศต่างๆ มีหลักในเรื่องการเกิดสัญญาตรงกันว่า จะต้องมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองของทุกฝ่ายตรงกัน จึงก่อให้เกิดเป็นสัญญาผูกพันคู่สัญญานั้นได้ สัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทก็เช่นกัน เป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทหรือผู้ประนอมข้อพิพาทอิสระ และผู้รับการประนอมข้อพิพาทนั้นจะมีลักษณะของการตกลงกันที่จะว่าจ้างให้มีการบริการประนอมข้อพิพาท และมีการตกลงกันว่า จะจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่เหมาะสม

ความสัมพันธ์ของผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีพิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาว่าจ้าง (Contract of Engagement) หรือสัญญาบริการโดยมีค่าตอบแทน ก่อให้เกิดความผูกพันในการดำเนินการตามเงื่อนไขของสัญญา โดยผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือคู่กรณีพิพาทให้สามารถทำความตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันได้ หน้าที่ในการรักษาความลับ และเปิดเผยข้อมูลเมื่อผู้ประนอมข้อพิพาทมีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้น

ความรับผิดชอบตามสัญญาในประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์

ในกฎหมายคอมมอนลอร์สัญญาว่าจ้างเป็นสัญญาไม่มีแบบ อาจทำได้โดยวาจา หรือลายลักษณ์อักษร หรืออนุมานจากพฤติการณ์ว่ามีสัญญาว่าจ้างโดยปริยาย ในกรณีที่คู่สัญญาไม่มีข้อตกลงอย่างชัดแจ้ง ศาลก็ถือว่ามีสัญญาจ้างโดยปริยายซึ่งอนุมานจากพฤติกรรมของคู่สัญญา

ใหม่ๆ การเยียวยาแก้ไขความเสียหายโดยวิธีใหม่ๆ การออกหมายบังคับคดีและการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (ไทพีศรีนิติ ภัคดีกุล, 2540)

แล้ว ในสัญญาทุกประเภทอาจกล่าวได้ว่า ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นสองลักษณะ คือ หนี้ที่เกิดจากข้อตกลงที่แท้จริงและเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งอาจแสดงให้ปรากฏด้วยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษร เป็นหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้ง ในทางตรงข้าม มีหนี้หรือหน้าที่ที่อนุมานจากพฤติกรรมการของคู่สัญญาอันแสดงถึงข้อตกลงร่วมกันโดยปราศจากการตกลงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร เรียกว่าหนี้ตามสัญญาโดยปริยาย ซึ่งหน้าที่ในทางสัญญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์แยกออกได้ 2 ประเภท คือหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้งและหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย (Atiyah,1995:12)

(1) ความรับผิดตามสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Term) สัญญาจะกำหนดเงื่อนไขหรือความตกลงหรือสาระสำคัญในการดำเนินการประนอมข้อพิพาทไม่ว่าโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร โดยปกติทั่วไปหน้าที่ตามสัญญาให้ประนอมข้อพิพาทจะระบุถึง หน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลที่รับมาที่เป็นประโยชน์ต่อการกำหนดประเด็นข้อขัดแย้ง หน้าที่กระทำการด้วยตนเอง ไม่สามารถโอนงานหรือมอบหมายงานให้บุคคลอื่น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมโดยแจ้งชัดจากคู่สัญญา หน้าที่ในการรักษาความลับที่เกิดขึ้นในจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท เป็นต้น

โดยปกติทั่วไป ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ตามสัญญาให้บริการประนอมข้อพิพาทจนกระทั่งคู่สัญญาพิพาทบรรลุข้อตกลงด้วยความพึงพอใจทั้งสองฝ่าย ดังนั้นหากสัญญาสิ้นสุดลงผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้รับบริการประนอมข้อพิพาทอีกต่อไป เว้นแต่การเลิกสัญญานั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ให้บริการประนอมข้อพิพาทซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทอาจมีความรับผิดทางสัญญาได้

ในกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้งตามข้อความในสัญญา เข้าร่วมการประนอมข้อพิพาท ตามทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา คู่สัญญาย่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้ผู้ประนอมข้อพิพาทรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายทางสัญญา คู่สัญญาในฐานะเป็นเจ้าของนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือบางกรณีอาจบอกเลิกสัญญาได้ถ้าทำผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้เป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา เพราะถือว่าค่าเสียหายเป็นทางเยียวยาหรือแก้ไขที่สำคัญ มูลคดีที่ฟ้องร้องต่อผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นเรื่องการฝ่าฝืนสัญญา คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจากการนั้นเพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นถึงข้อตกลงในสัญญา ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงมาตรฐานของความระมัดระวังหรือการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ (Dobbs,1973 :416-417)

(2) ความรับผิดชอบตามสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract)

ในกฎหมายคอมมอนลอว์จะยอมรับหลักในเรื่องข้อตกลงโดยปริยายว่าแม้คู่สัญญาจะมิได้ทำความตกลงเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่บางประการเอาไว้ในสัญญาโดยแจ้งชัด ศาลก็อาจวินิจฉัยในคดีที่พิพาทกันเกี่ยวกับสัญญานั้นได้ว่ามีข้อตกลงโดยปริยายอย่างใดอย่างหนึ่งผูกพันคู่สัญญาอยู่ ซึ่งข้อตกลงโดยปริยายนี้อาจมีรากฐานมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือโดยความคิดเห็นของศาลเอง ว่าตามพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเป็นการสมควรที่จะถือได้ว่ามีข้อตกลงโดยปริยายเช่นนั้น ข้อตกลงโดยปริยายซึ่งศาลตีความขึ้นเองนี้อาจมีลักษณะเป็นการสร้างความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา หรือเพียงให้สภาพบังคับแห่งสัญญาชัดเจนตรงตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา มากขึ้นก็ได้ (Atiyah, 1995: 13)

ในประเทศคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา สหรัฐอเมริกา ผู้ประνομข้อพิพาทมีหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายที่สำคัญที่สุดคือ การใช้ความชำนาญและความรู้ตามปกติ (Ordinary Skill and Knowledge) หรือ ความระมัดระวังและความชำนาญหรือความรู้ (Care and Skill or Knowledge) ⁶ ในการให้บริการประνομข้อพิพาทแก่คู่กรณีพิพาท ผู้ประνομข้อพิพาทต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพของตนซึ่งมีขอบเขตให้รับผิดชอบต่อคู่สัญญาเพียงใดขึ้นอยู่กับมาตรฐานความระมัดระวังขององค์กรหรือสถาบันระดับข้อพิพาท โดยวิธีอื่นนอกจากศาล การฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายจะใช้มาตรฐานของความระมัดระวังเช่นเดียวกับหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ในทางละเมิด ดังนั้นคู่สัญญาที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของผู้ประνομข้อพิพาทมีสิทธิฟ้องร้อง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องฝ่าฝืนสัญญาโดยปริยายหรือประมาทเลินเล่อในทางละเมิด (ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, 2539: 86) นอกจากนี้ผู้ประνομข้อพิพาทยังมีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) อีกด้วย

ความรับผิดชอบตามสัญญาในประเทศกลุ่มซีวิลลอว์

ความรับผิดทางแพ่งจากหนี้ตามสัญญาของผู้ประνομข้อพิพาทในประเทศซีวิลลอว์ จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ผู้ประνομข้อพิพาทอาจมีความรับผิดชอบตามสัญญาหากมิได้มีการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ประเภทของ

⁶ ในสหรัฐอเมริกาเรียกหน้าที่นี้ว่า Reasonable Skill and Care

สัญญาการประนอมข้อพิพาทไม่เป็นรูปแบบเดียวกัน เนื่องจากการจัดแบ่งประเภทของสัญญาที่แตกต่างกัน ในบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน จัดเป็นสัญญาบริการคุณภาพสูง (High Quality Service) ประเทศฝรั่งเศสจัดเป็นสัญญาจ้างงาน (louage d' industrie) ประเทศญี่ปุ่นจัดเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งการจัดแบ่งประเภทเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงความคิดพื้นฐานว่าผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีหนี้หรือหน้าที่รับประกันในความสำเร็จของผลลัพธ์ที่เป็นประโยชน์พิเศษ (Beneficial Result) ได้แก่การรับรองว่าจะบรรลุข้อตกลงระงับข้อพิพาท ซึ่งโดยหลักแล้วผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่รับรองเพียงตามระดับความรู้ความชำนาญตามความเหมาะสม และตามความสามารถ (ญรัฐวิมล ฉัตรเลิศพิพัฒน์, 2539: 98)

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่สัญญาตามสัญญาบริการ (Dienstvertrage) บัญญัติไว้ในมาตรา 611 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Burgerliches Gesetzbuch –BGB)⁷ เป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรับรองว่าจะให้บริการตามที่ตกลงกันได้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรับรองว่าจะชำระค่าตอบแทนตามที่ตกลงกัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์หลักระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่สัญญาโดยผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ต้องรับผิดชอบในผลสำเร็จที่แน่นอนหรือเห็นประจักษ์ (Certain Result)

สัญญาบริการตามมาตรา 611 ดังกล่าวเป็นสัญญาที่ใช้ได้กับการบริการทุกประเภท รวมถึงสัญญาการประนอมข้อพิพาท สัญญาบริการเป็นสัญญาต่างตอบแทน (Reciprocal Agreement) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสัญญาว่าจะให้บริการ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีความผูกพันหรือหนี้ที่จะต้องชำระค่าตอบแทนตามที่ตกลงกัน (Gress and Jung, 1993: 12) ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงมีหน้าที่และความผูกพันในฐานะผู้ให้บริการประนอมข้อพิพาท ต่อคู่สัญญาเพื่อช่วยเหลือให้สามารถตกลงระงับข้อพิพาทโดยความพอใจแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย และเพื่อเป็นการตอบแทน

⁷ "By the Contract for service , the person who promises service is bound to perform the service promised and the other party is bound to pay the remuneration agreed upon .

Service of any kind may be the object of the contract for service"

การให้บริการของผู้ประนอมข้อพิพาท คู่สัญญาต้องให้ค่าตอบแทนตามที่ตกลงในสัญญา ในรูปของค่าธรรมเนียมผู้ประนอมข้อพิพาท (Conciliators 'Fees)

ความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน พิจารณาจากความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและผู้รับบริการประนอมข้อพิพาท ซึ่งก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญา คู่สัญญาซึ่งเป็นลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้ตรงตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ถ้าเป็นการชำระหนี้ที่ผิดสาระสำคัญถือว่าผิดนัดไม่ชำระหนี้ และยังมีกรณีผิดสัญญา (Breach of Contract) กล่าวคือ การทำผิดหน้าที่ของลูกหนี้ถือเป็นการผิดสัญญาในการชำระหนี้ (Positive Breach of Contract) เป็นที่ยอมรับว่า การผิดสัญญาในการชำระหนี้ ถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้โดยทั่วไป และอาจก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่เป็นอิสระหรือร่วมกัน หากการกระทำของลูกหนี้ในการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้เป็นละเมิดด้วย ก่อให้เกิดการเรียกร้องชดใช้ค่าเสียหายในทางสัญญาและละเมิด (โสภณ รัตนกร, 2539 : 137)

ในบทบัญญัติเรื่องหนี้ ตามมาตรา 241 แห่ง BGB ซึ่งบัญญัติให้เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งการบังคับชำระหนี้อาจกระทำได้โดยคำพิพากษาสั่งให้ชำระหนี้ และการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ต่อเมื่อตามสัญญาการชำระหนี้ยังคงเป็นไปได้ แต่หากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้สามารถบังคับชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือเลิกสัญญาแทนการเรียกให้ชำระหนี้ (Hörn, Kötz, and Hans, 1982: 265)

กรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดทางสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน อาจพิจารณาได้ 2 กรณี คือ ในเรื่องความผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทและ ความสุจริตของผู้ประนอมข้อพิพาท

1) ความผิดของผู้ประนอมข้อพิพาท

ตามหลักกฎหมายเยอรมัน ลูกหนี้โดยปกติต้องรับผิดต่อการไม่ชำระหนี้ของตน ซึ่งการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ ก็เนื่องมาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของลูกหนี้ และการกระทำนั้นเป็นความผิด (Culpable) อันเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า หลักความรับผิด (Principle of Fault) ซึ่งมีแนวคิดมาตั้งแต่สมัยโรมันว่า การที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้นั้นลูกหนี้จะต้องกระทำผิด หรือความเสียหายที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดใช้นั้นจะต้องโทษลูกหนี้ได้ เว้นแต่ในบางกรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดซึ่งลูกหนี้จะต้องรับผิดแม้ลูกหนี้ไม่ได้กระทำผิด อันเป็นความรับผิด

ผิดซึ่งไม่ต้องคำนึงว่าลูกหนี้ผิดหรือไม่ ระบบกฎหมายชีวิตลอร์ดนำแนวคิดนี้มา มีหลักว่า "มีความรับผิดในการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้บกพร่องก็เฉพาะในกรณีที่การไม่ชำระหนี้ หรือการบกพร่องเกิดจากการกระทำของลูกหนี้ ทั้งการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นความผิด หรือเป็นกรณีที่อาจโทษลูกหนี้ได้ " ในกรณีที่ไม่มี การชำระหนี้โดยมิใช่ความผิดของลูกหนี้ เช่นมีเหตุสุดวิสัย หรือ กฎหมายให้อำนาจกระทำได้ โดยปกติลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด (โสภณ รัตนกร , 2539 : 60-61)

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติในเรื่องความรับผิดไว้ในมาตรา 276 ซึ่งวางหลักไว้ว่าลูกหนี้มีความรับผิดสำหรับการกระทำโดยเจตนา และความประมาทเลินเล่อ เพราะฉะนั้นลูกหนี้มีความรับผิดในการชำระค่าเสียหายก็เมื่อไม่ชำระหนี้ตามปกติมูลหนี้ และลูกหนี้มีความผิดตามมาตรา 276 ในการที่ลูกหนี้กระทำโดยจงใจไม่ชำระหนี้หรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งหลักนี้ต่างจากกฎหมายแองโกลอเมริกัน และกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ไม่ได้ยึดหลักความผิดของลูกหนี้ ในกฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดเดียวกัน คือ ลูกหนี้จะต้องรับผิดในการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ล่าช้าก็ต่อเมื่อลูกหนี้มีความผิด (Fault) คือ ประมาทเลินเล่อ (Imprudence or Negligence) หรือมีกลฉ้อฉล (Fraud) ไม่สุจริตในการชำระหนี้ (Bad Faith) หรือกระทำโดยจงใจ (R.M Goode , 1982:113 อ้างใน โสภณ รัตนกร , 2539 : 62,65)

หลักความผิดของการชำระหนี้ ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามกฎหมายเยอรมันเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของความรับผิดทางละเมิดเช่นกัน การกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำโดยรู้ว่าการกระทำของตนจะก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น ส่วนความประมาทเลินเล่อเป็นการกระทำโดยขาดความระมัดระวังรอบคอบ ในระดับซึ่งวิญญูชนในพฤติการณ์เช่นนั้นพึงมี ไม่ใช่พิจารณาจากลักษณะเฉพาะของลูกหนี้ การละเว้นการกระทำในกรณีที่มิหน้าที่ตามกฎหมายให้กระทำ ก็ถือว่าเป็นความผิดเช่นกัน

ดังนั้น การที่ผู้ประνομข้อพิพาทมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญา หากผู้ประνομข้อพิพาทจงใจไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่เป็นไปตามประสงค์ของสัญญา ผู้ประνομข้อพิพาทย่อมมีความรับผิดต่อคู่สัญญา และเนื่องจากประเทศเยอรมันจัดประเภทของสัญญาระหว่างผู้ประνομข้อพิพาทและคู่สัญญาประνομข้อพิพาทเป็นสัญญาบริการคุณภาพสูง ผู้ประνομข้อพิพาทจึงมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่ง คือ หนี้หรือหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอันเป็นไปตามพฤติการณ์ตามลักษณะกระบวนการประνομข้อพิพาท ผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งปฏิบัติหน้าที่ต่ำกว่า

มาตรฐานความระมัดระวัง ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญา ซึ่งหน้าที่นี้คู่สัญญาคาดหวังว่าผู้ประนอมข้อพิพาทจะใช้ความสามารถและความรู้อย่างเต็มที่

2) ความสุจริตของผู้ประนอมข้อพิพาท

ตามกฎหมายเยอรมันได้วางหลักความสุจริต (Good Faith) หรือ ในภาษาลาตินว่า bona fides เพื่อควบคุมการชำระหนี้ของลูกหนี้ และเพื่อควบคุมการใช้สิทธิของคู่สัญญาหรือบุคคลใดๆ และเพื่อการตีความสัญญาหรือเงื่อนไขของสัญญา หลักทั่วไปในการชำระหนี้ ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยสุจริตตามปกติแห่งสภาพแห่งมูลหนี้ ซึ่งปฏิบัติกันโดยทั่วไปหรือปกติธรรมดา เนียมประเพณีในการชำระหนี้ด้วย

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักความคิดเรื่องความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (Treu und Glauben) เป็นการกำหนดว่าบุคคลภายใต้ระบบกฎหมายนั้นจะต้องปฏิบัติตนอย่างซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ความประพฤติใดที่เป็นปรปักษ์ต่อความเป็นคนที่มีความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (สมยศ เชื้อไทย, 2542:141) ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต เป็นที่มาของมาตรา 242 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติไว้ว่า “ ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยสุจริต ทั้งนี้ให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติด้วย ”⁸

หลักตามมาตรา 242 ได้ถูกนำไปใช้ในการตีความสัญญาที่ได้จัดทำขึ้น และก่อให้เกิดหน้าที่ต่างๆ มากมายสำหรับคู่สัญญา รวมถึงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง หน้าที่ในการให้ข้อมูล และอธิบายแก่คู่สัญญาประนอมข้อพิพาท นอกจากนี้ในการควบคุมการใช้สิทธิของบุคคล ถ้าการใช้สิทธินั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นเกินกว่าที่ควรจะเป็นตามปกติธรรมดาของการใช้สิทธิแล้ว ก็ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลอื่น (สมยศ เชื้อไทย, 2542: 140) ศาลเยอรมันแปลการใช้หลักสุจริตอย่างกว้างขวาง โดยมุ่งให้เกิดความเป็นธรรม ในทำนองเดียวกับศาลอังกฤษนำหลักอิกวิตีมาใช้เพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้กฎหมายคอมมอนลอว์อย่างเคร่งครัดในอดีต ต่อมาหลักตามมาตรา 242 ได้พัฒนาจนเป็นหลักทั่วไปใช้บังคับกับกรณีต่างๆ ได้ทุกเรื่อง และปัจจุบันในประเทศกลุ่มซีวิลลอว์

⁸ “ The debtor is bound to effect the performance according to the requirements of good faith , ordinary usage being taken into consideration”

เห็นในแนวทางเดียวกันว่าหลักสุจริตเป็นหลักที่ใช้กับกฎหมายทุกแขนง ไม่ว่าจะกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน (โสภณ รัตนากร, 2539: 105)

ดังนั้นความรับผิดทางสัญญาของผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศเยอรมันและประเทศสวีตเซอร์แลนด์และออสเตรเลียจึงเกิดจากการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทมิได้กระทำตามหน้าที่ในสัญญาการประนอมข้อพิพาทและหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติชำระหนี้หรือฝ่าฝืนสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้ล่าช้าหรือพ้นวิสัยอันเนื่องมาจากความผิดของผู้ประนอมข้อพิพาท ไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม รวมถึงการใช้สิทธิของผู้ประนอมข้อพิพาทไม่เป็นไปตามหลักสุจริตหรือธรรมเนียมปฏิบัติ ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงต้องรับผิดชอบต่อคู่สัญญาประนอมข้อพิพาท ถ้าไม่สามารถชำระหนี้ได้ คู่สัญญาย่อมมีทางเรียกค่าเสียหายและบอกเลิกสัญญา อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งหลักในการเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายเยอรมันถือว่า หลักค่าเสียหายไม่มีความแตกต่างระหว่างความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดที่ไม่ใช่สัญญา (Non-Contractual Claim) อย่างไรก็ตาม ความเสียหายอันเนื่องมาจากความรับผิดทางสัญญา จะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาท หรือมีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล เช่นเดียวกับความรับผิดในทางละเมิดที่บุคคลจะต้องรับผิดตามละเมิดต่อเมื่อมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

3.1.1.2 ความรับผิดตามหลักละเมิด

ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในระบบคอมมอนลอว์

ในประเทศคอมมอนลอว์ การกำหนดภาระหน้าที่ในการกระทำด้วยความชำนาญและความระมัดระวังไม่เพียงแต่พิจารณาในทางสัญญาเท่านั้น แต่พิจารณาในทางละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาท โดยผู้ประนอมข้อพิพาทละเมิดต่อหน้าที่ที่กระทำด้วยความไว้วางใจ และละเมิดต่อประมวลจริยธรรม (Code of Conduct) ทางวิชาชีพของผู้ประนอมข้อพิพาท หรือมาตรฐานการปฏิบัติวิชาชีพของผู้ประนอมข้อพิพาท (Standard of Practice) ดังนั้นในการพิจารณาว่าผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดอย่างน้อยเพียงใดจึงนำหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเพื่อพิจารณาในการกำหนดความรับผิดอันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ (Osgoode Hall law School ,1998: <http://www.mediate.ca/mediation.htm>)

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง ไม่ว่าจะผู้ประกอบวิชาชีพจะมีข้อผูกพันตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม ความรับผิดชอบทางละเมิดยังคงมีอยู่ทุกกรณี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หลักพื้นฐานแห่งความผิด (Base of Liability) ของผู้ประกอบวิชาชีพโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อยู่บนแนวคิดว่าจะก่อให้เกิดความรับผิดได้ต่อเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้ผิด (ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, 2539:57-58)

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ความประมาทเลินเล่อมีความหมายตรงกับ การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง หลักพื้นฐานของความรับผิดเกิดจากการที่จำเลยมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อโจทก์ แต่จำเลยฝ่าฝืนหน้าที่เหล่านั้น ดังนั้นถ้าจำเลยไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังแล้วก็ย่อมไม่เป็นความผิดฐานประมาทเลินเล่อ (Jackson and Powell, 1984 : 6)

ความผิดโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทจะเกิดขึ้นเมื่อมีการละเลยหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง หรือมีมือให้แก่ผู้รับบริการประนอมข้อพิพาทและก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทละเลยการกระทำเช่นนั้น หลักเกณฑ์ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพข้างต้นนั้น สามารถแยกพิจารณาในประเด็นที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

1) หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แนวทางการพิจารณาว่าจะต้องรับผิดหรือไม่อยู่ที่ว่าในสถานการณ์เช่นนั้นเขามีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังหรือไม่ ซึ่งหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าย่อมแปรเปลี่ยนไปตามเวลาและสถานที่ และแม้ว่าหน้าที่ดังกล่าวจะมีได้เกิดจากข้อผูกพันทางสัญญา แต่ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอยู่ตามความเชื่อมั่นหรือความคาดหวัง (Confidence) ของคนทั่วไปซึ่งใช้บริการจากผู้ประกอบวิชาชีพ และความเชื่อมั่นหรือความคาดหวังนี้เป็นเครื่องยืนยันว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องประกอบวิชาชีพของตนด้วยความระมัดระวังและด้วยความชำนาญ

บุคคลที่ผู้ประกอบวิชาชีพต้องใช้ความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดดียวเพียงพอกับผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลที่มีความผูกพันตามสัญญาให้บริการเท่านั้น ซึ่งเรียกหลักนี้ว่า หลักข้างเคียง (Neighbouring Principle) ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพจึงมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลทุกคนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดดียวเพียงพอกับผู้ประกอบวิชาชีพ จึงมีความสำคัญในการขยายขอบเขตของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังนอกเหนือไปจากหลักความเกี่ยวข้องตามสัญญา (Privity of Contract) ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ต่อบุคคลซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา หากบุคคลที่สามผู้ได้รับความเสียหายนั้นเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเพียงพอกับผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ระมัดระวังตามกฎหมาย ศาลคอมมอนลอว์ของอังกฤษมีความเห็นว่า หลักความเกี่ยวข้องตามสัญญา และการพิจารณาเรื่อง สิ่งตอบแทน (Consideration) เป็นหลักที่แคบมากสำหรับข้อเท็จจริงใหม่ๆที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจึงเป็นผลให้มีการขยายหลักความรับผิดชอบละเมิดด้วย (Atiyah, 1996: 375)

หน้าที่ใช้ความระมัดระวังในทางละเมิดและหน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามสัญญาโดยปริยายเป็นหน้าที่เดียวกัน ปรากฏในคดี Midland Bank V. Hett. Stubs & Kemp. ศาลได้มีคำวินิจฉัยว่า การกำหนดภาระหน้าที่ในอันที่จะกระทำการด้วยความชำนาญและความระมัดระวังตามสมควรนั้นไม่เพียงแต่จะนำมาพิจารณาเฉพาะข้อกำหนดในทางสัญญาเท่านั้น แต่ควรจะได้รับพิจารณาในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพด้วย แม้ในกรณีที่ไม่มีข้อสัญญาพิเศษกำหนดขอบเขตและลักษณะของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังไว้โดยเฉพาะ ก็ถือว่าหน้าที่ระมัดระวังในทางสัญญาและทางละเมิดเป็นหน้าที่เดียวกัน (Atiyah, 1996:379)

คำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาจำนวนมากได้กำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังหรือมาตรฐานของการปฏิบัติตามวิชาชีพ และให้นิยามมาตรฐานของความระมัดระวังอาจนหมายถึง มาตรฐานที่ถูกต้องในการให้บริการทางวิชาชีพ ซึ่งก็คือระดับของความระมัดระวัง (Care) ความเชี่ยวชาญ (Skill) ความเพียรพยายาม (Diligence) และความรู้ (Knowledge) ซึ่งวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพพึงมีพึงใช้ หากผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ใช้ความระมัดระวังหรือใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทประมาทเลินเล่อ (Goldberg, Shaw and Mackie, 1996 : <http://www.arbiter.wipo.int> .)

โดยปกติ สำหรับผู้ประนอมข้อพิพาทอิสระ จะใช้มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (Reasonable Man) โดยทั่วไป เพื่อพิจารณาว่าสถานการณ์เดียวกันกับจำเลย วิญญูชนได้ใช้ความระมัดระวังอย่างไร แต่สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาท โดยหลักแล้วจะไม่ใช้มาตรฐานวิญญูชน แต่จะใช้มาตรฐานความระมัดระวังที่สูงกว่า ทั้งนี้ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆไปจะเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ และความชำนาญทางวิชาชีพมากกว่าวิญญูชนทั่วไป จึงต้องพิจารณาโดยอ้างถึงสมาชิกในกลุ่มของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง และมีปัญหาตามมาคือ แม้บุคคลจะอยู่ในวิชาชีพเดียวกันก็ตาม แต่ความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพย่อมมีความแตกต่างกัน เช่น ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งมีประสบการณ์น้อย กับผู้ประนอมข้อพิพาทที่มีความชำนาญสูง และมีประสบการณ์ยาวนาน จึงมีการกำหนดแนวทางในการวินิจฉัยความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพที่ถูกต้อง คือ จะต้องวินิจฉัยโดยอิงกับมาตรฐานความระมัดระวังและความชำนาญที่เหมาะสมของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งมีฐานะ (Status) และตำแหน่ง (Position) ฐานะเช่นเดียวกับจำเลย (Jackson and Powell, 1987: 16-17)

โดยปกติผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทจะต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพให้ต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวังและความชำนาญของผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาท หากผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทใช้ความระมัดระวังที่ต่ำกว่ามาตรฐานแล้ว ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทประมาทเลินเล่อ ในกรณีการอ้างว่าตนเป็นผู้ไม่มีประสบการณ์เพื่อยกเป็นข้อต่อสู้ในการใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวังและความชำนาญของผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทโดยทั่วไปนั้นจะกระทำมิได้ (Jackson and Powell, 1987: 207,212)

ดังนั้น มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญของผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทจะใช้หลักเกณฑ์ของ มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนที่ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาท และขนาดและระดับของมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (Degree of Care and Skill) ที่ต้องใช้ในการประกอบวิชาชีพนั้น กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเกินกว่าธรรมดาหรือสูงกว่ามาตรฐานทั่วไปที่พึงมี ในคดี Lanphier V. Phipos (1838) ความเห็นของผู้พิพากษา Tindal กล่าวว่า " ทุกคน ที่เข้าไปสู่การประกอบวิชาชีพที่ใช้ความรู้ ความสามารถ จะผูกพันในการใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนไปใช้ในการประกอบวิชาชีพ ไม่ผูกพันผู้ประกอบวิชาชีพให้ใช้ความระมัดระวังสูงสุดเท่าที่เป็นไปได้ (Highest Possible Degree of

Skill) เช่น ทนายความไม่ได้ผูกพันว่าคดีความทุกคดีจะชนะเสมอ" อาศัยหลักการเดียวกันผู้ประนอมข้อพิพาทจึงไม่มีความผูกพันหรือรับประกันต่อคู่พิพาทว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะระงับหรือยุติลง ตามปกติในทางปฏิบัติ การประกอบวิชาชีพดำเนินการอยู่ภายใต้ขอบเขตซึ่งไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องประสบผลสำเร็จในงานเสมอไป ความสำเร็จหรือความล้มเหลวขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่างทีนอกเหนือการควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพ หรือ แม้ปัจจัยนั้นเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นซึ่งอยู่ในความควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพเอง ผู้ประกอบวิชาชีพก็ไม่สามารถที่จะรับประกันถึงความสำเร็จของงาน เหตุผลเพราะในการตัดสินใจในสิ่งสำคัญ หรือสิ่งที่มีความซับซ้อน ไม่มีมนุษย์คนใดที่สามารถแนะนำหรือตัดสินใจได้ถูกต้องทุกครั้งไป (Jackson and Powell, 1987:212)

2) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหาย (Relative of Causality between Fault and Damage)

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นความเกี่ยวข้องกันระหว่างการไม่ใช้ความระมัดระวังของจำเลยกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ โจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ของจำเลยเป็นเหตุก่อให้เกิดความเสียหาย นอกจากนี้ความเสียหายที่พิสูจน์ได้จะต้องเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุ (Too Remote) ในทางปฏิบัติ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและความเสียหายไกลกว่าเหตุเป็นสิ่งที่ใช้พิจารณาควบคู่กันไป เรียกรวมกันว่า Remoteness และเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลใช้ในการจำกัดขอบเขตความรับผิดในการกระทำของจำเลยในความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังคดี Lamle V. Camden London Borough Council (1981) ผู้พิพากษา Lord Denning ได้กล่าวไว้ว่า " หน้าที่ ความไกลกว่าเหตุ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เป็นเครื่องมือที่ศาลใช้ในการกำหนดขอบเขตความรับผิดสำหรับความประมาทเลินเล่อ " (Jones, 1993:139 อ้างในนิติรัฐ ๖๖ ฉบับพิเศษ, ๒๕๓๙: ๖๕)

ดังนั้นการฟ้องร้องผู้ประนอมข้อพิพาทอิสระหรือผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิดหรือความรับผิดร่วมกันทางละเมิดและทางสัญญา ถ้าความเสียหายมิใช่เป็นเหตุเนื่องมาจากการฝ่าฝืนผิดหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทแล้ว ความเสียหายดังกล่าวถือเป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ นอกจากนี้ หากความเสียหายเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะที่มีการประพฤติดผิดหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท ความเสียหายดังกล่าวก็เป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุเช่นกัน เพราะฉะนั้นในการประเมินความเสียหาย

หายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทมีหลักว่า ความเสียหายที่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดชอบใช้จะต้องมีความใกล้ชิดเพียงพอกับการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งเป็นเหตุที่แท้จริงก่อให้เกิดความเสียหาย (Factual Causation) และความเสียหายดังกล่าวต้องคาดเห็นได้ (Foreseeable)

ในการฟ้องร้องผู้ประนอมข้อพิพาทให้รับผิดในทางสัญญาและทางละเมิด โจทก์จำเป็นจะต้องแสดงให้เห็นเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นเหตุของความเสียหายตามที่กล่าวอ้าง และขอบเขตความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อ (Legal Cause and Remoteness of Damage) แนวทางในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและพิสูจน์ ดังนี้

1) ตามทฤษฎีเงื่อนไข หรือ หลัก But For

การพิจารณาและการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายในทางข้อเท็จจริงตามหลัก But For มีหลักเกณฑ์ดังนี้ " ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นเว้นแต่จะมีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ถ้าไม่มีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าปรากฏว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน แม้ว่าจะไม่มีความประมาทเลินเล่อของจำเลย กรณีเช่นนี้ถือว่าความประมาทเลินเล่อของจำเลยมิใช่เป็นเหตุของความเสียหาย " (คดีเนาด เกียรติกัง วาฬไกล , 2532 : 24)

ในกรณีคู่สัญญาประนอมข้อพิพาทเกิดความเสียหายเนื่องจากกระบวนการประนอมข้อพิพาทและมีข้อเรียกร้องให้ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องรับผิดทางละเมิดจำเป็นต้องอาศัยการใช้หลัก But For ในการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพทั่วไป เพื่อการชี้ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Loss Caused by Negligent Acts) และเพื่อการชี้ความเสียหายอันเกิดจากคำแนะนำที่ประมาทเลินเล่อ (Loss Caused by Negligent Advice) ตัวอย่างเช่นในคดี Otter V. Church , Adam, Latham&Co (1953) เป็นคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อในการให้คำแนะนำของทนายความ (Solicitors ' Negeligent Advice) ซึ่งคำแนะนำที่ให้โดยประมาทเลินเล่อนั้นจะเป็นสาเหตุที่แท้จริงแห่งความเสียหายก็ต่อเมื่อคำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อนั้นเป็นเหตุให้โจทก์ตัดสินใจกระทำการเช่นนั้นและโจทก์ได้รับความเสียหาย คดีนี้ทนายความให้คำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อแก่ลูกความว่าบุตรชายหล่อนมี

สิทธิในทรัพย์สินมูลค่า 7,000 ปอนด์ ซึ่งในความเป็นจริงบุตรชายมีสิทธิเพียงเงินค่าเช่าทรัพย์สินเท่านั้น เมื่อบุตรชายเสียชีวิตลง หล่อนประสงค์โอนทรัพย์สินทั้งหมดให้แก่บุตรสาว แต่ปรากฏว่าไม่อาจทำได้ เพราะบุตรชายไม่ได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินทั้งหมดซึ่งรวมถึงค่าเช่าด้วยให้แก่ลูกความ ดังนั้นทรัพย์สินมรดกทั้งหมดจึงตกแก่น้องชายของลูกความ ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษมรดกตกทอดแก่ทายาทที่เป็นชายเท่านั้น ศาลพิพากษาว่า หากลูกความได้รับคำแนะนำที่ถูกต้อง ลูกความก็จะให้บุตรชายทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินทั้งหมดให้หล่อน ไม่ถือเป็นทรัพย์สินมรดกตามบรรพบุรุษซึ่งตกทอดแก่ทายาทที่เป็นชายเท่านั้น ศาลตัดสินให้ลูกความได้รับการชดเชยค่าเสียหาย (Dugdale and Stanton ,1982:240-241)

จากคดีดังกล่าว ในกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทให้คำแนะนำแก่คู่กรณีในการทำสัญญา ประนอมข้อพิพาทโดยมีวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมายเนื่องจากไม่ใช้ความรอบคอบในการพิจารณา และประเมินสถานการณ์ทำให้คู่กรณีได้รับความเสียหาย ผู้เสียหายอาจฟ้องต่อศาลได้ว่าการให้คำแนะนำของผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำโดยประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์เป็นการยากที่โจทก์จะแสดงให้เห็นว่าโจทก์อาจจะกระทำการใดๆ ที่ต่างออกไปถ้าเขาได้รับคำแนะนำที่ถูกต้องแน่นอน (Accurate Advice) ซึ่งพบในกรณีการลงทุน การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ข้อมูลเกี่ยวกับเงิน (Financial Information) ซึ่งศาลหรือจำเลยอาจอ้างว่า โจทก์ได้เสี่ยงหรือยอมรับคำแนะนำเช่นนั้นอยู่ดี หรือความผิดพลาดที่เกิดขึ้นเล็กน้อยเกินไปที่จะสามารถมีอิทธิพลต่อการกระทำหรือตัดสินใจของโจทก์ ซึ่งทำให้การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและความเสียหายเป็นการยากที่จะพิสูจน์ (Kirtley ,1995: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

ดังนั้นสรุปได้ว่า การใช้หลัก But For กับคำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligent Advice) นั้นผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถจะอ้างว่าเป็นความประสงค์หรือการตัดสินใจ (Decision) ของคู่กรณีเองและคำแนะนำนั้นมิได้มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของคู่กรณีเลย ฉะนั้นเพื่อที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย คู่กรณีต้องแสดงให้เห็นว่าคำแนะนำนั้นมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจระดับข้อพิพาทของตน แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงถึงขนาดว่าคำแนะนำนั้นเป็นการตัดสินใจ

โดยปกติ หากการประพฤติผิดหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทก่อให้เกิดความเสียหายใดๆ แก่คู่กรณีพิพาทที่ใช้บริการแล้ว ผู้ประนอมข้อพิพาทจำต้องชดเชยค่าเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีความเสียหายที่ผู้ให้บริการได้รับอาจมิใช่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทเพียงเหตุเดียว อาจเกิดจากเหตุแทรกแซงด้วย ซึ่งเหตุแทรกแซง

เป็นจุดตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ทำให้ผู้ประνομข้อพิพาทต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่แท้จริงซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของตนเท่านั้น พฤติการณ์ที่ถือเป็นเหตุแทรกแซงอาจเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ธรรมชาติ หรือ การกระทำของมนุษย์ เช่น การกระทำของโจทก์เอง หรือบุคคลที่สามก็ได้

มีหลักว่า ผู้ประกอบวิชาชีพไม่มีหน้าที่รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากเหตุแทรกแซงศาลคอมมอนลอว์ได้วางหลักเกณฑ์ กรณีที่เหตุแทรกแซงนั้นเกิดจากการบกพร่องของผู้รับบริการที่ยอมรับในการให้คำแนะนำโดยปราศจากการพิจารณาอย่างรอบคอบ ความบกพร่องดังกล่าวจะเป็นการตัดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหายทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพไม่ต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อ แต่สำหรับกรณีผู้ประกอบวิชาชีพประνομข้อพิพาทซึ่งปกติมักได้รับความไว้วางใจให้ปฏิบัติงานด้วยการใช้ความระมัดระวังตามสมควร ดังนั้นการที่คู่กรณีไม่ยอมรับคำแนะนำโดยปราศจากการพิจารณาอย่างรอบคอบ จึงไม่นำตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหาย ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพยังคงมีความรับผิดชอบทางละเมิด (Osgoode Hall law School ,1998: <http://www.mediate.ca/mediation.htm>)

2) มีความเสียหายที่คาดเห็นได้ (Foreseeability)

ในการที่โจทก์จะได้รับค่าเสียหายจากผู้ประνομข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการประพฤติดินหน้าทีนั้น โจทก์ไม่เพียงแต่แสดงให้เห็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประνομข้อพิพาทเท่านั้น แต่จะต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ด้วย ทั้งนี้เพราะความรับผิดชอบของผู้ประνομข้อพิพาทจะจำกัดเฉพาะความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (Too remote) หากความเสียหายของโจทก์หรือผู้ให้บริการประνομข้อพิพาทได้รับเป็นสิ่งที่คาดเห็นไม่ได้แล้ว ย่อมถือได้ว่าความเสียหายไกลกว่าเหตุ ผู้ประνομข้อพิพาทจึงไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้บริการประνομข้อพิพาท ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องให้ผู้ประνομข้อพิพาทรับผิดชอบทางสัญญาหรือทางละเมิด การพิสูจน์ค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าค่าเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ (Reasonable Foreseen) โดยปกติสำหรับความรับผิดชอบทางละเมิดค่าเสียหายใดถือได้ว่าไกลกว่าเหตุ พิจารณาค่าเสียหายนั้นเป็นค่าเสียหายที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ในขณะผิดหน้าที่ ส่วนความรับผิดชอบทางสัญญา ค่าเสียหายที่ไกลกว่าเหตุต่อเมื่อในเวลาที่ทำสัญญานั้น คู่สัญญาได้พิจารณา มุ่งหมาย (Contemplate) ได้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นหากมีการฝ่าฝืนสัญญา ความคาดเห็น

หรือการพิจารณาไตร่ตรองของคู่สัญญาที่อาจอาศัยความรู้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายหรือสิ่งที่ควร
 คาดเห็นได้จากวิญญูชนซึ่งอยู่ในพฤติการณ์เดียวกัน

ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหายที่จะทำให้ผู้ประνομข้อพิพาทรับ
 ผิดเป็นภาระในการพิสูจน์ที่ยาก ทฤษฎีพื้นฐานในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ
 และผลในสหรัฐอเมริกาใช้หลักความใกล้ชิด (Proximate Cause) โดยถือว่าการกระทำความผิด
 ของผู้ประกอบวิชาชีพต้องเป็นเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายซึ่งโจทก์ได้รับ ซึ่งจำเป็นต้องแสดงต่อ
 ศาลให้เป็นที่พอใจว่าถึงเหตุ (Causation Requirement) และผลเสียหายที่ใกล้ชิดกัน กล่าวคือ ผู้
 ประνομข้อพิพาทมีหน้าที่ต่อคู่สัญญาประνομข้อพิพาทที่ต้องปฏิบัติและมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นั้น
 ทำให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ ตัวอย่างในคดี Lange V. Marshall (1981) คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า
 ผู้ประνομข้อพิพาทละเมิดต่อหน้าที่และล้มเหลวในการประνομข้อพิพาท ศาลอุทธรณ์มีคำ
 พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย 74,000 \$ เนื่องจากผู้
 ประνομข้อพิพาทไม่ได้ใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการแก้ไขข้อพิพาท โดยศาลอุทธรณ์ให้เหตุ
 ผลว่า ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเพียงการคาดคะเนเท่านั้น
 หลักฐานของเหตุที่จะเรียกให้จำเลยรับผิดชอบมีไม่เพียงพอที่จะแสดงถึงความเสียหาย แม้ว่าจำเลยซึ่ง
 เป็นผู้ประνομข้อพิพาทจะได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม (Nolan-Haley, 1992: 105-106)

ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประνομข้อพิพาทในระบบซีวิลลอว์

ในการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประνομข้อพิพาทในระบบซีวิลลอว์พิจารณา
 จากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นการตีความตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ และนำเอา
 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปมาใช้ปรับกับคดีเฉพาะเรื่องเป็นคดีๆ ไป หลักโดย
 ทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพประνομข้อพิพาทที่มีต่อผู้รับบริการใน
 ประเทศซีวิลลอว์ จะบัญญัติหลักเกณฑ์ของความรับผิดทางละเมิดไว้เป็นหลักทั่วไป ถ้ามีข้อเท็จ
 จริงใดเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ปรับบทได้ว่าเป็นละเมิดและเรียกให้ชดใช้เยียวยาได้ ซึ่งต่างจาก
 กฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดเฉพาะเรื่องใน
 ฐานะต่างๆ (Specific Type of Tort) แม้แต่ความรับผิดเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็เป็น
 ความรับผิดฐานหนึ่งเท่านั้น แต่ละฐานจึงเป็นเอกเทศไม่ปะปนกัน ตามหลักทั่วไปของกฎหมาย
 ละเมิดของประเทศซีวิลลอว์ถือว่าความรับผิดทางละเมิดอยู่บนพื้นฐานของ ความผิด (Fault) ซึ่ง
 หมายถึงการจงใจ (Dolus) หรือ ประมาทเลินเล่อ (Culpa) ล่วงสิทธิของบุคคลอื่น ความรับผิดที่

อยู่บนพื้นฐานของความรับผิด (Liability Based on Fault) ในประเทศซีวิลลอว์พบได้จากหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 และ 1383 (อนันต์ จันทร์โสภากร , 2532: 96) นอกจากนี้ผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทอาจมีความรับผิดต่อบุคคลที่สามซึ่งมิใช่ผู้รับบริการของตนโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางละเมิดเป็นแนววินิจฉัย ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในระบบซีวิลลอว์ ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงเฉพาะในประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส

ความรับผิดทางละเมิดในประเทศเยอรมัน

ความรับผิดทางละเมิดในประเทศเยอรมัน พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลักษณะหนี้ในบรรพ 2 ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแยกบทบัญญัติในลักษณะหนี้ออกเป็น 2 ประเภท คือ บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหนี้ (มาตรา 241 - 432) และบทบัญญัติเฉพาะ (มาตรา 433 - 853) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องนี้กล่าวถึงสัญญาเฉพาะหรือเอกเทศสัญญาที่สำคัญ ส่วนบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนี้ที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งทำให้บุคคลหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้บุคคลหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางอย่าง ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ นำไปใช้ได้กับสิทธิเรียกร้องหรือหนี้ตามสัญญาและละเมิด ดังนั้น ในระบบประมวลกฎหมายเยอรมัน กฎเกณฑ์ทางละเมิดเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับความรับผิดทางสัญญา เนื่องจากสัญญาและละเมิดต่างให้สิทธิแก่บุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกร้องบางสิ่งบางอย่างจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ ทั้งกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิดให้สิทธิแก่บุคคลทั่วไปในการเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เขาได้รับ (Konard Zweigert and Hein Kötz ,265 อ้างใน ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์ ,2539:112)

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติไว้ในมาตรา 823 วรรคแรก บัญญัติดังนี้ " บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยปราศจากสิทธิตามกฎหมายทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของบุคคลอื่น จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น "

มาตรา 823 วรรค 1 เป็นหลักเกณฑ์หลักในการวินิจฉัยความรับผิดในความเสียหายอันเกิดขึ้นจากความมิชอบด้วยกฎหมาย และความผิด และมีผลกระทบต่อผู้เสียหายเกี่ยวกับสิทธิตาม

กฎหมาย อย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามกฎหมายเหล่านี้ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอื่นๆ องค์ประกอบพื้นฐานตามมาตรา 823 วรรคแรก อาจแบ่งออกเป็น 4 ประการ คือ (Markesinis,1990: 33)

- 1) ต้องมีการฝ่าฝืนต่อสิทธิหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ
- 2) โดยมีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful)
- 3) โดยความผิด ไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการทำหรือการละเว้นการกระทำของจำเลยกับความเสียหายของโจทก์

1) ต้องมีการฝ่าฝืนต่อสิทธิหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ซึ่งสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) หรือสิทธิอื่น ๆ (Sonstiges recht) มีความหมายอย่างชัดเจนว่า หมายถึง สิทธิอันเด็ดขาดอันเป็นสิทธิซึ่งใช้อำนาจกับบุคคลทุกคน และไม่สามารถถูกแทรกแซงโดยบุคคลใดๆ มีแตกต่างกับสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Right) หรือสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเป็นสิทธิที่มีต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบางคนเท่านั้น จะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรานี้ ดังนั้นการฝ่าฝืนการชำระหนี้ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญาเท่านั้น เช่น การไม่ชำระหนี้ ย่อมไม่ถือว่าต้องรับผิดชอบในทางละเมิด แต่ถ้าข้อเท็จจริงเป็นการฝ่าฝืนสัญญาและเป็นการกระทำทางละเมิดด้วย โจทก์ย่อมมีอิสระในการเลือกฟ้องเพื่อประโยชน์ของตนเอง (หยุด แสงอุทัย ,2538:206-209)

2) โดยมีชอบด้วยกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการฝ่าฝืนต่อบรรทัดฐานของกฎหมาย (Legal Norm) โดยปราศจากข้ออ้างทางกฎหมาย หากผู้กระทำสามารถอ้างเหตุใดๆ ตามกฎหมาย ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบในส่วนนี้ ข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ที่ยอมรับได้ตามกฎหมาย (Rechtfertigungsgrund) เช่น การกระทำโดยป้องกันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 227 การกระทำโดยจำเป็น (Necessity) หรือ การอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (volenti non fit injuria) กฎหมายเยอรมันถือว่าหลักความยินยอมจะใช้ได้และมีความผูกพันในกรณีให้ผู้ให้ความยินยอมให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยความรู้ในข้อเท็จจริงทั้งหมด และได้ให้ไว้ก่อนที่การกระทำที่ได้รับความยินยอมนั้นได้ถูกกระทำขึ้นแล้ว (Markesinis,1990: 53)

3) โดยความผิด (Verschulden) หากผู้ทำละเมิดฝ่าฝืนต่อสิทธิประโยชน์ที่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายและเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายและปราศจากข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตามกฎหมายแล้ว โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดของจำเลย ซึ่งความผิดในที่นี้หมายถึง การจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) ความผิดเป็นเรื่องสภาพจิตใจของผู้กระทำ ความรู้ผิดชอบชั่วดีหรือความสามารถในการใช้วิจารณญาณว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นได้หรือไม่ ถ้ากระทำทั้งๆที่รู้ว่าการกระทำของตนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือละเลยไม่ใช้วิจารณญาณหรือความสามารถของตนเพื่อพิจารณาเสียก่อนว่าบุคคลอื่นจะได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของตน สังคมก็จะถือว่าการกระทำนั้นนำตำหนิหรือเป็นความผิด ซึ่งผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น (Markesinis, 1990: 63)

การกระทำโดยเจตนา คือ สภาพจิตใจของบุคคลที่กระทำโดยรู้สำนึก (Consciously) และโดยเจตนา (Willfully) ต่อผลที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะ หรือ รู้สำนึกถึงผลที่อาจเป็นไปได้ตามความคาดหมายของตน และแม้ว่าตนไม่ได้ประสงค์ต่อผลเหล่านั้น แต่ก็ยอมรับในผลที่ปรากฏขึ้น (dolus eventualis)

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ตามคำนิยามของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 276⁹ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนี้ เป็นกรณีที่บุคคลมิได้ปฏิบัติด้วยความระมัดระวังอันเป็นที่ต้องการในชีวิตประจำวัน ระดับความระมัดระวังเป็นสิ่งที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งจำเป็นในสังคม การวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำละเมิด วินิจฉัยจากวิญญูชนในสถานการณ์เดียวกันว่าในสถานการณ์เช่นนั้นเขาจะกระทำการอย่างไร ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ จะต้องถูกพิจารณาจากมาตรฐานที่คาดหมายได้ว่าสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ยึดถือปฏิบัติ (ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, 2539: 114-115)

⁹ " The debtor is responsible , unless otherwise provided, for recklessness and negligence. A person who does not exercise the care required in ordinary intercourse acts negligently . The provision of Section 827 and 828 apply

The debtor may not be released beforehand from responsibility for Recklessness" (Markesinis, 1990: 64)

4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของจำเลยกับความเสียหายของโจทก์ การกระทำรวมถึง การละเว้นการกระทำอาจก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดถ้าจำเลยมีหน้าที่ต้องกระทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นผลมาจากสัญญา หรือกฎหมายก็ได้ หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้ดเว้นหรือผู้เสียหายก็ได้

ตามหลักกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเป็นหลักการเดียวกันที่ใช้ในความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญา ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลจะมีขึ้นต่อเมื่อการกระทำของจำเลยเป็นเหตุเหมาะสมของความเสียหายหรือไปสู่ผลที่จะเกิดขึ้น เรียกหลักดังกล่าวว่า ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม(Doctrine of the Adequate Causal Connection) ถือว่าการกระทำของจำเลยจะเป็นเหตุก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นอย่างน้อยต้องเป็นเงื่อนไขของความเสียหาย กล่าวคือ ต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลอันเกิดจากการกระทำที่ถูกกล่าวหา และทฤษฎีความคาดเห็นได้ (Foreseeability Theory) ถือว่าการกระทำของจำเลยที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ และจำเลยจะต้องรับผิดในผลนั้นก็ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่คาดเห็นได้ (โสภณ รัตนกร :2539 150-151)

ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประνομข้อพิพาทในประเทศฝรั่งเศส

ความรับผิดทางละเมิดในประเทศฝรั่งเศส อยู่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสลักษณะละเมิด มาตรา 1382 ซึ่งเป็นแม่บทแห่งความรับผิดทางละเมิดได้บัญญัติว่า "การกระทำใดๆของมนุษย์อันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่น ย่อมบังคับผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้นให้ทดแทนความเสียหาย" (จิต เศรษฐบุตร , 2518 : 54) จะเห็นได้ว่าความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศสประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ 1. ต้องมีความเสียหาย 2. ต้องมีความผิด 3. ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดกับผลเสียหาย

1) ความเสียหาย (Le préjudice) ในเบื้องต้นจะมีความรับผิดทางละเมิดได้ต้อง ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นด้วย ทั้งนี้เพราะหลักความรับผิดทางละเมิดมีวัตถุประสงค์ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ไม่ใช่ลงโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิด หากไม่มีความเสียหายเพื่อบังคับให้ชดใช้ค่าทดแทนแล้วย่อมไม่มีความผิดทางละเมิด ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน กล่าวคือ จะต้องเกิดความเสียหายขึ้นอย่างแน่นอน ความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นในปัจจุบันหรืออนาคตก็ได้ ความเสียหายที่ไม่แน่นอน เป็นเหตุให้ฟ้องความผิดทางละเมิดไม่ได้ เพราะความเสียหายนั้นไม่

เป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิด หรือ ความเกี่ยวเนื่องระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและความเสียหายยังใกล้เคียงกันอยู่

2) ความผิด (La faute) ความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายฝรั่งเศสตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ความรับผิด ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ชนิด คือ ความผิดโดยจงใจ (des délits) กับความผิดโดยไม่จงใจ (des quasi - délits) หรือที่เรียกว่า กระทำโดยประมาท (imprudence) (จี้ด เศรษฐศาสตร์, 2518 : 101)

ความผิดโดยจงใจ (faute intentionnelle) เป็นการกระทำโดยตั้งใจให้เขาเสียหาย ศาลจะวิเคราะห์เช่นเดียวกับความผิดทางอาญาที่กระทำโดยเจตนาซึ่งต้องพิจารณาสภาพของจิตใจ (état d'âme) ของผู้ต้องหา เมื่อพบว่ามีความตั้งใจจะให้เขาเสียหายแล้ว จึงจะเรียกว่ามีความผิดที่จงใจหรือเจตนากระทำ ตามกฎหมายฝรั่งเศส ความผิดโดยเจตนา นั้น หมายถึง ความผิดที่กระทำขึ้นโดยประสงค์ต่อผล หากการกระทำนี้อาจรู้ถึงผลการกระทำ เพียงเท่านั้นยังไม่เรียกว่ามีเจตนา (intention)

ความผิดที่กระทำโดยไม่จงใจ หรือประมาทเล็กน้อย (faute non - intentionnelle) เป็นความล้าคัญผิดต่อความประพฤติ (une erreur de conduite) กล่าวคือ จะเรียกว่าผู้ใดมีความผิดต่อเมื่อเขาไม่ได้ประพฤติตามที่เขาควรจะทำหรือเขาไม่กระทำตามที่ตนควรจะทำ การวินิจฉัยความผิดที่กระทำโดยไม่จงใจหรือ ประมาท จะไม่นำความรู้สึกในใจของผู้ต้องหามาพิจารณา โดยต้องเอาบุคคลอื่นเทียบเคียงว่าเขาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้ต้องหาหรือไม่ ซึ่งศาลก็ต้องสมมุติตัวผู้ต้องหาขึ้น คือ บุคคลที่มีความระมัดระวัง และบุคคลสมมุตินี้ต้องอยู่ในสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายด้วย สภาพภายนอก (circonstance externe) คือ เหตุการณ์ต่างๆ ที่ไม่ได้มาจากตัวของผู้ก่อความเสียหาย (จี้ด เศรษฐศาสตร์, 2518 : 105-108)

จากการพิจารณาองค์ประกอบความผิด ในส่วนของความผิดที่ไม่จงใจหรือประมาทเล็กน้อยของผู้ประกอบวิชาชีพระนองข้อพิพาท ในการพิจารณาองค์ประกอบความผิด ของผู้ประกอบวิชาชีพระนองข้อพิพาทนั้นต้องปรากฏว่าผู้ประกอบวิชาชีพระนองข้อพิพาท จะมีความผิดต่อเมื่อ จงใจหรือประมาทเล็กน้อย ไม่ปฏิบัติตามเกณฑ์มาตรฐานเฉพาะในวิชาชีพตน ซึ่งมาตรฐานของวิชาชีพนี้เป็นที่ยอมรับว่าผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องรับรองถึงขนาดว่างานของตนต้องเป็นผลงานที่สมบูรณ์ที่สุด หรือ ใช้เทคนิคอย่างดีที่สุด ในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพเพียงแต่

ต้องมีความรู้ในทฤษฎีและกฎเกณฑ์ในศาสตร์ของตน ความรู้ทางเทคนิคต่างๆ และในทางปฏิบัติ ต้องมีความรอบรู้ในการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมข้อพิพาท ซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพประนอมข้อพิพาทต้องใช้ความระมัดระวังให้ได้ระดับถูกต้องตามทฤษฎีและหลักเกณฑ์ของตนเท่านั้น (จิต เศรษฐบุตร ,2518 :123)

3) ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหาย (Relation de cause à effect entre la faute et le préjudice) เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายนั้นมีได้มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ดังนั้นจึงเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจอย่างเต็มที่ในการพิจารณาพิพากษา โดยหลักถ้าความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและผลเสียหายไม่แน่นอน หรือไม่สามารถพิสูจน์ได้ก็จะถูกยกฟ้อง ซึ่งเป็นปัญหาในข้อเท็จจริงในการพิจารณาว่าความเสียหายสืบเนื่องมาจากการกระทำนั้นหรือไม่ ในประเทศฝรั่งเศสมีความเชื่อใน ทฤษฎีความผิด (Theory of Fault) คือ เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นความผิดแล้วต้องรับผิดเพื่อผลเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ซึ่งในบางกรณีจำเลยอาจต้องรับผิดมากเกินไป จึงเกิดแนวคิดทฤษฎีที่ใช้ในการวินิจฉัยอยู่ 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีเหตุเท่าเทียมกัน (L' équivalence des condition) และทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (La causalité adéquate) (จิต เศรษฐบุตร ,2518 :129) ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหายเช่นเดียวกับประเทศคอมมอนลอว์ซึ่งผู้ศึกษาได้กล่าวไว้แล้ว

3.1.2 แนวทางความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทในการรักษาความลับ

3.1.2.1 ความหมายของการรักษาความลับ

นियามการรักษาความลับตามพจนานุกรมฉบับภาษาอังกฤษของ Black' s Law Dictionary ให้คำอธิบายดังนี้

“Confidential: Intrusted with the confidence of another or with his secret affairs or proposes; inteded to be held in confidence or kept secret; done in confidence.”

“Confidentiality : State or quality of being confidential; treated as private and not for publication.”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า “Confidential” หมายถึง ความเชื่อถือ ความไว้วางใจต่อกันของบุคคลโดยมีเจตจำนงที่เก็บไว้เป็นความลับหรือรักษาความลับ ส่วน “Confidentiality” หมายถึง สถานะที่ได้รับความเชื่อถือให้รักษาความลับระหว่างบุคคลเป็นการส่วนตัวและไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน

การรักษาความลับในความหมายทั่วไปของกฎหมายไทย ให้คำอธิบายความหมายไว้ว่า “การรักษาความลับ” หมายถึงการมอบหน้าที่ให้บุคคลหนึ่งรักษาข้อเท็จจริงหรือวิธีการที่ไม่ประจักษ์แก่บุคคลทั่วไป และเป็นสิ่งที่เจ้าของประสงค์จะปกปิดเพื่อกิจการส่วนตัวของเจ้าของความลับ การปกปิดอาจเปิดเผยเฉพาะคนอื่นนอกจากคนที่รู้ความลับนั้นในวงจำกัด (จิตติ ติงศภทิพย์ ,2539:2156-2157)

3.1.2.2 ความลับในการประนอมข้อพิพาท

กระบวนการประนอมข้อพิพาทมีลักษณะที่สำคัญ คือเป็นโดยกระบวนการทั้งหมดอาศัยความยินยอม ตั้งแต่การเข้าร่วมของคู่กรณีพิพาทจนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการ ตลอดจนผลตัดสินใจใดๆที่ได้จากการประนอมข้อพิพาทเกิดขึ้นจากเจตจำนงของคู่กรณีพิพาท และไม่มีกฎหมายกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาหรือกฎหมายกำหนดว่าด้วยพยานหลักฐาน ดังเช่นการฟ้องคดีต่อศาล หรือการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามสิ่งหนึ่งที่กฎหมายให้ความสำคัญ คือ การรักษาความลับในกระบวนการและเอกสารข้อมูลต่างๆที่ได้จากการประนอมข้อพิพาท เนื่องจากเกรงว่าข้อมูลที่เกิดขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาท อาจถูกนำไปใช้หรือเปิดเผยในอนาคตซึ่งทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ ดังนั้นก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการประนอมข้อพิพาท คู่กรณีพิพาทจำเป็นต้องทราบอย่างชัดแจ้งถึงสิทธิและหน้าที่ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลซึ่งเปิดเผยหรือเกิดขึ้นในระหว่างกระบวนการประนอมข้อพิพาท

โดยปกติการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ทางจริยธรรมที่จะเคารพในการรักษาความลับ ไม่เปิดเผยข้อมูลสื่อสารที่สร้างขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตามหน้าที่ในทางกฎหมายยังมีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างกว่า มีการขยายขอบเขตในการรักษาความลับระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทกับคู่กรณีพิพาท และหน้าที่ต่อบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการประนอมข้อพิพาท การรักษาความลับนี้สามารถกระทำได้หลายทาง ทั้งทางสัญญาในส่วนข้อสัญญาฉบับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการประนอมข้อพิพาท หรือ คู่

กรณีอาจตกลงทำสัญญาเพื่อรักษาความลับที่เกิดจากกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาทแยกต่างหาก อีกฉบับหนึ่ง การปรับใช้ของกฎระเบียบที่ใช้บังคับในกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท หรือโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐให้หลักประกันในเรื่องการรักษาความลับพึงได้รับการเคารพในการเปิดเผยไม่ว่าในกระบวนการใดๆ ในอนาคต (Gurry, 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

การรักษาความลับเป็นสิ่งที่ควบคู่กับการดำเนินกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท หน้าที่ของการรักษาความลับโดยหลักแล้ว (The Function of Confidentiality) มี 2 ประการด้วยกัน

ประการแรก ในกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาทมุ่งที่จะช่วยเหลือให้คู่กรณีพิพาทเปิดเผยข้อมูลที่เป็นประเด็นปัญหา ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลหรืออนุญาตตุลาการ คือ ไม่มีการบังคับให้คู่กรณีพิพาทต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงให้ปรากฏแก่ทุกฝ่ายอำนาจในการตัดสินใจที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นมาจากความสมัครใจของคู่กรณี ทั้งนี้คู่กรณีพิพาทมีความเป็นอิสระที่จะถอนตัวจากกระบวนการนี้ได้ตลอดเวลา และไม่สามารถถูกบังคับให้เปิดเผยข้อมูลตลอดระยะเวลาที่เข้าร่วมในกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท ในสถานการณ์เช่นนี้จึงมีความจำเป็นที่ต้องวางหลักการรักษาความลับ เพื่อเป็นการประกันว่าข้อมูลใดๆ ที่มีการเปิดเผยในกระบวนการที่ไม่มีผลผูกมัด (Non-Binding Procedure) เช่นนี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีพิพาทในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายต่อไป ทำให้คู่กรณีมีความมั่นใจที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่ผู้ประนีประนอมข้อพิพาทซึ่งจะช่วยให้ผู้ประนีประนอมข้อพิพาทสามารถเสนอทางเลือกในการประนีประนอมอันเป็นที่พอใจกับคู่กรณีทุกฝ่ายและทำความตกลงกันได้

ประการที่สอง การรักษาความลับช่วยคุ้มครองผู้ที่เข้าร่วมในกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นผู้ประนีประนอมข้อพิพาท คู่กรณีพิพาท ตัวแทนหรือผู้ให้คำปรึกษาของคู่กรณีพิพาท ต่อการแสดงทัศนคติต่างๆ หรือคำแนะนำ ทำที่ในการยอมรับหรือการทำคำเสนอใดๆ ที่เกิดขึ้นในกระบวนการ มิให้เปิดเผยนอกเหนือไปจากในกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาทนี้ ถ้าปราศจากการรักษาความลับมีความเสี่ยงว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถจะนำข้อมูลที่ได้รับการประนีประนอมข้อพิพาทไปใช้ในกระบวนการระดับข้อพิพาทอื่น เช่น ทางศาล หรืออนุญาตตุลาการเพื่อพิสูจน์ตามคำฟ้องในลักษณะได้เปรียบทางข้อมูล ก่อให้เกิดอคติหรือกระทบต่อการต่อสู้คดีทางกฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่ง (Gurry, 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ในการพิจารณาความสัมพันธ์ของการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท มีข้อพิจารณาความสัมพันธ์ในการรักษาความลับแยกได้ 2 ระดับด้วยกัน ในระดับแรก เป็นความสัมพันธ์ในการรักษาความลับระหว่างผู้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาทด้วยกันเอง ระดับที่สอง เป็นความสัมพันธ์ในการรักษาความลับระหว่างผู้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาทที่มีต่อบุคคลภายนอกทั่วไป สามารถพิจารณาระดับความสัมพันธ์ในการรักษาความลับ ดังต่อไปนี้

1. การรักษาความลับของผู้เข้าร่วมภายในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับอนุญาโตตุลาการหรือการฟ้องคดีต่อศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่กรณีจะต้องตอบข้อซักถามและเสนอข้อมูลทั้งหมดต่อองค์คณะอนุญาโตตุลาการหรือศาลทั้งสองฝ่าย การพบปะเป็นการส่วนตัวหรือการสื่อสารระหว่างคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกับองค์คณะอนุญาโตตุลาการหรือศาลเพื่อซักถามข้อเท็จจริงในคดีเป็นสิ่งต้องห้าม ในขณะที่การประนอมข้อพิพาทมีลักษณะแตกต่างโดยสิ้นเชิง ภายใต้แนวคิดที่ว่าคู่กรณีเป็นผู้รับผิดชอบในการแก้ปัญหาข้อพิพาทด้วยตนเอง บทบาทของผู้ประนอมข้อพิพาทจึงต้องพยายามช่วยเหลือในการสื่อสารระหว่างคู่กรณีพิพาทให้สามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่น โดยมีจุดมุ่งหมายให้คู่กรณีสามารถตกลงระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง ในช่วงต้นของกระบวนการประนอมข้อพิพาทจะมีการพบปะและสื่อสารระหว่างคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกับผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นการส่วนตัว เรียกว่า *Caucuses* ในลักษณะเช่นนี้ผู้ประนอมข้อพิพาทจะกลายเป็นผู้รักษาข้อมูลซึ่งเป็นความลับจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งโดยข้อมูลนั้นไม่อยู่ในความรู้ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

การพูดคุยเป็นการส่วนตัวของคู่กรณีแต่ละฝ่ายกับผู้ประนอมข้อพิพาทมีการบัญญัติไว้ในข้อ 11 และ ข้อ 12 (c) ของ ¹⁰The American Arbitration Association Commercial Mediation

¹⁰ Article 11 The mediator shall be free to meet and to communicate separately with a party on the clear understanding that information given at such meetings and in such communications shall not be disclosed to the other party without the express authorization of the party giving the information.

Article 12(c), which is directed at the submission by one party to the mediator of specific written materials which that party considers to be confidential.

Rules (AAA Commercial Mediation Rules) และ WIPO Mediation Rules ได้กำหนดในข้อ 11 ยอมรับการแยกการประชุมระหว่างคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกับผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ในมาตรา 11 วางหลักว่าข้อมูลที่ถูกให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทในกระบวนการ Caucus หรือ การสื่อสารระหว่างคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกับผู้ประนอมข้อพิพาท ไม่อาจถูกเปิดเผยต่อคู่กรณีอีกฝ่าย เว้นแต่ว่าจะได้รับอำนาจอย่างแข็งขันจากคู่กรณีฝ่ายที่มอบความลับให้ว่าสามารถกระทำได้ กล่าวได้ว่าในการรักษาความลับของผู้ประนอมข้อพิพาทอำนาจในการเปิดเผยต่อคู่กรณีอื่นๆ ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่กรณีว่าเขารู้สึกถึงประโยชน์ของการเปิดเผยข้อมูลมากแค่ไหน ซึ่งถ้ามีความเห็นว่าข้อมูลนั้นไม่มีความสำคัญมากพอที่จะถือว่าเป็นความลับ คู่กรณีอาจจะอนุญาตผู้ประนอมข้อพิพาทให้เปิดเผยได้ (Gurry, 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

การรักษาความลับที่มีลักษณะพฤติการณ์เฉพาะเช่นนี้ ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงอยู่ในฐานะเป็นผู้รักษาความลับของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเป็นกรณีพิเศษกว่าปกติทั่วไปและหนี้หรือหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ประนอมข้อพิพาทตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานว่า ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่อาจกระทำการใดๆ หรือใช้ความสามารถของตนไม่ว่าในกระบวนการใดก็ตามที่มีสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น บทบัญญัติในข้อ 20 ของ WIPO Mediation Rules ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

“ ถ้าไม่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย หรือการให้อำนาจไว้เป็นลายลักษณ์อักษรของคู่กรณี ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่อาจกระทำการหรือใช้ความสามารถใดๆ ในการดำเนินกระบวนการในอนาคต ไม่ว่าจะกระบวนการทางตุลาการ อนุญาโตตุลาการ หรือ ลักษณะอื่นใดที่สัมพันธ์กับข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น” (World Arbitration and Mediation Report, 1995 :104-105)

หลักการที่บัญญัติไว้ในข้อ 20 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันผู้ประนอมข้อพิพาทจากการกระทำการในสถานะทนายความในภายหลัง โดยนำข้อเท็จจริงเดียวกันที่ได้รับรู้ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทไปใช้ในการฟ้องคดีต่อศาลภายหลัง ยกตัวอย่างในสหรัฐอเมริกาศาลได้วางบรรทัดฐานไว้ในคดี Poly Software International, Inc V. Su (Utah 1995) ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในงาน Computer Software ระหว่างบริษัทกับอดีตลูกจ้าง 2 คน ซึ่งคู่กรณีทุกฝ่ายต่างยินยอมให้ใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาท หลังจากมีการประชุมประนอมข้อพิพาทหลายครั้ง รวมทั้งการประชุมเป็นการส่วนตัวของคู่กรณีกับผู้ประนอมข้อพิพาท ข้อพิพาทสามารถตกลงกันได้ คู่กรณีแต่ละฝ่ายยังคงดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ต่อไปและได้ทำงานในองค์กรอื่นๆ ด้วย ต่อมาเมื่อมีข้อพิพาทใหม่เกิดขึ้นเนื่องจากบริษัทอ้างว่าอดีตลูกจ้างหนึ่งใน

สองคนนั้นเป็นบุคคลซึ่งเคยรวบรวมข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีการให้ลิขสิทธิ์มาใช้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย คือนำมาพัฒนาให้แก่องค์กรหนึ่งซึ่งตนทำงานอยู่ โดยข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ใช้โดยมิชอบนี้ถูกนำมาฟ้องเป็นคดีใหม่ต่อศาล ซึ่งเป็นเรื่องที่เคยประชุมและสนทนาระหว่างการประนอมข้อพิพาท ในคดีใหม่นี้ผู้ประนอมข้อพิพาทรับหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของอดีตลูกจ้าง

ศาลมีความเห็นว่าคุณสมบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทไม่เหมาะสมในการทำหน้าที่ ในฐานะทนายความที่ปรึกษา โดยกล่าวว่า “ถึงแม้ผู้ประนอมข้อพิพาทจะปฏิบัติหน้าที่ได้หลายวิธีในฐานะผู้ประสานงานที่มีความเป็นกลางอย่างสมบูรณ์แล้ว แต่ผู้ประนอมข้อพิพาทยังต้องคำนึงถึงบทบาทของตนในฐานะเป็นผู้รักษาความลับอยู่” ในคดีนี้ผู้พิพากษาพบว่าผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับข้อมูลที่เป็นความลับซึ่งมีผลอย่างยิ่งต่อคดี ศาลพิจารณาแล้วได้ตัดสินว่า

“ในสถานการณ์ที่ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับข้อมูลซึ่งเป็นความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ควรเสนอข้อมูลที่ตนรับรู้มาเปิดเผยต่อบุคคลอื่น ซึ่งอาจมีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกันและถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ถ้าคู่กรณีทุกฝ่ายในการประนอมข้อพิพาทไม่ได้ให้ความยินยอมภายหลังจากการเปิดเผย” (World Arbitration and Mediation Report ,1995 :107-108)

จากคดีข้างต้นเห็นได้ชัดว่าการปฏิบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทในฐานะทนายความที่ปรึกษาให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายโดยปราศจากความยินยอมของคู่กรณีทุกฝ่ายเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม แต่ในกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำในฐานะอนุญาโตตุลาการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทใหม่ซึ่งเป็นเรื่องเดียวกันหรือมีบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเดิมในลักษณะเช่นนี้มีความเห็นที่แตกต่างกันตามแนวความคิดการระงับข้อพิพาทในแต่ละประเทศ บางประเทศมีความคิดว่าอนุญาโตตุลาการอาจจะเปลี่ยนสถานะมาเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทได้ แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทมาแล้ว ไม่ควรกลับมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเรื่องเดียวกันหรือมีความเกี่ยวข้องกันได้ กฎเกณฑ์นี้ปรากฏอยู่ในข้อ 20 ของ WIPO Mediation Rules , ICC Rules of Option Conciliation และ UNCITRAL Conciliation Rules เป็นต้น อย่างไรก็ตามผู้ประนอมข้อพิพาทอาจรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยอำนาจของคู่กรณีที่ตกลงกันแต่งตั้งให้ผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นอนุญาโตตุลาการในภายหลัง ถ้าคู่กรณีไม่ประสบผลสำเร็จในการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท ได้มีผู้แสดงทัศนะในทางตรงข้ามว่า โดยลักษณะตามปกติของผู้ประนอมข้อพิพาทถือว่าเป็นผู้รักษาความลับ

จึงไม่สอดคล้องกับการเป็นอนุญาโตตุลาการที่ต้องทำการโดยอิสระ (Independent) และไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (Impartial) (Page,1997:<http://www.arbiter.wipo.int/events/conference/1997/page.htm>.)

อย่างไรก็ตาม พบว่าในกลุ่มประเทศทางเอเชียส่วนหนึ่งยอมรับแนวคิดผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถรับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการได้ ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของสาธารณประชาชนจีนในมาตรา 6¹¹ และ กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่นได้บัญญัติในมาตรา 136¹² เนื่องจากอิทธิพลของวัฒนธรรมในการระงับข้อพิพาทของชุมชนภายใต้ความเชื่อว่าการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาจะระหว่างคู่กรณีจะได้รับประโยชน์มากกว่าการตัดสินใจที่กำหนดขึ้นโดยคณะบุคคลภายนอก

2. ความสัมพันธ์ในการรักษาความลับระหว่างผู้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาทที่มีต่อบุคคลภายนอกทั่วไป ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมข้อพิพาทสามารถได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายจากการเปิดเผยภายนอกกระบวนการประนอมข้อพิพาท โดยมีหลักการที่สำคัญ 3 ประการ เพื่อใช้ในการกำหนดขอบเขตของการรักษาความลับ ได้แก่ ข้อมูลที่ถือว่าให้รักษาเป็นความลับ บุคคลที่ต้องผูกพันในการรักษาความลับ ข้อยกเว้นในการรักษาความลับ

¹¹ Article 6 " In trying cases, the People's courts should stress mediation; when mediation efforts are not effective, the court should issue its decision in a timely manner."

¹² Article 136 " [1] The court may, whatever stage the suit may be in, attempt to carry out compromise or have a commissioned judge or an entrusted judge try the same.

(2) The court, a commissioned judge or an entrusted judge may for compromise order the principal party or his legal representative to appear before court."

1. ข้อมูลที่ถือว่าให้รักษาเป็นความลับ ตามปกติจะมีการระบุไว้ในกฎหรือข้อบังคับที่นำมาใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาทของสถาบันหรือองค์กรต่างๆ และ ในสัญญาประนอมข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาททำขึ้นโดยกำหนดว่าข้อมูลทั้งหมดหรือบางส่วนที่กระทำขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทให้รักษาเป็นความลับ อาจกล่าวได้ว่า เมื่อมีการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ไม่ว่าจะการเปิดเผยข้อความใดๆ และการสื่อสารที่ทำขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทตลอดจนข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้จากการระงับข้อพิพาทก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ

บทบัญญัติ WIPO Mediation Rules ในข้อ 15 ได้ให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลในการระงับข้อพิพาททั้งหมด และกำหนดให้บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท ต้องรักษาความลับจากการระงับข้อพิพาท และข้อมูลต่างๆที่เกี่ยวข้องหรือได้รับมาระหว่างเข้าร่วมระงับข้อพิพาท

การกำหนดขอบเขตข้อมูลที่ต้องรักษาเป็นความลับโดยให้ครอบคลุมข้อมูลทั้งหมดในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากคู่กรณีเกรงว่าในกรณีที่การระงับข้อพิพาทโดยการระงับข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ จะมีการนำข้อมูลที่ได้จากการระงับข้อพิพาทไปใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้ระงับข้อพิพาทเอง คือ เมื่อคู่กรณีไม่ไว้วางใจตัวผู้ระงับจะทำให้การเจรจาเป็นไปได้ยากและส่งผลกระทบต่อการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นในอนาคต เช่นในการฟ้องต่อศาล จึงมีหลักเกณฑ์ 3 ประการที่ใช้ในการพิจารณาว่าข้อมูลนั้นเป็นความลับหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นบุคคลที่เข้าร่วมในการระงับข้อพิพาทจะต้องมีหน้าที่รักษาความลับดังกล่าว (Gurry, 1996 : <http://www.arbiter.wipo.int>)

ประการแรก ข้อมูลที่จะถือว่าเป็นความลับและได้รับการคุ้มครองจะต้องมิใช่ข้อมูลซึ่งสาธารณะชนทั่วไปเป็นเจ้าของ (Public Domain Information) ดังนั้นถ้าข้อมูลนั้นคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายสามารถทราบได้จึงไม่ถือว่าเป็นหน้าที่รักษาความลับที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้น

ประการที่สอง การนำเสนอข้อมูลของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในกระบวนการระงับข้อพิพาท จะไม่ได้รับการคุ้มครองในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายนั้นเคยใช้ข้อมูลนั้นอย่างเปิดเผยมาก่อน ยกตัวอย่างเช่น คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอ้างถึงการละเมิดสัญญาในการระงับข้อพิพาท ซึ่งก่อนที่จะระงับข้อ

พิพาทมีการพยายามเจรจาหรือฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ดังนั้นการรักษาความลับจะไม่คุ้มครองคู่กรณีในการกล่าวอ้างนอกเหนือในกระบวนการประนอมข้อพิพาท

ประการที่สาม การรักษาความลับไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป ถ้าข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการประนอมข้อพิพาทคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเปิดเผยและต่อมาไม่ได้ขัดขวางการใช้ข้อมูลนั้นโดยบุคคลที่สามหรือ บุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาท

2. บุคคลที่จะต้องผูกพันตนในการรักษาความลับ การกำหนดว่าบุคคลใดที่จะต้องผูกพันตนในการรักษาความลับ เป็นหลักประกันอย่างหนึ่งว่าการรักษาความลับเป็นหลักการสำคัญในกระบวนการประนอมข้อพิพาทและจะมีอยู่ตลอดเวลาที่ดำเนินกระบวนการ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องในการประนอมข้อพิพาทควรมีหน้าที่ผูกพันในการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท ข้อ 15 ของ WIPO Mediation Rules ได้กล่าวถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องในการประนอมข้อพิพาท ได้แก่ ผู้ประนอมข้อพิพาท คู่กรณีพิพาท ตัวแทนและผู้ให้คำแนะนำของคู่กรณีพิพาท ผู้เชี่ยวชาญพิเศษ และ บุคคลอื่นๆซึ่งปรากฏตัวระหว่างการประชุมของคู่กรณีพิพาทกับผู้ประนอมข้อพิพาท ทั้งนี้กฎเกณฑ์ต่างๆที่ใช้ในการประนอมข้อพิพาทคู่กรณีพิพาทสามารถนำมาบัญญัติไว้ในสัญญาประนอมข้อพิพาทเพื่อให้มีผลผูกพันนอกเหนือจากคู่กรณีและผู้ประนอมข้อพิพาท กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นที่มีหน้าที่ผูกพันต่อกัน แต่ในการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาทจะขยายความผูกพันไปถึงผู้เชี่ยวชาญอิสระ และบุคคลที่สามที่มีความเกี่ยวข้องในกระบวนการนี้ด้วย อย่างไรก็ตามแม้มีการระบุไว้ในข้อสัญญาว่าการรักษาความลับให้มีผลผูกพันยังบุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องด้วย คู่กรณีก็ควรให้บุคคลที่สามลงนามในข้อตกลงว่าด้วยการรักษาความลับ (Confidentiality Agreements) เพื่อที่จะให้มีผลบังคับถูกต้องตามกฎหมาย เป็นการป้องกันในกรณีที่ศาลในบางประเทศปฏิเสธว่าบุคคลหนึ่งไม่มีหน้าที่หรือคาดหมายได้ว่ามีหน้าที่ในการรักษาความลับตามที่คู่กรณีได้กล่าวอ้าง

3. ข้อยกเว้นในการรักษาความลับ โดยปกติกระบวนการประนอมข้อพิพาทบุคคลมีหน้าที่รักษาความลับในข้อเท็จจริงที่มีความสัมพันธ์กับการประนอมข้อพิพาท แต่ในบางสถานการณ์บุคคลอาจไม่มีหน้าที่ในการรักษาความลับ จากการศึกษาสามารถสรุปข้อยกเว้นได้ 4 ประการดังต่อไปนี้ (Macturk, 1995: 24-28)

ข้อยกเว้นประการแรก โดยความตกลงของคู่กรณีให้ข้อมูลนั้นเป็นเรื่องทั่วไปซึ่งไม่เป็นความลับ และสามารถเปิดเผยต่อสาธารณชนได้โดยไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการประนอมข้อพิพาทในเรื่องการรักษาความลับ

ข้อยกเว้นประการที่สอง เพื่อบังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาทที่ได้จากการประนอมข้อพิพาท อนุญาตให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงในกระบวนการประนอมข้อพิพาทและข้อตกลงระดับข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันต่อสาธารณะได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อหน้าที่รักษาความลับหากกระทำเพื่อไต่สวนข้อเท็จจริงในการบังคับตามสัญญาระดับข้อพิพาท เนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญของการรักษาความลับ คือ การช่วยให้คู่กรณีเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนภายใต้กระบวนการซึ่งไม่มีผลผูกมัด และให้โอกาสคู่กรณีในการพิจารณาค้นหาความเป็นไปได้ที่จะตกลงระดับข้อพิพาทด้วยตนเอง เมื่อสามารถทำความเข้าใจข้อตกลงระดับข้อพิพาทได้ การบังคับให้เป็นไปตามความตกลงระดับข้อพิพาทโดยไม่ยอมให้เปิดเผยความลับใดๆ ภายในกระบวนการประนอมข้อพิพาทจึงเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับหน้าที่ข้างต้น

ข้อยกเว้นประการที่สาม หลักนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ในแต่ละประเทศได้ให้คำจำกัดความ คำว่า "นโยบายสาธารณะ" แตกต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศอังกฤษ ในการใช้ข้อยกเว้นทั่วไปของการรักษาความลับตามกฎหมายอังกฤษได้พัฒนาภายใต้หลักการที่ว่า "there is no confidence as to the disclosure of inequity" หลายประเทศมีการยอมรับถึงหลักการพื้นฐานทั่วไปที่ว่า สามารถเปิดเผยข้อมูลได้แม้จะระบุให้รักษาเป็นความลับหากการเปิดเผยนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Gurry, 1996 : <http://www.arbiter.wipo.int>)

ข้อยกเว้นประการที่สี่ การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการประนอมข้อพิพาทโดยคำสั่งศาลหรือโดยกฎหมายให้เปิดเผย ในกรณีการเปิดเผยโดยคำสั่งศาล ศาลมีความจำเป็นที่จะต้องชี้แจงว่าระหว่างความสำคัญของการเปิดเผยความลับทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการประนอมข้อพิพาทในฐานะเป็นพยานหลักฐานต่อศาล และ ประโยชน์ของการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท ยกตัวอย่างในคดีทรัพย์สินทางปัญญา คู่กรณีพิพาทเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นนอกจากศาล (ADR) ปรากฏอยู่ในคดี Hayworth Inc. Vs Steelcase Inc. 12 F.3d 1090 (1993). เป็นการฟ้องให้รับผิดชอบในการละเมิดสิทธิบัตร 2 ครั้งด้วยกัน โดยการฟ้องครั้งแรกเกิดขึ้นในปี 1985 Hayworth Inc. ฟ้อง Steelcase Inc. ว่าละเมิดสิทธิบัตรของ Hayworth และในปี 1989 Steelcase Inc ฟ้อง Hayworth Inc. ว่าละเมิดสิทธิบัตรของ Steelcase เช่นเดียว

กัน ในคำตัดสินของศาลในคดีแรกให้สิทธิบัตรของ Hayworth มีผลสมบูรณ์ สามารถบังคับได้และ ถูกละเมิดจริง ส่วนประเด็นพิจารณาที่เหลืออื่นๆ ให้รวมกับคดีที่สอง ซึ่งต่อมาคู่กรณีตกลงกันใช้ การระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาลที่เป็นความลับ และ เอกสาร การให้การของพยานและข้อมูลอื่นๆ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ ADR จะถูกรักษาเป็นความลับ

ในปี 1992 Hayworth ฟ้องบุคคลที่สามคือ บริษัท HMI ว่าละเมิดสิทธิบัตรในข้อเท็จจริง เดียวกับที่ เคยฟ้อง Steelcase Inc. ดังนั้นบริษัท HMI จึงอ้างพยานหลักฐานที่เกิดจากการฟ้อง คดีต่อศาลระหว่าง Hayworth กับ Steelcase รวมทั้งข้อมูลที่เกิดขึ้นในกระบวนการ ADR ด้วย บริษัท HMI จึงอ้างสิทธิที่จะเข้าไปในคดี Hayworth กับ Steelcase เพื่อขอเอกสารทั้งหมด ซึ่งคาด หมายว่าข้อมูลที่เกิดขึ้นจะแสดงถึงการประเมินเงินค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตร นโยบายของ Hayworth ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ความสำเร็จในด้านผลกำไรและทางการค้าของสินค้าที่มีสิทธิ บัตร ข้อดีของสินค้าที่มีสิทธิบัตรเมื่อเปรียบเทียบกับสินค้าเดิม และค่าใช้จ่ายในการคิดค้นสิ่ง ประดิษฐ์ทางอุตสาหกรรมขึ้นใหม่

ศาลอุทธรณ์สหพันธรัฐแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินโดยปฏิเสธคำขอของบริษัท HMI ที่จะ กระทำเช่นนั้น โดยยกเหตุผล 2 ประการแรก ประการแรกคือ การเข้ามาในคดีของบริษัท HMI ไม่มี ความชอบธรรมเพียงพอที่จะกระทำได้ ศาลวางหลักไว้ว่าผลประโยชน์สาธารณะไม่ควรทำลาย หลักการรักษาความลับในกระบวนการ ADR ซึ่งเป็นนโยบายของรัฐที่จะส่งเสริมให้มีการระงับข้อ พิพาทโดยเอกชนเอง เพื่อลดจำนวนคดีในศาล และ ผลของการระงับข้อพิพาทนั้นสร้างความพึงพอ ใจแก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่าย ประการที่สอง คือ การอ้างหลักการรักษาความลับ ศาลกล่าวว่า " จริย ธรรมใน ADR มีความแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาล โดยลักษณะของกระบวนการ ADR เป็น การหาจุดพึงพอใจร่วมกันของคู่กรณี ความยินยอมที่มาจากคู่กรณีเป็นผลมาจากการได้รับรู้และ เข้าใจในเนื้อหาของข้อมูลหรือท่าทีของคู่กรณีแต่ละฝ่าย ดังนั้นเหตุผลที่จะขอใช้ข้อมูลในกระบวนการ ADR จึงไม่สามารถใช้ได้" (Gurry, 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

สรุปได้ว่าลักษณะของข้อยกเว้นให้สามารถเปิดเผยความลับในการประนอมข้อพิพาทสอง ประการข้างต้นต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบและการตีความเรื่องหน้าที่ตามหลักสัญญา ส่วน ข้อยกเว้นสองประการหลังเป็นผลมาจากกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (Mandatory Law) ในแต่ละ ประเทศ ซึ่งมีความแตกต่างกันตามเขตอำนาจศาลถึงการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการรักษา ความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท

ในประเทศคอมมอนลอว์การรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทมีหลักปฏิบัติและทฤษฎีที่ให้ความคุ้มครองความลับในการประนอมข้อพิพาท แยกได้ดังนี้ (Kirtley, 1995 : <http://www.lexis-nexis.com/univere>)

1. การกำหนดความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทกรณีเปิดเผยความลับในการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจรับผิดได้โดยผลของสัญญา สัญญาอาจถูกทำขึ้นตั้งแต่เริ่มต้นประนอมข้อพิพาทหรือระหว่างการประนอมข้อพิพาทโดยกำหนดในสัญญาให้ผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีพิพาทมีหน้าที่ตามสัญญาในการรักษาความลับ ดังนั้นคู่สัญญาจึงผูกพันตนในการรักษาความลับ หากคู่สัญญาละเมิดไม่ปฏิบัติตามสัญญาสามารถเรียกให้รับผิดได้ แต่มีข้อเสียของการคุ้มครองความลับประเภทนี้ คือ คู่สัญญาอาจจะไม่ได้รับการคุ้มครองในกรณีมีการเปิดเผยโดยบุคคลที่สามซึ่งรับรู้ข้อมูลในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เนื่องจากสัญญามีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาเท่านั้นไม่ผูกพันถึงบุคคลภายนอกสัญญา และ ข้อมูลที่เกิดขึ้นในการประนอมข้อพิพาทอาจถูกใช้ในฐานะเป็นพยานได้ถ้าศาลเห็นว่าสัญญาระหว่างปัจเจกชนขัดต่อนโยบายสาธารณะและการนำมาใช้เป็นพยานจะก่อให้เกิดความยุติธรรมในการตัดสิน

2. การกำหนดความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทกรณีเปิดเผยความลับในการประนอมข้อพิพาทโดยบทบัญญัติของรัฐ ในแต่ละรัฐมีระดับการคุ้มครองที่แตกต่างกัน เช่น ในกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทนอกศาลของมลรัฐ Texas มีบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับจากการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เอกสารการบันทึกต่างๆ ที่ใช้ในกระบวนการนี้ ถือเป็นความลับ ตลอดจนผู้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาททุกคนจะไม่ถูกเรียกเป็นพยานให้ปากคำต่อศาล หรือกระบวนการอื่นใดที่ขัดต่อการรักษาความลับ และยังคุ้มครองการเปิดเผยข้อมูลที่เกิดขึ้นระหว่างการประนอมข้อพิพาทต่อบุคคลทั่วไป รวมทั้งต่อศาล อัยการ และตัวแทนของหน่วยงานฝ่ายบริหาร

3. การคุ้มครองตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ในการพิจารณาคดีของศาลมีหลักกฎหมายในเรื่อง พยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีที่จะต้องนำสืบ (Relevancy Rule) ซึ่งมีหลักการให้ศาลสามารถปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นภายใต้ข้อสันนิษฐานว่า ข้อมูลที่เสนอเป็นพยานไม่มีความเกี่ยวข้องกับที่โจทก์กล่าวอ้างไว้ ในประเทศที่ใช้กฎหมายซีวิลลอว์หลักกฎหมายนี้มีความหมายกว้างขวาง และกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์มีชัดแจ้ง การตีความจึงต้องอาศัย

คำพิพากษาของศาลเป็นหลัก ส่วนในประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์นั้น มีหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลซึ่งวางแนวในเรื่อง Relevancy ไว้ค่อนข้างชัดเจน ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาคดีเป็นระบบลูกขุน ดังนั้นจึงมีกฎเกณฑ์ในการนำเสนอพยานหลักฐานค่อนข้างเคร่งครัด พยานหลักฐานบางประเภทถึงแม้จะเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีแต่มีอันตรายที่จะทำให้ลูกขุนซึ่งเป็นผู้พิจารณาคดี เพราะอาจทำให้สับสนหรือไขว้เขวในประเด็นแห่งคดีได้ พยานหลักฐานบางประเภททำให้ลูกขุนเกิดอคติได้ง่าย ดังนั้นกฎหมายคอมมอนลอว์จึงให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการพิจารณารับหรือไม่รับพยานหลักฐานจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท โดยซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับกับข้อเสียที่จะเกิดขึ้น (พรเพชร วิชิตชลชัย , 2542 : 124)

ยกตัวอย่างหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่อง Relevancy ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เช่น ข้อตกลงชดใช้ค่าเสียหายที่มีการประนีประนอมยอมความ เมื่อมีการผิดกฎหมายในทางแพ่งไม่ว่าเป็นสัญญาหรือละเมิด กฎหมายมีนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ที่จะให้คู่กรณีเจรจาประนอมข้อพิพาทกันก่อนนำข้อพิพาทฟ้องต่อศาล สังคมต้องการให้คู่กรณีพิพาทสามารถทำความตกลงโดยใช้ความพยายามในการระงับข้อพิพาททางเอกชนก่อนเมื่อไม่สามารถเยียวยาได้จึงจะขอความเป็นธรรมจากรัฐ ดังนั้นถ้าสิ่งที่เกิดจากการเจรจาประนอมข้อพิพาทส่งผลร้ายต่อเขา โดยนำไปเป็นพยานหลักฐานได้เช่นนี้ก็จะไม่มีใครปฏิบัติตามที่สังคมต้องการต่อไป กฎหมายจึงห้ามนำเสนอพยานหลักฐานในลักษณะดังกล่าว หรือพยานหลักฐานเกี่ยวกับบุคลิกลักษณะของคู่กรณีที่ประนอมข้อพิพาท กฎหมายห้ามนำเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับบุคลิกลักษณะของบุคคล (Character) ว่าเขากระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามบุคลิกลักษณะของเขา เช่น ในการพิสูจน์ว่าเขากระทำผิดฐานฉ้อโกง จะนำสืบพยานหลักฐานว่าเขามีบุคลิกลักษณะเป็นคนซื่อสัตย์ไม่ได้ (พรเพชร วิชิตชลชัย , 2542 : 126)

4. การให้เอกสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลักษณะพยาน ถึงแม้ผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีพิพาทได้ทำสัญญารักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่ทำขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาทต่อบุคคลภายนอก แต่ไม่มีหลักประกันว่าจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์จึงมีความจำเป็นต่อการรักษาความลับ ในคดี Nguyen V. Kissinger 1975 ผู้พิพากษา Joseph Macaluso มีความเห็นต่อการรักษาความลับและการให้เอกสิทธิ์ว่า ความสำเร็จของผู้ประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาท สิ่งหนึ่งขึ้นอยู่กับความสามารถในการแลกเปลี่ยนข้อมูลของคู่กรณีพิพาทอย่างเสรีปราศจากความกลัวว่าจะถูกเปิดเผยในภายหลัง โดยมีผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็น

บุคคลที่สามที่เป็นกลางช่วยให้การแลกเปลี่ยนนั้นสามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่น ดังนั้นการให้เอกสิทธิ์การประนอมข้อพิพาทมีความจำเป็นต่อผู้ประนอมข้อพิพาทในการรักษาความเป็นกลาง (Engelbart , 1995: <http://www.lexis-nexis .com/univere>.)

มีคดีเกี่ยวกับการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาทจำนวนหนึ่งที่ช่วยพัฒนาหลักเอกสิทธิ์การประนอมข้อพิพาท ยกตัวอย่างในคดี Swidler V. Berlin และ คดีที่ไม่สามารถเปิดเผยชื่อได้ ศาลแสดงให้เห็นความจำเป็นของพยานหลักฐานที่มาจากการประนอมข้อพิพาทเพื่อสนับสนุนการให้เอกสิทธิ์รูปแบบใหม่ หรือจำกัดการใช้เอกสิทธิ์ที่มีอยู่เดิม ความมีคุณค่าการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาทช่วยให้เกิดความยุติธรรมและความมีประสิทธิภาพของกระบวนการนี้ และในคดี Upjohn Co. V. United State ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาอ้างเอกสิทธิ์ควรอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี และขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์ควรพัฒนาในลักษณะคดีแต่ละเรื่อง ในการคุ้มครองข้อความระหว่างการประนอมข้อพิพาท ข้อความระหว่างการประชุมฝ่ายเดียว หรือการประชุมร่วมกันทั้งหมด และการสรุปผลการระงับข้อพิพาท การให้เอกสิทธิ์อาจถูกนำไปใช้ในทางที่ผิดได้ จึงต้องกำหนดข้อยกเว้น เช่น กรณีที่คู่กรณีพิพาทถูกผู้ประนอมข้อพิพาทข่มขู่หรือขู่ฉ้อ หรือการกระทำที่มีขบด้วยกฎหมาย ผู้ประนอมไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้

ปัจจุบันในสหรัฐอเมริกามีกฎหมายมากกว่า 250 ฉบับที่บัญญัติในเรื่องการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท (Hughes H, 2001: <http://www.lexis-nexis .com/univere>.) แยกเป็นกฎหมายคุ้มครองการเปิดเผยความลับโดยทั่วไป และ กฎหมายลักษณะพิเศษในการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท ในรูปแบบกฎหมายมลรัฐที่กำหนดการให้เอกสิทธิ์ในการประนอมข้อพิพาทในข้อมูลใดๆที่สร้างขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาทจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในภายหลังหากมีการฟ้องคดีต่อศาล กฎหมายในแต่ละมลรัฐก็มีระดับการคุ้มครองการรักษาความลับในกระบวนการที่ไม่เท่ากัน ดังนั้นในเวลาต่อมาจึงมีการจัดทำร่าง Uniform Mediation Act (U.M.A) กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองในการรักษาความลับ โดยบัญญัติเรื่องการให้เอกสิทธิ์ ข้อยกเว้น และการระงับการให้เอกสิทธิ์

3.1.2.3 เหตุผลและความจำเป็นในการรักษาความลับและหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่

เหตุผลและความจำเป็นในการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท

ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทการยอมเปิดเผยความลับให้ผู้ประนอมข้อพิพาททราบถือเป็นหัวใจสำคัญที่ทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทได้เร็วขึ้น เพราะเมื่อคู่กรณีพิพาทปราศจากความกลัวว่าข้อมูลการสนทนาที่เกิดขึ้นในระหว่างการประนอมข้อพิพาทจะถูกเปิดเผย ทำให้คู่กรณีพิพาทยอมเปิดเผยในสิ่งที่ฝ่ายตนต้องการซึ่งช่วยให้การทำงานของคู่ประนอมข้อพิพาทสะดวกยิ่งขึ้นในการแก้ไขข้อพิพาท แต่ในขณะเดียวกันต้องยอมให้เปิดเผยถ้าจำเป็นต้องรักษาเพื่อประโยชน์มหาชน ดังนั้นหากมีการเปิดเผยความลับในการประนอมข้อพิพาทโดยไม่มีเหตุผลอันควรจะทำให้ประสิทธิภาพของกระบวนการนี้ลดน้อยลง จึงควรมีการกำหนดมาตรการในการรักษาความลับของคู่กรณีพิพาท หรือพยานเอกสารต่างๆที่มอบหรือใช้ในกระบวนการประนอมข้อพิพาท หากมีผู้ที่มีหน้าที่รักษาความลับนำไปเปิดเผยโดยไม่สมควรภายหลังที่มีการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท ควรได้รับการลงโทษตามกฎหมายเว้นแต่ เป็นเรื่องที่มีเหตุผลอันสมควรสามารถเปิดเผยได้

เหตุผลสำคัญที่คู่กรณีพิพาทเลือกใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาท คือเรื่องการรักษาความลับเพราะข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ยอมให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกเพราะอาจกระทบต่อสัญญาที่ตนมีอยู่แล้ว หรืออาจจะมีขึ้นในอนาคตเพราะคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องอาจขอให้ใช้หลักปฏิบัติโดยทั่วไปเช่นเดียวกับคู่กรณีพิพาทเคยปฏิบัติกัน

ปัจจุบันมีผู้เสนอแนวคิดในการนำวิธีการประนอมข้อพิพาทเพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาททางทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น โดยเน้นไปที่เหตุผลของการรักษาความลับและความเป็นส่วนตัวของการประนอมข้อพิพาทว่ามีความเหมาะสม โดยมีเหตุผลสนับสนุนการใช้วิธีประนอมข้อพิพาท 2 ประการ คือ

1. ในเรื่องการรักษาความคุ้มครอง และการป้องกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยการพิจารณาที่กระทำโดยลับ และไม่เปิดเผยคำตัดสินหรือชี้ขาด สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาถือว่าเป็น ความลับทางการค้า (Trade Secret) ซึ่งอาจได้แก่ข้อมูลเกี่ยวกับ Know - How เช่น สูตร

ทางเคมี เทคนิคในทางช่าง หรือกระบวนการผลิตอุตสาหกรรม เป็นต้น โดยเจ้าของข้อมูลดังกล่าวอาจจะไม่ต้องขอความคุ้มครองจากกฎหมายสิทธิบัตร เพราะจะต้องมีการจดทะเบียน โดยจะต้องแลกเปลี่ยนข้อมูลให้แก่รัฐ หรือข้อมูลบางอย่างอาจจะยังไม่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร (ณัฐวุฒิ ไบบัว , 2543 : 11) ดังนั้นจึงถือว่าเป็นข้อมูลที่เป็นความลับของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ต้องการเปิดเผยให้บุคคลอื่นทราบการใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาทจึงมีความเหมาะสมอย่างยิ่ง

2. เรื่องการคุ้มครองประโยชน์ในเชิงธุรกิจของคู่กรณีในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยมุ่งรักษาความลับทางการค้า การประนอมข้อพิพาทเข้ามามีบทบาทในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาไม่ต้องการให้คู่แข่งทางการค้าเข้ามาหาประโยชน์จากข้อพิพาททางทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีข้อมูลที่เป็นความลับ เช่น แผนการผลิตเครื่องจักรชนิดใหม่ หรือการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบใหม่ การประนอมข้อพิพาทคู่กรณีสามารถกำหนดบุคคลที่เกี่ยวข้องในการประนอมข้อพิพาทได้ และกระบวนการประนอมข้อพิพาทเพื่อให้บรรลุความตกลงในการระงับข้อพิพาทก็มีลักษณะไม่เปิดเผย ทำให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาไม่เกิดความเสียเปรียบในการแข่งขันกับคู่แข่งทางการค้า ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาในศาลซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกเข้าฟังได้ และมีการเปิดเผยคำพิพากษา ย่อมทำให้สถานะของข้อมูลนั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไป และส่งผลให้ข้อมูลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายความลับทางการค้า

สำหรับเหตุผลและความจำเป็นในการรักษาความลับในการประนอมข้อพิพาท สามารถอธิบายได้ 2 ประการ คือ

- ประการแรก เหตุผลในเชิงวัตถุประสงค์ของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้
- ประการที่สอง เหตุผลในทางจริยธรรม

ประการแรก เหตุผลในเชิงวัตถุประสงค์ของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ เนื่องจากปัจจุบันมีผู้นิยมใช้วิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลมากขึ้น เพราะมีความสะดวก รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และรักษาความลับได้ดีกว่า การประนอมข้อพิพาทก็เป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาททั่วไปภายในประเทศ และขยายไปสู่ข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเหตุผลที่ว่าการรักษาความลับเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ การที่คู่กรณีจะประสบความสำเร็จในการทำความตกลงระงับข้อพิพาทได้ การประนอมข้อพิพาทต้องมีลักษณะเป็นกระบวนการที่สร้างหรือสนับสนุนให้คู่กรณีพิพาทมีความรู้สึกเชื่อมั่นที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริง

การแสดงความคิดเห็น การถกเถียงอภิปราย การเปิดเผยเอกสารต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อการค้นหาทางเลือกที่เป็นไปได้ในการระงับข้อพิพาทโดยความช่วยเหลือจากผู้ประนอมข้อพิพาทเอง หรือ จากคู่กรณีพิพาท ผู้เข้าร่วมกระบวนการประนอมข้อพิพาทจะต้องได้รับการประกันว่าข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือถูกนำไปใช้ในกระบวนการประนอมข้อพิพาท จะถูกรักษาเป็นความลับ เหตุผลสำหรับการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เพื่อเป็นการป้องกันคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการนำข้อมูลในกระบวนการประนอมข้อพิพาทซึ่งมีความอ่อนไหวง่ายและเป็นความลับมาใช้ในภายหลัง ก่อให้เกิดความเสียหายในภายหลัง เช่น การฟ้องคดีต่อศาลทำให้เกิดความได้เปรียบในพยานหลักฐาน หรือข้อมูลซึ่งเป็นความลับทางการค้าเมื่อมีการเปิดเผยจะทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันทางตลาดลดน้อยลง หรือเสี่ยงต่อความเสียหายในชื่อเสียง (Rufenacht, 2000: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

ประการที่สอง เหตุผลในทางจริยธรรม ในสาขาวิชาชีพต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมาย แพทย์ วิศวกร สถาปัตย์ ต่างมีจรรยาบรรณหรือมรรยาทของวิชาชีพของตนเพื่อยึดถือเป็นแนวทางในการประกอบวิชาชีพ ผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาทก็เช่นเดียวกันมีหน้าที่ที่เกิดจากหลักความไว้วางใจโดยคู่กรณีที่มีข้อพิพาทได้มอบหมายให้ทำหน้าที่ช่วยเหลือเจรจาให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลง โดยไม่กล่าวว่าใครถูกใครผิด ประมวลจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาทได้วางแนวทางการประพฤติของผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องมีความไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Impartiality) และกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับ (Confidentiality) ในเรื่องการรักษาความลับถือเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของการประนอมข้อพิพาท ในต่างประเทศกำหนดจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาทที่จะต้องไม่แพร่พรายเรื่องที่ตนได้รับมาจากการประนอมข้อพิพาททั้งในการประชุมเป็นส่วนตัวระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่ง (Caucus) หรือในการประชุมร่วมกันทั้งหมด ยกเว้นได้รับความยินยอมจากคู่กรณี ในขณะที่กระบวนการพิจารณาในศาลตามปกติจะพิจารณาโดยเปิดเผย อาจกล่าวได้ว่า การรักษาความลับของคู่ความนั้นเป็นข้อยกเว้นของการพิจารณาคดีในศาล (Lim, 1997: <http://www.arbiter.wipo.int/events/conferences/1996/lim.htm>.)

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่

กฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในกรณีที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่รักษาความลับที่ใช้บังคับโดยทั่วไป ได้แก่ กฎหมายภายในประเทศ กฎหมายที่กล่าวไว้โดยตรง คือ กฎหมายว่าด้วยสัญญา โดยคู่สัญญาอาจกำหนดเรื่องการรักษาความลับในความสัมพันธ์ทางสัญญา

กรณีที่สำคัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดหน้าที่ทางสัญญาในการรักษาความลับ สามารถเรียกให้รับผิดชอบและชดใช้ค่าเสียหายได้ หรือ กฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะในการคุ้มครองความลับ เช่น ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายมลรัฐที่ให้การคุ้มครองความลับทั่วไปและความลับทางการค้า นอกจากนี้ในข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS) ยังกำหนดภาระหน้าที่ให้กับสมาชิกในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งหมายความว่าประเทศสมาชิกมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติในเรื่องการรักษาความลับ โดยเฉพาะความลับทางการค้า (Dossemonte ,1996: 314 อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์ไพศาล, 2543 : 129)

ในประเทศอังกฤษ จากการศึกษาพบว่าไม่มีบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองการเปิดเผยความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีการให้ความคุ้มครองข้อมูลซึ่งเป็นความลับชนิดต่างๆ ตามหลักของการไว้วางใจต่อกัน (Law of Confidence) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายชนิดหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษที่ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายมาเป็นเวลาหลายศตวรรษแล้วและดำรงอยู่ในปัจจุบัน หลักของความไว้วางใจ เป็นเรื่องที่แสดงถึงการกำหนดฐานะความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือความไว้วางใจต่อกันในเรื่องของความลับระหว่างบุคคล 2 คนขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งได้เปิดเผยเรื่องราวของตนทั้งที่เป็นความลับและไม่เป็นความลับให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทราบ (พีรพล ศรีสิงห์, 2536: 11)

เงื่อนไขของความไว้วางใจที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ในกรณีที่มีการละเมิดต่อความไว้วางใจ (Breach of Confidence) ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข 3 ประการ เพื่อแสดงถึงความสัมพันธ์ทางหน้าที่ในการรักษาความลับ คือ

1. ผู้เปิดเผยข้อมูล (Confider) ต้องแสดงให้ผู้รับข้อมูล (Confidant) ทราบว่าข้อมูลที่เขาได้ออกกล่าวให้ทราบนั้นเป็นความลับ (Confidentiality) ข้อมูลนั้นเป็นความลับซึ่งสาธารณชนไม่อาจเข้าถึงได้ และต้องไม่ใช่ทรัพย์สินสมบัติของสาธารณะ หรือความรู้ที่เป็นสาธารณะ
2. ผู้เปิดเผยข้อมูลต้องแสดงให้ผู้รับข้อมูลทราบว่าเขามีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลที่ได้รับมาให้เป็นความลับตลอดไป ภายใต้ความสัมพันธ์ที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความลับ วัตถุประสงค์นี้จะจำกัดและกำหนดหน้าที่แก่ผู้รับข้อมูลในการใช้ข้อมูลที่เป็นความลับนั้นหากผู้รับข้อมูลใช้นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ หรือเปิดเผยข้อมูลต่อบุคคลที่สาม ถือว่าผิดความตกลงต่อผู้เปิดเผยข้อมูล

3. ผู้เปิดเผยข้อมูล จะต้องแสดงเหตุที่จะขอความช่วยเหลือจากศาลเพื่อบังคับกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูล โดยต้องแสดงว่าผู้รับข้อมูลได้กระทำผิดต่อหน้าที่ โดยใช้ข้อมูลสำหรับวัตถุประสงค์อื่น ที่มีไว้วัตถุประสงค์ที่เคยแจ้งต่อกันไว้ และใช้ข้อมูลโดยไม่ได้รับมอบหมาย (เรื่องเดิม, หน้า 112-113)

เงื่อนไขทั้งสามประการจะต้องครบและสอดคล้องกันซึ่งจะกำหนดความรับผิดชอบของผู้รับข้อมูล (Confidant) หรือบุคคลภายนอกผู้รับข้อมูลอีกทอดหนึ่ง (Third Party Recipient) นอกจากนี้การบังคับตามหลัก Law of Confidence ศาลจะใช้อำนาจโดยการพิจารณาบนมาตรฐานของประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย ซึ่งหมายความว่า เมื่อข้อมูลได้ถูกบอกกล่าวว่าเป็นความลับเพื่อวัตถุประสงค์ที่จำกัด ข้อมูลนั้นก็สมควรถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ หากเป็นไปตามความตกลงแล้วความลับไม่ควรเปิดเผยไม่ว่ามีเหตุประการใดๆ

หลักกฎหมายที่ศาลอังกฤษใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่ บางศาลเลือกใช้ หลักสัญญาและหลักกฎหมายละเมิด หรือ หลักความยุติธรรม หรือหลักทรัพย์สิน ในการพิจารณาคดีละเมิดต่อความลับเพื่อพิพากษาให้โจทก์ได้รับการเยียวยาได้แก่ ให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายและให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือให้โจทก์ได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญเสียประโยชน์หรือเพื่อความเสียหายนั้นๆ ในบางศาลอาจใช้หลักกฎหมายทั้งสามข้างต้นเป็นหลักในการตัดสินการกระทำผิดของจำเลยได้ ที่มาของหลักกฎหมายข้างต้น ถือเป็นรากฐานทางทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญอย่างมากในการใช้พิจารณาความรับผิดชอบที่มีการเปิดเผยความลับของผู้มีหน้าที่รักษาความลับ ซึ่งในเวลาต่อมาสหรัฐอเมริกาได้นำเป็นแบบอย่าง จนกระทั่งมีการพัฒนาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเฉพาะของตนเอง (เรื่องเดิม, หน้า 116)

ในประเทศอเมริกา ในระยะเริ่มแรกศาลสหรัฐอเมริกาได้อาศัยหลักคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์ในอังกฤษ และอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆ เช่น หลักความไว้วางใจต่อกัน กฎหมายสัญญาและละเมิดเพื่อกำหนดความรับผิดชอบและกำหนดค่าเสียหายในการเปิดเผยความลับ ในเวลาต่อมาการให้ความคุ้มครองความลับมีรากฐานมาจากเรื่องการละเมิด (Tort) ต่อทรัพย์สินของบุคคลอื่น แต่เหตุแห่งการฟ้องร้องคดีอาจมาจากการผิดสัญญาทั้งโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ (Dan, 1973: 679)

ความคิดเกี่ยวกับข้อมูลซึ่งเจ้าของความลับมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง มีการกำหนดหน้าที่ในการรักษาความลับในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ไว้ 3 ทาง คือ 1) หน้าที่ในการรักษาความลับ ที่มาจากข้อเท็จจริงโดยปริยาย (Implied in Fact) เกิดขึ้นเมื่อการประพฤติดของคู่สัญญา แสดงให้เห็นเจตนาที่จะให้ความไว้เนื้อเชื่อใจเป็นเงื่อนไขในการเปิดเผยความลับต่อกัน 2) หน้าที่ในการรักษาความลับที่เป็นผลของกฎหมายโดยปริยาย (Implied in Law) มักเกิดขึ้นกับสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาให้บริการหรือ ในความสัมพันธ์ที่ต้องอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจกัน (Fiduciary Relationship) (พีระพล ศรีสิงห์ , 2536 : 129) 3) หน้าที่ซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลที่อาจเปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละคดี ขึ้นอยู่กับแนวคิดที่นำมาใช้ในการกำหนดขอบเขตและเนื้อหาของระขอการให้ความคุ้มครองข้อมูลซึ่งเป็นความลับทางการค้า เมื่อได้ชื่อว่าเป็นผู้มีหน้าที่รักษาความลับได้เปิดเผยข้อมูลนั้นต่อบุคคลภายนอกจึงเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการรักษาความลับ ศาลสามารถเรียกให้รับผิดชอบทางแพ่งในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเรียกให้รับผิดชอบทางอาญาฐานเปิดเผยความลับให้รับโทษปรับและจำคุก

ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายมลรัฐที่ให้การคุ้มครองความลับทั่วไปและความลับทางการค้า โดยถือว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินหากบุคคลใดนำความลับทางการค้าไปเปิดเผยเพื่อหาผลประโยชน์จนเป็นเหตุให้เสื่อมเสียแก่ผู้เป็นเจ้าของถือว่าเป็นการเอาไปในเช่นเดียวกับการลักทรัพย์ ในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ บัญญัติความรับผิดผู้เปิดเผยความลับทางการค้า ไว้ในกฎหมายที่เรียกว่า Massachusetts Larceny Statute ปรากฏตามมาตรา 30 ดังนี้

“บุคคลใดก็ตามทำการลักทรัพย์เกี่ยวกับความลับทางการค้าของผู้อื่นจะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีในเรือนจำมลรัฐ หรือปรับไม่น้อยกว่า 600 ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกิน 2 ปี”

และในมาตรา 60 บัญญัติว่า “บุคคลใดก็ตามที่ซื้อหรือขายความลับทางการค้าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 500 ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกิน 2 ปี” (พีระพล ศรีสิงห์ , 2536 : 147)

ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีกฎหมายให้การคุ้มครองข้อมูลทางพาณิชย์และทางเทคนิคที่ถือว่าเป็นความลับทางการค้าและควรได้รับการคุ้มครอง ได้แก่ นโยบายการกำหนดราคาสินค้า คำเสนอคำสนองในงานประมูลราคา ข้อตกลงและเงื่อนไขสำหรับการจัดหาสินค้าหรือบริการ ส่วนลดและการรณรงค์ประกาศโฆษณาหาก่อนมีประกาศโฆษณาจริง ข้อมูลเชิงสถิติที่ผันเปลี่ยน

เงินกู้และยืม ความเห็นเกี่ยวกับงบดุล การวางแผนภาษี การรวบรวมข้อมูลของผู้ให้บริการและ วัตถุประสงค์ ตารางเทคนิค พิมพ์เขียว ภาพวาด และงานออกแบบซอฟต์แวร์ บัญชีรายชื่อลูกค้าชั่วคราวหรือบัญชีลูกค้า ข้อมูลดังกล่าวถูกพิจารณาว่ามีความอ่อนไหวได้ง่าย ไม่เป็นที่รู้จักทั่วไป และเจ้าของตั้งใจที่จะรักษาเป็นความลับ ดังนั้นกระบวนการประนอมข้อพิพาทซึ่งมีวัตถุประสงค์ สำคัญในการรักษาความลับจึงมีความเหมาะสมกับคู่กรณีพิพาทที่ต้องการรักษาความลับของข้อมูลไว้ มาตรา 162 , 273 , 321 ของประมวลกฎหมายอาญาสวิตเซอร์แลนด์ กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับผู้เปิดเผยความลับ รวมทั้งความลับทางการค้าด้วย ในมาตรา 162 ดังนี้

“ผู้ใดต้องรักษาความลับทางธุรกิจหรือทางการผลิตอันเป็นผลมาจากหน้าที่ตามสัญญา หรือตามกฎหมาย แต่กลับเปิดเผยความลับนั้น โดยการเปิดเผยเช่นนั้นทำให้ผู้นั้นหรือบุคคลอื่น ได้ไปซึ่งประโยชน์ และมีการร้องทุกข์กล่าวโทษ ผู้นั้นต้องรับโทษจำคุกหรือปรับ” (แปลโดยเกรียงศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล, 2543: 135)

และกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสวิตเซอร์แลนด์ ในมาตรา 4 และ มาตรา 6 กฎหมายธนาคารพาณิชย์ของสวิตเซอร์แลนด์ ในมาตรา 47 กฎหมายซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลสวิตเซอร์แลนด์ (Swiss Case Law) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางแพ่ง กฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาทางแพ่งของเจนีวาที่แก้ไขในปี 1984 ข้อกำหนดเงื่อนไขทั่วไป ใน มาตรา 203 ซึ่งกฎเกณฑ์ทั้งหมดมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองข้อมูลซึ่งเป็นความลับทางการค้า

ประเทศเนเธอร์แลนด์ มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาไว้ในมาตรา 272 บัญญัติเอาโทษกับบุคคลใดก็ตามที่รู้ว่าตนมีความผูกพันในการรักษาความลับอันเนื่องมาจากหน้าที่การทำงานที่ทำ แต่กลับนำความลับนั้นไปเปิดเผยถือว่ามีความผิดตามมาตรานี้ จะต้องถูกจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 6,000 กิลดอร์ (เกรียงศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล, 2543: 134)

ประเทศอิตาลีได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับผู้มีหน้าที่รักษาความลับเนื่องมาจากตำแหน่งหรือโดยหน้าที่ตามสัญญา ต่อมาได้เปิดเผยความลับนั้นในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ไว้ในมาตรา 622 ดังนี้

“ผู้ใดได้รับความลับ เนื่องมาจากตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือจากวิชาชีพหรือทางการค้า ได้เปิดเผยความลับนั้นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร หรือได้ใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ของตน

เองหรือผู้อื่น ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับตั้งแต่ 12,000 สิบถึง 200,000 สิบ” (Wise,1978)

เห็นได้ว่าบทบัญญัติในกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้บัญญัติประเภทของความลับไว้กว้างๆ จึงต้องตีความว่าเป็นความลับทุกชนิดที่เกิดจากความสัมพันธ์ในการรักษาความลับต่อกัน และครอบคลุมไปถึงความลับทางการค้าทุกประเภทด้วย และให้รับผิดชอบทางอาญาฐานเปิดเผยความลับนี้ มีองค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำที่เปิดเผยความลับที่รู้มา โดยผู้กระทำมีหน้าที่ในการรักษาความลับโดยตำแหน่ง ซึ่งอาจจะเป็นเจ้าพนักงาน หรือผู้ที่มีหน้าที่โดยกฎหมาย หรือสัญญา ผู้ประกอบวิชาชีพ หรืออาชีพอันเป็นที่ไว้วางใจ (จิตติ ดิงศภักดิ์, 2539 : 2158) เมื่อพิจารณาถึงผู้ประณอมข้อพิพาทซึ่งมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีที่ประณอมข้อพิพาทในทางสัญญาและเป็นผู้ประกอบวิชาชีพที่อาศัยความไว้วางใจกันตาม หากเปิดเผยความลับซึ่งระบุไว้ในกระบวนการประณอมข้อพิพาทก็มีความผิดตามกฎหมายอาญาและตามกฎหมายแพ่ง

3.1.2.4 กรณีที่สามารถเปิดเผยความลับของการประณอมข้อพิพาทได้

ผู้ประณอมข้อพิพาทที่เปิดเผยความลับในกระบวนการประณอมข้อพิพาท อาจมีข้อยกเว้นบางประการเพื่อนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิดชอบหรือเป็นเหตุในการลดล้างความผิดได้ ในหัวข้อนี้อาจกล่าวได้ว่าความรับผิดในกรณีเปิดเผยความลับของผู้ประณอมข้อพิพาทไม่ใช่ความรับผิดโดยเด็ดขาด แต่มีข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถเปิดเผยความลับของคู่กรณีพิพาทได้โดยไม่มีผิด ซึ่งผู้ศึกษาได้แยกข้อยกเว้นที่สามารถเปิดเผยความลับในกระบวนการประณอมข้อพิพาทได้ ดังนี้

ก. การเปิดเผยความลับโดยกฎหมายยกเว้นให้เปิดเผยได้

การเปิดเผยความลับที่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ถือว่าเป็นความชอบธรรมที่จะกระทำได้โดยไม่มีผิด แม้การกระทำนั้นมีบทบัญญัติในกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องการกระทำโดยมีอำนาจกระทำการใดๆ หรือการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดอย่างแน่ชัด ถือว่าผู้นั้นมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย ย่อมไม่มีผิด

ในสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติกฎหมายให้การให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ประนามข้อพิพาทเพื่อจุดประสงค์รักษาความลับในการประนามข้อพิพาทหลายมลรัฐ และ ในร่างกฎหมาย U.M.A กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับให้รวมถึงผู้มีข้อพิพาทด้วย มีสาระสำคัญว่า ผู้ประนามข้อพิพาทและผู้มีข้อพิพาทไม่ต้องเปิดเผยการสื่อสารที่ได้ทำขึ้นในกระบวนการประนามข้อพิพาท เพื่อใช้ในกระบวนการ Discovery และในกระบวนการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสืบพยาน เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาททั้งหมดให้เปิดเผยได้ หรือถูกจำกัดข้อตกลงของคู่กรณีพิพาท โดยศาลหรือคำสั่งของฝ่ายบริหาร หรือภายใต้กฎหมายของรัฐในการยกเว้นเอกสิทธิ์การประนามข้อพิพาท

เหตุผลของการกำหนดเอกสิทธิ์ เนื่องจาก แม้ผู้ประนามข้อพิพาทและคู่กรณีพิพาทได้ทำสัญญารักษาความลับในกระบวนการประนามข้อพิพาทไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่ทำขึ้นในกระบวนการประนามข้อพิพาทต่อบุคคลภายนอก แต่ไม่มีหลักประกันว่าจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดเอกสิทธิ์ประนามข้อพิพาทโดยการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ประนามข้อพิพาทและการระงับการให้เอกสิทธิ์โดยเฉพาะ เรียกว่า Uniform Mediation Act และ กฎหมายรัฐบาลกลางแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยพยานของสหรัฐอเมริกา หรือ FRE ในข้อ 408 บัญญัติว่า

“ห้ามรับฟังคำเสนอในการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทและข้อตกลงที่เกิดจากการเจรจาประนามข้อพิพาท แต่มีข้อยกเว้นที่รับฟังได้ในกรณีดังนี้

1. เพื่อพิสูจน์ว่ามีการกระทำโดยอคติหรือลำเอียงเพื่อใช้ในการทำลายความน่าเชื่อถือของพยาน
 1. การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างการประนามข้อพิพาท การอ้างการกระทำในระหว่างประนามข้อพิพาทที่มีขอบด้วยกฎหมาย เช่น หมิ่นประมาท การทำลายชื่อเสียง ละเมิดทางสัญญา”

ใน U.M.A section 2 (a) และ (b) กำหนดเอกสิทธิ์ของคู่กรณีและผู้ประนามข้อพิพาทให้ได้รับความคุ้มครองไม่ต้องเปิดเผยต่อศาล หรือแถลงต่อเจ้าหน้าที่หน่วยงานราชการ และการสื่อสารใดๆ ที่ทำขึ้นระหว่างกระบวนการประนามข้อพิพาทจะได้รับความคุ้มครองไม่ให้เปิดเผยต่อสาธารณะ ทำให้สอดคล้องกับการรักษาเป็นความลับของกระบวนการประนามข้อพิพาท การให้เอกสิทธิ์มีลักษณะไม่เด็ดขาด คือมีข้อยกเว้นการให้เอกสิทธิ์ ทำให้ไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ในการเปิดเผยความลับในการประนามข้อพิพาทต่อศาล ได้แก่ ข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการประนามข้อ

พิพาทมีเนื้อหาที่กฎหมายบังคับให้ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ การพิสูจน์ความจริงตามฟ้องในเรื่องประพฤตินิยมชอบในวิชาชีพและ การประพฤตินิยมชอบของผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator Misconduct) การพิสูจน์การกระทำผิดทางอาญา และการประพฤตินิยมชอบทางสัญญา ซึ่งการกระทำผิดนั้นเกิดขึ้นในระหว่างการประนอมข้อพิพาท เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความจำเป็นในฐานะพยานหลักฐานต่อศาล อนุญาตโตตุลาการ หน่วยงานของรัฐ

section 2 (f) ข้อยกเว้นการให้เอกสิทธิ์ ดังนี้

- 1) การเปิดเผยข้อเท็จจริงระหว่างการประนอมข้อพิพาทที่สามารถคาดหมายว่าอาจจะเกิดกระทำความผิดทางอาญาในอนาคต เช่น การฉ้อฉล การกระทำผิดเกี่ยวกับเด็ก
- 2) เพื่อพิสูจน์ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเนื่องจากการประพฤตินิยมชอบในหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพ (Professional Misconduct or Malpractice)
- 3) การสื่อสารที่เกิดขึ้นระหว่างการประนอมข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะเป็นการข่มขู่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและทรัพย์สิน
- 4) การเปิดเผยข้อมูลระหว่างการประนอมข้อพิพาทเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องผู้ประนอมข้อพิพาท คู่กรณีพิพาท หรือตัวแทนของคู่กรณีพิพาทให้รับผิดในการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาประนอมข้อพิพาท
- 5) เพื่อพิสูจน์ความสมบูรณ์หรือความสามารถในการบังคับใช้ของข้อตกลงที่เป็นผลมาจากการระงับข้อพิพาทโดยประนอมข้อพิพาท

ข. การเปิดเผยความลับโดยอำนาจศาล

ในกฎหมายว่าด้วยพยานของสหรัฐอเมริกาบัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจบังคับบุคคลให้การหรือส่งพยานหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความลับซึ่งได้มาหรือทราบมาเนื่องจากวิชาชีพหรือหน้าที่ของเขา โดยบัญญัติไว้ในข้อ 501 ของFRE กล่าวถึง การให้เอกสิทธิ์ตามกฎหมายจารีตประเพณี อาจเกิดจากการตีความของศาล โดยคำนึงสาระสำคัญของเหตุผลและประสพการณ์ การให้เอกสิทธิ์อาจถูกนำไปใช้ในทางที่ผิดได้ จึงต้องกำหนดข้อยกเว้น เช่น กรณีที่คู่กรณีพิพาทถูกผู้ประนอมข้อพิพาทข่มขู่หรือฉ้อฉล หรือการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ไม่สามารถอ้างเอกสิทธิ์ได้

บทบัญญัตินี้นอกจากจะให้เอกสิทธิ์แก่บุคคลที่จะไม่ยอมให้การหรือส่งพยานหลักฐานเกี่ยวข้องกับความลับ โดยอาศัยอำนาจศาลที่จะกำหนดให้บุคคลที่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยความลับ ดังนั้น ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทหากผู้ประนอมข้อพิพาทได้ทราบความลับของคู่กรณี ประนอมข้อพิพาทเนื่องจากหน้าที่ของตนไม่ยอมเปิดเผยความลับของคู่กรณีต่อศาล ศาลมีอำนาจที่จะเรียกให้ผู้ประนอมข้อพิพาทแถลงเหตุผลที่ไม่ยอมเปิดเผย และถ้าไม่มีเหตุผลอันควร ศาลสามารถบังคับให้เปิดเผยความลับของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในกระบวนการประนอมข้อพิพาทได้ ให้เป็นดุลยพินิจของผู้พิพากษาทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวนโยบายของรัฐด้วย หากศาลพิจารณาแล้วเห็นสมควรว่ามีความจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยความลับ ผู้ประนอมข้อพิพาทที่เปิดเผยความลับจะไม่มี ความผิดฐานเปิดเผยความลับ (Rufenacht, 2000 : <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

ค. การเปิดเผยความลับโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อขจัดความยุติธรรมที่ปรากฏชัดแจ้ง (Manifest Injustice)

ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความรับผิดชอบ โดยถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นเหตุลบล้างความผิดของผู้กระทำ เช่น ในกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทถูกกล่าวหาว่าประพฤติมิชอบในการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท การเปิดเผยความลับโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมีการพิจารณาสาระสำคัญว่า การกระทำใดเป็นการกระทำเพื่อรักษาผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมที่มีคุณค่ามากกว่าถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบธรรมซึ่งกฎหมายยอมรับและผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายจากการเปิดเผยความลับ โดยให้เหตุผลว่าความสงบสุขของสังคมส่วนรวมย่อมเป็นสิ่งเหนือกว่าเหตุผลส่วนบุคคล

ในเรื่องการเปิดเผยความลับเพื่อขจัดความยุติธรรมที่ปรากฏชัดแจ้ง (Manifest Injustice) ซึ่งจะส่งผลกระทบโดยรวมของกระบวนการประนอมข้อพิพาทซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาทโดยลับ ทำให้คู่กรณีพิพาทขาดความเชื่อถือของกระบวนการประนอมข้อพิพาท ศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกาพิจารณาตามหลักนี้ ในคดี Randle V. Mid Gulf, Inc (1991) ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์ฟ้องให้บังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นผลมาจากการประนอมข้อพิพาท จำเลยยกข้อต่อสู้ว่าตนเองถูกข่มขู่ในการทำสัญญาระงับข้อพิพาทและมีการประพฤติมิชอบของผู้ประนอมข้อพิพาท จำเลยได้ขอเลื่อนการประนอมข้อพิพาทออกไปเนื่องจากมีอาการปวดหน้าอก และมีประวัติเคยเป็นโรคหัวใจ ผู้ประนอมข้อพิพาทปฏิเสธที่จะให้เลื่อนการประนอมข้อพิพาทออกไปจนกว่าจะมีการตกลงข้อพิพาทกันได้ โจทก์อ้างถึงบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการประนอมข้อ

พิพาทของมลรัฐเท็กซัส ถึงความจำเป็นในการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท โจทก์ไม่ต้องการให้มีการเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสุขภาพของจำเลยและการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทในระหว่างดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาท จึงอ้างเอกสิทธิ์ในการประนอมข้อพิพาทเพื่อไม่ให้ศาลไต่สวนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาท

ศาลอุทธรณ์มลรัฐเท็กซัสให้เหตุผลถึงการปฏิเสธการให้เอกสิทธิ์ในการประนอมข้อพิพาทว่า "การให้เอกสิทธิ์ในการประนอมข้อพิพาทก็เพื่อส่งเสริมความมีประสิทธิภาพของการรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาท การอ้างเอกสิทธิ์เพื่อคุ้มครองการเปิดเผยข้อมูล หรือการเสนอพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากกระบวนการประนอมข้อพิพาทต่อศาล โดยพยายามปกปิดการกระทำผิดทางกฎหมายไม่ว่าทางแพ่งหรือทางอาญาที่เกิดขึ้นระหว่างประนอมข้อพิพาท ถือว่าขัดต่อความยุติธรรมอย่างชัดแจ้งซึ่งจะส่งผลต่อความน่าเชื่อถือของกระบวนการและความเป็นกลางของผู้ประนอมข้อพิพาทลดน้อยลง ดังนั้นโจทก์จึงไม่สามารถยกเอกสิทธิ์ในการประนอมข้อพิพาทสำหรับการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของสัญญาฉบับข้อพิพาทและการประพจน์มิชอบของผู้ประนอมข้อพิพาท" (Hughes , 2001: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

ง. การเปิดเผยความลับโดยความยินยอมของคู่กรณี

การรักษาความลับสามารถเกิดขึ้นได้ 2 ทาง คือ ประการแรกเกิดจากความสัมพันธ์ทางวิชาชีพระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและผู้มีข้อพิพาท เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ของทนายความต่อลูกความ แพทย์ต่อคนไข้ นักบัญชีต่อลูกค้า การรักษาความลับเป็นหน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยความลับของข้อมูลที่มีการสื่อสารในกระบวนการประนอมข้อพิพาท และสามารถปฏิเสธการตอบข้อซักถามของศาล ประการที่สอง เกิดจากความสัมพันธ์ที่เชื่อว่าผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจในการรักษาผลประโยชน์ของผู้มีข้อพิพาทซึ่งเป็นตัวการ ก่อให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ และตัวแทนมีความรับผิดชอบต่อการให้คำแนะนำ คำปรึกษาและคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแกว่า

ในต่างประเทศ หน้าที่ในการรักษาความลับปรากฏอยู่ในประมวลจริยธรรมของสมาคมผู้ประกอบวิชาชีพในการระงับข้อพิพาท ซึ่งวางหลักมาตรฐานปฏิบัติและจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพประนอมข้อพิพาท ได้กำหนดให้เฉพาะผู้ประนอมข้อพิพาทเท่านั้นมีหน้าที่ในการรักษาความลับ ในเวลาต่อมาได้มีทบัญญัติกฎหมายหลายนมลรัฐในสหรัฐอเมริกา และ ในกฎหมาย

U.M.A กำหนดให้หน้าที่ในการรักษาความลับให้รวมถึงผู้มีข้อพิพาทด้วย มีสาระสำคัญว่า ผู้ประนอมข้อพิพาทและผู้มีข้อพิพาทไม่ต้องเปิดเผยการสื่อสารที่ได้ทำขึ้นในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เพื่อใช้ในกระบวนการ discovery และในกระบวนการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสืบพยาน เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาททั้งหมดให้เปิดเผยได้ หรือถูกจำกัดโดยข้อตกลงของคู่กรณีพิพาทในการเปิดเผยความลับ

3.1.3 แนวทางความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทในการรับสินบน

3.1.3.1 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบในการรับสินบน

การระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท เป็นทางเลือกหนึ่งที่คู่กรณีพิพาทนิยมนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันและเป็นกระบวนการหนึ่งที่มีส่วนช่วยอำนวยความสะดวกธรรมแทนรัฐซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจและเป็นวิธีการในการหาข้อเท็จจริงเพื่อนำมาสู่การระงับข้อพิพาทร่วมกัน ดังนั้น กระบวนการประนอมข้อพิพาทควรจะให้ความสำคัญในเรื่องของความเป็นกลางในการดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทโดยความไม่ลำเอียง มีความเป็นอิสระ และให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาททุกฝ่ายอันจะส่งผลให้มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกัน บุคคลผู้รับหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ดังนั้นผู้ที่เข้ามาเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องผ่านการคัดเลือกจากคู่กรณีพิพาทตั้งแต่ต้น เพื่อหาบุคคลที่เป็นกลาง เป็นผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท มีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่พิพาท เพื่อให้ข้อพิพาทสามารถระงับเสร็จสิ้นไปอย่างรวดเร็วและให้ความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย

มีเหตุผลสำคัญ 2 ประการในการพิจารณาการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ประพฤติมิชอบเรียกหรือรับสินบน คือแนวคิดในเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคม และแนวคิดการเปรียบเทียบบทบาทหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับอนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (Quasi-Judicial Functions)

เหตุผลประการแรก ในเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคม มีผู้เห็นว่าการประพฤติมิชอบเรียกหรือรับสินบนจากคู่กรณีพิพาทเพื่อให้ประโยชน์หรือก่อผลร้ายแก่คู่กรณีนั้นถือว่าเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง เป็นพฤติกรรมที่น่าตำหนิ (Criminal Culpability) และเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) ไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมทั่วไป เพราะในเรื่องการระงับข้อพิพาททาง

แห่งเป็นเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของประชาชน (เกรียงศักดิ์ อรุณวงศ์พิศาล ,2543: 147) นอกจากนี้กระบวนการระงับข้อพิพาทถือว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ยังใหม่ ในหลายประเทศยังไม่มีกรอบการออกกฎระเบียบ หรือกระบวนการพิจารณาที่เป็นรูปแบบมาตรฐาน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีวิธีป้องกันการกระทำที่ทำให้กระบวนการดำเนินไปโดยมิชอบหรือถูกนำไปใช้ในทางที่ผิด และปกป้องคุ้มครองพิพาทจากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาท ดังนั้นหากรัฐละเลยปล่อยให้เอกชนเป็นผู้ควบคุมดูแลพฤติกรรมที่มีขอบของผู้ระงับข้อพิพาทฝ่ายเดียวโดยอาศัยสภาพบังคับทางสังคมเท่านั้น อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมได้ จึงต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาในแง่ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะกระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นการแบ่งใช้อำนาจรัฐในงานยุติธรรมส่วนหนึ่ง

หลักสำคัญของการพิจารณาคู่กรณีที่จะเป็นผู้ระงับข้อพิพาทมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ คือ ต้องมีความเป็นกลางหรือไม่ลำเอียง มีความเป็นอิสระของผู้ระงับข้อพิพาท ผู้ระงับข้อพิพาทต้องไม่มีอคติ (Bias) เพราะอคตินำไปสู่สภาวะจิตใจที่ทำให้ไม่สามารถให้คำแนะนำที่เป็นกลาง ตามปกติถ้าคู่กรณีพบว่าผู้ระงับข้อพิพาทมีอคติก็สามารถยุติการระงับข้อพิพาทได้ หรือเปลี่ยนตัวผู้ระงับข้อพิพาท แต่ในกรณีที่ไม่สามารถทราบได้ว่ามีอคติซึ่งเกิดจากการประพฤติผิดต่อหน้าที่อย่างร้ายแรงเช่น การรับสินบน และทำคำสั่งแนะนำในการระงับข้อพิพาทที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไป ผิดต่อหลักการของความเสมอภาค และความเป็นอิสระ ส่งผลให้มีการระงับข้อพิพาทในลักษณะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ประสิทธิภาพของการใช้ทรัพยากรจะสูญไป เพราะทำให้ผู้ที่สูญเสียผลประโยชน์จากการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท เกิดความไม่แน่นอนทางการค้าซึ่งย่อมหมายถึงความเสี่ยงในทางธุรกิจ ดังนั้นผู้ผลิตสินค้าหรือบริการอาจผลกระทบความเสียหายนั้นไปยังผู้บริโภค เป็นเหตุให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ,2540 : 51)

แม้ว่าผู้ระงับข้อพิพาททำหน้าที่ตามสัญญาหรือโดยการแต่งตั้งของศาล รัฐก็ยังคงต้องดูแลและอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ระงับข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะเมื่อรัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการระงับข้อพิพาท รัฐก็ควรมีหน้าที่ควบคุมมิให้มีการอิงผลประโยชน์ในลักษณะของการทุจริตรับสินบน เช่นเดียวกับผู้ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอื่นๆ ในเรื่องการประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรง ดังนั้น หากผู้ระงับข้อพิพาทประพฤติมิชอบยอมรับสินบนจากคู่กรณีเพื่อให้คำแนะนำเป็นคุณและเป็นโทษแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะส่งผลต่อความน่าเชื่อถือของระบบระงับข้อพิพาท อันจะกระทบงานให้บริการด้านความยุติธรรมแก่ประชาชน

เหตุผลประการที่สอง มีความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบรับสินบน เนื่องจากเกิดการพัฒนารูปแบบของกระบวนการประนอมข้อพิพาทในเรื่องการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท (Enforcement of Settlement Agreements) ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงหรือถือเสมือนว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีบทบาทหน้าที่คล้ายคลึงกับอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (Quasi-Judicial Functions) แม้ผู้ประนอมข้อพิพาทจะไม่ได้ชี้ขาดหรือทำคำตัดสินในข้อพิพาทนั้นโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาผลของการระงับข้อพิพาทซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นผู้มีอิทธิพลต่อคู่กรณีพิพาทในการตัดสินใจและใช้ดุลยพินิจแล้วถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทได้กระทำการทางศาล (Judicial act) (Joseph, 1997 : <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

3.1.3.2 แนวทางความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทในการรับสินบนในต่างประเทศ

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประนอมข้อพิพาท จากการค้นคว้าของผู้ศึกษาในบทบัญญัติของกฎหมาย (Statutes) ต่างประเทศส่วนใหญ่ไม่ปรากฏความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยเฉพาะ ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นผลมาจากคำเสนอของผู้ประนอมข้อพิพาทเพียงเริ่มมีลักษณะผูกมัดเหมือนกับคำพิพากษาของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือตามปกติผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจในการตัดสินหรือบังคับให้คู่กรณีต้องยอมรับข้อเสนอของตน จึงทำให้ไม่มีผลผูกมัดต่อคู่กรณีโดยตรง เมื่อไม่มีผลผูกมัดจึงไม่มีการกำหนดโทษทางอาญา อย่างไรก็ตามในต่างประเทศผู้ประนอมข้อพิพาทอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีรับสินบนได้โดยอาศัยการตีความตามกฎหมายว่าผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐหรือข้าราชการเป็นบุคคลที่มีฐานะนอกเหนือไปจากบุคคลธรรมดา เนื่องจากมีอำนาจหน้าที่จากการปฏิบัติกรงานซึ่งมีผลทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองและควบคุมบุคคลนั้น ดังนั้นการจะกำหนดความรับผิดชอบรับสินบนแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเบื้องต้น คือ เจ้าพนักงานหมายความว่าอย่างไรตามคำนิยามของกฎหมายของประเทศนั้น และผู้ประนอมข้อพิพาทจะอยู่ในความหมายของเจ้าพนักงานหรือไม่

ทั้งนี้กฎหมายต่างประเทศ ได้ให้นิยามคำว่าเจ้าพนักงานแตกต่างกันออกไป สามารถสรุปได้ดังนี้ แนวคิดในบางประเทศถือการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นกิจการของรัฐเป็นเกณฑ์ โดยไม่คำนึง

ว่ามีการแต่งตั้งหรือไม่ เช่น เยอรมัน และอเมริกา (จิตติ ดิงศภัทย์, 2536: 1163) 'ไม่ถือความเป็นราชการเป็นเงื่อนไขของการเป็นเจ้าของงาน มีความเห็นว่าการเป็นข้าราชการนั้นเป็นการแสดงฐานะของบุคคลตามกฎหมายปกครอง ในการมองสภาพบุคคลผู้เป็นเจ้าของงานมีข้อพิจารณาว่าเป็น "ผู้ใช้สิทธิ" กล่าวคือเมื่อเป็นข้าราชการแล้วย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามกฎหมาย ความผิดทางอาญาของเจ้าพนักงานนั้นเป็นเรื่องของการคุ้มครอง และมีโทษการคุ้มครองตัวบุคคลแต่คุ้มครองความเดือดร้อนของอำนาจรัฐ (ในกรณีกระทำผิดต่อเจ้าพนักงาน) และคุ้มครองความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐ (กรณีเจ้าพนักงานกระทำผิด) ฉะนั้นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐจึงไม่มีความจำเป็นต้องเป็นข้าราชการ (คณิต ณ.นคร, 2543: 49) บางประเทศก็ต้องการแต่งตั้งรวมถึงเลือกตั้งด้วย เช่น ประเทศไทย ให้นิยามเจ้าพนักงาน หมายถึง ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายลักษณะอาญา หรือประมวลกฎหมายอาญา และ บุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการ ไม่ว่าจะเป็นประจำหรือชั่วคราว และไม่ว่าจะได้รับประโยชน์ตอบแทนเพื่อการนั้นหรือไม่ (หยุด แสงอุทัย, 2540: 187) บางประเทศก็รวมถึงลูกจ้างให้ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานด้วย เช่น สหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา

มีบทบัญญัติกฎหมายที่รับรองสถานภาพของผู้ประนอมข้อพิพาท คือ Civil Justice Reform Act 1990 หรือที่เรียกว่า CJRA เป็นกฎหมายที่สนับสนุนให้ใช้กระบวนการ ADR ในการแก้ไขข้อพิพาท ทำให้ทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาต้องมีการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม รวมถึงการออกกฎระเบียบโครงการการประนอมข้อพิพาทของศาลด้วยซึ่งบังคับให้ศาลมลรัฐต้องออกกฎระเบียบของศาลว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท รวมถึงการอนุญาตให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทในภาคเอกชนเพื่อช่วยงานยุติธรรมตามความเหมาะสมกับประเภทของคดี ทั้งนี้ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ได้รับแต่งตั้งจากศาล (Court-appointed Mediators) อาจจะมีค่าตอบแทนและไม่มีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ (Gray, 1996: 152-153) ในบางมลรัฐมีกฎหมายระบุให้ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ได้รับแต่งตั้งจากถือว่าเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ซึ่งอาจมีความรับผิดชอบอาญาได้ เช่น มลรัฐโคโรลาโด กำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทถือเป็นเจ้าพนักงานตาม Dispute Resolution Act 1991 และในมลรัฐโอเรกอนตาม Oregon International Commercial Arbitration and Conciliation Act 1991 ให้คำนิยามผู้ประนอมข้อพิพาทถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ นอกจากนี้ยังมีหลายมลรัฐที่ถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นเจ้าพนักงาน เช่น มลรัฐไอโอวา มลรัฐยูทาห์ มลรัฐมิชิแกน มลรัฐแคลิฟอร์เนีย เป็นต้น (<http://www.loc.gov/law/guide/us.htm/>)

ในแต่ละมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความผิดฐานรับสินบนเอาไว้ เช่น ใน Florida Statutes ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 838.015 ไว้ดังนี้ “บุคคลที่เป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่ยอมรับหรือจะรับสินบน มีความผิดและรับโทษในระดับ 3 ทั้งนี้เจ้าพนักงานของรัฐหมายความรวมถึงอาสาสมัครตามมาตรา 110.052 ดังนี้

- 1) อาสาสมัครซึ่งโดยปกติให้บริการตามโครงการขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ
- 2) อาสาสมัครซึ่งผ่านการฝึกอบรมจากหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐ และมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐอย่างเคร่งครัด
- 3) อาสาสมัครที่ให้บริการสาธารณะอาจได้รับค่าตอบแทนจำนวนหนึ่งจากเงินงบประมาณของรัฐ”

ในมลรัฐฟลอริดาผู้ประณอมข้อพิพาทซึ่งเป็นอาสาสมัครเข้าร่วมกระบวนการ ADR ของศาล ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐและได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางแพ่ง แต่ยังคงต้องรับผิดชอบทางอาญาในกรณีประพฤติมิชอบรับสินบน (<http://www.loc.gov/law/guide/us-fri.html>)

ในบทบัญญัติกฎหมายของมลรัฐแคนซัส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 21-3901 กำหนดความรับผิดฐานรับสินบนไว้ดังนี้ “เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือลูกจ้างของรัฐไม่ว่าประจำหรือชั่วคราว และบุคคลซึ่งมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายในการรับฟังตัดสินปัญหาต่างๆ หรือข้อขัดแย้ง เรียกรับ ตกลงว่าจะรับผลประโยชน์ ของก้านัล หรือค่าตอบแทนซึ่งอาจมีผลต่อการใช้ดุลยพินิจอันจะมีอิทธิพลเหนือการตัดสิน” (<http://www.loc.gov/law/guide/us-ks.html>)

ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐโอเรกอน มาตรา 162.025 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานของรัฐที่ยอมรับสินบน ยอมรับผลประโยชน์เกี่ยวกับเงินหรือทรัพย์สิน อันมีอิทธิพลต่อการแสดงความเห็น การตัดสิน การกระทำ และการใช้ดุลยพินิจ จัดอยู่ในความผิดระดับ B” (<http://www.loc.gov/law/guide/us-or.html>)

แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่ามีรายงานทางคดีในกรณีที่ผู้ประณอมข้อพิพาทกระทำ ความผิดฐานรับสินบนตามประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐที่กล่าวในเบื้องต้น

ประเทศอิตาลี

ในประเทศอิตาลีมีความเห็นว่าแม้ความเป็นจริงหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทและความสัมพันธ์ของผู้ประนอมข้อพิพาทจะเป็นไปตามหลักของสัญญาของบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพ แต่กระบวนการประนอมข้อพิพาทมีลักษณะสาธารณะ (Public Character) เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และในการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายแต่อาจใช้ความยุติธรรม เพื่อให้นำไปสู่ข้อตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันของคู่กรณีพิพาทบังคับกันตามสัญญาต่อไป คล้ายกับกรณี *arbitrato irrituale* หรืออนุญาโตตุลาการที่ไม่อยู่ภายใต้หลักวิธีพิจารณา ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (Quasi-Judicial Functions) ผู้ประนอมข้อพิพาทก็ทำหน้าที่เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-Arbitral Functions) ¹³

ดังนั้น ความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทจึงไม่จำกัดเฉพาะความรับผิดชอบตามสัญญาเท่านั้น ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศอิตาลีกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลผู้ให้บริการทางวิชาชีพตามมาตรา 2236 ซึ่งมีหลักว่าผู้ประกอบวิชาชีพไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหากกระทำภายในกรอบแห่งหน้าที่ เว้นแต่จะเป็นการกระทำผิดโดยฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Traverso, 1980 :8-9) แต่จากการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทมีลักษณะ เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการเมื่อผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำความผิดฐานรับสินบนแล้ว นอกจากจะรับผิดชอบในความเสียหายที่

¹³ ในประเทศอิตาลีได้กล่าวถึงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้ 2 รูปแบบ คือ "arbitrato rituale" หรือ Formal Arbitration เป็นกระบวนการพิจารณาที่อาศัยกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ "arbitrato irrituale" หรือ Informal Arbitration เป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่อยู่ภายใต้หลักวิธีพิจารณาความ กระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ถูกกำหนดโดยคู่สัญญา และในคดีส่วนใหญ่การตัดสินจะใช้หลักความยุติธรรมมากกว่าการใช้กฎหมาย สำหรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ ไม่มีวิธีการที่จะนำไปให้ศาลมีคำพิพากษายืนยันตามคำชี้ขาด ผลคือคำชี้ขาดดังกล่าวมีค่าเป็นเพียงสัญญาหรือหนี้ระหว่างคู่ความเท่านั้น จึงเรียกกระบวนการพิจารณาดังกล่าวว่า Contractual หรือ Free Arbitration (Traverso, 1980 :339)

เกิดขึ้นทางแพ่งแล้ว ผู้ประนอมข้อพิพาทยังต้องรับผิดชอบในทางอาญาตามมาตรา 318 ประกอบ มาตรา 320 และมาตรา 358 อีกด้วย โดยถือว่าเป็นผู้บริการสาธารณะ

มาตรา 318 บัญญัติว่า "ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐที่กระทำการตามหน้าที่ ปฏิบัติหรือ ละเว้นปฏิบัติ หรือกระทำการขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ โดยรับ ยอมจะรับ เงินหรือทรัพย์สินอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับเป็นเงินตั้งแต่ 20,000 ลีร์ ถึง 400,000 ลีร์"

มาตรา 320 บัญญัติว่า "ความผิดที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 318 วรรคแรก จะถูกนำมาใช้ ถ้าการกระทำผิดนั้นกระทำโดยบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นบุคคลที่มีตำแหน่งเป็นลูกจ้างของรัฐ

ความผิดที่บัญญัติไว้ตามวรรคแรกหรือวรรคสุดท้ายของบทบัญญัติข้างต้นจะถูกนำมาใช้ ถ้าการกระทำนั้นกระทำโดยบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นบุคคลผู้ให้บริการสาธารณะ"

มาตรา 358 บัญญัติว่า "สำหรับวัตถุประสงค์ตามประมวลกฎหมายอาญานี้ บุคคลผู้ให้บริการสาธารณะหมายถึง

- (2) บุคคลอื่นใดปฏิบัติกรอย่างถาวร หรือชั่วคราว โดยมีค่าตอบแทนหรือไม่มีค่าตอบแทน หรือโดยคำสั่ง เพื่อการบริการสาธารณะ" (แปลโดย เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543: 115)

ประเทศอาร์เจนตินา

ในประเทศอาร์เจนตินา ได้พิจารณาหลักความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยเปรียบเทียบกับอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษา ในประเทศอาร์เจนตินายอมรับการอนุญาโตตุลาการชั้นเพื่อน ที่เรียกว่า amiable composition โดยกระบวนการพิจารณาลักษณะเช่นนี้ อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมาย และมีวิธีการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย ซึ่งโดยปกติจะอาศัยหลักความเป็นธรรม (สถาพร มีสอาด, 2540:25) จากแนวคิดนี้ได้มีการพัฒนายอมรับสถานะของผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งมีบทบาทและหน้าที่อำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คู่กรณีพิพาทเช่นเดียวกันกับอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษา มีความแตกต่างกันเพียงลักษณะคำชี้ขาด กล่าวคือ คำตัดสินของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับตามกฎหมายในตัวเอง ในขณะที่ความเห็นของผู้ประนอมข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทนำไปใช้ในการตกลงทำสัญญาจะรับข้อพิพาทไม่มีผลผูกมัดตามกฎหมายแก่คู่กรณี

พิพาท แต่ให้ถือว่าสัญญาฉบับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการประนอมข้อพิพาทให้มีฐานะเสมือนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นคู่กรณีพิพาทจึงสามารถให้ศาลบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาฉบับข้อพิพาทนั้นได้ เมื่อพิจารณาผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการกระทำคามผิดฐานรับสินบนต้องรับโทษทางอาญา ผู้ศึกษามีความเห็นว่าคุณประนอมข้อพิพาทเองก็ควรถูกพิจารณาให้รับผิดสำหรับการกระทำโดยทุจริตรับสินบนเช่นเดียวกัน การกำหนดความรับผิดดังกล่าวปรากฏในมาตรา 269 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอาร์เจนตินา (Horacio, 1990: 8 อ้างในเกรียงศักดิ์ อรุพงษ์ไพศาล, 2543: 155) ดังนี้

“ผู้พิพากษาที่ทำคำพิพากษาขัดแย้งกับกฎหมายอย่างชัดแจ้งซึ่งถูกอุทธรณ์โดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยตัวผู้พิพากษาเอง หรืออ้างถึงข้อเท็จจริงหรือมติดั้งเดิมเป็นพื้นฐานสำหรับคำพิพากษาของตน ต้องถูกลงโทษโดยการปรับจำนวนตั้งแต่ 1,000 ถึง 4,000 เปโซและถูกเพิกถอนจากการเป็นผู้พิพากษาดลอดชีวิต

ตามวรรคหนึ่งของมาตรานี้นำมาใช้บังคับกับผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการด้วย”¹⁴

ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศในกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้กำหนดความรับผิดสำหรับกรณีที่ผู้ประนอมข้อพิพาทรับสินบนก่อนหรือขณะได้รับมอบหมายหน้าที่ โดยจัดระดับประเภทความผิดเอาไว้หมวดเดียวกับผู้ดำรงตนเป็นผู้พิพากษา ผู้ประนอมข้อพิพาทถูกจัดอยู่ในความหมายของนิยาม “ข้าราชการ” (Public Servant) ในกรณีเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทตามข้อบังคับของศาลให้มีการประนอมข้อพิพาท (Court-Annexed Mediation) เพราะกระบวนการประนอมข้อพิพาททำให้ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้โดยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาทซึ่งมีผลเช่นเดียวกับกระบวนการทางศาลในการทำคำตัดสินแก่คู่กรณีพิพาทคดีนั้นก็เป็อันยุติเช่น

¹⁴ “Any judge who delivers a judgement contrary to the explicit law invoked by any party or by himself ,or quotes any false fact or resolution , as a basis for his judgement , shall be punished by a fine from one thousand to four thousand pesos and complete disqualification for life .

This first paragraph of this Article is also applicable to any mediator or arbitrator.”

เดียวกัน และยังอาศัยหลักการเดียวกัน คือ หลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระ การกระทำใดๆที่มีผลกระทบต่อหลักการนี้อย่างรุนแรง เช่นการรับสินบนถือว่ามีโทษทางอาญาตาม The Statutes of The Republic of Singapore Penal Code มาตรา 161 ดังนี้

“ ผู้ใดเป็น หรือคาดว่าจะป็นข้าราชการ ยอมรับ หรือ ได้มา หรือตกลงที่จะยอมรับ หรือพยายามที่จะได้มาซึ่งผลประโยชน์อื่นใดจากบุคคลหนึ่งบุคคลใดสำหรับตนเองหรือสำหรับบุคคลอื่นใด นอกจากค่าตอบแทนตามกฎหมาย เพื่อเป็นเหตุจูงใจ หรือเป็นรางวัลในการกระทำการ หรือละเว้นกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่ของตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ” (แปลโดยเกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์ไพศาล, 2543: 151)

ประเทศญี่ปุ่น

สถานะของผู้ประνομข้อพิพาทในประเทศญี่ปุ่นถือว่ามีความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรม ในระบบกฎหมายของญี่ปุ่น มีการประνομข้อพิพาทแบบบังคับ (Compulsory) ในคดีเกี่ยวกับครอบครัวและข้อพิพาทสัญญาเช่าซื้อที่อยู่อาศัย ในการดำเนินการประνομข้อพิพาท ศาลสูงจะแต่งตั้งองค์คณะผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาหนึ่งคนและผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาสองคน โดยบุคคลทั้งสามนี้จะต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินการประνομข้อพิพาท ผู้ประνομข้อพิพาทจะได้รับอำนาจตามกฎหมายจากข้อบังคับของศาลสูงว่าด้วยการประνομข้อพิพาท ค.ศ. 1992 ซึ่งมีผลใช้บังคับทั่วไปสำหรับการประνομข้อพิพาทในศาล ทำให้ผู้ประνομข้อพิพาทถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐตลอดระยะเวลาที่ปฏิบัติหน้าที่ (Nichikawa,2000: <http://www.iadb.org/mif/eng/conferences/speeches/nishikawa.htm>.)

ดังนั้นหากผู้ประνομข้อพิพาทในประเทศญี่ปุ่นประพฤติมิชอบกระทำผิดหน้าที่อย่างร้ายแรงทุจริตรับสินบน เช่น เรียก รับ หรือยอมจะรับสำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์ตอบแทน อาจมีความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นค.ศ. 1907 และแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1991 ดังนี้

มาตรา 197 ผู้ใดในตำแหน่งเจ้าพนักงาน หรืออนุญาตตุลาการ เรียก รับ หรือยอมจะรับสำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด โดยอาศัยความสัมพันธ์ทางหน้าที่ เจ้าพนักงานผู้นั้นมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ทั้งนี้เมื่อเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการยอมรับสิ่งจูงใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

มาตรา 197-2 ผู้ใดในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการ เรียก รับ หรือ ต่อรองสำหรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น เพื่อจูงใจให้กระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี

มาตรา 197-3 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาตตุลาการขณะที่ทำหน้าที่ ยอมรับ สิ่งจูงใจ รับ เรียก หรือต่อรองทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี (แปลโดย เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543: 105)

3.2 แนวความคิดความคุ้มกันของผู้ประνομข้อพิพาท

ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะได้เสนอทฤษฎีที่มีความเกี่ยวข้องและการกำหนดขอบเขตความคุ้มกันในระบบคอมมอนลอว์เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจในการขยายความคุ้มกันแก่ผู้ประνομข้อพิพาทในหัวข้อต่อไป ดังนี้

3.2.1 วิวัฒนาการของหลักการคุ้มกันของศาล

หลักการคุ้มกันของศาลในประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในกฎหมายอังกฤษใช้หลัก Common Law มาเป็นเวลานานแล้วโดยมีหลักว่าผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ที่ใช้อำนาจตุลาการได้รับการคุ้มกันจากการกระทำใดๆ จากการถูกฟ้องสำหรับความผิดพลาดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หรือความลำเอียง หรือโดยเจตนาร้าย หรือกระทำโดยทุจริต เพราะเห็นแก่สินบน ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิด โดยหลัก Common Law นี้ได้ขยายไปถึง คณะกรรมการที่มีอำนาจไต่สวน (Tribunal of Inquiry) ตัวอย่างคำพิพากษาซึ่งแสดงถึงความคุ้มกันของศาล เช่น คดี Floyd V. Barker (1607) 12 Co. Rap 23 ; Sirros V. Moore (1975) Q.B. 118,132 แต่อย่างไรก็ตามการที่ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้กระทำโดยเจตนาชั่วร้ายหรือคอร์รัปชันนั้นมีวิธีป้องกันสังคมส่วนร่วมจากการประพฤติมิชอบนั้นโดยผู้พิพากษาอาจถูกถอดถอน หรือ Impeached ได้ในเหตุการณ์ที่ชัดเจน หรือกระบวนการร้องเรียนโดยทั่วไป นอกจากนี้โดยทั่วไปแล้วคำตัดสินของผู้พิพากษาอยู่ภายใต้การทบทวนโดยศาลสูงที่มีเขตอำนาจ

เช่น การอุทธรณ์ต่อศาลสูง เหตุที่ต้องมีหลักนี้ก็เพื่อคุ้มกันความเป็นอิสระของศาล และเพื่อเป็นการป้องกันการทำคดีต่อผู้พิพากษาด้วยจุดมุ่งหมายที่จะทำให้การพิจารณาคดีใหม่โดยคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจในคำตัดสิน นอกจากนี้ผู้พิพากษาของอังกฤษถือว่ากระทำการแทนพระมหากษัตริย์ ทำให้ได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของบุคคลใดๆ ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ (Lew, 1990: 21 อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543: 68-69)

หลักการคุ้มกันทางศาลจากความรับผิดทางแพ่งของสหรัฐอเมริกานำมาใช้ครั้งแรกปรากฏในศาลสูงคดี Bradley V. Fischer (1872) คดีนี้เกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายของทนายคนหนึ่งต่อผู้พิพากษาของศาลสูงสหรัฐประจำมลรัฐโคลัมเบีย มีคำฟ้องว่าผู้เสียหายถูกผู้พิพากษาถอนสิทธิจากการเป็นทนายความโดยไม่ถูกต้อง ศาลสูงสหรัฐถือว่าผู้พิพากษาได้รับการยกเว้นจากความรับผิดทางแพ่งสำหรับการกระทำใดๆ ทางศาลที่กระทำขึ้นภายในเขตอำนาจของศาลตน ในคำตัดสินดังกล่าวศาลกล่าวว่าหลักการคุ้มกันทางศาลมีรากฐานอันฝังลึกในกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักการนี้เป็นหลักการทั่วไปที่สำคัญที่สุดสำหรับการบริหารความยุติธรรมที่เหมาะสมที่ทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวกับการบริหารงานทางศาลเป็นอิสระจากความรับผิดจากการใช้อำนาจหน้าที่ที่ได้ให้ไว้กับตน ศาลมีข้อโต้แย้งอื่นอีกว่าการกำหนดความรับผิดของผู้พิพากษาต่อการกระทำต่างๆ ต่อศาลเป็นการไม่สอดคล้องหลักการเป็นอิสระ และจะเป็นการทำลายความเป็นอิสระดังกล่าวซึ่งจะทำให้ระบบศาลไม่ได้รับการเคารพหรือเกิดประโยชน์แต่อย่างใด นอกจากนี้หลักการความคุ้มกันไม่ถูกจำกัดเฉพาะผู้พิพากษาแห่งรัฐและมลรัฐ ศาลต่างๆยังขยายความคุ้มกันให้กับบุคคลอื่นๆที่ช่วยเหลือกระบวนการยุติธรรม ในคดี Yaselli V. Goff ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาขยายความคุ้มกันให้กับอัยการ และในคดี Imbler V. Pachtman ขยายความคุ้มกันแก่อัยการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Hausmaninger, 1990: 9 อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543: 73)

ขอบเขตความคุ้มกันทางศาลและเสมือนศาลในระบบคอมมอนลอว์

จากการศึกษาขอบเขตของความคุ้มกันสามารถแบ่งประเภทความคุ้มกันได้ 2 ประเภท

(Joseph, 1997: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

1. การให้ความคุ้มกันเด็ดขาดหรืออย่างกว้าง ในกฎหมายคอมมอนลอว์ ความคุ้มกันเด็ดขาดถูกให้แก่ผู้มีส่วนเข้าร่วมในกระบวนการทางศาลเพื่อคุ้มครองกระบวนการดังกล่าวจากการคุกคามหรือก่อให้เกิดความกลัวว่าจะถูกฟ้องร้อง เจ้าหน้าที่ตุลาการจะได้รับความคุ้มกันเด็ดขาด

สำหรับการกระทำใดๆ ภายใต้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการหรือที่เกี่ยวข้องกับตุลาการ แม้การกระทำนั้นจะมีความบกพร่องจากการปฏิบัติหน้าที่ ในทางตรงข้ามการปฏิบัติหน้าที่ทางบริหารจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกัน

ส่วนความคุ้มกันเด็ดขาดทางศาลเป็นการคุ้มครองผู้พิพากษาที่ได้กระทำหน้าที่ในกระบวนการตุลาการให้พ้นจากความรับผิดในการกล่าวหาว่ามีการกระทำผิดทางแพ่งจากการประพฤตินิชอบหรือมีเจตนาทุจริตหรือรับสินบน แต่จะไม่คุ้มครองผู้พิพากษาจากความรับผิดทางอาญา เนื่องจากข้อกล่าวหาเหล่านี้สามารถกล่าวอ้างได้ง่ายโดยฝ่ายที่แพ้คดีซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระในการตัดสินใจ และ ตามนโยบายของรัฐประสงคิให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ เป็นอิสระและปราศจากความกลัวต่อผลหรือข้อผิดพลาดที่เกิดจากการทำหน้าที่ตุลาการ ดังนั้นผู้เสียหายจึงไม่สามารถฟ้องผู้พิพากษาได้ แต่มีหลักแก้ไขเยียวยาโดยอาศัยกระบวนการอุทธรณ์หรือฎีกา จากคำตัดสินในคดี Pierson V. Ray (1967) ศาลสูงได้วางหลักความคุ้มกันเด็ดขาด ดังนี้

“ความคุ้มกันของผู้พิพากษาจากความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นภายใต้ขอบเขตอำนาจตุลาการ ศาลพิจารณาดูแล้วเห็นควรให้นำหลักการในคดี Bradley V. Fisher (1872) มาปรับใช้ ความคุ้มกันนี้รวมถึงกรณีที่ผู้พิพากษาก่อการโดยทุจริตหรือรับสินบน การให้ความคุ้มกันลักษณะเช่นนี้มีได้หมายความว่า จะคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์ของผู้พิพากษาที่ทุจริตหรือรับสินบน แต่มุ่งที่จะรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ กล่าวคือ ผู้พิพากษาคควรจะมีอิสระในการใช้อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและตัดสินโดยปราศจากความกลัว โงกท์หรือจำเลยที่รู้สึกไม่พอใจต่อการดำเนินคดีของผู้พิพากษาอาจจะแก้ไขได้โดยการอุทธรณ์ แต่ไม่ควรกระทำการตอบโต้ผู้พิพากษาโดยการฟ้องกล่าวหาว่าทุจริตหรือรับสินบน ซึ่งเป็นการคุกคามต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”

2. ความคุ้มกันที่จำกัด (Qualified Immunity) เป็นการให้ความคุ้มกันแก่เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เพื่ออำนวยความสะดวกแก่เอกชน หรือกระทำตามคำสั่งศาล บุคคลที่จะได้รับความคุ้มกันประเภทนี้ในเบื้องต้นพิจารณาบนพื้นฐานว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐ กระทำการตามหน้าที่ในการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี และการกระทำเช่นนี้ต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกระบวนการตุลาการ ในคดี Scheuer V. Rhodes (1974) ศาลให้นิยามความคุ้มกันที่จำกัด หมายถึง ความคุ้มกันที่ให้แก่บุคคลซึ่งกระทำการในนามของรัฐ อยู่บนความเชื่อพื้นฐานว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใดๆด้วยความสุจริต ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะบกพร่องในหน้าที่หรือกระทำ

เกินอำนาจหน้าที่ แต่จะไม่คุ้มครองบุคคลจากข้อกล่าวหาว่ามีเจตนาทุจริต (Bad Faith) ประสงค์ร้าย (Malice) การรับสินบน (Bribe)

หลักการคุ้มกันของศาลในประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ประเทศต่างๆในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มีแนวคิดการให้ความคุ้มกันแก่ผู้พิพากษาโดยไม่เด็ดขาดสำหรับการกระทำต่างๆในทางศาล มีหลักการว่าผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดทางแพ่งต่อการกระทำต่างๆ ที่ได้กระทำขึ้นภายใต้อำนาจหน้าที่ของตนในฐานะผู้พิพากษา หากกระทำไปด้วยความสุจริต เนื่องจากประเทศยุโรปโดยส่วนใหญ่มีการพัฒนานโยบายที่จริงจังเกี่ยวกับการชดเชยให้กับคู่ความจากผลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำผิดไว้ ซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาด้วย โดยพื้นฐานผู้พิพากษาสสามารถรับผิดทางแพ่งสำหรับการกระทำละเมิด และการกระทำต่างๆ ที่สมควรถูกลงโทษทั้งหมด ซึ่งรวมถึงการกระทำต่างๆในกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลด้วย (Adjudicatory Acts) คู่ความต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาสามารถเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในกระบวนการพิจารณาพิพากษาได้ และประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ได้พัฒนาจัดทำวิธีการเฉพาะซึ่งคู่ความจะต้องดำเนินการตาม เพื่อเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการพิพากษาคดี ซึ่งวิธีการนี้มีผลโดยตรงต่อตัวผู้พิพากษา หรือต่อรัฐในการไล่เบี้ยตามข้อเรียกร้องของผู้เสียหายกับผู้พิพากษาต่อไป ซึ่งการฟ้องร้องให้ผู้พิพากษารับผิดทางแพ่งสามารถทำได้หลังจากที่สิ้นสุดการเยียวยาทางกฎหมายอื่นๆที่มีอยู่ทั้งหมดแล้ว (Joseph, 1997: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

สามารถอธิบายความแตกต่างกันของขอบเขตการให้ความคุ้มกันทางศาลในประเทศคอมมอนลอว์และในประเทศซีวิลลอว์ ได้ดังนี้คือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาแนวคิดผู้พิพากษาได้รับความคุ้มกันที่สำคัญๆ (Broad Immunity) หรือความคุ้มกันเด็ดขาด (Absolute Immunity) จากการกระทำกิจกรรมที่เป็นการพิจารณาพิพากษาซึ่งขาดคดีทั้งหมด ซึ่งแม้ว่ากระทำโดยเจตนาร้ายหรือทุจริตก็ตาม ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดทางแพ่งต่อ "การกระทำอย่างศาล" (Judicial Act) เว้นเสียแต่ว่าการกระทำดังกล่าวปราศจากเขตอำนาจศาลอย่างเห็นได้ชัด เพราะการสืบถึงมูลเหตุจูงใจของการกระทำทางศาล ถูกมองว่าเป็นการคุกคามต่อความเป็นอิสระของศาล ศาลสูงสหรัฐได้กำหนดการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำทางศาลตามแต่ละคดีไป แต่โดยรวมแล้วศาลสูงสหรัฐอเมริกากำหนดให้เกิดอุปสรรคการกระทำของผู้พิพากษาได้รับการคุ้มกันทางศาล ดังนั้นผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อผู้พิพากษาว่ากระทำความผิดไม่ว่าความผิดฐานใด แต่อย่างไรก็ตาม

ในระยะหลัง ศาลสูงสหรัฐได้ผ่อนคลายหลักความคุ้มกันเด็ดขาด โดยกำหนดว่าการกระทำที่จะได้รับ ความคุ้มกันนั้น จะครอบคลุมถึงการกระทำโดยสุจริตเท่านั้น (Joseph, 1997: <http://www.lexis-nexis.com/universe/>.)

ในขณะที่ศาลในยุโรป แสดงความคิดหลักการคุ้มกันเป็นการส่งเสริมความประมาทของศาล ทั้งนี้เพราะไม่ได้ส่งเสริมให้ผู้พิพากษาเอาใจใส่เพียงพอ และเป็นการที่ทำให้ผู้พิพากษามีพฤติกรรมสะเพร่าหรือมีเจตนาร้าย จึงเสนอมาตรฐานความคุ้มกันที่จำกัด (Qualified) สำหรับใช้ในการดำเนินการตามหน้าที่ของผู้พิพากษาในลักษณะที่เหมาะสม ผู้พิพากษาควรได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบจากกรกระทำด้วยความสุจริต แต่ควรจะให้รับผิดชอบสำหรับการกระทำใดๆ ที่กระทำลงไป ทั้งที่รู้ว่าเป็นสิ่งไม่ถูกต้อง หรือไม่ได้คำนึงถึงความถูกต้องนั้น และมีหลักประกันว่าถ้าให้ความคุ้มกันแล้วความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจะยังคงมีอยู่ (Hausmaninger, 1990: 14 อ้างถึงในเกรียงศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล, 2543: 77-78)

3.2.2 เหตุผลเบื้องหลังแนวความคิดความคุ้มกันของศาล

มีมูลเหตุจูงใจสองประการที่สนับสนุนแนวคิดความคุ้มกันทางศาล ประการแรกคือ การคุ้มครองผู้พิพากษาและตัวความ และประการที่สองคุ้มครองกระบวนการทางศาล

ประการแรก เป็นการคุ้มครองผู้พิพากษาและตัวความ เนื่องจากระบบความรับผิดชอบศาลอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้พิพากษาและตัวความดังต่อไปนี้

1. การฟ้องร้องให้รับผิดชอบจะเป็นการคุกคามขัดขวางบุคคลที่มีความสามารถและมีความรับผิดชอบจากการทำหน้าที่ทางศาล
2. การคุกคามโดยการฟ้องร้องให้รับผิดชอบ อาจชักจูงให้ผู้พิพากษาหลีกเลี่ยงการทำคำพิพากษาที่อาจส่งผลให้ตนถูกฟ้องภายหลังได้ ซึ่งจะเป็นการทำลายความเป็นอิสระและการทำคำพิพากษาที่เป็นธรรม ดังนั้นการคุ้มกันทางศาลมีประโยชน์ไม่เพียงแต่ผู้พิพากษาเท่านั้นในความเป็นอิสระและกระทำได้โดยปราศจากความกลัวถึงผลที่จะตามมา แต่ยังเป็นประโยชน์แก่สาธารณชนและคู่ความต่างๆด้วย

ประการที่สอง การคุ้มครองกระบวนการทางศาล ความคุ้มกันทางศาลจากการฟ้องร้องค่าเสียหายต่อผู้พิพากษาเป็นสิ่งต้องห้าม เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในความเป็นหนึ่งเดียวของ

กระบวนการอุทธรณ์ ซึ่งกฎเกณฑ์การคุ้มกันทางศาลพัฒนาเพื่อคุ้มครองระบบอุทธรณ์ จากการโจมตีคำพิพากษา ดังนั้น การนำคดีต่างๆ ที่ยกขึ้นสู่ชั้นอุทธรณ์นี้เพื่อต้องการแก้ไขข้อผิดพลาดและการใช้กระบวนการคุ้มกันทางศาลปกป้องโจทก์จากการนำคดีฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีในชั้นต้น (Hausmaninger, 1990: 11 อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543:75)

จากลักษณะความเป็นมาของความคุ้มกัน เป็นหนทางเดียวที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะเป็นเครื่องมือป้องกันการกระทำต่างๆ ของศาลที่มีชอบ คือ ทำโดยผ่านการทบทวนทางศาล (Judicial Review) โดยการแก้ไขข้อผิดพลาดให้ถูกต้องในชั้นอุทธรณ์ นอกจากนี้ยังมีกระบวนการทางศาลในการแยกผู้พิพากษาออกจากอิทธิพลทางการเมืองและกลไกควบคุมความประพฤติที่มีชอบของผู้พิพากษาในหน่วยงานตุลาการ

3.2.3 การขยายความคุ้มกันทางศาลไปยังอนุญาโตตุลาการ

ประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอร์

ปัจจุบันยังคงมีข้อถกเถียงในเรื่องการขยายความคุ้มกันทางศาลไปยังอนุญาโตตุลาการ โดยฝ่ายที่สนับสนุนการขยายความคุ้มกันทางศาลไปยังอนุญาโตตุลาการ ให้ความเห็นสองประการ

ประการแรก ในการเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ในข้อเท็จจริงที่ว่า อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ “ เสมือนกึ่งศาล ” ในปัจจุบันอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดเพิ่มเติมมากขึ้นจากเดิม และสามารถมีดุลยพินิจในการแก้ไขเยียวยาตามกฎหมาย หากว่าดำเนินการชี้ขาดด้วยความยุติธรรม กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการสามารถแทนที่กระบวนการพิจารณาของศาลได้ และอนุญาโตตุลาการถูกมองว่าเป็นเสมือนผู้พิพากษาที่ถูกเลือกโดยคู่สัญญา แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะไม่มีความรู้ด้านกฎหมายเหมือนผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจเท่าผู้พิพากษา ในคดีของสหรัฐอเมริกา Jones V. Brown กล่าวถึงประเด็นความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการโดยเปรียบเทียบอนุญาโตตุลาการคล้ายผู้พิพากษา และเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติที่หลอกลวง หรือทุจริต ต่อมาศาลของมลรัฐแมสซาชูเซ็ท ให้เหตุผลคล้ายกันในคดี Hoosac Tunnel Dock and

Elevator V. O'Brien กล่าวว่า อนุญาโตตุลาการเป็นเจ้าหน้าที่กึ่งศาล (Quasi-judicial Officer) ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา ดังนั้น จึงมีเหตุผลสมควรที่จะให้ความคุ้มครองและประกันความเป็นกลาง ความอิสระ และเสรีภาพของอนุญาโตตุลาการ จากอิทธิพลใดๆ เหมือนกับกรณีที่ให้แก่อัยการพิพากษา (Hausmaninger, 1990: 15,16 อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543:79)

ประการที่สอง นโยบายแห่งชาติที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาท และมีบทบาทสำคัญในการบริหารงานยุติธรรม เพราะเห็นว่า อนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือที่มีค่าของศาลที่จะช่วยลดปริมาณคดีที่มีอยู่มากในศาล ดังนั้น อนุญาโตตุลาการควรได้รับการส่งเสริมในบทบาทหน้าที่ของตน ฉะนั้นการกำหนดความรับผิดชอบจะเป็นการขัดขวางมากกว่าเป็นการสนับสนุนอนุญาโตตุลาการให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หากให้อนุญาโตตุลาการต้องเผชิญกับความรับผิดชอบ จะทำให้ไม่มีผู้เต็มใจรับเป็นอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นเพื่อสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการสมัครใจในการระงับข้อพิพาท โดยไม่เกิดข้อขัดแย้งระหว่างคู่ความและ ภาวะในการต่อสู้คดีที่อาจถูกฟ้องให้รับผิดชอบภายหลัง และเพื่อพัฒนาบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมในการเป็นอนุญาโตตุลาการต่อไป การคุ้มกันจึงควรขยายไปถึงอนุญาโตตุลาการด้วย เพื่อช่วยสนับสนุนกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้เป็นหนึ่งเดียว (Hausmaninger, 1990: 17อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543:80)

ในขณะที่ฝ่ายที่ได้แย้งต่อการขยายหลักการคุ้มกันของศาลไปให้กับอนุญาโตตุลาการ มีความเห็นว่า จากการเปรียบเทียบอนุญาโตตุลาการกับผู้พิพากษาในหลายๆเรื่อง พบว่ามีลักษณะแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษา และระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาลและของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความแตกต่างนี้มีผลต่อการขยายความคุ้มกันของศาลไปสู่อนุญาโตตุลาการ

ฝ่ายที่ได้แย้งพบว่าลักษณะที่ไม่เหมือนกันระหว่างผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ มีสามประการ แยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ประการแรก การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยคู่ความตามข้อพิพาท โดยการทำสัญญาขึ้น และได้รับอำนาจโดยสัญญา แต่ในขณะที่ผู้พิพากษาได้รับอำนาจโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

ประการที่สอง อนุญาตโตตุลาการจะได้รับเลือกให้ระงับข้อพิพาท เนื่องด้วยความเชี่ยวชาญทางเทคนิคในข้อพิพาท แต่ด้วยความรู้พิเศษนี้บางคนอาจจะโต้แย้งว่าอนุญาตโตตุลาการเป็นเพียงผู้ชำนาญการทั่วไปให้บริการกับคู่ความบนพื้นฐานของสัญญาอนุญาตโตตุลาการรวมถือผู้ให้บริการทางวิชาชีพ ดังนั้นเขาจึงได้รับการคาดหวังว่าจะสามารถปฏิบัติหน้าที่และต้องรับผิดชอบตามวิชาชีพที่มีต่อลูกค้าของตน โดยใช้ทักษะ ความชำนาญ และความรู้โดยปกติที่ตนมีอยู่

ประการที่สาม อนุญาตโตตุลาการไม่อยู่ภายใต้การควบคุมระเบียบวินัยและทางการเมืองเหมือนกับผู้พิพากษา ในขณะที่การประพฤติมิชอบของศาลอยู่ภายใต้การควบคุมที่แน่นอนโดยกระบวนการเลือกตั้งและระบบถอดถอนและกฎระเบียบต่างๆ มีผู้กล่าวว่าหนทางเดียวที่จะให้อนุญาตโตตุลาการอยู่ในระเบียบวินัยได้อย่างมีประสิทธิภาพคือการฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดชอบ (เกรียงศักดิ์ อรุณวงศ์พิศาล, 2543:81,82)

นอกจากนี้ยังมีความแตกต่างระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาลและกระบวนการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ เหตุผลหนึ่งของความคุ้มกันของศาล คือ ศาลมีมาตรการป้องกันที่เป็นกระบวนการที่แน่นอน (Procedural Safeguards) ตัวอย่างเช่น การแยกผู้พิพากษาจากอิทธิพลทางการเมือง มีหลักปฏิบัติวิธีพิจารณาตามระเบียบประเพณีที่มีมาแต่ก่อน ลักษณะที่ขัดแย้งของกระบวนการและความสามารถที่จะแก้ไขข้อพิพาทในการอุทธรณ์ให้ถูกต้องเพื่อคุ้มครองคู่ความจากการกระทำผิดของศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนกระบวนการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการนั้นขาดคุณสมบัติที่มีเหตุผลอันควรที่จะได้รับความคุ้มครองต่อกระบวนการ ทั้งนี้เพราะอนุญาตโตตุลาการได้รับคัดเลือกจากคู่ความตามข้อพิพาทให้ปฏิบัติหน้าที่เฉพาะกิจ (ad hoc) กระบวนการอนุญาตโตตุลาการไม่เปิดเผย และอนุญาตโตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและไม่ต้องผูกติดอยู่กับระเบียบแบบแผน คำตัดสินของอนุญาตโตตุลาการไม่ต้องมีหลักฐานพิสูจน์ถึงเหตุผลต่างๆ และจะอุทธรณ์คำพิพากษาได้ด้วยเหตุผลที่จำกัดเท่านั้น การขาดมาตรการป้องกันที่แน่นอนในกระบวนการพิจารณา จึงทำให้โต้แย้งได้ว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการมีความอ่อนแอมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับศาล ทั้งนี้เพราะในทางทฤษฎีแล้วอนุญาตโตตุลาการมีโอกาสกระทำผิดมากกว่า จึงมีข้อโต้แย้งว่าอนุญาตโตตุลาการไม่ควรได้รับความคุ้มกันทางศาลอย่างเต็มที่ (Hausmaninger, 1990: 19 อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อรุณวงศ์พิศาล ,2543:82)

ประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์การขยายความคุ้มครองของศาลไปยังอนุญาโตตุลาการได้รับการพิจารณาในแง่ของสัญญา (Contractual Approach) เพื่อคุ้มครองอนุญาโตตุลาการจากการถูกฟ้องร้องทางแพ่ง ทั้งนี้การอนุญาโตตุลาการในประเทศซีวิลลอว์มีข้อจำกัดมากกว่า และมีระเบียบภายในประเทศที่ใช้ควบคุมกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยศาลภายในประเทศมากกว่าอนุญาโตตุลาการในประเทศคอมมอนลอว์ แม้จะแสดงบทบาทเช่นเดียวกับผู้พิพากษาก็ตาม แต่อำนาจของอนุญาโตตุลาการจะถูกจำกัดมากกว่า และในขั้นแรกการอนุญาโตตุลาการถูกมองว่าเป็นผู้ชำนาญการซึ่งการรับผิดชอบการกระทำของตนนั้นก็ควรเป็นไปตามเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญาแต่งตั้งที่ตกลงกันโดยคู่สัญญา ซึ่งจะคล้ายกับอาชีพอื่นๆ ที่ให้บริการอาศัยความเชี่ยวชาญเป็นการตอบแทน ดังนั้นสัญญาจึงเป็นพื้นฐานความคิดในการตัดสินมาตรฐานความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ (Hausmaninger, 1990: 19 อ้างถึงใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์ พิศาล, 2543: 83)

อนุญาโตตุลาการสามารถยื่นกรานที่จะมีความคุ้มครองได้ โดยการระบุเงื่อนไขชัดเจนไว้ในสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และในข้อตกลงเรื่องค่าปรับที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจัดให้มีการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าใช้จ่ายใดๆรวมทั้งค่าทนายด้วยในการฟ้องร้องทางแพ่ง การสอดแทรกเงื่อนไขความรับผิดชอบดังกล่าวลงไปในสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็เหมือนกับการตกลงทำสัญญาอื่นๆ กล่าวคือ ขึ้นอยู่กับอำนาจในการต่อรอง นอกจากสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะเป็นตัวกำหนดความรับผิดชอบและข้อยกเว้นความรับผิดชอบของตัวอนุญาโตตุลาการ และ ขอบเขตความรับผิดชอบนี้สามารถปรับเปลี่ยนได้ระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายในขอบเขตของบทบัญญัติข้อบังคับของกฎหมายภายในประเทศด้วย (Hausmaninger, 1990: 20)

ภายใต้กฎหมายของประเทศซีวิลลอว์ส่วนใหญ่เน้นการตกลงยกเว้นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่จงใจ หรือประมาทอย่างร้ายแรงของลูกหนี้ไม่สามารถจัดทำไว้ล่วงหน้าในสัญญาได้ แต่ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอนุญาโตให้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงและเงื่อนไขในการยกเว้นความรับผิดชอบได้แม้จะเป็นการละเมิดโดยจงใจก็ตาม (Hausmaninger, 1990: 20)

นอกจากนี้การพิจารณาเรื่องสัญญาแสดงถึงความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องไม่มีผลกระทบที่เห็นได้ชัดต่อประเด็นความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นแม้อนุญาโตตุลาการ

จะไม่ได้แยกความรับผิดชอบไว้ในสัญญาแต่งตั้งอย่างแข็งขัน อนุญาตโตตุลาการก็ยังคงได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางแพ่งตามกฎหมายที่มีอยู่ ทั้งนี้เพราะอนุญาตโตตุลาการจะตกลงรับเป็นผู้ตัดสินบนความเข้าใจว่าตนจะรับผิดชอบที่ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบเท่านั้น เงื่อนไขการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการควรจะถูกตีความในลักษณะว่าเป็นสิ่งปกป้องอนุญาตโตตุลาการ โดยนัยมีลักษณะความคุ้มกันแบบกึ่งศาล (Quasi-judicial Immunity) ซึ่งคล้ายคลึงกับที่ผู้พิพากษาประเทศคอมมอนลอร์เห็นว่าปกติอนุญาตโตตุลาการจะไม่ตกลงเรื่องความรับผิดไว้ในสัญญาว่าจ้างของตน (Hausmaninger, 1990: 20 อ้างถึงใน เกียรติศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล, 2543:84)

3.2.4 ข้อพิจารณาการขยายหลักการคุ้มกันทางศาลไปยังผู้ประนอมข้อพิพาท

ในส่วนตัวแล้วได้กล่าวถึงความคุ้มกันของศาลจากการฟ้องร้องทางแพ่งและการขยายความคุ้มกันมายังอนุญาตโตตุลาการภายใต้ Common law และ Civil Law ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ว่าเหตุผลต่างๆ ที่ใช้กับความคุ้มกันของศาลและความคุ้มกันของอนุญาตโตตุลาการจะนำมาใช้กับผู้ประนอมข้อพิพาทได้หรือไม่

3.2.4.1 สถานภาพของผู้ประนอมข้อพิพาทในระบบศาลสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการประนอมข้อพิพาทเป็นทางเลือกหนึ่งของการระงับข้อพิพาทนอกศาล การประนอมข้อพิพาทถูกนำไปใช้ทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ และทั้งที่เป็นการประนอมข้อพิพาทในลักษณะบังคับใช้ในกระบวนการทางศาล หรือโดยสัญญาซึ่งกระทำนอกเหนืออำนาจตุลาการ ในขณะที่สถานการณ์ปัจจุบันผู้ประกอบการวิชาชีพต่างๆ รวมทั้งผู้พิพากษาได้ผันตัวเองเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้น ในเรื่องความจำเป็นในการคุ้มครองผู้เข้าร่วมในกระบวนการประนอมข้อพิพาท เช่น ขอบเขตการคุ้มครองความลับของผู้เข้าร่วมประนอมข้อพิพาท และความคุ้มกันสำหรับคนกลางที่ถูกเสนอให้เป็นผู้ประนอมข้อพิพาท และ ขอบเขตการให้ความคุ้มกันสำหรับผู้ทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งได้รับค่าตอบแทนหรือค่าจ้าง (Joseph, 1997: <http://www.lexis-nexis.com/universe/>.)

บทบัญญัติกฎหมายที่รับรองสถานภาพของผู้ประนอมข้อพิพาท คือ Civil Justice Reform Act 1990 หรือที่เรียกว่า CJRA เป็นกฎหมายที่สนับสนุนให้ใช้กระบวนการ ADR ในการแก้ไขข้อพิพาท ทำให้ทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาต้องมีการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม รวมถึงการ

ออกกฎระเบียบโครงการการประนอมข้อพิพาทของศาลด้วยซึ่งบังคับให้ศาลมลรัฐต้องออกกฎระเบียบของศาลว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท รวมถึงการอนุญาตให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทในภาคเอกชนเพื่อช่วยงานยุติธรรมตามความเหมาะสมกับประเภทของคดี ทั้งนี้ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ได้รับแต่งตั้งจากศาล (Court-appointed Mediators) อาจจะมีค่าตอบแทนและไม่มีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ (Gray,1996:152-153)

ในสหรัฐอเมริกาความคั่งกันทางศาลได้ขยายไปยังผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งทำหน้าที่เป็นคนกลางในกระบวนการADR ทั้งผู้ประนอมข้อพิพาทที่รับหน้าที่ด้วยความสมัครใจและผู้ประนอมข้อพิพาทที่ได้รับแต่งตั้งจากศาลตามโครงการการประนอมข้อพิพาทในศาล ได้รับการยืนยันจากคำตัดสินของศาลในคดี Howard V. Drapkin และ Lange V. Marshall¹⁵ กล่าวว่า ในกระบวนการADR การให้ความคั่งกันแก่คนกลาง ศาลยังคงให้ความคั่งกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทแม้จะถูกแต่งตั้งโดยคู่กรณีและมีค่าตอบแทนก็ตาม โดยมุ่งพิจารณาถึงบทบาท (Role) ของผู้ประนอมข้อพิพาทในการปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลือระงับข้อพิพาทว่ามีลักษณะเดียวกันกับผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการคือ การอำนวยความยุติธรรม (Administration of Justice) ถือว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมในการให้ความคั่งกันเสมือนศาลแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท เพื่อวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนให้มีการใช้กระบวนการADR ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทางตุลาการ และในคดี Wagshal V. Foster¹⁶ วางหลักอย่างชัดเจนในการให้ความคั่งกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งถูกแต่งตั้งโดยศาล คำตัดสินของศาลอุทธรณ์มลรัฐวอชิงตัน กำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีค่าตอบแทนในโครงการประนอมข้อพิพาทของศาลมีสิทธิได้รับความคั่งกันทางศาล ซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการด้วย (เรื่องเดียวกัน, หน้า 155)

3.2.4.2 ข้อพิจารณาการขยายหลักการคั่งกันของศาลไปยังผู้ประนอมข้อพิพาท

ในสภาพสังคมปัจจุบันลักษณะข้อพิพาทมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ทำให้มีความต้องการผู้ประนอมข้อพิพาทที่มีทักษะและประสบการณ์อย่างมากในการช่วยระงับข้อพิพาท จนการเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทได้กลายเป็นวิชาชีพหนึ่งในสังคม เมื่อทำการประนอมข้อพิพาทเสร็จ

¹⁵ Howard V. Drapkin,271 Cal. Rptr.893,894(Cal. Ct. App. 1990) และ Lange V. Marshall ,622 S.W 2d 237 ,238 (Mo. Ct. App. 1988)

¹⁶ Wagshal V. Foster ,28 F. 3d 1249 D.C . Cir 1994

แล้ว ฝ่ายที่ไม่พอใจในผลของการประนอมข้อพิพาทสามารถฟ้องผู้ประนอมข้อพิพาท ในเรื่อง การฉ้อฉล การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ การเปิดเผยความลับ เป็นต้น ดังนั้นเพื่อยืนยันความเป็นอิสระของผู้ประนอมข้อพิพาทในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงควรได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบที่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างเพื่อฟ้องร้องต่อตัวผู้ประนอมข้อพิพาทและการคุ้มครองยังเป็นการส่งเสริมกระบวนการประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาทด้วย

มีข้อพิจารณาว่าความคุ้มครองจะมีได้ต่อเมื่อผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำหน้าที่อย่างกึ่งตุลาการ และทำไปโดยสุจริต และไม่ใช้เมื่อกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือเป็นการกระทำโดยทุจริตในระหว่างการประนอมข้อพิพาทถึงขั้นเป็นการประพฤติมิชอบ (Willful Misconduct)

ปัญหาเรื่องความคุ้มครองของผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับความสนใจและมีการถกเถียงอภิปรายอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายในการกำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทควรมีความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพียงใด ซึ่งตามปกติความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการขาดความระมัดระวังและทักษะในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทตามกฎหมายของสถานที่ดำเนินการประนอมข้อพิพาท

ส่วนข้อโต้แย้งที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท คือ ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจในการตัดสินคดีต่างๆ เหมือนศาล กล่าวคือ มีเพียงอำนาจทำคำเสนอแนะเท่านั้นและคู่กรณีมีอิสระที่จะไม่ปฏิบัติตาม และหาที่มีความจำเป็นใดๆ ไม่ที่ผู้ประนอมข้อพิพาทจะพ้นความรับผิดชอบเพราะเหตุขาดความระมัดระวังอันควร ในขณะที่ผู้ประกอบวิชาชีพอื่นๆ ต้องรับผิดชอบ และบางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ยังต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าผู้ประกอบวิชาชีพอื่นๆ เสียอีกทางแก่ของผู้ประนอมข้อพิพาทในทางปฏิบัติ คือ บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทอาจได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดตามข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดในสัญญาแทนที่จะมีสิทธิได้รับโดยผลของกฎหมาย (Joseph, 1995: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

3.2.4.3 การขยายความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการมายังผู้ประนอมข้อพิพาท

ตามความเห็นของ Mustill และ Boyd ได้แบ่งบุคคลที่จะพิจารณาการให้ความคุ้มครองออกเป็นสองกลุ่ม (Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, 1982 : 224-232)

1. อนุญาตตุลาการที่อาจได้หรือไม่ได้รับความคุ้มกัน
2. ผู้มีวิชาชีพอื่นซึ่งอาจตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นในวงแห่งวิชาชีพของตนเองในลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับอนุญาตตุลาการ (Quasi – arbitrator)

Mustill ยังได้กล่าวถึงในเรื่องหน้าที่ (Duties) หรือพันธกรณี (Obligation) ของอนุญาตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาท บุคคลทั้งสองมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty to Care) และหน้าที่ต้องดำเนินการด้วยความเอาใจใส่ (Duty to Proceed Diligently) ในกรณีที่อนุญาตตุลาการและ Quasi-arbitrator มิได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ อนุญาตตุลาการและ Quasi-arbitrator อาจถูกถอดถอนหรือบอกเลิกตามสัญญา และอาจไม่ได้รับค่าธรรมเนียมจากการเป็นอนุญาตตุลาการและ Quasi-arbitrator อีกด้วย การพิจารณาที่ล่าช้าส่งผลเสียต่อคู่กรณีพิพาทอีกหลายประการ เช่น ทำให้ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้น พยานหลักฐานอาจสูญหายหรือยากต่อการนำเสนอด้วยความน่าเชื่อถือ

การมุ่งเน้นการหามาตรฐานในทางปฏิบัติว่าอนุญาตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องใช้ความระมัดระวังระดับใดจึงจะได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องคดี ในข้อกล่าวหาว่ากระทำการโดยบกพร่องในหน้าที่ด้วยทักษะและความระมัดระวังตามสมควร และการให้ความคุ้มกันควรให้ในระดับเดียวกันหมดหรือให้ตามความเหมาะสม

หน้าที่สุดท้ายที่ Mustill และ Boyd กล่าวถึงหน้าที่ที่ต้องไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Duty to Act Impartially) ความลำเอียงนี้อาจกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นความเป็นธรรม ตลอดจนการตัดสินหรือการให้คำเสนอแนะเพื่อระงับข้อพิพาทกระทำไปโดยมิได้เข้าใจในประเด็นพิพาทที่นำเสนออย่างละเอียด อนุญาตตุลาการและ Quasi-arbitrator อาจถูกมองว่าได้รับประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นเพื่อการตัดสินหรือการทำคำเสนอแนะด้วยความฝักใฝ่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าหากกระทำจริงก็อาจต้องรับผิดเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ ที่เกิดขึ้นจากความลำเอียงนั้น

ในเรื่องหน้าที่ (Duties) หรือพันธกรณี (Obligation) ของอนุญาตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาทที่กล่าวข้างต้น Mustill มุ่งเน้นการหามาตรฐานในทางปฏิบัติว่าอนุญาตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องใช้ความระมัดระวังระดับใดจึงจะได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องคดี ในข้อกล่าวหาว่ากระทำการโดยบกพร่องในหน้าที่ด้วยทักษะและความระมัดระวังตามสมควร และการให้ความคุ้มกันควรให้ในระดับเดียวกันหมดหรือให้ตามความเหมาะสม

หลังจากมีคดีขึ้นศาลจำนวนหนึ่งก็เริ่มปรากฏแนวคำตัดสินที่เป็นที่ยอมรับได้สามแนวทางด้วยกัน คือ

1. อนุญาตตุลาการและ Quasi-arbitrator บางคนที่ทำหน้าที่ที่มีลักษณะตุลาการ (Judicial Function) ย่อมได้รับความคุ้มครอง โดยการกระทำนั้นต้องมีลักษณะของการพิจารณาชี้ขาดบางประการ
2. ทั้งอนุญาตตุลาการและ Quasi-arbitrator อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองนี้หรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการทำหน้าที่อย่างตุลาการหรือกึ่งตุลาการ
3. อนุญาตตุลาการและ Quasi-arbitrator จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องคดี เพราะไม่มีเหตุผลสนับสนุนจากนโยบายสาธารณะใดๆที่จะนำมาอ้างเพื่อยกเว้นจากความรับผิดได้ และไม่มีหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการแบ่งแยกระหว่างอนุญาตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาท

เมื่อพิจารณาดูหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางด้วยความระมัดระวังและหน้าที่ที่ต้องดำเนินการด้วยความเอาใจใส่แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าแนวทางที่สอง น่าจะมีความเหมาะสมมากกว่าแนวทางอื่นในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท เพราะเหตุว่าการให้ความคุ้มครองไม่ควรตัดสินจากสาเหตุว่าบุคคลนั้นเป็นใคร หรือมีชื่อเรียกว่าอย่างไร แต่ความคุ้มครองควรพิจารณาจากสิ่งที่เขากระทำว่ามีหน้าที่อย่างไร ดังนั้นหากผู้ประนอมข้อพิพาทใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่และดำเนินการในการประนอมข้อพิพาทในลักษณะตุลาการหรือกึ่งตุลาการ จึงควรได้รับการคุ้มครองโดยดูจากการปฏิบัติหน้าที่มากกว่าการเรียกชื่อ

หลักการคุ้มครองของผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับการพัฒนาจาก หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา (Case Law) เป็นลำดับ ในปี 1872 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้วางหลักการขยายความคุ้มครองทางศาล ในคดี Bradley V. Fisher ศาลมีความเห็นว่าหลักความคุ้มครองเด็ดขาดของผู้พิพากษา ไม่จำกัดเฉพาะผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ยังขยายความคุ้มครองให้แก่บุคคลซึ่งทำหน้าที่อำนวยความสะดวกยุติธรรมเช่นเดียวกับผู้พิพากษา และในคดี Vaselli V. Goff กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองเด็ดขาดแก่ผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ ผู้พิพากษา คณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jurors)

และ อัยการ ทนายความและพยานในกระบวนการขึ้นก่อนพิจารณาของศาล ในเวลาต่อมาศาลสูงสุดให้แนวทางในการให้ความคุ้มกันในลักษณะกึ่งตุลาการ แก่บุคคลซึ่งทำหน้าที่คล้ายคลึงกับผู้พิพากษา หรือในทำนองเดียวกัน ในคดี Butz V. Economon (1978) ศาลได้ตั้งข้อสังเกตในการพิจารณาการให้ความคุ้มกันดังนี้

1. บุคคลที่จะกล่าวอ้างความคุ้มกันต้องมีหน้าที่ที่สามารถเปรียบเทียบหรือใกล้เคียงกับผู้ได้รับความคุ้มกันเด็ดขาดตามหลักปฏิบัติของคอมมอนลอว์
2. การให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้อง การกระทำที่กล่าวหาว่านั้นต้องมีลักษณะเป็นการคุกคามต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ
3. เป็นวิธีหนึ่งในการคุ้มครองกระบวนการยุติธรรมที่จะต้องไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิเสรีภาพตามกฎหมาย

ในเวลาต่อมามีแนวความคิดการขยายความคุ้มกันของศาลแก่นุญาโตตุลาการและผู้ประνομข้อพิพาท ปรากฏในคดี Austern V. Chicago Board Options Exchange , Inc ¹⁷ ศาลให้ความคุ้มกันเด็ดขาดแก่นุญาโตตุลาการสำหรับการกระทำใดๆภายในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการถือเสมือนว่ากระทำหน้าที่เช่นเดียวกับผู้พิพากษาจึงควรได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองไม่ให้ถูกฟ้องร้องเช่นเดียวกัน และการให้เหตุผลเช่นนี้ควรขยายไปยังผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งอยู่ภายใต้โครงการการประνομข้อพิพาทของศาลด้วย (Joseph,1997: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

ตามปกติความคุ้มกันทั้งเด็ดขาดและความคุ้มกันที่จำกัดจะให้ต่อเมื่อศาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำตามหน้าที่โดยสุจริตเท่านั้น และความคุ้มกันจะไม่ถูกนำไปใช้กับบุคคลธรรมดาทั่วไปซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ (Private Individuals) อย่างไรก็ตามในช่วงระยะหลังศาลได้วางหลักการให้ความคุ้มกันแก่เอกชนซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่บุคคลนั้นได้ใช้ดุลยพินิจของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ปรากฏในคดี Wyatt V. Cole ศาลได้แต่งตั้งผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งเป็นบุคคลภายนอกทำหน้าที่ประνομข้อพิพาทข้อพิพาทตามโครงการประνομข้อพิพาทของศาลโดยไม่มีค่าตอบแทน

¹⁷ Austern V. Chicago Board Options Exchange , Inc 898 F. 2 d. 882 (2d. cir .1990)

ศาลมีความเห็นว่าการใช้ดุลยพินิจของผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นประโยชน์แก่สาธารณะทางอ้อม และการช่วยเหลือนั้นไม่ได้หวังผลตอบแทน จึงควรได้รับความคุ้มกันที่เหมาะสมสำหรับการกระทำใดๆของเขาระหว่างกระบวนการประนอมข้อพิพาท คดีนี้แสดงให้เห็นถึงการขยายความคุ้มกันทางศาลไปยังผู้ประนอมข้อพิพาทที่ถูกแต่งตั้งโดยศาลภายใต้การควบคุมของรัฐตามโครงการประนอมข้อพิพาทในศาล ซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับการฝึกอบรม และการแนะนำเทคนิคต่างๆ เพื่อเป็นประโยชน์ในการประนอมข้อพิพาทสำหรับ การประเมินข้อพิพาทและข้อเสนอแนะในการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันโดยสมัครใจ ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทควรถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการตุลาการ

มีคำพิพากษาหลายคดีที่สนับสนุนความคุ้มกันสำหรับผู้ให้บริการADR ซึ่งรวมถึงผู้ประนอมข้อพิพาทด้วย โดยผู้ประนอมข้อพิพาทและผู้ให้บริการ ADR ทั้งหลายมีสิทธิอ้างความคุ้มกันเด็ดขาดในการกระทำลักษณะกึ่งตุลาการเมื่อได้กระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่อย่างเจ้าพนักงานของรัฐ ปรากฏในคดี Howard V. Drapkin (1990) ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า นาย Robin Drapkin มีอาชีพเป็นจิตแพทย์ก่อนที่จะรับหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทให้กับครอบครัวของโจทก์ โจทก์ฟ้องจำเลยว่าประพฤติตัวไม่เหมาะสมเนื่องจากไม่เปิดเผยถึงความสัมพันธ์ทางวิชาชีพส่วนตัวระหว่างคู่กรณีประนอมข้อพิพาทอีกฝ่ายและไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการระงับข้อพิพาทให้ประสบผลสำเร็จ จำเลยยกข้อต่อสู้ว่าตนในฐานะผู้ประนอมข้อพิพาทมีสิทธิได้รับความคุ้มกัน (Immunity) ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ จากการเป็นเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการในกระบวนการของศาล

ศาลอุทธรณ์มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีข้อสรุปว่า จำเลยปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นกลาง ใช้ความสามารถในการแก้ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มกันในลักษณะกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial) สำหรับการกระทำต่างๆ ในการให้บริการระงับข้อพิพาท (Kimberlee K. Kavach ,1994 : 222)

ในทางปฏิบัติศาลได้ระบุประเด็นความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในส่วนของโครงการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาลซึ่งสนับสนุนอย่างเป็นทางการโดยศาลยุติธรรม ผู้ประนอมข้อพิพาทที่มาจากการแต่งตั้งของศาล ทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยประเมินและแก้ไขข้อพิพาทโดยไม่มีอำนาจตัดสินใจได้รับความคุ้มกันเด็ดขาดหรือความคุ้มกันแบบจำกัดขึ้นอยู่กับข้อกำหนดในแต่ละเขตอำนาจศาล สำหรับเหตุผลในการให้ความคุ้มกันเนื่องจากงานที่ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับ

มอบหมายเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลยพินิจเป็นสำคัญซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทนี้นำไปสู่การพิพากษาหรือการตัดสินใจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทำให้ผู้มีข้อพิพาทอาจไม่พอใจและฟ้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการประพตมิชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทได้ ดังนั้นจึงควรให้เกราะคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทจากการปฏิบัติหน้าที่ของเขา (Goldberg and Shaw and Mackie , 1996: <http://www.arbiter.wipo.int>)

ต่อมาในคดี Wagshal V. Foster (1994) ศาลอุทธรณ์ในกรุงวอชิงตัน สนับสนุนผู้ประนอมข้อพิพาทที่มีค่าตอบแทนภายใต้โครงการ ADR ของศาลจะได้รับความคุ้มครองในลักษณะความคุ้มกันกึ่งตุลาการ สำหรับการกระทำภายในขอบเขตอำนาจอย่างเจ้าพนักงานและเป็นการให้ความคุ้มครองอย่างเต็มที่แก่ผู้ประนอมข้อพิพาททั้งหมดที่ศาลแต่งตั้ง ผู้ประเมินคดีอนุญาตตุลาการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับโครงการ ADR เมื่อกระทำการตามความสามารถอย่างเจ้าพนักงาน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า โจทก์ต้องการที่จะเสนอข้อพิพาทของเขาโดยไม่มีข้อผูกมัด ตามกระบวนการADR ศาลจึงแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทคนแรกซึ่งไม่ได้รับค่าตอบแทนจากการให้บริการของเขา โจทก์ยอมรับการแต่งตั้งแต่ต่อมามีปัญหาในความเป็นกลางของผู้ประนอมข้อพิพาท จึงมีหนังสือขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทคนใหม่ ซึ่งก็ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ โดยผู้ประนอมข้อพิพาทคนที่สองได้รายงานต่อศาลว่าข้อขัดแย้งได้ถูกทำให้น้อยลงแล้ว และทัศนคติของโจทก์เป็นอุปสรรคสำคัญในการประนอมข้อพิพาท ศาลได้แต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทคนที่สามข้อพิพาทจึงระงับได้ ต่อมาภายหลังโจทก์ฟ้องผู้ประนอมข้อพิพาททั้งสอง ต่อศาลสหพันธรัฐเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายตามสิทธิรัฐธรรมนูญและในความเสียหายทางละเมิด

ในการพิจารณาขยายความคุ้มกันให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาท ศาลได้อ้างถึงความคุ้มกันที่เคยให้แก่บุคคลหรือตัวแทนซึ่งช่วยเหลือรัฐในกระบวนการตุลาการและกระทำการอย่างเจ้าพนักงานที่ผ่านมา ได้แก่ นักจิตวิทยาที่ได้รับแต่งตั้งจากศาล อัยการ เจ้าพนักงานคุมประพฤติ และผู้ประนอมข้อพิพาทในคดีครอบครัว ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อให้ความคุ้มกันเด็ดขาดแก่ผู้พิพากษาแล้ว ความคุ้มกันนั้นอาจขยายไปยังเจ้าหน้าที่อื่นเมื่อกิจการของเขาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกระบวนการตุลาการและเมื่อเขาปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ตุลาการ (Gray, 1996: 155-158)

คดีตัวอย่างสุดท้าย คือ คดี Mills V. Killebrew¹⁸ โจทก์ฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งจากทนายความ 3 คน ซึ่งรับทำหน้าที่เป็นองค์คณะประนอมข้อพิพาทตามข้อบังคับของศาลให้ใช้การประนอมข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีต่อศาล โจทก์อ้างไม่ได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมกันตาม 14th Amendment และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process) ถูกฝ่าฝืนโดยกระบวนการประนอมข้อพิพาท โจทก์อ้างต่อไปว่ายังไม่มีการบัญญัติกฎหมายภายใต้มลรัฐมิชิแกนที่ให้้องค์คณะผู้ประนอมข้อพิพาทและรับรองที่มาของอำนาจของผู้ประนอมข้อพิพาท จึงไม่สามารถอ้างความคุ้มครองตามคดี Stump V. Sparkman

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์เห็นควรให้ยกฟ้องโจทก์ และถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาททั้งสามคนปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial Function) และมีสิทธิได้รับความคุ้มครองเด็ดขาด (Absolute Immunity) ศาลอุทธรณ์ได้ยืนยันว่าผู้ประนอมข้อพิพาทได้กระทำการตามอำนาจศาลอย่างชัดเจนไม่ว่ากรณีใดก็ตาม เนื่องจากมีบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจนที่แสดงที่มาอำนาจของผู้ประนอมข้อพิพาทตามข้อบังคับการประนอมข้อพิพาทของมลรัฐมิชิแกนซึ่งปรับใช้ให้สอดคล้องตามบทบัญญัติของศาลสูงสุดมลรัฐมิชิแกนเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล (Joseph, 1997: <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

จากการศึกษาแนวคิดในการขยายความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการมายังผู้ประนอมข้อพิพาท ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่าอนุญาโตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาทต่างปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการ และ ระเบียบข้อพิพาทในรูปของเอกชน จะมีความแตกต่างในเรื่องอำนาจในการตัดสิน กล่าวคือ การวินิจฉัยตัดสินคดีของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นคำชี้ขาดซึ่งสามารถให้บังคับกับคู่กรณีในคดี ส่วนผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจตัดสินแต่เป็นผู้ชี้แนะและเสนอความเห็นเพื่อให้คู่กรณีทำข้อตกลงระเบียบข้อพิพาท และมีความเห็นว่าทั้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและข้อตกลงระเบียบข้อพิพาทที่เป็นผลมาจากการประนอมข้อพิพาทต่างมีความสำคัญต่อคู่กรณีพิพาท เพราะเป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม ในกรณีที่มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งจะต้องมีการดำเนินการทางศาลขอให้มีการชี้ขาดก่อน มีลักษณะเช่นเดียวกับการที่คู่กรณีพิพาทไม่ปฏิบัติตามสัญญาระเบียบข้อพิพาท จึงต้องอาศัยการฟ้องร้องทางศาลเพื่อบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญานั้น

¹⁸ Mills V. Killebrew 765 F. 2 d 69,70,71 (6th cir 1985)

ในกรณีที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันที่ชอบด้วยกฎหมายและยุติธรรมย่อมสมควรบังคับใช้ แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการหรือผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำการทุจริต เช่นการรับสินบนแล้วตัดสินหรือเสนอแนะให้คู่กรณีฝ่ายที่ให้สินบนชนะหรือได้เปรียบยอมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งรัฐควรจะไปกำกับดูแลเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมในเรื่องนี้ ประกอบกับขณะนี้ไม่มีมาตรการใดที่จะเยียวยาแก้ไขคู่กรณีที่เสียหายในการประนอมข้อพิพาทอย่างเหมาะสม นอกจากการพิสูจน์ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทประพฤติมิชอบซึ่งมีความยากลำบากในการพิสูจน์เป็นที่ปรากฏแก่ศาล ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทถือว่าปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการ จึงสมควรได้รับความคุ้มกันแบบจำกัด (Qualified Immunity)

ความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

การคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยการบัญญัติกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาเกลี้ยมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผู้ประนอมข้อพิพาทที่สุจริตและไม่ได้รับค่าตอบแทนที่ควรจะเป็น (the pro bono mediator) ซึ่งมีขอบเขตการคุ้มกันแตกต่างกันไป ข้อมูลปัจจุบันมีกฎหมายเฉพาะที่ระบุให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทอย่างน้อย 22 มลรัฐ เช่น แคลิฟอร์เนีย อริโซนา โคโลราโด ฟลอริดา ไอโอวา มิเนโซตา โอคลาโฮมา ยูทาห์ วอชิงตัน เวอร์จิเนีย เป็นต้น กฎหมายเหล่านี้ยังคงให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทบางประเภทเท่านั้น คือ ผู้ประนอมข้อพิพาทที่รับหน้าที่ประนอมข้อพิพาทด้วยความสมัครใจหรือแต่งตั้งภายใต้โครงการหรือข้อบังคับของศาล ยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายมลรัฐใดที่ให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาททุกประเภท และในการให้ความคุ้มกันเป็นการให้ความคุ้มกันทั้งแบบเด็ดขาดและแบบจำกัดแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ปฏิบัติหน้าที่ให้กับศาลหรือหน่วยงานของรัฐ (The Center of Analysis of Alternative Dispute Resolution System ,<http://www.caadr.org/studies/>)

กฎหมายส่วนใหญ่ยังคงให้ความคุ้มกันแบบจำกัด โดยจะคุ้มครองผู้ประนอมข้อพิพาทจากความรับผิดทางแพ่งที่กระทำหรือละเว้นกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ถ้าผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำหรือละเว้นกระทำซึ่งเข้าลักษณะเจตนาทุจริตหรือจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแล้วจะไม่ได้รับการคุ้มกัน ยกตัวอย่าง ในมลรัฐโคโลราโด ในรัฐบัญญัติการระงับข้อพิพาทกำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับความคุ้มกันอย่างจำกัด ผู้ประนอมข้อพิพาทยังคงต้องรับผิดจากการกระทำที่มีชอบโดยจงใจหรือโดยทุจริต หรือในมลรัฐวอชิงตัน กำหนดให้ผู้ประนอมข้อ

พิพาททุกคน ลูกจ้างและอาสาสมัครของศูนย์ระดับข้อพิพาทได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องทางแพ่งที่อาศัยข้อเท็จจริงพื้นฐานจากการกระทำใดๆที่ดำเนินระหว่างกระบวนการระงอมข้อพิพาท เว้นแต่ในกรณีที่เกิดที่กระทำที่มีขอบโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Kimberlee K. Kavach ,1994 : 221) มีกฎหมายเพียง 8 มลรัฐ¹⁹ ที่ให้ความคุ้มกันเด็ดขาดสำหรับความรับผิดทางแพ่ง เช่น ในมลรัฐ Florida กำหนดให้ผู้ระงอมข้อพิพาทซึ่งถูกแต่งตั้งโดยศาลได้รับความคุ้มกันทางศาล (full judicial immunity) ในลักษณะและบริบทเช่นเดียวกับผู้พิพากษา (in the same manner and to the same extent as a judge)

นอกจากนี้ผู้ระงอมข้อพิพาทยังได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดทางละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการ ตามกฎหมาย Federal Tort Claims Act (FTCA) ของสหรัฐอเมริกา มีเนื้อหาเป็นการให้ความคุ้มกันแก่ลูกจ้างของรัฐบาลกลางซึ่งได้แก่ลูกจ้างฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการ จากการฟ้องร้องทางละเมิดภายในการทางที่จ้าง เนื่องจากกระทำหรือละเว้นโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งคุ้มครองลูกจ้างของรัฐให้พ้นจากความรับผิดทางละเมิดในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ลูกจ้างของรัฐตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้ หมายถึง ลูกจ้างที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐโดยตรงและรับการฝึกอบรมจากรัฐบาลกลาง ถือว่ากระทำการในนามของหน่วยงานรัฐ ทั้งลูกจ้างชั่วคราวหรือทางการ และไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่

ผู้ระงอมข้อพิพาทสามารถอ้างความคุ้มกันตาม FTCA ได้ โดยถือว่าผู้ระงอมข้อพิพาทเป็นลูกจ้างของรัฐตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งไม่ใช่ผู้ระงอมข้อพิพาททุกคนจะได้รับความคุ้มกัน แต่เฉพาะผู้ระงอมข้อพิพาทที่ศาลแต่งตั้งขึ้นและได้รับการฝึกอบรมภายใต้โครงการของศาล ที่ได้รับความคุ้มกันตาม FTCA ส่วนผู้ระงอมข้อพิพาทซึ่งแต่งตั้งโดยสัญญาจะไม่ได้ได้รับความคุ้มกันเนื่องจากกระทำในนามเอกชน และไม่สามารถควบคุมโดยรัฐได้ นอกจากนี้ยังจะขยายความคุ้มกันในลักษณะกึ่งตุลาการแก่ผู้ระงอมข้อพิพาทอาสาสมัครและปฏิบัติภายใต้คำสั่งของผู้พิพากษา โดยเหตุผลว่าผู้ระงอมข้อพิพาทมีบทบาทช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการ (Joseph ,1997 : <http://www.lexis-nexis.com/univere>.)

¹⁹ Haw. Rev.stat 671-17; La .Rev.Stat.Ann 1299.47(H) ; Mont.code Ann. 27-6-106; Neb .Rev. Stat 44-2844; Nev.Rev.stat.630.364; Utah Code Ann. 78-14-15; Minn.Stat.Ann.583.26 (7) (a) ; Fla.Stat.Ann.44.107. (<http://www.caadsr.org/studies/>)

ความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทภายใต้กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติกฎหมายที่เรียกว่า Federal Court of Australia Act 1976 และ Supreme Court Act 1991 ในข้อ 113 (1)²⁰ ของออสเตรเลีย กำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการภายใต้โครงการ ADR ที่ศาลแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะกึ่งตุลาการมีความคุ้มกันเช่นเดียวกับผู้พิพากษา จะคุ้มกันผู้ประนอมข้อพิพาทจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อและทำให้เสียชื่อเสียง หลักความคุ้มกันนี้ได้รับการยืนยันจากคำตัดสินศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐ New South Wales ในคดี Najjar V. Haines and Others (1991) ถือว่าความคุ้มกันตามกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีเพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่ตุลาการให้ขยายไปยังผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งถูกแต่งตั้งโดยศาล และ คำตัดสินศาลสูงสุดแห่งมลรัฐ Queensland ในคดี Von Schulz V. Attorney- General (2000) ถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับผู้พิพากษาจากการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการซึ่งคุ้มครองผู้ประนอมข้อพิพาทให้พ้นจากความรับผิดทางแพ่งเนื่องจากการกระทำโดยฉ้อฉล ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทที่ปฏิบัติหน้าที่จากการแต่งตั้งของศาล ส่วนผู้ประนอมข้อพิพาทนอกศาลหรือที่แต่งตั้งโดยเอกชน มีกฎหมายมลรัฐที่จำกัดความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยทั่วไป มีการกำหนดหลักเกณฑ์ว่า ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ต้องรับผิดเพราะเหตุประมาทเลินเล่อจากการกระทำหรือดเว้นกระทำแต่ยังต้องรับผิดเพื่อการฉ้อฉลที่ตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่นั้น

(http://www.atkinson-law.com/Dispute Resolution/Mediation/Nediation_Art.htm.)

จะเห็นได้ว่าได้กฎหมายทั้งสองฉบับมีเจตนาชัดเจนที่จะคุ้มกันผู้ประนอมข้อพิพาทจากความรับผิดเพราะประมาทเลินเล่อในฐานะละเมิด และอาจคุ้มกันไปถึงความรับผิดเรื่องการผิดสัญญา เช่น การทำเกินหน้าที่ การเปิดเผยความลับ แต่การผิดสัญญาที่จะได้รับความคุ้มกันนั้นต้องเป็นกรณีไม่มีเจตนาที่กระทำผิดสัญญาและไม่เป็นการจงใจหรือไตร่ตรองไว้ก่อน ส่วนความรับผิดในการกระทำโดยฉ้อฉลของผู้ประนอมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ มีความหมายโดยรวมว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต หรือ มีเจตนาพิเศษเพื่อแสวงผลประโยชน์หรือเพื่อก่อความเสียหายแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้กฎหมายไม่ห้ามหากผู้ประนอมข้อพิพาทประสงค์จะจำกัดความ

²⁰ "in performing the functions of mediator or case appraiser, an ADR convenor has the same protection and immunity as a judge performing the functions of a judge"

รับผิดของตนมากกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยการระบุในข้อตกลงประนอมข้อพิพาทเพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของตนในการปฏิบัติหน้าที่ (The Australian Law Reform Commission ,1980:<http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/issues.htm>)

ความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายบัญญัติเฉพาะในเรื่องความรับผิดและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ โดยเรื่องความคุ้มกันยังไม่ชัดเจนว่าผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำหน้าที่ทางตุลาการเพราะ ไม่ได้ทำคำพิพากษาแทนรัฐหรือมีอำนาจตัดสินข้อพิพาทเหมือนกับผู้พิพากษา ดังนั้น หากมีความจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าวจึงจะต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปเรื่องสัญญาและละเมิด ทั้งนี้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดห้ามผู้ประนอมข้อพิพาทในการจำกัดความรับผิดของตน ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถคุ้มครองการกระทำใดๆของตนซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างดำเนินการประนอมข้อพิพาทให้พ้นจากฟ้องร้องได้ตามหลักในเรื่องการยกเว้นความรับผิดทางไฉไลวงหน้า กล่าวคือ คู่กรณีจะตกลงกับผู้ประนอมข้อพิพาท ยกเว้นความรับผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ล่วงหน้าในสัญญาประนอมข้อพิพาทได้ แต่ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในทางอาญาอย่างใดๆ จะมีขึ้นมิได้ เพราะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมหาชน (Kreindler,1998 : <http://www.mediation.nl/Frankrijk1998.htm>.)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย