



## 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความเจริญเติบโตทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง เป็นปัจจัยหรือสาเหตุที่ทำให้สมาชิกในสังคมมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยเฉพาะการขยายตัวในทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศและการลงทุนข้ามชาตินำมาซึ่งความขัดแย้งในทางการค้าอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้และมีมากขึ้นตามลำดับ กระบวนการระงับข้อพิพาทจึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อสังคมหนึ่งๆ ในปัจจุบันได้มีการพยายามแสวงหามาตรการใหม่ๆ ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากการพิจารณาพิพากษาโดยศาลที่เรียกว่า การระงับข้อพิพาทนอกศาล (Alternative Dispute Resolution) หรือ ADR ได้แก่ การเจรจาต่อรอง การประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัด มีประสิทธิภาพและสามารถรักษาความลับทางการค้าของคู่กรณีได้ ตั้งแต่กลางทศวรรษที่ 1980 การประนอมข้อพิพาทได้รับความนิยมอย่างรวดเร็วในหลายภูมิภาคทั่วโลก โดยมีการนำไปใช้ระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ข้อพิพาททางสัญญา ข้อพิพาทในทรัพย์สินทางปัญญา การล่องละเมิดลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และรวมถึงคำร้องต่างๆ ในการประกันภัย

การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาท (Mediation and Conciliation) หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามเข้าช่วยเหลือในการเจรจาต่อรอง รวมทั้งชี้แนะแนวทางแก้ไขปัญหาและช่วยกำหนดทางเลือกที่นำไปสู่ข้อตกลงโดยความสมัครใจของคู่กรณี ทั้งนี้บุคคลที่สามอาจจะเป็นผู้พิพากษาเองหรือเอกชนผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ (มาร์ คริสโตเฟอร์ ดับเบิลยู, 2542: 17) เมื่อพิจารณาระหว่างการประนอมข้อพิพาทกับการอนุญาโตตุลาการพบว่า มีความคล้ายคลึงกัน คือต่างก็เป็นกระบวนการหนึ่งที่มีส่วนช่วยอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณี ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจและเป็นวิธีการในการหาข้อเท็จจริงโดยการปฏิบัติที่ชอบธรรม ในการประนอมข้อพิพาท ผู้ประนอมไม่จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายแต่อาจใช้หลักความยุติธรรม คล้ายกับกรณี amiable compositeur หรือ ผู้ไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทที่เป็นเพื่อน ซึ่งเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับมอบอำนาจจากคู่ความ ให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย แต่ทั้งนี้ยังต้องให้เหตุผลในการตัดสิน โดยปกติจะใช้หลักความเป็นธรรมและมโน

ธรรมอันดี (ex aequo et bono) ของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนั่นเอง (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540 : 11-12)

การประนอมข้อพิพาทจะมีความแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการตรงที่ว่าความเห็นของผู้ประนอมไม่ผูกมัดคู่กรณี ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผูกมัดคู่กรณี แต่ในทางปฏิบัติผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทนั้นเป็นบุคคลที่ทั้งสองฝ่ายเกรงใจดังนั้นจึงมีผลที่ผูกมัดให้คู่กรณีปฏิบัติตาม ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนกึ่งศาล (Quasi-Judicial Functions) การประนอมข้อพิพาทก็ทำหน้าที่เสมือนกึ่งอนุญาโตตุลาการ (Quasi-Arbitral Function) คือในการเสนอผลหากแต่ว่าไม่ผูกมัดคู่กรณี ด้วยเหตุนี้จึงควรพิจารณาการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทและการให้ความคุ้มกันแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งจะช่วยให้ผู้ประนอมข้อพิพาทและคู่กรณีได้รู้ถึงสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบ ทำให้กระบวนการนี้เกิดการพัฒนามีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทมากยิ่งขึ้น โดยมีเหตุผลประกอบดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ต้องมีหลักประกันในความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ ไม่มีอคติและไม่มีความลำเอียง การรักษาความลับของคู่กรณีที่เกิดก่อนหรือในกระบวนการประนอมข้อพิพาทนั้น จะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก ทั้งนี้เพื่อให้คู่กรณีเกิดความเชื่อมั่นและเต็มใจให้ข้อเท็จจริงอย่างเปิดเผยแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท

ประการที่สอง แม้ผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่ตามหลักสัญญา แต่รัฐก็ยังคงต้องดูแลและอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประนอมข้อพิพาท ทั้งนี้เพราะเมื่อรัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการระงับข้อพิพาท ซึ่งรัฐควรมีหน้าที่ควบคุมไม่ให้มีกระบวนการที่มีการอิงผลประโยชน์ในลักษณะของการทุจริตรับสินบน อันจะกระทบงานบริการด้านความยุติธรรมแก่ประชาชน มีผลต่อการทำลายความน่าเชื่อถือของกระบวนการนี้ ผู้ประนอมข้อพิพาทต้องไม่มีส่วนได้เสียอันเกี่ยวกับคู่กรณีที่พิพาทและปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับหน้าที่และจริยธรรมเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย ซึ่งหากปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องโดยไม่ประมาทเลินเล่อ หรือจงใจให้เกิดความเสียหาย ก็จะเป็นเกราะคุ้มกัน (Immunity) ให้ผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นอย่างดี ในการใช้ดุลยพินิจเสนอข้อแนะนำหรือข้อเท็จจริงใดๆแก่คู่กรณีอันนำมาสู่ความตกลงประนอมข้อพิพาทโดยจะไม่ถูกฟ้องเป็นคดีทางศาลในภายหลัง

ในปัจจุบันมีข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ค.ศ. 1980 เพื่อเป็นแนวทางสำหรับประเทศต่าง ๆ ที่จะนำวิธีการประนอมข้อพิพาทไปใช้เพื่อระงับข้อพิพาท จนกระทั่งต่อมาในปีค.ศ. 1999 จากการประชุมนานาชาติประจำปีของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติครั้งที่ 30 ได้มีการอภิปรายในเรื่องกรอบการทำงานที่จำเป็นและควรดำเนินการในอนาคตเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความเห็นร่วมกันว่าควรมีการปรับปรุง เพิ่มเติม และแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ กฎข้อบังคับและหลักเกณฑ์ปฏิบัติต่างๆ ได้แก่ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ 1985 ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL และข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของ UNCITRAL (UN Doc.A/CN.9/485)

คณะกรรมการเล็งเห็นว่าในทางปฏิบัติมีการใช้วิธีประนอมข้อพิพาทเพิ่มมากขึ้นในสวนต่างๆ ของโลก และการประนอมข้อพิพาทเริ่มได้รับความนิยมจากคู่กรณีในการใช้เป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาท รวมทั้งได้รับการสนับสนุนจากศาลและองค์กรของรัฐเพื่อใช้การประนอมข้อพิพาทในการระงับข้อพิพาทในชุมชนและข้อพิพาทระหว่างประเทศ ในปัจจุบันหลายประเทศได้ตรากฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทเพื่อสนับสนุนการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทให้เป็นระบบและมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีการพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยมีคณะทำงานว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทเป็นผู้รับผิดชอบในการร่าง ทำการศึกษาและเปรียบเทียบหลักปฏิบัติและมาตรฐานที่แตกต่างกันของประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยคำนึงถึงประเพณี หรือวัฒนธรรมทางกฎหมายของอีกระบบหนึ่ง ในการจัดทำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มีวัตถุประสงค์เพื่อให้แต่ละรัฐนำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายให้เป็นรูปแบบเดียวกันและสอดคล้องกันในเรื่องการประนอมข้อพิพาท ทั้งนี้การประนอมข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพจะส่งผลดีต่อภาพรวมทางการค้าระหว่างประเทศให้สามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่นและลดอุปสรรคต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (UN Doc.A/CN.9/514, para. 11-12)

ในกฎหมายต้นแบบของUNCITRAL มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีดำเนินการในกระบวนการประ  
 นอมข้อพิพาท ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประนอมข้อพิพาทกับคู่กรณี การบังคับตามสัญญาฉบับข้อ  
 พิพาท และประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นหลังจากการประนอมข้อพิพาท แต่ไม่ได้กล่าวถึงเรื่อง  
 ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทไว้ ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าในเวทีระหว่าง  
 ประเทศควรมีการทบทวนในการกำหนดเรื่องความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท  
 ไว้ในกฎหมายต้นแบบ เพื่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพของกระบวนการประนอมข้อพิพาทและส่งเสริม  
 ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้แพร่หลายมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการกำหนดความรับผิดชอบและ  
 ความคุ้มกันทำให้ผู้ประนอมข้อพิพาทได้ทราบขอบเขตหน้าที่และความรับผิดชอบของตนต่อคู่กรณี  
 และคู่กรณีสามารถพิจารณาได้ว่าผู้ประนอมข้อพิพาททำเกินขอบอำนาจหน้าที่หรือไม่ หากกระทำ  
 เกินขอบอำนาจและทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณี คู่กรณีก็สามารถดำเนินการฟ้องร้องได้  
 นอกจากนี้ยังสร้างความมั่นใจแก่ผู้ประนอมข้อพิพาท โดยเฉพาะผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นชาว  
 ต่างประเทศที่เข้ามาดำเนินการประนอมข้อพิพาทในแต่ละประเทศ เพราะหากปล่อยให้กฎหมาย  
 แต่ละประเทศกล่าวถึงความรับผิดชอบของผู้ประนอมข้อพิพาทเอาไว้แตกต่างกันจะทำให้ผู้ประนอมข้อ  
 พิพาทมีความเสี่ยงและไม่แน่ใจหากตนต้องรับเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทในประเทศเหล่านั้นและหาก  
 มีการกระทำผิดเกิดขึ้นก็จะเป็นไปตามหลัก *lex loci delictus* ซึ่งเป็นหลักกฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมี  
 การกระทำละเมิด คือ ต้องพิจารณาองค์ประกอบสุดท้ายที่ทำให้เกิดความรับผิดที่ใด ให้ถือว่าที่นั่น  
 เป็นสถานที่แห่งการกระทำผิด ที่เรียกว่า *lex loci delicti commissi* ทำให้ความรับผิดขึ้นอยู่กับ  
 กฎหมายภายในของแต่ละประเทศซึ่งมีความแตกต่างกันไป (กมล สนธิเกษตริน, 2539:191)

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทให้มี  
 ความชัดเจนแน่นอน และหาหลักที่เหมาะสมเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทของ  
 ประเทศอื่นๆ และศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาและเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศให้มีมาตรฐานเดียวกัน  
 กับนานาชาติประเทศต่อไป

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

ในปัจจุบันการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการประนอมข้อพิพาทได้รับความนิยมมากขึ้น โดยเฉพาะในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ในฐานะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีส่วนช่วยอำนวยความสะดวกแก่รัฐที่มีความเป็นธรรม ประหยัด รวดเร็ว รักษาความลับในข้อพิพาทหรือที่เกิดจากข้อพิพาท แต่พบว่ายังขาดความชัดเจนแน่นอนในเรื่องความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในกฎหมายของประเทศไทยและในกฎหมายต่างประเทศ ส่งผลให้ผู้ประนอมข้อพิพาทหรือคู่กรณีพิพาทเกิดความรู้สึกขาดความเชื่อถือที่จะใช้กระบวนการนี้ ดังนั้นจึงควรพิจารณาบทบัญญัติทางกฎหมายที่เป็นรูปแบบเดียวกันและที่สอดคล้องกัน (Harmonized Legislative Model Provisions) เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท และเพื่อเสริมสร้างและสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทให้มีประสิทธิภาพและนิยมใช้แพร่หลายยิ่งขึ้น

### 1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงแนวคิดและกฎเกณฑ์ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทโดยการศึกษาจากกฎหมายและระเบียบปฏิบัติที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น ตลอดจนการพิจารณา UNCITRAL conciliation rules 1980 ประกอบกับร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการประนอมข้อพิพาทของ UNCITRAL และพิจารณาศึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประนอมข้อพิพาทเพื่อใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบการวิจัยนี้

### 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ผู้เขียนใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลด้วยวิธีการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยใช้วิธีพรรณนาและวิเคราะห์ (Descriptive and Analytical Method) เป็นแนวทางในการดำเนินงานวิจัย ซึ่งเริ่มต้นจากการนำเสนอประวัติความเป็นมาและพัฒนาการของระบบการ

ไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท รวมถึงความหมายของการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาท ต่อมาจะอธิบายถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการประนอมข้อพิพาททั้งในทางปฏิบัติและทางกฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาท โดยจะเสนอขอบเขตความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในต่างประเทศ รวมทั้งในส่วนของประเทศไทย เกี่ยวกับทฤษฎีความรับผิดชอบทางสัญญาและละเมิด เรื่องการรักษาความลับ การให้สินบน การคุ้มกันจากการใช้ดุลพินิจ โดยอธิบายเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทย ตลอดจนร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ในเรื่องการประนอมข้อพิพาท และท้ายสุดเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องเป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการนี้มากขึ้น

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบและเข้าใจแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในต่างประเทศ
2. ทำให้ผู้ที่สนใจในการระงับข้อพิพาทโดยการใช้วิธีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและประนอมข้อพิพาทมีความเข้าใจในกระบวนการมากยิ่งขึ้น ตลอดจนทั้งเป็นการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการประนอมข้อพิพาทให้เป็นที่รู้จักมากขึ้น
3. ทำให้ทราบหลักการกำหนดความรับผิดชอบและความคุ้มกันของประเทศอื่นๆ และสามารถศึกษาเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างกับกฎหมายของประเทศไทยได้
4. สามารถเป็นข้อมูลอ้างอิงในการเสนอแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีมาตรฐานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับนานาประเทศ รวมทั้งเพื่อเป็นแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการประนอมข้อพิพาทให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

## 1.7 นิยามศัพท์

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) หรือการประนอมข้อพิพาท (Conciliation) หมายความว่า กระบวนการหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกศาล โดยคู่พิพาทตกลงให้บุคคลที่สามซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้น เข้าช่วยไกล่เกลี่ยเพื่อยังให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน บุคคลที่สามนี้ไม่มีอำนาจบังคับคู่พิพาทให้ตกลงกัน ไม่มีอำนาจให้คำตัดสินหรือกำหนดผล

ลัพท์แห่งการเจรจาให้แก่คู่ความ แต่จะเสนอแนวทางในการตกลงให้แก่คู่พิพาทในลักษณะสัญญา  
ประนีประนอมซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมาย

สำหรับการศึกษาวิจัยนี้ คำว่า " การประนอมข้อพิพาท" ให้ความหมายถึง การประนอม  
ข้อพิพาทในลักษณะไกล่เกลี่ย(Mediation) และ การประนอมข้อพิพาทในลักษณะที่ผู้ประนอม  
เสนอความเห็นในการแก้ไขข้อพิพาท (Conciliation) ซึ่งสามารถใช้โดยสลับกันได้ และให้มีความ  
หมายเป็นนัยเดียวกัน เนื่องจากแหล่งข้อมูลจำนวนมากใช้คำว่า "Mediation" เมื่อกล่าวถึงเรื่อง  
การประนอมข้อพิพาท



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย