

บทที่ 3

หลักการซึ่งรองรับการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

ในบทนี้จะกล่าวถึง หลักการที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาท¹ และหลักที่คุ้มครองอนุญาโตตุลาการให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้สมบูรณ์ที่สุด แบ่งออกเป็น

3.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ

ดังที่ได้กล่าวมาในบทก่อนแล้วว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการถือได้ว่าเป็นที่มาที่สำคัญที่สุดของอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เป็นการวางหลักการสำคัญที่ทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยไม่มีข้อขัดขวาง

การพิจารณาในส่วนนี้จะไม่กล่าวถึงเรื่อง สัญญาอนุญาโตตุลาการคืออะไร เกิดขึ้นได้อย่างไร หรือมีลักษณะอย่างไร หรือหัวข้ออื่นใดที่มีลักษณะของสัญญาโดยแท้² โดยจะพิจารณาสัญญาอนุญาโตตุลาการในแง่ที่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดของอำนาจ สิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นเพียงข้อสัญญาข้อหนึ่ง (Clause) ในสัญญาหลัก (Main Contract, Principal Contract) แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นก็ยังมีความสมบูรณ์ในตัวเอง โดยมีพักต้องดูถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอันเป็นที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์ที่พิพาทเดิมหรือสัญญาหลักนั้น³ แม้จะอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกันก็เพียงแต่เพื่อความสะดวกในการทำสัญญาเท่านั้น

¹ หมายถึงหลักที่อนุญาโตตุลาการใช้เพื่อชี้ขาดข้อพิพาท ไม่ใช่กรณีหลักกฎหมายในการทำคำชี้ขาด

² รายละเอียดของเรื่องนี้ โปรดศึกษาเพิ่มเติมจาก เสาวนีย์ อัสวโรจน์ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ”. (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526)

³ หลัก Severability, โปรดดู พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. (2535), หน้า 10

นอกจากนั้นเหตุผลที่ทำให้เกิดหน้าที่และความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการอีกอย่างก็คือ การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นโดยสัญญา⁴ ซึ่งมีหลักในเรื่องผลผูกพันทางสัญญา (Binding Contractual Force) โดยทั้งอนุญาโตตุลาการและผู้มีข้อพิพาทสมัครใจจะปฏิบัติตาม

อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจ (Will and Consent)⁵ ในหลายประเทศยอมรับว่า เจตนาในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง (Express) มิใช่โดยปริยาย (Implied)⁶ ดังนั้นถ้าหากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและถือเอาตามเหตุการณ์ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายยอมตกลงในสัญญานั้นโดยปริยาย สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจมีขึ้นได้

กล่าวโดยสรุปก็คือ ความสมัครใจในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องเป็นความสมัครใจของผู้มีข้อพิพาททุกฝ่าย

3.1.1 ข้อพิพาทที่สามารถให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด

ก) กฎหมายไทยกำหนดให้มอบข้อพิพาทในทางแพ่งให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้เท่านั้น⁷ หากมอบข้อพิพาททางอาญาให้ตัดสินเท่ากับเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะกฎหมายอาญาเป็นเรื่องระหว่างรัฐและเอกชน มีขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่ารรัฐในฐานะผู้ปกครองต้องลงโทษผู้ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อสมาชิกอื่นในสังคม อีกทั้งต้องป้องกันภัยเพื่อมิให้ผลร้ายเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้นรัฐจึงควรเป็นผู้เข้ามาควบคุมดูแลข้อพิพาทในทางอาญา อีกทั้งวัตถุประสงค์ของสัญญาที่กำหนดให้มอบข้อพิพาทในทางอาญาให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ย่อมขัดกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ด้วยเหตุผลสำคัญประการหนึ่งคือ ศาลเป็นองค์กรถาวรและคำพิพากษาก็เป็นหลักในการปฏิบัติตัดสิน

⁴ อนันต์ จันทโรภากร, “ทฤษฎีเกี่ยวกับอาญาโตตุลาการ”, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1

⁵ Ibid.

⁶ Martin Domke, Commercial Arbitration, Rev. ed. (WILNER, 1985) 5:01 and Russell on Arbitration, 20th ed. (WALTON & VICTORIA, 1982), pp. 410-412.

⁷ มาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

สืบต่อกันมา แต่อนุญาโตตุลาการทำแต่เพียงคำชี้ขาด ซึ่งไม่ผูกพันในกรณีหลังให้ถือตาม ดังนั้นหากกำหนดให้สามารถมอบข้อพิพาทในทางอาญาให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ อาจทำให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคมจากความไม่แน่นอนดังกล่าว

ดังนั้น ข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการให้ระงับได้นั้น คือข้อพิพาททางแพ่ง เพราะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจผู้มีข้อพิพาทสามารถมอบข้อพิพาททางอาญาให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้ ทั้งนี้อุปมาจกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 5 ซึ่งกำหนดความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ และจากการที่บทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการในศาลและนอกศาลได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น

ข) กฎหมายฝรั่งเศส กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1060 ห้ามเสนอปัญหาเรื่องความสงบเรียบร้อยให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยวางหลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ⁸ และ ในมาตรา 1442 ยังกำหนดให้การมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดจาก "สัญญา" ระหว่างผู้มีข้อพิพาทด้วย

ค) กฎหมายเยอรมัน⁹ กำหนดไว้ชัดว่าข้อพิพาทใดบ้างที่ไม่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด เช่น คดีหย่า การตั้งผู้ปกครอง เป็นต้น

3.1.2 ความรับผิดชอบและข้อตกลงยกเว้นความรับผิด

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ได้วางหลักในเรื่องการยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้า

⁸ Savitier, *L'ordre public économique*, (1965) DALLOZ Chronique 37 cited in Robert and Carbonneau, *The French Law of Arbitration* (n.p., 1983), Chapter 1.

⁹ Ottorandt Glossner. *Commercial Arbitration in The Federal Republic of Germany* (n.p., 1984), p.3.

เนื่องจากสัญญาอนุญาตโตตุลาการเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่งจึงตกอยู่ใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 อันเป็นหลักทั่วไป กล่าวคือ ผู้มีข้อพิพาทจะตกลงกับอนุญาตโตตุลาการ ยกเว้นความรับผิดชอบของอนุญาตโตตุลาการซึ่งทำการโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ได้

ในบางกรณี ผู้มีข้อพิพาทกับอนุญาตโตตุลาการอาจทำขึ้นซึ่งข้อตกลง “จำกัดความรับผิดชอบ” ซึ่งสามารถกระทำได้ แต่หากในกรณีที่ความรับผิดชอบนั้นถูกจำกัดมากเกินไปจนกลายเป็นความรับผิดชอบเกินสมควรก็อาจถือได้ว่าการนี้เป็นความตกลงยกเว้นความรับผิดชอบได้¹⁰

ข้อพิพาททางอาญา เป็นเรื่องของผลประโยชน์มหาชน (Public Interest) และความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ควรจะให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วางหลักตัดสิน จะถืออนุโลมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 โดยนำเอาหลักการของอนุญาตโตตุลาการซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการดำเนินคดีอาญาไม่ได้

ในกรณีข้อพิพาททางแพ่งนั้น ยังสามารถ แบ่งออกเป็นข้อพิพาททางแพ่งที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายกับข้อพิพาททางแพ่งที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าอนุญาตโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย

ในปัญหาข้อเท็จจริงนั้นคู่กรณีเลือกอนุญาตโตตุลาการมาเป็นคนกลางตัดสินเพราะเหตุความเคารพ ไว้วางใจในทักษะและความเชี่ยวชาญที่มีในอันที่จะสามารถยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในทางเทคนิคหรือข้อพิพาทเฉพาะทางได้ อนุญาตโตตุลาการจึงมีอำนาจเต็มที่จะตัดสินข้อพิพาทในปัญหาข้อเท็จจริง ส่วนในปัญหาข้อกฎหมาย เมื่อมีการดำเนินการอนุญาตโตตุลาการแล้ว มีความจำเป็นที่อนุญาตโตตุลาการต้องสามารถตัดสินและดำเนินการพิจารณาไปได้ในลักษณะกึ่งตุลาการระดับหนึ่ง ดังนั้นหากมิให้อนุญาตโตตุลาการมีอำนาจตัดสินชี้ขาดในปัญหาข้อกฎหมายได้แล้ว การอนุญาตโตตุลาการย่อมสะดุดและไม่สามารถดำเนินการให้ลุล่วงแล้วเสร็จไปได้โดยสะดวก อีกทั้งการที่อนุญาตโตตุลาการตัดสินชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายก็เป็นการตัดสิน

¹⁰ ศ.ดร.จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2513), หน้า 420.

เพื่ออำนวยความสะดวกแห่งความยุติธรรม เป็นการใช้อำนาจในการกระทำอันมีลักษณะกึ่งตุลาการ โดยมีได้เข้าแทนที่การใช้อำนาจตุลาการโดยศาลเสียทั้งหมดทีเดียว

นอกจากที่กล่าวมา ข้อพิพาททางแพ่งที่จะมอบให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้นั้น จะต้องไม่ใช่ข้อพิพาททางแพ่งที่มีลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนกรณีว่าเรื่องใดบ้างที่มีลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่ได้มีบัญญัติชี้ชัดแจ้งในกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ คงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ตัวอย่างปัญหาทางแพ่งที่เห็นชัดว่าเป็นประเด็นที่จะกระทบถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้แก่ข้อพิพาทอันมีลักษณะหรือเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับสถาบันทางสังคม เช่น ข้อพิพาทกันในเรื่อง ครอบครัว อำนาจปกครอง การรับบุตรบุญธรรม เป็นต้น

นอกจากนั้นยังมีข้อพิพาทบางประเภทที่มีลักษณะก้ำกึ่งระหว่างความเป็นข้อพิพาททางแพ่งและการมีลักษณะในทางมหาชนอยู่ด้วย เช่น การผูกขาดการค้า การคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งโดยเนื้อหาเป็นเรื่องของการประกอบธุรกิจในข่ายของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ลักษณะการดำเนินการเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของคนในสังคม ปัญหาที่ควรพิจารณาคือ ข้อพิพาทเหล่านี้สามารถระงับได้ด้วยวิธีการทางอนุญาตตุลาการหรือไม่

ก่อนอื่นต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของผู้มีข้อพิพาทเสียก่อน ในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น หากเป็นการพิพาทระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค ผู้วิจัยเห็นว่า อนุญาตตุลาการควรมีอำนาจตัดสินในประเด็นปัญหาดังกล่าว เพราะเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นกรณีพิพาททางแพ่งซึ่งเป็นข้อพิพาทที่สามารถระงับได้ด้วยวิธีการทางอนุญาตตุลาการได้อยู่แล้ว แต่หากกรณีเป็นการที่รัฐ (โดยอาจผ่านทางสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น) ใช้อำนาจปกครองสั่งการเห็นผู้ประกอบการในฐานะผู้อยู่ใต้ปกครอง ก็เป็นประเด็นว่านิติกรรมทางปกครองจะสามารถระงับได้ด้วยวิธีการอนุญาตตุลาการหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาอีกโศตหนึ่ง

ส่วนข้อที่ว่าอำนาจในการตัดสินว่าข้อพิพาทใดจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของอนุญาตตุลาการหรือไม่ (Arbitrability) ย่อมเป็นอำนาจของอนุญาตตุลาการที่จะวินิจฉัยใน

ปัญหาดังกล่าวซึ่งเป็นปัญหาการวินิจฉัยอำนาจของตนเองของอนุญาโตตุลาการ (competence de la competence)

(ก) ความรับผิดชอบและข้อตกลงยกเว้นความรับผิดทางอาญา

การกระทำอย่างใด ๆ ของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามความผิดฐานใดในประมวลกฎหมายอาญาแล้วไซ้ อนุญาโตตุลาการก็ต้องมีความรับผิดทางอาญาตามฐานความผิดทางอาญานั้น เช่น อนุญาโตตุลาการซึ่งครอบครองพยานเอกสาร ซึ่งนำส่งจากผู้มีข้อพิพาทฝ่ายหนึ่งอยู่ แก่ไขพยานเอกสารนั้น โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยกระทำไปเพื่อให้ทุกฝ่ายเชื่อว่าพยานเอกสารนั้นมีเนื้อความตามที่ตนแก้ไขไปจริง ดังนั้นอนุญาโตตุลาการย่อมมีความผิดฐานปลอมเอกสาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264 และสำหรับความรับผิดทางอาญานี้ ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในทางอาญาอย่างใด ๆ จะมีขึ้นมิได้เพราะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประชาชนส่วนใหญ่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในทางอาญานั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการกระทำการโดยทุจริตซึ่งเป็นหน้าที่ในการยุติธรรมทำนองเดียวกับผู้พิพากษาที่สมควรได้รับโทษทางอาญา แต่อาจกำหนดโทษให้ต่างกันได้ตามความเหมาะสม สำหรับในต่างประเทศ เช่น ในสหรัฐอเมริกา ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์กมีบทบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เช่น จงใจปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่มีไต่ทางปฏิบัติโดยปกติของการพิจารณาข้อพิพาท การรับสินบน การให้สัญญาว่าจะชี้ขาดเพื่อประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการที่กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิด ถูกจำคุกหรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด¹¹

(ข) ความรับผิดชอบข้อตกลงยกเว้นความรับผิดทางแพ่ง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ได้กำหนด ห้ามตกลงยกความรับผิดใน 2 กรณี คือ

¹¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, หน้า 187.

- กรณียกเว้นความรับผิดเพื่อกลั่นแกล้ง และ
- กรณียกเว้นความรับผิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

กรณีใดที่ไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้งย่อมสามารถกระทำได้ กล่าวคือผู้มีข้อพิพาทอาจตกลงกับอนุญาโตตุลาการให้ไม่ต้องรับผิดทางแพ่งเพราะเหตุการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ แต่จะต้องไม่เข้ากรณีกลั่นแกล้ง หรือกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งผู้กระทำยังจะต้องรับผิดในการกระทำนั้น ๆ อยู่เหตุเพราะว่า อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดชอบโดยอาศัยฐานจากสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นหากอนุญาโตตุลาการปฏิบัติผิดไปจากหน้าที่ของตนแล้วไซ้ร้ ก็ย่อมจักต้องรับผิดโดยความสัมพันธ์จากสัญญาอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

ดังที่ได้มาแล้วตอนต้น ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในทางอาญาค่อนข้างชัดเจน และไม่มีข้อโต้แย้ง โดยจะพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดพลาดตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป แต่สำหรับความผิดทางแพ่ง หรือความรับผิดซึ่งประกอบด้วยความรับผิดทางอาญาและทางแพ่ง ซึ่งอาจฟ้องให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดทางแพ่งด้วยนั้นอาจพิจารณาได้ดังนี้

การพยายามเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากผู้ประกอบวิชาชีพนั้นสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ บางครั้งอาจมีสภาพบังคับในลักษณะของการฟ้องร้องเป็นคดีให้ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นต้องรับผิดในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือไม่ถูกต้องครบถ้วนตามมาตรฐานวิชาชีพนั้น ๆ ซึ่งต้องดูแลแต่ละองค์กรวิชาชีพเป็นรายวิชาชีพไป ซึ่งความรับผิดส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับ ความประมาทเลินเล่อ การขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (Conflict of Interests) การเปิดเผยความลับ (Breach of Confidentiality) การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นการกระบวนพิจารณาหรือระงับไม่ให้เกิดการขัดผลประโยชน์เกิดขึ้น ซึ่งอนุญาโตตุลาการ มีหน้าที่ต้องเบิกเผยอยู่แล้ว เป็นต้น

เรื่องที่จะเห็นจะเป็นปัญหามากที่สุดคงจะเป็นเรื่อง ความรับผิดชอบจากความประมาทเลินเล่อของอนุญาโตตุลาการ ในการอนุญาโตตุลาการ Mustill และ Boyd¹² ได้เสนอเงื่อนไขการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการจากความรับผิดไว้ว่า

- อนุญาโตตุลาการย่อมได้รับความคุ้มกัน ในกรณีปฏิบัติหน้าที่อย่างตุลาการ (Perform a judicial function)
- ถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างตุลาการก็ได้รับความคุ้มกัน ถ้าหากปฏิบัติหน้าที่สืบสวนประเด็นก็จะไม่ได้รับความคุ้มกัน
- อนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับความคุ้มกันหากเป็นเรื่องของ Public Policy

จากข้อสรุปนี้ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการตามเงื่อนไขข้างต้น แต่ผู้วิจัยเห็นแตกต่างในกรณีข้อสรุปที่ 2 ที่ให้ความคุ้มกันกับการกระทำของอนุญาโตตุลาการที่เป็น Judicial function เท่านั้นโดยไม่ให้ความคุ้มกันกับการกระทำของอนุญาโตตุลาการที่เป็น investigation of issues ผู้วิจัยเห็นว่าข้อสรุปของ Mustill ในส่วนนี้น่าจะมีที่มาจากประวัติศาสตร์กระบวนการยุติธรรม และลักษณะการพิจารณาคดีที่สืบทอดกันมาอย่างเหนียวแน่นและมั่นคงในระบบ Common Law ของประเทศอังกฤษ กล่าวคือในกระบวนการพิจารณาของศาลอังกฤษนั้น เมื่อผ่านขั้น Pre-trial เข้าสู่ขั้นตอนของการพิจารณาคดี (Trial) แล้ว การพิจารณาคดีจะแยกการตัดสินเป็นสองส่วนคือ ปัญหาข้อกฎหมายกับปัญหาข้อเท็จจริง (Matter of Law and Matter of Fact) ซึ่งจะใช้กระบวนการต่างกัน คือ จะมีคณะลูกขุน (Jury) ในศาลที่จะให้คำตัดสินของคณะลูกขุน (Verdict) ในเรื่องปัญหาข้อเท็จจริงว่าตามการนำสืบของทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยนั้น ข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติธรรมตามการนำเสนอพยานหลักฐานของฝ่ายไหน และน่าเชื่อหรือไม่ว่าจำเลยในคดีเป็นผู้กระทำความผิดจริงตามที่ฝ่ายโจทก์ฟ้องต่อศาล หากคำตัดสินของคณะลูกขุนเชื่อว่าจำเลยมีความผิดตามข้อกล่าวหาจริง ผู้พิพากษา (Judge) ที่นั่งพิจารณาคดีนั้นจะเป็นผู้ตัดสินในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายว่าควรลงโทษจำเลยสถานใด อัตราโทษเป็นเช่นไร ในทางกลับกันหากคำตัดสินของคณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยในคดีไม่ได้กระทำความผิดหรือไม่ใช่ผู้กระทำความผิดตามที่ฝ่ายโจทก์ฟ้องร้อง ผู้พิพากษาก็จักต้องตัดสินยกฟ้องและปล่อยตัวจำเลยเป็นอิสระ โดยมีข้อยกเว้นบางประการที่

¹² Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, *Commercial Arbitration*. (LONDON : BUTTERWORTHS, 1982), p. 224.

ศาลเห็นว่า คำตัดสินของคณะลูกขุนอาจไม่ถูกต้อง ผู้พิพากษาก็ยังมีสิทธิตัดสินเป็นประการอื่นได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาไว้

ดังที่ได้พิเคราะห์มาโดยลำดับนี้จะเห็นว่าแนวความคิดของระบบ Common Law มีการแยกการพิจารณาคดีออกเป็นสองส่วนต่างหากจากกันอย่างเห็นได้ชัด แต่ในกระบวนการการอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการเองเป็นผู้วินิจฉัย ตั้งแต่ในเรื่องที่ว่าประเด็นใดบ้างที่สามารถได้รับการวินิจฉัยได้โดยอนุญาตตุลาการ (Arbitrability) การรับฟังพยานหลักฐาน (Admissibility) การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (Weight of Evidence) ฯลฯ กล่าวโดยสรุปคือ อนุญาตตุลาการจักต้องวินิจฉัยทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ดังนั้น หลักการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาตตุลาการเพื่อปลอดจากความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อจึงสมควรให้ความคุ้มกันกับการกระทำทุกขั้นตอนของการอนุญาตตุลาการที่มีลักษณะเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการ และวิธีพิจารณาของการอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะเป็นกระบวนการเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย ตราบเท่าที่เป็นการกระทำในเชิงตุลาการ (Judicial Function, Judicial act) และกระทำไปด้วยความสุจริต

เมื่อกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อนุญาตตุลาการในฐานะหนึ่ง คือ ลูกหนี้ที่ต้องปฏิบัติชำระหนี้ คือการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้มีข้อพิพาททุกฝ่าย การตกลงทำสัญญาเปลี่ยนแปลงหน้าที่หรือความรับผิดของลูกหนี้อย่อมสามารถกระทำได้ทุกประการตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ตราบเท่าที่การตกลงเปลี่ยนแปลงหน้าที่หรือความรับผิดของลูกหนี้ตามสัญญาที่ตกลงกันนั้นไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยหรือมีศีลธรรมอันดีของประชาชน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150) หรือแตกต่างจากกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและจะต้องไม่จำเป็นข้อตกลงยกเว้นความรับผิดเพื่อกลล่อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของอนุญาตตุลาการเอง

3.2 ความคุ้มกัน (Immunity) จากความรับผิด

แต่เดิมอนุญาตตุลาการยอมรับการแต่งตั้งเพราะเป็นเครื่องชี้วัดความมีเกียรติและสถานะในสังคม ส่วนค่าธรรมเนียมนั้นมิได้เป็นตัววัดระดับการให้บริการของอนุญาตตุลาการ

หากแต่เป็นเพียงค่าชดเชยที่ต้องเสียสละเวลามาชี้ขาดข้อพิพาทเท่านั้น¹³ ในสมัยต่อมาการรับเป็นอนุญาโตตุลาการเสมือนเป็นการได้รับสิทธิพิเศษ (Privilege) บางอย่าง และในขณะเดียวกันลักษณะของข้อพิพาทเองก็มีความสลับซับซ้อนมากขึ้นตามไปด้วย ระยะเวลาของกระบวนการพิจารณาอาจยาวขึ้น เช่นเดียวกับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นตาม ในสภาพสังคมปัจจุบันยังมีความต้องการอนุญาโตตุลาการที่มีทักษะและประสบการณ์เป็นอย่างมากในการชี้ขาด ถึงขนาดที่ทำให้บางคนยอมแบ่งเวลาจากหน้าที่การงานประจำมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ จนการเป็นอนุญาโตตุลาการได้กลายมาเป็นวิชาชีพในตัวเอง

เมื่อทำการอนุญาโตตุลาการแล้วเสร็จ ฝ่ายที่ไม่พอใจในผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมักเลือกที่จะฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการ โดยวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น เพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด เพื่อให้มีการพิจารณาคดีใหม่อีกครั้ง เพื่อดำเนินคดีในศาลซ้ำอีกครั้ง เพื่อเรียกค่าเสียหายจากอนุญาโตตุลาการ หรือบังคับให้อนุญาโตตุลาการให้การในศาล¹⁴ เป็นต้น ดังนั้น เพื่อเป็นการยืนยันถึงความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงควรได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบทั้งหลายที่อาจถูกใช้เป็นข้ออ้างในการฟ้องร้องต่อตัวอนุญาโตตุลาการ และยังเป็น การแสดงความชัดเจนในเรื่องความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดด้วย

ความคุ้มครองนั้นจะมีได้ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการกระทำหน้าที่อย่างตุลาการและทำไปโดยสุจริต อันได้แก่การใช้ดุลยพินิจในเรื่องต่าง ๆ นอกเสียจากการกระทำที่นั้นจะเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือเป็นการกระทำโดยทุจริตในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทถึงขั้นเป็นการประพฤติมิชอบ (Willful Misconduct) ความคุ้มครองนี้จึงจำเป็นต้องมี ดังที่มีคำกล่าวที่ว่า “อนุญาโตตุลาการไม่ได้รับความคุ้มครองน้อยไปกว่าที่ผู้พิพากษาได้รับเลย ต่างก็มีความคุ้มครองทั้งคู่ แท้จริงแล้วหากมิได้รับการป้องกันในลักษณะนี้ก็เป็นการยากที่จะหาคนดีมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ หรือมิฉะนั้นก็ยากที่จะทำให้เชื่อได้ว่า อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดได้โดย

¹³ Tamara Oyre, “Professional Liability and Judicial Immunity”.

<http://www.siac.org.sg>, 30th November 2000.

¹⁴ Dennis R. Noian and Roger I. Abrams, “Immunity” in Industrial Relation Law Journal. (1989) Volume 11 No.2, pp. 228-266.

ปราศจากอำนาจอิทธิพลของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง”¹⁵ และ “เป็นไปไม่ได้สำหรับอนุญาโตตุลาการที่จะชี้ขาดโดยไม่ลำเอียงและเป็นอิสระถ้าต้องตกอยู่ภายใต้แนวโน้มที่จะต้องมีความรับผิดชอบส่วนตัวเพราะเหตุการณ์ปฏิบัติหน้าที่”¹⁶

ความรับผิดชอบอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับอนุญาโตตุลาการก็คือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้วชี้ขาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับมอบหมาย โดยไม่มีเหตุผลที่เหมาะสม การกระทำในลักษณะนี้จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบแต่อย่างใด

ปัญหาเรื่องความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการได้รับความสนใจและได้มีการโต้เถียงอภิปรายอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายที่ยังไม่ชัดเจนในเรื่องการให้ความคุ้มครองอนุญาโตตุลาการจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี¹⁷ และได้มีการเสนอประเด็นนี้ในการประชุมประจำปีของ The European Users' Council of the London Court of International Arbitration เมื่อเดือนกันยายน 1987¹⁸

ผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการมีลักษณะการประกอบวิชาชีพในลักษณะเดียวกันคือการอำนวยความยุติธรรม (Administration of Justice) สิ่งที่แตกต่างกันคือ ผู้พิพากษาทำงานโดยอาศัยอำนาจรัฐ แต่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่บนพื้นฐานความตกลงของเอกชน โดยอนุญาโตตุลาการนั้นทำหน้าที่อย่างกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) ซึ่งการจะให้ความคุ้มครองจากความรับผิดของอนุญาโตตุลาการสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการขาดความระมัดระวังและทักษะในการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปกติตามความสัมพันธ์บนพื้นฐาน

¹⁵ Loumiet, ILM 1987, at 949, 964, fn.22 cited in Klaus Peter Berger, International Economic Arbitration (KLUWER: NETHERLAND, 1993), pp. 236-237.

¹⁶ Bernado M. Gremades, “Should Arbitrators Be Immune from Liability?” in International Financial Law Review. (March, 1991) Volume 10 No.3, pp.32-35.

¹⁷ Susan McLaughlin, “Arbitral Immunity” in International Commercial and Maritime Arbitration. edited by Francis Rose (SWEET & MAXWELL, 1988), p.55.

¹⁸ บทความต่าง ๆ ได้รับการรวบรวมไว้ใน The Immunity of Arbitrators edited by Julian D.M. Lew. (Lloyd's of London, 1990).

สัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและผู้มีข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายของสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ¹⁹

ข้อโต้แย้งสำคัญในการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการคือ หากมีความจำเป็นใด ๆ ไม่ที่อนุญาโตตุลาการจะพ้นความรับผิดชอบเพราะเหตุที่ขาดความระมัดระวังอันสมควร (Due care) ในขณะที่ผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ๆ ต้องรับผิดชอบอยู่ บางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ยิ่งต้องให้ความระมัดระวังมากกว่าเสียอีก การแก้ปัญหามิทางปฏิบัติทางหนึ่งก็คือ บุคคลที่ได้รับการทาบทามให้รับเป็นอนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธไม่ยอมรับการแต่งตั้งตั้งแต่วันแต่คู่กรณีจะยอมชดใช้ค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งกรณีนี้อนุญาโตตุลาการอาจได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดชอบตามสัญญา แม้ว่าอนุญาโตตุลาการอาจจะไม่มีสิทธิจะได้รับโดยผลของกฎหมาย²⁰

หน้าที่ส่วนหนึ่งของอนุญาโตตุลาการเกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับผู้มีข้อพิพาทที่แต่งตั้งตน และหน้าที่โดยวิชาชีพซึ่งปกติจะต้องมีความระมัดระวังตามสมควรดังที่กล่าวมาโดยละเอียดแล้วในบทก่อน ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการ ประเด็นพิพาท หรือ ข้อบังคับที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทอาจแตกต่างกันบ้าง การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการที่ขาดเป็นทางเลือกหนึ่งแทนการฟ้องคดีต่อศาลไม่ว่าจะเป็นเพราะเป็นธรรมเนียม ประเพณี หรือเพราะข้อบังคับทางการค้า โดยเลือกการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเฉพาะ ตามที่ปรากฏอยู่ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration clause) ในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement)²¹

¹⁹ Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 266.

²⁰ Ibid., pp. 266-267.

²¹ Julian D.M. Lew, The Immunity of Arbitrators. (Lloyd's of London Press Ltd, 1990), p. 2-3.

ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ในระบบ Civil Law มีบทบัญญัติถึงโทษผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติในเรื่องความประมาท เลินเล่อหรือการกระทำโดยเจตนาทุจริตนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม²²

3.2.1 ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

(ก) ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษ

โดยจารีตประเพณีภายใต้กฎหมายอังกฤษ อนุญาโตตุลาการได้รับการปฏิบัติต่อเช่นเดียวกับ ผู้พิพากษาและได้รับความคุ้มกันจากการฟ้องร้องเป็นคดีจากความผิดพลาดหรือการละเว้นการกระทำใด ๆ ไม่ว่าจะเป็เพราะเหตุด้วยความสามารถขาดความระมัดระวังหรือเพราะความประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มกันสัมบูรณ์ (Absolute Immunity) ยังคงมีข้อสงสัยกลางแกลงจากผู้พิพากษาสองท่านในคดี Sutcliffe V. Thackrah และคดี Arenson v. Arenson & Casson, Beckman, Rutley & Co²³ ความคลางแกลงนี้เกิดจากการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการของอังกฤษบางแห่งแนะนำให้สมาชิกของสถาบันทำประกันครอบคลุมทั่วถึงความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นได้

จากการอนุญาโตตุลาการ

ตามกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นที่ทราบกันโดยปราศจากข้อสงสัยและชัดเจนว่าผู้พิพากษาซึ่งปฏิบัติหน้าที่อย่างตุลาการย่อมจะได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องคดีเหตุเพราะความประมาทเลินเล่อ แต่การนี้ไม่ได้ป้องกันผู้พิพากษาอังกฤษจากการตรวจสอบโดยผู้พิพากษาตนเอง และผู้พิพากษาก็อาจถูกถอดถอนหรือขับไล่ (impeached) ได้ในบางสถานการณ์ โดยเหตุผลที่ให้ความคุ้มกันนี้เพื่อป้องกันคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีฟ้องคดีผู้พิพากษาโดยประสงค์จะให้มีการดำเนินคดีของตนใหม่อีกครั้ง

²² วุฒิมิงษ์ เวชยานนท์, "จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ". รวบรวมบทความ. พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : BJ Plate Processor 2540), หน้า 145.

²³ [1974] A.C. 727 และ [1977] A.C. 405. Cited in Julian D.M. Lew, The Immunity of Arbitrators (Now York : Lloyd's of London Press Inc., 1990) p.21.

อนุญาโตตุลาการได้รับการปฏิบัติต่อเยี่ยงผู้พิพากษามาเป็นเวลานาน ฉะนั้นจึงถือว่า อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองกันดุจเดียวกับผู้พิพากษาด้วย²⁴

แม้ว่าหน้าที่ของผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการจะเหมือนหรือคล้ายคลึงกันอย่างยิ่ง แต่ที่มาของอำนาจและความชอบธรรมในการปฏิบัติกลับแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด สำหรับผู้พิพากษานั้นรัฐเป็นผู้แต่งตั้งและทำหน้าที่โดยใช้อำนาจของรัฐเอง ส่วนอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยคู่กรณี ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีนั้น ส่วนผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐ (รวมถึงต่อสังคม – ผู้วิจัย) ในอันที่จะรักษากฎหมาย และอำนวยความยุติธรรม ตามที่กฎหมายเป็นอยู่ในขณะนั้น ส่วนอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมปราศจากหน้าที่ในลักษณะเช่นว่าเหมือนหน้าที่ของผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการคงมีหน้าที่เพียงแต่จะต้องปฏิบัติเท่าที่ได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาและรับผิดชอบต่อผู้มีข้อพิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

ในคดี *Sutcliffe v. Thackrah* ประเด็นแห่งคดีเป็นเรื่องที่ว่า ศาลจะขยายความคุ้มครองที่กฎหมายให้แก่อนุญาโตตุลาการไปยังผู้ทำหน้าที่ที่ถึงอนุญาโตตุลาการ อันได้แก่ สถาปนิกและผู้สอบบัญชีหรือไม่ ส่วนประเด็นในเรื่องการให้ความคุ้มครองโดยสมบูรณ์แก่อนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับผู้พิพากษานั้นเป็นเพียงประเด็นพิจารณาประกอบซึ่งไม่ใช่ประเด็นชี้ขาดการแพ้ชนะของคดี (*obiter dictum*) ซึ่งผู้พิพากษาในคดีนั้นได้กล่าวยืนยันหลักการขยายความคุ้มครองของผู้พิพากษายังอนุญาโตตุลาการโดยสมบูรณ์ไว้อย่างชัดเจน แต่ในคำตัดสินซึ่งเป็นประเด็นแห่งคดี (*ratio decidendi*) นั้น ผู้พิพากษาไม่ยอมขยายความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการไปยังผู้กระทำหน้าที่ถึงอนุญาโตตุลาการ เช่น *valuer* ที่เป็นสถาปนิก โดยเหตุผลที่ว่า สถาปนิกนั้นมิได้ปฏิบัติหน้าที่บนฐานของข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีและมีได้อาศัยพยานหลักฐานที่น่าเสนอเพื่อประกอบการรับรองของตน แต่ได้สืบสวนด้วยตนเองเพื่อประกอบการพิจารณารับรองว่าผลสำเร็จของงานนั้นมีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด หรือไม่ และถึงกำหนดชำระราคาเวลาใด จึงไม่มีการกระทำอย่างตุลาการเกิดขึ้นในการกระทำของสถาปนิกนั้น (สถาปนิกมิได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างตุลาการ จึงไม่เป็นอนุญาโตตุลาการอันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ผลลัพธ์คือไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างอนุญาโตตุลาการ – ผู้วิจัย) สถาปนิกเพียงแต่ตัดสินว่าผลสำเร็จของงานนั้นชำรุดบกพร่องหรือไม่ สมบูรณ์หรือไม่ เท่านั้น มิได้มีการพิพาทใดๆ อีกทั้งคู่กรณีก็ได้เข้า

²⁴ Julian D.M. Lew, *Immunity of Arbitrators under English Law*, *ibid.*

เกี่ยวข้องโดยการส่งพยานหลักฐานเพื่อต่อสู้กันในชั้นการพิจารณาแต่อย่างใด สถาปนิกนั้นสอบสวนเอง และก็ได้ตัดสินใจไปตามที่สอบสวนนั้น

ในคดี *Arenson v. Arenson & Casson, Beckman, Rutley & Co.* เกี่ยวกับความรับผิดชอบของนักบัญชีในการประเมินมูลค่าหุ้นในบริษัทเอกชนแห่งหนึ่งซึ่งมีข้อตกลงของบริษัทตรวจสอบบัญชีว่าจะประเมินมูลค่าหุ้นในฐานะผู้เชี่ยวชาญ แต่มีข้อในฐานอนุญาตตุลาการ ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าการประเมินมูลค่าหุ้นจำนวนเดียวกันสองครั้ง ในเวลาต่างกันประมาณหกเดือนมีมูลค่าต่างกันประมาณ 6 เท่า เมื่อเปิดเผยประชาชนทั่วไป ดังนั้นผู้พิพากษาในคดีได้ตัดสินว่าการกระทำนี้เป็นเพียงการประเมินมูลค่าของ valuer เท่านั้น ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่ได้รับความคุ้มครองของอนุญาตตุลาการ และยังกล่าวเพิ่มเติมอีกว่าเพียงการคาดหวังให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรมแต่ถ้ายदिยมีโอกาสทำให้ผู้ที่ทำการประเมินมูลค่าหุ้นดังกล่าวนั้น กลายเป็นอนุญาตตุลาการขึ้นมาได้ ส่วนคนที่ต้องรับผลร้ายจากความประมาทเลินเล่อในการประเมินนั้นก็จะได้ไม่ได้รับการเยียวยาอย่างใด ๆ ซึ่งความจริงนั้นกรณีที่ร้ายแรงที่สุดหากเป็นการอนุญาตตุลาการตามปกติ คือ คู่กรณียังมีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลทำความเห็นเกี่ยวกับการชี้ขาดได้อีกครั้ง

ในประเทศอังกฤษเองความเห็นที่ให้มีความคุ้มครองแก่อนุญาตตุลาการนี้ยังมีการโต้แย้งคัดค้านกันอยู่บ้างจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรมบางคนซึ่งเห็นว่าถ้าเป็น valuer แล้ว จะเป็นเอกชนฝ่ายเดียวแต่งตั้งหรือตกลงร่วมกัน แต่หลายฝ่ายก็ไม่เห็นว่าจะแตกต่างกันแต่ประการใด

ในเรื่องนี้ Lord Kilbrandon พบความเป็นไปได้ในการพิจารณาประเด็นนี้คือ

ในกรณีของอนุญาตตุลาการนั้น :-

- (1) มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี
- (2) อนุญาตตุลาการรับฟังพยานหลักฐานทั้งปวง
- (3) อนุญาตตุลาการรับคำคู่ความจากคู่กรณีทุกฝ่าย

ดังนั้นจึงมีพิสัยความสามารถของตุลาการ (ทำหน้าที่อย่างตุลาการ) ทำให้อนุญาตตุลาการแตกต่างไปจาก valuer

แต่เมื่อพิจารณาแล้ว แม้ตาม (1) หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและได้มีการโต้แย้งสิทธิในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างคู่กรณี บุคคลผู้เป็นกลางก็จะถูกเรียกมาเพื่อระงับข้อพิพาทและจัดสรรผลประโยชน์ดังกล่าวนั้น แต่ใน (2) (3) ไม่จำเป็นที่อนุญาตตุลาการจะต้องกระทำ เมื่อมีการกำหนดประเด็นจากสภาพปัญหาและคำคู่ความแล้วยอมเป็นไปได้ว่าอนุญาตตุลาการอาจไปเผชิญสืบ ณ โรงเรือน โกดัง เพื่อตรวจสอบสินค้าและทำความเข้าใจในลักษณะ valuer ดังนั้น จึงเห็นว่าประเด็นจากคดี *Sutcliffe v. Thackrah* ควรสรุปได้ว่าอนุญาตตุลาการตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี หรืออนุญาตตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติ (พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการของประเทศไทย) นั้น ก็เป็นเพียงบุคคลที่คู่กรณีได้เลือกขึ้นมาทำหน้าที่ เพราะเหตุที่เขาเป็นผู้เชี่ยวชาญในประเด็นพิพาทนั้น ๆ เพราะฉะนั้น ถ้าอนุญาตตุลาการได้กระทำการได้ด้วยความประมาทเลินเล่ออนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอันเกิดแต่การนั้น

สำหรับความเห็นของ Lord Kilbrandon นี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการแบ่งกลุ่มบุคคลที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามที่มาแห่งอำนาจ กล่าวคือ หากเป็นองค์คณะกรรมการของศาลยุติธรรมหรือกรรมการอื่นใดที่รัฐเป็นผู้ให้อำนาจแล้ว ไม่ว่าคำตัดสินของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเหล่านั้นจะเป็นที่ยุติหรือไม่ ก็จะได้รับคุ้มครอง เหตุเพราะที่รัฐเป็นผู้สถาปนาระบบการยุติธรรมขึ้น

ขณะที่ประชาชนไม่ใช่ผู้ที่มีสิทธิเลือกผู้พิพากษา ประชาชนไม่ได้เป็นผู้ที่ให้ค่าตอบแทนแก่ผู้พิพากษา แต่เป็นหน้าที่ของรัฐบาล ผู้พิพากษาจึงไม่ได้มีหน้าที่โดยตรงต่อคู่กรณี แต่กรอบของความคุ้มครองถูกจำกัดโดยการกระทำของอนุญาตตุลาการเอง กล่าวคือ ความคุ้มครองจากความรับผิดเพราะเหตุที่อนุญาตตุลาการกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด จะถูกระงับไปหากการกระทำของอนุญาตตุลาการนั้นทำไปด้วยเจตนาทุจริต ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ ค.ศ. 1996 ของประเทศไทย

สำหรับเรื่องกฎหมายบัญญัติ ประเทศไทยนั้นนับเป็นประเทศที่มีวิวัฒนาการทางกฎหมายมายาวนาน จนก่อกำเนิดเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือระบบ Common Law ถึงกระนั้น ด้วยความจำเป็นบางประการประกอบกันสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลง

ตามยุคสมัย ทำให้ประเทศอังกฤษสร้าง “กฎหมายบัญญัติ” (Statute Law) ขึ้นมาเพื่อให้ทันรับกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว

ในเรื่องอนุญาโตตุลาการนี้ ประเทศอังกฤษได้มีการยกร่างและประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการมาหลายฉบับตั้งแต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 ค.ศ. 1975 ค.ศ. 1979 จวบจนปัจจุบันได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ซึ่งประกาศใช้ เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 1996²⁵ ซึ่งมีสาระสำคัญหลายประการที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับก่อนๆ เช่น การที่อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดวิธีพิจารณาให้เหมาะสมกับสถานการณ์เฉพาะแต่ละสถานการณ์²⁶ หรือการที่อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดเขตอำนาจของตนเองได้²⁷

แต่เฉพาะที่จะกล่าวถึงภายในขอบเขตของการวิจัยนี้ คือมาตรา 29²⁸ ว่าด้วยความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีสาระสำคัญคือให้ความคุ้มกันแก่ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดทั้งปวงทั้งจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดๆ ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ โดยความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการนี้อนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับหากการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยทุจริต โดยผลของมาตรานี้ ทำให้คู่กรณีที่พิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกลั่นแกล้งฟ้องร้องตัวอนุญาโตตุลาการได้โดยการอ้างเพียงว่าอนุญาโตตุลาการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาด ซึ่งนอกจากจะเป็นการให้ความคุ้มกันเพื่อให้บุคคลที่ได้รับการติดต่อทบาททามหรือกำลังจะรับเป็นอนุญาโตตุลาการกล้าที่จะรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผลในทางจิตวิทยาประการหนึ่งแล้ว ยังเป็นการส่งเสริมหลักของความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด และจำกัดความรับผิดของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

²⁵ Bruce Harris, Rowan Planterose and Jonathan Tecks, The Arbitration Act 1996 : A Commentary, Reprinted 1997, (USA : BLACKWELL SCIENCE LTD., 1997), p.43.

²⁶ Article 33 (b) of the Arbitration Act 1996.

²⁷ Article 30 of the Arbitration Act 1996.

²⁸ โปรดดูภาคผนวก

ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ของประเทศอังกฤษนี้ อนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับซึ่งความคุ้มกัน หากอนุญาโตตุลาการกระทำการโดยทุจริต ส่วนการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำโดยทุจริต ตามมาตรา 29 นั้น พระราชบัญญัติฉบับเดียวกันมิได้มีบทนิยามกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นคงจะต้องพิจารณาว่าการกระทำอย่างไร เป็นการกระทำโดยทุจริต ตามหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศอังกฤษซึ่งต้องค้นหาจากแนวคำพิพากษาของศาลในระบบ Common Law นั้นเอง

อนุมาตรา 3 ของมาตรา 29 นี้ปฏิเสธการให้ความคุ้มกันจากความรับผิดชอบแก่อนุญาโตตุลาการซึ่งลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับความคุ้มกันหากอนุญาโตตุลาการได้ลาออกโดยมีผลเป็นการละเมิดสัญญา²⁹

ในทำนองเดียวกัน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ได้ให้ความคุ้มกันแก่สถาบันอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 74 โดยในอนุญาโตตุลาการ 2 ให้ความคุ้มกันแก่สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอื่นใด หรือแก่บุคคลที่ได้รับมอบหมายหรือถูกร้องขอโดยคู่กรณีให้แต่งตั้งหรือเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการให้ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เช่นว่านั้น เว้นแต่การกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยทุจริต

อนุมาตรา 2 ของมาตรา 74 นี้ให้ความคุ้มกันจากความรับผิดแก่กับสถาบันหรือบุคคลกลุ่มเดียวกันจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของอนุญาโตตุลาการหรือลูกจ้างหรือตัวแทนของอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน

ความในอนุมาตรา 3 ยังได้ขยายความคุ้มกันไปยังลูกจ้างหรือตัวแทนของสถาบันหรือบุคคลกลุ่มดังกล่าวด้วย

²⁹ Bruce Harris, et. al., *The Arbitration Act 1996 : A Commentary*, p.129.

(ข) ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสเองดูเหมือนว่าจะมีความพยายามเปรียบเทียบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมฝรั่งเศส โดยสมมุติฐานของการเปรียบเทียบนี้เกิดจากการที่หากอนุญาโตตุลาการกระทำหน้าที่ตามที่ตนได้รับมอบหมายมาจากผู้มีข้อพิพาทในลักษณะเดียวกันกับผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมกระทำหน้าที่แล้ว อนุญาโตตุลาการก็จะปลอดภัยจากความรับผิดทั้งหลายทั้งปวง และแม้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะถูกจัดลำดับเท่ากับคำพิพากษาของศาลก็มิได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการจะมีสถานะเทียบเท่ากับผู้พิพากษาได้

สำหรับผู้พิพากษาของฝรั่งเศสนั้น ส่วนมากจะไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัวเว้นแต่ในกรณีเฉพาะบางคดีซึ่งตกอยู่ภายใต้สภาพของวิธีพิจารณาที่เคร่งครัด

กรณีเฉพาะเช่นว่าสำหรับ *prise à partie* มี 4 ประเภท คือ

- 1) กรณีที่ผู้พิพากษามีความผิดฐาน "dol, fraude, concession" (fraud and misappropriation) ซึ่งเป็นฐานความผิดที่ร้ายแรงที่สุดสำหรับผู้พิพากษา
- 2) กรณีที่กฎหมายบางฉบับกำหนดเรื่อง *prise à partie* ไว้เป็นพิเศษ
- 3) กรณีที่กฎหมายกำหนดโดยเฉพาะให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดและต้องชำระค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน
- 4) ในกรณีของการปฏิเสธความยุติธรรม

ความผิดกรณี *prise à partie* นี้ ถูกกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลสำคัญประการแรก คือความจำเป็นที่ต้องคุ้มกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งความเป็นอิสระนี้อาจถูกคุกคามได้ถ้าปล่อยให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีสามารถฟ้องร้องผู้พิพากษาได้โดยง่าย เหตุผลประการที่สองคือเพื่อระงับการกระทำใดๆ อันส่งผลเป็นการ *autorite de la chose jugée* (มีสิทธิเลือกผู้ตัดสินคดี)

แม้จะได้มีการกำหนดกรณีที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศสจะต้องรับผิดเอาไว้แล้ว แต่ความรับผิดดังกล่าวนี้ก็ยังคงตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอีกหลายประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง มีเพียงเฉพาะแต่ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมเท่านั้นที่อยู่ภายใต้บังคับของหลัก *prise à partie* นี้ ส่วนผู้พิพากษาในศาลปกครองฝรั่งเศส รวมถึงผู้พิพากษาของศาลกฤษฎีกาก็ไม่อยู่ภายใต้หลักความรับผิดนี้

ประการที่สอง การที่ให้ค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทนจากผู้พิพากษานั้นไม่มีสิ่งใดที่รับรองความสามารถในการชำระหนี้ของผู้พิพากษาได้ ดังนั้น ผู้ร้องอาจไม่ได้รับชำระค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้เต็มตามจำนวน

ประการที่สาม มูลเหตุแห่งการเรียกร้องให้ผู้พิพากษาชำระค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนค่อนข้างแคบ กล่าวคือมูลเหตุจำกัดอยู่เฉพาะในกรณี *dol faude concussion* เท่านั้น แต่ชั้นความผิดฐานรับสินบนก็ยังไม่ตัดเข้าเป็นมูลเหตุแห่งการเรียกร้องได้

ประการสุดท้าย ถ้ามีการไม่รับคำร้องหรือจำหน่ายออกไปซึ่งคำร้องนั้น คู่ความฝ่ายที่ยื่นคำร้องอาจจะถูกปรับอย่างหนัก

ดังที่กล่าวมานี้ คือ ความรับผิดของผู้พิพากษา

ในส่วนของอนุญาโตตุลาการนั้น ประเทศฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันหรือความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นลายอักษร แต่ก็เป็นที่ยอมรับชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ผู้พิพากษา เพราะไม่ได้ทำคำพิพากษาแทนรัฐและมิได้ทำในนามของประชาชนฝรั่งเศสเช่นเดียวกับที่ผู้พิพากษาทำ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงไม่ตกอยู่ภายใต้หลัก *prise à partie*

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยมาตรา 1476 วางหลักไว้ว่าให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเมื่อได้มีการทำคำชี้ขาดแล้วนั้นให้ใช้หลักเรื่อง *res judicata* มาปรับใช้กับคำชี้ขาดเช่นว่านั้นด้วย กล่าวคือให้มีผลเท่ากับเป็นคำพิพากษาของศาลยุติธรรม คือถือว่าได้มีการตัดสินที่ถึงที่สุดแล้วห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหรือร้องฟ้องกันอีก ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน

ปัญหาที่ควรพิจารณาคือ การฟ้องร้องตัวอนุญาโตตุลาการเป็นเพราะเป็นการเยี่ยวยาหรือตรวจจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงทางเดียวเท่าที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดสามารถกระทำได้หรือไม่ โดยหากเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์หรือการขอให้มีการพิจารณาใหม่ได้แล้ว ก็จะไม่มีการดำเนินการเอาผิดกับอนุญาโตตุลาการ อีกกรณีหนึ่งอาจเป็นไปได้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่อุทธรณ์หรือขอให้มีการทำลายคำชี้ขาดมิได้ดำเนินการเพื่อเอาผิดกับอนุญาโตตุลาการไปพร้อม ๆ กัน การที่มีได้ยื่นคำร้องเช่นว่านี้ควรจะถือเป็นการสละสิทธิในการเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบหรือไม่

ประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องความรับผิดและความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น หากมีความจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าวนี้แล้ว จึงจะต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องของสัญญา และความรับผิดตามสัญญาตามหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส จึงอาจกล่าวได้ว่าตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนั่นเอง

(ค) ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั้น ได้แก่ The United States Federal Arbitration Act 1925 ซึ่งเป็นบทบัญญัติระดับสหพันธรัฐ ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับเรื่องของการให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการ แต่พอจะหยิบยกกฎหมายในระดับมลรัฐบางมลรัฐมาพิจารณาเป็นตัวอย่างไม่ได้ เช่น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งปรากฏบทบัญญัติเรื่องความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในมาตรา 1280.1 แห่งประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐ มาตรานี้ให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการในระดับที่มากเทียบเท่ากับตุลาการ ความคุ้มกันนี้เป็นความคุ้มกันจากความรับผิดในทางแพ่ง อนุญาโตตุลาการจะได้รับความคุ้มกันนี้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่ในพิสัยสามารถของการเป็นอนุญาโตตุลาการ ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย หรือภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยความคุ้มกันตามมาตรา 1280.1 นี้ กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีเจตนาจะใช้เป็นบทเสริมสำหรับกฎหมาย Common Law โดยมีได้ประสงค์ให้ยกเลิกหรือบัญญัติขึ้นแทนหลักกฎหมาย Common Law เดิมในเรื่องเดียวกัน³⁰

³⁰ <http://www.calbar.org/pub250/s/s0030-a.htm> , 18th August 2000

ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในสำหรับสหรัฐอเมริกา นั้นยังสามารถพบได้ใน Rules of Ethics for International Arbitrators of International Bar Association (IBA Rules of Ethics) ซึ่งเป็นหลักว่า อนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องเป็นคดีภายใต้กฎหมายรัฐ เว้นแต่การกระทำโดยจงใจ (Willful) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยไม่คำนึงถึงหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่ง IBA Rules of Ethics ข้อ 4 กำหนดหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงหรือสถานะซึ่งอาจก่อให้เกิดความสงสัยตามสมควรเกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตน³¹

(ง) ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียไม่พบคดีเกี่ยวกับความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในศาลยุติธรรม ด้วยความที่ยังเป็นส่วนหนึ่งของสหราชอาณาจักรอยู่ คำพิพากษาในศาลอังกฤษ ตลอดจนความเห็น แนวความคิดทางกฎหมาย จึงยังอิงของประเทศอังกฤษอยู่มาก

กระนั้นก็ดีในปัจจุบันประเทศออสเตรเลียได้ทำให้การนิรภัยยุติมีเอกภาพโดยการออกกฎหมายบัญญัติขึ้นซึ่งที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยนี้ได้แก่

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ของประเทศออสเตรเลียมีบทบัญญัติที่น่าสนใจในเรื่องนี้คือ มาตรา 51³² ซึ่งวางหลักในเรื่องการยกเว้นความรับผิดและให้ความคุ้มกันแก่บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ พอสรุปได้ดังนี้คือ

อนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดไม่ต้องรับผิดเพราะเหตุประมาทเลินเล่อจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำแต่ยังคงต้องรับผิดเพื่อการฉ้อฉลที่ตนได้กระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่นั้น

³¹ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์ , "จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ," หน้า 145, และดู Rules of Ethics for International Arbitrators ในรวมบทความฯ หน้า 458-463.

³² โปรดดูในภาคผนวก

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมีเจตนาชัดเจนที่จะคุ้มครองอนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดจากความรับผิดเพราะความประมาทเลินเล่อในฐานละเมิด และในบางกรณีอาจคุ้มครองไปถึงความรับผิดเรื่องการผิดสัญญา เช่น การทำเกินหน้าที่ แต่การผิดสัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นกรณีไม่มีเจตนาที่กระทำผิดสัญญาและไม่เป็นการจงใจหรือไตร่ตรองไว้ก่อน³³

ขณะเดียวกันพระราชบัญญัตินี้เอาผิดแก่นอนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาด ในกรณีของกลข้อผิดพลาดที่ขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งคำว่ากลข้อผิดพลาดนี้มีความหมายกว้าง ซึ่งน่าจะคิดว่าจะรวมความไกลเพียงใด เช่น ต้องเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต หรือต้องเป็นการกระทำโดยสุจริต จะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อแสวงผลประโยชน์ หรือเพื่อก่อความเสียหายแก่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือไม่

ตามที่กล่าวมาข้างต้น คือ แนวความคิดของการให้ความคุ้มครองแก่นอนุญาโตตุลาการนอกศาลของประเทศออสเตรเลีย แต่ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการที่ศาลยุติธรรมเป็นผู้แต่งตั้งแล้ว อนุญาโตตุลาการจะได้ความคุ้มครองมากกว่าอนุญาโตตุลาการนอกศาลขึ้นไปอีกดังจะเห็นได้จาก มาตรา 27 A (1) ของ Supreme Court Act ของออสเตรเลีย³⁴ ที่ให้ความคุ้มครองอนุญาโตตุลาการที่ศาลแต่งตั้งมากเท่ากับผู้พิพากษาเลยทีเดียว

ผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการและกึ่งตุลาการตามลำดับ โดยผู้พิพากษาทำหน้าที่ในนามของรัฐ แต่อนุญาโตตุลาการระับข้อพิพาทในรูปของเอกชน หน้าที่ในการวินิจฉัยตัดสินคดีของทั้งผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยคำตัดสินของผู้พิพากษาคือคำพิพากษา ส่วนคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการคือคำชี้ขาด ทั้งคำพิพากษาของศาลและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างก็สามารถใช้บังคับกับคู่กรณีในคดี แม้ว่าคำพิพากษาของศาลจะใช้บังคับได้โดยคู่กรณีฝ่ายที่ต้องถูกบังคับจะไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ ส่วนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งจะต้องมีการดำเนินการทางศาลขอให้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดก่อน ผู้เขียนเห็นว่าทั้งคำพิพากษาของศาลและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างก็มีความสำคัญต่อคู่กรณีในคดี เพราะเป็นการบังคับ

³³ Michael Pyles, "Immunity of Arbitrators under Australian Law". The Immunity of Arbitrators by Julian Law, p.13.

³⁴ Charles Brabazon, "Dispute Resolvers' Liability in Negligence" in Official Journal of the Arbitrators Australia, Vol.15 February (1996 – 1997), p.228.

คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ให้ต้องปฏิบัติตาม ในกรณีคำพิพากษาของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดที่ชอบและยุติธรรมย่อมสมควรที่จะใช้บังคับ แต่ถ้าผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการกระทำการโดยทุจริต เช่น กรณีรับสินบน แล้วตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้สินบนเป็นฝ่ายชนะยอมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ ซึ่งรัฐควรจะไปกำกับดูแลเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกในเรื่องนี้ ประกอบกับขณะนี้ไม่มีมาตรการใดที่จะใช้ในการแก้ไขเยียวยาคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ในการอนุญาโตตุลาการ นอกจากการคัดค้านคำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ชนะขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด

(จ) ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ได้ตั้งศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้น (Singapore International Arbitration Centre – SIAC) เมื่อวันที่ 1 เมษายน 1991 ซึ่งเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยทั้งที่เป็นแบบภายในประเทศและระหว่างประเทศ ในฐานะเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ และยังพยายามพัฒนาเป็นแหล่งรวมอนุญาโตตุลาการและผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายในด้านต่าง ๆ ไว้ด้วยกัน³⁵

นอกจากนั้นประเทศสิงคโปร์ยังมี International Arbitration Act³⁶ ซึ่งได้บัญญัติเรื่องความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการไว้ภายใต้ชื่อมาตรา “ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ” ในมาตรา 25³⁷ ซึ่งบทบัญญัตินี้มีสาระสำคัญในการจำกัดความรับผิดชอบของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการใน 2 กรณี หลักคือ

อนุมาตรา a กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในกรณีประมาทเลินเล่อในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในพิสัยสามารถ (capability) ของอนุญาโตตุลาการ

³⁵ <http://www.siac.org>. 3rd April 2001.

³⁶ International Arbitration Act of Singapore. ใน *รวมบทความฯ* เล่ม 1, หน้า 196.

³⁷ โปรดดูภาคผนวก

อนุมาตรา b อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบกรณีเกิดความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรือวิธีพิจารณาในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการทำคำชี้ขาด

จะสังเกตเห็นว่า ในเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์นั้น ไม่ได้กำหนดในเรื่องการกระทำโดยทุจริตไว้อย่างในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษซึ่งน่าจะมีสาเหตุมาจากการที่ Singapore International Arbitration Act Section 24 ได้ให้อำนาจแก่ศาลสูงในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 34 ของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เรื่องการขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยการขอเพิกถอนคำชี้ขาดนี้จะต้องเป็นการที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการประพฤติเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังจะกล่าวต่อไปนี้เป็นคือ

1. คำชี้ขาดหรือการทำคำชี้ขาดนั้นเกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการฉ้อฉลหรือการรับสินบน หรือ
2. อนุญาโตตุลาการละเมิดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติซึ่งมีอยู่และเกี่ยวข้องกับการทำคำชี้ขาดนั้น และสิทธิของคู่กรณีได้ถูกระทบถึงโดยการละเมิดนั้น

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคู่กรณีที่มีข้อพิพาทฝ่ายที่เห็นว่าคำชี้ขาดไม่เป็นธรรมอาจขอให้ศาลยุติธรรมสั่งให้มีการไต่สวนและพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ กรณีจึงเป็นการที่มีระบบตรวจสอบควบคุมในขั้นตอนภายหลังจากมีคำชี้ขาดแล้ว

ส่วนใน Arbitration Rules ของ SIAC เองก็ได้บัญญัติยกเว้นความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ใน Rule 33 ซึ่งยกเว้นความรับผิดของตัวศูนย์ฯ เจ้าหน้าที่ ลูกจ้าง ตัวแทนตลอดจนตัวอนุญาโตตุลาการ โดยบุคคลเหล่านั้นไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความประมาทเลินเล่อจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำในพิสัยความสามารถของอนุญาโตตุลาการหรือที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งทำขึ้นภายใต้อำนาจของศูนย์ฯนี้และไม่ต้องรับผิดเพราะเหตุความผิดพลาดอย่างใด ๆ ในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริงในการดำเนินการพิจารณาอนุญาโตตุลาการหรือในการทำคำชี้ขาด (Rule 33.1)

ศูนย์ฯ เจ้าหน้าที่ ลูกจ้างหรือตัวแทน ตลอดจนอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องชี้แจงแก่บุคคลใดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และไม่จำเป็นต้องไปเป็นพยานในกระบวนการทางกฎหมายใด ๆ อันเกิดขึ้นจากการอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ว่ากระบวนการทางกฎหมายจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลัง หรือในระหว่างดำเนินการอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ (Rule 33.2)

จะเห็นได้ว่ากฎของ SIAC นั้นคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการไว้ครอบคลุมหลายด้านโดยเฉพาะประเด็นในเรื่องของความประมาทเลินเล่อซึ่งถ้าหากมีขึ้น ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบของการประมาทเลินเล่อนั้นโดยผลของกฎหมาย

3.2.2 ความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการไว้ เพราะฉะนั้นหากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทก่อความเสียหายให้เกิดขึ้นแก่ผู้มีข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วอนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดเพื่อความเสียหายนั้นมาน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีว่าตกลงกันไว้อย่างไร โดยพิจารณาประกอบกับการตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ถ้าได้มีขึ้น

ในเรื่องการยกเว้นความรับผิดนี้ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ อาจมีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าไทยข้อ 38 บัญญัติว่า “เมื่อคู่กรณีได้มอบเรื่องพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดตามข้อบังคับนี้แล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ดำเนินคดีใด ๆ กับคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการการค้าไทย หรืออนุญาโตตุลาการหรือนายทะเบียนเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติงานหรือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้มอบหมาย” แต่การยกเว้นความรับผิดเช่นเดียวกันนี้ก็กลับไม่ปรากฏในข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาในเรื่องการให้ความคุ้มกันนี้มีแนวคิดแยกเป็น 2 ฝ่าย

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า อนุญาตตุลาการจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยได้อิสระและเป็นกลางโดยปราศจากการรบกวนหรือการแทรกแซงจากคู่กรณี อนุญาตตุลาการต้องไม่กลัวการถูกฟ้องร้องโดยคู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพ้คดีในคำชี้ขาดในทุกครั้งที่ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งคู่กรณีจะถือเป็นเหตุฟ้องร้องให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบได้ นอกจากนี้อนุญาตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดทำนองเดียวกับผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีคดี ดังนั้นอนุญาตตุลาการจึงสมควรได้รับความคุ้มครองเพื่อประกันความอิสระในการอำนวยความยุติธรรม ภายใต้เงื่อนไขสำคัญคืออนุญาตตุลาการนั้นต้องกระทำภายในขอบอำนาจและตามหน้าที่ของตน โดยมีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่อนุญาตตุลาการประพฤติมิชอบหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้นที่อนุญาตตุลาการจะไม่ได้รับความคุ้มครอง

ฝ่ายที่สองเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการและคู่กรณีเกิดจากสัญญาหรือข้อตกลง จึงผูกพันอนุญาตตุลาการในฐานะลูกหนี้ตามสัญญา อนุญาตตุลาการจึงต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายแพ่งว่าด้วยสัญญา รวมทั้งกรณีละเมิดด้วย ถ้าอนุญาตตุลาการทำการโดยบกพร่อง ก็จะต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีที่พิพาทโดยถือว่าเป็นการผิดสัญญา และสามารถบังคับให้ชำระค่าเสียหายตามสัญญาได้ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบทางแพ่งโดยตรงก็ตาม เว้นแต่ว่าอนุญาตตุลาการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตแล้ว อนุญาตตุลาการก็ไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

กรณีความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในทางแพ่ง ถ้ามีข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างอนุญาตตุลาการกับคู่กรณียกเว้นความรับผิดไว้ เช่น ตัวอย่างข้อบังคับของ AAA หรือข้อบังคับอนุญาตตุลาการหอการค้าไทย ที่กำหนดว่าคู่กรณีจะไม่ดำเนินคดีกับอนุญาตตุลาการเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานหรือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้รับมอบหมายหรือปฏิบัติตามข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการต่าง ๆ กรณีเช่นนี้ อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดและคู่กรณีก็จะฟ้องร้องดำเนินคดีกับอนุญาตตุลาการไม่ได้ แต่ถ้ามไม่มีข้อตกลงยกเว้นความรับผิด แม้จะไม่มีปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายโดยชัดแจ้งให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิด อนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยหลักสัญญาทั่วไป เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตตุลาการกับคู่กรณีเกิดจากสัญญาอนุญาตตุลาการจึงถูกผูกพันตามสัญญาในการที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ อนุญาตตุลาการซึ่งเป็นงานบริการด้วยความเป็นกลางและระมัดระวังอย่างมีเหตุผล ประกอบ

ด้วยทักษะของผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และดำเนินการภายในเวลาที่เหมาะสมหรือเวลาที่กำหนดไว้ และประการสำคัญ คือ ต้องเป็นผู้มีความซื่อสัตย์สุจริต ถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าดังกล่าวโดยครบถ้วนแล้ว แม้ว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถ้าไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามบทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ระบุว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ทำให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” อนุญาโตตุลาการก็ไม่ควรต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เพราะมิได้ประพฤติดูหมิ่นหน้าที่ตามสัญญาต่อคู่กรณี

ในส่วนของความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการกระทำผิดเข้าองค์ประกอบตามประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องใด ก็ต้องรับผิดตามบทบัญญัตินั้น เพราะในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติเฉพาะให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในกรณีประพฤตินั้นชอบตามมาตรา 201 และ 202 ตามประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ มีข้อพิจารณาว่า กฎหมายไทยมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการไว้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องรับผิดตามสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการควรมีหลักประกันในระดับที่เพียงพอ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยคามมีอิสระโดยปราศจากการกระทบกระเทือนเพราะเหตุจากการอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจากคู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจผลของคำชี้ขาด หากมีกรณีอนุญาโตตุลาการถูกข่มขู่โดยคู่กรณีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยหรือไม่พอใจคำชี้ขาดในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา ก็อาจทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท นอกจากนี้ยังทำให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถซึ่งมีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์อันเป็นที่ยอมรับ ปฏิเสธการรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คู่กรณีจะยอมประกันการชดใช้ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นโดยการตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดตามสัญญาดังนั้น จึงน่าจะถือว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดต่อคู่กรณีเฉพาะกรณีทุจริตหรือปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีเท่านั้น ในกรณีความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการที่ทุจริตซึ่งเป็นเรื่องร้ายแรงอันเป็นการทำลายระบบอนุญาโตตุลาการ เมื่อไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษไว้ ก็สมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยเทียบเคียงกับโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้

พิพากษาที่ประพุดิมิชอบในมาตรา 201 และ 202 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพราะลักษณะงานในหน้าที่คล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อถึงระยะเวลาอันสมควรที่การพัฒนากฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศไทยและระบบอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการในประเทศไทยของสถาบันต่าง ๆ ทั้งที่อยู่ในกำกับของภาครัฐและเอกชนจนได้มาตรฐานเท่าเทียมนานาชาติ รวมถึงมาตรฐานและจริยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการก็สมควรที่จะได้พิจารณาถึงความคุ้มกันที่จะให้แก่อนุญาตตุลาการในระดับที่ทำให้อนุญาตตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีอิสระและเป็นกลางอย่างแท้จริงในหน้าที่กึ่งตุลาการ (quasi-judicial) อันจะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป

3.2.3 ความคุ้มกันและความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในฐานะเป็นเครื่องเยียวความเสียหาย

ในการอนุญาตตุลาการ หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยเฉพาะการกระทำผิดกฎหมายโดยอนุญาตตุลาการเองแล้ว หากเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอันกระทบถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน กระทบต่อนโยบายสาธารณะ หรือกระทบต่อการอำนวยความสะดวกธรรมชาติอย่างรุนแรง จนทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเสียหาย ผู้ที่เสียหายนั้นก็อาจใช้ช่องทางเยียวทางกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งความยุติธรรมแก่ตนตามสมควร เช่น อนุญาตตุลาการเรียกหรือรับหรือสัญญาว่าจะรับสิ่งตอบแทนใด ๆ โดยทุจริตเพื่อบิดเบือนคำชี้ขาด หรืออนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมิชอบ หรือไม่เปิดโอกาสต่อสู้ให้กับทุกฝ่ายอย่างเสนอภาคกัน จนถึงขนาดเป็นการฝักใฝ่หรือไม่เป็นกลาง ดังนี้ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพราะการนั้นสามารถเรียกร้องการเยียวจากอนุญาตตุลาการได้

3.2.4 ความคุ้มกันและความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในฐานะเป็นการควบคุมคุณภาพวิชาชีพ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการเยียวความเสียหาย การที่อนุญาตตุลาการจะต้องระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่และดำเนินการพิจารณาด้วยความเอาใจใส่และด้วยความเฉลียวฉลาดนั้นนอกจากจะเป็นประโยชน์ต่อผู้มีข้อพิพาทแล้ว ยังทำให้ผู้ที่เข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการภายหลังเห็นต้นแบบที่ดีในการถือปฏิบัติเป็นแบบอย่าง และตั้งใจที่จะปฏิบัติหน้าที่ในกรอบของความยุติธรรมนอกจากจะเป็นการพัฒนามาตรฐานวิชาชีพของอนุญาตตุลาการ

แล้วยังเป็นการโน้มน้าวใจให้มีการใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทมากยิ่งขึ้น

เมื่อบุคคลภายนอกที่มีความเป็นธรรม มีความเชี่ยวชาญ และเป็นที่ยอมรับของคู่กรณี เห็นประโยชน์จากการที่มีบทบัญญัติเรื่องความคุ้มกัน ก็จะยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการมากขึ้น และ

3.2.5 สรุป

แม้จะได้มีสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับผู้ที่มีข้อพิพาทก็ไม่ใช่ข้อสรุปที่ว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ที่มีข้อพิพาททุกกรณี สำหรับความเสียหายอันเกิดจากการขาดความระมัดระวังตามสมควร กฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการเองอาจให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการจากความรับผิดเช่นนั้นได้โดยพื้นฐานจากความเป็นกึ่งตุลาการ และแน่นอนว่า หลักการเช่นนี้ย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและย่อมแตกต่างกันไปตามยุคสมัย³⁸

ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเกิดได้หลายประการ เช่นประมาทเลินเล่อในการพิจารณา ไม่ใช่ความระมัดระวังในการพินิจหลักฐาน ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในกรณีต่าง ๆ ประเพณีการทุจริตคดีมิชอบโดยจงใจรับสินบน ไม่สามารถทำคำชี้ขาดให้เสร็จในเวลาที่กำหนดโดยปราศจากเหตุอันสมควร จะเห็นได้ว่าไม่ใช่การกระทำของอนุญาโตตุลาการในทุกกรณีจะได้รับการคุ้มกันจากความรับผิด อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา³⁹ แม้ไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองอนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้ง แต่เราก็รู้ได้ว่าอนุญาโตตุลาการมิได้ปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยอำนาจอื่นใด นอกจากอำนาจตุลาการ เพียงแต่เป็นตุลาการที่มีได้ใช้อำนาจซึ่งเกิดแต่รัฐเท่านั้น จึงมีลักษณะของการใช้อำนาจเป็นแบบกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial) และสมควรได้รับความคุ้มกันเช่นนั้น

³⁸ Alan Redfern and Martin Hunter, Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 2rd ed. (LONDON: SWEET & MAXWELL, 1991), p.266.

³⁹ Mark S.W.Hoyle, The Law of International Trade, 1st ed., (LAUREATE, 1981), p.354.

3.3 ความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

นอกจากความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในการทำงานจะเป็นคุณสมบัติที่พึงประสงค์ของอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการเองยังต้องสามารถชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องกริ่งเกรงต่ออำนาจและอิทธิพลใด ๆ ทั้งที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังต้องไม่มีใจโอนเอียงฝักใฝ่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะโอนเอียงเพราะชอบฝักใฝ่ฝ่ายนั้น เพราะเกลียดอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะเกรงกลัวสิ่งใดหรือเพราะมีความอยากได้ใคร่มีในสิ่งใดสิ่งหนึ่ง

3.3.1 ความเป็นกลาง (Impartiality)

บุคคลธรรมดาบุคคลใดที่มีความสามารถตามกฎหมายและไม่มีส่วนได้เสียสำคัญใด ๆ กับผู้มีข้อพิพาทล้วนสามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้ หากผู้มีข้อพิพาททุกฝ่ายยินยอม แต่ในหลายกรณีผู้มีข้อพิพาทก็ต้องการอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งมีความชำนาญในกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับในกรณีเฉพาะเรื่อง แต่ยังคงแนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เป็นอนุญาโตตุลาการที่มีอคติหรือมีส่วนได้เสียในกรณีพิพาท และอนุญาโตตุลาการจะไม่เสียสิทธิในการเป็นอนุญาโตตุลาการเพราะเหตุการณ์ขาดคุณสมบัติ (Disqualification) จากสาเหตุบางประการ เช่นเคยเป็นที่ปรึกษาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมาก่อน เคยเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีคล้ายกันหรือเป็นมิตรกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁴⁰

คุณสมบัติของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องปราศจากการมีส่วนได้เสียสำคัญใด ๆ ไม่ว่าจะในทางการเงินหรือประการอื่นใดจนกระทบต่อผลของคำชี้ขาด ซึ่งหลักของความเป็นกลางนี้จะพบได้ในระเบียบข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต่าง ๆ⁴¹

⁴⁰ Prentice Hall Editorial Staff, LAWYER'S DESK BOOK, 9th ed., (USA : PRENTICE-HALL, 1989), pp.27-28

⁴¹ ข้อ 21, ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม

Article 18, UNCITRAL Model LAW. 1985,

Section 33 (a), The English Arbitration Act 1996,

Article 7, The International Arbitration Rules of American Arbitrator Association.

เมื่อพิจารณาแล้ว ความสัมพันธ์ในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่าง อนุญาโตตุลาการทางธุรกิจกับผู้ที่มีข้อพิพาทฝ่ายหนึ่งอาจนำไปสู่ความไม่เป็นกลางได้ แต่ก็มีใช้ ความสัมพันธ์ทั้งหมดจะก่อปัญหาในเรื่องความเป็นกลางเสมอไป แม้ว่าอนุญาโตตุลาการมีหรือ เคยมีความสัมพันธ์ด้านต่าง ๆ กับผู้ที่มีข้อพิพาทแต่ก็อาจแก้ไขได้โดยการเปิดเผย (Disclose) ความสัมพันธ์ทั้งหลายเช่นว่านั้นก่อนที่ตนจะยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ถ้าหากมี กรณีเป็นข้อสงสัยซึ่งมีแนวโน้มจะทำให้ขาดคุณสมบัติของการเป็นอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการนั้นควรต้องเปิดเผยไว้ก่อนซึ่งการเปิดเผยนี้หลังจากได้กระทำแล้วและไม่มีคู่ กรณีฝ่ายใดคัดค้านก็จะเป็นการตัดสิทธิมิให้โต้แย้งคัดค้านคำชี้ขาดว่าทำลงโดยมีความลำเอียง เพราะเหตุมีอคติได้ในภายหลัง

ในการติดต่อกับคู่กรณี อนุญาโตตุลาการควรจำกัดเฉพาะการกระทำที่จำเป็นเท่านั้น และควรเป็นการกระทำต่อหน้าคู่กรณีทุกฝ่ายหรือกระทำโดยมีการรับรู้จากฝ่ายอื่น ทั้งนี้ รวมถึง การตอบรับคำเชิญจากคู่กรณีในโอกาสต่าง ๆ ตลอดจนลักษณะที่เป็นการติดต่อกับคู่กรณีฝ่าย หนึ่งฝ่ายใด ในระหว่างการพิจารณาชี้ขาด

อนุญาโตตุลาการต้องเป็นกลางในทุกด้าน ทั้งด้านรูปธรรมและนามธรรม คือนอกจากจะ ต้องไม่มีความสัมพันธ์กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ จะต้องไม่เปิดเผยผลของคำชี้ขาดล่วงหน้า ไม่พูดจาไปในเชิงของการวิพากษ์วิจารณ์ผู้ที่มีข้อ พิพาทหรือพยาน ต้องใช้ดุลยพินิจอย่างตรงไปตรงมาในการเลือกรับฟังและชั่งน้ำหนักพยาน หลักฐานเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยราบรื่น

3.1.1.1 ความเป็นกลางตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ

ก) ประเทศอังกฤษ

ความเห็นในเรื่องความเป็นกลางนี้ในประเทศอังกฤษยังมีอยู่ 2 แนว

(ก.1) อนุญาโตตุลาการที่ถูกแต่งตั้งโดยคู่กรณี หรือเป็นผู้ชี้ขาด (Umpire) ต้องเป็นกลาง ทั้งสิ้น ต้องไม่ถือว่าตัวเองเป็นที่ปรึกษาหรือตัวแทนฝ่ายที่ตั้งตนขึ้นมาโดยต้องตัดสินอย่างไม่เอนเอียง⁴²

(ก.2) อนุญาโตตุลาการอาจไม่ต้องเป็นกลางก็ได้ ตามเท่าที่ผู้ชี้ขาด (Umpire) ยังเป็นกลางอยู่ เท่ากับเป็นการเน้นเรื่องการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการคนเดียว (Sole Arbitrator)⁴³

ข) สหรัฐอเมริกา⁴⁴

โดยหลักแล้วยอมให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องเป็นกลางก็ได้ แต่ต้องกระทำการโดยเปิดเผย หรือระบุไว้ในสัญญาเพื่อกันการได้เปรียบเสียเปรียบแก่ผู้มีข้อพิพาททุกฝ่าย⁴⁵

ค) ประเทศฝรั่งเศส

โดยหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส (ปี 1981) มาตรา 1502 (5) ถือว่าการที่อนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางทำให้มีผลเท่ากับปฏิเสธการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดเสียทั้งสิ้น⁴⁶ เหตุด้วยนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศตามความคิดของประเทศฝรั่งเศสนั้นต้องรับรองสิทธิในการปกป้องชั้นพื้นฐานของคู่กรณี หากอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางเสียแล้ว สิทธิเหล่านี้ย่อมถูกละเมิด (Violate)

⁴² Walton and Vitoria, Russell on Arbitration, 20th ed., (LONDON : STEVENS & SONS, 1982), p.223.

⁴³ Rene David, Arbitration in International Trade. (KLUWER LAW & TAXATION, 1985), p.254-255.

⁴⁴ Pissar, in Domke I.T.A. 1958, p.199 cited in Walton and Vitoria, op.cit., pp.254-255.

⁴⁵ โปรดดู Domke on Commercial Arbitration. Rev. ed., (WILNER, 1985), p.293.

⁴⁶ Alan Redfern and Martin Hunter, International Arbitration, p.222..

3.3.2 ความเป็นอิสระ (Independence)

เมื่อได้พิจารณาในประเด็นที่เป็นมูลเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น การขาดความเป็นอิสระมีพื้นฐานแห่งการเป็นเหตุให้คัดค้านอนุญาโตตุลาการได้เช่นเดียวกับความไม่เป็นกลาง⁴⁷ แต่โดยเนื้อแท้แล้วยังแตกต่างกันอยู่มาก

ความเป็นอิสระ (Independence) แตกต่างจากความเป็นกลางหรือความไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (Impartiality) ความเป็นอิสระนี้มีลักษณะที่เห็นได้ชัดและพิจารณาได้สะดวกกว่าการพิจารณาความเป็นกลางหรือไม่เป็นกลาง ซึ่งการพิจารณาที่ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นกลางหรือไม่อาจต้องพิจารณาย้อนลึกไปถึงเบื้องหลัง ปุ่มประวัติ ที่มา ตลอดจนความใกล้ชิดสนิทสนมทางทางวัฒนธรรม และพื้นเพของอนุญาโตตุลาการและผู้มีข้อพิพาท

ความเป็นอิสระในแง่คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาในเชิงของการที่อนุญาโตตุลาการไม่มีความสัมพันธ์ในทางใดๆ กับผู้มีข้อพิพาทโดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจหรือด้านการเงิน⁴⁸ ซึ่งยังไม่ถึงขนาดสูญเสียความเป็นกลางไปเสียทีเดียว อนุญาโตตุลาการที่มีความสัมพันธ์ในทางหนึ่งทางใดกับผู้มีข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังอาจสามารถมีความมั่นคงในจริยธรรมวิชาชีพมากพอที่จะไม่หันหาความลำเอียงหรือมีอคติต่อผู้มีข้อพิพาทฝ่ายนั้นหรือฝ่ายอื่น

หลักของความเป็นอิสระนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าในบางบริบทครอบคลุมไปถึงหน้าที่บางประการของอนุญาโตตุลาการดังที่ได้กล่าวมาในบทก่อน เช่น หน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลอันควรแจ้งให้ทราบ (Duty of Disclosure) กล่าวคือ เพื่อเป็นการประกันว่าผู้เป็นอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำหน้าที่ซึ่งตนได้รับมอบหมายมาจากผู้มีข้อพิพาทฯ หรือหน้าที่ตามกฎหมาย กฎระเบียบข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้อย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมสมแก่ความตั้งใจในการบริหารและอำนวยความยุติธรรม หรือแม้แต่การปฏิบัติบางประการ ซึ่งไม่มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เช่น การปฏิบัติตนของอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีการติดต่อพูดคุยกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หลักของความเป็นอิสระนี้ทำให้อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งแก่ฝ่ายอื่นๆ ที่ไม่มีส่วนในการติดต่อพูดคุยนั้น เพื่อแสดงจุดยืน

⁴⁷ มาตรา 14 แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

⁴⁸ Alan Redfern and Martin Hunter, *International Arbitration*, p.222.

ของอนุญาโตตุลาการว่าตนนั้นปลอดจากพันธะใดๆ ต่อคู่กรณีทุกฝ่ายและไม่มีสิ่งใดต้องปิดบังซ่อนเร้น

ความเป็นอิสระนี้หมายถึงการปลอดจากความสัมพันธ์ในทางใด ๆ กับทุกฝ่ายของผู้มีข้อพิพาท อันจะนำไปสู่ความโอนเอียงและเข้าข้างกันได้ โดยอาจพิจารณาจากประเด็นต่าง ๆ คือ

ก) ในแง่อัตวิสัย (Objective)

กรณีอัตวิสัยนี้สามารถสังเกตเห็นได้ชัดเจน โดยดูจากการที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้มีข้อพิพาทฝ่ายหนึ่งทั้งในทางอาชีพ ส่วนตัว มีการแบ่งปันผลประโยชน์หรือส่วนได้เสีย มีความสัมพันธ์ในลักษณะต่างตอบแทนกันอยู่

ข) ในแง่ภววิสัย (Subjective)

เป็นมุมมองที่สังเกตและตรวจสอบได้ลำบาก อีกทั้งเป็นการยากต่อการรับรู้และทำความเข้าใจ ไม่สามารถที่จะกำหนดหลักเกณฑ์หรือบรรทัดฐานที่จะมาวัดความเป็นอิสระในแง่นี้ได้ อย่างชัดเจน เช่นการที่มีอนุญาโตตุลาการและผู้มีข้อพิพาทสัญชาติเดียวกันนั้นไม่จำเป็นต้องเข้าข้างกันเสมอไป หรืออนุญาโตตุลาการกับผู้มีข้อพิพาทเป็นคนของชาติที่ไม่ลงรอยกันก็อาจไม่ได้เกลียดกันในทุกเรื่องๆ

ค) ข้อพิจารณาในแง่การคัดสรรอนุญาโตตุลาการ

(ค.1) หลักการมีคุณสมบัติ (Qualification of Arbitrator)

โดยทั่วไปจะถือว่าไม่ใช่ทุกคนจะเป็นอนุญาโตตุลาการได้ แม้ผู้มีข้อพิพาทได้เห็นชอบร่วมกันแล้ว แต่ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ จึงจะเป็นอนุญาโตตุลาการได้

(ค.2) หลักการขาดคุณสมบัติ (Disqualification of Arbitrator)

โดยทั่วไปถือว่าบุคคลใดก็ตามที่ผู้มีข้อพิพาทไว้ใจตกลงร่วมกันให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการย่อมสามารถเป็นอนุญาโตตุลาการได้เสมอ แต่หาก ณ เวลาใดๆ อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติข้อใดหรือไม่อาจปฏิบัติตามข้อตกลงใดได้ ก็ไม่สามารถรับเป็นอนุญาโตตุลาการได้ หรือหากเป็นอนุญาโตตุลาการอยู่ก็ต้องหมดจากสภาพการเป็นอนุญาโตตุลาการไป

3.4 คุณธรรมและจริยธรรม

หลักสำคัญที่รองรับการทำหน้าที่อนุญาตโตตุลาการมีหลายประการตามที่กล่าวมา บางเรื่องสามารถตรวจสอบหรือพิจารณาความสัมพันธ์หรือความเกี่ยวเนื่องได้ โดยการวิเคราะห์หรือตรวจสอบในเบื้องต้น แต่ในบางกรณีก็เป็นการยากที่จะชี้เฉพาะลงไปว่าผู้เป็นอนุญาตโตตุลาการมีคุณสมบัติเช่นว่านั้นหรือไม่

ในเรื่องของควมมีคุณธรรมและจริยธรรมก็เป็นหลักสำคัญประการหนึ่ง ความสำคัญของควมมีคุณธรรมและจริยธรรมนั้นมิใช่สำคัญเพียงเพราะเป็นหลักซึ่งรองรับการปฏิบัติหน้าที่และการดำรงตนในวิชาชีพอนุญาตโตตุลาการหรือวิชาชีพกฎหมายเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักการสำคัญในการดำรงชีวิตและการประกอบสัมมาชีพทุก ๆ อาชีพอีกด้วย

คำว่าคุณธรรม หรือศีลธรรมนั้นเป็นภาวะนามธรรมในจิตใจ⁴⁹ แม้จะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่กล่าวโดยรวมต่างก็หมายถึง ควบคุมหรือวิธีปฏิบัติเพื่อให้เกิดผล หากมนุษย์ปฏิบัติดีปฏิบัติชอบ ผลที่ตามมาก็เป็นผลดี หากผู้ปฏิบัติขาดศีลธรรม หรือคุณธรรม ก็เป็นการกระทำที่ผิดหลักการ แม้จะก่อให้เกิดความสุขฝ่ายโลกแต่ก็เป็นการกระทำที่ไม่ดี ซึ่งจะก่อให้เกิดผลที่ไม่ดีตามมาในภายหลังอย่างแน่นอน โดยสรุปก็คือ การกระทำหน้าที่หรือการกระทำใด ๆ นั้นเป็นของ กลางๆ คือไม่ดี ไม่เสีย ในตัวของการกระทำเอง แต่ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำ ถ้ามีเจตนาดีประกอบการทำหน้าที่ ผลคือ การกระทำหน้าที่ที่ถูกต้อง เป็นการกระทำที่ดี (กุศลกรรม)⁵⁰ ถ้าเจตนาไม่ดีประกอบการกระทำ ผลก็ไม่ถูกต้องเป็นการกระทำที่ไม่ดี (อกุศลกรรม) ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะในกรณีนี้ที่ศึกษานี้คือ การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตโตตุลาการ การกระทำใดๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาย่อมต้องมีเจตนาหรือฉันทะ (Will) คือตั้งใจหรือใฝ่กระทำในทางดีและมุ่งต่อความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

⁴⁹ รองศาสตราจารย์ ดร.ทศนา แหม่มณี, "การพัฒนาคุณธรรม จริยธรรม และค่านิยม : จากทฤษฎีสู่การปฏิบัติ", การบรรยายในการประชุมราชบัณฑิตยสถาน สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง, 18 กุมภาพันธ์ 2541, หน้า 2.

⁵⁰ ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญมี แทนแก้ว, "จริยศาสตร์". พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : โอ. เอส. พรินท์ติ้ง, 2539), หน้า 135.

ส่วนจริยธรรมนั้น ก็มีส่วนเหมือนหรือคล้ายกับ “จรรยาบรรณ” ซึ่งจรรยาบรรณ หมายถึง “ประมวลความประพฤติที่ผู้ประกอบอาชีพการงานแต่ละอย่างกำหนดขึ้น เพื่อรักษาส่งเสริมเกียรติคุณ ชื่อเสียงและสถานะของสมาชิก”⁵¹ ซึ่งจะช่วยควบคุมและส่งเสริมมาตรฐานและควมมีจริยธรรมของผู้ประกอบอาชีพได้อีกทางหนึ่ง⁵² ซึ่งในส่วนของจรรยาบรรณนี้อาจมีขึ้นหรือใช้ในนามของ “ประมวลจริยธรรม” หรือ Code of Ethics ในหลาย ๆ สถาบัน เช่น ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2529 เป็นต้น ซึ่งก็อาจจะทำได้โดยมิได้เป็นความผิดคิดร้ายแต่ประการใด โดยที่ “จริย” หมายถึงความประพฤติหรือกริยาที่ควรประพฤติ ส่วน “ธรรม” แปลว่า คุณงามความดี⁵³ เมื่อรวมกันจึงหมายความว่า ความดีงามที่ควรประพฤติ ซึ่งเป็นความเชื่อและศรัทธาร่วมกันในระบบค่านิยมของคนในสังคมซึ่งบุคคลถูกขัดเกลาทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม โดยในสภาพแต่เดิมนั้นการขัดเกลาในเรื่องความเชื่อความศรัทธามีได้เขียนเป็นข้อบังคับให้สมาชิกทุกคนต้องปฏิบัติตามโดยเมื่อนำบรรทัดฐานนั้น ๆ มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรจึงกลายเป็นจรรยาบรรณ

จากการศึกษาหลักการต่างๆ สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการพบว่านอกจากการที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตนได้รับมอบหมายแล้ว อนุญาโตตุลาการยังต้องมีความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ และดำรงตนในจริยธรรม ซึ่งประกอบกันขึ้นเป็นฐานรองรับความชอบธรรมในการได้มาซึ่งความคุ้มกันจากความรับผิดชอบที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน

⁵¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ฉลอง มาปรีดา, “คุณธรรมสำหรับผู้บริหาร”. (กรุงเทพมหานคร : โอ. เอส. พริ้นท์ติ้ง, 2537), หน้า 23.

⁵² Ibid.

⁵³ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 5 (2538), หน้า 216 และ 420.