



ประวัติความเป็นมา พัฒนาการ บทบาท อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท

ในบทนี้จะกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยการประนอมข้อพิพาทในภูมิภาคต่างๆทั่วโลก ความหมายและลักษณะ รวมไปถึงบทบาท อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท เพื่อสร้างความรู้และความเข้าใจเบื้องต้นของกระบวนการประนอมข้อพิพาท ดังจะมีลำดับขั้นตอนในการศึกษาดังนี้

2.1 ประวัติและวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท

ก. ประวัติศาสตร์การของการประนอมข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทเป็นวิธีการระงับข้อขัดแย้งในสังคมที่มีประวัติยาวนาน และมีการใช้กระบวนการนี้อย่างกว้างขวางในวัฒนธรรมต่างๆเกือบทั่วโลก เช่น ในกลุ่มชาวยิว ชาวคริสเตียน ชาวฮินดู ชาวพุทธ กลุ่มชนที่นับถือขงจื้อและในวัฒนธรรมท้องถิ่นต่างๆมากมาย ปรากฏในสมัยก่อนคริสตกาล มีประเพณีปฏิบัติของชาวยิวในการใช้กระบวนการเจรจาประนอมข้อพิพาทโดยคนกลางเป็นเครื่องมือแก้ข้อพิพาทชุมชนชาวยิว เพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างทั้งทางโลกและทางศาสนา โดยพระชาวยิวหรือแรบไบ และศาลทางศาสนาของชาวยิวมีบทบาทในการเจรจาประนอมข้อพิพาททางครอบครัว และข้อพิพาททางการทูตระหว่างคนชั้นสูง (มัวร์ คริสโตเฟอร์ ดับเบิลยู, 2542: 24)

ในวัฒนธรรมของศาสนาอิสลาม ก็มีประเพณีอันยาวนานของการเจรจาประนอมข้อพิพาทโดยคนกลาง ปัญหาต่างๆจะได้รับการแก้ไขโดยที่ประชุมของผู้อาวุโส ที่ซึ่งผู้เกี่ยวข้องจะได้รับการปรึกษาหารือ ตอรอง อภิปรายอย่างรอบคอบ รวมถึงประนอมข้อพิพาท เพื่อแก้ข้อขัดแย้ง ในคนเฒ่าเดียวกันหรือต่างเฒ่า ซึ่งในเวลาต่อมาประเพณีท้องถิ่นกลายมาเป็นกฎหมายเรียกว่า กฎหมายชาเรีย (Shari'a Law) ซึ่งมีคนกลางเรียกว่า ควอดิส (Quadi) หรือโต๊ะกาซีมีบทบาทในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและเป็นผู้ประนีประนอมที่จะพยายามรักษาความสงบสุขทางสังคมโดยให้บรรลุข้อตกลงร่วมกัน แทนการใช้ข้อกฎหมายตามตัวหนังสืออย่างเคร่งครัด การเจรจาไกล่เกลี่ยคนกลางมีความสำคัญอย่างยิ่งในสังคมตะวันออกกลาง ซึ่งถือว่าหากเกียรติยศหรือศักดิ์ศรีเป็น

เรื่องที่ขัดแย้งกันอยู่ จะทำให้บุคคลนั้นเกิดความรู้สึกเสียหน้าหรือสูญเสียความเคารพนับถือ ดังนั้นการเจรจาต่อรองจึงเป็นเรื่องยากลำบากอย่างยิ่ง และการมีคนกลางจึงมีความจำเป็นในการแยกคู่กรณีและดำเนินตามกระบวนการ (เรื่องเดียวกัน, หน้า 25)

การเจรจาประนอมข้อพิพาทในภูมิภาคเอเชีย เช่นในประเทศจีน มีการใช้ศิลปะจาง (The Art of Jang) ซึ่งเป็นรูปแบบการปกครองหนึ่งเพื่อใช้ในการจัดระเบียบสังคม อันมีแนวคิดปรัชญาและความกลมกลืนในสังคมเป็นพื้นฐาน ประกอบด้วยหลัก Li และ หลัก Fa โดยแนวคิดหลัก Li แสดงถึงหลักศีลธรรม พฤติกรรมที่พึงปฏิบัติในสังคม มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าหลักเกณฑ์ใดๆ ที่มีอยู่ครอบคลุม ส่วนหลัก Fa แสดงถึง รูปแบบหลักเกณฑ์ของรัฐที่เป็นกฎหมาย เมื่อมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นในสังคม ตามปกติธรรมเนียมบุคคลต้องพยายามทำความเข้าใจความตกลงโดยผ่านศิลปะจาง โดยไม่มุ่งเน้นที่ตัวปัจเจกชนแต่คำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวม เป็นการทำความเข้าใจร่วมกันซึ่งหลีกเลี่ยงผู้ชนะ ผู้แพ้ โดยจัดให้มีการประนอมข้อพิพาทและการยอมรับข้อเสนอแนะจากผู้ประนอมข้อพิพาทโดยสมัครใจ หลักนี้ยังปรากฏว่านำไปใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของจีนในปัจจุบัน (เรื่องเดียวกัน, หน้า 27)

ส่วนในประเทศญี่ปุ่น โดยสภาพวัฒนธรรมของญี่ปุ่นไม่เน้นการเผชิญหน้าแต่จะนิยมการทำความเข้าใจร่วมกันโดยสมัครใจ มีการใช้วิธีประนอมข้อพิพาทในวัฒนธรรมญี่ปุ่นมาช้านาน โดยอาศัยคนกลางเป็นผู้ริเริ่มให้เจรจา เรียกว่า โชไก-ซา (Shokai-sha) และมีคนกลางที่ทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาทเรียกว่า ชูไก-ซา (Chukai-sha) เพื่อช่วยให้สามารถ ระบุข้อพิพาทร่วมกันได้ (Nishikawa,2000:<http://www.iadb.org/mif/eng/conferences/speeches/nishikawa.htm>)

ข. การประนอมข้อพิพาทคนกลางและการประนีประนอมสมัยใหม่

คนกลางที่ทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาทในยุคที่ผ่านมาในแต่ละวัฒนธรรม ส่วนใหญ่ผ่านการฝึกฝนอย่างไม่เป็นทางการ และจะทำหน้าที่ในบทบาทอันเป็นประจำอยู่ก่อน จนกระทั่งเมื่อคริสต์ศตวรรษที่ยี่สิบ กระบวนการประนอมข้อพิพาทได้กลายเป็นรูปแบบของสถาบันอย่างเป็นทางการและพัฒนาจนเป็นวิชาชีพหนึ่งขึ้นมา มีการก่อตั้งสมาคมในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาลขึ้นเป็นครั้งแรกในอเมริกาเหนือ ในเนื้อหาของอนุญาโตตุลาการ ในปีค.ศ. 1947 ของกลุ่มผู้มีวิชาชีพอนุญาโตตุลาการ และต่อมามีสมาคมวิชาชีพแห่งการแก้ไขปัญหาข้อพิพาท (The Society of Professionals in Dispute Resolution) หรือ SPIDR เพื่อส่งเสริมการแก้ไข

ปัญหาข้อพิพาทอย่างสันติวิธี โดยสมาชิกของ SPIDR ประกอบด้วย ผู้ประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ ผู้ตรวจราชการแผ่นดินรัฐสภา และบุคคลอื่นที่ทำงานในลักษณะของผู้ที่อยู่ในวิชาชีพได้รับค่าจ้างการทำงาน มีการก่อตั้งองค์กรหลายองค์กรเพื่อตอบสนองความต้องการวิชาชีพเฉพาะต่างๆ หน่วยงานการแก้ไขข้อพิพาทของสมาคมเนติบัณฑิตของอเมริกา (The American Bar Association) สมาคมเฉพาะทางทั้งระดับชาติและระดับรัฐของผู้ประนอมข้อพิพาทชุมชน ผู้ประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายและจำเลย ผู้ประนอมข้อพิพาทด้านพาณิชย์ และในมหาวิทยาลัยต่างๆ มีโครงการศึกษาและเปิดหลักสูตรวิชาการระดับข้อพิพาททางอื่นนอกศาล และมีการสร้างทฤษฎีต่างๆ ในการประนอมข้อพิพาท

ลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างการประนอมข้อพิพาทในอดีตและการประนอมข้อพิพาทสมัยใหม่ คือ การประนอมข้อพิพาทในอดีต จะอาศัยบริบทของสังคม และการมีบทบาทอำนาจ และการวางตัวของบุคคลที่สาม กล่าวคือ การประนอมข้อพิพาทในอดีตจะเกิดในกลุ่มสังคมที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างยิ่ง และบทบาทของบุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทจะมีผลอย่างมากต่อคู่กรณีพิพาท เนื่องจากเป็นบุคคลที่ได้รับความเคารพนับถืออย่างมากจากชุมชน ในขณะที่การประนอมข้อพิพาทสมัยใหม่ ผู้เป็นเจ้าของกระบวนการ (Owner of the Process) ประนอมข้อพิพาทคือคู่กรณีพิพาทซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่ช่วยเหลือคู่กรณีพิพาทในการพัฒนาและเสนอทางแก้ปัญหาเพื่อให้คู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันได้ด้วยความสมัครใจ

ในปัจจุบัน วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทได้รับการสนับสนุนอย่างจริงจังในฐานะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาลที่มีรูปแบบและขั้นตอนที่ชัดเจน เนื่องจากปัญหาที่คู่กรณีพิพาทประสบในกระบวนการระงับข้อพิพาททางศาล เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ความล่าช้า ความไม่แน่นอนของคำตัดสินซึ่งอาจมีการอุทธรณ์ได้ และผลจากการใช้กระบวนการนี้ไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างคู่กรณีภายหลังมีคำตัดสิน ในส่วนระบบศาลยุติธรรมเองก็ประสบปัญหาปริมาณคดีในศาลมีจำนวนมากทำให้เกิดความล่าช้าอันอาจกระทบต่อความยุติธรรม นอกจากนี้ความเปลี่ยนแปลงทางสังคม วัฒนธรรม เทคโนโลยีสารสนเทศ และเศรษฐกิจของโลก โดยเฉพาะระบบเศรษฐกิจสมัยใหม่ที่มีการเปิดเสรีทางการค้าและการบริการ ทำให้เกิดการผลิตสินค้าในภาคอุตสาหกรรมต่างๆ และมีการขยายธุรกิจลงทุนข้ามชาติ ธุรกิจระหว่างประเทศ จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะเกิดข้อพิพาททางธุรกิจการค้า ซึ่งโดยลักษณะของข้อพิพาททางธุรกิจมีความจำเป็นที่ต้องอาศัยการตัดสินใจที่รวดเร็ว และกระบวนการ

ระงับข้อพิพาทที่สามารถสนับสนุนและรักษาความสัมพันธ์ในเชิงธุรกิจของคู่กรณีให้ดำเนินต่อไปได้ ดังนั้นการระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนีประนอมข้อพิพาทจึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการส่งเสริมจากรัฐ โดยการสร้างกฎเกณฑ์และระบบกฎหมายรองรับเพื่อพัฒนารูปแบบการประนีประนอมข้อพิพาทให้มีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทต่อไปในอนาคต

ด้วยเหตุผลดังกล่าวประเทศต่างๆ จึงศึกษาถึงวิธีการอื่นที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทก่อนมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล เช่น การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ การอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น อันนำไปสู่การปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย ในรูปแบบการไกล่เกลี่ยในศาลหรือการไกล่เกลี่ยแบบบังคับ ที่เรียกว่า Court-Attached Mediation ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศญี่ปุ่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แก้ไขในปีค.ศ 1951 มาตรา 136 กำหนดให้ผู้พิพากษาใช้ความพยายามในการประนีประนอมข้อพิพาทหรือทำข้อเสนอแก่คู่กรณีพิพาทในการระงับข้อพิพาทได้ในทุกเวลาที่ดำเนิน การฟ้องร้องในศาล ในประเทศฝรั่งเศส ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา คู่กรณีพิพาทจำนวนมากเลือกใช้วิธีการประนีประนอมข้อพิพาทโดยอาศัยบุคคลที่สาม ที่มีใ้ผู้พิพากษา และ ไม่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ที่เรียกว่า conciliateurs de justice เพื่อช่วยเหลือในการแก้ไขข้อพิพาทนอกกระบวนการพิจารณาของศาลเวลาต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาท ในปี ค.ศ. 1995 กำหนดให้ผู้พิพากษาเป็นผู้มีอำนาจประนีประนอมข้อพิพาทคดีก่อนเริ่มการดำเนินพิจารณาและให้ถือว่าผู้พิพากษานั้นมีฐานะเป็น conciliateurs de justice และ ผู้พิพากษามีอำนาจแต่งตั้งบุคคลภายนอกดำเนินการประนีประนอมข้อพิพาทแก่คู่กรณีพิพาทได้ (Emmanuel Gaillard and Jenny Edelstein ,2001: 75)

ในประเทศไทยมีระบบการประนีประนอมข้อพิพาทในห้องพิจารณาและการประนีประนอมข้อพิพาทตามระบบการไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความในศาลเช่นกัน การประนีประนอมข้อพิพาทในห้องพิจารณาเป็นอำนาจของผู้พิพากษา บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 20 ทวิ โดยบทบัญญัติมาตรา 19 และ 20 ได้บัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ว่า ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง หากศาลเห็นว่ากรณีที่คู่ความมาศาลด้วยตนเองอาจยังให้เกิดข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันได้ และไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้น โดยเฉพาะในมาตรา 20 ทวิ ซึ่งได้แก้ไขใหม่ในปี พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“เพื่อประโยชน์ในการประนอมข้อพิพาท เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่าย

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการประนอมข้อพิพาทให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการประนอมข้อพิพาทของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอมรวมถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอมให้เป็นไปตามกฎกระทรวง”

นอกจากนี้การประนอมข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาทสามารถกระทำได้ โดยกำหนดในสัญญาให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทก่อนที่คู่กรณีจะนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ และบุคคลที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทอาจเป็นผู้พิพากษาประจำศาล หรือ บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือผู้ประนอมข้อพิพาทโดยวิชาชีพจากสำนักงานระงับข้อพิพาทโดยทางอื่น (ADR) ทั้งจากรัฐและเอกชน

จากการศึกษาพบว่าวิธีการประนอมข้อพิพาทเป็นที่ยอมรับและมีการใช้อย่างกว้างขวาง ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจในหลายประเทศทั่วโลก ในคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนข้ามชาติ ในปริมาณที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้เกิดข้อพิจารณาว่าการประนอมข้อพิพาทควรมีกฎระเบียบที่ชัดเจนมากขึ้นในทางปฏิบัติเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีพิพาทส่วนใหญ่นิยมใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ในเบื้องต้นจึงมีแนวคิดว่า หากนำกระบวนการประนอมข้อพิพาทผนวกกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเป็นประโยชน์ในการระงับข้อพิพาทมากกว่าการแยกกระบวนการทั้งสองออกจากกัน แนวคิดการใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนี้ปรากฏอยู่ในข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศ UNCITRAL Conciliation Rules และ WIPO Rules มาตรา 18(IV) สนับสนุนให้มีการใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทตลอดระยะเวลาที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจเป็นอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลภายนอกที่คู่กรณีพิพาทแต่งตั้งให้ดำเนินการประนอมข้อพิพาท

นอกจากนี้ในหลายประเทศโดยเฉพาะประเทศในภูมิภาคเอเชียมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะรวมการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการเข้าด้วยกัน (Houzh, 1996 : <http://www.arbiter.wipo.int/events/conferences/1996/tang.html>.) ตัวอย่าง เช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของศรีลังกา ค.ศ 1995 ข้อที่ 14 (1) และ กฎหมายอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาทของอินเดีย ค.ศ 1996 ข้อที่ 30(1) กำหนดว่า คณะอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความได้ถ้าวิธีการเช่นนั้นสามารถเข้ากันได้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในฮ่องกงและสิงคโปร์ มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ 1994 วางหลักว่า อนุญาโตตุลาการหรือผู้ตัดสินข้อพิพาทสามารถปฏิบัติเสมือนผู้ประนอมข้อพิพาทถ้าได้รับความยินยอมจากคู่กรณีพิพาทเป็นลายลักษณ์อักษร

ในประเทศที่ไม่ใช้กฎหมาย Common Law เช่น ประเทศจีนก็มีแนวคิดผสมกันระหว่างการอนุญาโตตุลาการแบบตะวันตกและการประนอมข้อพิพาทตามวัฒนธรรมจีน กล่าวคือ ก่อนที่จะมีการยื่นเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการให้มีการประนอมข้อพิพาทในเบื้องต้น โดยอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทเมื่อการประนอมข้อพิพาทนั้นล้มเหลวผู้ประนอมข้อพิพาทกลับไปมีบทบาททำคำชี้ขาดดั้งเดิม เรียกว่า Rolling Arbitration รวมถึงให้อนุญาโตตุลาการสามารถประนอมข้อพิพาทได้ระหว่างที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ปรากฏตาม China International Economic And Trade Arbitration Commission หรือ CIETAC Rules ข้อที่ 46¹ และ Maritime Arbitration Commission Rules ข้อที่ 47² กำหนดว่า ถ้าการประนอมข้อพิพาทสำเร็จ คู่กรณีพิพาทไม่ต้องดำเนินการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีคำชี้ขาดอีกต่อไป

¹ Article 46 " The arbitration tribunal may conciliate cases in the manner it deems appropriate." (<http://www.ccpit-shanghai.com/englishhtml/7-k.htm>)

² Article 47 " The arbitration tribunal shall terminate conciliation and continue the arbitration proceedings when one of the parties requests a termination of conciliation or when the arbitration tribunal believes that further efforts to conciliate will be futile." (<http://www.lehmanlaw.com/lib/court/04.htm>)

ในประเทศญี่ปุ่น มี Rules of Maritime Arbitration of Japan Shipping Exchange แก้ไขในปี ค.ศ 1996 ส่วนที่ 27³ และ Rules of Japan Commercial Arbitration Association ข้อ 49.2⁴ อนุญาตให้มีการประนอมข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสามารถประนอมข้อพิพาทตลอดระยะเวลาที่ดำเนินกระบวนการนี้ และหากคู่กรณีพิพาทสามารถประนอมข้อพิพาทสำเร็จสามารถขอให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดตามเจตนาของคู่กรณีที่ประสงค์จะรับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ

อาจสรุปได้ว่าการประนอมข้อพิพาทในปัจจุบันให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ส่วนบุคคลหรือคู่กรณีพิพาท โดยผู้ประนอมข้อพิพาทไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกในสังคมหรือชุมชนนั้น ไม่จำเป็นต้องมีลำดับศักดิ์ทางสังคม หรือเป็นผู้มีศีลธรรมสูงส่ง ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจเป็นบุคคลภายนอกทั้งหมดก็ได้แต่ในเบื้องต้นต้องมีพื้นฐานความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ และทักษะในการประนอมข้อพิพาทระงับข้อพิพาท โดยอาศัยทฤษฎีการเจรจาและเทคนิคการจัดการข้อขัดแย้งสมัยใหม่ มีหลักการสำคัญ คือ กระบวนการประนอมข้อพิพาทที่มุ่งความสำคัญในปัจจุบัน ไม่ตั้งอยู่บนความผูกพันทางสังคม ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องชั่งผลประโยชน์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและนำเสนอวิธีหรือทางเลือกแก่คู่กรณีพิพาทให้สามารถตกลงกันได้โดยไม่รู้สึกรังเกียจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบหรือได้เปรียบ หรือในลักษณะเป็นผู้ชนะทั้งสองฝ่าย (win-win) ด้วยเหตุนี้ผู้ประนอมข้อพิพาทสมัยใหม่จึงจำเป็นต้องเรียนรู้ศาสตร์และศิลปะของการประนอมข้อพิพาท ทำให้เกิดการพัฒนารูปแบบการประนอมข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นทางการและจัดเป็นวิชาชีพที่มีลักษณะเฉพาะอย่างหนึ่ง

³ section 27 "1. the parties do not loose their respective rights to settle the dispute amicably even after the application for arbitration has been filed ."

⁴ Rule 49.2 " If the arbitral tribunal deems it appropriate, it may, at the request of the parties reaching a settlement during the course of the arbitral proceedings, set forth the contents of any such settlement in its arbitral award."

(<http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration-e/kisoku-e/shouji4-2-e.html>)

2.2 ความหมายของการไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง (Mediation) และการประนอมข้อพิพาท (Conciliation)

ความหมายของการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทโดยทั่วไป หมายถึง การเข้าไปมีบทบาทในการเจรจาปัญหาความขัดแย้งโดยบุคคลที่สามซึ่งเป็นที่ยอมรับ และเป็นบุคคลที่มีอำนาจการตัดสินใจที่จำกัดหรือไม่มีเลย แต่เป็นคนที่ช่วยให้คู่กรณีหาทางออกเพื่อนำไปสู่ข้อตกลงในประเด็นความขัดแย้งโดยสมัครใจ นอกเหนือไปจากประเด็นเนื้อหาความขัดแย้ง กระบวนการประนอมข้อพิพาทยังช่วยเสริมสร้างสัมพันธภาพของความไว้วางใจ เชื่อใจ ความเคารพนับถือของคู่กรณี และยุติความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดผลเสียทางจิตใจต่อกันและทำให้ลดค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นจากกระบวนการระงับข้อพิพาทอีกด้วย กระบวนการทั้งสองนี้มีลักษณะที่แตกต่างกันเล็กน้อยคือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) คนกลางจะไม่เสนอทางออกแก่คู่พิพาท ในขณะที่การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) ผู้ประนอมพยายามหาทางออกให้แก่คู่พิพาท นับว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งมีรูปแบบที่ใกล้เคียงกันเป็นอย่างยิ่ง อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการกระบวนการเจรจา (Negotiation) บางตำราในสหรัฐอเมริกา เรียกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) และใช้ในความหมายเช่นเดียวกับ การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) (Nolan-Holey, 1992: 54)

คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ได้เสนอคำนิยามไว้ว่า การประนอมข้อพิพาทเป็นกระบวนการหนึ่ง ไม่ว่าจะมีการเรียกชื่อแตกต่างกัน เช่น Conciliation , Mediation , Neutral Evaluation และกระบวนการอื่นๆ โดยคู่กรณีพิพาทร้องขอให้บุคคลที่สามหรือบุคคลที่อยู่ในองค์คณะที่เป็นกลาง (Neutral) ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Impartial) มีความเป็นอิสระ (Independent) ใช้ความพยายามที่จะให้คู่กรณีสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นร่วมกันด้วยความสมัครใจทั้งนี้ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดจากสัญญาหรือมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

จากการศึกษาสามารถแยกความแตกต่างของความหมายระหว่างการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาท ดังนี้

การไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นการระงับข้อพิพาทที่ทำโดยบุคคลที่สาม โดยให้ความช่วยเหลือน้อยกว่าการประนอมข้อพิพาท กล่าวคือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทบุคคลที่สามเพียงแต่ชักจูงให้คู่พิพาทเจรจาทกลงกัน โดยไม่เสนอความเห็นของตน แต่ในการประนอมข้อพิพาทนั้น

บุคคลที่สามได้เสนอแนะทางออกให้แก่คู่กรณีพิพาทด้วย ซึ่งเป็นการให้คำแนะนำในลักษณะที่คู่พิพาทไม่ถูกผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร,2540:10)

การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบหนึ่งซึ่งมีบุคคลที่สามมีบทบาทในการชักจูงให้คู่พิพาทเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาท และบุคคลที่สามทำความเห็นของตนเสนอให้คู่พิพาทพิจารณาเพื่อปฏิบัติตาม หากคู่พิพาทเห็นพ้องต้องกันก็จะนำมาสู่การทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามความเห็นของบุคคลที่สาม ซึ่งได้รับเลือกให้มาทำหน้าที่นี้เพราะเป็นบุคคลที่คู่พิพาทยอมรับนับถือในเรื่องคุณธรรมและความสามารถ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร,2540:11)

มีข้อสังเกตว่าการให้ความแตกต่างระหว่าง Mediation กับ Conciliation มีน้อยมากในทางปฏิบัติ เพราะโดยปกติผู้ที่มาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยนั้น เป็นบุคคลที่ทั้งสองฝ่ายต่างเกรงใจเพราะเป็นบุคคลที่มีวิญญูติและคุณวุฒิ ทำให้ในที่สุดก็ต้องมีการยอมรับความเห็นของผู้ไกล่เกลี่ย หากทั้งสองฝ่ายเจรจาไกล่เกลี่ยกันไม่สำเร็จ กล่าวคือ ผลในขั้นที่สุดจะเป็นการประนีประนอมข้อพิพาทเสมอ เช่น ในกรณีประเทศจีน ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำการประนีประนอมข้อพิพาทด้วยอยู่ในตัว จึงไม่มีความแตกต่างระหว่างวิธีการทั้งสอง ทำให้สามารถใช้คำทั้งสองสลับกันและแทนกันแม้ไม่ตรงความหมายที่แท้จริงของคำก็ตาม (ชมพูนุท มานิตกุล,2541:117)

ผู้ศึกษาเห็นว่าคำว่าไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง (Mediation) และ การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) ไม่ปรากฏความแตกต่างของสาระสำคัญแห่งหลักเกณฑ์และรูปแบบที่ชัดเจน และสามารถใช้เรียกสลับกันได้โดยมีความหมายนัยเดียวกัน เนื่องจากการไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมข้อพิพาทเป็นองค์ประกอบที่มีลักษณะควบคู่กันไป กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทจะต้องเริ่มต้นจากการไกล่เกลี่ยคนกลางเพื่อมุ่งไปสู่การประนีประนอมข้อพิพาท ดังนั้นในการศึกษารั้งนี้ เพื่อป้องกันความสับสนระหว่างการไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมข้อพิพาท ผู้ศึกษาจึงได้กำหนดคำนิยามของการไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมข้อพิพาทให้มีความหมายนัยเดียวกัน และสามารถใช้สลับกันได้ โดยให้หมายถึง กระบวนการหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาล โดยคู่พิพาทตกลงให้บุคคลที่สามซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้นที่เรียกว่า "ผู้ไกล่เกลี่ย" หรือ "ผู้ประนีประนอมข้อพิพาท" เข้าช่วยไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน โดยคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายยอมผ่อนผันข้อเรียกร้องของตน และแต่ละฝ่ายจะได้สิทธิตามที่ประนีประนอมข้อพิพาทแทน ผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ประนีประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจบังคับให้คู่พิพาทตกลงกัน ไม่มีอำนาจให้คำตัดสินหรือกำหนด

ผลลัพธ์แห่งการเจรจาให้แก่คู่ความ แต่จะลดความตึงเครียดและสร้างบรรยากาศที่ดีในการเจรจา หรืออาจเสนอแนวทางในการตกลงให้แก่คู่พิพาทได้ ในลักษณะสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมาย

2.3 ลักษณะสำคัญและประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีประนอมข้อพิพาท

2.3.1 ลักษณะสำคัญของการประนอมข้อพิพาท

จากการศึกษาสามารถอธิบายลักษณะสำคัญของการประนอมข้อ มี 3 ประการดังนี้ คือ

1. กระบวนการที่เกิดจากความยินยอมของคู่กรณี
2. การเข้ามามีบทบาทและอำนาจของบุคคลที่สาม
3. เป็นวิธีระงับข้อพิพาทตามความประสงค์ของคู่พิพาทอย่างแท้จริง

1. กระบวนการที่เกิดจากความยินยอมของคู่กรณี

การประนอมข้อพิพาทตั้งอยู่บนหลักการตัดสินใจด้วยตนเองของคู่กรณี (Principle of Self-Determination by Parties) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกระบวนการนี้ กล่าวคือ กระบวนการประนอมข้อพิพาทขึ้นอยู่กับความยินยอมของคู่กรณีที่จะยอมรับบุคคลที่สามเข้าไปช่วยพิจารณาประนอมข้อพิพาทและหาแนวทางของการแก้ไขข้อขัดแย้ง หรือทำความตกลงกันโดยสมัครใจ ไม่ถูกบีบบังคับ ทั้งนี้การยอมรับบุคคลที่สามในการดำเนินการประนอมข้อพิพาท ไม่ได้หมายความว่าคู่กรณีพิพาทต้องยอมรับและปฏิบัติตามที่ผู้ประนอมข้อพิพาทเสนอความเห็นมา อำนาจในการตัดสินใจยังคงอยู่ที่คู่กรณีพิพาท การยอมรับในที่นี้จึงหมายถึง การที่คู่กรณียินยอมให้มีการแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น และ เต็มใจที่จะ “ฟัง” และพิจารณาคำแนะนำของผู้ประนอมข้อพิพาทอย่างจริงจัง

กระบวนการที่เกิดโดยสมัครใจนี้ คู่กรณีมีอิสระที่จะเลือกเข้ามามีส่วนร่วมและมีอิสระที่จะทำความตกลงใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทเมื่อมีข้อพิพาท คู่กรณีไม่อาจถูกบังคับให้ไกลเกลี่ย หรือประนอมข้อพิพาท และการที่คู่กรณีปฏิเสธที่จะมีส่วนร่วมในการประนอมข้อพิพาท ก็ไม่มีผลทางกฎหมายที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบ เนื่องจากผู้ประนอมข้อพิพาทไม่มีอำนาจหน้าที่บังคับการให้คู่กรณีตัดสินใจ ดังนั้นคู่กรณีอาจยกเลิกการเจรจาหรือถอนตัว ในเวลาใดเวลาหนึ่งก็ได้ หากเห็นว่า

การประนอมข้อพิพาทนั้นมิได้ตั้งอยู่บนความเป็นกลางหรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีเจตนาอื่นแอบแฝง หรือข้อพิพาทนั้นไม่สมควรจะมีการเจรจาต่อไป

การตกลงให้มีการประนอมข้อพิพาทของคู่กรณีนั้นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ตามหลักทั่วไปของสัญญา โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจและเจตนาที่แสดงออกมานั้นต้องตรงกัน และจะต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับ ส่วนการพิจารณาข้อพิพาทประเภทใดที่สามารถใช้การประนอมข้อพิพาทได้ขึ้นอยู่กับนโยบายแต่ละรัฐ ในบางรัฐอาจยินยอมให้ประนอมข้อพิพาทได้เฉพาะข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ในขณะที่บางรัฐสามารถประนอมข้อพิพาทข้อพิพาททางอาญาได้ด้วย

2. การเข้าไปมีบทบาทและอำนาจของบุคคลที่สาม

การประนอมข้อพิพาทถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาต่อรอง (Negotiation) ระหว่างคู่กรณี ซึ่งต่อมาได้ขยายไปสู่กระบวนการใหม่โดยมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งจะช่วยในการไกล่เกลี่ยและเสนอทางเลือกเพื่อนำไปสู่การระงับข้อพิพาทของคู่กรณีร่วมกัน บุคคลที่สามคนกลางนี้มีบทบาทในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท เพื่อช่วยเหลือคู่กรณีโดยใช้ความสามารถและเทคนิคในการเจรจาต่อรอง โดยให้น้ำหนักความเชื่อหรือพฤติกรรมของคู่กรณี อาจจะทำให้ความรู้หรือข้อมูลเพื่อช่วยให้คู่กรณีเห็นมุมมองใหม่ๆ ในประเด็นที่ต่างกันซึ่งจะช่วยให้คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้

โดยทั่วไปผู้ประนอมข้อพิพาทมีอำนาจตัดสินใจที่จำกัดหรือไม่มีเลย ผู้ประนอมข้อพิพาทไม่สามารถบีบบังคับ หรือออกคำสั่งให้คู่กรณีแก้ปัญหาข้อขัดแย้งและไม่อาจบังคับคู่กรณีให้ตัดสินใจตามความเห็นที่ผู้ประนอมข้อพิพาทเสนอ ดังนั้น ลักษณะของผู้ประนอมข้อพิพาทคนกลางจึงแตกต่างจากผู้พิพากษา หรืออนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการสามารถใช้อำนาจในการตัดสินจากกฎหมาย หรือสัญญา อาศัยกฎระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติในสังคม หรืออาศัยข้อตกลงของคู่พิพาทที่ทำได้ไว้ระหว่างกัน โดยมีลักษณะเป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของบุคคลที่สามโดยระบุในคำตัดสิน หรือคำชี้ขาดว่าฝ่ายใดถูกหรือผิด ไม่ใช่วิธีการหาทางออกระหว่างคู่กรณีด้วยตนเอง หรือการตกลงยอมรับระหว่างคู่กรณี กระบวนการทางศาลจะต้องตัดสินใจไปบนพื้นฐานของกฎหมาย ผลของการตัดสินมักจะเป็นการแพ้หรือชนะ คือ ตัดสินตามหลักสิทธิและความรับผิดชอบ และเนื่องจากการตัดสินนี้ เป็นการตัดสินที่ได้รับมอบอำนาจจากสังคม ผล

ของการตัดสินจึงมีผลใช้บังคับตามกฎหมาย ในขณะที่ข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณีที่เป็นผลมาจากการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทซึ่งคู่กรณีจะต้องยอมรับและปฏิบัติตามข้อตกลงใหม่นี้ ยังไม่มีผลผูกมัดคู่พิพาททันที คู่พิพาทยังต้องแปลงให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาลเพื่อสร้างความผูกมัด อย่างไรก็ตามในบางประเทศได้กำหนดให้สัญญาฉบับข้อพิพาทที่ได้จากการประนอมข้อพิพาทมีผลดังคำพิพากษา หรือมีผลเช่นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่น ประเทศจีนและเขตการปกครองฮ่องกง ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอินเดีย โดยให้เหตุผลว่า การมีผลบังคับที่เร็วขึ้นจะช่วยสนับสนุนการใช้วิธีประนอมข้อพิพาทและหลีกเลี่ยงความล่าช้าจากกระบวนการพิจารณาทางศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาบังคับตามสัญญา (UN Doc.9/514,para.79-80)

3. เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทตามความประสงค์ของคู่พิพาทอย่างแท้จริง

การประนอมข้อพิพาทเป็นวิธีการยุติข้อพิพาทด้วยความพึงพอใจของคู่พิพาทอย่างแท้จริง กล่าวคือ วิธีการประนอมข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีมีอำนาจตัดสินใจบนพื้นฐานความต้องการของตนโดยแท้ เนื่องจากไม่มีการพิจารณาหรือหาข้อยุติเรื่องฝ่ายใดผิดหรือถูกในข้อกำหนด และหลีกเลี่ยงไม่กล่าวถึงความเป็นไปในอดีตซึ่งเป็นที่มาของข้อพิพาท ซึ่งหากจำเป็นจะต้องกล่าวถึงก็เพื่อเพียงให้ได้ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญมาประกอบการตัดสินใจและหาแนวทางเจรจาเท่านั้น ทำให้ผลจากการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทตรงตามความประสงค์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และสร้างสัมพันธภาพที่ดีระหว่างคู่พิพาท ลดความบาดหมางแก่กันภายหลัง นอกจากนี้ยังไม่มีปัจจัยภายนอกเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการตัดสินใจหรือมีน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่น เช่น การฟ้องศาล เมื่อมีการนำข้อพิพาทไปปรึกษาหารือกับทนายความเพื่อดำเนินคดีในชั้นศาลเท่ากับตัวความยกผลประโยชน์ตลอดจนอำนาจในการตัดสินใจผลได้เสียของตนเองให้อยู่ในการจัดการของทนายความและปัจจัยอื่นที่เกิดขึ้นได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลและการสืบพยานหลักฐาน ทำให้โอกาสและทางเลือกในการตัดสินใจของคู่กรณีลดลง ซึ่งความแตกต่างนี้สื่อถึงข้อดีอย่างหนึ่งของการนำวิธีประนอมข้อพิพาทมาใช้

2.3.2 ประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการประนอมข้อพิพาท

ในปัจจุบันมีการยอมรับและใช้การประนอมข้อพิพาทเพื่อระงับข้อพิพาททางธุรกิจ เพราะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีประโยชน์และเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

2.3.2.1 รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ การประนอมข้อพิพาทสามารถดำเนินการได้รวดเร็วตามความประสงค์ของคู่พิพาท (Expedition) เนื่องจากมีกระบวนการที่ไม่เคร่งครัด (Informality) และไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยพยานหลักฐาน และไม่ใช่วิธีที่มีฝ่ายปรปักษ์ (Non-Adversarial Approach) แต่มีการสร้างบรรยากาศของความร่วมมือเพื่อนำไปสู่การตกลงกัน ทำให้ข้อพิพาทระงับสิ้นไปได้เร็วกว่าการฟ้องคดีต่อศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ จากบทบาทของผู้ประนอมข้อพิพาทช่วยให้คู่พิพาทสามารถค้นหาข้อขัดแย้งที่อยู่เบื้องหลังได้และชี้แนะให้ทั้งสองมองเห็นมุมมองใหม่หรือผลประโยชน์เพื่อนำไปสู่ข้อตกลงที่พึงพอใจของทั้งสองฝ่าย ทำให้มีความเป็นไปได้สูงที่คู่กรณีสามารถตกลงผ่นกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ให้แก่กันทำให้ข้อพิพาทยุติโดยเร็ว

ปัจจุบันการประนอมข้อพิพาทได้รับการยอมรับในการระงับข้อพิพาททางค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ไมโครอิเล็กทรอนิกส์หรือคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ โดยปกติผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับอิเล็กทรอนิกส์หรือคอมพิวเตอร์มีวัฏจักรของสินค้า (Life-Cycle of the Product) สั้นซึ่งทำให้มูลค่าของสินค้าหรือความนิยมในตัวสินค้าลดลงไปตามระยะเวลา และมีการประดิษฐ์คิดค้นสินค้าตัวใหม่มาแทนที่ ดังนั้นหากใช้การระงับข้อพิพาทโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการอาจใช้ระยะเวลานาน และกระบวนการไต่สวนในศาลอาจจะทำให้ความลับทางการค้าถูกเปิดเผยได้ ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของคู่พิพาทและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาท ดังนั้นการประนอมข้อพิพาทจึงเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากมีความสะดวก รวดเร็ว รักษาความลับ และเหมาะสมกับคดีที่มีข้อยุ่งยากซับซ้อนเนื่องจากคู่กรณีสามารถเลือกผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษในข้อพิพาทนั้นมาดำเนินการประนอมข้อพิพาท (Mackie,1996: <http://www.arbiter.wipo.int/events/conferences/1996/mackie.html>)

2.3.2.2 ค่าใช้จ่าย คู่กรณีสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายด้านกฎหมาย การประนอมข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทที่ใช้ระยะเวลาที่รวดเร็วเนื่องจากไม่ต้องยื่นคำคู่ความหรือจัดเตรียมพยานหลักฐานมากมายเหมือนการดำเนินคดีในศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีสามารถดำเนินการได้เองโดยความช่วยเหลือของผู้ประนอมข้อพิพาท และไม่จำเป็นต้องจ้างทนายความเพื่อช่วยในการดำเนินกระบวนการเพราะไม่มีขั้นตอนยุ่งยากและซับซ้อนเท่ากับการพิจารณาของศาล สำหรับการประนอมข้อพิพาทที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (ส่วนใหญ่ให้บริการด้านการประนอมข้อพิพาทด้วย) หรือสถาบันการประนอมข้อพิพาท อาจจะเสียค่าใช้จ่ายบ้างแต่ไม่มากนักเมื่อเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีต่อศาล เช่น ค่าบริการ ค่าธรรมเนียมต่างๆ ค่าป่วยการของผู้ประนอมข้อพิพาท

2.3.2.3 รักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับของคู่กรณี เนื่องจากการประนอมข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาทโดยกระทำเป็นความลับ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้รับรู้เรื่องที่พิพาท จึงเป็นการรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีไว้เป็นอย่างดี และรักษาความลับของคู่กรณีไว้ได้มากกว่าการไปศาล ซึ่งตามปกติการพิจารณาและการทำคำพิพากษาเป็นเรื่องต้องเปิดเผย ถึงแม้จะขอให้ศาลพิจารณาเป็นการลับก็ยังคงต้องเผชิญปัญหาที่มีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องมาก ในการประนอมข้อพิพาทถ้าคู่พิพาทตกลงกันได้ก็ได้อีกชื่อว่าเป็นผู้ชนะทั้งสองฝ่าย (Win-Win Solution) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะฝ่ายหนึ่งแพ้ (Win-Lose Resolution) เหมือนกับการตัดสินของศาลหรือการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการช่วยรักษาชื่อเสียงของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

การรักษาความลับในกระบวนการประนอมข้อพิพาทถือเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการนี้ โดยมีหลักในการคุ้มครองความลับของคู่กรณีจากการประนอมข้อพิพาท 2 เรื่องด้วยกัน เพื่อให้คู่พิพาทเกิดความมั่นใจในการใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาทเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาท ได้แก่

ในกรณีแรก การรักษาความลับโดยห้ามคู่พิพาทนำข้อมูลที่เกิดจากการประนอมข้อพิพาทไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดี ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงประนอมข้อพิพาทกันได้และต่อมานำคดีสู่ศาล คู่พิพาทไม่สามารถอ้างอิงถึงบทสนทนาที่กระทำในระหว่างการประนอมข้อพิพาทเป็นพยานหลักฐานในศาล และผู้ประนอมข้อพิพาทไม่สามารถถูกเรียกไปให้การในศาลเพื่อพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้ข้อมูลในการประนอมข้อพิพาท

ถูกนำไปใช้เป็นประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในชั้นศาล ในบางรัฐมีรูปแบบอย่างเป็นทางการให้ข้อตกลงหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการประนอมข้อพิพาทเป็นความลับและให้ถือเป็นเอกลักษณ์ของการประนอมข้อพิพาท

ในกรณีที่สอง การรักษาความลับโดยผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องไม่นำความลับที่ได้จากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไปถ่ายทอดให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งฟัง หรือนำไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณี นับว่ามีความสำคัญในฐานะที่เป็นหลักจริยธรรมข้อหนึ่งของผู้ประนอมข้อพิพาทพึงมีและเป็นหน้าที่ตามสัญญาในการรักษาความลับ (ภานุ รังสีสหัส, 2545 : 22-23)

2.3.2.4 รักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี เนื่องจากคู่พิพาทต้องตกลงกันด้วยความสมัครใจไม่มีการพิจารณาชี้ขาด ไม่มีการตั้งใช้กระบวนการพิจารณานำสืบพยานหลักฐานของแต่ละฝ่ายและโต้แย้งพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือเป็นวิธีการที่ยืดหยุ่นได้ (Flexibility) สามารถใช้การเจรจาไกล่เกลี่ยที่เป็นกันเอง อนุญาตให้คู่กรณียกข้อพิพาทที่ผ่านมาและสามารถกำหนดความต้องการให้เป็นไปในอนาคต ไม่มีระบบโต้แย้งแพ้นะ ทำให้คู่พิพาทไม่เสียหายมากนัก หรือไม่เป็นศัตรูกัน จึงเหมาะสมกับคู่พิพาทซึ่งประกอบธุรกิจเพื่อให้ธุรกิจดำเนินต่อไปได้โดยไม่หยุดยั้ง เพราะคู่กรณีส่วนใหญ่จำเป็นต้องคบค้าหรือติดต่อประกอบธุรกิจต่อไปอีกในอนาคต จึงแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งบรรยากาศในการพิจารณาค่อนข้างตึงเครียดและใช้เวลานาน เพราะอาจมีการอุทธรณ์ ฎีกาต่อไป ทำให้เกิดความรู้สึกแตกแยกของคู่กรณีเกินกว่าจะรักษาสัมพันธ์ที่ดีได้เมื่อคดีสิ้นสุดลง

2.3.2.5 เหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ้งยากและซับซ้อน เนื่องจากคู่พิพาทมีสิทธิที่จะร่วมกันสรรหาผู้ชำนาญพิเศษที่เป็นกลางก็จะทำให้การระงับข้อพิพาททำได้อย่างรวดเร็ว ยุติธรรม และไม่มีข้อผิดพลาด หรือมีข้อผิดพลาดเล็กน้อย เพราะคู่กรณีสามารถเลือกผู้ประนอมข้อพิพาทจากวงกว้างที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทได้ ในขณะที่คู่กรณีที่เลือกดำเนินคดีทางศาลไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ มาพิจารณาคดีให้กับตนได้ ทำให้จำเป็นต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความ ก่อให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาและอาจมีปัญหาในการรับฟังพยานหลักฐานว่ามีความถูกต้องเพียงใด หากพยานผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถอธิบายได้ชัดเจนนอกจากนี้ยังเหมาะกับการระงับข้อพิพาทที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย (Suitability for Multi-party

Disputes) เช่นในคดีละเมิดหรือคดีผิดสัญญา ซึ่งมีผู้ได้รับความเสียหายหลายรายและเรียกร้องค่าเสียหายต่างกัน

2.3.2.6 สมประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท เนื่องจากเป็นการระงับข้อพิพาทโดยความสมัครใจของคู่กรณีโดยคู่กรณีมีส่วนร่วมหรือเป็นผู้ควบคุมด้วยตนเอง ในทุกขั้นตอน แม้ในบางกรณีจะมอบให้ทนายความหรือผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้เจรจาประนอมข้อพิพาท แต่คู่พิพาทก็มีส่วนร่วมด้วยเสมอ โดยเฉพาะในการตกลงกันสละข้อเรียกร้องเดิมและมีข้อตกลงใหม่ซึ่งให้ประโยชน์แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างสมเหตุสมผล ดังนั้นคู่กรณีจึงได้ผลลัพธ์เป็นการแก้ปัญหาตามที่คู่กรณีต้องการอย่างแท้จริง อันเป็นความแตกต่างจากการดำเนินคดีในศาลหรือในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่พิพาทส่วนใหญ่ไม่ใช่ นักกฎหมายจึงไม่สามารถดำเนินการเองได้ ต้องอาศัยทนายความเป็นผู้ดำเนินการในศาล ประกอบกับการตัดสินของศาลอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายเป็นหลักเพื่อกำหนดความรับผิดหรือความผิดของคู่พิพาท ซึ่งอาจไม่สมประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท

2.3.2.7 แบ่งเบาภาระของศาล การที่ข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์บางส่วนระงับไป โดยการใช้วิธีประนอมข้อพิพาททำให้ข้อพิพาทที่จะขึ้นสู่ศาลมีปริมาณลดลง ย่อมเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลอย่างมาก ทำให้งานพิจารณาตัดสินคดีของศาลทำโดยความละเอียดรอบคอบ ก่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพของคำพิพากษา ซึ่งศาลควรตัดสินเฉพาะคดีที่มีปัญหาข้อกฎหมายเป็นสำคัญหรือที่มีผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม ถ้ามีการพิจารณาคดีเป็นไปอย่างล่าช้าส่งผลกระทบต่อความยุติธรรม

2.4 บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท

อำนาจและหน้าที่ซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับมา ไม่ว่าจะได้รับจากที่ใด ต่างเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถดำเนินการประนอมข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่ ทำให้ทราบบทบาทหน้าที่ของตน ส่งผลให้ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถช่วยเหลือคู่กรณีพิพาทในการหาทางออกแก้ไขข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพและนำไปสู่ข้อตกลงที่พึงพอใจทุกฝ่าย นับว่าเป็นจุดมุ่งหมายที่สำคัญประการหนึ่งของการประนอมข้อพิพาท

2.4.1 อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท

อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับมานั้นสามารถแบ่งที่มาได้ 2 ทางคือ

1. อำนาจหน้าที่เกิดจากสัญญาหรืออำนาจของคู่กรณี (Autonomy of the Parties)
2. อำนาจหน้าที่ได้รับมาจากกฎหมาย

2.4.1.1 อำนาจหน้าที่ที่เกิดจากสัญญา การประนอมข้อพิพาทเกิดจากความตกลงกันของคู่กรณีที่ให้ใช้การประนอมข้อพิพาทช่วยในการระงับข้อพิพาทที่อาจมีขึ้น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปข้อสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาทที่ปรากฏในสัญญาหลัก หรือสัญญาเข้าร่วมการประนอมข้อพิพาทที่สร้างขึ้นอีกฉบับแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ตลอดจนความตกลงใดๆ ที่หมายความได้ว่าคู่กรณีมีความประสงค์จะใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทเพื่อระงับข้อพิพาทและได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท ความตกลงดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์หรือไม่ต้องพิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกนั้นตรงกัน ผลจากความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่เลือกและใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทเพื่อระงับข้อพิพาท ทำให้คู่กรณีสามารถกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท ตลอดจนวิธีดำเนินการประนอมข้อพิพาทนั้นได้ ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทย่อมผูกพันเฉพาะแต่คู่กรณีตามสัญญาเข้าร่วมประนอมข้อพิพาทเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกสัญญา

อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญามีที่มา 2 ประการดังนี้

1. คู่สัญญาอาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทโดยตรง การประนอมข้อพิพาทเป็นการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของคู่กรณี คู่สัญญาอาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทโดยตรงในรูปของสัญญาโดยชัดแจ้งทำเป็นลายลักษณ์อักษรในสัญญาประธานซึ่งกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ในลักษณะข้อสัญญาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation Clause) หรือแยกเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งซึ่งทำก่อนเกิดข้อพิพาท ที่เรียกว่า ข้อตกลงเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Agreement to Mediate) เพื่อช่วยให้เกิดความแน่ใจว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าใจวิธีการและการปฏิบัติต่างๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกจากนี้คู่สัญญาอาจตกลงกันทำสัญญาเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายหลังที่มีข้อพิพาท

เกิดขึ้น สัญญาให้ใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อระงับข้อขัดแย้งนี้อาจทำเป็นหนังสือ หรือตกลงด้วยวาจา

2. การได้รับมอบอำนาจทางอ้อม เป็นการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการประนอมข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับของสถาบันหรือหน่วยงานที่ให้บริการการเกี่ยวกับการประนอมข้อพิพาทที่กำหนดอำนาจหน้าที่แก่ผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งคู่กรณีจะกำหนดบทบาทหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ในสัญญาเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย (Mediation Agreement) โดยให้ถือปฏิบัติตามข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ที่ออกโดยองค์กร หรือสมาคมวิชาชีพแห่งใดแห่งหนึ่ง ในฐานะเป็นกฎที่ใช้บังคับแก่การไกล่เกลี่ย (Applicable Rules) เช่น ข้อบังคับของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ ข้อบังคับของสถาบันระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาล (ADR) ของหน่วยงานรัฐ หรือของเอกชน เป็นต้น

2.4.1.2 อำนาจหน้าที่ที่ได้รับมาจากกฎหมาย เป็นที่มาอีกแหล่งหนึ่งต่างหากจากอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมาจากคู่สัญญา เพราะที่มาในส่วนนี้เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐ รวมตลอดถึงหลักเกณฑ์ที่ออกโดยองค์กร องค์กร หรือสมาคมวิชาชีพของรัฐนั้น ไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างผู้มีข้อพิพาทให้ดำเนินการประนอมข้อพิพาทและกำหนดอำนาจหน้าที่ตามข้อสัญญาที่ระบุไว้

อำนาจที่ได้รับจากกฎหมายนี้ ในแต่ละประเทศมีการบัญญัติกฎหมายแตกต่างกันไป แต่มีกฎหมายที่เป็นหลักในเรื่องการประนอมข้อพิพาทคือ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่กำหนดวิธีการและรูปแบบของการประนอมข้อพิพาท โดยอำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทที่ได้รับจากกฎหมาย สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การประนอมข้อพิพาทในศาลโดยผู้พิพากษาเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทระหว่างที่มีการพิจารณาคดี หรือ ให้อำนาจศาลแต่งตั้งบุคคลภายนอกเพื่อช่วยเหลือศาลในการประนอมข้อพิพาท เนื่องจากศาลเองไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องเฉพาะด้านที่ต้องทำการประนอมข้อพิพาท โดยเห็นว่าควรให้บุคคลภายนอกทำการประนอมข้อพิพาทจะเหมาะสมมากกว่า นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะ Court-annexed Mediation System เป็นการไกล่เกลี่ยโดยการบังคับหรือที่ไม่ได้ทำด้วยความสมัครใจ (Compulsory Mediation) ซึ่งเป็นการบังคับในตัวให้ผู้มีข้อพิพาทต้องอาศัยบุคคลที่สามเข้ามาช่วยให้คู่กรณีทำข้อตกลงประนีประนอมยอมความหรือข้อตกลงฉันทมิตรโดยไม่ได้คำนึงถึงความสมัครใจของผู้มีข้อพิพาทนั้น รวมถึงการออกระเบียบภายในศาลกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทจากกฎหมายอีกทางหนึ่งคือในรูปพระราชบัญญัติ (Acts) ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมเรื่องการประนอมข้อพิพาทเข้ากับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จากการศึกษาของ Tang Houzhi พบว่า ใน The Australian Arbitration Act , The Canadian Arbitration Act ,The French Arbitration Act กำหนดให้ผู้ประนอมข้อพิพาทอาจเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทนั่นเอง สามารถดำเนินการประนอมข้อพิพาทหรือคู่พิพาทจะแต่งตั้งบุคคลภายนอกมาดำเนินการประนอมข้อพิพาท ทั้งนี้อำนาจหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น (Houzhi ,1996: <http://www.arbitrator.wipo.int/events/conferences/1996/thang.htm>.)

2.4.2 บทบาทและหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท

เพื่อความเข้าใจถึงบทบาทและหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทในบทนี้ จากการศึกษาสามารถแบ่งหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้

2.4.2.1 หน้าที่กำหนดโดยคู่สัญญา

ข้อตกลงเข้าร่วมการการประนอมข้อพิพาทถือได้ว่าเป็นที่มากที่สุดในการกำหนดหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาท เพราะเป็นการแสดงความประสงค์ของผู้มีข้อพิพาทที่จะระงับข้อพิพาทโดยอาศัยความช่วยเหลือจากผู้ประนอมข้อพิพาท ดังนั้นการกำหนดหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ในข้อสัญญาจะทำให้การประนอมข้อพิพาทดำเนินไปได้อย่างราบรื่น คู่กรณีสามารถกำหนดหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้โดยทั่วไปหรือเป็นพิเศษได้ การกำหนดหน้าที่โดยทั่วไป เช่น ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องทำหน้าที่เจรจาไกล่เกลี่ยและเสนอทางออกเพื่อจัดทำข้อตกลงร่วมกันภายในระยะเวลาที่คู่กรณีกำหนด หน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษรแก่คู่กรณี เป็นต้น นอกจากนี้คู่กรณีอาจกำหนดหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ในสัญญาโดยอ้างอิงหน้าที่ของผู้ประนอมข้อพิพาทตามประมวลจริยธรรมของสถาบันประนอมข้อพิพาท หรือตามข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของสถาบันในประเทศหรือสถาบันระหว่างประเทศต่างๆ ในกรณีนี้ถ้าบุคคลใดตกลงยอมรับเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทตามสัญญาเข้าร่วมการประนอมข้อพิพาทหรือสัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาท ย่อมหมายความว่า บุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาและตามประมวล จริยธรรมหรือข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของสถาบันที่คู่สัญญาได้เลือกไว้ด้วย

หลังจากที่ผู้ประนอมข้อพิพาทตกลงรับหน้าที่แล้ว ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ผูกพันจะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาอย่างเคร่งครัด ดังนั้นผู้ประนอมข้อพิพาทควรพิจารณาตรวจสอบความเหมาะสมของข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่นั้นว่าตนสามารถปฏิบัติภายใต้ข้อผูกพันของคู่กรณี และภายใต้ข้อบังคับของสถาบันประนอมข้อพิพาทตามสัญญาได้หรือไม่ เนื่องจากถ้าผู้ประนอมข้อพิพาทไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ หรือประพฤติดีไปจากข้อกำหนดในสัญญานั้น ถือว่าผู้ประนอมข้อพิพาทละเมิดต่อหน้าที่ (Breach of Duty) และผิดสัญญา (Breach of Contract) จึงอาจมีความรับผิดในทางแพ่งต่อคู่กรณีได้

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่า บรรดาประมวลจริยธรรมของสถาบันหรือองค์กรประนอมข้อพิพาทต่างประเทศและระหว่างประเทศต่างๆ แม้จะไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายอย่างเต็มที่เหมือนกับกฎหมายบัญญัติประเภทอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ซึ่งมีการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม ประมวลจริยธรรมมีสภาพบังคับทางศีลธรรมหรือจริยธรรมซึ่งกำหนดการกระทำของผู้ประนอมข้อพิพาทให้อยู่ภายใต้กรอบที่เหมาะสม แต่ไม่อาจถือว่าเป็นเครื่องกำหนดหน้าที่ต้องกระทำตามเหมือนเช่นกฎหมายบัญญัติ ดังนั้นหากผู้ประนอมข้อพิพาทบกพร่องในการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมของสถาบันหรือองค์กรประนอมข้อพิพาท จึงถือมิได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำผิดหน้าที่อันจะต้องรับผิด ดังนั้นคู่สัญญาจึงควรกำหนดให้นำข้อบังคับหรือประมวลจริยธรรมของสถาบันประนอมข้อพิพาทหรือองค์กรประนอมข้อพิพาทไว้ในสัญญา

2.4.2.2 หน้าที่จากการเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทเอง

เมื่อบุคคลใดได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทโดยอิสระ หรือผู้ประนอมข้อพิพาทโดยวิชาชีพของสมาคมหรือสถาบันต่างๆ บุคคลนั้นมีผูกพันตนเข้าทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย ดังนี้

2.4.2.2.1 หน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวัง (Duty to Act with Care)

ปัจจุบันมีสมาคมหรือสถาบันให้บริการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาลในหลายประเทศทั่วโลก ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับ ทนายความ แพทย์ นักบัญชี วิศวกร สถาปนิก ซึ่งมีหน้าที่เฉพาะตามหลักวิชาชีพของตน และมีความสัมพันธ์กับผู้รับบริการประนอมข้อพิพาทตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา

กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ให้บริการประนอมข้อพิพาทและผู้ใช้บริการประนอมข้อพิพาท ได้กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยผู้ให้บริการประนอมข้อพิพาทตกลงที่จะดำเนินการประนอมข้อพิพาทตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และผู้รับบริการประนอมข้อพิพาทตกลงที่จะจ่ายค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผลตามที่กำหนดไว้หรือแล้วแต่จะเลือกเป็นทางอื่น ทำให้สัญญาประนอมข้อพิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือมีค่าตอบแทน ย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีพิพาท โดยคู่กรณีพิพาทคาดหวังให้ผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำหน้าที่อย่างระมัดระวัง

ดังนั้นถ้าผู้ประนอมข้อพิพาทกระทำการแล้วมีความเสียหายเกิดขึ้น แนวทางในการพิจารณาว่าผู้ประนอมข้อพิพาทจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์เช่นนั้นว่า เรามีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังหรือไม่ ส่วนการใช้ความระมัดระวังย่อมต้องดูพฤติการณ์แต่ละกรณีไป และแม้หน้าที่ดังกล่าวมิได้เกิดจากข้อผูกพันตามสัญญา หรือเกิดโดยผลของกฎหมาย ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอยู่ตามความเชื่อหรือตามความคาดหวังของคนทั่วไปว่าผู้ประกอบวิชาชีพด้วยความระมัดระวัง และด้วยความชำนาญเฉพาะด้าน

หากผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการประนอมข้อพิพาท ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในการทำผิดหน้าที่โดยไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้ประกอบวิชาชีพพึงใช้ ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ โดยทั่วไปใช้หลักเกณฑ์พิจารณาจาก มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญดังเช่นวิญญูชนผู้ซึ่งประกอบวิชาชีพอยู่ในสาขาวิชาชีพเช่นเดียวกัน และขนาดหรือระดับของมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (Degree of Care and Skill) ที่ต้องใช้ในการปฏิบัติงานในวิชาชีพนั้น (ศิณินาถ เกียรติกัฏวาลไกล, 2532: 17) ระดับในความระมัดระวังเฉพาะรายในการปฏิบัติหน้าที่คือ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่ต้องใช้ฝีมือและความชำนาญในการทำกิจการ หรือระดับความระมัดระวังที่พึงมีโดยคาดหมายได้จากบุคคลที่ประกอบวิชาชีพหรือธุรกิจเดียว ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังสูงกว่าคนธรรมดาโดยปกติ (โสภณ รัตนกร, 2539: 43)

ดังนั้นการที่ผู้ประนอมข้อพิพาทได้รับการแต่งตั้งโดยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและได้รับค่าตอบแทนจากการช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกให้เกิดการระงับข้อพิพาทนั้น ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับผู้ประกอบการวิชาชีพพึงมี หมายความว่า จะต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่าการกระทำทั่วไปของ

บุคคลธรรมดา เนื่องจากคู่กรณีได้มอบหมายหน้าที่ด้วยความไว้วางใจและความเชื่อถือแก่ผู้
 ประenomข้อพิพาท และคาดหวังว่าผู้ประenomข้อพิพาทควรต้องรับผิดชอบในการกระทำตามหน้าที่
 ที่นั้น หากคู่กรณีต้องเสียหายจากการปฏิบัติที่ปราศจากความระมัดระวังของผู้ประenomข้อพิพาท
 คู่กรณีอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากมูลเหตุดังกล่าวจากผู้ประenomข้อพิพาทได้

2.4.2.2.2 หน้าที่ต้องเป็นกลางและไม่ลำเอียง (Duty to Act Neutrally and Impartially)

ผู้ประenomข้อพิพาทต้องทำหน้าที่โดยปราศจากการเอนเอียง หรือเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
 เพราะตนเองมีผลประโยชน์หรือได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และปฏิบัติหน้าที่ด้วย
 ความเป็นกลาง กล่าวคือ ผู้ประenomข้อพิพาทจะต้องไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะได้รับประโยชน์
 จากคู่กรณี หรือ ผู้ประenomข้อพิพาทจะต้องไม่มีความผูกพันหรือความเกี่ยวพันทางสังคมกับคู่
 กรณี ทั้งนี้กระบวนการประenomข้อพิพาทจะประสบผลสำเร็จได้ต่อเมื่อคู่กรณีมีความมั่นใจในตัว
 ผู้ประenomข้อพิพาทในความเป็นกลางและไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด

2.4.2.2.3 การปฏิบัติหน้าที่อย่างเท่าเทียมกันและอย่างเอาใจใส่ (Duty to Conduct Fairly and Diligently)

ผู้ประenomข้อพิพาทควรทำหน้าที่ได้รับมอบหมายด้วยความเอาใจใส่และดำเนินการบวน
 การอย่างเท่าเทียมกันเพื่อเป็นหลักประกันว่าการประenomข้อพิพาทจะดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ
 ดังนั้นควรให้โอกาสอย่างเพียงพอแก่คู่กรณีในการมีส่วนร่วมในการเจรจาประenomข้อพิพาท
 และการตัดสินใจภายใต้เงื่อนไขที่คู่กรณีบรรลุข้อตกลงเมื่อสิ้นสุดการประenomข้อพิพาท และต้อง
 ปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงระยะเวลา ต้องดำเนินการประenomข้อพิพาทอย่างต่อเนื่องและไม่ชักช้า
 โดยคำนึงถึงความเสียหายต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีและทางการเงิน ผู้ประenomข้อพิพาทและคู่
 กรณีควรตัดสินใจว่ามีบุคคลใดที่จะเข้ามาในกระบวนการและบุคคลใดอาจถูกห้ามไม่ให้เข้าร่วมใน
 บางวาระการประชุมหรือจากกระบวนการประenomข้อพิพาททั้งหมด ผู้ประenomข้อพิพาทยัง
 ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีให้ตระหนักถึงประเด็นปัญหาและแนะนำการเจรจาและช่วยคู่กรณีในการ
 หาวิธีระงับข้อพิพาทอื่นที่เหมาะสม ในกรณีที่คู่กรณีสามารถทำข้อตกลงร่วมกันโดยสมัครใจแต่ผู้
 ประenomข้อพิพาทรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากการต่อรองที่ทุจริตหรือข้อมูลที่ไม่
 ตรงกับความจริง ผู้ประenomข้อพิพาทควรถอนตัวและยุติการประenomข้อพิพาท และควรบอกหรือ

แจ้งให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้นทราบเมื่อพบว่าข้อตกลงดังกล่าวจะเกิดปัญหายุ่งยากในอนาคต

2.4.2.2.4 หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงต่อคู่กรณี (Duty to Disclose to Parties)

ผู้ประนอมข้อพิพาทมีหน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ความขัดแย้งในข้อพิพาทแก่คู่กรณี เพื่อแสดงให้เห็นถึงข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผลโดยปราศจากความลำเอียง เป็นหน้าที่หลักของผู้ประนอมข้อพิพาทที่ระบุอยู่ในข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของสถาบันระงับข้อพิพาท และถือเป็นหน้าที่ตามจริยธรรม ที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงในความขัดแย้งที่แท้จริง (Actual) หรือที่ซ่อนเร้น (Potential) เพื่อสามารถกำหนดข้อตกลงร่วมกัน ทั้งนี้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่แจ้งข้อเท็จจริงอาจตกลงเป็นพิเศษกับผู้ประนอมข้อพิพาทหลังจากได้แจ้งข้อความนั้นให้เก็บรักษาเป็นความลับได้ และถ้าความขัดแย้งในผลประโยชน์จะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของกระบวนการ (Integrity of the Process)

2.4.2.2.5 หน้าที่ในการเก็บรักษาความลับ (Confidentiality)

การรักษาความลับเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการประนอมข้อพิพาทที่ทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทได้เร็วขึ้นและบรรลุผล การเก็บรักษาความลับจะช่วยให้คู่กรณีพิพาทพูดหรือให้ข้อเท็จจริงอย่างเปิดเผยและยอมรับผู้ประนอมข้อพิพาท ทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทสามารถค้นหาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาได้รวดเร็วขึ้นและอย่างเต็มที่ การเปิดเผยความลับโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นการทำลายกระบวนการประนอมข้อพิพาทโดยตรง ซึ่งเหตุผลสำคัญที่คู่กรณีพิพาทเลือกใช้การประนอมข้อพิพาทเนื่องจากสามารถรักษาความลับของคู่พิพาทได้ดีกว่าการระงับข้อพิพาททางอื่น เพราะคู่กรณีไม่ยอมให้มีการแพร่พรายอันจะกระทบต่อชื่อเสียงส่วนตัว และความสัมพันธ์ทางธุรกิจการค้า หรือความลับทางการค้า ดังนั้นเพื่อให้มีความน่าเชื่อถือและส่งเสริมการใช้กระบวนการประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาท จึงต้องมีการสร้างมาตรฐานการรักษาความลับของคู่ความ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการประนอมข้อพิพาท

คณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ได้วางกฎเกณฑ์นี้ไว้ใน UNCITRAL Conciliation Rules ข้อที่ 20 ดังต่อไปนี้ " คู่กรณีทั้งหลายไม่มีความผูกพันที่

จะต้องเสนอพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาตไตตุลาการหรือศาล และแม้ว่ากระบวนการนั้นมี ความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ดำเนินกระบวนการประนอมข้อพิพาทหรือไม่ก็ตามดังต่อไปนี้

- (ก) ทศนะหรือคำแนะนำที่ทำโดยคู่กรณีโดยคำนึงถึงความเป็นไปได้ในการระงับข้อพิพาท
- (ข) การยอมรับทั้งหลายที่เกิดขึ้นจากคู่กรณีในระหว่างกระบวนการประนอมข้อพิพาท
- (ค) ข้อเสนอแนะที่ทำโดยผู้ประนอมข้อพิพาท
- (ง) ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีได้แสดงความเต็มใจที่จะยอมรับข้อเสนอนี้สำหรับการระงับข้อพิพาทที่ทำโดยผู้ประนอมข้อพิพาท”

จากข้อบังคับดังกล่าว ทำให้มีการกำหนดมาตรการในการรักษาความลับของคู่ความ หรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมข้อพิพาท ไม่ว่าจะบทบัญญัติกฎหมาย ข้อ บังคับของสถาบันหรือองค์กรต่างๆ ประมวลจริยธรรมและแนวทางปฏิบัติของผู้ประนอมข้อพิพาททั้งผู้ประนอมข้อพิพาทโดยวิชาชีพหรือผู้ประนอมข้อพิพาทอิสระ อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการ รักษาความลับไม่ได้เป็นหน้าที่โดยเด็ดขาด แต่ยังขึ้นอยู่กับข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นบางอย่างด้วย ข้อยกเว้นประการแรก คือความยินยอมของคู่กรณี ข้อยกเว้นประการที่สอง คือคำสั่งบังคับทาง กฎหมาย ที่อนุญาตให้เปิดเผยความลับจากกระบวนการประนอมข้อพิพาทถ้าจำเป็นต้องรักษาผล ประโยชน์มหาชน ข้อยกเว้นประการที่สาม คือการเปิดเผยโดยคำสั่งศาลเพื่อวัตถุประสงค์ในการ ดำเนินคดี ข้อยกเว้นประการที่สี่ คือความจำเป็นที่จะต้องทราบหรือเปิดเผยรายละเอียดใน กระบวนการประนอมข้อพิพาทเพื่อให้คู่กรณีสามารถบังคับได้ตามสัญญาที่เป็นผลมาจากการ ประนอมข้อพิพาทในข้อขัดแย้งนั้น ผู้ศึกษาจะได้กล่าวโดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 3

2.4.2.3 หน้าที่ตามจริยธรรม (Ethical Duties)

การกำหนดหน้าที่ตามจริยธรรมให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นการกำหนดกรอบและแนว ปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมเห็นได้ชัดเจน นอกจากนี้คู่กรณีสามารถนำแนวทางแห่งจริยธรรมไป กำหนดไว้ในสัญญาแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีและผู้ประนอมข้อพิพาท ที่มีข้อผูกพันต่อกันในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ ตลอดจนเป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำในเรื่องที่ผู้ ประนอมข้อพิพาทต้องปฏิบัติหน้าที่ประการใดเพื่อให้คู่กรณีบรรลุข้อตกลงร่วมกัน

กฎหมายมาตรฐานจริยธรรมฉบับแรกได้รับการพัฒนาขึ้นในอเมริกาเหนือ โดยการวางรูปแบบเพื่อจัดการเกี่ยวกับบทบาทและความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทอิสระและผู้ประนอมข้อพิพาทอาชีพต่อคู่สัญญา ต่อกระบวนการประนอมข้อพิพาท ต่อบุคคลอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วม และต่อวิชาชีพ เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือและ สนับสนุนให้ประชาชนมีความมั่นใจต่อการใช้กระบวนการนี้ ในเวลาต่อมามีหลายประเทศและหลายภูมิภาคได้เริ่มใช้กฎหมายมาตรฐานฉบับนี้เป็นแนวทางในการสร้างวิชาชีพและกำหนดการปฏิบัติสำหรับผู้ประนอมข้อพิพาท

มาตรฐานทางจริยธรรมและหลักปฏิบัติของผู้ประนอมข้อพิพาทมีการประกาศใช้โดยสถาบันต่างๆทั่วโลกและโดยกลุ่มหรือองค์กรที่หลากหลาย ในลักษณะประมวลจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย (Code of Conducts for Mediators) หรือมาตรฐานทางจริยธรรมความรับผิดชอบต่อวิชาชีพ (The Ethical Standards of Professional Responsibility) ถูกใช้เป็นแนวทางสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทดังต่อไปนี้

1. ผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาต่างๆ ซึ่งยอมรับเป็นผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator's Professions of Origin) เช่น เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย จิตวิทยา เศรษฐศาสตร์ บริการธุรกิจ เป็นต้น
2. องค์กรวิชาชีพให้บริการด้านการประนอมข้อพิพาท หรือ ผู้ให้บริการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล (ADR)
3. ศาลชำนาญพิเศษ และโครงการต่างๆที่ใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมยังสามารถนำประมวลจริยธรรมของตุลาการมาใช้ในการกระทำของบุคคลที่สามที่เป็นกลางหากได้ดำเนินการประนอมข้อพิพาทในศาล

มาตรฐานทางจริยธรรมและความรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาลของสมาคมแห่งวิชาชีพเพื่อการแก้ไขข้อพิพาทของสหรัฐอเมริกา (The Society of Professionals in Dispute Resolution-SPIDR) ได้รับการรับรองในปี ค.ศ. 1986 ครอบคลุมคนกลางและผู้ปฏิบัติการเจรจาไกล่เกลี่ยจำนวนมากที่ให้บริการระงับข้อพิพาท ได้กำหนดมาตรฐานสำหรับบุคคลที่สามคนกลางในการให้บริการ ในส่วนความรับผิดชอบต่อผู้ประนอมข้อพิพาทกล่าวไว้ว่า

“คนกลางมีบทบาทต่อคู่พิพาท ต่อวิชาชีพ และต่อตนเอง พวกเขาควรจะมีชื่อเสียงและไม่ลำเอียง ควรดำเนินการด้วยความปรารถนาดี ไม่หาผลประโยชน์แก่ตนเองบนความเสียหายของกลุ่มผู้ประนอมข้อพิพาท

คนกลางต้องทำงานอย่างยุติธรรมในการจัดการกับคู่พิพาท ไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวในเรื่องของการตกลงแก้ไขปัญหา ไม่มีความลำเอียงต่อบุคคลและสถาบันที่เกี่ยวข้องในกรณีพิพาท มีเวลาให้แก่คู่พิพาทต่างๆ ตามสมควรและแน่ใจว่าคู่พิพาทได้รับรู้เกี่ยวกับกระบวนการซึ่งพวกเขาเข้าไปมีส่วนร่วมอยู่”

และในส่วนความรับผิดชอบคู่พิพาทต่างๆ ไว้ดังนี้

1. **ความเที่ยงธรรมไม่ลำเอียง (Impartiality)** คนกลางต้องคงไว้ซึ่งความเที่ยงธรรมต่อคู่พิพาททุกฝ่าย การเที่ยงธรรมหมายถึง ความเป็นอิสระจากความชอบหรือลำเอียง โดยทั้งคำพูดหรือการกระทำและการยืนยันที่จะรับใช้คู่พิพาททุกฝ่ายไม่ใช่รับใช้กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง
2. **การยินยอมโดยชัดแจ้ง (Informed Consent)** คนกลางมีพันธะหน้าที่ในการประกันว่าทุกฝ่ายเข้าใจธรรมชาติของกระบวนการ วิธีและบทบาทเฉพาะของการเป็นกลาง และความสัมพันธ์ของคู่พิพาทต่างๆ ต่อคนกลาง
3. **การเก็บรักษาความลับ (Confidentiality)** การรักษาความลับเป็นสิ่งสำคัญต่อกระบวนการแก้ไขข้อพิพาท และช่วยให้เกิดการพูดอย่างเปิดเผย การค้นหาอย่างเต็มที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหาและการยอมรับคนกลาง แต่อาจมีบางกรณีที่ไม่มีการรักษาความลับไว้ ในกรณีเช่นนั้นคนกลางต้องแนะนำคู่พิพาทต่างๆ อย่างเหมาะสม
4. **ความขัดแย้งในผลประโยชน์ (Conflict of Interest)** คนกลางต้องนำตัวเองออกมาจากกรณีพิพาทใดๆ ถ้ารู้สึกว่าการเข้าไปร่วมในฐานะคนกลางจะมีความขัดแย้งในผลประโยชน์ที่ชัดเจน และสถานการณ์ใดก็ตามที่อาจเกิดคำถามในความเป็นกลางของคนกลาง หน้าที่ในการเปิดเผยเป็นพันธะผูกพันที่ต่อเนื่องไปตลอดกระบวนการ
5. **ความรวดเร็วจับพลัน (Promptness)** คนกลางควรจะใช้ความพยายามทุกอย่างเป็นไปได้ในการเร่งให้กระบวนการเร็วขึ้น
6. **การระงับข้อพิพาทและผลที่ตามมา (The Settlement and Its Consequences)** คนกลางมีความรับผิดชอบในการช่วยเหลือคู่พิพาทพิจารณาเนื้อหาของการระงับข้อพิพาท ถ้าคนกลางมีความกังวลเกี่ยวกับผลที่เป็นไปได้ซึ่งจะเกิดขึ้นตามข้อตกลงที่เสนอ คนกลางต้องชี้แจงให้คู่พิพาททราบแง่มุมต่างๆ เกี่ยวกับความกังวลนั้น

ในสหรัฐอเมริกาการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยได้รับความนิยมอย่างมากสำหรับการเลือกใช้ระงับข้อพิพาท จึงมีการจัดทำ Model Standards of Conduct for Mediator ซึ่งคณะ

กรรมการจัดทำประกอบไปด้วยสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพ 3 กลุ่มได้แก่ The American Arbitration Association , The American Bar Association , The Society of Professional in Dispute Resolution เพื่อใช้เป็นแนวทางปฏิบัติกับการประนอมข้อพิพาททุกประเภท และนับว่าเป็นแบบอย่างให้แก่ประเทศต่างๆ ในการจัดทำประมวลจริยธรรมของผู้ประนอมข้อพิพาทหรือผู้ไกล่เกลี่ย ยกตัวอย่างเช่นการจัดทำประมวลจริยธรรมของประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์

จริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยในประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียนี้มีประมวลจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งเรียกว่า Professional Code of Conduct for Mediators ที่จัดทำโดย Australia's National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC) บังคับใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพไกล่เกลี่ย องค์กรทั่วไป หรือองค์กรอิสระ และกลุ่มอื่นๆที่อาจเพิ่มเติมเพราะความจำเป็นหรือตามบทบัญญัติของกฎหมาย ให้ใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นพิเศษในการปฏิบัติ ประมวลจริยธรรมฉบับนี้คำนึงถึงหลักความเท่าเทียมกัน (Principle of Equality) และหลักการตัดสินใจด้วยตนเอง (Self-Determination) หมายความว่า คู่กรณีทั้งหลายมีความผูกพันหลักการทั้งสองนี้ตลอดระยะเวลาที่ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย คือมีโอกาสอย่างเท่าเทียมกันในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการและมีอำนาจตัดสินใจกำหนดผลของข้อพิพาทด้วยตนเอง โดยประมวลจริยธรรมฉบับนี้ได้วางมาตรฐานจริยธรรมและทางปฏิบัติเป็นแนวทางแก่ผู้ไกล่เกลี่ยที่สำคัญ ดังนี้

ข้อ 2 บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยควรจะมีบทบาทช่วยให้มีการสนทนาแลกเปลี่ยนและแก้ไขปัญหาระหว่างคู่กรณี ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีบทบาทบังคับให้แสดงความคิดเห็นหรือการตัดสินใจในผลของข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะแนะนำหรือทำให้คู่กรณีตัดสินใจโดยใช้ความพยายามให้ระงับข้อพิพาท ความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทให้รวมถึง

- การแจ้งให้คู่กรณีทราบเกี่ยวกับกระบวนการ
- ช่วยเหลือคู่กรณีในการระบุและตัดทิ้งประเด็นบางอย่างในข้อพิพาทอย่างเหมาะสม
- ระบุความต้องการและผลประโยชน์ต่างๆ
- พัฒนาและพิจารณาทางเลือกต่างๆ
- เจรจาเพื่อให้เกิดการยอมรับผลร่วมกัน

ข้อ 3 การพิจารณาความเหมาะสมของการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ย

การไกล่เกลี่ยอาจถูกพิจารณาว่าไม่เหมาะสมสำหรับข้อขัดแย้งหรือสำหรับคู่กรณี ถ้าผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งทำหน้าที่ในข้อพิพาทนั้นได้ประเมินไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดหากพบว่าการใช้วิธีไกล่เกลี่ยไม่เหมาะสม ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีความรับผิดชอบในระยะเวลาเริ่มต้นไกล่เกลี่ยหรือ สิ้นสุดการไกล่เกลี่ย ตัวอย่างการประเมินเหตุการณ์ที่ไม่เหมาะสมในการใช้วิธีไกล่เกลี่ย เช่น

1. บุคคลอาจมีความเสี่ยงจากการมีส่วนร่วม หรือต่อความปลอดภัยของบุคคลใดๆ ที่มีผลมาจากการไกล่เกลี่ย
2. สภาพจิตใจของผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยไม่สมบูรณ์เนื่องมาจาก การใช้ยาเสพติด แอลกอฮอล์ สภาพจิตที่ผิดปกติ หรือ ภาวะความไม่มั่นคงทางอารมณ์
3. ลักษณะของอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันอย่างเห็นได้ชัด และเป็นปรปักษ์อันส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเจรจาไกล่เกลี่ยของคู่กรณี
4. คู่กรณีไม่มีความพยายามที่จะใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือไม่เต็มใจที่จะเข้าร่วมอย่างแท้จริงเพื่อให้บรรลุข้อตกลงร่วมกัน
5. การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นมีความเหมาะสมมากกว่า

ข้อ 4 ความเป็นกลาง

ผู้ไกล่เกลี่ยต้องเป็นกลางในข้อพิพาท เขาต้องไม่มีความเกี่ยวพันหรือส่วนได้เสียในผลของการไกล่เกลี่ยระหว่างคู่กรณี

ข้อ 5 ความไม่ลำเอียง

ความไม่ลำเอียง หมายความว่า ผู้ไกล่เกลี่ยปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความชอบหรืออคติในความสัมพันธ์ของคู่กรณีและข้อพิพาทนั้น ถ้าเขารู้สึกว่าลำเอียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เขาต้องถอนตัวออกจากการประนอมข้อพิพาทแม้ว่าคู่กรณีต้องการให้ผู้ประนอมข้อพิพาทดำเนินการต่อไป

ข้อ 6 ความขัดแย้งในผลประโยชน์

ก่อนการไกล่เกลี่ยเริ่มต้นผู้ไกล่เกลี่ยต้องเปิดเผยความขัดแย้งในผลประโยชน์ที่แท้จริงและซ่อนเร้น ผู้ไกล่เกลี่ยยังมีความผูกพันที่จะต้องเปิดเผยในทุกสถานการณ์ถึงความขัดแย้งในผลประโยชน์ต่อคู่กรณี และเมื่อได้เปิดเผยแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจะสามารถดำเนินการต่อไปได้ต่อเมื่อคู่กรณีเห็นว่าผู้ไกล่เกลี่ยยังมีความเป็นกลางไม่ลำเอียง

ตัวอย่างความขัดแย้งในผลประโยชน์ที่ต้องเปิดเผย คือ

1. ความสัมพันธ์ทั้งในอดีตและปัจจุบัน ผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นซึ่งคู่กรณีหรือผู้ให้คำแนะนำก่อให้เกิดขึ้น หรือยอมรับรู้ว่าเป็นความขัดแย้งในผลประโยชน์
2. ข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการแนะนำให้บริการ ผู้ใกล้ชิดไม่ควรเข้าไปในกระบวนการเมื่อมีความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่วิชาชีพ เช่น บทบาทในการเป็นที่ปรึกษาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้ใกล้ชิดเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจการค้ากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือมีความสัมพันธ์ในข้อพิพาทซึ่งมีอิทธิพลต่อความเป็นกลางและความไม่ลำเอียง

ข้อ 7 การรักษาความลับ

ตามความประสงค์ของกฎหมายกำหนดให้ผู้ใกล้ชิดต้องไม่เปิดเผยเรื่องใดๆที่คู่กรณีหรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอให้เก็บรักษาเป็นความลับ ปกติทั่วไปรวมถึงทุกสิ่งที่ได้กล่าวได้ กระทำ หรือเตรียมไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการประนอมข้อพิพาท ในลักษณะดังต่อไปนี้

- ก่อนเริ่มต้นการไกล่เกลี่ยและในช่วงเวลาที่เป็นส่วนตัว ผู้ใกล้ชิดต้องอธิบายการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการรักษาความลับ หรือ มีข้อจำกัดในการรักษาความลับในข้อพิพาทบางชนิด
- ผู้ใกล้ชิดต้องไม่เปิดเผยข้อมูลใดๆที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายได้ร้องขอให้เก็บเป็นความลับ ซึ่งโดยผลของกฎหมายอนุญาตให้ทำได้หรือเป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมาย
- ไม่ว่าสถานการณ์ใดก็ตามผู้ใกล้ชิดสามารถใช้ข้อมูลที่ได้รับจากกระบวนการไกล่เกลี่ยสำหรับการส่วนตัวได้

ข้อจำกัดในการเก็บรักษาความลับ

ข้อยกเว้นในการรักษาความลับจากกระบวนการไกล่เกลี่ยรวมถึงกรณีต่อไปนี้ :

- มีความผูกพันทางกฎหมายให้เปิดเผยความลับ
- เมื่อมีเหตุผลพื้นฐานที่สมเหตุสมผล เชื่อได้ว่าการเปิดเผยความลับจากการไกล่เกลี่ยต่อผู้มีอำนาจเป็นสิ่งจำเป็นต่อการป้องกัน หรือลดอันตรายหรือความเสียหายต่อบุคคลใดๆ หรือทรัพย์สิน ผู้ใกล้ชิดจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลที่ได้จากการไกล่เกลี่ย
- ข้อมูลที่ได้รับมีลักษณะเรื่องปริมาณตัวเลขต่างๆไปซึ่งใช้สำหรับการวิจัยหรือประเมินค่า ซึ่งไม่มีผลที่จะระบุที่มาจากคู่กรณีหรือข้อพิพาท

จริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยในประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีการจัดทำ Code of Conduct of Singapore Mediation Centre ได้
วางแนวทาง จริยธรรมและหลักปฏิบัติของผู้ไกล่เกลี่ยดังนี้

ข้อ 1 การยอมรับการแต่งตั้ง

ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสมและไม่ลำเอียง

ข้อ 2 ความไม่ลำเอียง

2.1 ผู้ไกล่เกลี่ยต้องไม่ลำเอียงและต้องเป็นกลางต่อคู่กรณี และผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเปิดเผย
ข้อมูลซึ่งอาจก่อให้เกิดความลำเอียงหรือไม่ยุติธรรมในลักษณะ ดังนี้

- ก. ผู้ไกล่เกลี่ยใช้ความสามารถบางอย่างของตนกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- ข. ผู้ไกล่เกลี่ยมีผลประโยชน์ทางการเงินไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือมีผลประโยชน์จากการไกล่เกลี่ย หรือ
- ค. ผู้ไกล่เกลี่ยมีข้อมูลที่เป็นความลับบางอย่างเกี่ยวกับคู่กรณีพิพาทหรือข้อพิพาทที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยมาจากแหล่งข้อมูลอื่นที่นอกเหนือจากที่ได้รับในเวลาไกล่เกลี่ย

ข้อ 4 การรักษาความลับ

4.1 เอกสารหรือข้อมูลที่ได้รับหรือเปิดเผยในระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องถูกเก็บรักษาไว้เป็นความลับ ผู้ไกล่เกลี่ยจะเปิดเผยได้ต่อเมื่อมีการร้องขอให้เปิดเผยโดยกฎหมายหรือโดยความยินยอมของคู่กรณีทั้งหมด หรือถ้าการเปิดเผยมีความจำเป็นที่จะบังคับใช้หรือนำไปปฏิบัติในข้อตกลงระงับข้อพิพาทอื่นๆ

4.2 ผู้ไกล่เกลี่ยหรือสมาชิกคนใดคนหนึ่งของบริษัทหรือองค์กร จะต้องไม่เปิดเผยความลับที่ได้เขาได้รับรู้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยปราศจากความยินยอมจากคู่กรณีทั้งหมดที่แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร

ข้อ 6 การถอดถอน

การถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ยจะมีขึ้น

- ก. เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยเกลี้ยตระหนักดีว่าตนได้ปฏิบัติในลักษณะฝ่าฝืนบทบัญญัติที่วางไว้ในประมวลจริยธรรมนี้
- ข. ถ้ามีการร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้ถอดถอน หรือ

ค. เมื่อเขาถูกร้องขอโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้กระทำการบางอย่างที่ฝ่าฝืนต่อประมวลนี้หรือกระบวนการไกล่เกลี่ยของศูนย์นี้

เมื่อมีเหตุการณ์ตามข้อใดข้อหนึ่ง ผู้ประνομข้อพิพาทต้องแจ้งโดยไม่ชักช้าแก่ศูนย์สำหรับการถอนตัวจากการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย

6.2 ผู้ไกล่เกลี่ยยังมีอำนาจตัดสินใจที่จะถอนตัวเองจากกระบวนการได้ดังนี้

- ก. คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญาเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยหรือกระบวนการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยนี้
- ข. คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างไรเหตุผล (Unconscionably)
- ค. โดยความคิดเห็นของผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่สมเหตุสมผลในการระงับข้อพิพาท
- ง. คู่กรณีทั้งหลายอ้างว่าเขากระทำการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมนี้

ข้อ 7 ค่าธรรมเนียม

เมื่อมีการยอมรับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยควรจะตกลงเรื่องอัตราค่าบริการที่กำหนดโดยศูนย์อย่างเปิดเผย และ เขาไม่ควรทำสัญญาอีกฉบับกับคู่กรณีในการเรียกค่าธรรมเนียมเพิ่มเติม

ข้อ 8 การประเมินผล

8.1 ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ประเมินผลในคดีพิพาท ถ้าไม่ได้รับการร้องขอจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และ ถ้าผู้ไกล่เกลี่ยยังไม่พอใจหรือหาข้อสรุปที่จะทำการประเมินเช่นนั้นได้

อาจกล่าวได้ว่าไม่มีมาตรฐานจริยธรรมฉบับใดที่ครอบคลุมได้ทุกสถานการณ์ หรือนำมาใช้กับกรณีพิพาทในความเป็นจริง ดังนั้นเพื่อช่วยเหลือผู้ประνομข้อพิพาทซึ่งต้องเผชิญกับปัญหาการฝ่าฝืนทางจริยธรรม ในบางองค์กรจึงได้ตั้งคณะกรรมการควบคุมจริยธรรมผู้ประνομข้อพิพาท เพื่อให้คำแนะนำและสอบถามปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำหน้าที่ประνομข้อพิพาท อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีกระบวนการลงโทษเชิงกฎหมายภายในองค์กรแก่บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดมาตรฐานจริยธรรมของผู้ประνομข้อพิพาท แม้คู่กรณีพิพาทที่เสียหายจากการกระทำของผู้ประνομข้อพิพาทสามารถยื่นฟ้องต่อศาลได้ แต่จากจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาลพบว่า การฟ้องผู้ประνομข้อพิพาทประพฤตินิชอบโดยละเมิดทางจริยธรรมมีจำนวนไม่มากเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบวิชาชีพอื่นๆ

เนื่องจากโดยลักษณะของการประนอมข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่กระทำโดยความยินยอมสมัครใจ และปัญหาการพิสูจน์ความผิดของผู้ประนอมข้อพิพาทเพื่อแสดงสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลที่เกิดขึ้นเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ ดังนั้นจึงมีกรณีที่ศาลพิจารณาเอาโทษแก่ผู้ประนอมข้อพิพาทน้อยมาก (Goldberg, Shaw and Mackie, 1996 :<http://www.arbiter.wipo.int>.)



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย