

บทที่ 4

แนวความคิดและปัญหาบางเรื่องในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

แนวคิดของการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในเรื่องบทบาทของศาลในการอนุญาตตุลาการ ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศและความเห็นของนักกฎหมายในแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันอยู่¹ บทบาทของศาลที่มีต่อการอนุญาตตุลาการในแต่ละชั้นตอนมีส่วนสำคัญที่จะทำให้การดำเนินการในชั้นอนุญาตตุลาการดำเนินไปโดยเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากอนุญาตตุลาการเป็นเอกชน ไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการบังคับให้ผู้เกี่ยวข้องมาเป็นพยานในข้อพิพาท การมาให้ด้วยคำ การส่งเอกสาร ซึ่งอาจทำให้มีปัญหาในการดำเนินการระงับข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นได้² นอกจากนี้การดำเนินกระบวนการที่อาจเกิดปัญหาในแต่ละชั้นตอนตั้งแต่การตั้งอนุญาตตุลาการจนถึงการทำคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ จำต้องให้ศาลซึ่งดำเนินการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐช่วยเหลือหรือเข้าไปตรวจสอบหรือควบคุมให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปโดยเที่ยงธรรม และประกันความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทที่เกี่ยวข้อง

4.1 บทบาทของศาลในการอนุญาตตุลาการ

บทบาทของศาลในชั้นตอนต่าง ๆ ของการอนุญาตตุลาการ ประกอบด้วย³

1. การบังคับให้สัญญาอนุญาตตุลาการมีผลใช้บังคับ
2. การแต่งตั้งและถอดถอนอนุญาตตุลาการ

¹ สมชัย ศิริบุตร, "การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการกับความมั่นคงของชาติ," (รายงานการวิจัย วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2534-2535) หน้า 89.

² เสาวนีย์ อัครไวจน์, "บทบาทของศาลในการอนุญาตตุลาการ," ใน รวมบทความและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เพอร์เฟ็ค กราฟ พิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 47.

³ เรื่องเดียวกัน.

3. การดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ
4. การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

1. การบังคับให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับ

โดยที่สัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงทำสัญญาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตโดยให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดตามหลักเกณฑ์ที่คู่กรณีตกลงกัน อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจดำเนินการพิจารณาได้ต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 5 ระบุว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม" ดังนั้น กรณีอาจมีปัญหาที่คู่กรณีทำสัญญากันแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งยังประสงค์จะใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทจะใช้มาตรการใด บังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วเข้าร่วมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วไม่ใช้การอนุญาโตตุลาการตามสัญญาที่ตกลงกันโดยนำข้อพิพาทไปยื่นฟ้องต่อศาล ศาลก็จะไม่พิจารณาคดีนั้นเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 10 ซึ่งกำหนดว่า

"ในกรณีที่ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยาน หรือก่อนมีคำพิพากษาในกรณีที่ไม่มี การสืบพยาน ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วไม่ปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่นหรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย"

นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจในการขยายระยะเวลาที่คู่กรณีต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หากมีการกำหนดระยะเวลาในสัญญาตามที่ระบุไว้ในมาตรา 9 ว่า

"สัญญาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาที่สั้นกว่าอายุความตามกฎหมายก็ได้ แต่การฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นการตัดสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากมีผลเป็นการตัดสิทธิฟ้องคดีตามข้อพิพาทนั้นต่อศาลไม่

เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ มีคำสั่งขยายกำหนดเวลาตามกำหนดตามวรรคหนึ่งได้ คำร้องนี้ให้ยื่นก่อนสิ้นกำหนดเวลาเช่นว่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย"

การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศ ต่าง ๆ จะบัญญัติให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีที่อยู่ในบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการหยุดการพิจารณาคดีของศาลไว้จนกว่าการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจะเสร็จสิ้น หรือยกฟ้อง หรือจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน⁴ ทั้งนี้คดีนั้นต้องอยู่ภายใต้ บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ไม่ปรากฏข้อบกพร่องใด ๆ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ ในกฎหมายเดิมมีบทบัญญัติให้อำนาจ ศาลพักกระบวนการพิจารณาเพื่อช่วยให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดผล โดยให้คู่กรณีใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทตามสัญญา⁵ ส่วนกฎหมายฉบับใหม่ (The Arbitration Act 1996) ศาลจะ พักกระบวนการพิจารณา (stay of court proceedings) เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ (null and void) มีข้อบกพร่องโดยไม่สามารถดำเนินการหรือปฏิบัติตามได้ แต่ถ้าศาลปฏิเสธใน การพักกระบวนการพิจารณา ก็ให้ศาลดำเนินกระบวนการตามกฎหมาย (มาตรา 9)

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการเดิมของอังกฤษ ได้ให้ ศาลช่วยคู่กรณีขยายเวลาเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดได้ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ระบุไว้ว่าจะต้องเริ่มต้นทำการอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดและเวลาที่ กำหนดไว้านั้นจะสิ้นสุดลงหรือได้สิ้นสุดลงไปแล้ว⁶ แต่ไม่ปรากฏบทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้ใน The Arbitration Act 1996

⁴ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.

⁵ Bernstein, Ronald, Handbook of Arbitration Practice (London : Sweet & Maxwell, 1987) และดู the Arbitration Act 1950, Sect. 4 (1) ; the Arbitration Act 1975, Sect 1.

⁶ Steyn, Johan, "England," in International Handbook on Commercial Arbitration, Supple. 1. edited by Peter Sanders (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984) และดู The Arbitration Act 1950, Art. 7.

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติในกฎหมายให้คู่กรณีที่ประสงค์จะปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์สามารถฟ้องคดีต่อศาล เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วไม่ยอมเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการและมีได้ฟ้องคดีต่อศาลด้วย ทั้งนี้ เพื่อขอให้ศาลบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้ว โดยไม่ยอมเข้าร่วมในการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ยอมเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ขอให้ศาลบังคับให้คู่กรณีนั้นเข้าร่วมกระบวนการในชั้นอนุญาโตตุลาการได้⁷

ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ แม้ว่ากฎหมายที่ใช้ใน 25 มลรัฐและกฎหมายของ Luzern ที่ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะมีความแตกต่างกันบ้างแต่ก็มีหลักในเรื่องบทบาทของศาลคล้ายคลึงกันในผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถ้าหากมีการฟ้องคดีต่อศาลในข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอศาลจะบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน⁸

บทบาทของศาลเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนั้น ได้กำหนดว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมมีผล ศาลต้องให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากศาลได้รับคำร้องขอของคู่กรณี เว้นแต่สัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้⁹

บทบัญญัติใน UNCITRAL Model Law ในเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น ในกรณีที่มีการฟ้องคดีอันเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลเข้าไปมีส่วนช่วยเหลือโดยการให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไปดำเนินการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ หากมีการร้องขอจากคู่กรณีที่ถูกฟ้อง ทั้งนี้ ต้องก่อนที่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะเริ่มต่อสู้คดี เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สมบูรณ์ ใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ นอกจากนั้น แม้ว่า

⁷ Domke, Martin, The Law and Practice of Commercial Arbitration (Mundelein, Illinois : Callaghan & Company, 1968), pp: 164-165. และดู Federal Arbitration Act, Sect. 3, Uniform Arbitration Act., Sect. 2.

⁸ Briner, Robert, Ibid 1984., Switzerland - 9.

⁹ Code of Civil Procedure, Art. 1458.

อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการไปแล้วแต่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจของตนอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล อนุญาโตตุลาการก็ยังสามารถดำเนินกระบวนการต่อไปได้¹⁰

ในชั้นของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น โดยปกติสัญญาหรือข้อตกลงจะเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน ศาลจะเข้าไปเกี่ยวข้องก็ต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบิดพลิ้วไม่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามสัญญาโดยอาจจะเป็นการถ่วงเวลาเพราะเห็นว่าการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณา ปกติศาลจะใช้เวลาในการพิจารณาคดียาวนานกว่าการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตนเองจะได้ประโยชน์ หรืออาจเป็นเพราะว่าไม่ประสงค์จะจ่ายค่าปวยการอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนสูง หรือไม่ประสงค์จะให้การอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้วไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ซึ่งในกรณีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 10 ศาลจะสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน ซึ่งการจำหน่ายคดีของศาลนั้น ศาลจะต้องทำการไต่สวนแล้วเห็นว่า คู่สัญญามีสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อกัน ไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่น หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้

ผู้เขียนเห็นว่า บทบาทของศาลในการบังคับให้สัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้กับคู่กรณีซึ่งบังคับไว้ในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีความเหมาะสมแล้ว เพราะขณะบัญญัติเรื่องนี้เมื่อปี พ.ศ. 2530 ได้นำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ ฉบับ ปี ค.ศ. 1950 และ 1979 รวมทั้งกฎหมายสหรัฐอเมริกามาเป็นแนวในการยกร่าง แม้ในปัจจุบันเวลาจะล่วงเลยมาพอสมควรแล้ว แต่บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการก็ยังมีได้มีการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด ศาลยังคงเข้ามามีบทบาทมาตั้งแต่การเริ่มต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของนักกฎหมายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ และสอดคล้องกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และแนวความคิดในระบบอนุญาโตตุลาการนอกศาลของประเทศ ซึ่งต่อไปอาจมีการพัฒนาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้มากยิ่งขึ้น โดยอาจให้คู่กรณีฝ่ายที่ปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถไปร้องขอต่อศาลให้บังคับคู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าพิจารณาในการปรับปรุงกฎหมายในเวลาที่เหมาะสมต่อไป

¹⁰ UNCITRAL Model Law on Arbitration 1985, Art. 8 (1) (2).

2. การแต่งตั้งและถอดถอนอนุญาตตุลาการ

บุคคลที่เป็นอนุญาตตุลาการซึ่งมีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ส่วนจะมีคุณสมบัติ วิธีการแต่งตั้ง การถอดถอน รวมทั้งสิทธิและหน้าที่อย่างไรย่อมเป็นไปตามสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือตามที่คู่กรณีตกลงกัน อย่างไรก็ตาม อาจมีปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งและถอดถอนอนุญาตตุลาการที่ศาลต้องเข้าไปเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพราะอาจเป็นกรณีที่คู่กรณีไม่อาจแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ หรือไม่สามารแต่งตั้งอนุญาตตุลาการร่วมกันได้ หรือไม่สามารแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่อนุญาตตุลาการที่ว่างลงเพราะสาเหตุที่ตาย ล้มละลาย เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ ถูกถอดถอน หรือไม่ยินยอมปฏิบัติตามหน้าที่¹¹

การที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยปราศจากตัวอนุญาตตุลาการย่อมไม่อาจทำได้ ดังนั้น กฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศต่าง ๆ จึงได้มีบทบัญญัติให้ศาลเข้าช่วยเหลือในการตั้งอนุญาตตุลาการให้ หรือตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่อนุญาตตุลาการที่ว่างลงโดยเหตุใดก็ตามดังกล่าว หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาล รวมถึงการถอดถอนอนุญาตตุลาการด้วย เพราะอาจมีกรณีที่อนุญาตตุลาการประพฤตินิรหอบในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ยินยอมและเต็มใจปฏิบัติหน้าที่หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ซึ่งคู่กรณีไม่สามารถถอดถอนเองได้ จึงต้องขอให้ศาลช่วยถอดถอนให้

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งอนุญาตตุลาการในกรณีที่บุคคลซึ่งจะเป็นผู้ตั้งอนุญาตตุลาการมิได้ตั้งอนุญาตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดในสัญญาอนุญาตตุลาการหรือภายในกำหนดเวลาอันสมควร หรือมีพฤติการณ์อันแสดงให้เห็นว่า ผู้นั้นไม่เต็มใจตั้งอนุญาตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนได้ (มาตรา 13)

นอกจากนี้ ศาลยังช่วยเหลือในการตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่อนุญาตตุลาการที่ว่างลงเพราะเหตุใด ๆ กล่าวคือ ตาย ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือไม่เต็มใจปฏิบัติหน้าที่หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาอันสมควร (มาตรา 15)

¹¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, บทบาทของศาลในการอนุญาตตุลาการ, หน้า 50.

ในกรณีที่ไม่อาจหาเสียงข้างมากในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือ คู่กรณีไม่สามารถตั้งผู้ชี้ขาดได้ ศาลก็มีอำนาจในการตั้งผู้ชี้ขาดให้เมื่ออนุญาโตตุลาการคนหนึ่ง คนใดหรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้ศาลมีคำสั่งตั้งผู้ชี้ขาด (มาตรา 16)

เมื่อได้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว ห้ามถอดถอนการตั้งอนุญาโต ตุลาการนั้น ในกรณีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ศาลจะเกี่ยวข้องเมื่ออนุญาโตตุลาการที่ได้รับ ตั้งขึ้นโดยชอบถูกคัดค้าน โดยถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการที่ศาลหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้ง คู่กรณี ฝ่ายใดจะคัดค้านก็ได้ ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่งตั้ง คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้าน ก็ได้ แต่คู่กรณีจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งไม่ได้ เว้นแต่จะไม่รู้หรือควรรู้เพราะ เหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้ง ทั้งนี้โดยอาศัยเหตุเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และถ้าการคัดค้านฟังขึ้นก็ให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ ตามวิธีการตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งถูกคัดค้าน (มาตรา 14)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดว่า หากคู่กรณีร้องขอ ให้ ศาลมีอำนาจเข้าไปช่วยเหลือคู่กรณีในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่กรณีไม่สามารถตั้งอนุญาโต ตุลาการได้ หรือคู่กรณีไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการที่ว่างลงไม่ว่า ด้วยเหตุใดก็ตาม¹²

สำหรับเรื่องการถอดถอนอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายมิได้มีบทบัญญัติเรื่องนี้ ไว้และศาลก็ไม่นิยมนถอดถอนอนุญาโตตุลาการทั้งก่อนหรือระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลก็มีอำนาจทำได้ ส่วนปัญหาเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโต ตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ความประพฤติของอนุญาโต ตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความไม่เป็นกลาง ความไม่ซื่อสัตย์ หรือประพฤติมิชอบอื่นใด ศาลจะ พิจารณาเมื่อมีการขอให้บังคับคำชี้ขาดแล้วมีการคัดค้านคำชี้ขาด หรือเมื่อคู่กรณีขอให้ศาลเพิกถอน คำชี้ขาดนั้น¹³

¹² Federal Arbitration Act, Sect 5 ; Uniform Arbitration Act, Sect. 3.

¹³ Holtzmann, M. Howard, U.S.A - 17.

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษฉบับเดิม ถ้ามีปัญหาในการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการที่ว่างลงเพราะเหตุใด ๆ ศาลจะดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการหรือตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ให้เมื่อมีการร้องขอต่อศาล¹⁴ นอกจากนี้ หากปรากฏว่าผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้อง ประพฤติมิชอบ ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมหรือกรณีอื่น ๆ หากมีการร้องขอจากคู่กรณี ศาลก็จะดำเนินการถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้¹⁵ ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ (The Arbitration Act 1996) บัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการตั้งอนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ และการถอดถอนอนุญาโตตุลาการทำนองเดียวกับกฎหมายเดิม (มาตรา 18, 27)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสวิตเซอร์แลนด์กำหนดว่า หากมีกรณีที่ได้รับการร้องขอจากคู่กรณี ศาลจะเข้าไปดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการให้ ถ้าคู่กรณีไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ หรือมีปัญหาในการตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ ศาลจะตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการที่ว่างลงไม่ว่าด้วยสาเหตุใด ๆ¹⁶ และในกรณีที่มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณียื่นคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจว่า อนุญาโตตุลาการมีคุณสมบัติไม่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ หรือมีเหตุอื่นใดที่บุคคลนั้นไม่ควรทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ศาลจะเป็นผู้ตัดสินปัญหานี้¹⁷

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสบัญญัติให้ศาลเข้าไปช่วยเหลือในการตั้งอนุญาโตตุลาการเมื่อได้รับการร้องขอจากคู่กรณี ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการตั้งอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ในช่วงแรกก่อนดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือเมื่ออนุญาโตตุลาการว่างลงโดยเหตุที่คู่กรณีไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ หรือไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ถ้ามีกรณีคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ศาลก็จะเป็นผู้วินิจฉัยในปัญหานั้นเช่นกัน¹⁸

¹⁴ The Arbitration Act 1950, Art. 10, 25.

¹⁵ The Arbitration Act 1950, Art. 13, 23.

¹⁶ Intercantonal Arbitration Convention, (Concordat) Art. 12.

¹⁷ Concordat, Art. 20.

¹⁸ Code of Civil Procedure, Art. 1463.

โดยปกติสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตตุลาการ หรือความตกลงของคู่กรณีในภายหลังจะกำหนดคุณสมบัติ การตั้ง การถอดถอน สิทธิและหน้าที่ของอนุญาตตุลาการ นอกเหนือจากจำนวนอนุญาตตุลาการที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แม้ว่าส่วนใหญ่มักไม่ปรากฏว่ากำหนดครบทุกเรื่อง แต่อย่างน้อยก็จะกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการและคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ เช่น เป็นนักกฎหมาย วิศวกร ผู้มีความเชี่ยวชาญด้านหลักทรัพย์ เป็นต้น ส่วนวิธีการแต่งตั้ง หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงใช้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการที่มักจะทำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้ ก็จะกำหนดเป็นกรณีพิเศษใช้กับข้อพิพาทของตน อย่างไรก็ตาม แม้จะกำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้ แต่ก็อาจมีปัญหาที่คู่กรณีไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ เพราะไม่เห็นพ้องต้องกันในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียว หรืออาจไม่สามารถตกลงกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ หรือกรณีที่อนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นแล้วต้องว่างลงไม่ว่าเพราะเหตุตาย สัมภละลา ยตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ถูกถอดถอนหรือไม่ยินยอมปฏิบัติหน้าที่ แล้วไม่อาจแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่ได้ ซึ่งถ้าปรากฏเหตุดังกล่าว อาจทำให้ไม่สามารถดำเนินการอนุญาตตุลาการเพราะขาดผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น ศาลจึงเข้ามาช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่และการถอดถอนอนุญาตตุลาการ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 13 - 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

ผู้เขียนเห็นว่า บทบาทของศาลในการเข้ามาช่วยเหลือการอนุญาตตุลาการในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่อนุญาตตุลาการที่ว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใด และการถอดถอนอนุญาตตุลาการ เป็นสิ่งจำเป็นซึ่งหากไม่ให้ศาลเข้ามาช่วยเหลือส่วนนี้ ก็จะทำให้การอนุญาตตุลาการไม่อาจดำเนินต่อไปได้หรือต้องไร้ผล ซึ่งจะไม่ต้องวัดดูประสงค์และเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่จะใช้การอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทของตน รัฐโดยศาลจึงต้องมามีบทบาทให้สัญญาของคู่กรณีเป็นผลบังคับได้ต่อไป อย่างไรก็ตามกรณีการคัดค้านอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 คู่กรณีอาจเสียสิทธิตามที่ระบุไว้ในมาตรา 14 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ ถ้าคู่กรณีนั้นกระทำใด ๆ อันเป็นการละสิทธิคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้นโดยชัดแจ้ง เช่น การละสิทธิเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยปริยาย เช่น การยอมรับในการที่อนุญาตตุลาการนั้น ๆ ทำหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคู่กรณีฝ่ายนั้นเข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วย นอกจากนี้คู่กรณีที่ประสงค์จะถอดถอนอนุญาตตุลาการอาจหาเหตุคัดค้านอนุญาตตุลาการ เช่น การมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท การเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในชั้นใกล้ชิด การเป็นเจ้าของนี้ ลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น เพื่อถ่วงเวลาให้การพิจารณาเนิ่นช้าออกไป ให้มีการตั้งอนุญาตตุลาการใหม่เพื่อให้

มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ซึ่งเป็นการเอาเปรียบคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจทำให้การดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการไร้ผลไปเลยโดยคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่และไม่ยอมเข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาอีก ย่อมไม่เป็นผลดีต่อการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น การที่ศาลเข้ามาช่วยเหลือในการตั้งอนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการที่ว่าง รวมทั้งการถอดถอนอนุญาโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมจึงน่าจะเป็นการสมควรแล้ว ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดทางตัน (deadlock) ที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันตั้งอนุญาโตตุลาการหรือตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ได้ และยังเป็นการช่วยให้การดำเนินกระบวนการไม่สะดุดลงเพราะขาดผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

3. การดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

ตามปกติศาลอาจมีคำสั่งระหว่างพิจารณาเพื่อคุ้มครองประโยชน์คู่กรณีได้ โดยอนุญาโตตุลาการไม่อาจมีมาตรการชั่วคราวได้ (provisional measure or interim measure) อนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเช่นนั้นได้ต่อเมื่อมีการให้อำนาจนั้นในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (compromis) หรือตามกฎหมายของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่อนุญาตให้มีคำสั่งนั้นได้*

* UNCITRAL Arbitration Rules ข้อ 26 (1)

Article 26

"At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods".

ICC Rules of Arbitration ข้อ 8 (5)

"Before the file is transmitted to the arbitrator, and in exceptional circumstances even thereafter, the parties shall be at liberty to apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures, and they shall not by so doing be held to infringe the agreement to arbitrate or to affect the relevant powers reserved to the arbitrator.

Any such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat of the Court of Arbitration. The Secretariat shall inform the arbitrator thereof".

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 18 มีบทบัญญัติที่ศาลเข้าไปช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยการขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวของคู่กรณีในระหว่างพิจารณาได้ บทบัญญัตินี้ศาลที่มีอำนาจจะช่วยเหลือในเรื่องอนุญาโตตุลาการนอกศาล (out-of-court arbitration) ทั้งหมด ไม่มีการจำกัดในอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจ¹⁹

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคำขออนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปเป็นไปตามความตกลงของอนุญาโตตุลาการและคู่กรณี หรือตามดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีมิได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 กล่าวคือ ให้โอกาสคู่กรณีทุกฝ่ายเสนอพยานหลักฐานประกอบข้ออ้างข้อเถียงของตนได้อย่างเท่าเทียมกัน

การช่วยเหลือของศาลสำหรับการอนุญาโตตุลาการนอกประเทศไทย (arbitration outside Thailand) การแปลด้วยคำของมาตรา 18 และมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 สำหรับการช่วยเหลือของศาลคือศาลที่มีอำนาจช่วยเหลือทั้งหมดเป็นเรื่องอนุญาโตตุลาการนอกศาล (out-of-court arbitration) โดยไม่มีการจำกัดในอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจ เช่น เหนือภูมิอำนาจของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง หรืออยู่ในเขตอำนาจเหนือเรื่องที่ไม่มีการเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นการแปลด้วยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย แต่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ในแนวการแปลความหมายตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ในความคิดเห็นเรื่อง "สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ" (place of arbitration) ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการหลายประเทศจะให้คำนิยามขอบเขต

AAA Commercial Arbitration Rules ข้อ 22 (3)

"A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate."

ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกา เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (เล่ม 2) สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักพิมพ์เพอร์เฟกกราฟฟิคกรุ๊ป. 2535.

¹⁹ Hutter, Silvan, "International Arbitration in Thailand," บทบัญญัติ, 48 : 4 (ธันวาคม 2535) : 24.

ในการใช้โดยอ้างอิงถึง “ที่นั่ง” (seat) หรือ “สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (place) โดยจะปรากฏในความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในข้อกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (terms of reference) เช่น ในกฎหมายระหว่างประเทศแพนคตินบุคคลของสวิตเซอร์แลนด์ (Private International Law Statute of Switzerland)²⁰

ในประเทศอังกฤษ กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเดิม (Arbitration Act 1950) ในบทบัญญัติทั่วไป section 12 (1) กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการอาจสั่งโดยคำชี้ขาดชั่วคราว (interim award) เพื่อคุ้มครอง เก็บรักษา อารักขาชั่วคราว หรือขายสินค้า (เช่น สินค้าสดเน่าเสีย) ซึ่งปรากฏว่า สินค้านั้นอยู่ในความครอบครองของคู่กรณี อำนาจทำนองเดียวกันนี้ปรากฏชัดแจ้งในข้อ 13.1 (h) London Court of International Arbitration Rules 1985 ว่า ถ้าสินค้านั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สาม คำสั่งนี้ต้องเป็นคำสั่งศาลตาม section 12 (6) ของ Arbitration Act 1950²¹ นอกจากนี้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งห้ามหรือจำกัดคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะเป็นชาวอังกฤษหรือต่างชาติเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินจากเขตอำนาจ ถ้ามีเหตุฟังได้ว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นจะไม่ยอมรับนับถือคำชี้ขาดและยกย้ายทรัพย์สินออกจากเขตอำนาจศาล เพื่อป้องกันให้การบังคับตามคำชี้ขาดมีประสิทธิภาพ โดยเรียกว่า คำสั่งห้ามชั่วคราวแบบมาเรอว่า (Mareva injunction) *

สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ของอังกฤษ (Arbitration Act 1996) ได้รับบทบัญญัติลดบทบาทและอำนาจของศาลลง แต่ศาลยังคงมีอำนาจสำคัญบางประการที่จะสนับสนุนและบังคับในการอนุญาโตตุลาการ โดยศาลอาจจะสั่งสำหรับคำสั่งชั่วคราวซึ่งต้องทำโดยอนุญาโตตุลาการ หรือได้รับอนุญาตจากอนุญาโตตุลาการหรือโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ศาลมีอำนาจในการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการโดยการมีคำสั่งเกี่ยวกับ

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

²¹ Veeder, V.V., "England," in ICCA Yearbook Commercial Arbitration (Kluwer law International, Vol. 21-1996) pp. 373-374.

* คำสั่งห้ามชั่วคราวแบบมาเรอว่า ทำขึ้นครั้งแรกในคดี Mareva compania SA. v International Bulk Carriers (1975) Lloyd's Rep. 59 เพื่อป้องกันไม่ให้จำเลยย้ายทรัพย์สินไปพ้นจากเขตอำนาจของศาล เมื่อถึงคราวต้องบังคับตามคำพิพากษา ปัจจุบันคำสั่งห้ามแบบมาเรอว่านี้ หมายรวมไปถึงการห้ามจำเลยจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ พืชยัคคีดี หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี. หน้า 92.

การตรวจสอบ การคุ้มครอง การการรักษา หรือการกักทรัพย์ หรือให้ตัวอย่างเพื่อทดสอบ การขายสินค้า หรือให้การคุ้มครองชั่วคราว คำร้องขอใด ๆ เพื่อการสั่งดังกล่าวต้องดำเนินการโดยได้รับอนุญาตจากอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงของคู่กรณี ซึ่งศาลสามารถดำเนินการได้ ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเช่นนั้นหรือไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ²²

ในสหรัฐอเมริกา คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างกว้างในการสั่งมาตรการชั่วคราวถ้าอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจำเป็นในเนื้อหาของการอนุญาโตตุลาการ ถึงแม้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของ FAA และแต่ละมลรัฐโดยทั่วไปจะไม่กล่าวถึงเรื่องนี้ ในข้อบังคับภายใต้การดำเนินการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association - AAA) ในเรื่องอนุญาโตตุลาการทั้งภายในและระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการอาจสั่งในประเด็นต่าง ๆ คือ การรักษาสินค้าโดยฝากไว้กับบุคคลที่สาม ให้ขายสินค้าที่เน่าเสีย การอายัดทรัพย์สินของผู้ถูกร้องเพื่อให้แน่ใจว่าเมื่อมีคำชี้ขาดให้ผู้ถูกร้องชำระตามคำชี้ขาดจะมีทรัพย์สินที่สามารถชำระได้ หรือการมีมาตรการอื่น ๆ ที่เหมาะสมในแต่ละคดี ถ้าอนุญาโตตุลาการสั่งใช้วิธีการชั่วคราว (interim measures) ในคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้ศาลบังคับในลักษณะเดียวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ²³

โดยทั่วไปการช่วยเหลือของศาลโดยใช้วิธีการชั่วคราว คำตัดสินของศาลมากมายอ้างถึงอำนาจของศาลในคดีระหว่างประเทศ ในการสั่งอายัดทรัพย์สินของผู้ถูกร้องขณะที่คู่พิพาทรอผลของการอนุญาโตตุลาการ ศาลของมลรัฐ New York ออกข้อบังคับว่า ในคดีระหว่างประเทศที่ใช้บังคับตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention 1958) ศาลไม่รับเรื่องการอายัดเพราะเจตนาของอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ให้ศาลดำเนินการใช้อำนาจใด ๆ เว้นแต่สั่งให้มีการอนุญาโตตุลาการ²⁴ ศาลมลรัฐบางแห่งมีความเห็นสรุปได้อย่างเดียวกัน แต่บางแห่ง

²² อนุมาตรา 44 ของ Arbitration Act 1996.

²³ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 22.

²⁴ คดี Cooper v Ateliers de la Motolecane, S.A., 57 N.Y. 2d. 408, Ct. of Appeals, 1982 ดู Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IX (1984) pp. 482-486.

อนุญาตให้อายัด โดยศาลเห็นว่า การอายัดเป็นการช่วยเหลือเพื่อให้มั่นใจยิ่งขึ้นในประสิทธิผลของคำชี้ขาดแต่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงเจตนาในบทบัญญัติของ New York Convention แต่อย่างใด²⁵

สำหรับคดีเกี่ยวกับการพาณิชย์นาวี ไม่ว่าจะเป็นการค้าขายหรือการเดินเรือ การอายัดได้รับอนุญาตโดยบทบัญญัติพิเศษของ FAA มาตรา 8 ซึ่งคู่พิพาทตระหนักว่า การอายัดทางศาลสามารถดำเนินการได้เพราะเป็นการช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีความสำคัญต่อการค้าระหว่างประเทศ สรุปว่า น่าจะให้ศาลมีอำนาจที่จะอายัดเป็นเรื่องที่อยู่ในบทบัญญัติรวมเพื่อจะให้เกิดผลในสัญญาหรือโดยความตกลงที่จะใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (arbitration rules) ที่มีบทบัญญัติเรื่องนี้²⁶ อย่างไรก็ตาม การเรียกพยานบุคคลมาให้ด้วยคำหรือส่งมอบเอกสารอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการได้เช่นเดียวกับศาล²⁷

ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ศาลเข้าไปช่วยเหลือเมื่ออนุญาโตตุลาการหรือคู่กรณีมีปัญหาใด ๆ เมื่อได้รับการร้องขอจากอนุญาโตตุลาการ เช่น การเรียกพยานมาให้ด้วยคำ การใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีระหว่างพิจารณาที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจดำเนินการเองได้²⁸ ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คือ Swiss Private International Law Act 1987 มีบทบัญญัติในมาตรา 183 (1) ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามคำร้องขอของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถ้าไม่ปรากฏวิธีการดังกล่าว อนุญาโตตุลาการอาจร้องขอความช่วยเหลือต่อศาลในรัฐที่มีอำนาจซึ่งใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความ เรื่องนี้เป็นความแตกต่างที่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ เพราะใน concordat มาตรา 26 ที่บัญญัติไว้ว่าเฉพาะองค์กรทางศาลของรัฐ มีเขตอำนาจที่จะออกคำสั่งชั่วคราวตามคำร้องขอของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม คำสั่งชั่วคราวอาจดำเนินการโดยอนุญาโต

²⁵ คดี Borden - Inc. v. Meiji Milk Products Co., Ltd., 919 F. 2d 822 (dd. Cir. 1990) ดู Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XVII (1992) pp. 662-665 และคดี Carolina Power & Light Co., v. Uranex, 451 F. Suppl. 1044, N.D. Cal. 1977 ดู Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IV (1979) pp. 337-339.

²⁶ ดู UNCITRAL Arbitration Rules ข้อ 26 และ AAA International Arbitration Rules ข้อ 22.

²⁷ Federal Arbitration Act, Sect. 7 ; Uniform Arbitration Act, Sect. 7.

²⁸ United States Arbitration Act, Sect. 26, 27 ; Uniform Arbitration Act, Sect. 251.

ตุลาการได้ ถ้าคู่กรณีสมัครใจขอให้มีคำสั่ง แต่ถ้าไม่สมัครใจคู่กรณีต้องขอของศาลตุลาการที่มีอำนาจในการ
ทำคำสั่งชั่วคราวนั้น ส่วนของคดีที่มีอำนาจในศาลของมลรัฐ (canton) คือ ศาลที่มีเขตอำนาจ
ทางแพ่งสามัญ ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจตามปกติสำหรับการสั่งคุ้มครองชั่วคราว ผู้พิพากษาอาจสั่ง
คุ้มครองชั่วคราวเพื่อเป็นการประกันที่เหมาะสมได้ตามที่บัญญัติในมาตรา 183 (3) ของ Swiss Private
International Law Act 1987²⁹

ส่วนประเทศฝรั่งเศส ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลเข้าไปช่วยเหลือ
อนุญาตตุลาการถ้าคู่กรณีร้องขอ³⁰ ในมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีใน
ระหว่างพิจารณา

สำหรับ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
มาตรา 9 ได้มีบทบัญญัติในเรื่องวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในศาลว่า แม้มีข้อตกลงเกี่ยวกับ
อนุญาตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนหรือระหว่างดำเนิน
กระบวนการอนุญาตตุลาการ เพื่อให้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว และศาลมีอำนาจออกคำสั่งตาม
คำร้องขอ นั้นได้ ทั้งนี้ ประเทศไทยเองก็มีแนวคิดที่จะนำกฎหมายแม่แบบในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการ
คุ้มครองชั่วคราวในศาลซึ่งไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ที่ให้
คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้น
อนุญาตตุลาการมาพิจารณาในการยกร่างปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนี้เมื่อปี พ.ศ. 2540 *

ส่วนข้อบังคับอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการกฤษฎีกาการกฏหมายการค้าระหว่าง
ประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ได้กำหนดวิธีการชั่วคราวเพื่อ
คุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทไว้ในข้อ 26 ว่า เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ คณะอนุญาต

²⁹ Briner, Robert. "Switzerland," in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. III Suppl. 13, September 1992), Switzerland - 20.

³⁰ Derains, Yves "France," in International Handbook on Commercial Arbitration Supple. 1, id., at France : Annex 1 - 1.

* คณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ (รายชื่อโปรดดู
ในภาคผนวก) ได้ยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. และกระทรวงยุติธรรมเห็น
ชอบด้วยโดยเสนอร่างให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา ตามหนังสือกระทรวงยุติธรรม ที่ ขธ
0505/29838 ลงวันที่ 26 สิงหาคม 2540

ตุลาการอาจกำหนดให้มีวิธีการชั่วคราวอันเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทที่เห็นว่าจำเป็น รวมถึงการสงวนรักษาสินค้าที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท เช่น การกำหนดให้บุคคลภายนอกรักษาสินค้านั้นไว้ หรือการขายของสดเสีงาย ซึ่งวิธีการชั่วคราวนั้นอาจกำหนดโดยทำเป็นคำชี้ขาดชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้วางประกันสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้วิธีการชั่วคราวนั้นก็ได้

โดยที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาบางประการได้ เพราะการที่เป็นเอกชน จำเป็นต้องอาศัยเจ้าหน้าที่ของรัฐในอำนาจของรัฐ คือ ศาลให้กระทำการบางอย่างเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้และมีประสิทธิภาพ ดังนั้น เมื่อมีกรณีจำเป็นที่ต้องอาศัยอำนาจศาลไม่ว่าการออกหมายเรียกพยาน ให้พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสารหรือวัตถุ ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างพิจารณา หรือให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลดำเนินการให้ได้ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 18 อย่างไรก็ตาม ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวของคู่กรณีก่อนการดำเนินกระบวนการชั้นอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับได้ระหว่างคู่กรณี

อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการสืบพยานและคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวระหว่างพิจารณา ถ้าอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และถ้าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการและอยู่ในเขตอำนาจศาลไทย คู่กรณีต้องการคำสั่งเช่นนั้นต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลในนามอนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ยื่นคำร้องขอ คู่กรณีไม่อาจยื่นคำร้องขอต่อศาลโดยตรงได้ โดยปกติอนุญาโตตุลาการจะรอคู่กรณีในการเริ่มต้นดำเนินการ ทั้งนี้ คู่กรณีต้องเตรียมคำร้องขอเพื่อยื่นต่อศาลโดยให้อนุญาโตตุลาการลงชื่อ สำหรับศาลที่คู่กรณีประสงค์จะยื่นคำร้องขอความช่วยเหลือ คือ ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขต หรือศาลที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

ผู้เขียนเห็นว่า บทบาทของศาลในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพและเป็นประโยชน์อย่างแท้จริง เนื่องจากส่วนมากเป็นเรื่องที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจดำเนินการบังคับได้ด้วยตนเอง เพราะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งต้องใช้อำนาจศาล บทบาทของศาลในส่วนนี้เป็นบทบาทในการสนับสนุน (supportive role) การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measure of protection) ด้วย แนวคิดในเรื่องนี้ประเทศส่วนใหญ่ให้อำนาจศาลเข้า

แทรกแซงเพื่อให้การอนุญาตตุลาการมีประสิทธิภาพ แม้ว่าหลักทั่วไปในการอนุญาตตุลาการอนุญาตตุลาการมีอำนาจสั่งต่อคู่กรณี แต่ถ้าคำสั่งอยู่นอกขอบเขตของตนก็ต้องให้ศาลสั่ง เช่น ผู้เรียกร้องต้องการให้มีคำสั่งระงับหรือไม่ให้กระทบต่อเงินในบัญชีธนาคาร ซึ่งผู้เรียกร้องเป็นผู้รับประโยชน์ กรณีต้องขออำนาจศาลสั่งซึ่งศาลมีเขตอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐ อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจศาลในมาตรการใด ๆ จะต้องไม่ขัดต่อสัญญาหรือละทิ้งสัญญาอนุญาตตุลาการ

มีประเด็นที่พิจารณาว่า มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งบัญญัติให้ศาลเข้ามาสนับสนุนการอนุญาตตุลาการในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1. การออกหมายเรียกพยาน
2. การให้พยานสาบานตน
3. การให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด
4. การใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างพิจารณา
5. การให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด

โดยให้อนุญาตตุลาการยื่นคำร้องขอต่อศาลได้นั้น จะเป็นการเหมาะสมเพียงใด เรื่องใดที่อนุญาตตุลาการสมควรดำเนินการโดยตนเองและเรื่องใดที่ควรเพิ่มเติมเพื่อให้ศาลเข้ามาสนับสนุนเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและคุ้มครองประโยชน์คู่กรณีอย่างแท้จริง

บทบาทของศาลในการช่วยให้การดำเนินการอนุญาตตุลาการเป็นไปโดยไม่ติดขัดในเรื่องการออกหมายเรียกพยาน และการให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดเมื่ออนุญาตตุลาการคนใดคนหนึ่งร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เป็นเรื่องที่จะต้องขออำนาจศาลให้ดำเนินการให้เพราะอนุญาตตุลาการไม่สามารถบังคับให้พยานที่ไม่เต็มใจจะมาให้การเป็นพยานตามที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้าง หรือกรณีที่มีการระงับพยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่ไม่อยู่ในความครอบครองของตน และคู่กรณีฝ่ายนั้นจำเป็นต้องใช้เป็นพยานประกอบการพิจารณาวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการซึ่งอาจจะอยู่ที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก เพราะถ้าให้อนุญาตตุลาการเรียกพยานหรือขอให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งส่งเอกสารหรือวัตถุใด ๆ ในความครอบครองแล้ว บุคคลนั้นไม่มาให้การเป็นพยานหรือไม่ส่งเอกสารหรือวัตถุที่อนุญาตตุลาการเรียกไป อนุญาตตุลาการซึ่งเป็นเอกชนก็ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่กระทำการซึ่งเป็นอำนาจรัฐ จึงต้องกระทำผ่านเจ้าหน้าที่รัฐ คือ ศาล ดังนั้น ในกรณีการออกหมายเรียกพยานและการให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดคงจำเป็นต้องให้เป็นอำนาจของศาลเพื่อสนับสนุนการอนุญาตตุลาการต่อไป ส่วนกรณีการให้พยานสาบานตน ในทางปฏิบัติของสถาบันอนุญาตตุลาการจะใช้เพียงการให้พยานปฏิญาณตนก่อนการให้การเป็นพยานและไม่ปรากฏการขออำนาจศาลในเรื่องนี้

ประกอบกับประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก ไม่มีการให้พยานสาบานตนในการให้การในชั้นอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น จึงสมควรยกเลิกโดยปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 18 ให้เหมาะสม

ในเรื่องการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เห็นว่า เกือบทุกประเทศมีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่พัฒนามากกฎหมายอนุญาโตตุลาการมานานแล้วหรือว่าเป็นประเทศที่ยังอยู่ในช่วงของการพัฒนา มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า หากคู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้ยื่นข้อเรียกร้อง (claims) และยังไม่ได้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด มีเหตุที่จะขอใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) มาตรา 9 กำหนดว่า "แม้มีข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนหรือระหว่างดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวและศาลมีอำนาจออกคำสั่งตามคำร้องขอ นั้นได้ ซึ่งปรากฏว่า มาตรา 18 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ให้คู่กรณีฝ่ายที่อาจเสียหายโดยผ่านอนุญาโตตุลาการขอใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่การที่คู่กรณีมีความจำเป็นต้องขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิจารณาอาจจะเป็นเพราะเหตุฉุกเฉินที่จำเป็นต้องขอคุ้มครองเพราะจะมีการชักย้าย หรือจำหน่ายทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งหากไม่ได้รับการคุ้มครองชั่วคราว การบังคับตามคำชี้ขาดจะไร้ประสิทธิภาพ เพราะหากตนเป็นฝ่ายชนะคดีจะไม่มีทรัพย์สินใด ๆ ให้บังคับได้ หรืออาจเป็นกรณีที่ไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ เช่น สัญญาหรือข้อตกลงของคู่กรณีได้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพียง 1 คน แต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายที่อาจเสียหายก็ไม่สามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวในระหว่างพิจารณาตามมาตรา 18 ได้เช่นกัน เพราะต้องยื่นผ่านอนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความมั่นใจยิ่งขึ้นในประสิทธิภาพของคำชี้ขาดที่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ สมควรปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยนำบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ดังกล่าวมาปรับปรุงให้เหมาะสมและเป็นแนวทางเพื่อเพิ่มเติมบทบัญญัติให้มีการขอใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีก่อนการพิจารณาโดยคู่กรณีเป็นผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาลโดยตรงต่อไป

อย่างไรก็ตาม หากมีเหตุที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความจำเป็นต้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเหตุฉุกเฉินก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาและยังไม่มี การตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งไม่อาจยื่นคำร้องต่อศาลตามมาตรา 18 ได้ ทางแก้ปัญหานั้นคู่กรณีฝ่ายนั้นก็ต้องดำเนินการริบแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเมื่อผู้ได้รับการแต่งตั้งยินยอมโดยมีการทำเป็นหนังสือ ลงวัน เดือน ปี และลายมือชื่อของผู้ตั้ง ตามมาตรา 12 แล้วก็มีผลใช้ได้เป็นการตั้งอนุญาโตตุลาการโดยถูกต้อง หลังจากนั้นจึงให้อนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งเป็นผู้ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลตามมาตรา 18 แต่ทั้งนี้ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวถ้าเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน (party appointed arbitrator) ก็ยอมทำได้เพราะไม่ต้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายเห็นชอบตกลงด้วย แต่ถ้าเป็นกรณีที่ตกลงกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (sole arbitrator) ปัญหานี้ก็ยังไม่อาจแก้ไขได้จนกว่าจะได้ปรับปรุงแก้ไขหรืออุดช่องว่างของกฎหมายต่อไป

สำหรับประเด็นการขอให้ศาลชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายนั้น เห็นว่า ในทางปฏิบัติการชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดเบื้องต้นโดยตนเองอยู่แล้ว การที่กำหนดให้ศาลทำหน้าที่นี้เนื่องจากอนุญาโตตุลาการอาจเห็นว่า ปัญหาข้อกฎหมายใดที่ตนไม่สมควรวินิจฉัยชี้ขาดในเบื้องต้น แต่จำต้องมีการชี้ขาดในประเด็นนั้นซึ่งหากมีการวินิจฉัยชี้ขาดแล้วจะไม่ต้องพิจารณาข้อพิพาทนั้นต่อไปอีก หรือจะได้ไม่ต้องพิจารณาประเด็นสำคัญของข้อพิพาทบางประเด็น อนุญาโตตุลาการก็อาจขอให้ศาลชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นซึ่งจะทำให้การพิจารณาคดีรวบรัดและเสร็จสิ้นโดยเร็ว เนื่องจากสามารถวินิจฉัยบางประเด็นไปเบื้องต้นแล้วไม่ต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาพิพาทนหลักฐานในประเด็นนั้นอีกต่อไป กรณีนี้เช่นเดียวกับการที่ศาลพิจารณาชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายของข้อพิพาทที่มีการฟ้องต่อศาล จึงยังเห็นสมควรที่จะต้องขอให้ศาลชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้น แม้จะอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่สามารถดำเนินการได้ตามขอบเขตแห่งหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ แต่การให้ศาลเข้ามาช่วยเหลือเมื่ออนุญาโตตุลาการร้องขอก็จะช่วยให้เกิดความมั่นใจต่อคู่กรณีรวมทั้งอนุญาโตตุลาการว่าการชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการอาจจะถูกกลับในชั้นศาลในกรณีที่มีการขอให้บังคับคำชี้ขาดซึ่งอาจจะทำให้คำชี้ขาดไม่มีผลหรือไร้ประสิทธิภาพถ้ากรณีข้อกฎหมายเบื้องต้นนั้นเป็นประเด็นสำคัญในข้อพิพาท ดังนั้น บทบัญญัติที่ให้ศาลชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายจึงยังควรระบุไว้ในมาตรา 18 ด้วยเหตุผลดังกล่าว

4. การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จสิ้นแล้ว คำชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดและบังคับได้ทันทีถ้าคู่กรณีฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเต็มใจปฏิบัติตาม แต่ถ้าหากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายหรือแม้กระทั่งตัวอนุญาโตตุลาการเองก็ไม่สามารถบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับปฏิบัติตามได้ ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของทุกประเทศมีบทบัญญัติให้ศาลเข้าช่วยเหลือในการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีที่ประสงค์จะบังคับคำชี้ขาดยื่นคำร้องหรือฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลออกคำบังคับหรือพิพากษาตามคำชี้ขาด³¹ นอกจากนี้ หากคำชี้ขาดมีข้อบกพร่องไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย ศาลก็ยังเข้าช่วยทำให้คำชี้ขาดนั้นใช้บังคับไม่ได้โดยปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด และในบางประเทศยังมีบทบัญญัติของกฎหมายในการให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดที่บกพร่อง³²

ในส่วนที่เกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แต่เดิมศาลไทยยอมบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยถือว่ามีฐานะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยไม่จำกัดว่าคำชี้ขาดนั้นจะมาจากประเทศใด³³ แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 29 ได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ใหม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ³⁴ คือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะได้รับการรับรองและบังคับในราชอาณาจักรไทย ก็เฉพาะคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศาลจะพิพากษาบังคับให้เมื่อคู่กรณีที่ขอบังคับพิสูจน์ได้ว่า คำชี้ขาดมีลักษณะครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 32, 34 แล้วแต่กรณีว่า คู่กรณีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้น ขอบังคับตามอนุสัญญาฉบับนครเจนีวาหรือนิวยอร์ก นอกจากนี้ ศาลยังมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 35 ได้ ถ้าปรากฏว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้ตาม

³¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 52.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

³³ เอนก ศรีสนิท, บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 7.

³⁴ เรื่องเดียวกัน.

กฎหมายไทย หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือหลักด้อยที่ล้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ

การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา คู่กรณีอาจขอให้ศาลออกคำสั่งรับรองคำชี้ขาด (an order confirming the award) ซึ่งจะทำให้คำชี้ขาดนั้นกลายเป็นคำพิพากษาของศาล เว้นแต่คำชี้ขาดมีข้อบกพร่องที่อาจมีการยกเลิกหรือเพิกถอน³⁵

เหตุที่จะยกเลิกคำชี้ขาดซึ่งได้แก่ คำชี้ขาดนั้นทำขึ้นโดยมีการให้สินบน (corruption) ซ้อโกง (fraud) หรือเมื่อปรากฏว่า อนุญาโตตุลาการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานสำคัญ หรือไม่ยอมเลื่อนการพิจารณา (refusing to postpone the hearing) หรือมีการกระทำที่แสดงว่าลำเอียง (partiality) หรือมีการกระทำที่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง รวมทั้งกรณีที่อนุญาโตตุลาการทำเกินขอบอำนาจ ไม่ทำให้คำชี้ขาดแน่นอน (definite award) และถึงที่สุด (final)³⁶

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กฎหมายฉบับเดิมกำหนดให้ศาลออกคำสั่งรับรองตามคำชี้ขาดเมื่อคู่กรณียื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด เว้นแต่จะมีเหตุคัดค้านคำชี้ขาด การออกคำสั่งรับรองของศาล (leave of the court) มีผลทำให้คำชี้ขาดนั้นกลายเป็นคำพิพากษาของศาล³⁷ ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกัน³⁸ ที่ศาลจะออกคำสั่งรับรองคำชี้ขาด เว้นแต่จะมีเหตุคัดค้านคำชี้ขาดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณา อนุญาโตตุลาการประพฤตินิชอบ คำชี้ขาดได้มาโดยไม่ถูกต้อง ซึ่งคู่กรณีที่ไม่พอใจคำชี้ขาดอาจฟ้องขอให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาด (set aside the award) ทั้งหมดหรือบางส่วน (in whole or in part)³⁹

³⁵ Federal Arbitration Act, Sect. 9 ; Uniform Arbitration Act, Sect. 11, 14, 25.

³⁶ Federal Arbitration Act, Sect. 10 ; Uniform Arbitration Act, Sect. 12.

³⁷ The Arbitration Act 1950, Sect. 26.

³⁸ The Arbitration Act 1996, Sect. 66.

³⁹ The Arbitration Act 1996, Sect. 67, 68.

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสวีเดนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการ บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ โดยปกติศาลจะดำเนินการจดทะเบียนคำชี้ขาดเมื่ออนุญาโต ตุลาการเสนอคำชี้ขาดนั้นต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้ศาลจดทะเบียนคำชี้ขาด เว้นแต่คู่กรณีจะละสิทธิ⁴⁰ นอกจากนั้นคู่กรณีอาจขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดได้อันเป็นกรณีที่ศาลรับรองว่า คำชี้ขาดถึง ที่สุดและผูกพันคู่กรณีและมีผลเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล (judgement) ซึ่งศาลจะออก คำบังคับให้เมื่อคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่ปรากฏข้อบกพร่อง เช่น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน คำชี้ขาดไม่ระบุเหตุผลและไม่ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโต ตุลาการซึ่งเป็นการไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น⁴¹

คู่กรณีที่ไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดอาจขอให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาดโดย พ้องคดีต่อศาลสำหรับเหตุที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจ พิจารณา อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเกินกว่าหรือนอกเหนือจากประเด็นข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอให้ ดำเนินการ อนุญาโตตุลาการทำการขัดกับสิทธิของคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการ พิจารณา คำชี้ขาดขัดต่อกฎหมายหรือทำขึ้นตามอำเภอใจหรือทำโดยอาศัยพยานหลักฐานที่ขัดกับข้อเท็จจริงที่ ปรากฏในการพิจารณา คำชี้ขาดทำขึ้นภายหลังสิ้นสุดกำหนดเวลาที่ให้ทำคำชี้ขาด⁴²

นอกจากนั้นคู่กรณียังอาจขอให้ศาลทบทวน (review) คำชี้ขาดได้ โดยอาศัยเหตุ ว่าคำชี้ขาดทำขึ้นเพราะการกระทำซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาด โดยไม่พิจารณาข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานสำคัญและคู่กรณีไม่สามารถเสนอข้อเท็จจริงหรือ พยานหลักฐานนั้นในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ⁴³

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้กำหนดให้การบังคับตามคำชี้ขาด ทำโดยศาลออกคำสั่ง (exequatur) เมื่อคู่กรณีร้องขอและศาลเห็นว่า คำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่ ปรากฏข้อบกพร่องใด ๆ⁴⁴ ส่วนคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดอาจอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลอุทธรณ์ หลังจากได้รับแจ้งเรื่องคำสั่ง เว้นแต่คู่กรณีจะละสิทธิอุทธรณ์ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ถ้า

⁴⁰ Concordat, Art. 35.

⁴¹ Concordat, Art. 44.

⁴² Concordat, Art. 36.

⁴³ Concordat, Art. 41.

⁴⁴ Code of Civil Procedure, Art. 1477.

อนุญาตตุลาการได้รับมอบหมายให้เป็น amiable compositeur คู่กรณีไม่อาจอุทธรณ์คำชี้ขาดได้ เว้นแต่ได้สงวนสิทธิไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาอนุญาตตุลาการ⁴⁵ สำหรับการขอให้ศาลทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ คู่กรณีสามารถอ้างเหตุในเรื่องคำชี้ขาดได้มาโดยการข้อขอลของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปกปิดหลักฐานสำคัญ มีการสืบพยานเท็จหรือใช้เอกสารปลอม⁴⁶

สำหรับเหตุของการขอยกเลิกคำชี้ขาด (set aside) คือ ไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือสัญญาเป็นโมฆะ หรือสิ้นอายุแล้ว มีการตั้งอนุญาตตุลาการโดยไม่ถูกต้อง อนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติตามข้อความในสัญญาอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติตามหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (due process) คำชี้ขาดไม่ได้ทำตามรูปแบบที่กำหนด คำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (order public)⁴⁷

ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้มีบทบัญญัติในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการทั้งภายในและคำชี้ขาดที่ทำในต่างประเทศ โดยให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการบังคับหรือปฏิเสธ ซึ่งศาลจะบังคับให้ถ้าคำชี้ขาดนั้นเป็นไปตามสัญญาไม่ปรากฏข้อบกพร่องใด ๆ และศาลจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดให้ถ้าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีการชี้ขาดข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยทางอนุญาตตุลาการได้ตามกฎหมายไทย ดังที่มาตรา 5 กำหนดให้เห็นว่า การอนุญาตตุลาการในประเทศไทยจะใช้กับ “ข้อพิพาททางแพ่ง” เท่านั้น ดังนั้น หากมีการชี้ขาดข้อพิพาทในทางอาญาซึ่งไม่สามารถระงับได้โดยทางอนุญาตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด ศาลก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดให้ ในส่วนของคำชี้ขาดต่างประเทศ ศาลก็จะไม่บังคับให้ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อหลักก้อยที่ด้อยปฏิบัติระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 ซึ่งบทบาทที่กล่าวมานี้เป็นบทบาทในการตรวจสอบให้คำแนะนำ (supervisory role) ของศาลที่จะทำให้คำชี้ขาดอนุญาตตุลาการบังคับได้ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด เพราะอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับได้ เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการต้องใช้อำนาจรัฐที่มีในองค์การศาล นอกจากนั้นในกรณีที่คำชี้ขาดมีข้อบกพร่อง เช่น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ

⁴⁵ Code of Civil Procedure, Art. 1482.

⁴⁶ Code of Civil Procedure, Art. 1491.

⁴⁷ Code of Civil Procedure, Art. 1484.

ศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดก็สามารถยกเป็นเหตุคัดค้านต่อผู้ในเรื่องนี้เพื่อให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้

เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติในการขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดเช่นบางประเทศ ในเขตต่าง ๆ ที่ขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด เช่น อนุญาตตุลาการประพฤติมิชอบ โดยรับสินบน ความลำเอียงและไม่เป็นกลางของอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการกระทำการเกินขอบอำนาจหรือชี้ขาดเกินกว่าหรือนอกเหนือประเด็นพิพาทที่คู่กรณีเสนอมาให้ดำเนินการ คำชี้ขาดไม่ทำตามรูปแบบที่กำหนด การตั้งอนุญาตตุลาการเป็นไปโดยไม่ถูกต้อง คำชี้ขาดทำขึ้นภายหลังสิ้นสุดกำหนดเวลาให้ทำคำชี้ขาด เป็นต้น ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่มีบทบัญญัติในการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ คู่กรณีฝ่ายที่เห็นว่าคำชี้ขาดมีข้อบกพร่องหรือเหตุที่ไม่สมควรที่จะบังคับได้ จึงไม่สามารถขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดเพื่อไม่ต้องผูกพันตามคำชี้ขาด ต้องรอนกว่าคู่กรณีฝ่ายที่จะบังคับคำชี้ขาดยื่นคำร้องต่อศาลขอบังคับตามคำชี้ขาด แล้วจึงต่อสู้คัดค้านโดยยกเหตุที่จะทำให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 23

สรุปแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลมีบทบาทสำคัญต่อกระบวนการอนุญาตตุลาการและเป็นที่ยอมรับกันว่า บทบาทของศาลในการอนุญาตตุลาการเป็นสิ่งจำเป็นโดยปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งองค์กระหว่างประเทศ ซึ่งบทบาทของศาลจะมีมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับแนวคิดประวัติศาสตร์และความจำเป็นที่รัฐจะต้องยกกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรม ซึ่งประเทศไทยศาลจะเข้ามามีบทบาทในการอนุญาตตุลาการค่อนข้างมาก โดยเริ่มตั้งแต่การเริ่มกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการจนกระทั่งการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับตามคำชี้ขาดจำเป็นที่ศาลต้องเข้ามาตรวจสอบเพื่อให้คำชี้ขาดมีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับเพราะจะต้องบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลต่อไปเมื่อศาลพิพากษาตามคำชี้ขาด ซึ่งในเรื่องนี้อนุญาตตุลาการไม่อาจดำเนินการได้แม้จะมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ระบุให้คำชี้ขาดเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี อย่างไรก็ตาม แม้ว่าระบบอนุญาตตุลาการของประเทศไทยจะเกิดขึ้นเป็นเวลานานพอสมควรแล้ว แต่ประเทศไทยเพิ่งจะมีกฎหมายอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์เมื่อปี พ.ศ. 2530 คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการและนักกฎหมายยังไม่เข้าใจและคุ้นเคยกับการอนุญาตตุลาการ นอกจากนั้น กฎหมายก็ยังมีข้อบกพร่องและช่องว่างบางเรื่อง

ทำให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปโดยไม่ราบรื่น ดังนั้น ในระหว่างที่ยังมิได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากคู่กรณี ถ้าหากคู่กรณีไม่ให้ความร่วมมือและอนุญาโตตุลาการไม่สามารถกระทำการด้วยตนเองได้ ก็ต้องอาศัยความร่วมมือความช่วยเหลือสนับสนุนจากศาลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ การช่วยเหลือและควบคุมตรวจสอบของศาลจะต้องไม่เป็นการแทรกแซงและก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้าของการอนุญาโตตุลาการ และทำให้ระบบการอนุญาโตตุลาการต้องเสียไปทำให้ไม่เป็นที่ยอมรับของคู่กรณีและผู้เกี่ยวข้อง ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาท นอกจากการนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาล

4.2 บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจในการพิจารณาอำนาจของตน (Competence de la Competence)

เนื่องจากศาลได้อำนาจมาจากข้อบัญญัติของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้น ส่วนอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชนโดยพัฒนาขึ้นจากภายในเป็นระหว่างประเทศเนื่องจากการไม่มีการบังคับคำพิพากษาข้ามชาติได้ ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ⁴⁸

อำนาจและขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับองค์ประกอบ 2 ประการ คือ อิสรภาพของคู่กรณี และกฎหมายเกี่ยวกับขอบอำนาจของแต่ละชาติที่ให้อำนาจเรื่องนี้ไว้ โดยที่การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับตัดสินในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งดำเนินไปโดยความตกลงของคู่กรณีที่พิพาทเป็นการล่วงหน้า คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการ ในส่วนกฎหมายของแต่ละชาติที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้มีอิทธิพลต่อประสิทธิภาพของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถ้าข้อตกลงนั้นมีเนื้อหาสาระที่กฎหมายห้ามทำการตกลงโดยการอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่กรณีตกลงไว้ ข้อตกลงนั้นก็ไม่สามารถบังคับได้⁴⁹

⁴⁸ Schlosser, Peter, "The Competence of Arbitrators and of Courts," in Arbitration International (Vol. 8. No. 2. 1992) : 189.

⁴⁹ Lew, D.M. Julian, "Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitation on that jurisdiction," in Contemporary Problems in International Arbitration (London, 1986), p. 73.

อำนาจในการพิจารณาอำนาจของตนเอง (Competence de la Competence) เป็นความคิดว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยประเด็นที่ว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะรับพิจารณาข้อพิพาทนั้น ๆ หรือไม่⁵⁰ เพราะการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บ่อยครั้ง คู่กรณีที่เปลี่ยนใจไม่ประสงค์ใช้การระงับข้อพิพาทอาจยกข้อต่อสู้ว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ซึ่งนักทฤษฎีเห็นว่าตัวอนุญาโตตุลาการเองมีอำนาจที่จะวินิจฉัยเรื่องอำนาจพิจารณาของตนว่ามีอยู่หรือไม่⁵¹

ประเด็นเรื่องอำนาจ (jurisdiction) ปรากฏอยู่เสมอในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้ว่ากฎหมายในประเทศต่าง ๆ มักจะให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินว่าตนมีอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้นหรือไม่ (competence de la competence) หรือที่ในประเทศเยอรมันเรียกว่า Kompetenz. Kompetenz⁵²

การที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจในเรื่องขอบอำนาจกว้างเพียงใดก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่คู่กรณีไม่ได้มอบอำนาจให้แก่ตนได้ และแม้จะมีข้อตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ องค์คณะอนุญาโตตุลาการก็จะใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยตัดสินเกินกว่าที่คู่กรณีมอบอำนาจให้ได้ (award made in excess of jurisdiction ; extra petita) หรือกรณีตัดสินไม่ครบประเด็นตามที่คู่กรณีมอบอำนาจให้ (infra petita)⁵³

ในบางประเทศ อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการที่จะพิจารณาอำนาจของตน เช่น การพิจารณาว่าลายมือชื่อในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ลงไว้โดยผู้ที่ไม่มีอำนาจหรือองค์กรที่ไม่มีอำนาจ ซึ่งการคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการในประเทศที่ไม่ได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่

⁵⁰ ดู พิชัยศักดิ์ นรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 31..

⁵¹ พิชัยศักดิ์ นรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, มิถุนายน 2540), หน้า 53.

⁵² Redfern, A and Hunter, M, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 276.

⁵³ Ibid., p. 275.

จะพิจารณาอำนาจของตนเองนี้ คู่กรณีจะต้องเสนอข้อพิพาทต่อศาลซึ่งในบางประเทศกำหนดให้เสนอต่อศาลก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แต่บางประเทศอาจเสนอได้ ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ⁵⁴

โดยที่ การพิจารณาลึกในเรื่องอำนาจในการพิจารณาอำนาจของตนเอง (Competence de la competence) จะเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับหลักความเป็นอิสระ หรือความเป็นเอกเทศของข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ⁵⁵ (the autonomy or separability of the arbitration clause) ทั้งนี้ เพราะข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในสัญญามุ่งถึงข้อพิพาทในอนาคต แต่เมื่อขณะเกิดข้อพิพาทขึ้นจะมีเหตุการณ์ต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงสัญญาหลักไม่ว่าจะเป็นอำนาจที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามแนวโน้มสมัยใหม่ถือว่าข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการก่อตัวขึ้นเป็นสัญญาต่างหากและเป็นเอกเทศ ดังนั้น โดยทั่วไปการสิ้นผลของสัญญาหลักจึงไม่กระทบต่อข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ⁵⁶

หลัก Separability ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ข้อ 2.1 แล้ว อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปยอมรับว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนอำนาจของตนเองซึ่งเป็นอำนาจมาจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเป็นอำนาจที่จำเป็นต้องมี อนุญาโตตุลาการต้องสามารถพิจารณาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไขและข้อกำหนดของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เพื่อจะสามารถตัดสินข้อเรียกร้องรวมทั้งข้อเรียกร้องปลีกย่อยซึ่งตามมาภายในอำนาจของตน แม้ต่อมาจะถูกตรวจสอบและทบทวนโดยศาลที่มีอำนาจ⁵⁷

⁵⁴ Mustill, M.J. and Boyd, S.C., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England. (London : Butterworths, 1982), pp. 462-467.

⁵⁵ David, Arbitration in International Trade. (Kluwer, 1985), p. 192.

⁵⁶ Redfern and Hunter, Law and Practice on International Commercial Arbitration, p. 275.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 275-276.

หลักทั่วไปในการพิจารณาเกี่ยวกับขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (the Competence of Arbitrators) มีประเด็นที่จะหยิบยกขึ้นพิจารณาได้ดังนี้

1. ข้อจำกัดอำนาจอนุญาโตตุลาการ (limitation on jurisdiction)
2. อำนาจอนุญาโตตุลาการกับนโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อย (arbitrators' jurisdiction and the public policy)
3. การคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการ
 - 3.1 เหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ
 - 3.2 การคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

1. ข้อจำกัดอำนาจอนุญาโตตุลาการ (limitation on jurisdiction)

แม้จะมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ก็อาจมีประเด็นที่เป็นปัญหาในกรณีที่มีการหยิบยกเรื่องความสมบูรณ์หรือประสิทธิผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพราะในบางเรื่องคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะหลีกเลี่ยงการอนุญาโตตุลาการและประสงค์จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาลด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน⁵⁸

ปัญหาที่มีมานานซึ่งมักมีความสับสนเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินขอบอำนาจของตน ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลสำหรับการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการซึ่งยังอาจมีความแตกต่างกัน อาจจะเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของข้อพิพาทหรือความหมายของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นประเด็นว่าใครจะเป็นผู้ตัดสินความสมบูรณ์ของสัญญาหลักเมื่อมีกรณีโต้แย้งว่า สัญญาหลักไม่มีผลบังคับเพราะเกิดจากการฉ้อฉลหรือมีวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการจึงเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับ ซึ่งระบบกฎหมายส่วนใหญ่พิจารณาว่า ปัญหาเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการต้องตัดสินโดยศาลเพราะเป็นเรื่องสำคัญ⁵⁹ ในประเทศอังกฤษเมื่อขณะใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเดิมก็ใช้วิธีนี้โดยให้คู่กรณีที่โต้แย้งนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาล⁶⁰

⁵⁸ Lew, D.M. Julian, Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitation on that jurisdiction, p. 74.

⁵⁹ Ibid., p. 76.

⁶⁰ ดู Arbitration Act 1950 และ Arbitration Act 1979.

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้ให้การสนับสนุนต่อการอนุญาตโตตุลาการมานานแล้ว โดยเกือบทุกระบบกฎหมาย ให้ศาลตั้งอนุญาตโตตุลาการหรือประธานอนุญาตโตตุลาการเมื่อคู่กรณีไม่อาจตั้งได้⁶¹ เช่น คดีที่รัฐบาลตูนิเซีย (Tunisia) แจ้งการสิ้นสุดของสัญญาในการสร้างถนนกับฝรั่งเศส โดยรัฐบาลปฏิเสธการตั้งอนุญาตโตตุลาการอ้างว่า ข้อกำหนดอนุญาตโตตุลาการไม่สมบูรณ์ และหลักทั่วไปองค์กของรัฐบาลไม่มีอำนาจตกลงข้อกำหนดอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งศาลตูนิเซียตั้งอนุญาตโตตุลาการแทนรัฐบาล แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายตูนิเซียบัญญัติไว้ชัดเจนให้อำนาจเช่นนั้น แต่ศาลเห็นว่ารัฐบาลตูนิเซียให้สัตยาบันและเป็นภาคีสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเป็นพื้นฐานเพียงพอที่จะเข้าไปเกี่ยวข้อง แม้ว่าการผูกพันตามสัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ปรากฏในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กจะตรงข้ามกับความตั้งใจของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง⁶²

นอกจากนั้นศาลยังมีอำนาจในการตั้งอนุญาตโตตุลาการเมื่ออนุญาตโตตุลาการตายหรือลาออกระหว่างการดำเนินกระบวนการตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.1.2 รวมทั้งศาลเข้าช่วยเหลือในการสืบพยานเมื่ออนุญาตโตตุลาการไม่มีอำนาจทำเช่นนั้นหรือไม่มีอำนาจบังคับตามคำสั่งของตนตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.1.3

ระบบกฎหมายบางระบบมีข้อบังคับในการห้ามอนุญาตโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปเมื่อมีการคัดค้านอำนาจของอนุญาตโตตุลาการ การพิจารณาอำนาจของอนุญาตโตตุลาการมีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประการ⁶³

(1) อนุญาตโตตุลาการอาจ/ต้องสั่งเกี่ยวกับความสมบูรณ์และความมีอยู่ของสัญญาอนุญาตโตตุลาการและประเด็นที่ครอบคลุมข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องถึงตัวอนุญาตโตตุลาการ

(2) อนุญาตโตตุลาการอาจ/ต้องสั่งในประเด็นเมื่ออนุญาตโตตุลาการได้รับการตั้งขึ้นโดยถูกต้อง (correctly established) ซึ่งประเด็นนี้กลายเป็นประเด็นสำคัญและทวีความสำคัญในการอนุญาตโตตุลาการหลายฝ่าย มีปรากฏกรณีคัดค้านปฏิเสธว่าไม่ได้เกี่ยวข้องกับ การอนุญาตโต

⁶¹ Schlosser, Peter, *The Competence of Arbitrators and of Courts*, p. 192.

⁶² Court of First Instance of Tunis and Court of Appeal Tunis : *Revue de l'arbitrage* 1988, 732, XV Yearbook Commercial Arbitration 1990, 518.

⁶³ Schlosser, Peter, *The Competence of Arbitrators and of Courts*, p. 200.

ตุลาการหลายฝ่ายโดยโต้แย้งว่า ภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ ผู้คัดค้านต้องให้การอนุญาโตตุลาการแยกจากกันในแต่ละผู้เรียกร้องหรือปราศจากผู้คัดค้านอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการอาจให้การสนับสนุนให้สถาบันที่จัดการด้านอนุญาโตตุลาการในการตั้งอนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินความถูกต้องของการตั้งอนุญาโตตุลาการ ในกรณี คู่กรณีหลายฝ่ายโดยการกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการแต่งตั้งและอำนาจของตนเหนือ คู่กรณีหลายฝ่ายนั้น (jurisdiction over multiple parties)⁶⁴

ข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ก่อให้เกิดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินอำนาจตนเอง เช่นที่ระบุไว้ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL มีประโยชน์ทำให้เกิดความชัดเจนว่า คู่กรณีที่ตกลงให้การอนุญาโตตุลาการโดยใช้ข้อบังคับเหล่านั้น อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตามที่ได้รับจากข้อบังคับนั้น อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจซึ่งข้อบังคับให้แก่อนุญาโตตุลาการว่า “เป็นปกติที่สุดในการใช้ออนุสัญญาระหว่างประเทศ (international conventions) และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหลาย สนับสนุนความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (autonomy of the arbitration agreement) และอำนาจของอนุญาโตตุลาการในวินิจฉัยขออำนาจของตน”⁶⁵ และกล่าวต่อไปว่า “เมื่อการอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญาหรือข้อบังคับใด เป็นที่มาของเรื่องระหว่างประเทศ ซึ่งนิยามขออำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งมีโอกาสที่จะขัดแย้งในเรื่องกฎหมาย ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยอนุสัญญาหรือข้อบังคับเหล่านั้น”⁶⁶

นอกจากนี้ เมื่ออนุสัญญาและข้อบังคับที่ถูกอ้างใช้บังคับอาจนิยามขออำนาจของอนุญาโตตุลาการ (the jurisdiction of the arbitrators) ว่าขออำนาจนั้นโดยตัวเองได้มาจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมิใช่จากมูลระหว่างประเทศ และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Goldman, “The Complementary Rules of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective” in 60 Years of ICC Arbitration - A Look at the Future (ICC 1984, pp. 255, 263.

⁶⁶ Ibid., pp. 263-264.

สามารถให้อำนาจที่ยอมรับได้ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและภายใต้กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) *

2. อำนาจของอนุญาโตตุลาการกับนโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อย (arbitrators' jurisdiction and the public policy)

ความหมายของความสงบเรียบร้อยหรือนโยบายสาธารณะ (public policy) ยังไม่อาจมีคำจำกัดความและแนวคิดที่แน่นอน เพราะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ผู้พิพากษาจะตัดสินและสนับสนุนความสงบเรียบร้อยโดยถือว่าหลักและมาตรฐานในเรื่องนี้จะถูกทำลายไม่ได้⁶⁷ เป็นที่ยอมรับว่า ในการใช้บรรทัดฐานความสงบเรียบร้อย ผู้พิพากษาอาจปฏิเสธการยอมรับกฎหมายต่างประเทศ (foreign law) หรือการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ⁶⁸

การตัดสินเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการในเรื่องแบบของข้อพิพาทที่จะระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ (arbitrability) กระบวนพิจารณาที่กำหนดไว้ และอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (arbitrator's power) เมื่อมีการกำหนดไว้เช่นไรก็ต้องทำตามบทบัญญัติเหล่านั้น แต่อนุญาโตตุลาการก็อาจถูกโต้แย้งหรือเพิกถอนคำชี้ขาด ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการหรือสถานที่บังคับตามคำชี้ขาดได้⁶⁹ ดังนั้น

* Lex arbitri ปกติคือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่อาจรวมถึงกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามข้อตกลง ตลอดจนคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการอาจไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นก็ได้ โดยปกติการอนุญาโตตุลาการเมื่อพิจารณาที่ใดก็ถือว่าเกิด ณ ที่นั้น และคำชี้ขาดต้องทำ ณ ประเทศนั้น ๆ ด้วย คูพิชย์ศักดิ์ หรือบางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 87-88.

⁶⁷ Lew, D.M. Julian, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, p. 532.

⁶⁸ Jarvin, Sigvard, "The sources and limits of the arbitrator's powers," in *contemporary problems in International Arbitration* edited by Lew, (London 1986), p. 66.

⁶⁹ Ibid., pp. 66-67.

อนุญาโตตุลาการจึงต้องดำเนินการโดยความมั่นใจว่า คำชี้ขาดจะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ณ สถานที่บังคับคำชี้ขาด *

หน้าที่พิเศษของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งกลายเป็นผู้พิพากษาในทางการค้าระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการและสถาบันจึงมีความรับผิดชอบเป็นพิเศษในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือของคำสั่งต่าง ๆ ในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ จึงต้องป้องกันสิทธิของผู้เข้าร่วมในทางการค้าระหว่างประเทศ ให้คู่กรณีปฏิบัติตามภาระผูกพันของสัญญา ยอมรับประเพณีปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศและข้อบังคับในความสัมพันธ์กับข้อตกลงระหว่างประเทศ สนับสนุนและยอมรับแนวคิดในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและนโยบายที่ขัดแย้งซึ่งนำมาใช้โดยองค์กรระหว่างประเทศ รวมทั้งบังคับหลักศีลธรรมและจริยธรรมในทุกระดับของกิจกรรมทางพาณิชย์⁷⁰

เนื้อหาของสาระที่มีลักษณะของความสงบเรียบร้อยซึ่งจะเป็นเหตุให้ยกขึ้นคัดค้านขออำนาจของอนุญาโตตุลาการมีด้วยกัน 2 เรื่อง คือ กฎหมายป้องกันการผูกขาด (anti - trust law) และสินบน (bribery and corruption)⁷¹

อนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้ข้อบังคับของ ICC ไม่พอใจที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เข้ามาสู่โดยวิถีทางเกี่ยวกับสินบน (corruption and bribery) หลายคดีได้รับการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่า ตนมีอำนาจที่จะเกี่ยวข้องและลงโทษความประพฤติ

* New York Convention, Art. V (2) ระบุว่า ศาลจะปฏิเสธการยอมรับและบังคับคำชี้ขาด ถ้าปรากฏว่า

(a) เนื้อหาสาระไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น

(b) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศนั้น

⁷⁰ Jarvin, Sigvard, The source and limits of the arbitrator's powers, pp. 67-68. และดู Lew, D.M. Julian ใน Contemporary Problems in International Arbitration, 1986.

⁷¹ Lew, D.M. Julian, Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitation on that jurisdiction, p. 78.

เท่านั้น ซึ่งมีการพัฒนาต่อเนื่องจนกระทั่งเรื่องการให้หรือรับสินบนเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ทั้งภายในและระหว่างประเทศ และสามารถให้การอนุญาตโดยตุลาการได้ ซึ่งการคัดค้านว่า ข้อตกลง อนุญาตโดยตุลาการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยไม่เพียงพอที่จะหลุดพ้นจากอำนาจของอนุญาต โดยตุลาการได้⁷²

บทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันระบบตลาดเศรษฐกิจในแต่ละประเทศแตกต่างกัน ไม่ว่าจะ เป็นในประเทศเศรษฐกิจยุโรปและข้อบังคับเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด (anti - trust) ของ สหรัฐอเมริกา ซึ่งอำนาจของอนุญาตโดยตุลาการต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อบังคับเหล่านั้น เมื่อมีการ พิจารณาเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด ในกรณีทัศนคติของอนุญาตโดยตุลาการต่อประชาคม เศรษฐกิจยุโรปเมื่อเกี่ยวข้องกับ การผูกขาด อนุญาตโดยตุลาการต้องดำเนินการโดยมั่นใจว่าคำชี้ขาด จะใช้บังคับได้ ในทางปฏิบัติถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านขออำนาจของอนุญาตโดยตุลาการว่า สัญญาหลักเป็นโมฆะเพราะขัดกับมาตรา 85 (1) ของสนธิสัญญาโรม (Treaty of Rome 1957)⁷³ ซึ่งกำหนดว่า ข้อตกลงหรือคำตัดสินที่กระทบการค้าระหว่างสมาชิกรัฐและมีผลต่อการป้องกัน การ จำกัดการแข่งขันภายในตลาดปกติ ข้อตกลงหรือคำตัดสินเช่นนั้นเป็นโมฆะ และข้อตกลงอนุญาต โดยตุลาการอยู่ในสัญญาหลัก หน้าที่ของอนุญาตโดยตุลาการคือไต่สวนข้อเท็จจริงและประเด็นที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความเห็นก่อน⁷⁴ โดยทั่วไปยอมรับหลัก separability ต้องยอมรับว่าหลักนี้ขยายกว้าง ไปถึงกฎหมายป้องกันการผูกขาดแม้จะมีลักษณะของนโยบายสาธารณะของมาตรา 85 ดังกล่าว⁷⁵

⁷² ดู ICC Case Nos. 2730, 3913, 3916 ใน 111 Clunet 914, 920, 930 (1984).

⁷³ EEC Treaty on the Rules on Competition ใน Schmitthoff M. Clive, Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade 9th ed. (London : Sweet and Maxwell, 1993) pp. 346 – 358.

⁷⁴ ดูคดีใน Lew, D.M. Julian, Applicable Law in International Commercial Arbitration, Oceana, 1978. At paras 340-1.

⁷⁵ Lew, D.M. Julian, Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitation on that jurisdiction, p. 80.

อย่างไรก็ตาม ถ้าสัญญาหลักเป็นโมฆะภายใต้มาตรา 85 (2) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตามหลัก separability ที่จะตัดสินประเด็นที่อยู่ในเนื้อหาหรือนอกสัญญาหลัก เช่น เพื่อแก้ไขสิทธิของคู่กรณี การส่งจ่ายเงิน และการชดเชยค่าเสียหาย หรือสิทธิทางทรัพย์สินในประการอื่น ซึ่งเป็นสาระของข้อพิพาท เหล่านี้เป็นเนื้อหาที่ตกอยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และเป็นที่เชื่อว่าแม้สัญญาหลักจะเป็นโมฆะ (null and void ab initio) คู่กรณีสามารถที่จะบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการภายในขอบเขตที่จำกัดนี้⁷⁶

ประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับการอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและในการค้าระหว่างประเทศ และยอมรับความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่แยกจากสัญญาหลัก⁷⁷

ในคดีที่มีการวินิจฉัยว่า อนุญาโตตุลาการไม่สามารถตัดสินปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด เพราะถือว่าจะเป็นการขัดขวางต่อการจัดการภายในประเทศ คือ คดีศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (US. Supreme Court) ระหว่าง Mitsubishi Motors Corporation และ Soler Chrysler - Plymouth Inc.⁷⁸ ในคดีเป็นสัญญาจัดจำหน่ายสินค้าระหว่างผู้เกี่ยวข้องชาวญี่ปุ่น เพียวตริโก (Puerto Rican) และสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีข้อกำหนดระบุว่า ข้อพิพาท ข้อขัดแย้ง หรือความเห็นแตกต่างซึ่งเกิดขึ้นระหว่าง Mitsubishi และ Soler ให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ผู้ขายปฏิเสธข้อเรียกร้องของ Mitsubishi และคัดค้านว่า สัญญาไม่อาจใช้การอนุญาโตตุลาการได้เพราะก่อให้เกิดการแบ่งตลาดและฝ่าฝืน Sherman Act ซึ่งในที่สุด ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า ธุรกิจระหว่างประเทศเปิดกว้างและนำไปสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเพื่อบังคับเมื่อมีคำคัดค้านว่าธุรกิจนั้นฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา⁷⁹

⁷⁶ Ibid., p. 81.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler - Plymouth Inc., 24 ILM 1064 (1985).

⁷⁹ Lew, D.M. Julian, Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitation on that jurisdiction, p. 82.

3. การคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในอนาคต หรือทำสัญญากันภายหลังจากข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้วก็ตาม มูลเหตุที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างเพื่อคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการซึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ มี 2 ประการ คือ

3.1 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

3.2 การคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

เหตุที่คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทั้งหมดของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ มีประเด็นที่ควรแก่การพิจารณาว่า ใครควรเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์หรือไม่ ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ชัดเจน ส่วนในประเด็นกรณีเหตุคัดค้านคุณสมบัติอนุญาโตตุลาการนั้น เห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 14 (ดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 2.2.3) กำหนดให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินปัญหาดังกล่าว แต่การให้อำนาจศาลตัดสินในคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นการที่ศาลเข้าแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการมากเกินไปหรือไม่ จึงมีข้อนาพิจารณาว่าการพิจารณาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการควรอยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นผู้พิจารณาตัดสินเอง

3.1 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีอำนาจในการตัดสินความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการคัดค้านอำนาจพิจารณาในเรื่องนี้จะอ้างเหตุคัดค้านว่า ข้อเรียกร้อง ข้อเรียกร้องแย้งบางประการไม่อยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และคัดค้านว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่ยื่นเสนอต่อตน

เมื่อมีการใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเพิ่มขึ้นเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศ จึงมีการพัฒนาของข้อบังคับและทางปฏิบัติสำหรับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ กฎหมายของหลายประเทศเปลี่ยนแปลงไปในทางสนับสนุนผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยยอมรับหลัก doctrine of separability ให้ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการแยกเป็นอิสระจากสัญญาหลัก และหลายประเทศได้นำหลักนี้ไปใช้โดยคำวินิจฉัยของศาล⁸⁰ แม้ว่าประเทศอังกฤษจะยังมีได้นำหลัก separability มาใช้อย่างเต็มที่เช่นประเทศอื่น ๆ⁸¹ ซึ่งหลักนี้เป็นประโยชน์อย่างมากต่อการอนุญาโตตุลาการ ป้องกันการประวิงคดีของคู่กรณีที่จะไม่ใช้การอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ (สัญญาหลัก) ทำให้ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ไปด้วย

หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ โดยข้อ 8 ของ ICC Rules Court of Arbitration ระบุว่า

"3. ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกประเด็นเกี่ยวกับความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และถ้าศาลได้สอบแล้วปรากฏมีมูลในความมีอยู่ของข้อตกลงเช่นนั้น ศาลอาจยอมรับและตัดสินใจให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไป กรณีที่มีการตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งในเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง

4. เว้นแต่จะมีการตกลงไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการไม่สิ้นสุดอำนาจพิจารณาเพียงเพราะเหตุที่มีการอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถรักษาไว้ซึ่งความมีผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจพิจารณาต่อไปในสิทธิของคู่กรณีและวินิจฉัยตามข้อเรียกร้องและข้อโต้แย้ง แม้ว่าสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้นั้นจะไม่มีอยู่หรือเป็นโมฆะ"

⁸⁰ ดู Art. 8 Concordat, French Code of Civil Procedure, Art. 1466 คดี Gosset (Cass Civ, May 7, 1963) และคดี Prima Paint v. Flood & Conklin (388 US 395, 1967).

⁸¹ Mutill and Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, pp. 78-82.

เหมือนที่มาตรา 16 ของ UNCIRAL Model Law on International Commercial Arbitration ระบุไว้ว่า

"(1) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยในขอบอำนาจของตนรวมถึงการคัดค้านความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้รับการปฏิบัติเช่นข้อตกลงหนึ่งเป็นอิสระจากส่วนอื่น ๆ ของสัญญา คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการว่า สัญญาเป็นโมฆะไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ"

ประเด็นว่าใครควรมีอำนาจชี้ขาดประเด็นขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการมีแนวคิดในเรื่องนี้ 2 ประการดังนี้

(1) ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบอำนาจของตนเองเพราะอนุญาโตตุลาการได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาติดมากับสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นอำนาจที่จำเป็นในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการให้สมบูรณ์ โดยถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เมื่อคู่สัญญาทำข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการแสดงว่ามอบหมายอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการที่ขาดอำนาจตนได้ มิฉะนั้น อนุญาโตตุลาการก็อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนไม่ได้ ซึ่งอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอาจจะมาน้อย และจำกัดขอบเขตระดับของดุลพินิจที่มีในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และมีปรากฏมากมายที่มีทัศนคติให้อำนาจอย่างกว้างขวางในข้อพิพาทระหว่างประเทศ⁸²

สำหรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องดำเนินการ คือการตรวจสอบข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไขหรือข้อกำหนดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมถึงเอกสารต่าง ๆ เพื่อวิเคราะห์ข้อเรียกร้อง ข้อเรียกร้องแย้ง ที่ได้ยื่นต่อตนนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ แต่เรื่องนี้มีข้อโต้แย้งว่าการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่ขาดอำนาจตนเองจะขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) หรือไม่ ซึ่งหลักนี้ห้ามบุคคลตัดสิน

⁸² Craig, Park and Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration. (New York, 1984.) No. 61.0.1.

คดีที่ตนมีส่วนได้เสีย ซึ่ง Professor Schmitthoff อธิบายว่า หลักของความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้น ห้ามบุคคลทำการตัดสินคดีซึ่งตนอาจจะลำเอียงโดยเหตุเพราะตนมีส่วนได้เสีย⁸³ แต่กรณีของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอำนาจของตนไม่ได้เกี่ยวข้องกับอะไรในคดีอันจะเป็นเหตุให้เกิดความลำเอียง ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจชี้ขาดอำนาจตนเองได้⁸⁴

(2) อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจตนเองนั้นมิใช่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาดังเช่นแนวคิดข้อแรก แต่เป็นอำนาจที่มีอยู่ตามธรรมชาติของบุคคลที่ทำหน้าที่ เช่นอนุญาโตตุลาการและเป็นอำนาจสำคัญในการทำหน้าที่⁸⁵ ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในแวดวงวิชาการด้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปรากฏในทางปฏิบัติภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสถาบันระหว่างประเทศ⁸⁶ และสนับสนุนโดยอนุสัญญาต่าง ๆ เช่น The European Convention 1961 Art. 5.3, the Washington Convention 1965 Art.41, the Rules of ICC Court of Arbitration Art.8.4 , UNCITRAL Arbitration Rules Art.21

การให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาขออำนาจของตนนั้นไม่ใช่ประสงค์ให้การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทผูกพันคู่กรณีและเป็นที่สุด เพราะอาจไม่บรรลุผลเช่นนั้นก็ได้ถ้ามีกรณีที่ เป็นเหตุให้มีการคัดค้านคำชี้ขาดนั้นในศาล แต่เพื่อแก้ไขปัญหาคัดค้านข้อพิพาทโดยมีการวินิจฉัยเบื้องต้น ในประเด็นว่า ข้อพิพาทนี้อยู่ต่ออนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่

⁸³ Schmitthoff, Clive, "International Commercial Arbitration", Cited in Triantylides, Prima Facie Agreement to Arbitrate - Examination by the ICC Court of Arbitration, 42-43 Revue Hellenique de Droit International 255 (1989-1990)

⁸⁴ รัชชัย สุวรรณพานิช, "อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจตนเอง (Competence -Competence)," ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (เล่ม 2) พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พี เจ เพลท โปรดักเชอร์ 2540), หน้า 59.

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 60.

⁸⁶ Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p.276

นอกจากนี้ อำนาจในการพิจารณาประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดไว้ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายรัฐบาลกลางและมลรัฐกำหนดหลักเกณฑ์ในการที่คู่กรณีได้ยื่นข้อขออำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า ถ้าคู่กรณีปฏิเสธการมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁸⁷ การคัดค้านดังกล่าวให้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการเท่านั้น โดยทั่วไปเรื่องนี้ตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าอำนาจในท้ายที่สุดจะถูกตัดสินโดยศาล ซึ่งการไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์จะเป็นฐานสำหรับการเพิกถอนคำชี้ขาด⁸⁸

ประเทศวิตเซอร์แลนด์ อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินข้อขออำนาจของตนเอง⁸⁹ อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินในความสมบูรณ์ในสาระหรือขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ⁹⁰ ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินในเรื่องนี้ในรัฐบาลสมาพันธ์รัฐอาจทำเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้น (preliminary award) ส่วน Concordat กำหนดให้ตัดสินในคำชี้ขาดเบื้องต้นหรือคำชี้ขาดที่เป็นที่ยุติ (preliminary or final award)

ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการตัดสินเรื่องข้อขออำนาจของตนในคำชี้ขาดเบื้องต้น การคัดค้านต้องทำภายใน 30 วัน⁹¹ และคำคัดค้านอาจอยู่บนพื้นฐานต่อไปนี้ คือ อนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการได้รับแต่งตั้งโดยไม่ถูกต้อง อนุญาโตตุลาการยอมรับหรือปฏิเสธข้ออำนาจไม่

⁸⁷ ดู Federal Arbitration Act, Sect 4 ; Uniform Arbitration Act, Sect 2.

⁸⁸ ดู Uniform Arbitration Act, Sect. 12.

⁸⁹ ดู the Swiss Private International Law Act, Art. 186 (1) และ Concordat, Art. 8 (1).

⁹⁰ ดู the Swiss Private International Law Act, Art. 178 (3) และ Concordat, Art. 8 (1).

⁹¹ ดู the Swiss Private International Law Act, Art. 190 (3) และคำตัดสินของศาลสูงสุดสมาพันธ์รัฐใน Semaine Judiciaire 1993 p.2 et seq, esp. p.4 ; Concordat, Art 9, Art 36 (b)

ถูกต้อง⁹² แต่ถ้าคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในเรื่องขอบอำนาจระบุไว้ในคำชี้ขาดอันเป็นที่สุดก็จะเป็นพื้นฐานในการคัดค้านคำชี้ขาดได้⁹³

ประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 1466 ระบุว่า ถ้ามีกรณีคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในประเด็นนี้เป็นที่สุดจนกระทั่งมีคำชี้ขาด และภายหลังได้มีการคัดค้านถึงการไม่มีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นพื้นฐานสำหรับการเพิกถอนคำชี้ขาด⁹⁴

ประเทศอังกฤษ เดิมไม่มีบทบัญญัติระบุเรื่องนี้ไว้ แต่ใน Arbitration Act 1996 มาตรา 30 ได้ระบุไว้ว่า "เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยอำนาจของตนในเรื่องมีความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่ และเรื่องอื่น ๆ ที่มีการเสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่นำมาจาก UNCITRAL Model Law , Art. 16 (1).

สรุปได้ว่า เป็นที่ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดของอำนาจของตนเองเพื่อคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีมอบอำนาจไว้ในสัญญาให้มีสภาพบังคับตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ตกลงกันได้

เนื่องจากการพิจารณาขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการมีข้อจำกัดเพราะขอบอำนาจในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการมาจากการมอบอำนาจของคู่กรณีตามสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพิสูจน์ได้ว่าตนมิใช่คู่สัญญาหรือพิสูจน์ได้ว่า แม้ตนจะเป็นคู่สัญญาตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ อนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้น ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับ

⁹² ดู the Swiss Private International Law Act, Art 190 (3)

⁹³ ดู the Swiss Private International Law Act, Art 190 (3) และ Concordat, Art.9, Art.36 (d)

⁹⁴ Derains, Yves, France-20.

อำนาจในการวินิจฉัยอำนาจตนเองของอนุญาโตตุลาการ คือ คดีระหว่าง SNE V. Joc Oil⁹⁵ โดยบริษัท Joc Oil เป็นบริษัทเบอร์มิวด้า ทำสัญญากับองค์การการค้าต่างประเทศโซเวียต (SNE) เพื่อซื้อน้ำมัน SNE ทำการอนุญาโตตุลาการในโซเวียตตามเงื่อนไขของสัญญาในการจ่ายเงินตามสัญญา สุดท้าย Joc Oil ถูกสั่งให้ส่งจ่ายเงินแก่ SNE แต่ Joc Oil ปฏิเสธการจ่ายเงินโดยอ้างว่า ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์เพราะสัญญาไม่สมบูรณ์ โดยใช้ข้อโต้แย้งว่า ภายใต้กฎหมายโซเวียต สัญญาการขายน้ำมันต่างชาติต้องมีลายมือชื่อผู้มีอำนาจจำนวน 2 คน แต่สัญญาลงชื่อโดยผู้มีอำนาจเพียงคนเดียว อนุญาโตตุลาการยอมรับว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ แต่ศาลถือว่า กรณีนี้ไม่ใช่สัญญาไม่มีอยู่ตามที่ Joc Oil อ้างถึง แม้ว่าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์มาตั้งแต่ต้น แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีอยู่และเปิดให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดในการขอใช้ความเสียหายภายใต้ฐานของสัญญา ความแตกต่างระหว่างความไม่สมบูรณ์ของสัญญาและความไม่มีอยู่ของสัญญา กล่าวคือ ถ้าสัญญาไม่มีอยู่ (เช่น เพราะไม่มีสัญญาซึ่งเคยมีแต่สิ้นสุดลง หรือเพราะบุคคลที่ต้องลงลายมือชื่อกำลังดำเนินการภายใต้ความไม่มีความสามารถตามกฎหมาย เช่น ผู้เยาว์) อย่างไรก็ตาม เมื่อมีสัญญาหลัก ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในสัญญาหลักจึงมีอยู่ อนุญาโตตุลาการจึงสามารถตัดสินเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาหลักและเหตุแห่งการผิดสัญญาได้

ข้อจำกัดขออำนาจของความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ มักจะมีการอ้างถึงเหตุของการไม่มีสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถ้าอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยปราศจากอำนาจเพราะไม่มีสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นย่อมไม่อาจบังคับได้⁹⁶ เช่นเดียวกับกรณีภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่คู่กรณีกำหนดหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น⁹⁷

⁹⁵ Vsesojuznoje Objedinerije Sojuznefteexport (SNE) V. Joc Oil Ltd. ย่อคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ Bermuda ใน 1990 XV Yearbook Commercial Arbitration, p.31.

⁹⁶ Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p.280.

⁹⁷ New York Convention, Art V.1 (a)

นอกจากนี้การอ้างว่าสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับเพราะเป็นสัญญาหรือข้อตกลงที่แยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ ซึ่งแตกต่างจากหลัก separability ที่ยอมรับว่า ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลักไม่กระทบกระเทือนความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในสัญญาหลักนั้น อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังคงมีผลสมบูรณ์หรือไม่ต้องพิจารณาถึงระยะเวลาซึ่งสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้เป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ ถ้าหากสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้เป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์มาตั้งแต่ขณะทำสัญญา ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจมีผลบังคับได้ แต่ถ้าสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้มีผลสมบูรณ์ในขณะที่ทำสัญญาแต่เกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้นในภายหลัง ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งบรรจุอยู่ในสัญญานั้นยังคงมีผลบังคับได้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ แต่โดยที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ที่มีการพิจารณาเรื่องนี้ต่างยอมรับหลักที่ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบอำนาจตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ดังนั้น เห็นว่า ควรจะมีบทบัญญัติกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายแม่แบบมาตรา 16 ดังที่กล่าวไว้ ซึ่งกฎหมายแม่แบบกำหนดไว้ชัดเจนให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยในขอบอำนาจของตนเกี่ยวกับความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

โดยที่ปัจจุบันข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่กว้างและหน้าที่ที่จะตัดสินอำนาจและขอบอำนาจของตน โดยอนุญาโตตุลาการต้องไม่ปฏิเสธขอบอำนาจ ไม่ปฏิเสธการพิจารณาประเด็นนี้ แม้จะมีข้อสรุปว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ จะต้องไม่กระทบอำนาจของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งจะเป็นที่ยอมรับและบังคับตามบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาวินิจฉัยอำนาจของตนเองของอนุญาโตตุลาการอาจต้องตรวจสอบและควบคุมโดยศาลเมื่อมีการร้องขอของคู่กรณีดังเช่นที่ระบุไว้ในกฎหมายแม่แบบมาตรา 16 วรรคสาม และกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่ให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเบื้องต้นหรือระหว่างพิจารณา คู่กรณีที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดดังกล่าวอาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้

พิจารณาประเด็นขอบอำนาจอนุญาตตุลาการที่อนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยไว้ได้ ซึ่งเป็นการตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งโดยศาลเพื่อเพิ่มความมั่นใจในคำวินิจฉัยและคู่กรณีจะไม่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่าย หากศาลตัดสินว่า อนุญาตตุลาการไม่มีขอบอำนาจ เพราะเป็นการตัดสินในทันทีซึ่งยังมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอยู่ หากไม่มีการตรวจสอบโดยศาลเช่นที่กล่าวนี้ แต่อนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดแล้วศาลวินิจฉัยในกรณีมีการคัดค้านคำชี้ขาดว่า คำชี้ขาดไม่ชอบก็จะทำให้คู่กรณีสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายโดยใช่เหตุ

ดังนั้น จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยกำหนดให้อำนาจอนุญาตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบอำนาจของตนในชั้นแรก แล้วบัญญัติให้มีการตรวจสอบอำนาจนี้อีกครั้งโดยศาลในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาเมื่อมีการร้องขอโดยคู่กรณี เพื่อประโยชน์ของคู่กรณีที่จะได้ทราบผลในประเด็นพิพาทในอำนาจของอนุญาตตุลาการก่อนที่อนุญาตตุลาการจะมีคำชี้ขาด ซึ่งจะทำให้คำชี้ขาดมีประสิทธิภาพไม่ถูกโต้แย้งด้วยเหตุนี้ และไม่เปิดโอกาสให้ผู้ที่ประสงค์จะประวิงคดีให้ล่าช้าใช้เหตุนี้ เป็นเครื่องมือ อย่างไรก็ตาม อนุญาตตุลาการเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีว่าเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ ดังนั้น จึงน่าจะดำเนินกระบวนการต่อไปถ้าวินิจฉัยแล้วว่า ตนมีอำนาจวินิจฉัยในขอบอำนาจของตน

3.2 การคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 14 วรรคสาม บัญญัติว่า "เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้นได้แก่เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม" เมื่อนำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาประกอบการใช้เป็นเหตุคัดค้านอนุญาตตุลาการตาม มาตรา 14 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการจึงได้แก่เหตุต่าง ๆ ดังนี้

1. ถ้าอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น
2. ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนั้นได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนั้นได้เพียง 2 ชั้น
3. ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยได้รู้เห็นเหตุการณ์หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น
4. ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
5. ถ้าได้เป็นผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลมาแล้วหรือเป็นอนุญาโตตุลาการ มาแล้ว
6. ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งอนุญาโตตุลาการผู้นั้นเองหรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือตรงลงมาของอนุญาโตตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพาทกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่กรณีนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
7. ถ้าอนุญาโตตุลาการเป็นเจ้านั้นหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
8. เหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม เช่น การทุจริต ขาดความเป็นอิสระ ฯลฯ

มาตรา 14 วรรคสอง กำหนดว่า "แต่คู่กรณีฝ่ายใดจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งหาได้ไม่ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้ง"

การคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการจึงอยู่ในอำนาจของศาลที่จะตัดสินตาม มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

มีข้อนำพิจารณาว่า จะเป็นการสมควรหรือไม่ที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาถึงการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ เพื่อมิให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องล่าช้า เพราะเหตุคู่กรณีฝ่ายที่ประวิงคดี ในที่นี้จะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายของบางประเทศ

กฎหมายแม่แบบ (Model Law) มาตรา 12 (2) กำหนดว่า "อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้าน หากมีข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการหรือถ้าอนุญาโตตุลาการไม่มีคุณสมบัติที่คู่กรณีตกลงกัน คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งหรือร่วมแต่งตั้งได้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีฝ่ายนั้นได้ทราบเหตุแห่งการคัดค้านภายหลังการแต่งตั้ง"

ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อ 10 กำหนดว่า "1. อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้หากปรากฏข้อเท็จจริงอันควรสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระ 2. คู่กรณีจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งได้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีรู้เหตุแห่งการคัดค้านภายหลังการแต่งตั้ง"

โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการจะถูกคัดค้านโดยเหตุที่น่าสงสัยเกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้มีการตรวจสอบโดยศาลในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการหลังจากมีการทำคำชี้ขาดขึ้นแล้ว เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุความไม่เป็นกลาง (partial) ของอนุญาโตตุลาการ ส่วนกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กำหนดเหตุคัดค้านอนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อสงสัยในความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการมาจากแนวความคิดในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการว่า จะต้องวางตนเป็นกลางเพื่อให้การพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยการไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แม้โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้ง (party appointed arbitrator) มักจะรู้จักคุ้นเคยและเห็นใจคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตน แต่อนุญาโตตุลาการนั้นต้องไม่นำพาความรู้สึกเช่นนั้นให้มีผลต่อการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท คือยังคงต้องวางตนเป็นกลาง ในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้นน่าจะหมายถึงการมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นการเงิน หน้าที่การงาน ซึ่งมีผลต่อการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เช่น อนุญาโตตุลาการเป็นลูกจ้างของคู่กรณีหรือมีความ

เกี่ยวข้องกับทางอาชญากรรมโดยตรงกับคู่กรณี แต่ก็ต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่าจะก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือไม่

นอกจากนี้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการก็ควรตระหนักถึงหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งจะทำให้เกิดข้อสงสัยในความเป็นอิสระและเป็นกลางอันจะเป็นเหตุให้ถูกคัดค้าน ซึ่งหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนี้มีอยู่ตลอดระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

กฎหมายแม่แบบ มาตรา 13 (2) บัญญัติว่า "หากมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องมีหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 15 วัน นับแต่ทราบการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น เว้นแต่อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเห็นชอบด้วยกับคำคัดค้านนั้น" และมาตรา 13 (3) ได้บัญญัติต่อไปว่า "ถ้าการคัดค้านตามวิธีการที่คู่กรณีตกลงกันหรือตามวิธีการที่บัญญัติไว้ข้างต้นไม่บรรลุผล คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านอาจร้องขอต่อศาลภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยไม่รับคำคัดค้าน เพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น คำวินิจฉัยของศาลให้เป็นที่ยุติ และในระหว่างการพิจารณาของศาล อนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปและทำคำชี้ขาดได้"

กฎหมายแม่แบบกำหนดให้อนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยคำคัดค้านในคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีไม่พอใจคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการก็สามารถร้องต่อศาลได้อีกซึ่งเป็นการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการทำนองเดียวกับผู้พิพากษาที่พิจารณาตัดสินเหตุคัดค้านผู้พิพากษาโดยอาศัยแนวคิดในเรื่องอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะรับพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ (competence de la competence) รวมทั้งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สวิตเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส และกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ของอังกฤษก็ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนได้

สำหรับที่มาของการยอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นถือว่า

(1) อำนาจอนุญาโตตุลาการได้รับมาจากคู่กรณีที่ทำสัญญาตกลงกันมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายที่บังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะทำในรูปหนังสือสัญญาหรือข้อตกลงอย่างชัดแจ้ง หรือกรณีให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ

(2) อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับมาจากการดำเนินการตามกฎหมาย เนื่องจากอนุญาโตตุลาการมิใช่องค์กรของรัฐ จึงไม่อาจดำเนินการบางอย่างที่เป็นอำนาจของรัฐ เช่น การเรียกพยานที่ขัดขืนไม่มาให้การ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องอาศัยอำนาจศาลในการใช้อำนาจบังคับซึ่งกรณีเช่นนี้คู่กรณีไม่อาจตกลงมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการได้

แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จะกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเรื่องการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ แต่โดยหลักทั่วไปอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทตามที่คู่กรณีมอบอำนาจให้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงสมควรที่จะมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินกระบวนการรวมทั้งอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการด้วย อย่างไรก็ตาม การที่คู่กรณีมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการอาจมีข้อจำกัดของกฎหมาย หรืออาจไม่มีผลตามกฎหมาย หากขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งความสงบเรียบร้อยนี้ยังไม่อาจให้คำนิยามได้ทั้งภายในและระหว่างประเทศเพราะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ มีข้อพึงพิจารณาว่าอำนาจที่อนุญาโตตุลาการได้รับมามีผลหรือไม่ เพียงใด โดยพิจารณาจาก

(ก) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement) หรือข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) ซึ่งกำหนดอำนาจของคู่กรณีที่ให้แก่อนุญาโตตุลาการว่า อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจตามข้อตกลงหรือข้อกำหนดนั้น หรือได้รับตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีกำหนดให้นำมาใช้บังคับ

(ข) กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตตุลาการว่า มีบทบัญญัติหรือข้อจำกัดอำนาจของคู่กรณีที่จะมอบให้แก่อนุญาตตุลาการหรือไม่

(ค) กฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาตตุลาการ ซึ่งหมายถึงกฎหมาย ณ สถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ ว่ามีข้อจำกัดอำนาจของอนุญาตตุลาการหรือไม่

เมื่อพิจารณาข้อจำกัดอำนาจของอนุญาตตุลาการดังกล่าวข้างต้นแล้วไม่ปรากฏข้อจำกัดประการใด ผู้เขียนเห็นว่า อนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการได้ เนื่องจากการให้อำนาจอนุญาตตุลาการพิจารณาวินิจฉัยคำคัดค้านในเรื่องคุณสมบัติของตนเองนั้นจะเป็นประโยชน์มากกว่าการให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัย เพราะจะเป็นการป้องกันการขัดขวางและทำให้เกิดความล่าช้าต่อการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการซึ่งโดยปกติอนุญาตตุลาการได้ดำเนินการโดยความรอบคอบระมัดระวัง ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่ายอยู่แล้ว อนุญาตตุลาการจะได้ดำเนินการพิจารณาได้โดยไม่ต้องกังวลว่าจะมีการคัดค้านตลอดระยะเวลาดำเนินการระบวนพิจารณาจึงเป็นเหตุที่สมควรให้อำนาจนี้แก่อนุญาตตุลาการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม อำนาจที่ให้แก่อนุญาตตุลาการนี้ก็ยังสามารถตรวจสอบได้อีกครั้งจากศาล แม้ในขณะที่ยังมีการดำเนินการระบวนพิจารณาอยู่หรือเมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้วก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้ความมั่นใจว่าอนุญาตตุลาการได้กระทำการโดยถูกต้องหรือโดยชอบ (due process) หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ยังไม่เปิดกว้างให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยปัญหาการคัดค้านคุณสมบัติอนุญาตตุลาการ จึงควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยอาจเทียบเคียงกฎหมายแม่แบบ มาตรา 13 (2) และกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่ให้ทำในรูปแบบของคำชี้ขาดเบื้องต้น (Preliminary award) โดยในระหว่างการพิจารณาของศาล อนุญาตตุลาการรวมถึงอนุญาตตุลาการที่ถูกคัดค้านก็ยังสามารถดำเนินการระบวนพิจารณาต่อไปได้ ซึ่งจะไม่เกิดผลประการใดต่อการประวิงคดีหรือขัดขวางการดำเนินการระบวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการ

4.3 ความรับผิดและความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการ (immunity)

ปัญหาที่ก่อกวนขึ้นเร็ว ๆ นี้ในเรื่องอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction) * โดยปัญหาแรกเป็นเรื่องการตัดสินความสมบูรณ์ของสัญญาหลักในเมื่อมีการกล่าวหาสัญญาเป็นโมฆะ (void ab initio) ปัญหาเรื่องนี้นำไปสู่หลักข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกออกจากสัญญาที่ก่อกวนขึ้นเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาท⁹⁸ (separability or severability doctrine) และปัญหาที่สองคือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยในอำนาจของตนได้หรือไม่⁹⁹ (competence de la competence) นอกจากนี้ปัญหาทั้งสองเรื่องที่กำลังกล่าวมา ปัญหาเรื่องความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการก็ได้รับความสนใจและได้มีการพิจารณาเมื่อเร็ว ๆ นี้เช่นเดียวกัน โดยคณะอนุกรรมการกฎหมายอนุญาโตตุลาการศาลทางพาณิชย์** (Commercial Court Committee Sub-Committee on Arbitration Law) ซึ่งมีประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายที่ยังไม่ชัดเจนในการคุ้มกันอนุญาโตตุลาการจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี¹⁰⁰ และได้มีการเสนอประเด็นนี้ในการประชุมประจำปีของ The European Users' Council of the London Court of International Arbitration เมื่อเดือนกันยายน 1987 ***

* อำนาจพิจารณา (jurisdiction) คือ อำนาจของศาลหรืออนุญาโตตุลาการในการรับพิจารณาและพิพากษาหรือชี้ขาดคดี ปกติก็จะมีการกำหนดเรื่องอำนาจพิจารณานี้ แต่อนุญาโตตุลาการจะต้องมีข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีกำกับอีกชั้นหนึ่ง ดูพิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 83.

⁹⁸ ดู พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 126.

⁹⁹ Schmitthoff, M. Clive, *The Jurisdiction of the arbitrators*, p. 288.

** รายงานเมื่อ 22 ตุลาคม 1985 คณะอนุกรรมการชุดนี้มี Rt. Hon. Lord Justice Mustill เป็นประธาน

¹⁰⁰ McLaughlin, Susan, "Arbitral Immunity," in Default Powers of Arbitrators : An Analysis of the Law and Practice Relating to the Default Powers of Arbitrators (1996) by Rhidian Thomas. p. 55.

*** ได้รวบรวมบทความต่าง ๆ จากการประชุมไว้ใน *The Immunity of Arbitrators* edited by Julian D.M. Lew. Lloyd' of London Press Ltd. 1990.

ศาลและอนุญาโตตุลาการอยู่ในธุรกิจเดียวกันคือ การบริหารงานยุติธรรม (administration of justice) สิ่งที่แตกต่างกันคือ ศาลอยู่ในภาครัฐแต่อนุญาโตตุลาการอยู่ในภาคเอกชน¹⁰¹ ซึ่งอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการหรือกึ่งตุลาการ (judicial or quasi-judicial) โดยเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อย (public policy) ที่อาจจะเหมือนกันหรือแตกต่างกันในแต่ละรัฐ ซึ่งการจะให้ความคุ้มกันจากความรับผิดของอนุญาโตตุลาการสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการขาดความระมัดระวังและทักษะในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งปกติสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณี อนุญาโตตุลาการต้องมีความรับผิดชอบตัวต่อคู่กรณีตามกฎหมายของสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ¹⁰²

ข้อโต้แย้งที่เป็นประเด็นสำคัญในการให้ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการก็โดยเห็นว่า ไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่อนุญาโตตุลาการจะไม่ต้องรับผิดสำหรับการขาดความระมัดระวังอันสมควร (due care) เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพอื่น ๆ ต้องได้รับความเสี่ยงเช่นเดียวกันและบางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ยิ่งต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่า ซึ่งเป็นผลที่ต้องให้ปฏิบัติเช่นนั้น มีข้อที่สนับสนุนในการให้ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการประการหนึ่งก็คือ การหาบุคคลที่มีทักษะในการให้บริการดังเช่น อนุญาโตตุลาการแต่ไม่จำกัดความรับผิดชอบตัวในผลของการปฏิบัติหน้าที่ คู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพ้จากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจจะหาทางนำข้อพิพาทที่ตัดสินแล้วนั้นเข้าสู่การพิจารณาอีกครั้งในข้อกล่าวหาเรื่องการขาดความระมัดระวังอันสมควรของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นปัญหาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่อาจให้ข้อพิพาทระงับไปได้ในที่สุด ทางแก้ปัญหานี้ในทางปฏิบัติทางหนึ่งก็คือ อนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธในการยอมรับการแต่งตั้งเว้นแต่คู่กรณีจะชดใช้ค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งกรณีนี้อนุญาโตตุลาการอาจได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดตามสัญญา แม้ว่าอนุญาโตตุลาการอาจจะไม่สมควรจะได้รับโดยผลตามกฎหมาย¹⁰³

¹⁰¹ ดู Bremer Vulcan Schiffbau und Maschinen Fabrik V. South India Shipping Corp. Ltd. (1981) A.C. 909, at p. 921 D per Donaldson. J.

¹⁰² Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 266.

¹⁰³ Ibid., pp. 266-267.

หน้าที่ตามกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ คือ ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีที่ตั้งตั้งตน และหน้าที่ในวิชาชีพซึ่งโดยปกติต้องมีความระมัดระวังอนุญาโตตุลาการมีการผูกพันต่อคู่กรณีที่ได้ตั้งตั้งตน ธรรมชาติของความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีจะขึ้นอยู่กับลักษณะที่แตกต่างกัน รวมทั้งจำนวนอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น แบบของการอนุญาโตตุลาการ ประเด็นที่พิพาทและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งแทนที่จะฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการทำเช่นนั้นอาจจะเป็นเพราะธรรมเนียมประเพณีและข้อบังคับทางด้านการค้าอุตสาหกรรม หรือเพราะธุรกิจที่มีลักษณะเฉพาะ ทำให้ไม่เลือกนำข้อพิพาทเข้าสู่ศาลแต่เลือกแบบของการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งปรากฏอยู่ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) ในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement) ¹⁰⁴

การอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นตามข้อสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น อนุญาโตตุลาการเป็นฝ่ายหนึ่งในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ บทบาทของอนุญาโตตุลาการให้ผลต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยการรับฟังข้อขัดแย้งของคู่พิพาทที่เกี่ยวข้อง ค้นหาความจริงและตัดสินวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ซึ่งรวมถึงกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติที่จะบังคับใช้ตามน้ำหนักพยานหลักฐานที่ปรากฏและประการสุดท้ายปรากฏเป็นคำชี้ขาดซึ่งผูกพันคู่พิพาทและบังคับได้ ¹⁰⁵

¹⁰⁴ Lew, D.M., Julian, The Immunity of Arbitrators. (Lloyd's of London Press Ltd, 1990), p. 2 - 3

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน.

หน้าที่เฉพาะของอนุญาโตตุลาการและภาระผูกพันของอนุญาโตตุลาการนั้น Mustill & Boyd ¹⁰⁶ กล่าวว่า ภาระผูกพันของอนุญาโตตุลาการอาจสรุปได้ว่า มีหน้าที่ในการระมัดระวังหน้าที่ในการดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่ที่จะกระทำโดยไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (impartial) โดยวางตนเป็นกลาง ไม่มีอคติ (bias) ตามหลัก due process * ภาระผูกพันเหล่านี้ปรากฏทั้งในสัญญาที่แตกต่างกันและที่มีใ้สัญญา ¹⁰⁷

ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในระบบ Civil Law มีบทบัญญัติลงโทษผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติในเรื่องความประมาท เลินเล่อหรือการกระทำโดยเจตนาทุจริตนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม ¹⁰⁸

4.3.1 ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายอังกฤษ

จารีตประเพณีภายใต้กฎหมายอังกฤษ คือ อนุญาโตตุลาการได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับตุลาการและให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี สำหรับการผิดพลาดอันเนื่องมาจากการขาดความสามารถ ไม่ระมัดระวังหรือความประมาทแน่นอน ความสงสัยในเรื่องความคุ้มกันเด็ดขาดได้

¹⁰⁶ Mustill and Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, p. 224 - 232

* การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบหรือศุภนิติกระบวนการ คือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยพิทักษ์สิทธิของคู่ความทั้งสองฝ่าย โดยต้องรับฟังให้โอกาสคู่ความในการนำเสนอข้อเท็จจริงของตนอย่างเสมอกัน แต่ไม่จำเป็นต้องให้เวลาเท่า ๆ กันในการนำเสนอข้อเท็จจริง เพราะความจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาของทั้งสองฝ่ายอาจจะไม่เท่ากัน ข้อสำคัญต้องให้โอกาสเพียงพอแก่คู่ความที่จะสืบคดีข้างตน ดู พิชัยศักดิ์ หรยงกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 46.

¹⁰⁷ Lew, D.M. Julian, *The Immunity of Arbitrators*, p. 2 - 3.

¹⁰⁸ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, "จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ," *บทบัญญัติ*, 51 : 3 (กันยายน 2538) : 170.

ถูกหยิบยกขึ้นจากคำกล่าวของผู้พิพากษาในคดี *Sutcliffe v. Thackrah others*¹⁰⁹ and *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*¹¹⁰

กฎหมายอังกฤษได้ยอมรับหลักเป็นเวลานานแล้วว่า ผู้พิพากษาพ้นจากความผิดพลาดในการกระทำใด ๆ ความประมาท หรือบนมาตรฐานว่า ผู้พิพากษากระทำโดยไม่บริสุทธิ์หรือทุจริตหลักในเรื่องนี้ได้ปรากฏอยู่ในบทอธิบายของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการได้รับการปฏิบัติมานานเช่นเดียวกับผู้พิพากษา ดังนั้น จึงเข้าใจได้ว่าสมควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการจึงได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องร้องสำหรับการกระทำผิด การละเว้นเนื่องจากการขาดความสามารถ ความประมาท หรือการไม่ระมัดระวัง¹¹¹

เหตุผลสำหรับการคุ้มครองอนุญาโตตุลาการนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลในคำตัดสิน 2 เรื่อง คดี *Sutcliffe v. Thachrah and Arenson v. Arenson & Casson Beckman, Rutley & Co.* เหตุผลที่ให้โดย House of Lords มีดังนี้¹¹²

(1) ลักษณะพิเศษของหน้าที่ตุลาการแตกต่างจากลักษณะของกลไกวิชาชีพ ในคดีก่อน ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่เกิดขึ้นและอนุญาโตตุลาการต้องตัดสินตามพยานหลักฐานซึ่งเสนอโดยคู่กรณี ความขัดแย้งในคดี บุคคลในวิชาชีพนั้นยอมรับการสืบสวนด้วยตนเอง อาจกล่าวได้อีกอย่างว่า บุคคลนั้นคืออนุญาโตตุลาการซึ่งไม่ได้กระทำการในทางตุลาการ

(2) หากปราศจากความคุ้มครองเช่นว่านั้น อนุญาโตตุลาการต้องได้รับการรบกวนโดยการกระทำซึ่งเป็นเรื่องเล็กน้อยสำหรับโอกาสที่ทำให้เกิดความสำเร็จ สิ่งนี้ทำให้อนุญาโตตุลาการมีอิทธิพลในการตัดสินในที่สุด

¹⁰⁹ All England Law Reports, 19th March 1974, A II ER. pp. 859 – 887.

¹¹⁰ All England Law Reports, 9th December 1975 3 A II ER. pp. 901 – 927 และดู Immunity of Arbitrators under English Law, in *The Immunity of Arbitrators*, edited by Lew. หน้า 21 (1977) A.C. 405.

¹¹¹ Lew. D.M. Julian, *The Immunity of Arbitrators*, p. 22.

¹¹² *Ibid.*, pp. 22-24.

(3) ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์สาธารณะ (public policy) ไม่ทำให้มีความจำเป็นต่อศาลที่จะตรวจสอบอำนาจที่มากกว่าอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการ เช่น อำนาจในการถอดถอนการดำเนินการผิดพลาด

(4) ข้อเท็จจริงที่ว่า หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งมีหน้าที่พิจารณาอย่างผู้พิพากษา (Judicial) เป็นการเพียงพอที่จะให้ความคุ้มกัน

ในคดีทั้งสองคดีข้างต้น ความเห็นของ Lordship ว่า ไม่มีการพิจารณาที่ถูกนำไปใช้ต่อบุคคลที่เห็นด้วยกับการให้ความพอใจ ในคดีทั้งสองเป็นเหมือนสถาปนิกและผู้สอบบัญชี ในคดีเหล่านั้นผู้ได้รับความพอใจไม่สมควรได้รับความคุ้มกันสำหรับความประมาทในการไปสู่ความพอใจของตน ¹¹³

ข้อคัดค้านและก่อให้เกิดความสงสัยต่อความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการมีที่มาจากคำกล่าวในคดี 2 เรื่องข้างต้น ซึ่งในคดี Arenson v. Arenson นั้น Lord Kilbrandon และ Lord Fraser คัดค้านเหตุผลหลังจากยอมรับความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการจากการถูกฟ้องร้องและกล่าวด้วยว่า ไม่มีการแสดงเหตุผลสำหรับความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการเหมือนบุคคลวิชาชีพอื่น ๆ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังและทักษะ และต้องรับผิดชอบต่อความผิดพลาดที่ทำเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงเฉพาะในคดีนี้ ผู้พิพากษาทั้งสองเห็นด้วยกับฝ่ายเสียงข้างมาก และปรากฏว่าสถานการณ์ในปัจจุบันคือ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เกี่ยวกับความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ (arbitrator's immunity) เรื่องความคุ้มกันถูกกำกับโดย common law มีข้อสงสัยเพียงเล็กน้อยที่ถูกยกขึ้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแน่นอนว่าปัญหานี้จะถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาสำหรับคดีในอนาคตต่อไป ¹¹⁴

ส่วนอนุญาโตตุลาการกับความสัมพันธ์ตามกฎหมายอื่น ๆ นั้น ใน Supply of Goods and Services Act 1982 มาตรา 12 ให้คำนิยามโดยใช้กับสัญญาใด ๆ ซึ่งบุคคลหนึ่งตกลงให้หรือดำเนินการให้บริการสำหรับอีกคนหนึ่ง ในมาตรา 13 และ 14 ของ Act นี้ กล่าวถึงการให้บริการโดยผู้ให้บริการต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังอย่างมีเหตุผลและทักษะโดยไม่จำเป็นต้อง

¹¹³ Lew, D.M. Julian, *The Immunity of Arbitrators*, pp. 22 - 24.

¹¹⁴ *Ibid.*

กล่าวย่ำว่า ผู้ให้บริการจะดำเนินการให้บริการภายในเวลาที่เหมาะสม บทบัญญัติเหล่านี้ยกขึ้นเป็นคำถามต่ออนุญาโตตุลาการ บทที่ใช้โดยปริยายเริ่มในมาตรา 13 และ 14 ใช้กับอนุญาโตตุลาการโดยที่มาตรา 13 การให้บริการโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งอธิบายโดย Supply of Services และเป็นข้อยกเว้นของเงื่อนไขโดยปริยาย (implied terms) ของมาตรานั้น อย่างไรก็ตาม คำสั่งมิได้กล่าวตามเงื่อนไขโดยปริยายที่ตั้งขึ้นโดยมาตรา 14 การให้บริการต้องแสดงออกภายในเวลาที่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการ เพราะว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายคือให้แน่ใจว่าการอนุญาโตตุลาการช่วยให้เร็วขึ้น และไม่ได้อยู่ภายใต้ความล่าช้าที่ไม่สมควร ดังนั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่อาจรับฟังหรือมีคำชี้ขาดหลังจากพยานหลักฐานทั้งหมดได้แสดงต่อตน อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบภายใต้มาตรา 14 นี้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้มาตรา 16 ของเงื่อนไขโดยปริยายอาจไม่รวมถึงข้อตกลงระหว่างคู่กรณีที่ผูกพันคู่กรณีทั้งหมด บทบัญญัตินี้ปรากฏเพื่อจะตัดสินปัญหาที่ต้องพิสูจน์ว่าความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้วและเป็นที่ยอมรับ¹¹⁵

การถกเถียงเรื่องความสงบเรียบร้อยนั้นได้มีการพิจารณาโดยยกขึ้นมากว้าง ๆ ในการตัดสินใจเช่นการให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องคดีซึ่งใช้ความระมัดระวังบางส่วนหรือทั้งหมดของการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ความขัดแย้งสำหรับความคุ้มกันเริ่มจากข้อบังคับที่ไม่มีข้อสงสัยบนพื้นฐานของความสงบเรียบร้อยว่า อนุญาโตตุลาการตัดสินวินิจฉัยข้อพิพาทโดยไม่ต้องรับผิดชอบในการทำหน้าที่ทางตุลาการ (judicial duties) ขึ้นต่อไปว่าผู้ที่จ้างให้ปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ลักษณะทางตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบต่อนายจ้าง อย่างไรก็ตามมีความเห็นอีกอย่างว่า ไม่มีเหตุผลสำหรับความสงบเรียบร้อยและยกเว้นอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดชอบ ไม่มีเหตุผลสนับสนุนหรือเหตุผลสมควรที่จะให้ความคุ้มกันเช่นนั้นตามความเห็นของ Lord Kilbrandon แต่กระนั้นก็ตามความคิดเห็นนี้ยังอาจมีปัญหา เรื่องความสงบเรียบร้อยปราศจากความคุ้มกัน เช่น ต้องอยู่ภายใต้ความกดดันโดยการกระทำ อาจจะคิดได้ด้วยเหมือนกันว่า อนุญาโตตุลาการอาจมีอิทธิพลครอบงำโดยคิดว่า อาจถูกฟ้องถ้าคำตัดสินของตนไปในทางหนึ่งมากกว่าถ้าจะไปอีกทางหนึ่ง ความคุ้มกันที่ให้อนุญาโตตุลาการมากกว่าตำแหน่งอิสระที่จะไปสู่การตัดสินใจที่อนุญาโตตุลาการคิดว่าถูกต้อง นอกจากนี้ ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการจะถือว่า จำเป็นที่สุดที่จะดำเนินการบริหารงานยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ ยิ่งกว่านั้น ไม่มีใครจะมาเป็นอนุญาโตตุลาการ ถ้าต้องรับผิดชอบเพราะอาจถูกฟ้อง อย่างไรก็ตามข้อพิจารณาเรื่องนี้บังคับได้น้อยมาก

¹¹⁵ Ibid., pp. 25-26.

เพราะว่าอนุญาโตตุลาการสามารถทำให้เกิดความชัดเจนว่า จะทำหน้าที่บนเงื่อนไขที่ว่า จะยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการและมีข้อยกเว้นในเรื่องความรับผิด¹¹⁶

นอกจากนี้ การให้ความคุ้มกันไม่ได้หมายความว่า คู่กรณีได้รับความเสียหายที่ไม่มีทางเยียวยา คู่กรณีสามารถนำความผิดพลาดของอนุญาโตตุลาการบางเรื่องไปใช้ โดยคัดค้านหรือเพิกถอนคำชี้ขาดสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดชอบ (misconduct) ดังนั้น หลายประเทศที่สนับสนุนอนุญาโตตุลาการทางการค้าเพราะว่า ผู้ทำการค้าต้องการเช่นนั้น ความเป็นไปได้ของอนุญาโตตุลาการที่นำผิดพลาดสำหรับการที่ไม่มีทางขอใช้ทางกฎหมายคือ ค่าตอบแทนอนุญาโตตุลาการ (arbitrators price) ซึ่งผู้ประกอบการก็จ่ายเป็นผลตอบแทนสำหรับอนุญาโตตุลาการที่ค่อนข้างยืดหยุ่นและมีวิธีการปฏิบัติในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับข้อพิพาทได้มากกว่า¹¹⁷

4.3.2 ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์

ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีแนวคิดที่ว่าหน้าที่ของผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเหมือนกัน แต่ยังมีหลักแตกต่างกันในการพิจารณาเรื่องความคุ้มกัน ซึ่งมักจะเรียกว่า ความรับผิดชอบ (responsibility) ของผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ¹¹⁸

โดยที่สภาพของประเทศที่มีลักษณะเป็นลมาพันรัฐ จึงมีลักษณะแตกต่างระหว่างกฎหมายสาระบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในทางปฏิบัติกฎหมายสาระบัญญัติใช้ร่วมกัน เช่น Swiss Civil Code, Swiss Code of Obligation, Swiss Penal Code แต่สำหรับกฎหมายวิธีสบัญญัติแตกต่างกันไปในแต่ละ Canton รวมทั้งข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและระบบศาล ดังนั้นกระบวนการของอนุญาโตตุลาการจึงมีการบัญญัติไว้แตกต่างกันในแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องของวิธีพิจารณาที่อยู่ในขอบอำนาจของแต่ละ Canton¹¹⁹

¹¹⁶ Ibid., pp. 26-27.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Lalive, Jean-Flavien, "Immunity of Arbitrators under Swiss Law," in The Immunity of Arbitrators edited by Lew, 1990, p. 117.

¹¹⁹ Ibid.

การเปรียบเทียบความคุ้มกันหรือความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายใหม่ (The Law on International Arbitration 1987) กับ The Concordat 1969 เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหน้าที่และกิจกรรมของผู้พิพากษาคืออำนาจตัดสินคดีจากอำนาจที่มีอยู่เหนือคู่กรณี เป็นไปตามเขตอำนาจของรัฐ คู่กรณีผูกพันให้ยอมรับผู้พิพากษาสำหรับคดีนั้น ๆ ทำนองเดียวกับผู้พิพากษาที่ต้องทำหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้สำเร็จโดยไม่สามารถเลือกคดีและเลือกคู่พิพาทได้ ส่วนอนุญาโตตุลาการ สิทธิและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการอยู่บนฐานของข้อตกลง (agreement) ของคู่กรณี โดยคู่กรณีเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการและเสนอหน้าที่ให้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอิสระที่จะรับหรือไม่รับก็ได้ โดยสาระสำคัญของข้อแตกต่างในความสัมพันธ์ทางกฎหมาย คือ กรณีผู้พิพากษาเป็นเรื่องกฎหมายสาธารณะ (public law) และกรณีอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน (private law) คือ กฎหมายเกี่ยวกับสัญญา (the law of contracts)¹²⁰

โดยที่หน้าที่ของผู้พิพากษามีลักษณะพิเศษที่ได้รับการยืนยันหลักความอิสระของผู้ปฏิบัติงานด้านนี้ โดยมีอิสระในการกระทำภายในขอบอำนาจของกฎหมาย สามารถวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและแปลกฎหมายตามที่เห็นว่าเหมาะสมภายใต้การควบคุมของการอุทธรณ์ของอำนาจซึ่งผู้พิพากษาได้รับความคุ้มกันที่ประกันโดยรัฐ ในบางกรณีผู้พิพากษาอาจทำผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ก็ไม่อาจบังคับให้รับคำร้องที่จะทำให้ขัดขวางต่อการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาได้ ดังเช่นกรณีศาลสูงสุดสวิสตัดสินให้ State of Geneva จ่ายค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีและผู้พิพากษาละทิ้งหน้าที่ซึ่งผู้พิพากษาในเหตุการณ์เหมือนกันจะไม่ทำเช่นนี้ ทำนองเดียวกับการกระทำผิดกฎหมายอย่างหนึ่งโดยฝ่าฝืนหน้าที่เฉพาะ ใช้สิทธิในทางที่ผิด หรือกระทำการโดยไม่มีหลัก¹²¹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของผู้พิพากษารัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบ โดยไม่มีการเรียกร้องโดยตรงต่อผู้พิพากษาแต่อย่างใดก็ดี ความคุ้มกันผู้พิพากษาไม่เป็นการเด็ดขาด ผู้พิพากษายังอยู่ภายใต้มาตรา 41 ของ Swiss Code of Obligations ที่กำหนดให้บุคคลที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นในลักษณะผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาท ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายสำหรับการละเมิด¹²²

¹²⁰ Ibid., p. 120

¹²¹ Speziali V. State of Geneva, 1953, Reports of the Federal Tribunal, ATF 79 II p. 424, pp. 438-439

¹²² Lalive, Jean-Flavien, Immunity of Arbitrators under Swiss Law, p. 121.

ส่วนอนุญาโตตุลาการแม้จะอยู่ในหลักคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้พิพากษาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นอิสระ แต่ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการอยู่ในฐานะของสัญญาตามมาตรา 97 ของ Swiss Code of Obligations ซึ่งอาจต้องรับผิดทั้งสัญญาและละเมิด* ดังเช่นที่มาตรา 14 ของ Concordat ได้ยืนยันธรรมชาติสัญญาในความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีว่า อนุญาโตตุลาการต้องยืนยันรับการยอมรับหน้าที่และต้องได้รับการแต่งตั้งอย่างเหมาะสมเท่านั้นภายใต้ข้อพิพาทที่เสนอมาให้

ในทางปฏิบัติระหว่างหน้าที่ผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการซึ่งพอใจในเสรีภาพที่เหมือนกันในการทำความเห็นและคำตัดสินโดยคำตัดสินอาจกลายเป็น *res judicata* และอาจถูกบังคับเมื่อเป็น *res judicata* แต่ไม่มีความคุ้มครองทั้งหมดให้ผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ ความผิดที่รุนแรง ความประมาทที่กระทำโดยผู้พิพากษา ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องและได้รับชดใช้จากรัฐ ต่างกันเพียงว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีรัฐมารับผิดชอบให้ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่จะเรียกร้องจากผู้มีอำนาจแต่งตั้งซึ่งหมายถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการ ในการไม่ระมัดระวังเลือกผู้ที่ไม่เหมาะสมต่อการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งยังเป็นปัญหาถกเถียงกันอยู่ว่าเหมาะสมหรือไม่¹²³

เมื่อความรับผิดของอนุญาโตตุลาการอยู่บนฐานของสัญญาดังกล่าว ดังนั้น ภาระหน้าที่ที่ตามมา คือ ความขยันหมั่นเพียรและความระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจ รวมทั้งการรักษาความลับ¹²⁴ กรณีที่อนุญาโตตุลาการลาออกในเวลาที่ไม่เหมาะสม ไม่มีเหตุผล ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่ลาออกอาจต้องรับผิดในค่าเสียหายตามมาตรา 404 ของ Code of Obligations

* ยังไม่มีแนวกฎหมายที่เกิดจากคดี (case law) แต่ดูหลักเปรียบเทียบกับสถานะของผู้พิพากษาได้จาก P. Lalive, J-F Poudret, C Reymond, Droit de l' Arbitrage Interne et International en Suisse, 1989, p. 93; Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l' Arbitrage, 1984, pp. 234, 238 et seq ; Ruede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 1980, p. 157 ; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1979, p. 607.

¹²³ Lalive, Jean – Flavien, Immunity of Arbitrators under Swiss Law, p. 123

¹²⁴ Ruede/Hadenfeldt-op.cit.p 152 et seq.

บทบาทและหน้าที่ของผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการมีอยู่ทำงานองเดียวกันภายใต้ Concordat และ New Statute on International Arbitration แต่ Concordat เปิดกว้างในการอุทธรณ์คัดค้านคำชี้ขาด แนวคิดเกี่ยวกับการตัดสินของอนุญาโตตุลาการมีการเปลี่ยนแปลงไปในแนวคิดที่แคบกว่า โดยให้กระบวนการคัดค้านคำชี้ขาดทำได้ "เมื่อคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือนโยบายสาธารณะ"¹²⁵ แต่ที่หลีกเลี่ยงไม่ได้คือคำชี้ขาดที่ไม่ดีและได้รับการพิจารณากลายมาเป็น *res judicata* นำมาใช้บังคับโดยปราศจากการขัดใช้ใด ๆ ยกเว้นการกระทำของอนุญาโตตุลาการในข้อบกพร่องที่ร้ายแรง เช่น การฝ่าฝืนต่อหน้าที่หรือการละทิ้งหน้าที่ทั้งหมด¹²⁶

อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏคดีที่กระทบถึงความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ จึงต้องเปรียบเทียบสถานการณ์กับคดีของผู้พิพากษา ถึงแม้ว่าสถานะของผู้พิพากษาที่เป็นเครื่องมือของรัฐ (*organ of the state*) จะแตกต่างและเข้มแข็งกว่า ซึ่งอนุญาโตตุลาการเป็นเช่นตัวแทนของคู่กรณีคล้ายกับนักกฎหมายที่ให้คำปรึกษาแก่ลูกค้า นอกจากนั้นดูเหมือนว่า ศาลจะพิจารณาโดยระมัดระวังและจำกัดมาก่อนตัดสินให้อนุญาโตตุลาการจ่ายค่าเสียหายสำหรับละเมิดหรือสำหรับการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง ดังนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการรับหน้าที่จึงต้องยอมรับความรับผิดชอบในการบริการ คือต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังอย่างที่สุดและด้วยความขยันหมั่นเพียรเสมอ เพื่อป้องกันความยุ่งยากและปิดกั้นความเสี่ยงทั้งทางกฎหมายและข้อเท็จจริง เพื่อจรรโลงไว้ซึ่งความโดดเด่นในสาขาการค้าระหว่างประเทศ¹²⁷

4.3.3 ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มกันสำหรับการกระทำในทุกลักษณะที่ได้ทำไปในการทำหน้าที่เช่นอนุญาโตตุลาการ ศาลได้ขยายขอบเขตของความคุ้มกันนอกจากตัวอนุญาโตตุลาการแล้วยังรวมถึงสถาบันและองค์กรที่ดำเนินการด้านอนุญาโตตุลาการด้วย ผู้พิพากษาสหรัฐฯ ได้กล่าวในการประชุมของอนุญาโตตุลาการว่า "อนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยไม่ต้องรับโทษ

¹²⁵ Poudret, *ibid.*, p. 430

¹²⁶ Lalive, Jean – Flavien, *Immunity of Arbitrators under Swiss Law*, p. 127

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 127 - 129.

ซึ่งคือความคุ้มกัน ถึงแม้ว่าจะมีผู้สูญเสีย และหากมีการใส่ร้ายอนุญาตตุลาการ ผู้พิพากษาจะปกป้องโดยให้ความคุ้มกัน¹²⁸

ศาลสหรัฐอเมริกาได้สนับสนุนและส่งเสริมการอนุญาตตุลาการตลอดมาโดยปรากฏจากคำพิพากษาของศาล แม้จะเป็นเรื่องที่ศาลได้เคยวินิจฉัยว่าเป็นคดีที่ไม่อาจใช้การอนุญาตตุลาการได้ เช่น คดี Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.¹²⁹ ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการผูกขาด (anti-trust claims) ใช้การอนุญาตตุลาการได้ แม้ว่าศาลล่างถือว่าการเรียกร้องในเรื่องนี้เป็นเรื่องสำคัญเกินกว่าจะให้อนุญาตตุลาการซึ่งเป็นเอกชนดำเนินการได้

ความสัมพันธ์ซึ่งต่อการอนุญาตตุลาการของสหรัฐอเมริกาเป็นพื้นฐานของความคุ้มกันอนุญาตตุลาการ โดยเห็นว่า สำหรับการอนุญาตตุลาการเป็นความตั้งใจที่ไม่เพียงแต่จะป้องกันตัวอนุญาตตุลาการเท่านั้น แต่ป้องกันสิ่งที่สำคัญยิ่งกว่า คือ การป้องกันและสนับสนุนกระบวนการอนุญาตตุลาการ ดังนั้น ความคุ้มกันจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อประสิทธิภาพต่อการอนุญาตตุลาการโดยทั่วไป¹³⁰ ซึ่งศาลอุทธรณ์ (Federal Court of Appeals) สรุปว่า "การคุ้มกันการอนุญาตตุลาการเป็นสิ่งจำเป็น ที่จะป้องกันผู้ทำคำตัดสินจากอิทธิพลที่เกินควร และป้องกันกระบวนการทำคำตัดสินจากการแกว่งไกวโดยคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจ และเนื่องจากนโยบายสหรัฐอเมริกาสันับสนุนการอนุญาตตุลาการ และตัวอนุญาตตุลาการ จึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อการส่งเสริมนโยบายนั้น ซึ่งเป็นการเหมาะสมที่ขยายความคุ้มกันไปถึงตัวอนุญาตตุลาการสำหรับการกระทำภายในขอบเขตตามหน้าที่ (scope of duties) และภายในขอบอำนาจ (jurisdiction)¹³¹

¹²⁸ Rubin, A, Arbitrators Immunity from Damage Claims, พิมพ์อีกครั้งใน Arbitration 1986 : Court and Expanding Roles, Proceedings of the thirty-Ninty Annual Meeting of the National Academy of Arbitrators, 1986, p.19.

¹²⁹ 105 S. Ct. 3346 , 3356 (1985).

¹³⁰ Branson, J. David and Wallace , E. Richard , Jr., "Immunity of Arbitrators under United States Law." in The Immunity of Arbitrators edit by Lew. p. 86.

¹³¹ Wasyl .Inc. v. First Boston Corp , 813 F. 2d 1579., 1582 (9 th Cir. 1987) และดู Correy v. New York Stock Exchange , 691 F. 2 d 1205 , 1211 (6 th Cir. 1982)

โดยที่ความคุ้มกันทางตุลาการ (judicial immunity) มีมานานกว่า 100 ปี และ อนุญาตตุลาการคือเจ้าหน้าที่กึ่งตุลาการ (quasi - judicial officer) โดยทำหน้าที่กึ่งตุลาการ ศาล จึงให้ความคุ้มกันเพื่อป้องกันและประกันความเป็นอิสระ ความยุติธรรม รวมทั้งเสรีภาพจากอิทธิพลที่ เกินควร ดังนั้น ในคดีที่ให้ความคุ้มกันต่ออนุญาตตุลาการที่มีต่อเนื่องกันมาโดยเปรียบเทียบกับ ความคุ้มกันที่มีให้ผู้พิพากษา ซึ่งถือว่าผู้พิพากษาได้รับความคุ้มกันเพราะการให้บริการสาธารณะเพื่อ ให้แน่ใจว่าผู้พิพากษาจะสามารถตัดสินคดีด้วยความยุติธรรมและเป็นไปตามกฎหมาย และไม่ต้อง เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบหรือกลัวผลที่ตามมาถึงตนเป็นการส่วนตัว ดังนั้น อนุญาตตุลาการต้องมี ความอิสระที่จะตัดสินตามความยุติธรรมและตามกฎหมาย ถ้าความคุ้มกันจำเป็นต่อผู้พิพากษาเพื่อให้ แน่ใจในความเป็นอิสระ ก็จำเป็นต่ออนุญาตตุลาการเช่นเดียวกัน¹³²

ในเรื่องขอบเขตของความคุ้มกันนั้น ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่าอนุญาตตุลาการต้อง ดำเนินการโดยถูกต้อง ก็จะได้รับ ความคุ้มกัน ดังกรณีคดี *Tamari v. Conrad*¹³³ ซึ่งเป็นกรณีกลุ่ม ผู้ลงทุนไม่พอใจคณะอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคณะกรรมการการค้า (trade board) เพื่อแก้ไข ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักประกันของผู้ลงทุน คณะอนุญาตตุลาการเพิ่งเริ่มดำเนินกระบวนการ ผู้ลงทุนได้แย้งหลายเรื่องรวมทั้งเรื่องอนุญาตตุลาการได้รับคัดเลือกผ่านข้อตกลงอนุญาตตุลาการ และตนต้องถูกบังคับให้ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ ศาลวินิจฉัยว่า ความคุ้มกัน อนุญาตตุลาการต้องขยายถึงกรณีเมื่ออำนาจของอนุญาตตุลาการที่แก้ปัญหาคัดค้าน ถูกคัดค้าน ในทำนองเดียวกันกับกรณีคดีคัดค้าน แม้ว่าตกลงใช้การอนุญาตตุลาการ เช่นในคดี *Raitport v. Provident National Bank*¹³⁴ ซึ่งธนาคารนำคดีฟ้องเจ้าของทรัพย์สินต่อศาล แต่คดีเข้าสู่การดำเนินการ ทางอนุญาตตุลาการตามที่ตกลงกันว่า ถ้าจำนวนทรัพย์สินในข้อพิพาทน้อยกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ ธนาคารรับรองว่าจำนวนที่พิพาทน้อยกว่าที่กล่าวมานั้น คดีนี้ถูกบังคับให้ใช้การอนุญาตตุลาการ (compulsory arbitration) โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของทรัพย์สิน เจ้าของทรัพย์สิน ฟ้องอนุญาตตุลาการว่า กระทำการโดยไม่มีอำนาจ (without jurisdiction) และอนุญาตตุลาการ ร่วมกับธนาคารกระทำการเป็นปฏิปักษ์นี้ต่อตน ศาลให้ความคุ้มกันกึ่งตุลาการโดยเด็ดขาด (absolute "quasi - judicial" immunity) ต่ออนุญาตตุลาการ เช่นเดียวกับคดี *Tamari v. Conrad*

¹³² Branson and Wallace, Immunity of Arbitrators under United States Law, p. 87.

¹³³ 552 F.2d 778 (7th Cir. 1977).

¹³⁴ 451 F. Supp. 552 (E. D. Pa. 1978)

ตามธรรมเนียมปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการคือบุคคลที่ไม่มีผลประโยชน์ในผลของเนื้อหาสาระ ภายใต้การพิจารณาของตน และตามหลักเหตุผลการให้ความคุ้มครองกันต้องขยายถึงอนุญาโตตุลาการที่ แต่งตั้งโดยคู่กรณีด้วย¹³⁵

ในคดี *Lundgren v. Freeman*¹³⁶ ผู้รับเหมาก่อสร้างฟ้องเจ้าของอาคารและสถาปนิกในความเสียหายสำหรับการสิ้นสุดงานของผู้รับเหมานบนอาคาร ภายใต้การจัดการที่ปกติและยุติธรรมในอุตสาหกรรมอาคาร สถาปนิกให้บริการทั้งเป็นตัวแทนเจ้าของอาคารและเช่น "quasi - arbitrators" และทำคำชี้ขาดเบื้องต้นในข้อเรียกร้องที่ผู้รับเหมาโต้แย้งกับเจ้าของอาคาร ผู้รับเหมากล่าวว่า สถาปนิกในคดีนี้จงใจและมีเจตนาทุจริต (Wilfully and maliciously) ทำให้เจ้าของอาคารยุติงานของตน ศาลวินิจฉัยว่า สถาปนิกสมควรได้รับความคุ้มครองกันที่จำกัดเท่านั้น และคำกล่าวหาในการทำผิดโดยจงใจและเจตนาทุจริตเพียงพอที่จะชี้มูลของการกระทำ แม้จะมีความคุ้มครองกัน

โดยที่สถานะ 2 สถานะ ของสถาปนิกที่เป็นทั้งตัวแทนเจ้าของอาคารและ quasi - arbitrator เป็นการผิดหลักการของบุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่ถึงตุลาการ หรือผู้พิพากษาที่กระทำการทางตุลาการ สถาปนิกถูกจ้างและได้รับเงินจากเจ้าของอาคารและได้ดำเนินการในการทำโครงการอยู่เสมอ คุณลักษณะเพียงพอที่จะเป็นแรงผลักดันให้สถาปนิกนั้นดำเนินการไปในทิศทางที่จะไม่ยุติธรรมต่อผู้รับเหมา ซึ่งจะได้รับการปกป้องถ้าทำโดยสุจริต (good faith) เมื่อทำโดยฉ้อฉล (fraudulently) หรือจงใจและเจตนาทุจริตเป็นผลร้ายต่อผู้รับเหมา จึงต้องรับผิดชอบ¹³⁷

คดีนี้ไม่อาจชี้ชัดว่าเป็นการก้าวล่วงในหลักขอบเขตอนุญาโตตุลาการที่จะได้รับการปกป้อง เพราะสถาปนิกทำคำตัดสินเบื้องต้นในข้อเรียกร้อง ไม่ใช่คำชี้ขาดที่ผูกพันและเป็นที่สุดดังเช่นกรณีความคุ้มครองกันที่ให้เพื่อความมั่นใจในคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่เป็นที่สุดและยุติธรรม นอกจากนี้สถาปนิกยังเป็นตัวแทนเจ้าของกิจการตามคำสั่งเช่นอนุญาโตตุลาการที่เข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใด

¹³⁵ Branson and Wallace, Immunity of Arbitrators under United States Law, p. 90

¹³⁶ 307 F. 2d 104 (9th Cir 1962).

¹³⁷ 307 F. 2d at 118.

จึงไม่มีความเป็นอิสระจากคู่กรณี ดังนั้น ความคุ้มกันที่ให้นี้จึงน้อยกว่าอนุญาโตตุลาการปกติ¹³⁸

นอกจากนั้นในคดีอื่น ๆ มีการวินิจฉัยว่า ข้อกล่าวหากรณีคดีไม่ได้ทำให้ไม่ได้รับความคุ้มกัน ซึ่งเป็นการป้องกันอนุญาโตตุลาการจากอคติของข้อเรียกร้อง เช่น ในคดี *Yates v. Yellow Freight System*¹³⁹ ลูกจ้างนำคดีฟ้องสมาชิกของ joint labour committee กล่าวหาว่าสมาชิก Committee ทำคำตัดสินโดยมีอคติและเอนเอียง (biased and prejudiced) ซึ่งสรุปศาลยกฟ้อง เพราะเห็นว่าสมาชิก Committee ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการสมบูรณ์ ดังนั้น จึงได้รับความคุ้มกัน

ส่วนกรณีศาลขยายขอบเขตความคุ้มกันไปถึงสถาบันที่ดำเนินการด้านอนุญาโตตุลาการด้วย เช่น ในคดี *Ruberstein v. Otterbourg*¹⁴⁰ คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ในการอนุญาโตตุลาการประสบความสำเร็จในการคัดค้านคำชี้ขาดเพราะประธานอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์เป็นปรปักษ์ คู่กรณีนั้นจึงฟ้องประธาน ฯ และ AAA (American Arbitration Association) สำหรับค่าเสียหาย โดยฟ้องว่าประธาน ฯ ปฏิเสธโดยไม่สมควรเป็นการตัดสินใจที่ใจทง์และกล่าวหาว่า AAA ปฏิเสธโดยไม่สมควรในการเข้าไปเกี่ยวข้อง แม้จะรู้ว่าขัดกัน ศาลให้ความคุ้มกันทั้งอนุญาโตตุลาการและ AAA โดยถือว่าความคุ้มกันที่ให้แก่อนุญาโตตุลาการเพื่อปกป้องอนุญาโตตุลาการจากการฟ้องเรื่องอคติ และถือว่าความคุ้มกันเช่นเดียวกันนี้ต้องขยายถึง AAA ด้วย เพราะสถาบันอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ทำหน้าที่สำหรับการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการคล้ายกับศาลที่ทำเพื่อผู้พิพากษา สถาบัน ฯ ละอ่อนองค์กรกึ่งตุลาการ (quasi - judicial organization) จึงขยายความคุ้มกันปกคลุมถึงสถาบันด้วย และเป็นการยืนยันอีกครั้งโดยศาลที่สถาบันอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกับความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการในคดี *Corey v. New York Stock Exchange*¹⁴¹

¹³⁸ Branson and Wallace, Immunity of Arbitrators under United States Law, p. 91.

¹³⁹ 501 F. Supp. 101 (S. D. Ohio 1980)

¹⁴⁰ 78 Misc. 2 d 376 , 357. N.Y.S. 2 d 62 (1973).

¹⁴¹ 691 F. 2d 1205.

ความคุ้มกันโดยทั่วไปเป็นเด็ดขาด แต่มีข้อยกเว้นซึ่งจะปรากฏขึ้นบ้างนาน ๆ ครั้ง เช่น ในคดี *Lundgren v. Freeman* เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่เป็นสถาปนิกดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลสนับสนุนความคุ้มกันอย่างกว้างในการเรียกร้องที่แตกต่างกัน เช่น การฟ้องกรณีผิดหน้าที่และฝ่าฝืนกฎหมาย การผิดสัญญาและการดำเนินกระบวนการพิจารณามีชอบโดยจงใจ/ละทิ้งกระบวนการพิจารณา การฟ้องว่าอนุญาโตตุลาการกระทำการไม่เหมาะสมและดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดพลาด ทำให้ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณา¹⁴²

ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการถูกจำกัดในขอบเขตที่ว่า ป้องกันอนุญาโตตุลาการและสถาบันหรือองค์กร จากการเรียกร้องที่ถูกยกขึ้นมาในกิจกรรมกึ่งตุลาการเท่านั้น (quasi-judicial activities) ดังนั้นข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องในทางใดทางหนึ่งในการทำหน้าที่กึ่งตุลาการของอนุญาโตตุลาการ จึงถูกปิดกั้นโดยหลักความคุ้มกัน (immunity doctrine)¹⁴³ ซึ่งรวมถึงข้อเรียกร้องที่ว่าอนุญาโตตุลาการทำเกินขอบเขตอำนาจหรือไม่มีอำนาจที่สมบูรณ์ด้วย¹⁴⁴

อย่างไรก็ตามปรากฏคดีที่มีชื่อเสียง คือ *Baar v. Tigerman*¹⁴⁵ ศาลในแคลิฟอร์เนียถือว่า อนุญาโตตุลาการและ AAA ไม่ได้ได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องคดีที่เกิดจากการอนุญาโตตุลาการ โดยศาลวินิจฉัยว่าไม่ใช่การทำหน้าที่กึ่งตุลาการ เพราะการฟ้องฐานละเว้น (omissions) ซึ่งคดีนี้ Mr. Tigerman เป็นอนุญาโตตุลาการ ทำการพียงพยานหลักฐาน 43 วัน และ 10 วันสำหรับการปิดข้อโต้แย้งภายใต้ข้อบังคับ AAA Mr. Tigerman ต้องวินิจฉัยภายใน 30 วัน หลังจากการเสนอข้อพิพาทสุดท้าย เว้นแต่คู่กรณีตกลงขยายเวลา คู่กรณีตกลงขยายเวลาไปอีก 3 เดือน ตามคำร้องขอของ AAA แต่ 7 เดือนต่อมา Tigerman ก็ยังคงไม่วินิจฉัย คู่กรณีจึงฟ้อง Tigerman และ AAA สำหรับค่าเสียหายในการผิดสัญญาในฐานะที่ภาระผูกพันตามสัญญาไม่ได้วินิจฉัยภายในเวลาที่ระบุไว้

¹⁴² คดี *International Union v. Greyhound Lines*, 701 F 2d at 1182 - 82, 1185 - 88, คดี *Wasyf, Inc. v. - First Boston Corp*, 813 F 2d at 1580, 1582.

¹⁴³ Branson and Wallace, *Immunity of Arbitrators under United States Law*, p. 94.

¹⁴⁴ คดี *Tamari v. Conrad*, 522 F 2d at 780; *Raitport v. Provident National Bank* 451 Supp. at 527.

¹⁴⁵ 140 Cal. App. 3d 979, 189 Cal. R. Rptr. 834, 41 A.L.R. 4th 1004 (1983)

ศาลกำหนดขอบเขตของการตัดสินในคดีนี้กับคดีก่อนหน้านี เพราะคดีก่อนหน้านีเป็นการกล่าวหาในเรื่องการกระทำมิชอบ แต่คดีนี้เป็นเรื่องความล้มเหลวในการทำคำตัดสิน ศาลวินิจฉัยว่าความล้มเหลวในการทำคำตัดสินนี้อนุญาโตตุลาการและ AAA ไม่ได้กระทำการเช่นผู้พิพากษา ซึ่งลักษณะพิเศษของศาล มีความโปร่งใส ดังนั้น จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง และศาลเห็นว่า "ขณะที่เราต้องปกป้องอนุญาโตตุลาการสำหรับการกระทำสถานะกึ่งตุลาการ เราก็ต้องรักษาและสนับสนุนภาระผูกพันตามสัญญาของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องด้วยเหมือนกัน" ดังนั้น ศาลสรุปว่า อนุญาโตตุลาการและ AAA ไม่ได้รับความคุ้มครองจากการผิดหน้าที่ตามสัญญา และไม่สามารถทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่ตกลงกันได้

คดีนี้ได้มีการวิจารณ์อย่างกว้างขวางว่า ระบบกฎหมายของแคลิฟอร์เนียเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ แต่คดีนี้ทำลายช่องว่างเล็กน้อยในหลักความคุ้มครอง อย่างไรก็ตามมีการแก้ไขโดยเติมหลักความคุ้มครองไปในระบบกฎหมายอย่างรวดเร็ว¹⁴⁶

ผู้วิจารณ์คดีนี้เห็นว่า เป็นการผิดหลักการที่ปกป้องอนุญาโตตุลาการจากข้อเรียกร้องที่มีเจตนาทุจริตและจงใจทำโดยไม่ถูกต้อง ยังให้มีการถูกฟ้องสำหรับการชักชวนหรือไม่ทำอะไร ด้านหลักการถูกฟ้องคดี เป็นการสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการทำคำตัดสินบนพื้นฐานอื่นมากกว่าการมอบหมายโดยเนื้อหาของข้อพิพาท การกล่าวลักษณะนี้อาจสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการทำคำตัดสินให้รวดเร็วมากกว่าความถูกต้อง¹⁴⁷

¹⁴⁶ Branson and Wallace, Immunity of Arbitrators under United States Law, p. 94

¹⁴⁷ Alleyne , R. The Chronicle ,3 (May 1983) อ้างใน Rubin , A. Arbitrators ' Immunity from Damage Claims. p. 25.

ต่อมาระบบกฎหมายได้รับรองความคุ้มกันโดยเด็ดขาดของอนุญาโตตุลาการ * ทำนองเดียวกับที่ AAA ได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับว่า "AAA หรืออนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบต่อกรณีสำหรับการกระทำใด ๆ หรือการละเว้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้ข้อบังคับเหล่านี้"¹⁴⁸

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอนุญาโตตุลาการให้การคุ้มกันอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปในลักษณะความคุ้มกันโดยเด็ดขาด (absolute immunity) ศาลส่วนใหญ่ซึ่งถืออำนาจต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการยังคงไม่เต็มใจยกเลิกความคุ้มกันโดยเด็ดขาดของอนุญาโตตุลาการ ความคุ้มกันนี้จะปรากฏหนักแน่นในเรื่องเกี่ยวกับการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เพราะนโยบายของประเทศที่เน้นการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ¹⁴⁹

ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการในสหรัฐอเมริกาเป็นความคุ้มกันที่สมบูรณ์เมื่อเปรียบเทียบกับความคุ้มกันอย่างมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัด เช่นใน ออสเตรเลีย อังกฤษ เยอรมัน และนอร์เวย์ และการไม่มีความคุ้มกันให้แก่อนุญาโตตุลาการ เช่น ในฝรั่งเศส สเปน และสวีเดน¹⁵⁰

4.3.4 ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส การจะกล่าวถึงความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการคงต้องเปรียบเทียบกับความคุ้มกันที่มีต่อผู้พิพากษา แม้จะมีการกล่าวกันอยู่เสมอว่า ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ในหลักพื้นฐานและความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป อย่างไรก็ตาม ไม่แน่นอนเสมอไปว่าผู้พิพากษาอิสระจะจากความรับผิดชอบทั้งหมด แม้ว่าอนุญาโตตุลาการดำเนินการตามข้อกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (terms of reference) ในลักษณะเดียวกับ

* กฎหมายแคลิฟอร์เนีย กำหนดว่า "อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มกันของเจ้าหน้าที่ทางตุลาการจากความรับผิดทางแพ่งเมื่อทำการในสถานะอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายหรือสัญญาใด ๆ.." Cal code Civ. P. S-s 1280. 1.

¹⁴⁸ AAA Commercial Arbitration Rules , 47 (d) (1986)

¹⁴⁹ Branson and Wallace, Immunity of Arbitrators under United States Law, p. 96.

¹⁵⁰ Lew , D.M. Julian, The Immunity of Arbitrators, p. 4.

ผู้พิพากษาในรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา นอกจากนั้น ต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดถูกวางไว้ในตำแหน่งเดียวกับคำพิพากษาหรือไม่¹⁵¹

ความรับผิดและความคุ้มกันของผู้พิพากษาในฝรั่งเศสมีมานานแล้ว การดำเนินการทางตุลาการของผู้พิพากษาไม่ถูกให้ยกขึ้นต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว ยกเว้นในบางเรื่องที่เกี่ยวข้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดวิธีพิจารณาที่เข้มงวดมากภายใต้บทบัญญัติมาตรา 505 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁵² เช่น ในกรณีผู้พิพากษามีความผิด *dol fraud.concussion* ซึ่งกล่าวได้ว่าหนักกว่าการกระทำมิชอบหรือในกรณีที่กฎหมายระบุไว้พิเศษว่า ผู้พิพากษาต้องรับผิดชำระค่าเสียหายหรือในกรณีปฏิเสธความยุติธรรม (*deni de Justice*)¹⁵³

หลักพื้นฐานผู้พิพากษาทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะ (*public service*) ของระบบการศาล ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว ในกรณีทั้งหมดรัฐประกันค่าเสียหายที่เหมาะสมให้แก่ผู้เสียหาย แต่ในบางกรณีที่มีข้อจำกัดมากที่ผู้พิพากษาต้องรับผิดในความผิดเป็นการส่วนตัว¹⁵⁴

โดยที่ยอมรับกันว่า อนุญาตต่อตุลาการไม่ใช่ผู้พิพากษาโดยอนุญาตต่อตุลาการไม่ได้ทำคำชี้ขาดในนามของรัฐ หรือในนามของประชาชนฝรั่งเศสเช่นเดียวกับที่ผู้พิพากษาทำ แต่เนื่องจากข้อกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (*terms of reference*) ของอนุญาตต่อตุลาการมีลักษณะของอำนาจในการตัดสินใจ ดังนั้นคำชี้ขาดจึงเหมือนคำตัดสิน¹⁵⁵ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 1476 บทบัญญัติว่า "คำชี้ขาดของอนุญาตต่อตุลาการต้องได้มาซึ่งอำนาจของ *res judicata* ตามข้อพิพาทที่ระงับไป" ซึ่งบทบัญญัตินี้ไม่ได้ใช้เฉพาะคำชี้ขาดอนุญาตต่อตุลาการภายในประเทศเท่านั้น แต่รวมถึงคำชี้ขาดที่ทำจากต่างประเทศหรือในการอนุญาตต่อตุลาการระหว่างประเทศด้วยตามบทบัญญัติมาตรา 1500

¹⁵¹ Devolve, Jean – Louis, "Immunity of Arbitrators under French Law," In *The Immunity of Arbitrators* edited by Lew, 1990, p. 29.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, p. 30.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 30 - 32

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 33.

เมื่อไม่มีบทบัญญัติเรื่องความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงมีความรับผิดชอบสำหรับกรกระทำของตน แต่อย่างไรก็ดีต้องพิจารณาเงื่อนไขที่จะต้องดำเนินการก่อนการโต้แย้ง หรือ คัดค้านตัวอนุญาโตตุลาการ เช่น ถ้ามีทางเยียวยาต้องดำเนินการก่อนโดยคู่กรณีต้องยื่นอุทธรณ์ คัดค้านคำชี้ขาดเพื่อขอเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาจึงทำให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณี ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตน หรือเมื่ออนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความสุจริตตามสมควรหรือเมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับมอบหมายปฏิเสธความยุติธรรม รวมทั้งเมื่ออนุญาโตตุลาการไม่สามารถทำคำชี้ขาดภายในเวลาตามสัญญาหรือตามกฎหมายเป็นเหตุให้คู่สัญญามีความเสี่ยงที่คำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอน นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีอนุญาโตตุลาการมีอคติ (bias) ในการดำเนินการระบวนพิจารณา ประมาทเลินเล่อ เช่น ทำให้เสียหายซึ่งพยานเอกสาร หรือ ฝ่าฝืนโดยจงใจเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ¹⁵⁶

ในคดี *Darmont*¹⁵⁷ ยอมรับว่าในคดีนั้น เนื่องจากหน้าที่ในการตัดสินคดี อนุญาโตตุลาการต้องเป็นอิสระต่อความรับผิดชอบทั้งปวง ข้อผิดพลาดที่ถูกต้องแล้วจะไม่ถูกยกขึ้นจากคำตัดสินที่เป็นที่ยุติและผูกพัน เนื่องจาก *case law* ที่ไม่แน่นอนทำให้เป็นการยากที่จะคาดคะเนถึงทางออกที่ศาลจะนำมาใช้ต่ออนุญาโตตุลาการ แต่เห็นว่าการรับผิดชอบต้องมีขอบเขตจำกัด¹⁵⁸ ดังที่ *Professor Rene' David* กล่าวไว้ว่า "แน่นอนที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจถูกแสดงความไม่พอใจโดยง่ายสำหรับการทำคำตัดสินที่ผิด เพราะจะเป็นการเปิดหนทางฟ้องคดีและทำให้สูญเสียลักษณะสุดท้ายซึ่งต้องการรักษาไว้ซึ่งคำชี้ขาด"¹⁵⁹

ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการไม่มีเหตุผลที่เหมาะสมในการเปรียบเทียบกับผู้พิพากษา ทางออกที่แท้จริงจะปรากฏในหลักทั่วไปของความรับผิดชอบตามสัญญาที่ลูกหนี้ภายใต้ภาระผูกพันของสัญญาต้องรับผิดชอบในข้อเท็จจริงที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่คำนึงถึงระดับของการไม่ปฏิบัติ ซึ่งการส่งมอบคำชี้ขาดภายในเวลาที่กำหนดอยู่ในระดับขั้นแรก การไม่ดำเนินการ

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 33 -34.

¹⁵⁷ C.E. 29. 12 1978 *Darmont*, D.S. 1979. 278.

¹⁵⁸ *Devolve*, Jean – Louis, *Immunity of Arbitrators under French Law*, p. 35.

¹⁵⁹ *Rene' David*, *L'arbitrage dans le commerce international*, No. 298, p. 381.

เช่นนั้นทำให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพ้นกำหนดเวลาที่นำไปสู่การเพิกถอนหรือคัดค้านคำชี้ขาด¹⁶⁰ ทั้งนี้ กฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติความรับผิดของอนุญาตตุลาการในเรื่องหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความ¹⁶¹

ความคุ้มกันของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศใน Rules of Ethics for International Arbitrators of International Bar Association (IBA Rules of Ethics) ซึ่งกล่าวไว้เป็นหลักว่าอนุญาตตุลาการควรได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องภายใต้กฎหมายของรัฐ เว้นแต่การกระทำโดยจงใจ (wilful) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยไม่คำนึงถึงหน้าที่ตามกฎหมาย¹⁶² ซึ่ง IBA Rules ข้อ 4 (Duty of Disclosure) กำหนดหน้าที่ให้อนุญาตตุลาการต้องเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงหรือสถานะซึ่งอาจก่อให้เกิดความสงสัยตามสมควรเกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระ¹⁶³

โดยที่ความซื่อสัตย์สุจริตเป็นเรื่องสำคัญอันเป็นมูลฐานขั้นต้นสำหรับนักกฎหมายในทุกประเทศ ความซื่อสัตย์สุจริตหมายถึง การไม่แสวงหาประโยชน์ใด ๆ จากหน้าที่หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ ต้องไม่รับประโยชน์ใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ชอบธรรม โดยอาศัยหน้าที่เป็นเครื่องแสวงหาสิ่งนั้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะประกอบอาชีพกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ¹⁶⁴

¹⁶⁰ Devolve, Jean – Louis, , Immunity of Arbitrators under French Law, p. 35.

¹⁶¹ Ibid., p. 37

¹⁶² วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, จริยธรรมของอนุญาตตุลาการ, หน้า 146 - 147. และดู Rules of Ethics for International Arbitrators ในรวมบทความ ฯ หน้า 458 – 463.

¹⁶³ Rules of Ethics for International Arbitration of International Bar Association ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ (เล่ม 1) พิมพ์ครั้งที่ 2, (สำนักพิมพ์ บี เจ เพลท โปรดิวเซอร์ 2540) หน้า 460.

¹⁶⁴ บัญญัติ สุชีวะ, "พื้นฐานจริยธรรมของนักกฎหมาย", (รายงานการสัมมนาจริยธรรมนักกฎหมาย วันที่ 19-20 ธันวาคม 2528 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) หน้า 43-44.

นักกฎหมายที่ประกอบวิชาชีพในทางกฎหมายจะต้องมีอุดมการณ์เพื่อความยุติธรรมของสังคมและบ้านเมือง ซึ่งเป็นอุดมการณ์ที่แตกต่างจากวิชาชีพอื่น และในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่บ้านเมืองเป็นเรื่องที่รัฐจักต้องทำ ดังนั้น รัฐจึงต้องควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและถือเป็นหน้าที่ของรัฐ¹⁶⁵

แม้ว่าการประกอบวิชาชีพจำเป็นต้องอาศัยความยุติธรรมที่ดีของตนเองและครอบครัว ผู้ประกอบวิชาชีพก็ต้องไม่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวเป็นใหญ่ยิ่งกว่าประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ไม่ใช่เป็นเครื่องมือหาเลี้ยงชีพโดยเบียดเบียนประชาชนที่จำเป็นต้องอาศัยบริการของผู้มีวิชาชีพนั้น ๆ ซึ่งวิชาชีพทางกฎหมายมีลักษณะพิเศษเพราะเป็นงานของผู้ดำเนินการให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชน¹⁶⁶

ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในประเทศอาร์เจนตินา ได้มีการเปรียบเทียบระหว่างผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยตัดสินคดีเช่นเดียวกันในขอบเขตของกฎหมายอาญาว่า ความหมายสำหรับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการคือ ความเสียหายจากความประมาท (negligent) หรือดำเนินกระบวนพิจารณาผิดโดยจงใจ (wilful misconduct)¹⁶⁷

บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาล้มเหลวก็โดยการบังคับให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ให้สำเร็จ ถ้าไม่ทำก็จะต้องรับผิดชอบค่าเสียหายซึ่งคล้ายกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ผูกมัดอนุญาโตตุลาการ เมื่ออนุญาโตตุลาการผิดข้อตกลงซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบสำหรับความ

¹⁶⁵ จิตติ ติงศภัทย์, จริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย : ปัญญาและทางแก้แค้นละวิชาชีพ (รายงานการสัมมนาจริยธรรมนักกฎหมาย วันที่ 19-20 ธันวาคม 2528 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) หน้า 57.

¹⁶⁶ จิตติ ติงศภัทย์, ศติของวิชาชีพทางกฎหมาย (รายงานการสัมมนาจริยธรรมนักกฎหมาย วันที่ 19-20 ธันวาคม 2528 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) หน้า 113.

¹⁶⁷ Grigeranaon, A. Horacio, "Immunity of Arbitrators under Argentine Law", in *The immunity of Arbitrators* edited by Lew, 1990, p.8.

เสียหายต่อคู่กรณีในการทำหน้าที่วินิจฉัยตัดสินคดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ (National Code of Civil and Commercial Procedure) มีบทบัญญัติให้อนุญาตตุลาการรับผิดสำหรับความเสียหายที่ไม่อาจทำคำชี้ขาดได้ภายในเวลาที่กำหนดโดยปราศจากเหตุผลสมควร ในกรณีเช่นนี้อนุญาตตุลาการจะเสียสิทธิในการได้รับค่าป่วยการ (arbitral fees) ทั้งนี้ ไม่มีข้อบังคับพิเศษในกรณีที่อนุญาตตุลาการทำเกินขอบอำนาจหรือ corruption ใดๆก็ตาม ความรับผิดในทางอาญา อนุญาตตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมายอาญาทั่วไป อนุญาตตุลาการอาจรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยทุจริต¹⁶⁸

เมื่ออนุญาตตุลาการทำหน้าที่วินิจฉัยตัดสินคดี บทบัญญัติความรับผิดที่ใช้กับผู้พิพากษาสำหรับการประมาทหรือทำโดยทุจริตถูกนำมาใช้กับอนุญาตตุลาการโดยอนุโลม¹⁶⁹ ส่วนความรับผิดทางแพ่งก็จะเป็นเรื่องละเมิดและสัญญา ทั้งนี้ อนุญาตตุลาการต้องรับผิดทางอาญาสำหรับการดำเนินการมิชอบหรือทุจริต เพราะความผิดผู้มัดอนุญาตตุลาการจากความตั้งใจและเป็นผลมาจากการรับสินบน (bribery)¹⁷⁰ เช่นเดียวกับที่ผู้พิพากษาที่รับสินบนต้องรับโทษทางอาญา รวมทั้งการห้ามเป็นผู้พิพากษาเด็ดขาดหรือถาวร¹⁷¹

ประเด็นพิจารณาว่า อนุญาตตุลาการที่ทุจริตสมควรจะได้รับโทษในทางอาญาหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การลงโทษทางอาญาว่า โทษอาญาต้องเป็นผลร้ายที่เป็นการแสดงออกของสังคมเพื่อมุ่งตำหนิผู้กระทำผิด และการลงโทษอาญาต้องกระทำเพื่อตอบแทนความผิด ให้ผู้กระทำผิดเห็นว่าเป็นผลร้ายโดยตรงจากการกระทำผิด¹⁷²

¹⁶⁸ เรื่องเดียวกัน

¹⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

¹⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญา (Argentine Penal Code) มาตรา 269.

¹⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา (Argentine Penal Code) มาตรา 257.

¹⁷² วาทิน หนูแก้ว, มาตรการเสริมในทางอาญา (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539) หน้า 37.

โดยที่การอยู่ร่วมกันในสังคมทุกคนมีหน้าที่ต้องประพฤติดีประพฤติชอบ ซึ่งเป็นศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้ใดประพฤติผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้นั้นต้องถูกตำหนิจากสังคม กฎหมายที่มีโทษบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคม¹⁷³ และการกระทำที่ต้องมีการลงโทษอาญานั้นเกิดจากแนวคิดที่ว่า การกระทำนั้นกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงสมควรใช้มาตรการของรัฐ คือ โทษอาญากำกับสำหรับการกระทำนั้น¹⁷⁴

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147-157 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และมาตรา 201-202 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตของเจ้าพนักงาน และกรณีรับสินบนของเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ซึ่งมีการกำหนดโทษให้สูงขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2502 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมว่า การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการและความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมย่อมส่งผลเสียหายร้ายแรงแก่รัฐและประชาชน โทษสำหรับการกระทำผิดตามที่กฎหมายปัจจุบันบัญญัติไว้มีอัตราต่ำสมควรแก้ไขเพิ่มเติมให้สูงขึ้นและกำหนดขั้นต่ำได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดดังกล่าวให้ได้ผลดียิ่งขึ้นต่อไป¹⁷⁵

ในบุคลสมัยของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เกิดคดีรับสินบนโดยเจ้าพนักงานที่โด่งดังมาก และในที่สุดศาลฎีกาพิพากษาจำคุกรัฐมนตรีคนหนึ่งมีกำหนด 15 ปี ฐานกระทำความผิดตามมาตรา 149 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2510) แต่การทุจริตประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ลดน้อยลงไป แม้โทษตามกฎหมายจะสูงขึ้นก็ตาม ปัญหาคอร์รัปชันยังเป็นปัญหาร้ายแรงของ

¹⁷³ คณิต ณ นคร, "โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea", ในประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540) หน้า 147.

¹⁷⁴ คณิต ณ นคร, "เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวในประมวลกฎหมายอาญา", หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (ผนวก 4) หน้า 172.

¹⁷⁵ คณิต ณ นคร, "ประมวลกฎหมายอาญากับการแก้ไขเพิ่มเติมในรอบสามสิบปี", ในประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (ผนวก 7) หน้า 183.

ประเทศ¹⁷⁶ ทั้งนี้ แนวความคิดของการใช้โทษช่มชู้เพื่อป้องกันได้กลายเป็นแนวความคิดที่สำคัญในการแก้ไขกฎหมายอาญา¹⁷⁷

หลักทั่วไปที่ใช้บังคับกับโทษทางอาญาต้องเป็นไปตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดว่า บุคคลจักต้องได้รับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งมาจากหลักที่ว่า "ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย" (Nulla Poena Sine Lege)¹⁷⁸ และแนวความคิดของการลงโทษในปัจจุบันไม่ได้มุ่งตอบแทนความผิดเพียงอย่างเดียว แต่ต้องการยับยั้งป้องกันการกระทำผิดด้วย¹⁷⁹

ผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการและกึ่งตุลาการตามลำดับ โดยผู้พิพากษาทำในนามรัฐ แต่อนุญาโตตุลาการอยู่ในรูปของเอกชน หน้าที่ในการวินิจฉัยตัดสินคดีทั้งผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยคำตัดสินของผู้พิพากษาคือคำพิพากษา ส่วนคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการคือคำชี้ขาด ทั้งคำพิพากษาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการใช้บังคับกับคู่กรณีในคดี แม้ว่าคำพิพากษาของศาลจะใช้บังคับได้โดยคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ ส่วนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งจะต้องมีการดำเนินการทางศาลขอให้คำพิพากษาตามคำชี้ขาดก่อน ผู้เขียนเห็นว่าทั้งคำพิพากษาของศาลและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อคู่กรณีในคดีเพราะบังคับคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ให้ต้องปฏิบัติตาม ในกรณีคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่ชอบและยุติธรรมย่อมสมควรที่จะใช้บังคับ แต่ถ้าผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการกระทำการโดยทุจริต เช่นกรณีรับสินบน แล้วตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายที่ให้สินบนเป็นฝ่ายชนะย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ ซึ่งรัฐควรจะไปกำกับดูแลเพื่ออำนวยความสะดวกในเรื่องนี้ ประกอบกับขณะนี้ไม่มีมาตรการใดที่จะแก้ไขเยียวยาผู้เสียหายที่แพ้ในการอนุญาโตตุลาการ นอกจากการคัดค้านคำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ชนะขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด

¹⁷⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 187.

¹⁷⁸ วาทิน หนูเกื้อ, มาตรการเสริมในทางอาญา, หน้า 37.

¹⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ หากทุจริตในหน้าที่ก็จะต้องได้รับโทษทางอาญาตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 201 และ 202 แต่ถ้านุญาโตตุลาการทุจริตโดยการแสวงหาประโยชน์ใด ๆ จากหน้าที่หรือจากการปฏิบัติหน้าที่กลับไม่มีบทบัญญัติทางอาญาลงโทษอนุญาโตตุลาการ แม้ว่ากฎหมายของหลายประเทศจะมีได้มีบทบัญญัติลงโทษอนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะในกรณีทุจริตซึ่งถ้านุญาโตตุลาการกระทำผิดกฎหมายอาญาในเรื่องใดก็ต้องรับผิดตามบทบัญญัตินั้น ส่วนกฎหมายอาญาของประเทศอาร์เจนตินาและกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดบทลงโทษอนุญาโตตุลาการในกรณีทุจริตหรือประพฤติมิชอบไว้ด้วย เห็นว่า อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายอย่างหนึ่งและในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งทำคำชี้ขาดมีลักษณะทำนองเดียวกับผู้พิพากษาในการดำเนินกระบวนการในศาลและทำคำพิพากษา ทั้งผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีพิพาทและเพื่อความยุติธรรมของสังคม โดยต้องไม่เห็นแก่ประโยชน์ตนมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ดังนั้น หากมีกรณีที่จะทำให้งานบริการในการให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนต้องเสียไปรัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมเพราะเป็นหน้าที่ประการหนึ่งของรัฐ ประกอบกับกรณีการทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการถือเป็นกรณีร้ายแรงที่จะทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับความเชื่อถือ คำชี้ขาดไม่เป็นที่ยอมรับและใช้บังคับไม่ได้เพราะจะถูกคัดค้านในชั้นบังคับคำชี้ขาดส่งผลต่อประเทศในภาพรวมที่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยทางอนุญาโตตุลาการจะถูกทำลายไป ดังนั้น เมื่อผู้พิพากษาทุจริตยังต้องรับโทษทางอาญา อนุญาโตตุลาการที่ทุจริตก็ควรได้รับโทษทางอาญาด้วยเช่นกัน โดยที่ประมวลกฎหมายอาญามีได้มีบทบัญญัติลงโทษอนุญาโตตุลาการที่ทุจริต จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้มีบทบัญญัติลงโทษอนุญาโตตุลาการที่กระทำการโดยทุจริตในหน้าที่ดังเช่นกฎหมายอาญาของอาร์เจนตินาและกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ทั้งนี้ นอกจากจะเป็นการป้องกันการกระทำแล้วยังเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้รัฐเข้ามาควบคุมการกระทำที่ไม่สมควรอย่างยิ่งของอนุญาโตตุลาการอีกทางหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การกำหนดองค์ประกอบความผิดอาจเทียบเคียงกับการลงโทษผู้พิพากษาที่ทุจริตตามมาตรา 201-202 เพราะเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมทำนองเดียวกันส่วนกำหนดอัตราโทษนั้นควรพิจารณาให้เหมาะสมต่อไป

สำหรับในประเทศไทยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการไว้ การดำเนินการของอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ ขณะดำเนินการระบวนพิจารณาจนกระทั่งวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหากก่อให้เกิดความเสียหายต่อ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบเพียงใดขึ้นอยู่กับสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีว่า สัญญาระบุไว้เช่นไรก็เป็นไปตามนั้น นอกจากนี้สัญญาดังกล่าวได้มีการตกลงยกเว้นความรับผิดในทางแพ่งไว้ ซึ่งข้อบังคับของสถาบันต่าง ๆ ที่ดำเนินการด้านอนุญาโตตุลาการ อาจมีบทบัญญัติ ยกเว้นความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ เช่น ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าไทย หมวด 8 เบ็ดเตล็ด ข้อ 38 ระบุว่า “เมื่อคู่กรณีได้มอบเรื่องพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด ตามข้อบังคับนี้แล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ดำเนินคดีใด ๆ กับคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการการค้าไทย หรืออนุญาโตตุลาการหรือนายทะเบียนเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติงานหรือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้มอบหมาย” แต่ไม่ปรากฏการยกเว้นความรับผิดเช่นเดียวกันนี้ในข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม แต่อย่างใด

ในส่วนของความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในทางอาญานั้น ต่างกับผู้พิพากษาซึ่งมี บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้ต้องรับผิดในมาตรา 201 และมาตรา 202* ซึ่งถ้า อนุญาโตตุลาการกระทำการใดต้ององค์ประกอบความผิดในทางอาญาก็ต้องรับผิดทางอาญาตาม บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในความรับผิดทาง

* ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 201 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมีขอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วย หน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึง สี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต

มาตรา 202 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือ ประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือ ประหารชีวิต

อาญาเฉพาะอนุญาตตุลาการ อย่างไรก็ตาม เห็นว่า ถ้าอนุญาตตุลาการกระทำการโดยทุจริต ซึ่งเป็นหน้าที่ในการยุติธรรมทำนองเดียวกับผู้พิพากษาก็สมควรได้รับโทษทางอาญาเช่นกัน แต่อาจกำหนดโทษให้ต่างกันได้ตามความเหมาะสม สำหรับในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา กฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์ก ได้มีบทบัญญัติให้อุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เช่น จงใจปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่มีไซทางปฏิบัติโดยปกติของการพิจารณาข้อพิพาท การรับสินบน การให้สัญญาว่าจะชี้ขาดเพื่อประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาตตุลาการที่กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิด ถูกจำคุกหรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด¹⁸⁰ และกฎหมายอาญาของประเทศอาร์เจนตินาก็มีบทบัญญัติลงโทษอนุญาตตุลาการที่กระทำการโดยทุจริตเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่องความคุ้มครองอนุญาตตุลาการนั้นเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ อนุญาตตุลาการซึ่งรับการแต่งตั้งจากคู่กรณีให้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หากดำเนินการใด ๆ ในขณะดำเนินการสอบสวนพิจารณาจนกระทั่งทำคำชี้ขาด ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีฝ่ายนั้น อย่างไรก็ตาม มีประเด็นพิจารณาว่า การกระทำหน้าที่ของอนุญาตตุลาการซึ่งโดยหลักของหน้าที่ในวิชาชีพที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ไม่มีอคติ โดยวางตนเป็นกลางไม่เข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายและตามสัญญา ดังนั้น ถ้าอนุญาตตุลาการเพิกเฉยละเลยการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จนเป็นเหตุให้คู่กรณีได้รับความเสียหายหรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตเป็นเหตุให้ตนได้รับประโยชน์ที่มีควรได้ อนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการซึ่งทำการตัดสินใจในลักษณะกึ่งตุลาการจึงอาจต้องใช้ดุลพินิจในการดำเนินการสอบสวนพิจารณาหรือตีความกฎหมาย เพื่อให้การอนุญาตตุลาการดำเนินไปโดยถูกต้องและสอดคล้องกับหลักการอนุญาตตุลาการ ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวอาจมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วย กรณีนี้ไม่น่าจะเป็นเหตุที่เพียงพอให้มีการฟ้องให้อุญาตตุลาการรับผิดชอบได้

¹⁸⁰ เลาวนีย์ ฮัศวโรจน์, สัญญาอนุญาตตุลาการ, หน้า 187 และดู New York Penal Law, Sect 733 New York : Mekinny's Consolidate Law of New York, 1944.

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มครองหรือต้องรับผิด ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อคู่กรณี มีแนวคิดในเรื่องนี้แยกเป็น 2 ฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่า อนุญาโตตุลาการจะสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยได้อิสระและเป็นกลางต้อง ไม่มีการรบกวนหรือการแทรกแซงจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการใช้ศาลเป็นเครื่องมือฟ้องร้องตน อนุญาโตตุลาการต้องไม่กลัวการถูกฟ้องร้องโดยคู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพ้คดีในคำชี้ขาดในทุกครั้งที่ศาล ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งคู่กรณีจะถือเป็นเหตุฟ้องร้องให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิด แล้วจะเกิดผลเสียหายต่อการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีอิสระที่จะตัดสินใจในสิ่งที่ คิดว่าถูกต้อง เพราะกลัวผลที่ตามมาถึงตนเป็นการส่วนตัว นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ พิจารณาตัดสินทำนองเดียวกับผู้พิพากษา ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงได้รับความคุ้มครองเมื่อไม่มี กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิด ทั้งนี้ เพื่อป้องกันอนุญาโตตุลาการโดยประกันความอิสระ ความ ยุติธรรม และเสรีภาพจากอิทธิพลที่เกินควร เมื่ออนุญาโตตุลาการนั้นได้กระทำภายในขอบเขต หน้าที่และขอบอำนาจของตน แต่ก็มีข้อยกเว้นที่อนุญาโตตุลาการจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในกรณี ประพฤติมิชอบหรือประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่

ฝ่ายที่สองเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีเกิดจากสัญญา หรือข้อตกลง จึงผูกพันอนุญาโตตุลาการในฐานะลูกหนี้ โดยมีคู่กรณีอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ อนุญาโต ตุลาการจึงต้องรับผิดตามบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายแพ่งว่าด้วยสัญญา รวมทั้งกรณีละเมิดด้วย การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องทำด้วยความซื่อสัตย์ยุติธรรม ใช้หลักกฎหมายและหลัก ความยุติธรรม ปฏิบัติต่อคู่กรณีทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ถ้าอนุญาโตตุลาการทำการโดยบกพร่อง ต้องรับผิดต่อคู่กรณีฝ่ายนั้นโดยถือว่าเป็นการผิดสัญญา และสามารถนำหนี้ตามสัญญามาทวงบังคับ ให้อนุญาโตตุลาการรับผิดได้ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดทางแพ่ง โดยตรงก็ตาม ทั้งนี้ ถ้าหากอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต อนุญาโตตุลาการก็ไม่ต้องรับผิด หากมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อคู่กรณีฝ่ายใด

กรณีความผิดของอนุญาโตตุลาการในทางแพ่ง ถ้ามีข้อตกลงหรือสัญญาระหว่าง อนุญาโตตุลาการกับคู่กรณียกเว้นความรับผิดไว้ เช่น ตัวอย่างในข้อบังคับของ AAA หรือข้อบังคับ อนุญาโตตุลาการหอการค้าไทย ที่กำหนดว่าคู่กรณีจะไม่ดำเนินคดีกับอนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกร้อง ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานหรือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้รับมอบหมายหรือ

ปฏิบัติตามข้อบังคับอนุญาตโตตุลาการของสถาบัน ฯ กรณีเช่นนี้อนุญาตโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบและคู่กรณีก็จะฟ้องร้องดำเนินคดีกับอนุญาตโตตุลาการไม่ได้ แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบ แม้จะไม่ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายโดยชัดแจ้งให้อนุญาตโตตุลาการต้องรับผิดชอบ อนุญาตโตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยหลักสัญญาทั่วไป เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตโตตุลาการกับคู่กรณีเกิดจากสัญญา อนุญาตโตตุลาการจึงถูกผูกพันตามสัญญาในการที่ต้องปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการซึ่งเป็นงานบริการด้วยความความเป็นกลางและระมัดระวังอย่างมีเหตุผลประกอบด้วยทักษะของผู้ทำหน้าที่นี้ และดำเนินการภายในเวลาที่เหมาะสมหรือเวลาที่กำหนดไว้ และประการสำคัญ คือ ความซื่อสัตย์สุจริต ถ้าอนุญาตโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยครบถ้วนแล้ว แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถ้าไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามบทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ระบุว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” อนุญาตโตตุลาการก็ไม่ควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เพราะมิได้ประพฤติดินหน้าที่ตามสัญญาต่อคู่กรณี แต่ถ้าปรากฏว่าการประพฤติดินของอนุญาตโตตุลาการในกรณีถ้าเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งไม่ต้องด้วยองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกรณีอนุญาตโตตุลาการไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ ละเลยการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ทำหน้าที่ในระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เช่น ไม่ทำคำชี้ขาดภายในระยะเวลาที่กำหนด อนุญาตโตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งระบุว่า “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ไ้” ทั้งนี้เนื่องจากความสัมพันธ์ที่เกิดจากสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการที่อนุญาตโตตุลาการเป็นลูกหนี้ต้องดำเนินการบรรเทาพินิจพิจารณาและทำคำชี้ขาด โดยคู่กรณีซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาจะได้รับการชำระหนี้คือการปฏิบัติหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ การที่อนุญาตโตตุลาการไม่พิจารณาชี้ขาดโดยการละเลยหรือล่วงพ้นเวลาที่กำหนด หรือพิจารณาชี้ขาดโดยทุจริต หรือมีเหตุบกพร่องประการอื่น ทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีอันเป็นการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ดังนั้น อนุญาตโตตุลาการจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการดังกล่าว

ในส่วนความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการกระทำผิดเข้าองค์ประกอบตามประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องใด ก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนั้น ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะให้ต้องรับผิดชอบเช่นผู้พิพากษากรณีประพฤติมิชอบตามมาตรา 201 และ 202 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้มีข้อน่าพิจารณาว่า กฎหมายมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องความคุ้มครองอนุญาโตตุลาการไว้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องรับผิดชอบตามสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการควรมีหลักประกันพอสมควร เพื่อจะทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีอิสระไม่ได้รับการกระทบกระเทือนจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจากคู่กรณีที่ไม่พอใจแล้วใช้ศาลเป็นเครื่องมือให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบอย่างง่ายดาย หากมีกรณีที่ยอมรับโดยคู่กรณีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็จะทำให้อนุญาโตตุลาการขาดอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท นอกจากนี้ยังทำให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถมีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับสมควรที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการไม่ประสงค์รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ทำให้มีการปฏิเสธการแต่งตั้งเว้นแต่คู่กรณีจะชดใช้ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นโดยการยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญา รวมทั้งทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่อาจจะจับได้ในที่สุด ดังนั้น จึงน่าจะถือว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีเฉพาะกรณีทุจริตหรือปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีเท่านั้น ในกรณีความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการที่ทุจริตซึ่งเป็นเรื่องร้ายแรงอันเป็นการทำลายระบบอนุญาโตตุลาการ เมื่อไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษไว้ ก็สมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยเทียบเคียงกับโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้พิพากษาที่ทุจริตในมาตรา 201 - 202 เพราะลักษณะงานในหน้าที่คล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตามเมื่อถึงระยะเวลาอันสมควรที่การพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและระบบอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการในประเทศไทยของสถาบันต่าง ๆ ทั้งที่อยู่ในภาครัฐและเอกชนจนได้มาตรฐานเท่าเทียมนานาประเทศ รวมถึงมาตรฐานและจริยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการก็สมควรที่จะได้พิจารณาถึงความคุ้มครองที่สมควรให้แก่อนุญาโตตุลาการในระดับที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีอิสระและเป็นกลางอย่างแท้จริงในหน้าที่กึ่งตุลาการ (quasi-judicial) อันจะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป